УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Брано Ђ. Хаџи Стевић

ПРАВНО РАСУЂИВАЊЕ И СУДСКИ АКТИВИЗАМ – СЛУЧАЈ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

докторска дисертација

Београд, 2024

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Brano Đ. Hadži Stević

LEGAL REASONING AND JUDICIAL ACTIVISM – THE CASE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2024

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор: др Горан Дајовић, редовни професор, Универзитет у Београду, Правни факултет

Чланови Комисије:

1. Др Миодраг Јовановић, редовни професор, Универзитет у Београду, Правни факултет, председник Комисије,
2. Др Виолета Бешировић, редовни професор, Универзитет Унион у Београду, Правни факултет,
3. Др Горан Марковић, редовни професор, Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет.

Датум одбране: _____. _____. _____.

ИЗЈАВЕ ЗАХВАЛНОСТИ

Пошто докторска дисертација представља круну образовања, нужно је да захвалим људима који су заслужни за то што сам до доктората стигао.

Прво, захваљујем својим родитељима, који су увек били врело моје инспирације, подршке, оличење родитељске љубави и свега најлепшег што родитељи пружају свом детету. Захвалност дугујем и свој баки и брату који су с родитељима били моја подршка и разлог моје жеље да успем.

Друго, захваљујем мојој супрузи за љубав коју ми је пружала, радост коју ми је изазивала и подршку коју увек, па и у часу писања ове изјаве захвалности, осећам.

Треће, захвалност дугујем професору Радомиру Лукићу, на чијим предметима сам био асистент, на томе што ми је омогућио да из студентске клупе одмах пређем за катедру и постанем његов академски наследник.

Четврто, захвалност дугујем и професору Горану Марковићу, мом најдражем саговорнику о замршеним (уставно)правним питањима, заслужном за то што сам заволео уставно право, професорски позив и науку.

Пето, захваљујем ментору, професору Горану Дајовићу, који је побудио у мени интересовање за правно расуђивање, помагао ми на путу ка академским висинама, био увек расположен за дискусију и који је од почетка пратио мој постдипломски рад. Једнаку захвалност дугујем и професорима Јасминки Хасанбеговић, Миодрагу Јовановићу, Бојану Спаићу и Милошу Здравковићу, који су учинили да с радошћу студирам на београдском Правном факултету и пренели ми део свог широког знања.

Шесто, неизмерну захвалност дугујем својим сродницима Миодрагу и Љиљани, код којих сам боравио кад год сам имао факултетских обавеза у Београду. Хвала за искрену подршку, сваки ручак, смештај и радост коју сам видео на вашим лицима кад год сам вам саопштио да сам испунио неку обавезу на факултету. Без вас би пут до академских висина био знатно тежи.

Седмо, захваљујем свом некадашњем станодавцу Миодрагу Перићу, који нажалост није дочекао да му саопштим да сам завршио писање дисертације. Годинама се искрено радовао сваком мом успеху и био мој драг саговорник о свим животним питањима. Сигуран сам да је сада, на неком бољем месту, поносан на мене.

Осмо, срдачно захваљујем и професорима Станки Стјепановић, Димитрију Ћеранићу, Сузани Димић и осталим професорима, пријатељима и свима који су у мене веровали.

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов: Правно расуђивање и судски активизам – случај Уставног суда Босне и Херцеговине

Сажетак: Уставне демократије почивају на начелу поделе власти које може да се сведе на ограничавање државне власти. Уставни судови су органи који имају задатак да уклоне неуставан акт из правног поретка, али њихово одлучивање данас је знатно више од тога. Аутор настоји да расветли расуђивање уставних судова, полазећи од тога да је оно мешавина правног и политичког расуђивања. Услед таквог расуђивања, уставни судови каткад реформишу односно иновирају важеће право. Притом се замагљује разлика између примењивања права и стварања права, а све под изговором тумачења широко формулисаних уставних одредаба и такво одлучивање се обично назива судски активизам.

Циљ првог дела рада је да објасни како расуђују уставни судови – правно или политички, док су циљеви другог стипулативно дефинисање појма „судски активизам“ и класификовање појавних облика уставносудског активизма. Затим се у трећем делу разматрају расуђивање и судски активизам Уставног суда Босне и Херцеговине, с циљем да се оцени начин његовог одлучивања. Идући ка тим циљевима, коришћено је неколико метода, од којих је најважнији метод концептуалне анализе. Сем тога, у истраживању су коришћени и упоредноправни, позитивноправни и историјски метод. Рад није нормативно оријентисан јер се није тежило ка заузимању вредносних судова о начину уставносудског расуђивања, активизму и појединим судским одлукама, него се смерало ка дескрипцији начина расуђивања контролора уставности и објашњавању да ли се он уклапа у уставне оквире.

Резултати истраживања су показали да: (1) уставни судови расуђују правно-политички и да то нарушава постулате уставне демократије, (2) судски активизам није ни чисто правно ни чисто политичко расуђивање, него је и једно и друго јер уставни судови полазе од широко формулисаних уставних одредаба, оправдавају одлуке и ванправним разлозима, те мењају важеће право у настојању да остваре легитимне циљеве, (3) Уставни суд Босне и Херцеговине пре је господар Устава него чувар јер су неке од његових одлука имале одлучујући утицај на уставно уређење Босне и Херцеговине.

Кључне речи: уставна демократија; подела власти; уставни суд; правно расуђивање; политичко расуђивање; судски активизам; тумачење права; стварање и примена права; Уставни суд Босне и Херцеговине.

Научна област: правне науке.

Ужа научна област: теорија државе и права, социологија права и филозофија права.

INFORMATION ABOUT THE DOCTORAL DISSERTATION

Title: Legal Reasoning and Judicial Activism – the Case of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Abstract: Constitutional democracies are based on the principle of separation of powers, which could be reduced to the limitation of government. Constitutional courts are bodies that have the task of removing an unconstitutional act from the legal order, but their activity today is much more than that. The author tries to elucidate the reasoning of the constitutional courts, stating that it is a mixture of legal and political reasoning. As a result of such reasoning, constitutional courts often reform existing law, referring to broadly formulated constitutional provisions, and this activity is usually called judicial activism.

The goal of the first part of the dissertation is to explain how constitutional courts reason - legally or politically, while the goals of the second part are to provide a stipulative definition of the concept of "judicial activism" and classify forms of constitutional courts's activism. Then, in the third part, the reasoning and judicial activism of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina are discussed, with the aim of evaluating its actions. Towards these goals, several methods were used, the most important of which is the method of conceptual analysis. Apart from that, comparative, dogmatic, and historical methods were also used in the research. The dissertation is not normatively oriented because it does not contain value judgments on the way of constitutional court reasoning, activism, and court decisions but is focused on the description of the reasoning of constitutional courts and examining whether it fits into the constitutional framework.

The results of the research showed that: (1) constitutional courts reason legally and politically, and this violates the postulates of constitutional democracy; (2) judicial activism is neither the pure creation of law nor the mere application of existing law, but both, because constitutional courts start from constitutional principles, justify their decisions using extralegal arguments, and reform positive law in order to achieve a legitimate goal; and (3) the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is rather the master of the Constitution than its guardian because it has an important influence on the constitutional arrangements of Bosnia and Herzegovina.

Key words: Constitutional democracy; Separation of powers; Constitutional court; Legal reasoning; Political reasoning; Judicial activism; Interpretation of law; Creation and application of law; The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

Scientific field: Legal Sciences.

Scientific subfield: Theory of State and Law, Sociology of Law and Philosophy of Law.

САДРЖАЈ

1. УВОД ---- 1

1.1. Предмет докторске дисертације ---- 2

1.2. Методолошки оквир ---- 6

1.3. Циљ докторске дисертације ---- 7

1.4. Хипотезе од којих се полази у истраживању ---- 8

2. ПРАВНО РАСУЂИВАЊЕ И УСТАВНО СУДОВАЊЕ У УСТАВНИМ ДЕМОКРАТИЈАМА ---- 10

2.1. Демократија ---- 10

2.2. Уставна демократија ---- 11

2.2.1. Зашто је уставна демократија *уставна*? ---- 12

2.2.1.1. Ограниченост државне власти путем кодификованог устава ---- 12

2.2.1.2. Уставна демократија као ограниченост државне власти људским правима и слободама 16

2.2.1.3. Уставна демократија (ни)је само владавина већине ---- 18

2.2.1.4. Уставна демократија као ограничење власти изнутра ---- 20

2.2.2. Зашто је уставна демократија *демократија*? ---- 24

2.3. Односи међу државним органима у светлу односа права и политике ---- 30

2.3.1. О функцијама државне власти ---- 30

2.3.2. Односи између државних органа у режиму поделе власти ---- 33

2.3.3. Практичко расуђивање – *genus proximums* правног и политичког расуђивања ---- 36

2.3.4. Политичко расуђивање ---- 37

2.3.4.1. О типичним својствима политике и политичког расуђивања ---- 38

2.3.5. Правно расуђивање ---- 41

2.3.5.1. Концептуално одређење правног расуђивања ---- 42

2.3.5.2. Ограниченост као кључна одлика правног расуђивања ---- 43

2.3.5.3. Изведена својства правног расуђивања ---- 49

2.4. Место уставних судова и природа уставносудског расуђивања ---- 58

2.4.1. Идеја о контроли уставности и контролори уставности ---- 58

2.4.2. Надлежности уставних судова ---- 64

2.4.3. Уставни суд (ни)је *само* негативан законодавац? ---- 66

2.4.4. О природи устава, уставним одредбама и тумачењу устава ---- 70

2.5. Како расуђују уставни судови? ---- 77

2.5.1. Правно расуђивање уставних судова ---- 77

2.5.2. Политичко расуђивање уставних судова ---- 83

2.5.3. Политичко питање и уставно судовање ---- 87
2.5.3.1. Зашто се јудикализују политичка питања? ---- 92
2.5.3.2. Уставносудско одлучивање о политичким питањима – примена правних критеријума? 94
2.5.4. Судијско уздржавање (*judicial self-restraint)* – разлика између доктрине политичких питања и судијског уздржавања ---- 96
2.5.5. Уставни суд – кочница без равнотеже? ---- 101

3. СУДСКИ АКТИВИЗАМ ---- 106

3.1. Историјат ---- 106

3.2. Концептуално одређење судског активизма (активизам и сродни модалитети судског одлучивања) 109

3.2.1. Судски активизам и тумачење права ---- 109
3.2.1.1. (Не)спорни случајеви – кад судије тумаче право? ---- 110
3.2.1.2. Тумачење – сазнавање значења или одлучивање о значењу? ---- 121
3.2.1.2.1 Когнитивизам. Тумачење као откривање постојећег значења ---- 122
3.2.1.2.2 Скептицизам. Тумачење је одлучивање о значењу? ---- 129
3.2.2.2. Каква је веза између тумачења права и судског активизма? ---- 135
3.2.2. Судски активизам и стварање права ---- 138
3.2.2.1. Стварање права као последица давања правне форме политици – дискрециono одлучивање на основу важећег права ---- 139
3.2.2.2. Стварање права као дискрециono одлучивање о важећем праву – преиспитивање целисходности (оптималности) раније донесе одлуке ---- 141
3.2.2.3. Прецедентно стварање права ---- 143
3.2.2.4. Стварање права ради попуњавања правне празнине ---- 146
3.2.3. Судски активизам и (дедуктивна) примена права ---- 150
3.2.4. Кад надлежни правотворци стану на пола пута – судски активизам примењивача права? 152
3.2.4.1. Судски активизам и дискрециона оцена ---- 152
3.2.4.2. Судски активизам и дифизибилност ---- 160
3.2.4.3. Судски активизам и конструкција (praeter legem) ---- 163

3.3. Типична својства уставносудског активизма ---- 167

3.4. Парадигме активизма ---- 177

3.4.1. Савезни уставни суд Немачке ---- 178
3.4.2. Уставни суд Италије ---- 183
3.4.3. Европски суд за људска права ---- 187

3.5. Уставносудски активизам ---- 193

3.5.1. Уставни суд као уставотворац ---- 195
3.5.1.1. Извођење нових уставних принципа из устава ---- 195
3.5.1.2. Стварање новог уставног субјективног права ---- 197

3.5.1.3. Контрола сагласности уставних одредаба с уставним принципима ---------- 201
3.5.1.4. Остали модалитети уставносудског интервенисања у уставотворну власт ---------- 206
3.5.2. Уставни суд као позитивни законодавац ---------- 209
3.5.2.1. Давање тумачења које је у складу с уставом ---------- 209
3.5.2.2. Додавање, мењање и сужавање нормативног садржаја законске одредбе ---------- 216
3.5.2.3. Стварање правног оквира за законодавно одлучивање ---------- 223
3.5.2.4. Привремено законодавство и супституисање законодавца ---------- 227
3.5.2.5. Манипулисање временским дејством одлуке о неуставности ---------- 237
3.5.3. Уставносудско проширење сопствених надлежности – *kompetenz-kompetenz* ---------- 244
3.5.4. Остали начини уставносудског расуђивања који наликују активизму ---------- 245
3.5.4.1. Тест пропорционалности ---------- 245
3.5.4.2. Давање смерница законодавцу кроз заузимање политичког става ---------- 248
3.5.4.3. Утврђивање неуставности одређених значења законске одредбе ---------- 252
3.5.4.4. Враћању на снагу аброгираног закона ---------- 252

4. СУДСКИ АКТИВИЗАМ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ---------- 254

4.1. Посебности уставног уређења Босне и Херцеговине ---------- 254

4.2. Правни положај Уставног суда Босне и Херцеговине ---------- 255

4.2.1. Положај према Уставу Босне и Херцеговине ---------- 256
4.2.2. Положај према Правилима Уставног суда ---------- 260

4.3. Политичка питања и *self-restraint* у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине -------- 264

4.4. Појавни облици активизма Уставног суда Босне и Херцеговине ---------- 266

4.4.1. О специфичностима расуђивања Уставног суда БиХ ---------- 266
4.4.2. Уставни суд као стваралац права ---------- 268
4.4.2.1. Уставни суд као уставотворац ---------- 268
4.4.2.1.1 Домашај начела конститутивности три народа – Одлука У-5/98 ---------- 268
4.4.2.1.2 Високи представник – неуставна власт и(ли) функционална дуалност (Одлука У-9/00) 277
4.4.2.1.3 Продужавање мандата судијама ---------- 281
4.4.2.2. Уставни суд као законодавац ---------- 283
4.4.2.3. Процедурални активизам Уставног суда – дописивање уставносудских надлежности 289
4.4.3. Уставни суд као заштитник владавине права и промотер људских права и слобода (у поступцима поводом апелација) ---------- 301
4.4.4. Уставносудска контрола чисто политичких питања ---------- 316

5. ЗАКЉУЧАК ---------- 323

ЛИТЕРАТУРА ---------- 334

1. УВОД

Закон о политичким партијама Савезне Републике Немачке неуставан је јер предвиђа да право на надокнаду трошкова кампање имају партије које освоје више од 2,5% гласова уместо да пропише да то право имају партије које освоје више од 0,5% гласова.[1] Неуставан је и закон који прописује да су компаније дужне да обелодане донацију политичкој партији само ако она прелази 200.000 уместо да пропише да су компаније дужне да обелодане сваку донацију већу од 20.000.[2] Одредба Кривичног законика Италије је неуставна јер се њом прописује казна затвора од најмање осам година за кривично дело трговине наркотицима уместо да се пропише казна затвора у минималном трајању од *шест* година затвора.[3]

Сваком иоле упућеном у основе права је јасно да о проценту освојених гласова из наведеног примера, о износу донације или о висини казне за кривично дело не би смео да одлучује уставни суд, него би о тим правнополитичким питањима једино могао да одлучује законодавац. Али цитирана пракса немачког Савезног уставног суда и италијанског Уставног суда разуверава. Задирање у посао законодавца није новина јер неко мора да чува неприкосновеност устава. Али се каткад заштитници устава не заустављају на укидању/поништавању неуставних одредаба, него сами *уместо* законодавца прописују нова решења која, по њиховом читању устава, одговарају врховном акту.[4]

Идеја контроле уставности представља англоамерички изум, а нормативни ембрион централизоване, уставносудске, контроле уставности представља Устав Аустрије из 1920. године чији је *spiritus movens* Ханс Келзен. Уколико се осврнемо на почетке уставног судовања и Келзенове идеје, он је суштину уставног судовања исказао синтагмом „негативно законодавство“. Тиме је уставном суду приписана институционална улога чувара устава који *само* треба да укине/поништи неуставан закон или појединy одредбу. Међутим, схватање о уставном судовању као негативном законодавству с временом је, у најмању руку, релативизовано. Данас уставни суд представља и те како важног чиниоца у политици коју (би требало да) воде политички органи, пре свих законодавац и влада. У вези с тим, начело поделе функција власти налаже да о политичким питањима одлучују политички органи, а кочничар неуставног одлучивања политичких органа би био уставни суд.

У великом броју савремених уставних демократија постоје уставни судови, али њихово одлучивање често изазива контроверзе јер понекад представља задирање у политику, а не само заштиту правне супрематије устава. Ако прихватимо да уставни суд

---

[1] Вид. одлуку Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 24, 300, *https:// www.servat.unibe.ch/tools/ DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv024300*, последњи приступ 10. новембра 2022. и Brewer-Carias 2011, 516.

[2] Вид. одлуку BVerfGE 24, 300.

[3] Одлука Уставног суда Италије 40/2019, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=40&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 10. новембра 2022.

[4] О разликама између судског и законодавног одлучивања вид. Atienza 2007, 210–212.

само одстрањује неуставан закон из правног поретка, водећи се уставним одредбама, онда бисмо могли да кажемо да уставни судови правно расуђују. Али шта ако уставни суд темељи одлуку на ванправним разлозима кад је доноси и оправдава, услед чега реформише политику законодавца? То не може тек тако да се означи само као правно расуђивање јер није утемељено на правним разлозима, него и ванправним аргументима које контролор уставности настоји да заодене у широку формулисану уставну одредбу. Дакле, уставни суд може да санкционише законску одредбу, али не због тога што сматра лошом одабрану политику која је добила правну форму, него искључиво зато што законска одредба није сагласна уставној одредби. Оног часа кад се уставни суд упусти у оцену супстанцијалне ваљаности, а не уставности, упушта се и у политичко расуђивање.

И управо примери с почетка указују на то да уставни судови не расуђују само правно него и политички. У последњим годинама су уставни судови себе позиционирали као важног вето играча у политичким утакмицама. Неодвојиво повезано с том уставносудском улогом је и питање о надлежностима уставних судова – треба ли они да одлучују само о питањима која им уставни текст изричито даје у надлежност или је сваки спор који произлази из устава надлежност уставног суда. Уколико се уставни суд упушта у супстанцијално расуђивање, игноришући границе које право установљава, а зарад остваривања легитимних циљева, онда је реч о судском активизму. Концепт судског активизма изазива опречне ставове и о њима ћемо посебно да расправљамо и дамо своју концепцију судског активизма.

Оно што је проблем у вези с уставносудским активизмом јесте да он не може да се представи ни како пука примена права ни као пуко стварање права. Уставни судови се увек позивају на то да су они применили постојеће уставно право, али већ одлуке с почетка овог текста доказују да се уставни судови не задржавају само на констатацији неуставности и поништавању/укидању неуставних одредаба, него иду корак даље – они *уместо* законодавца прописују решење, позивајући се на то да уставне одредбе баш то налажу.

Неминовно је да питање уставносудског расуђивања и активизма представља контроверзу и као такво је подесно за дубље истраживање које би требало у страницама пред нама да уследи. Проблеми се усложњавају и услед чињенице да су уставне одредбе широко формулисане и да омогућују различита тумачења, а самим тим се јавља и питање – где престају тумачење и примена права а почиње стварање права. Теоријске увиде о природи расуђивања уставног суда и о судском активизму ћемо да применимо на практичан случај – Уставни суд Босне и Херцеговине, у настојању да дамо оцену начина на који ова институција одлучује.

1.1. Предмет докторске дисертације

Рад је посвећен правнотеоријском разматрању питања правног расуђивања и (уставно)судског активизма и осврту на случај Уставног суда Босне и Херцеговине. У основи, могу да се разликују три дела рада који следе након уводних напомена. Ако бисмо предмет рада сажето исказали, то би се свело на три питања. Први део треба да одговори на питање: да ли је расуђивање уставних судова правно расуђивање или постоје и примесе политичког расуђивања? Други део треба да одговори на питање: шта је судски активизам? Трећи део треба да одговори на питање: да ли Уставни суд Босне и Херцеговине одлучује активистички?

Први део је посвећен расуђивању уставних судова. Да би се детаљно размотрило уставносудско расуђивање, претходно ће се изложити нека општија питања. Анализираће се појам и типични елементи уставне демократије, међу које спада, по мишљењу аутора, и контрола парламентарног одлучивања која може да има форму судске контроле уставности. Посебну важност у уставној демократији има подела функција државне власти, коју ће аутор да посматра кроз призму поделе државних органа на (1) оне који, стварањем права, утврђују политику државе и циљеве чијем се остварењу тежи, и (2) оне који су задужени да спроводе, тј. примењују постојеће право. Парадигма прве групе органа је законодавац, док је парадигма друге групе суд.

Аутор запажа да је у савременим конституционалним демократијама приметна јудикализација политике (јер се шири круг политичких питања о којима одлучују уставни судови) и политизација права (јер се на рад уставних судова утиче различитим политичким средствима) и да то има нужне консеквенце на односе међу државним органима. Имајући то на уму, аутор настоји да утврди место уставног суда у тим односима државних органа и да расветли уставносудски начин расуђивања. Прво ће да буде анализирана идеја контроле уставности, а затим и надлежности уставних судова и његова еволуција, с циљем да се утврди шта је уставни суд био кад је настао као идеја, а шта је данас. Аутор ће да подвргне концептуалној анализи појмове „правно расуђивање“ и „политичко расуђивање“ и утврди како расуђују уставни судови и да ли се то уклапа у постулате уставне демократије. Иако су и правно и политичко расуђивање врсте практичког расуђивања (оба се предузимају ради доношења одлуке о томе како би требало да се дела), ипак се разликују по томе на којим се разлозима темеље – правним или свим супстанцијалним разлозима.

Политичко расуђивање почива на циљевима, интересима, вредностима и слично и предузима се зарад одлучивања о најважнијим друштвеним питањима. Кад се одређена политика претвори у право, то значи да надлежни орган мора да донесе и оправда своју одлуку на основу правно прихватљивих разлога, и то би било правно расуђивање. Другим речима, правно расуђивање почива на правним разлозима (тј. оно је расуђивање на основу важећег права), док је политичко расуђивање засновано на свим супстантивним разлозима и самим тим подразумева већу слободу одлучивања.

Ако би се узела у обзир Келзенова идеја о улози уставних судова, оличена у његовој тврдњи о уставном суду као негативном законодавцу (1998, 330) сматрамо да то указује на правно расуђивање уставног суда (јер се води правним разлозима кад укида/поништава неуставан закон, тј. одредбама устава о уставним гаранцијама и начелом *lex superior derogat legi inferiori*). Међутим, уставни суд данас је много више од негативног законодавца, те расуђује и правно (од правних разлога полази и делимично се води њима) и политички (супстантивно „исправља“ одлуке законодавца, а некад и уставотворца, стварајући нове норме, мењајући значење постојећих одредаба, решавајући политичка питања и слично). Речју, уставни судови понекад расуђују политички иновирајући важеће право.

Будући да уставни судови расуђују и правно и политички, аутор ће настојати да утврди који разлози доводе до тога, сматрајући да су неки од њих природа устава и његових одредаба, природа надлежности уставног суда, природа уставног тумачења, потреба да се реше спорни друштвени проблеми, заштита људских права и слобода итд. Посебно ће се анализирати природа уставних одредаба које су често толико уопштене да остављају безобалан простор за одлучивање о значењу. Начин расуђивања уставних судова је неретко такав да се не уклапа у Келзеново учење о ступњевитости права, Разово учење о норми као

искључујућем разлогу за делање, али се уклапа у Хартово учење о правилу признања. Будући да уставни суд има задатак да штити устав и одлучује на основу устава, упитно је да ли овај орган треба да се упушта у разматрање политичких питања, што се у теорији доводи у вези с доктрином политичких питања и судијским уздржавањем (*self-restraint)*, а то подразумева да уставни суд одбија да се упусти у разматрање и решавање политичких питања или се у њих упушта, али не одступа од става политичких органа тј. потврђује га, што је тзв. попустљива контрола уставности (Beširević 2016, 131–139). Насупрот заговорницима судијског уздржавања су заговорници идеје да суд треба да има активнију улогу у обликовању државне политике.

Други део рада посвећен је судском активизму. На почетку овог дела ћемо да укратко изложимо историјат судског активизма који се први пут помиње 1947. године у новинском чланку историчара Артура Шлезингера Млађег. Дакле, прво помињање израза „судски активизам" није потекло од правника, али је имало знатан утицај, будући да касније отпочињу и академске расправе и судијске анализе судског активизма. Након историјског аспекта, пажња ће да буде посвећена трима питањима: (1) по чему се разликује судски активизам од сродних модалитета судског одлучивања, (2) шта је судски активизам и, у вези с тим, која су његова типична обележја и (3) који су појавни облици уставносудског активизма. Сматрамо да је нужно да судски активизам доведемо у везу са судским тумачењем права, стварањем права, применом права и модалитетима судског одлучивања у којима судија суштински допуњује недовршен правни оквир јер му то делегира надлежни правотворац или то налаже природа конкретног случаја.

Приликом утврђивања везе између активизма и тумачења прво ћемо да се осврнемо на природу тумачења, у настојању да утврдимо да ли је оно сазнајног карактера или је одлучивање. Аутор заузима став да је тумачење права правно аргументовано одлучивање о нормативном значењу спорног правног текста. Решавајући конкретан спор, судија доноси бројне (аргументоване а не самовољне) одлуке при чему је ограничен бројним факторима тј. детерминантама као легитимним утицајима на приписивање значења правном тексту (Spaić 2020a, 147–181). Стога нам се чини да је правилније да тумачење схватимо као приписивање значења правном тексту односно као одлучивање о значењу, а не као откривање већ постојећег значења. У раду се одбацује становиште да је тумачење активност којом се утврђује право значење правне норме (Лукић 1995, 251) како се то учи у уџбеницима из дидактичких разлога, будући да оно нема аналитички него дијалектички карактер. Имајући у виду то да неки аутори активизам одређују као пресуђивање утемељено на исходу, док други сматрају да је активизам свако одступање од устаљених интерпретативних аргумената (Kmiec 2004, 1473, 1475), посебно ћемо да анализирамо однос активизма и појединих интерпретативних аргумената.

Даља анализа ће да буде усмерена на однос судског активизма, с једне стране, и стварања, (дедуктивне) примене права и модалитета судског одлучивања у којима судија попуњава недовршен правни оквир. Аутор ће настојати да укаже на вишезначности појмова „стварање права" и „примена права". Стварање права може да означава изворно регулисање друштвених односа правом (то је политика преточена у устав или закон), прецедентно стварање права, а судија је каткад „по нужди, правни иноватор", попут ситуације кад попуњава правну празнину аналогијом (Dajović 2022, 256–257). Такође, стварање права може да подразумева и мењање постојећег права (давање правне форме новим решењима којима се замењују ранија решења тј. одлуке надлежног правотворца), а то је управо оно

што и уставни судови често практикују и што заврeђује да се означи као активистичко одлучивање, будући да контролор уставности није надлежан за то. Тада уставни судови не одлучују *на основу* важећег права него одлучују *о важећем праву* тј. његовој супстантивној ваљаности.

Примена права је такође вишезначан појам, па може да означава и дедуктивну примену у случају језички јасног значења одредбе, али и примену као материјалну радњу. Дедуктивна примена права постоји у тзв. лаким случајевима (*easy cases*) и она нема већи значај за наш рад ако се тумачи као силогистички поступак (тад је довољно навођење чињеница и одговарајућих правних одредаба, па из њих правни закључак такорећи природно произлази), али се то проблематизује ако се узме у обзир да се сваки државни орган, па и уставни суд позива на то да је применио право. Другим речима, судски активизам се редовно настоји заоденути у примену права тј. одлучивање *на основу* важећег права. С друге стране, дедуктивна примена права је и последња фаза у пресуђивању у појединачним случајевима тј. повезивање чињеница са значењем које је приписано правном тексту (јер неки правни текстови морају да се тумаче тј. мора да им се аргументовано припише једно до могућих значења). Настојаћемо да покажемо да активизам подразумева стварање права, иако се редовно настоји заоденути у примену права. Другим речима, активистичко одлучивање подразумева да се одлучује о оптималности важећег права.

У раду се анализирају и ситуације у којима право наговештава одговор али га не прецизира и тад је на надлежном органу (првенствено суду) да настави тамо где је законодавац стао. Ти модалитети одлучивања у којим законодавац стаје „на пола путу“ подразумевају да (1) судија попуњава сиромашан правни оквир дискрециono одлучујући, или (2) одлучује тако да избегне неприхватљиве последице које би доследна примена норме произвела тј. дела правично (дифизибилност) или изводи неизражену норму из изражене (конструкција). Теоријске расправе о дискреционој оцени у домаћој литератури постоје, попут разматрања дебате између Харта и Дворкина (Здравковић 2013, 110–114), док су расправе о дифизибилности и конструкцији реткост (изузеци: Dajović 2022, 255 и Spaić 2021, 32–37).

Након анализе сличности и разлика између судског активизма и сродних модалитета судског одлучивања, покушаћемо да дамо одговор на централно питање – шта је судски активизам. Методом концептуалне анализе ћемо појам „судски активизам“ да објаснимо на основу других, јаснијих појмова, од којих су неки теоријски општеприхваћени, а други су дефинисани у овом раду. Предочиће се стипулативна дефиниција судског активизма у облику прототипске дефиниције тј. анализираће се типична својства (уставно)судског активизма. Полазећи од тих увида, анализираћемо појавне облике уставносудског активизма јер уставни суд понекад одлучује као да је уставотворац и законодавац, приписује себи надлежности које му устав не даје, а осим тога неки модалитети судског одлучивања наликују активизму (нпр. тест пропорционалности), па ћемо и о њима да изнесемо одређене напомене.

Уставотворно одлучивање уставног суда се, између осталог, јавља као извођење нових уставних принципа из уставног текста, стварање нових уставних субјективних права и контрола сагласности уставних одредаба с уставним принципима. С друге стране, позитивно законодавство уставног суда обухвата: давање тумачења које је у складу с уставом, мењање нормативног садржаја законске одредбе (нпр. кроз проширење круга лица на која се она односи или кроз укидање неуставног дела одредбе), стварање правног

оквира за доношење закона од стране парламента, супституисање законодавца и слично. Други део рада ће да садржи и одговарајуће напомене о парадигмама активистичког одлучивања и њиховој пракси: Савезном уставном суду Немачке, Уставном суду Италије и Европском суду за људска права, с циљем излагања практичних примера активистичког одлучивања.

Трећи део рада биће посвећен Уставном суду Босне и Херцеговине. Размотрићемо његов правни положај, надлежности и уставом дефинисану улогу овог органа, а онда ћемо то и теоријске увиде из првог и другог дела да применимо на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине. Предмет анализе ће да буду одређене одлуке које се сматрају корисним инструментом за анализирање расуђивања овог органа и које треба да нас одведу ка одговору на питање: да ли Уставни суд Босне и Херцеговине одлучује активистички или не? Анализирана уставносудска пракса ове институције показује његово уплитање и у надлежности уставотворца и законодавца, а неке од његових одлука су коренито утицале на мењање институционалног аранжмана успостављеног Уставом БиХ.

Штуре уставне одредбе су несумњиво утицале на то да Уставни суд БиХ каткад фактички ревидира Устав БиХ. Посебно се то односи на проширење надлежности које су овом органу додељене, па би трећи део рада требало да покаже да такорећи не постоји *a priori* питање о којем Уставни суд БиХ не може да одлучује. Аргументација која се нуди у његовим одлукама не може увек да се окарактерише као правна, али се одлуке контролора уставности редовно оправдавају позивањем на владавину права, чување Устава БиХ, демократију и сличне принципе. Предмет анализе ће да буде и природа аката који су предмет контроле уставности пред овим органом, будући да то нису увек правни акти. Коначно, увиди из трећег дела би требало да нам разјасне улогу Уставног суда Босне и Херцеговине – да ли је он чувар Устава, како Устав прокламује, или је господар Устава.

1.2. Методолошки оквир

Да бисмо свестрано сагледали проблем уставносудског расуђивања и активизма, користићемо се неколицином метода. Примарни метод коришћен у раду је метод концептуалне анализе. Будући да се рад темељи на неким контроверзним концептима, настојаћемо да те појмове објаснимо на основу јаснијих и теоријски мање спорних појмова. Концептуална анализа може да се односи на постојеће правне концепте, али и на њихово ревидирање и формирање нових концепата (Dajović 2015, 132), што ће одговарајући одраз да има и у овом раду.

Приликом разматрања улоге уставних судова уопште и њиховог активистичког одлучивања користићемо се упоредноправним методом да бисмо сагледали њихове надлежности у државама које имају систем централизоване контроле уставности и упоредили нормативно са фактичким стањем. Овај метод ћемо нарочито да применимо приликом анализе одлука суда који су, по нашем мишљењу, парадигме активистичког одлучивања. Историјски метод ћемо да применимо да бисмо сагледали еволуцију надлежности уставног судства и судског активизма. Будући да је трећи део посвећен Уставном суду Босне и Херцеговине, и позитивноправни метод ће да буде примењен, како бисмо утврдили положај овог органа према важећем праву. Такође, у одговарајућим деловима ће да се користи овај метод и приликом анализе важећих акта Немачке, Италије и других држава, будући да је приметно да одлучивање уставних судова у пракси често нема утемељење у позитивном праву.

Рад није нормативно оријентисан јер не садржи вредносне оцене о начину уставносудског расуђивања, активизму и појединим судским одлукама, него је примарно усмерен на дескрипцију начина одлучивања уставних судова и испитивање да ли се он уклапа у уставне оквире. Дакле, овај рад не претендује буде критика која почива на примени вредносних критеријума (попут добро, морално, исправно, праведно). Методолошки циљ није да се било која уставносудска одлука оцени као добра или лоша, него је циљ да се одлуке анализирају у светлу институционалне улоге и правних оквира у датим државама, те да се уоче типична својства уставносудског одлучивања. Рад претендује на то да се упореди оно што устави прописују у вези с уставним судовима с начином на који уставни судови уистину одлучују, пре свега приликом нормативне оцене уставности, што не значи да ће изостати анализа уставносудског одлучивања поводом повреде људских права и слобода.

Сматрамо да је раскорак између институционалне улоге уставних судова и уставносудске праксе приметан и настојаћемо да га посебно анализирамо у односу на студију случаја – уставно судовање Уставног суда Босне и Херцеговине. Иако су несумњиве посебности Босне и Херцеговине, тј. социјални и политички контекст у којем Уставни суд Босне и Херцеговине одлучује, рад није усмерен на то да се бави социолошким или политиколошким питањима.

Коначно, рад ће да концептуално одреди низ појмова који нису толико распрострањени у правној доктрини или који су познати али спорни тј. изазивају знатна неслагања између аутора у погледу њиховог садржаја. Такви су, примера ради, концепти правног расуђивања, политичког расуђивања, судског активизма, политичког питања, тумачења права. Због значаја који имају у овом раду, изнеће се дефиниције тих концепата, с тим да су све оне стипулативног карактера тј. не претендује се да оне буду представљене као једине могуће. Концептуална одређења односних концепата представљају само израз ауторовог виђења спорних питања и настојања да се расветле и стипулативно одреде спорни појмови, идентификују њихова типична обележја, те да се анализом појединих уставносудских одлука покаже да су у њима уочљива та типична својства.

1.3. Циљ докторске дисертације

Рад треба да разјасни нека спорна теоријска и практична питања, те бисмо могли да циљеве одредимо с обзиром на три главна дела рада.

(1) Први део рада има за циљ да објасни природу расуђивања уставних судова, испита да ли је оно правно или и политичко, те утврди компатибилност уставносудског одлучивања с постулатима уставне демократије. Идући ка том циљу, претходно ћемо да утврдимо шта је суштина уставне демократије, полазећи од тога да разликовање 1) између државних органа који одређују политичке циљеве и дају им правну форму, и оних који примењују право и 2) правног и политичког расуђивања, представља корисну основу. Настојаћемо да докажемо да уставни суд расуђује и правно и политички. Сем тога, циљ нам је и да изнесемо разлоге који доводе до таквог расуђивања, а потражићемо их и у природи устава, уставних одредаба и надлежностима уставног суда. Нужно је да се одреди место уставног суда уопште, да бисмо у другом и трећем делу могли да говоримо о активизму уставних судова уопште, односно активизму Уставног суда БиХ.

(2) Други део рада има два основна циља и неколико уже одређених циљева у склопу два основна. Први циљ је настојање да се искристалише појам судског активизма, док је

други циљ класификовање појавних облика уставносудског активизма, утемељено на анализи начина расуђивања уставних судова у државама које прихватају систем централизоване контроле уставности. Сматрамо да појам „судски активизам“ може да се искристалише његовим 1) јасним разграничењем од сродних модалитета судског одлучивања, 2) дефинисањем тог концепта и 3) детаљнијом анализом типичних својстава активизма. Након што реализујемо први основни циљ и уже циљеве у оквиру њега, прећи ћемо на реализацију другог циља – изложићемо модалитете уставносудског активизма. Овај део би требало да 1) потврди тезу да се уставно судовање не може одредити као део судске функције него да завређује да буде окарактерисано као засебна функција државне власти. Настојаћемо да покажемо да 2) уставни суд не расуђује само правно тј. није пуки примењивач права него често расуђују тако да задире у политичке изборе које су учинили уставотворац и законодавац, односно каткад уставни суд, у супстантивном смислу, „исправља“ одлуке других органа. Све то, заједно с постигнутим циљевима из првог дела, омогућиће нам да 3) створимо теоријску подлогу за анализу начина одлучивања Уставног суда Босне и Херцеговине.

(3) Трећи део има за основни циљ да оцени да ли одлучивање Уставног суда Босне и Херцеговине представља активизам. Идући ка том циљу, 1) указаћемо на положај Уставног суда у правном систему БиХ и 2) раскорак који постоји између нормативног положаја и стварног одлучивања овог органа. Потом ћемо настојати да 3) одредимо природу спорова о којима је овај орган одлучивао јер није увек реч о правним споровима. Такође 4) анализираћемо парадигматичне одлуке Уставног суда које би требало да покажу да 5) Уставни суд Босне и Херцеговине одлучује активистички.

1.4. Хипотезе од којих се полази у истраживању

У раду се полази од неколико хипотеза, чије доказивање ће да буде предмет детаљне анализе у овом раду.

Прва хипотеза гласи: Уставни суд је орган који правно-политички расуђује, што је последица различитих фактора и уставносудско одлучивање не може да се сведе на негативно законодавство, што има одговарајуће последице у односу на његово место у уставним демократијама. Контрола парламентарног одлучивања је типичан елеменат уставне демократије, а један модалитет те контроле је и судска контрола уставности. Она подразумева да уставни суд (или други контролор уставности) чува неприкосновени положај устава и уклања из правног поретка закон који је противан уставу. Улога чувара устава имплицира забрану мењања устава, али уставни суд понекад расуђује тако да престаје да буде чувар а постаје господар устава. Сем тога, уставни суд се упушта у разматрање питања која су, првенствено, у надлежности законодавца, интервенишући на различите начине, а *eo ipso* се крши још један елемент уставне демократије – уставом прокламовано начело поделе функција власти, чиме уставни суд постаје прекршилац акта који наводно штити и устројства које се тим актом предвиђа.

Друга хипотеза гласи: Судски активизам је политичко расуђивање судова о оптималности важећег права које резултује његовим реформисањем. Овај модалитет одлучивања подразумева да суд излази из оквира својих надлежности и задире у надлежности других органа (пре свега законодавца) кршећи начело поделе функција власти, при чему политички резонује, тражећи правни основ у широко формулисаним уставним одредбама, што доводи до тога да ствара ново право (изворно регулише

друштвене односе) или мења постојеће право (друкчије уређује већ регулисане друштвене односе), настојећи да оствари легитиман циљ (отклони блокаде у раду других државних органа, обезбеди примену гарантованих права и слобода, прогресивно развија права итд.). Нарочито је активистичко одлучивање уочљиво у одлукама уставних судова, кроз њихов покушај да се позивањем на неки виши, типично легитиман, циљ представе управо као чувари уставних вредности, чиме се пренебрегава да контрола уставности не треба да релативизује устав, него да га потврди и очува његово приоритетно место.

Активизам није ни пуко стварање права које нема никакве везе с текстом акта, нити је пука примена права, него је то стварање права које уставни суд настоји да заодене у уставну одредбу која је толико уопштена да је непрегледно поље могућних значења која могу да се тој одредби припишу. У том смислу, активизам подразумева делом и правно расуђивање (јер суд увек тражи основ за своје одлучивање у неком правном тексту) али и политичко расуђивање (јер суд одлучује и на основу ванправних разлога с циљем да оствари оно што сматра легитимним циљем односно пожељним друштвеним стањем).

Трећа хипотеза гласи: Уставни суд Босне и Херцеговине у својој пракси понекад одлучује активистички решавајући уставне спорове о правним питањима, а упушта се и у одлучивање о политичким питањима. Пракса овог органа показује интервенисање у бројна важна питања која су у надлежности уставотворних и законодавних органа, самоприписивање надлежности које му по Уставу БиХ не припадају, давање нормативног карактера преамбули, доношење бројних одлука на основу одредбе о владавини права, легитимизовање улоге виског представника итд. Такође, Уставни суд у одлукама често заузима политичке ставове иако то не значи *eo ipso* да је дата одлука активистичка. Неке одлуке ће да буду детаљније анализиране у циљу доказивање треће хипотезе, попут одлуке о конститутивности три народа на ентитетском нивоу власти, одлуке о одређивању високог представника као супституторa домаћих органа, одлуке о мењању назива градова у Републици Српској, одлуке у којој контролор уставности контролише уставност политичких аката итд.

2. ПРАВНО РАСУЂИВАЊЕ И УСТАВНО СУДОВАЊЕ У УСТАВНИМ ДЕМОКРАТИЈАМА

2.1. Демократија

Реч демократија, етимолошки посматрано, означава владавину народа. Ипак, корисност овог увида није велика због чега би требало да се прецизира шта се у ствари подразумева под владавином народа. У занемарљивом броју држава је могуће да целокупан народ врши послове државне власти, а немогуће је да сви имају јединствену вољу. Зато би демократија могла пре да се одреди као владавина већине народа и то првенствено преко изабраних представника. Ипак, ни та дефиниција није прецизна па би демократија морала да се одреди тако што би се обогатио садржај тог појма.

Прво својство демократије подразумева омогућавање грађанима да искажу своју политичку вољу. Дакле, владавина народа подразумева (1) постојање *утицаја грађана на образовање политичке власти*, а они то чине, пре свега, бирајући своје представнике.[5] Будући да није могуће да грађани непосредно доносе одлуке о свим државним питањима, онда је данас широко распрострањен модел представничке демократије којим се омогућује грађанима да бирају своје представнике који ће да врше државну власт у њихово име, а сами задржавају одређене модалитете непосредног учешћа у вршењу тих послова (референдум, народна иницијатива итд.). Дакле, у демократији се грађанима омогућује да имају и искажу своју политичку вољу. Милер истиче да је у политичким системима које обично називамо демократијама улога грађана у вршењу власти врло ограничена, те се своди на периодично гласање, повремено консултовање на референдуму поводом крупнијих друштвених питања и на формирање лобистичких група (Miller 2003, 40).

Друго, у демократској држави важно је у чијем се интересу врши државна власти па би својство демократије било и (2) *вршење државне власти у интересу грађана*.[6] Учешће народа у образовању политичке власти и делање власти у интересу народа показују оно што је српски устав из 1888. сажето исказао речима: народ је извор и ушће власти.[7] Интерес грађана је да се њихова слобода заштити а интерес државе је да се обезбеди ред и друштвени мир. Прецизније, интерес грађана који теже слободи подразумева да им се

[5] Дефиниција демократије којом се она своди на изборе би могла да се окарактерише као формална односно процедурална, будући да се акценат ставља на „правила игре“ којима се омогућује учешће грађана у доношењу одлука, тј. она је „метод формирања јавних одлука“. Вид. Ferrajoli 2012. Формални карактер овог концепта демократије произлази из занемаривања садржине одлука – да ли су оне демократске или не, ирелевантно је.

[6] У том смислу, могло би да се каже да државна власт представља легитиман политички ауторитет уколико ствара оквир у којем се обезбеђује равноправност грађана уз допунске елементе попут једнакости политичких права, одговорности власти према грађанима итд. Вид. Miller 2003, 38.

[7] То, другим речима, значи да је народ као носилац суверености тај који бира власт и делегира јој овлашћење да у његово име одлучује (извор), али да одлучује у народном (општем, јавном) интересу (ушће).

обезбеђује *корпус људских права* с тим да слобода и једнакост[8] представљају „основне моралне вредности на којима почива демократија“ (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 123). Међутим, питање је како да се уистину омогући да се јавна власт врши у интересу грађана? Јасно је да идеално стање у којем се интереси грађана остварују у целости и није могуће остварити, али како да се то у највећој мери осигура? У том смислу би требало да се државна власт приволи да дела у интересу грађана тј. у демократској држави воља грађана треба да се прво искаже на изборима а затим да се оствари одлукама државних органа.

Воља грађана ствара, контролише и санкционише државну власт. Дакле, демократија подразумева и идеју смењиве власти и *одговорност* носилаца државне власти према грађанима кад год они не делају у интересу грађана.[9] Ако у таквим случајевима нема одговорности носилаца власти, демократски карактер такве државне власти се доводи у питање јер се она делегитимише.[10] У складу с тим се поставља питање како да се власт заузда, а један од модела демократије који томе доприноси је уставна демократија јер је у њој власт вишеструко ограничена. Приликом концептуалног одређења уставне демократије, важно је да имамо на уму да она не може да се сведе само на формални аспект, који је, уистину, нужан али недовољан за разумевање демократије. Демократије нема ако нема директне или индиректне и то слободне тј. аутентичне (Ferrajoli 2012) народне воље (*народна суверености и већински принцип*)[11] која је *conditio sine qua non* али неопходно је да су испуњени и супстанцијални аспекти којим се власт ограничава, попут ограничења државне власти људским правима и слободама (Ferrajoli 2012), те да се спречи олако мењање аката којима се установљавају та ограничења. Уставна демократија је материјализација тих идеја и у наставку ћемо да анализирамо типична својства овог модела демократије.

2.2. Уставна демократија

Прелиминарно, могли бисмо да дефинишемо уставну демократију као демократију у којој постоје *вишеструка ограничења*, а то су у првом реду ограничења државне власти која је, надаље, примарно ограничена самим правом (кроз постојање кодификованог устава), људским правима и слободама[12] и ограничена изнутра тј. правилима о међусобном односу

---

[8] Човек је слободан у односу на другог човека а степен слободе у друштву је еквивалентан броју слободних појединаца (Kelsen 1955, 25). Сваки члан заједнице „у трку за срећом у сопственом животу креће из исте стартне позиције као и други“. Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 126. У демократији „сваки учесник мора да буде једнак партнер, а то је више од једнаке вредности гласа“. Вид. Bustamante 2013, 1143.

[9] Милер истиче да демократија представља непрекидно настојање да се грађанима да коначна реч у одлучивању о најважнијим питањима државе (Miller 2003, 48). Општа демократска начела политичке заједнице, утемељена на начелу рационалности, су: начело поделе власти, одговорности и смењивости. Вид. Grdešić 1995, 27.

[10] Дакет истиче да је демократија процес у којем се грађани боре за моћ да сопствене преференције претворе у право (Ducat 2009, 85). Милер сматра да демократско одлучивање подразумева да свако има прилику да допринесе том процесу, без обзира на друштвену класу, етничко или религијско опредељење и слично (Miller 2003, 43).

[11] Бобио тврди да демократија захтева правила којима се утврђује ко је овлашћен да доноси одлуке и по ком поступку. Излаже минималну дефиницију демократије која обухвата општост права гласа, принцип већине и могућност избора између алтернатива. Вид. Bobbio 1984, 24. Барак сматра да постоје два стуба демократије: народна суверености (формални аспект) и владавина права (суштински аспект). Вид. Barak 2006, 23–24.

[12] О намери уставотворца да људска права и слободе имају примат у односу на државну власт, закључује се и на основу уставног нормирања, будући да после уводних одредаба о држави (облик владавине,

највиших државних органа. Спиньо истиче да је уставна демократија облик у којем суверености припада народу који је врши у границама које су установљене чврстим писаним уставом (Spigno 2018, 457; Groppi 2008, 100). Устав је нужан, али недовољан критеријум постојања уставне демократије јер ограничења која она подразумева нису само формална него и суштинска – власт је ограничена и споља и изнутра.

Институционални аранжман који почива на уставној демократији је управо услед низа тих ограничења највећа гаранција очувања људских права и слобода. *Типични елементи уставне демократије* су: народна суверености и владавина аутентичне воље већине уз заштиту права политичких и структуралних мањина,[13] ограниченост државне власти путем кодификованог устава, гарантовање и ефективност примене људских права и слобода, ограниченост државне власти изнутра преко уређивања односа међу државним органима, независност судства и контрола парламентарног одлучивања. Већ из назива „типични елементи уставне демократије“[14] произлази да уставном демократијом можемо да назовемо не само државу која има све елементе, него и ону која има већину тих елемената.[15]

2.2.1. Зашто је уставна демократија *уставна*?

2.2.1.1. Ограниченост државне власти путем кодификованог устава

Члан 16 Декларације о правима човека и грађанина прокламује следеће: друштво у којем не постоје подела власти и гаранција права и нема устав. Дакле, већ је у овом акту с краја 18. века прокламована веза устава, с једне стране, и поделе власти и људских права и слобода. Ова веза подразумева да идеја устава почива на расподели функција државне власти на различите државне органе (тиме једни друге ограничавају) и на ограничавању државне власти људским правима и слободама. Историјски посматрано, људска права тек након 1945. године, пре свега услед аката Уједињених нација, постају широм света прихваћен механизам ограничавања власти. Ипак, и пре него што су се појавили први писани устави (амерички из 1787. и француски из 1791. године), доктрина је развила учење о владавини права односно правној држави, па су оне замеци идеје о ограничавању државне власти.

назив, главни град и слично) следе одредбе које се односе на људска права и слободе, па тек онда одредбе које се тичу државне власти. Уставно гарантовање људских права и слобода је „типичан, и са становишта цивилизацијских захтева, нужан део модерних устава“. Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 265.

[13] Демократија, сматрамо, обухвата и „разоружавање“ већине од могућности да маргинализује мањине – како политичке тако и структуралне. Неки аутори истичу да постоји сукоб између демократије (оличене у вољи већине) и конституционализма (оличеног у заштити структуралних мањинских права и права и слобода појединаца). О том конфликту и потенцијалним решењима вид. Whittington 2008, 284–288.

[14] Ако концепте посматрамо као прототипове, онда се узимају у обзир њихове карактеристике које нису нити нужне нити довољне, него су типиче тј. чешће су присутне у појединачним примерцима који потпадају под одређени концепт. О томе вид. Dajović 2015, 48–49. О прототипским концептима вид. Jovanović 2019, 48–51.

[15] То што, примера ради, нека држава није устројена по начелу поделе власти (које оличава ограниченост власти изнутра), не значи *eo ipso* да односна држава није уставна демократија. Класичан пример је Швајцарска, држава устројена на начелу јединства власти, уз одређене посебности (нпр. немогућност Савезне скупштине да изгласа неповерење члановима Савезног савета).

Иако се данас поистовећују, ипак владавина права и правна држава нису (биле) синоними јер се, изворно посматрано, разликују, како по пореклу, тако и по суштини. Док је владавина права идеја енглеског порекла, дотле је правна држава немачког порекла. Правна држава је смерала ка томе да ограничи, пре свега, извршно-управна власт, а у оквиру ње посебно управне органе (нпр. полиција), те да се преко „судске контроле управних аката контролише задирање у слободу и имовину".[16] Тим правнореволуционарним преокретом се дошло до тога да управа не може да одлучује самовољно тј. по принципу апсолутне целисходности[17] него да она мора да буде ограничена законом којим се радње државе чине „рационалним и предвидљивим" (Möllers 2013, 34). То правно достигнуће и дан-данас се исказује као начело законитости у раду управе. Не умањујући важност ограничења управних органа, који применом права могу грубо да задиру у људска права и слободе, јасно је да и други органи државне власти могу да то учине, нпр. скупштина која својим законом омогући управи да лиши слободе свако лице које критикује највише државне функционере или судовима да санкционишу прекршиоце права казнама које сматрају најцелисходнијим.

Владавина права почива пак на делотворности заштите људских права и слобода.[18] Дакле, не само да државу ограничавају закони, него је ограничавају људска права као таква, а посебно место у заштити људских права припада судству.[19] Лахмајер разлику између ова два концепта исказује истичући да се правна држава више односи на законитост док владавина права почива на независности судства (Lachmayer 2013, 1482) односно правна држава је више формална, а владавина права је више супстантивна идеја. Пошто су владавина права и правна држава добијале на значају, тј. идеја ограничене државне власти се све више апострофирала, то је морало и да добије своју материјализацију јер су темељи те две идеје временом надограђени и то кроз идеју устава.[20]

Недовољно би било да ограничења прописује законодавац у законима, будући да би му се тиме трасирао пут да их олако мења, па ограничења морају да буду и формализована и ојачана отежаном могућношћу њихове промене. Савремене државе то данас реализују

[16] Möllers 2013, 33. Келзен наводи да је распрострањен став да је срж владавине права у томе да се управне и судске функције државе врше према унапред утврђеним општим правилима како би се што мање дискреционе власти оставило управи и судовима: тиме се обезбеђује слобода а избегава арбитрерност. Ипак, он мисли да владавина права није гаранција слободе него само могућност да појединци у одређеној мери предвиде поступање управе и судова. Овај принцип се не тиче односа између државних органа и појединца него међуодноса државних органа тј. стварања и примене права. Вид. Kelsen 1955, 77–78.

[17] О неограниченој целисходности вид. Sunstein 1995, 960–961. И други аутори наглашавају постојање разлика између правне државе и владавине права. Вид. о томе Баста-Посавец 1993, 26–30.

[18] Ратко Марковић разлику између правне државе и владавине права одређује тако што тврди да је владавина права шири појам у односу на правну државу јер не означава само везаност државних органа, а нарочито управе правом него владавина права обухвата и законодавчеву везаност, као кључног творца права, „вредностима које су тековина демократског друштвеног и државног устројства". Вид. Марковић 2016, 462. О типичним својствима владавине права вид. Sunstein 1995, 968–969.

[19] Јасминка Хасанбеговић истиче да је владавина права владавина људских права. Вид. Hasanbegović 2021, 192.

[20] Суштина тј. циљ устава је да он ограничи, што показује и етимологија српске речи „устав" која потиче од глагола „уставити". Дакле, циљ устава је да заузда тј. ограничи државну власт. Устав је прешао пут од „подесног средства за зауздавање свеколиких облика апсолутизма" до „нужног услова и поузданог јемства слободе". Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 262.

доношењем кодификованог устава (или аката уставног карактера)[21] који је надређен осталим актима (то је формални појам устава јер подразумева да је државна власт организована кодификованим уставним правилима).[22] Поставља се питање што је то што би устав требало да правно одреди, тј. које групе питања се уставом уређују. Уставом се одређује ко је овлашћен да доноси политичке одлуке и које процедуре и суштинска ограничења морају да буду испоштоване да би те одлуке имале обавезујућу снагу (Grimm 2016, 168), па су уставне одредбе извор важења (обавезности) свих других правних одредаба (Jakab 2013, 1216). Александер истиче да се уставом уређују најосновнија питања у вези с организацијом друштва и власти (Alexander 2010, 3), док Мелерс наводи да се уставом одређују политичке институције и процедуре по којима оне међусобно сарађују и стварају право (Möllers 2013, 126).

Могли бисмо да издвојимо четири групе питања која представљају уставну материју (материјални појам устава). Прво, устави регулишу организацију државне власти, тј. утврђују који органи врше функције државне власти и у каквом су међусобном односу. Будући да је то питање од изузетног значаја за рад, посветићемо посебан одељак томе. Друго, уставом се гарантују одређена права и слободе: лична права, политичка права, економско-социјална права, права структуралних мањина и колективитета итд. Треће, уставима се уређују територијална организација државе. Она може да буде, од државе до државе, детаљно или сумарно регулисана, зависно од степена децентрализације у држави. У складу с тим, уставима се уређује положај локалне самоуправе, аутономних области, федералних јединица итд. Четврто, у уставима место налазе и одредбе о економско-социјалном уређењу државе, што значи да се уређује облик својине, принципи привредних односа, односи међу учесницима у привредним токовима уз мање или веће учешће државе, конкуренција на тржишту итд.

Дакле, ова четири елемента *materia constitutionis* морају да нађу своје место у кодификованом уставу или актима уставног карактера. У њима се наводе само најважније одредбе које треба да буду тако формулисане да, с једне стране, омогућују законодавцу да прати друштвене промене и инкорпорише их у закон, али, с друге стране, олако мењање начела правно-политичког уређења државе не сме да се допусти. Гримовим речима, устав представља оквир али не и замену за политику, будући да се њим установљавају правила о доношењу одлука али само одлучивање се оставља актерима политичког процеса (Grimm 2019, 57). Наравно, извор уставне материје није само устав, него су то и други извори права

[21] Уколико нека држава нема устав у формалном смислу, тј. кодификован устав, то не значи *eo ipso* да она није уставна демократија (нпр. иако Уједињено Краљевство нема кодификован устав, не значи да оно није уставна демократија нити да је недемократска држава). Будући да акценат није на форми него на суштини, тако и правно ограничена власт није она која је само формално ограничена него она која је суштински ограничена. Вид. Sajo 1999, 14–15. Велика Британија, иако нема кодификован устав, представља „ограничен уставни систем". Вид. Samaha 2008, 22.

[22] Уставна односно конституционална демократија је „демократски поредак који је ограничен уставним правилима". Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 128. Мармор истиче неколико својства уставних докумената: врховност, трајност, чврстина, морална садржина, општост и апстрактност. Вид. Marmor 2005, 143. Такође вид. Raz 2009, 324–325.

који уставну материју конкретизују, нпр. изборни закон или пословници парламента, али и одлуке уставних судова.[23]

Устав је изнад других правних аката и формално и суштински (садржински) посматрано. Формална надређеност устава другим правним актима се огледа у сложености поступка по којем се он доноси и мења и обично се она исказује изразом „чврсти устав".[24] Поступак доношења и промене устава је сложенији у односу на поступак доношења обичног закона. Уколико се за доношење закона тражи апсолутна већина онда се за доношење устава тражи строжа, квалификована већина,[25] грађани се често укључују у процес уставних промена тако што се изјашњавају о уставу на референдуму или се устав доноси од посебног тела установљеног само за доношење или промену устава (уставотворна скупштина).

Дакле, формалним условима за промену устава се настоји отежати његово често мењање. С друге стране, садржинска надређеност устава нижим актима огледа се у начелу уставности према којем ниједан подуставни акт не сме да буде супротан уставним одредбама (устав начелно ограничава садржину будућих закона а тиме и других аката). Дакле, понекад се устав мења у редовном законодавном поступку, што може да буде инструмент злоупотребе од стране политичке већине. Што се строжа већина за мењање устава пропише, то ће текст измена устава да буде плод компромиса различитих политичких субјеката (нарочито владајућих и опозиционих странка). Даље, непостојање кодификованог устава није знак да државна власт није уређена уставним правилима. У свакој држави постоји устав у материјалном смислу, будући да је нужно да се раније помињана питања уставне материје уреде у неком акту. Често су то акти који су јаче правне снаге од обичних закона – уставни, основни или органски закони, и у неколицини таквих аката се уређују најважнија питања која се редовно налазе у уставима. Постојање кодификованог устава је значајна али не нужно и довољна форма (будући да у устав могу да се запишу и недемократске одредбе и отежа се њихова промена), а ограничавање силе и власти државе је суштина.

Водећи се тим да ли је државна власт уистину ограничена или није, теоретичари уставног права помињу политички појам устава односно идеју конституционализма.[26] Могуће је да се један акт доноси по строгом поступку и да он уређује најважнија питања која спадају у уставну материју, али уставност није знак конституционализма (Whittington 2008, 281), будући да устав није пука прокламација.[27] Само она држава чијим се уставом остварује

---

[23] Неки аутори говоре о уставу изван устава (*constitution outside the constitution*). Осврт на то вид. код Bradley, Siegel 2015, 1273–1277.

[24] Кад се устав мења по отежаном поступку у поређењу са законодавним поступком, онда „тиме добија најјачу правну снагу" и онемогућују се „сувише честе и лаке промене устава". Вид. Марковић 2021, 70. Чврсти устав подразумева како сложеније услове за покретање поступка за промену тако и теже услове за усвајање акта о промени. Вид. Марковић 2016, 50. О формалном и материјалном појму устава вид. Spigno 2018, 458.

[25] Шајо истиче да је предуслов за могућност да се уставом детерминише правни систем то да устав буде изнад свих других аката и устав је почетни и крајњи аргумент правног система. Вид. Sajo 1999, 39.

[26] Конституционализам подразумева „суштинска правна ограничења политике, која чине могућом владавину права кроз ограничавање вршења државне власти". Вид. Bradley, Siegel 2015, 1291. За Ташнета (Tushnet 2019, 1197) конституционализам подразумева три компоненте: владавину права, независност судства и слободне и транспарентне изборе.

[27] Вид. "Constitutionalism" у: Stanford Encyclopedia of Philosophy (2001). Андраш Шајо истиче да је конституционализам ограничење државне власти зарад очувања јавног мира. Вид. Sajo 1999, 9. О „тесту квалитета устава" вид. Lachmayer 2013, 1472.

његов циљ – ограничење државне власти, јесте конституционализована држава и има устав у политичком смислу.[28] Речју Слободана Јовановића, уставом се гарантује „независност појединца наспрам државе, и независност појединих власти једне наспрам друге“.[29] Грим истиче да се суштина конституционализма огледа у потчињености политике праву (Grimm 2016, 200). У раду посебно место припада начелу уставности, анализи уставних одредаба и контроли уставности, и о томе ће касније да буде речи.

2.2.1.2. Уставна демократија као ограниченост државне власти људским правима и слободама

Већ је наведено да је *ограниченост државне власти људским правима и слободама*[30] једна од кључних одлика уставне демократије, а на овом месту ће та тврдња да буде допуњена. Најпре, (1) људска права и слободе треба да се ефективно примењују, а не само да се прокламују и (2) воља народа мора да буде слободна тј. аутентична воља (Ferrajoli 2012). Такође, судија Роберт Борк истиче да систем који почива на већинском принципу ипак подразумева и да појединци имају одређене слободе које морају да буду изузете од већинске контроле, а у свему томе судови морају да заштите субјективна права појединаца али не смеју да погазе право већине да управља (Ducat 2009, 75). У том смислу, говори се о правима структуралних и политичких мањина, па сматрамо да је типичан елемент уставне демократије и (3) заштита мањине од деловања већине.

Ефективност примене људских права и слобода подразумева да државни органи морају да грађанима омогуће да уистину уживају она права која су им формално загарантована.[31] Управо је степен поштовања људских права индикатор односа државне власти према грађанима. Примера ради, шта вреди грађанину то што устав прописује да свако има право гласа под условима прописаним законом уколико законодавац пропише услове које испуњава 30% грађана? Или шта вреди прокламација о томе да је образовање бесплатно уколико се законом и подзаконским актима прописују високе школарине за студенте? Грађанин ефективно ужива права само онда кад може да буде сигуран да ће држава, у крајњем случају, да предузме све мере и омогући му да несметано може да их

[28] Није могуће категорички и исцрпно утврдити показатеље постојања устава у политичком смислу али је могуће навести преовлађујућа мерила, попут поделе власти, независности судства, децентрализације власти, слободне привреде итд. Вид. Марковић 2021, 46. Устав у политичком смислу постоји кад је „онемогућена субјективност, самовоља и злоупотреба носилаца државне власти“. О томе и Левенштајновом учењу о елементима политичког појма устава, те Фридриховим синдромима уставности вид. Марковић 2016, 38–39. „Конституционализам се односи на ограничење власти.“ – Sajo 1999, 63.

[29] Наведено према: Марковић 2016, 40.

[30] Уставна позитивизација људских права и слобода подразумева да је и сам законодавац правно ограничен тј. ни његово одлучивање није слободно у апсолутном смислу. Ферајоли истиче да уставна демократија подразумева да је државној власти „одузета могућност да располаже основним правима и базичним уставним принципима као што су подела власти и независност судства“ (Ferrajoli 2012). Ратко Марковић истиче да се демократија не своди на људска права али да без људских права нема демократије. Вид. Марковић 2016, 462. Милер наводи да слобода одређеног лица зависи од „броја опција које су му доступне и способности тог лица да направи избор“ (Miller 2003, 57). Зато је најбоља она политика која решава спорно питање али максимизирајући слободу (Ducat 2009, 87).

[31] Уставом гарантована права и слободе не представљају „дар ни уступак државе“ него „нешто што је иманентно природи човековој и природи државе као истинске људске заједнице“. Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 266. О тројакој повезаности грађана с државом вид. Sajo 1999, 29.

упражњава. То, између осталог подразумева и да легитимна очекивања грађана поводом стварања и примене права не буду изневерена.

Грађанин од суда очекује да он примени постојеће прописе, а не да судија који се не слаже са законским решењем исправи законодавца будући да „судови примењују закон или утврђују права“ те „стварају и јачају очекивања јавности у вези са законом“ и „омогућују грађанима да сазнају вероватне последице свог деловања“ (Banks, O’Brien 2021, 34). У том смислу, често се говори о правној вредности која се зове правна сигурност. Сваки грађанин у сваком моменту треба да 1) зна шта други (држава и остали грађани) од њега могу да захтевају а шта он може да од њих тражи (предвидљивост), 2) буде сигуран да ће држава да му пружи заштиту кад неко оспори или угрози његова права (извесност). Право је грађана да им се омогући да се благовремено упознају са својим правима и обавезама на одговарајући начин (објављивањем општих правних аката) и да се ти акти примењују само на оне њихове поступке који су настали након ступања на снагу акта, па чак и у ванредним околностима (забрана ретроактивне примене).

Даље, важно је да поступак у којем се одлучује о правима а посебно обавезама грађана буде детаљно уређен и да омогући грађанима активно учешће и поштено суђење. Затим, нужно је да се не развија догма о непогрешивости државних органа и да се грађанима омогуће правна средства којима ће да покрену поступак преиспитивања донесених одлука (правни лекови), али то не може да траје унедоглед (зато постоји обавеза суђења у разумном рок у којем треба да се донесе правноснажна пресуда). Марковић (2021, 45) тврди да уставне одредбе о људским правима и слободама нису само брана самовољи државне власти, него представљају заштиту и од „самовоље других носилаца моћи, укључујући и економску моћ (заштита радника од послодаваца, заштита сиромашних, незапослених, болесних итд.).“ Кад год се права и слободе грађана не поштују од стране других грађана или приватних правних лица, нужно је да држава пружи заштиту оштећеном грађанину и омогући му да ужива и оствари своје право. Али шта ако управо државни органи крше право појединца (нпр. управни органи)? Тад ефективну правну заштиту треба да пруже други државни органи, посебно судови а у крајњој линији и уставни судови, ако је реч о кршењу уставних права и слобода.

С друге стране, уколико узмемо да је минимум демократије постојање могућности грађана да учествују у вршењу државне власти, посредно или непосредно,[32] онда је нужно да држава омогући грађанима да своју *вољу искажу аутентично*. Нпр. која је вредност избора уколико се грађанима ограничава њихово право на удруживање, слобода говора, слобода штампе итд.? У датом примеру, претпоставка избора за државне органе је постојаће могућности избора између различитих политичких алтернатива.[33]. У том смислу Дакет (Ducat 2009, 86) истиче да у уставом гарантованом корпусу политичких права слободе говора, штампе и удруживања имају статус „приоритетних слобода (*preferred freedoms*)“. Другим речима, ова политичка права су предуслов за уживање осталих политичких права.

Аутентична воља у демократском друштву претпоставља да сви имају прилику да дају свој допринос и да погледи на друштвено значајна питања из различитих група и класа

[32] Ферајоли правилно примећује да у представничким демократијама народ не одлучује ништа у погледу политичких питања него само, у границама изборног закона, одлучује о томе ко су они који ће да одлучују. Вид. Ferrajoli 2012.

[33] У том смислу говори и Норберто Бобио. Вид. Bobbio 1984, 25.

могу да се искажу без ограничења која намеће неко ко није сагласан с тим погледима. Легитимно је у демократским друштвима и да незадовољни грађани реагују како би се исходило поштовање њихових права и они тако утичу на државну власт да створи оне услове који омогућују вршење власти у њиховом интересу.

2.2.1.3. Уставна демократија (ни)је само владавина већине

Воља већине представља важан елемент уставне демократије, али демократски карактер уставне демократије није само утеловљен на већинском начелу. Дакет истиче да је дефинисање демократије као владавине већине крајње поједностављена и неадекватна дефиниција (Ducat 2009, 85). Келзен истиче да суштина демократије није у „неспутаној владавини већине" него у „континуираном компромису између различитих делова народа који су представљени преко парламентарне већине и мањине" (Kelsen 2015, 72). Уколико узмемо судове као пример неизабраних органа, зар бисмо могли да уставни суд окарактеришемо као недемократски орган ако он доприноси остварењу слободе говора, штампе, удруживања и слично, чиме омогућује *свим* грађанима да активно суделују у обликовању јавне политике.[34] Јасно је да постоје органи који нису изабрани, а који несумњиво могу да се поимају као заштитници демократије.

Посебно место Дакет даје контролору уставности као институцији која није изабрана на демократски начин (није непосредно изабрана), а чија је уставна дужност да брижљиво испитује законодавство, а посебно законодавство које ограничава упражњавање *права структуралних мањина* која имају прворазредни значај јер се том делу грађана управо мањинским правима омогућује да износи политичке захтеве. Слично, Грим истиче да демократија не може да се сведе само на већински принцип него она подразумева и додатне гаранције за функционисање демократског процеса, попут слободе говора или заштите мањина (Grimm 2016, 216) при чему је важна заштита како структуралних тако и политичких мањина.

Под структуралним мањинама подразумевамо оне делове становништва који су у свеукупној структури неког друштва мањина с обзиром на етничку припадност, религију, језик и слична идентитетска обележја, док су политичке мањине оне мањине које су опозиција у односу на владајућу већину. Допринос уставне демократије консолидацији положаја мањина огледа се у томе што се управо уставом гарантују права структуралних и политичких мањина и уређују колико-толико прецизно. Уколико би се правно регулисање положаја мањина препустило у целости законодавцу, онда би то водило неизвесности и потенцијално честом мењању закона. Врховни суд Сједињених Држава (САД) је у предмету *United States v. Carolene Products Co*. утврдио да овај контролор уставности има нарочиту обавезу да пружи заштиту правима „дискретних и изолованих мањина" (дакле структуралних мањина) онда кад се одлукама законодавца умањују њихова права.[35]

У уставним демократијама, институционализован је и положај политичке мањине будући да владавина воље већине, као формални постулат демократије, „није идеално решење, већ алтернатива владавини мањине" и она не сме да прерасте у „сатирање мањине"

---

[34] Демократија не може да се „редукује на просту већинску идеју" јер она подразумева учешће, толеранцију у слободу и правосуђе „независно од већинских хирова може много допринети демократији". Вид. Cappelletti 1981, 58.

[35] Пресуда је доступна на: *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144*.

(Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 131). Заштита мањине у светлу уставне демократије подразумева да се осмисли такав уставни аранжман који ће да ограничи већинско начело на онај начин који ће да осигура заштиту мањина (Miller 2003, 50). Постојање политичке мањине тј. опозиције (у парламенту али и ван њега), чији је положај регулисан правом, свакако представља брану већинској вољи и мање-више јак контролни механизам. Уколико је састав парламента такав да ниједна политичка партија или коалицији нема доминанту већину, то представља и те како важно ограничење у одлучивању већине посебно у светлу измена устава.

Напоменуто је да се по правилу устави мењају по сложенијем поступку који укључује и захтевање строже, често квалификоване већине, за промену устава. Политичка мањина у парламенту тад може да буде тас на ваги и посебно је значајно да измена устава подлеже таквим ограничењима јер олако мењање устава као темељног акта[36] а посебно умањење или релативизовање права и слобода грађана записаних у уставу наилази на брану политичке опозиције. Другим речима, политичка мањина добија на значају у поступку промене устава јер су законодавна тела (најчешће у улози уставотворца) често шароликог састава па измена устава представља често плод консензуса политичке већине и мањине. Нпр. уколико је 55% чланова парламента на страни позиције а 45% на страни опозиције, а устав захтева 2/3 већину за измену устава, до тога не може да дође без подршке мањине.[37]

Међутим, у друштву постоје и тзв. структуралне мањине које одликују језичке, етничке, културне, верске и сличне посебности, па се поставља питање како треба да изгледа институционални аранжман у којем ће да се чује и њихов глас? То се постиже: гарантовањем права свима, па и мањинама; гарантовањем посебних мањинских права; мерама позитивне дискриминације како би се мањине укључиле активно у друштвени живот; аутономијом (персоналном, територијалном); стварањем одвојених изборних јединица (Miller 2003, 51); гарантовањем одређеног броја места у народном представништву.[38] Даље, постоји могућност да се нпр. етничке мањине удруже у политичком смислу тј. направе политичку партију чија је кључна идеологија заштита интереса те мањине и унапређење положаја мањина.

Често се и у највишим држаним органима налазе неки представници етничких мањина – било услед политичке одлуке владајућих било због загарантованих места у тим органима, што се прописује највишим актима. То је нарочито одлика модела консоцијативне демократије коју карактерише настојање да се у вршењу државне власти широко уваже легитимни интереси структуралних мањина. То се постиже политичком

[36] Келзен истиче да специфичан начин промене устава „обезбеђује да се одређена фундаментална питања могу решити само уз учешће (политичке) мањине“ али се тиме штити и интерес структуралних мањина. Вид. Kelsen 2015, 71–72. Оно што би се често мењало променама парламентарне већине се због постојања устава онемогућује а то „усидрење у устав требало би да обезбеди одређене интересе, нарочите интересе мањине против садашње већине“. Штавише, „истинска демократија може да се дефинише као заштита мањине“, наводи Шмит цитирајући Џона Стјуарта Мила (Schmitt 2015, 93–94).

[37] Келзен истиче да је промена устава отежана с циљем да се омогући глас мањине, будући да строжа већина која се тражи у уставотворном органу захтева да и представници мањине пристану на основе уређења које установљава устав. Вид. Kelsen 1928, 202.

[38] О контроли уставности као инструменту заштите угрожених мањина у изборном процесу вид. Möllers 2013, 130.

децентрализацијом у виду аутономије или федералне јединице, паритетним саставом државних органа, правом вета на одређене одлуке итд.

Коначно, јавно мњење представља важан корективни фактор политичког одлучивања, па и поступања према структуралним, али и политичким мањинама. Под јавним мњењем се подразумева распрострањено изражавање ставова заинтересованих појединаца о неком спорном друштвеном питању уз могућност да се „утиче на ток акције ка решавању тог питања“.[39] Штавише, „снажна и критички настројена јавност“ врло често може да буде „делотворнија од опозиције“ у циљу зауздавања одлука политичке већине (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 131). Ипак, сви ти механизми су секундарни у односу на уставносудску заштиту и политичких и структуралних мањина јер је она најделотворнији механизам заштите права и слобода тих мањина.[40]

2.2.1.4. Уставна демократија као ограничење власти изнутра

Ограниченост државне власти у уставној демократији не тиче се само односа међу правним актима и односа државне власти према људским правима и слободама, него значајно место припада и односима међу државним органима. Будући да су државни органи задужени за стварање права и(ли) примену права, потребно је да они (1) поступају у складу с вишим актима којима се уређује њихов положај и одлучивање, (2) међусобно сарађују вршећи послове државне власти, (3) међусобно ограничавају једни друге у вршењу тих послова тако да ниједна грана не доминира над другим гранама (Марковић 2016, 462). Следствено, типично својство концепта уставне демократије је *постојање поделе функција државне власти* на више државних органа.

Дакле, државна власт је ограничена изнутра, будући да одлучивање најважнијих државних органа наилази на ограничења која се огледају у противсредствима других органа. У том смислу, могли бисмо да кажемо да међу најважније државне органе спадају законодавац, влада, редовни судови и контролор уставности. Парламент контролише владу (посланичка питања, интерпелација, изгласавање неповерења), влада утиче на парламент (право законодавне иницијативе, могућност да тражи распуштање парламента и слично), парламент поставља правила која судови примењују, а контролори уставности надзиру парламентарно одлучивање како би сачували устав.

Будући да предмет рада нису ни влада ни редовни судови, у жижи нашег интересовања се налазе законодавни орган и уставни суд, као једно од институционалних решења у погледу судске контроле уставности. Посебан одељак ће да буде посвећен односима између државних органа у светлу стварања и примене права због значаја тог питања, а на овом месту ћемо да се осврнемо на положај судова према другим органима јер је он специфичан.[41] Прецизније, анализираће се питање независности судства, будући да то начело важи и у односу на уставне судове (али уз неке посебности), да се *независност*

[39] О овом и елементима овог концепта вид. Пантић, Павловић 2007, 9, 18–19.

[40] Келзен истиче да је од изузетне важности то да се и политичкој мањини омогући да покрене поступак за испитивање уставности закона јер се „уставно судовање у парламентарним демократијама… нужно мора ставити у службу заштите мањине“ и делотворно је заштити од већине која ће своју владавину да остварује у правној форми. Вид. Kelsen 2015, 66, 72.

[41] Мелерс наглашава да судови нису субјекти реципрочних контролних механизама у односу на остале гране власти (Möllers 2013, 18).

судства поима као неизоставно (а не само типично) својство уставне демократије и да се примарно од (уставних) судова очекују да заштите (уставна) права грађана кад их нарушавају или угрожавају како грађани, тако и други државни органи.[42]

Независност судова је израз институционалних гаранција које треба да спрече спољашњи притисак на судије који би довео до тога да они не одлучују на основу важећег права него на основу туђе недозвољене воље, нпр. воље егзекутиве или других носилаца државне власти. Према томе, независност судства подразумева одвојеност од других највиших државних органа,[43] с тим да су судови персонално и функционално одвојени од осталих грана власти.

Персонална одвојеност судова од других грана власти се огледа у томе што законодавни и извршни органи немају никакву или немају пресудну улогу у избору лица која ће да врше судијску функцију.[44] Функционална одвојеност судова од других органа власти огледа се у томе да је судија у вршењу судске функције државне власти подређен једино важећем праву а не инструкцијама које му дају носиоци других грана власти. Ни законодавац ни егзекутива немају у односу на судове наредбодавну власт нити контролна овлашћења. То ипак не значи да судови не сносе апсолутно никакву одговорност, будући да они имају независност у оквирима важећег права (Марковић 2016, 519) а у односу на одвојену судску грану власти постоји унутрашња контрола – институционална,[45] али важна је и ванинституционална контрола.[46] Чак и кад судијина одлука буде санкционисана тј. кад је укине или преиначи виши суд, и даље је очувана његова независност јер се она остварује у оквиру права а не наштрб права.

Непристрасност судије се пак огледа у његовој приватној незаинтересованости за исход конкретног спора тј. непристрасност се тиче објективности и одсуства предрасуда према странкама (Papayannis 2016, 35). Она долази изнутра јер подразумева судијин однос

---

[42] Судијска независност није вредност сама по себе него је она инструмент који омогућује остварење кључних вредности конституционализма, а посебно доприноси ограничавању политичке моћи властодржаца. Вид. Vanberg 2008, 102. Гварнијери истиче да се независне судије често сматрају ефикасним инструментом за остваривање централних вредности конституционализма (Guarnieri 2013, 352).

[43] Ратко Марковић организациону одвојеност судова од других државних органа назива самосталношћу судова а слободну судова у доношењу одлука независношћу. Вид. Марковић 2016, 519. Гварнијери истиче да се ова одвојеност може означити као институционална независност с тим да она има супстантивни елемент и персонални елемент. Вид. Guarnieri 2013, 352. О независности као скупу институционалних гаранција које спречавају спољашњи притисак на судији вид. и Papayannis 2016, 35.

[44] Обично судије именује високи савет судства или орган сличног назива који се стара о обезбеђивању независности судова и несметаном вршењу судијске функције. Овај орган, нормативно посматрано, има задатак да за судију изабере само лице које испуњава одређене стручне и моралне услове који га квалификују за место судије.

[45] Институционална контрола би подразумевала да су судови организовани по инстанционом принципу, па одлуку првостепеног суда контролише виши суд у поступку по правним лековима, а с друге стране о евентуалном неправилном вршењу судијске функције и санкцијама за судију не одлучују ни законодавац ни влада него, обично, посебно правосудно тело – судски и тужилачки савет. Да ни правосудни савет не би постао инструмент обрачуна са неподобним судијама, законом се детаљно уређују разлози за одговорност судије и последице.

[46] Ванинституционална контрола би значила да, у најширем смислу, грађани могу да се не слажу са судским одлучивањем и то јавно искажу. У том смислу, ванинституционални модалитет контроле судства су јавност суђења, академска критика судских пресуда, протести грађана поводом судских одлука или пасивности правосуђа, па и губитак угледа судије.

према учесницима у поступку. Судија према њима нема нити позитиван нити негативан став (то је лична независност). Ипак, право предвиђа институционалне механизме који имају за циљ да спрече могућност пристрасног суђења. Пример су институт изузећа судије, јавност суђења, обавеза образложења одлуке, као и правило да судија не може да учествује у различитим фазама судског поступка (нпр. ако је учествовао у истрази не може да учествује у главном поступку).[47] Сваки спор у којем одлучује, судија би требало да поима искључиво као професионалну дужност а не као прилику да оствари личну корист.[48]

Тврдње о одвојености редовних судова од других државних органа нужно морају да буду релативизоване због положаја уставног судства. У том смислу, уставни судови су, временом, постали надлежни и за одлучивање о повредама уставних субјективних права, што је једна од тенденција јачања уставног судства.[49] Ипак, уставни судови су надлежни само да кажу да ли је уставно субјективно право нарушено или није, али не и да се упусте у меритум и сами реше спор поступајући као суд у управном спору пуне јурисдикције или инстанциони суд. Сем тога, уставни суд задире и у законодавну функцију кад врши контролу уставности. Да ли су уставни судови независни органи и да ли су уставне судије непристрасне? Да бисмо одговорили на ова питања, корисно је да уведемо и трећи појам који се тиче положаја судија – неутралност судија.

Неутралност одговара на питање: какав је однос судије према праву; непристрасност одговара на питање: какав је однос судије према странкама у спору; независност одговара на питање: какав је однос других према судији. За Папајаниса неутралност се везује за доносиоца одлуке који се не упушта у евалуацију (*non-evaluative adjudicator*) што значи да се његово расуђивање тј. одлучивање и оправдавање одлуке темељи на важећем праву. Неутралност је способност примењивача да одвоји примену права од сопствених супстантивних, моралних и политичких, уверења (Schauer 2003, 228). И кад се судија не слаже с постојећим правним решењима, он треба да буде неутралан и да вредности које право прописује не замењује својим вредносним системом него да правни спор решава с правне тачке гледишта (*legal point of view*) (Papayannis 2016, 44–45). Уколико судија не поступа неутрално, онда се јавља „*ad hoc* стварање права" којим суд настоји да оствари

[47] Гварнијери говори о непристрасности као независности у понашању која се мери тим колико је судија заиста непристрасан у пресуђивању. Истиче да је савремени тренд јачање институционалне независности праћен уверењем да ће већа одвојеност од других институција да обезбеде и јачање судијине непристрасности. Вид. Guarnieri 2013, 352–353. О ставу да је судија независан ако не осећа притисак који утиче на његово одлучивање тј. о независности и непристрасности као стањима свести (*states of mind*) вид. Papayannis 2016, 36–37.

[48] Да би се обезбедило да судија уистину поима једино важеће право као постулат у пресуђивању тј. да буде непристрасан, постоје одређене гаранције које би требало да судију одврате од идеје да се води личном коришћу. Прво, судије се бирају често на мандат који траје до пензије (сталност); друго, судије не могу, осим у изузетним и рестриктивно законом регулисаним случајевима, да се премештају (непокретност); треће, судије имају финансијску независност тј. зараду коју им закон гарантује. Све то треба да омогући да судија буде подређен само закону и да одлучује на основу закона а не на основу притисака других носилаца државне власти, обећања и противуслуга. Другим речима, уставни аранжмани треба да обезбеде судији да у вршењу своје функције примењује право „независно од очекивања странака у спору или политичких и друштвених снага" (Grimm 2016, 203).

[49] О јачању судства у Европи у светлу веће заштите од политичких грана власти вид. Guarnieri 2013, 348–351.

„политички и морално прихватљив резултат, иако он нема уставно и правно утемељење“ (Schauer 2003, 218).[50]

Констатовано је да независност судија има одређене посебности у односу на судије уставних судова, па ћемо сада да се осврнемо на њихову независност, али и да испитамо неутралност судија уставних судова.

Прво, судије уставних судова не именују се од стране посебних стручних органа, него је уплив политике у њихова именовања већи будући да их (бар делом) именују политички органи: парламент, органи егзекутиве и слично.[51] Стога, политички критеријуми играју одређену (ако не и одлучујућу) улогу у именовању судија уставних судова и бар на први поглед је мањи степен њихове независности. Другим речима, они који именују судије се каткад не воде само правним мерилима (која би, нормативно посматрано, требало да буду једина релевантна). У прилог томе говори и чињеница да каткад судије постају дојучерашњи политичари, ноторни (бивши) заговорници неке идеологије и политичких ставова итд. Грим наглашава значај независности правосуђа за несметано функционисање уставом створеног система, а посебно истиче значај независног положаја уставног суда јер су „уставни судови бескорисни уколико не могу да делају одвојено од политике“ (Grimm 2016, 202).

Друго, судије уставних судова, по правилу, имају ограничен мандат који ипак траје дуже од мандата посланика или државног поглавара (нпр. десет година) што би требало да ојача одвојеност уставних судија од политичких грана власти. Ипак, не прети опасност само од тога да други утичу на уставне судове настојећи да контролишу њихово одлучивање него постоји и опасност да уставни судови желе да контролишу политичке органе и буду учесници политичког одлучивања чиме постају парасудски орган.[52] Посебно је значајно то што у односу на уставносудске одлуке не постоји могућност инстанционе и институционалне контроле него постоји само ванинституционална контрола (критика грађана, академских правника и слично).

Треће, уставни судови често одлучују о важним правно-политичким питањима и њихове одлуке имају далекосежне последице. Стога и не чуди што се на њих често врше имлицитни (и експлицитни?) а свакако нелегитимни притисци од стране политичке власти или јавности.[53] Они се огледају у изјавама носилаца власти и других политичара и очекивањима јавности да се донесе одлука с *одређеним* исходом.

---

[50] Шауер разматра и тзв. принципијело одлучивање које се огледа у доследном примењивању разлога на основу којих је одлучен један случај и на друге сличне случајеве. Рецимо, принцип забране сегрегације је у низу случајева примењен, а на основу става заузетог у одлуци *Brown vs Board of Education* (*https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf*, последњи приступ 10. децембра 2022). Вид. Schauer 2003, 219–222.

[51] У доктрини се каткад тврди да је именовање судија уставних судова од стране политичких органа у ствари инструмент да се отклони приговор недемократског легитимитета судија уставног суда, али се тиме и „жртвује независност“ судија уставног суда. Вид. Castillo-Ortiz 2020, 634.

[52] Пример је одлучивање бразилског уставног суда у „окршају“ с политичким органима. Вид. о томе Da Ros, Taylor 2022, 51 и The Brazilian Federal Supreme Courts Reaction to Bolsonaro (2022). Феререс Комела истиче да уставни судови нису „чисто судске“ институције, да се баве политички осетљивим питањима и зато су, у поређењу с редовним судовима, више „политички“. Вид. Ferreres Comella 2003-2004, 1728.

[53] О односу између бразилског контролора уставности и бразилских политичких органа вид. Da Ros, Taylor 2022, 49–50. Рецимо, од 2019. до 2021. је поднесено 52 захтева за опозив судија бразилског контролора

Четврто, могу ли судије уставних судова да буду неутралне уколико су именоване на основу политичких критеријума? Неутралност судија уставних судова има велики значај из најмање два разлога. Ако судије уставних судова дугују свој долазак на ту функцију политичким чиниоцима, онда постоји и могућност да тумаче устав и одлучују у уставним споровима онако како политичким чиниоцима одговара јер тиме „враћају дуг“ за именовање. Тад уставни суд постаје „инструмент у служби политичких актера“ тј. „суд марионета“ а устав је само „изговор за спровођење преференција својих принципала“ (Castillo-Ortiz, 2020, 626).

Такође, ако судије уставних судова постојећа законска решења замењују другим решењима (што ће у другом делу рада да буде показано), онда они нису неутрални јер не решавају уставни спор с правне тачке гледишта. Уставно судовање је легитимно само ако су одлуке уставног суда „резултат независне и непристрасне примене устава“ (Castillo-Ortiz, 2020, 626). Дакле, судије уставних судова нису у целости одвојене од политичких органа а пракса показује да често нису ни неутралне у односу на постојеће право. О јачању уставног судства и његовом утицају на друге органе али и непостојању утицаја других органа на њега биће још речи у другом делу рада.

2.2.2. Зашто је уставна демократија *демократија*?

Након што смо одговорили на питање зашто се уставна демократија зове уставна, сада ћемо да образложимо због чега се зове демократија. Етимолошки, демократија је владавина народа, а уставна демократија није владавина народа него је владавина у име народа. Даље, демократија се поима као владавина већине народа, али уставна демократија не почива само на владавини већине него је њено важно својство то што је институционални аранжман на којем она почива нарочито усмерен ка заштити права структуралних и политичких мањина. Такође, ако је демократија данас пре свега представничка демократија, како да се објасни то што парламент као представничко и непосредно изабрано тело не може да доноси одлуке суверено. Како то да у демократији постоји неки недемократски орган који надзире одлучивање демократски изабраног тела и може чак да каже *не* одлукама парламента? Изнесени увиди узрокују три питања. Зашто народ не влада? Зашто се штити мањина? Зашто се контролише парламент?

Зашто народ не влада? У давању одговора на прво питање би требало да се укаже на разлоге због којих се центар политичког одлучивања преноси с народа на представнике народа који чине одговарајуће институције. Разлог за то је чисто техничке природе – државе су велике, како у територијалном тако у персоналном смислу и није могуће да се све политичке одлуке доносе непосредно јер би то значило да се милиони, десетине и стотине милиона грађана мора укључити у поступак одлучивања. Услед тога долази до трансфера политичког одлучивања у ужем смислу речи на народне представнике. Објашњавајући особености политичке власти, Волдрон истиче две околности политике: осећај припадника

уставности (Врховни суд Бразила). Ипак, суд није остао пасиван него је пружио оштар отпор политичким органима који су позивали на судијско уздржавање. Вид. о томе *Ibid*., 50. Ако се могућност контроле уставности изопачи, уставни судови одлучују или као „послушни инструменти власти, отворено преузимају улогу законодавца, узурпирајући му овлашћења и функције“ или „преузимају улогу уставотворца“. Пример уставносудског одлучивања у складу с интересима власти је контрола уставности у Венецуели која је довела да се „претвори уставна правда у неуставну правду“ (Brewer-Carias 2011, 38). С друге стране, постоји и могућност да се уставни суд потпуно отргне контроли било које власти, како је било у Бразилу.

дате заједнице да је нужно политичко одлучивање и њихова свест да не постоји сагласност о томе како би требало да се делује (Waldron 1999, 154). Пошто такве сагласности нема, онда је нужно да се установи политичка власт која ће у име грађана да доноси најважније и обавезујуће политичке одлуке.

У уставним демократијама се омогућује грађанима да искажу своју политичку вољу на изборима за парламент, а онда су парламентарци ти који у име и у интересу народа одлучују.[54] Келзеновим речима, суверенитет парламента је суверенитет народа у оквиру представничке демократије (Kelsen 1955, 78). Грађанима се оставља могућност да утичу на вршење државне власти преко неких института непосредне демократије, попут референдума, али и могућност да се удружују у политичке организације, подносе петиције, протестују итд. По Келзеновом мишљењу, учешће народа у власти је суштинска карактеристика демократије и било оно директно или индиректно, тј. било да се ради о непосредној било о представничкој демократији, демократија је увек *процедура* односно специфичан метод стварања и примене друштвеног поретка (Kelsen 1955, 3). Иако је процедурални аспект неизоставан, ипак он није довољан јер владавина изабраних мора да буде ограничена, и то је оно што карактерише уставну демократију. Уставна демократија представља институционални аранжман којим се уређује начин доношења политичких одлука *одређеног квалитета*.

Дакле, уставна демократија је демократија јер не почива само на специфичној процедури одлучивања, него почива и на вршењу власти која је ограничена тј. која не дела по принципу апсолутне целисходности. Тиме се предузимају потребне мере да демократски легитимитет који је стечен на изборима не буде изигран тако што би изабрани представници стечену власт искористили да делају против интереса грађана.[55] Даље, уставна демократија је демократија јер се принципи на којима почива формирање и функционисање представничког тела и других највиших државних органа записују у устав. Државну власт ограничава устав, али не као мртво слово на папиру, него као акт који уистину омогућује народу уживање права и слобода и предвиђа међусобну контролу носилаца власти. Келзеновим речима, нема демократије ако нема одређених слобода, па макар и процедурални услов био испуњен. Сем тога, демократија је политички метод у којем се поредак ствара и примењује од оних који су и сами подређени том поретку (Kelsen 1955, 3–4). Државни органи који стварају и примењују право су у уставној демократији и сами подређени праву јер се тиме ствара већа гаранција да ће њихова владавина да буде оно што би била и владавина народа.

Зашто се штити мањина? Ако је демократија (посредна) владавина већине, зашто се штите права (структуралне и политичке) мањине у уставној демократији? Констатовано је да у уставној демократији постоје ограничења оличена у правима структуралних и политичких мањина. И она нису уперена само према државној власти него и према правима већине. Из тога произлази на први поглед да уставна демократија у том делу није демократија. Али не заборавимо да су и све структуралне и политичке мањине ипак

[54] Владавина народа у демократији је директно или индиректно учествовање народа у власти, тј. она је вршење власти на основу већинске воље. Келзен наглашава и да владавина народа и владавина за народ нису синоними, будући да владавина за народ не мора нужно да буде демократска. Вид. Kelsen 1955, 2–3.

[55] Ако власт остварује истински интерес народа, сматра Келзен, онда она представља истинску вољу народа и то је права односно истинска (*true*) демократија (Kelsen 1955, 3–4).

грађани, тј. и они су део народа. А по природи ствари мањина је у тежем положају у односу на већину. Суштина демократије није у томе да се под плаштом владавине већине „газе" мањине[56] тј. демократија а нарочито уставна демократија није осветничка. Речју Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), демократија није просто превладавање ставова већине јер се мора постићи равнотежа којом се поштено и правилно третирају мањине и избегава злоупотреба доминантног положаја.[57]

Кад би се демократија као већинска воља доследно спроводила, нарочито политичке мањине никад не би могле да заштите своје интересе али ни структуралне мањине не би нужно биле заштићене јер потенцијално имају друкчије ставове у односу на политичку већину или већину осталих грађана. Пошто је демократија владавина народа, а структуралне мањине су *део* народа, онда је јасно да и оне треба да уживају заштиту. А у уставним демократијама степен заштите који постоји у односу на мањине је нарочит јер је циљ да им се омогући да учествују у одговарајућој мери у вршењу државне власти (политичке мањине) и да имају одређену аутономију у сферама друштвеног живота које се тичу њихове посебности као што су школство, језик и култура (структуралне мањине). Тиме се у уставним демократијама чува идентитет структуралних мањина, спречава се њихова асимилација и штити уставом њихово право на посебност.[58]

Да пак не постоје права политичке мањине, њихово учешће у политичком животу или не би постојало или би било само симболично. Такође, ако уставна демократија штити људска права и слободе и ако почива на равноправности свих, зар права структуралних и политичких мањина нису права и зар припадници мањина нису равноправни грађани? Институционални аранжман уставне демократије треба да помогне и структуралним и политичким мањинама да се фактички афирмише њихова равноправност. Посебно место у заштити права структуралних мањина имају уставни судови који су „бедем слободе који штити слабије чланове друштва од тлачења од већине или опортуних политичара" (Dyevre, Jakab 2013, 1003).[59] У сферама политичког одлучивања у којима се не нарушава положај политичке мањине, доследно може да се примењује већинско начело.

Зашто се контролише народно представништво? Ако је демократија владавина народа преко изабраних представника, зашто у уставној демократији постоји могућност да се народно представништво контролише, нарочито од стране других државних органа? Одговор на ово питање је у томе да постоји могућност парламентарног одлучивања које није у интересу грађана. Поставља се питање како да се нађе баланс између две противречности: шта је интерес грађана и да ли политичка власт може да крши интерес грађана ако је она и створена да донесе одлуку о интересу грађана? Уопштено речено, интерес је грађана да имају што више права и слобода, али шта је интерес у конкретнијим

[56] Фундаментални принцип демократије мора да се балансира с другим фундаменталним принципима попут заштите мањина, сматра Бјукенан. Вид. Buchanan 2003, 244.

[57] Вид. пресуду *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, доступна на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72015*, последњи приступ 15. марта 2022.

[58] Вид. о томе Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation (2010).

[59] Шапиро истиче да маргиналне групе могу од судова да очекују подршку који не би могле да добију од политичких власти. Наведено према: Cappelletti 1981, 54. Бикел сматра да су судови јединствена комбинација: они прате путеве научника јер разврставају вредности једног друштва али и баратају крвљу и месом стварног случаја (док законодавац барата апстрактним проблемима). Вид. Bickel 1986, 25–26.

околностима (нпр. у сфери радних односа)? Ту ступа на сцену политичка власт која треба да одабере одговарајући модел нпр. пензијског система.

Али ако грађани нису задовољни политичког одлуком у вези с тим, њихово је право да то и искажу. Политичка власт бира шта је у интересу грађана, али грађани имају право да искажу своје незадовољство и укажу политичкој власти да конкретну политичку одлуку не поимају као одлуку у њиховом интересу. Ако они сматрају да се тиме крши устав или њихова уставна права и слободе, онда постоји и могућност да се обрате органу који контролише уставност закона и штити уставна права и слободе (нпр. уставном суду). Дакле, уставна демократија је у овом аспекту демократија јер предвиђа институционалне механизме (уставна жалба или средство сличног назива) којим се штите права и слободе грађана које им устав гарантује. Да тих механизама нема, онда би могло да дође до насилне реакције грађана на парламентарно одлучивање. Стога, Келзен сматра да устав омогућује одвијање мирног демократског процеса (Bassok 2020, 132).

Дакле, контрола парламентарног одлучивања не само да није недемократска, него је она управо у служби демократије. Типично својство уставне демократије, сматрамо, била би и *формална или неформална контрола парламентарног одлучивања***,** без обзира на то ко је врши – уставни суд, редовни судови, политичко тело или јавно мњење. Дакле, могуће је да је активност парламента подвргнута (уставно)судској контроли уставности, квазисудској контроли или крајње неформалној али делотворној контроли јавности.[60] За Мелерса је концептуални елемент устава постојање институције која испитује усаглашеност нижих аката с уставом (Möllers 2013, 127). Келзен је истицао да устав који није снабдевен гаранцијом поништавања неуставних аката у техничком смислу и није у целости обавезујући, него је „мало више од необавезујуће жеље“[61] будући да уставне одредбе треба да се ефективно примењују према свима, па и према законодавцу.

Историјски посматрано, ембрион идеје о судској контроли парламентарног одлучивања представља одлука Врховног суда Сједињених Држава.[62] У њој се, између осталог, разматрало то да ли је устав основни тј. „виши, најважнији закон“ који не може да се мења у редовном законодавном поступку или је он акт који законодавац може да мења као и било који други закон. Закључено је да устав представља основни и најважнији акт и

[60] По Бараковом мишљењу, владавина права подразумева и контролу уставности као свој елемент. Вид. Barak 2006, 56. Ферајоли помиње позитивне и негативне уставне гаранције, истичући да су примарне упућене законодавцу као забране стварања права противног уставу док су секундарне гаранције у ствари норме о судској контроли уставности и представљају обавезу укидања/поништавања неуставних аката (Ferrajoli 2012).

[61] „As long as a constitution lacks the guarantee, presented in the foregoing, of the annullability of unconstitutional acts it also lacks the character of full legal bindingness in the technical sense. A constitution according to which unconstitutional acts, and in particular unconstitutional statutes, must remain valid because they cannot be annulled on the ground of their unconstitutionality amounts to little more, from a legal-technical point of view, than a non-binding wish…“ Вид. Kelsen 2015, 69. Најефикасније средство заштите устава је могућност укидања/поништавања неуставног акта (*Ibid*., 43). У неким деловима овог рада, и то у случајевима у којима би се превођењем речи или реченица са страних језика на српски изгубио њихов смисао, цитираће се изворни текст.

[62] У питању је одлука у случају *Марбери против Медисона*, доступна на: *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137*, последњи приступ 25. новембра 2022. Ипак, каткад се истиче да су амерички судови и то да је судска контрола уставности постојала и пре ове пресуде. Вид. Dajović 2016, 41 фн. 5.

да је ништав сваки закон који противречи уставу. Дакле, контрола уставности је у Сједињеним Државама плод судске праксе тј. прецедента Врховног суда (одредбе о њој нема у америчком уставу), док је данас питање контроле уставности у државама широм света, по правилу, регулисано у уставу.

Уколико пак држава нема формализовану контролу уставности, не можемо самим тим да тврдимо да у њој нема уставне демократије, а мишљење деле и други аутори (Grimm 2016, 217). Показаћемо то на примерима Уједињеног Краљевства и Краљевине Низоземске у којима је акценат на дужности државе да поступа сагласно међународним стандардима и квалитативним захтевима либералне демократије (Mak 2015, 202). У тим дуговечним демократијама, уставне норме имају значај иако нема формалне контроле уставности јер су „уставне вредности постале део правне и политичке културе што умањује потребу за институционалним механизмима заштите“ (Grimm 2019, 58–59).

У Уједињеном Краљевству (даље: УК) не постоји судска контрола уставности него доктрина о супрематији парламента који се стара о томе да закони које доноси буду у складу с актима уставног карактера који чине неформални британски устав.[63] Ипак, у последњих двадесетак година, у УК се јављају знатне промене које догму о суверености парламента релативизују. Акт о људским правима из 1998. године,[64] Акт о уставним реформама из 2005. и споразуми о деволуцији „трансформисали су британски парламентаризам“ (Breda 2015, 165). Њима се развија својеврсна квазиконтрола уставности као последица нарастајуће јавне одговорности парламента, што је искорак у односу на Милово учење о неписаним принципима политичке моралности који ограничавају институције (Mill, 2008, 88). Она је, између осталог, подразумевала и „записивање космополитских вредности (одређени корпус права из ЕКЉП) у право УК“ (Breda 2015, 175).

Дакле, утицај ЕКЉП и праксе ЕСЉП је знатан и на тај начин постављају се ограничења парламенту у законодавном процесу. Посебно је значајна одредба из Акта о људским правима која предвиђа да су британски судови дужни да тумаче законе на онај начин који је компатибилан с конвенцијским правима и праксом ЕСЉП. Уколико одређени акт не испуњава те стандарде компатибилности он се не укида/поништава као неуставан, али се оглашава неспојивим с постављеним стандардима, што је сигнал парламенту да промени тај закон (али не и обавеза парламента). Све ово доводи до тога да је бесповратно напуштен вестминстерски модел, а пре свега захваљујући пракси Врховног суда УК је ова држава на граници између устава у политичком и правном смислу (Breda 2015, 181).

У појединим државама не само да се не предвиђа судска контрола уставности закона него се она и забрањује (чл. 120 Устава Краљевине Низоземске). Ипак, истиче се да је то пре изузетак него правило, с обзиром на хијерархију правних аката коју исказује правно начело *lex superior derogat legi inferiori* али и на праксу низоземских судова који воде рачуна о усаглашености закона с тзв. вишим правом садржаним у међународним актима, али не и у уставу (Mak 2015, 185). То се у Низоземској правда неприкладношћу политичког одлучивања од стране судова и ризиком од политизације судских именовања и последичног слабљења судијске независности, али ова држава остаје препознатљива по

[63] О тешкоћама неписаног устава у другим политичким културама и немогућности конституционализма у њима вид. Sajo 1999, 39.

[64] О Акту о људским правима и механизму према којем је он основ да се констатује неусклађеност с Европском конвенцијом чиме се сигнализира парламенту да усклади одредбе с ЕКЉП вид. Врањанац 2012, 31.

високом степену поштовања људских права и слобода (Adams, Van der Schyff 2006, 399–401). Ипак, сурогат контроли уставности постоји и он је оличен у интернационализацији правног поретка од педесетих година прошлог века и опредељености ка заштити људских права и слобода гарантованих у међународним актима те неспорном јачању судства (*judicial empowerment*) (Mak 2015, 187, 189).

Дакле, Низоземску карактерише промењен баланс власти који све више иде у корист судства (Mak 2015, 190) али и устав ове државе садржи значајну одредбу која је основ тог ојачаног положаја (вид. и Adams, Van der Schyff 2006, 400–401): неће се примењивати законске одредбе супротне међународним уговорима који се односе на сва лица нити одредбе супротне резолуцијама међународних институција (чл. 94. Устава Низоземске). Затим, пошто је Низоземска чланица Европске уније (даље: ЕУ), па и њене одредбе и пракса Европског суда правде имају велики значај, а чак у једној пресуди овог органа се истиче да право ЕУ има примат у односу на национално право у сфери заштите права и слобода.[65] Из овог, сматра Мак произлази да су национални судови у режиму „децентрализованих судова Европске уније“ (2015, 192). Даље, пошто је Низоземска ратификовала ЕКЉП, њен Врховни суд је утврдио да су тумачења ЕКЉП које даје ЕСЉП у својим одлукама саставни део Конвенције, што је још један вид интернационализације низоземског права. Кад се све то узме у обзир, јасно је да класичну судску контролу уставности закона замењује контрола усаглашености закона с међународним актима и да то чини ефективан сурогат творећи својеврсни транснационални судски дијалог, иако постоје захтеви за „ренационализацијом“ која би подразумевала уставну забрану такве усаглашености закона с међународним документима (Mak 2015, 196, 200).

Све ово показује да парламент тј. парламентарна већина не добија изборима потпуно одрешене руке да дела по принципу апсолутне целисходности, него парламентарно одлучивање почива на унапред установљеним уставним одредбама. Да не постоји контрола парламентарног одлучивања, тиме би постојао и ризик да уставна права и слободе нема ко да заштити, а тад би од демократије остала празна форма. Зато је Бикел (Bickel 1986, 16–17) контролу уставности оцени као недемократску (*counter-majoritarian*).[66] Он је сматрао да је контрола уставности нелегитимна јер нарушава вољу већине, али кад се има на уму да би непостојање те контроле могло да буде негација постулата устава, онда Бикелов аргумент није нужно тачан. Тако да је и контрола парламентарног одлучивања једно у низу ограничења која су иманентна парламентарним демократијама. Таква контрола уопште не подрива, него само унапређује демократију.

Преостали део рада ће да буде посвећен контроли парламентарног одлучивања од стране уставних судова, и то из неколико разлога: (1) уставносудска контрола уставности је распрострањено упоредно решење, (2) уставни судови се поимају неретко као заштитници демократије, а нарочито људских права, (3) неретко се говори о уставносудском активизму, (4) уставни судови широм света су развили мноштво модалитета уставног судовања, те (5) треће део овог рада посвећен је Уставном суду БиХ, па

[65] Пресуда у предмету 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, 1978, ECR 629. Доступно на: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61977CJ0106*, последњи приступ: 25. новембра 2022.

[66] Вид. о томе Ghosh 2010, 329–332.

је природно да теоријске увертире у тај део (садржане у првом и другом делу) буду посвећене уставном судовању.

2.3. Односи међу државним органима у светлу односа права и политике

Будући да за рад прворазредни значај имају односи између државних органа, у редовима пред нама настојаћемо да детаљније анализирамо односе између државних органа и то кроз призму односа политике и права, тачније односа политичког расуђивања и правног расуђивања.

Уобичајено је да се функције државне власти деле трипартитно на законодавну, извршно-управну и судску функцију.[67] Иако сматрамо да би ова подела могла да се критикује као преуска, будући да уставно судство не издваја као посебну функцију државне власти, о томе ће да буде речи касније. Навели смо раније да начело поделе власти представља један од типичних елемената уставне демократије а да уставна демократија у ствари подразумева вишеструка ограничења државне власти.[68] На овом месту је битно да укратко изложимо понешто о функцијама државне власти и суштину односа између државних органа у државама устројеним на начелу поделе власти. Тиме ћемо створити подлогу за наредни одељак о односима међу државним органима и правном и политичком расуђивању, што је деоба коју ћемо да користимо као основ за даљу анализу положаја уставног судства у светлу његовог расуђивања.

2.3.1. О функцијама државне власти

Функције државне власти се одређују као државне делатности које су оријентисане ка вршењу послова државне власти. Обично се у том смислу говори о функцијама државне власти у материјалном, органском и формалном смислу (Марковић 2016, 168), с тим да за рад примат имају прва два мерила. Материјално мерило одговара на питања *који* посао обавља државни орган, органско одговара на питање *ко* врши државни посао а формално одговара на питање који *акт* доноси односни државни орган вршећи државне послове. У најкраћем, функција државних органа је регулисање друштвених односа путем одговарајућих правила чију примену, у крајњој линији, држава обезбеђује. То може да буде апстрактно регулисање или конкретно регулисање друштвеног односа.

Примера ради, кад законодавац усвоји закон којим се прописује да запослена лица плаћају порез у износу од 10% од износа плате, онда је однос између запосленог и државе постао правни однос и створена је правна обавеза за запослене. Законом се апстрактно уређује однос који производи последице[69] – запосленом лицу мора да буде опорезована зарада, а да ли ће то лице добровољно да плати порез или ће о принудној примени одредбе

---

[67] Ферејоли (Ferrajoli 2012) истиче да би тродеоба требало да се осавремени у односу на класичну поделу из 17. века. Иако се често говори о три власти сматрамо да је прикладније говорити о три функције државне власти јер су све оне део једне, државне власти. Или, Мелерсовим речима, „чак и идеја поделе власти претпоставља једну врсту јединства“. Вид. Möllers 2013, 44.

[68] Барак истиче да је циљ поделе власти јачање слободе и спречавање концентрације власти. Вид. Barak 2006, 35. Мелерс разматра да ли је суштина поделе власти одвајање, балансирање или спречавање узурпирања. Вид. Möllers 2013, 43–49.

[69] Речју Слободана Јовановића, законодавац иде индуктивним путем јер посматрајући неодређен број случајева, закључује каква правила треба за њих да се пропишу, док судија иде дедуктивним путем. Наведено према: Марковић 2016, 514–515.

о порезу да се постара држава, мање је важно. Оно што је суштинско јесте да ће право да буде примењено. Управни орган који решењем одређује да је лице А дужно да плати 10.000 динара пореза јер прима плату од 100.000 динара не поступа исто као законодавац који утврђује да проценат пореза на плату износи 10%. Разлика се огледа у томе што је законодавац могао да пропише и виши и нижи порез, али је разматрао алтернативе и оценио да је 10% најприхватљивији износ пореза и та је то најбоља пореска политика. С друге стране, управни орган не може да се упушта у питање да ли је законска одредба добра или лоша, целисходна или не, нити може да лицу А наплати порез у износу од 5%.

Уколико би управни орган, „примењујући" наведени закон којим случајем лицу А наплатио 2.000 динара пореза иако А прима 100.000, не бисмо ни рекли да је примењено постојеће право него да је важеће право прекршено стварањем новог „правног" правила које је супротно закону. Или, ако кривични закон прописује за тешко убиство казну затвора од најмање десет година (не предвиђајући могућност ублажавања), судија који учиниоцу изрекне пет година затвора није применио право док судија који изрекне 12 година затвора јесте применио право.[70] За одлуке судова и управних органа, поредећи их с одлукама законодавца, можемо да утврдимо да је много мањи степен везаности и неутралности законодавца у поређењу с њима (Adams, Van der Schyff 2006, 408) тј. творац права има много више слободе у односу на примењивача права.

На овим примерима, разликовање стварања и примене права постаје донекле јасније,[71] па ако те примере доведемо у везу с материјалним мерилом, рећи ћемо да је функција једног органа законодавна, док је функција другог (управног и судског) органа оличена у извршавању закона (управног односно судског извршавања).[72] Законодавну функцију врши парламент док функцију извршавања односно примене права врши управни орган одређујући износ пореза у конкретном случају, односно суд изричући казну затвора у складу са законском одредбом. Из овог јасно произлази и одговор на питање о органском мерилу – функцију доношења закона врши парламент, док функцију извршавања закона врше управни органи и судови. Келзен истиче да се функције државне власти огледају у правним актима који се доносе, а то су или акти којима се ствара право или акти којима се створено право извршава. Додаје да се ту ради о „два различита нивоа у процесу стварања права који стоје у односу подређености и надређености" (Kelsen 2015, 22–23).

Поједини аутори (Dajović 2022, 243 и даље) говоре о регулативној и адјудикативној функцији државне власти,[73] а то утемељују на непоистовећивању гране државне власти и функције државне власти. Сваки орган који општим правним нормама регулише друштвене

[70] Бараковим речима, суд не може да дискрециону оцену законодавца мења својом дискреционом оценом. Вид. Barak 2006, 39. У том смислу бисмо могли да кажемо да оспоримо и другу крајност исказану Монтескјеовим речима да су судије уста која изговарају закон и исправимо је тврдњом да су судије уста која говоре на основу закона.

[71] Неки аутори истичу да је немогуће одвојити политику и право јер је далеко од реалности то да јасна линија разграничења између стварања и примене права може да се повуче. Вид. Adams, Van der Schyff 2006, 408.

[72] На овом месту не говоримо о броју функција државне власти, будући да њих нема само две – законодавна и извршна, него зарад објашњавања разлике између стварања права и примена права говоримо о законодавној функцију којом се право ствара и функцији извршавања закона којом је већ створено право извршава тј. примењује.

[73] Дајовић говори само о органском и функционалном мерилу док формално не сматра релевантним. Супротно о формалном мерилу мисли Мелерс: Möllers 2013, 48.

односе врши регулативну функцију, док орган који решава спорове (а то могу да чине судови, арбитраже, медијатори итд.) врши адјудикативну функцију (Dajović 2022, 245). Ако се узме у обзир овакав став, онда се последично јављају неке промене. Водећи се тим мерилима, једна грана власти може да врши различите функције државне власти. То се у теорији доводи у везу с појмом интерференције. Она може да се окарактерише као преплитање послова државних органа односно мешање једног органа у послове другог органа. Ово је нешто што типично постоји у бројним уставним демократијама и не може да се означи као њихова мањкавост него као последица нужне сарадње разних државних органа и тзв. гипког тумачења Монтескјеовог учења о подели власти.

Уколико настојимо да позиционирамо уставни суд у наведена учења о функцијама државне власти, нужно се (како то често и бива кад је уставни суд у питању) ситуација усложњава. Да ли уставни суд, рецимо, врши адјудикативну или регулативну функцију? Односно да ли врши чисто законодавну или чисто судску функцију? Чини нам се да одабир једног од могућих одговора не може да буде довољан да објасни уставносудско одлучивање. На први поглед, уставносудска функција је судска односно, по другом учењу, адјудикативна, уз одређене посебности (решавају се правни спорови у којима су правни акти у колизији). Међутим, не можемо да занемаримо суштину и дејство сваке уставносудске одлуке у поступку нормативне контроле уставности. Она има *erga omnes* дејство као и други општи правни акти којима се регулишу друштвени односи.

Оцена природе и последица уставносудског одлучивања у светлу дводеобе адјудикативно-регулативно је посебно сложена кад је реч о појавним облицима уставносудског активизма (о којима ће касније да буде речи), кад уставни суд није само „негативни законодавац“ (тј. не укида/поништава само неуставну одредбу) него је и „позитивни законодавац“ тј. реч је о уставносудском задирању у надлежности уставотворца, законодавца и суштинском мењању одлука тих органа а све с циљем „заштите“ устава. Суштински, свака уставносудска одлука у поступку нормативне контроле уставности је вршење регулативне функције бар у негативном смислу, а то *a fortiori* важи кад је реч о позитивном законодавству уставног суда. Примесе судског односно адјудикативног су нарочито изражене кад уставни суд утврди неуставност неког закона, али шта уколико се уставни суд упусти у исправљање те неуставности наметањем уставног решења, уместо да тај посао остави надлежном органу – законодавцу?

Кад се уставни суд упусти у супстанцијално испитивање политичке одлуке чиме замењује законодавца, уместо да остане примењивач права, онда и не може да се позиционира као орган који врши судску или адјудикативну функцију, будући да оне подразумевају да се примењују постојећи правни разлози који налажу да се уклони противправност (тј. неуставност). Оног часа кад правни разлози буду замењени или упоредо примењивани уз ванправне разлоге, уставни суд није само регулативна власт у негативном смислу, него и позитивно доприноси важећем праву тако што *уместо надлежног органа* сам бира политичко решење за које сматра да је у складу с уставом. Не треба помислити да орган који ствара право расуђује *искључиво* политички, будући да неки органи расуђују *и правно и политички*. Рецимо, законодавац расуђује правно јер је ограничен и уставним одредбама, али прецизирајући уставни оквир он расуђује политички јер нпр. вршећи надлежност утврђивања пореске политике, одређује која стопа пореза је најбоља или најцелисходнија.

У том смислу је особито важно да се има на уму и институционална улога одређеног државног органа. Законодавац је орган чија институционална улога и јесте у томе да осмишљава политику крећући се у уставним оквирима,[74] а из тога и произлази да мора да ствара ново право тј. уређује друштвене односе. Институционална улога уставног суд је пак да буде кочница законодавца онда кад овај орган изађе из уставних оквира. Имајући то на уму, уставни суд не (треба да) осмишљава политику, него да чува устав (тј. чува политику којој је уставотворац дао форму права). Али овај идеалтипски став није у складу са стварним уставносудским одлучивањем, а овај рад смера да управо то докаже.

Стварање и примена права нису непознати изрази у правној доктрини и обично се доводе у везу с врстом друштвеног односа који је предмет регулисања. Уколико се ради о апстрактном регулисању друштвеног односа, онда се обично говори о стварању права а уколико је реч о регулисању конкретног друштвеног односа, тада се обично говори о примени права. Међутим, стварање права и примена прва нису по себи јасни изрази, те нужно захтевају подробнију анализу, коју ћемо настојати да спроведемо увођењем појмова правног и политичког расуђивања. Премиса од које се полази је да правно расуђивање оличава примену права будући да је оно одлучивање у правом установљеном оквиру, док политичко расуђивање оличава стварање права јер почива на питању како би нешто требало да буде уређено, тј. шта је најбоље, најцелисходније, најекономичније итд. Дакле, код политичког расуђивања сви релевантни разлози могу да буду аргументи у прилог одлуке, што с правним расуђивањем није случај.

2.3.2. Односи између државних органа у режиму поделе власти

Односи између државних органа могу да буду регулисани на различите начине, при чему су у доктрини два најпознатија модела организације државне власти јединство власти и подела функција државне власти. Будући да је данас доминантно упоредноправно решење организација државе на начелу поделе власти, у наставку ћемо да испитамо његову суштину која се исказује као систем кочница и равнотеже. Фокус је на следећим питањима: које су надлежности најважнијих државних органа и која су средства узајамног утицаја између државних органа која би у ствари била еманација система кочница и равнотежа, тј. како нас Монтескје учи: ко год има власт у својим рукама склон је да је злоупотреби све док не наиђе на границе (Montesquieu 2001, 172).[75] Другим речима, један орган треба да „прети“ другом органу једним средством утицаја, а други орган треба првом да „прети“ одговарајућим противсредством.[76]

У парламентарном и мешовитом систему поделе власти, парламент располаже могућношћу да изгласа неповерење влади, док влада располаже могућношћу да предложи

---

[74] Капелети говори о институционалној неподесности судова да стварају право попут законодавца јер не располажу ресурсима који су за то потребни. Вид. Cappelletti 1981, 48–49.

[75] Барак истиче да подела власти подразумева постојање реципрочних односа између органа државне власти и да савремено учење о подели власти подразумева „везу и равнотежу између грана власти“. Овај став Барак заузима у одлуци израелског Врховног суда у предмету *Ressler v. Minister of Defense* (т. 51). Одлука је доступна на: *https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/ressler-v-minister-defence*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[75] Вид. о томе Hirschl 2006, 729–730.

[76] О томе како уставна подела функција државне власти ограничава и онај облик демократије у којем се фаворизују победници на изборима вид. Sajo 1999, 63.

државном поглавару да он распусти парламент.[77] Међутим, иако се овај систем доводи само у везу с односом парламента и владе, чини нам се да је целисходно посматрати га у ширем смислу, посебно имајући у виду институционалну улогу и место уставног судства. Да бисмо утврдили начин расуђивања и институционалну улогу уставног суда у уставним демократијама, нужно је да претходно анализирамо какви се односи у уставним демократијама успостављају између државних органа.

Идући ка расветљавању односа међу државним органима, даље од традиционалног погледа кроз призму односа легислативе и егзекутиве, поставља се питање који органи утичу на друге органе и постоји ли неки орган који се у матрицу не уклапа јер јесте контролор, али није контролисани. Вероватно је прва асоцијација на то уставотворни орган будући да он нема противтежу у другом органу – нико не може да га контролише неким средством утицаја (једино би уставотворац требало да следи поступак промене који предвиђа дотад важећи устав, али и ако га прекрши, неће бити санкционисан од стране другог органа). Уставотворни орган је у том смислу изнад свих и сам одређује свој положај, начин одлучивања, настанак или престанак рада, па се обично за њега каже да је конституишућа власт будући да из устава произлази постојање свих других државних органа, у првом реду законодавца, државног поглавара, владе и судских органа и уставом се утврђују њихови међуодноси.

Законодавни орган има улогу кључног регулатора најважнијих друштвених односа, те је остварује кроз доношење закона. Међутим, имајући у виду да је одлучивање о најважнијим друштвеним питањима нужно залажење у политику, тј. у разматрање најбољег модела регулисања друштвених односа, потребно је да се одабере одређена политика, па да се усвоји давањем правне форме те да се реализује тј. изврши. Нпр. будући да држава мора да има приходе како би опстала, јасно је да морају да се пронађу извори финансирања. Свака држава, идући ка том циљу, прописује да су запослени дужни да плаћају порез. Влада коју је изабрао парламент сматра да је најисправнија политика да свако лице плаћа 10% од износа плате – ко више зарађује, већи порез ће и да плаћа, а то би био извор значајних финансијских средстава за државу. Могуће је да је то предлог искусног економисте и да својим ауторитетом он утиче на већину у парламенту и тим надјача идеју другог предлагача који сматра да стопа пореза треба да буде 10% ако су примања до 100.000 динара а ако су примања већа, стопа треба да буде 15%.

Пошто је одлука (усвајањем закона од стране парламента) донесена и пореска политика је претворена у право, доношењем закона о порезу на плату, требало би да се неко задужи за реализацију те одлуке. Будући да је уставотворац предвидео постојање владе и приписао јој двоструку институционалну улогу (извршно-политичку): улогу кључног предлагача политичких решења о којима одлучује парламент, али и реализатора политике, управо је њен задатак да изврши закон – непосредно и/или доношењем подзаконских аката. Али шта ако влада одуговлачи с доношењем уредбе што онемогућује држави да приходује новац? Или шта ако влада успорава интеграцију у економски савез с другим државама, а парламент сматра корисним улазак у тај савез? Нужно је да је парламент некако

[77] Наравно, постоје и системи у којима извршна власт није бицефална јер не постоји влада. Али и у таквим системима, попут америчког решења, однос између легислативе и егзекутиве је обојен постојањем средстава међусобног утицаја.

„принуди“ да врши своје дужности или да је санкционише. Зато парламент има у својим рукама, по правилу, могућност да изгласа неповерење влади.

А шта уколико је ситуација донекле обрнута – нпр. влада предлаже нове мере које ће да донесу нове приходе али парламентарци не успевају да усвоје предложене мере? Онда влада у рукама обично има могућност да се обрати државном поглавару тражећи да он распусти неефикасан парламент и распише изборе, и тако отклони блокаду у функционисању државе. С друге стране, влада као извршно-политички орган врши надзор над управним органима и на тај начин их контролише. Нпр. ако министар не донесе правилник онда влада има одговарајуће механизме утицаја у односу на њега, нпр. може предложити парламенту његово разрешење.

Дакле, однос између политичких органа је такав да један политички орган може да надзире рад другог политичког органа, док је код стручних органа ситуација друкчија – стручне органе контролише други стручни орган или други политички орган. Нпр. првостепени суд је под контролом непосредно вишег суда (окружни суд, поводом жалбе тужиоца, контролише законитост ослобађајуће пресуде основног суда) док је орган управе који је решавао у првостепеном поступку под контролом другостепеног органа (нпр. министар полиције контролише решење полицијске управе којим је одбијен захтев за издавање дозволе за држање оружја). Сем тога, постоји и судска контрола управе у тзв. управном спору.

Уколико сумарно изложене односе међу државним органима сведемо на два кључна појма, онда би то били појмови „утврђивања политике“ и „примена постојећег права“. Рецимо, за парламент бисмо рекли да утврђује политику у области пореза, социјалних давања, европских интеграција, запошљавања итд. Влада је, упоредноправно посматрано, формално предлагач, а у суштини прави творац политике државе, али истовремено је и примењивач политике коју је утврдио законодавац. Кад кажемо да је законодавац утврдио одређену политику то (у светлу поделе о којој говоримо)[78] значи да је *преточио политику у право* јер право дугује своје постојање политичкој одлуци и политички мотиви су легитимни у процесу стварања права (Grimm 2016, 204). Оно што је дотад, примера ради, била идеологија политичких партија које имају скупштинску већину, уграђено је у закон и добило је форму права.

Законодавац је створио ново право тако што је регулисао друштвене односе поводом, примера ради, пореза, на друкчији начин у односу на дотадашње законско решење. Уколико се тим актом прописује обавеза владе да донесе уредбу и обавеза министра финансија да донесе правилник, кад ови органи изврше своју обавезу интуитивно прихватљивије звучи да кажемо да су они применили постојеће право, а не да су они створили ново право. Примењујући право ови органи полазе од законских одредаба (дакле не осмишљавају политику него извршавају у право преточену политику законодавца)[79] и доносе одлуку водећи се правним одредбама из закона. Њихова слобода може да буде мања или већа, а делегирано овлашћење пука форма (нпр. овлашћење министра да пропише како се води евиденција) или суштина (нормирање односа који су тек начелно уређени законском

[78] Понекад законодавац утврђује политику, али не даје таквој политици правну форму. Рецимо, кад парламент усвоји стратегију или резолуцију, реч је о утврђивању политике, али она ту није преточена у право.

[79] „Право је један од кључних производа политике“ и „кључни инструмент којим државна власт спроводи своју вољу у друштву“. Вид. Whittington, Kelemen, Caldeira 2008, 3.

одредбом). У сваком случају, у уставним демократијама политички моменти престају кад се говори о примени права и тад политички мотиви нису легитимни (Grimm 2016, 204).

Уколико тврдњу о примени права применимо на одлучивање суда у судском поступку или одлучивање органа управе у управном поступку, онда је *a fortiori* видљива разлика између утврђивања политике и примене права. Нпр. кад судија лицу А за учињено кривично дело убиство изрекне казну затвора у трајању од седам година, полазећи од одредбе кривичног законика која прописује да се за убиство изриче казна затвора од најмање пет година, одредаба о одмеравању казне и сл., онда је јасно да су правни разлози били идеја водиља за тог судију тј. његова пресуда почива на правним разлозима. Негативно речено, то нису ни разлози морала, судијине бриге за даљи живот породице осуђеног лица, његове спекулације, бацања коцке и слично. Одлука је резултат судијиног примењивања кривичног закона.

Будући да и судија и законодавац пре доношења одлука предузимају одређене радње које имају за крајњи циљ одлуку, јасно је да и један и други расуђују, а расуђивати значи изводити одређене закључке на основу одређених полазишта тј. премиса,[80] а оне могу да буду различите природе. Због тога ћемо расуђивање судије да назовемо правним расуђивањем, а расуђивање законодавца политичим расуђивањем.

2.3.3. Практичко расуђивање – *genux proximums* правног и политичког расуђивања

У свакодневном животу доносимо разне одлуке, али у таквим ситуацијама се понекад водимо одређеним исказима неког ауторитета (лекара, угледног професора, родитеља, искуснијег колеге) а понекад не. Примера ради, уколико смо болесни и одемо код лекара, онда ће лекар да нам пропише терапију коју ћемо вероватно да прихватимо јер исказ лекара да треба да пијемо лек А утиче на наше понашање много више него нпр. исказа наше сестре која је економиста. С друге стране, ако купујемо ауто, не постоји исказ неког ауторитета, него се водимо циљем који смо себи поставили – купити ауто с дизел мотором који не троши више од 6 литара на сто километара, а који је економичан у погледу одржавања.

Описано поступање у датим примерима је у вези с практичким расуђивањем, а под практичким расуђивањем подразумевамо свако расуђивање које је усмерено на то шта треба да буде односно како би требало да се поступи (Audi 2004, 126). Политичко расуђивање представља један појавни облик практичког расуђивања тј. типичан облик и за рад је значајно јер политичко расуђивање, по нашем мишљењу, има значај за уставносудско расуђивање. Дајовић истиче да би политичко расуђивање могло да се окарактерише као чисто практичко расуђивање и да је оно невезано за „било какве претходне ауторитативне разлоге“ што подразумева одсуство правила о томе како треба да се поступи (Dajović 2023a, 33). Уколико неко расуђује политички, то значи да он има много већу слободу у одлучивању него судија који решава правни спор.

Дакле, политичко расуђивање подразумева потпуну слободу одлучивања, а нпр. правно расуђивање подразумева слободу одлучивања само у оквирима које поставља право.

---

[80] Расуђивање бисмо могли да одредимо и као поступак размишљања о нечему на логичан начин с циљем извођења закључка. У том смислу се расуђивање дефинише у Британици. Вид. *https://www.britannica.com/dictionary/reasoning.* О различитим значењима концепта „расуђивање“ и о томе шта значи да је неко расуђивање уставно, вид. Dyevre, Jakab 2013, 983–986. Ауди разматра однос између закључивања и расуђивања. Вид. Audi 2004, 126–127.

Из тога произлази да је особеност политичког расуђивања у томе да односни субјект „узима у обзир све валидне супстантивне разлоге“ (Dajović 2023a, 33) који представљају премису у извођењу закључка о томе како треба делати. Дакле, као премисе у закључивању и аргументи у прилог донесене одлуке могу да се појаве било који разлози тј. „одлука зависи од свих расположивих разлога“ (Dajović 2023a, 33) и та лепеза разлога ствара највећу могућност да се донесе најисправнија одлука. С друге стране, расуђивање на основу ауторитативних разлога не значи негацију слободе у одлучивању, али је та слобода много мања у компарацији с политичким расуђивањем (или другим обликом чисто практичког расуђивања) будући да премисе и аргументи у прилог донесене одлуке не могу да буду сви разлози него само одређена група разлога. Примера ради, то би били правни разлози/аргументи у случају правног расуђивања.

Да би се боље ти теоријски увиди схватили, објаснићемо их на примеру инкриминације насиља у породици. Кад законодавац разматра могућност да инкриминише насиље у породици, он има широку слободу. Прво, има слободу да насиље у породицу инкриминише као прекршај или као кривично дело. Друго, има слободу да утврди ко ће да се сматра чланом породице у светлу тог деликта (да ли су то само брачни или и ванбрачни супружници; може ли ово дело да се учини према бившем (ван)брачном супружнику; да ли се под породицом подразумевају родитељи и деца или сви укућани учиниоца; да ли кривично дело подразумева само физичко насиље или је оно учињено и кад се нарушава спокојство и прети члану породице). Треће, законодавац има слободу у прописивању санкција – новчана казна и/или казна затвора, забрана приласка оштећеном итд.

Законодавац може приликом доношења одлука о поменутим питањима узети у обзир све супстантивне разлоге, морална начела, упоредноправна решења, став социјалних радника и психолога, лекара итд. Одлука законодавца почива на питањима: шта је најбоље; шта ће најефикасније да заштити жртве и преваспита учиниоце; шта ће да умањи насиље у породици итд. Дакле, стваралац права попут законодавца *процењује* шта је најоптималније. Парламент је поприште политичких дебата које резултују правом тј. процес је политички, а исход до којег се долази је право. Али кад законодавац пропише кривично дело Насиље у породици и прецизно одреди биће тог дела и санкцију, онда судија који суди оптуженом за то дело не може да се позива на било које разлоге кад одлучује и кад оправдава своју одлуку будући да је његово расуђивање вишеструко ограничено. То што он сматра да насиље у породици не треба да буде кривично дело него прекршај или то што сматра да су прописане санкције престроге, не даје му могућност да одступи од постављених ограничења. Његов задатак није да процењује шта би било најбоље решење, него да *примењује* постојеће право и одлучи у конкретном случају о одговорности, правима и обавезама одређених лица. Ако бисмо одлучивање судије свели на једно питање, онда оно гласи: шта је правом прописано?

2.3.4. Политичко расуђивање

Политичко расуђивање је оно расуђивање које је засновано на свим супстантивним разлозима и усмерено на одлучивање о томе како би требало да буду уређени најважнији друштвени односи. Другим речима, о политичком расуђивању говоримо онда кад донесена одлука није утемељена само на постојећим одредбама неког правног акта, него је она резултат супстантивног резоновања одређеног лица о томе како би требало нешто да буде

уређено.[81] Политика, по дефиницији, подразумева да се одређене активности предузимају у садашњости с циљем да се у будућности постигну одређени ефекти.[82] Примера ради, како би приволела младе да не напуштају државу, држава омогућује младим брачним паровима који немају више од 30 година живота да купе непокретност на основу кредита за који ће држава да плаћа камату а брачни пар главницу.

Расуђивање о политичким питањима представља једну подврсту практичког расуђивања будући да је циљ политичке одлуке да се одлучи како би требало да се дела у одређеној области друштвеног живота. Услед тога, политичко расуђивање је усмерено на решавање неслагања која постоје поводом неког значајног друштвеног питања. Доношење политичких одлука није апсолутно слободно, али иманентно носи много већи простор за одлучивање него доношење одлука у ситуацијама у којима је доносилац дужан да се придржава ауторитативних нормативних исказа. Из тога произлази да одлучилац који политички расуђује може такорећи сваки аргумент да наведе оправдавајући своју одлуку – ефикасно, целисходно, економично, морално, оптимално, опортуно итд. Такве разлоге ћемо у наставку да назовемо ванправним разлозима, будући да је идеја која прожима рад оличена у разликовању одлучивања на основу правних и на основу ванправних разлога. Субјект који одлучује на основу правних разлога правно расуђује и његова одлука се састоји у одговору на питање: да ли је одређена одлука *у складу с правом*, док се субјект који одлучује на основу ванправних разлога пита која одлука је *најбоља* у датим околностима?

Без обзира на то како се политика дефинише, јасно је да она поседује одређена својства која се мање-више уочавају кад год се она разматра и то ћемо да назовемо типичним својствима политике и политичког расуђивања, а онда ћемо да анализирамо и правно расуђивање.

2.3.4.1. О типичним својствима политике и политичког расуђивања

У контексту рада, политику поимамо као сврховиту делатност државног одлучивања о најважнијим друштвеним питањима с циљем да се промени (по правилу унапреди) постојеће друштвено стање и оствари одређена идеологија. Која би била типична својства концепта „политика“ а самим тим и типична својства концепта „политичко расуђивање“?

Прво, политика је уско повезана с *државом*. У речницима се речи „политика“ приписује више значења али су сва она повезана с државом као доносиоцем политичких одлука. У прилог томе говори и етимологија јер реч „политика“ потиче од *polis*, *politicos* – и некадашњи полиси и модерне државе су преко одговарајућих органа доносили најважније политичке одлуке. Клајн и Шипка истичу да је политика „вештина и начин владања државом“ односно делатност усмерена на „уређивање друштва или појединих његових делова“ (2006, 960). Сем тога, политика означава начин на који се управља, руководи или планира нека делатност. Од државних органа, политички расуђују уставотворац, законодавац, али и влада о оним питањима која се тичу унутрашње и спољне политике, у оквирима које правни акти установљавају.

---

[81]Уношењем државних циљева у устав, они постају политички онако како је то у свакодневној политици. Вид. Sajo 1999,36.

[82] Политика је, широко посматрано, делатност којом се стварају, одржавају и мењају правила по којима људи живе. Вид. Хејвуд 2004, 12.

Друго, политика је увек *сврховита* активност.[83] Она подразумева да се одређене активности предузимају како би се постигао одређени резултат односно крајњи циљ – легитиман или нелегитиман. Односно, политичка одлука није ништа до „покушај да се утиче на будући развој" (Gonzalez Pascual 2013, 1514). Примера ради, циљ државе је да поспеши опстанак младих брачних парова кад им помаже при куповини првог стана; циљ стипендирања најбољих студената је награђивање њиховог рада и мотивисање за наставак успешног студирања; циљ одредбе која прописује године рада на правним пословима као услов за полагање правосудног испита је уверење да је нужно да кандидати стекну практично искуство пре него што приступе полагању овог испита који је улазница за правосудну каријеру итд. У таквим случајевима, држава поступа опортуно тј. правну форму даје оној политици коју сматра за најбољу или најприкладнију. Управо због тога, две државе могу поводом истог питања да донесу потпуно различите одлуке сматрајући да једна односно друга најбоље одговарају датом друштву.

Треће, политика увек подразумева *могућност избора* између више алтернатива. За разлику од правних одредаба које су некад категоричког а некад алтернативног карактера, политика увек подразумева да одлучилац има на располагању више могућности и бира једну од њих.[84] Политика често подразумева ауторитативно одлучивање о спорном друштвеном питању а то је оно о којем постоје „различито гледање на неки проблем, тешкоћу, кризу, промену" због чега постоје „различите могућности одговора" (Пантић, Павловић 2007, 26–27). Примера ради, такве су одлуке о еутаназији, доживотном затвору, мерама борбе против епидемије и сл. Милер истиче да политичка одлука захтева суд (*judgment*) о томе шта би требало да се уради онда кад је „више опција отворено а постоји неслагање око тога која је од њих најбоља" (Miller 2003, 41). Често се каже да политика представља средство за решавање конфликата,[85] што је тачно и у том смислу је политика блиска праву,[86] будући да тамо где нема сукоба и нема потребе да држава гарантује примену права својим апаратом принуде.

Дакле, политика се увек тиче друштвених односа поводом којих постоји неслагање међу одређеним групама људи и она би требало да буде еманација процеса у којем се усаглашавају различити погледи на одређено питање. Политичка власт и дугује своје постојање потреби да се у друштву установе органи који ће ауторитативно да одлучују о таквим питањима. Наравно, политика је усмерена ка решавању спорног питања и она као таква представља само тежњу да се дати проблем реши, али не нужно и сигурно решавање проблема. Политика је сама по себи противречност – она је синтеза сукоба и тежње да се режи сукоб, дакле синтеза сукоба и сарадње.[87] На политичким органима је да одлуче која од

[83] Сврху не треба поистовећивати са пуким жељама и очекивањима јер она постају сврха тек кад су праћена спремношћу на залагање и одрицање. Вид. Аксић 2017, 120.

[84] Хејвуд тврди да је политика занимљива зато што се људи споре око тога како би требало да живе, ко шта треба да добије, како треба да се расподеле ресурси и слично. Вид. Хејвуд 2004, 11.

[85] Луман истиче да право није у функцији избегавања сукоба, будући да сукоб већ постоји; циљ права је избегавање насилног решавања сукоба и наставак комуникације другим средствима. Нав. према: Аксић 2017, 122.

[86] О разликама између права и политике вид. *Ibid*., 122–125. Хејвуд истиче да је политика неодвојиво повезана с појавама и сукоба и сарадње (2004, 12).

[87] О неким погледима на политику вид. *Ibid*., 14–29. О политичком одлучивању као легитимизацији политичког деловања и као формалној селекцији вид. Grdešić 1995, 101.

опција је најбоља и којој ће да дају правну форму. Али онда кад ту форму нека политичка одлука добије, док год је она на снази, примена тог права не сме да почива на политичким критеријумима (Grimm 2019, 67). Милер сматра да су елементи политичког расуђивања: процена последица које свака од тих опција доноси, шта адресати те одлуке преферирају, и каква је она с моралног становишта (Miller 2003, 41–42).

Четврто, политика је уско повезана с *идеологијом*. Идеологија је скуп идеја којима се исказује очекивање о друштвеном стању које би практичним делањем требало да се оствари.[88] Посредно се политика доводи у везу с идеологијом преко политичких странака, будући да (1) политичке партије имају одређену идеологију и (2) циљ им је да победом на изборима своју идеологију имплементирају у постојеће право тј. циљ им је да њихова идеологија постане државна политика.[89] Доношење политичких одлука је уско везано с идеолошким схватањима будући да је једна од функција идеологије да пружи упутство за практично делање. Рецимо, либерализам је једна идеолгија и то она која почива на уверењу да је заштита слобода појединаца у суштини државног постојања и одлучивања. Мноштво уставних и законских одредаба су последица ове идеологије, нарочито уставом гарантован корпус људских права и слобода.

Анализом појединих уставносудских одлука се стиче утисак да судови с идеолошког, моралног, пруденцијалног, економског и других аспеката преиспитују политичке одлуке које су добиле форму права (нпр. закона). А кад расуђивање државних органа надлежних за примену права почива на тим основама (нпр. покушају да се контролом уставности прошире надлежности централних органа на штету нецентралних органа), не може да буде говора о *правном* расуђивању, него је реч о испитивању супстанцијалне ваљаности дате одлуке. Ипак, не сме да се пренебрегне да је устав и идеолошко-политички акт, те да разлози на основу којих уставни судови решавају уставне спорове јесу резултат политичке одлуке којом су одређени идеолошки, морални, пруденцијални погледи преточени у право. И управо се у томе крије потенцијални проблем: правни разлози таквог порекла треба да буду стандарди одлучивања и образлагања одлуке уставног суда. Зато је, између осталог, расуђивање уставних судова бар делом политичко расуђивање. Али кад судови под изговором интерпретативне активности замењују политичке изборе надлежних органа, то није делимично него *чисто* политичко расуђивање.

Пето, политика је увек *друштвеног карактера*, односно она је непрестано трагање за бољим уређењем постојећег друштвеног стања. Хејвудовим речима, политика је дијалог а не монолог (2004, 11). Трагање за бољим уређењем подразумева више фаза у којима се испитују алтернативе с циљем да се дође до политичке одлуке. Оно што је најбољи модус регулисања не мора увек и да буде одабран, будући да неки фактори (нпр. расположива средства за реализацију одређене политике) могу да доведу до избора друге алтернативе. Приликом одлучивања води се рачуна о контексту проблема, важности проблема, тачкама утицаја, расположивости информација и субјектима на које се утиче (Grdešić 1995, 102–103).

---

[88] Клајн и Шипка истичу да је идеологија „систем идеја“ који је садржан у „свим облицима друштвене свести“ попут права, морала, политике, науке итд. а који је специфичан за одређену друштвену групу односно одређено време. Вид. Клајн, Шипка 2006, 484.

[89] Милер проблематизује питање политичког одлучивања грађана истичући да се у данашњим демократским државама улога грађана углавном своди на то да сваке четири или пет година гласају за одређену политичку партију, а „не треба много знати о политици да би се донела одлука такве врсте“. Вид. Miller 2003, 47.

Важно је да право није увек и нужно последица политичке одлуке, него је некад и политичка одлука последица права. То се посебно види онда кад уставни судови укидају неуставни акт, дају тумачење уставног текста и услед своје институционалне улоге и ауторитета утичу на политичке органе тако што им „диктирају" решење које ће они да унесу у постојеће право. Дакле, судови а нарочито уставни судови, без обзира на њихов примарни задатак оличен у решавању појединачних спорова, својим одлукама „утичу на јавну политику, посебно у сфери политички контроверзних питања" (Banks, O'Brien 2021, 44).

2.3.5. Правно расуђивање

„Дужност је судије… да своје лично правно осећање жртвује ауторитативној правној заповести, да само пита шта је по праву, а никада да ли је то и праведно… Ми ћемо презрети свештеника који проповеда оно у шта није уверен али ћемо поштовати судију који не допушта да његову верност закону помете опирање његовог правног осећања (Радбрух 2016, 127). Ове Радбрухове речи лапидарно исказују суштину правног расуђивања и оне би требало да буду идеја водиља сваког судије, па и судије уставног суда. Кад год се одлучује на основу неких правила, онда доносилац одлуке не сме да прописана решења замени сопственом концепцијом о томе како би правила требало да гласе.[90]

Правно расуђивање је као друштвена игра. Она није плод тренутног надахнућа учесника у тој игри нити резултат њихове представе о томе по којим би правилима игра требало да се одвија. Друштвена игра се одвија по одређеним правилима која не зависе од играча. Надахнуће може да има само онај ко у одређеном часу осмисли нову игру и тад има апсолутну слободу, као и нпр. творац устава. Али кад неко одлучи да учествује у тој игри, не може правила игре да мења јер му се чини да су лоша. Можда се играчу не свиђа то што може да одигра само један потез или то што мора да извуче нове карте уколико је противник својим потезом то изазвао. Или му се не свиђа што не може да игра двапут заредом, али правила друштвене игре су неумољива. Победник игре је, примера ради, ко остане први без иједне карте, а ако се то осталим учесницима не свиђа, наведено ограничење ипак не престаје да буде правило те игре. И уколико се уместо низа правила по којима се друштвена игра Д одвија осмисле потпуно нова правила или се део постојећих правила измени, онда и не можемо да кажемо да су учесници играли друштвену игру Д. Толики степен слободе не може да се означи као играње по правилима тј. примена правила дате игре.

Али уколико учесници одлуче да играју по правилима, онда они имају потпуну слободу да у том оквиру који ограничава њихову апсолутну слободу сами осмисле како је за њих најбоље да играју – да ли ће да адуте чувају за крај или ће одмах да их искористе; да ли ће да на почетку ризикују или играју пажљиво; да ли је добро да играју први или други по реду, ако имају ту могућност итд. Бота истиче да су ограничења у пресуђивању као дрвеће које окружује судијину одлуку и оставља мало простора за маневрисање чиме се манипулација своди на минимум (Botha 2004, 255).[91] Али не може да се негира постојање

[90] Шервин наводи да судови морају да се „покоре ауторитету постојећих правних правила" и да би се очувао ауторитет права, судије морају да „потисну своје уобичајене начине расуђивања" односно „супстантивне закључке до којих долазе путем свакодневног расуђивања". Вид. Sherwin 2010, 123

[91] Шауер истиче да се на правном факултету стичу знања о правним правилима али оно што суштински разликује посао правника од других послова јесте вештина аргументовања и доношења одлука односно реч је о *правном расуђивању*. Вид. Schauer 2009, 1. О значењу израза „правно расуђивање" вид. Navarro 2001, 252.

(не)легитимних утицаја на судију: однос с другим судијама, утицај јавног мњења, суптилни притисци високих званичника, очекивања грађана, судијина концепција праведности итд.[92]

2.3.5.1. Концептуално одређење правног расуђивања

Свако расуђивање представља извођење одређених закључака из одређених премиса.[93] Да бисмо објаснили правно расуђивање, нужно је да апострофирамо једно основно и три изведена својства која из основног својства произлазе. Основно својство правног расуђивања је да је оно вишеструко ограничено, а изведена својства се односе на природу премиса, циљ правног расуђивања и процес образлагања тј. оправдавања донесене одлуке.[94] Дакле, приликом концептуалног одређења правног расуђивања је нужно да имамо на уму (1) каквог су карактера полазишта тј. премисе у правном расуђивању, (2) какав је карактер правног расуђивања тј. на шта је оно усмерено и (3) како се показује да је закључак до ког се дошло правним расуђивањем *правно* прихватљив.

Правно расуђивање је,[95] по мишљењу неких аутора, процес осмишљавања, промишљања или изношења разлога за доношење правних аката односно одлука или изношење оправдања за спекулативна мишљења о значењу правних норми и њиховој релевантности за дати случај.[96] Хаим Перелман истиче да је судско расуђивање „тип практичког расуђивања“ чији је циљ да оправда одређену одлуку, избор, захтев и да покаже да они „нису произвољни или неправедни“ (Perelman 1983, 95). Из ових дефиниција произлази да је особеност правног расуђивања у оправдавању донесене одлуке. Овај став није погрешан, али је делимично тачан јер је правно расуђивање специфично не само по карактеру аргумента који се наводе у прилог одлуке, него и по разлозима од којих се полази у одлучивању. Правно расуђивање подразумева да се одлука доноси на основу одређених разлога и оправдава се одређеним разлозима. У томе лежи битна разлика између правног и политичког расуђивања, будући да субјект који политички расуђује може да наведе било које разлоге за одлуку а субјект правног расуђивања, да би његова одлука била *правно прихватљива*, може да наведе само правне разлоге.

Дајовић истиче да правно расуђивање представља „расуђивање о правним питањима на основу ауторитативних правних разлога у случајевима када су та питања спорна“ (Dajović 2023a, 21). Овом се дефиницијом у први план стављају разлози од којих се полази у правном расуђивању јер то нису било који разлози него *ауторитативни правни* разлози[97]

---

[92] Дворкин би вероватно одговорио да можемо да се надамо да је судија Херкулес који ће на све нелегитимне утицаје на судију да одбаци и наће најбоље решење за случај који је пред њим. Вид. Dworkin 1977, 105.

[93] Вид. о томе Freeley, Steinberg 2008, 169.

[94] Још прецизније, оправдавају се одлуке јер нпр. судија који решава конкретан случај не доноси само једну одлуку, него цео низ одлука које су у служби једне, коначне одлуке, нпр. пресуде.

[95] Свако расуђивање у вези с правом би могло да се подели у две групе: расуђивање *о* праву и расуђивање *у* праву. Расуђивање у праву се пре свега односи на расуђивање у оквиру правних институција, попут судова, па би такво институционално правно расуђивање могло да се назове *правничко* расуђивање. Вид. о томе Dajović 2023a, 20.

[96] Вид. Legal Reasoning and Interpretation (1998). Валгрен овако одређење назива правним расуђивање у ужем смислу, док оно у ширем смислу означава психолошки процес којим судија долази до одлуке. Вид. Wahlgren 2000, 200.

[97] Симон истиче да ауторитативност устава произлази из чињенице да га институције, али и грађани га прихватају тако што имају специфично интерно стајалиште према њему и обавезујући и ауторитативни

који „своју снагу не црпе из вредносне прихватљивости него из свог статуса“ (Schauer 2009, 62). Уколико у концепт правног расуђивања уградимо појмове одлучивања и образлагања (оправдавања), онда је јасно да оно представља „свестан и рационалан процес одлучивања и оправдања одлуке о спорном правном питању“ и то на бази ауторитативних правних разлога (Dajović 2023a, 22). Ипак, узрочно-последична веза између појмова није нужна будући да је идеално стање оно у којем су и разлози од којих се полази у одлучивању и аргументи који се наводе у прилог донесеној одлуци *искључиво* правни.

Не сме да се пренебрегне да доносилац правне одлуке (нпр. пресуде) може да се у стварности користи и ванправним разлозима (нпр. својим политичким или моралним уверењима) што значи да образложење није нужно „верно приказан стварни процес долажења до одлуке“ (Dajović 2023a, 22). Из тога произлази да субјект правног расуђивања можда није поимао правне одредбе као искључујући разлог за делање, него је његова одлука утемељена *поглавито а не искључиво* на правним разлозима, али он мора да прикаже у образложењу одлуке као да се водио *искључиво* правним разлозима у свакој фази одлучивања.

Из изложеног произлази да је правно расуђивање вишеструко ограничено, и управо та ограничења која су иманентна правном расуђивању могу да се окарактеришу као његова кључна својства. Шауер (Schauer 2009, 7–8) истиче да постојање ограничења у правном расуђивања суштински потврђује посебности правног расуђивања и она доказују да постоји интелектуална активност која захтева да се „размишља попут правника“ (*thniking like a lawyer*).[98] Она могу да поприме различиту форму али правно расуђивање почива на правним разлозима, усмерено је ка доношењу правне одлуке и одлука се образлаже правним аргументима. Редове пред нама ћемо да посветимо објашњавању те кључне одлике и одлика које се из ње изводе, с циљем да створимо теоријску подлогу за оцењивање природе уставносудског расуђивања.

2.3.5.2. Ограниченост као кључна одлика правног расуђивања

Сер Едвард Кук истиче да правно расуђивање захтева „вештачки разум“ (*artificial reason*) који се развија дугим учењем и искуством а који је једновремено предуслов да би се доносиле одлуке у правним споровима, па је правно расуђивање облик експертског расуђивања (Ellsworth 2005, 700) које се лаицима понекад чини као страно и нелогично (Jakab 2007, 276). *Правно расуђивање је вишеструко ограничено* у погледу тога шта ће да се сматра прихватљивим правним аргументом.[99] Дуарте ограниченост правног расуђивања објашњава, на примеру судског расуђивања, наводећи да је одлучивање судства омеђено правилима, принципима, процедурама и праксама које имају позитиван и негативан аспект (Duarte 2023, 97). Позитиван аспект огледа се у слободи судства у односу на друге гране власти (дакле, ради се о независности судства), док се негативан аспект односи на

карактер овог акта не захтева било какво даље доказивање. Али устав упркос тим својствима не указује на исправну или ауторитативну интерпретативну методологију. Вид. Simon 1985, 611–612.

[98] Барак посебност правног расуђивања доводи нарочито у везу с постојањем интерпретативних правила која усмеравају судију при тумачењу или уче судије како да размишљају као правници, а сем тога она су „средство којим правници једни други убеђују“ у прихватљивост тумачења која дају (Barak 2005, 38).

[99] Питање слободе и ограничења у пресуђивању је уско повезано с питањима правне политике, могућности владавине права, одговорношћу судија за њихове одлуке и способношћу правника да оспоре дубоко укорењене претпоставке и промене сопствену праксу. Вид. Botha 2004, 252.

ограниченост судске функције у погледу надлежности односно „моћи да диктира закон“. Тачно је да могу да постоје добри разлози за друкчији исход, али је једнако тачно да не може сваки исход да се поткрепи правним разлозима (Grimm 2019, 67).

Дакле, правно расуђивање подразумева низ ограничења јер не може сваки аргумент да се окарактерише као правно прихватљив,[100] односно, правно расуђујући, доносилац одлуке треба да се и води правним разлозима (премисе) и да правним аргументима образложи своју одлуку (конклузија). Као што се приликом одлучивања у свакодневном животу водимо одређеним постулатима, тако и судија дела. Нпр. ако одлучимо да купимо ауто, нужно морамо да имамо на уму расположива новчана средства и да нашу потрагу ускладимо с тим. Даље, могуће је да наша држава забрањује куповину аутомобила с дизел моторима, да аутомобили старији од 20 година не могу да се региструју, да због цене горива не долази у обзир куповина великог потрошача итд. Дакле, у складу с расположивим ресурсима и постојећим ограничењима, доносимо одлуку да купимо одређени аутомобил. Да ниједног од тих ограничења нема, можда (чак извесно) би наша одлука била сасвим друкчија.

Правно расуђивање је ограничено супстанцијалним, процедуралним и институционалним разлозима[101] тј. ограничено је „постојећим репертоаром аргумената и потеза“ (Botha 2004, 258). Подела није конклузивна него стипулативна и аналитички корисна за потребе истраживања ограничења која су иманентна правном расуђивању, а у појединим аспектима долази и до одређених преклапања. Она почива на чињеници да право тежи да ауторитативно уреди друштвене односе, а то чини тако што прописује норме којима се уређују друштвени односи, процедуре по којима се доносе правне одлуке и установљава институционални аранжман и институције које треба да остваре циљ права. Субјекти који правно расуђују, а нарочито државни субјекти морају да се држе постављених ограничења, а „судија којем се свиђа сваки исход до којег дође је врло вероватно лош судија који посеже за резултатима које он преферира, а не онима које налаже право“ односно лош закон не пружа много могућности судији будући да је (или би требало да буде) „недвосмислен задатак судије да примењује, а не да прерађује закон донесен од народних представника“.[102]

---

[100] Ограничења у расуђивању „не произлазе из оног што је тачно или оног што је валидно, него пре потичу из оног што је прихваћено у интерпретативној заједници“ што је у вези с одабиром одговарајућих начина и средстава тумачења. Вид. Venzke 2014, 813. Капелети наводи да је „сваки цивилизовани систем уистину покушао да осмисли и спроведе нека ограничења судијске слободе, како процедурална тако и супстантивна“ (Cappelletti 1981, 18–19).

[101] Бота (Botha 2004, 249) сматра да је питање слободе и ограничења у пресуђивању уско повезано с питањима правне политике, могућности остварења владавине права, одговорношћу судија за њихове одлуке и способношћу правника да оспоре утемељене претпоставке и промене сопствену праксу. Ограничења у правном расуђивању: нормативни оквир; институције и изводљивост, ауторитативни извори (извори права и сличне снаге – нпр. доктрина), интерпретативни методи, остале информације (чињенице случаја, претпоставке). Вид. о томе код Samaha 2008, 58. Бикенбах говори о томе да је правно расуђивање вештачког (*artificial*) карактера јер само право поставља ограничења у погледу што шта је прихватљив правни аргумент. Вид. Bickenbach 1990, 23.

[102] *A. M. ex rel. F. M. v. Holmes*, 830 F.3d 1123, United States Court of Appeals Tenth Circuit (вид. одлуку на: *https://casetext.com/case/am-v-holmes*, последњи приступ 10. фебруара 2023). Пинели истиче да за разлику од законодавца, судови, укључујући и уставне судове, нису задужени (*not suited*) да истражују економске или социјалне последице њихових одлука. Вид. Pinelli 2013, 1175.

Шауер истиче да се већ студентима правних факултета представља идеја да не мисле како је *правни* исход којим је решен конкретан случај „*нужно исправан исход* до којег би се дошло кад би се одлучивало на основу свих релевантних разлога“ тј. и правних и неправних разлога (Schauer 2010, 108). На другом месту, Шауер истиче да се свака од доминантних карактеристика правног расуђивања и аргументовања може посматрати као пут ка доношењу одлуке која је другачија од оне која би – када се све узме у обзир – била најбоља у датим околностима, и у томе се, по његовом мишљењу, огледа необичност (*oddness*) правног расуђивања (Schauer 2009, 7).[103]

Када је реч о *супстантивним разлозима*, најуочљивија манифестација те групе разлога је постојање формалних извора права. Другим речима, правни текстови су ти који постављају оквир за одлучивање и они су и премисе у правном расуђивању и аргументи у прилог донесене одлуке, па ће о њима посебно да буде говора у делу о изведеним својствима правног расуђивања. Формални извори права су правни израз одређене политике надлежног правотворца и постављају основ којег примењивачи права треба да се држе. Примера ради, можда судија није подржавалац адверзијалног кривичног поступка на којем почива закон по којем суди, али то што он подржава инквизиторски поступак нема правни значај. Или, ако право судији не допушта да одређену одлуку преиначи, него му само омогућује да је укине и врати првостепеном суду на поновно одлучивање, тај судија је супстантивно ограничен у свом одлучивању. Сем формалних, постоје и други извори права (нпр. правна наука) који нису у рангу са формалним изворима (који су обавезујући), али несумњиво да јесу важни и имају значајан фактички утицај јер су ауторитативног карактера (иако су необавезујући).

Кенеди сматра да у ову групу разлога убрајамо моралне аргументе (нпр. уговори се морају испунити наспрам клаузуле промењених околности), субјективна права (нпр. слобода делања наспрам безбедности), аргументе социјалног благостања и аргумент очекивања (Kennedy 1994, 328). Несумњиво је да су морални постулати важни за право и да су многи од њих и добили правну форму, а каткад се означавају и као вредносни извори права. Они као такви могу да се означе као супстантивна ограничења али морају да буду примењени у границама које важеће право поставља. Уплив моралних начела у право се посебно односи на позитивизацију људских права. *Људска права* као еманација супстанцијалног ограничења подразумевају да судије у вршењу своје дужности увек морају да имају на уму да су људска права брана самовољи државних органа. То у решавању конкретних случајева подразумева да судија не може да дозволи да тужилац испитује сведоке на начин којим се вређа њихово достојанство или да судија не преза да пресуди у корист оштећеног па макар и држава била тужена странка.

Супстантивно ограничење би могла да буде и правичност или дифизибилност у пресуђивању, дакле одступање од круте примене опште норме како би се избегле неприхватљиве последице у конкретном случају јер највеће право може да води највећој неправди. Такође, право претендује да утиче на судије и преко етичких кодекса,[104] који

[103] Шауер додаје једну животну аналогију: често возимо у складу с прописаном брзином иако мислимо да би већа брзина била прикладнија, узимајући у обзир саобраћај, услове за вожњу и возачке способности. Наше понашање је резултат исказа ауторитета и да тог исказа нема било би друкчије да можемо сами да донесемо одлуку коју сматрамо најбољом.

[104] „Судијина оданост постојећем праву зависи претежно од судијине посвећености сопственој професионалној етици оличеној у процедурама и методама расуђивања које он следи.“ – Smilov 2012, 859.

такође јесу моралног порекла и представљају позив судијама да поступају чувајући достојанство професије и сваком грађанину омогуће да ужива уставом гарантована права и слободе. У тим кодексима се редовно наводи и да се од судија очекује да се уздржавају од (не)посредних политичких активности јер се то не одговара државном послу који судија врши.

Аргумент очекивања подразумева легитимна очекивања грађана, које онај ко правно расуђује има на уму приликом одлучивања, а то би могло да се доведе у везу с функцијом коју треба да оствари право.[105] Шервин наводи да очекивања јавности имају „друштвену вредност јер омогућују члановима да ускладе своје делање и контроверзна питања сматрају решеним“ од стране државе (Sherwin 2010, 124). Папајанис истиче да у ситуацијама кад судија одлучује на основу других разлога, а не на основу разлога прописаних правом, грађани „губе све смернице у погледу свог понашања“ услед чега је „функција права потпуно обесмишљена“ (Papayannis 2016, 39). У том смислу је посебно јак језички аргумент који би налагао да се правном тексту припише значење које речи из правног текста имају у свакодневном говору. Будући да немају сви грађани правно образовање, легитимно је њихово очекивање да се правни текстови тумаче онако као већина чланова друштва то чини.

Ипак, управо је (уставно)судско тумачење постојећег права у мноштву случајева допринело да се постојећи корпус права прошири тако што је правним текстовима приписивано значење које почива на циљном а не језичком аргументу. На основу тога, управо би аргумент очекивања могао да се посматра и као очекивање грађана да им (уставни) судови обезбеде истинско уживање гарантованих права. С тим у вези, неки аутори доводе у везу питање ограничења у расуђивању с поимањем устава као статичког/динамичког акта. Уколико усвојимо гледиште да је устав акт који има еволутивни карактер, онда се нужно јавља питање да ли тад постоје ограничења или тад судија упражњава дискрециону оцену (Arshakyan 2013, 1316). Аргумент легитимних очекивања би у том светлу значио очекивање грађана да право (судским одлучивањем) буде прилагођено промењеним друштвеним околностима.

Такође, јасно је да и *конвенционално прихваћени методи (технике) тумачења*[106] представљају ограничење у правном расуђивању односно, како Фетерис каже, методе тумачења, форме расуђивања и извори права „ограничавају дискрециону оцену судије јер прецизирају релевантне факторе за приписивање значења правном правилу“ (Feteris 2017, 9).[107] Дајовић истиче да су ограничења у правном расуђивању оличена, између осталог, и у „друштвено развијеним критеријумима о томе шта је прихватљиво“ (Dajović 2023a, 73). Овде се мисли на ограничења која је развила правна струка – доктрина и судска пракса, али свакако да судија (у поступку одлучивања али не и образлагања одлуке) има на уму и

[105] Дворкин истиче да је за лаика суђење „догађај у којем судија решава спор применом утврђених принципа а не новоосмишљених принципа“. Иако лаици знају да поједине судије могу да „изневере овај идеал правде“, они знају да су „такви неуспеси одступања. Зато судије, метафорички казано, „треба да нађу право а не да га праве“ (Dworkin 1963, 624).

[106] Дајовић наводи да међу правницима судије имају најзначајнији утицај на формирање „листе прихватљивих аргумената унутар једног правног система“ (Dajović 2023a, 77).

[107] Симон истиче да ниједан судија не жели да га други сматрају некомпетентним, а то би се догодило онда кад не би следио конвенционалне методе тумачења јер правници знају да „неки аргументи напросто не могу да се рачунају као правни аргументи“. Вид. Simon 1985, 628.

друштвене критеријуме прихватљивости. Дуарте истиче да је субјект који правно расуђује обавезан институционалним оквиром који интерпретативна заједница признаје као такав али је ограничен и стандардима интерпретативне заједнице (Duarte 2023, 99). Перелман истиче да судија, кад тумачи правну одредбу на онај начин који „није уобичајен", свој начин тумачења посебно мора да образложи (Perelman 1983, 102).

Судија треба да има на уму да његова одлука производи далекосежне последице за мањи или већи број лица и да она одлука која није усклађена с устаљеним конвенцијама тумачења, а није квалитетно правно аргументована нужно наилази на критику (бар правничке) јавности. Сем тога, она доводи и до тога да се нарушава углед судије, а и правосуђа у целини. Такође, приликом одлучивања, судија не сме да пренебрегне да његова одлука треба да буде допринос остварењу правних вредности, али критеријуми друштвене прихватљивости не смеју да се остварују науштрб ограничења који право установљава.

Каткад се конвенционално прихваћеним методима тумачења даје и правна форма тако да они постају формалноправно обавезујући. Пример би били закони о тумачењу Уједињеног Краљевства, Канаде, Аустралије, Новог Зеланда итд. Такође, Нацрт грађанског законика Србије у члану 12 наводи да се одредбе законика тумаче према сврси и смислу, али и правилима језичког, систематског, логичког и историјског тумачења, док се изузеци тумаче уско. Слично, Грађански законик Шпаније (чл. 3.1.) садржи одредбу која прописује да се његове одредбе тумаче „у складу с правим значењем текста и у вези с контекстом, историјом и околностима настанка норме, као и у вези с друштвеном стварношћу у часу примене, водећи рачуна примарно о њиховом духу и циљу".

Процедурални разлози подразумевају одговор на питање по којим се правилима одвија поступак или у којој процедури може да се прибави одређени доказ да би био правно допуштен односно правно ваљан.[108] Примера ради, поступак за оцену уставности закона не може да покрене било ко, него само овлашћени субјекти. Или, кривични поступак покреће тужилац. Даље, иако одређени доказ указује несумњиво на то да је лице А учинилац кривичног дела, и те како је важно *како* је тај доказ прибављен. Уколико је доказ прибављен на незаконит начин, нпр. тајно је снимано одређено лице иако за то није постајала наредба судије донесена на образложен предлог тужиоца, такав доказ не може да буде основ за доношење осуђујуће пресуде, будући да правно расуђивање поставља, *in concreto*, процедурална ограничења. Уколико у датом случају не бисмо расуђивали правно, него нпр. морално или политички, онда бисмо могли да дођемо до сасвим другог исхода – да је добро да се донесе осуђујућа пресуда и санкционише кривац (морално расуђивање) односно да је зарад заштите друштвеног интереса у будућности потребно и целисходно да се казни учинилац без обзира на то да ли је доказ прибављен законито (политичко расуђивање).

Такође, процедурално ограничење судије је и правило *audiatur et altera pars* или (додуше превазиђено) правило о формалној оцени доказа. Можда је судија убеђен у исправност аргумената тужиоца да сматра да је непотребно да губи време и саслушава туженог, слуша његове ставове о доказима тужиоца или изводи доказе које је тужена странка предложила. Али тај судија се води правним разлозима и зна да је начело поступка да свака странка има право да се изјасни о наводима противника, сагласно начелу

[108] Говорећи о процедуралним ограничавајућим разлозима, Дуарте истиче да је овај вид ограничења доказ да је правно расуђивање вредносно обојено јер не обезбеђује само суштинску него и процедуралну правилност у конкретном случају, што је израз права на поштено суђење (Duarte 2023, 109).

контрадикторности. Или, уколико одредба прописује да се нешто сматра доказаним уколико то потврде два веродостојна сведока, то што судија сматра да у ствари предметно питање уопште није доказано јер му оптужени изгледа као честит човек не може да буде ваљан правни аргумент. Правна одредба о оцени доказа судију ограничава и кад он наведе да се нешто сматра доказаним јер су то потврдила два веродостојна сведока, у питању је правно ваљан доказ, ма колико судија био незадовољан исходом.

Институционални разлози који ограничавају правно расуђивање се тичу везе између свих државних органа али и нарочите везе која постоји међу судовима. У том смислу бисмо као кључна институционална ограничења правног расуђивања могли да наведемо начело поделе функција државне власти и судску праксу. Раније је наведено да је једно од кључних питања које се уставом уређује у вези с поделом функција државне власти на различите државне органе. И не само да устав прописује ко врши најважније послове, него и установљава одговарајуће односе између највиших државних органа. У том смислу, сваком од највиших државних органа (навели смо да под тим разумемо законодавца, владу, редовне судове и контролора уставности) се додељује одговарајућа *институционална улога*.

Опште је место да од законодавца очекујемо да ствара право преко формалних извора права док од судова очекујемо да примене право важеће право (које је створио законодавац).[109] Тиме се, наравно, не прејудицира да је судија логички аутомат који само понавља речи закона. Штавише, судији важеће право (формални извори права) поставља оквир у којем он, водећи се устаљеним техникама тумачења и другим детерминантама правног расуђивања, одлучује. Подела власти није нужно строго одвајање појединих грана власти, али судови, услед независности, имају посебно место, о чему је било речи у делу о уставној демократији. Њихова је институционална улога да пруже правну заштиту онда кад се нечија права оспоравају или угрожавају, а не да уместо постојећег права стварају ново право.

Другим речима, различитим институцијама се поверава различит степен дискреционе власти тј. различита количина поверења (Spaić 2020a, 157). Принцип поделе власти је од великог значаја за ово истраживање будући да ће и део првог дела и други део да буду посвећени испитивању начина на који уставни судови расуђују, а заступаће се став да њихово расуђивање каткад нарушава начело поделе власти. Другим речима, тврдиће се да судски активизам уставних судова типично подразумева и излазак из оквира институционалних ограничења. С друге стране, неминовно је да правничка професија даје важан допринос у стварању ограничавајућих фактора у правном расуђивању. То се не уочава само на примеру устаљених метода тумачења (који су плод правне науке и правне праксе), него и у односу између различитих нивоа и врста судова.

Другим речима, судска пракса има прворазредни значај јер нижи судови нису везани „само законом већ и тумачењем виших судова“ (Spaić 2020a, 158). Иако судска пракса нема статус формалног извора права, њен фактички утицај је неминован. И то не изненађује кад се има на уму да су судови ти који коначно одлучују о значењу правних текстова садржаних

[109] Ова тврдња важи за континентални систем, док у англосаксонском систему (који није предмет анализе у овом раду) и судови стварају право тј. формалне изворе права. Барак о институционалној улози судија истиче следеће: судија тумачи текст који су израдили они који су за то овлашћени јер судије нису овлашћене да „пишу испочетка” устав или закон (Barak 2005, 19–20).

у формалним изворима права. А ако имамо на уму да се судови организују по инстанционом принципу, онда је јасно да ће нижи судови „бар из разлога разборитости“ да приписују правним текстовима она значења која им приписује виши суд.[110] Ситуација се усложњава кад имамо на уму положај уставних судова. С једне стране, на националном нивоу не постоји орган који контролише њихове одлуку јер су одлуке уставног суда коначне и обавезујуће. С друге стране, услед јачања уставних судова (што је и последица ширења корпуса права и слобода грађана), они су фактички постали четврта инстанца у поступцима у којима одлучују о повреди уставних права и слобода.

Пошто уставни суд даје коначну реч о значењу уставног текста, његово тумачење и ауторитет имају неминован утицај на све редовне судове али и друге органе државне власти. Такође, не треба занемарити ни значај који имају тумачења наднационалних судова (пета инстанца?) услед положаја међународних аката у домаћем праву. И њихова тумачења несумњиво могу да се окарактеришу као институционално ограничење правног расуђивања, посебно због праксе наднационалних судова који садржински прецизирају значења концепата који се помињу у уставима бројних држава.

Уколико бројна ограничење у правном расуђивању посматрамо у функционалном смислу, могли бисмо да кажемо да она осигуравају да се донесе она правна одлука (правни закључак) која представља продукт правног система. Правни закључак до којег се долази представља пресек бројних ограничења у правном расуђивању и слободе одлучивања коју правни акт делегира тумачу права. Уколико се ограничења не поштују или уколико се иде изван оквира додељене слободе у одлучивању,[111] ту није реч о правом расуђивању. У делу који се односи на расуђивање уставних судова ћемо да излажење из ограничења која су иманентна правном расуђивању назовемо политичким расуђивањем, а у другом делу рада који је посвећен (уставно)судском активизму, то ћемо да означимо као типично својство (уставно)судског активизма.

2.3.5.3. Изведена својства правног расуђивања

У претходном делу рада смо констатовали да је кључна одлика правног расуђивања то што је оно вишеструко ограничено. Из тог својства произлазе и три изведена својства правног расуђивања која нам објашњавају (1) природу премиса правног расуђивања, (2) циљ правног расуђивања и (3) природу аргумената којима се оправдава донесена одлука.

Прво, *правно расуђивање је засновано на правним разлозима*. У контексту општег појма расуђивања, правно расуђивање је специфично по томе што су његове премисе правни, а не политички или било који други разлози (морални, економски, идеолошки, пруденцијални и слично).[112] Оно што неки разлог чини правним није чињеница да се на њега позивају судије или га представљају таквим, него је он правни јер се заснива на

[110] Спаић разликује правне, моралне и пруденцијалне разлога због којих се следе тумачења која дају виши судови. Вид. о томе Spaić 2020a, 159.

[111] Правно расуђивање је подвргнуто „правилима и прописима“ којима се ограничава „слобода судијине оцене“ (Perelman 1983, 100). Када суд следи одређено правило, не упушта се у оцену да ли је оно добро или лоше, будући да правна правила функционишу тако да искључују разлоге који би иначе били прихватљиви. Вид. Schauer 2009, 61.

[112] Шауер говори о „добрим разлозима“, дакле, то су они који би могли да се окарактеришу као правно прихватљиви разлози. С друге стране, „лош“ разлог и није разлог. Вид. Schauer 1995, 635.

нормативним пропозицијама које су садржане у одговарајућим важећим правним актима (Dyevre, Jakab 2013, 988). Дакле, субјект који правно расуђује одговор на спорно правно питање тражи у постојећем праву и другим ауторитативним правним разлозима.[113] Другим речима, разликовање правних и неправних разлога је питање правног система јер само правни (а не други систем) може да одговори на питање шта се рачуна као прихватљив правни разлог (Grimm 2019, 63).

Лајтер (Leiter 1995, 481) идентификује четири групе правних разлога: (1) легитимни извори права, (2) легитимне интерпретативне операције у вези с изворима права (попут метода тумачења), (3) легитимне интерпретативне операције у вези с чињеницама (попут категоризације чињеница) и (4) легитимне рационалне операције које се, зарад доношења одлуке, примењују на чињенице и на право (попут дедуктивног закључивања). Дајовић истиче да правно расуђивање судије није утемељено на разматрању „свих могућих разлога" који би се разматрали „када правна правила не би постојала" (Dajović 2022, 241) из чега произлази да судија понекад не би донео исту одлуку кад би могао да је заснује на другим, неправним, разлозима.[114]

Правним разлозима можемо да назовемо, првенствено, оне разлоге које се налазе у правним актима, то јест, у питању су *правне одредбе тј. правни текстови*.[115] Интуитивно се ту мисли на правне одредбе које су садржане у општим правним актима, тј. изворима права, али и појединачне правне одредбе су и те како релевантне: уговорне, завештајне, одредбе из судских пресуда, управних аката итд. Ма која врста акта се тумачила од стране државних органа, ту се ради о правном расуђивању јер судија[116] полази од правних разлога. Нпр. предмет правног расуђивања су законска одредба која предвиђа да се брак може развести само ако су тешко и трајно поремећени брачни односни услед чега је заједнички живот постао неподношљив, уговорна одредба према којој је закупац дужан да плаћа кирију закуподавцу почетком месеца, завештајна одредба према којој завешталац библиотеку оставља комшији итд. На први поглед, спорно изгледа да судски или управни акт могу да се означе као правни разлози, тј. премисе у правном расуђивању. Али ако посматрамо однос другостепеног суда који укида акт и враћа предмет на поновно суђење пред првостепеним судом, онда је јасно да судија која суди у поновљеном поступку има на уму разлоге који су изнесени у одлуци којом је укинута првостепена пресуда.

У сваком случају, логички посматрано, правни разлози представљају горњу премису у правном закључивању и они би требало да се, на крају процеса правног расуђивања, примене на одређење чињенице. Право одређује које су чињенице релевантне а истовремено чињенице одређују које право је релевантно (Ellsworth 2005, 686). Шауер истиче да језик правног текста поставља границе за дозвољене аргументе и указује на

---

[113] Правно расуђивање почива на ауторитету, тј. важно је из којег извора потичу директиве. А ауторитет се поштује онда кад радимо оно што он тражи иако бисмо друкчије поступили кад бисмо били препуштени сами себи (тј. кад не би постојао исказ ауторитета). Вид. Schauer 2009, 6–7.

[114] Правни разлози су „подскуп свих могућих разлога који се примењују у доношењу и оправдавању одлука" (Dajović 2023b, т. 70).

[115] Закон не каже „уради зато што…" него само каже „уради" (Schauer 1995, 636). Дакле, законске и друге одредбе из формалних извора права су ауторитативни разлози а не смернице.

[116] Будући да је судијско расуђивање парадигма правног расуђивања у наставку ћемо да најчешће помињемо њих као пример за разјашњење институционалног расуђивања. „Кад научници пишу о правном расуђивању, они у ствари пишу о судијама." – Ellsworth 2005, 685.

аргументе који су ван тог оквира иако то „пре елиминише погрешан одговор него што указује на тачан“ (Schauer 1985, 429–430). Додаје Шауер да правни текст није само полазиште, него и инструмент сталне провере (контроле) након што се удаљимо од полазишта, те несумњиво представља ограничење при тумачењу устава (Schauer 1985, 430–431), али и других правних аката.

Међутим, не смемо да сметнемо с ума да правне одредбе нису саме по себи увек јасне. Штавише, судија, други примењивач права или тумач уопште, често ће да наиђе на недоумице у вези са значењем одређених одредаба, односно речи и израза који су поменути у њима. Правна одредба је само текст а до значења тек треба да се дође.[117] Рецимо, шта значи да су брачни односи *трајно* поремећени; да ли је 10. у месецу *почетак* месеца; на шта је мислио завештalац помињући реч *библиотека* кад ниједну књигу није имао итд. Дакле, неће бити евидентно значење правне одредбе од које се полази у правном закључивању. Горња премиса је често само општа правна одредба од које се полази али која није самим тим довољна да се под њу подведе чињенично стање јер постоје спорни случајеви, тј. предворје појмова односно област полусенке.[118] Судија у таквим случајевима одмерава предности и мањкавости аргумената који су изнесени пред њега и бира између њих или сам развија принцип за решавање случаја (Ellsworth 2005, 687) из постојећих принципа.

Судија би требало да, у функцији решавања спорног случаја, отклони недоумице у вези са значењем правних одредба, па мора да се послужи неким средством у том смислу. Због тога се поставља питање шта још може да се назове правним разлозима због своје релевантности приликом тумачења одредбе која је премиса у правном расуђивању. Чини нам се да у том смислу важно место припада, широко речено, *ауторитативним правним разлозима који имају фактички утицај* и који дају смернице о томе како би требало протумачити одређене правне текстове (вид. и Spaić 2020a, 160–166). Дајовић истиче да су то „извори који се могу али не морају користити у доношењу и образлагању правних одлука“ (Dajović 2023a, 35). То су, пре свега, *правна наука*[119] и *судска пракса* и пракса других државних органа, а посебно виших судова и највишег редовног суда. Они своју снагу црпе

---

[117] Ако је правна одредба горња премиса, а чињенично стање доња премиса, онда бисмо могли да значење правне одредбе означимо као средњу премису. Вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 316. За Печеника (Peczenik 2008, 15) у тешким случајевима осим две премисе од којих се једна односи на чињенично стање, а друга на правни текст, мора да се дође и до треће, додатне, премисе а то је норма. Он истиче да се додатна премиса односно норма ствара на основу вредносних судова и консеквенцијалистичког аргумента. Примера ради, шта ако се у случају разбојништава користи пиштољ који је играчка? Прво, претња лажним и претња правим пиштољем нису суштински различите с аспекта жртве (вредносни суд). Даље, судија ће да пође од тога да би некажњавање довело до пораста оваквих кривичних дела а жртве би често мислиле да им се прети играчком чиме би ризиковале живот (последица) а то је неприхватљив ризик (вредносни суд).

[118] Говорећи о разлици између језгра и полусенке појмова, Харт истиче да „мора постојати језгро устаљеног значења“ али и „полусенка спорних случајева“ специфичних по томе речи у њима „нису ни очигледно применљиве ни очигледно искључене“. Случајеви из полусенке имају „неке заједничке карактеристике са стандардним случајем“, неке немају, те имају неке особене карактеристике које не постоје у стандардном случају (Hart 1958, 607). Стандардно односно устаљено значење не значи да неки објекат садржи све, нужне и довољне карактеристике једног појма, па није у питању нужно и довољно значење него је прототипско значење (Dajović 2023b, т. 12).

[119] Правна наука се бави „анализом, систематизацијом и објашњењем концептуалног апарата права“. Вид. Wroblewski 2000, 228. Вид. о улози и задацима академских правника и Botha 2004, 255. Шауер истиче да су неки случајеви лаки зато што доктринарни увиди чине решавање датог питања таквим. Вид. Schauer 1985, 409.

управо из тога што су искази ауторитета (нпр. угледних професора права) и као такви представљају „добар разлог“ (Харт 2013, 352)[120] за приписивање одређеног значења правном тексту.

Другим речима, постоје извори права које је судија *дужан да* да примени и извори права које судија *може* да примени. У оба случаја се ради о правним разлозима, али они немају у оба случаја обавезујућу снагу. Значај правне науке се види већ на првом кораку приликом правног расуђивања и огледа се у интерпретативним аргументима које је развила доктрина (методи или канони тумачења). Јакаб истиче да су *методи тумачења* норме о томе како би требало да се тумаче правне норме и они се поимају као очигледне истине (Jakab 2013, 1227).[121] Значај метода тумачења које је развила правна доктрина не треба да се занемарује, будући да они свакако могу да се схвате као контролни механизми судских одлука. Сем тога, ставови академских правника имају велики утицај на судије, без обзира на то што они нису формалан извор права.[122]

Грим истиче да доктрина и методи тумачења које она развија обезбеђују „конзистентност у тумачењу“ (Grimm 2016, 167). Примера ради, ако кривични законик наводи да један од облика тешког убиства постоји кад неко другог лиши живота на свиреп или подмукао начин. Шта значи да је неко убијен на „свиреп или подмукао начин“ није језички јасно, али кад угледни професор кривичног права објасни значење ових појмова, онда то има важну епистемичку вредност. Судија у кривичном поступку не може да донесе одлуку на основу речи угледног професора (јер оне немају карактер формалног извора), али може да речима из кривичног законика припише управо оно значење које им приписује професор.

С друге стране, судска пракса је такође важан правни разлог (а у неким државама је и формални извор права). Она подразумева утицај виших судова на ниже судове и то двојако. Нижи суд правно расуђује када се води правним разлозима који је виши суд навео у одлуци којом је укинута првостепена одлука. С друге стране, улога виших а посебно врховног суда у свакој држави огледа се у томе што треба да допринесе уједначавању судске праксе тако што утврђује значења спорних правних текстова. Водећи се тим значењима, нижи судови правно расуђују јер врховни суд ауторитативно приписује правном тексту одређено значење којим ће да се воде нижи судови решавајући конкретне случајеве. Перелман истиче да судска пракса има велики значај за правно расуђивање јер раније одлуке и образложења доприносе изградњи правног поретка из чега следи да се „правни систем ствара поступно“ (Perelman 1983, 171).

Поменути разлози су средство контроле правности расуђивања, а понекад и *издвојена мишљења судија* представљају средство за оцену квалитета и правности аргументације. Њихов циљ није само да буду израз неслагања него она претендују

[120] Харт прецизира да би фактички извори права могли да се окарактеришу и као „допуштени извора права“ за разлику од формалног тј. обавезујућег извора права. То поткрепљује чињеницом да се критикује судија зато што у образложењу своје одлуке не наводи обавезујуће изворе али се не критикује кад не наведе допуштене изворе.

[121] Устави појединих држава међу методологију тумачења уводе чак и међународне принципе истичући да се уставне одредбе тумаче тако да буду у складу с Универзалном декларацијом Уједињених нација и међународним уговорима. Вид. члан 16 Устава Португала и чл. 10 Устава Шпаније.

[122] О поређењу доброг правника практичара и доброг правника теоретичара, вид. Jakab 2007, 285–286.

квалитетом аргументације да утичу на правнички аудиторијум. Наравно, то што је неко од судија издвојио мишљење или то што је већина сагласна да спор треба да се реши на одређени начин не значи да је било ко од њих у праву или није. Приликом анализе судских одлука не водимо се критеријумом исправност у смислу постојања јединог могућег решења, него се водимо критеријумом снаге правних аргумента који су понуђени у прилог одлуци.[123]

Друго, *правно расуђивање је практичког карактера***.** По Разовом мишљењу, постоје две основне врсте расуђивања, а то су спекулативно и практичко (Raz 1979, 13–15). Док се прво односи на расуђивање о оном што јесте, дотле се друго односи на расуђивање о оном што треба да буде. Будући да знамо да је право нормативног карактера, тј. прописује оно шта треба да се догоди, јасно је да је предмет нашег интересовања практичко расуђивање у којем су „разлози премисе из којих се изводи практички закључак" (Audi 2004, 119). Исход правног расуђивања су закључци „практичне врсте" усмерени на то да оправдају одлуке, изборе и захтеве (Perelman 1983, 104).[124] Дакле, правно расуђивање је увек усмерено на одлучивање тј. доношење одлуке, будући да правник „барата са сетом текстова и концепата (или прецедената) и решава практични проблем на основу тог сета (Jakab 2007, 286).

Правно расуђивање да поприми 1) *облик одлучивања о правним последицама* одређеног понашања у конкретном случају (нпр. одлука судије у судском поступку), кад у први план истичемо то да се одлучивало о правима, обавезама или одговорности правног субјекта или 2) *облик апстрактног расуђивања*, тј. понекад оно није усмерено на одлучивање у конкретном случају (нпр. расуђивање правника научника) или (3) *облик дерогирајуће правне норме* нпр. у случају одлуке уставног суда о неуставности закона.[125] То је оно што повезује и правно и политичко расуђивање – оба су практичког карактера, али док је политичко расуђивање утемељено на свим супстантивним разлозима и усмерено на доношење најоптималније одлуке, дотле је правно расуђивање увек уже и много више је ограничено.

Вероватно је прва асоцијација на правно расуђивање судова то што оно представља *одлучивање о правним последицама одређеног понашања*. Исход судских поступака се огледа у одлуци о томе да одређено лице има неко субјективно право (нпр. право својине) или да има одређену обавезу (нпр. обавезу да врати дуг) или да је одговорно за одређени деликт (нпр. прекршајно одговорно због проласка кроз црвено светло на семафору). Дуарте истиче да је правно расуђивање оправдање одлуке о правним ефектима у појединачном случају (Duarte 2023, 132). Уколико бисмо приказали правно расуђивање у појединачном случају преко силогистичке форме, онда би то значило да се правни закључак (одређени правни ефекат) изводи из повезивања горње и доње премисе. Горња премиса би био правни текст који прописује одређени правни ефекат ако су испуњени одређени услови док би доња премиса биле правно релевантне чињенице, поткрепљене одређеним доказима, које испуњавају релевантне правне услове. Дуарте наводи да силогизам није метод којим се долази до правног ефекта, него се помоћу њега само проверава да ли норма може да се примени или не (Hildebrandt 2023, 132). Томе би требало додати и то да тумач прво мора да

[123] Вид. о томе и Jakab 2013, 1228.

[124] Правно расуђивање је „практичко, нормативно, институционално и супстантивно ограничено расуђивање" које смера ка „објашњавању и оправдавању судијине одлуке… у светлу низ правних концепата и правних норми" (Bickenbach 1990, 24).

[125] О дерогирајућим одлукама вид. Dajović 2023a, 34 фн. 30.

правном тексту припише одређено значење, па тек онда може да провери да ли се приписано значење (норма) може применити на чињенице датог случаја.

Јасно је да не расуђују правно само државни органи, него то чине и бројни други субјекти, попут бранилаца у судским поступцима, академских правника, грађана који би да закључе уговор, студенти који испуњавају задатак на факултету, радници у правним службама у привредним друштвима итд. Ипак, несумњиво је да је правно расуђивање државних органа, посебно судова, најважнија врста правног расуђивања (зато за расуђивање државних органа кажемо да је институционално). За разлику од судова и управних органа кад решавају конкретне случајеве, неки од наведених субјеката правног расуђивања не расуђују *in concreto* него *in abstracto.* Рецимо, расуђивање академских правника или студената права није оријентисано на то да реши конкретан правни однос између сукобљених странака, него је усмерено на то да се критички осврне на судску праксу судова или да апстрактно припише значење правном тексту (задатак академских правника) или на просто решавање факултетског задатка (задатак студената), али увек на основу ауторитативних правних разлога.

Кад разматрамо правно расуђивање академских правника, било би тачније да кажемо да је правно расуђивање усмерено да заузимање теоријског става о томе како би требало да се поступи. Ипак, и заузети теоријски став има за циљ да утиче на одлучивање других лица, попут судија који решавају конкретан случај. Специфичност правног закључка судије или другог државног органа се огледа у обавезности донесене одлуке односно правног закључка. Прихватљивост теоријског става и његов потенцијал за усвајање од правника практичара зависи од снаге аргументације коју је изложио теоретичар, водећи се правним разлозима. Правно расуђивање никад није плод коинциденције, бацања коцке, спекулације, нагађања итд. Од првог до последњег корака оно је суштински ограничено низом правних разлога. Оног часа кад се неки теоретичар уместо апстрактног или конкретног расуђивања на основу постојећег права упусти у предлагање бољих решења уместо постојећих решења, онда то и није правно него политичко расуђивање. Ипак, и такво расуђивање теоретичара има за циљ да утиче на надлежне доносиоце одлука (попут законодавца) да промене постојеће право.

За даљу анализу нашег рада, важно место припада тзв. *дерогирајућим правним нормама* које су усмерене на то да одстране из правног поретка постојеће правне одредбе. Будући да се рад односи на уставносудско расуђивање, у природи одлучивања овог органа се налази могућност елиминисања одредбе која је неуставна. Практични карактер одлучивања овог органа је специфичан по томе што се не утврђује како би требало да се дела него се утврђује како *не сме* да се дела јер постојеће решење није у складу с уставом. Ипак, то не значи да се уставни судови каткад не упуштају у анализу тога *како би требало* да се дела. То ће посебно да буде видљиво у другом делу у којем ћемо, између осталог, да говоримо о појавним облицима уставносудског активизма. Тад уставни судови своју перцепцију о томе како би требало одређено питање да се реши доводе у везу са широко формулисаним уставним одредбама и дају правну форму тој перцепцији (тј. политици).

Коначно, не би требало да се пренебрегне да и органи који примарно или претежно расуђују политички понекад расуђују и правно и политички, а да притом не прекорачују своје надлежности. Дакле, постоје *органи чије практичко расуђивање има и правни и политички аспект*. Такав је случај с органима који су овлашћени да створе право али на основу вишег акта. Пример би било расуђивање законодавца. Овај орган расуђује претежно

политички, будући да у одређеној области друштвеног живота осмишљава политику тј. даје правну форму одређеној политици. Ипак, имајући на уму да је закон мање правне снаге од устава, законодавац расуђује и правно у оном делу у којем на основу устава доноси одлуку о томе како би требало да формулише законске одредбе. Устав прописује нпр. већину за усвајање закона и та уставна одредба је правни разлог на основу којег дела законодавац. Или, ако се уставом забрањује нечовечно и понижавајуће кажњавање, онда законодавац (бар делом) правно расуђује кад нпр. разматра могућност смртне казне за одређено кривично дело. Тиме се уставне одредбе примењују или конкретизују у закону,[126] а пошто су оне врло уопштене, кад законодавац протумачи ограничења која је устав прописао, онда је његово расуђивање у преосталом делу политичко.

Треће, *правно расуђивање је дијалектичког односно аргументативног карактера*.[127] Правно расуђивање није аналитичког карактера што значи да оно не представља трагање за правним решењем помоћу формалнологичких правила. Дијалектички карактер правног расуђивање проистиче из тога што је оно утемељено на аргументима који нису истинити или неистинити него су мање или више прихватљиви. Аргумент може да се дефинише као тврдња у прилог или против одређеног становишта. Аргументација, сматра Дајовић, је „вербализована, друштвена и рационална активност“ која је усмерена на излагање исказа који „подржавају или побијају одређено становиште“ (Dajović 2023a, 49). Рецимо, ако желимо да штитимо став да је понављање мајка знања, онда би аргумент у прилог тога могло да буде да је сваки студент морао више пута да понови испитну материју да би положио испит.

Ипак, у правном расуђивању нису сви аргументи *правно прихватљиви*. На основу правних разлога не само да се одлучује него се на њих реферише и при образлагању одлука и циљ образложења није доказивање да је донесена одлука једина исправна одлука (*right decision*) него да је најбоље аргументована одлука (Ellsworth 2005, 685). Правна је дужност судије да „оправда своју одлуку у датом случају позивајући се на важећу правну норму или норме[128] односно судије немају слободу да одлуку оправдају било којим аргументима него се од њих очекује да се користе правним аргументима (Botha 2004, 258).[129] Пракса Европског суда за људска права је утврдила које су функције образлагања донесене пресуде: истицање разлога на којима почива одлука; омогућавање заинтересованим лицима да оспоре одлуку улагањем правних лекова; омогућавање јавности да разуме на чему одлука почива чиме се јача „поверење у правосудне институције“; образложење треба да сведе на минимум доношење „погрешних или недовољно добрих одлука“; мотивише судије да квалитетном аргументацијом узрокују да инстанциони суд не укине дату одлуку; образлагање доприноси уједначавању судске праске (Dajović 2022, 241).

---

[126] Јакаб истиче да законодавац увек ствара право узимајући у обзир и будућу примену права. Вид. Jakab 2007, 276.

[127] Аргументација је средство којим се „рационално могу образложити и оправдати одлуке у практичком дискурсу“ – (Dajović 2023a, 22). Шауер истиче да правнике разликује од других људи владање вештинама аргументације и доношења одлука што се често назива правним расуђивањем, али не само то. О томе и дистинктивности правног расуђивања вид. Schauer 2009, 1–5. Оправдање (*justification*) је процес давања разлога с циљем да се подрже неке правне или моралне тврдње (Simon 1985, 609–610).

[128] Вид. о томе Wroblewski 1969, 7–8 и Gardner 2001, 215.

[129] Капелети каже да судија којег обавезују закони или преседани „мора у најмању руку да реферише своје аргументе на њих а не само да одлучи како је нпр. правично. Вид. Cappelletti 1981, 19.

С друге стране, субјект који политички расуђује може да се позива на било које разлоге односно аргументе: политичке, економске, моралне итд. Дајовић истиче да у образложењу треба да буду наведени правни аргументи, иако је могуће да се правном аргументацијом (образложењем) „прикрију стварни разлози и мотиви одлуке“ (Dajović 2023a, 40). Посебан значај имају образложења пресуда врховног суда која треба да делују на судије нижих судова не само због институционалног положаја врховног суда него и због квалитета изнесених аргумената. Уколико одређена одлука државног органа није поткрепљена одговарајућим правним разлозима који оправдавају оно што је наведено у диспозитиву тј. изреци одлуке, онда и не можемо да говоримо о правном расуђивању. То би био плод самовоље и кршења права, а нипошто правно расуђивање, па је *conditio sine qua non* правног расуђивања објашњење зашто је донесена одлука прихватљива, што се постиже аргументацијом.[130]

Расуђивање је правно, између осталог, и зато што је оно аргументовано и доносилац одлуке мора да понуди правно објашњење своје одлуке (Ellsworth 2005, 685) тј. у праву се аргументује на специфичан начин. А аргументована је она одлука на основу које може да се стекне уверење[131] у прихватљивост, правност и кохерентност изложених аргумената.[132] Перелман наводи да оправданост пресуде зависи од тога да ли из њеног образложења произлази да је она усаглашена с правом (Perelman 1983, 95). Доносилац одлуке мора да покаже да је значење које је правном тексту приписао правно утемељено и да објасни зашто је неке тврдње о чињеницама[133] прихватио, а друге није. Донесена одлука мора да (1) проистиче из доказа који су изнесени у одговарајућем поступку и (2) да буде у складу с правним актима (формално и садржински) који су основ за њено доношење. Посебно ће инстанциони судови и академски правници да анализирају пресуде с аспекта квалитета правне аргументације. Наравно, и заинтересоване странке у поступку разлог за побијање одлуке траже и у образложењу судских одлука јер је образложење судске одлуке место на којем се тражи одговор на питање: зашто?

У теорији се често говори о рационалности одлуке. Рационално је оно што је засновано на разуму, разборито, добро осмишљено (Клајн, Шипка 2006, 1033). Шауер истиче да је образложење одлуке нужан услов њене рационалности (Schauer 1995, 633–634) и да разлози који се наводе у образложењу у преводу значе „зато што…“, нпр. оптужени се ослобађа од оптужбе зато што… (Schauer 1995, 636). Вроблевски доводи у везу рационалност с оправдањем одлука, а оправдање има аргументативни карактер и треба да оправда значење које је тексту приписано (Wroblewski 1969, 20). За неку одлуку кажемо да је рационална јер је аргументована тј. рационалне одлуке се „заснивају на аргументацији“ (Dajović 2023a, 48). Правна одлука је рационална зато што она није резултат бацања коцке или погађања него је настала „промишљеним поступком извођења закључака“, почива на

---

[130] Кенеди под правним аргументом подразумева „аргумент у прилог или против одлуке о попуњавању правне празнине, сукоба правила или вишезначности у систему правних правила“. Вид. Kennedy 1994, 325.

[131] Уверавање и убеђивање нису синоними. Вид. о томе Висковић 2004, 28.

[132] О томе зашто расуђивање не гарантује исправност закључака, изворима погрешних закључака и о солуцијама, вид. Dajović 2023a, 49–50.

[133] Пречесто се прави озбиљна грешка јер се говори о томе да се у поступку утврђује истинитост или неистинитост чињеница, тј. занемарује се да ако нешто није истинито, онда то и није чињеница, из чега произлази да нетачне могу да буду једино људске тврдње о чињеницама.

интерсубјективно проверљивим разлозима, конвенцијама аргументације и неформалног расуђивања које прихвата односни аудиторијум (Dajović 2023a, 49–50).

Ако бисмо рационално довели у везу с истинитим или општеприхваћеним, то не би био правилан приступ у односу на питање правног расуђивања. Судија мора да одабере једно од могућих, подједнако умних, тумачења правног текста, али се тај избор врши из других разлог а не због лажности или ирационалности других тумачења (Perelman 1983, 177).[134] Оно што је у праву рационално не мора да буде плод консензуса нпр. чланова судског већа. Штавише, често се у судској пракси у најтежим случајевима одлучује тесном већином (нпр. одлуке Врховног суда САД). Ако узмемо у обзир ту чињеницу, онда се не чини прихватљивим теза о нерационалности судија који су прегласани од већине других судија. У том смислу, ставови сваког од судија који су одлучивали могу да буду рационални иако су сукобљени и указују на различите правне последице. То је последица чињенице да се у праву рационалност поима као јачина аргументације, односно како Перелеман каже, право је специфична аргументативна пракса, односно интерпретативна пракса (Dajović 2023a, 38), а у сфери аргументације се не бавимо оним што је једнозначно или математички прецизно, него се оријентишемо на аргументе којима оправдавамо одлуку настојећи да је прикажемо као вероватну, плаузибилну и могућу а нипошто као једину исправну.[135]

У праву је, стога, рационалност питање аргументације, а не питање постојања једне јединствене одлуке о правним последицама. Аргументи које судија износи су правни аргументи и уколико су они уклопљени у низ ограничења која се постављају правом,[136] онда можемо да одлуку оценимо као рационалну. И сасвим је могуће, па и често, да више судија изведу различите правне закључке поводом истог или сличног чињеничног стања, а да се притом користе истим правним аргументима. Из тих разлога, не можемо да прихватимо теоријске ставове који полазе од тога да је тумачење права трагање за правим (дакле једним, већ постојећим) значењем правне норме јер је значење правног текста увек богатије од тог текста (Goldsworthy 2013, 1282).[137]

Јакаб сматра да добар правник не само да мора да наведе своје аргументе који говоре у прилог донесене одлуке, него он мора да „неутрализује све потенцијалне контрааргументе, чак и пре него што су изнесени“ (Jakab 2007, 281). Другим речима, он од доброг правника очекује да буде корак испред оног ко има супротно мишљење, а то чини

---

[134] Такође, значење које у једном случају однесе превагу у односу на остала могућа значења лако може да буде „побијено“ другим значењем у другом случају. Рационалност сваког од тих значења ће да се цени квалитетом понуђених *правних* аргумената. Закључци до којих се долази правним расуђивањем нису ирационални кад могу да се оправдају на уман начин услед убедљиве аргументације (Perelman 1983, 173). О рационалности правног расуђивања вид. и Bickenbach 1990, 24.

[135] Правно расуђивање је илустративан пример оне форме убеђивања која је рационална иако није, у логичком смислу, конклузивна. Вид. Hart 2013b, 665. Судије морају подробно да правно образложе своју одлуку у духу правног афоризма из судске пресуде с почетка прошлог века – не само да правда мора да буде задовољена него мора да се *види* да је правда задовољена (*Not only must Justice be done; it must also be seen to be done*). Вид. пресуду *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* из 1924. године, доступна на *https://www.iclr.co.uk/wp-content/uploads/media/vote/1915-1945/McCarthy_kb1924-1-256.pdf*, последњи приступ 21. новембра 2022.

[136] Шауер упоређује тумачење текста с оквиром без слике или празним платном, казујући да је лако утврдити шта не може да стане у оквир/платно, али не постоје ни смернице о томе шта да се стави у оквир или на платно (Schauer 1982, 828). Дакле, не постоје методи којима ће унапред да се одреди исход одлучивања, али „постоје критеријуми који служе као граница и водич за то“ (Atienza 2007, 219).

[137] О разлици између норме и одредбе вид. Spigno 2018, 463.

тако што аргументацијом доказује да је *само* његово тумачење прихватљиво. Тачно је да добар правник треба да буде убедљив у својој аргументацији, али тешко да је прихватљив став да он треба да покаже да је *једино* његово тумачење прихватљиво.

Добар правник треба да докаже да је *и* тумачење које он даје прихватљиво. У том смислу, не морамо нужно да окарактеришемо издвојено мишљење неког судије као ирационално јер се не слаже с мишљењем осталих. И већинско и мањинско мишљење може да посматрамо с аспекта јачине понуђених правних аргумената и да разна мишљења оцењујемо као мање или више прихватљива али не и као једина могућа. Зато је погрешно поимати правно расуђивање као аналитичку интелектуалну активност и говорити о тумачењу права као трагању за правим значењем правне норме. У духу Монтескјеове тврдње да су судије само уста која изговарају речи закона,[138] заговорници учења о правом значења правне норме полазе од тога да оно постоји и пре тумачења и независно од конкретног случаја а да је задатак судије или другог примењивача права да пронађе то значење, користећи се одговарајућим методима тумачења.

Стога, Монтескјеово учење не одговара оном што судови чине будући да пред судијом неће увек да се нађе случај који не изазива било какве недоумице. Правно расуђивање је дистинктивно и они није идентично научном расуђивању а ни свакодневном доношењу одлука и не постоји могућност да се одлука судије емпиријски тестира (Ellsworth 2005, 685, 696). Мекормиковим речима, решавање проблема неодређености подразумева да се бира између конкурентских значења истог правила. Кад се одабере једно од тих значења и припише правном тексту, онда је посао дедукције чињеница под утврђено значење лаган. Али зашто је баш то значење приписано правном тексту (а не неко друго), то мора да буде образложено односно оправдано (MacCormick 1978, 67–68).[139]

Прецизније речено, значења која судија разматра да припише правном тексту су само хипотезе о могућем значењу односно алтернативе којима се може објаснити шта правни текст значи (Walton, Macagno, Sartor 2021, 260). Кад судија међу тим алтернативним значењима одабере једно од њих које сматра највероватнијим у поређењу с другим алтернативним значењима, онда је он донео одлуку о значењу правног текста. Да би доказао да је одабрано значење највероватније, судија мора да наведе одређене аргументе који говоре у прилог његове одлуке: језички аргумент, системски аргумент, циљни аргумент итд. Будући да је значење правних текстова, који представљају премису у правном закључивању, само вероватно а не једино могуће (когнитивисти би рекли право) значење, онда је и закључак (правна одлука, нпр. пресуда) само могућ.

2.4. Место уставних судова и природа уставносудског расуђивања

2.4.1. Идеја о контроли уставности и контролори уставности

У сваком правом поретку један од циљева којем се тежи је стабилност. Да би правни поредак био стабилан, потребно је да међу бројним правним актима постоји акт који ће да

---

[138] Мелерс проблематизује улогу судова у Монтескјеовом учењу о подели власти, полазећи од тога да је Монтескјеов узор за формулисање тог учења била Енглеска а у овој држави судови имају и те тако значајну улогу. Вид. Möllers 2013, 18.

[139] Разлози које судија наводи у прилог своје одлуке су аргументи који „нису обавезни… али имају променљиву снагу убедљивости“ (Perelman 1983, 103).

колико-толико омогући стабилност. Како смо и раније наводили, решење је пронађено у уставу, иако је чињеница да је устав помало парадоксалан – он треба да конзервира стање али истовремено и да буде дуговечан акт који се прилагођава измењеној друштвеној стварности. Како би се та два противречна захтева измирили, уставима се предвиђају само основе односно принципи организације државе, а законодавцу се препушта да, на основу устава и у границама које устав поставља, детаљније уређује поједине области друштвеног живота. Пошто је законодавни поступак једноставнији од уставотворног поступка, законодавац може да у складу с новим друштвеним околностима новелира постојеће или доноси нове законе и тако иде у корак с новонасталим околностима.

Али шта ако се јави сумња у усаглашеност закона или поједине његове одредба с уставом? Да ли у том случају треба да пођемо од непогрешивости законодавца или да неком државном органу поверимо надлежност да (пре)испита усаглашеност закона с уставом? Управо на могућности да се законодавац „огреши“ о устав је настала идеја о контроли уставности. Она би подразумевала да се чува супрематија устава јер он није у рангу закона него је основни закон, тј. закон над законима. И пошто му припада такво место, потребно је да се оно и очува[140] и контролом уставности се потврђује да „устави нису мртво слово на папиру него ефективна правила“ (Dyevre, Jakab 2013, 1003). На основу тога, контрола уставности би могла да се окарактерише као логична нормативна последица супрематије устава.[141] То је прво уочио амерички Врховни суд у пресуди с почетка 19. века, решавајући предмет *Marbury v. Madison* из 1803. године,[142] мада поједини аутори истичу да то није био први случај у којем је амерички Врховни суд контролисао уставност закона (Ducat 2009, 4). Од тог часа је потврђено мишљење о супериорности устава, али се до данашњих дана поставља питање – ко треба да контролише уставност закона?[143] Упоредноправно посматрано, могућа су различита решења.[144]

Прво решење би подразумевало да уставност закона контролише сам парламент или специфичан орган који међу надлежностима има и контролу уставности (ноторан пример је Уставни савет Француске), а то се у теорији означава термином „политичка контрола уставности“. Оправдање за *парламентарну контролу уставности* се настоји пронаћи у две идеје: учењу о народној суверености и учењу о подели власти. У Уједињеном Краљевству, примера ради, дуго је владала догма о непогрешивости парламента која подразумева да се парламент поима као врховна власт зато што је представништво суверене воље грађана. Пошто је парламент израз народне суверености, једино он може да усваја и укида законе.

---

[140] Контрола уставности је „механизам заштите нормативне супрематије устава“. Вид. Stone Sweet 2002,79. Поједини аутори су противници контроле уставности. Вид. Waldron 2007.

[141] Грим истиче да је важан разлог експанзије контроле уставности тоталитарно искуство из Другог светског рата. Вид. Grimm 2019, 55. О разликама између политичког и правног гледања на контролу уставности вид. Whittington 2019, 17.

[142] О замецима контроле уставности вид. Ginsburg 2008, 82–83. Дакет истиче да је доктрина контроле уставности енглеског порекла (случај *Dr. Boham* из 1610. године) иако у енглеском систему никад није заживела због доктрине о суверености парламента. Вид. Ducat 2009, 3.

[143] Интересантно је да се у неким државама уставом изричито забрањује судска контрола уставности закона (чл. 120 Устава Низоземске). У другим државама, попут Уједињеног Краљевства, развијена је догма о суверености парламента, па се о контроли уставности и не говори. Ако у уставу пише да судови суде на основу закона а не на основу устава и закона, тад немају право да контролишу уставност (Марковић 2016, 549).

[144] О разлозима који говоре у прилог судске контроле уставности у односу на друга решења вид. Marmor 2005, 151.

Задирање другог органа у законодавну сферу не долази у обзир јер су закони израз воље народног представништва, па они који нису народни представници и не могу да врше такве послове.[145] Други разлог којим се оправдава парламентарна контрола уставности се огледа у доследном спровођењу идеје поделе власти која се тумачи тако да законодавац нема конкурента у вршењу законодавне надлежности.

Идеја самоконтроле, која је суштина парламентарне контроле уставности, носи са собом бојазан од политичког расуђивања законодавца чак и при оцени уставности закона јер постоји могућност да се усвоје закони за које парламент сматра да су неуставни кад то „политички разлози налажу" (Марковић 2021, 454).[146] Сем тога, уколико узмемо у обзир раније изнесене идеје о ограничењу државне власти као суштини уставне демократије, онда је тешко да се пронађе оправдање за парламентарну контролу уставности. Келзен истиче да је само наизглед тако природно да се поништавање неуставног акта препусти органу који га је донео, иако је у ствари то потпуно неприкладно и политички наивно (Kelsen 2015, 44–45). Данас преовлађујуће начело поделе власти почива на систему кочница и равнотеже, а кочничар одлучивања једног органа не може да буде сам тај орган него би неко други требало да га заузда у неуставном одлучивању, при чему и концепт контроле тражи другог субјекта (Марковић 2016, 544).[147] Тачно је да законодавну функцију треба да врши само парламент[148] али уколико би други државни орган констатовао да је донесен неуставан акт, онда то не би било нужно задирање у законодавчеву функцију у позитивном смислу (тј. исправљање законодавца) него чување неприкосновеног положаја устава.

Кад је реч о ванпарламентарној политичкој контроли уставности, обично се разматра француско решење. *Уставни савет Француске* је прешао пут од „трећег дома" у законодавном поступку (услед превентивне тј. претходне контроле уставности)[149] до „уставног суда у правом смислу речи који контролише суштинску усклађеност закона с уставом након њиховог усвајања (Palazzo 2020a, 409). Овај орган није имао надлежности „чувара устава", па нпр. питања тумачења устава нису била у његовој надлежности (Ponthoreau, Hourquebie 2008, 275). Међутим, како Стоун Свит истиче, Уставни савет је временом стасао у прави уставни суд који штити права и слободе грађана (Stone Sweet 2002, 85).[150] Уставни савет често даје смернице парламенту тако што указује на мањкавости које парламент треба да отклони да би закон био уставан.[151] Кад утврди неуставност одређене

[145] Марковић истиче да се практичан разлог за прихватање оваквог модела контроле уставности поткрепљује и тиме да је парламент тај који најбоље разуме сврху и садржину закона, па је оправдано и да даје тумачење о усклађености закона с уставом (2021, 453).

[146] Ратко Марковић истиче да се судска контрола уставности врши у интересу грађана док се политичка врши претежно у интересу јавних власти (2016, 543).

[147] Мањкавост овог система се огледа у томе што је нереално очекивати „самоконтролу парламента, пошто се он, приликом доношења закона, руководи политичким разлозима". Вид. Марковић 2021, 454.

[148] Одступања постоје, разуме се, у ванредним околностима кад законодавну функцију у материјалном смислу врши други орган (државни поглавар или влада) доносећи уредбе са законском снагом.

[149] О историјату француског Уставног савета оличеном у трагању за одговором на питање „како је политички орган постао суд?", вид. Jouanjan 2020, 151, 235–237. Уставни савет не чине само правници, и зато, речју Ратка Марковића, њега не карактерише пожељна независност, па су његове одлуке плод политичких мотива, а не „строге бриге за поштовање права" (2016, 544).

[150] Низом својих одлука почев од седамдесетих година прошлог века, Уставни савет Француске је признао уставни карактер бројним правима. Вид. о томе Ponthoreau, Hourquebie 2008, 282.

[151] Неки аутори говоре да Уставни савет у том смислу „држи перо парламента" (Mouchette 2020, 13).

одредбе, то каткад има утицај и на уставност целог закона или других одредаба оспореног закона, а понекад Уставни савет исправља и „формалне грешке“ попут назива закона, упућивања на погрешан члан другог закона, зарез замењује везником „и“ и слично (Mouchette 2020, 15–17). Коначно, Уставни савет утиче на законодавца и оглашавајући нека значења оспорене одредбе неуставним, даје директиве законодавцу или другом органу у погледу правилне примене права, а некад и допуњује закон тј. „под велом тумачења, додаје тексту оно што му недостаје, како би био у складу с уставом“ (Mouchette 2020, 18–19).

Насупрот политичке се налази *судска контрола уставности* коју врше било редовни било уставни судови. Ма која врста судова је вршила, судска контрола уставности се често поима као претња демократији и њен легитимитет се доводи у питање. Бикел сматра да је судска контрола уставности притисак на представничку демократију тј. она је недемократска и зато је сковао израз *counter-majoritarian*.[152] По Бикеловом мишљењу, неумитна је реалност да контрола уставности представља контролу већине од стране мањине чиме омета вољу представника грађана, што на концу води Бикела ка ставу да контрола уставности побуђује сумњу да је недемократска установа (Bickel 1986, 16–17).[153] Мармор наводи да је пожељност контроле уставности питање институционалног избора, али да ту установу „није лако измирити с општим принципима демократије“ (Marmor 2005, 149).

Неки аутори сматрају да је контрола уставности омогућила судовима да се консолидују у уставним демократијама као „важни чувари личних и мањинских права наспрам доминантних политичких већина у законодавном процесу“ (Banks, O’Brien 2021, 35).[154] Александру истиче да иако контрола уставности није демократска установа ипак може да се оправда на демократским основама (Alexandru 2021, 19),[155] док Гварнијери истиче да је судска контрола уставности „централни механизам за спровођење уставних ограничења политичке власти (Guarnieri 2013, 352). Карл Шмит је такође био противник судске контроле уставности истичући да она може само да штети угледу судова. Иако би она *prima facie* била идеал ипак би довела до политизације пресуђивања, а не до јудикализације политике (Schmitt 1931, 22).[156] Шмит није против постојања органа који ће

[152] Judicialization may pose such a threat to democracy's inherently popularist values when it involves the judiciary overstepping the positive and perhaps even necessary, popularist delimitation in order to assert its inherently “counter-majoritarian“ power where the majority should prevail (Miller 2006, 596). Шауер разматра да ли је судска контрола уставности пожељна због непожељности већинског одлучивања о питањима која су невећинског карактера (*undesirability of majoritarian decision-making about issues that are at their core anti-majoritarian*). Вид. Schauer 2003, 224–225. Неки аутори сматрају да *counter-majoritarian* теза почива на забринутости за остваривање става да судска контрола уставности може допринети бољим исходима. Вид. Ghosh 2010, 353.

[153] Келзен пак истиче да је одлучивање о уставности (*constitutional adjudication*) „судска гаранција устава“ која је у ствари гаранција усаглашености с уставом оних аката који су испод њега, а пре свих закона (Kelsen 2015, 22, 25).

[154] О томе да ли је контрола уставности вредност или проблем вид. Whittington 2019, 7. Мармор истиче да се у вези с контролом уставности постављају два питања: морална легитимност ове установе и начин на који треба да се упражњава. Вид. Marmor 2005, 141.

[155] Палацо истиче да уставносудски активизам представља задирање у демократски процес (Palazzo 2020a, 405).

[156] Шмит је сматрао да је председник државе чувар устава јер има непосредан демократски легитимитет. Винкс истиче да је Шмитово „дубоко непријатељство према судској контроли уставности“ кључна одлика његовог уставног теоретисања. Вид. Vinx 2013, 95.

да чува устав и политички идентитет државе, али недостатак народног легитимитета у односу на судове *ео ипсо* искључује могућност судске контроле уставности (Bassok 2020, 132).[157] Међутим, данас је управо судска контрола уставности преовлађујуће решење. Већ је напоменуто да је нормативни ембрион идеје о судској контроли уставности одлука Врховног суда Сједињених Држава.

Неку аутори истичу да уставно решење према којем се функција контроле уставности поверава редовним судовима настоји да „маскира политичку природу ове установе" (Марковић 2016, 543).[158] Иако су политичке примесе присутне у поступку контроле уставности, пре него што се упустимо у то питање, осврнућемо се још неке особине *судске контроле уставности коју врше редовни судови*. Од државе до државе, могуће је да функција контроле уставности буде поверена свим редовним судовима, а могуће је да то овлашћење припада само врховном суду. Често се у првом случају говори о децентрализованој контроли уставности, с обзиром на плурализам судова који у једној држави могу да огласе неуставним неки закон. Овај вид контроле уставности је много чешћи него решење по којем контролу уставности обавља једино врховни суд. У прилог другом решењу ипак говоре (1) важност одлуке која се доноси, не само због правних него и политичких последица, (2) претпоставка да судије врховног суда имају најбоље правничко знање и да неће олако да посежу за испитивањем уставности неког закона, али и (3) опасност од различитости у оцени уставности бројних судова. Иако ће у поступку по правним лековима можда да буде оспорен и став првостепеног суда о уставности закона, што ће евентуално да доведе до коначне одлуке врховног суда о његовој уставности, тиме се јавља период правне неизвесности због пролонгирања питања (не)уставности закона.

Без обзира на то колико судова врши контролу уставности, заједничко за системе који усвајају контролу уставности од стране редовних судова је да разматрање уставности закона увек представља питање акцесорног карактера тј. у служби је решавања главног спора. Она се води јер се, нпр. током вођења кривичног поступку због убиства, као једно од спорних питања јавило питање неуставности законске одредбе која се односи на испитивање оптуженог. У таквом случају ће судски контролор уставности да прелиминарно оцени уставност законске одредбе а тек онда да се упусти у одлучивање о главној ствари. Ако оцени да је закон неуставан, он ће да буде изузет из примене (ексцепција) тј. суд не може да га укине/поништи. Пошто се спор о уставности јавио поводом конкретног спора јасно је да и одлука о уставности не може да делује ван тог спора, тј. она производи дејство само између странака које се споре.[159]

Коначно, могуће је и упоредноправно решење по којем се функција контроле уставности додељује посебном органу чија је једина или барем примарна надлежност да чува примат устава у односу на остале правне акте – најчешће је то *уставни суд*.[160] Из те

---

[157] Иако је Шмитов идејни конкурент Келзен, ипак се данас говори о шмителзијанском суду који је спој Шмитових и Клезенових идеја. Вид. о томе Bassok 2020, 132–162.

[158] Милер истиче да је судска контрола уставности, као облик јудикализације политике и антипод народном представништву „израз претераног или опортунистичког неповерења у законодавца и политику". Вид. Miller 2004, 652.

[159] То индицира да у истом дану, два суда, решавајући два спора, могу да оцене различито уставност истог закона.

[160] Контрола уставности се у енглеском језичку означава синонимним изразима „*judicial review*" и „*constitutional review*" али Комерс и Милер истичу да то нису синоними јер први израз обухвата и контролу

особености би произлазиле и још неке специфичности тзв. централизоване контроле уставности. Првенствено, спор о уставности закона је једини предмет поступка који се води пред уставним судом. Друго, уколико се утврди да је оспорени закон уистину неуставан, онда се према таквом акту односно неуставној одредби примењује санкција која се огледа у укидању/поништавању. На тај начин се из правног поретка уклања неуставан акт и једновремено се чува неприкосновен положај устава. Треће, одлука о неуставности закона делује *erga omnes*, дакле она суштински делује као закон. Наравно, одлуком о укидању/поништавању неуставног закона се тај закон не реформише (тј. не би требало да се реформише) у погледу политичких избора тако што се уместо једног предвиђа друго решење, него је поступак окончан ауторитативним указивањем на то шта је уставно неприхватљиво и правним санкционисањем такве одредбе.[161] Одлука уставног суда је коначна и обавезујућа, па се с обзиром на то не јављају евентуално дуги моменти правне неизвесности у којима више органа различито пресуђује о неуставности акта стварајући правну неизвесност.

Стоун Свит истиче четири обележја централизоване контроле уставности: монопол уставног суда на контролу уставности; ограниченост на испитивање усаглашености закона с уставом; уставни суд има сопствено поље одлучивања које није ни чисто судско ни чисто законодавно; могућност априорне контроле уставности (Stone Sweet 2002, 79–80). Грим сматра да су уставни судови нужна допуна конституционализма, а суштина уставног судовања је примена устава и према државној власти (Grimm 2019, 57–58). Мек истиче да су благодети контроле уставности јачање демократије, развијање дијалога носилаца јавне власти и развијање додатне кочнице (*additional check*) у вршењу власти која је посебно важна за заштиту људских права и слобода (Mak 2015, 203).

Нормативни ембрион идеје о уставносудској контроли уставности је аустријски устав из 1920. а *spiritus movens* тог устава и доктринарни утемељитељ ове идеје је Ханс Келзен.[162] Постојање органа који чува уставну неприкосновеност је последица Келзеновог учења о ступњевитости правног поретка у којем централно место има основна норма (*grundnorm*). Основ важења сваког правног акта је његова заснованост на вишем правног акту све док се не дође до највишег акта чије је важење постулирано (претпостављено) и то је устав. Колики значај Келзен придаје уставном суду као чувару устава види се и по његовој тврдњи да држава у којој нису обезбеђене уставне гаранције и нема устав који у потпуности

усаглашености закона с уставом, док се другим изразом означава само надлежност за решавање сукоба надлежности између органа и различитих нивоа власти, што има карактер политичких питања. Вид. Kommers, Miller 2008, 196. Келзен истиче да се контрола уставности мора поверити органу који је „различит од законодавца и независан од њега и од било које друге јавне власти“ и сматра уставни суд подесним за тај задатак (Kelsen 2015, 45). О ставу да је уставни суд попут „лисице која треба да чува кокошињац“ вид. Schmitt 2015, 91–92.

[161] Уставносудска пракса у неким државама разуверава, што ће да буде предмет анализе у друго делу који је посвећен судском активизму и његовим појавним облицима. Примера ради, Уставни суд Италије проглашава неуставним распон затворске казне за кривично дело и утврђује нови законски минимум и максимум за дато кривично дело. Та и сличне одлуке ће да буду детаљније анализиране на поменутом месту.

[162] Ипак, неки аутори истичу да је централизована контрола уставности идеја која има латиноамеричко порекло будући да су Колумбија и Венецуела тај модел усвојиле шездесетих година 19. века. Вид. о томе Brewer-Carias 2011, 8–9.

обавезује.[163] Он је позиционирао уставни суд у организацију државне власти доделивши му задатак укидања неуставног закона, што је означио синтагмом „негативни законодавац“, али уставни суд данас није само то. А да бисмо могли да уочимо еволуцију, осврнућемо се кратко на надлежности уставних судова.

2.4.2. Надлежности уставних судова

Основни задатак који треба да остварују уставни судови огледа се у испитивању усаглашености закона (и других општих аката) с уставом. То се у доктрини зове *нормативна контрола уставности* и представља прву и (у часу настанка уставних судова) најважнију надлежност овог контролора уставности. Правило је да се оспорава уставност закона, и то закона који је ступио на снагу. Међутим, понекад уставни суд испитује уставност закона који није ступио на снагу, и то је тзв. претходна контрола уставности.[164] Она се спроводи након што је акт усвојен, али пре него што је ступио на снагу. У том смислу, уставни суд испитује да ли је текст усвојеног акта у складу с уставом и уколико нађе да постоји неуставност, такав акт не може да ступи на снагу због својеврсног вета уставног суда. У појединим државама, осим контроле уставности, уставном суду се поверава и *контрола законитости подзаконских аката*.

Даље, уставни судови контролишу *уставност међународних уговора*, уз претпоставку да се њима признаје подуставна снага. Следећа надлежност уставних судова се односи на *решавање сукоба надлежности* а то може да буде сукоб надлежности између централних државних органа или између централних и нецентралних органа (нпр. спор између народне скупштине и јединице локалне самоуправе поводом права на наплату комуналних услуга). Посебно су значајни сукоби надлежности који се јављају поводом поделе надлежности у федералним државама између федералних органа и органа федералних јединица. Ови конфликти надлежности се често посебно издвајају као надлежност уставног суда за *решавање федералних спорова*.[165] Уставни суд, решавајући федерални спор, може да се упусти у политичко расуђивање врло лако и допринесе јачању федералне државе[166] али може да поступи и у корист федералних јединица и сачува достигнути степен самосталности делова савезне државе (Марковић 2021, 473). Одлучивање о надлежности је од прворазредног значаја јер „надлежност значи моћ“ и „тумачење расподеле власти може лако да доведе у питање легитимност судова“ (Gonzalez Pascual 2013, 1504).

Све досад наведене компетенције уставних судова могу да нађу *raison d'etre* због којег су дате у надлежност овог органу, али постоје и неке надлежности које су с временом добијали уставни судови, а које представљају клизав терен у уставносудском одлучивању и

---

[163] Грим истиче да је Келзен можда претерао тврдећи да је контрола уставности логична последица конституционализма, будући да велики број традиционално демократских држава нису имале контролу уставности, али су имале развијену политичку и правну културу што је умањивало потребу за институционализованом контролом уставности. Ипак, Грим признаје да у уставним демократијама новијег датума „устав не би био у свакодневној политици превише значајан да нема заштиту од специјалног агента (уставног суда) који осигурава примену правних ограничења којима се зауздава политика“. Вид. Grimm 2016, 201–202, 218.

[164] Вид. о томе: Марковић 2021, 458.

[165] Уставни суд има кључну улогу у „расподели власти када дела као арбитар који треба да реши сукоб надлежности“. Вид. Gonzalez Pascual 2013, 1504.

[166] О уставним судовима као заштитницима федералне политике вид. Möllers 2013, 131–134.

потенцијално ширење утицаја контролора уставности на друге органе.[167] Као да еволуција надлежности уставних судова[168] указује на намере уставотвораца широм света да под уставносудски кишобран ставе све већи број спорних друштвених питања с којим други државни органи не могу да се изборе.

Уставним судовима се тако додељује надлежност да *одлучују о повреди устава од стране највиших државних функционера*. Ова надлежност не даје увек уставним судовима могућност да донесу одлуку о разрешењу. Али уколико уставни суд има још и могућност да санкционише политичке органе на тај начин, онда то политичко арбитрирање представља знатно удаљавање од његових основних задатака. Нити је санкција која се изриче у ствари санкција према акту, нити је правна, тако да одлука нужно има политичку обојеност. Сличну политичку тежину има и надлежност уставног суда која се тиче *забране рада политичких партија*.[169] У овом случају се ради о политичким партијама које својим деловањем подривају уставно уређење државе, имају циљеве противне демократском поретку и слично. Она изазива расправе с обзиром на то да утиче на друге слободе које се уставом гарантују – нпр. слободу удруживања, политичког организовања и мишљења. Јасно је да у овим случајевима уставни суд не може да се решава независно од политичких критеријума. Његово поље дискреционог одлучивања је толико широко у датом случају да је одлука практично плод ставова уставних судија да је постојање такве партије лоше, а не да је противправно.[170]

Вероватно најважнији преокрет у вези с улогом уставног суда представља његово укључивање у поступке који су вођени пред редовним судовима а поводом којих се јавља сумња у доследно поштовањем уставном гарантованих права и слобода. Устави после Другог светског рата садрже каталог људских права и слобода којима настоји да се успостави брана самовољном одлучивању државних органа и штетном деловању других субјеката уопште. У том смислу се с временом дошло до идеје да уставом гарантована права и слободе треба и да заштити уставни суд у ситуацији кад се јави сумња да су она угрожена.[171] Дакле, уставни судови имају право да одлучују у споровима у којима је спорна *повреда уставном гарантованих права и слобода*. У таквим споровима, није задатак уставног суда да испитује остале мериторне појединости поступка који је вођен (износ казне, врсту санкције која је изречена итд.) него је његов задатак само да констатује да повреда права и слобода постоји и да је одлука у том делу неуставна. Тешкоће с аспекта

---

[167] О условима за легитимност уставносудског одлучивања вид. Lachmayer 2013, 1490–1491. Има и аутора који истичу да питање легитимности уставносудског одлучивања није кључно, него је од прворазредног значаја питање интерпретативне методологије односно утврђивање да ли је устав статичког или еволутивног карактера. Вид. Arshakyan 2013, 1315.

[168] О еволуцији у уставносудском одлучивању европских уставних судова вид. Florczak-Wątor 2020a, 245–248.

[169] Примера ради, вид. одлуку Савезног уставног суда Немачке BVerfGE 2, 1 којом је забрањена Социјалистичка партија Рајха, доступна на *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv002001*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[170] Илустративан пример представља уставносудско расуђивање Савезног уставног суда Немачке у случају забране рада комунистичке партије, а критичку анализу те одлуке даје Марковић (2021, 478–479).

[171] Савремени уставни судови се не уклапају у целости у институционални аранжман који је осмислио Келзен. Вид. о томе Castillo-Ortiz 2020, 633.

правне прихватљивости настају онда кад, тумачећи устав, уставни суд развија постојећа права и слободе и надограђује их или на основу њих прокламује нова права и слободе.[172]

Уставни судови имају и надлежност да одлучују о *изборним споровима*[173] који се тичу парламентарних или председничких избора. Осим органа који су задужени за спровођење избора и редовних судова, неке државе предвиђају и улогу уставног суда као арбитра. Осим ових, уставни судови имају, упоредноправно посматрано, и друге надлежности: одлучују о одузимању уставом гарантованих права, дају саветодавно мишљење или претходно тумачење устава итд. Уколико бисмо направили ретроспективу надлежности уставних судова, уочљиво је да су деценије иза нас доказ јачања уставних судова – не само да су јачале надлежности овог органа него је и његова институционална улога ојачана услед његовог практичног поступања. То ће нарочито да буде уочљиво у делу који је посвећен уставносудском активизму. Данас се од уставних судова управо очекује да интервенишу у вези с неким друштвеним питањима, а нарочито да прошире корпус права и слобода, што они неретко и чине, па се неретко такво одлучивање означава кованицом уставносудски активизам. Све то нужно доводи у питање Келзенов став да је уставни суд само негативни законодавац.

2.4.3. Уставни суд (ни)је *само* негативан законодавац?

Жорж Ведел, некадашњи члан Уставног савета Француске, описао је одлучивање контролора уставности следећим речима: он има право да се користи гумицом, али нема право да се користи оловком.[174] Другим речима, уставни суд има право да каже „не“, али нема право да исправља законодавца тако што ће да усваја нова политичка решења уместо оних које је одабрао законодавац. Келзен истиче да суд који има надлежност да укине закон има у ствари надлежност да донесе општу норму, будући да и доношење и укидање закона имају општи карактер. Из тога произлази да је и укидање закона вршење законодавне функције, па је и суд који укида закон орган законодавне власти, али то почива на идеји дистрибуције власти између различитих органа с циљем међусобне контроле. Тиме се, сматра Келзен, уставно судовање не јавља кршење него као потврда идеје поделе власти (Kelsen 2015, 46–47).[175]

---

[172] Надлежност уставних судова у вези са субјективним правима и слободама означава „суштински уплитање у процес стварања права“. Вид. Stone Sweet 2002, 90. Посебно је у новије време у европским државама јак утицај одлука Европског суда за људска права чија тумачења бројни уставни судови узимају у обзир и примењују одлучујући у споровима о повреди уставних права и слобода. У другом делу рада се налази пододељак посвећен парадигмама судског активизма и једна од парадигми која ће да буде предмет анализе је и Европски суд за људска права.

[173] Примера ради, вид. одлуку Савезног уставног суда Немачке BVerfGE 16, 130 којом се одлучивало о уставности законске поделе изборних јединица, тзв. изборном инжењерингу, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv016130*, последњи приступ 28. новембра 2022.

[174] Наведено према: Florczak-Wątor 2020б, 9.

[175] Ипак, Келзен превиђа да се уставни суд не уклапа у систем међусобне контроле јер он контролише, али други имају (пре)мало средстава контроле према уставном суду, о чему ће да буде речи на крају првог дела рада.

Ханс Келзен је улогу уставног суда и осмислио тако да овај орган буде *само* кочничар неуставног одлучивања законодавца.[176] Док је парламент орган који каже шта јесте закон, дотле је задатак уставног суда да каже шта закон не може да буде због несагласности с уставом. По Келзеновом мишљењу, укидање неуставног закона је претежно акт примене будући да законодавац има знатну слободу (везан је само поступком доношења, општим принципима и смерницама које предвиђа устав). С друге стране, уставносудска функција је „суштински одређена уставом" и „личи на функцију судова", па је она примена права, дакле „право пресуђивање" (Kelsen 2015, 47). У том смислу, Келзен је говорио да је уставни суд негативни законодавац (док је парламент позитивни законодавац) јер укидањем неуставног закона уставни суд улаже вето[177] и директно задире у законодавни поступак (Stone Sweet 2002, 93). Грим истиче да уставни суд неминовно присваја део у поступку стварања закона (Grimm 2016, 224). Мелерс наводи да се, ако је уставни суд више од негативног законодавца, нужно се јавља питање да ли он, одлучујући тако, поступа као суд (Möllers 2013, 49). Институционална улога сваког, па и уставног, суда је да одлучује поводом спора на основу постојећих стандарда одлучивања. Оног часа кад уставни суд искорачи из поља негативног законодавства без постојања уставног основа за то, упитно је да ли поступа као суд, како Мелерс исправно примећује.

Упоредноправна анализа уставносудског расуђивања показује различите модалитета интервенција контролора уставности у поље позитивног законодавства чиме се отвара пут да се нека од најважнијих уставних начела, попут начела поделе власти, негирају, а самим тим се и устав претвара у инструмент у рукама уставног суда којим уставни суд престаје да буде заштитник а постаје господар устава. Витингтон, говорећи о америчком Врховном суду, што аналогно важи и за уставне судове, наводи да контролор уставности може да укидањем „позове" парламент да поново размотри и измени акт како би га ускладио с ауторитативним читањем устава „уместо да каже да је уставни циљ парламента забрањен" (Whittington 2019, 19).[178] Тачно је да уставни суд може да одлуком препусти законодавцу да усклади неуставан акт с уставносудским разумевањем устава, али не сме да се пренебрегне ни питање постојања основа за ту врсту одлуке. Ако је устав јасан да уставни суд укида неуставан закон, онда уставносудска одлука којом се пролонгира укидање неуставног закона није у складу с уставом. Ако пак такву врсту одлуке допушта устав, онда нам се чини да је прихватљив Винтингтонов став.

---

[176] Келзен истиче да је позитивни законодавац тј. парламент претежно везан поступком који одређује устав, а само изузетно и садржином, а та везаност се огледа у уставним принципима и директивама. С друге стране, уставни суд тј. негативни законодавац је орган чија се функција суштински одређује уставом и она подсећа на правосуђе јер је то претежно примена права, а самим тим и истинска надлежност (*echte Gerichtsbarkeit*) овог органа. Вид. Kelsen 1929, 56 и Kelsen 2015, 47. О томе зашто законодавну функцију не може да врши суд вид. Kelsen 2015, 43.

[177] Витингтон истиче да децентрализована контрола уставности у којој централно место има уставни суд више подсећа на вето америчког председника, него на амерички модел контроле уставности. Вид. Whittington 2019, 13. Гвастини наводи да уставни суд има „истинску законодавну моћ јер може да укине законе" и судијама уставног суда није забрањено да учествују у законодавству. Штавише, европски правни пореци су резултат парламентарног и уставносудског законодавства и уставносудско одлучивање замагљује разлику између стварања и примене права. Вид. Guastini 1996, 382 и 382 фн. 16.

[178] То чине, примера ради, немачки и италијански уставни судови. Одлуке које почивају на том моделу ће да буду предмет анализе у другом делу.

Неки аутори истичу да Келзен „релативизује разлику између стварања права од парламентараца и уставносудског пресуђивања, карактеришући улогу уставног суда као негативног законодавца (Dyevre, Jakab 2013, 992). Такав закључак не стоји уколико се узме у обзир Келзеново учење о ступњевитости правног система према којем је свака норма основ важења ниже норме, све док се не дође до тзв. пранорме чије се важење претпоставља. Ако се има на уму тај Келзенов методолошки приступ, онда је његово учење о негативном законодавцу само последица његовог доследног спровођења идеје да закон може да буде обавезујући тј. да важи само ако је у складу с уставом. А да ли је или није у складу с уставом, одлучује уставни суд и тиме он има улогу да очува хијерархијско устројство правног поретка. Келзеново учење, стога, не релативизује разлику у начину одлучивања законодавца и уставног суда јер је посао уставног суда да обезбеди примену устава и у законодавном одлучивању.

Кад Келзен говори о томе да је уставни суд негативни законодавац, не мисли се на то да овај орган ствара право, него он спречава законодавца да доноси неуставне законе. Негативно одлучује јер каже шта *не може* да буде право зато што није у складу с уставом. Ташнет пак истиче да је Келзен кроз идеју уставног судства ишао за тим да утелови алтернативни институционални модел у којем редовне судије, као „бирократски стручњаци“, неће имати кључно место, него ће уместо „правних стручњака“ да то буду посебне судије чија ће именовања да се спроводе „имајући на уму „политичку компоненту уставног права“ (Tushnet 2019, 1210).

Дакле, за Ташнета је политизација уставног судовања саставни део процеса одабира судија и он релативизује значај правничких критеријума у односу на уставне судије. Ташнет греши јер је сам Келзен апострофирао да у саставу уставних судова треба да буду правни стручњаци, чак је и предлагао да бар неке кандидате за судије предлажу правни факултети или да уставни суд сам попуњава упражњена судијска места (Kelsen 2015, 48). По страни остаје то како судије уставног суда уистину одлучују и како се уистину бирају, али судије уставног суда требало би да буду врхунски правни стручњаци, а нипошто чиновници бирани на основу политичких мерила,[179] мада политички моменти не могу у целости да се одстране из поступка избора уставних судија, што и Келзен признаје (Kelsen 2015, 48).

Али како Келзеново учење о уставном суду као негативном законодавцу изгледа ако је посматрамо с данашњег аспекта?[180] Оно је недовољно да објасни поступање уставних судова, иако ни данас не може да се одрекне тврдња да уставни суд (значајан) део свог одлучивања своди на поништавање/укидање неуставног закона или поједине одредбе закона. Данас се сматра да је Келзеново учење застарело, што је само персонификација промењеног схватања улоге уставног суда у држави и шире посматрано, у друштву. Овај орган се данас и не схвата примарно као кочничар неуставних одлука законодавца, односно његов примарни задатак, оличен у контроли уставности закона је у неку руку постао

[179] Папајанис дели то мишљење истичући да би једини критеријум за избор судија требало да буде њихово правничко знање али признаје да је врло често то „мање релевантно од политичко-филозофског става који он заступа“. Вид. Papayannis 2016, 45.

[180] Гвастини наводи да већина европских уставних судова доприноси законодавству на позитиван начин. Вид. Guastini 1996, 383.

другоразредни, а уставни је суд постао примарно заштитник уставом гарантованих права[181] као кључни друштвени и државни фактор (Ginsburg 2008, 85).

У околностима кад се суштинске вредности угрожавају, већинско начело, сматрају неки аутори, не може да има примат и контролор уставности треба да заштити људска права и слободе (Whittington 2008, 287) јер писани устав јесте нужан, али не и довољан услов за заштиту права и слобода (Hirschl 2006, 725). Она су записана у уставе после Другог светског рата, а уставни суд има „моћ да их обезбеди" (Garlicki 2007, 47).[182] А Келзен (Kelsen 1974, 502) је био оштри противник уставносудске заштите људских права и слобода као „суперпозитивних" (*las normas „superpositivas"*). Веровао је да се на тај начин уводи природно право у одлучивање уставног суда а тиме би дошло до нестанка разлике између позитивног и негативног законодавства, а уставни суд би постао суперлегислатива (Stone Sweet 2002, 81–82). Сем тога, то би нарушило његово „чишћење" права од свега неправног.

Уколико су пак према уставном суду усмерена очекивања да он заштити уставна права и слободе, онда заштитник не може да буде само негативни законодавац. Далеко је активистички настројен уставни суд од Келзенових идеје, с тим да смо „дужни Келзену, али нисмо робови његових идеја", истичу подржаваоци активније улоге уставног суда.[183] Данас се и не поставља питање да ли људска права и слободе треба да буду записани у устав него је само питање *која* права и слободе треба да се запишу (Grimm 2016, 217). Неки аутори сматрају да контролор уставности ни у ком случају не сме да „пореди политику коју је одабрао законодавац с осталим политикама које је могао да изабере" зато што би се тим упустио о одлучивање о томе шта је најбоља политика, а то је надлежност изабраних представника народа. Евентуално упуштање у (пр)оцену законодавчеве политике издиже суд на ниво суперлегислативе (Ducat 2009, 82).

Ташнет истиче да је Келзенов став о уставном суду као негативном законодавцу могао да опстане у класичној либералној држави, док те компатибилности нема у односу на модерну државу социјалног благостања јер одлучивање уставног суда сведено на улогу негативног законодавца „не може да преживи развој" те државе, а слично важи и за омогућавање грађанима да се директно обрате уставном суду у случају повреде њихових права (Tushnet 2019, 1210–1211). У сваком случају, јасно је да уставни судови не ограничавају своје одлучивање на негативно законодавство тј. „њихов задатак није само да кажу да или не" (Guarnieri 2013, 349).

Промењена улога уставног суда и не изненађује уколико се има на уму да се овом органу поверава надлежност да одлучује о „питањима од кључне моралне и политичке важности, а на основу врло ограничених текстуалних смерница" а такве одлуке је „практично немогуће променити у уобичајеном демократском поступку" (Marmor 2005,

---

[181] У прилог томе говоре подаци из судске праксе Савезног уставног суда Немачке пред којим се од 1952. до краја 2008. године одлучивао о 175.880 случајева од чега су уставне жалбе поводом повреде људских права и слобода чиниле 169.592 случаја. Дакле, 96,42% случајева који се појаве пред Савезним уставним судом се односе на уставну жалбу о повређеним правима и слободама. Наведено према: Härtel 2011, 502. До 2017. године број уставних жалби које су поднесене немачком контролору уставности је порастао на 224.221 случај. Наведено према: Determann, Heintzen 2018-2019, 101. Иако се Савезни уставни суд Немачке у јавности перципира као „пријатељ обичног грађанина", тек око 2% уставних жалби буду усвојене. Вид. о томе. Hailbronner, Martini 2017, 364.

[182] Иако се данас постојање судске контроле уставности правда или потребом да се очува супрематија устава или потребом да се додатно заштите људска права и слободе, ниједан од ових разлога не би требало да се посматра изоловано од оног другог. Вид. Jovanović 2015, 65.

[183] Наведено према: Brewer-Carias 2011, 31 фн. 74.

141). Уколико сумирамо наведене ставове, закључујемо да уставни суд данас није само негативни законодавац.[184] Штавише, он је важан учесник у обликовању друштвеног живота и каткад исправља политичке грешке законодавца. Његова институционална улога се толико изменила у протеклим деценијама да овај орган понекад одлучује као да је суверен. Ипак, постоје и неки објективни разлози који су довели до тога да се уставни суд друкчије позиционира у систему државне власти, а о њима ће да буде речи у наставку.

2.4.4. О природи устава, уставним одредбама и тумачењу устава

О природи устава и уставних одредаба. На почетку рада смо писали о уставу као темељу уставне демократије и ограничењима која су за њу типична. Обично, устав се дефинише као правни акт, што је несумњиво тачно, али да ли је устав *само* правни акт? Јасно је да и површно читање уставних одредаба наводи на закључак да је он и политички акт, а можда и претежно политички акт. Циљ је устава, сматра Мелерс, да премости везу између права и политике тако да очува разлику између њих (Möllers 2013, 142).

У уставноправној доктрини се међу особинама устава наводи и то да је он идеолошко-политички и програмско декларативни акт (Марковић 2016, 48).[185] То се види већ у преамбули у којој се исказују идеолошко-историјско-политички моменти који су инспирација за доношење устава. Такође, понекад уставни судови доносе одлуке на основу преамбуле, што ће да буду показано у одлукама из уставносудске праксе (у трећем делу рада). Не занемарујући значај преамбуле, упитно је да ли је она подесна да буде основ за одлучивање. Сматрамо да преамбула може да послужи као помоћно средство тумачења, али она не може да буде основ за доношење уставносудске одлуке јер нема нормативни карактер. Чак и назив пре-амбула указује на то да она претходи нечему (у овом случају уставним одредбама), она има припремни, претходни односно прелиминарни карактер.

Нормативни део устава такође садржи материјализацију политичких очекивања. У првим одредбама устава често је садржана прокламација да је држава демократска и заснована на владавини права. Шта би било значење такве одредбе? Безобално поље могућих значења речи „демократија“ и „владавина права“ посебно долази до изражаја у часу уставносудског одлучивања и тиме је трасиран пут контролору уставности да у тако формулисану уставну одредбу заодене одлуку којом замењује политичку одлуку законодавца. Тада се политички избор законодавца оглашава неуставним и уместо њега прописује се решење које је у складу с уставносудским читањем устава. То није само потенцијални теоретски увид него је став утемељен на упоредној уставносудској пракси, што ће да буде показано у другом делу рада.

Такође, идеолошко-политички и програмско-декларативни карактер уставних одредаба произлази и из чињенице да устави садрже и каталог људских права и слобода. У том делу је устав материјализација политичке моралности и нужно се пред уставним судовима јављају уставни спорови који треба да се реше на основу одредаба морално-политичког порекла, штавише, доминантан део посла уставних судова отпада на решавање

---

[184] Уставни судови нису више ни негативни законодавци како је Келзен тврдио нити су судови најмање опасна грана власти, како је Бикел тврдио. Вид. Blanco de Morais 2020, 110.

[185] Шауер наводи да су уставне одредбе „пре један елоквентно написан манифест“ а тумачити их дословно било би „нереално и неконзистентно с његовим уставним циљевима“. Стога је устав „метафора“. Вид. Schauer 1982, 801.

спорова о повреди уставних права и слобода. Коначно, устав је (бар делом) израз политичких очекивања у будућности, имајући у виду да није у питању акт који се доноси да би кратко трајао и важио за генерацију доносилаца. У суштини устава је његова дуговечност,[186] па то узрокује да он одређује циљеве који тек треба да се остваре и он је услед тога и идеологија односно програм за будућности. Устав је оквир који ће да остане дуговечан и легат генерацијама само уколико буде у бројним питањима начелан, чиме долазимо до питања карактера уставних одредаба.

Великим делом уставне одредбе представљају принципе односно оптимизујуће команде (Alexy 2000, 294–295).[187] Гарлицки истиче да су уставне одредбе врло уопштене и вредносно оријентисане,[188] што посебно важи за одредбе о људским правима (Garlicki 2007, 47). Њихов циљ и није да нешто нареде или забране у конклузивном смислу него су пре усмерене на то да установе само оквир који ће да буде конкретизован или другим уставним одредбама или законима, односно оне немају „ако-онда" структуру јер одређују циљеве, а тумачу се препушта да те циљеве прецизније дефинише (Grimm 2016, 168).

У том смислу, уставотворац не може да размишља кратковидо, него мора да устав скроји тако да он може да преживи и новонастале околности.[189] Зато Марковић истиче да у устав треба да се уносе само начела, а не детаљи јер би се у супротном отежало мењање уставних решења која се покажу као лоша или неостварива (2016, 47). Устав је у ствари израз очекивања али не сме да постане бреме будућих генерација[190] јер оно што данас разумемо као прихватљив оквир за друштвени суживот, можда ће за неколико десетина година да постане неприхватљиво. Мармор управо међугенерацијско питање поставља у фокус разматрања легитимности устава јер се њим постављају значајна ограничења могућности промене у редовном демократском процесу (Marmor 2005, 145). А уколико се упустимо у пречесто мењање устава онда ни то није добро – темељи морају да буду

---

[186] Циљ писаног устава је да „институционализује власт на дуги рок". Вид. Altwegg-Boussac 2020, 94.

[187] Капелети наводи да се, за разлику од традиционалног законодавства, социјална права нормирају тако што се наводе циљеви и принципи, а судовима се оставља да те програмске одредбе конкретизују. То узрокује судски активизам, динамичко и креативно тумачење. Поготово тај начин нормирања важи за уставе. Вид. Cappelletti 1981, 26–27, 64. Шауер разматра питање да ли су општије норме самим тим неутралније и закључује да су супстантивни избори уграђени у сваки принцип и последично, нема неутралних принципа. Вид. Schauer 2003, 232–234. Којим вредностима доприносе правила а којим принципи, те каква је њихова веза с владавином права вид. Schauer 2009, 195–196.

[188] Вредности су хијерархијски организоване пожељене карактеристике које „због тако прописане пожељности усмеравају понашање" субјеката ка одређеним циљевима. Дефиницију и концептуалну анализу њених елемената вид. у Пантић, Павловић 2007, 48–54.

[189] Неки аутори истичу да би могло да буде легитимно приписивање правном тексту оног значења које више одговара новонасталим околностима у односу на конкурентска значења. Вид. Goldsworthy 2013, 1293. Шауер сматра да је тумачење легитимно само уколико се креће у границама које намеће језик. Вид. Schauer 1985, 431.

[190] Томас Џеферсон је истицао да је, по природном закону, једна генерација према другој независна. Наведено према: Samaha 2008, 10. Исти аутор то поткрепљује тврдећи да данашњи доносиоци одлука нису учествовали у успостављању постојећег аранжмана, или је постојећи аранжман мањкав с обзиром на данашње стање ствари, вредносни систем и слично. Вид. Samaha 2008, 14. О напетости између посвећености владавини права и демократији, проблему „мртве руке" (*dead hand problem*) који се тиче ауторитета старих уставних одредаба у погледу њихове обавезности према садашњим генерацијама, те о легитимности неизабраних судија да укидају акте представника већине (*counter-majoritarian difficulty*) вид. Bradley, Siegel 2015, 1217–1218, 1268. Такође вид. McConnell1997, 1130–1131.

стабилни у смислу трајања, али подесни да буду оквир за прилагођавање новонасталим друштвеним околностима које ће да нађу одраз у законима.

Из тога произлази да непрецизност уставних одредаба не представља хир, него нужност која је у службу трајања устава.[191] Будући да смо утврдили да је уставним демократијама иманентно то да теже ограничавању државне власти, ипак уставне одредбе о државној власти треба да буду устројене прецизно утолико да ефективно ограничавају носиоце власти, а одредбе о људским правима треба да буду што бројније. Наравно, не може уставотворац да људска права постулира на престо недодирљивости јер и субјективна права (а посебно права већине) наилазе на границу у субјективним правима других. Примера ради, слобода говора је и те како пожељна вредност, али није пожељна у мери у којој гази људско достојанство неког човека. Зато брана праву човека може да буде само право другог човека. Али границу неко мора да утврди и то је дато, између осталог, у надлежност уставним судовима.

О тумачењу устава. Вероватно је текст било ког устава најплоднije тло за различита па и супротстављена тумачења. То што је уставном одредбом прокламовано да је одређена држава демократска и заснована на владавини права звучи вредносно пријемчиво, али садржински је мањкаво. У ствари, ти уставни принципи су оличење политичке моралности која је добила правну форму записивањем у устав али постоји један орган који тако широке принципе може да конкретизује односно да их ауторитативно прецизира и да „стави месо на скелет устава“ (Schauer 1982, 802).[192] Наравно, у питању је уставни суд. Али неодређеност уставних одредаба може да буде изазов уставном суду да се упусти у испитивање оптималности постојећих закона и онда, позивањем на уставну одредбу о демократској држави, огласи неуставним одредбу закона која се судијама не свиђа.

Основни принципи, каквог су карактера бројне уставне одредбе, сматрају поједини аутори, представљају важну смерницу за судију, али су недовољни да одведу ка решењу (Dyevre, Jakab 2013, 993),[193] па би могло да се каже да судија пре ствара него што открива њихову садржину (Ellsworth 2005, 689). Несумњиво је да су тачни увиди о садржинској мањкавости као и тврдње о факторима од којих зависи тумачење устава. Ипак, постоји одређени арсенал ограничења у правном расуђивању и тумачењу, па је јасно да одлука која се доноси мора да се уклопи у тај оквир који ограничења постављају.

Мада је тачно да уставни текст често не може да одведе судију ка решењу, ипак какво-такво ограничење постоји. А судија мора да тексту припише значење које ће да аргументује. Што више правних аргумената може да наведе у прилог одабраном значењу, његова одлука је све више правно прихватљива. Дакле, док год судија остаје у оквиру ограничења која карактеришу правно расуђивање, његова одлука није плод самовољне креативности, него вештине аргументовања. А тај оквир каткад, бар на први поглед, није испоштован, па се

---

[191] Чемерински истиче да тумачење устава носи (и треба да носи) неодређеност односно не подразумева само један одговор на бројна уставна питања (Chemerinsky 1987, 75).

[192] Не треба да се занемари ни мишљење уставноправне доктрине. Она такође ауторитативно тумачи уставни текст, али ипак у односу на уставни суд њено тумачење није правно обавезујуће. Оно је само научни осврт на споран уставни текст, а евентуално снагом аргумената које пружи, доктрина претендује да убеди судије уставног суда у прихватљивост понуђеног тумачења. Вид. и Arshakyan 2013, 1329.

[193] Бота истиче да се правни материјали (*legal materials*) не примењују аутоматски, него њихово значење умногоме зависи од „интерпретативних навика и погледа тумача, али и самих материјала“ (Botha 2004, 251).

поставља питање како да се такво уставносудско расуђивање окарактерише. У овом раду се заступа став да је напуштање ограничења које правно расуђивање поставља у ствари упуштање у политичко расуђивање. Сем тога, често се у доктрини говори о креативном тумачењу и о конструкцији.

Неки аутори (Jakab 2013, 1225) истичу да уставне одредбе морају да се тумаче на креативан начин како би се прилагодиле новонасталим околностима, а креативно тумачење изједначавају са значењем које није дословно (*non-literal*),[194] док Вроблевски истиче да је најважнији контекстуални приступ у одређивању језичког значења одредбе (Wroblewski 1969, 9). Јакабов став, по нашем мишљењу, није тачан јер то што се тумач не држи дословног значења не значи да он креативно тумачи тј. иновира дату одредбу, будући да језички аргументи нису једини конвенционално прихваћени аргументи тј. методи тумачења. Слично сматрају и неки други аутори наводећи да јасноћа неког текста није синоним за значење које је садржано у речницима или језичким конвенцијама (језичко значење) него су и неки други фактори релевантни при одређивању нормативног значења (Bradley, Siegel, 1216–1217).[195]

Мармор сматра да је тумачење додавање иновативног елемента тексту јер се „даје нови увид или разумевање, нешто што није очигледно присутно" (Marmor 2005, 167). Овим се у ствари указује на чињеницу да тумачење долази до изражаја онда кад постоји неслагање око значења правне одредбе.[196] Јасно је да су уставне одредбе о организацији државних органа и поступку у којем се одлучује много прецизније у односу на одредбе о људским правима и принципе на којима се заснива уставно уређење неке државе. И управо те, широко формулисане,[197] уставне одредбе о принципима и људским правима и слободама изазивају проблеме у тумачењу и трасирају пут тзв. креативности односно политичком расуђивању уставног суда, односно оне су показатељ комплексности правног расуђивања и трасирају пут судској конструкцији, насупрот интерпретације, сматра Пинели (Pinelli 2013, 1180). Интерпретација је одређивање језичког значења текста, док је конструкција

[194] Капелети истиче да нема оштре разлике између тумачења и стварања права јер је судско тумачење неизбежно креативног карактера, чак и у случају „једноставног или директног језика којим је исказана намера законодавца". Реч је о разлици у степену креативности, моделу, ограничењима и прихватљивости судског стварања права (Cappelletti 1981, 16–17). Касније Капелети помиње „одређен степен креативности (или, што се своди на исто, елемент избора и дискреционог одлучивања…" (Cappelletti 1981, 18) што је спорно јер одлучивање није нужно и креативност. Ако се одлучује тако што се бира једно од могућих значење правног текста, то није самим тим креативност.

[195] Тумачење се јавља онда кад је нешто нејасно и треба да се разјасни, па оно мора да иде „даље од уобичајеног разумевања односног израза". Дакле, текст остаје исти али се мења разумевање тог текста. Вид. Marmor 2005, 164.

[196] Кан истиче да оно што се судијама чини као приницпијелно одлучивање може у (делу) јавности да оставља утисак „нелегитимне политичке интервенције" (Kahn 2020, 54). Папајанис отвара питање односа између неутралности судије (који нема евалуативан однос према важећем праву) и чињенице да постоје одредбе којима се исказују фундаментални принципи. Из тог произлази да судије које тумаче принципе уживају висок степен дискреционе оцене и зато је простор за неутралност прилично сужен. Судија нарочито није неутралан кад попуњава правну празнину, решава противречност или бира између више алтернатива. Вид. Papayannis 2016, 45–46.

[197] Устави садрже и широке принципе или стандарде чије семантичко значење не решава, јер то и не може, конкретне случајеве. Вид. Bradley, Siegel 2015, 1270. Шауер истиче да прецизан језички израз умањује могућност спора док непрецизан подстиче ту могућност, чак и поводом тривијалних питања. Вид. Schauer 1985, 404.

превођење језичког садржаја правног текста у правно правило (Dyevre, Jakab 2013, 991). О томе да уставносудско одлучивање има примењивачки, а не стваралачки карактер[198] говори назив одлука које Уставни суд Аустрије доноси – оне носе назив *Erkenntnis*, што значи „сазнавање“ или „разумевање“, што имплицира да је задатак уставног суда да сазна односно разуме шта то устав тражи, а не да створи нешто што није садржано у уставу.[199]

Ипак, они који праве разлику између интерпретације и конструкције се не би сложили с тим у целости. Тачније, они сматрају да правни текст осим експлицитних садржи и имплицитна значења (Spaić 2021, 48). Свеколико тумачење може да се подели на когнитивно и одлучујуће тумачење, зависно од тога да ли је оријентисано на утврђивање могућих значења правне одредбе (когнитивно тумачење) или је усмерено ка одабиру једног од тих значење из оквира до којег се дошло когнитивним тумачењем (одлучујуће тумачење). Ако се правној одредби припише оно значење које није утврђено у фази когнитивног тумачење, Гвастини истиче да је ту реч о креативном одлучујућем тумачењу односно о конструкцији. Она настаје као последица стварања нових неизражених норми и то на основу оних норми које су изражене и то је, рецимо, случај код попуњавања правних празнина, балансирања у тесту пропорционалности или прецизирања правних принципа (Guastini 2011, 32–33). Дакле, исход конструкције су нормативна значења правног текста која „когнитивним тумачењем није могуће плаузибилно навести“ као таква (Spaić 2021, 49). Без обзира на то да ли излажење из оквира правног расуђивања назовемо политичким расуђивањем, конструкцијом или креативним тумачењем (што је контрадикторан назив), јасно је да се правна ограничења пробијају, а сетимо се да уставна демократија почива управо на ограничењима.

Неки аутори сматрају да тумачењем устава, уставни суд решава уставни спор и новелира устав (Stone Sweet 2002, 93) тј. „свако тумачење устава мења његово значење и следствено мења сам устав“ (Marmor 2005, 165). Овакве тврдње се чине претераним јер указују на то да тумачење устава *нужно* значи и његово мењање, а то не мора увек да буде тачно. Неке уставне одредбе су јасне и не изазивају недоумице кад треба да утврдимо шта оне значе. Примера ради, ако се прописује да се органски закон усваја и мења двотрећинском већином од укупног броја чланова парламента, не постоји простор за стваралачку активност уставног суда.[200] Ипак, ако устав прописује само да се органски закон усваја двотрећинском већином, а притом не наводи да ли је реч о две трећине од броја присутних или укупног броја чланова парламента, таква одредба ствара простор за

[198] Барак о тумачењу устава истиче следеће. Сврха устава јесу циљеви, интереси, вредности, намере, политике и функције које су доносиоци устава настојали да остваре (субјективна сврха) односно које су иманентне демократији (објективна сврха). Она се открива у тексту јер ако није садржана у тексту, иако је познато чему је доносилац тежио или оно што представља вредности демократије, то не може да буде релевантно за тумачење јер није унесено у текст (Barak 2005, 375–376). Дакле, сврха устава се, по Бараковом мишљењу, открива тако што се анализира шта то прожима уставни текст а што је у складу с постулатима демократије и намерама творца устава.

[199] Без обзира на назив одлука које доноси, уставни суд Аустрије ипак није орган који се уздржава од активне улоге у обликовању уставног система. Вид. Lachmayer 2011, 258–263.

[200] Шауер истиче следеће: кад би механичка примена порозних уставних одредаба могла да буде попут примене одредбе да за председника може да се кандидује само онај ко наврши 35 година, онда би контрола уставности била пуко спровођење устава, а не вредносно обојено тумачење и вредносно обојено стварање права. Вид. Schauer 2003, 235.

приписивање правном тексту значења које није *prima facie* видљиво и није несумњиво у склопу ограничења које поставља правно расуђивање.

Кад уставни суд ауторитативно утврди да речи „органски закон се усваја двотрећинском већином“ значе „органски закон се усваја двотрећинском већином од укупног броја чланова“, онда је тиме новелиран устав ако упориште за такво тумачење не постоји у самом уставном тексту. Због тога што је уставни суд овлашћени тумач уставних одредаба тј. „привилеговани тумач устава“ (Spigno 2018, 457), значења која он приписује уставном тексту имају велику тежину, а Гарлицки истиче да уставносудска јуриспруденција временом постаје релевантнија него сам уставни текст (Garlicki 2007, 47). То проузрокује да уставни текст читан самостално и са значењима која је уставни суд приписао уставним одредбама често не изгледају као исти текст.

Мармор повезује питање легитимности устава с тумачењем устава истичући да је устав легитиман акт (пре свега у светлу обавезивања садашњих генерација вољом ранијих генерација) све док тумачење устава тј. значења која се уставном тексту приписују оличавају вредности које заједница односно друштво прихватају.[201] Тај став Мармор назива аргументом тумачења и истиче да се уставним текстом омогућује „довољно интерпретативне флексибилности у уставним демократијама“ што омогућује да уставни судови „прилагоде уставне прескрипције садашњим потребама и вредностима“ (Marmor 2005, 146–147). Шауер истиче да је „однос између флексибилности и ауторитативног текста устава лежи у сржи уставног одлучивања“ (Schauer 1982, 830). Устав и његово тумачење су најбољи доказ неотклоњиве напетости која влада између два легитимна захтева: правне сигурности и прилагођавања права новонасталим околностима. Из овог произлази и питање ко треба да прилагођава право новонасталим околностима. Иако институционални положаји законодавца и уставног суда указују да та надлежност припада не уставним судовима, ипак стварност показује да они повремено обављају ту функцију.

Такође, значајно питање у вези с тумачењем устава јесте уставносудско тумачење оног дела устава који се односи на надлежности највиших државних органа. Другим речима, спорно је да ли уставни суд може да тумачи надлежности нпр. законодавца или то треба да чини сам законодавац, док би уставни суд требало да остане у оквирима укидања/поништавања неуставног акта законодавца. Франк (Franck 1992, 31) истиче да судови не би требало да „уставну алокацију власти међу политичким органима“ тумаче уместо политичких органа односно „свака грана власти треба да сама протумачи границе својих овлашћења“.

Гонзалес Паскуал истиче да уставни суд „постаје једини дизајнер поделе надлежности“ јер може да одлучује о сваком уставном спору а одредбе о надлежности редовно нису прецизне, па уставни суд „одлучује који орган има надлежност за одређене послове, а не како би требало да се ти послови предузимају“ (Gonzalez Pascual 2013, 1509–1510). У пракси италијанског Уставног суда, одлучено је да питање расподеле надлежности између државе и региона треба да буде плод договора тих актера како би се постулат једнакости реализовао, али је тиме ојачан положај региона у сфери егзекутиве док је у

[201] Доносиоци устава настоје да овим актом контролишу будућност али не смеју да њом господаре, будући да је нужна флексибилност („живи устав“) уставних принципа којима ће да се дати модеран садржај (Barak 2005, 390). Вид. и Marmor 2007, 69–94.

сфери законодавства исходиште „скоро неограничена законодавна надлежност“ централних органа како би се постигла једнакост (Gonzalez Pascual 2013, 1511–1512).

О последицама уставносудског тумачења устава. Има мишљења да се и не поставља питање да ли контрола уставности подразумева уплив уставног суда у политику јер је то неминовно, него се поставља једино питање да ли су судови у поступку контроле уставности превише у политици (Adams, Van der Schyff 2006, 409). Да би се схватило како судије долазе до својих одлука, важно је да се анализира њихово социјално порекло, раније искуство, политички, друштвени и економски притисци времена (Ellsworth 2005, 692). Јакаб преиспитује тврдњу о томе да је уставно право политичко право истичући да је то опасна тврдња с аспекта владавине права јер може да буде аргумент којим се правда политичка активност уставних судова или подржава оно тумачење до којег не може да се дође методима тумачења (Jakab 2013, 1224).[202]

Бешировић, напротив, истиче да је уставно право политичко право и да контрола уставности лако може да прерасте у „наставак политике другим средствима“ и додаје да уставни судови решавају политичке спорове али примењујући правне стандарде (Beširević 2016, 128). Мање-више је неспорно да концепт права подразумева да држава тј. њени органи у крајњој линије обезбеђују примену права. У светлу контроле уставности је важно да (законодавно) стварање права буде у складу уставом, а уставном суду се додељује задатак да спречи законодавца да ствара неуставно право. Дакле, уставни суд испитује да ли је стварање закона било примена уставног права. Уставни текст не одређује прецизно садржину закона него је више сиромашни политички оквир за садржајније законодавно стварање права.

Уставни суд директно или индиректно утиче на законодавца, сматра Стоун Свит (Stone Sweet 2002, 94) и то тако што законодавац априорно одустаје од доношење закона за који зна, на основу праксе уставног суда, да би могао да буде оглашен неуставним (то је самоограничење – *autolimitation*) или се након укидања закона покорава вољи уставног суда који експлицитно наводи „своја“ законска решења (*corrective revision*). Све то неминовно позиционира уставни суд као важан фактор у одређивању политичких исхода, који ће да се, позивањем на уставну одредбу, заодену у форму чувања устава. Витингтон истиче да контрола уставности служи као инструмент за креирање политике помоћу ког судије успостављају правила којим се обликује вршење власти и усмерава будуће одлучивање (Whittington 2019, 15). Дакле, уставне судије нису само уста која изговарају речи устава.

Иако је Монтексјеова идеја о судијама као устима која изговарају речи закона[203] и данас у обрисима жива код заговорника когнитивистичког приступа у објашњењу природе тумачења права (трагања за једним значењем које постоји и пре тумачења), вероватно је расуђивање уставних судија најбољи доказ неприкладности тог погледа на тумачење. Уставносудско тумачење разбија догму о судији који се не упушта у креативно тумачење и кориговање закона (Stone Sweet 2002, 96–97), али оно једновремено представља опасност

[202] Коришћење концепта „политичко право“ може да послужи као „неограничен ресурс за легитимизацију политичких пракси које немају никакву уставну основу“. Вид. Altwegg-Boussac 2020, 99.

[203] Неки аутори овај постулат судијског одлучивања доводе у везу с континенталним правним системима, док је одлика англосаксонског правног система идеја да судови представљају међузаконодавце који креативно одлучују у границама које им оставе политички органи. Вид. Guarnieri 2013, 347.

јер „погрешно тумачење устава може да изопачи структуру власти и процесе“ (Goldsworthy 2013, 1279).

Заговорници активније улоге уставног суда сматрају да уставни суд чува уставне вредности, али не презају од тога да тврде да „чување“ уставних вредности каткад захтева и иновирање устава. Тад се и уставни текст поима само као полазиште које захтева надградњу.[204] С друге стране, они који уставни суд сматрају заштитником уставног текста се критикују будући да занемарују да је устав инструмент живог карактера који мора да се тумачи у складу с околностима које постоје у часу тумачења. Ипак, ако је неспорно да уставни суд чува устав, онда из тога произлази да се чува оно што је други створио. Ако уставни текст прокламује начело уставности, не може нико, па ни уставни суд, да буде изнад устава. Даље, уколико је уставотворац делегирао законодавцу право да у разним областима друштвеног живота уређује односе између субјеката права, а уставном суду делегирао овлашћење да законодавца држи у границама устава, онда су тиме институционалне улоге подељене.

Нити законодавац може да контролише уставност закона нити уставни суд може да уређује односе у разним областима друштвеног живота. Уставни суд тумачи устав да би законодавцу рекао шта не може да буде закон. Посао уставног суда је завршен том констатацијом и правним образложењем које га прати. У том образложењу се наводе правни аргументи којима судија доказује због чега је закон противан уставу. Дакле, не може сваки аргумент уставног суда да буде правно прихватљив, будући да је правно расуђивање вишеструко ограничено. Уколико уставни суд прекорачи границе правног расуђивања, онда залази у поље политичког расуђивања, прецизније, стварања права. У редовима пред нама ћемо да испитамо како то расуђују уставни судови.

2.5. Како расуђују уставни судови?

Уколико узмемо у обзир природу устава и природу уставних одредаба, нужно се јавља питање природе уставносудског расуђивања. Утврдили смо раније типична својства правног и политичког расуђивања, па би требало да раније увиде применимо на специфичности уставносудског расуђивања и оценимо да ли је оно правно или политичко.[205]

2.5.1. Правно расуђивање уставних судова

Раније смо констатовали да је правно расуђивање правно аргументовано извођење правних закључака из одговарајућих премиса и да је његова кључна особеност то што је вишеструко ограничено. Из основне одлике правног расуђивања произлазе и три изведена својства због којих кажемо да правно расуђује онај ко полази од правних разлога, на основу њих изводи правни закључак и тај закључак оправдава правним аргументима. На овом

[204] Кад се уставни судови позивају на „вредности које се крију иза основних принципа“, те су вредности често обликоване „предубеђењима судија или буком улице“ и често имају за последицу „контаминацију пресуда политиком и владајућим моралом“ а то генерише знатну правну несигурност. Вид. Blanco de Morais 2020, 110.

[205] Поједини аутори настоје да утврде стил уставносудског расуђивања, али долазе да закључка да се то разликује од државе до државе. Ипак, одређени критеријуми који служе за идентификовање стила уставносудског расуђивања могу да се утврде. Вид. Jakab 2013, 1263–1264.

месту ћемо да главно и три изведена својства анализирамо у светлу уставносудског расуђивања. Иако смо раније утврдили да је правно расуђивање вишеструко ограничено – институционално, процедурално, супстанцијално,[206] то ипак има своје специфичности у односу на уставносудско расуђивање.

Прво, *институционална ограничења* при уставносудском расуђивању не постоје на националном нивоу. Овај орган има такав положај да ниједан други домаћи орган не може да га контролише у смислу инстанционе контроле, па не постоји могућност укидања његове противправне или нецелисходне одлуке. Институционално ограничење уставног суда може да буде једино пракса међународних судова, уколико међународни акти имају посебан правни значај, било формално било фактички (као у случају Уједињеног Краљевства и Низоземске). Она фактичком снагом утиче на расуђивање уставног суда, а посебно оног уставног суда који позитивно доприноси постојећем праву иновирајући га, нарочито проширујући корпус права и слобода у складу са стандардима наднационалних судова. Међународни тренд у пракси наднационалних судова (посебно Европског суда за људска права и Европског суда правде) је тумачење *in favorem* људских права и слобода и тумачење одговарајућих аката као живих инструмената који су у служби праћења друштвених промена.[207]

С друге стране, разлози правне сигурности налажу да уставни суд поштује своју уставносудску праксу јер она оличава „уобичајен шаблон који поставља ограничења отклањајући сумњу у вези са значењем правила“ (Botha 2004, 254). Шауеровим речима казано: иако ауторитативно тумачење текста није исто што и сам ауторитативни текст, ипак је оно меродавно на онај начин на који тумачење романа или уља на платну није (Schauer 1985, 434). Али чак и да овај орган не поштује сопствену судску праксу, не постоји контролор контролора уставности који би га зауздао у том смислу јер судије уставног суда могу да раније тумачење поимају као нешто „конклузивно, информативно или нешто између тог двога“ (Samaha 2008, 25). Ипак, сваки орган, па и уставни суд, има одређену *институционалну улогу*. Уставни судови у институционалном аранжману нису надлежни да доносе политичке одлуке, нити да трагају за најоптималнијим решењима. Њихово институционално место почива на томе да контролор уставности не преза од поништавања/укидања неуставног закона, али се уздржава од задирања у институционалне улоге других органа (нарочито законодавца).

Друго, *процедурална ограничења уставносудског расуђивања* су минимална. Она постоје утолико што не може сваки субјект да покрене поступак за нормативну контролу уставности, као и у погледу услова и рокова у којима лице чија су уставна права и слободе (по његовим тврдњама) повређени може да се обрати уставном суду. Нпр. услов за уставносудско одлучивање поводом уставне жалбе је да су исцрпљени правни лекови пред

---

[206] „Правна ограничења која се постављају судијама и обавеза образложења одлуке су у вези с њиховом одговорношћу“, која је посебно велика у случају уставносудског пресуђивања, јер су „уставни судови овлашћени да укину акте законодавца који су продукт демократски изабране власти““. Вид. Pinelli 2013, 1177.

[207] Судијске одлуке треба да се мењају онако како се и друштво мења. Вид. Segal 2008, 21. Приметно је у пракси Европског суда за људска права и Европског суда правде да телеолошки аргумент има прворазредни значај. Вид. Jakab 2013, 1274. Јакаб истиче да је телеолошки аргумент „глас разума и моралности“ и „корективни елемент“. Вид. Jakab 2007, 282. Постоје и аутори који заговарају упоредноправни метод у тумачењу устава јер устав једне државе није јединка него је део „глобалне мреже устава“ а уставносудско тумачење устава је важан допринос тој мрежи. Вид. Lachmayer 2013, 1467.

редовним судовима или то да се у року од нпр. 60 дана од пријема одлуке о правном леку пред редовним судовима може уложити уставна жалба. Уставни суд не изводи доказе како то чини редовни суд и његова одлука не може да се у контролном тј. инстанционом поступку побија тврдњом да је заснована на незаконитом доказу. Уставни судови су ограничени супстантивно.

Супстантивна ограниченост уставносудског расуђивања се огледа пре свега у томе што он има уставни текст који га ограничава.[208] Неки аутори истичу да јасан уставни текст „ограничава и обликује уставну аргументацију, те одређује правце одлучивања који ће се сматрати уставним" (Bradley, Siegel, 1216). Иако су уставне одредбе сиромашне по садржини, ипак расуђивање на основу каквог-таквог текста и расуђивање без икаквог текста нису идентични. А да ли је значење које је уставном тексту приписано последица тумачење или није, оцењује се тек након што се анализира правна прихватљивост уставносудске аргументације. Институционална улога уставног суда није улога ревизионе скупштине, уставотворца нити законодавца, него улога чувара устава. Сем тога, уставни суд је ограничен законом о уставном суду (уколико такав акт постоји у држави) као и интерним актом који доноси уставни суд а који се тиче поступка одлучивања (нпр. пословник о раду). Даље, уставне судије су ограничене и методима тумачења које је вековима уназад доктрина развијала а судска пракса потврђивала. Дакле, уставни суд је институција чије је расуђивање ограничено, иако то нису знатна ограничења.

У редовима пред нама ћемо да анализирамо изведена својства правног расуђивања у односу на уставносудско расуђивање.

Прво, *да ли уставни судови полазе од правних разлога као премиса у правном расуђивању?* Уставни судови су ограничени актима за чије су тумачење задужени (Goldsworthy 2006, 4), а уставносудско расуђивање би могло да се окарактерише као расуђивање засновано на уставноправним нормама које је усмерено ка решавању уставног спора (Jakab 2013, 1216). Одговор на постављено питање би био потврдан будући да контролор уставности мора да пронађе правни основ за своје одлучивање. Тај правни основ је обично нека широко формулисана уставна одредба тј. уставни принцип. Дакле, специфичност уставносудског расуђивања је у томе што је оно првенствено засновано на уставним принципима који исказују неке циљеве, а не дефинитивне директиве.

Ретки ће да буду случајеви у којима је уставна норма експлицитна, а законска одредба је очигледно противна уставној одредби.[209] Рецимо, уколико устав забрањује смртну казну, минималне су шансе да законодавац у кривичном закону предвиди смртну казну за најтежа кривична дела. Али шта уколико се уставом забрањује сурова и неуобичајена казна. У том случају, спорно је да ли смртна казна може да се подведе под тај уставни принцип, а недоумице те врсте у уставносудском расуђивању су правило. Због тога, уставни суд ће обично да има сложенији задатак, односно уставни спорови ће по правилу

[208] Доктрина познаје и став да уставни текст није значајно ограничење судског активизма јер све почива на томе како се тај текст чита. Вид. Bradley, Siegel 2015, 1272.

[209] Гарднер истиче да „морално пријемчиво" звучи став да се судија упушта у вредносно расуђивање тек онда кад на основу важећег права не може да реши конкретан случај тј. оно му је „резерва". Вид. Gardner 2001, 213.

да буду спорни односно тешки случајеви (*hard cases*).[210] Оно што уставном суду и пружа широк простор при одлучивању о неуставности је неодређеност уставних одредаба. Али то не мења чињеницу да је устав ауторитативни текст.

Санстајн истиче да судије које занемарују уставне текстове и не могу да тврде како их тумаче јер „идеја тумачења подразумева ограничења у вези с тим шта судија може да уради“ (Sunstein 2015, 52). Спињо истиче да уставне текстове карактерише „видљиви и скривени садржај“ и уставне одредбе се формулишу тако да могу да се „прилагоде променама у времену“ (Spigno 2018, 457). Уколико у уставу пише: „Забрањена је дискриминација по било ком основу“, ова одредба несумњиво представља правни разлог који може да буде основ уставном суду (то је у право тј. правни циљ преточена политика уставотворца). Уставни суд мора да се послужи уставном одредбом као средством како би остварио циљ који је у тој одредби наведен, тј. уставни суд мора да одреди правно значење одређене политичке вредности (владавина права, лична слобода, суђење у разумном року и слично).

У том смислу бисмо могли да повучемо разлику између судије редовног суда и судије уставног суда. Док судије редовних судова поимају принципе пре свега као смернице за тумачење, дакле не одлучују на основу њих него тумаче на основу њих, дотле судије уставног суда одлучују на основу принципа[211] и њих концептуално анализира нудећи интерпретативне аргументе који говоре у прилог њихове одлуке тј. значења које су датом принципу приписале. Дакле, за судије редовних судова принципи служе за одлучивање о значењу правних текстова, док за судије редовних судова уставни принципи служе за одлучивање о исходу уставног спора. Одлучивање о исходу и одлучивање о значењу нису синоними, али јесу доказ да судије доносе одлуке, а не трагају за већ постојећим значењима/исходима, како то когнитивисти тврде.

На основу правних принципа судија редовног суда доноси одлуку које ће од више могућих значења спорног правног текста да припише том тексту и у том случају правни принцип (нпр. савесност и поштење) представља аргумент у прилог одређеног значења неке правне одредбе. С друге стране, одлука уставног суда почива на правном принципу јер не постоји друга спорна одредба о чијем значењу би требало да се одлучи, између осталог, на основу правног принципа. И тад правни односно уставни принцип није аргумент у прилог значењу правне одредбе него је и аргумент у прилог одлуке о суштини спора.

Друго, *да ли уставни судови изводе правне закључке*? С обзиром на институционални положај уставног суда, одлуке које доноси овај орган имају далекосежне правне (и политичке) последице. Оне производе значајне правне последице и у том смислу уставни судови доносе правне одлуке којима укидају/поништавају оспорени акт јер није сагласан

---

[210] Шауер сматра да тежак случају генеришу (1) нејасност, вишезначност и неразумљивост јер не може да се дође до исхода простим читањем правила. Даље, (2) могуће је да између језички јасног значења и циља правила постоји несклад, као и да (3) више правила претендује да буде примењено на исто чињенично стање, или да (4) тешкоће изазива морално, социјално или политичко расуђивање. Кад ничег од тога нема, реч је о лаком случају, сматра Шауер, негативно одређујући овај концепт. Додаје да постоје лаки случајеви (*easy cases*) у уставном праву и то због „језичке јасноће релевантног уставног текста“ кад „остаје мало сумње у погледу исхода који је конзистентан с односном командом“. Вид. Schauer 1985, 415–416.

[211] Карл Шмит наводи да је центар политичког одлучивања парламент (Schmitt 2015, 85–87), из чега произлази да је конкретизовање уставних принципа у надлежности парламента тј. то није надлежност уставног суда.

уставу као хијерархијски вишем акту.[212] Иако ове одлуке имају форму правних одлука, ипак се њима у великој мери утиче на политику што може да „поткопа њихов положај у систему“ ако се упусти у расуђивање које надилази постављена ограничења (Gonzalez Pascual 2013, 1505). Прво, утиче се на акт којим се уређује политика у одређеној области друштвеног живота – закон; друго, утиче се на парламент који је политички орган; треће, уставносудски ставови који су заузети о одлуци о укидању/поништавању неуставног акта могу да имају одлучујући утицај на друге органе као смернице за политичко одлучивање.

Иако уставни суд није формално чинилац који обликује политику државе, ипак ставови које уставни суд наводи у образложењу одлуке могу да имају велики утицај на законодавца јер он и други органи „гледају на своје политичке планове очима уставног суда“ (Grimm 2019, 58). Знајући да би непоштовање тих ставова могло у будућности да поново узрокује укидање/поништавање будућег акта, законодавац ће да усклади своју политику с њима, те на тај начин уставни суд, посредно али ауторитативно и због своје институционалне улоге, обликује будуће акте. У извођењу правних закључака, судије уставног суда морају да и евентуалне неправне разлоге заодену у форму правних разлога позивајући се на њихов циљ,[213] а Јакаб истиче да добар правник настоји да докаже да појмови садржани у одредби морају да се тумаче друкчије од оног на шта указује сам текст јер то захтева циљно тумачење (Jakab 2007, 278).

То што текст одређене одредбе не индицира одређено значење лаику, у ствари је изазов правнику да оно значење које он сматра контекстуално прихватљивим поткрепи одговарајућим правним аргументима и тиме покаже правну прихватљивост своје одлуке о значењу. Док ће лаик да каже „ако правило није добро, треба да га мењамо“, правник ће да каже „ако правило није добро, требало би да се друкчије протумачи“ (Jakab 2007, 278). Грим тврди да то што право не одређује у целости исход у појединим случају није знак да се судија упушта у политичко расуђивање (Grimm 2019, 63). Док год судијино тумачење има основ у правном тексту и почива на правној аргументацији, ради се о правном расуђивању.

Упоредна уставносудска пракса показује да уставни судови с времена на време стварају правни оквир за законодавно одлучивање, дају смернице законодавцу, доносе привремено законодавство, проширују сопствене надлежности итд. А иако се увек покриће тражи у уставним одредбама, неминовно је да ће у таквим случајевима да се изводе у ствари политички закључци.

Треће, *да ли уставни судови одлуку заснивају на правним аргументима?* Приликом образложења донесене одлуке, уставни суд мора да наводи правне разлоге у прилог те одлуке. У том смислу, уставне судије наводе уставне одредбе и интерпретативне аргументе којима се дошло до одређених значења тих одредаба. Читајући уставносудске одлуке, често се стиче утисак да су уставне одредбе више полазиште него разлози на основу којих се

[212] „Судови не учествују у креирању политике одвојено од надређених судија или других грана власти јер судија који је стратег води рачуна о томе шта може да уради, а да избегне ризик од укидања одлуке“. Вид. Segal 2008, 20. Политички приступ судова зависи од политичких ограничења која варирају зависно од места и времена. Вид. Ginsburg 2008, 94.

[213] О шпанском Уставном суду у којем се види „претензија да право замени политику, а текстуално тумачење права прераста у стратегију која је одраз одабира између сукобљених могућности“, вид. Gonzalez Pascual 2013, 1518. Борк сматра да је активизам је „политика маскирана у право“ (Bork 2003, 8–9). Вид. и La Torre 2015, 3.

оправдавају приписана значења. Истина је пак да су, како Шауер тврди, разлози увек општији у односу на закључке у прилог којих се наводе ти разлози (Schauer 1995, 638).

Јакаб (Jakab 2013, 1217) износи тезу да уставносудска аргументација мора да буде прихватљива с правне тачке гледишта (са чим смо сагласни) али и са неправничке тачке гледишта – политичких, моралних, друштвених и економских аспеката (са чим нисмо сагласни). Увођење ванправних аргумената (који могу да се окарактеришу као легитимни) у процес образложења уставносудске одлуке би у ствари значило разилажење с правним расуђивањем, а то не може да буде прихватљиво. Тиме би се нужно расуђивање контролора уставности разобручило и удаљило од правних ограничења која су иманентна овој врсти расуђивања. Ипак, и Јакаб признаје да то може да изазове спорове јер оно што неку одлуку уставног суда чини добром у неправном смислу не може да се увек оквалификује као правни аргумент. Ванправни аргументи нису страни у процесу одлучивања али у процесу образлагања донесене одлуке за ванправне аргументе нема места. Истини за вољу, понекад ће да се правни и ванправни аргументи подударе, нпр. нешто што је противно моралу (мада ни морал није универзалан) ће да буде противно и постојећем праву (попут поменуте смртне казне), али судија не може да своју одлуку заснује само на моралном аргументу јер „све што долази споља мора да се преведе и просуди на основу стандарда валидност аргумената односне области“ (Venzke 2014, 814).

Да би правни аргумент био ваљан, исходи до којих судије долазе решавајући конкретне случајеве морају у значајној мери да буду резултат разлога (ограничења) које је творац права поставио иако разлози на којима почива одлука не морају увек да воде ка јединственом исходу (Leiter, Coleman 1993, 594). Одлука је уставотворчева да ли ће неке ванправне аргументе да запише у устав и самим тим их претвори у правне аргументе. Борк истиче да је закон и морални подухват јер без тога он представља нелегитимну силу везивања а посебно је важно да моралност доведемо у везу са законодавцем а не са судијом. У уставној демократији, сматра Борк, морални садржај закона мора да буде дат моралом законодавца, а не моралом судије јер морал судије њему налаже да он реши случај одричући се претварања сопствених жеља у право (Bork 1984, 11). Другим речима, Борков је став да је морал заједнице исказан у закону и да судија не може да своја морална схватања претпостави моралним схватањима заједнице инкорпорисаним у закон.

Пинели истиче да политичко расуђивање које се тиче људских права и слобода полази од решавања политичких дилема оличених у разматрању последица у економском и социјалном смислу, док уставно расуђивање о правима и слободама почива на балансирању између принципа и разматрању последица које произлазе из давања првенства једном принципу у односу на други (Pinelli 2013, 1179). Док Борков став одриче морално расуђивање судије, дотле Пинели износи став који не одриче сваку везу с моралним расуђивањем. Посебно је важно да се напомене како код балансирања између принципа морално расуђивање има важну улогу јер се о важности (значају) два сукобљена права мора расуђивати и правно и морално у процесу одлучивања, али образложење мора да буде правно. Одлучивање о људским правима представља несумњиво тачку укрштања правних и ванправних (посебно политичко-моралних) разлога, будући да њихово записивање у устав и јесте последица давања правне форме принципима политичке моралности,[214] а и одлучивање о важности два права захтева уважавање моралних начела.

[214] „Уставне одредбе често укључују спорна морална питања.“ – Waldron 1999, 268–275. Симон сматра да не чуди то што морално расуђивање има велики значај за тумачење устава, ако се има на уму да

Кад судија оцени моралну важност два права, онда му остаје да понуди правно образложење своје одлуке. Ако се одлука заснива само на моралним или другим супстантивним аргументима који немају правно упориште, онда одлука није правно образложена и самим тим није последица правног расуђивања. Правност неке одлуке се цени по правности аргумената на основу којих се она оправдава и ма колико легитиман био циљ који би се супстантивним расуђивањем остварио, супстантивни (нпр. морални) аргумент није као такав довољан. Овај увид је посебно важан будући да ћемо у каснијем делу рада да уставносудски активизам доведемо у везу с намером уставног суда да оствари неки легитиман циљ, а легитиман циљ је онај који је супстантивно, али не нужно и правно прихватљив. Нпр. уставни судови каткад оправдавају одлуке позивајући се на избегавање штетних економских последица, што представља легитиман циљ, али није реч о правном аргументу.

Одлуке уставног суда које почивају само на јаким супстантивним аргументима су акти којима се ствара ново право, што не одговара институционалној улози уставног суда. Уместо стваралачког карактера оне би требало да су арсенал јаких правних аргумената на које ће и други органи да се позову, а њихова снага не треба да се заснива на надмоћном положају уставног суда, политичкој или моралној целисходности циљева које контролор уставности сматра оптималним, него треба да почива на снази правних аргумента које је понудио уставни суд у својој одлуци. Дакле, правност судијиног расуђивања се мери правношћу аргументације коју он понуди јер су једино правни аргументи прихватљиви у процесу аргументовања одлуке (уставног) суда.

2.5.2. Политичко расуђивање уставних судова

Подређени смо уставу, али је устав оно што судије кажу да јесте, речи су некадашњег државног секретара Сједињених Држава Чарлса Еванса Хјуза.[215] Идеално би било да политички мотиви (потпуно легитимни у процесу стварања права) не постоје у оном часу кад се дође до примене права. У примени права „политички мотиви су нелегитимни“ али уставно пресуђивање је само по себи политичка операција у којој одвајање политике и права није до краја могуће (Grimm 2019, 62). Уставни судови не расуђују само правно, него делом расуђују и политички. Проблем се огледа у томе што низ правних ограничења која су иманентна правном расуђивању у неким одлукама уставних судова као да не постоје.[216]

Уколико бисмо одређивали природу уставносудског расуђивања, тешко да бисмо могли да кажемо да је оно само правно расуђивање. С времена на време, примесе политичког расуђивања су толике да нам се чини да је најприкладније да говоримо о правно-политичком расуђивању. Оно је правно зато што је бар делом засновано на правним разлозима, односно уставни суд увек настоји да значење које је приписао правном тексту укотви у широко формулисану уставну одредбу, али одлука се не оправдава само правним разлозима, него и ванправни разлози имају значајно место. Кратко речено, расуђивање

ауторитативност устава грађани прихватају јер је он за њих устав оличење демократије, слободе, једнакости и праведности. Вид. Simon 1985, 618.

[215] Наведено према: Ducat 2009, 1. Мармор слично каже да судије својим тумачењем уистину одређује шта је право. Вид. Marmor 2005, 165.

[216] „Судијско поступање може да буде право или политика, али најчешће је обоје, што зависи од врсте суда и од контекста случаја.“ – Segal 2008, 20.

уставних судова је и политичког карактера зато што за њихове одлуке нема увек *правног* оправдања.

Услед тога, одлучивање уставних судова се не уклапа у Келзеново учење о ступњевитости права, по којем је основ важења ниже правне норме у ствари виша правна норма, нити се уклапа у Разово учење о томе да је норма искључујући разлог за делање (тј. одлучивање). Међутим, уколико узмемо да се одлуке уставних судова редовно извршавају и прихватају од стране осталих (нарочито других институција), онда се то уклапа у Хартово учење о правилу признања. Пошто уставносудско расуђивање нема само правни карактер, покушаћемо да идентификујемо разлоге који доводе до тога да уставни суд расуђује и политички а не само правно.

Расуђивање уставног суда је и политичко због тога што се (1) чувар устава с времена на време удаљава од улоге субјекта који укида/поништава неуставне законске одредбе и постане реформатор политичких одлука законодавца и уставотворца.[217] Тумачење устава, сматрају неки аутори, често представља неуспешан покушај да се право одвоји од политике,[218] а то није нужно последица злоупотребе овлашћења уставних судија него је уставносудско одлучивање (2) „неизбежно политичко јер су предмет и ефекти одлуке уставног суда политичке природе“ (Grimm 2016, 204).[219] Уколико имамо на уму (3) природу уставних одредаба али и устава, јасно је да формална ограничења која се постављају пред уставни суд кад расуђује истовремено представљају и плодно тло за политичко расуђивање. Сигурно је да и (4) надлежности уставних судова такође представљају један од разлога због којих се овај орган упушта у политичко резоновање. Примера ради, кад уставни суд одлучује о забрани рада политичке партије или о федералном спору,[220] природа ових спорова је у основи политичка, али је задатак уставног суда да их реши применом правних критеријума.

---

[217] Хиршл истиче да није лако утврдити које је питање политичко, али је један од индикатора таквог карактера неког питања његов значај за живот великог броја људи. Вид. Hirschl 2006, 728. О ставу да политичко питање добија правни карактер онда кад се законодавац обрати контролору уставности како би овај одлучио о спорном питању, вид. Leigh Grove 2015, 1969.

[218] Руп истиче да судско решавање уставних питања увек има политичке импликације јер се тим одлукама задире у рад политичких органа, али док год постоји правно правило као смерница за поступање суда, суд не може да одбије решавање спорих питања ма колико била „политички врућа“. Вид. Rupp 1960, 511.

[219] Гропи слично истиче да је „неизбежна политичка природа контроле уставности“. Вид. Groppi 2008, 101. Вулф истиче да је контрола уставности „суштински законодавна активност“ (Wolfe 1986, 3).

[220] Нпр. уколико се федерална држава и федералне јединице споре око тога коме припада одређена надлежност, уставни суд се упушта у решавање сложеног „политичког питања живота и смрти“ (Kelsen 2015, 73). Он може да правно реши питање уколико је уставна одредба о подели надлежности јасна – све што није дато у надлежност федералној држави, надлежност је федералних јединица. Али шта уколико уставни суд има политичку намеру да ојача слабу федералну државу? Онда ће овај орган да наводи политичке разлоге, нпр. да је за несметано функционисање државе потребно да одређена надлежност припада њој а не федералној јединици, а основ за то представља уставна одредба према којој федералне институције штите суверености државе. Лахмајер наводи да се Уставном суду Аустрије, словом 138. члана Савезног уставног закона Аустрије, трасира пут да одлучује као позитиван законодавац јер се прописују да Уставни суд, на захтев савезне или владе федералне јединице, одлучује о томе коме припада надлежност о одређеном питању. То је посебно важно уколико се има на уму да се аустријским уставним правом не предвиђају заједничке надлежности, него стриктна подела послова између државе и њених федералних јединица из чега произлази да Уставни суд Аустрије суштински „ствара уставно право“ (Lachmayer 2011, 252).

Штавише, Грим сматра да би елиминисање политичких питања из контроле уставности значило њен крај (Grimm 2019, 62).[221]

Такође, не сме да се пренебрегне да (5) „уставни судови не делају у институционалном и идеолошком вакууму“ (Hirschl 2006, 744). Именовања судија уставних судова или других контролора уставности често нису последица искључиво правних квалитета одређеног кандидата. И ванправни критеријуми, попут идеологије и политичких ставова кандидата за судију уставног суда каткад играју важну улогу, па се дешава и да дојучерашњи политички актери постају судије уставних судова. А кад услед тога дођу на свој положај онда и у уставносудском одлучивању настоје да своје политичке идеје инкорпорирају у одлуке, а неодређеност уставних одредаба им то и омогућује. Сем тога, они „враћају дугове“ онима захваљујући којима су постали судије уставних судова.

Даље, уставносудско расуђивање је и политичко због (6) интернационализације људских права и слобода,[222] што сматрају и други аутори (Hirschl 2006, 726). Услед постојања међународних конвенција и наднационалних судова и опште тенденције у јачању правне заштите људских права и слобода, пракса наднационалних судова представља значајан фактички извора права у односу на уставне судове. Мноштво порозних концепата попут „владавина права“, „демократија“, „људско достојанство“ добија конкретизацију у одлукама Европског суда за људска права, Европског суда правде и сличних наднационалних органа и услед тога њихове одлуке снагом ауторитета делују и на уставне судове јер се такви концепти (тј. правни принципи) налазе у мање-више свим уставним текстовима.

Наднационални судови, концептуално одређујући поменуте принципе, тумаче их као „живи инструмент“ који одговара потребама времена и расуђују о циљевима и вредностима које друштво (или његови делови) у датом тренутку сматра пожељним. Услед тога, они расуђују политички, тј. не изводе закључке само о ономе што правне одредбе прописују него те одредбе поимају као полазиште из којег закључују шта би требало у постојећем систему вредности да односне одредбе прописују. Тенденција у правној заштити људских права је да уставни судови одлукама изражавају очекивања од других органа да пруже активну заштиту грађанима. Нпр. Савезни уставни суд Немачке је у случају BVerfGE 55, 349 испитивао да ли су политички органи „предузели правилне кораке како би тражили ослобађање нацистичког званичника Рудолфа Хеса и да ли су показали посвећеност за предузимање даљих напора у његово име“. [223]

---

[221] Неки аутори сматрају да је транзиција од идеје парламентарне суверености до концепције уставне суверености олакшала интервенисање уставних судова и у односу на питања која су дотад сматрана политичким питањима (Aranda Alvarez 1998, наведено према: Navot 2007, 15).

[222] Лахмајер истиче да међународне правосудне институције супституишу националног законодавца јер разни аспекти људских права и слобода, владавине права и демократије не зависе само од изолованих националних актера него и од међународноправних процеса. Вид. Lachmayer 2013, 1471.

[223] Хес је био нацистички званичник који је у Нирнбегшком процесу осуђен на казну доживотног затвора. Уставну жалбу Савезном уставном суду Немачке је поднео његов син тражећи да му контролор уставности помогне и приволи немачку владу да ова предузме активније дипломатске кораке да би се Хес ослободио. Притом се позивао Хесов син на уставну одредбу која прописује да држава дугује држављанима заштиту од других држава. Вид. одлуку BVerfGE 55, 349 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv055349*.

Није реткост ни то да уставни судови расуђују политички услед (7) пасивности других државних органа и њихове неефикасности да решавају спорна политичка питања.[224] Онда се уставни судови, посебно у настојању да пруже ефективну заштиту правима и слободама грађана или да остваре неки други легитиман циљ, упуштају у политичко расуђивање делајући као-да-су-законодавни органи.

Иако су питања о којима се расправља пред уставним судом врло често политичке природе, од тог питања би требало одвојено да посматрамо питање каквог су карактера радње које уставни судови примењују решавајући та, (делом) политичка, питања. Због тога, ако настојимо да оценимо уставносудско расуђивање као правно расуђивање, онда би требало да имамо на уму да ли уставни суд остаје у оквиру ограничења која су иманентна правном расуђивању. Једно је природа питања о којима се одлучује, а друго је начин на који се одлучује о њима. Оно што је проблематично јесте да уставни суд прави излете из ограничења која поставља правно расуђивање јер о правној операцији коју овај орган предузима може да се говори кад год оно што уставном тексту додаје уставни суд „има основ у тексту и може да се изведе из разумне аргументације“ (Grimm 2016, 205).

А кад се учине такви излети, онда уставни суд и није више примењивач права које је осмислио уставотворац или други орган, него је иноватор правила игре која је други осмислио. И кад се тако одлучује, не можемо да констатујемо да је уставни суд расуђивао правно. Текст устава не одређује исход, али уставни суд је ограничен текстом устава, институционалном улогом и мора да расуђује у тим оквирима примењујући постојеће право. Грим истиче да примена одредбе подразумева у одређеној мери и стваралачки моменат, што нарочито долази до изражаја у процесу примене уставних одредаба (Grimm 2016, 206).[225] Ипак, то зависи од неколико варијабли, а пре свега од прецизности одредбе која се тумачи.

Дакле, да бисмо оценили у шта се упустио уставни суд, морамо да анализирамо аргументе којима се уставни суд користио. Од свих могућих група аргумената, само једна група – правни аргументи, представљају знак да се уставни суд уздржао од задирања у надлежности других органа. Уколико уставни суд своју одлуку заснива на супстантивним аргументима тј. оном што је добро, политички целисходно, економски прихватљиво, потребно зарад интереса државе итд., онда у таквим случајевима нема места да се расуђивање оцени као правно.[226] Оно је очито политичко.[227]

---

[224] Вид. о томе Vasino 2021, 1–2. Доступно на: *https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/10/G.-Vasino-Legislative-unresponsiveness-in-the-current-stage-of-the-Italian-constitutional-justice-1.pdf*.

[225] Пресуђивање је „стратешка активност“ у којој судије наводе „оне правне аргументе који пружају најбоље оправдање за исходе које они прижељкују“. Вид. Botha 2004, 257.

[226] Мармор наводи пример одлуке о забрани „сурове и неуобичајене казне“ у којој се о значењу „суровости“, наизглед, може решавати само на основу моралног расуђивања при чему судија треба да пође од моралних вредности и стандарда који су у заједници широко прихваћени. Али то није сасвим тачно из више разлога, попут тога да оно што је широко прихваћено и не треба уставносудску заштиту. Вид. Marmor 2005, 160–162.

[227] Грим истиче да је уставносудско расуђивање неминовно политичко и то у двоструком смислу (Grimm 2016, 224). Прво, решавање уставног спора производи значајне политичке ефекте јер су уставни судови арбитри у политичким споровима. Друго, уставни судови приликом одлучивања су тек донекле ограничени непрецизним уставним одредбама и они нужно праве политичке изборе решавајући уставноправна питања. Ипак, судови нису надлежни да одређују политичке циљеве, али ни да преиспитују политичке циљеве које су надлежни органи утврдили и да их санкционишу укидањем/поништавањем јер

Ипак, јасно је да ће уставни суд у образложење одлуке да наведе како управо устав налаже дату одлуку. Нпр. могуће је да већина судија уставног суда приватно заговара идеју о томе да централне власти треба да добију веће надлежности у односу на нецентралне органе, па да услед тога одлуче да уставно начело владавине права захтева и контролу политичких аката, нпр. резолуција или декларација нецентралних органа. Позивањем на владавину права ће да се оправда таква одлука, али мотиви коју су њу побудили остају мимо текста уставносудске одлуке.

Из наведеног примера се уочава да се судије воде и ванправним разлозима (*in concreto* идеолошким), али у одлуци не могу да се на њих позивају. Уколико знамо да већина судија заговара идеју централизације, онда би то био објашњавајући разлог за одлуку. Пошто то нису *правно прихватљиви* разлози, у образложењу одлуке се наводе други, правни разлози садржани у уставним одредбама, попут позивања на владавину права, заштиту суверености, дужност уставног суда да чува устав.

2.5.3. Политичко питање и уставно судовање

Једно од значајних питања у вези с начином уставносудског расуђивања је приступ суда у односу на питања која се пред њим појаве. Очекивано је да се ради о правним питањима, али се поставља питање како би требало да уставни суд реагује уколико се пред њим нађе и неко политичко питање. Политичко питање је оно питање које је изричито уставним текстом додељено политичким органима или оно питање чија природа налаже да није подесно за судско одлучивање или оно питање које не може да се реши применом правних разлога. Врховни суд САД је још у пресуди *Marbury vs. Madison* констатовао да није задатак суда да испитује како извршна власт или њени службеници обављају „послове у којима имају дискрециону власт“ будући да питања која су „по својој природи политичка“ као и она која су уставом или законом „поверена извршној власти, не могу да се постављају никад пред овим судом“.

С друге стране, имајући на уму да право настаје као последица давања правне форме некој политици тј. политичкој одлуци, Токвил упозорава да тешко да постоји политичко питање које пре или касније не прерасте у правно питање,[228] али овом може да се дода да није задатак уставног суда да претвори политичко питање у правно. Уставносудска пракса (и пракса других контролора уставности) није у погледу односа према политичким питањима унисона. Неки уставни судови се не либе да расправљају и одлучују о чисто политичким питањима, док други судови воде рачуна о томе већ на првом кораку и оглашавају се ненадлежним уколико се пред њима нађу политичка питања.

Нпр. Савезни уставни суд Немачке врло често одлучује о питањима која су чисто политичка, али овај орган редовно потврђује став који су у вези с тим питањем већ заузели политички органи. С друге стране, за Врховни суд САД се сматра да се не упушта у разматрање политичких питања. Наравно, изузеци постоји и у односу на немачког и у

мисле да је нпр. оптималније да одлука уставног суда има *ex nunc* дејство уместо ретроактивног дејства које прописује устав. Посебно у сфери контроле уставности поводом повреде људских права се политичко расуђивање види по томе што се уставни суд не упушта у оглашавање неког акта неуставним зато што тај акт превише ограничава људска права, него је његова неуставност у томе што у премалој мери штити права грађана (Grimm 2016, 223).

[228] Наведено према: Ducat 2009, 55.

односу на америчког контролора уставности јер се Врховни суд,[229] примера ради, не води доктрином политичких питања када решава предмете који се односе на повреду људских права и слобода (нпр. пресуда *Hamdi v. Rumsfeld*).[230]

Иако централно место у нашем раду не припада врховним судовима као контролорима уставности него уставним судовима, ипак ћемо у овом делу рада да поједине увиде Врховног суда САД наводимо и анализирамо како бисмо извели опште закључке у односу на политичку улогу било ког контролора уставности. Као што је то случај и с уставним судовима, и амерички Врховни суд је у деценијама иза нас мењао свој приступ у погледу политичких питања, па бисмо могли да говоримо о општој тенденцији да се политичка питања јудикализују. Узроци су мање-више исти иако су они који дају коначну реч у том процесу различити у органском смислу.[231] Неки аутори истичу да нема значајнијих разлика у погледу тумачења устава између држава које усвајају различите системе контроле уставности јер почивају на истим „фундаменталним интерпретативним стандардима“ али и вредносним изборима (Arshakyan 2013, 1297, 1324).[232]

Могуће је да се пред уставним судом решава о уставности неког закона – дакле, ради се о правном питању, али да се у оквиру тога једновремено јави и уско повезано политичко питање. Примера ради, уколико се оспори одредба кривичног закона која се односи на абортус, уставни суд ће нужно да наиђе на политичко питање које почива на супстантивним изборима – да ли абортус треба да буде декриминализован? Дакле, једно је питање да ли абортус, супстантивно посматрано, треба да буде декриминализован, а друго је питање да ли је криминализација у складу с уставом.[233] Прво питање је политичког карактера, а друго

[229] Поједини аутори истичу да доктрина политичких питања данас није исто што и доктрина политичких питања из 19. и дела 20. века. Прва би могла да се назове модерном, а друга традиционалном доктрином политичких питања. Док је традиционална подразумевала да судови третирају одлуке политичких органа као чињеницу односно као конклузивно правило којим је решен спор (*factual rule of decision for the case*), данас то није случај. Ипак, судови се нису либили да одлучују о уставним споровима, чак и оним који се данас сматрају политичким питањима, попут уставности уставних амандмана. Вид. Leigh Grove 2015, 1911–1912. О конфликту тумачења уставотворца и тумачења контролора уставности вид. Alexander 2010, 26–28.

[230] Пресуда је доступна на: *https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-6696P.ZO*, последњи приступ 9. децембра 2022.

[231] О пракси контролора уставности у Немачкој и САД у вези са слободом вероисповести вид. Beatty 2001, 79–101.

[232] „Врховни суд САД је уставни суд Сједињених Држава.“ – Arshakyan 2013, 1298.

[233] Бразилски Врховни суд, задужен за контролу уставности, једном пресудом је декриминализовао абортус на захтев жене ако је тај захтев поднесен у прва три месеца трудноће. Аргумент у прилог томе је био да “готово ниједна развијена и демократска држава на свету не третира прекид трудноће у прва три месеца кривичним делом“, након чега је наведено десет држава у прилог тој тврдњи. Други аргумент је био следећи: „жени која се суочава с овом трагичном одлуком (да изврши абортус)… не треба држава да загорчава живот кривичним гоњењем“ и ако је „понашање жене легитимно, нема смисла кажњавати здравственог радника који њену одлуку чини изводљивом“. Затим је Врховни суд навео низ уставних права која су нарушена: право на слободно одлучивање; физички и психички интегритет; родна равноправност итд. Дакле, не само да је абортус декриминализован него је и утврђен рок током којег декриминализација важи, и то на основу упоредног права и супстантивног расуђивања. Одлуком бразилског контролора уставности није укинута одредба кривичног законика него су одредбе тог акта протумачене у складу с уставом. Врховни суд Бразила је значајан део образложења посветио испитивању услова пропорционалности тј. спровео је тест пропорционалности одмеравајући право на живот фетуса и право жене на слободу одлуку, у светлу криминализације абортуса.

питање је правног карактера. У том смислу, решавање политичког питања има прворазредни значај и његово решавање је претходно питање у односу на одлуку о укидању/поништавању због неуставности.

Кад се пред уставним судом нађе политичко питање, он има две опције. Прва је да се упусти у политичко расуђивање и одлучи шта је најоптималније, а зависно од те одлуке ће да (не) укине/поништи оспорену законску одредбу. Друга опција која се налази пред уставним судом је да априорно одбаци захтев за оцену уставности образлажући да његова уставна улога није одлучивање о чисто политичким питањима. У литератури на енглеском језику се користи термин *justiciable* тј. наглашава се да се о одређеном питању због његове природе не може расправљати пред судом[234] јер о том питању одлучују политички органи чија је одлука апсолутно обавезујућа за судове (Harrison 2017, 496). У таквој ситуацији, уставни суд препушта законодавцу да одлучи о политичком питању, а евентуално решење које нађе одраз у закону може да се појави пред уставним судом.

Доктрина која почива на томе да (уставни) суд не треба да се упушта у разматрање политичког питања зато што надлежност за одлучивање о том питању припада политичким органима се зове доктрина политичког питања (*political question doctrine*).[235] Уколико се уставни суд одлучи на такав корак, он се уздржава од решавања политичког питања јер његов задатак није да замени законодавца него да заузда неуставно одлучивање легислативе, поступајући као „промотер идеје конституционализма“ (Lachmayer 2013, 1485). За саме судове је штетно да се мешају у спорове који нарушавају начело поделе власти јер оно налаже да политичке одлуке доносе изабрани политички органи (Navot 2007, 6). Сходно начелу поделе власти, основни задатак уставних судова се не огледа у разматрању политичких питања него у разматрању правних питања. У том смислу, оно што је у складу с институционалном улогом уставног суда јесте уздржавање од залажења у политичка питања – о политичким питањима решавају политички органи.

Доследна примена доктрине политичких питања подразумева да судови апстинирају од залажења у политичка питања. У Немачкој се судови не либе да се упусте у мериторно

Ова одлука је пример уставносудског расуђивања о политичком питању у предмету који се тицао правног питања. Наиме, одлучивало се о кршењу права лица која су притворена јер су (уз сагласност жена) вршили абортусе у њиховој клиници. Они су тврдили да су неосновано притворени, што је и Врховни суд утврдио, али је *en passant* дао и политички суд о абортусу. Дакле, правно питање је основаност притвора који је одређен због оптужбе за удруживања ради вршења кривичног дела абортуса, а политичко је питање да ли абортус треба да буде декриминализован. Пресуда је доступна на: *https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/06/Brazilian-Abortion-Ruling-Translation.pdf*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[234] Неки аутори сматрају да суд не треба да оглашава питања неподесним за судско одлучивање него треба да мериторно одлуче да ли је нека грана власти одлучивала неуставно. Skinner 2014, 479–480.

[235] У предмету *Baker v. Carr*, Врховни суд САД је говорио о доктрини политичког питања, а тај део ћемо да цитирамо у оригиналу: „Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.“ Дакет (Ducat 2009, 55) ове услове своди на три основна: уставни текст јасно дају у надлежност другог грани власти да одлучује о том питању; непостојање правних стандарда за решавање; фактори који чине судско одлучивање политички непромишљеним (*imprudent*). Вид. и Leigh Grove 2015, 1913–1914, 1960–1967.

одлучивање на темељима исказа судије Бренана да судови не могу да „затварају очи на очигледне грешке“[236] политичких органа када „важење закона зависи од истинитости оно што су они прогласили“, али је исход уставносудског залажења у политичко питање, по правилу, унапред познат – немачки Савезни уставни суд само потврђује став политичких органа.[237] На тај начин, одлукама политичких органа даје се посебан легитимитет јер ови органи увек могу да се позову на то да је највиши уставни ауторитет и чувар устава потврдио уставност њиховог одлучивања. Дакле, за Савезни уставни суд Немачке „све је пресудиво“ јер „разлика између права и политике, посебно у уставним питањима“ није заживела у немачком систему па свако питање које произлази из Основног закона подобно је за контролу уставности „па и питања спољне политике и националне безбедности“ (Franck 1992, 108–110).[238]

У одлуци BVerfGE 36, 1, Савезни уставни суд је био изричит: судијско самоограничење, које је последица примене доктрине политичког питања, „не значи смањење или слабљење надлежности, него одрицање од бављења политиком односно немешање у простор слободног политичког одлучивања“.[239] Навешћемо познати случај у којем се решавало питање уставности међународног уговора у којем је приметно и решавање политичких питања. Уставни суд Немачке је 2009. испитивао усаглашеност Лисабонског споразума с Основним законом Немачке.[240] Коначна оцена немачког контролора уставности је да овај споразум није противан немачком Основном закону, али да немачки закон којим је уређено учешће немачког парламента у питањима која се односе на Европску унију није уставан јер не омогућује одговарајуће учешће немачког законодавца у процесу одлучивања на нивоу Европске уније.

Низ политичких питања је било предмет уставносудске анализе, попут питања природе Европске уније тј. да ли је она савез држава или савезна држава, те је ова одлука показатељ да Савезни уставни суд Немачке „није испољио уздржаност“ у односу на та питања иако се то „очекује од једног судског тела“ (Beširević 2011, 73). У тој одлуци немачки контролор уставности говори о „уставном идентитету“ Немачке који почива на тзв. клаузули вечности из чл. 79, ст. 3 Основног закона.[241] Уставни идентитет се темељи на начелима демократије, владавине права, социјалне државе, републике, федерализма и

---

[236] Одлука Врховног суда Сједињених Држава у случају *Baker v. Carr*, доступна на: *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep369/usrep369186/usrep369186.pdf*, последњи приступ 12. децембра 2022.

[237] У оваквим случајевима контролор уставности, ако оцени неко питање као политичко, поступа поштујући „судијско уздржавање – тачније, судијску понизност (*subservience*)“ и подређује се одлуци политичког органа. Вид. Leigh Grove 2015, 1968. Немачки уставни суд је „одабрао пут активизма, одбијајући позиве да имитира уздржавање као у америчкој пракси“. Прецизније, то је „средњи курс између судске абдикације и жестоког уплитања судства у креирање и спровођење спољне и безбедносне политике“, па у немачкој уставносудској пракси и није питање да ли ће, него како ће, да пресуди овај орган. Вид. Franck 1992, 107, 116.

[238] Исти принцип важи у пракси шпанског Уставног суда јер „не постоји ништа што би личило на доктрину политичког питања“. Вид. о томе Ahumada Ruiz 2017, 622.

[239] Вид. пресуду на *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036001.html*, последњи приступ 11. децембра 2022.

[240] Вид. одлуку 2 BvE 2/08. Пресуда је доступна на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/ SharedDocs/ Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html*, последњи приступ 12. децембра 2022.

[241] Прокламује се следеће: Измене овог основног закона које утичу на поделу Федерације на покрајине, њихово учешће у законодавном процесу, или принципима гарантованим у члановима 1 и 20 су недопустиве.

корпусу основних права загарантованих Основним законом. Кад би Европска унија била федерација, Немачка не би могла да буде њен део, а да се не одрекне сопственог уставног идентитета. Клаузулом вечности из члана 79, ст. 3 Основног закона се забрањују амандмани на питања уставног идентитета јер народ као конститутивна власт није дао институцијама право да то мењају.[242]

Дакле, практична је последица следећа: кад би се усвојили уставни амандмани којима се крше постулати немачког идентитета, онда би њих поништио Савезни уставни суд, из чега произлази да ни немачки народ преко представника тј. парламентараца не може да у уставотворном поступку мења устав – то је питање стављено усвајањем Основног закона *ad acta*. Укидање гаранције вечности је, наводи контролор уставности, немогуће. Засад то остаје на речима Савезног уставног суда, а како би уистину одлучио кад би се Европска унија федерализовала а немачки уставотворац променио неки елемент уставног идентитета, остаје отворено питање. Било како било, одлука о уставности Лисабонског споразума је, сматра Беширевић, више пример судске тираније него активистичког одлучивања (Beširević 2011, 78). Њом одлука политичких органа да подрже Лисабонски споразум није оспорена али је несумњиво речено шта их чека ако промене неко немачко уставно-идентитетско начело.[243]

С друге стране, пример одлуке која се односила на политичко питање, а у којој Савезни уставни суд није потврдио став савезне владе је случај који се тицао немачког држављанства.[244] Наиме, спорно је било да ли лице које је натурализацијом постало држављанин Источне Немачке има право да му се призна да је (западно)немачки држављанин. Иако је немачка влада сматрала да та категорија лица не може да стекне немачко држављанство, супротан став је имао суд који је потврдио „правно јединство немачке нације“ и немачку недељивост. Политички органи су истицали да би суд требало да се држи њиховог тумачења правила међународног права, са чим се суд у начелу сагласио али је и успоставио изузетак уколико је то тумачење „очигледно противно међународном праву“, чиме је Савезни уставни суд осетио слободу да „обори политичку одлуку владе од изузетне политичке важности“ (Franck 1992, 114–115).

Франк истиче да суд неће подржати одлуку политичких органа само ако покретач поступка за оцену уставности докаже да је влада поступала несавесно (тј. да није поступала у доброј вери), примера ради, ако је одлука донесена да би министар одбране остварио имовинску корист (Franck 1992, 118). Савезни уставни суд је у одлуци BVerfGE 55, 349 истакао да не подржава одлуку политичких органа само ако њихово тумачење међународног права „директно утиче на права грађана“ и да та одлука не може да се разумно (*by any sensible view of the matter*) оправда“ (Franck 1992, 120).

---

[242] Суд констатује да то показује како Основни закон има универзалну основу која се не може мењати позитивним правом.

[243] Примера ради, Савезни уставни суд Немачке је такође контролисао уставност Међунемачког основног споразума (који се доводи у везу с тзв. Источном политиком) и утврдио да ниједан акт владе није изван могућности контроле уставности јер ту одговорност уставном судству налаже принцип правне државе и „то је оно што владавина права значи у Немачкој“. Вид. Franck 1992, 110.

[244] Одлука BVerfGE 77, 137 је доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv077137.html*, последњи приступ 15. децембра 2022.

2.5.3.1. Зашто се јудикализују политичка питања?

Јудикализација политике подразумева да судови одлучују о моралним дилемама, питањима јавне политике и политичким контроверзама (Hirschl 2006, 721) односно она се јавља кад се „промени равнотежа између права и политике у корист правосуђа у односу на представничке и одговорне институције“ што може да преко контроле уставности „разори најважније политичко право грађана у либералној демократији:[245] право на учешће и самоуправљање“ (Miller 2004, 590, 597). Она подразумева да судови имају одлучујућу улогу у решавању питања која се тичу јавне политике, одлучивања о људским правима или судског прекрајања граница између државних органа у вези с поделом власти или федерализмом, примера ради (Hirschl 2006, 724).

Најочитији пример јудикализације политике се огледа у решавања тзв. питања мегаполитике.[246] Она се тичу изборних процеса, питања националне безбедности, изградње нације, колективног идентитета (Hirschl 2006, 727). Решавање мегаполитичких питања доводи до пораза доктрине политичких питања и озбиљно угрожава традиционалну доктрину поделе власти (Hirschl 2006, 752). Дакле, мегаполитика коју уместо политичких органа воде уставни судови подрива постулате уставне демократије. Можда би на овом месту могло да се постави питање: ко ће, ако не уставни суд, да решава контроверзна питања кад остали чиниоци нису у стању да то учине? Ма какав одговор био, од чувара устава не може да се очекује да буде политички субјект,[247] јер би онда били релативизовани правни текстови и институционална улога уставног суда, а ограничења уставносудског расуђивања била би само саветодавног карактера, што би проузроковало крах уставне демократије. Зато је задатак судова, па и уставних судова да „одлучују о случајевима и споровима који проистичу из устава поводом закона и међународних уговора“ који су резултат одлуке политичких грана власти (Henkin 1976, 598). У супротном, уставни судови и сами постају политичка грана власти.

Поставља се питање због чега се уопште пред уставним судовима појављују политичка питања, што Хиршл назива политичким детерминантама јудикализације (Hirschl 2006, 745–746). Да ли је то само последица природе устава и уставних одредаба или постоје још неки разлози који узрокују такво стање ствари? Иако је могуће да због природе устава и његових одредаба дође до тога да се пред уставним судом јави политичко питање, ипак су други разлози претежнији. Хиршл истиче да је изношење политичких питања пред уставни суд (1) користан инструмент пребацивања одговорности и избегавања доношења осетљивих одлука (Hirschl 2006, 745). Али ко у ствари профитира у таквим случајевима? Одговор би био да профитирају политички субјекти којима делегирање тог питања може да донесе само корист јер никаква политичка одговорност не може да се од њих очекује онда кад и нису одлучивали о сложеном политичком питању и нису донели непопуларну одлуку.

---

[245] О односу либерализма (као легитимног поља и границе државне власти) и демократије (као питању у вези с носиоцем власти), вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 126.

[246] Пресуде уставних судова се озбиљно критикују јер се њима „мењају политички договори којима се расподељује власт“ али и зато што се тим пресудама „подрива систем тако што се чини зависним од непредвидљивих судских одлука“. Вид. Gonzalez Pascual 2013, 1507. Уставно судовање носи опасност од јудикализације политичких конфликата, што од устава, као интегративног фактора, може да направи инструмент политичке борбе (Grimm 2016, 222).

[247] „Да постоје политичка питања – спорови које треба да реше политичке гране власти а не судови – неминовност је сваког уставног система изграђеног на систему поделе власти.“ – Henkin 1976, 597.

Другим речима, тако преваљују на уставни суд кривицу за све последице које произведе одлука (Whittington 2019, 10).

Такође, не сме да се занемари да (2) некад политичке елите напросто не могу да се договоре или нису вољне да се договоре о томе како неко контроверзно друштвено питање треба да се реши,[248] па оцењују да је боље да и не расправљају о неком питању који би могло, примера ради, да изазове крах коалиције. Примера ради, треба ли омогућити еутаназију? Могуће је да у начелу постоји сагласност око овог питања јер је, рецимо, владајућа коалиција сагласна да еутаназија треба да постоји али нису сагласни о томе како би требало да се то правно уреди – у којим случајевима треба да се дозволи, мора ли да се консултује лекар, породица итд. И пошто договор у вези с тим није могуће остварити, онда је елегантан потез да се лопта пребаци на терен уставног суда. Кад се лопта пребаци на терен уставног суда долази не само до тога да политички субјекти „перу руке“ од решавања контроверзног питања него консеквентно долази и до концентрисања велике политичке моћи у рукама уставног суда.[249]

Хиршл истиче да је потенцијалан узрок јудикализације политике и (3) „јудикализација одоздо“ оличена у перцепцији друштвених покрета, интересних група и политичких активиста да су правосудне институције угледније, непристрасније и ефикасније него политичке институције у решавању контроверзних питања (Hirschl 2006, 745). Утицај тих група свакако да не може да се занемари. Штавише, тај утицај није само почетни импулс него и одлучујући фактор у политичком дијалогу[250] и следствено, правном уређивању одређених питања. У политичком смислу, политичке странке морају да ослушкују жеље потенцијалних гласача, а гласачи удружени у разне покрете свакако имају још већи утицај. Уколико убеде гласаче у то да ће да заступају њихове идеје и боре се да оне добију правни одраз, јасно је да ће политички субјекти да настоје да се то заиста и догоди – не иза алтруистичких него из крајње себичних разлога – циљ им је да не изгубе гласаче а самим тим и политичку моћ.

Могуће је да јудикализација политике буде и (4) последица опредељења одређене државе да се, поучена историјским искуствима, бори по разним средствима, па и преко уставног судства, против понављања немилих догађаја. Пример за то би била Немачка, у којој је тоталитарно историјско искуство узроковало да тамошњи Савезни уставни суд постане „епицентар немачке уставне демократије“ па чак и „суштински недемократским и ауторитарним средствима“ оличеним у тзв. милитантној демократији, „једном од фундаменталних принципа на којима почива Савезна Република Немачка“ (Miller 2004, 637–639).[251]

---

[248] „Неспособност политичких актера“ узрокује да „уставни судови решавају сложена, дубоко политичка контроверзна питања која се тичу конфликта моћи (надлежности)“. Вид. Gonzalez Pascual 2013, 1517.

[249] „Последњих деценија сведочимо озбиљном преносу моћи с представника политичких институција на правосуђе, како домаће тако и наднационално.“ – Hirschl 2006, 721. О односу политиче моћи и судске моћи вид. Harrison 2017, 505–509.

[250] Спиньо говори о дијалогу који се успоставља између уставног суда и парламента. Вид. Spigno 2018, 459.

[251] Милер у прилог тврдњи о јудикализацији правосуђа у Немачкој наводи и податак да на 4.000 немачких становника долази један судија, док у САД један судија долази на 10.000 становника (Miller 2004, 636–637).

Даље, узрок јудикализације политике би могла да буде и (5) пролиферација права. Број области друштвеног живота у којима држава интервенише стварајући право непрестано расте и услед тога расте и број питања која могу да се нађу пред судовима, па и уставним судовима. Ма колико парадоксално звучало, експанзија законодавства је довела до паралелне експанзије судског стварања права (Cappelletti 1981, 15).[252] Примера ради, кад држава инкорпорира нове технологије у рад државних органа, оне имају посебан онда кад представљају подесан начин да држава прикупи доказе. Али то једновремено изазива реакције заинтересованих субјеката (јавности и лица која су нпр. снимана техничким уређајима или у чије се рачунаре приступило) који сматрају да се тиме задире у уставом гарантована права и слободе, па самим тим се трасира пут и уставносудском одлучивању о кршењу нпр. права на приватност које устав гарантује. А у таквим случајевима ће уставни судови каткад да стварају правни оквир за законодавно одлучивање, дају смернице, проширују уставни каталог права и слобода итд.

На основу наведених разлога, који сигурно нису исцрпна листа узрока јудикализације, уставни судови стичу значају моћ у одлучивању о најважнијим питањима. Међутим, могуће је да понекад уставни судови самоиницијативно имају и већи уплив у политичко одлучивање у односу на оно што очекује законодавац, па у таквим случајевима законодавац може да предузме одређене мере и узврати ударац[253] уставном судству, вољном да активно учествује у решавању политичких питања. То изазива појаву која је својеврсна антитеза јудикализацији политике, а то је *политизација права*. Она се огледа у томе да се именују подобне судије,[254] уклањају они који то нису, мењају се правни акти како би те политичке санкције имале правну форму, смањују се надлежности уставног суда који не одлучује у складу с очекивањима владајућих, или се одлуке уставних судова напросто не извршавају иако су коначне и обавезујуће (вид. о томе и Hirschl 2006, 748). А кад састав уставног суда представља рефлексију политичких интереса, тешко је да ће и његове одлуке да буду одлучене од политике, а све то подрива уставну демократију.

2.5.3.2. Уставносудско одлучивање о политичким питањима – примена правних критеријума?

Значајно је да се разликује питање природе спора који се јавља пред уставним судом од стандарда на основу који тај спор може да се реши. Уставни суд не треба да решава неправне спорове нити треба да решава правне спорове неправним стандардима одлучивања. Институционална улога уставног судстава[255] подразумева да се, зарад

[252] Парламенти су себи поставили толико различитих циљева да „велики део посла морају да препусте другима“ тј. „њихове амбиције се завршавају абдикацијом“ а судство те новонастале околности не може да игнорише и „судови добијају нове одговорности“ укључујући и контролу уставности (Cappelletti 1981, 27, 29).

[253] Хиршл истиче да емпирија доказује да судско задирање у политичку сферу може да изазове и повратне политичке реакције уперене на „одсецање крила активистичким судовима“. Вид. Hirschl 2006, 748.

[254] Примера ради, чланови француског контролора уставности – Уставног савета су скоро искључиво бивши политичари, а скоро и да нема правних стручњака. На основу тога, јасно је да су именовања у тај орган политичког карактера. Вид. Ponthoreau, Hourquebie 2008, 273.

[255] Судови обављају своје дужности у складу са „скупом очекивања, вредности и ставова о начину на који се судије понашају и треба да се понашају“. Вид. Guarnieri, Pederzoli 2002, 68. Уставни суд „подлеже начелу поделе власти“ и зато не сме да „прекорачи уставне границе својствене ауторитету који контролише да би постао политички заповедник“. Вид. Blanco de Morais 2020, 110.

очувања уставне супремације, решавају правна питања и то правним мерилима, док је законодавац тај који политичка питања решава политичким мерилима.

Бикел идентификује две „пасивне врлине (*passive virtues*)“ правосуђа: уставом постављена ограничења и самонаметнута пруденцијална ограничења (*constitutionally mandated limits and self-imposed prudential limits*), дакле судијско расуђивање је ограничено и објективним правом али и судијином свешћу о институционалном положају судства, па и уставног судства (Bickel 1986, 111–198). Арон Барак у једној пресуди истиче да је природа акта (правни или политички акт) ирелевантна јер на сваки акт може да се примени правна норма. Ипак, судови испитују „законитост политичке одлуке применом правних стандарда“ тј. оцењују „правни аспект политике а не њену мудрост“. Дакле, Барак сматра да судови решавају о правности политичког опредељења притом се не упуштајући у позитивно или негативно оцењивање тог опредељења.[256] Штавише, за Барака је „сасвим природно“ да судство истражује да је политичко опредељење других грана власти (*political consideration*) законито (*Ressler v. Minister of Defense*, т. 53).

Узмимо за пример питања тзв. мегаполитике попут решавања спорова у вези с изборима, које уставни судови решавају понекад расуђујући политички: мењају изборне јединице, одлучују о финансирању политичких партија и изборне кампање, забрањују рад политичких партија и слично.[257] Изборе обично спроводи посебан орган – државна изборна комисија, а тај орган решава и спорове који се јаве у вези с изборима. Дакле, у апсолутној је надлежности тог органа спровођење избора (од расписивања до утврђивања коначних резултата). Изборни закон уређује детаљно положај и овлашћења комисије која примењује те одредбе (правне критеријуме) на споран случај. Рецимо, изборни закон прописује да се жребањем одлучује коме припада место делегата уколико два кандидата имају једнак број гласова.

Али шта уколико се у целу причу укључи уставни суд јер се један кандидат жали на повреду уставом гарантованог права? Шта се у том случају очекује од уставног суда или другог контролора уставности? Очекујемо да овај орган укине/поништи неуставан акт уколико је утврдио да је уистину повређено уставно субјективно право. Вероватно бисмо се сложили да се од уставног суда *не* очекује да одлучи ко је изборни победник. Плаузибилан закључак би био такав, али упоредна пракса контролора уставности демантује. Пример би био случај *Bush v. Gore.*[258] У питању је контроверзна пресуда Врховног суда САД из 2000. године којом је суштински одлучено који је од два председничка кандидата победио на изборима. С обзиром на минималну разлику у електорским гласовима, један кандидат је тражио да се ручно поново броје гласови и тај захтев је усвојио Врховни суд Флориде.

Предмет је стигао до Врховног суда САД који је утврдио да је одлуком највишег суда Флориде прекршен четрнаести амандман (*equal protection*) Устава САД. Такође, суд је одлучио да није могуће да се гласови поново броје јер то не може да се заврши до датума

---

[256] Овај став Барак заузима у одлуци израелског Врховног суда у предмету *Ressler v. Minister of Defense* (т. 53).

[257] Вид. о томе Hirschl 2006, 729–730.

[258] Пресуда је доступна на: *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf*. Критички осврт на ту пресуду, тврдећи да спор није био подесан за судско одлучивање, да представља политичко питање и задирање у надлежности судова Флориде, даје Чемеринski. Вид. Chemerinsky 2001, 1093–1112. Анализу пресуде даје и Miller 2004, 600–626. и Hirschl 2006, 729–730.

одређеног савезним актима (*safe harbor deadline*). Последица ове пресуде огледала се у томе да је 25 електорских гласова из Флориде додељено једном кандидату који је захваљујући томе постао председник САД.

О изборима је решавао и немачки Савезни уставни суд у одлуци BVerfGE 103, 111.[259] Спор је настао јер је једна политичка партија трошила током изборне кампање новац који није пријавила, па је суд Хесена оценио да је то могло да има утицај на исход избора. Актима Хесена[260] је било предвиђено да је избор ништав ако Ревизони изборни суд (састављен од двоје судија и троје парламентараца) утврди да су избори праћени радњама који су кршење савесног поступања (*gute Sitten*). Састав тог суда и разлог поништења избора су довели до поступка за оцену уставности тих одредаба због њихове несагласности с Основним законом, а одлучивао је Савезни уставни суд.

Овај орган је оценио да стандард *gute Sitten* није противуставан и образложио је значење тог стандарда доводећи га у везу с обавезом државе да остане током изборног процеса неутрална и осигура једнак третман свих учесника. Савесно поступање је прекршено ако: држава пружа подршку партији изнад прихватљивог степена и тако утиче на изборну вољу; ако други субјекти користе силу или притиске да утичу на изборну вољу гласача; ако се користи нека друга сила која утиче на изборну вољу гласача, и то таквог интензитета да може да се савлада једино уз учешће полиције или суда. У погледу уставности одредбе о саставу Ревизионог изборног суда, Савезни уставни суд је утврдио да је овај орган мешовите природе (судско-политичке) и да нема пуну непристрасност и независност, па није суд у уставном смислу. А пошто такав орган може да доноси коначне круцијалне одлуке у вези с изборним процесом, онда то решење није у складу с уставом јер је надлежност правосуђа да одлучује у таквим споровима.[261]

Савезни уставни суд наводи, политички расуђујући, да Државни суд правде Хесена, непристрасан и независан *у правом смислу речи*, *треба* да контролише одлуке Ревизионог изборног суда. На крају, овај орган је препоручио (заузевши политички став) да се ревидирају одредбе одговарајућег акта Хесена у вези с извршношћу одлука Ревизионог изборног суда – уместо да оне одмах буду извршне, требало би да се пропише да оне то својство добијају након месец дана. Последице овог уставносудског расуђивање, посебно тумачења стандарда „савесно поступање (*gute Sitten*)“ су биле такве да непријављивање новца које је партија трошила током кампање није могло да се подведе под значење које је немачки контролор уставности приписао правном тексту који прописује „савесно поступање“.

2.5.4. Судијско уздржавање (*judicial self-restraint)* – разлика између доктрине политичких питања и судијског уздржавања

Доктрина политичког питања налаже да се суд уздржи од одлучивања о оним питањима која су у надлежности политичких органа, тј. она је учење о томе како би судови

---

[259] Вид. одлуку BVerfGE 103, 111 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=Show PrintVersion&Name=bv103111*, последњи приступ 16. децембра 2022.

[260] Члан 78 Устава Хесена.

[261] У Немачкој се сматра да и Савезни уставни суд представља део правосуђа, што је аутономно схватање. Ипак, сматрамо да уставни суд није део редовног правосуђа него је засебна функција државне власти. „Уставни судови творе посебну грану власти.“ – Grimm 2016, 204.

требало да реагују у ситуацијама кад се пред њима нађе политичко питање.[262] Политички карактер неког питања је узрок, а последица примене доктрине политичког питања је судијско уздржавање.

Навот има нешто друкчији критеријум разликовања. Она сматра да су само на први поглед доктрина политичког питања и судијско уздржавање истоветни утолико што ни у једном од тих случајева суд не интервенише. Ипак, посматрање само резултата до којег се долази није довољно, сматра Навот, јер не открива како се долази до тог исхода. Разлика између доктрине политичких питања (тј. доктрине *non-justiciability*) и судијског уздржавања је, по њеном мишљењу, у следећем: док код доктрине политичких питања суд уопште не залази у разматрање одлуке и суштине одређеног питања, дотле у случају судијског уздржавања суд оцењује суштину спорног питања али одлучује да не интервенише чиме суштински даје одобрење на одлуку политичких органа (Navot 2007, 20).

Дискутабилан је њен став у погледу тврдње да суд приликом уздржавања од одлучивања суштински даје одобрење на одлуку политичких органа. То није нужно тачно јер суштина уздржавања и јесте да суд не дâ своје виђење политичког решења датог политичког питања. Он не треба нити да одобрава нити да критикује политички корак који одаберу политички органи. Стога, уздржавање судије не треба да посматрамо као уздржавање од укидања/поништавања политичке одлуке, него као уздржавање од заузимања било каквог става о супстантивној прихватљивости политичке одлуке. Дејли истиче да судијско уздржавање није „упрошћена тврдња да судије не треба да стварају право", него је сложена тврдња о томе да би „судије то требало да избегавају, осим у мери у којој је потребно применити већ постојећа правила". Додаје да се судијина уздржаност огледа у томе што доноси „предвидљиве одлуке" онда кад одлучује на основу извора који су неодређени (Daley 2016, 279–280).

Познер истиче да се израз „судијско уздржавање"[263] може користити у најмање пет различитих значења (Posner 1983, 10).

Прво, судијско уздржавање подразумева да судија не допушта да његови политички ставови утичу на одлуку. О судијском уздржавању у таквом смислу говори судија Сахс у одлуци јужноафричког Уставног суда у предмету *State v. Makwanyane*: Ми (судије уставног суда) нисмо позвани да одлучујемо на основу емоционалних, моралних или прагматичких разлога јер је „наша функција да тумачимо текст устава онакав какав је" а „какви год да су наши лични погледи на предмет, наш одговор мора да буде чисто правни".[264] Овим се ставом потврђује опредељеност уставног суда да поступа у складу с ограничењима која произлазе из правних материјала, чак и кад се ради о сложеним политичким контроверзама и неслагањима око социјалних питања (Botha 2004, 250).[265]

---

[262] Између судијског уздржавања и степена политизације нема нужне везе. Нпр. Савезни уставни суд Немачке је активнији него Врховни суд САД али је мање политизован. Вид. Grimm 2016, 210.

[263] Поједини аутори говоре о судском пасивизму, а не о судијском уздржавању. Вид. Alexandru 2021, 20–25.

[264] Пресуда је доступна на: *http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf*, последњи приступ 22. децембра 2022.

[265] Дејли истиче да судијско уздржавање почива на спремности судије да речима из правног текста припише оно значење које одговара „уобичајеној употреби" тј. да не приписује речима значење које је, по његовом уверењу, оправдано (Daley 2016, 285).

Познер истиче да израз „судијско уздржавање“ у другом значењу описује судију који опрезно и обазриво оклева да намеће сопствене ставове. Треће, уздржавање је карактеристика судије који је свестан да у вршењу судијске функције има политичка ограничења која мора да поштује. Четврто, овај израз указује на свест судије о томе да би судијско стварање резултовало преоптерећењем судства које би постало неефикасно. Пето, судијско уздржавање значи да судија жели да умањи моћ судства у односу на друге гране власти.

На другом месту (Posner 2012, 520–521) говори се о формалистичком, институционалном и уставном појму уздржавања. Формалистички појам почива на идеји да судије не стварају, него примењују право тј. реч је о принципу право-ме-приморава-да-тако-поступим. Институционални појам судијског уздржавања полази од тога да се судије ослањају на одлуке других званичника, док уставни појам судијског уздржавања Познер доводи у везу са судијским оклевањем да укине акт политичких органа. Судија Робертс истиче да судијско уздржавање почива на принципу „кад није нужно да се одлучи више, нужно је да се не одлучи више (*if it is not necessary to decide more, it is necessary not to decide more*)“.[266] Дакле, судијско уздржавање је неупуштање судије у одлучивање о политичким питањима и некоришћење супстантивних аргумента при расуђивању.

Зашто се судије уздржавају од решавања политичког питања?

Прво, уставни текст има, између осталог, и функцију *алокације надлежности међу државним институцијама*[267] тако што се уставним текстом свим најважнијим институцијама приписује одговарајућа институционална улога: доношење закона, вођење спољне и унутрашње политике државе, одлучивање о правима и обавезама субјеката права у појединачним случајевима, контрола уставности. Ако је уставни текст нпр. вођење спољних послова доделио влади и ресорном министарству, онда функција контроле уставности не може да се тумачи тако да се испитује да ли је пожељно приступање политичком савезу.

Дидрих поима судијско уздржавање као принцип по којем судови поштују изабране тј. политичке органе тако што се повинују њиховим одлукама (Diedrich 2019, 235). Голдсворти сматра да задатак судија уставног суда није да буду државници који „улазе у ципеле оснивача државе као њихови настављачи“ нити они треба да „исправљају грешке где год их уоче“ (Goldsworthy 2006, 2). Правно расуђивати у ствари значи поступити у складу с правом и онда кад се не слажемо с оним што право од нас тражи. За Мекорнела судијско уздржавања почива на томе да се судије повинују одлукама садашњих политичких институција, осим ако су текст или историјат устава јасни (McConnell 1997, 1136). Руп исказује суштину судијског уздржавања речима да су политички органи субјекти

[266] Овај став Робертс заузима у одлуци *PDK Laboratories Inc. v. United States Drug Enforcement Administration*, доступна на: *https:// casetext.com/case/pdk-laboratories-inc-v-usdea*, последњи приступ 19. априла 2023.

[267] Келзен појмовно одређење устава доводи у везу с „дистрибуцијом политичке власти“ (Kelsen 2015, 28). Дејли наводи више разлога због којих нека друга институција у поређењу са судом може да буде позванија да донесе одлуку о одређеном питању: боље познавање чињеница; боља (пр)оцена релевантних моралних аспеката; већа легитимност за одлучивање; мањи утрошак времена, средстава и слично; Daley 2016, 299–304.

политичког одлучивања, док уставни суд „уз крајњу уздржаност“ (BVerfGE 3, 52)[268] само има улогу да пресуди о уставности акта као о „претходном питању“ (Rupp 1960, 505, 511).

Друго, чак и ако је уставни текст нем поводом одређеног питања, *природа неких питања* је таква да она нису подесна за уставносудско одлучивање.[269] Рецимо, није на уставном суду да оцени казнену политику законодавца као неуставну (суштински неоптималну) јер за неко кривично дело прописује казну затвора од најмање осам година уместо да пропише шест година, како уставни суд мисли да би требало. Грим истиче да судијско уздржавање није средство за ограничење судије него је „апел на професионалну етику, а не правно правило“ (Grimm 2019, 70). Уставни суд може да примети, али не треба да исправи грешку законодавца јер судијско уздржавање почива на идеји да законодавна грана власти треба сама да исправи грешке које је учинила пошто то није задатак судова (Alexandru 2021, 21).[270]

Треће, ако *нема правних критеријума* које може да примени, суд треба да се уздржи од решавања. Ово подразумева непостојање правила које би могло да се примени за решавање спорног случаја. Примера ради, суд нема правни критеријум (разлог) да пролонгира укидање/поништавање неуставног акта за шест месеци уколико се у уставу не предвиђа та могућност. Наравно, проблем је што уставни суд може да уставним одредбама припише значење које и нема плаузибилну везу с уставним текстом, али и судија којег карактерише врлина самоограничења (уздржавања) ће управо у таквим ситуацијама, кад је спорно да ли постоје или не правни критеријуми за решавање одређеног питања, да се уздржи од решавања датог питања.

Познато је да иначе судија не може да одбије да реши случај како не би ускратио правду оном ко је тражи, али то начело важи пре свега за спорове пред редовним судовима који се воде поводом правних питања. Нити се политички спор решава применом правних мерила нити се правни спор решава применом политичких мерила. Речју судије Робертса,[271] задатак контролора уставности није да „одобрава или осуђује било какву законодавну политику“, него је његов задатак, тежак и деликатан, да „утврди и изјасни се да ли је законодавство сагласно или противно одредбама устава“ и „урадивши то, његова дужност је завршена“. По мишљењу неких аутора, контролори уставности могу да сами, приликом контроле уставности, дискреционом оценом установе критеријуме за решавање политичких питања, мада је та контрола више ограничена и ређе се практикује (Navot 2007, 2–3).

Каткад се истиче да судијско уздржавање подразумева да судови не задиру у политичка питања осим ако то није *ultima ratio* тј. само кад је кршење уставних принципа

---

[268] Одлука BVerfGE 3, 52 се тицала доношења уставносудске привремене мере и она није „средство пребацивања одговорности за политичке одлуке“ с политичких органа на Савезни уставни суд. Вид. на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv003052*, последњи приступ 22. децембра 2022.

[269] Бикел наводи у позитивном смислу пример судијског уздржавања Врховног суда САД у којем се одвијао дијалог између судства и законодавства, уз упућивање позива политичким органима да донесу одлуку, а тај позив је „створио услове за доношење одговорне законодавне одлуке“. Вид. Bickel 1986, 156.

[270] Постоји и мишљење да је расцеп између судијског уздржавања и судског активизма више привидан него стваран. Осврт на та мањинска мишљења вид. у Alexandru 2021, 22.

[271] Пресуда *United States v. Butler, 297* U.S. 1 (1936) је доступна на: *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep297/usrep297001/usrep297001*.pdf, последњи приступ 27. децембра 2022.

„веће и суштинско“, постоји основ да се активира суздржани судија (Navot 2007, 16–17). Меквини заговара идеју судијског уздржавања, између осталог, због недостатка стручности, будући да контрола уставности није ефикасан облик стварања политике нити су судије довољно вичне да трансформишу вредности политичке заједнице у уставне политике“ (McWhinney 1955, 843). Сем тога, он додаје и чест аргумент истичући да се воља демократски изабраних представника поништава вољом „девет старих људи“ (McWhinney 1955, 845) односно „девет доживотно именованих политичара“ (Schauer 2003, 224), при чему се мисли на девет судија америчког Врховног суда. Балансирање интереса је посао законодавца, а суд не сме да задире у решавање конфликата те врсте, истиче Меквини, говорећи о судијском уздржавању или судском пасивизму (McWhinney 1955, 850).

Навели смо раније одлуку Савезног уставног суда Немачке о Лисабонском споразуму и показали да се овај орган упустио у политичко расуђивање поводом политичких питања. О истом споразуму је одлучивао и Уставни суд Чешке,[272] одбијајући да се упусти у одлучивање о политичким питањима, мада је и он као и немачки контролор уставности утврдио да Лисабонски споразум није противан домаћем уставу. Навешћемо на овом месту неколико најважнијих увида чешког контролора уставности.

Уставни суд Чешке сматра да ова институција „није место за коментар нити дискусије које су академске или политичке природе“. Улога овог органа је да „ауторитативно и коначно тумачи уставне одредбе“ и његова одлука обавезује сва лица и све органе а „обавезујућа је и за сам Уставни суд“. Пошто су подносиоци захтева за оцену уставности тражили од чешког Уставног суда да успостави корпус непреносивих надлежности чешких институција на институције Европске уније (које омогућују очување суверенитета), контролор уставности је закључио да „с обзиром на институционални положај који заузима у чешком уставном систему“ то није могуће. Разлог за то лежи у томе што „та ограничења треба да успостави законодавац“ будући да је реч о „политичком питању поводом којег законодавац ужива широку дискрециону власт“.

Услед тога, Уставни суд Чешке сматра да „одговорност за такву политичку одлуку не може да се пренесе на Уставни суд“ него овај орган може да испитује политичку одлуку тек „кад се она донесе на политичком нивоу“ тј. кад јој политички органи дају правну форму. Подносиоци захтева за оцену уставности су сматрали да Лисабонски уговор крши члан 1. Устава Чешке у којем се наводи да је Чешка „суверена, унитарна и демократска држава, заснована на владавини права, поштовању права и слобода човека и грађанина“. Уставни суд оцењује да конкретни случајеви пружају „оквир у којем је могуће прецизније тумачити (те) појмове“. То што се дати појмови дефинишу од случаја до случаја не подразумева произвољност, него „уздржаност и судски минимализам“ који се поима као „средство за ограничавање судске власти у корист политичких процеса“.

Суд сматра да би трајно дефинисање појмова из члана 1 Устава Чешке било знак судског активизма, тј. суд је одбио да у светлу политичког питања које се пред њим нашло концептуално одреди значење ових појмова. Такође, разматрајући наводе подносиоца захтева о неуставности одредаба споразума које се тичу границе, имиграција и азила, Уставни суд наводи да је то „доминантно политичко питање“ за које су надлежни влада која

[272] Одлука US 29/09 је доступна на: *http://www.cvce.eu/obj/ruling_by_the_czech_constitutional_court_on_the_treaty_of_lisbon_3_november_2009-en-c746a974-58eb-4907-b022-c9f486b6c3d2.html*, последњи приступ 27. децембра 2022.

је преговарала и домови парламента који су ратификовали споразум. Ипак, чешки Уставни суд у истој одлуци наводи да се политичка питања при уставносудском одлучивању „могу дотаћи, али је тад нужно применити аргументе који су релевантни за уставно право, а не пуке утиске“.

Кад суд одлучује *о оптималности важећег права*, а не на основу важећег права, реч је о судском активизму. Пре него што се посветимо анализи (уставно)судског активизма, осврнућемо се на институционалне механизме контроле уставносудског одлучивања, будући да од њиховог (не)постојања зависи и то докле уставни суд може да досегне одлучујући активистички.

2.5.5. Уставни суд – кочница без равнотеже?[273]

С обзиром на то да смо утврдили да је основна карактеристика уставне демократије ограниченост државне власти, поставља се питање како се у ту матрицу уклапа уставни суд. У том смислу би требало да се размотри утицај уставног суда на друге органе и повратни утицај других органа на уставни суд, како бисмо утврдили да ли систем у којем постоји уставносудска контрола уставности почива на кочницама и равнотежи или само на кочничарском поступању уставног суда.[274] Винтингтон истиче да политички угао посматрања контроле уставности позиционира уставне судове као део система кочница и равнотеже у којем су различите политичке институције „наоружане средствима којим се одупиру нападу других државних званичника“, док правни угао гледања почива на судијској дужности да заштите супрематију устава (Whittington 2019, 39). Политички угао гледања је упитан јер уставном суду недостаје ефикасна равнотежа, иако је сам значајна кочница. Говорећи о америчком Врховном суд, Самаха истиче да су „можда одлуке Врховног суда којима се утврђује шта је уставно право саме врховно право“ (Samaha 2008, 22). *Mutatis mutandis*, да ли су одлуке уставног суда врховно право?[275]

Ризик који носи контрола уставности са собом не потиче од могућности „погрешне“ одлуке, него од непостојања демократске контроле.[276] Келзен истиче да што се више демократија развија, све већа контрола институција мора да постоји (Kelsen 2015, 71). Уставне гаранције о независности судија уставног суда „штите судију од политике“, али је питање како да се заштите „уставни систем и друштво од судије који је спреман да се из

---

[273] *Ne sutor ultra crepidam*. Ова изрека и прича која је прати потичу из старогрчких времена, а биће нам корисна у односу на уставносудско одлучивање. Познати сликар Апелес је стварао своје дело кад му је један обућар указао на то да ципела није добро насликана. Поштујући обућареву примедбу, Апелес је одмах кориговао грешку. Међутим, обућар се и превише охрабрио и почео да износи низ других примедаба, на шта му је сликар одговорио: „Обућару, не даље од својих ципела (*Ne sutor ultra crepidam*).“ Пренесено на уставни суд – не даље од своје институционалне улоге.

[274] Тешко је, сматра Капелети, замислити систем кочница и равнотеже без раста и фрагментације судске гране власти. Вид. Cappelletti 1981, 33–34.

[275] Говорећи о одлукама врховног управног или судског органа, Келзен истиче да практично не постоји могућност ограничавања дискреционе власти тих органа (Kelsen 1955, 79–80). Аналогно и тим пре, уставни судови поготово имају тај степен дискреционе власти.

[276] Постоји тензија између посвећености демократским процедурама и овлашћења уставних судова да укину/пониште одлуке демократски изабраног законодавца. Вид. Marmor 2005, 149. Кочнице (*checks*) су институционални контакти између институција. Вид. Möllers 2013, 46. Каква год била улога контролора уставности, нужно је да се он ограничи како би се осигурало да судије не раде „оно што сматрају добрим или праведним, називајући то уставним правом“. Вид. Simon 1985, 605–606.

других разлога, а не због политичких притисака, оглуши о право или га изопачи“ (Grimm 2019, 61). Мелерс правилно примећује да начело поделе власти почива на „институционалном балансу“ оличеном у „ограничавању власти другом власти“ (Möllers 2013, 47), али има ли уставни суд као кочничар баланс у неком другом органу. У природи уставносудске функције се јавља утицај уставног суда на законодавца јер је задатак уставног суда да заузда неуставно одлучивање парламента односно да „реализује правна ограничења која устав прописује у односу на политику“ (Grimm 2019, 59).[277]

Констатовали смо и да су надлежности уставног суда у протеклим деценијама нарасле и да се утицај уставног суда проширио и на друге органе, пре свега на редовне судове, и то преко поступка за заштиту уставом гарантованих права и слобода. У том смислу, можемо да говоримо о контроли уставности као о средству којим уставни суд *кочи* друге државне органе у питањима која се односе на устав односно неприкосновеност устава. И таква средства утицаја која постоје међу државним органима не само да нису реткост у уставним демократијама, него су њена иманентна одлика.

Дакле, такав однос почива на одређеним кочницама (*checks*) којима располаже један орган у односу на други орган, али се успоставља и равнотежа (*balances*) тако што постоји и повратни утицај. Истини за вољу, тај однос је политички обојен и реализује се из политичких разлога (нпр. влада не може да реализује своју политику јер парламентарци не гласају за предложене законе), али ипак постоји међусобна контрола која одговара односу политичких грана власти. А постоји ли икаква контрола у односу на акте уставног суда: јасно је да уставни суд кочи друге, али да ли неко кочи уставни суд у његовом одлучивању односно *quis custodies ipso custodiem*?[278] Одговор је да *скоро нико* не може да утиче на уставни суд или не може ефективно да утиче.

Прва противтежа коју има законодавац у односу на уставни суд је да *не изврши одлуку уставног суда*. Али то доводи до нарушавања ауторитета уставног суда[279] и интегритета институције, а последично и до стварања неповерења према органу који је једини овлашћени тумач устава.[280] Кад други органи не извршавају одлуке уставног суда, овај орган је често немоћан, али то би требало да је изузетак у уставним демократијама у којима је укорењена владавина права (Grimm 2019, 58). Даље, уколико је законодавац незадовољан тумачењем које влада у пракси редовних судова, увек има могућност да измени и/или допуни закон и тако однесе победу у том окршају. Таква могућност у односу на уставни суд

[277] Веза између уставног суда и правотворачких власти заврређује разматрање јер је кључно да се разуме где уставни суд стоји на лествици власти. Вид. Palazzo 2020a, 400.

[278] Превод ове изреке би гласио: ко ће да чува чуваре?

[279] У Немачкој су истраживања показала да Савезни уставни суд ужива веће поверење јавности него било која друга институција попут парламента, владе, војске, редовног судства, чак више и од телевизијске индустрије, универзитета или цркве. Наведено према: Kommers, Miller 2008, 207.

[280] Амерички Врховни суд је утврдио, у поступку контроле уставности, да је он, као контролор уставности „врховни тумач устава“ и да као такав има овлашћење да одлучи која институција има право да одлучује о неком уставном питању. Вид. пресуду *Baker v. Carr* и Leigh Grove 2015, 1963–1966. Нпр. у пресуди *Nixon v. United States,* утврђено је да једино Сенат има овлашћење да одреди поступак по којем ће да се одвија опозив америчког председника, те поновио да једино Врховни суд има овлашћење да каже да ли и у којој мери друга грана власти има овлашћење да тумачи уставне одредбе. Вид. одлуку на: *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep418/usrep418683/usrep418683.pdf*, последњи приступ 12. децембра 2022, а такође вид. и Leigh Grove 2015, 1967. Дворкин сматра да је одлучивање о субјективним правима надлежност судова, док је одлучивање о политици надлежност законодавца. Наведено према: Alexander, Schauer 1997, 1367.

не постоји јер је уставни суд много јачи фактор у том правно-дијалошком окршају са законодавцем који је увек корак иза уставног суда због могућности да се изнова укине/поништи неуставан акт односно његова одредба кад не одговара уставносудском читању и разумевању устава. Навели смо да скоро нико не може да утиче на законодавца јер једино правом предвиђено средство (за разлику од кршења права у случају кад се не изврши одлука уставног суда) којима располажу други органи у односу на уставни суд јесте *измена устава*.

Дакле, једино би уставотворац могао да се окарактерише као кочничар уставног суда и фактор равнотеже у односу на уставносудско одлучивање.[281] Тај вид контроле уставног суда би се огледао у томе да се у устав запише оно што политички органи сматрају прихватљивим политичким решењем, иако је ту одлуку раније уставни суд укинуо као неуставну. На први поглед, таквом положају уставног суда одговара место акта који уставни суд тумачи – устав је на врху лествице правних аката, а уставотворац је на врху лествице државних органа. А једини ко би уставни суд могао да ограничи јесте само онај ко устав доноси (и мења). Али није лак посао за уставотворца да победи у том правном (или правно-политичком) окршају уставни суд и усвоји уставне амандмане.

Прво, ауторитет уставног суда који, постулирано, чине неки од најбољих правних стручњака, отежавајућа је околност за уставотворца. То посебно важи због изграђене представе о уставном суду као (најзначајнијем) протектору уставних права и слобода. *Друго*, устави се у већини правних система мењају по отежаном поступку, а то је тешко премостива препрека за уставотворца. Иако уставни амандмани представљају правну могућност, због сложености тог поступка, по правилу они нису нешто што би било лако примењиво средство контроле према уставном суду.[282]

Грим сматра да не би требало превише отежати измене устава[283] јер су уставни амандмани једино расположиво средство утицаја политичких органа на уставни суд (Grimm 2019, 70). Ово је спорно став будући да се лаким поступком измене устава не прети превентивно уставном суду, него се озбиљно прети и људским правима и слободама која од данас до сутра могу да се нарушавају зависно од расположење парламентарне већине. Голдсворти сматра да је један од разлога због ког судије „креативно тумаче“ устав управо то што знају да је процедура измене устава тешка (Goldsworthy 2006, 1).[284] Између уставносудског тумачења устава, с једне стране, и лаке ревизије устава од уставотворца мора да се нађе баланс. Нити је добро да се устав често мења нити је добро да га уставни суд обесмисли тако што ће уставним одредбама да приписује значења која излазе из оквира које правно расуђивање поставља.

---

[281] Барак наводи да уставотворац који није задовољан постојањем контроле уставности може да измени устав и забрани контролу уставности, али исказује своје противљење таквим идејама јер „судска контрола уставности ужива поверење јавности“, бар у Израелу о којем Барак говори. Вид. Barak 2006, 230.

[282] У пракси контроле уставности коју врши Врховни суд САД, четири су примера у којима је Конгрес однео победу у односу на контролора уставности тако што је уставним амандманима нулификовао његове одлуке. Вид. о томе Ducat 2009, 25–26.

[283] Шауер истиче да промена устава није само сложена процедура него она представља и нешто што нисмо склони да чинимо. Вид. Schauer 1982, 801.

[284] Надлежност контроле уставности даје уставном суду велику моћ, а његове одлуке се тичу често крупиних моралних контроверзи, потенцијално су трајног карактера и представљају коначну одлуку о одређеном питању. Вид. Marmor 2005, 143.

Треће, уставотворац може да успе у својој намери да обузда уставни суд само уколико одредбу формулише крајње јасно. Мада ни то није гаранција да ће уставни суд, кад буду усвојени уставни амандмани, да дату уставну одредбу чита онако како то одговара уставотворцу. Могуће је да уставотворац осмисли уставну одредбу која ће да омогући релативно кратак мандат судијама уставног суда и да предвиди одговарајућу процедуру у којој ће да одговарајућим државним органима, нпр. законодавцу да уступи овлашћење да осмисле поступак именовања судија. У таквим случајевима, законодавац би могао да предвиди да највећи број судија уставног суда бира управо овај орган, па би се приликом именовања судија, водило рачуна о томе да се бирају они који су нпр. заговорници судијског уздржавања или они који су „проверени" у смислу њихове оданости политичким идејама. То је, раније помињана, јудикализација права.

Коначно, анализа упоредне уставносудске праксе у другом делу рада ће показати да уставни судови каткад контролишу и уставност уставних амандмана, ма колико то парадоксално звучало, тј. контролишу да ли су уставни амандмани у складу с уставним принципима.

Из наведеног је јасно да су средства којим други органи могу да утичу на уставни суд крајње ограничена и тешко остварива. Хертел истиче да се традиционални систем кочница и равнотеже више „не примењује у свом чистом облику" будући да се укрштања често јављa и скоро је немогуће то елиминисати (Härtel 2011, 516). Наредно питање које се поставља у вези с односом уставног суда с другим државним органима јесте *зашто су уставни аранжмани осмишљени тако да су одлуке уставно суда коначне и обавезујуће*?

Одговор би могао да се нађе у томе да испитивању уставности одређеног акта у неком часу мора да дође крај. Као што пресуда у грађанском или кривичном поступку у неком часу мора да постане правноснажна чиме се даље испитивање законитости онемогућује, сходно важи и за одлуке уставног суда. Коначност одлука уставног суда подразумева да се једном решен уставни спор више не може наново решавати. Али проблем је што у поступцима пред редовним судовима постоји начело двостепености, док с уставним судовима то није случај. Нема тог органа који би могао да доведе у питање одлуку уставног суда правним средствима, својеврсном жалбом на одлуку уставног суда.

Оног часа кад уставни суд уложи „вето" на закон (или законску одредбу) тако што утврди неуставност, та одлука је крајња односно уставни суд о уставном спору одлучује „у првом и последњем степену" (Марковић 2016, 573). Марморовим речима, уставни суд намеће своје тумачење свим другим гранама власти, укључујући и законодавца (Marmor 2005, 142). Шауер и Александер истичу да „добар институционални дизајн подразумева норме којима се приморавају доносиоци одлука да се повинују одлукама с којима се не слажу" (Alexander, Schauer 1997, 1387). Ефективна контрола уставности, сматра Грим, захтева политичку културу[285] у којој одлуке контролора уставности „прихватају чак и они који су на власти", а јавност толико поштује уставносудске одлуке да је „прескупо за политичаре ако их и они не поштују у тој мери" (Grimm 2016, 219).[286]

[285] О парадоксалном карактеру политичке културе јер култура наглашава заједничко, а политика подразумева различите и конфликтне погледе на спорна питања, вид. Пантић, Павловић 2007, 62.

[286] "Effective judicial review requires a political culture where, in general, court decisions are accepted even by those who are in power, and where public esteem for the constitution is so high that disrespect becomes too costly for politicians."

Такође, чињеница је да представници политичких органа, Гримовим речима, „гледају на своје политичке планове очима уставног суда“ (Grimm 2019, 58) односно само постојање уставног суда превентивно делује на носиоце политичке власти који не могу да донесу било какву одлуку јер знају да постоји кочничар те одлуке уколико се испостави да је она неуставна. Али и то потврђује да је уставни суд кочничар законодавца, а да законодавац нема противсредство у својим рукама.

Обавезујући карактер одлука уставног суда подразумева да оне делују *erga omnes* и као такве имају дејство које одговара дејству закона, што је Келзен назвао негативним законодавством. Као што се закон објављује у службеном гласнику, тако се објављује и одлука уставног суда и часом који се одређује у њој неуставни закон односно његова одредба и званично нестаје из правног система, и то с проспективним (будућим) или ретроактивним дејством. Ауторитативно читање устава[287] изражено у одлукама уставног суда узрокује да се сви други носиоци државне власти и остали субјекти врате у уставни колосек и зато се питање правилности одлуке уставног суда у правном смислу више и не може постављати (једино се одлука може оспоравати у академским или политичком круговима).

Институционални аранжмани не предвиђају да одлука уставног суда може да се на неки начин суспендује, као што нпр. вето америчког председника може да анулира одлуку Конгреса, али само ако исти закон поново усвоји, овај пут квалификованом већином у оба дома и тако однесе победу у тој утакмици с државним поглаваром. А ако би и таква противтежа била успостављена, онда и не бисмо могли да кажемо да су уставни судови независни органи. Такође, оно што је проблематично у вези с уставним судовањем је то што се понекад кључне одлуке доносе тесном већином, нпр. пет према четири.[288]

Али не постоји аутору познато упоредноправно решење које би и тај поступак отежало тако што би се тражило да нпр. 2/3 или 3/4 судија мора да гласа за укидање/поништавање неког акта или бар одређене групе питања (нпр. о значајним питањима у консоцијалним демократијама).[289] Тиме би се отежало утврђивање неуставности и укидање/поништавање оспореног акта, што би можда и било пожељно решење јер се ипак ради о ветирању воље законодавца који персонификује вољу већине грађана и ужива непосредан демократски легитимитет.[290]

---

[287] Мелерс (Möllers 2013, 128) наводи да нема јасне разлике између уставносудског и законодавчевог читања устава. Овај став се чини претераним јер је ипак уставносудско читање устава коначно и обавезујуће и самим тим надређено законодавчевом читању устава. Сем тога, судије уставних судова су правници (па је њихово расуђивање *правничко*), док парламентарци не морају да буду правници, а тумачење правника и неправника није истоветно.

[288] Кан истиче да судско одлучивање не оставља утисак да оно почива на друкчијим основама у односу на политичко одлучивање. Одлуке које се доносе већином од пет према четири су израз „бескрајног политичког надметања“, а кад се детаљније прочитају тај став се потврђује јер се „судије међусобно оптужују да стављају политику испред права“. Вид. Kahn 2020, 57.

[289] О пожељности правила о строжој већини потребној за укидање закона, те о случају пољског контролора уставности чији је рад измењен управо на тим основама вид. Castillo-Ortiz 2020, 640, 650.

[290] О ставу да ли је оправдан приговор недемократичности судског одлучивања којим се исправљају „грешке“ законодавца вид. Posner 1983, 16.

3. СУДСКИ АКТИВИЗАМ

3.1. Историјат

Појам „судски активизам“ је релативно новијег датума, будући да ни читав век не постоји као такав, што не значи да нису постојале и пре њега судијске одлуке које би могле да се окарактеришу као активистичке. Иако је овај концепт данас окупација оних који се баве правом или политичким наукама, први пут га помиње историчар. Артур Шлезингер Млађи је 1947. године у новинском чланку први говорио о судском активизму.[291] Чланак је објављен у магазину *Fortune* и иако је потекао од неправника, врло је користан као сажет преглед ставова ондашњих судија Врховног суда САД о томе какву би улогу требало да има овај орган у америчкој држави и друштву. Сам почетак рада је посвећен анализи судија Врховног суда које Шлезингер дели у две групе: судски активисти и шампиони самоуздржавања. Признаје да некима од њих највише одговара средње место јер не припадају нити једној групи у пуном смислу речи.[292]

Шлезингер у фокус расправе истиче проблем уставности аката који се тичу тзв. *New Deal* програма мера и реакције америчког контролора уставности на тај пакет мера, истичући да подељена мишљења међу судијама узрокују „неслагање поводом суштинске функције правосуђа у демократији“ (Fortune 1947, 201). Другим речима, спорно је да ли суд треба да буде активан чинилац у промовисању социјалног благостања или треба да се уздржи од тога (Fortune 1947, 201). Шлезингер улогу правосуђа у демократији објашњава уводећи у причу и субјективне ставове судија. Уколико судија треба да се држи оквира који је законодавац установио макар приватно и био против политике законодавца, онда би такав судија био заговорник судијског уздржавања, а судија који заговора да његова „сопствена концепција друштвеног добра“ може да буде интегрисана у одлуку спада у групу заговорника судијског активизма. Или судови служе као инструменти за постизање жељеног добра или имају врло ограничену улогу (Fortune 1947, 201).

Кмиец истиче да су активистичке судије из Шлезингеровог чланка протагонисти повезаности права и политике и за њих су судске одлуке усмерене ка исходима (*result-oriented*) јер нису предодређене (Kmiec 2004, 1447). Анализирајући ставове мислилаца с Правног факултета у Јејлу, Шлезингер наводи да је њихов став да судије имају врло широк простор за креативна тумачења, а „наиван судија то чини несвесно и убеђујући себе да је објективни тумач права“, док „виспрен судија зна да је политички избор неизбежан“ и не претвара се да је објективан (Fortune 1947, 201). Додаје да чак и брижљиво израђен закон има празнине и вишезначне одредбе и не може да предвиди конкретно решење за сваки

[291] Доступно на: *https://ia904508.us.archive.org/3/items/sim_fortune_1947-01_35_1/sim_fortune_1947-01_35_1.pdf.*

[292] Занимљиво је да се на почетку не анализирају толико њихови погледи на улогу суда него њихови карактери, па су различите мане и врлине истакнуте: честит човек а не политикант, врло амбициозан, одустао од председничких аспирација (Fortune 1947, 75), чудна, компликована и себи окренута особа, егоиста чији су правнички квалитети често довођени у питање, праведник, живахан, дрзак, најбољи писац (Fortune 1947, 76).

случај, па цитира судију Хенда по чијем мишљењу су речи закона „празне посуде у које може да се наточи скоро све што судија пожели“ (Fortune 1947, 201).

Уколико улогу суда посматрамо као активно учешће у обликовању права, онда је реч о судском активизму. И то је прво помињање овог појма (Fortune 1947, 202) који обухвата задирање суда у „политичку арену“ (Fortune 1947, 204). Шлезингеровим речима, судски активизам је последица повезаности права и политике и „кад већ суд не може да побегне од политике, нека искористи своју политичку моћ у здраве друштвене сврхе“ (Fortune 1947, 202). Насупрот тога, заговорници судијског уздржавања сматрају да грешке које учини законодавац, он треба и да исправи (Fortune 1947, 204), те док год није ван сваке разумне сумње утврђена неуставност закона, не би га требало укидати јер судија треба да поштује легитимне изборе законодавца (Fortune 1947, 206).[293]

Уколико се прихвати идеја о политичком расуђивању судија, онда је судско уздржавање само „фатаморгана“ (Fortune 1947, 201). Шлезингер истиче неке аргументе и контрааргументе активиста и њихових опонената, при чему се помињу и други изрази који и данас имају значајну улогу у расправама о активизму: „узурпација законодавне функције“, „нужност заштите основних права“, „пожељно друштвено стање“ итд. (Fortune 1947, 206–208). Додаје да се активистима замера да су непринципијелни јер се позивају на аутономију правосуђа, а занемарују аутономију законодавца, а активисти замерају заговорницима судијског уздржавања то што су конзервативци.[294]

Након што је изложио погледе судија на улогу судства, Шлезингер заузима свој став истичући да активизам може да буде претња демократији и да зато треба да се упражњава само у питањима грађанских слобода (Fortune 1947, 206). С друге стране, одлукама о свим осталим питањима би требало да се што потпуније баве политичке институције које су „директно подвргнуте контроли грађана“ (Fortune 1947, 206). На самом крају (Fortune 1947, 211) Шлезингер констатује да су достигнућа суда у прилагођавању устава тренутним потребама импресивна. Тачан је Кмиецов став да Шлезингеров чланак апострофира бројна контроверзна питања: одлучивање неизабраних судија наспрам демократски донесених закона; вредносно оријентисано суђење наспрам принципијелне примене; строга примена преседана наспрам креативне употребе; право наспрам политике; демократска превласт наспрам људских права (Kmiec 2004, 1449).

Иако је Шлезингеров допринос значајан јер отвара бројна спорна питања, ипак би могло да се истакне да он не дефинише судски активизам, него га више објашњава имплицитно настојећи да кроз супротстављене дихотомије укаже на то која спорна питања иду руку под руку с питањем активизма. С друге стране, не сме да се пренебрегне да Шлезингер није био правник, па се и није могло очекивати од њега да концептуално одреди активизам, али је „дао том концепту обећавајући почетак“ (Kmiec 2004, 1450). Без обзира на америчко порекло расправа о судском активизму, с временом се такве расправе јављају и у доктрини на Континенту, поводом (уставно)судског одлучивања европских (уставних) судова, и то је оно што ће да буде анализирано у овом делу рада.

[293] Меквини говори о претпоставци уставности закона. Вид. McWhinney 1995, 837.

[294] Капелети наводи да је добар судија свестан ограничења у његовом одлучивању и осетљив на околности које каткад налажу да буде уздржан, а каткад да буде смео. Вид. Cappelletti 1981, 51.

Неки аутори истичу да концепт „судски активизам“ није подесан за европско тло, мада се користи и у Европи јер у последњим деценијама јача „институционални престиж и моћ која није могла да се предвиди“ у време кад су стварани уставни судови. Концепт „судски активизам“ има важно место у САД, али у односу на одлучивање уставних судова у Европи постоје разлике због: врсте одлука, структуре власти и правне културе (Palazzo 2020a, 401–402, 410). У уставним судовима европских држава постоји нијансиранији приступ у погледу одлучивања о неуставности јер је створен „арсенал средстава која иду даље од дводеобе“ на укидање–неукидање, а пример су одлуке којима се „креативно“ тумачи устав како би се спорна одредба одржала на снази што подрива разлог увођења контроле уставности у Европи – укидање неуставног закона (Palazzo 2020a, 410).

Мада је тачна тврдња о ширем арсеналу уставносудског реаговања на уочену неуставност, ипак сматрамо да је говор о судском активизму подесан и за европско тло будући да (1) типична својства судског активизма, о којима ће да буде речи у овом делу рада, могу да се уоче и у одлукама уставних судова и Врховног суда САД, а осим тога (2) појавни облици активизма у уставносудском одлучивању су само форме у којима се иста суштина (задирање у надлежности других органа, политичко расуђивање, изворно или друкчије регулисање друштвених односа који су већ регулисани одлукама других орган итд.) манифестује.

Иако се израз „судски активизам“, према аутору доступним подацима, први пут помиње 1947. године, ипак се ни до данас није дошло до општеприхваћене дефиниције јер постоји подела на оне који га оштро критикују и оне који га здушно подржавају. То је узроковало дебате, иако је иронично то да „што је израз постајао уобичајенији, његово значење је бивало све нејасније“ (Kmiec 2004, 1443),[295] а мноштво теоретичара су давали и супротстављена мишљења о њему. Штавише, постоје и аутори који сматрају да се ради о пејоративном[296] и празном појму који се обично користи да се опише судско одлучивање које говорник не одобрава (Barnett 2002, 1276 и Smith 2015, 22) односно овај концепт може да означава свашта, укључујући и ништа, тј. карактерише га тривијализација услед прекомерне употребе (Palazzo 2020a, 403).

Познер наводи да се израз „судијско уздржавање“ користи да се искаже одобравање донесене одлуке, а израз „судски активизам“ да означи неодобравање одлуке (Posner 1986, 179–180). И Кмиец истиче да се о судском активизму каткад говори у пејоративном смислу, али да употреба речи „активизам“ као супститута за реч „лоше“ не доприноси расветљавању штетности или неправилности неке судске одлуке (Kmiec 2004, 1473). Барнет истиче да би било најбоље одбацити овај израз, али пошто претпоставља да то аудиторијум не би прихватио, он даје своју дефиницију према којој је судски активизам одлучивање „насупрот текста устава било да се укида било да се не укида закон“ односно кад суд „релевантну

[295] Kmiec 2004, 1443. Данас се обично истиче да „судови треба да буду суздржани од чињења нечег лошег а активни у чињењу оног што је правилно (*right thing*)“. Вид. Whittington 2019, 1. Ипак, истицање везе између активизма и критеријума добро/лоше није од превелике користи јер нужно захтева да се објасни шта је то добро а шта лоше, о чему не постоји сагласност јер су у питању субјективни, вредносни, судови.

[296] Кад се суд описује као активистички, уобичајено се то чини у увредљивом тону јер је то суд који се „понашао неприкладно јер је залутао изван овлашћења судске функције злоупотребљавајући своја овлашћења“. Вид. Arnull 2012.

уставну одредбу замени другом одредбом за коју мисли, из било ког разлога, да је пожељнија“, он поступа активистички (Barnett 2002, 1276).

Дакле, деценије иза нас су много више питања у вези са судским активизмом отвориле, него што су затвориле. Општеприхваћене дефиниције судског активизма нема, а ни овај рад не претендује да дефинитивно и категорички дâ концептуално одређење судског активизма. Ипак, постоје нека својства која мање-више прожимају све расправе о судском активизму и она се, експлицитно или имплицитно, признају као типична својства судског активизма. Наредни одељци би требало да расветле везу (уставно)судског активизма и сродних модалитета судијског одлучивања, на основу чега ће да буде дата стипулативна дефиниција концепта „судски активизам“, а потом ће да буду анализирана типична својства овог модалитета (уставно)судског одлучивања.

3.2. Концептуално одређење судског активизма (активизам и сродни модалитети судског одлучивања)

У редовима пред нама циљ нам је да створимо корисну подлогу за давање стипулативне дефиниције судског активизма која ће бити у облику прототипске дефиниције, а затим да њу применимо на анализу уставносудског активизма. Да бисмо концептуално одредили судски активизам, сматрамо да је потребно да га претходно упоредимо са сродним модалитетима судског одлучивања. Компаративни модалитети судског одлучивања које имају мање-више везе са судским активизмом су тумачење права, стварање права, примена права, те одлучивање које подразумева да доносилац постојеће право такорећи допуњује због његове недоречености[297] јер надлежни правотворци тек делом регулишу неко правно релевантно питање тј. они „стану на пола пута“.

3.2.1. Судски активизам и тумачење права

„Свако ко има апсолутну власт да тумачи било који писан или усмен закон, јесте онај који је стварни законодавац у сваком погледу и смислу, а не лице које је прво написало или изговорило закон.“[298] Ове речи бискупа Ходлија указују на прворазредни значаја тумачења права, али и покрећу питање повезаности тумачења и модалитета одлучивања који само *prima facie* изгледају као тумачење.

Раније је констатовано да правно расуђивање представља ону интелектуалну активност која има за циљ да се дође до одлуке у конкретном случају[299] и да се одређени правни закључак тј. значење (до којег се дошло тумачењем правног текста) образложи тј. оправда тако што ће да се повеже с текстом извора права. Из тога следи да је централни део правног расуђивања одређивање значења правног текста (правне одредбе). Другим речима, тумачење правног текста заузима централно место у процесу правног расуђивања, будући

[297] О допуњавању права говори и Дајовић истичући да је оно посебно значајно кад је реч о нејасним терминима јер је појава на коју се дати термин односи „гранична“ што значи да „није јасно да ли је термин денотира или не“. Тад исказ из образложења пресуде „довршава значење законске одредбе“ *in concreto* али „може да функционише и као прескриптивни исказ“ попут било које правне одредбе којом се дефинише неки термин (Dajović 2022, 246).

[298] Наведено према: Келзен 1998, 212.

[299] Правно расуђивање се у овом раду се поима као конкретно а не апстрактно расуђивање. То, другим речима, значи да се има на уму одлучивање у конкретним случајевима и то одлучивање (уставних) судија.

да прво мора да се одреди значење правног текста, да би могло да се примени на чињенично стање и да се донесе, а затим и образложи, одлука.[300] Ипак, нису сви конкретни случајеви у истој равни у погледу утврђивања значења правног текста, будући да је некад то лак, а некад прилично сложен задатак који захтева аргументовање у прилог одабраног нормативног значења правног текста. Некад судију сви путеви воде ка једној одлуци услед чега аргументовање није нужно, а некад га воде до рачвања и тад судија мора да одабере пут којим ће да настави, а ма који пут (тј. значење правног текста) одабрао, нужно је да оправда своју одлуку.

Иако тумачење има велики значај за разумевање правног расуђивања и судског активизма, (1) доктрина није сагласна у вези с концептом тумачења. Тачније, неки аутори сматрају да судија тумачењем права сазнаје већ постојеће значење, а други истичу да је тумачење увек одлучивање о значењу. Затим, (2) доктрина није сагласна поводом тога да ли је решење *сваког* правног спора такво да је судијин задатак просто супсумирање чињеница под правну норму. Некад се истиче да одређени случајеви јесу управо то, али да постоје и случајеви који дају судији одређени степен слободе тј. одређују му само оквир у којем он треба да доноси одлуке. Мање-више је неспорно да судија приликом тумачења није апсолутно слободан, али је спорно да ли је тумач апсолутно везан правом или га право само усмерава, а затим му препушта да (дискрециono) одлучи о значењу правног текста. Ма како поимали природу тумачења, не сме ни да се пренебрегне *који* правни текст се тумачи, будући да тумачење устава и тумачење нпр. правилника није истоветно. Што су одредбе у правном акту уопштеније, то је задатак тумача сложенији.

Коначно, (3) осим што је спорно шта тумачење јесте, не постоји консензус ни поводом питања како *треба* да се тумачи. Прецизније, спорно је да ли се тумачење своди *само* на правни текст или намеру или циљ норме, или су ти и други интерпретативни аргументи подједнако значајни. То је питање доктрина тумачења (текстуализам, интенционализам и функционализам), али о њима у овом раду неће бити речи.

Већ је констатовано да судије увек настоје да своју одлуку оправдају тврдњом да су протумачили правни текст. Али каткад је танка линија између тумачење и стварања права. Типично је својство судског активизма, по нашем мишљењу, то да се активизам увек представља као последица тумачења права, али да бисмо то детаљније анализирали, прво ћемо да демистификујемо концепт и природу тумачења права. То подразумева трагање за одговорима на два питања: (1) кад судије тумаче право и (2) да ли је тумачење откривање већ постојећег и јединог исправног значења или је оно одлучивање о значењу. А кад се реализује тај циљ, онда ће да буде испитана веза тумачења права и судског активизма.

3.2.1.1. (Не)спорни случајеви – кад судије тумаче право?

У доктрини је позната подела на неспорне (лаке) случајеве и спорне (тешке) случајеве и она је уско повезана с питањем *кад* се тумачи. Мармор истиче да је лак случај (*easy case*) онај у којем право може лако да се разуме, а примена је очигледна и неспорна, док су тешки (*hard case*) они случајеви у којима решење није одређено правним стандардима

[300] О садржини појма „тумачење“ у најширем, ширем и ужем смислу, као и „оперативном тумачењу“ које се односи на тумачење државних органа зарад пресуђивања конкретних случајева, вид. Wroblewski 1969, 3–5.

(Marmor 2005, 95–97). Лајтер и Коулмен истичу да су тешки они случајеви у којима „судија мора да упражњава дискрециону оцену јер су правни разлози недовољни да одреде један једини исход“ (Leiter, Coleman 1993, 563).[301] Алекси и Драјер наводе да је општа карактеристика тешких случајева то што се одговор на спорно правно питање „не може наћи у самом тексту, применом правила логике и правне методологије“ и да су „вредносни судови неопходни“ и огледају се у уважавању „моралних вредности иманентних правном систему“ (Alexy, Dreier 2016, 78).[302]

Тешки случајеви подразумевају да „постоје (правни) разлози и за и против једног или више исхода који се разматрају“ (Dajović 2023b, т. 19), а то што не постоји јединствених исход не значи да судије одлучују на основу личних преференција нити насумично бирају између алтернатива, а не постоји ни правни систем који допушта овакве одлуке (Харт 2015, 115). Гвастини истиче да разликовање лаких и тешких случајева почива на томе да у лаким случајевима судија нема дискреционо право и да су интерпретативни искази (тј. значења правног текста које судија припише тексту) тачни или нетачни (Guastini 2005, 143),[303] док супротно важи за тешке случајеве. У доктрини се понекад говори о разумевању (*understanding*) правног текста и оно подразумева да се преко правног текста непосредно долази до значења, а ако се сумња у значење јави, онда тај прелазак није непосредан, него текст мора да се тумачи (Walton, Macagno, Sartor 2021, 28). Дворкиновим речима, „не треба да постављамо питања кад већ знамо одговор“ јер ако, примера ради, закон забрањује вожњу преко 55 на сат, онда је случај лак јер се без проблема долази до правног закључка (Dworkin 1986, 266).

Стога, код лаких случајева тумачења и нема, него је довољно да се наведу релевантна правна одредба и чињенично стање, и до правне одлуке се долази простим супсумирањем чињеничног стања под правну одредбу. Слично сматра и Мекормик истичући да лаки случајеви постоје кад нема спора ни око релевантних чињеница ни око значења одредбе која се примењује (јасна је, није вишезначна и несумњиво је релевантна за дати случај) и услед тога одлука може да се оправда дедуктивним путем (MacCormick 1978, 19–52).[304] Нпр. (1) правном одредбом се прописује да је невезивање сигурносног појаса прекршај који се

[301] Раз хипотетички говори о систему у којем влада апсолутна дискрециона власт и систему у којем она уопште и не постоји. Вид. Raz 1999, 137–141. Нити право почива на апсолутној слободи нити на апсолутној неслободи судије. Да ли ће судија да има већи или мањи степен дискреционе власти, одлучује творац извора права, нпр. законодавац у кривичном закону.

[302] Слично сматра и Печеник истичући да тешки случајеви подразумевају постојање моралних недоумица и у њима одлука не проистиче из „правног правила и описа чињеница“ него из „проширеног скупа премиса“ који сачињавају вредносни ставови, норме, разумне претпоставке и други искази који не могу да се лако докажу (Peczenik 2008, 15–16).

[303] Није потпуно тачно, по нашем мишљењу, да и код лаких случајева примењујемо бинарни критеријум тачно/нетачно, будући да се у правном расуђивању не поставља питање истинитости исказа или одлука. Ако судија у *prima facie* лаком случају не припише правном тексту значење које спада у језгро појма, онда мора да се анализира образложење у којем се наводи зашто судија одступа од устаљеног значења. Другим речима, судија мора да аргументује зашто одступа од интуитивног значења, чиме у ствари лак случаја „претвара“ у тежак случај. Уколико се утврди да судија није образложио такво одступање, не бисмо ни тад могли да говоримо о неистинитости одлуке, него само о необразложености.

[304] Мекормик истиче да је у лаким случајевима довољно дедуктивно оправдање, док се у тешким случајевима даје оправдање другог реда (*second-order justification*) и дедуктивно оправдање је могуће тек након што се интерпретативни проблеми реше (MacCormick 1978, 100–128).

кажњава новчаном казном, (2) утврђено је да Милош приликом контроле није везао појас из чега произлази да (3) Милош треба да плати новчану казну јер је учинио прекршај.

Доктрина није сагласна о *значају* и *основаности* дихотомије на лаке и тешке случајеве.[305] Извори права „смањују број могућих алтернатива“ које судија има при одлучивању у конкретним случајевима, при чему у лаким случајевима „правни разлози недвосмислено воде судију ка једној могућности“, па је одлучивање у њима рутинско и једноставно, док у тешким случајевима постоје „различити, правно прихватљиви, одговори“ (Dajović 2023b, т. 60). Мармор је против релативизације лаких случајева и довођења у питање њиховог постојања, што поткрепљује примером: ако неко постави црвени предмет испред нас и каже да је тај предмет црвен, како да одреагујемо ако нас пита да ту тврдњу образложимо односно аргументујемо? По Марморовом мишљењу, тад можемо једино да се позовемо на значење речи „црвено“ тј. на правило о значењу те речи у датом језику јер је бесмислено да тврдимо како овде постоји логички закључак или аналитичка изјава (Marmor 2005, 98).

По Бараковом мишљењу, сваки правни текст треба да се тумачи јер и „текст неспорног значења захтева тумачење“ тј. текст не може да се разуме ако се не протумачи, из чега произлази да Барак не прихвата постојање лаких случајева (Barak 2005, 4, 12). Дакле, оно што се у овом раду назива лаким случајевима услед тога што се текст непосредно разуме јер није споран, за Барака није прихватљиво будући да ниједан текст нема „прединтерпретативно значење“ (Barak 2005, 13).

По Гвастинијевом мишљењу подела на лаке и тешке случајеве није прихватљива у целости јер објашњава како изгледа тумачење оријентисано на чињенице, а не објашњава како се долази до норме тј. значења, будући да је приписивање значења логичка претходница у односу на супсумирање чињеница (Guastini 2013, 139). Другим речима, наведена подела не решава кључни проблем тумачења права – идентификовање норми тј. значења правних текстова. Дискрециона оцена се везује управо за значење правног текста, а не за подвођење чињеница под правило (Guastini 2005, 143–144).

Међутим, Гвастинијев приговор не стоји имајући у виду то да се до значења у лаким случајевима долази без интелектуалног напора и без тумачења, будући да је довољно да се наведу правна одредба, конкретно чињенично стање и да се из тога изведе правни закључак. Ту се значење правног текста непосредно разуме услед непостојања интерпретативне сумње, а „непосредно разумевање неког исказа није тумачење“ (Dajović 2023a, 85). Суштина поделе на лаке и тешке случајеве је у томе да се расветли да процес правног расуђивања (одлучивања и образлагања донесене одлуке) некад представља једноставан задатак, а некад изузетно сложен задатак.[306]

---

[305] О томе како лаки случајеви могу да постану тешки и како тешки случајеви могу да постану лаки, вид. Lucy 2004, 211–212.

[306] „Пресуђивање је тумачење“ тј. процес којим судија разумева „значење ауторитативног правног текста и вредности које тај текст оличава“ (Fiss 1982, 739). Вандевелде истиче да „понекад правила диктирају исходе, а понекад не“ (Vandevelde 2011, 256). Бидлински истиче да подвођење чињенице под правни текст понекад „није могуће 'само из закона' него тек након тумачења“, што значи да и он прихвата постојање лаких случајева (Bidlinski 2011, 27). То мишљење дели и Бикенбах, истичући да управо нужност тумачења показује зашто правно расуђивање не може да се објасни у светлу дедуктивног расуђивања. Вид. Bickenbach 1990, 30–31.

У овом раду се полази од тога да се подела на лаке и тешке (односно спорне и неспорне) случајеве основана, те да лаки случајеви постоје и да су они правило у одлучивању редовних судова, а ређи су у одлучивању уставних судова. Лакоћа одређеног случаја произлази из тога што је аргументација такорећи излишна јер у њима не постоје нити језички нити вредносни нити систематски спорови о значењу правног текста.[307] Спорни односно тешки случајеви се јављају услед спорова о значењу правног текста, а „спорност" јавља из језичких, вредносних и системских разлога, тј. услед неког од ових разлога се јавља *интерпретативна сумња* која ауторитативно треба да се реши интерпретативни исказом о значењу спорног текста.[308]

Дакле, у овом раду се полази од тога да се тумачи само у *спорним* случајевима јер није сваки правни текст *eo ipso* предмет тумачења него је то само правни текст чије је значење спорно у датом случају. Из тога би произлазило да тумачење представља одређивање „нормативног значења" одређеног правног текста које је *in concreto* постало спорно из неког разлога (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 319–320).

Сложеност правног расуђивања и потреба да се тумачи настаје услед *неодређености права* будући да није могуће интуитивно и без аргументације утврдити које је значење правног текста.[309] Лајтер истиче да је право рационално неодређено[310] јер су правни разлози недовољни да оправдају само један исход у конкретном случају, а каузално је неодређено јер су правни разлози недовољни да узрокују да судија досегне само један исход (Leiter 1995, 481–482). Шауер (Schauer 2009, 162–163) сматра да постоје два вида неодређености у којима разумевање текста на основу језика није довољно: (1) кад појмови из правног текста нису прецизни сами по себи (нпр. најбољи интерес детета) и (2) кад појмови из правног текста постану спорни у контексту конкретног случаја (нпр. да ли су ролери возило).

Неодређеност права може да има различите појавне облике, а оно што је у сваком од њих заједничко јесте да се услед неодређености јавља *спор о нормативном значењу* правног текста који се тумачи. Сигурно је прва помисао у вези с неодређеношћу права његова језичка неодређеност. *Prima facie*, ако је спорно шта у језичком смислу значе речи и изрази употребљени у правном тексту, ради се о спорном или тешком случају, а ако се већ читањем разуме значење правног текста, реч је о неспорном односно лаком случају. Поставља се пак

---

[307] Дихотомија на спорне и неспорне случајеве се односи на (не)постојање спора о значењу правног текста, а не тиче се другог значајног питања – спора о исказима о чињеницама. Овај рад не претендује да анализира аспекте који се односе на различитост исказа о томе шта се догодило тј. рад није усмерен на оно што се у правном силогизму односи на чињенично стање као доњу премису. Тада се (не)истинитост тврдњи учесника у поступку испитује помоћу доказа, нпр. увиђаја, саслушања сведока, исправа итд.

[308] Дајовић истиче да спорaн случај подразумева да правник може да „формулише макар два супротна одговора" у односу на правно питање које решава, при чему су ти одговори засновани на „прихватљивим правним аргументима". Насупрот томе, случај је неспоран (лак) уколико постоји само један исход који је правно прихватљив (Dajović 2023a, 92–93).

[309] Неодређеност права је последица непознавања чињеница која узрокује неодређеност циљева (Hart 2013b, 661–663), па је немогуће елиминисати „избор између отворених алтернатива" (Dajović 2023b, т. 16–17). А неодређеност права узрокује потребу да се разликују лаки и тешки случајеви, будући да у лаким случајевима не постоји сумња у погледу „значења и применљивости" правног правила (Харт 2015, 114), тј. правни текст „не оставља простор за избор између отворених алтернатива" (Dajović 2023b, т. 17–18).

[310] Вид. и Spaić 2020a, 129.

питање да ли је лакоћа одређеног случаја одређена искључиво језичком јасноћом правног текста и излишношћу аргументовања.

Одговор на ово питање је у највећем броју случајева потврдан, али не мора нужно да буде такав. Нпр. ако се правним текстом забрањује улаз аутомобилима у парк, тада се поклапају језичко и нормативно значење правног текста, а слично је и кад текст забрањује улаз возилима, а неко уђе аутомобилом у парк. У оваквим случајевима нема потребе да судија аргументује зашто аутомобил сматра возилом јер је реч о *типичном* примерку возила и вероватно би свако, одговарајући на питање: на шта помислите кад чујете реч „возило", рекао управо аутомобил.[311] Стога, језички је несумњиво да је аутомобил возило и лако је предвидети како ће судија да одлучи. Зато Лајтер истиче да лакоћа случаја произлази из предвидљивости исхода (Leiter 1995, 484). Кад неко уђе аутомобилом у парк упркос забрани уласка возилима у парк, јасно је да је прекршио забрану и судија има лак задатак: навешће правну одредбу, описаће чињенично стање и подвешће га под правну норму чиме долази до правног закључка да је односно лице учинило деликт.

Али ако одредба забрањује улаз возилима, па неко уђе ролерима или трактор-косачицом у парк, има ли ту деликта? Или, шта ако уставна одредба прокламује да *свако* има право на живот – да ли ту спада и насцитурус? Одговор не може да се дâ на несумњив начин, па би такав био случај био *споран из језичких разлога*. Каткад више одредаба, заједно узев, дају одговор на *prima facie* језички спорно питање јер једна прецизира значење друге, па бисмо и у таквим случајевима могли да говоримо о лаком случају. Узмимо да члан 155 закона гласи: „Оптужени има право на жалбу у року од 30 дана од дана достављања пресуде". Ова одредба је прилично јасна у језичком смислу и представља лак случај, али извесне недоумице могу да се јаве. Рецимо, спорно може да постане да ли је у датој одредби реч о *личном* достављању. Претпоставимо да се у члану 223 истог закона наводи да се достављање врши лично кад год од дана достављање тече неки рок. Пошто у датом случају тече рок за жалбу, онда је одредба из члана 223 одговор на питање да ли одлука мора да се достави лично. Овде ипак није у питању споран (тежак) случај јер поменути чланови закона не налажу супротне исходе.

Али некад је текст, изоловано посматран, јасног значења, али постаје споран кад се доведе у везу с неком другом одредбом јер оне налажу супротна понашања односно међусобно се искључују, па тад постоји *системска спорност*.[312] Нпр. узмимо да се у закону о наслеђивању неке државе прописује да заоставштину оставиоца не чине предмети домаћинства мање вредности који служе за задовољење свакодневних потреба оставиочевих потомака, његовог супружника и *родитеља* (чл. 2), али се прописује и да предмети домаћинства који служе за задовољење свакодневних потреба припадају надживелом супружнику и потомцима оставиоца (чл. 38). Дакле, у једном члану се родитељи помињу, а у другом се не помињу, услед чега постоји колизија две одредбе и

[311] Хартовим речима, ако је ишта возило, онда је то аутомобил (2013, 185). Вид. о томе и Walton, Macagno, Sartor 2021, 30.

[312] Осим системске спорности, постоје и случајеви у којима се јавља *prima facie* колизија између различитих правних одредаба и она се отклања применом начела специјалности (*lex specialis*), хијерархије (*lex superior*) или темпоралности (*lex posterior*). Нпр. уговор не мора буде у писаној форми (опште правило), али ако се продаје непокретност, закон прописује обавезну писану форму (посебно правило) и ту је реч о начелу специјалности: посебно правило дерогира опште правило. Ту у основи и нема тумачења јер се не приписује значење него се решава колизија две норме које налажу различите исходе.

системска спорност јер није сигурно да ли родитељи имају или немају право на наведене предмете.

Ипак, чак и језички јасно и системски неспорно значење правног текста може да при одлучивању доведе до последица које су спорне у вредносном смислу. Рецимо, треба ли да се казни онај ко је ограничење прекорачио за један километар на час? Будући да право не може да буде имуно у таквим случајевима, каткад судија мора да установи изузетак од правила. Такође, устави често садрже и појмове који су суштински спорни.[313] Нпр. одредбе у којима се помиње људско достојанство, демократија, правда, недискриминација или владавина права. Кад постоји спорност у погледу последица до којих доводи језички јасно значење или кад се тумаче суштински спорни појмови, случај је *спорaн у вредносном смислу*.[314]

Стога, у овом раду се заступа став да је случај спорaн (тежак) и да текст захтева тумачење уколико постоје језички, системски или вредносни разлози. *A contratio*, ако у конкретном случају нема спора о значењу ни у језичком ни у системском ни у вредносном смислу, тад је случај лак и тад се *не* тумачи, тј. тумачи се само у тешким случајевима.[315]

Изложићемо одмах (1) језичке разлоге који творе спорaн случај (нејасност и вишезначност), будући да услед вишезначности и нејасности уставних одредаба њихово значење може да постане спорно, а након тога ће да буде речи о (2) спорности у вредносном смислу услед појмова који су суштински спорни, будући да устави неретко гарантују да је људско достојанство неповредиво, забрањују дискриминацију по било ком основу, прокламују да је држава демократска итд. Системска спорност нема већи значај за овај рад, па неће бити предмет подробније анализе. На системску спорност *prima facie* подсећа тест пропорционалности, али разлика је значајна јер се њим балансира између два уставна субјективна права тј. сукоб уставних принципа се у том случају решава оптимизацијом. О вредносној спорности исхода језички јасне одредбе биће речи и у одељку који се тиче повезаности судског активизма и дифизибилности.[316]

Нејасност као узрок спорности.[317] Говорећи о лаким и тешким случајевима, Харт разликује језгро појма и полусенку појма, што је узроковано порозношћу (*open texture*)

---

[313] О суштински спорним појмовима ће бити речи у другом делу овог одељка.

[314] По Печениковом мишљењу, правници нужно доносе вредносне судове, будући да је језик права често нејасан и двосмислен, па је таква врста судова нужна како би се направио избор између различитих тумачења (могућих значења) закона или другог извора права (Peczenik 2008, 16). Прецизније, без вредносног расуђивања нема супсумирања, утврђивања и попуњавања правне празнине, избора применљиве норме, правне последице нити одлуке о томе да је закон застарео (Peczenik 2008, 22–23).

[315] И Харт сматра да се тумачи у тешким односно случајевима из полусенке, али не и у лаким случајевима (2013, 185).

[316] Вид. одељак 3.2.4.2.

[317] Печеник такође истиче да из нејасног и двосмисленог правног текста не произлази правна одлука. Нејасност (*vagueness*) подразумева да значење речи допушта и граничне случајеве, док вишезначност (*ambiguity*) подразумева да једна реч има више могућих значења. Постоји и вредносна отвореност која је „посебан случај вишезначности и нејасности“, нпр. кад се прописује правична накнада (Peczenik 2008, 16–17). Печеник наводи пример вишезначности: шта ако А у саобраћајној несрећи повреди Б, и услед тога Б изгуби радну способност, а тиме и део прихода? Ако се утврди да је повређено лице имало и пре несреће болест због које би свакако изгубило радну способност, да ли се може сматрати да је А узроковао губитак радне способности јер закон прописује да оштећеном лицу надокнађује штету онај ко је узрокује? Дакле

правног текста односно нејасношћу. Језгро одређеног појма чине објекти који несумњиво потпадају под тај појам (стандардни случајеви), док се појмовима из полусенке називају они појмови за које не можемо са сигурношћу да кажемо да ли су део одређеног појма, дакле то су гранични случајеви.[318] Гранични случајеви деле нека типична својства са стандардним случајевима, али имају и нека специфична тј. атипична својства у односу на стандардни случај.[319] Слично учење дају и други аутори. Франц Бидлински истиче да треба правити разлику између „једноставних“ и „компликованих“ случајева, а то почива на нужности разликовања између језгра појма, предворја појма и области изван могућег коришћења датог појма, при чему је критеријум поделе „општа употреба језика“.[320]

Под језгром појма се разумеју сви они објекти које под дати појам подводи „иоле језички и стручно оспособљен“ човек, док предворје појма чине они објекти који се у некој језичкој заједници каткад подводе, а каткад не подводе под одређени појам (Bidlinski 2011, 27). Дакле, Бидлински апострофира конвенционални критеријум у којем је кључно да ли међу члановима заједнице постоји консензус или неслагање поводом разумевања садржине одређеног појма. Алекси и Драјер истичу да је неки појам нејасан (*vague*) онда кад постоје неки објекти које се под њега несумњиво подводе, неки који се несумњиво не подводе и неки за које ни једно ни друго не важи са сигурношћу (Alexy, Dreier 2016, 74–75).

У случајевима који могу да се подведу под језгро појма судија нема простор да процењује да ли нешто потпада или не под концепте из одредбе,[321] док у тешким случајевима, решавајући проблем полусенке, судија има дискрециону власт[322] да одлучи да ли ће спорни објекат да подведе под одређени појам или не. Кад се судија суочи с проблемима из полусенке, он упражњава дискрециону оцену како би тај проблем решио. Спаић тумачи Хартово учење о дискреционој власти на следећи начин: кад се појави проблем полусенке, судија мора да одлучи, а његова одлука „не може бити потпуно одређена правним разлозима“ будући да „текст правне норме не даје јасан и једнозначан одговор на питање које се судији поставља“ (Spaić 2020a, 93).

Дворкин и морална начела сматра саставним делом права тј. извором права, па би за њега она била лимитирајући фактор судског одлучивања, али он пренебрегава да је и значење моралних принципа (праведно, поштено, једнако итд.) често спорно (Leiter, Coleman 1993, 565). Спаић истиче да је Хартово становиште неоформалистичко или

„узроковати“ може да значи или учинити нешто што је нужан услов за исход или учинити нешто што је довољан услов за исход.

[318] Либвалд наводи да није могуће са сигурношћу одредити где прецизност престаје, а почиње нејасност нити је могуће досегнути потпуну нејасност или потпуну прецизност. Вид. Liebwald 2012, 405.

[319] Нпр. типично својство птица је да имају кљун, перје и да лете. Пингвини јесу птице, с тим да деле нека типична својства с осталим птицама (кљун и перје), али имају и нека особена својства која су атипична у односу на остале птице (не лете).

[320] Језик је друштвена установа и његово успешно друштвено функционисање почива на општеприхваћености одговора на одређене вербалне симболе који се користе у одређеном контексту (Barak 2005, 25).

[321] Тврдња о потпуној ограничености судијине слободе се односи на значење концепата који су искоришћени у правној одредби која се примењује на чињенично стање, будући да не постоји сумња у погледу значења датих концепата. С друге стране, судија има одређену слободу и упражњава дискрециону оцену кад одлучује о висине казне затвора или новчане казне у оквиру утврђених распона.

[322] О дискреционој власти вид. Dworkin 1963 и Shapiro 2007.

делимично формалистичко (Spaić 2020a, 93),[323] а кључну мањкавост види у Хартовом разумевању лаких случајева (Spaić 2020a, 96). Иако је тачно да је језик права понекад нејасан,[324] ипак не може да се безрезервно тврди да је он нејасан – често јесте, али није нужно нејасан, а ни неодређен.

У доктрини се истиче и трихотомна подела на категоријалну, градуелну и вишедимензионално (претерано) несамерљиву нејасност (Dajović 2023a, 101–105). Док се категоријална нејасност тиче садржаја спорног појма, дотле се градуелна нејасност тиче његове референце. Рецимо, категоријално је спорно значење појма возило јер не можемо са сигурношћу да кажемо шта све чини нужан садржај појма „возило", док је градуелно нејасно значење појмова „трајнија заједница", „у најкраћем року" или „без одлагања". Да ли трактор-косачица има довољно одлика возила[325] је једно питање, а друго је питање нпр. да ли је суд прекршио право окривљеног да му се суди без одгађања уколико је од изјашњења о кривици до заказивања главног претреса прошло два месеца. Знамо да трактор-косачица има мотор, точкове, мењач, али не служи за превоз лица или робе него за кошење траве, па нема све типичне одлике возила. Или, ако узмемо да су два месеца критеријум при оцени о кршењу права на суђење без одгађања, да ли је прекршено право окривљеног ако је протекло два месеца и два дана?

Кад је реч о вишедимензионално несамерљивој нејасности,[326] она постоји нпр. кад се старатељство одређује на основу тог шта је „најбољи интерес детета" јер се ту захтева вишедимензионално вредновање – ко може да пружи детету боље васпитање, школовање, везаност детета за једног од родитеља, везаност родитеља за децу, жеље детета, узраст детета, средина у којој живе родитељи након престанка заједнице итд. Претерано нејасни појмови су пријемчиви законодавцу јер та „неухватљивост референце" допушта контекстуално прилагођавање, па судови треба да утврде шта ти појмови значе у сваком конкретном случају (Dajović 2023b, фн. 36).

Или, ако правни текст налаже да се оптужница потврђује само ако постоји *основана* сумња, онда немамо прецизне критеријуме о томе кад је сумња основана. Судија ће у сваком конкретном случају да цени да ли је сумња коју је исказао тужилац у оптужници основана тј. цениће да ли докази коју су прикупљени указују на то да уистину постоји велика вероватноћа да је осумњичено лице учинило дело за које се терети. Дакле, ако постоје сведоци, снимци надзорних камера који показују да је у часу кад је дело учињено осумњичени био на месту злочина и трагови крви који доказују умешаност осумњиченог у

---

[323] Супротно мишљење о Хартовом учењу има Стоун, истичући да је Харт противник формализма. Вид. Stone 2004, 181.

[324] Алекси и Драјер истичу да се „свака примена права суочава с проблемима двосмислености, недореченост и вредносне отворености", што јесте могуће, али ипак није нужно тачно. Вид. Alexy, Dreier 2016, 74.

[325] Вандевелде истиче да у случају кад је „језик правила исувише уопштен да би диктирао један исход" судија мора да одлучи „који би резултат најбоље допринео политици која се крије иза правила" тј. судија мора да расуђује тако да „унапреди политику на којој почива правило" (Vandevelde 2011, 43).

[326] У тешким случајевима, примењујући правни стандард као претерано нејасан појам, *stricto sensu* „судија не тумачи закон" тј. не приписује значење правном тексту него се служи другим техникама, као што је „осећај примерености који се развија кроз животно искуство у заједници" (Dajović 2023b, т. 41), а посебно су у правној заједници важни „професионални ставови правне јавности" (Barak 2005, 208). Одлучујући о значењу вишедимензионално нејасних појмова, судија не одређује њихов садржај тумачењем него образложењем о томе шта сматра разумним, исправним и слично (Dajović 2023b, т. 73).

учињено дело, онда је судији олакшан задатак. Стога, нејасност правног текста се решава на основу контекста јер ће текст да изазове недоумице а контекст би требало да их реши. Из тога произлази да су релативно нејасни појмови апстрактно нејасни али конкретно јасни, а апсолутно нејасни појмови остају такви било да их посматрамо апстрактно било конкретно.

Вишезначност. За један појам кажемо да је вишезначан уколико постоји више објеката који се означавају тим појмом, а они међусобно немају додирних тачака. Нпр. кад чујемо реч „глава", онда може да се мисли на део људског или животињског тела, људски живот (изгубити главу), старешину (глава породице), део биљке (главица лука), део књиге (поглавље) итд. У праву би пример могао да буде појам „одговорност". Значење овог појма може да буде различито јер одговорност може бити и морална и политичка и правна, а у оквиру правне одговорности се разликују кривична, грађанска, прекршајна, дисциплинска итд.

Уколико знамо да се решава случај у вези с накнадном штете услед неиспуњења уговора, јасно је да ту може да буде речи само о грађанскоправној одговорности и да она може да буде субјективна или објективна, зависно од тога да ли се одговара само ако постоји кривица или се одговара без обзира на кривицу. Уколико корисник кредита не плати рату, прекршен је уговор и настаје уговорна одговорност услед његове кривице. Ако знамо да се у неком случају расправљало о накнади штете изазване тим што електродистрибуција није одржавала далековод, знамо да је реч о објективној одговорности тј. пружалац услуга електричне енергије одговара за штету јер је реч о опасној ствари и тад постоји строжа одговорност тј. иако они нису хтели да учине штету (дакле, нема кривице), морају да је надокнаде.

Суштинска спорност. О појмовима (концептима) који су *суштински* спорни (*essentialy contested concepts*) први је говорио Волтер Брус Гали који је констатовао да њих карактерише постојање „бесконачних расправа о њиховој исправној употреби" (Gallie 1956, 169). Говорећи о таквим појмовима он помиње и појам „демократија" истичући да постоје различите употребе овог и сличних појмова и кад се оне испитају заједно с аргументима који се наводе у прилог појмовног одређења, запажа се да „не постоји јасно дефинисана општа употреба" датих појмова која би могла да се окарактерише као „исправна или стандардна" (Gallie 1956, 168). Постоји нешто што је минималан садржај неког појма, нпр. појма „демократија"[327] који нужно подразумева да народ има улогу у политичком одлучивању, али једни ће да кажу да се ту реч о непосредном одлучивању, други да је реч о представничкој демократији, а трећи да је реч о мешавини непосредног и посредног одлучивања.

Стога, о једном појму односно концепту могу да постоје различите концепције односно поимања тог појма.[328] И управо су из тог разлога ови појмови значајни за разматрање уставносудског расуђивања будући да они оперишу у бројним уставима који

[327] Гали истиче да је појам демократије „евалуативан политички концепт *par excellence*" (Gallie 1956, 184).

[328] Вероватно је најпознатије Ролсово учење о разлици између концепта и концепције у његовом делу у којем централно место заузима концепт правде. Ролс истиче да се „концепт правде разликује од различитих концепција правде". Вид. о томе Rawls 1999, 5. Дворкин такође разликује концепт и концепцију, вид. Dworkin 1986, 70–72.

помињу достојанство, демократију, једнакост, правду и слично.[329] По Дворкиновом мишљењу, морално-политички концепти нису суштински спорни него су интерпретативни концепти чија се „природа не може објаснити ничим до нормативним аргументима“ (Dworkin 2011, 102). Говорећи о правди и другим моралним концептима, Дворкин истиче да се „слажемо да су то вредности, али се не слажемо око прецизног карактера ових вредности“, нпр. кад оцењујемо шта је (не)праведно (Dworkin 2011, 160).[330] Будући да израз „интерпретативни концепт“ може да наведе на погрешан закључак да је то сваки концепт чије значење није *prima facie* јасно тј. спорно је, користићемо се изразом „суштински спорни појмови“.

Дакле, код суштински спорних појмова реч је о вредностима[331] које се прихватају као изузетно значајне, али постоји неслагање о томе шта све чини њихов досег. Гали наводи пет *нужних* карактеристика суштински спорних појмова: (1) евалуативан односно вредносни карактер достигнућа које се означава датим појмом; (2) достигнуће које појам означава је „интерно сложеног карактера“; (3) достигнуће је могуће описати на различите начине који нису апсурдни или контрадикторни; (4) достигнуће које појам означава допушта значајне промене кад се околности промене јер је „отвореног карактера“ (*"open" in character*), а притом их није могуће *a priori* предвидети или прописати; (5) онај ко се користи датим појмом признаје да је употреба спорна и да су прихватљиви критеријуми по којима се други користе датим појмом (Gallie 1956, 171–172).

Корисност Галијевог учења о суштински спорним појмовима је утврђивање да ли је неки појам суштински споран и то се потврђује првенствено на основу постојања конкурентске употребе датих појмова тј. они подстичу на дебату, а не потпомажу утврђивању садржаја (битних својстава) датог појма. Дакле, за потребе категоризације појмова је ово учење врло корисно, али оно отвара дебату уместо да умањује простор за њу. Ипак, нарочит значај ће доктрина да дâ разумевању суштински спорних појмова, као и уставни судови као ауторитативни тумачи уставних текстова који обилују овом врстом појмова.

Волдрон истиче да је појам споран (не користи се изразом „суштински споран“) уколико (1) постоје алтернативна објашњења датог појма, (2) значење појма подразумева

---

[329] И појам „право“ може да се окарактерише као суштински споран јер у доктрини постоје неслагања о томе шта је право. Уколико узмемо да је нужан садржај појма „право“ то да је реч о нормама понашања у вези с којима држава има одређену улогу, то не значи да су спорови о значењу овог концепта завршени. Напротив, они тек почињу јер је право за Келзена норма која прописује санкцију, за Харта је то јединство примарних и секундарних норми од којих је правило признања најзначајније, за Радбруха је право персонификација вредности, а за Остина норма суверена којем се остали по навици покоравају. О појму права у светлу пет Галијевих услова вид. Спаић 2010, 224–226.

[330] Дворкин истиче да у стварању тзв. интерпретативних концепата учествује цела заједница, укључујући и тумача. Ипак, то не значи да тумач има слободу да њима припише значење какво год хоће него да ће његова употреба концепта тј. његов одговор на то шта је право тумачење бар неприметно променити разумевање датог концепта кад га буду тумачиле судије при одлучивању у будућим случајевима (Dworkin 2011, 136). Осврт на Дворкиново учење о интерпретативним концептима вид. у Pritam 2018, 130–155. Дворкин помиње Галијеве *суштински спорне појмове* истичући да се код њих полази од „оног што сви знају“ (*what everyone knows*) тј. од конвенција и увиђа се да концепт има различите концепције, с тим да судија мора да одабере једну од њих не да би конвенцију створио него да би је спровео (Dworkin 1977, 102–103).

[331] Дворкин истиче да све моралне вредности имају карактер интерпретативних (односно суштински спорних) појмова (Dworkin 2011, 166).

да постоји елеменат евалуативног или сличног нормативног карактера и (3) постоји историјат алтернативног коришћења појма (Waldron 1994, 513). Дакле, израз постаје споран ако је „јасно да оличава нормативни стандард“, али међу разним субјектима постоји „неслагање око детаљног садржаја тог нормативног стандарда“. Ако право забрањује „окрутну казну“, вероватно ћемо да се сложимо око тога да је окрутна она казна која је „непријатнија него што би требало да буде“, али онда настаје спор око тога у којој мери треба да буде непријатна (Waldron 1994, 526). Да бисмо одговорили на то питање, морамо да донесемо *вредносни суд*, па судијина одлука нужно подразумева субјектину концепцију јер у друштву које је „растрзано сукобима вредности, различити људи примењују исте одредбе на различите начине“ (Waldron 1994, 527).

Уколико се за неки појам каже да је *суштински* споран мисли се или на то да: (1) „спор сеже у суштину“ јер постоје „различита тумачења суштине или централног значења концепта“, нпр. да ли је античка демократија парадигматичан пример демократије или је то модерни систем у САД; (2) спорност је део самог значења односног концепта јер ако неко каже нпр. да је слобода појам савршено јасног значења и да не разуме зашто о њој постоје неслагања, онда он не разуме да је суштина расправе о слободи неслагање поводом људског деловања и аутономије; (3) спорност је у одређеном смислу неопходна за корисност појма јер је у питању „дебата у којој је незамисливо да неко има последњу реч“ (Waldron 1994, 529–531). Галијево учење о суштински спорним појмовима управо прожима идеја да су неки појмови вредни *не упркос* томе што су спорни, него управо *зато што* су спорни (Gallie 1956, 180–183).

Као што нејасни појмови имају језгро, али њихово предворје отвара дебату, тако и код суштински спорних појмова постоји минималан консензус у вези са садржајем (у језгру демократије је народ, у језгру правде је једнакост), али у даљем тумачењу тог језгра постоје неслагања јер се субјекти воде различитим вредносним критеријумима (да ли народ у демократији одлучује непосредно или путем представника, да ли једнакост као оличење правде налаже прогресивно или пропорционално опорезивање). Волдрон и Гали говоре о демократији претпостављајући да она сигурно укључује моћ грађана да бирају своје представнике, али то отвара бројна питања: може ли контрола уставности да се означи као демократска ако се врши у име појединца; да ли је једнопартијска демократија уистину демократија будући да нема подељених политичких фракција које се боре за политичко вођство; јесу ли представничке институције демократске или олигархијске; постоји ли демократија у условима економске неједнакости или је демократија првенствено оличење економске и друге равноправности свих грађана (Waldron 1994, 532; Gallie 1956, 184–186).

Супротстављене концепције суштински спорног појма се позивају на неки егземплар „чији ауторитет признају сви“ који имају различите концепције и свака концепција има за циљ да пружи најбољи приказ оног што тај егземплар представља јер омогућава да се одрже достигнућа егземплара или да се развију на оптималан начин (Gallie 1956, 180). Корисност учења о суштински спорним појмовима је у томе што услед постојања минималног садржаја датих концепата знамо шта сигурно они не значе иако не знамо шта они значе. Нпр. сигурно је да забрана суровог кажњавања не значи могућност да се неко спали на тргу или погубљење на точку. Волдрон закључује да суштински спорни појмови и не почивају на томе да творци права увек дају прецизне одговоре, него је некад циљ да се „осигура одвијање дебате у друштву“ што може бити „пресудно за стил политике који желимо да негујемо у заједници“ (Waldron 1994, 539–540).

Онај ко одлучује на основу суштински спорних појмова бар у некој мери расуђује на основу свих расположивих тј. супстантивних (а не само правних) разлога односно расуђује супстанцијално или политички. Будући да судије уставних судова врло често одлучују на основу уставних принципа који најчешће јесу суштински спорни појмови, јасно је да они имају изузетан значај за тему овог рада. Они јесу правни разлози, али оправдање одлуке која је донесена на основу њих има и примесе политичког расуђивања јер уставне судије износе своју концепцију о одређеном појму тј. дају своје разумевање односно датог концепта.

3.2.1.2. Тумачење – сазнавање значења или одлучивање о значењу?

Тумачење представља свакодневну активност чији је циљ да се допре до значења одређене појаве.[332] Тумачити значи дати неко значење нечему (Simon 1985, 620) односно продрети у мисли, мотиве и језик како би се други разумели (Cappelletti 1981, 17). Примера ради, уколико нам неко одговори на питање тако што главом клима горе-доле, онда то тумачимо као знак одобравања или пристанка. Ипак, много је чешће (и за тему овог рада релевантно) тумачење неких текстова: порука, књижевних текстова, правних текстова итд. У том случају би требало да се одређене речи доведу у везу с одређеним значењем. Оно што дели теоретичаре у погледу одређивања природе тумачења права јесте управо неслагање поводом тога да ли значење правног текста већ постоји или до значење тек треба да се дође (одлуком о приписивању значења) јер оно пре тумачења и не постоји.[333] Дакле, у доктрини је спорно 1) колико је значења правног текста уопште могуће (једно или више њих) и 2) ако је могуће више значења правног текста, које од њих тумач треба да припише тексту.[334]

Прва могућност је да се узме да постоји само једно тачно (право) значење правног текста. Уколико тумачење права поимамо довођење у везу правног текста са значењем које већ постоји, онда се задатак тумача права огледа у томе да *открије односно сазна* то значење. У складу с тим, тумачење права би представљало сазнавање правог (истинитог) и јединог значења правне норме.[335] Дворкин је сматрао да дискрециона оцена у судском одлучивању не постоји будући да сваки правни спор има *једно* решење,[336] па ту нема избора

---

[332] „Начелно, тумачење може да се дефинише као разумевање или објашњавање значења неког објекта.“ Вид. Marmor 2005, 9.

[333] Тумачење права је „рационална активност којом се приписује значење правном тексту“ (Barak 2005, 3).

[334] “There is nothing that interpretation just is, but there are some things that interpretation just isn’t“ (Sunstein 2015, 52).

[335] Тумачење права бави се, посредно или непосредно, „питањем шта право захтева, забрањује или дозвољава у конкретном случају“. Вид. Alexy, Dreier 2016, 78.

[336] Дворкин тврди да је „судијина дужност да, чак и у тешким случајевима открије права странака, а не да их осмисли“ (Dworkin 1977, 81) и да сваки спор има једно *истинито* решење, па судија не прави избор између више правно равноправних алтернатива (Dworkin 1963, 624, 631). Ипак, и сам Дворкин је увидео мањкавости своје тезе о једном правном решењу, па је навео да „не би било никакве разлике“ уколико би се рекло да уместо једно истинитог одговора у спорним случајевима постоји један *најразумнији* одговор (*It would make no difference to my thesis if instead of saying that there was a single ‘true’ answer in controversial cases I said that there was a single ‘most reasonable’ answer*). Вид. Dworkin 1991, 367. Но разлика постоји, и то значајна, јер оно што је разумно није нужно једино могуће, а то нарочито важи у области правног расуђивања кад различите одлуке могу да се подједнако рационално оправдају. Бараковим речима, двојица судија могу да дођу до „супротстављених али рационалних одлука“ (Barak 2005, 209). Он додаје да све док судија не донесе одлуку, постоји могућност избора али „након доношења одлуке постоји једна *правна* могућност“ (Barak 2005, 209). О

између више правно равноправних алтернатива (Dworkin 1963, 631), из чега Барак закључује да за Дворкина тежак случај и није тежак (Barak 2005, 209). Кад тумач права не сазна једино могуће значење или кад га сазна али га не припише правном тексту, то и није тумачење права него је стварање права.

С друге стране, ако узмемо да значење правног текста не постоји пре тумачења, то значи да тумач не открива значење правног текста него бира једно од више могућих значења. У том случају бисмо рекли да тумачење подразумева да тумач *одлучује* о значењу текста који је предмет тумачења. Ипак, тумач не одлучује о значењу сваког правног текста, што није новина у доктрини, па се каткад говори о два значења израза „тумачење права". Неки аутори сматрају да тумачење у ширем смислу подразумева разумевање сваког туђег језичког исказа, а да тумачење у ужем смислу представља откривање само нејасног (спорног) туђег језичког исказа (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 319–320).

Редови пред нама би требало да теоријски објасне природу тумачења и одговоре на питање – да ли тумачење права представља откривање правог значења правне норме или је оно одлучивање о значењу правне норме? Прво учење назваћемо когнитивизмом, а друго учење скептицизмом,[337] с тим да и једно и друго представљају теорије о природи тумачења тј. настоје да одговоре на то шта тумачење јесте.

Пре него што се осврнемо на детаљније анализирање разлика између когнитивизма и скептицизма, указаћемо на оно што их повезује. Без обзира на то која се од ове две теорије о тумачењу прихвата, обе полазе од тога да тумачење права није потпуно слободно, штавише, тумачење правног текста је увек *вишеструко ограничено*. Јасно је да и сам правни текст представља ограничење у тумачењу права, и то знатно ограничење, а ту су и други методи, канони или аргументи тумачења. Али лимитираност тумачења не значи истовремено и одређеност нормативног значења неког правног текста. Ипак, когнитивизам полази од тога да се задатак судије своди на то да одговарајућим методима дође до тачног исхода тј. правог значења правног текста, док скептицизам почива на томе да се на основу интерпретативних техника одабере значење правног текста и да се оно правним аргументима оправда. Дакле, когнитивистички поглед на тумачење права судију више ограничава, а скептички судији даје више слободе, што не значи да судија има слободу да одлучује на основу ванправних разлога.

3.2.1.2.1 Когнитивизам. Тумачење као откривање постојећег значења

Когнитивизам подразумева „коришћење дедуктивне логике за извођење исхода за конкретан случај из премиса које су прихваћене као ауторитативне" (Posner 1986, 181) односно полази се од тога да је „примена правила на чињенице питање логичког закључивања у смислу аналитичких истина" уместо да се логичка међузависност посматра као однос између правила, а не као питање примене правила (Marmor 2005, 98). Дакле, когнитивисти мисле да логика „омогућава судији да одреди шта правно правило захтева у

рационалности различитих одлука вид. и Lucy 2004, 222–223. Пошто истиче да постоји само једно правно решење сваког спора, Дворкин прихвата да су скоро све правне норме контекстуално прецизне, иако могу да буду лексички нејасне, сматра Печеник (Peczenik 2008, 249).

[337] Гвастини је противник радикалног скептицизма (према којем је сваког тумачење права у ствари стварање права), али и противник когнитивизма (према којем је тумачење трагање за већ постојећим значењем) (Guastini 2013, 152–153).

конкретном случају“ (Stone 2004, 199). По Лајтеровом мишљењу, когнитивизам у строгом смислу почива на томе да су правне одлуке последица закључивања из аксиоматских дефиниција, док когнитивизам у лабавијем смислу подразумева да ауторитативни извори права и методи тумачења представљају довољна средства да се дође до оправдања јединственог исхода за сваки случај (Leiter 2010, 262–263).[338]

Према когнитивистичком учењу, улога судије не подразумева постојање дискреционе оцене него је судија попут аутомата[339] који би требало да нађе одговарајућу правну норму и примени је на чињенице конкретног случаја. Тиме се наглашава механичка „логика“, а занемарује се или прикрива вољни, дискрециони елеменат одабира односно избора (Cappelletti 1981, 21). Ово учење полази од тога да је правни систем затвореног карактера и да се у њему налази одговор на свако питање, а умеће судије је само у томе да пронађе тај одговор и тиме сазна право значење. Келзеновим речима, традиционално учење негира могућност различитих тумачења која су подједнако исправна с правне тачке гледишта и инсистира на догми да увек постоји само једно исправно тумачење (Kelsen 1955, 79).

Заговорници когнитивизма пак кажу да судија трага за правим значењем. А шта је право значење? Да ли је то језичко значење или нешто друго? Зависно од тога која се доктрина тумачења прихвати, правим значењем се сматра оно значење које одговара језичком значењу текста, намери творца акта или функцији коју право треба да оствари у друштву. У неким случајевима је тзв. право значење јасно већ на првом кораку. Нпр. не могу да се по сложености одлучивања поистовете случајеви који треба да се реше на основу следећих одредба: „Забрањено је возити преко 50 километара на час“ (прва одредба) и „Забрањено је возити брзо“ (друга одредба). Прва одредба је језички потпуно јасна и није потребно да се судија упушта у превелико умовање да би утврдио да ли је возач В учинио прекршај ако је возио 75 километара на час. Кад судија повеже правну одредбу и чињенице, онда лако долази до правног закључка (нпр. пресуде). Ту, у складу с раније заузетим ставом, и нема тумачења, будући да значење употребљених речи у правном тексту није спорно.

Ипак, когнитивисти сматрају да се тумачи и у јасним односно неспорним случајевима с циљем да се дође до правог значења правне норме. То би, рецимо, могао да буде случај кад неко вози 51 на сат тамо где је ограничење 50 километара на сат. У таквом случају је неспорно значење, али је спорaн исход, па би судија могао да одступи од доследне примене језички јасне одредбе будући да је прекорачење занемарљиво.[340] Уколико пак посматрамо другу одредбу (о брзој вожњи), тумачење је неопходно и утврђивање значења није једноставно. Судија је ограничен правним текстом, али се *prima facie* види да је тај текст

[338] Шервин наглашава да расуђивање другог реда налаже да судије, с циљем давања ауторитативног ефекта правним правилима, морају да одлучују о предметима „механички, не размишљајући о односу исхода који правило налаже и вредностима које би правило требало да промовише“ тј. судија мора да потисне лична уверења о исходу спора. Вид. Sherwin 2010, 128.

[339] Познеровим речима, когнитивизам представља идеју према којој „судија нема вољу, не прави вредносне изборе, него је само рачунарска машина“ односно судија је „пасивни трансмитер, а не креатор“, а из тога произлази да су премисе као аксиоми а решење конкретног случаја се дедукује из њих. Вид. Posner 1983, 3, 5.

[340] О одлучивању у случајевима у којима није спорно језичко значење, али јесте спорaн исход ће да буде речи и касније. Од *prima facie* неспорног случаја може каткад да се дође до спорног случаја, па судија мора да квалитетно правно аргументује зашто је одступио од интуитивног и језички јасног значења.

неодређен[341] и да је судији делегирано овлашћење да он ту *неодређеност* прецизира у конкретном случају.

Која вожња је „брза вожња“ односно које то значење већ постоји одраније и како да до њега судија дође? Иако у овом случају правни текст није конклузиван, не сме да се пренебрегне да је и неодређен текст ипак ограничавајући текст и да то није еквивалентно ситуацији у којој уопште нема текста. Шауер истиче да „уставни текст може да каже кад смо отишли предалеко, а да нам притом не каже ништа друго“ (Schauer 1982, 828). Судија би у трагању за значењем требало да посегне за другим аргументима тумачења, посебно циљним аргументом.

А кад се судија упусти у трагање за циљем правне одредбе и кад из корпуса могућих значења одабере једно значење и припише га правном тексту, тешко је тврдити да судија није одлучио. На основу циљног аргумента бисмо закључили која је функција забране брзе вожење и који то објективни фактори утичу на брзину вожње. Из тога би произашло да је за оцену брзине вожње важно какви су услови на путу, да ли се вози кроз део места који је насељен или ван њега, да ли на одређеном делу пута постоји школа или не, какве су временске прилике итд. У том смислу, прекршајно би био одговоран онај ко вози 60 километара на час на залеђеном путу, али не би био одговоран онај ко вози 80 на сат путем на којем нема снега, леда, магле, школе поред пута итд. Нормативно значење израза „брза вожња“ се спознаје тек појавом конкретног случаја, односно, правне последице се прецизирају тек применом на тај случај.

Дворкин излаже учење које је „софистицирани когнитивизам“ (Leiter, 1999, 1146),[342] говорећи о три фазе тог поступка: прединтерпретативна, интерпретативна и постинтерпретативна (Dworkin 1986, 65–68) у којима се извори права идентификују, тумачи се тј. даје се значење текста из тих извора и оправдава се избор датог значења. Идентификација извора права, попут законских текстова, подзаконских аката, судских пресуда и слично, одвија се на самом почетку и оличава „сирови материјал“ (Здравковић 2013, 184) тј. правила и друге стандарде понашања који одређују садржај праксе. У првој фази тумач саставља правни материјал који ће у наредним фазама да тумачи. Ипак, и прва (прединтерпретативна фаза) захтева одређено тумачење, а осим тога захтева и постојање високог степена консензуса међу члановима интерпретативне заједнице у погледу тога шта се рачуна као извор права (Dworkin 1986, 66).

У другој, интерпретативној, фази тумач би требало да правном тексту из прве фазе припише значење које одговара најбоље идеји интегритета односно тумач даје одређено значење тексту које је прелиминарно и подложно провери у последњој фази. Друга фаза подразумева настојање тумача да праксу из прве фазе прикаже у најбољем светлу у складу с вредностима које она персонификује.[343] Дворкин истиче да у другој фази тумач мора да

---

[341] Гарднер истиче да неодређеност подразумева случајеве у којима „норма није ни применљива ни неприменљива“. Вид. Gardner 2001, 213.

[342] „A sophisticated formalist like Ronald Dworkin, who has a rich theory of legal reasoning, still remains within the formalist camp because he sees the law as rationally determinate and he denies that judges have strong discretion (i.e., he denies that their decisions are not bound by authoritative legal standards).“ Вид. о томе Leiter 1999, 1146.

[343] Дворкин говори о судској пракси из прединтерпретативне фазе будући да у англосаксонском праву она има својство формалног извора права кад је реч о пресудама виших и највишег суда. Ипак, није занемарљив значај судске праксе ни у континенталном праву иако она нема *формалнообавезујући* карактер

тексту припише оно значење које се у довољној мери уклапа у раније приписивана значења[344] чиме се отклања могућност да се тумачу приговори да је стварао нову праксу уместо да тумачи постојећу (Dworkin 1986, 66).

Мармор примећује да је могуће да у другој фази више значења буду у складу с ранијом праксом, али зато у трећој, постинтерпретативној фази, тумач бира од више значења оно које *најбоље* одговара ранијој пракси (Marmor 2005, 55) тј. вредностима које ранија пракса оличава. Дакле, трећа фаза (Дворкин је још назива и реформаторском) подразумева да тумач проверава резултате друге фазе и тексту приписује оно значење које представља спој вредности које текст оличава и правне праксе која је идентификована у првој фази. У њој се и преиспитује постојећа пракса чиме се отвара могућност да се утврди да она не представља у најбољем светлу вредности права тј. не оличава идеју интегритета.[345] Говорећи о Дворкиновом учењу о тумачењу, Мармор истиче да се оно заснива на супстантивном аргументу према којем је тумачење „покушај да се објекат тумачења представи у најбољем светлу“ (Marmor 2005, 27).

Дворкинов поглед на тумачење је користан из најмање два разлога: (1) показује да судија при тумачењу одлучује о томе који извор права ће да примени, али и о томе које значење ће да припише правном тексту који је предмет тумачења и (2) показује да је судијино расуђивање ограничено (правним текстовима, судском праксом, вредностима које право штити). У прединтерпретативној и интерпретативној фази се одлучује, док се у трећој, постинтерпретативној фази, након приписивања значења правном тексту, оправдавају донесене одлуке. Ипак, у овом учењу може да буде спорно то што Дворкин говори о значењу које најбоље одговара правним материјалима тј. говори о томе да судија трага за једним значењем, а тај је став упитан.

Мањкавости когнитивизма. Когнитивизам има ограничене домете тј. „пати“ од најмање две бољке: (1) негира да судија одлучује[346] и (2) занемарује значај контекста за тумачење права при одлучивању у конкретним случајевима. Пошто когнитивизам негира да судија одлучује, заговорници ове теорије о тумачењу права сматрају да судија одлучује механички јер је његов задатак дедукција. Порекло оваквог погледа на тумачење је вероватно последица бојазни од судијине самовоље тј. бојазни да ће судија да се упусти у преиспитивање важећег права (чиме престаје да буде неутралан). Међутим, идеја

него обавезује фактички. Посебно је значајна уставносудска пракса коју следе и контролор уставности (држећи се сопствених одлука о значењу и заузетих правних ставова), али и законодавац и редовни судови. То би требало да буде нарочито кристализовано након анализе одлука у одељку о појавним облицима уставносудског активизма.

[344] То првенствено важи за англосаксонски систем права, али и у континенталном систему то може да се поима као елеменат правне сигурности. Говорећи о интегритету права тј. кохерентности, Дворкин судију пореди с писцем који поступа као карика ланца (Dworkin 1986, 228–232), што Печеник назива тезом кохерентности (Peczenik 2008, 249).

[345] Вид. Dworkin 1986, 176–224. Критички осврт на Фисову анализу Двркиновог учења о интегритету вид. Marmor 2005, 57. Између осталог, Фис критикује став да постоји „најбоља“ интерпретација јер она може једино да буде мање или више убедљива у датој интерпретативној заједници, али то не може да се епистемички утврди него социолошки. Харт и Дворкин се слажу да судија бар понекад делом одлучује о конкретном случају на основу вредности, али се они мимоилазе око става да ли тада судија примењује било шта осим важећег права. Вид. Gardner 2001, 214.

[346] Изузетак је Дворкинов софистицирани когнитивизам у којем судија одлучује о значењу, али тако што одлучује које се значење најбоље уклапа у ранију праксу.

механичког одлучивања је „превазиђен мит“ и неспорно је да „идентификовање и примењивање права захтева одређени степен разборитости“ (Papayannis 2016, 45).

Мада је тачно да један *део* правног расуђивања подразумева управо примену логике,[347] логика се не користи за добијање премиса него за извођење закључка из већ утврђених премиса (Posner 1986, 182) тј. логика нас води само до „даљих правила, а не до апликативних судова“ (Stone 2004, 168).[348] А да бисмо дошли до премиса, нужно је да судија донесе низ одлука, а најважнија је одлука о значењу правног текста – интерпретативни закључак. Значење које је приписано правном тексту је у ствари једна премиса[349] која ће да се примени на другу премису (утврђено чињенично стање), а из те везе се, на крају, изводи правни закључак (одлука у форми пресуде, решења, наредбе и слично). Неутралност судије и поимање тумачења као одлуке о значењу правног текста нису дијаметрални концепти.

Перелман истиче да правно расуђивање, а самим тим и тумачење, није дедукција те да „изједначити судско расуђивање са неким силогизмом“ у ствари значи „маскирати саму природу практичног расуђивања“, будући да се тим одстрањује било који чинилац одлучивања који је од изузетне важности (Perelman 1983, 95, 103). Дакле, правни силогизам је „спољна љуштура правног расуђивања“ (Dajović 2023a, 37). Ако је судија неутралан тј. не преиспитује вредносну исправност важећег права него га примењује, то не значи да је он попут аутомата који не доноси никакву одлуку. Напротив, судија својевољно одлучује о значењу правне одредбе – воља производи значење. Ако се каже да неко својевољно доноси одлуку о значењу, то *може* да значи да ће одлука да буде плод самовоље. Али својевољно није увек и нужно самовољно односно произвољно. Штавише, ако се правни текстови „тумаче“ самовољно онда и не остаје ништа од тумачења него се ту ради о стварању права.

Тумач је везан текстом којем приписује значење, али оно каткад подразумева „избор, инвентивност, истраживачки дух“ и може да буде мање или више успешно, што умногоме зависи од тумачеве вештине и личних својства (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 322). У том смислу би могло да се закључи да правни текстови могу ограничити, али не могу искључити судијину одлуку (Spaić 2020a, 126). Тврдећи да судија одлучује, не кажемо да судија самовољно одлучује. Штавише, круцијално је, по нашем мишљењу, апострофирати да је судијино расуђивање вишеструко ограничено.[350] Кад правна одредба П *може* да има значења А, Б и Ц, судија мора да аргументовано и на основу ауторитативних правних разлога одлучи о значењу и образложи (на основу ауторитативних правних разлога – правних аргумената) зашто нпр. значење Б приписује правном тексту П. Нпр. кад се неко потпише надимком у свом завештању, судија мора да испита да ли то може да се подведе под законски текст у којем се помиње „потписивање својим именом“, тј. судија мора да одлучи да ли је дато завештање пуноважно, а затим мора да оправда своју одлуку.

---

[347] Расуђивање је след исказа у којем најмање „један исказ има функцију тврдње или закључка, док преостали искази имају функцију премиса или аргумената у прилог те тврдње или закључка“. Вид. Guastini 2019, 383.

[348] Ако тврдимо да правна правила оправдавају судску одлуку, то значи да она представљају „облик рационалне, а не узрочне нужде“ и у складу с тим „њихова примена није питање логичког закључивања“ (Stone 2004, 170).

[349] Значење правног текста је средња премиса (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 316).

[350] Мармор истиче да постоје „одређена ограничења која омеђују могућа значења објекта тумачења“ (Marmor 2005, 28). Тиме у ствари он истиче да тумач није у безобалном пољу у којем има пуну слободу него је ограничен правом и овлашћен да у тим оквирима одлучи.

Право значење о којем говоре протагонисти когнитивизма је већ раније постојало,[351] нпр. значење речи „брза вожња“ из горњег примера већ постоји и оно је мерило за (не)кажњавање возача. Дакле, ако би се казнио онај ко је возио 50, али не и онај ко је возио 80, ипак би се узело да судија није одлучивао. Може ли то да се уважи? Чини нам се да је то тешко одбрањив став. Судији нико није створио оквир у којем ће да каже колико нпр. дубина снага треба да буде или колика је видљивост релевантна или колико треба да буде удаљена школа од пута којим се возач креће. У том смислу, судији је препуштено да одлучи, при чему судија одлучује о значењу *текста*, а не о томе шта би било најбоље да пише у тексту.

Правни текст је једно, а нормативно значење тог текста је друго,[352] из чега произлази да се у *спорним случајевима* од норме не полази него се до норме долази одлуком тумача и на основу правног текста. То што се у правном тексту апстрактно опишу правно релевантне чињенице, не значи да из њих произлази јединствен правни одговор из њих него тај одговор зависи од оцене судије, а што су одредбе неодређеније „повећава се слобода судијине оцене“ и тад судија треба да гледа на право као инструмент за остваривање друштвено-политичких циљева, што оно и јесте (Perelman 1983, 100, 172), при чему не сме да игнорише правне разлоге при свом расуђивању.

И једноставан пример одредбе којом се забрањује брза вожња указује да правни текст не одређује исход него делегира судији овлашћење да, крећући се у том оквиру, одлучи о томе шта је брза вожња. И то није једина судијска одлука, будући да судија доноси низ одлука решавајући конкретан случај (тзв. фракционе одлуке).[353]

Прво, судија мора да одлучи коју ће одредбу да примени: да ли ће, примера ради то да буде одредба којом се прописује евентуални умишљај или свесни нехат. Друго, судија мора да донесе одлуке о доказима: да ли ће да прихвати или не исказ сведока или вештака, питање је судијине одлуке. Треће, судија одлучује о правној последици: да ли је, на основу свих доказа, утврђено да је одређено лице учинило дело за које је окривљено. Кад се све те, фракционе одлуке, узму у обзир оне треба да одведу ка коначној одлуци. Рецимо, ако је утврђено, на основу исказа окривљеног, изјаве вештака, саслушавања сведока, да је лице А учинило кривично дело угрожавање јавног саобраћаја, свесним нехатом, судија му изриче коначну одлуку која се огледа у новчаној казни, условној осуди и одузимању возачке дозволе на одређено време. Док није дошао до коначне одлуке (санкције), судија је морао да донесе низ одлука које су у ствари претходне фазе коначне одлуке, односно аргументи у прилог коначне одлуке.

Ипак, не би требало да констатујемо да заговорници когнитивизма истичу увек да постоји *једно тј. једино значење* правног текста[354] јер је грешка појединих протагониста

---

[351] Каткад људи мисле да их „правило приморава да донесу одређене закључке, а заправо нису свесни да праве интерпретативне изборе“ (Stone 2004, 178).

[352] Судије често имају на располагању више правних текстова који претендују да се примене на конкретан случај, па би услед тога било претерано тврдити да постоји само један оправдан исход тј. одлука у конкретном случају (Leiter, Coleman 1993, 567).

[353] Коначна одлука је у ствари одлука о правима, обавезама или одговорности у конкретном случају. Све одлуке које се доносе пре ње (одлука о важењу, значењу правног текста, доказима итд.) су фракционе одлуке тј. „аргументи у прилог коначне одлуке“ (Spaić 2020a, 67–69).

[354] Оно би било интерсубјективно проверљиво и сваког тумача би тумачење истог правног текста одвело ка истом значењу тог текста.

овог учења пре у погрешној терминологији и релативизацији значаја одлучивања током свих фаза правног расуђивања. Чини се неисправним термин „право значење правне норме“ јер се њим уистину указује на постојање једног и јединог значења правног текста. Примера ради, Радомир Д. Лукић говори о правом значењу као оном значењу које у највећој мери штити друштвени интерес (1995, 289). Дакле, суштински он заговара учење о томе да тумач припише правном тексту оно значење које највише остварује функцију права.

С друге стране, когнитивисти релативизују значај одлучивања јер покушавају да тумачење представе као пуко сазнавање. Тачно је да је сазнавање важно у оквиру тумачења, али câмо тумачење није сазнавање него судија који сазна тј. пронађе одређени правни текст мора да одлучи шта тај текст значи. Дакле, тумачење почиње когнитивистички, али је оно суштински волитивни акт у оквиру фактора који га ограничавају – сазнаје се текст, утврђује се оквир могућих значења, а онда се одлучује о значењу спорног текста, док се текст неспорног значења непосредно разуме. То се посебно види онда кад значење правног текста није језички јасно и кад различита средства тумачења указују на различита значења. Уколико је значење правног текста језички нејасно, тумач мора да одлучи о значењу такве правне одредбе. Или, ако језичко тумачење указује на једно значење, а систематско тумачење на друго значење, онда је јасно да тумач мора да одлучи о томе које ће значење да припише.

Кад је реч о занемаривању контекстуалног елемента, когнитивизам је мањкав јер не може да се измири са чињеницом да неодређеност било ког, па и правног текста првенствено долази до изражаја кад се посматра у одређеном контексту. Нпр. реч „шума“ је лексички нејасна јер се не зна колико дрвећа чини шуму, али у датом контексту може бити несумњиво да је реч о шуми. Или, реч „кућа“ је језички вишезначна јер означава и грађевину и породицу, али кад се каже да се нешто дешава у кући Николића, то је контекстуално јасно, као и исказ да је моја кућа плаве боје.[355] Такође, иста правна одредба: „забрањена је брза вожња“ може да значи „забрањена је вожња брзином преко 50 на час“ и „забрањена је вожња брзином преко 80 на час“ и слично, будући је кључно да се има на уму контекст у којем се одлучује о значењу ове правне одредбе спорног значења. Значење које се правном тексту приписује зависи од услова на путу, близине школе, игралишта, насељености места кроз које се возило итд.

Дуарте (Duarte 2023, 116) истиче да тумачење чињеница у светлу постојећих правних одредаба и обрнуто омогућује да се сирове чињенице преведу у институционалне чињенице (*from brute into institutional facts*). Тиме Дуарте правилно наглашава неодвојивост правне норме и контекста јер правна одредба добија одговарајуће значење (то значење је правна норма) тек у одговарајућем контексту кад се одлучује у конкретном случају. Из тога произлази да правни текст може да има једно значење у једном контексту, а друго значење у другом контексту, чиме се неминовно апострофира став да судија одлучује о значењу правног текста.[356] Кад би постојало само једно истинско значење наведене правне одредбе,

[355] О подели на лексичку и контекстуалну нејасност правног текста вид. Peczenik 2008, 17.

[356] Дуарте сажето исказује суштину природе правног тумачења речима: судија мора да одлучи, а не да дедукује (Duarte 2023, 111). Дакле, судијин задатак није механички, него он мора да припише правном тексту значење на основу контекста конкретног случаја, а затим да провери да ли се све чињенице датог случаја уклапају у приписано значење. Уколико је одговор на то питање потврдан, судија ће да правне аргументе у прилог својој одлуци изнесе и тиме оправда своју одлуку.

онда би био кажњен и онај ко вози 50 на сат поред школе и онај ко вози 50 на сат ауто-путем. А то ни интуитивно није прихватљиво.

Дакле, значење правних текстова се открива кад се повеже са чињеницама конкретног случаја и то није процес који се одвија сукцесивно него симултано. Судија ће да посматра час чињенице час правни текст, а онда ће да припише правном тексту значење у светлу чињеница на које овај треба да се примени, што бисмо могли да означимо као ситуациони контекст. Он ће да буде у првом плану кад се тумаче правни текстови који имају еластичан садржај (нпр. брза вожња, разуман рок, знатна количина, дужна пажња).

Значење једног правног текста може да буде неспорно ако се посматра апстрактно, али спорно уколико се посматра конкретно. Рецимо, апстрактно посматрано, текст „забрањен улаз возилима у парк“ није нејасан. Мање-више ће сви да се сложе да је возило оно што служи да превезе лица и/или ствари од једног места до другог места. Али шта ако у парк уђу возило хитне помоћи или деца на ролерима. Иако су ушли возилима у парк и *prima facie* прекршили забрану, ниједан рационалан примењивач права не би казнио те „возаче“ јер то није у складу с циљем забране. У првом случају је значајни циљ спасавање живота, а у другом је важно да је сврха парка да се омогући деци да се играју, па и возећи ролере. Без контекста који нам говори: возило хитне помоћи је прекршило забрану уласка возилом у парк, али то је учињено с циљем да се пружи медицинска помоћ лицу којем је позлило, возач би био кажњен.

У наведеном случају је било спорно значење речи „возило“, али постоје и случајеви кад значење те речи уопште није спорно: ако лице А уђе аутом у парк зато што жели да направи видео-запис у којем прозива полицију и подели га с пријатељима, онда нема сумње да је задатак примењивача права лак. Иако је овде јасно да је испуњен услов уласка возилом (јер је ауто парадигматичан пример возила), значај има и контекст који нам објашњава побуде из којих је улазак возилом учињен. У датом примеру то може да буде нарочито значајно код одмеравања казне за учињени деликт.

3.2.1.2.2 Скептицизам. Тумачење је одлучивање о значењу?

Друга теорија о природи тумачења права је скептицизам, а она обухвата различита учења која повезује темељни став да право не нуди јединствен одговор на спорна правна питања која се нађу пред судијом. Обично се истичу три учења у вези с том идејом: амерички и скандинавски реализам и италијански скептицизам. По Лајтеровом мишљењу амерички и скандинавски реализам[357] немају скоро никаквих додирних тачака јер се разликују у утемељењу – док је амерички правнички утемељен, дотле је скандинавски филозофски утемељен (Leiter 2013, 950–951). Једина заједничка тачка је да су и један и други правац скептични поводом тога да одлуке судова могу да се објасне на основу оног што наводе у

[357] Скандинавски правни реализам почива на учењу Аксела Хегештрема, Алфа Роса, Карла Оливекроне и других. Овај поглед на реализам подразумева да концептуално значење нормативних исказа није одређено вољом законодавца јер „закони су садржани у друштвеној стварности“ (Bjarurp 2005, 6–7). Штавише, Бјарурпов став је да Хегештремово учење представља правни нихилизам према којем не постоји правна стварност у којој се налазе права и дужности, нити постоје правни концепти, него само речи које изражавају осећања и интересе, с циљем да се установи идеја о прихватљивом понашању која може да се принудно спроведе. Циљ је позитивног права да успостави разлоге за уверења и делања (Bjarurp 2005, 7–8). О четири извора права које Рос сматра релевантним (разум, правни обичај, судски преседент и законодавство), вид. Barberis 2016.

образложењима својих одлука јер правила и принципи из образложења „не откривају праве разлоге и мотиве за одлуке или их непотпуно откривају“ (Leiter 2013, 954). Кад је реч о италијанском правном скептицизму (ђеновљанске школе), он почива на Тареловом учењу, а најпознатији савремени представник ове школе је Рикардо Гвастини. Оно што свим тим учењима заједничко је то што апострофирају интерпретативни скептицизам. Укратко ћемо да изложимо суштину америчког реализма и италијанског скептицизма.

Основне одлике скептицизма су: (1) разликовање правне одредбе (правног текста) и правне норме;[358] (2) судија одлучује јер правни текстови ограничавају, али не искључују судијске одлуке (Spaić 2020a, 126),[359] (3) судијина одлука о значењу је стипулативни исказ, а не исказ који има истиносну вредност јер не постоји једно тачно значење спорног правног текста. Спаић истиче да су типична својства правног скептицизма следећа: текстови извора права не одређују једно могуће значење правила; судије приписују нормативно значење правном тексту; судије учествују у стварању права; тумачење је вољна активност којом се одлучује о значењу правног текста (Spaić 2020a, 125) тј. тумачење увек укључује одлуку (Tarello 2013, 84). Иако правни скептицизам (или бар његове умерене верзије за разлику од радикалних)[360] не негира да правни текстови ограничавају, ипак у неким сегментима претерано истичу стваралачку улогу судије у делиберацији.

Не може се одлука судије нужно посматрати као резултат расуђивања у којем „скуп свих правних разлога није довољан да оправда исходе у корист којих су правни разлози дати“ (Spaić 2020a, 129) јер су правни разлози једини на основу којих одлука може да се правно оправда. Зато не могу да се у први план истакну политички или вредносни ставови судије,[361] него правност аргумената којима се судија користио да оправда своју одлуку. Друго је питање да ли је одлучено *само* на основу правних разлога или и на основу ванправних, нпр. моралних, разлога. Уколико се субјективни ставови судије претпоставе правним разлозима, онда се нарушава важна вредност права – тежња да се одређено понашање установи као нормално односно правилно јер ће вредносни систем да буде променљив од судије до судије. Тиме се, наравно, не негира да судије *одлучују* понекад и на основу ванправних разлога, али *оправдавање одлуке* на основу ванправних разлога не може да се означи као поступање у складу с правом – то није примена, него је истинско стварање права.

---

[358] Правни текст и правна норма нису синоними јер текст који је предмет тумачења „изражава једну или више норми“, а норма је „значење које је дато, одлучено да се тексту дâ или оно које се предлаже као значење које би требало да се припише“ (Tarello 2013, 82). Текст је предмет тумачења, док је норма исход тумачења (Barak 2005, 12). Гропи и Спињо наводе да се први пут ову разлику истиче Везио Крисафули у делу из 1956. године. Вид. Groppi, Spigno 2017, 517 фн. 5.

[359] Одабир подразумева дискрециону оцену, али не нужно и арбитрерност; он подразумева евалуацију и балансирање, па судија не може да се скрива иза „штита закона као јасне, предодређене, објективне норме“ која води ка његовој неутралној одлуци. Вид. Cappelletti 1981, 21. Значење које је приписано правном тексту мора да почива на аргументима јер арбитрерно тумачење (нпр. приписивање значења на основу бацања новчића) и није тумачење (Barak 2005, 23).

[360] Радикални скептицизам судско одлучивање претпоставља законодавству сматрајући пресуђивање важнијом функцијом од законодавства које се поима пре свега као начин контролисања судског одлучивања. Вид. Barberis 2016.

[361] Ескриџ и Фрики истичу да тумачење представља креативну активност у којој тумач бира између више могућих значења правног текста водећи се различитим вредностима (Eskridge, Frickey 1990, 345–348).

Амерички правни реализам почива на „реалистичком погледу на судско одлучивање“ тј. оријентисан је ка утврђивању онога што судови уистину чине, будући да они претежно доносе одлуке на основу чињеница, а не на основу правила (Leiter 2010, 249). Још је крајем 19. века Холмс констатовао: предвиђање онога што ће судови даураде је оно што се подразумева под правом (Holmes 1897, 461),[362] због чега се говори о теорији предвиђања (*the predicative theory*).[363] Дакле, иако реалисти не истичу потпуно ирелевантност правила, ипак су за њих правила у другом плану, будући да коначна одлука у конкретном случају није само резултат права него и других фактора.[364] Другим речима, право је неодређено јер начелно пружа више могућих одговора не спорно питање, па је, Лајтеровим речима, одлука резултат психолошких фактора, идеологије, институционалне улоге, али и личности судије (Leiter 2010, 249, 252).

Иако је право неодређено, оно је рационално и каузално неодређено, сматра Лајтер (Leiter 2010, 252–253), будући да постојећи корпус правних разлога (извори права, прецеденти, технике тумачења и слично) није довољан да оправда јединствени исход (рационална неодређеност) нити ти разлози могу да узрокују да судија дође до само једног решења, иако је рационалан, поштен и стручан (каузална неодређеност). Дакле, једна правна одредба (правни текст садржан у извору права) може да се тумачи на више једнако прихватљивих начина, из чега произлази више једнако прихватљивих значења (норми) те одредбе.[365] Услед тога, судија може *post festum* да оправда одлуку правним разлозима након што одлучи на основу чињеница конкретног случаја. Кад право не би било неодређено, онда би судија у првом кораку анализирао правило, а у другом кораку би се чињенице подводиле под правило и тиме се дошло до одлуке.

Уместо тога, оно што „генерално одређује ток одлуке“, по мишљењу реалиста, није право него судијино уверење о томе шта је исправно или поштено (Leiter 2010, 258). Право није узрок за одлучивање, него је покриће за већ донесену одлуку. Реалистичко учење има добру страну утолико што расветљава оно што је у првом делу овог рада означено као разлика између доношења одлуке и оправдавања одлуке. Између та два процеса не мора нужно да постоји подударање у погледу утемељености на правним разлозима. Ипак, ако оцењујемо да ли је судија применио право, онда је нужно да испитамо којим је разлозима *оправдао* донесену одлуку. Ако оправдање не почива на правним разлозима, нема говора о томе да је судијино поступање примена права. Постојање правилâ је вредност по себи и она

---

[362] Холмсов реалистички приступ почива на дедукцији правних концепата из оног што је добро за друштво (Posner 1986, 185). О томе да ли је Холмс претходник реализма или реалиста вид. Schauer 2009, 125.

[363] Теорија предвиђања се не уклапа у Хартово учење о правилу признања будући да она почива само на екстерном аспекту тј. фактичком понашању судија, док занемарује интерни аспект тј. питање зашто (пре свих званичници односно државни органи) следе одређено правило. За Харта теорија предвиђања, дакле, не објашњава извор обавезе да се уради оно што се правом захтева. Вид. Харт 2013, 141–150.

[364] Говорећи о реализму, Шауер истиче да то учење почива на ставу да извори права могу, у свим или у већини случајева, подједнако оправдати исходе у корист једне или друге стране. А пошто је то тако, реалисти закључују да извори права не решавају спор. Вид. Schauer 2009, 135. Познер под реализмом подразумева „одлучивање у конкретном случају тако да се одлуком у највећој мери промовише друштвено благостање“ тј. скептицизам је „анализа политике“ (Posner 1986, 181).

[365] Кад суд одлучује о поверавању детета на чување и васпитање једном од родитеља и кад бира између богате мајке које може да обезбеди детету лагодан живот и мање богатог оца за којег сматра да боље разуме дете него мајка, одлука која се донесе може да се критикује као морално погрешна, али је одлука *правно валидна* без обзира на то да ли ће старатељство да се додели мајци или оцу. Вид. Schauer 2009, 190.

као таква не могу да буду секундарна у судијском расуђивању, макар судија био уверен да је боље да реши случај на неки други начин, а не на онај начин који је прописан правилом.

Италијански правни скептицизам објаснићемо анализирајући Гвастинијево учење. Он истиче да тумач одлучује о значењу правног текста (правне одредбе) тако што *бира* једно од више могућих значења која су правним текстом изражена. За Гвастинија је кључно обележје скептицизма то да интерпретативни искази о значењу правних текстова немају истиносну вредност – нису ни тачни ни нетачни (Guastini 2005, 139). Правна одредба из нпр. закона може да има значења А, Б и Ц, а судија или други примењивач права треба да одлучи и одабере једно од више могућих значења, тако да тумачење није акт сазнања, него акт воље који се огледа у приписивању значења (Guastini 2005, 139–140).

Дакле, за Гвастинија су правне одредбе само „оквир могућих значења" која су последица различитих лингвистичких правила, метода тумачења, правних доктрина, прецедената, а кад се одабере једно од тих значења добија се норма – она је значење које је приписано правној одредби.[366] Ако се остаје у том оквиру, онда судија тумачи право,[367] а ако припише правној одредби оно значење које је ван тог оквира, то је „стварање новог правила" (Guastini 2005, 141). Оквир о којем јер реч добија се кад се примени *когнитивно тумачење*, тј. ради се о идентификовању могућих значења правне одредбе. С друге стране, кад се једно од тих значења одабере и припише тексту, реч је о *пресуђујућем тумачењу*, а кад се тексту припише значење које је ван тог оквира, реч је о стварању права које Гвастини зове и *креативно тумачење*.

Наведену поделу излаже Гвастини (Guastini 2013, 141), а већ је Келзен констатовао да је правни текст само оквир из којег се долази до могућих значења (2007, 65).[368] Узмимо да је предмет тумачења уставна одредба која гласи: људско достојанство је неповредиво. Ако утврдимо да она може да има значења А, Б и Ц, онда је то когнитивно тумачење, а ако се одабере једно од њих (нпр. значење Б се припише уставној одредби), онда је то пресуђујуће тумачење. Али ако се уставној одредби припише значење Д, онда је то креативно тумачење које у ствари и није тумачење него је стварање права јер „тумачење се не огледа у приписивању било ког значења" него приписивању оног значења које је омеђено језиком, методима тумачења и догматским конструкцијама (Guastini 2005, 159).

Гвастинијево учење ће да буде у овом раду у највећем делу прихваћено. Оно што је спорно у вези с њим је одбацивање постојања тзв. лаких случајева.[369] Уколико законски текст гласи: жалба се улаже у року од 30 дана од дана личног достављања пресуде оптуженом, онда значење тог текста није спорно. А пошто није спорно, онда нема места различитим значењима речи из дате законске одредбе. Стога, не сме да се пренебрегне да

---

[366] Неодређеност права захтева да се прецизно разликују нормативни искази који су садржани у ауторитативном тексту од њихових значења тј. правила која су њима исказана. Вид. Guastini 2013, 147. Вид. и Guastini 2001.

[367] По Тареловом мишљењу могућа су четири појмовна одређења тумачења: утврђивање постојећег значења тј. оног које је већ приписано тексту, прогнозирање значења, предлагање значења и приписивање значења. Вид. Tarello 2013, 80.

[368] Келзен није експлицитно истицао разлику између правног текста (правне одредбе) и правне норме јер под нормом подразумева и текст и значење правног текста. Ипак, пошто се у овом раду прихвата разликовање правног текста од правне норме, онда је корисна Келзенова идеја о норми као оквиру (правни текст) из којег се изводи „акт који се држи тог оквира" (2007, 65) тј. једна појединачна норма.

[369] Вид. 3.2.1.1.

значење правних текстова није *увек и нужно* спорно, али каткад јесте спорно, посебно ако се говори о уставу.

Оно што је вредност Гвастинијевог учење се огледа у чињеници да признаје да је тумачење права ограничено неким факторима и да границу између тумачења права и стварања права објашњава увођењем тродеобе на когнитивно, пресуђујуће и креативно тумачење (стварање права). То за овај рад представља корисну основу јер може да се доведе у везу с правним и политичким расуђивањем. Централни део процеса правног расуђивања је тумачење права и док год се ограничења која право поставља поштују, казаћемо да судија тумачи право и да правно расуђује. Гвастинијевим речима, док год судија упражњава когнитивно и пресуђујуће тумачење, он расуђује правно. Оног часа кад судија напусти ограничења која право поставља тј. кад изађе из оквира до којег се дошло когнитивним тумачењем, он више и не расуђује правно него политички тј. ствара право.

Као што из написаног произлази, три основне одлике скептицизма[370] које смо раније навели стоје *само* уколико се ради о спорним тј. тешким случајевима. (1) *Разликовање између правне одредбе (правног текста) и правне норме* је, по нашем мишљењу, прихватљиво, будући да је неспорно да исти правни текст може каткад да се тумачи на више начина тј. може да му се припише више значења. Примера ради, правна одредба гласи: одлука о расписивању референдума се доноси *већином* гласова народних посланика. Реч „већина“ може да означава просту, апсолутну и квалификовану већину, па је она вишезначна тј. њено значење у датом контексту је спорно. Да би судија ту правну одредбу протумачио он мора да пође од оног што је написано (садржано у правним текстовима) тј. судије морају „на основу текстова који су експлицитно дати“ да „одлуче и о томе шта је имплицитно у тим текстовима“ (Spaić 2020a, 97).

Из тога произлази да је правни текст полазиште и оквир у којем се креће тумач како би одредио значење тог текста. Дакле, правни текст и његово значење нису синоними из чега произлази да текст извора права није истоветан правној норми (Spaić 2020a, 115). Та разлика се терминолошки исказује и као разлика између правне одредбе и правне норме. Извори права садрже нормативне текстове (правне одредбе) који су носиоци значења, а из тих текстова се излучује правна норма у канонизованој форми: ако је испуњен услов А, онда следи последица Б. Дакле, у тешким случајевима, судија на основу правног текста и интерпретативних правила том тексту приписује значење. Анализирајући Келзеново учење о ступњевитости у којем нижа норма произлази из више, Спаић закључују да је за Келзена виша норма оквир, а не прецизно упутство (Spaić 2020a, 115).[371] Пошто исти правни текст може да има више значења, судском одлуком тексту треба да се припише једно значење које се назива правна норма, и тим судија ауторитативно решава интерпретативну сумњу.

(2) *Судија у спорним случајевима мора да донесе одлуку, али у оквирима које право поставља*. Келзеновим речима, тумачење не мора *увек* и „нужно водити ка једној јединој одлуци као једино исправној“ него може да упућује на више одлука које су, сходно правном тексту који се тумачи, све „једнако вредне“ (2007, 66). Шауеровим речима, тумачећи текст, „не тражимо јединствено тумачење, него само тумачење оправдано текстом (*we do not*

[370] Неки аутори истичу да су скептици „уништили“ когнитивизам, али нису „понудили ниједну сасвим прихватљиву теорију која би га заменила“. Вид. Vandevelde 2011, 253.

[371] Спаићеву анализу Келзеновог антиформалистичког учења о тумачењу права вид. у Spaić 2020a, 115–117.

demand the uniquely correct interpreatation, but only an interpreatation justified by text) (Schauer 1982, 829). Пошто је спорно шта неки правни текст значи, судија не може да се позове на ту текстуалну мањкавост и да одбије да реши случај. Зато он мора да од више значења одабере једно и припише га правном тексту. Његов избор није слободан нити је оквир могућих значења питање судијине инспирације.[372]

Да би успоставио оквир могућих значења правне одредбе о већини за усвајање одлуке о референдуму, судији је довољно и језичко тумачење. Међутим, да би донео одлуку о томе да ли је парламент прекршио устав онда кад није усвојена одлука о референдуму јер се није постигла квалификована већина, језичко тумачење није довољно. Пошто језик не даје конклузиван одговор него више могућих одговора у погледу значења речи „већина", након језичког тумачења се примењују остали методи тј. технике тумачења које су инструмент доступан судији при одабиру једног од тих значења. Одредба из примера не може ни у ком случају да се тумачи тако да је за њено доношење довољан акт председника парламента или председника републике нити може да се тумачи тако да се тражи једногласност за њено доношење.

Ако би судија којим случајем „протумачио" да реч „већина" значи једногласност, онда би то било стварање права. Судска одлука тј. појединачна норма из ње је заснована на праву само ако је „једна од појединачних норми које су могућне у оквиру опште норме" (Келзен 2007, 66).[373] Ако судија одлучи да *већина* значи *апсолутна већина*, мора да наведе аргументе у прилог томе, нпр. да се позове на одредбе којима се прописује да парламент апсолутном већином усваја законе, па да аналогијом изведе закључак да то важи и за доношење одлуке о расписивању референдума.

(3) *Интерпретативни искази имају стипулативно значење тј. немају истиносну вредност*. Одлука судије о значењу правног текста (интерпретативни исказ) не може да се окарактерише као тачан или нетачан. Другим речима, одлука о значењу се не оцењује с аспекта њене истинитости, него с аспекта правне оправданости приписаног значења. Иако судија, по нашем мишљењу, не ствара општу правну норму, тачно је да значење које се

[372] Тврдећи да избор судије у вези са значењем није слободан, наглашавамо да се о значењу правног текста одлучује на темељу правних разлога (правних текстова, конвенционално прихваћених метода тумачења и слично), нарочито кад је реч о образложењу одлуке. Луелин пак не негира да постоје правила, али до тих правила се, по његовом мишљењу, не долази на основу извора права него на основу „судијиних политичких погледа, социјалне и професионалне културе у којом судија дела". Дакле, реалисти људску тежњу ка постизању најбољег исхода виде и као идеју водиљу и „примарну одредницу судијског понашања одлучивања" (Schauer 2010, 110–111).

[373] Одлука судије или другог примењивача права *треба* да почива *искључиво* на правним разлозима, као и образложење одлуке. Описано стање је идеално, али је већ у првом делу овог рада наведено да процес одлучивања и процес оправдавања одлуке нису нужно подударни у погледу њихове заснованости искључиво на правним разлозима. Можда је судија из нашег примера о већини за доношење одлуке подржавалац одржавања референдума и зато спорну реч тумачи тако одлучујући да се ради о простој већини јер је њу најлакше постићи. А кад је судија одлучио да се одлука о расписивању референдума доноси обичном већином, онда се упушта у трагање за правним аргументима којима ће да оправда своју одлуку. Начин формулисања правног текста допушта судији да изабере и то значење, али у образложењу одлуке лични ставови судије нису ваљан аргумент, него мора да пронађе правне аргумент у прилог своје тврдње. Можда одлука није у целости заснована на правним разлозима, али она може једино да се оправда на основу правних разлога да би била правно прихватљива.

приписује правном тексту представља интерпретативни исказ који нема истиносну вредност (Spaić 2020a, 120–121).

Рецимо, ако је утврђено да заједница живота која је трајала три седмице представља „трајнију заједницу живота“, онда се о одабраном и приписаном значењу правног текста не може бинарно говорити као о тачном или нетачном, него оно једино може да буде квалитетно или неквалитетно образложено тј. правно аргументовано. Дефинисање тог концепта би представљало стипулативну дефиницију, дакле тексту се приписује оно значење које не мора да буде у складу с раније приписиваним значењима[374] јер се уобичајено значење неког концепта контекстуално проверава. Спаић истиче да су стипулативне дефиниције оне којима се у неком контексту појмовима даје „ново и специфично значење“ (Spaić 2020a, 131). С друге стране, учење о правом значењу правне норме почива на томе да постоји истинско, једно и једино значење правних одредаба и уколико га судија не припише правном тексту, онда приписано значење није истинито.

3.2.2.2. Каква је веза између тумачења права и судског активизма?

На основу изнесених увида, полазимо од тога да тумачење права представља правно аргументовано одлучивање о нормативном значењу спорног правног текста, на основу ауторитативних правних разлога и контекста спорног случаја. Тумачење је део сложенијег поступка – правног расуђивања, које представља интелектуалну активност усмерену на доношење одлуке у конкретном случају и њено правно оправдање. Да ли судски активизам има везе с тумачењем права? У давању одговора на ово питање морају да се имају у виду два аспекта: (1) тумачење права подразумева уважавање ограничења која се постављају пред тумача и (2) судски активизам је одлучивање којим се правни исход тј. одлука настоји представити као последица тумачења која произлази из вредности на којима почива односни правни акт, нарочито кад је реч о уставносудском одлучивању.

Тумачење права подразумева уважавање ограничења која се постављају пред тумача. Правно расуђивање је усмерено на доношење и оправдавање одлуке, с тим да постоје одреднице које ограничавају тумача у његовом одлучивању, а посебно у оправдавању донесене одлуке. Обично се те одреднице (детерминанте) при одлучивању називају методима или канонима тумачења, а при оправдавању одлуке се називају аргументима. Дакле, кад судија донесе одлуку о значењу правног текста, нужно је да се она оправда *одређеном врстом* аргумената. Судија не треба да оцењује да ли је текст који тумачи мањкав и „протумачи“ да уместо А пише Б, него би требало да га протумачи почива на *правним* разлозима, а не било којим разлозима: морално, ефикасно, праведније, боље итд.

Правна наука и судска пракса су вековима уназад изградиле низ детерминанти којима се судије и други правници воде кад правно расуђују, нарочито кад оправдавају своју одлуку о значењу правног текста. Најважније детерминанте које ограничавају интерпретативну делатност су правни текст, систем права, историјат правног текста, циљ правила, намера творца правног текста.[375] Уколико узмемо да је тумачење права

[374] Вид. “Definitions“ у: Stanford Encyclopedia of Philosophy (2008).

[375] Тарелову, Мекормикову и Балкинову листу интерпретативних аргумената вид. у Walton, Macagno, Sartor 2021, 45–48. О директивама првог степена (језичко, систематско и функционално значење) и другог степена (ако се оне из првог сукобљавају) и факторима који утичу на интерпретативну дискрециону оцену попут правног система, идеологије интерпретативног процеса и слично, вид. Wroblewski 1969, 10, 17.

вишеструко ограничено, онда је основано запитати се да ли судски активизам подразумева да се остаје у оквиру детерминанти тумачења. Јасно је да оне не морају нужно да воде ка истом правном значењу и то доказује да тумач мора да одлучи о томе којем ће значењу дати примат у односу на остала могућа значења. Ипак, пошто је правни текст најочигледнији доказ политичке одлуке која је претворена у право, онда би тумач требало да припише правном тексту оно значење које је у језички могућим оквирима. Шауер то исказује тврдећи да значење које се приписује уставним одредбама мора да произлази из „одређеног дела текста или из неког оправданог тумачења тог дела текста" (Schauer 1982, 801).

Пошто осим правних текстова који се непосредно разумеју постоје и правни текстови чије је значење спорно, онда ће одлучивање о њиховом значењу да буде сложеније и нејасноће се отклањају правним аргументовањем значења које је, у језичким оквирима, приписано правном тексту. Тиме се у ствари омогућује да се више аргумената узме у обзир: језички аргумент (могућа значења правног текста), систематски аргумент (јер су језички исказани и правни текстови који су повезани с текстом који се непосредно тумачи), намера творца правног текста (јер се она језички исказује) и циљ (који је садржан у праву и изричито или имплицитно језички исказан).

Судски активизам типично подразумева излажење ван ограничења која се постављају пред судију. То излажење из оквира не подразумева да тумач трага за већ постојећим (когнитивистички речено, правим) значењем, него и тумачење схваћено као одлучивање није самовољно одлучивање, него правно аргументовано одлучивање. У том смислу бисмо могли да кажемо да типично својство судског активизма представља то да је у питању одлучивање која није оправдано тј. поткрепљено (само) правним аргументима. Оно може да буде поткрепљено другим врстама аргумената – политичким, моралним, економским или неким другим ванправним аргументима, али одлука која је резултат уставносудског активизма није поткрепљена *само* правним аргументима. Штавише, правни аргументи су само основа на којој се формално темељи одлука, док су ванправни разлози суштина оправдавања активистичке одлуке.

А кад одлука не почива на постојећим правним разлозима, него на политичком расуђивању (уставног) суда, онда то води ка судском уплитању у политичке (пр)оцене законодавца. Штавише, уставносудски активизам, како би требало да даља анализа покаже, подразумева каткад и уплитање у одлуке уставотворца и тиме се контрола уставности јавља као инструмент мењања устава. Такво одлучивање оправдава тврдње неких аутора који истичу да устав може да се промени не само формалним путем него и неформално.[376] Уколико је реч о неформалној промени устава, онда се огледа у „промени нормативног значење устава" до чега долази „без поштовања поступка за уставну ревизију" (Altwegg-Boussac 2020, 92). Дакле, текст остаје нетакнут, али је његово значење промењено. Неформалне промене устава се не поимају данас као аномалија у системима који познају кодификован устав, него су „начин стварања неписаног уставног права" (Altwegg-Boussac 2020, 93).

Осим те неформалне промене значења постојећих уставних одредаба, уставносудски активизам почива и на дописивању устава/закона, што по нашем мишљењу не може да се уклопи у институционална ограничења уставног судовања нити може да се окарактерише као тумачење устава. Штавише, доктринарни топос је да тумач мора да има на уму да тумачи

[376] О узроцима неформалних промена устава вид. Blanco de Morais 2020, 112.

туђи текст, а кад се под изговором интерпретативне делатности текст правног акта дописује, или му се приписује значење које је језички немогуће, онда то није ни тумачење нити правно расуђивање.

Судски активизам је одлучивање којим се правни исход тј. одлука настоји представити као последица тумачења која произлази из вредности на којима почива односни правни акт. Правни акти увек се доносе да би се остварио одређени исход. То је нарочито изражено у уставу јер је он каталог основних принципа односно вредности на којима почива односни поредак, а уставносудски активизам је нарочито значајан за овај рад. Један од циљева којем се, у уставним демократијама, тежи преко устава се огледа у расподели функција државне власти на различите институције, тако да свака од њих има простор у којем има мању или већу слободу одлучивања. Будући да устав уређује само најважнија питања, постављајући само оквире државно-друштвеног уређења, законодавцу се делегира овлашћење да законима ауторитативно и на основу свих супстантивних разлога одлучује о томе која ће политика у одређеној области друштвеног живота да се спроводи.

Како законодавац не би угрозио уставне постулате при усвајању закона, неретко се предвиђа постојање уставног суда чији је главни задатак да штити неприкосновеност устава. Да би контролор уставности то урадио, он мора да тумачи устав, што значи да мора да одлучи о уставности закона на основу уставних принципа, будући да су мале шансе да законодавац крши уставно правило неупитног значења (нпр. да усвоји закон по друкчијем поступку у односу на оно што устав прописује). Ипак, уставно судовање не подразумева да се испитује да ли је одлука законодавца најоптималнија него је једино релевантно да ли је она у складу с уставом. Али активистичко одлучивање уставних судова није само испитивање усаглашености закона с уставом, оцењивање да је оспорени закон (не)уставан и правно образлагање донесене одлуке. Кад би се уставни судови на том кораку увек заустављали, могли бисмо да говоримо о тумачењу.

Међутим, понекад уставни судови, позивајући се на уставне одредбе, сами преузимају на себе посао законодавца, што поприма различите форме које ће у каснијим одељцима да буду изложене. И специфичност уставносудског активизма је управо у томе да контролор уставности истиче да је протумачио уставни текст, чак и кад *уместо* законодавца, а у име заштите устава и уставних вредности, обликује законски текст да би остварио уставне циљеве. Краће речно, уставни суд под изговором интерпретације устава задире у надлежност законодавца (а некад и уставотворца) да одлучи о томе којој ће политици дати правну форму. Услед природе бројних уставних одредаба, о чему је и раније било речи, садржину суштински спорних појмова уставни суд каткад попуњава елементима до којих не може да се дође на основу правних аргумената.

Сем тога, контролори уставности понекад одредбе несумњивог значења „тумаче“ тако што им приписују значење које је супротно уставном тексту. И без обзира на то какву одлуку доноси, увек ће контролор уставности да констатује да је протумачио устав и да је управо његова одлука у служби заштите уставних вредности. Али заштита једних уставних вредности понекад доводи до нарушавања других уставних вредности (нпр. поделе власти) и уставносудског вршења „туђих“ надлежности, пре свега парламентарних. А кад контролор уставности, под плаштом заштите уставних вредности суштински промени устани текст тако што прописано решење замени другим решењем или кад регулише питање које дотад није било регулисано правом, тешко да може да се каже да је уставни суд тумачио право, а

тешко да може да се порекне да је постао стваралац права. А шта је стварање права, нарочито у светлу везе са судским активизмом, испитаћемо у наредним редовима.

3.2.2. Судски активизам и стварање права

Гвастини истиче да је према традиционалном учењу судијама забрањено да стварају право, и то у двоструком смислу. Прво, они не могу да то чине јер су обавезани већ постојећим правом тј. судске одлуке се изводе из постојећих правних правила и требало би да се оправдају управо тим правилима (која су аргументи у прилог одлуке). Друго, судије не стварају право јер доносе само појединачне норме с *inter partes* дејством. Ипак, Гвастини наводи да је мање-више неспорно у савременој доктрини да судије стварају право, али неслагања постоје у вези с питањем кад то чине: кад доносе појединачне норме, увек (јер само судије стварају право) или у случају правних празнина (Guastini 1996, 380–381).

Капелети наводи да главни творци права могу бити и често то јесу судије, будући да представљају крајњи ауторитет у погледу пресуђивања, а сем тога дају смернице свеколиком стварању права и „наравно да је тумачење креативно; и наравно да је судско тумачење стварање права“ (Cappelletti 1981, 15, 19). Ипак, судови нису творци права по природи судске функције, него су они приморани да то буду, али то не значи да су судови законодавци, штавише, „ако суд поступа као законодавац, онда и престаје да буде суд“ (Cappelletti 1981, 42).[377]

У овом раду се под изразом „стварање права“ не подразумева стварање права у смислу стварање нечег новог у појединачном случају, нпр. стварање (дотад непостојеће) одлуке да је осумњичени А крив за учињено кривично дело услед чега му се изриче казна затвора у складу са законом. Оваква одлуке почива на постојећем кривичном законику и утолико се у светлу овог рада поима као примена права, док би могло да се говори о стварању права уколико би нпр. суд изрекао казну која није у складу с ограничењима које прописује кривични законик. Дакле, у овом раду се не поима то да је, у келзеновском смислу, свака примена права једновремено и стварање права (Келзен 2007, 58–59) тј. не узимамо да израз „стварање права“ означава стварање појединачне норме *на основу* опште норме, иако и то може да буде легитиман поглед и концептуално одређење овог израза.

Међутим, да бисмо одредили да ли активизам уистину има додирних тачака са стварањем права, требало би да претходно укажемо на различита значења која се приписују изразу „стварање права“. У трагању за утврђивањем везе између активизма и стварања права, размотрићемо стварање права као последицу давања правне форме одређеној политици, прецедентно стварање права, стварање права приликом попуњавања правних празнина. Притом, изузетно је значајно да стварање права, схваћено као давање правне форме одређеној политици, може да подразумева (1) дискрециono одлучивање *на основу* важећег права и (2) дискрециono одлучивање *о* важећем праву.

---

[377] Капелети наводи три латинске максиме по којима се разликује судско одлучивање од одлучивања законодавца: *nemo judex in causa propria*, *audiatur et altera pars* и *nemo judex sine actore*. Одлучивање судова наилази на „природне границе“ оличене у процесној пасивности, независности, неутралности, одвојености и везаности процедуралним гаранцијама (Cappelletti 1981, 43, 46). Барберис наглашава да судско одлучивање није „владавина правосуђа“ јер се оно може врши само у негативном смислу, на туђу иницијативу тј. судским одлучивањем се надзире владавина других. Вид. Barberis 2016.

У првом случају је реч о давању правне форме питању које дотад *није било* регулисано, а у другом случају се правна форма даје питању које је *већ* регулисано. У редовима пред нама ћемо у посебним одељцима да разматрамо ова два модалитета стварања права с циљем да истакнемо да уставни судови и један и други модалитет стваралачког одлучивања практикују, што ће у одељку о појавним облицима уставносудског активизма да буде нарочито уочљиво. Такође, значајно је да се при разматрању одлучивања на основу важећег права и одлучивања о важећем праву има на уму *ко* одлучује тј. коју институционалну улогу има односни доносилац одлуке.

3.2.2.1. Стварање права као последица давања правне форме политици – дискреционо одлучивање на основу важећег права

Прво значење које би могло да се припише изразу „стварање права“ може да се доведе у везу с политичким расуђивањем. Следствено, стварање права би представљало изворно тј. оригинерно уређивање друштвених односа. Дакле, одређени друштвени односи се уређују први пут (нпр. прописује се ново кривично дело) или се они регулишу на друкчији начин у поређењу с постојећом правном регулативом (нпр. прописује се строжа казна за постојеће кривично дело). У овом одељку се говори о стварању права као последици политике јер се даје правна форма одређеним политичким идејама које дотад нису правно материјализоване.

Примера ради, уколико држава примети да одређено понашање у протеклом периоду доводи до тога да се озбиљно нарушавају интереси физичких лица тако што се у њихове рачунаре уносе рачунарски вируси и тиме се њима наноси штета, она не може да буде нêма на то. Политика државе је да она сматра да је најцелисходније да пропише кривично дело „Стварање и уношење компјутерских вируса у туђи рачунар“, с обзиром на штетност последица које се јављају и уверење да ће то да одврати учиниоце тих радњи од даљег чињења. Своју политику држава ће да преточи у право тако што ће да донесе допуне кривичног законика и од тог часа је правно санкционисано прављење вируса с циљем уношења тог вируса у туђи рачунар. Узмимо да се за то кривично дело прописује новчана казна или казна затвора до годину дана. Будући да држава сматра да би требало да се строже санкционише уношење вируса у туђи рачунар које је проузроковало штету већу од 3000 евра, прописаће се и квалификовани облик овог кривичног дела и казна затвора од једне до две године затвора. Ако државни органи увиде да прописане санкције нису делотворне, онда могу да их пооштре тј. да правну форму дају новој, у овом случају казненој, политици, с тим да је ту реч о стварању права у којем се преиспитује ранија одлука донесена на основу дискреционе одлуке (о чему ће бити речи у наредном одељку).

Прописујући биће кривичног дела и кривичне санкције, држава је имала широку слободу да донесе низ одлука. Политичко расуђивање државе (тј. оних који су задужени да израде и усвоје закон у име државе) се огледало у томе да се *створи* одређени правни оквир који ће да произведе последице оличене у борби против стварања и ширења рачунарских вируса. Држава је увидела да је одређено понашање штетно и она је своју политику претворила у право тј. створено је нешто што дотад није постојало, а с циљем да се реагује на негативне последице одређеног понашања. Како смо раније утврдили, политика се редовно односно у свом првом (главном) значењу односи на ауторитативно регулисање односа у друштву поводом којих настају одређени спорови. Наравно, стварање права као

последица давања правне форме политичкој одлуци се тиче крупнијих друштвених питања и оно је увек последица одлучивања, што се види на неколико начина.

Прво, одлука је државе тј. њена политика да наведено понашање треба да забрани прописујући кривично дело а не, примера ради, прекршај. Друго, одлука је државе то да се прецизира шта је то забрањено тако што ће у први план да истакне стварање рачунарских вируса у намери да се унесе у туђи рачунар, док је она сматрала да не треба санкционисати стварање вируса које није праћено таквом намером (него је нпр. последица жеље његовог творца да испита своје вештине). Треће, питање је одлуке државе какву ће санкцију да пропише итд. Поставља се питање да ли је држава у конкретном примеру апсолутно слободна или ипак наилази на одређене границе?

С обзиром на то да је држава у наведеном примеру створила ново кривично дело и то законом, јасно је да њена делатност наилази на одређене, истина слабе, границе. Она је при стварању права била ограничена постојећим правним актима попут устава и општег дела кривичног законика. Устав је прописао да законик може да мења само парламент и да се одређен санкције забрањују (смртна казна или нпр. сурова казна), док је у кривичном законику наведено да казне које се у посебном делу прописују морају да буду у складу с општим минимумом и максимумом. И то су сва ограничења која доносилац има пред собом а у свему осталом је слободан утолико што може да разматра бројне опције, исходе, све разлоге које говоре у прилог једном или другом начину регулисања итд.

Ако применимо горње увиде о суштини стварања права као последици политике поставља се питање између таквог разумевања стварања права и судског активизма. Судски активизам се врло често доводи у везу и с оним што се у овом раду назива политичким расуђивањем, као и у везу са стварањем права. Иако се у доктринарним анализама често не апострофира да се мисли на стварање права као последицу давања правне форме одређеној политици, ипак тај закључак може да се изведе. Обично се истиче како уставни суд, вршећи функцију контроле уставности, задире у послове политичких органа, настојећи да своју визију о томе како би требало да се уреди неки друштвени однос представи као решење које одговара уставним одредбама. У том смислу, Мармор наводи да се судски активизам односи на моралну или политичку агенду суда или уплитање суда у послове политичких грана власти (Marmor 2005, 166).

Утврдили смо раније да се политиком даје правна форма представи о томе како би требало да се уреде међуљудски односи у одређеној сфери друштвеног живота, а то може да поприми облик изворног регулисања друштвеног односа или регулисања на друкчији начин у односу на постојеће решење. Уставни судови, касније анализа уставносудског активизма ће да покаже, оба појавна облика политичког расуђивања упражњавају. Имајући то у виду, као типично својство судског активизма може да се означи да је он усмерен на стварање права тј. давање правне форме одређеној политици. Изворно регулисање друштвених односа упражњавањем судског активизма, у светлу теме која је предмет овог рада, подразумева да уставни суд својом активистичком одлуком први пут правно уређује одређено питање о којем, следствено, досад законодавац (или уставотворац) није донео

одлуку.[378] У таквом случају уставни суд сматра да је неуставно то што се одређеним законом нешто *не* прописује,[379] иако би требало да буде прописано.[380]

Увидевши ту мањкавост, уставни суд сам ступа на сцену и изворно регулише неки друштвени однос. Нпр. ствара ново правило тако што утврђује да страни држављани нису дужни да плаћају порез на добит јер се тим одвраћају од улагања у дату државу или ствара ново уставно субјективно право којим се гарантује заштита приватности података. Овај модалитет стварања права као последице политичког расуђивања уставног суда јавља се ређе зато што је он флагрантно непоштовање права, а чешћи су случајеви у којима се постојеће законско решење „исправља".

3.2.2.2. Стварање права као дискрециono одлучивање о важећем праву – преиспитивање целисходности (оптималности) раније донесе одлуке

Стварање права није само изворно регулисање друштвених односа него је и регулисање друштвених односа на друкчији начин у односу на постојеће (законско или друго) решење. Стога, стварањем права се правни поредак иновира јер се у њега уноси нешто што дотад није постојало, било да се први пут регулише правно релевантно питање, било да се једно решење замењује другим решењем. У овом одељку ће бити речи о другом случају који подразумева да се ствара право друкчије од важећег права односно важећег правног решења. Рецимо, ако законодавац пооштри казну затвора за кривично дело тако што уместо распона од три до пет година пропише распон од пет до десет година, реч о је о стварању права у којем се на основу процене надлежног органа уместо једног решења правна форма даје другом решењу.

Пракса је, претпоставимо, показала да се односно кривично дело у последње време чешће чини и надлежни законодавац дискрециono одлучује да би најбољи исход оличен у нечињењу или бар смањењу чињења тих кривичних дела могао да се постигне пооштравањем казне. Док је неспорно да је тако схваћено стварање права у надлежности законодавца, не може да се каже да је то посао судова. Институционална алокација послова државне власти налаже да одређене институције доносе опште акте на основу дискрециone оцене тако што дају правну форму некој политичкој одлуци, док друге институције немају толику слободу. Законодавац из горњег примера имао је више опција на располагању: декриминализација дела, ублажавање казне, пооштравање казне, јачање превентивних

---

[378] Рецимо, кад уставни судови себи припишу надлежност да контролишу уставност уставних амандмана, реч је о изворном регулисању датог питања, будући да изричите одредбе о томе нема у њиховим уставима. У таквим случајевима контролор уставности темељи одлуку на неком уставном принципу нпр. владавини права. Таквим се одлукама у правни систем „уносе правила која се не могу пронаћи ни у једном" правном тексту (Groppi, Spigno 2017, 523). Овакав модалитет одлучивања је уочљив у одлукама аустријског, чешког и словачког уставног суда, о чему ће да буде речи на одговарајућим местима.

[379] Аустријски Уставни суд нема овлашћење да огласи неуставним недоношење одређеног закона тј. пропуштање законодавца, што значи да не може да обавеже законодавца да донесе неки закон. Али ако постоји делимични пропуст тј. оспорена одредба не садржи потпуно (него само делимично) регулисање неког питања, „Уставни суд може да отклони тај пропуст" тиме што ће да огласи неуставном целу одредбу јер је она „непотпуна из уставне перспективе". Вид. о томе Grabenwarter 2020, 47.

[380] Неки аутори дају одређење уставносудског стварања права (*law-making*) истичући да оно подразумева укидање, мењање и допуњавање закона од стране уставног суда, у оквиру поступка контроле уставности закона. Вид. Florczak-Wątor 2020б, 1;

мера, увођење додатних санкција итд. али је, у складу са слободом одлучивања коју му устав додељује, одабрао један модалитет реаговања.

А шта је са судовима? Можда судови сматрају да није требало да се пооштравају казне, али институционална улога судова (па и уставних судова) не допушта да се *преиспитује* политичка одлука законодавца с аспекта *целисходности односно оптималности*. Док редовни судови (у систему централизоване контроле уставности) не могу да утичу на правно постојање одлуке тако што ће да неуставну одлуку одстране из правног поретка, дотле уставни суд, опет у складу с институционалном улогом, може да испитује уставност закона и одстрани неуставан закон из правног поретка. Али обухвата ли испитивање уставности и испитивање целисходности (оптималности) одабраног политичког решења и наметање другог решења које контролор уставности сматра уставним? Одговор је несумњив – не.

Ако уставни суд додељује сам себи надлежност да доноси одлуку, макар и привремену, којом одлучује уместо законодавца, то није контрола уставности, него је стварање права. И кад уставни судови тако одлучују, јасно је да не могу да понуде *правну* аргументацију или могу да наведу само уставну одредбу која има безобално поље могућих значења. Рецимо, то што се уставом прописује да уставни суд штити устав није основ за супституисање законодавца, односно одлучивање *уместо* законодавца. Ипак, уставносудска пракса познаје случајева кад, на основу овакве и сличних одредаба (у којима се помиње владавина права, демократија, достојанство), уставни суд политички расуђује и наводи супстантивне аргументе за своју интервенцију.

Дајовић истиче да судија постаје стваралац права (а не тумач) онда кад његова одлука није утемељена на „било ком конвенционално прихватљивом језичком значењу правног текста“ (Dajović 2022, 247). Слично, Либвалд истиче да је граница између тумачења и развијања (*development*),[381] као и између неодређености и празнина, у праву замагљена и она је питање дефинисања и конвенционалне прихваћености, а суд прераста у законодавца кад се пређе граница могућег значења правног текста (Liebwald 2012, 405). Имајући то на уму, тешко је из регулативе која уређује надлежности италијанског Уставног суда извести његово право да интервенише у кривични законик тако што ће да уместо прописаног распона казне затвора одреди други распон који је у складу с Уставом Италије. Неминовно је да уставни судови штите устав, али зар се устав штити тако што се занемарује уставна алокација надлежности и право парламента да дискрециono одлучује о казнама у кривичном законику?

Такође, неминовно је да Уставни суд БиХ штити уставом гарантовано начело забране дискриминације. Али зар оно трасира пут овом органу да одлучи да је одређени закон неуставан јер називи градова имају дискриминаторан карактер, па да *уместо законодавца* донесе одлуку којом се утврђују нови називи градова? То није чување Устава нити чување поља дискреционог одлучивања законодавца, него је, по нашој оцени, стварање права које је последица чисто политичког расуђивања контролора уставности. Правом тј. Уставом БиХ се забрањује дискриминација по било ком основу, па Уставни суд констатује да је назив одређених градова неуставан јер фаворизује одређени народ. Уколико би се он зауставио на овом кораку и огласио неуставним закон или његове поједине одредбе, не бисмо могли

[381] Судско одлучивање подразумева каткад и развијање нових принципа, нпр. *culpa in contrahendo*, и тад је реч о развијању права *extra legem* али *intra ius* (Larenz 1973, 42).

да кажемо да је створено ново право као последица политике, уз претпоставку да је Уставни суд навео правне аргументе у образложењу одлуке о значењу уставног текста. Међутим, уколико уставни суд учини корак више – уместо постојећих назива утврди нове називе за које сматра да нису дискриминаторни, онда је створено ново право као последица политичког расуђивања јер није оцењена само правност назива него и њихова оптималност и они су замењени другим називима које контролор уставности поима као уставне.

Наравно, у оваквим видовима (уставно)судског одлучивања се важеће право не крши флагрантно, без позивања на било какву уставну одредбу. Уставносудски активизам је типично консеквенца позивања на, примера ради, преамбулу устава и одредбу којом се забрањује дискриминација. Детаљнија анализа одлука уставних судова Италије и БиХ, које начелно изгледају овако, биће дата у потоњем одељку и трећем делу рада.

3.2.2.3. Прецедентно стварање права

У англосаксонском правном систему, у формалне изворе права се убрајају и *поједине* судске пресуде, па на њих судије могу да се позивају кад решавају конкретне случајеве. Имајући у виду доктрину парламентарне суверености, јасно је да су судски прецеденти секундарни извори права[382] у поређењу с примарним тј. писаним изворима права – суд не може да стави ван снаге одлуку парламента (једино је могућа ексцепција у случају утврђивања неуставности закона, али не и укидање/поништавање), а парламент може да кодификује правила које сматра бољим од оног што усваја судска пракса.[383] Парламент може да ствара право какво год хоће, а судови су дужни да то право примене јер не постоји могућност да се закони судски преиспитују и оглашавају неуставним преко контроле уставности (Врањанац, 2012, 25).

Судски прецедент је последица прецизирања одредбе писаног[384] или обичајног права или последица стварања права *ab ovo* од стране суда (Лукић 1995, 186), али свако правило које је плод судске праксе законодавац може да измени. Ипак, не сме да се пренебрегне да законске одредбе морају да се ауторитативно тумаче, а то је посао суда који често има и карактер дискреционог одлучивања.[385] Све то не доводи у питање тврдњу да прецедент није хијерархијски надређен закону, иако их повезује то што је у оба случаја реч о формалним изворима права.

Важно је да се апострофира да својство судског прецедента имају само поједине судске пресуде јер само пресуде виших и највишег суда једне државе могу да буду формални извори права тј. „што је виши суд, то је прецедент јачи“ (Duxbury 2008, 62). Највиши суд у Уједињеном Краљевству је Врховни суд, а до 2009. године је то место припадало Дому

---

[382] О супротном ставу појединих аутора који сматрају да закони имају секундарни значај и да се њима прописују изузеци у односу на принципе *common law*-а и да енглески правни систем може без закона, али не и без прецедентног права, вид. Врањанац 2012, 24–25.

[383] О томе да ли судски прецеденти представљају право или доказ права вид. Zandler 2004, 298–302.

[384] Дакле, пресуде којима је протумачен закон могу да добију статус прецедента. Вид. Врањанац 2012, 28.

[385] Супротно мишљење износи Барак, сматрајући да судије увек и у сваком правном систему (иако признаје да се то највише види у англосаксонском праву) стварају право јер „нема пресуђивања без стварања права“. Вид. Barak 2006, 155.

лордова.[386] Одлуке највишег суда обавезују ниже судове, а одлуке виших судова обавезују ниже и најниже судове, из чега произлази неминован примат врховног суда у прецедентном праву. Иако је доктрина решавања случајева на основу ранијих судских пресуда старија, ипак је крајем 19. века енглески Дом лордова, решавајући случај *London Tramways v. London County Council*, створио заметак *модерне* доктрине прецедентног права која би могла да се окарактерише као тежња ка успостављању баланса између „опште користи од доследности и правне сигурности" у односу на правично решавање појединачних случајева (Кошутић 2007, 71).

Такође, поједностављено је схватање да је прецедентно стварање права израз начела доследности у решавању сличних случајева (Кошутић 2007, 71) јер централно место у томе припада поређењу двају случајева. Компарација два случаја који *prima facie* наликују један другом представља у ствари трагање за оним што се назива *ratio decidendi* (суштинска сличност), а њему се супротставља *obiter dictum*. Дакле, важни су разлози због којих је одређени случај решен на одређени начин, док оно што је узгред речено у образлагању пресуде (како би указало на пут којим се ишло у расуђивању *in concreto*) остаје по страни, иако је понекад то разликовање тешко (Duxbury 2008, 26, 67–68).[387] Зандлер истиче да су прецеденти „сирови материјали из којих правници и судије изводе правна правила" (Zandler 2004, 265).

Често се каже да судије (виших и највишег суда) у англосаксонском праву стварају право, али не сме да се пренебрегне да судије притом не расуђују политички (на основу свих расположивих разлога) како то чини законодавац. Виши и највиши судови у англосаксонском праву су саучесници у стварању права и они имају улогу да доврше оно што је законодавац апстрактно казао утолико што су нижи судови формално, а не само фактички везани за њихове одлуке о значењу правних текстова и одлуке о спорним фактичким питањима. Дакле, нижи судови одлучују у складу с доктрином *stare decisis* и сваки будући случај, који има исти *ratio decidendi* као и одлука која је прецедент, решавају на исти начин. Док у континенталном праву судска пресуда има за циљ примарно да реши конкретан случај, дотле у англосаксонском праву она, осим тог циља, тежи и да буде образац за решавање будућих случајева.[388]

Стога је прецедентно стварање права стварање у оној мери у којој виши судови установљавају обавезујућа општа правила за ниже судове. Иако у европскоконтиненталном правном систему судска пресуда није формални извор права то не значи да би требало да се релативизује њен значај. То нарочито вреди за судске пресуде врховних судова које нема својство формалног, али имају својство фактичког извора права. То, другим речима, значи да су пресуде врховних судова инструмент за уједначавање судске праксе и оне треба да утичу на остале судове, не само институционалном улогом врховног суда, него (и пре свега) снагом аргумената који се у пресудама излажу. Наводимо да је судска пракса врховног суда

[386] Првобитно је Дом лордова и сам био обавезан својим одлукама, а једино је Дом комуна могао да укине његову одлуку и то у форми закона. Ипак, 1966. године је лорд канцелар, у своје и име осталих лордова, изрекао изјаву тј. *Practice Statement* која почива на могућности одступања од ранијих прецедената. Вид. изјаву на: Practice Statement (1966).

[387] О томе вид. и Zandler 2004, 268–275.

[388] Неке судије америчког Врховног суда сматрају да је судски активизам непоштовање прецедената, дакле непоштовање доктрине *stare decisis* (наведено према: Kmiec 2004, 1466–1467).

(али и вишег суда у односу на нижи суд) фактички извор права[389] јер судија нижег суда не може да пренебрегне да постоји могућност да се његова одлука нађе пред инстанционим судом и да буде укинута уколико се правни ставови из одлуке вишег суда не испоштују. Последично посматрано, могло би да се каже да и правни став врховног суда и судски преседент имају заједничко својство јер омогућавају (или бар претендују) да се оствари праведно поступање судова – једнако поступање у мање-више једнаким случајевима.

Поставља се питање повезаности између прецедентног стварања права и активизма приликом контроле уставности. Примера ради, у америчком праву, Врховни суд, као контролор уставности, својим одлукама о уставности ствара прецеденте и они су ван домашаја контроле америчког законодавца. Кад Врховни суд донесе прецедент о уставноправном питању, тиме је створено ново право. А пошто таква одлука може да буде интервенисање у надлежност уставотворца или законодавца, веза између судског активизма и прецедентног права постоји. Али овај рад је оријентисан на контролу уставности коју врше уставни судови, а они нису институционална решења у англосаксонском систему. Ипак, не би требало да занемаримо значај ранијих уставносудских одлука у односу на потоње уставносудске одлуке. Често се у пракси уставних судова уочава да ови органи поштују сопствену праксу[390] и одлучујући о уставности оспорених аката и сами се позивају на своје раније одлуке. Сем тога, понекад уставни судови закључују да су раније одлуке „погрешне“, па се оне „исправљају“ и тако се ствара нови прецедент. Дакле, прецедентно стварања права у контексту уставних судова је и те како важно.

Нарочито је важно разликовати прецеденте тумачења и прецеденте одлучивања.[391]Док судски прецедент одлучивања означавања анализу сличности између два случаја с циљем да се утврди да ли имају исти *ratio decidendi*, дотле прецеденти тумачења подразумевају да се потоња одлука темељи на значењу које је раније приписано одређеном правном тексту. Дакле, или је реч о сличности чињеничних стања два случаја или је реч о сличности или истоветности правних текстова. Такође, могло би да се расправи и питање дејства уставносудске одлуке и дејства судског прецедента јер нам се чини да везивна тачка постоји. Након што уставни суд донесе одлуку о (не)уставности одређеног акта, таква одлука делује као да је прецедент јер се у сваком будућем случају који решава уставни суд води рачуна о ставу који је раније заузео. Други државни органи, а пре свих законодавац и редовни судови, такође ће приликом доношења будућих аката да воде рачуна о значењу које је уставни суд приписао одређеним правним текстовима.

Грим правилно примећује да и само постојање уставног суда има утицај и на законодавца будући да овај сопствене политичке планове посматра кроз очи уставног суда (Grimm 2016, 201). Стога, и прецеденти одлучивања и прецеденти тумачења су значајни за уставносудско одлучивање. Будући да уставни судови каткад иновирају важеће право,

[389] Алекси и Драјер истичу да постоје правни разлози које судија мора да уважи, треба да уважи, може да уважи и они којим не сме да се користи. Прецеденти се убрајају у разлоге које судије треба да уваже (*should-materials*). Вид. Alexy, Dreier 2016, 91–92.

[390] Примера ради, уставни судови Италије и Немачке у бројним одлукама које су цитиране у овом раду се позивају на своје раније одлуке. Иако они немају правну обавезу да се држе ранијих одлука, ипак се не мењају често раније заузети ставови који се наводе као „ауторитет у уставноправним питањима“. Вид. Determann, Heintzen 2018-2019, 105.

[391] Вид. Spaić 2018.

услед непостојања контроле уставносудских одлука, могло би да се констатује да одлука која је плод уставносудског активизма делује као прецедент. Штавише, одлуке уставног суда су коначне и *обавезујуће* за све државне органе.

3.2.2.4. Стварање права ради попуњавања правне празнине

Ниједан правни систем не регулише све друштвене односе који би правом *требало* да буду регулисани јер поводом њих настају релевантна неслагања. Другим речима, чак и најпосвећенији законодавац или други надлежни творац норме не могу да апсолутно сваки друштвени однос регулишу, а да не остане „празнина које треба да судови попуне или скривених нејасности или неизвесности“ (Cappelletti 1981, 16). До тога долази из више разлога: људске несавршености, пропуста творца норма, намере, али понајвише због природе друштвеног живота.[392] Уколико бисмо ове разлоге исказали генусно, рекли бисмо да је право увек корак иза друштвеног живота.

Поједини друштвени односи правно нису регулисани и не треба да буду регулисани, па они немају значај за право. Нпр. право не треба да регулише ко с ким треба да се дружи, да ли плавокоса девојка може да се уда за црнокосог мушкарца или које боје треба да буде аутомобил који купујемо. Али постоје и друштвени односи који би ипак требало да буду (због природе односа: Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 364) правом регулисани, али ипак то нису – правне празнине.[393] У односу на различите друштвене односе, држава доноси одлуку о томе да ли и како ће да их регулише. Оног часа кад држава преко политичких органа дâ правну форму својој политици, дотадашњи друштвени однос је постао правни однос.

Али како да судије реагују кад се пред њима појави друштвени однос који представља правну празнину?[394] Једна опција је да судија констатује да не постоји правна одредба коју би могао да примени на спорни друштвени однос, а друга опција је да реши спор својом иновацијом тј. стварањем новог правила. Уколико се определи за прву опцију, судија би могао да буде оптужен за ускраћивање правде,[395] а уколико одабере другу опцију, могао би

---

[392] О разлици између почетних правних празнина (које су последица пропуста творца правног акта) и накнадних правних празнина (које су последица релевантних промена у друштву) вид. Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 364. За Енгиша је правна празнина „непланирана недореченост закона“ (наведено према: Larenz 1973, 40). Накнадне празнине могу настати услед промењених значења или под утицајем нових вредности у датом правном систему (Larenz 1973, 41). Вид. и Zuleta-Puceiro 2016, 38.

[393] О разлици између правних празнина и правних шупљина вид. Хасанбеговић 2006, 180–181. Сем тога, могуће је да се и правни облик да неком правном односу иако то не би требало да се уради, што би представљало злоупотребу правне форме. Барак истиче да „ћутање“ нормативног текста може да значи много тога, а само једна од могућности је да се ради о правној празнини. Вид. Barak 2005, 67. Либвалд наводи да је идентификовање правне празнине обично вредносни суд. Вид. Liebwald 2012, 405. У томе има истине, јер је јасно да судија мора да *процени* да ли неко питање *треба да буде* правно уређено, па је и одлука о (не)постојању правне празнине питање судијине одлуке.

[394] Правне празнине у праву, по Печениковом мишљењу, подразумевају: (1) правно нерегулисање (недовољност), (2) регулисање на логички недоследан начин (неконзистентност), (3) регулисање на нејасан или вишезначан начин (неодређеност), (4) правно регулисање које је морално неприхватљиво (аксиолошка празнина) (Peczenik 2008, 18). Дакле, Печеник даје шире одређење појма правних празнина у односу на концепцију заузету у овом раду, а коју он означава као недовољност.

[395] *Denial of Justice* (ускраћивање правде) се још на почетку 19. века у француском Грађанском законику забрањује речима: „Судија који одбије да донесе пресуду под изговором да закон нешто не регулише или је нејасан или је недовољан, може бити гоњен због ускраћивања правде.“

да буде оптужен за прекорачење надлежности јер ствара право уместо да га примењује. Шта онда да уради судија? Доктрина је мање-више сагласна да судија мора да реши појединачан случај тако што ће из постојећег права да изведе појединачну норму. Барак разматра да ли је попуњавање правних празнина у ствари тумачење права, па истиче да одговор на то питање зависи од правног система о којем је реч, те уводи разлику између тумачења у ужем и у ширем смислу.[396]

Док тумачење у ужем смислу подразумева приписивање значења правном тексту, дотле тумачење у ширем смислу обухвата и попуњавање правних празнина,[397] будући да се то чини на основу других норми (Barak 2005, 6). У овом раду се полази од тога да је попуњавање правних празнина стварање права на основу тумачења права. Стога, не би требало да се попуњавање правних празнина изједначи с тумачењем права, будући да ту не постоји правна одредба која се непосредно тумачи да би јој се приписало значење и решио конкретан случај него судија „ствара нову норму“ (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 365). Тумачењем се правном тексту даје смисао тј. значење, па макар се значење проширивало до крајњих семантичких граница, док попуњавање правних празнина подразумева да текст недостаје и оно представља *додавање* тј. *стварање* новог текста од стране судије (Barak 2005, 66).

Иако попуњавање правних празнина није истоветно тумачењу права, тумачење је важан корак *пре* попуњавања правне празнине. Другим речима, на подлози оног што је настало тумачењем постојећих правних одредаба се ствара нова појединачна правна норма. Ту посебан значај има тумачење принципа (нпр. принцип савесности и поштења) и тумачење правних одредаба које регулишу сличне случајеве оном случају који представља правну празнину (аналогија). Барак сликовито приказује зашто је попуњавање правне празнине стварање права на основу тумачења јер каже да текст закона, недовољан да се на основу њега реши случај, наликује на „зид без једне цигле“ (Barak 2005, 68).

Дајовић примећује да су правне празнине доказ да постоје правне ситуације у којима је судија „по нужди, правни иноватор“ али то је стварање права „у складу с важећим правом“ (Dajović 2022, 247).[398] Насупрот том ставу, који нам се чини тачним, постоје и заговорници когнитивистичког учења за које је право логички затворен систем у којем се налази одговор на свако правно питање, тј. правне празнине не постоје, него одговор треба да се дедукцијом пронађе у важећем праву (Zuleta-Puceiro 1991, 37). Овакво учење иде у корак с когнитивизмом јер полази од тога да је задатак судије да пронађе одговор на спорно питање, а не да створи правило за појединачан случај. Тај стваралачки чин судије ипак није безграничан, будући да судија ствара појединачну норму водећи рачуна о томе шта постојеће право каже о оном што је релевантно за појединачан случај тј. уско је повезано с

[396] У немачкој доктрини се разликује стандардно тумачење (*einfache Auslegung*) и допуњујуће тумачење (*ergänzende Auslegung*).

[397] Радомир Лукић говори о тумачењу у ширем смислу, наводећи да оно служи за попуњавање правних празнина и да представља тумачење норме која не постоји. Вид. Лукић 1995, 255.

[398] Ипак, правно иноваторство у једној грани права, због строге примене начела законитости, не може да се практикује, а то је кривично право. Шауер сликовито каже да сви шаховски потези могу да се нађу у шаховским правилима, али сви потези у правној аргументацији и доношењу одлука не могу да се нађу у правним правилима („All of the moves of a game of chess can be found in the rules of chess, but not all of the moves in legal argument and legal decision-making can be found in the rules of law.“) Вид. Schauer 2009, 5–6.

њим.[399] Стога, попуњавање правне празнине је стварање новог правила на основу тумачења постојећих правила или постојећих принципа.

Гарднер сматра да учење о обавези судија да решавају правом нерегулисане случајеве који се пред њима нађу не може лако да се измири с идејом да су судије „професионално дужне да решавају спорове само применом важећег права". Ако би се њихова дужност примене важећег права доследно тумачила, онда би они морали да одбију решавање случајева који не могу да се реше *само* применом важећег права (Gardner 2001, 211). Ипак, институционална улога судија редовних судова огледа се управо у томе да решавају појединачне случајеве и они не могу попут римског судије да кажу *non liquet*. Користећи се Бараковом метафором, кад је право попут зида којем недостаје цигла, судијин је задатак управо да „дода" циглу.

У доктрини су развијене одговарајуће технике[400] за попуњавање правних празнина (аналогија, разлог супротности, уско тумачење изузетака, коришћење општих правних принципа и слично), а компаративно посматрано, неки правни акти дају упутство за попуњавање правних празнина. Рецимо, италијански Грађански законик у чл. 12 предвиђа да се празнине попуњавају аналогијом или (ако аналогија није могућа) општим правним принципима.

Каква је веза између стварања права ради попуњавања правних празнина и судског активизма? Уставносудске одлуке се често доносе поводом питања која нису експлицитно регулисана уставом. Будући да се уставносудско одлучивање у спорним случајевима темељи првенствено на широко формулисаним уставним одредбама, бројне одлуке уставних судова би *prima facie* могле да се окарактеришу као попуњавање правне празнине. Али не треба да се попуњавање правне празнине доводи нужно у везу са судским активизмом, што нарочито важи за редовне судове.

Дакле, није свако попуњавање правне празнине *eo ipso* судски активизам, иако оба модела (уставно)судског одлучивања деле неке заједничке карактеристике. Наиме, и судски активизам и попуњавање правне празнине почивају на томе да се одлука доноси *делимично* на основу оног што је правом прописано, а другим делом на основу представе о томе како би требало да буде регулисано неко питање.[401] Дакле, на основу изражених правних текстова се изводе закључци о оном што није изричито прописано. С друге стране, и попуњавање правне празнине и судски активизам се доводе у вези са стваралачком делатношћу. Ипак, сличности нису знак истоветне природе ова два модалитета одлучивања, односно стварање права ради попуњавање правне празнине није истоветно концептуалном одређењу стварања права које је заузето у овом раду, што ћемо да образложимо у наредним редовима.

---

[399] Дејли наводи да и судија који води рачуна о уздржавању не негира постојање правне празнине нити то да судије каткад морално расуђују. Оно што карактерише судијско уздржавање је судијина свест да се морално расуђивање мора свести на минимум. Вид. Daley 2016, 295.

[400] Језички аргумент служи да се њим „идентификује, а не да се попуни правна празнина", а сви остали интерпретативни аргументи, као и аналогија, редукција и етички аргумент се користе за попуњавање правних празнина (Alexy, Dreier 2016, 91).

[401] Бразилски контролор уставности истиче да „непостојање одговарајућег закона (*vacum iuris*)… не може да се попуни ниједним другим државним актом, нарочито оним који има судски карактер" јер би се тиме контролор уставности „трансформисао у позитивног законодавца" (Brewer-Carias 2011, 37).

У овом раду се заступа теза да је судско стварање права изворно регулисање друштвених односа (оно што правом није регулисано се одлуком суда уређује) или регулисање тих односа на друкчији начин у поређењу с оним што важеће право прописује (нпр. кад суд уместо казненог распона из закона одреди други распон). На први поглед се попуњавање правне празнине уклапа у први модалитет стварања права, а судски активизам се уклапа у оба модалитета, будући да је активистичко одлучивање каткад изворно, а каткад регулисање друштвених односа на друкчији начин у односу на важеће право. У односу на попуњавање правних празнина значајно је то да се не одлучује насупрот важећем правном решењу, него да се одлуком суда *ad hoc* регулише нерегулисано питањем и то уважавањем постојеће регулативе која служи као основа.

Активистичко стварање права подразумева да се постојећа правна регулатива замењује другим решењима, док попуњавање правне празнине подразумева да се постојеће право уважава утолико што се одлука доноси *на основу* важеће правне регулативе тј. изводи се из важећег права. За разликовање о којем се овде ради од великог је значаја и институционална улога редовних и уставних судова. Активистичко одлучивање типично подразумева да се *преиспитује целисходност, оптималност односно супстантивна ваљаност* одлуке законодавца, при чему се излази из оквира институционалне улоге уставног суда оличене у контроли уставности којом се решава нормативни спор између правних аката. Попуњавање правне празнине, напротив, управо одговара институционалној улози редовног суда и не подразумева преиспитивање оптималности односно супстанцијалне ваљаности одлуке законодавца, него представља нужност одлучивања у конкретним случајевима зарад решавања спора између лица, па макар то укључивало и стварање права ради попуњавање правне празнине.

Кад се правна празнина попуњава тад се ствара право зарад регулисања оног што би и сам законодавац урадио јер дати однос и треба да буде уређен правом што се закључује на основу постојеће регулативе, док судски активизам подразумева да је законодавац већ одлучивао, али активистичком интервенцијом (уставног) суда, под изговором интерпретације (и заштите устава), преиспитује се управо супстантивна ваљаност (а не само уставност) одлуке, те се намеће нова одлука (по оцени контролора уставности, она која је сагласна уставу). Дакле, у случају судског активизма се супстантивно оцењује оптималност одлуке надлежног правотворца. Док судски активизам подразумева да се одлука темељи на једној широко формулисаној уставност одредби, по правилу сачињеној и од суштински спорних појмова, дотле попуњавање правне празнине типично подразумева да судија на основу више правних одредаба или целог правног система долази до одлуке која највише одговара оном што је постојеће право. Активистичка одлука се не уклапа у важеће право, а новостворена норма зарад попуњавања правне празнине се уклапа.

Иако судија нема правни текст који га ограничава указујући му на (могуће) исход(е) конкретног случаја, његово расуђивање је ипак правом ограничено јер он тумачи правне текстове који имају мање-више везе с нерегулисаним случајем, при чему се изводи закључак да та *повезаност* налаже примену одговарајуће (нпр. исте или супротне) норме и на нерегулисан случај. У том смислу не би могло да се каже да судија није подвргнут никаквим ограничењима у погледу тога шта је прихватљив интерпретативни аргумент, будући да судија при попуњавању правне празнине ствара право *на основу важећег права*, док судски активизам подразумева *стварање права (бар делимичним) игнорисањем*

постојећег права садржаног у правним текстовима, као и игнорисање институционалне алокације надлежности и институционалне улоге контролора уставности.

Ако бисмо резимирали претходне редове, закључци су следећи. И кад се попуњавања правна празнина и кад се активистички одлучује, значајна је представа о томе како би право требало да уреди неко питање, али је разлика у томе што је активистичко одлучивање утемељено на политичком расуђивању односно оно почива на разматрању свих супстантивних разлога и давању правне форме политичким погледима уставног суда, док код попуњавања правне празнине претеже правно расуђивање јер важеће право детерминише одлуку. [402] На крају крајева, одлука редовног суда којом је попуњена правна празнина делује само *inter partes*, контролише је виши суд, а законодавац може да измени закон и уреди нерегулисано питање. С друге стране, у односу на уставносудску одлуку не постоји могућност испитивања јер је она коначна и обавезујућа.

3.2.3. Судски активизам и (дедуктивна) примена права

Опште је место да судије имају задатак да примењују постојеће право, док је задатак политичких органа, пре свих законодавца, стварање права. У том смислу би требало да се размотри шта је у ствари примена права. Неретко се примена права поистовећује с дедуктивним правним закључивањем и поједностављено се исказује као подвођење одређених чињеница под правну норму, што се назива правном квалификацијом чињеница. Проблем с истицањем дедуктивног карактера примене права се огледа у томе што није потпуно тачно повезати дедуктивно закључивање и примену права због природе премиса од којих се полази у закључивању, што утиче и на природу закључка до којег се долази.

Наиме, дедуктивно закључивање је закључивање од општег ка посебном и у њему се полази од премиса како би се извела конклузија (закључак). Уколико се конклузија изводи тачно из две премисе (веће и мање), онда је реч о силогизму. Аналогно, често се примена права назива правним силогизмом. Уколико су у дедуктивном закључивању тачне премисе, онда је тачна и конклузија. Основни разлог због којег доводимо у питање поимање правног закључивања у светлу дедуктивног закључивања је природа премиса у правном закључивању. Узмимо да правни текст гласи: „Ко прима плату, дужан је да плати порез“. Конкретно чињенично стање је следеће: Никола је закључио уговор о делу с предузећем и за урађени посао добио је 1000 евра“.

Оно што је спорно у датом случају јесте да ли накнаду по основу уговора о делу можемо да сматрамо платом или се под платом разуме само оно што се заради по основу уговора о раду. Без обзира на то какав одговор ћемо да дамо, јасно је да приписано значење речи „плата“ не може да буде истинито, него само вероватно. С обзиром на то да није могуће да се за дато значење каже да је истинито, онда се то преноси и на конклузију. Зато не би било тачно свести сваку примену права на дедуктивну примену праву, а да се претходно не објасни природа премиса од којих се полази у правном расуђивању. Дајовићевим речима, дедуктивистички модел је „непримењив на закључке чије су премисе испуњене садржајем“ (Dajović 2023a, 50). Дедуктивна примена права коју у тзв. неспорним или лаким случајевима (*easy cases*) судови обављају нема већи значај за овај рад, ако се тумачи као силогистички поступак. Код дедуктивне примене права у лаком случају, нормативно значење правног

[402] По оцени Савезног уставног суда Немачке, правна празнина се попуњава на основу стандарда практичког расуђивања и општеприхваћене идеје праведности (BVerfGE 34, 269, т. IV 1).

текста није упитно и због тога је посао судије знатно олакшан, а аргументовање је излишно будући да образложење треба да садржи само навођење чињеница, релевантног права и правни исход који из њих произлази.

Уколико знамо да примена права није синоним за дедуктивну примену права, поставља се питање како би она могла да се дефинише. У питању је вишезначан појам који подразумева примену у правном расуђивању и примену као материјалну радњу (нпр. лишење слободе или заустављање испред знака стоп на раскрсници због одредбе закона о саобраћају). Будући да је овај рад посвећен правном расуђивању, јасно је да предмет нашег интересовања представља примена права као фаза правног расуђивања. Сматрамо да та примена права представља поступање које је у складу с постојећим правом тј. постојећим правним нормама (Васић, Јовановић, Дајовић 2018, 315). Уколико ову стипулативну дефиницију применимо на судско одлучивање, онда би прототипска дефиниција била: судска примена права подразумева одлучивање на основу важећег права.

Практично посматрано, питање примене права се проблематизује ако се узме у обзир да ће сваки државни орган, па и уставни суд да се позива на то да је применио право. Другим речима, активистичко одлучивање судова се редовно настоји заоденути у примену права. То значи да ниједан суд који активистички одлучује неће навести да је право створио, него се наводи да је важеће право примењено, тако што је протумачено важеће право. У таквим ситуацијама је кључни проблем то што се врло често ради о широко формулисаним уставним одредбама попут уставних принципа којима могу да се припишу различита значења. Примера ради, шта уколико уставни принцип прокламује да се држава заснива на владавини права,[403] а уставни суд се при доношењу одлуке позове управо на овај принцип. Будући да је владавина права правно-политички, а не само правни концепт, с једне стране, те да она представља врло неодређен концепт који у себи инкорпорира (по доктринарним ставовима) и друге мање-више одређене концепте, јасно је да се судијама оставља широк простор за приписивање значења том уставном тексту. Тиме се ствара плодно тло за судију да сопствене представе о томе какво би право требало да буде представи као нормативно значење текста устава.

Оно што додатно отежава целу расправу је то што уставни судови, по правилу, на широко формулисаним уставним одредбама темеље одлуку којом се тежи ка остварењу неког легитимног циља, односно пожељног циља који нису успели да остваре политички органи. Стога, поставља се питање по којим критеријумима може да се оцени начин уставносудског одлучивања? Сматрамо да би требало да се оцени постојање два услова: (1) да ли уставни суд својим одлукама задире у преиспитивање супстантивне ваљаности (оптималности) одлуке надлежност органа (нарочито законодавца), и (2) да ли је одлука уставног суда образложена коришћењем правних аргумената? Уколико је одговор на прво питање одричан, а на друго потврдан, контролор уставности је применио право.

Стога, примену права бисмо могли, у светлу уставног судовања, да ценимо на основу очувања поља слободног одлучивања надлежног органа и на основу правности аргументација коју контролор уставности даје у образложењу одлуке. Ако пак уставни суд

[403] Нпр. аргумент Уставног суда Италије у одлуци 1/2013 је да имунитет државних органа представља језгро „демократске владавине права“ (т. 10). Вид. одлуку 1/2013 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2013&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. јануара 2023.

задире у простор који право резервише за друге органе тј. ако не испитује уставност одлуке надлежност правотворца, него *супстантивну ваљаност односно оптималност* одлуке и/или ако одлука није *правно* образложена него садржи и неправне разлоге (морално, пожељно, целисходно, економски корисно и слично), онда ту није реч о примени права.

3.2.4. Кад надлежни правотворци стану на пола пута – судски активизам примењивача права?

Јасно је да је друштвени живот увек корак испред права, односно право не може да регулише сваки аспект сваког друштвеног односа. Али то право и не треба да чини, будући да само они друштвени односи који захтевају ауторитативно правно решавање треба да буду уређени правом. Али у неким ситуацијама надлежни правотворци намерно стварају право тако да оно буде несавршено, тј. они установљавају само оквир и делегирају овлашћење надлежним примењивачима да они наставе „од пола пута“. Дакле, узимајући у обзир околности конкретног случаја, надлежни примењивач права треба да одлучи о томе шта је право у датом случају. С друге стране, још од Аристотела се каже да ићи судији значи ићи правди. Дакле, од судије се очекује да поступи праведно, а праведност је синоним за једнакост. И чињеница да се закони односе на неодређен број лица и случајева (тј. општост и апстрактност законских одредаба) јесте оличење праведности.

Али понекад је инсистирање на доследној и безизузетној (праведној) примени права у ствари пут ка неправди (Цицероновим речима: *summum ius, summa iniuria*), па судија каткад може да одступи од строге примене права. Више пута је напоменуто у раду да је правни текст увек полазиште и граница у тумачењу, али да текст није исходиште нити је једини аргумент, будући да постоје и други легитимни интерпретативни аргументи. Осим тога, савремена доктрина износи и идеју да из оног што је правним текстом изражено може да се изведе и оно што није изражено. Будући да надлежни правотворци у наведеним случајевима стају на пола пута, на судији је да доврши нормативни посао, тако што ће да одабере решење из постављеног оквира или ће да успостави изузетак од правила да избегне неприхватљиве последице доследне примене или ће из правног текста изведе оно што је у њему имплицитно садржано.

Бараковим речима, понекад изгледа да се право зауставља на раскрсници, а судија мора „без јасног и прецизног стандарда“ да одлучи „у ком ће правцу кренути“ (Barak 2005, 208). Претходних неколико реченица је исказало суштину дискреционе оцене, дифизибилности и конструкције, па се поставља питање каква је њихова веза са судским активизмом. Испитаћемо то у редовима пред нама.

3.2.4.1. Судски активизам и дискрециона оцена

Право које је садржано у општим правним актима не може увек да залази у појединости. Келзен истиче да је општа норма само оквир у којем треба да се створи појединачна норма, а ова садржи увек нешто ново, што имплицира одређен степен самовоље[404] приликом примене права (Kelsen 1955, 78). Бараковим речима, идеја о систему у којем нема дискреционе оцене је мит (Barak 2005, 207). У том смислу правом се неки

[404] Иако Келзен говори о самовољи (*arbitrariness*), прикладније би била реч „воља“ јер судија исказује вољу која одговара његовом поимању јавног интереса, али и ограничењима која право поставља, нпр. прописивањем распона казне.

односи уређују сумарно, а други односи се уређују детаљно. Примера ради, у кривичном праву је легитимно очекивање да се прецизно нормира биће кривичног дела, будући да је реч о грани права која по природи подразумева највећи степен задирања у људска права и слободе. А чим је то тако, нужно је да се могућности за произвољност елиминишу.

С друге стране, ако читамо закон којим се уређује издавање дозволе за поседовање оружја, уочићемо одредбу која гласи: неће се издати дозвола за поседовање оружја уколико би се тим нарушили интереси безбедности. У нормирању таквог друштвеног односа, није реално очекивање да законодавац неколико десетина чланова или ставова посвети различитим животним ситуацијама у којима би издавање дозволе узроковало нарушавање интереса безбедности. Уместо тога се наводи само једна одредба која је довољно широко формулисана тако да мноштво разлога може под њу да се подведе. Примера ради, интереси безбедности се нарушавају ако се дозвола за поседовање оружја изда лицу које је склоно честом и прекомерном конзумирању алкохола, конзумирању опојних дрога, лицу које има озбиљно нарушене односе у породици, озбиљне сукобе са околином и склоност ка тучама итд. Уместо детаљног нормирања, позивањем на „интересе безбедности“ надлежном примењивачу права се делегира овлашћење да у оквирима које право поставља сам оцени шта највише одговара јавном интересу, тј. шта је *целисходно*.[405]

Из тога следи да је дискрециона оцена увек простор за слободно, али не и произвољно одлучивање. Да ли ће да се изда дозвола за поседовање оружја лицу које је једном пријављено од стране комшија јер су они сумњали да врши насиље у породици или колику ће казну затвора судија да изрекне за кривично дело за које је прописано од три до пет година затвора, то су питања дискреционе оцене. Али је јасно да надлежни орган има више једнако вредних могућности и да његова одлука (избор једне од тих могућности) не сме да буде резултат самовоље, него она мора да буде одраз судијиног поимања о томе шта се највише уклапа у важеће право. У таквим случајевима, надлежни орган не бира између више могућности водећи се само тим шта је прописано (јер право не даје несумњив одговор), него једнако важно место заузима питање шта је оптимално у склопу постављеног правног оквира – дискрециона оцена је процена о најприкладнијем решењу у правом предвиђеном оквиру.[406]

Другим речима, ако би се судијско одлучивање изузело од обавезе одлучивања у складу са законом, „правни поредак би био детронизован у корист судије“ (Spaić 2020b, 211). Дискрециона оцена је „слобода избора између више *правних* могућности“ јер одлука о значењу (између више алтернатива) није правна[407] зато што је судија бира, него је судија бира зато што је она правно могућа (Barak 2005, 208). Примењивач права који упражњава дискрециону оцену је правом везан у погледу услова, али није правом везан у погледу

[405] Тумачење није „ни потпуно дискреционо одлучивање ни чисто механичка активност“, него је „динамична интеракција између читаоца и текста“, а продукт те интеракције је значење (Fiss 1982, 739).

[406] Субјект који има дискреционо овлашћење мора да се креће у оквирима које поставља право тако што нпр. не може своје овлашћење да пренесе на другог субјекта, не може да донесе одлуку која је мимо постављених алтернатива (нпр. не може да изда пробну дозволу за држање оружја на годину дана ако се законом предвиђа да се она издаје или не издаје) итд.

[407] Одлука суда може да се назове правном ако: (1) почива на извору права (Печеник међу изворима наводи и правну литературу која, по нашем суду, није формални иако јесте фактички извор права), (2) у тешким случајевима почива и на моралним исказима, (3) може да се реконструише као логички исправан поступак (Peczenik 2008, 23).

исхода, будући да је исход ствар (пр)оцене о томе шта је најприкладније нпр. интересима безбедности. Дакле, и кад судије упражњавају дискрециону оцену, ни тад правила нису сувишна јер судијска дискрециона оцена функционише „у оквиру правила а не ван њих" (Barak 2005, 38).[408] Могло би да се каже да правни разлози само каналишу, али не детерминишу судијину одлуку донесену на основу дискреционе оцене.

Дискрециона оцена је израз који има више значења[409] и увек подразумева одређену количину слободе, с тим да за овај рад кључно место има дискрециона оцена приликом правног расуђивања судија.

Прво, дискрециона оцена се доводи у везу с *одлучивањем управних органа*. Некад је јавни интерес одређен самим законом тј. утврђено је који ће интереси однети превагу у случају колизије с другим интересима, а ако то није случај онда се управи препушта да процени шта јавни интерес захтева, истиче Бети (Spaić 2020b, 210). У конкретним случајевима, управни органи одлучују о заштити јавног интереса, с тим да су њихове одлуке једним делом регулисане законом, а другим делом представљају схватања датог органа о тома како се јавни интерес најцелисходније штити (дискрециона оцена). У односу на овакве одлуке управних органа постоји и институционална контрола.[410] Уколико је, примера ради, првостепеним решењем полицијске управе одбијен захтев за издавање дозволе за поседовање оружја, постоји могућност жалбе вишем управном органу – министарству унутрашњих послова. Такође, правило је да се против коначног управног акта може покренути и управни спор, али само у погледу оспоравања законитости одлуке. *A contratio*, не постоји могућност да се суд упусти у испитивање исхода тј. дискреционе оцене, те се ту крије могућност злоупотребе од стране управе.

Друго, могло би да се говори и о *дискреционој оцени законодавца*, с циљем да се опише начин на који расуђује парламент кад ствара право уређујући односе у различитим областима друштвеног живота. Тад би могло да се констатује да законодавац оцењује шта је најбоље, оптимално, ефикасно, економски корисно итд. Ипак, у овом раду је за тај вид одлучивања коришћен израз „слободно одлучивање законодавца",[411] што сматрамо прикладнијим, будући да законодавац има много већу слободу при одлучивању, него што је

---

[408] Бети истиче да оцена целисходности не доводи у питање везаност тумача за акт који тумачи. Вид. Spaić 2020b, 211.

[409] Бети сматра да појам дискрециона оцена има пет значења јер дискрециона оцена може да буде: апсолутна, административна, техничка, додатна или судијска. Вид. о томе Spaić 2020b, 209–213. Харт разликује три врсте дискреционе оцене (Hart 2013b, 655): изричита (*Express or Avowed Use of Discretion*), прећутна (*Tacit or Concealed Discretion*) и дискреционо мешање кроз диспензацију од прихваћеног правила, нпр. у случају помиловања осуђеног (*Discretionary Interference or Dispensation from Acknowledged Rules*). Будући да је предмет овог рада (уставно)судско расуђивање, из Хартове класификације су значајне (1) изричита дискрециона оцена која је додељена судовима (она се додељује и управним органима) која *inter alia* обухвата примену правних стандарда и (2) прећутна дискрециона оцена која постоји при тумачењу закона и употреби прецедената, а почива на непостојању *једног* правно прихватљивог исхода у конкретном случају.

[410] Раније смо навели да је правна држава, изворно, управо имала за циљ да управу подведе под закон, али дискрециона оцена је свакако изван матрице потпуног подвођења управе под закон.

[411] Каткад се у доктрини и уставносудским одлукама говори о дискреционој одлуци законодавца као и о пољу слободне процене законодавца. Настојаћемо да у овом раду, кад то буде могуће, избегнемо коришћење наведених израза јер (1) дискрециона оцена законодавца је врло специфична и (2) поље слободне процене је устаљен израз који се доводи у везу с доктрином ЕСЉП. Уместо наведених израза, користиће се израз „слобода одлучивања законодавца".

то случај са судовима или управним органима, па његово дискреционо одлучивање није еквивалентно дискреционом одлучивању судова или управних органа. Те значајне разлике, примарно оличене у корпусу разлога на основу којих се оправдава одлука, условиле су да се у овом раду говори о правном и о политичком расуђивању.

Коначно, дискрециона оцена постоји и *у судском одлучивању* кад суд на основу *слободног судијског уверења*: (1) одлучује коју ће од више алтернатива које се пред њега изричито постављају да одабере (нпр. новчана казна или казна затвора; новчана казна од 10.000 или 20.000 хиљада; казна затвора у распону од три до пет година) и (2) кад одлучује о значењу правног текста у случајевима кад нормативни ресурси не дају *јасан* одговор на питање значења правног текста. Дворкиновим речима, дискрециона оцена је попут „рупе у крофни" тј. она подразумева постојање „простора који је остао отворен у појасу ограничења" (Dworkin 1977, 31). Харт је у светлу разликовања лаких и тешких случајева истицао да судије, приликом одлучивања у тешким случајевима, упражњавају дискрециону оцену.

По Хартовом мишљењу, постоји шест карактеристика дискреционе оцене (Hart 2013b, 659–660): (1) непостојање једне исправне одлуке јер постоје различити аргументи у прилог различитим ставовима; (2) непостојање јасно одређеног циља и нужност балансирања интереса; (3) последице могућих одлука нису априорно познате; (4) иако је циљ нејасан, постоје препознатљиве вредности, али не постоји скала њихове вредности/важности; (5) критеријум исправно/погрешно није адекватан да опише дискреционе одлуке, него је одлука мудрија, боља, прикладнија; (6) одлука донесена на основу дискреционе оцене се брани или начином доношења (на основу представе о оптималним условима за прихватљиву одлуку, *justification*) или резултатима који су постигнути (*vindication*).

Решавајући случајеве из полусенке (тешке случајеве), судија бира између неколико алтернатива и пошто његова одлука није прецизно детерминисана правом (тј. правила имају порозни карактер),[412] Харт истиче да судија дискреционо одлучује и ствара право (2013, 191), док у каснијим прецизирањима свог учења о дискреционој оцени Харт истиче да судија и ствара право и примењује право (2013, 327), а исто мишљење има и Раз (Raz 1979, 182).[413] Уколико судија не би одлучивао на основу дискреционе оцене, онда би или ускратио могућност правне заштите или би морао да се обрати законодавцу са захтевом да он регулише спорни случај. Пошто ни једна ни друга опција нису подесне, судија одлучује на основу дискреционе оцене, али нема слободу попут законодавца, његове одлуке делују само *in concreto* и немају дејство доношења новог или реформисања постојећег закона него

[412] Здравковић истиче да ни Харт ни Дворкин не разликују прецизно неодређеност и порозност права. Док је порозност одлика несавршености језика, дотле је неодређеност условљена потребом да се у неким областима поставе стандарди одлучивања које ће судови да прецизирају решавајући појединачне случајеве јер њихово нормирање прецизним правилима није могуће. Вид. Здравковић 2013, 85 фн. 163. Судска дискрециона оцена и постоји зато што правни спорови „немају јединствено правно решење, зато што право садржи неизвесности, зато што постоје ситуације у којима је могуће више правних решења" и тад судије одлучују на основу „основних гледишта правне заједнице односно професионалних ставова правне јавности" (Barak 2005, 208–209). Упоредити с: Hart 2013b, 665.

[413] Раз не говори о лаким и тешким случајевима, него о регулисаним и нерегулисаним случајевима, истичући да су регулисани они случајеви за које право предвиђа решење (судија идентификује право, утврђује чињенице и примењује право на њих), а нерегулисани су они случајеви који су делимично регулисани и суд мора и да примени постојеће право, али и да створи ново право. Будући да нерегулисани случај подразумева постојање празнине, судија може да створи ново право притом не мењајући постојеће право (Raz 1979, 182).

су стваралачко допуњавање права, а не сме ни да одлучује арбитрерно, него мора да уважи „опште разлоге“ којима се оправдава одлука тј. мора да поступи као што би то учинио савестан законодавац јер новостворено право почива на принципима и сврхама постојећег права (Харт 2013, 326–328).[414]

Иако дискрециона оцена подразумева *избор*, она није прост избор, нпр. кока-кола или швепс, новчана или затворска казна, него је она рационалан избор који је вођен одређеним принципима. Другим речима, дискрециона оцена и избор су различити, мада међусобно повезани појмови, будући да је дискрециона оцена инхерентно интелектуална врлина односно она је „скоро синоним за практичну мудрост или проницљивост или разборитост“ и почива на „распознавању оног што је у разним областима прикладно“, тј. учињени одабир може да се брани као „мудар или пријемчив“ односно може да се оправда „принципом који завређује рационално одобравање“[415] (Hart 2013b, 656–657). Дакле, дискрециона оцена укључује избор који није персонификација самовоље него треба да буде оличење принципа које право изричито или имплицитно штити.

Гарднер не говори о упражњавању дискреционе оцене, него о упуштању судије у вредносно оцењивање у појединачном случају јер „кад се исцрпе нормативни ресурси“ садржани у важећем праву, судија се упушта у вредновање и питање које норме би могле „*сада* да буду донесене с циљем решавања случаја“ (Gardner 2001, 212). Такође, Гарднер разматра Хартову тврдњу о томе да дискрециона оцена подразумева да судија нема на располагању важећу норму коју би применио на случај и да се он зато упушта у дискрециону оцену односно стварање права.[416] Из овога произлази да је дискрециона оцена позив судији да „одустане од правног расуђивања и уместо тога просто расуђује морално или економски или естетски или можда да се води инстинктом, бацањем новчића и слично“ (Gardner 2001, 215). Ако се то уистину догоди, Гарднер сматра да се тиме еклатантно крше професионалне дужности судије.

Гарднер, насупрот Хартовој тези о дискреционој власти, истиче да судије, онда кад до решења не могу да дођу на основу важећег права, могу правним расуђивањем да дођу до „нове важеће норме“. Тако схваћено правно расуђивање није само расуђивање о томе које се правне норме већ примењују на дати случај (Gardner 2001, 215). Гарднер додаје да чак и у

---

[414] Говорећи о овом Харовом ставу, Дајовић истиче да за Харта то не значи да су судијине одлуке „донесене искључиво на основу правних разлога“, него се мисли пре свега на то да „оне нису у супротности с осталим правно прихватљивим алтернативама“ што „несумњиво показује“ да у случајевима који се решавају на основу дискреционе оцене „судија прибегава… неправним разлозима“ (Dajović 2023b, т. 69–70). Такође, Дајовић додаје да је Хартов несумњив став да у тешким случајевима, дискреционо одлучујући, судија „улази у поље ванправних разлога“ јер у „неким тешким случајевима на крају нису довољни“ правни разлози, па се прелази на супстанцијалне разлоге (Dajović 2023b, т. 71). Додаје да је илузорно да судије никад не стигну до тачке у којој нема „даљег упутства у виду вишег правног принципа или вредности“ (Dajović 2023b, т. 84).

[415] Рационалност судије при дискреционом одлучивању у тешком случају подразумева да он, „једним оком посматра релевантне опште принципе и вредности“, а другим оком посматра околности конкретног случаја како би „оптимално применио те принципе и вредности, бирајући одлуку која је најподесније средство за њихову реализацију“. Реч је о практичној рационалности у којој се балансира између вредности и интереса (Dajović 2023b, т. 79, 81).

[416] Важно је напоменути да је Гарднеров чланак из 2001. године, те да његов осврт на Хартово учење не би био исти да је Гарднер имао Хартов чланак о дискреционој оцени који је „откривен“ накнадно и објављен 2013. године. Упоредити с Хартовим ставовима у Hart 2013b, од којих смо неке анализирани на одговарајућим местима у овом раду.

оним случајевима који не могу да се реше применом постојећих правних норми „могуће је да се правним расуђивањем дође до нове норме“ којом се решава случај, а заблуда о дискреционој оцени је последица погрешне претпоставке да је „стварање права само законодавно стварање права“ (Gardner 2001, 215). У прилог својој тврдњи да се правним расуђивањем може доћи до нове норме, Гарднер наводи да полазиште у таквом расуђивању јесу постојеће норме, али да се оне комбинују с моралним или другим вредносним премисама (*moral or other merit-based premises*) и тако се долази до норме која важи у конкретном случају.

Примера ради, ако се забрањује дискриминација на основу пола приликом запошљавања (постојећа норма, *source-based legal norm*), онда је незапошљавање жене због њене трудноће у моралном смислу дискриминација на основу полу (вредносно утемељена тврдња), иако у том стању не може да буде мушкарац. Из тога се, наводи Гарднер, изводи нова норма и ново субјективно право жена које гласи: послодавац не сме да ускрати женама запослење због њихове трудноће (Gardner 2001, 216). У таквом случају судија ствара право друкчије него што то чини законодавац јер законодавац то може да чини на „потпуно ванправним основама“ и може да о проблему размишља „искључиво на основу вредносних судова“, док судија ствара ново право „ослањајући се на већ важећу правну норму“ (Gardner 2001, 217).

Дакле, по Гарднеровом учењу се судско стварање права заснива на постојећим правним ресурсима, док законодавно стварање права нема такво ограничење. Једно је идентификовање важећег права, а друго је коришћење важећег права за даље стварање нових норми, сматра Гарднер (Gardner 2001, 221). Ипак, он је донекле недоследан јер истиче да у случајевима сукоба више норми или неодређене норме „процес правног тумачења води судији ван оквира права“ (Gardner 2001, 221).

Каква је веза судског активизма и дискрецоне оцене? Утврдили смо да судски активизам представља „пробијање“ ограничења у правном расуђивања и (бар делимичан) прелазак на терен политичког расуђивања. Уколико се посматра у светлу правног расуђивања, дискрециона оцена пак подразумева простор за судијско одлучивање које није омеђено прецизним правним стандардима. Ипак, кључно је да дискрециона оцена није правом неограничена оцена. Према томе, непостојање *прецизних* ограничења не значи да уопште нема ограничења јер судија је подвргнут „ограничењима која сужавају његов избор“ (Харт 2013, 327). Реч је о оним начелима, циљевима и сврхама већ присутним у праву, а помажу утолико што *указују* на одређени одговор којим *може* да се реши тежак случај.[417] За Харта је управо ово „језгро конструктивног тумачења“ о којем Дворкин говори, иако то није знак да судија престаје да ствара право, будући да различита начела могу да индицирају различите исходе. Стога, Харт закључује да постојећа начела само одлажу, а не елиминишу стварање права од стране суда (2013, 329).[418]

---

[417] Правни разлози не детерминишу одлуку, али морају да је мање-више поткрепе тако да буде јасно да је *и она правно могућа*.

[418] По Хартовом мишљењу, судско стварање права би се могло објаснити као делегирање судовима ограничених законодавних овлашћења. Будући да у модерним демократијама тај види делегирања постоји у односу на егзекутиву, Харт сматра да такво делегирање и у односу на судове није „већа претња демократији“. Ако се законодавцу не допада како се одвија подзаконодавно одлучивање, постоји могућност да интервенише, осим у случају одлуке контролора уставности. Тад једино остаје могућност да се мења устав. Вид. Харт 2013, 330.

Дајовић истиче да су тешки случајеви такви зато што „интерпретативни аргументи који су применљиви у датим случајевима могу да одведу судије у различитим правцима“ (Dajović 2023b, т. 48), па услед тога судије морају да одлуче тј. „изаберу“. Уколико судија одмерава аргументе који налажу различите исходе, и кад то почива на супстантивним разлозима, реч је о дискреционој оцени у Хартовом смислу, утемељеној на рационалним изборима. Тад одлука судије не може да се заснује на формалним нити на дозвољеним изворима права нити на конвенционално прихваћеним методима тумачења, па је једини пут ка рационалном одлучивању „прибегавање супстантивним, неправним разлозима“ (Dajović 2023b, т. 55–56). Хартовим речима речено, рационалност правне одлуке у случајевима из полусенке односно тешким случајевима „мора да је у нечему другом а не у логичкој вези с премисама“, а одговарајући на питање – шта је оно што одлуку чини исправном (*sound*) или бар бољом од алтернативних одлука – Харт истиче да је то „представа о томе какво би право требало да буде“ (Hart 1958, 608).

Иако Харт говори о стварању права, судија не замењује одлуку законодавца својом одлуком будући да судија, вршећи дискрециону власт, одлучује на основу права. Чак и они аутори који поимају дискреционо одлучивање као стварање права, требало би да нагласе да је исход одлуке донесене на основу дискреционе оцене појединачно правило којим се *не мења постојеће право*, док активистичко одлучивање управо подразумева промену постојећег права. Тачно је да су оквири које право поставља при дискреционом одлучивању лабави, али ипак постоје. Ако судија поштује те оквире, нпр. одредбе које прописују забрану злоупотребе права или савесност у уговорним односима, он у некој мери допуњује законодавца кад утврди, примера ради, да се право злоупотребљава уколико неко пушта гласну музику којом у касне сате омета породицу свог суседа.

Дакле, дискрециона оцена је саставни део тумачења одредаба чије је значење спорно и уколико се дискрециона одлука правно аргументује,[419] она није стварање права. Ако пак право судији не даје никакав, ма колико широк, правни разлог за значење које приписује норми, или ако право даје основ али судија одлучује супротно од оног што право налаже, онда то и није дискреционо одлучивање него судски активизам. Такође, за разликовање судског активизма и дискреционе оцене је битно и то да ли је судији делегирано овлашћење да *доврши* посао законодавца или није. Овлашћење да се дискреционо одлучује се преноси судијама редовних судова јер је њихова институционална улога да решавају спорове у конкретним случајевима, па је каткад судији делегирано и овлашћење да одабере оно што сматра најбољим у постављеним правним оквирима тј. судији је делегирано право да *и* супстантивно расуђује.

Законодавац може сам да одабере дефинитивно правило за одлучивање или може да то овлашћење уступи редовним судовима с циљем да судије прилагоде сваком конкретном случају неодређен правни оквир. Кад судови на тим основама одлучују и своју одлуку поткрепљују правном аргументацијом, ту није реч о уплитању у дискрециону оцену законодавца. Штавише, дискрециона одлука законодавца (до које се дошло политичким расуђивањем) је била да редовним судовима препусти да дискреционо одлучују *in concreto*. С друге стране, кад је реч о судском активизму, судови (1) преиспитују прихватљивост политичке одлуке законодавца или (2) прекорачују овлашћење које им је делегирао

[419] Већ је у првом делу рада констатовано да правни разлози нису само правни текстови, него су то и ставови судске праксе, доктрине итд.

законодавац и заснивају своју одлуку на ванправним разлозима. Кад је реч о уставносудском активизму, контролор уставности се без постојања правног основа уплиће у оптималност процене законодавца (а каткад и уставотворца), и под изговором заштите устава, одлучује као да не постоје ограничења која омеђују његово одлучивање и оправдавање одлуке.

Док у случају дискреционе оцене, примењивач права не прелази границе које му право поставља, дотле се те границе прелазе кад је реч о уставносудском активизму. Ако усвојимо Хартову терминологију и кажемо да судија ствара право кад дискрециono одлучује, онда би морало да се прецизира да је ту реч о стварању права *на основу* важећег права, док код судског активизма постоји стварање права *без обзира* на важеће право. Судија који дискрециono одлучује, расуђује *на основу важећег права*, а судија који активистички одлучује у ствари одлучује *о важећем праву*, а не на основу њега. Примера ради, ако редовни суд треба да одлучи да ли право на накнаду штете има лице које новинари у тајности прате и тајно објаве снимке, шта уколико право не прописује изричито право на накнаду штете у таквом случају? Судија не може да наведе да је неморално да се познати спортиста снима док руча с пријатељима у ресторану, него мора да нађе *правно* оправдање за накнаду штете.

Рецимо, ако релевантни закон прописује да је забрањена злоупотреба права, да је свако дужан да надокнади штету коју учини и да свако има право на приватност, онда судија има правне разлоге који омогућују да се надокнади штета јер је нарушена приватност датог спортисте, чиме му је нанесена нематеријалне штета, а новинари који су га снимали су злоупотребили своје право. Али кад судија игнорише одредбу која прописује да одлука има ретроактивно дејство, истичући да би њена примена довела до штетних економских последица, то није расуђивање на основу права, него је расуђивање о важећем праву тј. испитивање оптималности прописаних решења. А тад и не може да буде речи о правном расуђивању, него се ради о оном што се у овом раду назива политичко расуђивање. А кад се политичким расуђивањем *in concreto* одлучи да одлука делује проспективно (а не ретроактивно, како је прописано), онда је реч о уставносудском активизму.

Уколико раније увиде резимирамо, закључци су следећи: дедуктивна примена права налаже судији да просто подведе чињенице под јасну правну одредбу и донесе једноставну одлуку, нпр. крив је или није крив зато што (ни)је учинио… Дискрециона оцена налаже судији да конкретизује сиромашан правни оквир који је последица неодређености права, али одлука мора да почива на важећем праву, што се оцењује на основу правности образложења. Ако узмемо у обзир горњи пример, то би изгледало овако: Крив је зато што је прошао кроз раскрсницу, тако да је прекршио одредбу којом се забрањује угрожавање саобраћаја несмотреним понашањем, а у прилог томе говоре одредбе које налажу да возачи смање вожњу пре долазак на раскрсницу, пропусте пешаке на пешачким прелазима, сторије возе ако се у близина налази школа итд. Иако у конкретном случају није дошло до незгоде, повреде пешака или материјалне штете, учињена је апстрактна опасност и возач мора да се казни, будући да се законом о саобраћају налаже специјална превенција јер би некажњавањем могао да понови прекршај. Сходно закону, за ово дело се изриче казна од 100 до 300 евра, па му суд изриче казну од 100 евра.

Коначно, ако је реч о судском активизму, ако узмемо да је чињенично стање потпуно исто као код дискреционе оцене, формула би гласила: сходно закону о саобраћају за учињено дело се изриче казна затвора од 100 до 300 евра. Ипак, суд сматра да учиниоца може да казни и строже, будући да је начело закона о саобраћају начело сразмерног

кажњавања. Пошто суд сматра да је *in concreto* несразмерна казна од 300 евра за учињено дело, изриче му се казна у износу од 500 евра.

3.2.4.2. Судски активизам и дифизибилност

Људска несавршеност не мимоилази ни писце правних аката и услед њиховог „несавршеног погледа на будућност" каткад правна правила могу произвести „апсурдне, бесмислене, неправедне, неправичне, неефикасне или сличне неоптималне резултате (Schauer 2012, 1, 7).[420] Другим речима, правила су „груба и понекад то има за последицу неприхватљиве резултате" (Sherwin 2010, 126) у односу на околности конкретног случаја. Приликом судског одлучивања, не само да могу постојати „разумне сумње у погледу питања шта правила захтевају", него могу да се јаве и недоумице о томе шта „шта треба да се уради, чак и кад је јасно шта правила захтевају" (Stone 2004, 179). Иако ће исходом правног расуђивања судије или другог примењивача права скоро увек да буде неко незадовољан, судија каткад не може да остане пасиван у односу на одређене исходе до којих би довела доследна примена правне одредбе у конкретном случају.

Општост правних одредаба је оличење формалне правде – оне важе једнако за све оне који испуне апстрактно одређене услове из дате одредбе.[421] Али понекад је доследна и дословна, строга примена правне одредбе у конкретном случају непожељна у погледу исхода јер би довела до неприхватљивих резултата.[422] Другим речима, инсистирање на примени правила које доводи до апсурдног исхода је само по себи апсурдно (Schauer 2009, 164). Зато је од давнина прихваћена правна вредност која се зове правичност. Она представља корекцију круте примене правне одредбе на конкретан случај, али је још Аристотел утврдио да она није опозит правди, него је сама правда у пуном смислу речи.[423] У таквим случајевима се ствара нова појединачна правна норма[424] како би се избегле неприхватљиве последице. Печениковим речима, лакше је донети процену о праведном

---

[420] Сличан аргументу дифизибилности је и аргумент телеолошке редукције кад се „ограничава обим норме чије се дословно значење сматра прешироким" и тада суд „додаје неписани изузетак", што се обично оправдава сврхом норме. Вид. Alexy, Dreier 2016, 89. Аргумент *reduction ab absurdm* почива на идеји да се мора „одбацити оно значење које би довело до 'апсурдних' ефеката", будући да се полази од претпоставке разумног законодавца (La Torre, Pattaro, Taruffo 2016, 222; Walton, Macagno, Sartor 2021, 245).

[421] Неки аутори говоре о расуђивању на основу непотпуних информација, а то може да се доведе у везу с политичким расуђивањем законодавца или другог творца општег правила утолико што законодавац доноси правила регулишући типичне ситуације. Стога, законодавац не успоставља конклузивну листу изузетака од одређеног правила, а дифизибилност почива управо на томе да се „не може унапред исцрпно утврдити листа изузетака" од неког правила. Вид. Bayon Carlos 2001, 333, 338. О општости правних правила вид. Vandevelde 2011, 33–34.

[422] Кад је у конкретном случају штета до које би дошло поштовањем правила већа од штете до које би дошло непоштовањем правила, онда је „једино рационално да се занемари правило" (Sherwin 2010, 126). Ипак, Шервин претерује јер се правило не занемарује, него се само *in concreto* прилагођава околностима услед посебности конкретног случаја. То, последично посматрано, значи да судија успоставља изузетак од правила зарад остварења легитимних циљева. Наваро суштину дифизибилности види управо у „идентификацији могућих изузетака". Вид. Navarro 2001, 269.

[423] Аристотел истиче да „ово двоје није ни апсолутно идентично", али није ни „различито по појмовној врсти". Правично је „боље од извесног облика праведности и сāмо је праведно". Вид. Аристотел 2003, 113–115.

[424] Дајовић истиче да суд пресудом ствара ново *опште* правно правило које је супротно постојећем праву. Вид. Dajović 2022, 248.

решењу у конкретном случају, него апстрактно у законодавном поступку (Peczenik 2008, 27).

Аристотел је истицао да потребу одступања од општег правила не узрокују ни људска природа ни закон као такав, него природа случаја. И управо је на судији који решава спор да установи изузетак од постојећег правила, и то је неотуђиво право суда, сматра Познер (Posner 1988, 834–835). Слично, и Харт тврди да се листа изузетака („осим ако…“) не може исцрпно дефинисати и да постојање изузетака не дира у правило као такво (2013, 198). Неки аутори истичу да се правичност може применити само ако се претпостави постојање „система вредности који је широко прихваћен у односном друштву“ (La Torre, Pattaro, Taruffo 2016, 223). Суд о томе доноси управо судија имајући у виду дифизибилност, јер у односу на правило које поставља законодавац установљава изузетак који законодавац није предвидео, али може рационално да се тврди да би то учинио да је могао предвидети случај попут оног који се решава. Притом, судија трага за принципом који има појавне облике у другим одредбама датог система.

Рецимо, решавајући случај *Riggs. v. Palmer*,[425] амерички суд је утврдио, супротно важећем законодавству о наслеђивању, да Елмер нема право да наследи завештаоца кога је отровао, позивајући се на то да нико не може да стекне корист од сопственог деликта. Дакле, крајње је неприхватљиво да неко стекне корист од оног лица које је претходно отровао, макар постојећи прописи и не предвиђали одузимање наследства делинквенту. Дајовић (Dajović, 2022, 249–250) истиче да је одлика дифизибилности одсуство језичког тумачења „којим би се значење важећег прописа толико растегло“ да би се дошло до нормативног значење до којег се долази помоћу дифизибилности. Дакле, одредба од које се полази је потпуно језички јасна али, консеквенцијалистички посматрано, исход до којег би се дошло приписивањем било ког језички могућег значења датом правном тексту не би био супстантивно прихватљив.[426]

И Шауер наглашава да се питање дифизибилности и не поставља онда кад је реч о широко формулисаној одредби, него се оно јавља у случају језички јасно формулисане одредбе (Schauer 2012, 4 фн. 11). Барак истиче да судија који уочи грешку у тексту може да је исправи све док је исправка у оквиру језика текста, без додавања или одузимања. Ипак, он додаје да изузетак постоји у односу на дифизибилност кад судија може да иде ван оквира језика, да дода или одузме део текста, с циљем избегавања апсурдности (Barak 2005, 77). У том смислу је дифизибилност концепт који је на први поглед близак циљном тумачењу тј. циљном аргументу, будући да се у оба случаја одмеравају последице тј. исходи до којих се долази тумачењем. Ипак, постоји разлика у томе што је код дифизибилност реч о језички јасном значењу (које није резултат омашке), док се циљни аргумент примењује да се одреди домашај језички спорне правне одредбе. Нарочито је важно да се код дифизибилности оцени степен неприхватљивости последица односно, Шауеровим речима, мора да се ради о

[425] Вид. одлуку *Riggs. v. Palmer* на: *https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm*, последњи приступ 20. фебруара 2023.

[426] Наваро истиче три одреднице дифизибилности: релативна неодређеност права, релевантност неочекиваних ситуација и чињеница да правна правила донекле доприносе решавању конкретног случаја (Navarro 2001, 270).

озбиљној неправди, неефикасности или сличном степену неприхватљивост доследне примене правила (Schauer 2012, 6).[427]

Каква је веза судског активизма и дифизибилности? Оно што је у оба случаја заједничко јесте да се и једним и другим модалитетом судског одлучивања мења постојеће право, али су ипак дејства донесене одлуке различита. Док дифизибилност има своје дејство само за конкретан случај, дотле одлуке које су резултат уставносудског активизма имају много шире дејство и значајне политичке последице. И судски активизам (у складу с концептуалним одређењем датим у овом раду) и дифизибилност су усмерени ка остварењу легитимног циља односно у служби су других вредности (нпр. правде, правичности, разумности). Једино што код дифизибилности право даје јасан одговор, али „то је лош одговор" (Schauer 2012, 8). Рецимо, у случају *United States v. Kirby*[428] Врховни суд је констатовао да би доследна примена правила о санкционисању лица које омета испоруку поште била противна сврси, здравом разуму и правди, ако би се применила на лице које омета испоруку поште с циљем да ухапси осуђеног за убиство.

Да ли је успостављање изузетка у ствари стварање права? Неки аутори истичу да се до изузетка од одређеног правила може доћи на основу правних принципа (Bayon Carlos 2001, 340). Наравно, требало би да се ради о принципу које је правом прописан или који је отеловљен у низу правних норми, а не о принципу који судија сматра корисним. У таквим случајевима, суд ће да утврди да ли принцип омогућује да се успостави изузетак од правила. Дифизибилност није појавни облик судског активизма будући да овде нема замене политичких избора законодавца политичким изборима суда, него судија одлучује о оном што законодавац уопште није регулисао као изузетак од правила. Политичко расуђивање постоји утолико што судија одлучује на основу представе о томе како би требало да важеће право изгледа, али он изузетак успоставља имајући на уму принципе који су отеловљени у одредбама система.

Неспорно је да дифизибилност подразумева преиспитивање оптималности политичке одлуке законодавца, што је одлика и судског активизма, али (1) одступање од строге примене опште правне одредбе је начин расуђивања који може у одређеној мери да се измири са институционалном улогом редовног суда и (2) дифизибилно расуђивање не стреми ка томе да замени одлуку законодавца, него пре да је надогради, да настави тамо где је законодавац стао и то на принципима које је сам законодавац поставио. Ма како да се окарактерише одступање судије од строге примене правне одредбе, значајно је и то да се још од античких времена практикује, па је суштински и такав начин одлучивања редовних судова конвенционално прихваћен. То данас и није толико видљиво у пракси судског одлучивања, будући да се правом регулише широк спектар друштвених односа. Стога, ситуације у којима ће судија бити у прилици да одступи од доследне примене правног текста неспорног значења нису толико честе.

Дифизибилност јесте стварање права *in concreto*, односно то није стварање права које има опште дејство, као што је случај с одлукама законодавца или активистичког уставног суда. Иако дифизибилност не почива на чистом осећању судије за прикладно решавање

[427] Формалнологичко поимање правног расуђивања није подесно, сматрају неки аутори, и управо зато је правно расуђивање дифизибилно. Вид. Bayon Carlos 2001, 327.

[428] Вид. одлуку *United States v. Kirby* на: *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/482*, последњи приступ 22. јануара 2023.

правног спора, него подразумева и уважавање начела која прожимају право, а која омогућују судији да установи изузетак, тешко да може да се оспори да није могуће повући прецизну линију разграничења у односу на судски активизам.

3.2.4.3. Судски активизам и конструкција (praeter legem)

Већ је констатовано да тумачење права представља правно аргументовано одлучивање о значењу правног текста. У том смислу уколико судија или други примењивач права припише правном тексту значење које текст не може да подржи тј. значење које не може да се оправда конвенционално прихваћеним интерпретативним аргументима у језички могућим границама текста, онда приписивање значење и нећемо да означимо као тумачење права. Али како онда да назовемо такав начин одлучивања који се представља као тумачење права?[429] У доктрини је позната разлика између интерпретације и конструкције[430] која почива на вези између правног текста садржаног у неком извору права и (не)израженог значења које је том тексту приписано. Уколико се из правног текста изводи одлука која није изражена, али на основу оног што јесте изражено, онда је реч о конструкцији[431] која је „приписивање значења нормативним актима" засновано на „нелингвистичким основама" (Walton, Macagno, Sartor 2021, 34).

Формалнологички посматрано, изражена норма (или више њих) представља премису у закључивању, а неизражена норма је закључак. Дакле, судови каткад након што протумаче (интерпретирају) правни текст прелазе на активност конструкције која подразумева „исход који надилази интерпретацију" схваћену као решавање интерпретативне сумње у погледу значења (Walton, Macagno, Sartor 2021, 30). Разлози могу да буду различити, нпр. вредносна неприхватљивост исхода до којег се долази тумачењем. Услед тога, након тумачења следи активност која има за циљ да се мањкавост која је уочена тумачењем исправи – нпр. да се дође до исхода који је вредносно прихватљив.[432] И та

---

[429] Спаићевим речима, „нисмо радо спремни" да кажемо да је тумачење „баш свако приписивање значења" правној одредби, ма колико оно било далеко од „претпостављеног, интуитивног, *prima facie* значења". Вид. Spaić 2021, 32. Неки аутори истичу да интерпретација у ширем смислу обухвата: разумевање, интерпретацију у ужем смислу и конструкцију. Разумевање подразумева непосредан прелазак с правног текста на значење, код тумачења се између текста и значења налази сумња у значење која треба да се аргументовано реши, а конструкција подразумева исход који надилази интерпретацију у ужем смислу (Walton, Macagno, Sartor 2021, 28).

[430] У домаћој литератури није распрострањено разликовање између тумачења и конструкције, док је у иностраној литератури већ у 19. веку било речи о томе. Либер истиче да конструкција подразумева закључивање „у оквирима духа текста", мада не у оквиру слова текста, док је Савињи тумачење разматрао помињући и „судско развијање права" (*Rechtsfortbildung*) које надилази могућа значења правног текста. Вид. о томе Spaić 2021, 36. Карл Ларенц истиче да је задатак судова да спроводе закон у конкретним случајевима тако да „нема сумње да су тиме судови укључени у даљи развој права". Ларенц додаје да се значење „не открива у тексту попут бисера у шкољци", него се оно „изнова појављује у свести тумача" који покушава да „адекватно разуме текст", па је у том смислу „свако тумачење стваралачка активност" (Larenz 1973, 31).

[431] Пино истиче да се неке неизражене норме могу идентификовати путем дедуктивно-логичих аргумената полазећи од изражених норми, док се друге идентификују путем реторичко-уверљиве аргументације, полазећи од изражених норми или од чисто догматских теза које су лишене икакве везе с текстом. Вид. Pino 2020, 96.

[432] Конструкција није само циљно тумачење. Нпр. ако одредба наређује да ресторани морају да имају „чисте и добро одржаване тоалете", то не значи само да тоалети треба да постоје, него они треба да буду доступни посетиоцима ресторана. И ту нема великог спора о томе шта уистину значи дата одредба, али шта ако закон помиње „рад или услуге било које врсте", па суд протумачи да то подразумева само физички рад тј.

потоња активност, зависно од доктринарних уверења, може да се назове дифизибилношћу, конструкцијом, стварањем права, широким тумачењем, креативним тумачењем итд.

Зависно од тога како се одреди природа тумачења права – да ли је оно сазнавање значења или одлучивање о значењу правних одредаба, разликују се доктринарни приступи у објашњавању разлике између интерпретације и конструкције. Рецимо, узећемо Солумово учење као пример за објашњавање разлике између тумачења и конструкције у светлу когнитивистичког учења о природи тумачења. Солум је текстуалиста тј. сматра да је право значење правних текстова њихово језичко значење и стога тумачење дефинише као „процес (активност) којом се препознаје или открива језичко значење или семантички садржај правног текста". С друге стране, конструкција за Солума представља „процес којим се правном тексту даје правно дејство" (Solum 2010, 96).[433] Стога, он истиче да правни текстови имају семантички и правни садржај.

Док семантички садржај правног текста представља његово језичко значење, дотле правни садржај подразумева одређивање правних последица које правна одредба производи (Solum 2010, 98–100). Дакле, семантички садржај се открива тумачењем односно интерпретацијом, а правни садржај се открива конструкцијом. Иако Солум истиче да постоји више врста конструкције, кључна за овај рад је судска конструкција и она подразумева да суд „претвара" семантички садржај правног текста у правни садржај (Solum 2010, 104).[434] Уколико је неки правни текст нејасан, онда тумачење не може да буде довољно и тад се предузима конструкција (Solum 2010, 106). Рецимо, судија тумачењем утврђује семантички садржај закона о наслеђивању и закључује да убица оставиоца *може* да га наследи. Будући да суд сматра да то није у складу с интересима које право штити, суд се упушта у оцену правног дејства одредаба о наслеђивању. Услед тога, суд одлучује да убица оставиоца *не може* да га наследи јер нико не може да стекне корист од свог деликта. У складу с тим, путем конструкције се дошло до одступања од интерпретативних резултата.

С друге стране, скептички поглед на однос између интерпретације и конструкције објаснићемо на учењу Рикарда Гвастинија. Гвастини прихвата (раније наведену) Келзенову идеју о оквиру могућих значења правне одредбе. Уколико се одредби припише значење из тог оквира, реч је о интерпретацији и њен исход је изражена норма (то је одлучујуће тумачење), а уколико се напусти оквир могућих значења, реч о је о неизраженој норми, и то је, по Гвастинијевом мишљењу, конструкција или креативно тумачење (Guastini 2011, 27–28).[435] Пино истиче да је, за разликовање интерпретативне од неинтерпретативне активности,[436] Келзеново разликовање на први поглед корисно, а у ствари недовољно из

не односи се на свештенике као „духовне раднике". Словом закона нису успостављени изузеци, нити је усвојен текст који је помињао мануелни рад, иако је било говора о томе током поступка усвајања датог закона. Вид. о томе Marmor 2008, 427–428, 441.

[433] О односу тумачења и конструкције у светлу Солумовог учења, вид. и Sunstein 2015, 58–60.

[434] За интерпретацију Солум истиче да је вредносно неутрална јер почива на „обрасцима употребе" језика тј. на свакодневној употреби језика, док конструкција није вредносно неутрална јер се њена (не)тачност не може оценити без прибегавања правним нормама и нормативним аргументима. Вид. Solum 2010, 104.

[435] О вези одлучујућег тумачења и познате доктринарне трихотомије *secundum legem*, *preaeter legem* и *contra legem* вид. Spaić 2021, 57. Неизражена норма се не може односити на значење било ког нормативног текста (Guastini 2019, 383).

[436] Барак апострофира да је тумачење права ограничено и разликује интерпретативне од неинтерпретативних активности, будући да судије каткад другу врсту представљају као прву тј. „замагљују

више разлога: „илузорна је једноставност оквира“ могућих значења услед мноштва интерпретативних техника; оквир се успоставља управо тумачењем, па различити тумачи успостављају различите оквире будући да „не постоји објективни мета-оквир“;[437] оквир је неодређен јер се мноштво неизражених правних норми налази у „сивој зони између интерпретације и интеграције“ тј. конструкције (Pino 2020, 98–103).

Иако је тачно да оквир није прецизно одређен и да тумачи могу да „изграде“ различите оквире, не сме да се пренебрегне да тумачење по природи представља одлучивање. У том смислу, тумач одлучује и о оквиру могућих значења и о избору једног од тих значења, с тим да ће правном тексту да припише једно значење и образложи интерпретативним аргументима зашто је баш то значење одабрао. Суштина тврдње да постоји оквир могућих значења почива на томе да је тумачење права везано, а не слободно и да оно мора да буде оправдано коришћењем конвенционално прихваћених интерпретативних аргумената.

Кад је реч о постојању „сиве зоне“ између интерпретације и конструкције, Пино је у праву, будући да ће различита теоријска схватања о томе шта је тумачење да одведу ка различитим исходима. Једни ће да сматрају да судијина оцена о томе да убица оставиоца не може да га наследи представља циљно тумачење, а други ће да сматрају да је то конструкција. Без обзира на коришћену номенклатуру, суштински је важно да анализирамо образложење одлуке и утврдимо да ли постоје прихватљиви правни аргументи који допуштају да судија одступи од семантичког значења правног текста или не.

Гвастини наводи да постоје најмање три врсте неизражених норми. То су: (1) неизражене норме које се изводе из дедуктивних логичких расуђивања тј. оне које су, у логичком смислу, имплицитно садржане у израженим нормама (нпр. Сви А имају Б; Сви који наврше 18 година су А; закључак је да сви који имају 18 година имају Б); (2) неизражене норме које се изводе из изражених на основу квазилогичких аргумената, нпр. аналогије или аргумента супротности (забрањено је уводити псе у ресторан; дакле, дозвољено је да се уводе мачке); (3) неизражене норме које се изводе на основу изражених норми и „догматских теза“ које конструишу научници или судије или се изводе само на основу таквих теза без постојања израженог нормативног исказа. Рецимо, ако се уставом забрањује да се мења републикански облика владавине, да ли је допуштено да се мења демократски облика политичког режима. На основу изражене уставне одредбе, могло би да се на основу догматских теза тј. политичко-филозофских учења закључи да није допуштена ни другонаведена промена услед става да између демократије и републике постоји концептуална веза (Guastini 2019, 383–389). Прво значење конструкције о којој Гвастини говори је, по нашој оцени, се тиче тумачења права, друго значење је попуњавање правних

разлику“ између давања значења тексту и одлучивања изван оквира текста“. Уколико се тексту приписује значење које је језички, имплицитно или експлицитно, могуће, онда је реч о интерпретативној активности, а одлучивање ван семантичких оквира не може да буде активност тумачења јер „тумачење престаје тамо где језик престаје“ (Barak 2005, 17, 18). По Бараковом мишљењу, неинтерпретативне доктрине служе за: (1) попуњавање правних празнина; (2) решавање сукоба одредаба; (3) исправљање грешака у тексту; (4) мењање језика текста с циљем избегавања апсурдних исхода (дифизибилност); и (5) мењање текста с циљем испуњавања сврхе (Barak 2005, 65).

[437] Пино закључује да је оквир „неадекватна метафора“ јер носи са собом идеју прецизности, а ње нема у контексту објашњавања разлике између интерпретације и конструкције (Pino 2020, 109).

празнина, док треће значење представља оно што у правом смислу може да изазове недоумице и што је у најмању руку блиско судском активизму.

Текстуалистички поглед на однос интерпретације и конструкције (и, *mutatis mutandis*, било који други когнитивистички поглед на природу тумачења и одговарајућу доктрину тумачења)[438] је мањкав јер (1) своди тумачење само на језички аргумент, будући да језик јесте легитиман али није једини интерпретативни аргумент. Стога, по текстуалистичким схватањима, судија не тумачи правну норму кад год одступи од језичког значења, него прелази на активност конструкције, а то не може да се оправда. По оваквим схватањима, чак и кад се нпр. значење једне одредбе одређује на основу њене везе с другом одредбом, судија не тумачи него конструише норму, што тешко може да се прихвати. Такође, мањкавост когнитивистичког погледа на спорну разлику је у томе што (2) она подразумева и слепо придржавање једне доктрине тумачења, нпр. текстуализма, и услед тога представља тумачење као трагање за правим значењем које већ постоји и треба да се открије методима тумачења.[439]

С друге стране, скептичка схватања су у томе кориснија јер не своде тумачење на један интерпретативни аргумент, него допуштају да сви интерпретативни аргументи који су конвенционално прихваћени буду коришћени у оправдавању интерпретативног исказа – одлуке о значењу правног текста. Конструкција, по скептичким схватањима, постоји уколико се правном тексту припише значење до којег не може да се дође на основу интерпретативних аргумената тј. кад тумач напусти оквир значења која тексту могу да се припишу узимајући у обзир „све интерпретативне технике и све доктринарне тезе“ које се употребљавају у датом правном поретку (Spaić 2021, 49).

У каквом су односу конструкција и судски (пре свега уставносудски) активизам? Оно што повезује и судски активизам и конструкцију јесте чињеница да оба начина судског одлучивања подразумевају политичко расуђивање.[440] Другим речима, у оба случаја је реч о томе да судије одлучују на основу представе о томе како би требало да се нешто регулише, што значи да се узимају у обзир и ванправна мерила (разлози). Док код уставносудског активизма одлука о значењу настоји да се заодене у широко формулисану уставну одредбу, дотле код конструкције нема широко формулисане правне одредбе. Напротив, она је врло прецизно формулисана, али њено тумачење води „бесмисленим практичним резултатима“ (Spaić 2021, 52) тачније интерпретативни исход није, по оцени суда, одговарајући. Услед тога, суд интерпретативни исход сад посматра као полазиште (основу) које „надограђује“ тј. конструише правну норму како би постигао оно што сматра прихватљивим исходом.

Уколико одлука која је последица конструкције може да се *правно* образложи, онда то није стварање права. Дакле, важно је да неизражена норма може да се уистину изведе из важећег права. Уколико она нема утемељење у важећем праву, реч је стварању права, а ако

---

[438] О разлици између интерпретације и конструкције у светлу Пошеровог когнитивистичког учења према којем тумачење смера ка утврђивању намере творца правног текста, док се конструкција примењује ако намера не пружа одговор на спорно питање, вид. Spaić 2021, 41–43.

[439] Текст нема „право значење“ јер „свако разумевање произлази из тумачења“, али судија треба да трага за прикладним (*proper*) значењем (Barak 2005, 9, 11).

[440] Неки аутори разматрају да ли је конструкција стварање права и истичу да одговор зависи не само од јаза између језичког значења и исхода конструкције, него и од погледа на однос права и политичког морала. Ако узмемо да су принципи политичког морала део права, исход конструкције није стварање права, а ако се заузме супротан став, конструкцијом се ствара право. Вид. Walton, Macagno, Sartor 2021, 32–34.

утемељење постоји, онда конструкција представа примену права. Рецимо, суд је утврдио да убица оставиоца нема право на наслеђе јер је домаће право прожето принципом да нико не може да има корист од свог деликта. У складу с тим, нпр. постоје одредбе које забрањују да се право злоупотребљава или налажу да се украдене ствари врате, па из тога може да се закључи да у датом правном систему уистину постоје одредбе које представљају појавне облике датог принципа.

Такође, уколико упоредимо (уставно)судски активизам и конструкцију коју примењују редовни судови, онда је важно разликовање институционалне улоге ових органа. Док уставни судови имају улогу да штите уставност, дотле редовни судови имају задатак да решавају спорове у појединачним случајевима и њихове одлуке имају само дејство *inter partes*. А решавајући спорове, судије су понекад нужно иноватори, а то значи да судије каткад иновирају и изузетак од правила. Ако је пак конструисана норма образложена чисто доктринарном тезом која нема појавне облике у важећем праву, нпр. ако почива на уверењу уставног суда да демократске државе не могу да буду организоване на начелу јединства власти, реч је о стварању права.

Узимајући у обзир концепцију судског активизма која се заступа у овом раду, ако се политички избор надлежног органа замењује одлуком суда, не може да се каже да је судија применио право. Али ако норма коју конструише судија није испитивање супстантивне ваљаности одлуке надлежног органа, оличено у томе да се решење А замењује решењем Б, него се решење А допуњује правилом које је имплицитно садржано у важећој регулативи, и ако се то правно аргументује, не би било речи о активистичком одлучивању.

3.3. Типична својства уставносудског активизма

У овом делу ћемо да дамо стипулативну дефиницију судског активизма у облику прототипске дефиниције, те да утврдимо типична својства уставносудског активизма. *Судски активизам је политичко расуђивање судова о оптималности важећег права које резултује његовим реформисањем*. То реформисање односно иновирање се огледа у стварању новог права – изворном регулисању дотад нерегулисаних питања или у промени постојећег права – друкчијем регулисању односа који је већ регулисан. Мада наведена дефиниција може да се примени на активистичко одлучивање како редовних тако и уставних судова, у наставку ћемо да се оријентишемо на анализирање типичних својстава уставносудског активизма. Разлог за то се огледа у томе што је преостали део рада посвећен управо активистичком уставном судовању.

Ако се наведена дефиниција примени на уставно судовање, онда би се могло констатовати да уставносудски активизам карактеришу следећа типична својства: 1) то је одлучивање којим уставни суд излази из оквира својих надлежности и задире у надлежности других органа, првенствено законодавца, 2) кршећи начело поделе власти, 3) политички резонујући, 4) тражећи правни основ у широко формулисаним уставним одредбама на које се позива, што доводи до тога да 5) ствара ново право – изворно регулише друштвене односе (дотад нерегулисане правом) или већ регулисана питања уређује супротно постојећем решењу (замењује постојеће право), настојећи да 6) оствари легитиман циљ.

Изнесена дефиниција има стипулативни карактер, а наведена својства представљају типичне одлике уставносудског активизма, тј. ове одлике *по правилу* постоје онда кад уставни судови активистички одлучују. У редовима пред нама ћемо да објаснимо сваку од

ових типичних одлика с циљем да расветлимо шта под њима подразумевамо и како се манифестују кад је реч о уставно судском активизму. Типична својства о којима ће у наставку да буде речи могу да се *mutatis mutandis* примене и на судски активизам уопште, али у фокусу преосталог дела рада је активистичко уставно судовање.

(1) Уставносудски активизам подразумева да уставни суд излази из оквира својих надлежности и задире у надлежности других органа. Задатак уставног суда није да исправља законодавца, него да га заузда кад он у правни живот уведе неуставан закон.[441] Кад судови почну да „преузимају улогу законодавца" онда тиме „угрожавају ауторитет законодавца", а свој задатак испуњавају све док тумаче законе, попуњавају правне празнине и прецизирају правне принципе у појединачним случајевима (Larenz 1973, 39).[442]

Судија Стјуарт у издвојеном мишљењу на једну одлуку истиче да „не постоји уставна одредба која изричито или имплицитно овлашћује суд да буде надзорна агенција" према актима законодавца које би могао да „поништи због уверења суда да су усвојене законодавне политике неразумне, непруденцијалне, арбитрарне, хировите или ирационалне". Уколико се улога суда посматра на тај начин, онда би дошло до неуставног премештања моћи на судове" и стварања „неограничене и необуздане судске контроле" законодавца.[443] Дакле, основни је задатак уставног суда заштита устава, док је стварање права (*ex novo* или мењањем постојећих решења)[444] задатак политичких органа, посебно законодавца.

Као идеја, уставни суд је оличење оног што се назива негативно законодавство. Ако су уставни судови негативни законодавци, онда они не могу да „стварају законе *ex novo* или да их реформишу" тј. „не могу да иновирају правни поредак" (Brewer-Carias 2011, 29). Иако се бројне уставне одредбе које уставни судови тумаче нису промениле, то не може да се каже за разумевање улоге уставног суда која уставно судовање своди на негативно законодавство. За неке ауторе је судски активизам у ствари судско законодавство[445] из другог плана (*legislate from the bench*) тј. „излет суда у сферу законодавца", што истичу судије Стивенс и Даглас[446] (наведено према: Kmiec 2004, 1471). Други истичу да је активизам

---

[441] Мелерс проблематизује питање мешања једног органа у рад другог органа, настојећи да разјасни да ли је у режиму поделе власти додељивање одређене функције државне власти некој институцији ексклузивно (у смислу забране функционалне узурпације власти) или подложно изузецима. Вид. Möllers 2013, 48.

[442] Иако су и судска и законодавна активност, по Ларенцовом мишљењу, „нормотворне (*Normsetzung*)", ипак се разликују, између осталог и по томе што је законодавац везан само за уставна ограничења, а судију обавезују „важеће право и вредносни систем који поставља законодавац" (Larenz 1973, 32, 34).

[443] Вид. т. 74 пресуде *Estelle T. Griswold et al. Appellants v. State of Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Пресуда је доступна на: *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479*, последњи приступ 11. децембра 2022.

[444] „Устав садржи право о стварању права." – Möllers 2013, 126.

[445] Барак се противи коришћењу израза „судско законодавство" и сматра да је прикладнији израз „судско стварање права". Он истиче да се судско и законодавно стварање права разликују по начину на који се ствара право, те додаје да судија није овлашћен да ствара законе, него он ствара право кроз тумачење писаних правних аката. Дакле, за Барака се реч „законодавство" у распрострањеној кованици „судско законодавство" односи на „функционални а не на институционални аспект". Вид. Barak 2006, 156.

[446] Судија Даглас у предмету *Teleprompter Corp. V. CBS*, 415 U.S. 394 (1974) истиче да одредбе закона могу да буду пожељна јавна политика, али одабрано решење је законодавна одлука и као таква не би требало да буде предмет осионог судског активизма који представља „ванредан излет у законодавну сферу". Пресуда је доступна на: *https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/394.html*, последњи приступ 15. јануара 2023.

„судско узурпирање законодавне функције“ (Pereira Coutinho, La Torre, Smith 2015). Ма како се фактичко одлучивање уставних судова окарактерисало, не сме да се пренебрегне да је Келзенова идеја о негативном законодавству уставних судова у великој мери измењена јер се он данас не разумева само као заштитник супрематије устава и кочничар неуставног одлучивања законодавца при нормативној контроли уставности, него је уставни суд данас пре свега заштитник уставом загарантованих права и слобода.[447]

У вези с тим је и питање – да ли уставни суд штити само текст устава или и уставне вредности које су у тексту имплицитно садржане? Сматрамо да новије поимање улоге овог органа позиционира уставни суд на место заштитника уставних вредности, а нарочито уставом гарантованих права и слобода, што је данас „најзначајнија и најдискутованија функција уставног суда“, али и „врло упитна“ (Möllers 2013, 134). Из такве улоге овог органа произлази да је уставни суд заштитник уставног текста и уставних вредности које произлазе из текста, с тим да су уставне вредности, показаће даља анализа у овом раду, изнад уставног текста чак и кад је текст устава изричит односно кад је неспорно његово значење. Дакле, надлежност уставног суда није да буде творац уставних вредности, него промотер уставних вредности које су резултат уставотворчеве политике која је претворена у право записивањем у устав. Краће речено – уставни суд примењује уставне вредности, а не ствара их.

Будући да се систем вредности који већински влада у друштву мења, уставни суд прати те промене и даје им нормативну снагу преко „тумачења“ устава мењајући значење уставног и законског текста, а некад и *de facto* реформишући сам текст.[448] Стога, активистички одлучује судија који проширује надлежности правосуђа на сферу надлежности других грана власти, а уздржан судија одлучује тако да не задире у „туђе“ надлежности (Posner 1996, 318). Али уставносудска пракса показује да се овај орган позиционира као корективни фактор свих органа не само кад они доносе неуставне одлуке, него и кад доносе *неоптималне* одлуке, по оцени контролора уставности.

(2) Уставносудски активизам узрокује нарушавање начела поделе власти. Начело поделе власти се данас сматра типичним елементом уставних демократија. Уставни судови, сагласно природи своје функције, утичу на друге органе тако што се старају да њихове одлуке задрже у оквирима уставних граница. Дакле, уставни суд је кочничар неуставног одлучивања других државних органа. Нарушавање поделе власти[449] које се јавља у случају уставносудског активизма се односи на то да уставни суд не задржава само улогу кочничара, него постаје реформатор политике коју су одабрали други државни органи, пре

[447] Лахмајер, говорећи о аустријском Уставном суду, истиче да су поступци поводом повреде људских права „главни посао Уставног суда“. Вид. Lachmayer 2011, 252.

[448] Нпр. фактички се мења Устав Шпаније кад шпански уставни закон прописује да се поништава онај акт за који је утврђено да је противуставан, а Уставни суд Шпаније то не учини, иако је утврдио неуставност. Ипак, много је чешће мењање законског текста, нпр. кад се доносе супституишуће и додавајуће одлуке.

[449] Мелерс истиче да у уставном поретку који почива на подели функција државне власти, свака од тих грана власти може да буде претња институционалном систему. Вид. Möllers 2013, 17. Анализирајући везу између судског активизма и поделе власти, Гампер наводи да различита овлашћења уставних судова релативизују доктрину поделе функција државне власти, али није само то спорно будући да „вршење законодавних овлашћења од стране судства повлачи за собом и губитак демократије“. Такође, иако подела власти „захтева демократске уступке“, ипак „што се више уставни судови ангажују у позитивном законодавству“ тензије између поделе власти и демократије све више расту (Gamper 2015, 436–437).

свих законодавац. Дакле, уставни суд је дужан да уклони неуставан акт (или његову одредбу) из правног поретка и образложи у чему се огледа неуставност, али није његова компетенција да *уместо* надлежног органа осмисли ново решење. Дајовић истиче да из институционалног положаја судија произлази дужност да своје одлуке оправдају, што је у вези с начелом поделе власти између оних органа који стварају право и оних који га примењују у споровима (Dajović 2023a, 74).

Уставносудски активизам почива на томе да се одлука оправдава и ванправним разлозима и позивањем на широко формулисане уставне одредбе (о забрани дискриминације, владавини права, законитости, демократији и слично), мада су оне типично усмерене на постизање легитимног исхода. Али легитиман исход није разлог да се жртвују постулати поделе функција државне власти.[450] Џоунс говори о прикладном и неприкладном активизму, истичући да је прикладан (*proper*) активизам онај који подразумева „судски вето кад друга грана власти дела изван уставом додељених надлежности“, а неприкладни (*improper*) постоји кад суд исправља супстанцијалне мањкавости закона (Jones 2002, 144). Уколико се учини и тај корак (исправљање политичке одлуке надлежног политичког органа), више и не може да се говори о томе да је уставни суд применио постојеће право, него је он створио ново право. А стварање новог права, преко изворног регулисања неког друштвеног односа или друкчијег регулисања, није задатак уставног суда.

Суштина начела поделе власти и јесте у томе да се одвоји правотворачки посао од примењивачког посла. А уставносудски активизам типично је замагљивање те разлике које је оличено у томе да се ствара ново право, иако се одлучивање заодева у примену права. Посебно је проблематично то што се не ствара појединачна правна норма него општа правна норма, дакле она која делује *erga omnes*. Дакле, контрола уставности закона која подразумева активистичко одлучивање представља колизију између ауторитета уставног суда и демократског легитимитета законодавца. Из природе контроле уставности произлази да мешање у рад законодавца постоји, али то мешање има своје институционалне и правне границе и оно не значи супституисање законодавца и оцењивање оптималности његових одлука и расуђивање на темељима ванправних аргумената.

Стога, кад нпр. Уставни суд Италије утврди да је неуставна казна затвора од најмање осам година за кривично дело трговине наркотицима јер би требало да се пропише казна затвора у минималном трајању од *шест* година затвора, будући да то „произлази из одредаба које се већ налазе у правном систему код осталих кривичних дела која се односе на наркотике“, онда то није контрола законодавца, то је сâмо законодавство у материјалном смислу. И то није одлучивање у складу с поделом власти, будући да би подела власти подразумевала да се између уставног суда и законодавца подели посао тако што би први орган рекао шта не може да буде право, а други орган би поново одлучивао дајући правну форму неком другом, овај пут уставном, политичком решењу.

Наравно, не треба претеривати у оцени уставносудског одлучивања, па сваку одлуку уставног суда доводити у везу са судским активизмом и нарушавањем поделе власти. Ипак,

[450] У светлу класичног учења о подели власти, „судско законодавство (*judicial law-making*) на први поглед звучи као *contradiction in adiecto*“ будући да је „законодавство, схваћено као процес доношења, промене или укидања закона, по својој природи, домен законодавне а не судске власти“ – Gamper 2015, 424.

постоје неки аутори који сматрају да суд одлучује активистички кад год „решава питање које је раније било предмет политичког одлучивања“ (Anderson 1990, 1570), односно судски активизам је „свако поступање суда којим он интервенише и укида закон усвојен у складу с прописима“ (Jones 2002, 143). Дакле, Андерсон и Џоунс доводе активизам у везу с контролом уставности као таквом, што је прешироко схватање које не може да се брани јер би се у супротном активистичким називао и суд који укида закон којим се флагрантно крши устав (нпр. ако закон прописује смртну казну, иако је устав изричито забрањује). Штавише, могло би да се каже да активистички одлучује онај суд који не укида одредбу којом се очигледно крши устав, што сматра и Барнет (Barnett 2002, 1277).[451]

Барак истиче да доношење одлуке о неуставности не подрива положај законодавца нити нарушава поделу власти јер „законодавство не укључује овлашћење да се доносе неуставни закони (Barak, 2008, 43). Сем тога, контрола уставности не укључује ни овлашћење да контролор уставности *уместо* законодавца буде законодавац. Зато постоје устави као инструменти алокације надлежности и зато постоји подела функција државне власти као инструмент заштите од злоупотребе додељених надлежности.

(3) Уставни суд расуђује политички кад одлучује активистички. Политичко расуђивање уставног суда као типично својство уставносудског активизма произлази из претходног типичног својства јер је стварање права последица давања правне форме одређеној политици. Услед постојања стандарда одлучивања које су утврдили политички орган, задатак судова је примењивачког карактера утолико што треба да донесу и оправдају одлуку на основу правно прихватљивих разлога. Уколико судија уистину одлучи и оправда одлуку на основу њих, онда се каже да правно расуђује. Раније смо констатовали да је природа уставносудског расуђивања мешовита јер оно није само правно, него је и политичко расуђивање, између осталог због природе уставних одредаба и неких надлежности уставних судова, а поготово због фактичког одлучивања уставних судова у компаративној пракси.

Ипак, политичка природа надлежности уставног суда (нпр. забрана рада политичке партије) није *eo ipso* знак да уставносудско расуђивање некад *мора* бити политичко јер се оцена о карактеру расуђивања доноси на основу образложења које контролор уставности нуди. Политички став заузима нпр. уставни суд који у образложењу наведе да законодавац може да „исправи“ неуставност тако што ће називе градова да преименује тиме што ће они уместо назива једног народа да садрже географске критеријуме, будући да тако припадник било ког народа неће да се осећа дискриминисаним. Речју, контролор уставности наводи шта је *оптималније*, *боље*, *прикладније*, а да је притом уставно. Али то не значи да је уставни суд који заузме овај политички став једновремено и активистички одлучио. Штавише, уставни суд оваквим расуђивањем даје препоруку законодавцу како би *могао* да одлучи, а коначну одлуку препушта законодавцу.

Али ако се уставни суд не заустави само на давању сугестије законодавцу, него непосредно интервенише и одлучи *уместо законодавца*, дајући свом политичком ставу правно дејство (нпр. утврђивањем нових назива градова), то је типично активистичко одлучивање којим се замењује политичка одлука законодавца којој је овај дао правну

[451] Дефинисање активизма у светлу укидања неуставног закона не може да објасни зашто је укидање неуставног закона већи активизам од подржавања и одржавања таквог закона у правном поретку. Вид. Palazzo 2020a, 407.

форму. Дакле, није свако заузимање политичког става једновремено политичко расуђивање и активистичко одлучивање, али је свако активистичко одлучивање последица политичког расуђивања.

Законодавац расуђује политички тј. своје нормативне погледе претвара у право, при чему разматра све супстантивне разлоге и бира решење за које оцени да је најоптималније. Расуђивање уставног суда, напротив, не може да почива на свим супстантивним разлозима (дакле ванправним разлозима),[452] него донесена одлука мора да се оправда једино правним разлозима, тј. кључно је питање у уставном судовању – шта уставом *јесте* прописано.[453] Судије уставног суда могу да (и вероватно) имају концепцију о томе шта би требало да буде право, али кад судија трага за најоптималнијим решењем уместо да одлучи *на основу важећег права*, ту и није реч о правном расуђивању. Зато се о правном расуђивању може говорити једино ако се судија руководи правним разлозима.

Ипак, расуђивање уставних судова каткад не почива на представи о томе шта се важећим правом прописује, него је утемељено на представи о томе шта би право требало да прописује, а неретко таква концепција узрокује да уставни суд на себе преузима задатак надлежног органа тако што свом *de lege ferenda* погледу дâ правну форму, истичући да тиме штити устав.[454] Тад широко формулисана уставна одредба служи само као формални основ да се искорачи у одлучивање о питању о којем политичку оцену може дати једино парламент (нпр. да ли ће распон казне затвора за кривично дело да буде 3–5 или 6–8 година). Уставни суд може да каже да је утврђени распон казне неуставан јер није у складу с неким уставним начелом, али институционална улога уставног суда није да политички расуђује о одлукама надлежног правотворца и да замењује одлуке других органа (у датом примеру прописивањем другог распона).

Ако пак уставни суд супстантивно преиспитује одлуке надлежног правотворца тј. ако политичке изборе законодавца које су постали право, замењује другим решењима која сматра уставним, реч је о политичком расуђивању. Тад важеће право за уставни суд није ауторитативни разлог за одлучивање, него су уставне одредбе само иницијална каписла за његово упуштање у оцењивање оптималности важећег права. Ако узмемо да је целисходност подобност одређеног средства за остваривање одређеног циља, онда је у светлу уставносудског активизма уставна одредба циљ, а одлука законодавца је средство за

---

[452] О значаја судске праксе Уставног суда Шпаније која је била „водич за тумачење“ целокупног правног система „у складу с уставом“, што је узроковало тзв. конституционализацију правног поретка, али и ставове да неке његове одлуке „више личе на чланке из часописа него на судске одлуке“, вид. Ahumada Ruiz 2017, 617–618. Вид. о конституционализацији (поустављењу) правног поретка и Guastini 2019, 185–208.

[453] Смисао писаног устава и јесте да обавеже државне органе, а ако би они мењали устав оним што сматрају да је боље, поента писаног устава би нестала (Barnett 2002, 1278).

[454] Мелерс истиче да се од судова очекује да одлуке оправдају на основу постојећег права и да уздржавање уставног суда од политичке пристрасности представља кључну карактеристику легитимног расуђивања уставних судова. Вид. Möllers 2013, 128. Уставни судови немају ни компетентне запослене ни материјалне ресурсе ни демократски легитимитет за одлучивање о политичким питањима, а супротно одлучивање је „несумњиво задирање у суштину надлежности законодавца“. Зато судија мора да се оријентише „на закон, а не на политичке циљеве које у датом часу сматра исправним“ (Larenz 1973, 44). Ландфрид истиче да је парламент „квалификованији од уставног суда“ у прилагођавању права друштвеним променама, а судије нису склоне да „контролу уставности прилагоде променљивој политичкој и друштвеној ситуацији“, из чега закључује да је важно да се политички проблеми у савременим друштвима решавају тако да „судије не добију превише утицаја на политику“ (Landfried 1994, 122).

остваривање циља који је садржан у уставној одредби. Уставносудски активизам постоји кад уставни суд оцењује да законодавац одабраним средством (нпр. законском одредбом) није остварио уставом прописани циљ (правно расуђивање), па услед тога уместо законодавца доноси одлуку која је средство за реализовање уставом дефинисаног циља (политичко расуђивање). Дакле, контролор уставности на себе преузимао посао из институционалне улоге законодавца.

Речју, уставни суд оцењује да је важеће право *мањкаво у супстантивном смислу* и исправља ту мањкавост подесним средством – својом одлуком. *A fortiori*, кад расуђивање уставног суда не почива на уставом одређеним циљевима тј. ако сâм циљ, као мерило за оцену уставности оспореног акта, одређује уставни суд, несумњиво је реч о уставносудском активизму. Рецимо, ако контролор уставности сматра да уставом одређени циљ оличен у забрани дискриминације није остварен прописивањем назива градова у оспореном закону, може да се говори о правном расуђивању, уз претпоставку да понуди правну аргументацију у образложењу. Уколико контролор уставности у таквом случају преузме на себе задатак да оствари уставом прокламовани циљ, тиме што ће својом одлуком (средство) да реализује уставни циљ, реч је о уставносудском активизму. Тад не постоје правни разлози који оправдавају задирање уставног суда у надлежност законодавца да одабере средство за остваривање уставног циља, па је реч о политичком расуђивању. Активистичко одлучивање ће да постоји и кад уставни суд као мерило за оцену уставности користи циљ који није записан у устав (нпр. унитаризација државе), па се контрола уставности користи као средство да се те политички погледи претворе у право.

У складу с раније изнесеним ставовима о ограничењима у уставносудском (и било ком другом правном) расуђивању, критеријум за оцену активистичког одлучивања је *правност аргументације*. Кад уставни суд одбија да укине/поништи неуставан закон или кад уместо распона казне који је одредио законодавац одређује други распон казне за кривично дело или кад мења називе градова, нужно је да се потражи у уставу дате државе и законима о уставним судовима одговор на питање: има ли правних разлога за то? Ако је одговор одричан, онда аргументација уставног суда, ма колико била у неправном смислу прихватљива, није *правно прихватљива* тј. правно је неутемељена, нелегитимна. Следствено, ту и није реч о правном, него о политичком расуђивању и судском активизму.

Граља поима активизам као „праксу судова утемељену на одбијању политичких избора других државних органа или институција који нису изричито забрањени уставом“ (Graglia 1996, 296). Иако неуставност не мора увек да почива на кршењу оног што је изричито забрањено (јер језичко значење текста није једини ваљан правни разлог), тачно је да судски активизам подразумева *одбијање политичких избора* других органа. У складу с том терминологијом, уставни суд политички избор других органа сматра неисправним (неоптималним) и, политички расуђујући, замењује га својим политичким избором, позивајући се на уставну одредбу која омогућује различита тумачења, а притом не дајући (само) правну аргументацију. Дакле, проблем је то што се уставни суд не зауставља на тумачењу уставне одредбе и укидању/поништавању закона, него иде и корак даље – уместо неуставне законске одредбе ствара „своју“ одредбу. Тад уставни суд постаје уставотворац, законодавац или редовни суд уместо да се задржи на оцени уставности неког акта.

(4) Уставносудски активизам се представља као примена права јер се одлука настоји заоденути у широко формулисану уставну одредбу. Уставни суд, у неким одлукама, није флагрантни, него латентни прекршилац устава. Примера ради, флагрантно кршење устава

постоји кад се одлаже дејство одлуке о неуставности, иако је устав изричит у погледу временског дејства одлуке о неуставности (пример су нпр. одлуке шпанског и италијанског уставног суда о којима ће да буде речи у одељку 3.5.2.5). Ипак, много је чешће префињеније кршење устава које је заоденуто у широко формулисане уставне одредбе. Рецимо, ако устав забрањује сурово кажњавање или прокламује да је људско достојанство неприкосновено, упитно је значење појмова „сурово“, „достојанство“ и „неприкосновено“.

Раније смо говорили о природи великог броја уставних одредаба и томе да оне омогућују безобално поље могућих тумачења. Ипак, није свако тумачење *eo ipso* правно тумачење, односно није нужно правно прихватљиво, због чега се готово свака дефиниција активизам повезује са стварањем права. Уистину, значајан број уставних одредаба су морално-политичког карактера, што пре свега важи за одредбе о људским правима и слободама.

Али не можемо да баш сваку одлуку назовемо активистичком чим се она ослања на одредбе морално-политичког карактера, иако су оне свакако плодно тло за активизам.[455] Не би требало акценат ставити само на питање како се тумачи одређена одредба, него и на питање *шта уставни суд ради након што припише значење правном тексту*: да ли одлуку „само“ укида/поништава или *реформише* политички избор законодавца, те да ли одлуку образлаже правним или и неправним аргументима. Витингтон истиче да активизам подразумева да суд „неприкладно (*inappropriate*) укида законе и одлучује попут суперлегислативе, а не попут суда“ (Whittington 2019, 4).

Примера ради, пракса Савезног уставног суда Немачке показује да се врло често оцењује уставност законских одредаба у погледу сагласности с начелом једнакости (чл. 3 Основног закона). Тако је донесена одлука да је неуставна одредба која прописује да се донације компанија политичким странкама обзнањују само кад прелазе 200.000 немачких марака јер Савезни уставни суд Немачке сматра да „не постоји разуман разлог“ да за њих буде прописан тај износ, а за физичка лица 20.000. Аргумент непостојања разумног разлога није правни аргумент, док оцена да се одлуком законодавца крши уставно начело једнакости јесте правни аргумент. Али из начела једнакости и свеукупног институционалног положаја не може да се изведе овлашћење Савезног уставног суда да замени политички избор законодавца својом одлуком, будући да уставни циљеви нису испуњени оспореном одлуком законодавца. Другим речима, постоје правни разлози који оправдавају одлуку о неуставности, али не постоје правни разлози који оправдавају одлуку да контролор уставности задире у слободу одлучивања законодавца и утврди да се пријављује свака донација која прелазе 20.000 немачких марака, ма ко био донатор – компанија односно правно лице или физичко лице.

(5) Уставносудски активизам подразумева да суд ствара право тако што ствара нову (дотад непостојећу) или супстанцијално мења постојећу регулативу, задирањем у политички избор законодавца.[456] О различитим поимањима израза „стварање права“

[455] Супротно сматра Истербук (Easterbrook 2002, 1404).

[456] И Барак сматра да је одлика судског активизма усклађивање сукобљених друштвених вредности кроз „промене постојећег права“ што је за њега свако укидање/поништавање неуставног акта или поништавање судског преседана или „стварање новог права (тумачењем устава или закона или кроз развијање прецедентног права“. Идући ка постизању равнотеже између сукобљених друштвених вредности активистички настројен судија „развија нове судске мере и средства… која ће му омогућити да промени постојеће право или створи ново право“. Ако судија настоји да постигне склад између сукобљених друштвених

говорили смо у претходном одељку, с тим да на овом месту имамо у виду стварање права као последицу политике односно политичког расуђивања. При активистичком одлучивању, уставни суд је орган који супстанцијално расуђује и политичке погледе које сматра уставним претвара у право тако што, позивајући се на непрецизну уставну одредбу, својој политици даје правну форму. Притом су могуће две ситуације: кад уставни суд правну форму даје друштвеном или институционалном односу који дотад није био предмет правног регулисања. Примера ради, то постоји кад уставни суд утврди да је неки акт неуставан зато што њим није регулисано да одређено право припада одређеним лицима. Могуће је да из неких разлога законодавац није донео акт, а уставни суд сматра такав пропуст неуставним и поступа активистички.

Рецимо, кад уставни судови Немачке, Шпаније или Италије „измисле" нову врсту одлуке којом се утврђује неуставност, али се неуставни акт не поништава/укида, онда је реч о изворном стварању права. Исто важи и за стварање новог уставног субјективног права. Урбано тврди да је активизам „ремедијална мера за мањкавости редовног политичког процеса" јер служи као корекција других неефикасних органа или њихових неадекватних политика (Urbano 2015, 168). Ипак, много је чешћи активизам уставног суда поводом друштвеног односа који је већ регулисан правом, али уставни суд својом одлуком иновира важеће право мењајући политички избор другог органа тј. одлуку другог органа донесену на основу његове политичке процене. У таквим случајевима, уставни суд постојеће решење сматра неуставним (правно расуђује) и уместо њега правну форму даје неком другом решењу (политички расуђује), по оцени контролора уставности, подесном да реализује уставом одређене циљеве.

Примера ради, Уставни суд БиХ је огласио неуставним одредбе закона које су прописивале називе појединих јединица локалне самоуправе зато што оне крше начело забране дискриминације утолико што у називима садрже придев „српски". Ипак, контролор уставности није стао на декларацији неуставности, него је отишао и корак даље – уместо неуставних назива је наметнуо нове називе примењујући географски критеријум, чиме је интервенисао у поље искључиве надлежности законодавца и законодавчево политичко решење заменио другим решењем тј. санкционисао је законодавчеву политику и заменио је својом политиком којој је дао правну форму. Или, кад законодавац дискрециono одлучи у којим је случајевима абортус допуштен, а у којим је кажњив, а Савезни уставни суд Немачке то замени другом регулативом водећи се одредбом која *сваком* гарантује право на живот, реч о је уставносудском одлучивању које има активистички карактер јер се њим замењује политичка одлука законодавца другом политичком одлуком (која је последица политичког расуђивања уставног суда).

(6) Уставносудски активизам је одлучивање усмерено на остваривање неког легитимног циља. Бараковим речима, судски активизам подразумева тенденцију да се постигне „баланс између сукобљених друштвених вредности" (Barak 2006, 271). Уставносудска пракса показује да овај орган активистички одлучује како би се остварила нека пожељна промена у друштву[457] која није од стране надлежног орган добила правну

вредности „очувањем постојећег права уместо стварањем новог права" јер није спреман да „поништи правну политику која је одређена у прошлости", тад је реч о уздржаном судији који се користи постојећим судским средствима. Вид. Barak 2006, 271–272.

[457] Нпр. Воренов суд (амерички Врховни суд за време Вореновог председавања) је био активистички настројен, али је он постојеће право учинио демократичнијим. Због тога сматрамо да је уставносудски

форму. Зашто није добила ту форму, фактичко је питање, некад се ради о питању поводом којег постоји неслагање у друштву, а некад о питању о којем постоји висок степен сагласности. Рецимо, немачки Савезни уставни суд је утврдио да је неуставан закон о платама државних службеника јер су преniске. Иако је неуставност утврђена, спорни закон није укинут јер би државни службеници бар неко време (до доношења новог закона о платама) остали без икакве плате, па је зарад легитимног циља одржан на снази неуставан закон.

Често се пред уставним судовима јављају и спорови о уставности у којима више легитимних интереса долази у колизију, па уставни судови одлучују активистички да би остварили један, а некад и више легитимних циљева. Примера ради, такво је питање абортуса. Међу члановима друштва могу да постоје знатна неслагања јер су религиозно оријентисани грађани строго против тога, а други који не деле та религијска уверења сматрају абортус прихватљивим. Чак и да постоји консензус о томе да је абортус прихватљив, могуће је да постоји спор у којим је случајевима прихватљив, ко треба да учествује у одлучивању итд. А услед важности датог питања, нужно је да законодавац ауторитативно донесе одлуку о томе шта је правно допуштено односно забрањено. И услед тога што законодавац забрањује абортус или то питање не регулише, пред уставним судом се јавља спор и на овом је органу да утврди уставност забране абортуса. У таквим случајевима је могуће да основ за одлуку буду нпр. право на слободу одлучивања или право на приватност, док би се у прилог забрани могло да наведе да право на живот има и нерођено дете.

У датом примеру су и људско достојанство и живот насцитуруса значајне вредности, а уставни суд позивањем на једну од њих оправдава своју одлуку. И није спорно то да уставни суд тумачи оспорену одредбу о абортусу у светлу уставних начела, али је спорно кад он уместо законодавца регулише питање абортуса како је то учинио немачки контролор уставности у односу на кривичну инкриминацију абортуса доносећи регулативу којом је мењао и допуњавао одлуку која је питање политичког избора законодавца тј. његове криминалне политике, с циљем да заштити и нерођено дете, али и прецизно уреди кад је абортус допуштен. Легитимност циља којем се тежи активистичким одлучивањем је неспорна, али је спорна правност таквог одлучивања. У одлучи немачког Савезног уставног суда није спорно то што је контролор уставности одмеравао сукобљена уставна права и тражио баланс између њих (спроводећи тест пропорционалности), него је спорно што је уместо законодавца регулисао услове под којима је абортус кажњив и услове под којима је допуштен, интервенишући у кривични законик Немачке, у којем (је некад) влада(ло) начело строге законитости![458]

активизам типично усмерен на остварење легитимног циља, али не може све да се посматра кроз (не)пожељност циљева који се остварују судским одлучивањем. Као што се понекад остварује позитиван исход, могуће је и да се догоде негативне последице. Сем тога, и начело поделе власти морамо да посматрамо као једну вредност која је израз ограничавања државног одлучивања. Други аргумент који се наводи у прилог судијском уздржавању се огледа у следећем: ако би судови крајње рестриктивно деловали према актима законодавца, онда би законодавац престао да расуђује о томе да ли је закон који се доноси уставан јер би се оријентисао само на то како ће суд да реагује (Posner 2012, 524–525).

[458] Ова одлука ће детаљније да буде анализирана у одељку о појавним облицима уставносудског активизма.

Барак, доследно излажући своју идеју о улози судије у демократији, наводи да се баланс између сукобљених друштвених вредности реализује кроз „промене постојећег права“ или „стварање новог права“ (Barak 2006, 271). Ипак, не сме да се пренебрегне да је и подела власти једна од најзначајнијих вредности у уставним демократијама. У режиму поделе власти не треба да постоји концентрисање целокупне власти у рукама политичких органа, али ни судократија није пожељна. Будући да се законодавни орган перципира као легитимни демократски представник, његов је задатак да променом постојећег права или стварањем новог права осмисли нову политику којом ће да промовише одређене друштвене вредности. Неки аутори говоре о „растапању“ (*liquefaction*) устава чиме се означава прилагођавање норми друштвено-политичком развоју што подразумева и улогу уставних судова, али то понекад доводи и до „нестанка нормативности важећег устава“.[459]

Другим речима, каткад уставни судови одлучују тако да се стиче утисак да су примењене норме којих објективно нема у уставу (Blanco de Morais 2020, 106). Институционални оквир каткад захтева да се доносилац одлуке повинује правилу које лично не подржава, „неки то називају позитивизмом… други то називају формализмом… ми то називамо правом“ (Alexander, Schauer 1997, 1387). Иако је тачно да се нормативност устава се не може свести само на изричит текст, ипак уставним одредбама мора да се приписује значење које оне могу да „подрже“ и приписано значење мора да се подржи *правном* аргументацијом. Само у том смислу може да се констатује да усвојени устав „није готова конструкција“ јер „устави се не праве: они се развијају (*constitutions are not made: they grow)*“ (Blanco de Morais 2020, 114). Шта уколико се уставним одредбама приписује значење које не може да подржи уставни текст, а ни било који други правно прихватљив разлог може да буде аргумент у прилог тог значења, ма колико ванправни разлози говорили у прилог приписаном значењу? Једни то зову креативним тумачењем права, други развијањем права, а трећи допуњавањем права. Ми то зовемо уставносудским активизмом.

3.4. Парадигме активизма

Судски активизам није у једнакој мери присутан у свим деловима света. Често се амерички Врховни суд узима као парадигма судског активизма поводом контроле уставности, што и јесте тачан став, али активистичко одлучивање овог органа неће бити предмет разматрања у овом делу рада. Разлог је једноставан – оријентисани смо на европско тло и то на уставне судове, мада ћемо местимично да указујемо и на неке значајне одлуке ваневропских уставних судова. Узимајући то у обзир, Савезни уставни суд Немачке и Уставни суд Италије су нарочито значајни, будући да је њихова судска пракса богата активистичким одлукама.

С друге стране, иако Европски суд за људска права (ЕСЉП) не представља институцију која је уставни суд, ипак је његов утицај на све државне органе, па и уставне судове на тлу Европе изузетан.[460] Утицај је тако велики да се каткад истиче да је ЕСЉП уставни суд Европе (Gerards 2017, 240; Alkema 2000, 41–63). Сем тога, у прилог разматрању ЕСЉП као парадигме активизма иде и то што ћемо у трећем делу рада да испитујемо судски

[459] Реч је о појави која се чешће назива конституционализација односно поустављење правног поретка. Вид. Guastini 2019, 185–208.

[460] О ставу Савезног уставног суда Немачке у погледу значаја одлука ЕСЉП вид. Hailbronner, Martini 2017, 374–375.

активизам Уставног суда Босне и Херцеговине у чијој се пракси врло често наводе одлуке ЕСЉП будући да, словом Устава БиХ, ЕКЉП има надзаконску снагу.[461]

3.4.1. Савезни уставни суд Немачке

Надлежност. Сходно Основном закону Немачке, Савезни уставни суд се сматра делом правосуђа, будући да се чланом 92 утврђује да судска власт припада судијама и да је врше Савезни уставни суд, федерални и покрајински редовни судови.[462] Чланови 93 и 100 Основног закона (*Grundgesetz*), као и чл. 13 Закона о Савезном уставном суду (*Bundesverfassungsgerichtgesetz* – BVerGG) утврђују надлежности немачког контролора уставности од којих су за тему овог рада најзначајније апстрактна контрола уставности, конкретна контрола уставности и уставна жалба. У погледу апстрактне контроле уставности, Савезни уставни суд је надлежан да оцењује уставност како федералних тако и покрајинских закона, на захтев одређених иницијатора. Конкретна оцена уставности подразумева да се Савезном уставном суду (у складу с чл. 100, ст. 1 Основног закона) обраћа редовни суд који, решавајући конкретан случај, посумња у уставност закона. У том случају, питање уставности је у основи претходно питање и тек кад контролор уставности о њему одлучи, редовни суд може да настави с поступком.[463]

Коначно, уставна жалба у немачком уставном систему је врло широко дефинисана јер, словом Основног закона, свако лице које сматра да му је од стране јавне власти повређено неко од права која су му гарантована тим актом може да је поднесе. Сем тога, уставну жалбу могу да поднесу јединице локалне самоуправе, ако им је нарушено право на самоуправу као и удружења којима није признат статус политичке странке за изборе за Бундестаг. Савезни уставни суд Немачке се састоји од два сената који се зову Први сенат и Други сенат, а сваки од њих има надлежност да одлучује о одређеним питањима. Законом о Савезном уставном суду се утврђује подела надлежност између два сената, па је Први сенат надлежан за контролу уставности закона и уставне жалбе (уз неке изузетке), док је Други сенат надлежан да одлучује о одузимању основних права, забрани рада политичких странака, изборним споровима и о опозиву немачког председника. Комерс и Милер правилно примећују да су надлежности Другог сената политичког карактера (Kommers, Miller 2008, 197).

О улози Савезног уставног суда у систему државне власти. Иако се према Основном закону Савезни уставни суд Немачке сматра саставним делом правосуђа, Хертел истиче да му уставотворац приписује „наглашену позицију“ у систему државне власти помињући га пре свих судова у Немачкој, иако он није врховни суд (Härtel 2011, 498, 501).[464] Слично, Комерс и Милер истичу да Основни закон Немачке даје Савезном уставном суду „широка овлашћења која га позиционирају близу епицентра немачког политичког система“ (Kommers, Miller 2008, 195). За немачког контролора уставности се још говори да је *Hüter*

[461] То произлази из чл. II 2 Устава БиХ у којем се наводи да Европска конвенција о људским правима има приоритет над свим другим законима.

[462] Ипак, у доктрини се истиче да овај орган има „централну улогу у правном систему“ Немачке. Вид. Alexy, Dreier 2016, 74.

[463] Чл. 80 Закона о савезном уставном суду, прописује да редовни суд непосредно тражи одлуку контролора уставности и да мора образложити везу између његове одлуке и сумње у уставности, те навести с којом је одредбом из Основног закона неспојива спорна законска одредба.

[464] О три фазе у стваралачкој делатности Савезног уставног суда Немачке вид. Weber 2020, 31–42.

der Verfassung односно чувар устава, по истоименој књизи Карла Шмита. Иако се немачким Основним законом Савезном уставном суду додељује улога чувара устава, ипак је овај орган често и кројач друштвеног уређења у Немачкој и он, како каже Хефе, „руши систем кочница и равнотеже, чиме се ствара нови моменат у сложеном односу снага у демократији“ (Höffe 1999, 179). Дакле, Савезни уставни суд Немачке је „оријентисан ка концепту кочница и изричито му даје првенство у односу на концепт одвајања“ (Möllers 2013, 46).

Неки аутори истичу да је немачки контролор уставности развио начин расуђивања који оличава поимање „уставног права као путоказа за политику“, као и „усмеравање законодавног одлучивања и на питања која се не тичу конкретног случаја“ (Hailbronner, Martini 2017, 367). Понекад се Савезни уставни суд Немачке означава као *Ersatzgesetzgeber* тј. заменски законодавац чиме се указује на то да има „иницијално дејство у односу на институције које су заправо позване да делују“, а то су надлежни органи, што је једна „друштвено-политичка функција“ којом контролор уставности „активно покреће законодавство“.[465] Основни закон Немачке садржи најјачи и најсадржајнији облик судске контроле уставности установљавајући „суштинска правна ограничења у односу на политички процес“ што изазива питање компатибилности уставносудског одлучивања с начелом поделе власти (Möllers 2013, 36).

Уистину, оцене које доктрина даје у вези с уставносудским одлучивањем немачког контролора уставности не чине се претераним.[466] Напросто, Савезни уставни суд је развио широку палету одлука којима реагује на утврђену неуставност. Другим речима, немачки контролор уставности није само доносилац бинарних одлука уставно-неуставно, него је често, расуђујући попут уставотворца или законодавца, развијао и нове врсте одлука чиме је суштински задирао у послове и политичке одлуке ових органа. Задирање у уставотворну функцију државне власти подразумева да је Савезни уставни суд: (1) изводио нова уставна субјективна права из постојећих, Основним законом гарантованих, права (нпр. одлука BVerfGE 65, 1);[467] (2) утврдио да има право да контролише уставотворца тј. његове уставне законе у делу у којем се њима доводи у питање тзв. уставно језгро из чл. 79, ст. 3 Основног закона (вид. одлуке 2 BvE 2/08 и BVerfGE 30, 1);[468] (3) у складу с доктрином о пресудивости сваког питања, контролисао је уставност чисто политичких питања, попут питања о учешћу немачких оружаних снага у иностранству (нпр. одлука BVerfGE 90, 286).[469]

С друге стране, задирање Савезног уставног суда у законодавну функцију подразумева: (1) доношење интерпретативних одлука којима се при оцени уставности спорног закона он оглашава ништавим само уколико не може да се протумачи тако да буде у складу с Основним законом – ако је могуће тумачење које одговара највишем акту, Савезни уставни суд утврђује то тумачење доносећи обавезујућу одлуку о значењу спорног

[465] Вид. Deutscher Bundestag – Wissenschaftlichen Dienste. Das Bundesverfassungsgericht. Kurzübersicht zu Entstehungsgeschichte und Funktion (2009).

[466] О особеностима расуђивања Савезног уставног суда Немачке вид. Weber, 2020, 42–44.

[467] Вид. одлуку BVerfGE 65, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv065001*, последњи приступ 27. јануара 2023.

[468] Вид. одлуку BVerfGE 30, 1 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo? Command=ShowPrintVersion&Name=bv030001*, последњи приступ 27. јануара 2023.

[469] Вид. одлуку BVerfGE 90, 286 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo? Command=ShowPrintVersion &Name=bv090286*, последњи приступ 28. јануара 2023.

законског текста (нпр. одлука BVerfGE 69, 1);[470] (2) доношење одлука којима се супституише законодавац тј. одлука којима се не утврђује само неуставност, него се мења политички избор законодавца тако што се уместо једне политичке одлуке намеће друга која је, по оцени контролора уставности, у складу с Основним законом (нпр. одлука BVerfGE 24, 300); (3) доношење одлука којима се уместо законодавца решава политичко питање, али на привременим основама тј. док законодавац не усвоји одговарајућу регулативу (нпр. одлука BVerfGE 39, 1);[471] (4) незаконито[472] пролонгирање поништавања одредбе за коју је утврђено да је противуставна тако што се она означава као неспојива с уставним одредбама (нпр. одлуке BVerfGE 81, 363; BVerfGE 93, 121 и 1 BvL 11/14).[473]

Сем тога, немачки контролор уставности утиче на законодавца тако што понекад доноси опомињуће одлуке којима у диспозитиву констатује да је оспорена одредба у складу с уставом, а у образложењу утврђује да је дата одредба, у односу на уставна начела „на ивици уставности", али се оставља рок законодавцу да сам исправи ту неуставност (нпр. одлука BVerfGE 39, 169).[474] Коначно, пракса немачког Савезног уставног суда познаје и одлуке којима се дају смернице законодавцу које треба да му послуже као основ за законодавно одлучивање (нпр. одлука 1 BvR 3262/07).[475] Одлуке које су овде наведене *exempli causa* биће анализиране у одељку посвећеном појавним облицима уставносудског активизма.

И сажет приказ начина уставносудског расуђивања Савезног уставног суда Немачке показује да је Савезни уставни суд развио „различите методе поступања у случају неуставности" укључујући и избегавање поништавања с обзиром на последице (Härtel 2011, 498). Тим се методима омогућује да се неуставан акт прогласи делимично неважећим,[476] неспојивим с уставом, и даље компатибилним с уставом или уставним уколико се тумачи на одређени начин, а често се Савезном уставном суду оставља и могућност да реформише постојеће законодавство уз навођење смерница и рока, прелазних решења и слично. Приметно је, анализирајући уставносудску праксу у Немачкој, да се велики број одлука

---

[470] Вид. одлуку BVerfGE 69, 1 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint Version&Name=bv069001*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[471] Вид. одлуку BVerfGE 39, 1 на: *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036001.html*, последњи приступ 11. децембра 2022.

[472] Реч је о незаконитом пролонгирања услед тога што Закон о Савезном уставном суду регулише питање дејства одлука, а притом не помиње могућност да се донесе одлука којом се пролонгира поништавање неуставне одредбе.

[473] Вид. одлуку BVerfGE 81, 363 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion &Name=bv081363*, последњи приступ 28. јануара 2023, одлуку BVerfGE 93, 121 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv093121*, последњи приступ 28. јануара 2023, а одлуку 1 BvL 11/14 на: *https://www.iww.de/quellenmaterial/id/200583* и *https://research. wolterskluwer-online.de/document/7b57ca4f-a32e-4894-8b47-0de548a5ac3c*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[474] Вид. одлуку BVerfGE 39, 169 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion &Name=bv039169*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[475] Вид. одлуку 1 BvR 3262/07 на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ DE/2008/07/rs20080730_1bvr326207.html*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[476] У Немачкој се оглашава неуставним цели акт, а не само поједина одредба, једино у случају кад су остале одредбе неодвојиво повезане с неуставном одредбом тј. кад „чине неодвојиву целину која губи своје значење у случају укидања појединог дела" тог акта. Вид. Determann, Heintzen 2018-2019, 109. О томе да ли је неважећа норма уопште норма тј. део правног система или није, вид. Navarro 2001, 258.

немачког контролора уставности доноси позивањем на људско достојанство (чл. 1), слободан развој личности (чл. 2)[477] и право на једнакост (чл. 3 Основног закона).

Дакле, широко формулисане уставне одредбе су основ за уставносудско одлучивање Савезног уставног суда Немачке које има активистички карактер. Основним законом је успостављен „објективан вредносни поредак у делу који је посвећен основним правима" и тај део „важи као основна уставна одлука у свим областима права" и из њега легислатива, управа и судови изводе „смернице и импулсе" (BVerfGE 7, 198).[478] Уставни суд Немачке је такође утврдио да Основни закон[479] „није само мерило важења правних норми", него се и „садржај закона мора тумачити у складу с Основним законом" (BVerfGE 51, 304). Неке одлуке почивају на уобичајеним интерпретативним аргументима. Нпр. у одлуци BVerfGE 51, 67 Савезни уставни суд Немачке речима „претресање места становања" приписује уобичајено значење тј. то је „смишљено и сврсисходно тражење лица или ствари од стране државних органа како би се сазнале чињенице или нашло оно што становник не жели да открије или преда".

С друге стране, одлука BVerfGE 32, 54[480] је, како Савезни уставни суд наводи, пример широког тумачења. У њој је било речи о одредби „стан је неповредив", тј. било је спорно да ли се под станом разуме и хемијска чистионица. Савезни уставни суд је констатовао да „само широко тумачење задовољава принцип по којем се у случају сумње бира оно значење које највише доприноси делотворности одредбе о основном праву", па је подвео и чистионицу под стан. Даље, каткад се трага за намером твораца акта. Немачки Савезни уставни суд је у одлуци BVerfGE 4, 157 утврдио да се при тумачењу међународних уговора у поступку испитивања њихове усаглашености с уставом мора претпоставити да политички органи који су учествовали у стварању текста споразума нису хтели да преузму обавезе које су супротне Основном закону.[481] Такође, системски аргументи имају важно место јер се често оцењује да је неки акт неуставан јер се њим крши неки члан Основног закона у вези с другим чланом тог акта. Коначно, раније уставносудске одлуке имају место у такорећи свакој одлуци Савезног уставног суда, па су прецеденти и те како затупљен у одлукама, како прецеденти значења, тако и прецеденти тумачења.

---

[477] Савезни уставни суд Немачке је, тумачећи право на слободан развој личности, одлучивао о храњењу голубова на трговима и јахању коња кроз државне шуме (Möllers 2013, 36; Hailbronner, Martini 2017, 379). Одлуку BVerfGE 80, 137 у којој се одлучивало о јахању кроз државне шуми вид. на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv080137*, последњи приступ 29. јануара 2023, а одлуку BVerfGE 54, 143 о храњењу голубова вид. на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv054143*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[478] Вид. одлуку BVerfGE 7, 198 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv007198*, последњи приступ 30. јануара 2023.

[479] Основни закон се не зове устав јер су творци тог акта настојали да укажу на „привремени карактер новог документа". Вид. Hailbronner, Martini 2017, 239, 356.

[480] Одлука BVerfGE 32, 54 је доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv032054* последњи приступ 29. јануара 2023. О неким од оспорених питања која су решавана једном одлуком, Савезни уставни суд није могао да одлучи услед нерешеног резултата. Пример је одлука BVerfGE 73, 206, т. 257, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv073206*, последњи приступ 5. фебруара 2023. Спорно је било да ли може да се говори о насиљу ако се демонстрацијама блокира саобраћај.

[481] Вид. одлуку BVerfGE 4, 157 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv004157*, последњи приступ 5. фебруара 2023.

Образлажући своје одлуке, Савезни уставни суд се позива и на ванправне аргументе. Рецимо, контролор уставности се позива на државну праксу (*Staatspraxis*) као интерпретативни аргумент (BVerfGE 62, 1 и BVerfGE 65, 1),[482] иако наглашава да она мора да буде у складу с уставносудским тумачењем Основног закона (BVerfGE 91, 148).[483] Даље, позива се и на идеју хуманости (*Menschenbild*) (BVerfGE 4, 7),[484] економске разлоге (1 BvL 11/14) и идеју правде (BVerfGE 33, 171; BVerfGE 24, 300). Ови ванправни односно супстантивни аргументи су централни приликом политичког расуђивања, али је већ у првом делу овог рада констатовано да уставносудско расуђивање није само правно расуђивање, него да постоје и примесе политичког расуђивања које су некад више, а некад мање изражене.

У вези с том могућношћу мешања уставних судова у сферу политичког одлучивања, поставља се питање очувања поља дискреционе оцене законодавца. Немачки Савезни уставни суд треба да обезбеди „простор за слободно доношења политичких одлука који се уставом додељује другим органима“ (Härtel 2011, 510).[485] У одлуци о уставности Основног уговора, Савезни уставни суд наводи да начело судијског самоограничења подразумева „одбијање суда да се бави политиком тј. да интервенише у простор слободног политичког одлучивања који је установљен и ограничен уставом“ чиме се омогућује да „други уставни орган очувају простор загарантован за политичко одлучивање“. Ипак, то не значи да се немачки контролор уставности не упушта у оцену уставности чисто политичких питања, а у прилог томе говори управо одлука у којој је испитивана уставност уговора између Савезне Републике Немачке и Демократске Републике Немачке (BVerfGE 36, 1).[486] У њој је Савезни уставни суд изричито нагласио да су „сви уставни органи дужни да раде на обнављању националног јединства… и да се уздрже од свега што би осујетило поновно уједињење“ (BVerfGE 36, 1, т. 1).

Можда је немачки контролор уставности доказ да се традиционални систем кочница и равнотеже више „не примењује у свом чистом облику“, те да се укрштања често јављају и скоро је немогуће то елиминисати (Härtel 2011, 516). Стога, могло би да се закључи да Савезни уставни суд не преза да одлучује о било ком питању – правном или политичком, нити преза од тога да контролишући законодавца и сам постане (привремени) законодавац, а каткад и уставотворац. Даља анализа би требало да то покаже.

---

[482] Вид. одлуку BVerfGE 62, 1 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv062001*, последњи приступ 5. фебруара 2023.

[483] Вид. одлуку BVerfGE 91, 148 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv091148*, последњи приступ 10. фебруара 2023.

[484] Вид. одлуку BVerfGE 4, 7 *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv004007*, последњи приступ 10. фебруара 2023.

[485] О правилима којима се водио Савезни уставни суд Немачке у првој деценији свог рада, вид. Rupp 1960, 507–510.

[486] Вид. одлуку BVerfGE 36, 1, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv036001*.

3.4.2. Уставни суд Италије

Надлежност. Положај Уставног суда Италије[487] регулисан је Уставом Италије и Уставним законом бр. 1/1953, и овај орган је „ван система редовни судова и има аутономну улогу у систему“ (La Torre, Pattaro, Taruffo 2016, 214). Сходно чл. 134 Устава Италије, Уставни суд је надлежан за: одлучивање о уставности државних и регионалних закона; решавање спорова о надлежности између државних органа, између државе и њених региона или између региона;[488] одлучивање о оптужбама против председника државе.[489] Сем тога, Уставни закон бр. 1/1953 у члану 2 прописује надлежност Уставног суда да одлучује о томе да ли су захтеви за расписивање референдума понети у складу с чланом 75 Устава.[490]

Сходно Закону 87/1953 Уставни суд може да донесе само две врсте одлука: пресуде (њима се мериторно одлучује о уставности оспореног акта) и наредбе (доносе се првенствено у случају формалних мањкавости).[491] Први корак тј. иницирање поступка за оцену уставности предузимају овлашћени субјекти: италијанска влада (чл. 123 и 127 Устава), региони (чл. 127 Устава и чл. 2. Уставног закона 1/1948) и редовни судови (чл. 1 Уставног закона 1/1948 и чл. 23 Закона 87/1953). Управо су судије редовних судова најзначајнији иницијатори поступка за оцену уставности,[492] и то на захтев јавног тужиоца,

---

[487] Иако је Устав Италије, који је од почетка садржавао одредбе о Уставном суду, ступио на снагу јануара 1948. године, контролор уставности је почео с радом тек 1956. године. Сходно прелазним одредбама италијанског Устава (т. VII), до почетка рада Уставног суда, спорови из његове надлежности се решавају сходно раније важећим актима тј. редовни судови су контролисали уставност. Ипак, Врховни суд је одмах утврдио да међу уставним одредбама постоје оне које судови могу да примењују (уставна правила која су малобројна) и оне које су у форми принципа или програмског карактера које су упућене законодавцу и тек кад на основу њих законодавац донесе законе, судови могу да одлучују на основу њих. Чим је Уставни суд Италије почео с радом, одлучио је да то не важи јер контрола уставности подразумева испитивање усаглашености закона и с уставним правилима и с уставним принципима (вид. одлуку 1/1956 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1956&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 11. фебруара 2023). О почецима италијанског контрола уставности вид. и Bifulco, Paris 2020, 453–456.

[488] О томе вид. и чл. 37–42 Закона 87/1953.

[489] О улози Уставног суда у поступку против председника Италије вид. чл. 12, 13 и 15 Уставног закона 1/1953. Вид. о томе и Bifulco, Paris 2020, 474–476.

[490] Сходно члану 75, захтев за расписивање референдума може да поднесе 500.000 бирача или пет регионалних савета, тражећи да се укине неки закон или други правни акт, у целости или делимично. Ипак, забрањује се расписивање референдума о законима о буџету, порезу, амнестији, помиловању и ратификацији међународних уговора.

[491] О иницијативи за покретање оцене уставности вид. Groppi 2008, 102–103.

[492] За Денглера (Dengler 2001, 370–371) је то индиректна оцена уставности, док директна оцена уставности подразумева да, словом члана 127 Устава Италије, право да покрене поступак за оцену уставности регионалног закона имају и (1) италијанска влада уколико сумња у то да се регионалним законом надилазе надлежности региона, односно (2) регион који сматра да се државним законом или законом другог региона узурпира његова надлежност. Грађани или парламентарци немају овлашћење да иницирају поступак за оцену уставности. Гропи истиче да италијански модел контроле уставности „није очувао чистоту Келзеновог аустријског модела јер поседује одређена својства америчког модела контроле уставности“. Пре него што се обрати Уставном суду, од судије редовног суда се очекује да сам протумачи законску одредбу тако да она буде у складу с Уставом Италије. Вид. Groppi 2008, 104–105, 116. Штавише, таква улога редовних судова у поступку испитивања уставности закона (такорећи прелиминарна контрола уставности и обраћање контролор уставности само ако редовни суд не успе да протумачи спорну одредбу у складу с Уставом Италије), навела је неке ауторе да закључе да оцена уставности у Италији има мешовити карактер. Вид. Bifulco, Paris 2020, 453, 467.

странака у поступку (судија мора да размотри захтев, али не и да га прихвати) или самоиницијативно тако што се, у случају сумње у уставност законске одредбе,[493] обраћају Уставном суду Италије који доноси одлуку.[494]

Пресуде (*sentenze*) се деле у две групе: пресуде којим се утврђује неуставност (*sentenze di accoglimento*) и оне којима се утврђује да нема неуставности (*sentenze di rigetto*). Уставни суд Италије, сходно чл. 27 Закона 87/1953, оцењује уставност неког закона само у границама оспоравања, али ако се огласе неуставним оспорене одредбе, онда се то протеже и на друге одредбе које су с њима неодвојиво повезане, што Гропи назива „последичном неуставношћу" (Groppi 2008, 103) односно то је „деривативна неуставност" (Bifulco, Paris 2020, 463). Уколико је утврђена неуставност закона,[495] онда одлука уставног суда делује *erga omnes*, а ако није утврђена неуставност, нема таквог дејства, из чега произлази да је могуће да се о истом питању поново расправља пред Уставним судом уколико се захтев за оцену уставности темељи на другим разлозима. Другим речима, одлука којом се одбија захтев за оцену уставности „не проглашава односни закон уставним" из чега произлази *inter partes* дејство такве одлуке (Groppi 2008, 103). Ипак, Уставни суд Италије је већ у погледу одлука које може да донесе одлучивао активистички јер је „осмислио" нове врсте одлука у поступку одлучивања о уставности закона.[496]

О улози италијанског Уставног суда у систему државне власти. О посебности Уставног суда Италије у систему власти ове државе већ говори чињеница да устав нормира положај контролора уставности одвојено од регулисања осталих институција – парламента, председника и владе. Шеста целина другог дела италијанског Устава носи наслов Уставне гаранције и тамо се уређује положај контролора уставности. Оно што карактерише италијански Уставни суд је чињеница да је он од свог настанка „показао висок ниво интепретативне креативности и активизма у тумачењу Устава" (Spigno 2018, 457), а данашња доктрина истиче да се он „одриче наметнутих ригорозних ограничења" (Vasino

[493] У Немачкој је посебан облик контроле уставности конкретна контрола уставности која подразумева да судија редовног суда, кад посумња у уставност савезног или покрајинског закона, иницира поступак за оцену уставности. Вид. чл. 100 Основног закона Немачке.

[494] Вид. Уставни закон 1/1948. У члану 1 тог акта се наводи: „Питање уставности закона или акта који има снагу закона Републике, уочено по службеној дужности или истакнуто од стране неке од странака током суђења, које судија не сматра очигледно неоснованим, упућује се Уставном суду." У чл. 23 Закона 87/1953 се наводи да питање уставности може да покрене и јавни тужилац из конкретног поступка, с тим да се уређује и шта поднесак странака или јавног тужиоца мора да садржи: одредбе у чију се уставност сумња и уставне одредбе за које се мисли да су прекршене. Питање уставности *in concreto* мора да буде релевантно за решавање датог случаја и не сме да буде очигледно неосновано, а судска пракса је изнедрила и додатни услов по којем редовни суд мора „доказати да је настојао да протумачи дати закон у складу с Уставом", што је знак „слабљења централизоване контроле уставности" (Bifulco, Paris 2020, 466–467). Кад редовни суд не може да протумачи спорну одредбу у складу с Уставом, доноси наредбу, наводи релевантне податке, налаже хитно достављање тог документа Уставном суду и обуставља поступак. Наредни чланови поменутог закона регулишу даљи поступак.

[495] О три случаја у којима мерило за оцену уставности није само Устав Италије, већ су то и друге одредбе које важе на основу тог акта (*norme interposte*), попут ЕКЉП, вид. Bifulco, Paris 2020, 464.

[496] Вигорити истиче да су врсте одлука које је Уставни суд Италије осмислио компромис између „делотворности одлука о утврђивању неуставности и одлука којима се утврђује да акт није противан уставу" –Vigoriti 1972, 405.

2021, 17).[497] Италијански Уставни суд је дао немерљив допринос „еволуцији италијанског правног система у правцу успостављања модерне уставне државе“ (Groppi, Spigno 2017, 516). У вези с тим је и важна одлика италијанског конституционализма – Устав Италије се „мења углавном неформално“: преко закона с уставном снагом, уставним конвенцијама и одлукама Уставног суда Италије“ и услед тог процеса је „живи устав у Италији концептуално веома удаљен од писаног устава“ (Groppi, Spigno 2017, 516, 518).

Дакле, Уставни суд Италије је „често излазио из оквира Устава, постајући један од актера његове тихе трансформације“ (Groppi, Spigno 2017, 517). Из палете одлука које доноси Уставни суд Италије у основи могу да се разликују две групе: одлуке којима Уставни суд утиче на редовне судове и одлуке којима Уставни суд утиче на законодавца (Groppi, Spigno 2017, 523). Њима се првенствено успоставља својеврстан дијалог између Уставног суда и редовних судова (интерпретативне пресуде) или између Уставног суда и законодавца (нпр. додавајуће одлуке),[498] док задирање контролора уставности у уставотворну функцију није толико изражено. Изузетак представља, примера ради, одлука 1146/1988 у којој је контролор уставности закључио да ни у случају промене Устава Италије неки принципи не могу да се поткопавају или мењају у својој суштини јер имају карактер „највреднијих норми“.[499]

С друге стране, задирање Уставног суда Италије у законодавну власт подразумева следеће: (1) доношење одлука којима се редукује нормативни садржај законских одредаба тако што се већ постојећим одлукама додаје нешто ново с циљем да оне буду уставне (нпр. одлука 222/2018);[500] (2) доношење одлука којима се супституише законодавац тј. одлука којима се не утврђује само неуставност, него се мења политички избор законодавца тако што се уместо једне политичке одлуке намеће друга која је, по оцени контролора уставности, у складу с италијанским Уставом (нпр. одлука 409/1989);[501] (3) доношење одлука о неуставности оспореног акта којима се утврђује да оне не делују *ex tunc* (ретроактивно) него *ex nunc* (проспективно), иако Устав и Уставни закон 87/1953 прописују

[497] О надлежностима односно функцијама италијанског Уставног суда вид. Dengler 2001, 368–370. Богдани и Парис говоре о „италијанском стилу“ истичући да је Уставни суд Италије као покер играч јер посматра потезе других играча (тј. законодавца), не истиче све карте одједном (тј. аргументе), него их само најављује и чека реакцију свог конкурента. Таквом стратегијом, могуће је да чак и играч са слабијим картама победи „ако игра њима вешто, као што је то учинио италијански уставни суд у случају Тарико“. Вид. Von Bogdandy, Paris 2019, 13–15.

[498] Барак истиче да између законодавца и судова постоји константан дијалог који почива на томе да „свака грана власти извршава своју уставну улогу“. Додаје да је задатак законодавца да доноси законе, а правосуђе их контролише тумачећи уставне одредбе и ако утврди неуставност онда тај закон *враћа законодавцу* (Barak 2006, 236). Ипак, додавајуће одлуке су пример кад уставни судови не извршавају своју уставну улогу враћањем неуставног закона законодавцу, него они сами исправљају уочену неуставност.

[499] Из тога произлази право Уставног суда Италије да оцењује уставност уставних амандмана „не само у погледу поштовања процедуралних правила, него и у погледу њиховог материјалног садржаја“ (Bifulco, Paris 2020, 462). Вид. одлуку 1146/1988 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1988&numero=1146&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 22. фебруара 2023.

[500] Вид. одлуку 222/2018 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2018&numero=222&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 22. фебруара 2023.

[501] Вид. одлуку 409/1989 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=409&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 25. фебруара 2023.

ретроактивно дејство одлука (нпр. одлука 10/2015);[502] (4) доношење одлука којима се ствара правни оквир за законодавно одлучивање парламента (нпр. одлука 497/1988).[503]

Сем тога, италијански контролор уставности доноси и тзв. опомињуће одлуке којима се у диспозитиву одбија захтев за оглашавање неуставности, али се истиче да мањкавост постоји и обавезује се законодавац да благовремено интервенише (нпр. одлука 212/1986)[504] јер ће у супротном да дође до поништавања неуставне одредбе (нпр. одлука 50/1989).[505]

Кад је реч о утицају Уставног суда Италије на редовне судове, то се манифестује на следеће начине: (1) доношењем тзв. интерпретативних пресуда одбијања којима се одбија захтева за оглашавање неуставним оспореног акта и даје се тумачење које је у складу с Уставом Италије (нпр. одлука 356/1996);[506] (2) доношењем интерпретативних пресуда прихватања којима се оглашава неуставним само одређено значење које се приписује законској одредби од стране редовних судова, а правни текст остаје неизмењен (нпр. одлука 78/2007).[507] О свим одлукама ће да буде понешто речено у делу о појавним облицима уставносудског активизма.[508] Спиньо истиче да је лепеза одлука које доноси италијански контролор уставности последица утицаја који има Уставни суд на правни систем као целину и друге гране власти[509] (Spigno 2018, 459, 462).

Из приказа одлука које манифестују интеракцију између контролора уставности и законодавца односно редовних судова произлази да је и Уставни суд Италије развио различите врсте одлука којима стреми да одржи законодавно и судско одлучивање у оквиру који дефинише Устав Италије.[510] Спиньо истиче да је италијански устав „повеља принципа“ који своје значење добијају „балансирањем у часу примене и/или тумачења (Spigno 2018, 458). Главну улогу у прецизирању уставних принципа имају управо уставни судови.

---

[502] Вид. одлуку 10/2015 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2015&numero=10&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 25. фебруара 2023.

[503] Вид. одлуку 497/1988 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1988&numero=497&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 2. марта 2023.

[504] Вид. одлуку 212/1986 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1986&numero=212&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 2. марта 2023.

[505] Вид. одлуку 50/1989 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=50&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[506] Вид. одлуку 356/1996 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1996&numero=356&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[507] Вид. одлуку 78/2007 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=78&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[508] Неки аутори истичу да се одлуке Уставног суда Италије могу категорисати у три групе, а то су: (1) одлуке које се своде на негативно законодавство, (2) одлуке којима се интервенише у законодавство без потребе да други органи предузимају додатне кораке (интерпретативне одлуке прихватања, додавајуће и супституишуће одлуке), и (3) одлуке којима контролор уставности врши козаконодавну функцију (кад поступак за оцену уставности стратешки покрећу противници законодавних реформи, а Уставни суд ступа у дијалог за парламентарном већином). Вид. Palazzo 2020б, 48–50.

[509] Денглер истиче да би Уставни суд Италије требало да се клони задирања у политичка питања која су у надлежности законодавца, али то је тежак задатак. Понекад се овај орган критикује због претераног активизма, а понекад и због премало активизма. Вид. Dengler 2001, 369.

[510] О томе колико одлука на годишњем нивоу доноси италијански контролор уставности, вид. Bifulco, Paris 2020, 461.

Уставни суд Италије суди на основу „каталога општих правила и принципа“, а с почетка је однос редовних судова према уставним одредбама био нешто друкчији. Наиме, првих година након доношења Устава Италије се правила разлика између уставних одредаба које су сматране предлозима за законодавца и оних која су и судови примењивали. Ипак, данас је то превазиђен приступ јер се сматра да свако уставно правило могу да примењују судови (La Torre, Pattaro, Taruffo 2016, 247). Штавише, све се више сматра да се уставне вредности не поимају само као „негативна ограничења“, него пре као „позитивни критеријуми“ за тумачење закона од стране редовних судова (La Torre, Pattaro, Taruffo 2016, 248), а коначну реч о уставним вредностима даје Уставни суд Италије (Spigno 2018, 479).

Одлучивање на основу идеје о заштити уставних вредности подразумева и коришћење ванправних аргумента у одлукама италијанског контролора уставности: аргумент заштите безбедности је уочљив у одлуци 15/1982 у којој се одлучивало о ванредним мерама с циљем заштите демократског поретка; аргумент заштите економских интереса државе (нпр. одлука 10/2015); аргумент моралних вредности у одлуци 440/1995 у којој се одлучивало о бласфемији итд. Кад је реч о правним аргументима који се наводе у образложењу одлука, италијански Уставни суд у одлуци 1/2013 констатује да је чисто језичко тумачење „увек примитиван метод тумачења, нарочито ако су предмет тумачења уставне одредбе“ (т. 10). Историјски аргумент је уочљив у одлуци 422/1995 у којој се одлучивало о заступљености жена на изборима, а логичко-систематски аргумент као „допуна основном значењу“ је наведен у одлуци 16/1978.

Стога, италијански Уставни суд често одлучују у активистичком маниру, па његове одлуке нису увек у складу с чл. 28 Закона 87/1953 којим се прописује да контрола уставности „искључује евалуације политичке природе и преиспитивање одлука донесених на основу дискреционих овлашћења парламента“. [511]

3.4.3. Европски суд за људска права

Европски суд за људска права (ЕСЉП)[512] представља правосудну институцију при Савету Европе чија је институционална улога оличена у заштити права и слобода које су гарантоване Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП и Конвенција).[513] Словом 32. члана ЕКЉП, надлежност ЕСЉП се протеже на све предмете (упућене на основу одговарајућих чланова Конвенције) у вези с тумачењем и применом

[511] Вид. одлуку 15/1982 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1982&numero=15&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023, одлуку 440/1995 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1995&numero=440&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023, одлуку 422/1995 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1995&numero=422&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023. и одлуку 16/1978 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1978&numero=16&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023.

[512] Овај суд није попут контролора уставности у органском смислу, али начин расуђивања ЕСЉП може да буде користан као компарација према уставносудском расуђивању. У оквиру Савета Европе, наизглед законодавни орган – Парламентарна скупштина Савета Европе није класични парламент, него је саветодавно тело које доноси препоруке. Такође, ни Савет Европе није држава него међународна организација.

[513] Она је настала као последица уверења да „највеће претње појединцима долазе од државе и њених органа“, а данас се права појединаца обично крше деловањем других појединаца. Вид. Florczak-Wątor 2017, 40–41. Улогу ЕСЉП у заштити права и слобода грађана од кршења од стране државе се сматра „каменом темељцем“ на којем почива Конвенција. Вид. Gerards 2017, 239.

ЕКЉП и њених протокола. И управо пракса овог органа која се односи на тумачење одредаба ЕКЉП и њених протокола је оно што квалификује ЕСЉП да добије место у овом раду, будући да је она у деценијама иза нас изнедрила бројне одлуке које заврeђују да се окарактеришу као продукт активистичког одлучивања. Неупитан је утицај ове институције на правне поретке европских држава у односу на које ствара „минималан ниво заштите основних права“ и има улогу у конституционализацији њихових поредака (Gerards 2017, 240).[514]

Штавише, ЕСЉП је „најактивнији судски заштитник људских права на свету“ (Stone Sweet 2012, 1860). ЕСЉП је у одлуци *Rantsev v. Cyprus and Russia* (т. 197)[515] констатовао да његове одлуке немају само домете у конкретним случајевима, него „уопштеније, оне служе за разјашњавање, заштиту и развој“ права и слобода која су загарантована ЕКЉП, што Стоун назива правотворачком функцијом овог органа (Stone Sweet 2012, 1861). Сем тога, ЕКЉП има посебно место у уставном систему Босне и Херцеговине и мноштво одлука Уставног суда Босне и Херцеговине реферише на судску праксу ЕСЉП. Одлуке овог контролора уставности ће да буду анализиране у трећем делу рада, али већ сада може да се наведе улога ЕКЉП у Бих. Словом члана II 2 Устава БиХ, права и слободе која се гарантују ЕКЉП и њеним протоколима „директно се примењују у БиХ“ и имају „приоритет над свим другим законима“. Дакле, правна снага ЕКЉП у БиХ је изнад закона, али не и изнад Устава.

Иако се понекад ЕСЉП назива уставним судом Европе (Alkema 2000, 41–63), ипак његове одлуке треба да утичу на државе једино снагом ауторитета ове институције.[516] Другим речима, док уставни судови доносе одлуке које обавезују како услед ауторитета уставног суда, тако и услед формално обавезујућег дејства, дотле су одлуке ЕСЉП декларaторног карактера тј. одредбе националног права које су противне ЕКЉП не могу њима да се укину. Иако оне имају *inter partes* дејство тј. обавезујуће су само за странке које се споре, „прихваћено је да тумачења Суда имају дејство *res interpretata* тј. 'дејство протумачене ствари' (*force of interpretation*)“ (Gerards 2017, 247–248). Сличност ЕСЉП и уставних судова постоји утолико што се одлуке и једних и других доносе на основу широко формулисаних одредаба, као што су владавина права, демократија, људско достојанство итд.[517]

Као што ЕСЉП одлучује о повреди конвенцијских права и слобода, тако уставни судови одлучују о повреди уставом загарантованих права и слобода. Узимајући у обзир сличност права која се гарантују и ЕКЉП и уставима држава, јасно је да одлуке ЕКЉП у вези

---

[514] О конституционализацији и ЕСЉП вид. Greer, Wildhaber 2013, 655–687. О европеизацији и (вишеслојној) конституционализацији уставног судовања као процесу којем се не назире крај вид. Bifulco, Paris 2020, 490, 504.

[515] Вид. одлуку *Rantsev v. Cyprus and Russia* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549*, последњи приступ 15. марта 2023.

[516] Стоун Свит истиче да ЕСЉП „нема овлашћење да поништи норму из домаћег права која је противна Конвенцији“ што значи да он „не врши директну власт у односу на националне правне поретке“ (Stone Sweet 2012, 1860).

[517] Херардс истиче да ЕСЉП не прави јасну разлику између појмова „владавина права“, „демократија“ и „плурализам“. Вид. Gerards 2017, 270. Ослањање на принцип демократије „само проширује интерпретативно дискрециono право“ суда (Hailbronner, Martini 2017, 384). Неки аутори истичу да европски наднационални судови, ЕСЉП и Суд правде Европске уније, у државама у којима су уставни судови слаби, преузимају улогу уставних судова и чувају „европске стандарде развијене на основу уставних стандарда држава чланица“, али и доприносе хармонизацији европских стандарда у погледу заштите људских права и слобода. Вид. Florczak-Wątor, 2020, 4–5.

са садржајем и досегом појединих људских права могу да имају и уистину имају велики значај за уставносудско одлучивање. То *a foritiori* важи за уставно судовање у БиХ у којој је највиши правни акт после Устава управо ЕКЉП, а самим тим и ауторитативна тумачења ЕСЉП имају прворазредни значај.

Одлуке ЕСЉП почивају на тражењу склада између два начела, а то су поље слободе процене наднационалних органа (*margin of appreciation*)[518] и доктрина о ЕКЉП као живом инструменту (*living instrument*).[519] *Prima facie*, прво начело захтева уздржавање овог органа, а друго начело налаже активизам ЕСЉП. Начело поштовања поља слободне процене националних органа подразумева да ЕСЉП овим органима пружа прилику да одаберу начин на који ће да изврше обавезе из ЕКЉП, а то поље може да варира. Другим речима, националним органима се кроз одлуке ЕСЉП даје оквир за нормативну делатност.[520] Слично поступају и уставни судови у европским државама тј. њихово одлучивање је каткад само импулс за законодавца да сам одлучи о спорним питањима. Али иако се прокламује поље слободне процене, не може да се пренебрегне да одлуке ЕСЉП, као и одлуке уставних судова, нису необавезујућа препорука, него су обавезујући оквир који се установљава на основу ауторитативног тумачења аката које штите ЕСЉП односно уставни судови.

Херардс добро примећује оно што важи и за одлуке ЕСЉП, али и за многе одлуке уставних судова, а то је да се поље слободне процене „полако развило у реторичку формулу" којом се исказује да се „оставља одређено време државама" (Gerards 2017, 257) односно парламенту у случају одлука уставног суда, да одлуче у складу с оним што (не)формално наређује ЕСЉП односно уставни суд. ЕСЉП не поима ЕКЉП као акт чије су одредбе постојаног значења, него је она за овај суд „живи инструмент" што значи да се права и слободе гарантоване Конвенцијом тумаче у светлу садашњих услова.[521] Летсас, узимајући у обзир праксу ЕСЉП, истиче да „стразбуршка интерпретативна етика" почива на одбацивању текстуализма и интенционализма као метода тумачења ЕКЉП, тј. она је антитекстуалистичка и антиоригиналистичка (Letsas 2013, 122–123), а неки аутори истичу да је систем који ЕКЉП успоставља, а ЕСЉП надограђује, „специфичан подсистем међународног права" (Wojtyczek 2020, 241).[522]

У одлуци *Tyrer v. The United Kingdom*[523] је ЕСЉП први пут формулисао учење о Конвенцији као живом инструменту чиме је ова одлука постала нормативни ембрион те идеје.[524] Идеја о Конвенцији као живом инструменту је довела до тога да опсег бројних

---

[518] Првобитно је оно било неформално начело прокламовано у одлукама ЕСЉП, али је од 2013. године (Протоколом 15 уз ЕКЉП) записано у преамбули ЕКЉП као једно од начела на којем почива овај акт.

[519] Пракса ЕСЉП има прворазредни значај јер је „једноставно немогуће разумети Конвенцију проучавањем њених одредба у светлу Бечке конвенције о уговорном праву". Вид. Wojtyczek 2020, 241.

[520] То се правда чињеницом да домаћи органи боље познају околности у којима одлука треба да се примењује и имају боља средстава за постизање циљева којима се одлукама тежи. Вид. о томе и Gerards 2017, 257.

[521] Вид. о томе Mowbray 2005, 60–71.

[522] „Нема сумње да је ЕСЉП успоставио бројне принципе који надилазе слово ЕКЉП." – Wojtyczek 2020, 233.

[523] Вид. одлуку *Tyrer v. The United Kingdom* на: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57587*, последњи приступ 15. марта 2023.

[524] Летсас истиче три одлике доктрине о ЕКЉП као живом инструменту: разматрање постојећих стандарда; ти стандарди су заједнички или дељени међу државама уговорницама; мишљење државе из које

права која су загарантована Конвенцијом у судској пракси ЕСЉП буде проширен (Florczak-Wątor 2017, 43).[525] Дакле, одређена права која ЕСЉП изводи из ЕКЉП нису својевремено инкорпорисана у текст ЕКЉП, али то што се одређено право не гарантује словом Конвенције не значи да не треба да ужива правну заштиту. То је пандан оном што ћемо у одељку о појавним облицима уставносудског активизма да именујемо као стварање новог уставног субјективног права. Штавише, циљ Конвенције је да се обезбеди делотворна примена људских права и слобода,[526] а то се постиже и тако што се постојећи корпус права обогаћује новим правима услед поимања Конвенције као живог инструмента.

Идући ка откривању *постојећег* садржаја права и слобода које су загарантоване, ЕСЉП примењује принцип консензуса тј. заједничког тумачења које влада у државама уговорницама.[527] Речју, уколико постоји „европски" консензус у вези са значењем појмова из ЕКЉП, онда ће управо то значење да им буде приписано. То наликује упоредноправном аргументу с тим да се трага за општеприхваћеним решењем.

У одлуци *Bayatyan v. Armenia*,[528] ЕСЉП наводи да се Конвенција мора тумачити у светлу данашњих услова и идеја које су тренутно преовлађујуће у демократским државама, док се у одлуци *Stanford v. The United Kingdom*[529] наводи да је кључно да се Конвенција тумачи и примењује тако да права која гарантује буду „стварна и делотворна, а не теоријска и илузорна". Штавише, у обе одлуке се констатује да би постојао неуспех у случају да се Конвенција не схвата као живи инструмент јер би се тиме створила препрека реформама и побољшањима.

То што права морају да буде стварна и делотворна значи да се не тумачи само „конкретан циљ појединих одредаба" као код „класичног циљног тумачења", него се трага за „општим циљевима и принципима Конвенције" што је мета-циљно тумачење (Gerards 2017, 256).[530] Пример живог тумачења одредаба Конвенције би било тумачење члана 4

потиче подносилац представке о томе који је стандард прихватљив нема одлучујућу важност. Вид. Letsas 2013, 108–109.

[525] Летсас има супротан став, тврдећи да ЕСЉП не проширује опсег права, него открива шта је одувек требало да штите односна људска права. Вид. Letsas 2013, 125. Александру истиче да међународни судови доприносе развоју права тако што прецизирају или мењају обим или садржај правних норми из чега произлази да је развој норме континуиран процес. Вид. Alexandru 2021, 20.

[526] ЕСЉП је у одлуци *Soering v. The United Kingdom* заузео став да приликом тумачења ЕКЉП „мора да се има у виду њен посебан карактер уговора за колективно спровођење људских права и слобода". Притом, тумачење загарантованих права мора да буде с „општим духом Конвенције" која је осмишљена да „одржи и промовише идеале и вредности демократског друштва" (т. 87). Одлука је доступна на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619*, последњи приступ 15. марта 2023.

[527] Уместо принципа консензуса се некад примењује аутономно значење тј. одређеним појмовима се приписује значење у контексту Конвенције, независно од значења које влада у појединим државама уговорницама. Вид. одлуку *Chassagnou and Others v. France*, доступна на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58288 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58288*, последњи приступ 10. фебруара 2022. О аутономном значењу вид. и Lestas 2013, 113.

[528] Вид. одлуку *Bayatyan v. Armenia* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611*, последњи приступ 15. марта 2023.

[529] Вид. одлуку *Stanford v. The United Kingdom* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60486*, последњи приступ 15. марта 2023.

[530] Језички аргумент немају већи значај за одлуке ЕСЉП јер су такорећи све одредбе ЕКЉП неодређене. Један изузетак је случај *Pretty v. the United Kingdom* у којем ЕСЉП није прихватио да право на живот из чл. 2 ЕКЉП укључује и право на смрт. Ту суд наводи да се члан 2 не може „без изопачења језика" протумачити тако

ЕКЉП којим се забрањује ропство и принудни рад. У одлуци *Rantsev v. Cyprus and Russia* се одлучивало о томе да ли трговина људима може да се подведе под члан 4 ЕКЉП. Утврђено је да дата одредба обухвата и забрану трговине људима и то тако што је *проширен опсег* члана 4 позивањем на живи карактер Конвенције (то би био пандан додавајућим одлукама уставних судова).[531] ЕСЉП је утврдио да постоји потреба да се одлучно дела при утврђивању повреда основних вредности демократског друштва јер се подижу стандарди заштите права и слобода. У прилог том ставу, ЕСЉП наводи да је у последњим годинама трговина људима значајно порасла и да други међународни акти представљају нормативну реакцију на ту појаву.

У таквим околностима, ЕСЉП је утврдио да је оправдано да се члан 4 ЕКЉП тумачи тако да обухвати и трговину људима. Притом, наведени су и неки критеријуми за оцену постојања „савремених облика ропства", као што су (не)постојање контроле слободног кретања, елемената психичке контроле, мера спречавања кретања итд. Такође, ЕСЉП сматра да је трговина људима утемељена на експлоатацији као циљу и да се људи третирају као роба тј. предмет својине. Будући да трговина људима представља претњу људском достојанству, неспојива је с демократским друштвом и вредностима које су наглашене у ЕКЉП.

Такође, 2009. године је донесена одлука у предмету *Сејдић и Финици против БиХ*[532] у којој је констатовано да су припадници осталих (они који нису Срби, Хрвати или Бошњаци) дискриминисани јер не могу да се кандидују за Дом народа и Председништво БиХ, а ЕСЉП истиче да су уставне одредбе које регулишу ко може да буде члан тих тела донесене у доба кад је дошло до „крхког помирења", услед чега је било „неопходно да се пристане на конститутивне народе" (т. 45), а затим се ЕСЉП упустио у анализу потоњих година. Из одлуке ЕСЉП произлази аргументација да су се околности у БиХ у време доношења одлуке стабилизовале истичући „позитиван развој" и изгледне „припреме за престанак међународне управе" (т. 47),[533] те наводећи акте које је ратификовала БиХ чиме је преузела обавезе да поштује релевантне међународне стандарде (т. 49). Речју, ЕСЉП имплицитно признаје да би о истом предмету нпр. десет година раније донео потпуно друкчију одлуку.

Када је реч о потреби да права која се гарантују грађанима треба да буду стварна и делотворна, а не само теоријска и илузорна, суштина тог расуђивања је видљива у одлуци *Artico v. Italy*.[534] Подносилац представке је тражио бесплатну правну помоћ како би могао да уложи жалбу на донесену одлуку. Касациони суд Италије му је доделио браниоца који је

да „даје супротно право, односно право на смрт", нити се из језичке формулације може извести „право на самоопредељење у смислу права појединца да изабере смрт уместо живота" (т. 39). Вид. одлуку *Pretty v. the United Kingdom* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448*, последњи приступ 15. марта 2023.

[531] Александру истиче да судски активизам ЕСЉП и Европског суда правде представљају „квазистварање" којим се развија постојеће европско право и то кроз „стварање нових принципа или проширење обима одређених норми", док судски пасивизам за њу значи да судови остају пасивни у случајевима у којима би требало да реагују (Alexandru 2021, 23–24).

[532] Вид. одлуку *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине* на: *https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-96495*, последњи приступ 15. марта 2023.

[533] У овој процени ЕСЉП је погрешио будући да ни до 2023. године није дошло до престанка постојања Канцеларије високог представника.

[534] Вид. одлуку *Artico v. Italy* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424*, последњи приступ 16. марта 2023.

требало да му помогне у заштити његових права, али од тог браниоца није добио никакву помоћ, будући да се овај позивао на то да је болестан и оптерећен другим обавезама. У таквој ситуацији се подносилац представке обратио суду у више наврата, са захтевом да му се одреди други бранилац, али његовим захтевима није удовољено. Кад је случај доспео пред ЕСЉП, италијанска влада је тврдила да је она испунила обавезе из ЕКЉП тиме што је подносиоцу представке доделила браниоца. Ипак, ЕСЉП је утврдио да је повређено право апеланта на поштено суђење (чл. 6 ЕКЉП), будући да циљ ЕКЉП није да гарантује права која су теоријска и илузорна, него она треба да буду стварна и делотворна.

Право на одбрану, по мишљењу ЕСЉП, заузима истакнуто место у демократским друштвима и чл. 6 говори о „помоћи", а не о „именовању". Câмо именовање је недовољно будући да не обезбеђује ефикасну правну помоћ јер именовани бранилац из субјективних или објективних разлога можда не обавља своју дужност. Оно што је у овом случају спорно је нереаговање италијанске владе која је упозната с пасивношћу именованог браниоца и самим тим је морала да реагује и омогући апеланту да уистину ужива своје право, тако што би га заменила или приволела да извршава своје дужности.

Пракса ЕСЉП познаје и случајеве у којима је утврђена повреда одређеног конвенцијског права не услед делања власти, него услед тога што национално право не прописује одређено решење (правна празнина). Пример би био случај *X and Y v. Netherlands* у којем је утврђена потврда члана 8 ЕКЉП (право на поштовање приватног и породичног живота).[535] У том случају је утврђена повреда приватног живота ментално болесне Y која је била жртва злостављања, али јој Низоземска није пружила правну заштиту јер се важећим правом те државе захтевало да оштећено лице поднесе формалну жалбу. Због менталних проблема, оштећена није то могла да учини, па је утврђено да је њено право повређено будући да је правна празнина у кривичном систему (која се односи на посебност менталног стања жртве) узроковала да националне власти нису ефикасно заштитиле „рањив положај" одређених лица. Дакле, држава је повредила право јер је пропустила да изврши своју позитивну обавезу.[536]

Даље, ЕСЉП је из текста Конвенције *извео нова субјективна права*, о чему сведочи одлука *Golder v. The United Kingdom*,[537] у којој је из права на поштено суђење изведено право на приступ суду. ЕСЉП наводи да право на приступ суду није изричито гарантовано у члану 6 ЕКЉП, али да сва права која јесу тим чланом гарантована произлазе *из исте основне идеје*.

---

[535] Вид. одлуку *X and Y v. Netherlands* на: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57603*, последњи приступ 16. марта 2023. О одлуци вид. и Mowbray 2005, 75.

[536] Штавише, Моубреј истиче да је суштина принципа стварне и делотворне заштите став да држава не испуњава своје обавезе из ЕКЉП тиме што остаје напросто пасивна. Вид. Mowbray 2005, 78. Позивајући се на позитивне обавезе државе, ЕСЉП утврђује да су државне власти дужне да интервенишу у хоризонталне односе између приватних лица с циљем заштите слабије стране. Вертикални односи подразумевају да права појединаца крши држава, док хоризонтална повреда постоји кад је чине лица која нису повезана с државом. Међутим, пошто ЕКЉП обавезује само државе, онда је једина могућност да се држава огласи одговорном за неиспуњење позитивне обавезе. Вид. о томе. Florczak-Wątor 2017, 39–40, 43–44.

[537] Вид. одлуку *Golder v. The United Kingdom* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496*, последњи приступ 16. марта 2023. У т. 34 те одлуке се наводи да је преамбула врло корисна за утврђивање предмета и сврхе акта који се тумачи. Стога, за ЕСЉП је преамбула помоћно средство приликом тумачења, али нема нормативну снагу као таква, него је увертира у нормативни део и инструмент за разумевање нормативног дела неког правног акта. О томе ће још бити речи у трећем делу у одељку који се тиче судског активизма Уставног суда БиХ.

Суд је анализирао и преамбулу ЕКЉП и закључио да владавина права представља начело које говори у прилог томе да се право на поштено суђење (чл. 6 ЕКЉП) не односи само на радње које се предузимају након што је покренут поступак. Тим чланом се подразумева и право да се приступи суду јер гаранције побројане у члану 6 ЕКЉП (јавност расправе, суђење у разумном року, јавност изрицања пресуде итд.) могу да се остваре једино уколико се грађанима омогући да приступе суду. Из тога ЕСЉП изводи закључак да је члан 6 ЕКЉП у ствари оличење „права на суд" (*right to a court*) чији је један од аспеката право на покретање поступка пред судом (поред гаранција у вези с организацијом суда, саставом суда и вођењем поступка).

Такође, пракса ЕСЉП је признала нека права која творци Конвенције нису могли да заштите (нпр. право гласа на изборима за Европски парламент), али и нека која нису намеравали да заштите. У одлуци *Matthews v. The United Kingdom*[538] је утврђено кршење члана 3 Протокола бр. 1 ЕКЉП јер се становницима Гибралтара ускраћује могућност да учествују у изборима за Европски парламент. Ако је у односу на људска права ЕСЉП *counter-majoritarian*, онда „нема смисла да се обим и значење тих права условљавају оним што је мишљење већине", будући да су погледи већине супротстављени мањини која не може да измени законодавство (Letsas 2013, 123). Из тога Летсас изводи идеју о „моралном читању" ЕКЉП према којој ЕСЉП занемарује општеприхваћена тумачења[539] и установљава противтежу мишљењу већине с циљем да пружи ефикасну правну заштиту појединцима. На основу тога, државе потписнице су пренеле ЕСЉП надлежност да заштити људска права која појединци уистину имају, а не она за које националне власти мисле да они имају (Letsas 2013, 124).

3.5. Уставносудски активизам

Текст устава „није глина у рукама тумача" коју он може да „обликује како сматра да треба", а није ни проста метафора или необавезујућа препорука (Barak 2005, 374). Али неке уставносудске одлуке бацају сумњу на овакав став. У овом делу рада бавићемо се оним што је у фокусу нашег интересовања у другом делу, а то је питање појавних облика уставносудског активизма. Концептуално смо одредили уставносудски активизам, дајући стипулативну дефиницију и анализирајући типична својства овог концепта. Ти увиди ће у овом делу рада да буду примењени на уставносудско одлучивање, с циљем да се утврди на које све то начине уставни судови постају ствараоци права и у чије то надлежности задиру.

Анализа би требало да докаже да уставни суд каткад одлучује као да је уставотворац и законодавац, приписује себи надлежности које му устав не даје, а осим тога постоје и модалитети уставносудског одлучивања који наликују активизму (нпр. тест пропорционалности), па ћемо и о њима да изнесемо одређене напомене. *Уставотворни активизам уставног суда* јавља се као извођење нових уставних принципа из уставног текста, стварање нових уставних субјективних права и контрола сагласности уставних одредаба с уставним принципима.[540] С друге стране, *позитивно законодавство уставног*

[538] Вид. одлуку *Matthews v. The United Kingdom* на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58910*, последњи приступ 15. марта 2023.

[539] О интерпретативним аргументима у пракси ЕСЉП вид. Wojtyczek 2020, 235–236.

[540] Бланко де Мораис сматра да се активистичко одлучивање уставног суда којим се задире у послове уставотворца манифестује на неки од пет начина (Blanco de Morais 2020, 124):

суда, по нашој оцени, обухвата следеће модалитете одлучивања: давање тумачења које је у складу с уставом, промену нормативног садржаја законске одредбе (нпр. кроз проширење круга лица на која се она односи или кроз оглашавање неуставности дела одредбе), стварање правног оквира за доношење закона од стране парламента, супституисање законодавства, доношење привременог законодавства и манипулисање временским дејством одлука.[541]

Анализа одлука у наредним одељцима би требало да покаже и то да уставно судовање подразумева толико различитих модалитета одлучивања да је неосновано тврдити да уставни судови, заједно с редовним судовима, чине исту функцију државне власти. Другим речима, сматрамо да је уставни суд засебна функција државне власти која је далеко од редовног суда, али није истоветна ни законодавцу или уставотворцу. Неке уставносудске дају добре разлоге за тврдњу да он није ни редовни суд ни уставотворац ни законодавац, него је он у некој мери све од наведеног, зависно од тога како расуђује.

---

(1) уставни суд проширује дејство постојећих уставних одредаба (нпр. одлука Савезног уставног суда Немачке BVerfGE 7, 198 којом је проширено дејство основних права и на односе између грађана, што је супротно изричитој уставној одредби која гласи: „Основна права, описана у наставку, директно се примењују и обавезују законодавну, извршну и судску власт“ (чл. 1 Основног закона Немачке); (2) стварање права преко попуњавања правних празнина (нпр. одлука италијанског Уставног суда која се тицала контроле усаглашености државних и регионалних аката с правом Европске уније. Чланом 11 Устава Италије се прописује да Италија, под условом да је равноправна с другим државама, признаје неопходна ограничења суверенитета како би се осигурали мир и правда међу народима, те даје предност међународним организацијама које имају за циљ очување мира. Италијански Уставни суд је закључио да редовни судови не смеју примењивати обичне законе противне обавезама које произлазе из права Европске уније. Вид. одлуку 170/1984, доступна на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1984&numero=170&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. марта 2023); (3) додавање потпуно новог уставног правила које не произлази ни из уставног текста ни из аналогије, широког тумачење или конкретизације стандарда или принципа (пример је одлука Уставног суда Португала којом је оглашен неуставним закон јер неједнако третира лица која добијају плате из буџета у односу на лица која добијају плату из приватног сектора, а у њој је било спорно то што је одложено дејство одлуке о неуставности која према Уставу делује ретроактивно. Словом Устава Португала (чл. 282, ст. 4), Уставни суд може да ограничи обим ефекта неуставности или незаконитости, кад је то потребно зарад правне сигурности, правичности или изузетно важног јавног интереса. По правилу, кад се утврди неуставност/незаконитост акта, та одлука ступа на снагу од часа таквог проглашења, а правило које је важило пре неуставног правила враћа се на правну снагу. Суд је утврдио да је укидање накнаде за Божић и регреса неуставно, али у часу кад је одлука донесена, буџет је већ увелико био у примени. Да је португалски контролор уставности укинуо неуставан закон и применио одредбу која се иначе примењује у погледу дејства одлуке, држава би морала да надокнади средства радницима из јавног сектора. Финансијске мере штедње су донесеном одлуком подржане. Одлука Acórdão No. 353/2012, доступна је на: *https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html*, последњи приступ 16. марта 2023. Вид. о одлуци Fasone 2014, 1–51; (4) политичко расуђивање чак и кад закон не противречи уставу (пример је одлука *Roe v. Wade* у којој је декриминализован абортус); (5) непоштовање техника тумачења устава (Мораис наводи пример одлуке бразилског контролора уставности која је супротна изричитој дефиницији брака из Устава Бразила).

[541] По оцени неких аутора, уставносудски активизам односно „правно неутемељени прелазак с креативног тумачења ка законодавству у материјалном смислу“ може да има различите форме у којима уставни суд одлучује као позитивни законодавац: (1) замена једне формулације другом поводом питања које захтева вредносно-политичке изборе, уместо да то препусти законодавцу (нпр. одлука о неуставности заклетве у којој се помиње Бог јер је то противно начелу одвојености цркве од државе); (2) укидање норме и стварање нове норме на основу неодређених принципа; и (3) попуњавање празнина позивањем на начело равноправности (Blanco de Morais 2020, 123).

3.5.1. Уставни суд као уставотворац

Кад се садржај уставних норми мења „под изговором интерпретативне делатности“, при чему се занемарује уставом утврђени поступак промене устава, реч је или о „злоупотреби овлашћења“ или о „узурпацији овлашћења“ (Blanco de Morais 2020, 111). Одлуке које ће да буду анализиране у овом одељку би требало да покажу основаност те тврдње, а реформисање важећег права под изговором интерпретативне делатности добро описује и оно што је суштина судског активизма као таквог. Стоун Свит говори о државном удару судија (*juridical coup d'état*), мислећи на „коренито[542] мењање нормативних основа правног система путем судског стварања уставног права“ (Stone Sweet 2017, 918).[543]

3.5.1.1. Извођење нових уставних принципа из устава

Уставносудски активизам може да поприми облик извођења нових уставних принципа из принципа који су већ записани у уставни текст. Дакле, оно што је дотад било питање тумачења уставног текста се одлуком контролора уставности постулира као правна обавеза која има општеобавезујуће дејство у односу на остале државне органе, нарочито законодавца (при доношењу закона) и редовне судове (при расуђивању у конкретним случајевима).

Примера ради, то је случај у Аустрији у којој контролор уставности постојеће уставне принципе „попуњава специфичним садржајем“ (Lachmayer 2011, 258) и из њих изводи нове уставне принципе. У прва два члана аустријског Савезног уставног закона[544] прокламују се три принципа на којима почива уставно уређење ове државе: принцип демократије, принцип републиканског облика владавине и принцип федерализма. Придајући им велики значај у тумачењу устава, Гампер наводи да и други принципи могу да се изведу из њих, као што су владавина права, подела власти и поштовање основних права, па сви они заједно чине „уставно језгро“ (Gamper 2008, 96).

---

[542] Коренито мењање подразумева следеће: (1) разумно се може тврдити да исход до којег се долази одлуком суда, уставотворац не би прихватио да се о њему расправљало, (2) одлуком суда се мења начин на који правни систем функционише, што уставотворац очигледно није намеравао, (3) новостворено правно стање не може да се изведе из ранијег институционалног аранжмана и њим крши се подела функција државне власти, (4) устав се мења судском одлуком. Неке од ових карактеристика су прилично неодређене, што признаје и Стоун Свит, али истиче да је његова анализа емпиријска и не захтева нормативне ставове. Вид. о томе Stone Sweet 2007, 916–917, 926–927.

[543] Под нормативним основима правног система он разуме више право (*precept of a system's higher law*), с тим да није реч о синониму за Келзенову пранорму или Хартово правио признања, мада државни удар путем судских одлука мења обоје. Вид. Stone Sweet 2007, 915–916. Стоун Свит наводи три примера судског државног удара којима је „радикално проширен круг судских овлашћења“ и изазване су „системске промене односно постреволуција“: одлуку Савезног уставног суда Немачке да су судови дужни да обезбеде усаглашеност сваке одредбе приватног права с уставним вредностима (принципима); одлуку Европског суда правде по којој право Европске заједнице има директно дејство и примат у односу на домаће право; одлуку Уставног савета Француске да је део Устава Француске и Повеља о правима, иако је то уставотворац изричито одбио. Вид. Stone Sweet 2007, 918–919.

[544] Аустрија нема кодификован устав него више аката уставног карактера. Ипак, међу тим уставним актима кључно место има Савезни уставни закон (*Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG*). Остали акти уставног карактера се зову савезни уставни закони (*Bundesverfassungsgesetze*) а поједине уставне одредбе су садржане и у законима и називају се уставним одредбама (*Verfassungsbestimmung*).

Уколико се из постојећих принципа изводе нови принципи, онда мора да се води рачуна о томе да ли у уставном тексту постоји неки појавни облик принципа који се изводи из постојећег принципа.[545] Примера ради, узмимо да се уставом прокламује да је држава заснована на владавини права. Уколико судија сматра да би из тог принципа требало извести и нови уставни принцип – нпр. право на правни лек, потребно је да се истражи уставни текст и утврди се да ли је такво право у било ком делу устава бар имплицитно прокламовано. Уколико се у неком члану устава наводи да у држави постоје основни, окружни и врховни суд(ови), те ако се наводи да се неко сматра кривим само ако се то утврди правноснажном пресудом, онда може да се каже да постоји доказ у уставном тексту да је уставотворац придавао важно место праву на правни лек, иако оно није изричито формулисано.

Врло често се уставносудско укидање/поништавање закона бројних уставних судова темељи на одредби којом се прокламује да она почива на владавини права. Другим речима, принцип владавине права у уставносудском тумачењу представља врело из којег се изводе нови принципи, што је у Аустрији нарочито уочљиво, иако се принцип владавине права не прокламује у аустријским уставним актима. У питању је један од правно-политичких концепата који су по свом обиму најшири, а највећи допринос њиховом разумевању је дала доктрина. То је показатељ значаја доктрине у разумевању суштински спорних концепата и свакако да би био легитиман аргумент при расветљавању значења овог појма да се уставни суд позове на доктринарно општеприхваћене елементе овог појма, али одлука не може да почива *само* на доктринарним ставовима, него би требало да се у уставном тексту пронађе „доказ“ да је односни принцип уставотворац инкорпорисао у устав.

Уставни суд Аустрије је из принципа владавине права извео нове принципе разумљивости правних аката[546] и пружања ефикасне правне заштите,[547] из права на једнакост је извео принцип разумности односно објективности (*Allgemeines Sachlichkeitsgebot*) и заштите легитимних очекивања,[548] а у једној одлуци је огласио неуставним одредбе Закона о уласку, боравку и насељавању странаца јер не испуњавају услов јасности.[549] Овај модалитет уставносудског активизма тиче се првенствено квалитета

---

[545] Тумачењем устава „не може да се ствара нови уставни текст“ (Barak 2005, 375).

[546] Овим принципом се адресатима „пружа прилика да се понашају у складу с нормом“, па одредба која би се могла разумети само уз правне квалификације не би испуњавала овај захтев. Вид. одлуку на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10099371_90G00081_00/JFT_10099371_90G00081_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[547] У одлукама VfSlg 2455/1952 (*https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19521216_52G00017_00/JFT_19521216_52G00017_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023) и VfSlg 16.327/2001 (*https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988989_00G00012_00/JFT_09988989_00G00012_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023), Уставни суд Аустрије је створио принцип ефикасне правне заштите истичући да начело владавине права захтева да „сви акти државних органа буду засновани на закону, а посредно и у крајњој линији и на уставу, као и да постоје ефикасни механизми правне заштите“. Такође вид. одлуку VfSlg 11.196/1986 на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10138789_86G00119_00/JFT_10138789_86G00119_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023. О тој одлуци вид. и Eberhard, Lachmayer 2010, 5–6.

[548] Вид. одлуку VfSlg 5318/1966 на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19660630_66G00006_00/JFT_19660630_66G00006_00.pdf*, последњи приступ 20. марта 2023.

[549] У конкретном случају контролор уставности наглашава да читањем оспореног акта остаје нејасно шта су конкретне обавезе транспортних компанија. Вид. одлуку на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988999_01G00224_00/JFT_09988999_01G00224_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

који треба да испуњавају правни акти, док је следећи одељак посвећен уставносудском стварању уставних принципа који се односе на људска права и слободе.

Пре него што пређемо на анализу наредног модалитета уставносудског активизма, поставља се питање: која типична својства судског активизма се јављају кад се из постојећих принципа изводе нови принципи? Уколико се има на уму да да оваквим одлукама контролор уставности суштински дописује устав, није спорно да је тиме излази из своје институционалне улоге и задире у надлежност уставотворца, услед чега се начело поделе власти релативизује. Да би уставни суд извео нови принцип, нужно се упушта у политичко расуђивање, мада се то чини на бази већ постојећег, широко формулисаног принципа (нпр. владавине права). Али садржај тог, суштински спорног, појма није прецизно детерминисан, па уставни суд односној одредби приписује значење на основу представе о томе шта би *требало да се уставом прописује*.

Да би се објаснило зашто „владавина права" подразумева да су правни акти разумљиви, судија би требало да се позове на *правне* аргументе. И ту се долази до зачараног круга у којем може једино да се позове на уставни текст „држава А је заснована на владавини права" или евентуално доктринарне погледе о владавини права. Иако то јесу правни разлози, оне не могу да детерминишу исход тј. не могу да оправдају то што уставни суд даје *правну* форму неком принципи. Иако је неупитна легитимност циља којем контролор уставности утврђујући да је уставна обавеза надлежних правотвораца да доносе разумљиве акте, исход до којег се долази у овом модалитету уставносудског активизма не може да се оправда само правним разлозима.

Кад уставни суд изведе нови принцип из постојећег текста устава, није реч о обичној прокламацији него суштински новој правној норми која у будућности постаје мерило за оцену уставности будућих аката. Управо расуђивање аустријског контролора уставности то доказује, будући да се у уставним актима те државе ни на једном месту не прокламује начело владавине права, а управо је оно неретко мерило за оцену уставности оспорених аката и основ за извођење нових принципа. Тиме се трасира пут будућим подносиоцима захтева за оцену уставности да се не позивају на кршење уставног текста, него на кршење принципа које је уставни суд креирао.

3.5.1.2. Стварање новог уставног субјективног права

Уставни суд је постао „централно место на којем се могу тражити нова субјективна права" што почива на идеји да се „основна права грађана не могу оставити без чувара" (Vasino 2021, 8). Ипак, чување уставом загарантованих права не укључује *eo ipso* и овлашћење да се поред тих права и из тих права, уставносудским расуђивањем стварају нова уставна субјективна права. Али уставносудска пракса неретко показује да контролори уставности не презају од надограђивања корпуса уставних субјективних права која се гарантују.

Проширивање тог корпуса није *само по себи* спорно, штавише, уставни суд на тај начин неминовно доприноси ограничавању државне власти односно конституционализацији, али је спорно питање *надлежности* тј. који орган има основ да дописује устав новим људским правима. Знајући да устав прописује алокацију државних послова међу различитим државним органима, не може да се пренебрегне да није задатак уставног суда да надограђује постојећи оквир загарантованих права, него је то задатак уставотворца. Стога, легитиман је циљ којем уставни судови овим појавним обликом

уставносудског активизма теже и он је допринос јачању конституционализације, али једновремено је и доказ задирања контролора уставности у послове уставотворца.

Савезни уставни суд Немачке је у својој пракси стварао нова уставна субјективна права, као што је случај с правом на гарантовање поверљивости и интегритета у системима информационих технологија. У овом случају је ново уставно субјективно право изведено из уставом гарантованих права на људско достојанство и личну слободу (чл. 1 и 2 Основног закона).[550] Немачки контролор уставности је констатовао да је допуштено тајно приступање туђем систему информационих технологија само ако постоје стварне индиције конкретне опасности по изузетно важан правни интерес и то на основу наредбе суда, дакле, новонастало прво није апсолутно.

Развој информационих технологија довео до тога да су оне свеприсутне у животу грађана, а пошто се у бројним уређајима налазе лични и пословни подаци, они су врло значајни за развој личности.[551] Нужно је, сматра контролор уставности, да се пружи заштита од „нових врста опасности" која су последица „научног и техничког напретка и промењених услова живота" (BVerfGE 120, 274, т. 303).[552] Сем тога, постојећи корпус уставних субјективних права и право на развој личности прецизирани у дотадашњој пракси Савезног уставног суда „недовољно узимају у обзир потребу за заштитом која је настала услед развоја информационих технологија" (BVerfGE 120, 274, т. 306).

Имајући у виду значај информационих технологија, закључује се да постоји потреба за заштитом основних права у вези с њима и надзор државе мора да заштити „неповредиво језгро приватног живота" (BVerfGE 120, 274, т. 335). Дакле, приметно је да је контролор уставности стварањем новог уставног субјективног права ишао ка остварењу легитимног циља, настојећи да објасни зашто је оптимално да новостворено субјективно право ужива заштиту. Правни аспект уставносудског расуђивања је позивање на гарантовање права на слободан развој личности (чл. 2, ст. 1 Основног закона), права на неприкосновеност људског достојанства (чл. 1, ст. 1 Основног закона) и гаранцију тајности писма, поште и телекомуникације (чл. 10, ст. 1 Основног закона).

Такође, одлуком *BverfGE* 125, 175 је створено ново субјективно право на гарантовање егзистенцијалног минимума, и то на основу одредаба Основног закона које гарантују људско достојанство (чл. 1) и прокламују да је Немачка социјална држава (чл. 20).[553] Суштина права на егзистенцијални минимум се огледа у томе да свако лице има право на помоћ држава у мери која му обезбеђује материјалне услове неопходно за физичку

---

[550] Вид. одлуку: BVerfGE 120, 274, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv120274*, последњи приступ 25. марта 2023.

[551] Контролор уставности истиче да слободан развој личности (*allgemeine Handlungsfreiheit*) није само повезан са „суштином човека који је духовна и морална личност" (BverfGE 6, 32, т. 36), те додаје да држава не сме да ограничава „интелектуалну, политичку и економску слободу тако да нарушава њихову суштину", па акт који би задирао у то „не би могао да буде део уставног поретка" (т. 41). Вид. одлуку на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv006032*, последњи приступ 25. марта 2023. Анализу те одлуке даје Collings 2015, 49–51.

[552] Осврт на ову одлуку, којом је испитивана уставност одредбе закона Северне-Рајне Вестфалије у вези с правом обавештајних агенција да се тајно инфилтрирају у компјутерске системе и интернет с циљем заштите уставног поретка, вид. у Kommers, Miller 2008, 417.

[553] Вид. одлуку BverfGE 125, 175 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv125175*, последњи приступ 20. марта 2023.

егзистенцију (храна, одећа, куће потрепштине, смештај, грејање, хигијена, здравље), те услове за одржавање међуљудских односа и минимално учешће у друштвеном, културном и политичком животу. Контролор уставности апострофира да лице које треба помоћ не може да буду упућено на добровољне услуге које пружају држава или треће лице, него парламент мора законом да обезбеди уживање овог (новоствореног) уставног права (BverfGE 125, 175, т. 223).

Притом је законодавац дужан да води рачуна о томе да ажурира износ који плаћа с циљем усклађивања новчане подршке с „нивоом развоја заједнице и постојећим условима живота“ (BverfGE 125, 175, т. 222, 242–244). Иако је могуће да се одреди фиксни износ који омогућује уживање права на егзистенцијални минимум, законодавац „мора да брзо реагује на промене у економског окружењу“ тако да су у сваком тренутку задовољене тренутне потребе у складу с чл. 1 и 20 Основног закона (BverfGE 125, 175, т. 225), при чему законодавац мора да обезбеди и „додатне бенефиције“ у случају кад загарантовани минимум не обезбеђује „хумани егзистенцијални минимум“ (BverfGE 125, 175, т. 255).

Савезни уставни суд је створио и право на приватност података[554] односно право на самоопредељење у давању информација (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) у одлуци BVerfGE 65, 1. У датој одлуци се одлучивало о уставности Закона о попису становништва у светлу чл. 2, ст. 1 (слободан развој личности) и чл. 1, ст. 1 (неприкосновеност људског достојанства) Основног закона.[555] Спорно је било у којој мери приликом пописа становништва држава може да задире у информације становника. Контролор уставности закључује да појединац мора да буде заштићен од „неограниченог прикупљања, чувања, коришћења и откривања личних података“ (BVerfGE 65, 1, т. 43). Ипак, додаје да ово право није без ограничења јер је човек „личност која се развија у склопу друштвене заједнице“ и иако су неке информације личне, „не могу се приписати искључиво датом лицу“ (BVerfGE 65, 1, т. 44). Стога, појединац мора да прихвати постојање ограничења његове слободе у погледу права на самоопредељење у давању информација и та ограничења постоје „превасходно у јавном интересу“ (BVerfGE 65, 1, т. 44).

Савезни уставни суд истиче да се осетљивост информација не може оцењивати само на основу тога што су оне приватне, него се мора имати у виду сврха због којих се оне траже (BVerfGE 65, 1, т. 45) и могу да се траже једино оне информације које имају друштвени значај, док „неразумне интимне информације“ не могу. Дужност је законодавца да прецизно одреди сврху тражења информација која мора да буде сведена на „нужан минимум“ јер би у супротном постојало задирање у право појединца (BVerfGE 65, 1, т. 46). Затим се контролор уставности упустио у образложење значаја статистике за „друштвену политику“ истичући да је она услов за „економски и друштвени развој“ и стварање државе благостања, док прикупљање података у „нестатистичке сврхе“, ради даљих истраживања, није допуштено (BVerfGE 65, 1, т. 47). Истичући значај статистике, контролор уставности констатује да је од пресудног значаја истинитост података који грађани дају, а да би они то урадили морају да

[554] Уставни суд Пољске је такође проширио корпус уставних субјективних права, „дописујући“ у устав право на приватност, али и право на заштиту живота детета пре његовог рођења, право на суђење итд. (вид. о томе Brewer-Carias 2011, 57).

[555] Комерс и Милер истичу да је овај случај један од ретких у којима је појединац овлашћен да директно уложи уставну жалбу против закона, будући да се не тражи исцрпљеност правних лекова услед непосредног угрожавања загарантованих права (Kommers, Miller 2008, 409).

имају „поверење у чување њихових података“ јер у супротном не може да се очекује њихова „спремност за дугорочну сарадњу“ у пружању истинитих информација (BVerfGE 65, 1, т. 50).

Дакле, контролор уставности у одлуци гарантује одређено право појединцима, а затим успоставља и изузетке од апсолутног дејства, како то и уставотворци чине у уставима кад нормирају релативна права.[556] Суштински новостворено уставно субјективно право исказано је нормативним текстом: „Свако има право на самоопредељење у давању личних информација. Ово право може да буде ограничено у јавном интересу.“ Савезни уставни суд додаје да је недопустиво захтевање информација које би могле да створе „ризик од друштвеног етикетирања“, попут информација о томе да ли је неко наркоман, душевни болесник или осуђивано лице (BVerfGE 65, 1, т. 48).[557] Утврђено је да је новопрокламовано право прекршено одредбама оспореног Закона о попису из 1983. које омогућавају поређење резултата пописа становништва с регистром становништва[558] јер „комбинују неспојиво, неприкладни су за постизање предвиђене сврхе, нејасни по садржају и грађанима неразумљиви по обиму“ (BVerfGE 65, 1, т. 64).

Такође, неуставне су и одредбе које омогућују пренос личних података надлежним савезним, покрајинским и другим органима кад су им потребни за извршавање задатака, за потребе регионалног планирања, заштите животне средине итд. (BVerfGE 65, 1, т. 65–69).[559] Спорно је било што су дате одредбе нејасне, те омогућују коришћење података за „широк спектар активности“ (BVerfGE 65, 1, т. 68), односно то што „имају мање статистичке, а више административне сврхе“ (BVerfGE 65, 1, т. 67). Услед мањкавости оспорених одредба, све су оглашене ништавим.

Сви наведени примери показују да је контролор уставности преузео на себе послове уставотворца, нарушавајући начело поделе власти, тиме што је нормирао нова субјективна права и слободе, успостављајући и изузетке. Да би се остварили легитимни циљеви (који, сумарно исказано, воде ка конституционализацији власти), позивањем на постојеће, широко формулисане одредбе Основног закона (људско достојанство, лична слобода, социјална држава), контролор уставности је дао правну форму свом виђењу начина на који би требало да се заштити приватност немачких грађана. Корпус људских права и слобода је одлукама контролора уставности (тј. његовим политичким расуђивањем) проширен, па су анализиране одлуке доказ иновирања устава тј. стварања права *ex novo*.

---

[556] Апсолутно право је оно које појединац ужива безизузетно (нпр. ни у ком случају није могуће да се допусти ропство), а релативна права су она која су у одређеним ситуацијама подложна ограничењима (нпр. свако има право на слободу, али постоји изузетак у односу на лица која су правноснажно осуђена на затворске казне).

[557] У истој одлуци контролор уставности наглашава да је важно да се правним актима уреди и брисање оних информација које су тражене као идентификационе карактеристике, а које би лако онемогућиле деанонимизацију, попут имена, адресе, матичног броја и слично. Вид. BVerfGE 65, 1, т. 49.

[558] Спорна одредба је гласила: „Подаци из пописа становништва у складу са чланом 2, ст. 1 и 2 могу се упоредити с регистрима становништва и користити за њихову корекцију. Налази добијени на основу ових информација не могу се користити за предузимање радњи против појединачне стране која је обавезна да пружи информације.“

[559] Вид. оспорене одредбе у BVerfGE 65, 1, т. 7–8.

3.5.1.3. Контрола сагласности уставних одредаба с уставним принципима

Упоредна уставносудска пракса познаје и одлуке којима се испитује, ма колико контрадикторно то звучало, уставност уставних одредаба у односу на оно што представља језгро, жариште односно суштину устава, а што је, изричито или имплицитно (по оцени уставног суда), исказно преко уставних принципа.[560] Дакле, уставна одредба може да буде проглашена неуставном у случају кад противречи другим уставним одредбама које чине, по оцени контролора уставности, постулате уставног права дате државе. Уколико суд контролише уставност уставних амандмана или уставних реформи, а да за то нема овлашћење у уставу, тиме „суд замењује конститутивну власт“ (Brewer-Carias 2011, 47).[561]

Рецимо, Уставни суд Аустрије контролише уставност одредаба које спадају у аустријско уставно право.[562] Ради бољег разумевања би требало нагласити постојање фрагментираности уставних одредаба у аустријском правном систему. Чланом 44 Савезног уставног закона Аустрије прописано је да се уставним правом односно уставним одредбама називају и одредбе из уставних закона и оне из обичних закона, али да њих мора да усвоји Национални савет (доњи дом) на седници којој присуствује бар половина чланова и то двотрећинском већином. Уставне одредбе су највећим делом садржане у Савезном уставном закону Аустрије, али постоје и у другим актима – уставним и обичним законима (Gamper 2008, 94),[563] попут Савезног закона о јавним набавкама, али и међународним уговорима и споразумима између Аустрије и њених федералних јединица или федералних јединица међусобно.

Уставни суд Аустрије је огласио неуставном уставну одредбу Савезног закона о јавним набавкама јер она није у складу с принципима који су језгро аустријског права – принципима демократије и правне државе,[564] а разлог је било то што није одржан референдум који је уставни суд, на основу члана 44, ст. 3 Савезног уставног закона Аустрије, сматрао обавезним, будући да се оспореним законом узрокује свеобухватна суспензија уставног права Аустрије (у том члану се говори о тоталној ревизију устава – *Gesamtänderung*).[565]

Стога би могло да се каже да постоје два нивоа уставног права у Аустрији: основни принципи уставног права и „редовно“ уставно право, с тим да се за промену тих група уставних одредаба траже различити формални услови који су, разуме се, строжи кад је реч о промени уставних принципа (Eberhard, Lachmayer 2010, 2–3; Lachmayer 2017, 78). У доктрини се истиче да су у основне принципе аустријског уставног права, осим изричито

---

[560] Ова врста одлука уставних судова „суштински ограничава слободу уставотворца“ и треба да се доносе само као превентивне одлуке, будући да „*ex post* уклањање неуставног амандмана на устав може да озбиљно дестабилизује функционисање државе“. Вид. о томе Florczak-Wątor 2020a, 251.

[561] Дајовић истиче да уставни судови каткад врше и „ограничену уставотворну“ односно „уставноревизијску функцију“ (Dajović 2022, 260).

[562] Вид. о томе и: Lachmayer 2011, 251, 256.

[563] Еберхард и Лахмајер наводе да се у законима налази око 1300 уставних одредаба. Вид. Eberhard, Lachmayer 2010, 2. доступно на: *https://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/54526188/Eberhard+Lachmayer+Austria.pdf*.

[564] Вид. одлуку Vfslg 16.327/2001.

[565] О основним принципима у аустријском уставном праву и о тоталној ревизији Савезног уставног закона Аустрије вид. Eberhard, Lachmayer 2010, 3.

наведених, спадају и подела функција државне власти, правна држава[566] и људска права (Lachmayer 2017, 78, 102).

У једној ранијој одлуци, Уставни суд је утврдио да тотална ревизија подразумева да се „мења или елиминише неки од кључних уставних принципа или његових суштинских елемената“ што је противно језичком значењу речи „тотално“ (Gamper 2008, 96). Лахмајер примећује да се принцип владавине права од стране Уставног суда користи и за друге циљеве, а не само за тумачење устава, будући да је он инструмент да се „утврде нова ограничења за парламент“ и утврде „нови стандарди“[567] којима је парламент прилагођавао своје законе (Lachmayer 2011, 259).[568] То значи да принципи које је аустријски Уставни суд извео из аустријског уставног права постају мерило за оцену уставности оспорених акта, па макар они садржавали и уставне одредбе. Штавише, истиче се да је аустријско уставно право доживело толику метаморфозу да су се и значење уставних текстова и уставносудско расуђивање суштински променили. Зато данашње аустријско право тешко да може да се пореди с уставним правом из 1920. године кад је донесен Савезни уставни закон (Lachmayer 2017, 92).

Уставни суд Чешке је у одлуци Pl. US 27/09 укинуо уставни закон због неуставности.[569] Наиме, Уставним законом бр. 195/2009 је члановима Представничког дома скраћен мандат са четири на три године.[570] У образложењу тог закона истичу се разлози због којих се он доноси: тренутни распоред политичких снага прети да продужи нестабилност и политичку кризу у Чешкој, па је средство за превазилажење тих проблема одржавање ванредних избора на којима ће грађани да одаберу нови састав Представничког дома Парламента Чешке који би могао да стабилизује постојећу политичку ситуацију. Уставни закон истог садржаја и у сличним политичким околностима је донесен 1998. године (Уставни закон бр. 69/1998), па се истицало и да је створен уставни обичај. Уставном суду је поднесена уставна жалба у којој је, између осталог, тражено и поништавање Уставног закон бр. 195/2009 зато што се њим крше одредбе Устава Чешке које се односе на трајање мандата чланова Представничког дома (доњи дом чешког парламента) и моменат

---

[566] Правна држава је уставно начело које налаже да „сви акти државних органа морају да буду засновани на закону, а посредно и у крајњој линији и на уставу, те морају да постоје ефикасни механизми правне заштите да би се овај постулат заштитио“ (вид. одлуку VfSlg 2455/1952).

[567] Основни принципи на којима почива аустријско уставно право се изводе систематским тумачењем одредаба тог акта, а не из појединачних уставних одредаба. Вид. Eberhard, Lachmayer 2010, 3. Сличан став је заузео и Уставни суд Италије у одлуци бр. 1/2013 истакавши да Устав Италије почива на међусобно испреплетаним принципима тако да „контрола уставности мора да се спроводи узимајући у обзир уставни систем као целину, а не поједине одредбе“. Уколико би се „фрагментарно тумачиле одредбе“, ризиковало би се нарушавање „циљева уставне заштите“ (т. 8.1).

[568] Лахмајер говори о две фазе у раду аустријског Уставног суда које карактеришу два начина уставносудског расуђивања. Првобитно је то био принцип судијског уздржавања утемељен на језичком и евентуално историјском тумачењу, али је то касније попримило обрисе активистичког одлучивања у којем су постојећа људска права схваћена као вредносне смернице за законодавца, а дошло је и до судијског развијања нових права као и проширења обима постојећих права. Вид. Lachmayer 2017, 89–91.

[569] Одлука Pl. US 27/09 је доступна на: *https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl%20US%2027-09.pdf* и *https://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html*, последњи приступ 25. марта 2023. О овој одлуци којом је „прилично значајно поремећена равнотежа између Уставног суда Чешке и парламента“, вид. и Kosař, Vyhnánek 2020, 151, 166–167

[570] У члану 16 Устава Чешке приписује се да Представнички дом чешког парламента има 200 посланика који се бирају на период од четири године.

расписивања нових избора (чл. 16 и 17 Устава Чешке).[571] Уставни суд Чешке је огласио неуставним Уставни закон бр. 195/2009 због тога што није у складу с чл. 9, ст. 2 Устава Чешке којим се прописује да се „суштински захтеви демократске правне државе“ не могу мењати. Стога, оспорени уставни закон је неуставан зато што је противан уставном принципу.

Анализом одлуке чешког контролора уставности би могло да се закључи да он испитује испуњеност две групе услова. С једне стране су *формални услови*, а с друге стране су *материјални услови*. Другим речима, по мишљењу контролора уставности, један акт није уставни закон само ако је тако назван и ако је усвојен у складу с прописаном процедуром, него мора да испуњава и одређене супстантивне захтеве.

У погледу формалних услова, значајни су 9. и 39. члан Устава Чешке. Сходно чл. 9, ст. 1 Устава Чешке, „устав се може изменити или допунити само уставним законом“,[572] с тим да је „промена суштинских захтева демократске правне државе недопустива“ (т. 2),[573] а тумачењем правних норми не може се „оправдати негирање или угрожавање темеља демократске државе“ (т. 3). У чл. 39, ст. 4 Устава Чешке се прописује да је уставни закон усвојен ако за њега гласају три петине од укупног броја посланика Представничког дома и три петине од броја приступних чланова Сената. Чешки парламент је усвојио акт назива Уставни закон 195/2009 и то у складу с поступком који је прописан, па су, *prima facie*, формални услови испуњени. Да ли је усвојени акт у суштинском смислу уставни закон? По мишљењу Уставног суда, одговор на то питање је одричан будући да је донесени уставни закон *ad hoc* карактера, а он као такав не испуњава супстантивне услове у погледу уставности.

О усаглашености уставних амандмана с уставним принципима који чине језгро устава је одлучивао и Уставни суд Словачке у одлуци Pl. US 21/2014-96.[574] Наиме, 2014. године је Устав Словачке промењен доношењем Уставног закона 161/2014 којим је словачки Устав измењен у делу који се односи на судије. Кључна новина која је уведена уставним амандманима (услед којих је измењен и Закон 195/2014 о судијама и судијским помоћницима) се односила на то да Судски савет Словачке, на основу извештаја Управе за националну безбедност и информација које пружи кандидат, оцењује да ли су судије (како већ изабране, тако и оне које тек треба да буду изабране) квалификоване за обављање судијске функције. Дакле, дејство уставне одредбе уведене уставним амандманима је било

---

[571] Сходно члану 112 Устава Чешке, уставни систем ове државе чине, осим Устава, и Повеља о основним правима и слободама, уставни акти донети сходно одредбама Устава, уставни акти из периода Чехословачке којима се дефинише државна граница Републике Чешке, као и акти Чешког националног савета усвојени после 6. јуна 1992.

[572] Неки чланови чешког Устава изричито прописују да се конкретно питање уређује уставним законом. Нпр. чл. 2, ст. 2 Устава прописује да се уставним законом уређује непосредно вршење државне власти од стране грађана, чл. 11 прописује да се државне границе Чешке могу мењати само уставним законом, док чл. 100, ст. 3 прописује да се више самоуправне јединице могу оснивати и укидати само уставним законом.

[573] То начело из чл. 9, ст. 2 Устава Чешке, истиче контролор уставности, „није само слоган или прокламација“, него је то „уставна одредба с нормативним последицама“. Слично мишљење у вези с одредбама Устава Шпаније заузима њен контролор уставности у одлуци STC 16/1982 т. II 1, доступна на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/58*, последњи приступ 25. марта 2023.

[574] Одлука Pl. US 21/2014-96 је доступна на: *https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/0/PL_+US+21_2014.pdf/233a617c-4dfd-4151-8a6b-16d180b27111*, последњи приступ 25. марта 2023.

ретроактивно, па ако већ изабране судије не би испуниле квалификационе услове,[575] дошло би до дисциплинског поступка и потенцијалног разрешења, уз могућност да се на ту одлуку Судског савета кандидат жали Уставном суду.

Контролор уставности је оценио не само да су одредбе Закона 195/2014, него и одредбе уставног закона неуставне, будући да крше чл. 1, ст. 1 Устава Словачке који прокламује да је она „демократска држава заснована на владавини права" и чл. 141, ст. 1 и 144, ст. 1 који прокламују независност судова. По оцени контролора уставности, нека начела – демократија, владавина права, подела власти и независност судства, чине материјално језгро Устава Словачке и као таква су мерило уставности свих закона, али и уставних закона као инструмената којима се мења словачки Устав. Другим речима, словачки контролор уставности је утврдио да постоји „хијерархија уставних норми" од којих су једне израз „изворних намера конститутивне власти (народа), а друге служе за извршење тих основних норми" (Ľalík 2020, 5). Из тога произлази, по оцени контролора уставности, његово право да испитује уставност уставних закона о промени устава, а у вези с тим и право да огласи неуставност свих одредаба за које утврди да нису у складу с језгром Устава Словачке.

У одлуци Pl. US 21/2014-96 се констатује да контролор уставности уважава настојање да се повећа квалитет изабраних судија и то није задирање у материјално језгро, али такво задирање ипак постоји у односу на конкретна решења која уставни закон уводи будући да се провером услова нарушавају постулати словачког Устава. Контролор уставности наводи да има право да доноси такве одлуке и позива се на чл. 134, ст. 4 Устава Словачке у којем се наводи текст заклетве који изабране судије Уставног суда полажу при ступању на дужност, а у којем се наводи да ће „штитити природна права човека и права грађанина, принципе владавине права, подржавати Устав, уставне законе, ратификоване међународне уговоре…", а затим контролор уставности „бира" део текста заклетве који сматра довољним за своју одлуку наводећи да је „дужност судије да штити неповредивост природних права човека и права грађанина, као и начела владавине права", дакле ту ставља тачку, игноришући да се наводи и дужност заштите Устава и уставних закона, па закључује да „због односа устава и неусаглашеног уставног закона, има дужност да штити владавину права и од неуставних уставних закона" (т. 88).

Иако је инструмент промене устава управо уставни закон, те упркос томе што је надлежни уставотворни орган усвоји акт у складу с прописаним процедурама, контролор уставности истиче да има „пуно поштовање према једином уставном органу Републике Словачке, али има једнако поштовање и према основном закону Словачке" (т. 172). Иако је тиме Уставни суд постао уставотворац, ипак наводи да је одлучио „поштујући принцип уздржаности", предузимајући минималне кораке у односу на слободу уставотворца, „руководећи се изузетним интензитетом мешања оспорених одредаба у материјално језгро Устава" (т. 172). Кад је реч о Закону 195/2014 и он је оглашен неуставним, с тим да је контролор уставности навео да законодавац може да пропише квалификационе услове, али

[575] Квалификациони услови (предуслови за „судијску компетентност" односно „морални стандарди за интегритет, правилно и одговорно обављање дужности") су регулисани Законом о судијама и судијским помоћницима – Закон 195/2014, а тицали су се коришћења алкохола или сличних супстанци које изазивају зависност, злоупотребе функције, поседовања имовине која је несразмерна приходу судије чије порекло не може да се утврди, непоседовање пословне, финансијске или имовинске везе с лицима из организованог криминалитета итд.

у поступку избора мора самостално да одлучује Судијски савет, без одлучујућег уплива других државних органа (т. 151).

Такође, италијански Уставни суд у одлуци 1146/1988 наводи да италијански Устав садржи неке врховне принципе који се не могу „поткопавати или мењати у свом суштинском садржају чак ни уставним амандманима или уставним законима“. То су нпр. принципи републиканског облика владавине, као и принципи који нису изричито наведени као непроменљиви, али „чине суштину врховних вредности на којима се заснива италијански Устав“ (т. 2.1).[576] Контролор уставности истиче да може да испитује усаглашеност аката и у односу на „врховна начела уставног поретка“ јер би у супротном прекршио своју дужност заштите „највреднијих норми“ Устава. У одлуци 80/2010 се истиче да законодавац (који је уједно и уставотворац) ужива дискрециono право у одлучивању, али оно није апсолутно, него је ограничено преко „језгра гаранција“ (т. 16).[577]

Уколико сумирамо суштину анализираних уставносудских одлука у вези с контролом уставности уставних одредаба, поставља се питање *која су од раније наведених типичних својства активистичког одлучивања уочљива*? Прво, чини се да се саморазумљиво да контролор уставности да се њима задире у надлежност другог органа, и то сувереног органа – уставотворца. Услед тога, орган који је подређен уставу и чија се улога своди управо на заштиту устава као акта који је донео уставотворац, парадоксално, улаже „вето“ на одлуку уставотворног органа. На тај начин, уставни суд, који своје правно биствовање дугује управо одлуци уставотворца, напушта своју уставну и институционалну улогу, те контролише и оног ко, номинално, не може да буде подложан контроли. Дакле, уставносудско расуђивање у оваквим случајевима узрокује да уместо уставотворца врховни орган постоје уставни суд, и то под плаштом заштите устава.

Иако се контролор уставности притом позива на широко формулисану уставну одредбу – уставни принцип, не постоји ниједан правни разлог који би легитимисао контролисање уставности одлуке уставотворца. Речју, овај модалитет уставносудског расуђивања почива на реформисању уставног текста и институционалне улоге контролора уставности, односно на политичком расуђивању уставног суда. Тиме се изворно регулише дотад нерегулисање питање – могућност контроле уставности уставних амандмана, тј. *ex novo* се ствара право. Устав више не служи само као мерило уставности, него прераста у инструмент који је само полазиште за уставни суд и његово настојање које се огледа у томе да ограничи, не законодавца, него уставотворца.

Дакле, уставотворни орган, који *rerum natura* установљава правни и институционални аранжман дате државе, услед расуђивања уставног суда бива ограничен у вршењу суверене, уставотворне, власти, што је релативизовање иманентног својства тог органа. Иако *prima facie* то изгледа као допринос легитимном циљу – конституционализацији, која се редовно описује као крајње позитиван процес, не сме да се пренебрегне да се овим модалитетом уставносудског активизма на место уставотворца долази други квазиуставотворац – уставни суд. Тачно је да усмереност ка ограничењу

---

[576] Вид. о томе и Florczak-Wątor 2020a, 249–250.

[577] Вид. одлуку 80/2010 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2010&numero=80&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 28. марта 2023. У неким латиноамеричким државама се уставима прописује могућност контроле уставности акта којима се мења устав. Вид. о томе Brewer-Carias 2011, 46–47.

државне власти представља легитиман циљ, али овде суштински долази само до институционалне супституције на месту највишег органа, и то тако што демократски легитимисан орган бива замењен неколицином уставних судија. Овде се потврђује оно што смо при крају првог дела рада помињали, описујући положај контролора уставности – он је кочница, али без равнотеже. А кад уставни суд постане кочничар и самог уставотворца, онда је јасно да нема равнотеже, као суштинске одлике поделе функција државне власти, али и иманентне одлике уставних демократија.

3.5.1.4. Остали модалитети уставносудског интервенисања у уставотворну власт

Понекад уставни судови задиру у надлежности уставотворца доносећи одлуке које не могу да се сврстају ни у један од појавних облика о којима је било речи у претходном одељку, али су корисне као доказ уставотворног одлучивања уставног суда. Кратко ћемо да се осврнемо на неколицину таквих одлука.

Уставни суд Колумбије је укинуо Закон о референдуму на којем је требало да се одлучи о реформи устава која би омогућила да се једно лице може и више од два пута кандидовати на изборима за председника. У овој одлуци је Уставни суд одбацио аргумент да је одржавање референдума консултовање „примарне уставотворне власти“, а спорни су били процедурални аспекти, али и суштински: могућност да једно лице трипут заредом буде председник би нарушила „институционалну равнотежу“ јер би председник постао знатно моћнија институција у односу на друге.[578] Дакле, овом одлуком је контролор уставности преузео на себе надлежности народа као извора уставотворне власти, те оценио да је боље решење (политичко расуђивање) да једно лице не може да буде председник више од двапут заредом. Иако су супстантивни разлози којим се водио контролор уставности усмерени ка легитимном циљу (спречавању опасности од концентрисања власти у рукама једног лица), ипак је политичким расуђивањем суда суштински створено правило које има карактер уставног резервата тј. уставно правило у материјалном смислу које забрањује мењање одредбе о мандату председника. Нарочито је спорно то што се контролор уставности „испречио“ демократском тесту прихватљивости предложеног правила, ограничивши народну суверености.

Уставно веће Врховног суда Венецуеле је својом одлуком суштински искључиву надлежност федералних јединица „претворило“ у надлежност федералне државе. Чланом 164 Устава Венецуеле је прописано да је *искључива* надлежност федералних јединица и „очување, управљање и експлоатација националних путева, ауто-путева, лука и аеродрома у комерцијалној употреби“. Уставна реформа која се односила на централизацију тих надлежности није успела на референдуму одржаном 2007. године, па је Уставно веће одлуком 565/2008[579] „протумачило“ устав тако да је ова надлежност постала конкурентна, упркос јасном слову устава. Суд се позвао на члан 156 Устава у којем се наводе надлежности савезне државе и то транспортни, ваздушни и поморски систем, луке, аеродроми и њихова инфраструктура. Будући да се у Уставу помиње реч „искључива“, нема говора о томе да ова реч може да се протумачи тако да јој се припише значење које би подразумева конкурентску надлежност. Речју, правним расуђивањем не може да се дође до исхода до којег је дошао

[578] Вид. одлуку C-113-93 на: *https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm*, последњи приступ 15. маја 2023. Анализу одлуке вид. у Cepeda Espinosa, Landau 2017, 352–360.

[579] Вид. одлуку 565/2008 на: *https://vlexvenezuela.com/vid/procuradora-general-rep-blica-283324951*, последњи приступ 5. априла 2023.

контролор уставности. Зато је члан 156 био само средство за упуштање контролора уставности у политичко расуђивање које је резултовало променом постојећег уставног правила. Циљ којем се тежило овим расуђивањем није уочљив *prima facie*, али ма какав то био циљ, он не може да буде противан изричитом уставном тексту тј. језички могућем оквиру речи „искључива надлежност".

Уставни суд Португала је одлуком 474/95[580] постао уставотворац јер је јасну уставну одредбу из члана 33 Устава Португалије којом се забрањује екстрадиција само у случају ако је за дато кривично дело прописана смртна казна „протумачио" тако што је утврдио да забрана екстрадиције важи и кад је запрећена казна доживотног затвора. Контролор уставности је променио уставни текст дописујући део уставне одредбе. Дакле, политичким расуђивање португалског Уставног суда је дошло до промене постојећег уставног решења, иако се тежило легитимном циљу – спречавању екстрадиције кад постоји могућност изрицања казне која је најтежа по окривљеног након смртне казне. Уставни суд се позвао и на чл. 30, ст. 1 Устава који забрањује прописивање неодређених и неограничених казни, али пренебрегава да се та одредба односи на домаће право, док се одредба о екстрадицији односи на то што се прописује правом државе молитељке (која тражи екстрадицију). О томе колики је утицај имала ова одлука најбоље сведоче уставни амандмани из 1997. године који су променили управо члан 33 Устава кодификујући наведени став контролора уставности.

Уставно веће Врховног суда Венецуеле је променило Устав Венецуеле одлуком 2750/2003[581] тако што је променило уставну одредбу којом се гарантује грађанима право да опозову политичке представнике које су бирали.[582] Словом Устава, прописано је изабрано лице опозвано ако је број оних који подржавају опозив „једнак или већи од броја оних који су изабрали званичника". Дакле, ако је неко лице изабрано јер је добило 100.000 гласова, биће опозвано ако 100.000 или више од тог броја гласа за његов опозив. Ипак, поменутом одлуком је Уставно веће утврдило да уставна одредба важи само ако број гласова за опозив „није мањи од броја оних који су гласали против опозива". Дакле, за уставни суд није довољно само да званичник добије једнако или више гласова у односу на изборни резултат, него опозив мора да подржи већина оних који гласају поводом опозива. Нпр. лице А је добио 100.000 гласова на изборима и након три године се покрене опозив тог лица и на опозиву гласа 300.000 грађана.

Сходно уставносудском „тумачењу" Устава, није довољно да се на опозиву најмање 100.000 људи изјасни за опозив, него је нужно да апсолутна већина гласача на опозиву подржи сам опозив. У датом примеру, званичнику ће да буде одузет мандат само уколико више од 150.000 гласача подржи опозив. Иако је легитиман циљ којем се тежило овим расуђивањем (уважавање тренутног већинског става бирачког тела о изабраном званичнику), оно нема правни него политички карактер, будући да не почива на правним разлозима тј. контролор уставности је променио односно дописао уставни текст. Тиме је Уставно веће прекорачило своју институционалну улогу и преузело на себе надлежности

---

[580] Вид. одлуку 474/95 на: *https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950474.html*, последњи приступ 5. априла 2023.

[581] Вид. одлуку 2750/2003 на: *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2750-211003-03-1989.HTM*, последњи приступ 5. априла 2023.

[582] У питању је члан 72 Устава Венецуеле у којем се наводи да постоји могућност референдума о опозиву званичника ако је (1) протекло више од пола мандата, и (2) ако то тражи бар 20% бирача. Односни званичник биће опозван ако ту одлуку на референдуму подржи: (1) једнако или више гласача у поређењу с изборима на којима је званичник изабран и ако (2) на референдум изађе бар 25% бирача.

уставотворца, мењањем постојеће одредбе и то додавањем дела који суштински гласи: „неће се опозвати званичник уколико већина гласача на референдуму не подржи његов опозив“.

Савезни уставни суд Немачке је у одлуци BVerfGE 90, 286 из 1994. године одлучивао о уставности распоређивања немачких оружаних снага у иностранству, у мирнодопско време, интервенишући у уставотворну власт, и то кроз успостављање алокације надлежности између државних органа. Та одлука је „покушај да се обезбеди већа геополитичка улога коју је Немачка прижељкивала“, а пре тога је постојао такорећи консензус међу политичким лидерима да Основни закон не допушта распоређивање немачких трупа ван граница (Kommers, Miller, 2012, 202). Одлука суда је била да такво распоређивање није противуставно, под условом да немачки законодавац надзире упућивање немачких оружаних снага.

Савезни уставни суд наводи да то произлази из Основног закона, али изричите одредбе о томе нема ни у Основном закону ни у обичним законима парламента. Ипак, непостојање правне регулативе која би се односила на парламентарни надзор над активностима у вези с учешћем немачких оружаних снага ван немачких граница је Савезни уставни суд надоместио доношењем привремених мера које важе док се не донесе закон који „формално прецизира парламентарно учешће у одлуци о војном распоређивању немачких оружаних снага“.

Парламентарно учешће подразумева следеће: доношење одлуке о конкретном распоређивању оружаних снага; ако је у складу с чл. 115а Основног закона одређено стање одбране, сматра се да постоји сагласност за распоређивање; Бундесрат даје претходну сагласност у случају распоређивања оружаних снага поводом поглавља VII Повеље Уједињених нација; влада може да у случају непосредне опасности привремено одлучи о распоређивању оружаних снага, али без одлагања о томе мора да обавести парламент који може да опозове ту одлуку; парламент не може да иницира распоређивање (него то чини немачка влада) нити парламент може да обавеже владу да изврши распоређивање оружаних снага, будући да је влада одговорна за спољнополитичко деловање (BVerfGE 90, 286, т. 388–389).[583]

То су привремене мере Савезног уставног суда који апострофира да је на самом парламенту да детаљније уреди дата питања, тако што ће да се обезбеди и формално учешће парламента, али и очување спољнополитичке улоге владе. Аналогно називу „привремено законодавство“, којим ћемо да се користимо у наредном одељку, овај модалитет интервенисања немачког Савезног уставног суда бисмо могли да означимо као привремено уставотворство. Иако је реч о чисто политичког питању о којем је требало да одлучују политички органи, контролор уставности је себи приписао право не само да одлучује о уставности политичких акција надлежних органа, него је и донео привремену регулативу која је квазиуставни основ за законодавца који треба да је прецизира. Стога, нарушавање поделе функција државне власти је и те како изражено.

Основним законом се прописује могућност уласка Немачке у „систем узајамне колективне безбедности (чл. 24, ст. 2), као и оснивање оружаних снага „за потребе одбране“ (чл. 87а), а контролор уставности наводи да то укључује и овлашћење да оружане снаге „учествују у операцијама које су планиране у таквим системима“ (BVerfGE 90, 286, т. 381). На

[583] Наравно, влада може једино да буде санкционисана у политичком смислу тако што ће да јој буде изгласано неповерење.

основу концепције о томе како би требало да се уреди учешће немачких оружаних снага у иностранству, контролор уставности је политички расуђивао и дао правно дејство својој концепцији. Како је раније наведено, геополитички разлози (дакле, несумњиво ванправни) су били опредељујући. Нити је институционална улога уставног суда да одлучује о спољнополитичким и војним питањима, нити Основни закон даје ту надлежност Савезном уставном суду, нити постоји правни основ за доношење привремених мера.

3.5.2. Уставни суд као позитивни законодавац

3.5.2.1. Давање тумачења које је у складу с уставом

Уставни судови су овлашћени да штите устав и из тога произлази да они немају овлашћење да тумаче законе, осим уколико се испитује уставност одређеног закона и то само зарад давања одговора на питање: да ли је оспорени акт противуставан? Дакле, задатак је редовних судова да тумаче законе, а уставних судова да тумаче устав. Кад уставни суд тумачи законске одредбе, тај посао предузима једино с циљем да оцени да ли је законски текст усаглашен с уставом и ако утврди да постоји несагласност, неуставна одредба би требало да се укине/поништи. Ипак, каткад уставни судови увиђају неуставност законских одредаба, али их не укидају, него траже начин да се кроз тумачење та неусаглашеност реши.

Упоредна уставносудска пракса познаје категорију тзв. интерпретативних одлука којима треба да се оствари двојак циљ: да се избегне укидање одредбе која се тумачи на неуставан начин и да се сачува текст који је створио законодавац. [584] Интерпретативним одлукама се утврђује да одређена уставна одредба мора да се тумачи на одређени начин или да не сме да се тумачи на одређени начин, све с циљем да се тумачење односне законске одредбе усклади с уставом. На тај начин се успоставља веза уставног суда с редовним судовима (Groppi, Spigno 2017, 523). Јасно је да су интерпретативне одлуке којима се налаже обавеза тумачења законске одредбе на један начин много израженији пример уставносудског активизма. Тад надлежни орган нема могућност да одлучује о значењу правног текста, него има обавезу да односном тексту припише значење које је одредио контролор уставности.

Како Ландфрид примећује, док поништавање закона даје законодавцу „простор за политичко маневрисање“, тумачење у складу с уставом „умањује моћ парламента да креира политику“ (Landfried 1994, 115). Контролори уставности настоје да избегну поништавање/укидање оспореног правног акта уколико постоји могућност да се спорни правни текст протумачи тако да буде у складу с уставом. Дакле, утврђује се да неуставност постоји само уколико се оспорени закон не тумачи у складу с тумачењем устава које ауторитативно даје уставни суд. Другим речима, уставни суд ауторитативно одређује *једино* значење законског текста и само уколико се оно приписује датом тексту нема повреде устава, док приписивање било ког другог значења представља неуставно одлучивање. На тим основама је утемељено одлучивање Савезног уставног суда Немачке који избегава

[584] Интерпретативне одлуке „прецизирају или чак модификују садржај норме чија се уставност испитује“, чиме се „утиче на интерпретативну праксу органа којима је поверена примена права“. У таквим случајевима, формално посматрано, није у питању законодавни акт, али може да постане „извор нове линије тумачења која одступа од првобитне намере законодавца“ (Tuleja 2020, 651).

поништавање закона тако што „између различитих тумачења бира оно које омогућује закону да буде сагласан Основном закону“ (Härtel 2011, 502).[585]

Савезни уставни суд је у одлуци *BVerfGE* 69, 1 прокламовао „основни принцип контроле уставности у Немачкој“ (Kommers, Miller 2008, 208) према којем се норма може укинути „само ако није могуће, према признатим принципима тумачења, дати тумачење које је компатибилно с уставом“ (BVerfGE 69, 1, т. 55). У овој одлуци (као и у одлукама BVerfGE 88, 145, т. 166 и BVerfGE 119, 247, т. 274) Савезни уставни суд наводи да, у ситуацији кад постоји више могућих значења до којих се долази на основу формулације (правног текста), историјата, контекста релевантних прописа и њиховог циља и кад је само једно од тих значења правног текста саобразно уставу, превагу треба да однесе управо то тумачење (тј. значење правног текста). Сем тога, Савезни уставни суд додаје да кључни критеријум не може да буде то да ли неко друго значење правног текста, уместо оног које одговара уставу, више одговара намери законодавца, него је само битно да значење које одговара уставу „не иде против воље законодавца“.

Рецимо, у одлуци BVerfGE 112, 164 испитивана је уставност одредбе којом се доприноси за социјално осигурање детета које је на стручној обуци укључују у годишњи лимит из Закона о порезу на доходак.[586] Дакле, спорно је било шта све улази у годишњу износ релевантан за опорезивање, будући да сходно важећој регулативни, ако укупан износ прелази 12.000 немачких марака, губи се право на дечји додатак. Оспорени члан Закона о порезу на доходак је прописивао да (у смислу тог закона) дете има право на додатак уколико „има приходе (*Einkünfte*) и накнаде (*Bezüge*) које су намењене или подесне за издржавање или стручно оспособљавање, уколико не прелазе 12.000 немачких марака“.

Редовни судови су тумачили одредбу тако да је наведени износ у конкретном случају био премашен, а самим тим нису били испуњени услови за исплату дечјег додатка, па се поставило питање уставности таквог тумачења и уложена је уставна жалба. Одлуком Савезног уставног суда је утврђено да се тумачењем редовних судова крши уставно право на једнакост уколико се поменути доприноси укључују у новчани лимит. Ипак, одредба није укинута јер је Савезни уставни суд утврдио да спорна одредба може да се протумачи тако да буде у складу с уставом. Дато је следеће тумачење које је у складу с уставом (*verfassungskonformen Auslegung*): при утврђивању износа релевантни су не само накнада, него и приходи детета који су намењени или подесни за допринос издржавању или стручном усавршавању (BVerfGE 112, 164, т. 173).[587] Констатовано је да у датом случају, сходно новоустановљеном уставу сагласном значењу, релевантан износ је нешто више од

[585] У Немачкој се интерпретативне одлуке правдају идејом „очувања намере законодавца у што већој мери“ (Palazzo 2020a, 411). Савезни уставни суд истиче да уставна обавеза из члана 20, ст. 2 Основног закона налаже да се намера законодавца „сачува у највећој мери у границама које поставља устав (BVerfGE 86, 288, т. 320). Вид. одлуку BVerfGE 86, 288 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv086288*, последњи приступ 10. марта 2023.

[586] Вид. одлуку BVerfGE 112, 164 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv112164*, последњи приступ 10. априла 2023.

[587] „Die Vorschrift ist verfassungskonform so auszulegen, dass nicht nur Bezüge, sondern auch Einkünfte des Kindes nur dann in den Jahresgrenzbetrag des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG einfließen, wenn sie zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind. § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG ist verfassungskonform so auszulegen, dass von den Bezügen wie von den Einkünften nur diejenigen in die Bemessungsgröße des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG einfließen, die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind.“

10.000 немачких марака и закључено је да подносиоцу уставне жалбе припада право на дечји додатак.

Иако се давањем тумачења у складу с уставом, на први поглед, омогућује очување ауторитета законодавца који има демократски легитимитет, ипак овај модалитет одлучивања уставног суда није безазлен и то је „само на први поглед израз судског уздржавања“ (Grabenwarter 2020, 46).[588] Он подразумева да уставни суд задире у слободу одлучивања законодавца јер је и сам законодавац могао да донесе акт којим ће да аутентично протумачи односни закон. А кад уставни судови дају *једино* значење које је у складу с уставом, тиме се развија и ризик да „уставносудско тумачење постане лек за дефицитно законодавство“ (Härtel 2011, 503).

Одлуком којом уставни суд дефинише значење и обим неког правног текста, он није само утврдио шта оно значи у конкретном поступку, него је снагом ауторитета институције утицао и на будуће одлуке редовних судова, али и на будуће законодавство. То је несумњиво, будући да ће приликом стварања права оличеног у доношењу закона у будућности, законодавац да води рачуна о значењу које је приписано датом уставном тексту и тај суптилан утицај уставног суда не сме да се релативизује. До одлука којима се спорне законске одредбе тумаче у складу с Основним законом Немачке долази у поступку конкретне оцене уставности тј. кад се редовни судови обраћају Савезном уставном суду услед сумње у уставност неке законске одредбе.

Штавише, немачки контролор уставности је утврдио у одлуци 1 BvR 2142/11[589] да је Савезни суд правде прекршио устав[590] јер је услед сумње у уставност законске одредбе сам протумачио одредбу у складу с Основним законом Немачке уместо да се (сходно чл. 100 Основног закона) обратио контролору уставности тражећи тумачење које је у складу с уставом. Из одлуке контролора уставности произлази да је циљ уставне одредбе из чл. 100 следећи: редовни суд је дужан да се обрати контролору уставности и затражи тумачење које је у складу с уставом, чиме се спречава изигравање воље законодавца од стране редовног суда, будући да редовни судови морају да поштују законе, сем у једном случају – ако Савезни уставни суд утврди да су неважећи. На овом месту може и да се постави аналогно питање – постоји ли изигравање воље законодавца кад Савезни уставни суд доноси интерпретативну одлуку? Ма какав одговор био, немачки контролор уставности наводи: кад би се допустило редовним судовима да сами оцењују неуставност закона, то би могло да наруши правну сигурност услед различитих одлука.

Давање тумачења које је у складу с уставом ипак наилази на битно ограничење које је сам Савезни уставни суд констатовао – уколико су формулација и намера законодавца несумњиво јасне, не постоји могућност давања тумачења која је у складу с уставом (вид.

[588] Гребенвартер истиче да је тумачење у складу с уставом само инструмент који неретко уставном суду омогућава „далекосежно мешање у слободу законодавца“ јер је намеће тумачење које мора да се поштује. Вид. Grabenwarter 2020, 46.

[589] Вид. одлуку 1 BvR 2142/11 на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/12/rs20141216_1bvr214211.html*, последњи приступ 10. априла 2023.

[590] Прекршен је чл. 101, ст. 1, реч. 2 Основног закона: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen warden.“

одлуке BVerfGE 95, 64, т. 93; BVerfGE, 99, 341, т. 358;[591] BVerfGE 101, 312, т. 329).[592] Сличан став има и Уставни суд Шпаније који наводи у једној одлуци да тумачење не може да буде *contra legem* тумачење јер би то водило ка манипулисању законским одредбама и претварању уставног суда у позитивног законодавца што „институционално не одговара уставном судовању" (одлука SCT 235/2007, т. 7).[593] Уколико се не би следио тај начин расуђивања, онда би судови могли олако да игноришу политичку одлуку демократски легитимисаног законодавца (BVerfGE 8, 71, т. 78f;[594] BVerfGE 112, 164, т. 183).

У одлуци BVerfGE 119, 247, т. 274 је Савезни уставни суд нагласио да тумачење које даје, а које је у складу с уставом, мора да буде језички могуће, али и у складу са суштином циља којем је законодавац тежио доносећи дату одредбу.[595] Рецимо, у одлуци BVerfGE 112, 164 утврђено је да појам „приход" не може да се тумачи као „опорезиви приход", будући да би супротно тумачење било противно језичкој формулацији и системском контексту односне одредбе, а самим тим и противно јасно исказаној вољи законодавца.

Кад је реч о италијанском Уставном суду, он доноси одлуке којима се одбија захтев за оглашавање неуставности оспорене одредбе и даје се тумачење оспорене одредбе које је у складу с Уставом Италије (*интерпретативне пресуде одбијања*, *sentenza interpretativa di rigetto*).[596] По правилу, овакви поступци се покрећу од стране редовних судова који сматрају да постоји сумња у уставност одређене законске одредбе. У одлуци 356/1996, Уставни суд наводи да се у принципу „закони не проглашавају неуставним зато што је тим законима могуће приписати неуставна значења, него се они оглашавају неуставним јер им није могуће приписати значење које је у складу с уставом".

Пример би била одлука 379/2007[597] у којој је редовни суд сматрао да одредбе италијанског Закона о парничном поступку нису у сагласности с Уставом јер не предвиђају у неким случајевима да судија у одлуци о тужбеном захтеву истовремено мора да одлучи и о трошковима поступка, него захтевају да се одржи посебно рочиште на којем би се одлучило о трошковима. Редовни суд (јер у Италији влада идеја о поустављењу правног поретка по којој и редовни судови могу непосредно да примењују уставне одредбе) је сматрао да одредбе парничног закона не могу да се протумаче тако да буду у складу с

---

[591] Вид. одлуку BVerfGE, 99, 341 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv099341*, последњи приступ 10. априла 2023.

[592] Вид. одлуку BVerfGE 101, 312 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv101312*, последњи приступ 10. априла 2023.

[593] Вид. одлуку SCT 235/2007 на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202*, последњи приступ 10. априла 2023.

[594] Вид. одлуку BVerfGE 8, 71 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv008071*, последњи приступ 10. априла 2023.

[595] „Das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung muss demnach nicht nur vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren. Das gesetzgeberische Ziel darf nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht warden."

[596] Тако их Уставни суд Италије зове у одлуци 299/2005. Значајно у вези с овом врстом пресуда је то да оне имају дејство само у конкретном случају тј. у односу на разлоге које је навео редовни суд који је упутио захтев. Дакле, одбијајућа пресуда није знак да је дати закон уставан као такав, него је само знак да он није неуставан из разлога које је редовни суд навео, а из тога произлази да исти судија не може да упути исто питање у истом поступку. О томе вид. и Bifulco, Paris 2020, 477.

[597] Вид. одлуку 379/2007, доступна на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=379&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 10. априла 2023.

италијанским Уставом, али је Уставни суд Италије имао друкчији став јер наводи да се спорно процедурално правило мора тумачити у складу с начелом економичности. Следствено, одбијен је захтев за оглашавањем дате одредбе неуставном и наведено је како да се оспорене одредбе тумаче.

Дакле, Уставни суд Италије у овим одлукама заузима правни став о начину на који одредба може да се тумачи како би била у складу с уставом, али доктрина није сагласна о томе да ли овај став обавезује редовне судове. Једни аутори истичу да тај став обавезује суштински, други истичу да „обавезује судије да не инсистирају на приписивању правном тексту оног значења које је Уставни суд огласио неприхватљивим“ с уставног гледишта (Parodi 2011, 606, Brewer-Carias 2011, 77), а трећи аутори сматрају да не постоји правна обавеза да се поштује одлука контролора уставности (Bifulco, Paris 2020, 478).[598] Гропи истиче да таква одлука има дејство *inter partes* јер обавезује једино судију редовног суда који је иницирао поступак за оцену уставности, док у односу на све остале делује једино снагом ауторитета и нема правно дејство (Groppi 2008, 107).

Вигорити истиче да интерпретативне пресуде одбијања не обавезују редовне судове јер „једино обавезује укидање закона, али не и тумачење“ које даје Уставни суд (Vigoriti 1972, 406). Без обзира на то да ли се интерпретативне одлуке сматрају формално обавезујућим, сигурно је да су оне у најмању руку фактички обавезујуће. Другим речима, ауторитет Уставног суда Италије је довољан да одврати судије редовних судова од идеје да игноришу тумачење које је дао контролор уставности. Код ових одлука је врло важно раније помињано разликовање правне одредбе и правне норме,[599] будући да се уставносудско одлучивање у интерпретативним одлукама темељи на томе да се једној одредби од мноштва могућих значења приписује оно које је у складу с уставом и то значење је норма.

У неким случајевима италијански Уставни суд је разматрао и то да ли је уставно поступање редовних судова сходно тзв. живом праву (тумачењу одредаба које је дао највиши редовни суд – Касациони суд Италије).[600] Другим речима, шта уколико редовни судови приписују одредби значење које, услед одлуке највишег редовног суда, има својство живог права, а неки судија редовног суда посумња у уставност таквог тумачења?[601] Може ли да Уставни суд интервенише тада и дâ тумачење које је у складу с италијанским Уставом? У предмету број 91/2004,[602] Уставни суд Италије је утврдио да је на судији редовног суда да утврди да ли ће да следи или не устаљену судску праксу која је добила својства живог права. У конкретном случају је било речи о висини отпремнине која се плаћала раднику тј. спорно је било да ли се у основицу за обрачун отпремнине урачунава и посебна накнада која је одређена посебним правилником.

---

[598] Вид. и Parodi 2011, 502.

[599] Вид. о томе и Groppi 2008, 106.

[600] Не изненађује то што Касациони суд често није вољан да поштује одлуке Уставног суд Италије будући да је надлежност Касационог суда да „гарантује једнообразно тумачење закона у целом правном поретку“, а контролор уставности нема ту надлежност. Вид. о томе и о сукобима ове две институције које аутори називају „рат судова“ Bifulco, Paris 2020, 478–479.

[601] Каткад се говори о разлици између нормативног (писаног устава) и политичког (живог устава). Вид. Altwegg-Boussac 2020, 99.

[602] Вид. одлуку 91/2004 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2004&numero=91&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 12. априла 2023.

Ипак, одлуком 299/2005 је утврђено да живо право које произлази из судске праксе услед одлуке највишег редовног суда није у складу с тумачењем спорне одредбе које одговара Уставу.[603] Уставни суд у тој одлуци наводи да се „принцип уздржавања од поништавања неуставног акта примењује све док је могуће протумачити оспорену одредбу у складу с Уставом“,[604] наглашавајући значај настојања да се избегне стварање правних празнина (што посебно важи за дати случај који се тицао притвора). Пошто је Уставни суд у датом предмету утврдио да је живо право тј. судска пракса створена услед тумачења Касационог суда неспојива са значењем које је спорној одредби о трајању притвора приписано раније (како би се, на концу, избегло поништавање због неуставности), последица је била да је дати члан Закона о кривичном поступку оглашен неуставним.

Пример овог вида уставносудског активизма је и одлука SCT 101/2008 Уставног суда Шпаније[605] у којој је контролор уставности избегао поништавање одредаба које се односе на избор судија тако што им је приписао значење које одговара шпанском Уставу.[606] Према шпанском праву, Сенат предлаже краљу кандидате за судије Уставног суда и то тако што бира неког од кандидата које номинују парламенти аутономних заједница, према условима које прописује Сенат. Дакле, Сенат нема потпуну слободу избора, али је захваљујући одлуци Уставног суда Шпаније то промењено. Повод за поступак оцене уставности било је новелирање акта Сената којим је допуштено парламенту да сам предложи краљу кандидате ако парламенти аутономних заједница не предложе „довољно кандидата (*candidatos suficientes*)“.

Уставни суд Шпаније је речи „довољно кандидата“ протумачио (SCT 101/2008, т. 10) тако што је одлучио да се оне не односе само на бројчани аспект, него се тичу и подобности кандидата (*idoneidad*) која ће да омогући да Сенат постигне потребну већину за избор судија тј. кандидати треба да уживају „институционално поверење у погледу њихове личности и угледа“ (*confianza institucional necesaria respecto a su persona y méritos*). Дакле, Сенат би могао да одбије све кандидате које предложе парламенти аутономних заједница ако не испуњавају услов подобности, па би у том случају сенатори могли да предложе нове „подобне“ кандидате. Као аргумент у прилог таквом тумачењу, Уставни суд Шпаније наводи да је једино оно усклађено с „неповредивом институционалном слободом Сената“ (SCT 101/2008, т. 9).[607]

---

[603] Ово је изузетак од правила да се препушта редовним судовима да сами протумаче спорну одредбу у складу с Уставом Италије, будући да судија редовног суда који сумња у уставност тумачења које одредби приписује Касациони суд Италије (чиме то тумачење односно значење стиче својство живог права) може да се обрати Уставном суду тражећи тумачење које је у складу с Уставом (Bifulco, Paris 2020, 467). Вид. одлуку 299/2005 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2005&numero=299&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 12. априла 2023.

[604] Уставни суд Италије полази од тога да „све нејасноће у тумачење престају да постоје кад принцип уставне супрематије постане примарни херменеутички канон, који захтева од тумача да од неколико апстрактно могућих значења, одабере оно значење одредбе које одредбу чини усаглашеном с уставом“. Вид. одлуку 316/2001 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2001&numero=316&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 12. априла 2023.

[605] Вид. одлуку SCT 101/2008 на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6333*, последњи приступ 12. априла 2023.

[606] О давању тумачења у складу с уставом у пракси Уставног суда Шпаније вид. De Vidales, 2020, 74–82.

[607] Вид. о овој одлуци у Tirapu Sanuy 2021, 22–29.

Такође, Уставни суд наводи да одредба о именовању треба да се тумачи тако да „омогући Сенату да у сваком случају испуни своју обавезу именовања“. Уставни суд Шпаније у овој одлуци додаје и да се оспорене одредбе увек тумаче тако да се очувају, ако је могуће да се протумаче у складу са шпанским Уставом. Принцип очувања законске норме, наводи шпански контролор уставности, произлази из тога што је она продукт демократског законодавца (SCT 101/2008, т. 9).

Уставни суд Аустрије у низу одлуку истакао да његове одлуке о тумачењу одредаба о подели надлежности између федералних јединица и федералне државе имају „дејство аутентичног тумачења које је у рангу уставних закона“ (VfSlg 16.929/2003, III 3).[608] Управо такво дејство имају и уставносудска тумачења из анализираних одлука. Пре свега, политичко расуђивање контролора уставности постоји у погледу врсте одлуке коју доноси, будући да правне одредбе овлашћују контролоре уставности да утврде да је оспорени акт уставан или неуставан тј. не постоје правни разлози који оправдавају давање једног и обавезујућег тумачења (норме) које је у складу с уставом. Њима се елиминише простор слободног одлучивања надлежних органа у којем они могу да одлуче о значењу јер се утврђује како дата законска одредба *мора* да се тумачи. Посебно се давањем обавезујућег тумачења елиминише дискрециона оцена редовних судова при одлучивању у конкретним случајевима.

Суштински се уставносудским интерпретативним одлукама спорно значење претвара у неспорно, па свако одступање редовног суда од норме до које је дошао контролор уставности представља неуставан чин. Интерпретативне одлуке представљају задирање у надлежности законодавца утолико што њима уставни суд може да суштински мења постојеће право у материјалном смислу, што је и законодавац могао да учини аутентичним тумачењем, ако су постојала неслагања у вези са значењем, али се задире и у институционалну улогу редовних судова, и то двојако. Прво, највиши редовни суд – врховни суд, има институционалну улогу да уједначава судску праксу; и друго, институционална улога судија редовних судова је да тумаче право у конкретним спорним случајевима. Такође, уставни суд је тумач и заштитник устава, а редовни судови су тумачи и заштитници закона, али анализирани модалитет уставног судовања се не уклапа у ту „поделу рада“.

Услед давања тумачења које је у складу с уставом се подела функција државне власти релативизује на рачун редовног судства, у настојању да се остваре легитимни циљеви које сумарно можемо да искажемо као очување одредбе коју је донео законодавац. Али нпр. одлука шпанског контролора уставности показује да значење речи „довољно“ може суштински да измени смисао законског текста кад се разуме као подобност, а да притом не постоје правни разлози који то оправдавају. Иако се контролори уставности позивају на то

[608] Одлука VfSlg 16.929/2003 је доступна на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09969372_02G00208_00/JFT_09969372_02G00208_00.html*, последњи приступ 15. априла 2023. О томе да ли тумачење Уставног суда може да буде аутентично или само „ауторитативно тумачење с дејством аутентичног тумачења“, вид. Gamper 2015, 433 фн. 41. Шмит истиче да сваки орган који тумачи спорни текст закона даје у ствари аутентично тумачење и поступа као законодавац, док орган који отклања сумње у значење вишезначне уставне одредбе поступа као уставотворац. А суштина пресуде, сматра Шмит, није у квалитетној и дугој аргументацији, него у „ауторитативном отклањању сумње која произлази из више могућих и контрадикторних аргументација“ (Schmitt 2015, 117–118).

да јасно формулисане законске одредбе спречавају давање тумачења у складу с уставом, реч је о пријемчивој прокламацији која се не реализује увек и нужно.[609]

3.5.2.2. Додавање, мењање и сужавање нормативног садржаја законске одредбе

Уставни суд Италије често доноси одлуке којима се правном тексту „мења нормативно значење тако што се редукује или проширује поље примене, а да се притом не стварају нове норме“ (Parodi 2011, 609). Реч о тзв. *манипулативним одлукама* којима суд из правног текста „изводи значења сагласна уставу“, с тим да понекад „само елиминише с уставом неспојива значења, формално не дирајући текст“, а некад се и дописује оспорени закон (Spigno 2018, 463). Три врсте одлука се подводе под манипулативне одлуке, а то су: додавајуће, супституишуће и аблативне (одлуке делимичног прихватања неуставности).[610]

Супституишућим одлукама се оглашава одређени правни текст неуставним јер се њим уместо решења А прописује решење Б. Додавајућим одлукама се исправља пропуст законодавца јер се оглашава неуставном одредба А зато што се у њој не налази део текста који је *conditio sine qua non* за њену уставност. Док додавајуће одлуке подразумевају да се на постојећу одлуку додаје нешто ново тј. довршава се посао који је, по оцени уставног суда, неуспешно започео законодавац, дотле супституисање законодавца значи да уставни суд уместо постојеће одлуке и политичког решења које је одабрао законодавац намеће ново, уставу саобразно, решење. Аблативним одлукама се одредба сматра неуставном зато што прописује више него што би требало, па се тај „вишак“ укида/поништава и нормативни садржај одредбе се редукује.

Иако аблативне одлуке нису парадигматичан пример уставносудског активизма (у смислу концептуалног одређења које се заступа у овом раду), ипак се у доктрини анализирају заједно с додавајућим и супституишућим будући да све три италијанска доктрина сврстава у исту категорију тј. манипулативне одлуке, па ћемо и на њих да се кратко осврнемо.[611] Будући да супституишуће одлуке представљају нарочито важан појавни облик уставносудског активизма, о њима ћемо да говоримо у посебном одељку који је посвећен супституисању законодавца и привременом законодавству.

Аблативне одлуке су оне којима суд утврђује неуставност одређене одредбе у оном делу у којем та одредба нешто прописује, иако то не би требало да прописује. Дакле, неуставност се код ових одлука санкционише тако што се оглашава неуставним одређени део правног текста, а не правни текст у целини. Код аблативних односно одлука делимичног прихватања се утврђује неуставност одређених делова правног текста (одредбе), али не и неуставност одредбе у целини, због чега оне и јесу одлуке делимичног прихватања (Parodi 2011, 609). Пример би била одлука Уставног суда Италије 63/1966 у

---

[609] Дајовић истиче да је неспорно да контролор уставности ствара или допуњује постојеће право кад у својој одлуци од могућих значења законске одредбе једно до њих означи као значење које је у складу с уставом односно уставним принципима. Вид. Dajović 2022, 261 фн. 67.

[610] Пароди у одлуке којим се утврђује делимична неуставност правне одредбе убраја и одлуке којима се та уставност утврђује, али се уопште не дира у текст уставне одредбе. Палацо истиче да контролор уставности одлукама делимичног прихватања, додавајућим одлукама и супституишућим одлукама врши законодавну функцију развијајући право изван оквира правног текста (Palazzo 2020б, 52–54). Додавајућим и супституишућим одлукама се контролор уставности упушта у „исправљање одлука парламента“ (Bifulco, Paris 2020, 479).

[611] О разликама између интерпретативних и манипулативних одлука вид. Parodi 2011, 610.

којој се одлучивало о уставности одредаба италијанског Грађанског законика које су се односиле на застарелост.[612] Уставни суд констатује да институт застарелости није противан уставу, али да је одредба Грађанског законика неуставна само у оном делу којим се дозвољава да тече застарелост док траје радни однос. Остатак те правне одредбе је у складу с уставом и остаје на правној снази.

Осим тога, пример би била и одлука 11/1979 у којој је утврђена неуставност закона у оном делу у којем се предвиђа да ће говорници на скупу који се одржава на јавном месту да буду кажњени уколико знају да одржавање тог скупа није пријављено надлежним органима.[613] Одредба је у том делу неуставна будући да се њом крши члан 36 Устава Италије којим се гарантује слобода говора.

Међу тзв. манипулативним одлукама нарочит значај имају *додавајуће одлуке*, а то су оне којима се утврђује неуставност неке правне одредбе не зато што она нешто прописује, него зато што нешто *не* прописује.[614] Њихова је суштина у томе да се уставни суд не зауставља на констатацији неуставности, него уочену уставну мањкавост сам „исправља“ тако што спорној одредби „додаје“ недостајући део формулације како би она, тако допуњена, била у целости саобразна уставу. Дакле, уставни суд интервенише и „уноси нову норму у правни систем“ чиме се претвара у „творца правних правила и обавља послове који су у италијанском систему резервисани готово искључиво за парламент (Spigno 2018, 459).

Приметно је да се додавајућим одлукама флагрантно ствара право које не одговара језички исказаној вољи законодавца, али ни институционалној улози уставног суда. Другим речима, додавајућим одлукама се у правни систем „уносе правила која се не могу пронаћи ни у једном законском тексту“ (Groppi, Spigno 2017, 523). Овакве одлуке Спиньо поима као „додатни механизам“ којима се скривени садржај устава чини видљивим (Spigno 2018, 459), док Гало истиче да такве одлуке немају непосредно правно дејство него су пре упозорење законодавцу (Gallo 2011, 119). За Гропи су додавајуће одлуке „једини начин да се заштити нарушена уставна вредност“ (Groppi 2008, 108). Дакле, код додавајућих одлука одредба ће да буде сагласна уставу само ако се њој дода одређени део тј. текст, а тај корак више ка уставности предузима управо уставни суд и тако исправља пропуст законодавца тј. уместо законодавца одлучује о спорном питању.[615]

Уставни суд није више само негативни законодавац него „стваралац правних норми“ чиме „задире у простор који италијански уставни систем додељује законодавцу“ (Spigno 2018, 479). Спиньо истиче да такво одлучивање ипак „није чисто стварање права“ односно уставносудске одлуке „не губе судски карактер“, него су додавајуће одлуке „инструмент којим Уставни суд открива невидљива значења“ (Spigno 2018, 481). Неспорно је да су у питању судске одлуке у формалном смислу, али тешко да може да се назове правним

[612] Вид. одлуку 63/1966 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1966&numero=63&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. јула 2023.

[613] Вид. одлуку 11/1979 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1979&numero=11&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023.

[614] Стоун Свит истиче да уставне судове можемо описати као „специјализоване законодавне органе, а оцену уставности треба разумети као једну фазу у изради закона“. Вид. Stone Sweet 2002, 61.

[615] Мада се немачки контролор уставности редовно позива на дискреционо право законодавца, упитно је колико сам Савезни уставни суд следи сопствену прокламацију. Вид. о томе Hailbronner, Martini 2017, 372.

расуђивањем интервенисање уставног суда нпр. у одређивање распона казне за кривично дело.

Пароди (Parodi 2011, 613) истиче да додавајуће одлуке могу да поприме различиту форму с обзиром на то како је диспозитив формулисан, па говори о додавајућим одлукама с: (1) прецизним диспозитивом (имају ефекат стварања нове норме која може одмах да се примени без додатног одлучивања законодавца), (2) неодређеним диспозитивом (надлежним органима се оставља одређени простор за слободно одлучивање)[616] и (3) генеричким диспозитивом (разликују се од одлука којима се прокламују принципи будућег законодавног одлучивања по томе што треба да усмере и законодавца и судије редовних судова који, док се правна празнина не попуни законом, имају одлуку уставног суда као основ за одлучивање у конкретним случајевима).[617]

Историјат додавајућих одлука почиње у Италији 1967. године када се расправљало о уставности одредбе Законика о кривичном поступку у одлуци 151/1967.[618] Утврђена је неуставност одредбе тог закона зато што њим није било предвиђено да се у случају ослобађајуће пресуде у њој наводи било шта осим чињенице да се кривично дело није догодило односно да оптужени није учинио то дело. Подносиоци захтева за оцену уставности су сматрали да се таквом одлуком крши чл. 24 Устава Италије (право на одбрану) јер се у пресуди не наводи шта је стављено на терет оптуженом, нити се наводе докази који су показали да оптужени није учинио кривично дело, нити се наводи да је оптужени саслушаван. Уставни суд је нагласио да оптужницом може да се наруши дигнитет грађанина који је оптужен исто као и пресудом, те да је одредбама оспореног закона „законодавац стао на пола пута“. Спиньо истиче да додавајуће одлуке представљају „ефективно попуњавање правних празнина“, с тим да под празнинама подразумева како нерегулисање, тако и непотпуно регулисање и додаје да такве одлуке јесу додавање „нових нормативних фрагмената који се изводе из устава“ (Spigno 2018, 465).[619]

Савезни уставни суд Немачке је утврдио да уставни принципи не забрањују судији да развија право и да је задатак правосудних органа да, имајући у виду брзу промену друштвених околности и ограничене могућност реаговања законодавца, те ширину бројних одредаба, прилагоде важеће право новонасталим околностима (BVerfGE 96, 375 т. 394). Управо у служби остварења тог циља се доносе тзв. додавајуће одлуке.[620] Притом, немачки

---

[616] Пример би била одлука Уставног суда Италије 27/1975 (доступна на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1975&numero=27&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023) у којој је оглашена неуставном одредба Кривичног законика у делу у којем се њом не предвиђа да се трудноћа може прекинути уколико би њен наставак био кобан по здравље мајке. Законодавцу је остављено да обезбеди мере предострожности којима ће се спречити абортус без озбиљних истрага о опасности по мајку, ако би се трудноћа наставила. Вид. о томе и Dengler 2001, 373.

[617] Вид. Parodi 2011, 615–616. Вид. одлуку 143/1997, доступна на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1997&numero=143&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023.

[618] Вид. одлуку 151/1967 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1967&numero=151&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023.

[619] Неки аутори сматрају да додавајуће одлуке имају два аспекта – укидајући и интегративни, с тим да укидајући аспект делује *erga omnes*, док интегративни аспекат претендује да буде смерница органима у примени одредаба. Вид. Parodi 2011, 613.

[620] У случају додавајућих одлука „уставни суд замењује скупштину у улози ревизије устава“. Вид. Blanco de Morais 2020, 124.

контролор уставности наглашава да судија не сме да „пренебрегне значење и сврху права које је одредио законодавац“ јер је судијски задатак ограничен на то да такво значење и такву сврху „што поузданије примени у промењеним околностима“, а то значи да се „проширује поље примене већ познатог тумачења“, чиме се „не утиче на надлежност законодавца да одреди сврху“ (BVerfGE 96, 375 т. 394).[621]

На другом месту (BVerfGE 4, 219, т. 47)[622] Савезни уставни суд наводи да законодавни орган (а не судови) мора да избалансира опште интересе, што захтева разматрање бројних економских, друштвених и политичких фактора. Иако је овакав поглед на институционалну улогу и начин расуђивања законодавца (политичко расуђивање) несумњиво тачан, ни сам Савезни уставни суд није доследан у заузимању оваквог става будући да понекад његове одлуке изгледају као парадигматичан пример политичког расуђивања којим се преиспитује оптималност одлука законодавца које су донесене на основу његове политичке процене.

Додавајуће одлуке се темеље на два начела: *tertium comparationis* и начело логичке консеквентности тј. нужности. У одлуци 2/1998[623] Уставни суд Италије у вези с додавајућим одлукама истиче да се оне темеље на начелу *tertium comparationis* које подразумева да одређени објекти који се доводе у везу имају нешто заједничко. Примера ради, ако професор студенту након лошег одговара на испиту и професоровог утиска да је студент учио, али недовољно, каже да је понављање мајка знања, онда су објекти који се пореде студентово припремање за полагање испита и знање. Овде би *tertium comparationis* био узрок доброг или лошег одговора на испиту. Да је студент благовремено почео да учи и да је поновио испитну материју више пута, положио би испит. Или, ако узмемо правнички пример, и тешко убиство и убиство из нехата су појавни облици који се подводе под исти *tertium comparationis*, а то је лишење живота.

У погледу одлуке о висини затворске казне за различите облике убиства, ово начело налази свој одраз у томе што су нпр. и обично убиство и убиство на подмукао начин истоветна кривична дела у свему, осим у начину извршења, што имплицира да то мора да нађе одраз и у запрећеној казни. У праву је начело *tertium comparationis* у ствари еманација уставног начела једнакости и оно омогућује, како Уставни суд Италије у одлуци 383/1992 каже, „враћање општем правилу које је неосновано дерогирано посебним правилом“.[624] У одлуци 322/1998 Уставни суд је одлучивао о уставности правила којима су регулисани рокови застарелости за тужбу против директора компанија.[625] Спорно је било то што су за различите врсте привредних друштава била предвиђена различита правила која прописују кад рок застарелости мирује. Одлучујући о захтеву за оцену уставности, Уставни суд је закључио да је неједнак третман „потпуно лишен било ког разумног оправдања“ и самим тим је огласио неуставним оспорене одредбе.

---

[621] Вид. одлуку BverfG 96, 375, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv096375*, последњи приступ 20. априла 2023.

[622] Вид. одлуку BVerfGE 4, 219, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv004219.html#234*, последњи приступ 11. априла 2022.

[623] Вид. одлуку 2/1998 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1998&numero=2&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[624] Вид. одлуку 383/1992 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1992&numero=383&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[625] Вид. одлуку 322/1998 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1998&numero=322&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

Начело логичке консеквентности тј. нужности је Уставни суд Италије описао у својој одлуци 109/1986 наводећи да је додавајућа одлука допуштена „само ако одговарајуће решење не представља резултат дискреционе оцене, него је нужна последица начела уставности због чега Суд одлучује онако како налаже логичка нужност".[626] Гропи истиче да ово начело значи да је норма коју намеће Уставни суд „имплицитно садржана у датом нормативном контексту" (Groppi 2008, 108). Цитираном одлуком се апострофира да је интервенција Уставног суда недопустива уколико се појави „плуралитет решења која произлазе из различитих вредновања јер тад избор између њих припада само законодавцу".[627] Тад би „суд морао да обавља посао који одговара законодавној функцији, што му очито није дозвољено".

Тај вид (декларативног) судијског уздржавања је исказан и у одлуци 70/1994 у којој се одлучивало о одлагању извршења казне затвора за лица која су ХИВ позитивна, а Уставни суд Италије је навео да о моменталном извршавању те казне или одлагању извршења једино законодавац треба да одлучи, будући да из устава не произлази логичка консеквентност решења за тај случај, али напомиње да је пожељно да законодавац уреди то питање и да мора да се води рачуна не само о генералној, него и о специјалној превенцији.[628] Ипак, наведени и слични ставови уставних судова у вези с очувањем простора слободног одлучивања законодавца се не поштују увек, а кад би њихова доследна примена постојала, не би било излета у институционалну улогу законодавца, а самим тим не би било ни судског активизма.

У пракси Уставног суда Италије се одлучивало и о питању уставности одређених кривичних дела, с тим да се у неким одлукама поштовало начело строге законитости, а у другим је контролор уставности кориговао законодавца без обзира на то што је у једној одлуци утврдио да је „у кривичним стварима забрањено доношење додавајућих одлука" (одлука 440/1995, т. 3.4). У одлуци 42/1977 се одлучивало о уставности одредбе Кривичног законика Италије према којој кривично дело клевете може да буде учињено само путем штампе, али не и другим средствима, у конкретном случају путем телевизијских вести.[629] Подносилац захтева за оцену уставности је тражио да Уставни суд донесе додавајућу пресуду и прошири кривично дело и на клевету учињену путем телевизијских вести.

Ипак, Уставни суд је констатовао да о том политичком питању може да одлучује само законодавац, чиме је овај орган само применио уставну одредбу. Наиме, чланом 25 Устава Италије се утврђује да нико не може бити оптужен за дело које није било *законом*

---

[626] Вид. одлуку 109/1986 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1986&numero=109&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023. Неки аутори истичу да је контролор уставности овлашћен да мења закон (путем додавајућих и супституишућих одлука) само уколико „устав обавезује законодавца да усвоји одређено правило" тј. кад му „одређује курс одлучивања и не даје законодавцу поље слободне процене" (Bifulco, Paris 2020, 480).

[627] По оцени неких аутора, и овакво одлучивање је проблематично јер контролор уставности „суштински одлучује да је дошло до повреде устава", али наводи да „нема овлашћење да поправи уочену мањкавост" због честа неуставна одредба остаје у правном поретку. Вид. Bifulco, Paris 2020, 480.

[628] Вид. одлуку 70/1994 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1994&numero=70&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[629] Вид. одлуку 42/1977 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1977&numero=42&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

предвиђено као кажњиво и то пре него што је учињено.[630] У датом случају, јасно је да чак ни формално одлука Уставног суда није закон, па контролор уставности наводи да „не може заменити законодавца, а поготово законске одредбе предвиђене за једну ситуацију проширити на другу ситуацију која је објективно друкчија".

С друге стране, у одлуци 108/1974 Уставни суд Италије је поништио одредбу Кривичног законика у делу у којем се њом не прописује да се кривично дело подстицања мржње између друштвених слојева „врши тако да изазива опасност по јавни мир". По мишљењу Уставног суда, без таквог прецизирања бића кривичног дела се крши уставом загарантовано право из чл. 21 Устава – право на слободу говора.[631] Дакле, уставносудском интервенцијом је проширено биће кривичног дела, додавањем последице као новог елемента (последично кривично дело). У кривичноправну сферу, карактеристичну по строгој примени начела законитости, Уставни суд је интервенисао и одлуком 222/2018, утврдивши да су, у вези с кривичним делом које се односи на лажни стечај, неуставне споредне санкције (десетогодишња забрана вршења привредних активности и забрана чланства у извршним одборима компанија) које се аутоматски изричу уз главну казну.

Значајно је да напоменемо да је о истом предмету Уставни суд Италије већ раније одлучивао (одлуке 134/2012 и 208/2012) и оба пута је донео одлуку о одбијању захтева за оглашавање те одредбе неуставном.[632] Аргумент Уставног суда у те две одлуке је био да италијански Устав не предвиђа обавезујуће решење у том случају и зато се мора препустити законодавцу да реагује, јер би се у супротном прекорачиле надлежности Уставног суда.

Ипак, у одлуци 222/2018, Уставни суд Италије истиче да „фиксно трајање споредних казни" није сагласно „уставним начелима у погледу кажњавања, а посебно с начелом сразмерности и индивидуализације" (т. 7). У овој одлуци италијански контролор уставности признаје да одређивање санкција представља дискреционо право законодавца, али оно „досеже границу у очигледној неразумности законодавних избора" (политичко расуђивање контролора уставности) јер се њом крши начело сразмерности и устаљено правило по којем законодавац прописује распон казне и омогућује судији индивидуализацију и остварење „дистрибутивне правде која захтева диференцијацију, а не униформност".

---

[630] Савезни уставни суд Немачке је констатовао да у кривичноправној материји начело правне сигурности налаже не само да се за кривично дело кажњава само ако је оно прописано законом као кажњиво пре него што је учињено, него оно искључује и било какву примену аналогије односно проширење примене ван садржаја законске норме. Вид. BVerfGE 71, 108 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv071108*, последњи приступ 23. априла 2023.

[631] Вид. одлуку 108/1974 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1974&numero=108&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 23. априла 2023.

[632] Једна од могућности које су Уставном суду Италије предлагане у вези с тим је да донесе додавајућу одлуку и да реч „до" допише пре фиксног износа споредне казне, али је Уставни суд то одбио. Вид. одлуку 134/2012 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet? anno=2012&numero=134&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 5. јула 2023, а одлуку 208/2012 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2012&numero=208&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 23. априла 2023.

Уставни суд у одлуци 222/2018[633] наводи да је „корективна интервенција судија могућа“, уколико се покаже да је (1) санкција очигледно неразумна и ако се (2) законодавчево решење може заменити „на основу прецизних референтних тачака које већ постоје у законима“, чиме се доприноси очувању начела сразмерности (222/2018, т. 8.1). Одлуком 236/2016 наглашава се да је „дозвољено мењати изборе законодавца у погледу трајања санкција“, али не ради задирања у дискреционо право законодавца, него ради благовременог „елиминисања правне недоследности“ (начело економичности/ефикасности као ванправни аргумент) и реализације начела конзистентности.[634] Даље, Уставни суд Италије наводи у одлуци 222/2018 да се његовом одлуком не задире у дискреционо право законодавца јер он увек има могућност да интервенише и утврди друкчије решење које сматра пожељнијим, под условом да поштује уставна начела (222/2018, т. 8.1).

Уставни суд је кориговао неуставност тако што је сматрао подесним решења која су предвиђена у два кривична дела „Прости стечај“ и „Злоупотреба кредита“, за која је предвиђено да судија одређује казну у трајању *до* две односно три године. Зато је Уставни суд Италије заменио законско решење својим решењем и утврдио да споредна санкција тј. забрана привредних активности и чланства у извршним одборима траје *до* десет година,[635] утврдивши да се то „уклапа у логику коју је следио законодавац“ (222/2018, т. 8.4). Стога, постојећем законском решењу у вези са споредном санкцијом додат је „недостајући“ оличен у речи „до“ чиме је фиксни износ претворен у посебни максимум тј. распон који може, али не мора да износи 10 година.

Слично, одлуком 40/2019 Уставни суд Италије је утврдио да је неуставна казна затвора од најмање осам година за кривично дело трговине наркотицима јер би требало да се пропише казна затвора у минималном трајању од *шест* година затвора, будући да то „произлази из одредаба које се већ налазе у правном систему код осталих кривичних дела која се односе на наркотике“ (т. 5.3). На тај се начин, наводи Уставни суд, следи логика законодавца. Васино истиче да су овакве одлуке израз „нове врсте активизма… и конкретног интервенционизма“ које је развио Уставни суд Италије а којима се „пропусти законодавца рачунају као објективан критеријум за легитимне судске радње које су мање ограничене традиционалним процедуралним разлозима“ (Vasino 2021, 13, 15).

Додавајућим одлукама уставни суд задире у надлежност законодавца утолико што законска решења „надограђује“ недостајућим делом, с циљем да односне одредбе закона буде у целости уставне. Таквим модалитетом одлучивања, контролор уставности напушта своју институционалну улогу и преиспитује политички избор законодавца тј. преиспитује оптималност (а не само уставност) средстава које је законодавац одабрао за остварење уставом постављеног циља. Анализиране одлуке су показале да мноштво ванправних аргумената има одлучујуће место у уставносудском расуђивању, нпр. аргумент разумног оправдања, очигледна неразумност избора, дистрибутивна правда, ефикасност односно благовременост итд. Узимајући то у обзир, јасно је да није реч о правном, него о политичком расуђивању.

---

[633] Овај став је Уставни суд Италије првобитно заузео у одлуци 236/2016.

[634] Вид. одлуку 236/2016 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2016&numero=236&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 23. априла 2023.

[635] Дакле, Уставни суд је 2018. године прихватио захтев који је 2012. године одбио.

Нарочито је индикативно то што се Уставни суд Италије, позивањем на широко формулисане уставне одредбе, упушта у политичко расуђивање и у кривичноправној материји, специфичној по строгој примени начела законитости. Италијански контролор уставности је својим одлукама мењао биће кривичних дела, распоне прописаних казни и расуђивао аналогно о кривичноправним питањима, чиме је еклатантно задирао у политичке изборе законодавца и испитивао оптималност законских решења. Такав модалитет резоновања је узроковао да се уставносудским одлукама постојеће право мења, с циљем да се одстране „правне недоследности“ и следи логика коју је сам законодавац установио, а што су за Уставни суд легитимни циљеви.

3.5.2.3. Стварање правног оквира за законодавно одлучивање

Неретко текст устава пружа само „опште смернице“ тј. не даје прецизно упутство о томе „како доћи до одредишта“ тј. значења уставног текста (Barak 2005, 375). Одлукама којима се ствара правни оквир за нормативну делатност законодавца се уставне смернице прецизирају тако што се образлаже значење уставног текста, а затим се законодавцу препушта да у оквиру њих настави нормативну делатност и ово „несумњиво представља одређени облик мешања у законодавну аутономију легислативе“, будући да се не указује на то да је разумно регулисати неко питање, него се „указује на оптималан начин регулисања или чак на садржај оптималне регулативе“ (Florczak-Wątor 2020a, 262).[636] Стога, први корак у нормативном регулисању чини уставни суд, а онда у тим оквирима преостали нормативни посао предузима законодавац.

Атјенза разматра улогу уставних судова и законодавца у односу на уставне принципе и закључује да уставни судови имају задатак да одлуче у случају колизије два принципа (тј. треба да пондеришу принципе), а једино законодавац може да донесе одлуку на основу принципа који имају улогу смерница јер то „подразумева врло висок степен дискреционог одлучивања“. Улога уставних судова у односу на одлуку законодавца којом је прецизиран усмеравајући принцип је „оцењивање правилног спровођења пондерисања, а не само пондерисање“ тј. задатак контролора уставности је „проверавање да ли су прописане границе прекорачене“ (Atienza 2007, 214).

Не треба занемаривати значај уставносудског прописивања оквира за нормативну делатност законодавца, будући да став уставног суда није проста препорука и није потпуно уздржавање од задирања у слободу одлучивања законодавца, иако може да буде мање или више прецизан оквир за будуће одлучивање. Дакле, код постављања правног оквира законодавцу, уплив уставног суда у политичке изборе законодавца је мање изражен него нпр. код супституисања законодавца, али је неминовно да уставносудски утицај постоји. Оквир који постави уставни суд обавезује законодавца и ограничава га бар у некој мери у прављењу политичких избора, а несумњиво га ограничава више него онај принцип који контролор уставности уопште није протумачио.

---

[636] Сходно чл. 46 Закона о Уставном суду Мађарске, кад контролор уставности, у поступку који се води при вршењу његових надлежности, уочи пропуст законодавца (неизвршавање обавезе из међународног уговора, недоношење закона иако за то постоји изричита обавеза, непотпун суштински садржај регулативе који може да се изведе из Основног закона) који представља повреду Основног закона Мађарске, обраћа се парламенту и захтева да се пропуст исправи и поставља му временски оквир за то. О уставносудском давању смерница законодавцу и Florczak-Wątor 2020a, 262–263.

У Аустрији је одлукама Уставног суда развијен *правни оквир* за вршење послова суверене власти од стране приватних организација. Одлукама у вези с тим је предвиђено да се то преношење врши на бази принципа рационалности, ефикасности и законитости; могу се пренети само поједини послови суверене власти, а не сви послови из ње;[637] држава мора да обезбеди ефикасне механизме заштите; поједини послови суверене власти уопште не могу да се пренесу (попут унутрашњих послова). Све то је Уставни суд позиционирало у ранг значајног учесника „процеса стварања политике и важног политичког фактора“ (Lachmayer 2011, 260). Кроз четири одлуке је аустријски контролор уставности установио „обавезан оквир“ за приватизацију државних послова чиме је интервенисао у „законодавну функцију и владину политику“ будући да је „дефинисао функције и задатке саме државе“ и „створио ново схватање устава“ наметнувши га осталим институцијама (Brewer-Carias 2011, 66). Можда о утицају Уставног суда Аустрије на обликовање уставног система највише говори то да су све те смернице из уставносудске праксе постале део аустријског уставног права преко уставних амандмана.

Понекад Уставни суд Италије доноси одлуке којима у правни живот уноси новине тако што прокламује принципе на којима би законодавац требало да нормативно уреди одређену област друштвеног живота. У *одлукама којима се утврђују принципи за законодавно одлучивање*, Уставни суд увиђа „постојање празнине коју треба попунити, али истовремено напомиње да би сопственом интервенцијом посегнуо у законодавчеву надлежност“ (Spigno 2018, 476).[638] У односу на додавајуће одлуке, оличене у томе да је законска одредба неуставна зато што нешто не прописује, због чега се мањкавост исправља додавањем недостајућег дела, Уставни суд код ове подврсте додавајућих одлука проглашава одређене принципе које би законодавац требало да разради, чиме се измирује потреба да се огласи неуставност с очувањем слободе одлучивања законодавца (Spigno 2018, 477; Groppi 2008, 108). Дакле, кад се утврђују само принципи будућег законодавног одлучивања, реч је о много мањем степену задирања у слободу одлучивања законодавца неголи у случају додавајућих одлука.

Пароди истиче да се кроз прокламовање принципа будућег закона не уводе „прецизне или самопримењиве норме у правни систем“, него се препушта законодавцу да попуни неуставну правну празнину (Parodi 2011, 614). Васино истиче да су ово одлуке којима треба да се воде и законодавац али и судови у расуђивању (Vasino 2021, 3), тј. овакве одлуке су „оријентир законодавцу“, али и критеријум за одлучивање редовним судовима „док се чека измена закона“ (Bifulco, Paris 2020, 480). Пример би била одлука 420/1991 у којој је оглашена неуставном одредба којом се прописује одговорност друмског превозника за штету насталу услед губитка или оштећења ствари које се превозе, и то у оном делу у којем се том одредбом не предвиђа „механизам за ажурирање горње границе накнаде“ јер је то један од критеријума за оцену адекватности надокнађене штете (т. 5).[639]

---

[637] Вид. одлуку VfSlg 14.473/1996 на: *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10039686_94B02113_00/JFT_10039686_94B02113_00.html*, последњи приступ 27. априла 2023.

[638] Ове одлуке су појавни облик настојања да се „измири заштита устава с поштовањем поља слободне процене законодавца“, а њима контролор уставности „обавезује законодавну власт да исправи неуставност закона, избегавајући да замени законодавца“ (Bifulco, Paris 2020, 480).

[639] Вид. одлуку 4208/1991 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1991&numero=420&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 27. априла 2023.

Слично, италијански Уставни суд је у одлуци 497/1988 огласио неуставном одредбу којом се прописује право на накнаду за незапослене у износу од 800 лира дневно, а неуставност се огледа у томе што није предвиђен механизам усклађивања тог износа тако да буде адекватан чл. 38 Устава који предвиђа право за незапослене тј. „одговарајућа средства за животне потребе“. С обзиром на могућност смањења куповне моћи новца, на законодавцу је да осмисли механизам којим ће да прилагоди висину накнаде уставној одредби.[640] У неким додавајућим одлукама, неуставност почива на томе што се законом не предвиђа одговарајући поступак. Примера ради, одлуком 339/2009 утврђена је неуставност одредаба због тога што региони нису укључени у процедуру доношења одговарајуће уредбе и зато што се не прописује обавеза надлежног министарства да прибави мишљење Конференције државе и региона. У складу с тим, Уставни суд Италије је констатовао да се на „начелу лојалне сарадње“ (т. 4–5) мора уредити односно питање.[641]

Крајем 2018. године Уставни суд Италије је одлучивао о уставности одредбе Кривичног законика која се односила на потпомогнуто самоубиство (одлука 207/2018).[642] Након саобраћајне несреће, Фабо је постао тетраплегичар и услед тога је одлучио да оде у Швајцарску како би у једној клиници био подвргнут потпомогнутом самоубиству. Њега је до Швајцарске одвезао Капато који је, иначе, био јавни заговорник легализације потпомогнутог самоубиства. Након што је Фабо преминуо у клиници, Капато се вратио у Италију и пријавио се италијанским карабинијерима, с крајњим циљем да пред Уставним судом оспори уставност одредбе италијанског Кривичног законика који је прописивао кривично дело у вези с помагањем при самоубиству.

Редовни суд је сматрао да је упитна уставност одредбе којом се предвиђа инкриминисање помагања у самоубиству, чак и уколико окривљени за помагање није допринео доношењу одлуке преминулог или јачању решености лица које је извршило самоубиство. Уставни суд Италије је истакао да се инкриминисање потпомогнутог убиства начелно не може сматрати противуставним, али да се мора водити рачуна о стању лица којем се помаже при самоубиству. Контролор уставности наводи да је важно да здравствено стање жртве карактерише стање апсолутно неподношљивог бола, али и његова способност да слободно донесе одлуку на основу расположивих информација. У таквим условима учествовање трећег лица које потпомаже у самоубиству могло би да се поима као „једини излаз за очување достојанства личности и спречавање вештачког одржавања у животу“ лица, кад било какав покушај лечења не може дати резултате (одлука 207/2018, т. 8).

Уставни суд наводи да важеће законодавство омогућује таквим лицима да од трећих лица – лекара – траже да се прекине њихово лечење (Закон бр. 219/2017) чиме се штите уставна права на живот, здравље, достојанство и самоопредељење личности. Тим законом је предвиђено да лице које је психички способно може да одбије лечење или било коју

---

[640] Уставни суд Италије је прогласио неуставним и неке одредбе којима се не испуњавају стандарде из праксе Европског суда за људска права, попут одлуке 348/2007 у вези с висином накнаде за експроприсање. Вид. одлуку 348/2007 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=348&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[641] Вид. одлуку 339/2009 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2009&numero=339&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[642] Вид. одлуку 207/2018 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2018&numero=207&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

терапију,[643] макар она била нужна за преживљавање, а лекар мора да болеснику предочи све последице, али и алтернативе које су доступне. Законом бр. 219/2017 се прописује да је лекар дужан да поштује вољу пацијента, али се њим не дозвољава лекару да има активну улогу у убрзавању процеса умирања, па је пацијент „приморан на спорији процес који не одговара његовој визији достојанствене смрти, чиме се наноси патња и његовим ближњим", наводи Уставни суд (одлука 207/2018, т. 9). Ипак, Уставни суд је утврдио да постоји низ питања у вези с тим која би требало да реши парламент, али је *утврдио одређене смернице* и навео алтернативе који би требало да парламент размотри како би омогућио болесницима да достојанствено живе до краја живота.

Одлучено је да се одложи доношење коначне одлуке до наредне године,[644] како би законодавац реаговао у складу са ставовима које је Уставни суд навео у одлуци,[645] а навео је и упоредноправна решења канадског и британског врховног суда који су слично поступили. Укључивањем законодавца у решавање проблема се трасира пут да се исправи неуставност, али се једновремено спречава правни вакуум који би настао у случају поништавања. Будући да парламент Италије није никакве кораке предузео да отклони неуставност, Уставни суд Италије је донео одлуку 242/2019 којом је поништио неуставне одредбе Кривичног законика у вези с потпомогнутим самоубиством.[646]

Која од типичних својства судског активизма могу да се уоче у анализираним одлукама? Прво, стварањем правног оквира за будуће законе се задире у надлежност законодавца, с тим да интензитет тог задирања варира. Ипак, контуре будућег закона које се наводе у судским одлукама нису проста прокламација или необавезујућа препорука, него имају нормативно дејство и, мање или више, ограничавају слободу одлучивања законодавца. Сходно начелу поделе функција државне власти, институционална улога контролора уставности није да наређује законодавцу како треба да одлучује, него само треба да констатује да *in concreto* јесте или није одлучио у складу с уставом. Иако је овај модалитет уставног судовања мањи степен задирања у политичке изборе законодавца него, примера ради, у случају додавајућих одлука, сигурно да није ирелевантан.

Кад ствара правни оквир за законодавно одлучивање, контролор уставности расуђује политички и установљава обавезујућа начела која законодавац треба да прецизира с циљем да закон буде у складу с уставом. Дакле, уставни суд детерминише садржај будућег закона, а законодавцу препушта да постављени оквир попуни конкретнијим решењима. Широко формулисане уставне одредбе представљају импулс за политичко расуђивање уставног суда, с циљем да се постигну легитимни циљеви (нпр. одговарајућа средства за животне потребе незапосленим лицима).

---

[643] Чл. 32 Устава Италије прописује да нико не може да буде приморан на одређену врсту лечења, осим по законским одредбама, те да закон не сме да прекорачи утврђена ограничења и повреди права и достојанство грађана.

[644] Неки аутори наводе да је ова „креативна техника" инспирисана немачким моделом проглашавања неспојивости одређеног закона с уставом (*Unvereinbarkeitserklärungen*)". Вид. Bifulco, Paris 2020, 477.

[645] Вид. о томе и Vasino 2021, 10.

[646] Вид. одлуку 242/2019 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=242&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 27. априла 2023.

3.5.2.4. Привремено законодавство и супституисање законодавца

Мада италијанска доктрина у категорију манипулативних одлука убраја и тзв. супституишуће одлуке (заједно с додавајућим и аблативним), ипак врсте одлуке којима уставни суд неупитно замењује политичке изборе законодавца и намеће нова решења, заврећује да се анализира у посебном одељку.[647]

Супституишуће одлуке су оне које подразумевају да се одредба проглашава неуставном јер се њом прописује једно решење уместо да се пропише друго решење које је у складу уставом, па ту мањкавост одредбе „исправља" уставни суд одлучујући уместо законодавца. Дакле, овим се одлукама неуставним сматра прописано решење А тј. оно које је садржано у правној одредби, док се уставним сматра решење Б које правна одредба не садржи. Притом, уставни суд се не задржава само на констатацији неуставности законског решења и констатовању уставности другог решења, него непосредно *уместо* законодавца доноси формално правни, а фактички акт који садржи политичку одлуку. Тиме контролор уставности, позивајући се на то да је протумачио устав, намеће уставно решење.[648] Дакле, уставни суд у суштинском смислу новелира закон који је усвојио парламент чиме његов акт суштински делује попут закона о изменама оспореног закона. Кад уставни судови постојеће потпуно јасно законско решење мењају другим решењем, за које сматрају да је саобразно уставу, тад одлучују као „секундарни" законодавци и то ћемо да назовемо супституисањем законодавца.[649]

С друге стране, каткад се доносе и одлуке којима се уставни суд уплиће у послове законодавца одређујући нова решења уместо постојећих, али то чини апострофирајући да одлука има привремено дејство тј. важи док законодавац не усвоји ново решење које је у складу с уставом. Тај вид уставносудског активизма ћемо да назовемо привременим законодавством уставног суда. Дакле, у оба случаја уставни судови делају активистички, с тим да супституисање законодавца не подразумева изричито навођење да донесена одлука има привремено дејство, док се код привременог законодавства изричито наводи темпорално дејство одлуке, с тим да је јасно да законодавац мање-више има „слободу" да и

---

[647] Неки аутори истичу да су додавајуће и супституишуће одлуке „најефикаснији инструменти" Уставног суда за „враћање парламента у уставни колосек" (Bifulco, Paris 2020, 481). Ипак, не слажемо се с овим ставом, будући да уставносудско одлучивање уместо надлежног органа (законодавца) није враћање у уставни колосек, него је пре исто или и озбиљније напуштање уставног колосека, имајући да уму да је уставни суд заштитник устава, а не алтернативни законодавац. Ако имамо на уму да устави додељују функцију доношења закона парламент, онда доношење закона *уместо* законодавца није чин заштите устава, него је, *a contrario*, чин непоштовања устава.

[648] Кад уставни суд донесе „заменски закон, а да притом није уставом изричито овлашћен на то, демократске тензије драматично расту", имајући да уму да контролор уставности „уместо законодавца позитивно осмишљава садржај закона". Можда се тиме постиже уставност закона, али једновремено се јавља и повреда устава услед уставносудског преузимања „туђе" улоге коју устав поверава другој грани власти. Вид. о томе Gamper 2015, 439.

[649] Гампер супституишуће одлуке уставних судова доводи у везу с остварењем уставних циљева или одредаба о људским правима које могу да постану оперативне само уколико их законодавац конкретизује преко закона, а ако законодавац то не учини, онда „оно што би иначе изгледало као озбиљно кршење демократије и поделе власти, сматра се легитимним", а то је уставносудско интервенисање кроз доношење одлука уместо законодавца. Вид. Gamper 2015, 429.

формално унесе у закон став контролора уставности. Ове врсте одлука познате су у немачкој уставносудској пракси.[650]

Савезни уставни суд Немачке у неким одлукама супституише законодавца тако што уместо политичке одлуке законодавца намеће друго решење које је, по његовој оцени, у складу с Основним законом, чиме контролор уставности одлучује као да је он сâм парламент.[651] Илустративан пример би била одлука BVerfGE 24, 300 из 1968. године којом је утврђена неуставност одредаба Закона о политичким странкама које се тичу трошкова кампање. Како Комерс и Милер примећују, Савезни уставни суд Немачке „микроуправља финансирањем партија у интересу поштене и равноправне изборне кампање“ (Kommers, Miller 2008, 280).

Позивајући се на 3. (начело једнакости свих) и 38. члан (избори) Основног закона, Савезни уставни суд је утврдио да се оспореним законом крше те уставне одредбе и *уместо* решења које је одабрао законодавац је прописао да: (1) право на јавно финансирање има свака политичка партија која добије 0,5% гласова, а не 2,5% гласова како прописује закон, и (2) компаније које донирају новац политичким странкама морају да то обелодане кад год је донирани износ већи од 20.000 немачких марака, а не само ако је то износ преко 200.000, како је предвиђао оспорени закон. Дакле, законодавац је, сходно слободи свог одлучивања, прописао да право на финансирање има свака странка која освоји више од 2,5% гласова и да обавеза обелодањивања донације компаније некој политичкој партији постоји кад год та донација прелази 200.000.

Уместо тих политичких одлука законодавца, Савезни уставни суд је наметнуо друга решења која је сматрао уставним. У датој одлуци је утврђена неуставност одредбе која се тицала донација политичкој странци јер, како Савезни уставни суд истиче, „несхватљиво је зашто се мисли да ће донација правног лица да има значајан утицај на политичку странку само ако прелази 200.000 немачких марака“, док у случају физичких лица то износи 20.000 немачких марака (BVerfGE 24, 300, т. 357). Суд сматра да за такво неједнако поступање „не постоји разуман аргумент“ (BVerfGE 24, 300, т. 357).

Такође, суд наводи да је износ од 20.000 прихватљив јер се може основано претпоставити да се законодавац водио тим да донација мања од 20.000 обично нема значајан политички утицај. У погледу права на надокнаду трошкова кампање које су, сходно закону, имале само оне политичке странке које су освојиле више од 2,5% гласова на изборима, немачки контролор уставности је заузео став да је тако осмишљена надокнада трошкова „неправедна јер не узима у обзир странке које нису освојиле 2,5% гласова, иако су и оне имале трошкове поводом вођења кампање“ (BVerfGE 24, 300, т. 321). Стога, утврђено је да би било уставно и оптимално да се пропише обавеза надокнаде трошкова свим странкама које освоје више од 0,5% гласова.

Оно што у овој одлуци представља активистичко одлучивање је то што се контролор уставности није зауставио само на констатацији неуставности решења (правно

---

[650] Савезни уставни суд „све више преузима на себе улогу подстицања, захтевања, а понекад и детаљног развијања плана законодавног одлучивања“ тј. неминовно је да има „значајну моћ усмеравања и стварања“ (Farahat 2007, 341–342).

[651] Ипак, непостојање одговарајућег закона не може да се надомести актима других државних органа, нарочито оним који имају судски карактер, будући да би се тиме контролор уставности „трансформисао у позитивног законодавца“. Наведено према: Brewer-Carias 2011, 37.

расуђивање), него је расуђивао политички и супституисао законодавца прописујући супротна решења у односу на политички избор законодавца. Легитиман циљ којем се тежило у овој одлуци је већа транспарентност финансирања политичких партија, као и омогућавање равноправнијег одвијања изборне утакмице тако што би се финансијски помогло и странкама које не остваре добре изборне резултате. Али пожељност циљева којима се тежило, не може да легитимише чињеницу да је контролор уставности очито преузео на себе искључиву надлежност законодавца. Другим речима, одлука законодавца, донесена на основу политичких мерила, била је једна, а онда је Савезни уставни суд, позивањем на широко формулисану уставну одредбу (начело једнакости), политички избор законодавца заменио решењем које оцењује као сматра уставно, разумно, оптимално и једино прихватљиво.

Савезни уставни суд Немачке је супституисао законодавца и у одлуци[652] којом је, противно изричитом тексту немачког Грађанског законика, одлучио да се право на накнаду нематеријалне штете додељује и у случају кршења права на приватност лица. Наиме, новинар је у седмичном магазину *Die Welt* објавио измишљени интервју с иранском принцезом у којем су откривени детаљи из њеног приватног живота. Она је покренула поступак пред редовним судом и додељена јој је накнада нематеријалне штете у износу од 15.000 немачких марака. Словом 253. члана немачког Грађанског законика, новчана накнада нематеријалне штете се додељује само у случајевима који су одређени *законом* (то су, сходно 823 члану Грађанског законика: живот, тело, здравље, слобода, имовинско или *неко друго право*), а дати случај (повреда права на приватност) није био предвиђен законом. Чланом 20, ст. 3 Основног закона је прописано да су судови везани „законом и правом“ (*die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*).

Међутим, Савезни уставни суд Немачке је у датој одлуци утврдио да „право није синоним за писане законе“, будући да изнад писаних норми постоји правда која извире из уставног поретка као холистичког јединства значења и то може имати „корективно дејство у односу на писано право“.[653] Додаје се да је задатак судова да то више право пронађу и примене га при пресуђивању јер „вредности инхерентне правном поретку нису увек или нису прецизно изражене у текстовима закона“. Савезни уставни суд наглашава да „слобода судије да креативно развија закон расте са 'старењем кодификације'“, мислећи на Грађански законик који је био преко 70 година на снази у часу доношења одлуке.

Немачки контролор уставности наглашава да одлука судије не сме да буде плод самовоље, него мора да почива на „рационалној аргументацији“ и мора се показати да односна законска одредба „не предвиђа праведно решење правног проблема“. Тиме се, сматра овај орган, попуњава правна празнина на основу стандарда практичког расуђивања и општеприхваћене идеје праведности (BVerfGE 34, 269, т. IV 1). Дакле, у овој одлуци је Савезни уставни суд признао да је реч о одлучивању на основу ванправних разлога, али је утврдио да је то, под наведеним условима, допуштено.

---

[652] Вид. одлуку BVerfGE 34, 269, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv034269*, последњи приступ 6. маја 2023. Анализу ту одлуке и превод дела одлуке вид. у Kommers, Miller 2008, 165–169.

[653] Тај део у оригиналу гласи: „Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag.“

Штавише, контролор уставности наводи да према важећем Основном закону, судији у принципу није ускраћена могућност да „креативно трага за правом (*schöpferischer Rechtsfindung*)“ тј. да креативно попуњава правне празнине.[654] Притом је посебан значај дат стандардима практичког расуђивања, првенствено правди. Речју, контролор уставности је у одлуци BVerfGE 34, 269 политички расуђивао. Тиме је интервенисао у искључиву надлежност законодавца, односно његово поље дискреционог одлучивања, у настојању да оствари легитиман циљ оличен у заштити приватности, а позивајући се на одредбу Основног закона која помиње закон и *право*, а право није само у писаним актима, по оцени контролора уставност.

Ипак, судска пракса Савезног уставног суда познаје и случајеве кад овај орган није допустио попуњавање правних празнина на основу ванправних разлога, нпр. у случају који се тицао потраживања накнада у случају отказа због стечаја.[655] Наиме, Савезни суд за радне односе је утврдио да ова потраживања имају приоритет, али Савезни уставни суд констатује да су том одлуком „прекорачене границе које се постављају за креативно трагање за правом које прокламује уставни принцип о обавезујућој снази закона“ у члану 20 став 3 Основног закона.[656] И у овој одлуци је Савезни уставни суд констатовао овлашћење судова да „развијају право“, али је утврђено да законодавцу припада надлежност да се стара о остварењу принципа социјалне државе.[657]

Пример супституишуће одлуке италијанског Уставног суда је она у предмету 15/1969 у којој је утврђена неуставност одредбе Кривичног законика Италије будући да се њом прописује да у случају кривичног дела „Непоштовање Републике, уставних институција и оружаних снага“ из члана 290 Кривичног законика Италије, одобрење за покретање поступка мора дати министар правде уместо да се тражи одобрење Уставног суда уколико је учињено непоштовање овог органа.[658] Дакле, Уставни суд је поништио одредбу јер Кривични законик приписује надлежност једном органу уместо да је додели другом органу (тј. самом Уставном суду).[659] Стога, суд је политичким расуђивањем утврдио ко би требало да буде надлежан.

У образложењу ове одлуке се контролор уставности позвао на уставни принцип независности судова (широко формулисана уставна одредба) и констатовао да се он нарушава уколико се министарство укључи у поступак давања одобрења у случају

---

[654] Реч *Rechstfindung* подразумева „трагање за оним што је у складу с важећим правом“, вид. *https://www.duden.de/rechtschreibung/Rechtsfindung*.

[655] Вид. одлуку BVerfGE 65, 182, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv065182*, последњи приступ 6. маја 2023.

[656] Реч је о следећој одредби: Законодавство је везано уставом, а извршна власт и правосуђе законом и правом („Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“).

[657] Кад су судије Савезног уставног суда питане 1972. године да ли је њихов задатак спровођење права или развијање права, а самим тим и креирање политике, само 7% је рекло да је то развијање права. Ипак, одговарајући на исто питање 1983. године, 25% судија је изјавило да њихово одлучивање *примарно* укључује креирање политике. Вид. о томе Landfried 1994, 115. Вероватно би данас огроман проценат уставних судија на идентично питање одговорио да је њихов задатак развијање права.

[658] Вид. одлуку 15/1969 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1969&numero=15&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 8. маја 2023.

[659] Вигорити истиче да су ово посебне врсте одлука које, крајње контрадикторно, назива „обавезујућим сугестијама“ јер оне само „треба да подстакну законодавца да дела“. Вид. Vigoriti 1972, 408.

непоштовања Уставног суда. Други пример је одлука Уставног суда Италије 409/1989 у којој је контролор уставности поништио одредбу истичући да је она неуставна у оном делу у којем прописује казну затвора од две до четири године уместо да пропише распон од шест месеци до две године. Два закона су предвиђала различите казне за кривична дела која се тичу одбијања служења војног рока која су, по мишљењу Уставног суда, једнако тешка, уместо да се за њих пропише једнака казна. Једина разлика између кривичних дела је била у томе што је строжа казна била прописана за кривично дело одбијања служења војног рока због приговора савести. Будући да се Уставом гарантује начело једнакости (широко формулисана уставна одредба), Уставни суд наводи да оно имплицира да једнака казна треба да се пропише за оба кривична дела, без обзира на то из којег је разлога одбијено служење војног рока – приговора савести или неког другог разлога.

Стога, контролор уставности је расуђивао политички мењајући одлуку законодавца о распону казне, и то у кривичном законодавству. Такође, пример би била и одлука 215/1987 која се односи на право особа с инвалидитетом да похађају средњу школу.[660] Уставни суд је утврдио неуставност законске одредбе будући да је њом било прописано да се „особама с инвалидитетом *олакшава* похађање средње школе“, уместо да се пропише да се „*гарантује* тј. *обезбеђује* похађање средње школе“ јер једино се другом формулацијом даје „превентивна и обавезујућа вредност одредби и налаже надлежним органима да не стварају сметње таквом похађању“.

Анализиране одлуке примери су политичког расуђивања не само зато што се политички избори законодавца замењују другим решењима која контролор уставности сматра подесним средствима да оствари уставне циљеве, него и зато што ниједна одредба у датим системима не даје контролорима уставности надлежност да одлучују *уместо* законодавца. Услед очитог задирања у надлежности законодавца, начело поделе функција државне власти уставни суд игнорише и сâм постаје законодавац. Нарочито је индикативна одлука којом се интервенише у кривичноправну материју тј. распон казне затвора, будући да законодавац доноси одлуку о томе и на основу (криминално)политичких критеријума, дајући правну форму концепцији о томе која је казна примерена да генерално и специјално делује на учиниоце односно потенцијалне учиниоце.

С друге стране, *привремено законодавство* уставних судова почива на томе да се утврђује неуставност одређеног закона, али пошто се (1) настоји избећи правни вакуум, пошто је (2) „неуставност закона озбиљна“, те је (3) неприхватљиво да неуставни закон остане на снази макар и кратко време, онда уставни суд усваја привремену регулативу (Bachof 1986, 848). Дакле, привремено законодавство уставних судова је модалитет уставносудског одлучивања који подразумева да контролор уставности уместо законодавца, на привременим основама, доноси нови закон у материјалном смислу.

У одлуци 2 BvL 1/07,[661] у којој се расправљало о уставности одредаба Закона о порезу на доходак, констатовано је да није уставно да само оном запосленом који путује дуже од 21 километар од куће до радног места припада паушали додатак за пут од и то у износу од 0,30 евра за сваки пређени километар. Уместо тога, Савезни уставни суд је донео привремену

[660] Вид. одлуку 215/1987 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1987&numero=215&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 8. маја 2023.

[661] Вид. одлуку 2 BvL 1/07 на: *https://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20081209_2bvl000107.html*, последњи приступ 11. маја 2023.

одлуку (која важи док законодавац својом одлуком не отклони неуставност) да „паушал путних трошкова који је најближи законским проценама, износи 0,30 евра по сваком километру удаљености“ од места становања до радног места и укинуо је ограничење којим је прописано да то право има само онај који до радног места путује преко 21 километар.

Немачки Савезни уставни суд је одлучивао као привремени законодавац и у случају који се тицао декриминализације абортуса. Немачки контролор уставности је у овом случају донео привремене мере које су касније инкорпорисане у закон и на тај начин су суштински важиле скоро 20 година (до 1992. године)! У питању је одлука BVerfGE 39, 1 у којој је предмет контроле уставности био члан Кривичног законика из 1974. и то одредбе које су се односиле на инкриминацију абортуса. Немачки контролор уставности је утврдио да фетус ужива уставну заштиту[662] и да начело заштите живота фетуса има примат у односу на право на самоодређење труднице, али тај примат није апсолутног карактера. Савезни уставни суд је признао да и кривичноправна заштита може да буде крајње средство за заштиту живота фетуса, али су ипак установљени одређени изузеци у којима право мајке има примат у односу на живот фетуса.[663]

Оспореним законом је предвиђено следеће: (1) кажњив је прекид трудноће након истека тринаест дана од дана зачећа (чл. 218),[664] (2) абортус који изврши лекар уз сагласност труднице није кажњив ако није прошло више од 12 недеља од зачећа (чл. 218а); (3) абортус који изврши лекар уз сагласност труднице после истека 12 недеља од зачећа није кажњив, ако је то према медицинским налазима нужно да се заштити живот мајке (чл. 218б); (4) абортус који изврши лекар уз сагласност труднице после истека 12 недеља од зачећа, а пре истека 22 недеље од зачећа, није кажњив ако према медицинским налазима постоје јаки разлози за претпоставку да би дете могло да има озбиљне здравствене проблеме и тад се не може захтевати од труднице да одржи трудноћу – еугеничка индикација (чл. 218б), (5) кажњив је абортус учињен након истека 12 недеља од дана зачећа, уколико медицински налази нису извршени (чл. 219), (6) кажњив је абортус ако трудница није претходно консултовала лекара или саветовалиште о прекиду трудноће нити је упозната са социјалном помоћи трудницама, мајкама и деци која олакшава наставак трудноће и положај мајке и детета (чл. 218ц).

Савезни уставни суд је констатовао следеће: члан 218а је неспојив са члановима Основног закона који се односе на право на живот и људско достојанство (чланови 1 и 2) тј. члан 218а је неуставан, и то у делу у којем абортус изузима из кажњавања и онда кад не постоје разлози који би могли да буде ваљани у смислу објективних уставних вредности (*wenn keine Gründe vorliegen, die – im Sinne der Entscheidungsgründe – vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand haben*).

---

[662] Пољски Уставни суд је такође утврдио да људски живот у свакој, па и пренаталној, фази ужива правну заштиту, да оспорени закон крши Устав Пољске јер легализује абортус не узимајући у обзир и друге уставне вредности и користи се неодређеним критеријумима, ограничава правну заштиту здравља зачетог детета итд. Вид. одлуку K 26/96 на: *https://prawo.money.pl/orzecznictwo/trybunal-konstytucyjny/orzeczenie; z;dnia; 1997-05-28,k,26, 96,350, orzeczenie.html*, последњи приступ 11. маја 2023.

[663] Италијански Уставни суд у одлуци бр. 27/1975 је истакао да безизузетна криминализација абортуса нарушава равнотежу између заштите здравља мајке и заштите фетуса.

[664] Члан закона у оригиналу гласи: „Wer eine Schwangerschaft später als am dreizehnten Tage nach der Empfängnis abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Савезни уставни суд наводи да сходно научним сазнањима, живот почиње најмање од 14. дана од дана зачећа – BVerfGE 39, 1, т. 37.

Након што су констатоване неуставности, Савезни уставни суд је уместо законодавца донео нормативна решења која имају привремено дејство тј. она остају на правној снази док законодавац не усвоји измене закона на основу оног што је садржано у пресуди Савезног уставног суда. Привремена мера је донесена на основу члана 35 Закона о Савезном уставном суду чије је значење прилично спорно, а гласи: Савезни уставни суд у својој одлуци може одредити ко ће да је изврши; може регулисати и начин извршења у појединачним случајевима. Савезни уставни суд је донео следеће привремене мере интервенишући у кривичноправну материју: (1) док законодавац не измени одредбе Кривичног законика које се односе на абортус, члан 218б и 219 Кривичног законика се примењују на абортусе у првих 12 недеља након зачећа.

Дакле, овим су пооштрени услови и за абортус који се врши током првих 12 недеља од дана зачећа јер се осим два постојећа услова: лекарска интервенција и пристанак труднице, траже и додатни услови предвиђени другим члановима: нужност да се заштити живот мајке и постојање медицинских налаза који потврђују да је живот мајке угрожен или да ће дете да тешко оболи; (2) Абортус који изврши лекар у првих 12 недеља од дана зачећа није кажњив ако је трудноћа последица кривичних дела против полног интегритета (етичка или криминолошка индикација); (3) ако је абортус у првих 12 недеља од дана зачећа извршио лекар уз сагласност труднице с циљем да се спречи озбиљно нарушавање њеног здравља, а да није постојао други разуман начин сем абортуса, суд може да одустане од кажњавања.[665]

Уставносудско расуђивање овог суда почива на премиси да члан 2 Основног закона не ограничава заштиту само на „довршено људско биће или на независно одрживи насцитурус“, него се гарантује право „сваком ко живи“ тј. не може се правити разлика између „појединих фаза у развоју пре рођења или између пренаталног и постнаталног живота“ (BVerfGE 39, 1, т. 37). Дакле, за немачки Савезни уставни суд је значење уставне одредбе „свако има право на живот“ следеће: рођено и нерођено људско биће има право на живот. У прилог овом тумачењу је Савезни уставни суд навео и историјски аргумент, анализирајући припремне материјале за доношење Основног закона, као и аргумент који је сама пракса овог суда изнедрила: субјективна права се тумаче тако да се обезбеди њихова делотворности (BVerfGE 32, 54; BVerfGE 6, 55).[666] Даље, суд наводи и систематски аргумент позивајући се на члан 1 Основног закона којим се гарантује људско достојанство истичући да то важи и за нерођено дете, а ирелевантно је што оно није свесно да ужива та права.

Речју Савезног уставног суда, уставне норме нису само средство заштите грађана од државе, него и „објективан поредак вредности који важи у свим областима права и пружа смернице за законодавство, управу и судство“ (BVerfGE 39, 1, т. 41). Људски живот је, стога, „врховна вредност у правном поретку која не захтева даље оправдање јер је основа људског достојанства и предуслов свих других основних права“. Суд додаје да би усвајање става да је ембрион део мајчиног организма значио забрану држави да се меша у приватни живот жене, а то није прихватљиво јер је насцитурус „аутономно људско биће заштићено уставом“

[665] Ландфрид истиче да је овом одлуком контролор уставности „прекорачио своју надлежност јер је одлучивао о питању које је неупитно надлежност парламента“ (Landfried 1994, 115–116)

[666] Вид. одлуку BVerfGE 6, 55 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv006055*, последњи приступ 11. маја 2023.

и из тога произлази да „абортус има друштвену димензију и то захтева државно регулисање“ (BVerfGE 39, 1, т. 42).

Дакле, кључно место у уставносудском расуђивању заузима људско достојанство – с једне стране постоји достојанство детета, а с друге стране достојанство мајке и њено право на самоодређење. Савезни уставни суд додаје да је „основни став правног система о абортусу“ да је прекид трудноће „суштински погрешан“ и да противљење абортусу мора да буде „јасно изражено у правном систему“, те је неприхватљиво да је абортус нешто попут „одласка лекару да излечи болест“ (BVerfGE 39, 1, т. 44). Савезни уставни суд надаље признаје да је *пре свега* на законодавцу да одабере *modus operandi* заштите живота у развоју бирајући мере које сматра „сврсисходним и неопходним“, али то свакако треба да укључује „друштвено-политичке и социјалне мере“.[667] Крајње средство за сузбијање абортуса је и кривичноправна заштита која је, сматра немачки контролор уставности, „несумњиво легитимна“ (BVerfGE 39, 1, т. 46).

Спорно је то што контролор уставности истиче да је то пре свега задатак законодавца, будући да је кривичноправно регулисање *искључиво* задатак законодавца. Сходно начелу законитости, једино се овим актом (у формалном и материјалном смислу) могу регулисати кривична дела и санкције за њих. У другој одлуци (BVerfGE 88, 203) која се тицала абортуса (донесена 1993. године)[668] наводи се да право на живот насцитуруса „не сме бити препуштено ни у ограниченом времену (раније је то било 12 недеља од зачећа, прим. аут.) слободној, правно невезаној одлуци трећих лица, па ни самој мајци“ (BVerfGE 88, 203, т. 255). Ипак, иако је живот насцитуруса уставом заштићена вредност, држава не може да кривичним санкцијама натера мајку да роди дете. Дакле, поштовање нерођеног живота долази у колизију с правом жене да „не буде присиљена да жртвује, ван разумне мере, сопствене животне вредности“ (BVerfGE 39, 1, т. 48).

Савезни уставни суд наглашава да у таквим ситуацијама законодавац мора да буде „нарочито суздржан“ јер није могуће заузети „јасан морални суд“ о томе шта је правилно (BVerfGE 39, 1, т. 48). Уколико законодавац не инкриминише понашање трудне жене кривичноправним средствима, онда то, по мишљењу уставног суда, значи да је законодавац искористио своју слободу одлучивања коју му делегира уставотворац. Ипак, слобода одлучивања законодавца није неограничена јер се абортус може допустити само ако „постоје изузетно тешке околности“ на страни жене, нпр. ако би жени био угрожен живот или озбиљно угрожено њено здравље (BVerfGE 39, 1, т. 49). Дакле, иако очување живота насцитуруса има примат у односу на одлуку жене, ипак нема апсолутни примат, него постоје неки изузеци.

У одлуци BVerfGE 88, 203 Савезни уставни суд је истакао да законодавац треба да успостави изузетке од забране абортуса „у складу са стандардом разумности“, што се односи на случајеве у којима се тражи од жене „степен жртвовања“ који би било „неразумно очекивати од ње“ (BVerfGE 88, 203, т. 257). Иако уставносудско расуђивање у одлуци BVerfGE 39, 1 почива и на правним аргументима, ипак не постоји правна аргументација која би оправдала доношење привременог законодавства, те је управо тај модалитет одлучивања

---

[667] „Многе привремене одредбе“ Савезног уставног суда с временом „постају део закона без значајнијих расправа“, услед чега се каткад истиче да је овај орган „заменски законодавац“ (Farahat 2007, 340).

[668] Вид. одлуку BVerfGE 88, 203 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint Version&Name=bv088203*, последњи приступ 11. маја 2023.

спорaн и несумњиво је да представља вршење законодавне функције у материјалном смислу и задирање у слободно одлучивање законодавца.

Неки аутори истичу да у случају привременог законодавства уставни судови „не узурпирају функцију законодавца, него чувају законодавну слободу парламента (Brewer-Carias 2011, 915). Ипак, то је упитан став будући да привременим законодавством уставни судови непосредно задиру у суштинском смислу у законодавчеву функцију тј. „привремено преузимају законодавну функцију“ (Bachof 1986, 848). То што одлука има привремено дејство не мења суштину ствари, а то је да уставни суд у случајевима привременог законодавства расуђује политички и ствара ново право које је супротно политичкој одлуци законодавца која је раније претворена у право. Савезни уставни суд је у одлуци о абортусу навео да осмишљавање начина заштите насцитуруса представља задатак законодавца, али да је задатак контролора уставности да испита да ли је законодавац, у смислу одабира уставу саобразног решења, успео у извршењу свог задатка.

Институционална улога уставног суда није да испитује успешност законодавца у проналаску најбољег решења (ако оно уопште може да се објективно утврди), него би контролор уставности требало да оцени да је законодавац одабраним законским решењем успео да донесе одлуку која није противуставна. Ако се утврди противуставност, задатак уставног суда није да уочену мањкавост „исправља“ наметањем оптималног решење које сматра уставним, него да отклони неуставан акт из правног поретка. Речју, уставни суд при контроли уставности аката законодавца не сме да сâм постане позитивни законодавац. Савезни уставни суд је признао да он „не сме да заузме место законодавног тела“, али може да провери да ли је законодавац поступао „у оквиру могућности које му стоје на располагању“ (BVerfGE 39, 1, т. 51), а које поставља уставна одредба тј. уставносудско тумачење одредбе о томе да свако има право на живот.

Оцењујући законске одредбе које се тичу абортуса, Савезни уставни суд констатује да оне почивају на идеји да су индивидуална саветовања трудница боље средство заштите живота насцитуруса него претња санкцијама, а то је за суд „криминалнополитички погрешно и доказано неефикасно“ (BVerfGE 39, 1, т. 52). Законско решење које допушта абортус у првих 12 недеља од дана зачећа, ако га изврши лекар, за Савезни уставни суд је неприхватљиво јер то „није нормалан друштвени процес“, како је сматрала Савезна влада (BVerfGE 39, 1, т. 54–55). Уставна је обавеза законодавца да заштити нерођено дете и с тим је неспојив став да абортус извршен у првих 12 недеља живота није законски забрањен, макар био и извршен из разлога који „немају ваљаност у контексту вредносног система Основног закона“ (BVerfGE 39, 1, т. 53).

Ипак, да се Савезни уставни суд зауставио на констатацијама о неуставности, његова одлука не би могла да се окарактерише као активистичка. Али Савезни уставни суд је учинио корак више, будући да је политички расуђивање донео привремене мере уместо законодавца. Тиме је, како наводе двојица судија у издвојеном мишљењу[669] на донесену одлуку дошло до нарушавања уздржаности коју би требало да има контролор уставности јер постоји опасност од „дислокације расподеле власти међу уставним органима“ (BVerfGE 39, 1, т. 69). Савезни уставни суд својом одлуком, сматрају судије у издвојеном мишљењу,

[669] Мишљењу су издвојили судија фон Бринек и судија Симон.

даје легитимно изабраном законодавцу директиве чиме „позитивно обликује друштвени поредак путем контроле уставности“ (BVerfGE 39, 1, т. 70).

У издвојеном мишљењу се правилно наглашава како се у одлуци испитује да ли држава „мора да кажњава“, уместо да се испитује да ли је кажњавање у складу с уставним оквиром (BVerfGE 39, 1, т. 70). Такође, судије у издвојеном мишљењу наводе да већина судија Савезног уставног суда полази од тога да су основна права и слободе из Основног закона еманација објективних вредности и смерница за законодавца. На законодавцу је одговорност за избор начина на који ће да се реализују уставна права, а то укључује и разне компромисе, али и грешке и различите покушаје да се дато питање уреди. Али контрола уставности поводом тих питања носи са собом „ризик да се неће тицати само преиспитивања уставности одлуке законодавца“, него постоји опасност да ће одлука законодавца да буде „замењена одлуком која је по мишљењу уставног суда боља“. Савезни уставни суд не сме да постане политички арбитар, нити се законодавне функције могу пребацивати на њега јер у тим питањима овај орган није „ни надлежан нити подесан“ (BVerfGE 39, 1, т. 72).

Дакле, и већина судија и мањина која је издвојила мишљење су сагласни око тога да нерођено дете има право на живот које гарантује Основни закон. Али тачка размимоилажења постоји у погледу улоге Савезног уставног суда и законодавца – која од ове две институције бира *најбољи начин* за заштиту живота насцитуруса. Наизглед и већина и мањина сматра да то чини парламент, али суштина одлуке Савезног уставног суда је таква да је већина судија *уместо* законодавца одабрала политику кажњавања абортуса која је друкчија у односу на закон који је усвојио парламент. Бахоф истиче да се уставни судови у овим случајевима ограничавају само на оно што је „апсолутно неопходно“ и да се привремена мера доноси с циљем да се трасира пут законодавцу да донесе „сопствену и коначну регулативу“ (Bachof 1986, 849).[670] Ипак, овај став се, по нашој оцени, не може окарактерисати као тачан, будући да уставносудско доношење мера које важе све док законодавац не одлучи о спорном питању, не може да се окарактерише као путоказ законодавцу, него је реч о самом законодавству контролора уставности.

Понекад привремена интервенција контролора уставности представља детаљно правно регулисање (нпр. анализирана одлука о абортусу) којим контролор уставности прави низ политичких избора, под плаштом заштите уставних вредности, попут живота и људског достојанства. Анализирана одлука о абортусу је интервенисање у кривичноправну сферу и још је један доказ неупитног кршења начела законитости јер се уставносудском одлуком (а не искључиво законом) прописује кривично дело тј. преуређује се постојећа регулатива.

На концу, позивање уставног суда на то да ће законодавац коначно да одлучи о датим питањима има више формални него суштински значај. Другим речима, велике су шансе да законодавац само запише у закон ставове контролора уставности, чиме законодавац формално јесте, али суштински није доносилац дате регулативе. Друкчија одлука

[670] Бахоф додаје и вредносни суд – уставни судови доносе привремено законодавство не да би надмашили законодавца, него да би очували у највећој мери његову слободу да прилагоди неуставан закон уставу. Вид. Bachof 1986, 849. Ипак, на самом почетку рада је наглашено да ће се избегавати вредновања, па тако и у овом случају кључно место има једино увид да уставни судови задиру у законодавну функцију и уместо политичке одлуке законодавца доносе другу одлуку.

законодавца је мало вероватна јер је уставни суд своје виђење уставности о датом питању већ материјализовао, па је законодавац свестан да одступање од ставова уставног суда отвара врата за поништавање/укидање те регулативе.

3.5.2.5. Манипулисање временским дејством одлуке о неуставности

Упоредноправно посматрано, уставни судови доносе каткад одлуке којима се утврђује неуставност одређене одредбе, али се манипулише временским дејством одлуке тиме што се (1) не поступа у складу с уставним и законским одредбама које регулишу да постоји нужна веза између утврђивања неуставности и поништавања односно укидања дате одредбе, или се (2) игноришу правне одредбе које утврђују да одлука о неуставности има проспективно односно ретроактивно дејство. Дакле, уставни судови понекад пролонгирају дејство одлуке о неуставности, а притом је кључно да ли за то постоји уставни основ. Уколико је одговор на то питање потврдан, онда се и не јављају сумње у уставност одлучивања уставног суда.

Рецимо, португалски Устав прописује да одлука о неуставности има ретроактивно дејство, али се чланом 282, ст. 4 прописује да Уставни суд Португала може да одлучи и друкчије ако то налажу разлози „правне сигурности, правичности или изузетно важног јавног интереса“. У чл. 140, ст. 5 Савезног уставног закона Аустрије прописује се *ex tunc* дејство одлука уставног суда, будући да неуставни закони престају да важе истеком наредног дана од дана објављивања, осим уколико контролор уставности не одлучи да закон престаје да важи након одређеног периода који не може да буде дужи од 18 месеци. Пољски Устав прописује да неуставан акт престаје да важи даном објављивања, али контролор уставности може да да одреди и други датум престанка важења неуставног акта с тим да тај период не може да буде дужи од 18 месеци ако је у питању неуставан закон, односно 12 месеци ако се ради о неком другом нормативном акту (чл. 190, ст. 3 Устава Пољске).

Уколико не постоји правни основ (садржан у уставу или у закону о уставном суду дате државе) за манипулисање временским дејством одлука о неуставности, онда је реч о уставносудском активизму. Такве одлуке би, у смислу временског дејства, биле манипулативне одлуке. У неким од случајева који ће бити анализирани у редовима пред нама утврђује се неуставност закона, али се тај акт привремено оставља на снази јер би укидање/поништавање довело до штетних последица по јавни интерес. Поред тога, упоредно право познаје и случајеве кад су уставни судови једино себи приписали овлашћење да одлуче о временском дејству одлука.

Уставни суд Колумбије је у одлуци C-113/93 огласио неуставним одредбу Декрета 2067/1991 која је прописивала да одлуке Уставног суда имају само проспективно дејство и утврдио да једино сам контролор уставности може да одређује дејство својих одлука јер му Устав Колумбије (1)„поверава мисију да чува целовитост и супремацију Устава“ (чл. 241 Устава), (2) једино Уставни суд може да тумачи Устав и кад то чини „не може се убацити ни лист папира“ између Устава и Уставног суда, и (3) будући да Устав признаје примат неотуђивих права, неукидање оспорених одредаба могло би да онемогући контролору уставности да штити права грађана (тачка ф). Ова одлука представља пример

уставносудског активизма,[671] а такав начин уставносудског одлучивања постоји и кад се одговарајућим актима (које контролор уставности не укида/поништава као неуставне) прописује њихов временски ефекат, али то контролор уставности игнорише или релативизује тврдњом да опште правило не може да се безизузетно примењује.

Манипулисање временским дејством одлуке о неуставности представља појавни облик задирања у туђе надлежности јер, прве свега, почива на ставу контролора уставности да му је допуштено да доноси одлуку која одступа од правом прописане дихотомије – уставно/неуставно, што је, сходно начелу поделе функција државе власти, надлежност уставотворца и законодавца. Кад уставни суд припише себи надлежност да, мимо постојеће регулативе, (1) огласи неуставном оспорену одредбу, али да је не укине, или да (2) успостави изузетке од проспективног/ретроактивног дејства одлука, реч је о политичком расуђивању јер контролор уставности својим нормативним ставовима даје праву форму, те на тај начин мења постоје право. У оба случаја је уочљиво постојање намере да се оствари легитиман циљ: апстрактно су то избегавање штетних дејстава од безизузетне примене одредаба о временском дејству и одступање од задирања у надлежност законодавца, а конкретни циљеви ће бити уочљиви у одлукама које ће се анализирати.

Пример активизма у вези с временским дејством одлуке о неуставности је *Verfassungswidrigkeitserklärung* из праксе немачког контролора уставности. Савезни уставни суд Немачке је осмислио модел одлучивања по којем се одређена *законска одредба проглашава неспојивом с уставом, али се ипак не укида*. Уместо тога, даје се прилика законодавцу да сам исправи ту неуставност и то тако што му се оставља рок у којем то треба да уради.[672] Хертел истиче да на тај начин Савезни уставни суд „преноси одговорност на законодавца да он унапреди или стави ван снаге односни закон“ (Härtel 2011, 505). Гампер сматра да уставни суд, одређивањем рока за исправљање неуставности која се огледа у постојању правне празнине тј. нерегулисању одређеног питања, „води рачуна о подели власти“, будући да уставни суд од законодавца тражи да „донесе закон *in concreto* јер то устав (већ) захтева *in abstracto*“ (Gamper 2015, 435).[673]

Пракса Савезног уставног суда показује да се одредба која је неспојива с уставом, по правилу, не примењује док законодавац не исправи ту мањкавост, али постоји битан

---

[671] У питању је активистичко одлучивање јер се контролор уставности (1) позива на широко формулисану уставну одредбу (којом се прокламује да је он чувар устава), (2) задирући у надлежност других органа (у датом случају колумбијског председника који је сходно прелазном чл. 23 Устава Колумбије имао надлежност да у року од два месеца од проглашења Устава уређује поступке пред Уставним судом), чиме се нарушава уставом установљено начело поделе функција државне власти, па се услед политичког расуђивања Уставног суда (које почива на томе да би једино он *требало да има надлежност* да одлучује о дејству својих одлука) задире у одлуку уставотворца садржану у прелазном члану 23, што је узроковало мењање постојећег уставног решења, зарад остварења легитимног циља који наводи Уставни суд – заштите права грађана.

[672] У прилог тврдњи коју смо раније изнели у вези с еволуцијом уставног судства иде и чињеница да Руп, некадашњи судија Савезног уставног суда Немачке, у свом раду наводи да овај орган не може да нареди законодавцу да усвоји одређени акт, иако признаје да поништавање акта има нека дејства слична таквој наредби (Rupp 1960, 513). Ипак, оно у шта је Руп сумњао је временом постало нормалност – немачки контролор уставности наређује парламенту какав акт треба да донесе како би се вратио у уставне оквире.

[673] У доктрини се истиче да постављање рока законодавцу не подразумева „било какав политички утицај на садржај закона“, нити тим уставни суд „замењује надлежну институцију“. Ту уставни суд „не ради ништа сем што проводи уставну одредбу“ при чему захтева да се закон усклади с њом у остављеном року (Gamper 2015, 435).

изузетак од тог правила – контролор уставности може да одлучи друкчије. Циљ тога је, сматра Хертел, да се избегне правна несигурност у том међупериоду (Härtel 2011, 505). Другим речима, уколико би се поништила дата законска одредба, настала би правна празнина све док је не попуни законодавац усвајањем нових одредаба, а то може да буде дужи или краћи период.

Између утврђивања неуставности одређене правне одредбе и њеног укидања/поништавања постоји узрочно-последична правна веза, будући да неуставна законска одредба мора да се одстрани из правног поретка. Ипак, пролонгирање укидања/поништавања неуставног закона представља одступање од те правнологичне нужности како би се остварио легитиман циљ. Палацо констатује да су европски уставни судови били активнији у проналаску начин да се „избегну штетни ефекти пуког укидања закона“ (Palazzo 2020a, 413). Неки аутори то називају пасивним активизмом (Nardini 1999, 3–5) који је усмерен на избегавање задирања у слободу одлучивања законодавца.

Пример представља одлука Савезног уставног суда о платама државних службеника (BVerfGE 81, 363). Сходно члану 33, ст. 5 Основног закона, положај јавних служби се регулише према начелу професионалног чиновништва (широко формулисана уставна одредба). У поступку оцене уставности закона којим се регулишу плате државних службеника утврђено је да су оне преniске (политички став) и следствено неуставне. Ипак, Савезни уставни суд није поништио тај закон, него га је прогласио инкомпатибилним с уставом јер би у супротном државни службеници остали одређени период, не на истом износу плата, него без плата. Неки аутори истичу да би таква одлука била „у супротности с циљем члана 33, ст. 5 немачког устава и било би створено лошије стање него да тај закон остане на снази“ (Determann, Heintzen 2018-2019, 112).

Суштински, контролор уставности код оваквих одлука спроводи тест пропорционалности и одмерава два интереса – очување неуставног закона на снази зарад легитимног циља наспрам укидања неуставног закона. Ако би се поништавањем неуставног закона знатно нарушило остварење легитимног циља (из датог примера је то исплата плата радницима), онда Савезни уставни суд „бира мање зло“ и привремено оставља на снази неуставан закон сигнализирајући законодавцу да промптно отклони ту неуставност.

Други пример су одлуке *BVerfGE* 93, 121 и 1 BvL 11/14 којима је утврђено да одредбе Закона о порезу на непокретности нису у складу с уставним одредбама јер критеријуми вредновања непокретности нису мењани од 1964. године. Њима се крши уставно начело једнакости (широко формулисана уставна одредба), будући да неким пореским обвезницима „стари“ систем обрачуна пореза погодује, а другима штети. Законодавцу је утврђен рок у којем треба да измени закон, а пореским органима је утврђен рок до којег треба да примене новодонесена правила. Уставни суд је у образложењу обе одлуке, између осталог, навео да је оправдано да се неуставне одредбе, сходно чл. 35 Закона о Савезном уставном суду, примењују неко време (тј. до доношења нових одредаба) јер би у супротном многе општине (којима припадају приходи од пореза) остале без прихода око 14 милијарди евра (1 BvL 11/14, т. 142) чиме би озбиљно били нарушени њихови буџети (легитиман циљ).

И ово је пример одлуке која је донесена на основу политичког расуђивања. Савезни уставни суд је оцењивао политичке последице до којих би дошло уколико би се поништиле оспорене одредбе. У складу с тим, буџети јединица локалне самоуправе би могли да претрпе

велике губитке па је, по оцени контролора уставности, примереније да се оспорене одредбе прогласе неспојивим с Основним законом, а не неуставним.

Дакле, Савезни уставни суд у оваквим одлукама не санкционише уочену неуставност, иако имплицитно настоји да успостави нарушену равнотежу у погледу сагласности закона с уставом. Трећи пример је одлука BVerfGE 103, 242[674] којом је Савезни уставни суд Немачке утврдио да одредбе закона којим се уређује социјално осигурање нису у сагласности с чл. 3 и 6 Основног закона (начело једнакости и заштита брака и породице – широко формулисане уставне одредбе), али нису поништене јер разлози правне сигурности (легитиман циљ) налажу и даљу примену, с тим да је законодавцу дат рок у којем мора да отклони неуставност.

Такође, фебруара 2023. године, Савезни уставни суд је у одлуци 1 BvL 7/18[675] утврдио да је Закон о спречавању дечјих бракова неспојив с Основним законом (тј. његовим 6. чланом којим се прокламује заштита брака и породице – широко формулисана уставна одредба) зато што не уређује правне последице поништавања дечјег брака који је закључен у иностранству нити признаје могућност да се након пунолетства брак призна као пуноважан. Услед уочене неуставности која није санкционисана поништавањем зарад спречавања штетних последица поништавања (легитиман циљ), законодавцу је остављен рок до 30. јуна 2024. да донесе закон који ће да буде у складу с уставом.

Уставни суд Шпаније такође без правног утемељења доноси одлуке којима се констатује неуставност односно неспојивост закона с уставом, али се неуставне одредбе не поништавају.[676] Сходно члану 39.1. Органског закона о Уставном суду Шпаније „када се пресуда прогласи неуставном, прогласиће се ништавост оспорених одредаба, а по потреби и других одредаба истог закона или аката са снагом закона на које се мора проширити услед повезаности или последица“.[677] Нпр. у одлуци SCT 236/2007,[678] шпански контролор уставности истиче да „веза између неуставности и ништавости није увек неопходна“ (т. 17).[679]

У конкретном случају, одредбе Органског закона 8/2000 којима се гарантује слобода окупљања и слобода удруживања странцима који су добили боравишну дозволу нису поништене јер би то довело до „ускраћивања тих права странцима у Шпанији без обзира на

---

[674] Вид. одлуку BVerfGE 103, 242 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv103242*, последњи приступ 15. маја 2023.

[675] Вид. одлуку 1 BvL 7/18 на: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/02/ls20230201_1bvl000718en.html;jsessionid=3D648A426AAF5EE48E9E2A057B6ABC13.internet952*, последњи приступ 15. маја 2023.

[676] О „типологији одлука“ шпанског Уставног суда која противно Органском закону не почива на нужности поништавања акта чија је неуставност утврђена вид. Ahumada Ruiz 2017, 615.

[677] „Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.“ – члан 39.1. Органског закона о Уставном суду Шпаније (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con*).

[678] Вид. одлуку SCT 236/2007 на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6203*, последњи приступ 15. маја 2023.

[679] Овакав став, који Уставни суд Шпаније, доводи у везу с ефектима неуставности, први пут је заузет у одлуци SCT 45/1989, доступна на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1251*, последњи приступ 15. маја 2023.

њихову ситуацију“ (т. 17), па је одлуком заштићен легитиман циљ.[680] У одлуци SCT 13/1992, шпански Уставни суд је одлучио да „прецизира обим неуставности појединих буџетских ставки“.[681] Иако је утврђено да су оне неуставне, уколико би дошло до њиховог поништавања, то би „могло да изазове озбиљну штету и поремећај“ општих интереса Каталоније, „економске и финансијске политике државе“ као и штету у односу на окончане случајеве, нпр. оне у којима су већ подељене субвенције (т. 17). Дакле, у овој одлуци Уставни суд Шпаније расуђује политички јер образлаже одлуку и на основу ванправних аргумената, у датом примеру економског аргумента.

Слично расуђује и италијански Уставни суд у одлуци 348/2007 у којој се расправљало о накнади за експроприсано земљиште у светлу „неповољне економске ситуације“ решавајући о уставности закона 333/1992 о хитним мерама за опоравак јавних финансија; одлуци 10/2010 у којој задирање државе у надлежности региона оправдава потребама изузетности и хитности због финансијске и економске кризе која је погодила Италију;[682] као и у одлуци 223/2012[683] у којој говори о „озбиљности економске ситуације“. Иако је заштита економских интереса државе легитиман циљ, ипак институционална улога контролора уставности није да на тим основама расуђује политички и игнорише уставне одредбе које уређује временско дејство његових одлука.

Овај модалитет реакције на неуставност, на први поглед, не може да се позиционира ни у активистичко одлучивање (у доктрини познато и као позитивно законодавство) ни у негативно законодавство. Док негативно законодавство почива на томе да се неуставан закон уклања из правног поретка, дотле позитивно законодавство подразумева да се уставни суд ставља на место надлежног правотворца (уставотворца или законодавца) и *уместо* њега доноси одлуку поводом питања о којем је по политичким мерилима одлучио тај орган. Уколико се има на уму да у Немачкој историјат пролонгирања поништавања неуставног закона почиње у моменту кад важећим правним актима није прописана могућност доношења овакве одлуке, онда би тај модалитет одлучивања могао да се означи као активистички. Такође, ни у другим државама чији су контролори уставности пролонгирали дејство одлуке о неуставности, није постојао правни основ за то. Штавише, ако се не поништи неуставан закон упркос несумњивом значењу релевантних одредаба које управо то налажу, реч је о игнорисању устава.

Идеја о томе да би требало да се нађу начини да се неуставност закона реши на други начин, а не само путем поништавања/укидања, није новијег датума. Ханс Келзен је својевремено предлагао да у случају укидања/поништавања неуставног закона треба да се уставном суду додели овлашћење да пролонгира ступање на снагу такве одлуке, између осталог и зато што се тиме пружа могућност парламенту да уместо неуставног закона

---

[680] No cabe concluir esta Sentencia sin precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Ha de declarar este fallo la inconstitucionalidad de los preceptos que así se han considerado después de su enjuiciamiento en el correspondiente fundamento jurídico. Sin embargo, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”.

[681] Вид. одлуку SCT 13/1992 на: *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1900.*

[682] Вид. одлуку 10/2010 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2010&numero=10&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 19. маја 2023.

[683] Вид. одлуку 223/2012 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2012&numero=223&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 19. маја 2023.

донесе закон који је у складу с уставом (Kelsen 2015, 68). Циљ је да се тиме избегне правни вакуум и да се пружи прилика парламенту, који је и надлежан за усвајање закона, да уочену мањкавост исправи.

Хертел истиче да је Савезни уставни суд иновацијом у вези с проглашавањем неспојивости закона с уставом одлучио као „законодавац из нужде“[684] тако што је „измислио нову врсту одлуке“ (Härtel 2011, 505). Јасно је да, у вредносном смислу, овакав потез уставног суда може да се означи као легитиман циљ, али смо раније констатовали да правно расуђивање, па и уставносудско расуђивање треба да почива на правним разлозима. А не постоје правни разлози који омогућују да се уместо поништавања, неуставан закон прогласи неспојивим с уставом. Штавише, правни разлози у немачком правном систему су својевремено налагали да се мора поништити закон за који је утврђено да је неуставан. Ипак, политичко расуђивање немачког контролора уставности је довело до стварања новог правила оличеног у новој врсти одлука.

Новостворено правило чији је творац Савезни уставни суд је касније и записано у Закон о Савезном уставном суду. Наиме, чл. 31 тог закона помиње да Савезни уставни суд проглашава закон сагласним Основном закону (*vereinbar*) *или* неспојивим с Основним законом (*unvereinbar*) *или* га поништава (*nichtig*).[685] С друге стране, чл. 78 тог закона прописује да ће Савезни уставни суд, кад утврди да савезни закон није у складу с Основним законом или кад закон федералних јединица није у складу с Основним законом или са савезним законима, поништити такав закон. Ипак, имајући у виду да се у чл. 31 помиње раставни везник „или“ тј. закон се оглашава или уставним или неспојивим с уставом или се поништава, из тога следи закључак да важећи закон којим се уређује рад контролора уставности допушта пролонгирање поништавања. У прилог том тумачењу иде и чл. 93ц Закона о Савезном уставном суду у којем се помиње проглашавање неспојивости или поништавање, уз реферисање на чл. 31.

Коначно, и Савезни уставни суд је прецизирао кад постоји могућност да се пролонгира поништавање неуставне одредбе: кад законодавац има више могућности да отклони неусаглашеност законске[686] одредбе с Основним законом, „Савезни уставни суд то узима у обзир и неуставну норму само проглашава *неспојивом* с Основним законом.“[687] И ово показује колики значај има контролор уставности у немачком правном систему, будући да је и овде уочљиво да ставови Савезног уставног суда који је косе с важећим правом с

---

[684] Хертел говори о законодавцу из нужде јер се питање дејства одлука Савезног уставног суда Немачке регулише Законом о Савезном уставном суду.

[685] У оригиналу делови релевантних одредаба гласе: „…wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt.“

„Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen.“

[686] О модалитетима одлучивања Савезног уставног суда у случајевима кад се утврди неуставност вид. Hailbronner, Martini 2017, 364–365.

[687] То у начелу значи: (1) да се она не примењује надаље и (2) законодавац је дужан да дату одредбу измени и усклади је с највишим актом, те да (3) осигура да се у нерешеним предметима ретроактивно примени ново, уставу саобразно, правило. Вид. о томе Verstaelen 2013, 1696. Наведени модалитет одлучивања је уочљив нпр. у одлуци BVerfGE 114, 1, доступна на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint Version&Name=bv114001*, последњи приступ 19. маја 2023.

временом постају важеће право, услед тога што надлежни правотворци дају правну форму политичким ставовима контролора уставности.

Уставни судови у неким одлукама одлучују активистички тиме што не поступају у складу с уставним и законским одредбама које се тичу временског дејства одлука. Тачније, иако се релевантним актима прописује да одлука уставног суда делује проспективно, контролори уставности ипак понекад одређују да она има ретроактивно дејство, као и обрнуто (вид. о томе Brewer-Carias 2011, 904–906). Кратко ћемо да објаснимо то на примеру уставносудског расуђивања италијанског контролора уставности. Одлуком италијанског Уставног суда 10/2015 је укинута као неуставна посебна такса коју су плаћала нафтна и енергентска привредна друштва, али је Уставни суд утврдио да она *нема ретроактивно дејство, него да делује pro futuro*.[688]

Исти принцип је примењен и у одлуци 1/2014 којом је фактички уведен систем пропорционалне расподеле мандата у италијански изборни систем, али је наглашено да донесена одлука о неуставности „ни на који начин не утиче на акте који су донети током важења поништене регулативе“ (т. 7), позивањем на начело континуитета државе који се манифестује преко континуитета њених органа.[689] Другим речима, контролор уставности је закључио да правило о ретроактивности не може да се примењује без изузетка (тај став је потврђен у одлуци 246/2019). [690]

Образлажући ту одлуку, Уставни суд Италије је навео да се уставне одредбе и одредбе Закона 87/1953[691] о временском дејству његових одлука које прописују ретроактивно дејство тих одлука ипак морају испитати преко теста пропорционалности којим се балансира између две вредности: уставних принципа и ретроактивног дејства уставносудских одлука.[692] Будући да би ретроактивна примена довела до „озбиљног нарушавања буџетског баланса“, то захтева „постепену примену уставних вредности јер намеће значајна оптерећења државном буџету“ и зато је утврђено да одлука има проспективно, а не ретроактивно дејство (10/2015, т. 8).[693] Дакле, с циљем да се, у односу на буџет, ублаже ефекти одлуке о неуставности оспорене одредбе (будући да је оспорена одредба донесена као део програма економског опоравка), учесници поступка пред редовним судом који су тражили оцену уставности нису обухваћени дејством уставносудске

---

[688] О временском дејству одлука италијанског Уставног суда вид. Groppi, Spigno 2017, 523. Да је италијански контролор уставности утврдио да одлука има ретроактивно дејство „приморао би државу да надокнади таксе компанијама које је опорезовала“, услед чега би дошло до „озбиљне неравнотеже у државном буџету“ (Bifulco, Paris 2020, 477).

[689] Вид. одлуку 1/2014 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2014&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 21. маја 2023.

[690] Вид. одлуку 246/2019 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=246&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 21. маја 2023.

[691] „…Општи принцип ретроактивности произлази из чл. 136 Устава и чл. 30 Закона бр. 87 из. 1953. године…“ (1/2014, т. 7).

[692] О креативном тумачењу и ретроактивности наспрам извесности и предвидљивости вид. Cappelletti 1981, 48.

[693] Ова одлука је и те како спорна будући да се не може са сигурношћу казати да тест пропорционалности може да се примењује у односу на одредбе којима се уређује рад уставног суда, док то неспорно важи кад је реч о конкурентским одредбама о људским правима и слободама.

одлуке. Штавише, Уставни суд наводи да сматра да су интереси тих лица „делимично заштићени“ бар у будућности (10/2015, т. 7).

У овој одлуци се Уставни суд Италије позвао на упоредно право истичући да „обуздавање ретроактивног дејства одлуке о поништавању неуставне одредбе представља широко распрострањену праксу“ и то „без обзира на то да ли устав или закон изричито додељују таква овлашћења“ (10/2015, т. 7). И ова одлука почива на зашити легитимног циља – економских интереса државе, али не може да се начин на који је расуђивао контролор уставности означи као правни, будући да одлука не почива на уважавању ауторитативних правних разлога. Напротив, одлука италијанског контролора уставности почива на политичком расуђивању тј. на одлучивању на основу свих расположивих разлога и трагању за најоптималнијим исходом и она је као таква игнорисање важећих нормативних решења и мењање позитивног права.

3.5.3. Уставносудско проширење сопствених надлежности – *kompetenz-kompetenz*

Институционална улога уставног суда подразумева да овај орган отклони из правног поретка неуставан акт. Након што контролору уставности стигне захтев за оцену уставности, први корак се огледа у испитивању формалних услова (нпр. да ли је захтев за оцену уставности поднео овлашћени субјект). Уколико не постоје процесне сметње, онда се прелази на мериторно одлучивање о предмету уставног спора. Стога, могуће су три одлуке уставног суда: одбацивање захтева услед формалних мањкавости; одбијање захтева уколико се утврди да је оспорени акт у складу с уставом и поништавање/укидање акта уколико се утврди да је неуставан. Међутим, уставносудска пракса, која је у претходним одељцима изложена, показује да уставни судови доносе одлуке које иду далеко ван ове тродеобе.

И није спорно то што палета уставносудских одлука надилази ове три врсте одлука, под условом да се ради о одлукама које се прописују уставом или законом о уставном суду. Другим речима, уставносудски активизам у појавним облицима задирања уставног суда у надлежности уставотворца и законодавца (који су анализирани у претходним одељцима) започињао је управо тим да уставни суд проширује своје надлежности,[694] а тај вид активизма из које извиру остали појавни облици ће да буде уочљив и у трећем делу рада који је посвећен Уставном суду БиХ.

Уставни судови су подређени уставу и „немају овлашћење да га модификују или мутирају или да узурпирају овлашћења других органа“ тј. не могу да „на дискреционој политичкој основи стварају правне норме или одредбе које не могу да се дедукују из устава“ (Brewer-Carias 2011, 16, 29). Ако је уставом или законом утврђено да уставни суд при контроли уставности закона утврђује да је закон неуставан или да је закон у складу с уставом, онда не постоји *правна* могућност да се донесе одлука којом се утврђује да је оспорени закон у складу с уставом, али само уколико се тумачи на тачно одређен начин (интерпретативне одлуке).

Такође, ако је уставотворац утврдио да се поступак за оцену уставности закона покреће само на *иницијативу овлашћених субјеката*, онда контролор уставности не може да то „тумачи“ тако да сваки заинтересовани субјект може да иницира тај поступак или да сам

[694] „Норма о надлежности је основни и кључни елемент права“ и она представља „уставну одредбу која додељује власт одређеном субјекту или институцији у одређеној сфери“. Вид. Gonzalez Pascual 2013, 1502.

уставни суд може *ex officio* да покрене поступак. Уставно веће Врховног суда Венецуеле је, примера ради, одбацило општеприхваћени процесноправни принцип да судови одлучују на основу захтева легитимисаног субјекта, па је увело и одлучивање по службеној дужности (Brewer-Carias 2011, 38).

Даље, важно је и питање које акте уставни суд може да контролише. Уколико уставни суд контролише уставност уставних закона или уставних амандмана, иако му то устав не допушта, тад „замењује уставотворну власт“ (Brewer-Carias 2011, 47). Упоредна уставносудска пракса познаје чак и контролу уставности неправних односно политичких аката, нпр. декларација, резолуција, закључака, као што је случај у Шпанији и Босни и Херцеговини.[695] До врсте одлука о којима је било речи у ранијим одељцима није могло да се дође правним, него једино политичким расуђивањем у којем се правна форма давала нормативним погледима контролора уставности.

Анализиране одлуке показују да је у првом кораку уставни суд, политички расуђујући, приписивао себи надлежност[696] да одлучује о одређеним питањима (нпр. да контролише уставност уставних одредаба) и да донесе одређену врсту одлука (нпр. интерпретативне одлуке), а након што би сам одредио своје надлежности, упуштао се у мериторно одлучивање у којем је такође политички расуђивао тј. одлучивао и оправдавао одлуку и на основу ванправних разлога.

3.5.4. Остали начини уставносудског расуђивања који наликују активизму

3.5.4.1. Тест пропорционалности

Уставима се гарантује низ људских права и слобода, те бројне уставне, а посебно законске, одредбе представљају њихову конкретизацију. Примера ради, устави обично садрже одредбу којом се прокламују да свако има слободу изражавања, као и одредбу којом се прокламује да је људско достојанство неприкосновено. Међутим, шта ако загарантована права и слободе дођу у сукоб, тј. шта уколико се једно гарантовано право може остварити само науштрб другог гарантованог права? Устави не садрже хијерархијску лествицу важности људских права и слобода, а каткад није могуће истовремено применити нпр. и одредбу која гарантује слободу изражавања и одредбу која гарантује неприкосновеност људског достојанства.

Узмимо за пример новински чланак о лицу које је осумњичено за кривично дело убиства у којем се то лице назива „монструмом“ и „крвником“. С једне стране, новинари, као и други грађани, имају слободу изражавања, али не може да се пренебрегне да грађанин о којем пишу има право да се поштује његово достојанство. Или, епидемија захтева реакцију државе с циљем да се заштити јавно здравље, услед чега државни органи ограничавају или забрањују кретање грађана, иако је устав њима то право загарантовао. У овим и сличним

---

[695] Уставни суд Шпаније је контролисао уставност резолуције која се тицала Декларације о суверености и праву народа Каталоније да одлучује, вид. одлуку SCT 42/2014, *https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E(2)%20%20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf*, последњи приступ 25. маја 2023. У трећем делу рада ће да буде речи о контроли уставности политичких аката у пракси Уставног суда БиХ.

[696] О два приступа у тумачењу уставних одредаба о надлежности – објективним одредбама компетенције (*objective competence norms*) и циљном тумачењу одредаба о надлежности (*teleological competence norms*), вид. Gonzalez Pascual 2013, 1502–1507.

случајевима се поставља питање како да се реши колизија два уставом гарантована права или слободе?

Решење које су немачка уставносудска пракса[697] и пракса Европског суда за људска права изнедриле, а правна наука уобличила, огледа се у тесту пропорционалности. Реч је о средству које управо треба да послужи да се утврди које од два загарантована права има првенство у конкретним околностима тј. које је *важније* у датим околностима. Ипак, примена теста пропорционалности почива на испуњености једног предуслова – права која се одмеравају морају да буду релативна. У најкраћем, релативно право је оно које је подложно изузецима. Насупрот релативних су апсолутна права која морају да се примењује безизузетно (нпр. забрана ропства се безизузетно примењује јер ни у каквом случају није могуће одступање од те забране). Ни у каквим околностима не може да буде правно допуштено да се неко лице држи у ропству, али у одређеним околностима може да буде правно допуштено да се неко право релативизује зарад остварења другог права.

Дакле, *апстрактно посматрано*, сва права и слободе имају једнак третман, али природа неких права из уставног каталога допушта да она *in concreto* буду важнија него друга конкурентска права, јер није могуће да се дата права истовремено реализују (у целости). Примера ради, слобода говора и људско достојанство су *in abstracto* уставна права једнаке вредности, али слобода говора може *in concreto* да буде ограничена ако задире у озбиљној мери људско достојанство. А кад једно уставно право или слобода задире у друго и у којом мери, то се решава тестом пропорционалности.

Тест пропорционалности је у равни с методима тумачења, будући да је у пракси уставних судова као и наднационалних судова конвенционално прихваћен као главни инструмент за одлучивање о конкурентским правима. А права која су конкурентска су у ствари принципи – оптимизујуће команде које би требало да се остваре *у највећој могућој мери*.[698] Да бисмо оценили које ће право (или слобода) да има првенство у случају кад долази у колизију с другим правом (слободом), оцењује се испуњеност неколико услова: легитимност циља којем се тежи; подесност одређеног средства за остварење циља; нужност ограничења која се огледа у непостојању другог начина да се оствари легитимни циљ. Кад су ти услови испуњени, прелази се на балансирање[699] које почива на, Алексијевим речима, закону балансирања: што је већи степен неостваривања или нарушавања једног принципа, то мора бити већи степен остваривања другог принципа (Alexy 2003, 136).[700]

---

[697] Прва одлука у којој је немачки контролор уставности одлучио на основу теста пропорционалности је BverfGE 7, 377, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv007377*, последњи приступ 25. маја 2023. О тесту пропорционалности у пракси овог органа вид. Lang 2020, 22–133 и Hailbronner, Martini 2017, 387.

[698] Атјенза истиче да у неким случајевима правило неће да се примени зато што је неспојиво с вредностима и принципима односног правног система. У том случају, сматра он, правило није коначан и искључујући разлог јер је „одвојен његов директивни апсект од усмеравајућег аспекта". Атјенза додаје да принципи дају необавезне разлоге јер морају да се одвагају с другим принципима (Atienza 2007, 211). Ипак, чини нам се да став о принципима као необавезујућим разлозима не стоји, иако је тачно да они каткад долазе у сукоб с другим принципима. Упркос томе што је један принцип однео превагу у односу на други у једном случају, не значи да је надвладани принцип необавезујући. Напротив, принципи су обавезујућег карактера.

[699] Пропорционалност је део последње фазе у анализи сукобљених права и треба да одговори на питање да ли се повреда права може оправдати (Hailbronner, Martini 2017, 387).

[700] Алекси истиче да један принцип може да онемогућује остварење другог принципа у малој, средњој или озбиљној мери, али и ове одреднице захтевају тумачење (Atienza 2007, 217).

Пракса Европског суда за људска права, при оцени повреде неког од конвенцијских права, оцењује испуњеност следећих услова: постојање правног основа, нужност мера у демократском друштву и легитимност циља којем се у конкретном случају стреми.

Примера ради, да би се заштитило јавно здравље (легитимни циљ), држава доноси меру забране кретања у одређеном делу дана док траје опасност од ширења епидемије. Та мера се доносе на основу одредаба садржаних у закону о заштити од заразних болести (правни основ), а с циљем да се смањи интеракција међу становништвом јер су контакти међу људима начин на који се преноси заразна болест. Ако се забрани кретање становника, онда то несумњиво доприноси смањењу њихових контаката уживо (подесност). Спорно је да ли је забрана кретања у одређеном делу дана неопходна, па уставни суд мора да оцени да ли је заштита јавног здравља могла да се оствари и другим блажом мером, нпр. држањем физичке дистанце (нужност). Ако је и услов нужности испуњен, прелази се на балансирање између јавног здравља и слободе кретања и оцењује се које то право има примат, на основу закона балансирања јер је нужна „нека врста прилагођавања“, будући да се сукобљени принципи „не могу задовољити у исто време“ (Atienza 2007, 212).

На основу изложеног, евидентан је значај теста пропорционалност. Али би могло да буде спорно следеће: да ли одлучивање на основу теста пропорционалности може да се окарактерише као примена уставних одредаба или је то стварање права и појавни облик уставносудског активизма? Прво, констатовано је да устави не садрже одредбу о хијерархијској вредности појединих права и слобода. Али се нека права гарантују безизузетно, а друга подлежу изузецима. Друго, неспорно је да судија не може да одбије да реши случај позивајући се на непостојање применљивог права. Треће, природа неких уставних права је таква да не могу симултано да се примене у *сваком* конкретном случају. Рецимо, не може да се истовремено дозволи слобода изражавања новинару који другог назива „монструмом“ и „крвником“, а да се притом не наруши достојанство личности. Или, заштита јавног здравља и слобода кретања долазе у колизију током епидемије ако законодавац ограничава/забрањује кретање.

Узимајући у обзир све то, уставни суд пред којим се нађу питања попут ових, мора да *одлучи* о томе које уставом гарантовано право или слобода у датим околностима има примат. Доносећи одлуку о том питању, судија решава спорaн случај, али, по нашем мишљењу, не преиспитује оптималност одлуке уставотворца, нити замењује његову одлуку другим решењем, што значи да не одлучује активистички. Прво, судија на располагању има само два уставна принципа који су у основи прокламације тј. позитивизација моралних вредности. Да би одлучио које право односно слобода има превагу у конкретном случају, судија ће скоро извесно да се упусти у морално расуђивање јер без тога тешко може да се оцени *важност* конкурентских права, па је судијино расуђивање не само правно, него и политичко.[701] Међутим, кад уставни суд одлучује о томе које уставно субјективно право има

[701] Нпр. Савезни уставни суд Немачке је у одлуци BVerfGE 86, 1 (*https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv086001*, последњи приступ 25. маја 2023) утврдио да се озбиљно нарушава људско достојанство кад се слобода изражавања користи у сатиричном магазину тако да се неко лице назива богаљем тј. „данас се такво обраћање неком сматра понижавањем“ јер је дато лице „жигосано као инфериорна особа“. Штавише, реч „богаљ“ се користи и „за физички здрава лица како би они вређали и како би се нарушио њихов углед“. Зазуимајући став да је овакво упражњавање уставном загарантоване слободе изражавања „озбиљно кршење права личности“, контролор уставности се позвао и на дефиницију речи „богаљ“ из једног речника немачког језика. Вид. BVerfGE 86,1, т. 13.

примат у датим околностима, то није напуштање институционалне улоге уставног суда, нити задирање у туђе надлежности.

Тачно је да одлука почива на широко формулисаним уставним одредбама које су у колизији, али се уставни суд не упушта у иновирање постојећег права, мада је често упуштање у политичко расуђивање и позивање на ванправне разлоге такође значајно. Дакле, одлучивање које почива на тесту пропорционалности подразумева и примесе политичког расуђивања.[702] Ипак, у фази оправдавања одлуке, раније је констатовано, судија мора да изнесе правне аргументе. Да би се дошло до правног образложења одлуке према којој је нпр. оправдана забрана кретања у одређеном делу дана у циљу заштите јавног здравља, судија ће да се послужи правним аргументима.

Језички аргумент нема већи значај у уставносудском тесту пропорционалности, будући да нам он само указује на то да је неко субјективно право релативно (подложно изузецима), а не апсолутно. Системски аргументи могу да буду корисни утолико што ће смисаона повезаност уставних одредаба да укаже на то да ли је неком праву приписан релативни карактер, ако језички аргумент не даје одговор на то питање, али тест пропорционалности се разликује од систематског тумачења јер се сукоб субјективних права решава оптимизацијом односно балансирањем између њих, што је једна од низа фаза које се одвијају.

Ипак, балансирање између субјективних права и целокупан тест пропорционалности почивају пре свега на циљном аргументу јер мора да се испита које је право *in concreto* превагнуло, а то значи да мора да се трага за циљевима. Такође, аргумент ауторитета може да буде од пресудног значаја – нпр. ставови лекара могу пресудно да утичу на одлуку суда и његово образложење уколико је реч о кршењу права и слобода током епидемије.[703] И то је доказ прворазредног значаја *контекста* у (уставно)судском одлучивању. Иако бар *prima facie* одлучивање на основу теста пропорционалности представља клизав терен, оно не подразумева да се замењује политички избор надлежног органа (нпр. уставотворца) другом одлуком коју уставни суд сматра оптималном.

Значајно је и да одлуке које почивају на примени теста пропорционалности имају често дејство *in concreto* и да не смерају ка томе да одређују политику коју треба да води законодавац. Контролор уставности ће само да оцени да ли је одређено право повређено или није тако што ће да оцени да ли један интерес (право или слобода) у занемарљивој, умереној или озбиљној мери задире у други интерес. Даље од констатације повреде није задатак контролора уставности, с тим да је неминовно да и одлучивање на основу теста пропорционалности може да прерасте у судски активизам ако нпр. уставни суд уместо мере забране кретања наметне меру ношења заштитних маски, али је битно да овај инструмент решавања сукоба између два права није *eo ipso* појавни облик уставносудског активизма.

3.5.4.2. Давање смерница законодавцу кроз заузимање политичког става

Неке уставносудске одлуке подразумевају да законодавац одређује сврху коју, тумачећи устав, контролор уставности проширује, али постоје и одлуке којима уставни суд

---

[702] Неки аутори истичу да се може говорити једино о релативној аутономији, али не и о одвојености правног расуђивања од моралног расуђивања (Atienza 2007, 218).

[703] О томе како су расуђивали уставни судови у поступцима који су се тицали повреде људских права током епидемије и о значају ставова медицинске струке при расуђивању вид. Hadži Stević 2023, 29–39.

одређује сврху, а онда преостали посао уступа законодавцу.[704] Упоредна уставносудска пракса показује да контролори уставности каткад уочавају мањкавости оспореног закона, али га ипак остављају на снази тј. не оглашавају га неуставним и не уклањају га из правног поретка, него уместо тога настоје да утичу на законодавца да сâм отклони уочене мањкавости. Оваква врста одлука постоји у пракси немачког и италијанског контролора уставности.

У овим, тзв. опомињућим, одлукама се у диспозитиву констатује да су оспорене одредбе у складу с уставом, али се у образложењу одлука наводе уставне мањкавости важећих решења. У оваквим случајевима се закључује да уочена мањкавост није толико значајна да спорна одредба промптно мора да се одстрани из правног поретка као неуставна, али законодавац се опомиње тако што му се ставља у изгледа да ће у случају непоступања сходно налогу уставног суда да спорне одредбе буду укинуте/поништене. Опомињуће одлуке карактерише један несклад који је уочљив у њиховим образложењима јер су она посвећена анализи мањкавости оспорених одредаба у погледу њихове усаглашености с уставом, али из уочених мањкавости се не изводи закључак који би се могао претпоставити – укидање/поништавање тих одредаба, него се проглашава такорећи привремена уставност. Њен темпорални карактер престаје оног часа кад законодавац не испуни захтев уставног суда и кад се у новој уставносудској одлуци због те пасивности коначно укине/поништи дата одредба.

Савезни уставни суд Немачке доноси *опомињуће* одлуке чија је суштина у томе да се утврђује да је нека одредба у сагласности с Основним законом, али да би законодавац требало да је побољша или замени новом одредбом (Härtel 2011, 514–515) јер би она у будућности „услед промењених околности, могла да постане неуставна“ (Gamper 2015, 429).[705] Циљ ових одлука је да се законодавцу стави у изглед да би односни акт „могао да постане неуставан у блиској будућности ако га законодавац не укине или не измени“ (Determann, Heintzen 2018-2019, 114). На тај начин, контролор уставности даје сигнал законодавцу да предузме нормативне кораке јер то налаже уставни оквир.[706]

Илустративан пример је одлука BVerfGE 39, 169 у којој се оцењивала уставност одредаба о породичној пензији. Законом је било прописано да муж има право да наследи женину пензију само ако је преминула жена већински издржавала породицу, док за надживеле жене нису били предвиђени такви услови. Суд је констатовао да једино законодавац може да изврши реформски задатак, будући да „регулисање породичних пензија није подобно за краткорочна експериментална решења“, него захтева „дугорочно регулисање уз неопходну опрезност“ (т. 193–194). Суд додаје да би неуставност при некој будућој контроли уставности постојала ако законодавац у будућности не „уложи интензивне напоре у проналажењу прикладнијег решења“ (т. 194) којим би се отклонила дејства важећег решења које је на ивици уставности. У том смислу, Савезни уставни суд је

[704] И код овог модалитета судског одлучивања изузетан значај има образложење одлуке јер оно садржи „суштинске индикације за поступање“ и установљава „границе законодавног одлучивања“. Вид. о томе Bifulco, Paris 2020, 481.

[705] Сходно чл. 32, ст. 1 Закона о Савезном уставном суду, овај орган може да донесе привремену меру забране којом ће спречи озбиљну штету, насиље или да спречи друге активности које би нарушиле опште интересе. Вид. о томе код Rupp 1960, 504–505.

[706] Аргументи које наводи немачки контролор уставности су „изузетно присутни у политичком процесу“ а његова пракса је неретко „адут у политичкој дебати“ (Farahat 2020, 151, 340).

обавезао законодавца да измени закон доношењем мера које захтевају „опсежан и дуготрајан припремни рад“, уз обавезу да их донесе у одређеном року и тиме отклони мањкавост законских одредаба о породичним пензијама у односу на уставну одредбу којом се гарантује једнакост (чл. 3 Основног закона).

Такође, пример опомињуће одлуке је и BVerfGE 33, 171[707] у којој су подносиоци уставне жалбе тврдили да се оспореним актом који се тиче расподеле накнада лекарима крши неколико права која гарантује Основни закон (чл. 2, 3, 12 и 14) јер се њима не успоставља одговарајућа диференцијација. Ипак, Савезни уставни суд је констатовао да оспорени акт „може и даље да се сматра уставним, упркос недостатку диференцијације“ (BVerfGE 33, 171, т. 189). Услед тога, оспорени акт „може се привремено прихватити“ (т. 190) јер Савезни уставни суд „не мора да проверава да ли је законодавац за сваки случај нашао најприкладније, разумно и праведно решење“, будући да „маневарски простор законодавца престаје само кад неједнак третман није сагласан с идејом правде и кад се мора оценити као произвољан“ (BVerfGE 33, 171, т. 189).[708]

У пракси Уставног суда Италије такође се уочавају тзв. опомињуће одлуке. Палацо истиче да Уставни суд Италије доносећи опомињуће одлуке тако што наређује измене у законодавству, упозоравајући да ће дати акт да буде поништен уколико измене не буду учињене у оквиру разумног времена (Palazzo 2020a, 412). Несумњив такав пример је одлука 212/1986 у којој је утврђено кршење права на поштено суђење услед кршења начела јавности у пореским поступцима. Овом одлуком је Уставни суд утврдио да су оспорене одредбе мањкаве, али ипак их није поништио, истичући да је „апсолутно неопходно, с циљем избегавања озбиљних последица, да законодавац благовремено интервенише и прилагоди порески процес 101 члану Устава“ (т. 6). Ова одлука је била опомена законодавцу да интервенише и прилагоди уставним одредбама спорни закон јер ће у евентуалном будућем испитивању да дође до поништавања неуставних одредаба. Будући да прилагођавање Уставу није учињено,[709] ранија „претња“ Уставног суда се реализовала у одлуци 50/1989 кад је Уставни суд поништио односне одредбе.

Гропи истиче да се ове одлуке доносе кад се расправља о уставности „високо политизованих питања“ и тада Уставни суд даје законодавцу прилику да исправи неуставност (Groppi 2008, 109). За Васино су ове одлуке (тзв. *doppia pronuncia*) само „неформално проглашавање неуставности“ које карактерише „логичка противречност између уставносудског расуђивања и одлуке да се одбије поништавање неуставног акта“ и то је „необична форма судијског уздржавања“ (Vasino 2021, 3). Пошто се опомињуће одлуке

---

[707] Вид. одлуку BVerfGE 33, 171 на: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrint Version&Name=bv033171*, последњи приступ 30. маја 2023.

[708] Савезни уставни суд утиче на законодавца давањем смерница које би требало да послуже законодавцу као „основни импулс“ приликом сачињавања закона који би био саобразан одредбама Основног закона (Härtel 2011, 511). Пракса показује да смернице каткад лако прерасту у обавезујућа упутства и супституисање законодавца, као што је случај у одлуци поводом абортуса (BVerfGE 39, 1). Понекад Савезни уставни суд *obiter dictum* даје смернице за будуће законодавство. Дакле, ради се о ставовима који снагом ауторитета уставног суда имају посебан утицај на друге органе, иако је обавезујући диспозитив одлуке уставног суда, а не образложење (Марковић 2016, 573).

[709] Васино примећује да је ефикасност опомињућих одлука на законодавца „разочаравајуће лоша“ и парадоксално је да покушај Уставног суда да се уздржи од задирања у послове законодавца у ствари „подстиче инертност парламента“, што је узроковало да се овакве одлуке последњих година ређе доносе. Вид. Vasino 2021, 14.

нису показале као ефикасно средства утицаја Уставног суда Италије на законодавца, контролор уставности је решење пронашао у томе да утврђује несагласност закона с уставом, али одлаже доношење одлуке о неуставности[710] за одређено време (по правилу за неколико месеци) ради очувања „духа лојалне институционалне сарадње (одлука 132/2020)[711] чиме се у ствари даје прилика законодавцу да сам отклони неуставност односно „позабави се спорним питањем“ (одлука 97/2021).[712]

Слично дејство је произвела и давнашња одлука 64/1970[713] којом је утврђена неуставност одредаба које су се односиле на трајање притвора, али Уставни суд је није доставио на објављивање јер би тим чином сви притвореници били пуштени на слободу. С циљем избегавања таквог, сигурно неприхватљивог, исхода, законодавцу је дата прилика да сам исправи неуставност и тако усклади закон с уставом, а да се притом не наруши јавни интерес неформалном амнестијом притворених лица (нав. према Vigoriti 1972, 410).

Вигорити истиче да постоје и *препоруке* које представљају „блажи облик опомињућих одлука“ и састоје се у позиву законодавцу да предузме радње да би ускладио акте с уставом (Vigoriti 1972, 406–407). Пример би била одлука 17/1965 којом је Уставни суд констатовао да је дужност законодавца, сходно прелазним одредбама, била да у року од пет година од ступања на снагу Устава Италије уреди рад специјалних судова.[714] Пошто то законодавац није учинио, Уставни суд је навео да се тим ствара „недовршеност, а самим тим и измењеност система који је Уставотворна скупштина установила, на шта овај суд мора да укаже“ (17/1965, т. 2). Такве одлуке нису „пуке жеље без практичног дејства“ јер им снагу даје „утицај и ауторитет Уставног суда“ (Vigoriti 1972, 407). Још бољи пример је одлука 8/1956 којом је Уставни суд утврдио да је у складу с уставом доношење одлуке о јавном реду и безбедности од стране префекта, али је ипак препоручио законодавцу да прецизније формулише оспорену одредбу како би се спречило било које тумачење које је супротно духу Устава.[715]

Одлуке путем којих уставни судови дају смернице законодавцу за будуће законодавно одлучивање, по нашем мишљењу, не представљају активистичко одлучивање. Њима се утврђује да одредбе које су предмет уставног спора имају одређене мањкавости, али контролор уставности закључује да дате мањкавости нису таквог интензитета да би требало да се укине/поништи неуставна одредба. Уставни суд се углавном у овој врсти одлука задржава на констатацији да мањкавости постоји и на упозорењу (опомени) да би у

---

[710] Такве одлуке могу да имају негативне импликације у односу на права странака у поступцима пред редовним судовима јер поступак не може да се настави док се не реши питање уставности од стране Уставног суда. Сем тога, Уставни суд крши Устав тиме што одржава неуставан акт на снази неко време. Вид. Vigoriti 1972, 411.

[711] Вид. одлуку 132/2020 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2020&numero=132&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 30. маја 2023.

[712] Вид. одлуку 97/2021 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2021&numero=97&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 30. маја 2023.

[713] Вид. одлуку на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1970&numero=64&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 10. јула 2023.

[714] Вид. одлуку 17/1965 на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1965&numero=17&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 30. маја 2023.

[715] Вид. одлуку на: *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1956&numero=8&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 3. јула 2023.

будућности оспорена одредба могла да буде укинута/поништена, ако је законодавац не измени тако да она буде у целости уставна.

Имплицитан утицај на законодавца постоји, будући да му се „прети“ укидањем/поништавањем ако остане пасиван, али сматрамо да овде нема активистичког одлучивања јер се законодавцу не намеће било које решење тј. не задире се у његово поље дискреционе оцене, упркос томе што постоји заметак политичког расуђивања оличен у имплицитном ставу уставног суда да би спорно питање могло да се регулише на бољи начин, који ће уједно да буде уставан. Дакле, уставносудски активизам не постоји ако се сугерише, него само ако се одлучује уместо надлежног правотворца, што последично води ка иновирању важећег права.

3.5.4.3. Утврђивање неуставности одређених значења законске одредбе

Раније је било речи о тзв. интерпретативним одлукама којима уставни судови одређује значење законске одредбе које је једино у сагласности с уставом, док су остала значења неспојива с уставом. Констатовано је да такав начин одлучивања представља уставносудски активизам будући да уставни суд утврђује норму коју су редовни судови дужни да примене. Блажи облик проглашавања неспојивости с уставом постоји у одлукама италијанског контролора уставности. Пракса Уставног суда Италије познаје интерпретативне одлуке којима се утврђује да је *неуставно значење* које је редовни судија приписао одредби (дакле неуставна је одређена *норма* као значење правног текста), али се притом не поништава оспорена одредба (дакле, правни текст остаје непромењен).[716]

Пример би била одлука 78/2007 којом је оглашено неуставним тумачење (тј. норма) да странац који није из Европске уније, а који на италијанској територији борави незаконито или без боравишне дозволе, нема право на алтернативне мере у односу на притвор (нпр. рад у социјалној служби). Будући да контролор уставности не наређује како мора да се тумачи спорни законски текст, него само утврђује како он не сме да се тумачи, ове одлуке нису пример судског активизма.

Уставни суд Италије у таквим одлукама, поступа као „хирург који прави најмањи могући рез“ (Vigoriti 1972, 405) јер не дира у текст правног акта, него оставља слободу редовним судовима да између осталих могућих значења сами одлуче. То су интерпретативне пресуде прихватања (*sentenza interpretativa di accoglimento*). Гропи истиче да су интерпретативне пресуде прихватања временом добиле на значају (Groppi 2008, 107–108) јер имају дејство *erga omnes* и као такве су инструмент којим Уставни суд може да победи у окршају судије редовних судова које, у случају интерпретативних пресуда одбијања, нису поштовале тумачење Уставног суда (јер је оно имало само *inter partes* дејство, као што смо раније навели).

3.5.4.4. Враћању на снагу аброгираног закона

Поништавање или укидање неуставног закона ствара „правни вакуум“ јер оно што је представљало правну обавезу или правно овлашћење, постоје правно слободан простор, а

[716] У Италији, кад редовни судови инсистирају на значењу које не одговара уставносудском схватању значења устава, онда уставни суд забрањује то значење, а текст одредбе остаје непромењен (вид. Palazzo 2020a, 411 фн. 48).

то може да има негативне консеквенце.[717] Зато Келзен предлаже две могуће солуције: (1) да одлука о неуставности закона ступи снагу одређени период након што је донесена, или (2) да се дозволи уставном суду да норме које су биле на снази до часа ступања на снагу укинуте/поништене норме, дискреционом одлуком, „оживи“ тј. да оне поново стекну правну снагу (Kelsen 2015, 63).

Упоредноправно посматрано, устави појединих држава регулишу питање враћања на снагу закона који је важио пре закона који је контролор уставности огласио неуставним, те у вези с тим постоје два нормативна решења: (1) враћање на снагу раније важећег закона *ex constitutione* или (2) враћање на снагу раније важећег закона само ако то одлучи контролор уставности. Нпр. закон о кривичном поступку је донесен 2003. године и важио је до 2020. године кад је усвојен нови, истоимени, закон. Након што је оспорена уставност закона о кривичном поступку из 2020. године, контролор уставности огласио га је неуставним и поништио. Будући да је реч о закону који има прворазредни значај за функционисање судова, тужилаштава и заштиту права окривљених, контролор уставности, зависно од правне регулативе, *мора* или *може* да закон о кривичном поступку из 2003. године врати на правну снагу.

Парадигматичан пример нормативног решења по којем се *ex constitutione* враћа на снагу раније важећи закон је одлука аустријског уставотворца садржана у чл. 140, ст. 6 Савезног уставног закона Аустрије. Њим се прописује да у случају укидања неуставног закона, „поново ступају на снагу законске одредбе које су аброгиране законом који је Уставни суд огласио неуставним“, осим ако Уставни суд не одлучи друкчије. У одлуци контролора уставности се наводи да ли и које законске одредбе поново ступају на снагу. Такође, чл. 282, ст. 1 Устава Португалије прописује да оглашавање неуставности закона има *ex tunc* дејство од дана објављивања и „доводи до поновног важења свих норми које је оспорена норма укинула“. Ако разлози правне сигурности, правичности или другог изузетно важног јавног интереса захтевају, контролор уставности може да одреди друкчије дејство одлуке с тим да мора образложити овакву одлуку (чл. 282, ст. 4 Устава Португалије).

С друге стране, Уставни суд Пољске је у једном случају одлучио да врати на снагу одредбу која је раније важила (одлука К 4/99),[718] што неки аутори оцењују као „средство за мењање закона заобилажењем законодавног тела“ (Tuleja 2020, 651).[719]

Враћање на снагу раније важећег закона није активистичко одлучивање уколико устав недвосмислено пружа ту могућност контролор уставности тј. то враћање „није резултат позитивне одлуке да се закон поново врати на правну снагу“, него је реч о „последици *ex constitutione*“ (Gamper 2015, 427). Дакле, не бисмо могли да констатујемо да овде постоји политичко расуђивање, будући да одлука контролора уставности почива на постојећим правним разлозима тј. уставном овлашћењу за враћање на снагу раније важећег закона. Али ако не постоји правни основ за такву одлуку, онда је реч о уставносудском активизму.

[717] О враћању на снагу раније важећег закона вид. и Gamper 2015, 426–427.

[718] Вид. одлуку К 4/99 на: *https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19991061215/T/D19991215L.pdf*, последњи приступ 30. маја 2023.

[719] Tuleja 2020, 651.

4. СУДСКИ АКТИВИЗАМ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Након што су први и други део рада били посвећени правнотеоријским разматрањима правног расуђивања и уставног судовања, те упоредноправним примерима уставносудског активизма, трећи део рада посвећен је студији случаја, при чему централно место припада Уставном суду Босне и Херцеговине. Основни циљ је да теоријске увиде из првог и другог дела применимо на праксу Уставног суда Босне и Херцеговине (у даљем тексту и: УС БиХ), како бисмо демистификовали природу уставносудског одлучивања ове институције. Већ сада бисмо могли да констатујемо да је она шаролика и да много појавних облика уставносудског активизма о којима је било речи у другом делу рада свој значај имају и у БиХ.

Устав Босне и Херцеговине (у даљем тексту: БиХ) је изузетно кратак, а положај УС БиХ је регулисан тек једним чланом Устава БиХ, али та нормативна сиромашност не важи за праксу уставносудског одлучивања овог контролора уставности. Напротив, она је богата одлукама о којима се врло често воде не само политичке, него и правне дебате, а све поводом питања: да ли УС БиХ има надлежност да одлучује о одређеном питању, и ако има, докле досежу границе уставног судовања. Ипак, да бисмо анализирали уставносудску праксу, прво ћемо да позиционирамо УС БиХ у институционалном аранжману БиХ тј. њеном уставном уређењу. Оно је и те како посебно, па му и посебан одељак посвећујемо.

4.1. Посебности уставног уређења Босне и Херцеговине

У Босни и Херцеговини, након ступања на снагу дејтонско-париског споразума из 1995. године, успостављен је модел консоцијативне демократије, федерална организација државе и правно-политички систем којим је мало ко задовољан јер је друштво „дубоко подељено“ (Марковић 2021, 123). Територијално-политичко уређење БиХ, као сложене државе, чине два ентитета (федералне јединице) – Република Српска и Федерација БиХ, те њихов кондоминијум – Брчко Дистрикт. Будући да контрола уставности подразумева пре свега контролу уставности закона, значајно је да укратко наведемо ко врши законодавну функцију на нивоу ентитета и институција БиХ. Дводома Парламентарна скупштина БиХ (у даљем тексту: ПС БиХ) је уставотворац и законодавац на нивоу БиХ и сачињена је од Представничког дома и Дома народа, док у ентитетима законодавну власт врше Народна скупштина Републике Српске и Парламент Федерације БиХ.

Будући да је БиХ устројена на федералним начелима, Устав БиХ је надређен свим другим актима у БиХ, укључујући и ентитетске уставе, а примат Устава БиХ чува управо Уставни суд БиХ,[720] чијем расуђивању ће преостали одељци овог дела да буду посвећени. Европска конвенција о људским правима има надзаконску снага, сходно Уставу БиХ, те

[720] Лајпхарт истиче да консоцијалне демократије не карактерише само спремност политичких елита да сарађују, него и „способност да решавају политичке проблеме“ (Lijphart 1969, 218). Даља анализа би требало да покаже да политичке проблеме често уместо политичких представника решава управо Уставни суд БиХ.

представља значај извор права, нарочито у светлу одлука Европског суда за људска права (ЕСЉП) који прецизира значење конвенцијских одредаба и каткад активистички одлучује на основу њих. Мало је мериторних одлука Уставног суда БиХ у којима се не помиње судска пракса ЕСЉП, па је значај његових одлука прворазредан. Начела консоцијалне демократије[721] су уочљива у постојању аутономије ентитета (тј. федералних јединица),[722] институционалној структури највиших органа БиХ,[723] постојању вета који се у БиХ улаже позивањем на „витални национални интерес“, правном устројству које почива на пропорционалној расподели мандата, ентитетском гласању,[724] начелу конститутивности три народа што нужно захтева коалиционо удруживање политичких представника различитих народа,[725] итд.

О сложености уставног система у Босни и Херцеговини сажето говоре следеће чињенице: у њој постоји 13 устава, пет нивоа вршења политичке власти (федерални, ентитетски, кантонални, ниво дистрикта и локални ниво) и високи представник за БиХ, у Уставу непознат субјект, који каткад доноси законе, суди уместо судова и „координира“ рад међу свим политичким субјектима с циљем да подстакне сарадњу међу политичких актерима, а посебно место чувара Устава БиХ има Уставни суд БиХ, орган којем ће преостали одељци овог дела да буду посвећени.

4.2. Правни положај Уставног суда Босне и Херцеговине

Правни положај Уставног суда Босне и Херцеговине регулисан је Уставом Босне и Херцеговине као и Правилима Уставног суда Босне и Херцеговине. Чланом VI Устава БиХ регулишу се: састав и начин избора судија Уставног суда, начин одлучивања, надлежности и дејство одлука. Правилима Уставног суда уређују се поступак пред овим органом и његова организација, при чему су нарочито важне одредбе којима се уређују одлуке које Уставни суд може да донесе, те одредбе којима се регулише извршење уставносудских одлука.

---

[721] Лајпхарт, истичући да је политика у консоцијалним демократијама „озбиљан посао а не игра“, наводи четири предуслова за успешност њиховог функционисања: спремност елита да уваже ставове других елита; спремност да сарађују с другим елитама; посвећеност елита одржавању система и унапређењу његове стабилности и кохезије; свест елита да политичка фрагментација подразумева значајне опасности. Вид. Lijphart 1969, 216.

[722] Уставом БиХ је установљена подела надлежности између БиХ и њених ентитета, а чињеница да ентитети имају уставе довољно говори о степену њихове аутономије (схваћене као права на самоорганизовање) у оквиру БиХ.

[723] Нпр. Дом народа има 15 чланова, при чему сваки конститутивни народ има по пет представника; Представнички дом има 42 члана, од којих се две трећине бира у Федерацији БиХ, а једна трећина у Републици Српској; Председништво БиХ је трочлано и тамо су припадници сваког од три конститутивна народа; у Савету министара БиХ су равноправно заступљени припадници све три народа; међу судијама Уставног суда БиХ су по два припадника сваког од конститутивних народа итд.

[724] Ентитетско гласање је начин одлучивања који важе за домове Парламентарне скупштине БиХ. У оба дома се одлуке доносе већином гласова посланика/делегата који су присутни и који гласају, с тим да за одлуку мора да гласа бар по једна трећина посланика/делегата из сваког ентитета. Уколико се то не постигне, онда се састаје колегијум датог дома (сачињен од председавајућег и његових заменика – сви су припадници различитих конститутивних народа) с циљем да покушају да нађу компромис. Ако у тој намери не успеју, сматраће се да је одлука усвојена уколико у поновљеном гласању против одлуке *не гласа* две трећине или више од две трећине посланика/делегата из сваког ентитета (вид. чл. IV 3д Устава БиХ).

[725] Марковић истиче да је мањкавост консоцијалне демократије у томе што приморава „политичке странке да делују као етничке“ (Марковић 2021, 115).

4.2.1. Положај према Уставу Босне и Херцеговине

Састав, начин избора и начин одлучивања. Уставни суд БиХ се састоји од деветоро судија, од чега је шесторо домаћих и троје иностраних судија. Од шесторо домаћих судија, четворо бира парламент Федерације БиХ, а двоје парламент Републике Српске. Мада у погледу националне припадности домаћих судија Устав БиХ ништа не прописује, ипак се усталио уставни обичај према којем сваки од три конститутивна народа има по двоје уставних судија.[726] Троје иностраних судија бира председник Европског суда за људска права, након што се консултује са трочланим Председништвом БиХ. Већ на овом месту интригира чињеница да контролор уставности има иностране судије, али се одговор може вероватно наћи у претпоставци доносилаца устава да би функционисање и одлучивање Уставног суда било и те како тешко уколико би ову институцију чиниле само домаће судије, а имајући у виду социјалне посебности у БиХ о којим је било речи у претходном одељку.

У уставу се наводе и штури услови за именовање домаћих уставних судија: истакнути правници високог моралног угледа[727] који испуњавају услове да буду бирачи (дакле: пунолетни и пословно способни држављани БиХ),[728] а кад је реч о страним судијама они не могу да буду домаћи држављани, нити држављани неке од суседних држава. Мандат уставних судија који су изабрани први пут након ступања на снагу дејтонског устава је био пет година (без могућности реизбора), док мандат потоњих уставних судија траје до навршених 70 година живота,[729] сем у случају оставке или разрешења консензусом осталих судија.

---

[726] Једно од спорних питања на овом месту би могла да буде могућност припадника неконститутивних народа да буду изабрани за судије Уставног суда. Будући да устав не регулише националну припадност судија, него само њихову „ентитетску припадност“ према формули 4:2, ипак досад није пружена могућност припадницима неконститутивних народа да буду уставне судије. Да ли је у питању уставни обичај *contra constitutionem* или *secundum constitutionem* и какав је значај стручних и политичких критеријума при избору судија Уставног суда БиХ вид. Марковић 2021, 360–363.

Уставноправни положај Осталих је и иначе проблематичан, што нормативно што стварно. У прилог томе говоре и пресуде ЕСЉП који је утврдио да су припадници неконститутивних народа дискриминисани јер им Устав БиХ не омогућује да буду чланови Дома народа ПС БиХ или чланови Председништава. Уставни суд БиХ је у одлуци У-12/08 (*https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-12-08-235709.pdf*, последњи приступ 10. јуна 2023) утврдио да спор који се пред њим решава мора да произлази из Устава БиХ, а ако је предмет спора „извршавање међународне пресуде“, *in concreto* је то била одлука ЕСЉП, Уставни суд БиХ не може да нареди да се она изврши јер то није његова надлежност, него је то међународноправна обавеза БиХ. Затим, контролор уставности наводи акте Савета Европе који регулишу та питања, истичући да мере због неизвршења одлука ЕСЉП доноси једино Савет Европе, док контролор уставности није надлежан да утврђује да ли је одлука ЕСЉП извршена или није, нити је надлежан да „наложи одређеном јавноправном субјекту у БиХ да изврши обавезе“ из ње (У-12/08, т. 8–9).

[727] Значење стандарда „истакнути правник“ и „високи морални углед“ је безобално и као такво омогућују институцијама које именују судије уставног суда да се воде и политичким критеријумима при именовању јер Устав не прецизира кад је неки правник истакнути (године живота, године искуства, универзитетска каријера, положен правосудни испит, године рада у правосуђу итд.). Кад би постојао закон о Уставном суду БиХ, вероватно би уставни услови били прецизирани, а док се он не усвоји (ако се усвоји), апсолутна дискрециона оцена је у рукама политичких институција.

[728] У чл. 96 Правила Уставног суда се регулише питање неспојивости вршења уставносудске функције с другим функцијама.

[729] Ово уставно решење није уобичајено у упоредном праву, будући да судије уставних судова обично имају мандат који је дужи од мандата посланика или председника и најчешће на дужности остају између 8 и 12 година. Марковић сматра да би било корисно не само ограничити мандат, него и забранити могућност

Значајна одредба у члану VI 1д прокламује могућност да се по истеку петогодишњег мандата првих судија Уставног суда БиХ може донети закон од стране Парламентарне скупштине БиХ који би променио начин избора троје судија из иностранства. То, с једне стране, може да значи да се уместо страних судија, законом ПС БиХ може предвидети да су све судије домаће.[730] Друго, али и мање вероватно, значење дате одредбе је да троје судија морају да буду инострани држављани, али да се може предвидети само друкчија процедура њиховог избора. Било како било, поменути став често је предмет политичких конфликата будући да неки политички представници захтевају елиминисање иностраног фактора из састава Уставног суда БиХ кроз доношење закона о уставном суду.

Уставни суд доноси одлуке на седницама којима присуствује већина свих чланова. Иако није реч о непознатом начину одлучивања уставних судова, важно је да се принцип одлучивања који важи у другим институцијама Босне и Херцеговине не примењује при одлучивању Уставног суда. За то постоје најмање три разлога. Прво, напоменуто је да трећину судија чине иностране судије. Друго, уставописац је вероватно био свестан тешкоћа које би постојале уколико би се тражила сагласност судија из све три конститутивна народа при уставносудском одлучивању. Вероватно у прилог тој тешкоћи најбоље говори одлучивање у другим институцијама БиХ (у којима се често тражи сагласност бар минимума представника сваког конститутивног народа). Треће, Устав БиХ је изузетно кратак и самим тим препун недоречености, што је вероватно и условило одговарајући положај и начин одлучивања Уставног суда БиХ јер су творци Устава БиХ намеравали да Уставном суду припишу значајну улогу у функционисању БиХ.[731]

Надлежности Уставног суда БиХ. Пошто је тема трећег дела рада судски активизам Уставног суда БиХ, значајно питање представљају надлежности овог органа, будући да не може да буде речи о активизму уколико Уставни суд обавља послове које му Устав неупитно додељује у надлежност. Чланом VI 3 се уређује питање надлежности тако што се прво наводи уопштена улога Уставног суда, а затим се прецизирају послови контроле уставности. Наиме, Устав прокламује: Уставни суд ће штити овај Устав. Затим се прописује (члан VI 3а) да је искључива надлежност Уставног суда одлучивање о споровима који по овом Уставу настану између ентитета или БиХ и једног или оба ентитета или између институција БиХ,[732] и то *укључујући али не ограничавајући се само на то*: (1) да ли је успостављање специјалних и паралелних веза с неком од суседних држава у складу с Уставом, укључујући и суверености и територијални интегритет БиХ; (2) усаглашеност

поновног избора како уставне судије не би одлучивале тако да се „препоручују“ политичким елитама за реизбор (2021, 363). О броју, начину избора, дужини мандата и условима за именовање уставних судија у Француској, Немачкој, Италији и Шпанији вид. Stone Sweet 2002, 49.

[730] У БиХ није донесен закон о уставном суду, па је мноштво материје коју је Парламентарна скупштина БиХ требало да уреди конкретизујући уставне одредбе о Уставном суду постало предмет саморегулисања од стране Уставног суда БиХ у Правилима Уставног суда. Марковић истиче да је непостојање закона последица политичких разлога и „непримерено решење“ јер је контролор уставности властитим актом регулисао питања која су обично парламентарна надлежност (2021, 359).

[731] О предностима и недостацима нормираног начина одлучивања Уставног суда БиХ вид. Марковић 2021, 379.

[732] Кад уставни судови имају надлежност да одлучују о решавању политичких сукоба између институција, реч је о јудкализацији политичких питања. Вид. Bifulco, Paris 2020, 488.

устава или закона ентитета с уставом Босне и Херцеговине. Дакле, овим речима је нормирана *апстрактна оцена уставности***.**

После тога се наводе субјекти који имају право да покрену поступак за оцену уставности који се тиче поменутих питања.[733] У уставном тексту се не говори о контроли уставности закона које усвоји ПС БиХ, али би требало узети да она постоји јер тиме контролор уставности осигурава „хијерархијску премоћ Устава“ (Марковић 2021, 365). Иако није изричито наведена, одредба да ће „Уставни суд штитити овај Устав“ говори у прилогу томе да не може бити заштићен Устав БиХ ако се допусти постојање неуставних закона ПС БиХ. Уставни суд је институционални ауторитет који чува неприкосновен положај Устава БиХ и изузимање закона ПС БиХ од контроле уставности би сигурно окрњило целовито остварење уставног задатка Уставног суда.

Осим апстрактне оцене уставности, Устав (члан VI 3б) даје у надлежност Уставном суду и одлучивање поводом питања која су садржана у Уставу БиХ, ако постану предмет спора поводом пресуде било ког суда у Босни и Херцеговини, и то је тзв. *апелациона надлежност*. Овај вид уставносудске контроле подсећа на уставну жалбу, али не може да се с њом изједначи, будући да апелациона надлежност Уставног суда БиХ није ограничена само на заштиту уставом гарантованих људских права и слобода. На то, с једне стране, упућује формулација уставне одредбе. Иако је Устав БиХ натопљен људским правима и слободама, писци устава нису апелациону надлежност ограничили само на *људска* права и слободе, него на *питања садржана у Уставу*. С друге стране, и пракса Уставног суда БиХ говори у прилог томе.

Илустративан пример представља одлука У-5/99[734] у којој је Уставни суд БиХ разматрао повреду уставног права кантона да примењује раније важеће прописе до доношења нових аката. Уставна формулација доводи у везу апелациону надлежност с *пресудама* било ког суда у БиХ. Мада се апелациона надлежност не односи само на људска права и слободе, ипак је обраћање Уставном суду поводом ове надлежности (што и пракса Уставног суд потврђује) доминантно утемељено на повреди људских права и слобода до које долазе кад редовни судови доносе пресуде.[735] Ипак, Уставни суд реч „пресуда“ тумачи тако да под њом подразумева и друге акте које доносе судови, акте које доносе управни органи, као и случај кад пресуда или други акт судског или другог органа уопште није донесен. Неупитно је да до повреде уставних права и слобода може да дође и актима несудских органа, али ипак није лако оправдати то што се речима „пресуда сваког суда“ приписује значење „одлука или недоношење одлуке од стране било ког државног органа услед чега се нарушавају уставом гарантована права и слободе“. Несумњива је политичка легитимност таквог става, али је упитно његово правно утемељење услед немогућности да се то значење укотви у оквир могућих значења уставног текста. Такво тумачење одговара

[733] У питању су чланови Председништва, председавајући Савета министара, председавајући или његови заменици у домовима ПС БиХ, те 1/4 чланова било кога дома ПС БиХ или ентитетских парламената.

[734] Вид. одлуку У-5/99 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-99-12369.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[735] У одлуци АП-2391/07, УС БиХ покреће питање „погођености апеланта конкретног одлуком коју оспорава јер се њоме не решавају индивидуална права појединца“ (т. 12). Дакле, Уставни суд БиХ и сам доводи апелациону надлежност пре свега у везу с повредом људских права и слобода.

оном што се у пракси ЕСЉП назива „живим тумачењем“, али утврдили смо да језичко тумачење поставља оквире нормативног значења.

Пред Уставним судом БиХ се поставило и питање да ли одлука ентитетског уставног суда може да буде предмет контроле уставности по основу апелационе надлежности. С једне стране, између Уставног суда БиХ и ентитетских уставних судова не постоји хијерархијски однос, а с друге стране одлука уставног суда једног од ентитета није једнака пресуди редовног суда. Нити се њом решава спор између лица нити је она усмерена на испитивање чињеничног стања у конкретном случају. Ипак, одлука У-5/99 је пример одлучивања Уставног суда БиХ о уставности одлуке уставног суда ентитета. Наиме, Уставни суд БиХ је у датом предмету утврдио да одлука Уставног суда Федерације БиХ може да буде предмет контроле јер је, словом устава тог ентитета, његов уставни суд део правосуђа Федерације,[736] из чега Уставни суд БиХ закључује да у таквим околностима „нема ваљаног разлога“ да се федерални уставни суд не сматра судом у смислу одредбе Устава БиХ о апелационој надлежности. Штавише, по мишљењу УС БиХ би „ефективност апелационе контроле била знатно нарушена“ кад би се заузео супротан став.

Ипак, одлука АП-2391/07[737] је еманација супротног тумачења јер је УС БиХ констатовао да разлози правне сигурности и поштовања уставноправног система БиХ налажу да се разграничи кад УС БиХ може да одлучује. Стога, УС БиХ наводи да ентитетски уставни судови имају јасно дефинисану надлежност која укључује и одлучивање о усаглашености ентитетског закона с ентитетским уставом (апстрактна оцена уставности ентитетског уставног суда) и зато је одлука *in concreto* Уставног суда Федерације БиХ коначна и обавезујућа и самим тим неподесна да буде предмет контроле уставности пред УС БиХ.

Сходно члану VI 3ц, Уставни суд је надлежан и да одлучује о питањима која му упути било који суд у БиХ због сумње у усаглашеност закона на основу којег би требало да се реши конкретан случај с уставом БиХ, ЕКЉП и њеним протоколима, законима БиХ или услед сумње у погледу постојања или опсега неког општег правила међународног јавног права које је значајно за одлуку суда који се обраћа Уставном суду БиХ. Дакле, то је *конкретна оцена уставности*.[738] У члану који се односи на Уставни суд БиХ су смештене и одредбе које се тичу положаја Брчко Дистрикта БиХ (члан VI 4) и оне се односе на његов статус, али и надлежности Уставног суда БиХ да одлучује о спору који произлази из Устава или арбитражне одлуке о Дистрикту, а у вези са статусом и надлежностима Брчко Дистрикта, кад се тај спор јави између једног или оба ентитета и Дистрикта. Коначно, члан VI 5 прокламује да су све одлуке Уставног суда БиХ коначне и обавезујуће.[739] Значајна за овај део рада је и одредба која гласи: Суд ће усвојити правила Суда већином гласова својих чланова

---

[736] У поглављу Ц (Судска власт Федерације), одељак 1, члан 1, ст. 2 гласи: Судови Федерације су: Уставни суд, Врховни суд, Суд за људска права.

[737] Вид. одлуку АП-2391/07 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2391-07-386223.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[738] Вид. о томе и Марковић 2021, 378.

[739] Уставни суд БиХ је у Одлуци У-10/16 утврдио да коначност и обавезност уставносудских одлука подразумева да ниједан орган законодавне, извршне или судске функције државне власти нема надлежност да о питању о којем је Уставни суд донео одлуку доноси друкчији акт, нити да преиспитује одлуку на било који начин, па ни путем референдума (т. 37). Одлука је доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-16-1057343.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

(члан VI 2а). Уставом се прописује и да Уставни суд одлучује о томе да ли је предложена одлука Парламентарне скупштине БиХ штетна по витални национални интерес неког од три конститутивна народа, уколико Заједничка комисија Дома народа ПС БиХ не реши спорно питање (члан IV 3ф).[740]

4.2.2. Положај према Правилима Уставног суда

Сходно члану VI 2б Устава Босне и Херцеговине, Уставни суд се овлашћује да, већином гласова својих чланова, донесе правила о раду. Овај акт је најпре донесен 1997. године под називом Пословник Уставног суда Босне и Херцеговине,[741] затим је акт назива Правила Уставног суда Босне и Херцеговине донесен 2005. године, док су 2014. године донесена Правила Уставног суда Босне и Херцеговине,[742] која су и даље на снази.

Пре нормативног дела Правила, посве неуобичајено, налази се *преамбула* у којој се углавном говори о институционалној улози Уставног суда БиХ. Прво, истиче се да је овај орган „независан чувар Устава" те „институционални гарант" за заштиту права и слобода која су загарантована како Уставом тако и међународним актима из Анекса I Устава. После тога, преамбула говори о месту уставног суда у односу на друге државне органе. Наводи се да Уставни суд БиХ није део ни законодавне ни извршне ни редовне судске власти. Тај став је заступан и у овом раду, а о њему ће да буде речи и у закључку рада. Осим посебности уставносудске функције, преамбула Правила садржи и тврдњу да је Уставни суд „посебна, самостална и независна власти" која сходно Уставу делује као „корективни фактор за остала три сегмента власти". Последње речи могу да се тумаче на различите начине јер је спорно шта значи да је Уставни суд „корективни фактор", будући да то може да значи да овај орган треба да контролише уставност одлука носилаца других грана власти и уклања их из правног поретка ако утврди неуставност (прво значење), али може и да значи да Уставни суд уместо носилаца других грана власти може да одлучује онда кад они донесу неуставне одлуке (друго значење).[743] Док прво могуће значење више одговара институционалној улози уставних судова, дотле друго значење више одговара пракси Уставног суда БиХ.[744]

Такође, преамбула садржи и ставове да „само Уставни суд Босне и Херцеговине може да доноси прописе и опште акте[745] који се тичу њиховог рада и његове улоге утврђене

---

[740] Сходно чл. 25 Правила Уставног суда, поступак покренут по овом основу је хитан.

[741] Пословник Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 2/97, 16/99, 20/99; Одлука о изменама и допунама Пословника Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 26/01, 6/02 и 1/04.

[742] Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 2/97. Јуна 2023. године је донесена Одлука о измени Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, а маја 2024. је донесена Одлука о допуни Правила Уставног суда Босне и Херцеговине.

[743] У савременом свету, контрола уставности се удаљила од ригидне улоге при контроли уставности јер уставни судови преузимају „све важнију улогу помажући законодавцу у његовим функцијама", али и „стварајући норме које могу да се извуку из устава". Ипак, и за уставне судове важи принцип поделе власти, тако да они могу да помогну законодавцу, али не могу да га замене. (Brewer-Carias 2011, 31, 33, 36).

[744] Каткад се у доктрини говори о томе да уставни судови страхују од тога да би укидање/поништавање закона без промптног усвајања новог закона било лошије него остављања на снази закона чија се уставност оспорава, што узрокује да уставни судови понекад „мењају постојеће право, чинећи нову регулативу законодавца сувишном" (Bifulco, Paris 2020, 483).

[745] Пропис и општи акт су синоними јер се у оба случаја мисли на оне правне акте који се односе на неодређен број лица и неодређен број случајева. Ипак, деценијама уназад устави у региону говоре о законима,

Уставом“, те да не постоји „уставни основ да се законом регулишу поступак и његова организација“. Тачно је да словом Устава БиХ није изричито дата могућност доношења закона о уставном суду, али је врло необично да сам контролор уставности доноси акт о свом раду који је супституит за закон о уставном суду који би усвојио парламент. Сматрамо да правила треба да уреде само питања која се тичу поступка пред Уставним судом, односно она не могу да буду акт којим се иновативно дограђује уставни оквир, него само акт којим се прецизира уставни оквир. Истини за вољу, уставне одредбе о Уставном суду су сиромашне, али правила не смеју и сама да буду противуставна.

У нормативном стању у којем су уставне одредбе минималне, а Правила препуна одредаба које се редовно налазе у уставу и закону о уставном суду, нормативно решење би требало да се промени. Будући да је законодавац орган који прецизира уставни оквир, те узимајући у обзир инструменталну улогу закона у односу на устав, требало би да се и положај Уставног суда БиХ уреди законом који би усвојила ПС БиХ.

Дејство одлука. Сходно члану 61, ст. 1 Правила, уколико Уставни суд усвоји захтев за оцену уставности, сам одлучује о *правном дејству такве одлуке* тј. да ли она делује проспективно (*ex nunc*) или ретроактивно (*ex tunc*).[746] Ипак, сходно 4. ставу истог члана одлука има проспективно дејство јер се наводи да акт или његове одредбе које буду оглашене неуставним „престају да важе наредног дана од дана објављивања одлуке“ у Службеном гласнику БиХ.[747] Даље, чл. 61, ст. 4 прописује да у изузетним случајевима, Уставни суд може да одреди рок за усаглашавање који траје најдуже шест месеци, уколико је реч о контроли уставности поводом спорова између нивоа власти или институција власти (чл. VI 3а) или конкретној оцени уставности (члан VI 3ц).

Да све буде још компликованије, члан 61, ст. 6 Правила прописује да наредног дана од дана објављивања одлуке у којој је садржан рок за усаглашавање (не дужи од шест месеци), „престају да важе несагласне одредбе“. Свеукупно посматрано, члан 61 Правила изазива велике конфузије будући да сходно 1. ставу одлука може да има дејство укидања или поништавања, а сходно осталим ставовима 61. члана, одлука може да има само дејство укидања тј. проспективно дејство. Спорно је и то што Уставни суд може да одложи дејство одлуке којом је утврђена неуставност. Реч о врсти одлуке која упоредноправно није непозната, али је спорно то што такву врсту одлука не познаје Устав БиХ.

Уставни суд БиХ преко апелационе надлежности из чл. VI 3б Устава БиХ залази у одлучивање редовних судова, с тим да се конкретније одредбе о томе налазе управо у Правилима Уставног суда. Кад контролор уставности усвоји апелацију, оспорена одлука се укида (у Уставу се помиње пресуда, али пракса Уставног суда, како је већ напоменуто, то тумачи шире, па укључује сваку одлуку суда или управе, као и недоношење одлуке), а предмет се враћа доносиоцу, осим ако последице могу да се отклоне на други начин (чл. 62, ст. 1). Такође, доносилац одлуке која је укинута у поступку по апелацији је дужан да

другим прописима и општим актима. Тај реликт је последица прављења разлике између општи акта које доносе државни органи (прописи) и општих аката које доносе недржавни субјекти (што се означавало изразом „општи акти“).

[746] О временском дејству уставносудских одлука вид. Verstaelen 2013, 1690–1693.

[747] Сходно Уставу Португала, одлука о неуставности делује ретроактивно, али чланом 282, ст. 4 се прописује да Уставни суд Португала може да одлучи друкчије, уколико то налажу разлози „правне сигурности, правичности или изузетно важног јавног интереса“.

испоштује правно схватање контролора уставности о повреди права и слобода (чл. 62, ст. 4), с тим да се у случају непоштовања правног схватања наводи да Уставни суд БиХ „може сâм да одлучи о меритуму предмета“ ако постоји одлука органа којом се не крше уставом гарантована права „тако што ће такву одлуку оставити на правној снази“ (чл. 62, ст. 5).

Контролор уставности је мериторно одлучио у предмету У-15/99 поводом апелације којом је оспорена уставност уговора о замени некретнина, закљученог током рата.[748] Основни, окружни и Врховни суд Републике Српске су утврдили да је односни уговор правно валидан, а Уставни суд наводи да није његова надлежност да испитује оспорени уговор у светлу Закона о облигационим односима и других грађанскоправних закона, него само треба да оцени да ли постоји повреда одредаба Устава и ЕКЉП. Ипак, контролор уставности се упустио у мериторно одлучивање и испитивање разлога због који му се чини да апеланткиња не би добровољно закључила спорни уговор. У образложењу одлуке контролор уставности наводи да је апеланткиња живела у кући која је предмет уговора 60 година и да је њу наследила од оца, па „мора да је посебно везана за ту кућу“, и „нема разлога“ за уверење да би „у нормалним околностима била вољна да је напусти“ и пресели се у „неко далеко место с којим нема посебне повезаности“; оно што је добила у замену је „недовршена викендица или летња кућа“ која вероватно има „знатно мању вредност“ и коју није видела пре закључења уговора; уговор је економски неповољан за апеланткињу.

Након што је навео ове процене о околностима закључења уговора, Уставни суд закључује да на основу њих уговор „делује као абнормална трансакција која се не би десила под нормалним околностима“, а затим додаје да је апеланткиња била под великим притиском, плашећи се за живот јер је припадала мањинском народу на том подручју, а њен сауговарач, „не може да буде сумње“, био је „свестан рањивог и тешког положаја“ апеланткиње „барем на један генералан начин“ и „сигурно је разумео да је то био разлог“ због којег она пристаје на уговор (У-15/99, т. 4). На основу ових процена о чињеничном стању и навода апеланта, Уставни суд је утврдио да су повређена права апеланта на поштовање дома и имовину из Устава БиХ и ЕКЉП, па је укинуо пресуде редовних судова и утврдио да је уговор о размени без правног дејства односно ништав. Стога, контролор уставности није испоштовао сопствени став у вези с неупуштање у испитивање конкретног случаја у светлу грађанскоправних закона, па је одлучивао као да је редовни суд, иако његова одлука није богата правним аргументима, него само проценама и претпоставкама, тј. она почива на ванправним разлозима.

Правила у чл. 64 прописују и могућност доношења привремене мере уколико је то „у интересу странака или правилног вођења поступка“, с тим да она може да се изрекне на захтев апеланта или подносиоца захтева за оцену уставности, али и *ex officio*. Уколико дође до изрицања привремене мере, она је „обавезујућа до доношења коначне одлуке Уставног суда“. Контролор уставности у предмету АП-238/20 наглашава да се привремена мера изриче само ако „штета, чији је настанак недвосмислено назначен у апелацији и достављеним доказима“ може да буде спречена или ограничена преко привремених мера (АП-238/20, т. 22).[749] Дакле, Уставни суд преко овог института може у озбиљној мери да

[748] Вид. одлуку У-15/99 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-99-12402.pdf*, последњи приступ 5. јула 2023.

[749] Вид. одлуку о привременој мери у предмету АП-238/20 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-238-20-1280226.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

утиче на одлуке других органа, а услови који се постављају су врло неодређени и самим тим остављају широк простор за одлучивање контролора уставности.

Правилима није прописано у чему се састоји привремена мера у садржинском смислу, али је пракса показала неке њене појавне облике. Нпр. одлука о привременој мери у предмету АП-2055/23[750] се односила на одлагање извршења решења редовног суда у извршном поступку и деложације. Одлукама у предметима АП-3234/18[751] и АП-238/20 наложено је Суду БиХ да не предузима радње ради извршавања изречене казне затвора, док је одлуком у предмету АП-4749/15 наложено одлагање извршења решења које је донео инспекторат.[752] У неким одлукама се привремено ставља ван снаге закон, а пример је одлука о привременој мери у предмету У-5/23 којом је Закон о непокретној имовини која се користи за функционисање јавне власти стављен ван снаге привремено, и то до доношења коначне одлуке Уставног суда БиХ о уставности.[753] У предмету У-12/11 донесена је привремена мера којом је наложена обустава примене Закона о катастру Републике Српске,[754] с тим да се каткад не обуставља примена закона него и других акта, попут одлуке о привременој мери у предмету У-10/16 кад је наложена обустава примене Одлуке о расписивању републичког референдума.[755]

Оно што је посебно спорно у Правилима је Глава III којом се уређује *извршење одлука*. Прво се, непотребно, понавља уставна одредба да су одлуке Уставног суда коначне и обавезујуће (чл. 72, ст. 1), али се и додаје да Уставни суд својом одлуком може да одреди „начин и рок извршења одлука Уставног суда“ (чл. 72, ст. 4). Уколико обавезани орган ипак не изврши одлуку Уставног суда, доноси се решење којим се утврђује да одлука није извршена, а Уставни суд може да „одреди начин извршења одлуке“ (чл. 72, ст. 6).[756] Одредба сличне садржине и идентичне непрецизност уочљива је и у Закону о Савезном уставном суду Немачке, а представља плодно тло за уставносудски активизам. Коначно, Правила прописују и могућност да одлука којом се усваја апелација може да садржи и накнаду за нематеријалну штету коју је апелант претрпео, с тим да се новчана накнада одређује „на основу праведности, узимајући у обзир стандарде“ из праксе Уставног суда (чл. 74 Правила). Нпр. у предмету АП-1643/20, апеланту је додељено 300,00 КМ накнаде штете јер је

[750] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-2055-23-1384580.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[751] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-3234-18-1207810.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[752] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-4749-15-1016101.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[753] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-23-1372632.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[754] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/U-12-11-457655.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[755] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-16-1050354.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[756] Атјенза истиче да уставни судови као врховни тумачи устава могу да доносе „погрешне одлуке или наводе погрешне разлоге који их подржавају, али оне имају обавезујућу снагу“ (Atienza 2007, 220).

повређено његово право на правично суђење из чл. VI 3е услед „неразумне дужине“ трајања парничног поступка (т. 34).[757]

Јуна 2023. године је Уставни суд БиХ донео одлуку којом је избрисан члан 39 Правила Уставног суда БиХ. Овим чланом било је прописано да се пленарна седница Уставног суда обавезно одлаже ако јој не присуствују бар троје судија изабраних из Федерације БиХ и бар један судија изабран из Републике Српске. Ова одлука је донесена као последица политичке кризе у избору судија Уставног суда БиХ јер је овај орган сведен на седам судија будући да ентитетски парламенти нису изабрали нове судије. Ипак, брисани члан је садржавао и одредбу да се седница одлаже само једном тј. ако би се без оправданог разлога поновила ситуација да наведени број судија не присуствује, онда би се наредна седница ипак одржала. Брисани члан је донекле био еманација начела конститутивности у раду Уставног суда БиХ, начело које је управо контролор уставности уздигао на ранг врховног уставног начела у институционалној организацији на свим нивоима власти у БиХ.

4.3. Политичка питања и *self-restraint* у пракси Уставног суда Босне и Херцеговине

Пракса Уставног суда БиХ није конзистентна у погледу тога како се одлучује поводом спорних уставноправних питања. Некад су одлуке уистину упражњавање институционалне улоге уставних судова, а некад оне представљају активистичко одлучивање. Штавише, неконзистентност постоји и у односу на врло сличне спорове, будући да у неким случајевима постоји неупуштање у мериторно одлучивање о уставности оспореног акта, док се у другим случајевима уставност таквог акта мериторно испитује. Коначно, пракса Уставног суда БиХ није доследна јер каткад контролор уставности закључује да је његов првобитни став био погрешан, па га замењује новим ставом. У овом одељку ћемо да укажемо на одлуке у којима је Уставни суд БиХ поступао у складу с институционалном улогом, настојећи да не задире у поље политичког одлучивања које је резервисано за законодавца.

Уставни суд БиХ је у одлуци У-27/01 одлучивао о апелацији у којој је апелант тврдио да му се нарушава право на мирно уживање имовине загарантовано Уставом БиХ и међународним актима, истичући да је погрешно утврђено чињенично стање пред управним органима и редовним судовима, те да је погрешно протумачен порески закон.[758] Одлучујући поводом односне апелације, Уставни суд је утврдио да *није надлежан да испитује „исправност тумачења и примене закона који нису уставне природе“, него је то у надлежности „судова и власти ентитета“* (У-27/01, т. 29).

У одлуци У-7/16, контролор уставности је одбацио као недопуштен захтев за оцену уставности подзаконских аката утврдивши да се њим „суштински покреће питање усклађеност оспорених аката“ са законима, а не с уставом, да спорна питања нису регулисана Уставом БиХ и стога нема спора у смислу уставних одредаба (У-7/16, т. 34).[759] Уистину, подносилац захтева је истицао да оспорени подзаконски акти који имају форму одлуке и јединственог програма нису у складу с чл. I 2 Устава БиХ (који прокламује да је БиХ

[757] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-1643-20-1270687.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[758] Вид. одлуку У-27/01 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-27-01-12211.pdf*, последњи приступ 12. јула 2023.

[759] Вид. одлуку У-7/16 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-16-1062316.pdf*, последњи приступ 12. јула 2023.

демократска држава заснована на владавини права)[760] зато што нису у складу са Законом о попису и Законом о статистици, па је суштински тврдио да су одлуке неуставне јер су незаконите.

Такође, одлука У-7/16 је изузетно значајна због става који је контролор уставности заузео у вези са својом начелном улогом у односу на друге органе исказавши *суштину уставносудског уздржавања*. Наиме, Уставни суд БиХ констатује да „није тело којем је допуштено преузимати улогу било ког тела законодавне, извршне или судске власти“ и на тај начин „уместо њих доносити или проводити одговарајуће мере“ тј. „пресуђивати о томе да ли би било боље или сврсисходније да су уместо решења која су надлежна тела изабрала прихваћена нека друга“. Саобразно томе, ако би Уставни суд ипак то учинио „довео би се у положај 'квазизаконодавног' тела“ што би „било у супротности с улогом која му је Уставом БиХ додељена“ (У-7/16, т. 35). Заузимањем овог става, Уставни суд БиХ је описао институционалну улогу уставних судова, мада његова пракса, о којој ће да буде речи у наредним одељцима, није у целости усклађена с прокламованим постулатом. Кад Уставни суд помиње боље и сврсисходније одлуке, реч је о оном што се у овом раду назива политичким расуђивањем, а активистичко одлучивање је, сходно концепцији из овог рада, увек усмерено на задирање у надлежност других органа, што Уставни суд БиХ доводи у везу с преузимањем улоге других органа државне власти.

У одлуци У-28/13 контролор уставности је одбацио захтеве за оцену уставности амандмана на устав кантона у Федерацији БиХ, статута и одлука општина у Федерацији БиХ јер је Уставни суд БиХ „надлежан да подржава Устав БиХ“, али „нема надлежност да подржава и устав ентитета“, будући да је то у „искључивој надлежности ентитета“, а изузетак постоји само ако се ентитетски устав тумачи и примењује супротно Уставу БиХ, а ти услови нису испуњени *in concreto* (У-28/13, т. 22–23; АП-2821/09, т. 13).[761] Такође, у одлуци У-7/21 контролор уставности истиче да „поштује дискрециono право законодавца“ да поједине области друштвеног живота уреди у складу с оним што сматра да је „најприкладније“, с тим да он мора да уважи оно што су „заједнички уставни стандарди комплексних држава“ односно сложених држава, каква је и БиХ (У-7/21, т. 34).[762]

Сумаран приказ појединих погледа Уставног суда на његову институционалну улогу показује да одлуке ове институције каткад представљају позитиван пример поштовања начела поделе функције државне власти и институционалног аранжмана који је осмислио уставотворац. Кад би све његове одлуке почивале на прокламованим начелима о којима је било речи у овом одељку, онда одлуке Уставни суд БиХ и не би биле предмет различитих

[760] Неки аутори истичу да је судска конкретизација неодређених уставних одредаба, у које свакако спада и владавина права, уско повезана с начелом правне сигурности јер оно захтева превазилажење примене *a casu ad casum*. Таква конкретизација није спорна све док се остаје у границама које произлазе из текста. Вид. Wojtyczek 2020, 233.

[761] Вид. одлуку У-28/13 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-28-13-734875.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023, а одлуку АП-2821/09 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2821-09-328280.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023.

[762] О уставности оспореног закона је већ одлучивао Уставни суд Федерације БиХ, па Уставни суд БиХ у одлуци У-7/21 напомиње да „ни на који начин не преиспитује одлуку“ федералног контролора уставности, али да „не може да занемари ни своју праксу“ у којој је раније утврдио да непрописивање одређених накнада противречи Уставу БиХ (У-7/21, т. 24). Вид. одлуку У-7/21 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-21-1291974.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023.

правних и политичких расправа. Али пошто то није случај, онда би требало да се испита у чему се огледа активистичко одлучивање Уставног суда БиХ, па је следећи одељак посвећен управо том питању.

4.4. Појавни облици активизма Уставног суда Босне и Херцеговине

4.4.1. О специфичностима расуђивања Уставног суда БиХ

У наредним одељцима анализираће се појавни облици уставносудског активизма Уставног суда БиХ, али претходно ћемо да изнесемо неке од особености уставносудског расуђивања ове институције.

Прво, сиромашне уставне одредбе су утицале на контролора уставности да у озбиљној мери прошири надлежности које су му Уставом додељене, нарочито „тумачећи" уставни текст из чл. VI Устава који, наводећи надлежности овог органа, садржи формулацију „укључујући, али не ограничавајући се". Нарочито је спорно то што је контролор уставности утврдио да може да испитује не само уставност општих правних акта, него и појединачних правних акта, па чак и неправних тј. политичких аката. Ипак, да бисмо оценили правност расуђивања било ког уставног суда, нужно је да се испита понуђена аргументација у образложењу одлука јер „језик устава решава релативно мали број спорова (Vandevelde 2011, 207). Крајње је необично то што су одлуке Уставног суда БиХ у првим годинама његовог рада каткад биле такорећи необразложене будући да су садржавале само неколико реченица о шта је одлучено (нпр. одлука У-5/99), иако је било речи и о врло спорним одлукама о значењу уставног текста.

Друго, с обзиром на значај који има ЕКЉП у правном систему БиХ, мноштво његових одлука, посебно кад је реч о поступку по апелацијама, почива на судској пракси ЕСЉП. Оне се често исцрпно наводе и један су од важнијих аргумената у прилог значењу које контролор уставности приписује одредбама које тумачи.

Треће, кад је реч о аргументима које тумач наводи у прилог одлукама о значењу правних текстова које тумачи, јасно је да језички аргументи немају превелики значај услед природе уставног језика, а Устав БиХ је свакако врло кратак. Кад је реч о аргументу намере творца одредбе, каткад се уставни суд на њих позива, с тим да у неким случајевима наводи уставне одредбе које су материјализација те намере, док у другим случајевима само претпоставља шта би била намера творца.

Четврто, такорећи свака одлука Уставног суда БиХ подразумева позивање на раније донесене одлуке, како на раније приписана значења, тако и на ранија мериторна решења. Речју, прецедентно одлучивање је врло значајно, с тим да се каткад и драстично одступа од ранијих одлука, па контролор уставности неретко изричито наводи да је променио став.

Пето, приметно је да се мноштво одлука доноси позивање на уставну одредбу из чл. I 2 Устава по којој је БиХ демократска држава заснована на владавини права, као и на одредбе из чл. VI која прокламује да ће Уставни суд подржавати Устав БиХ.[763] Јасно је да су

[763] На уставним је судовима задатак да штите устав и „без обзира на демократске дефиците у погледу њиховог именовања" ипак је „ова функција у суштини демократска" будући да је „устав најдемократскији од свих извора права", што се види по строжој већини за промену устава, одржавању уставног референдума, одржавању нових избора и слично. Дакле, „потребно је више демократског доприноса за стварање и промену устава" у односу на друге акте. Вид. о томе Gamper 2015, 438.

оне плодно тло за судски активизам јер из њих може да се изведе безобално поље могућих значења, а ту „прилику“ је и искористио Уставни суд БиХ изводећи из њих нове принципе. Притом се нарочито уочава консеквенцијалистички аргумент који обично почива на формули „ако Уставни суд не би тумачио…. онда би нарушио своју улогу заштитника Устава“.

Шесто, Уставни суд БиХ мноштво својих одлука темељи на томе да пружи најширу могућу заштиту лицима чија су уставна права и слободе угрожени, а Устав и међународни акти који се примењују у БиХ уистину прокламују широку заштиту права и слобода.

Седмо, модалитет уставносудског одлучивања који подразумева да се оспорена одредба проглашава неспојивом с уставом, али се ипак не укида (што је у другом делу рада разматрано) у пракси Уставног суда БиХ је присутан, с тим да је могућност доношења оваквих одлука инкорпорисана већ у Пословник Уставног суда БиХ из 1997. године,[764] а садржана је и у важећим Правилима Уставног суда. Сходно Правилима, контролор уставности, изузетно, може у одлуци којом утврђује несагласност приликом апстрактне оцене уставности (чл. VI 3а) или конкретне оцене уставности (чл. VI 3ц), да остави доносиоцу спорног акта најдуже шестомесечни рок за усаглашавање с уставом БиХ (чл. 61). У пракси контролора уставности, овакве одлуке нису реткост, али спорно је то што доносиоци аката каткад не отклањају неуставност у остављеном року, па је чл. 61, ст. 5 Правила прописано да у таквом случају Уставни суд доноси посебну одлуку (решење о неизвршењу) којом утврђује да неуставне одредбе престају да важе.[765]

Осмо, Уставни суд БиХ је у више одлука прокламовао да обавезности и извршност његових одлука нема домашај само у односу на диспозитив одлуке, него се то протеже и на правна схватања и правне оцене које су садржане у образложењима, без обзира на то да ли је реч о апстрактној, конкретној или апелационој надлежности (У-8/19, т. 41 и АП-854/04, т. 8).[766]

Редови пред нама би требало да покажу основаност наше тврдње да је Уставни суд БиХ у озбиљној мери утицао и утиче на обликовање правног поретка БиХ и њених ентитета, те да његово одлучивање често може да се окарактерише као активистичко.[767]

---

[764] Пословник је доступан и у Билтену из 1997. године, 67–88.

[765] Првобитно су акти о неизвршењу имали форму одлуке (нпр. У-1/99), а касније су добили форму решења о неизвршењу (нпр. одлуке У-15/03, АП-1362/06, У-9/11, У-5/16, АП-2307/17, У-6/20, У-7/21, АП-1055/21).

[766] Вид. одлуку У-8/19 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-19-1212620.pdf*, последњи приступ 20. јула 2023, а одлуку АП-854/04 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-854-04-54181.pdf*, последњи приступ 20. јула 2023.

[767] Јасно је да су бројни избори уставотворца или законодавца „засновани на политичким опредељењима“, нарочито кад се „бира између различитих циљева… и различитих начина да се ти циљеви остваре“, али уставни судови нису надлежни да уместо законодавца одређују политичке циљеве и начине њихове реализације (Mouchette 2020, 20–21).

4.4.2. Уставни суд као стваралац права

4.4.2.1. Уставни суд као уставотворац

4.4.2.1.1 Домашај начела конститутивности три народа – Одлука У-5/98

Једно од начела које прожима Устав Босне и Херцеговине, а помиње се и у његовој преамбули, представља начело конститутивности три народа – Срба, Хрвата и Бошњака. То је нашло и одраз у институционалној структуру неких органа Босне и Херцеговине будући да сваки од конститутивних народа БиХ има једнак број представника у Председништву БиХ и Дому народа ПС БиХ. Ипак, одлукама Уставног суда БиХ начело конститутивности је постало обавезујући принцип и у односу на ентитете, а не само институције БиХ. Реч је о одлукама у предмету У-5/98, у којем су донесене укупно четири одлуке (јануара, фебруара, јула и августа 2000. године).[768] Предмет контроле уставности у свим случајевима били су Устав Републике Српске и Устава Федерације БиХ. У следећим редовима ћемо да анализирамо делимичне одлуке и у свакој од њих ћемо да наведемо шта је оспорено у погледу сагласности с Уставом БиХ, те како је Уставни суд БиХ расуђивао.

Првом делимичном одлуком У-5/98 (у даљем тексту: У-5/98-1),[769] Уставни суд БиХ је огласио неуставним одредбе Устава Републике Српске у којима се помињу границе Републике Српске (т. 17), екстрадиција (т. 22), азил (т. 27), Народна банка Републике Српске (т. 50) и одредба о надлежности Републике Српске у погледу монетарне политике (т. 50), те одредбе Устава Федерације БиХ у којима се помињу шефови дипломатских мисија (т. 66). Представници оба ентитета су оспорили надлежност Уставног суда БиХ, истичући да се оспорене одредбе односе на уставотворна питања и као такве не могу да буду предмет контроле уставности како не би дошло до „директне и темељне промене устава ентитета“, али и до ревизије Вашингтонског и Дејтонског споразума (У-5/98-1, т. 8). Дакле, ентитетски представници су сматрали да би се уставносудским одлучивањем прешло на поље стварања права и то највишег, уставног, права, будући да би ентитетски устави били знатно промењени. Уставни суд своју надлежност темељи на чл. VI 3а алинеја 2 Устава БиХ[770] и чл. XII Устава према којем су *ентитети*[771] дужни да амандмански измене своје устава с циљем усаглашавања с Уставом БиХ. Даље, Уставни суд БиХ признаје да „не може да ствара нове уставне норме“, али додаје да у конкретном случају и није његов задатак да их створи, него да „прогласи неважећим норме које нису у складу с Уставом БиХ“ и истиче да не постоји „нормативна разлика између одредаба и 'основних принципа устава'“[772] (У-5/98-1).[773]

---

[768] У доношењу Прве и Друге делимичне одлуке у предмету У-5/98 нису учествовале судије из Републике Српске.

[769] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12200.pdf*, последњи приступ 20. јуна 2023, последњи приступ 22. јула 2023.

[770] Према овом члану Уставни суд има искључиву надлежност да утврђује да ли је неки члан устава или закона ентитета у сагласности с Уставом БиХ.

[771] У наставку рада ће да буде показано да је одлука У-5/98 спорна јер је њом Уставни суд БиХ прекршио Устав утолико што је *уместо* ентитета променио ентитетске уставе.

[772] У Трећој делимичној одлуци У-5/98-3 се тим речима приписује следеће значење: уставне одредбе се налазе и у преамбули и у тексту устава.

[773] Овај став контролора уставности звучи као неприхватање постојања оног што се у одлукама неких уставних судова назива језгром устава (о чему је било речи у другом делу овог рада, у оквиру одељка о појавним облицима уставносудског активизма).

У разматрању појавних облика уставносудског активизма, наведено је да уставни судови каткад одржавају на снази оспорене одредбе тако шта *дају тумачење дате одредбе које је у складу с уставом*. Уставни суд БиХ је у одлуци У-5/98-1 управо на основу тог принципа протумачио одредбу Устава Републике Српске која се односила на шефове представништава Републике Српске у иностранству. Расуђивање Уставног суда почива на томе да вођење спољне политике јесте надлежност институција БиХ (чл. III 1а), али да и ентитети имају резидуалне надлежност попут могућности споразумног успостављања специјалних и паралелних веза са суседним државама.

Уставни суд БиХ тумачи одредбе члана III 1а тако да ентитети могу да успостављају представништва у иностранству све док то не нарушава надлежност институција БиХ. Сем тога, Уставни суд наводи и историјски аргумент[774] тврдећи да је Устав Републике Српске измењен тако што су речи „дипломатска и конзуларна“ брисане из уставне формулације „дипломатска и конзуларна представништва“, што показује да постављање шефова представништава није праћено циљем да се задире у „суштински прерогатив“ БиХ (т. 39–41). Уставни суд је изричит у томе да „сви прописи морају да се тумаче у складу с Уставом кад год је то могуће“[775] те оспорене одредбе нису неуставне јер „могу да се тумаче на начин сагласан Уставу БиХ“ (т. 42).

Другом делимичном одлуком У-5/98 (у даљем тексту: У-5/98-2),[776] Уставни суд БиХ је огласио неуставним одредбе Устава Републике Српске које су регулисале: шта је у државној својини (природна богатства, ствари за које је законом одређено да су од општег интереса итд.), могућност доношења закона којима ће поједина добра од општег интереса бити у приватној својини или закона о праву коришћења градског грађевинског земљишта. За ову одлуку је од нарочитог значаја то што је БиХ устројена на федералном облику државног уређења и као таква подразумева постојање поделе надлежности између БиХ и њених федералних јединица (ентитета). Чланом III Устава се уређује питање поделе надлежности тако што се користи принцип таксативног нормирања у погледу надлежности институција БиХ и принцип генералне клаузуле у односу на надлежности ентитета формулацијом по којој „све владине функције и овлашћења, која нису овим Уставом изричито дата институцијама БиХ, припадају ентитетима“ (чл. III 1 и 3а). Из тог члана произлази да „постоји претпоставка надлежности у корист ентитета (Марковић 2021, 466).

Уставни суд БиХ у одлуци У-5/98-2 примењује системски аргумент и правилно наводи да питања која нису чланом III 1 дата у надлежност институцијама БиХ нису „нужно у искључивој надлежности ентитета“ (У-5/98-2, т. 12), будући да се нпр. у члану III 5 помињу надлежности које су пренесене од стране ентитета на институције БиХ или надлежности за спровођење Анекса 5, 6, 7 и 8 Дејтонског споразума. Ипак, не сме да се пренебрегне да Уставни суд правилно наглашава и то да су институције БиХ надлежне за послове који су им *изричито* дати у надлежност.[777] Могућност проширивања надлежности институција БиХ и

[774] Историјски аргумент је коришћен и у одлуци У-7/16 у којој се контролор уставности позивао на образложење закона (т. 29).

[775] У истој одлуци је утврђено да неки одредбе Устава ипак не могу да се тумаче у складу с Уставом БиХ. Вид. У-5/98-1, т. 50.

[776] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12207.pdf*, последњи приступ 22. јула 2023.

[777] О томе да ли је уставносудски активизам одступање од слова устава или од исхода на који указује устав, вид. Palazzo 2020б, 62.

оснивања нових институција је прописана чланом III 5 и Уставни суд нема улогу у процесу тог проширивања. У том смислу не би било прихватљиво да се надлежности институција БиХ проширују на неуставан начин позивањем на „функционисање“ БиХ на основу идеје да Устав „успоставља основне уставне принципе и циљеве за функционисање“ БиХ који су из каталог права и слобода „уставне водиље“ (У-5/98-2, т. 13). Касније ћемо да видимо да је управо позивањем на идеју функционалности трасиран пут за уставносудски активизам Уставног суда БиХ.

Одлука У-5/98-2 је спорна по два основа: (1) даје нормативни карактер преамбули и (2) контролор уставности даје политичке оцене. У одлуци У-5/98-2 се Уставни суд позвао на преамбулу Устава као „стандард за судску контролу“ уставности (У-5/98-2, т. 14) што не може да буде тачно. Преамбула Устава представља користан аргумент у прилог одређеног тумачења, али не може да представља основ за одлучивање јер не поседује нормативни карактер. Дакле, она нема нормативну снагу, него је, како и назив индикативно каже, претходница нормативном делу устава. Ипак, иако уставносудске одлуке не би требало да почивају на преамбули, прокламације из преамбуле могу да служе као интерпретативни аргументи.

У одлуци У-5/98-2 алинеја из преамбуле се користи и као правни основ и као аргумент у прилог значења које Уставни суд приписује члану II Устава. Да је она аргумент у прилог значењу које се приписује, види се по томе што се Уставни суд БиХ позива на уставне одредбе о кретању робе, услуга, капитала и лица и праву на имовину (чл. I 3, I 4 и II 3к Устава БиХ), те наводи да је оспорена одредба сагласна „уставним захтевима за приватном имовином у вези с тржишном привредом“ (У-5/98-2, т. 24). А да је она правни основ за одлучивање, произлази из формулације о њој као стандарду за судску контролу.[778] Будући да се у оспореном члану Устава Републике Српске помиње друштвена својина, Уставни суд наводи да то није у сагласности с алинејом 4 Устава БиХ (У-5/98-2, т. 17) и заузима политички став тврдећи да то „ствара… озбиљне препреке у сваком процесу приватизације који је неопходан у БиХ“ с циљем успостављања тржишне привреде.

Сем тога, Уставни суд тврди да експропријација представља обележје „комунистичке уставне доктрине“, па је треба сматрати „заоставштином из тог периода“ (У-5/98-2, т. 21). Уставни суд додаје да би позивање на „опште интересе“ каткад могло да изазове то да начело владавине права буде „под окриљем устава изврнуто руглу“ (У-5/98-2, т. 21). Коначно, политички став је и то да се ефикасно уживање права на имовину захтева „оквирно законодавство“ на нивоу БиХ које би требало да уреди „бар разне облике имовине, носиоце тих права, те опште принципе за њихово извршавање“ (У-5/98-2, т. 29). Ипак, Уставни суд није укинуо оспорену одредбу Устава Републике Српске у вези с друштвеном својином, наводећи могућност да се она протумачи у складу с Уставом БиХ. Наиме, оспорена одредба је уставна ако се разуме као „уставна обавеза за трансформацију друштвене имовине“ (У-5/98-2, т. 19).

[778] У издвојеном мишљењу судије Ханса Данелиуса се наводи да је четврта алинеја Преамбуле Устава БиХ „општег карактера“ и „утемељује један циљ пре неголи неку конкретну обавезу“. Вид. Анекс уз Одлуку У-5/98-2.

Трећом делимичном одлуком У-5/98 (у даљем тексту: У-5/98-3),[779] одлучено је да преамбула Устава Републике Српске није у складу с Уставом БиХ. Уставни суд је испитивао уставност преамбуле Устава Републике Српске и утврдио да су њени делови неуставни (У-5/98-3, т. 33). Неуставност се, по мишљењу Уставног суда БиХ, огледа у томе што принцип конститутивности три народа – Срба, Хрвата и Бошњака, општеважећи на целој територији БиХ, није испоштован у преамбули Устава Републике Српске. Као претходно питање поставило се да ли је преамбула уопште обавезујућа? Представници Републике Српске су тврдили да она „није оперативни део Устава" и зато „нема нормативни карактер" будући да она не успоставља „нити појединачна права нити конкретне обавезе", него може да служи само као „помоћна метода у тумачењу устава", док су представници подносиоца захтева истицали супротно (У-5/98-3, т. 11–16).

Уставни суд БиХ је одбацио да се упушта у академске расправе о правној природи преамбуле и навео да одлучује једино „на основу Устава БиХ и његовог контекста" у оквиру Дејтонског споразума. Будући да је Устав БиХ део Дејтонског споразума (тј. његова анекс IV) и да је то међународни споразум, Уставни суд БиХ се упустио у анализу одредаба Бечке конвенције о уговорном праву. Тамо се наводе правила о *тумачењу* уговора (чл. 31): „У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, преамбуле и анекса…", из чега Уставни суд изводи следећи закључак: текст који се тумачи укључује и преамбулу, па је Преамбула Устава БиХ саставни део Устава БиХ (У-5/98-3, т. 19) а преамбула Устава Републике Српске је његов део због формулације текста амандмана на тај устав[780] (У-5/98-3, т. 20).

Иако је Устав као један од анекса Дејтонског споразума повезан с њима, ипак Уставни суд нема надлежност да штити тај споразум, него је он заштитник Устава. Устав БиХ је настао на несвакидашњи начин, али је оног часа кад је ступио на снагу постао врховни правни акт БиХ и као такав „започео властити живот".[781] Стога, не чини се уопште подесним да се одредбе о тумачењу међународних уговора примене на тумачење Устава БиХ. Чак и да се уваже одредбе о тумачењу међународних уговора, Уставни суд пренебрегава да текст поменуте Конвенције говори о тумачењу уговора наводећи да се при утврђивању контекста води рачуна и о преамбули. Дакле, цитирана одредба из конвенције значи да текст из преамбуле представља интерпретативни аргумент, а не основ за одлучивање.

За Уставни суд је текст преамбуле израз темељних принципа, а под изразом „одредбе Устава" разуме оно што називамо нормативним делом, будући да овај орган понавља део из Прве делимичне одлуке према којем „не постоји нормативна разлика између одредаба и 'темељних принципа' Устава" и наводи да је текст преамбуле прожет уставним принципима (У-5/98-3, т. 22–23). Уставни суд БиХ у прилог свог виђења природе преамбуле наводи и став Врховног суда Канаде у случају *Квебек* у којем овај суд наводи да „принципи помажу у тумачењу текста", али и да „нису чисто описни", него имају нормативну снагу и служе за попуњавање правних празнина (У-5/98-3, т. 23). Канадски суд истиче да је преамбула и

[779] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12209.pdf*, последњи приступ 23. јула 2023.

[780] Амандман којим је измењен Устав Републике Српске помињао је да „ови амандмани чине саставни део Устава Републике Српске".

[781] Вид. издвојено мишљење на одлуку судије Миљка У-5/98-3.

средство у тумачењу и основ за одлучивање, што, из раније наведених разлога, није прихватљиво.[782]

Коначно, за Уставни суд БиХ је аргумент у прилог нормативности преамбуле Устава Републике Српске то што она помиње „колективна права и политички статус Републике Српске“ (У-5/98-3, т. 27). Ипак, формулације из преамбуле и не чуде будући да у преамбули и припада место таквим политичким прокламацијама, услед чега она, између осталог, нема нормативно дејство. Уставни суд БиХ даје местимично и политичке оцене тврдећи нпр. да одредбе преамбуле Устава Републике Српске „циљају ка независности“, да одредбе из декларације коју је усвојио парламент Републике Српске представљају израз „надјачавања две фракције“ у оквиру политичке странке (У-5/98-3, т. 31). Јасно је да овакве политичке прокламације које коментарише Уставни суд БиХ и о којима расуђује политички не доликују институционалној улози контролора уставности. Кад се тај део одлуке У-5/98-3 чита, стиче се утисак да су ванправни аргументи имали одлучујући утицај приликом расуђивања контролора уставности.

Члан 1 Устава Републике Српске је оглашен неуставним јер истиче да је „Република Српска држава српског народа и свих њених грађана“. Спорно је било територијално-институционално важење принципа конститутивности три народа – Срба, Хрвата и Бошњака: да ли овај принцип важи само у односу на институције БиХ кад одлучују о њеним надлежностима или важи на целој територији БиХ у свим органима власти. Аргументи представника ентитета и институција БиХ су били различити: једни су тврдили да је принцип конститутивности повезан с обезбеђивањем највишег нивоа права и слобода (члан II Устава БиХ), други да би проширење територијално-институционалног дејства начела конститутивности водило „потпуној ревизији Дејтонског споразума“, а трећи да текст Устава БиХ, поступак доношења тог акта и образовање ентитета не говоре у прилог проширивању дејства начела конститутивности (У-5/98-3, т. 35–46). Уставносудско расуђивање почива на томе да „стандард контроле“ (У-5/98-3, т. 51) представља последња алинеја Устава БиХ у којој се наводе „Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно са осталима)…“[783]

Даље, члан I 2 наводи да је БиХ демократска држава, а преамбула у алинеји 3 потврђује ту „уставну преданост“ и све то је за Уставни суд „смерница“ за поимање БиХ као демократске мултинационалне државе (У-5/98-3, т. 54). Даље, етничка сегрегација није легитиман циљ у друштву (т. 57) јер су све три конститутивна народа једнаке групе (т. 59. и т. 71), те територијална организација БиХ није основ за „етничку доминацију, националну хомогенизацију или право на одржавање ефеката етничког чишћења“ (т. 61).[784] Посебно

[782] Судија Миљко у издвојеном мишљењу истиче да примери које Уставни суд БиХ наводи (Канада, Белгија и Швајцарска) могу да се користе као „аргументи у дискусији“, али „никако као одлучујући аргументи у образложењу“, будући да је реч о „посебним“ и каткад „неупоредивим“ примерима.

[783] Устав БиХ нису донели конститутивни народи, него потписници дејтонско-париског споразума. Да је којим случајем устав донесен на референдуму, онда би могло да се каже да су конститутивни народи заједно с осталим народима донели устав. О уставноправном положају „Осталих“ у БиХ вид. Марковић 2011, 20–44.

[784] Уставни суд наводи и да територијална расподела на ентитете није основ за давање посебних привилегија неком од народа, доминацију у структурама власти или, опет заузимаући политички став, „етничку хомогенизацију путем сегрегације засноване на територијалном раздвајању“, а затим разматра и то да ли су само Срби гласали за српског члана Председништва БиХ, настојећи да покаже како није прихватљиво

речи из последњег цитата забрињавају јер Уставни суд износи политичке ставове уместо да се бави правом. Иако се Уставни суд упушта у политике оцене и прокламује конститутивност као начело које би требало да има опште територијално-институционално дејство, индикативно је то што ни на једном месту Уставни суд не проблематизује положај Осталих. Другим речима, БиХ не чине само три конститутивна народа, него има и оних који припадају другим народима, а немају могућност да буду кандидати, а самим тим ни чланови нпр. Председништва БиХ или Дома народа ПС БиХ.

У коначном, Уставни суд БиХ закључује да члан 1 Устава Републике Српске ставља српски народ у привилегован положај јер етнички критеријум („држава српског народа“) меша са неетничким критеријумом („и свих њених грађана“) чиме се нарушава принцип конститутивности, будући да уставна одредба из члана 1 прокламује једнакост појединаца уместо да гарантује једнакост група (У-5/98-3, т. 71). Штавише, Уставни суд БиХ ову одлуку утемељује на преамбули Устава БиХ „у вези с институционалним одредбама Дејтонског устава“, истичући да први члан Устава Републике Српске крши уставни статус Бошњака и Хрвата који им је додељен „последњом алинејом преамбуле“ и члановима II 3м (право на слободу кретања и пребивалишта) и II 5 (право избеглих и расељених лица да се врате домовима и добију назад своју имовину или њен новчани еквивалент) Устава БиХ (У-5/98-3, т. 74).

Дакле, за Уставни суд поменута права из Устава не могу да се остваре уколико у оба ентитета Срби, Хрвати и Бошњаци не буду конститутивни, будући да „низ конкретних одредаба које прописују забрану дискриминације“ у Уставу БиХ сам по себи није довољан да гарантује ефективно уживање права припадницима свих народа (У-5/98-3, т. 82). Након те оцене се Уставни суд БиХ пита да ли постоје „други индиректни докази“ који показују ефекте „претходне *de iure* дискриминације, у првом реду етничког чишћења“ (т. 84), чиме, не први пут, приписује себи улогу кривичног суда или износи политичке процене, па наводи етнички састав Републике Српске 1991. и 1997. године и констатује да су промене последица „масовног етничког чишћења у току рата“ (т. 87).

Након што је попут кривичног суда или политичара за скупштинском говорницом дао овакве оцене, Уставни суд наводи да се разлике у етничком саставу становништва указују на различит третман избеглица и расељених лица „искључиво на основу етничког порекла“, што је „довољан доказ за 'дискриминаторски ефекат'… тако да су резултати претходне *de iure* дискриминације етничким чишћењем подржавани у Републици Српској“ (У-5/98-3, т. 89–90). Ту није крај ванправном расуђивању Уставног суда БиХ који наводи да је по ступању на снагу мировног споразума постојала, а и даље постоји „систематична, дуготрајна, намерна дискриминатора пракса“ институција Републике Српске с циљем спречавања несрпских избеглих и расељених лица да остваре своје право на повратак, што се манифестује као директно учешће у „насилним инцидентима“ или непружање заштите људима од различитих облика напада на њих због етничког порекла (т. 95).

Одредба Устава Федерације БиХ која прокламује „Бошњаци и Хрвати као конститутивни народи, заједно са осталима…“ је оглашена неуставном, а Уставни суд је упутио на аргументацију наведену при разматрању члана 1 Устава Републике Српске (У-5/98-3, т. 50–74), те додао да помињање осталих представља „половичан супституит за

да се ентитет идентификује с народом тј. да етничко заступање није важећи модел при формирању институција БиХ (У-5/98-3, т. 60. и 65).

статус конститутивних народа“ и Устав Федерације БиХ само за бошњачке и хрватске представнике резервише „привилегију блокирања“ процеса доношења одлука (У-5/98-3, т. 104). Стога, закључак је да два народа у Федерацији БиХ имају „привилегован положај“ који није легитиман јер та два народа „нису фактички угрожене мањине“ које би последично „морале да очувају своје постојање“ (У-5/98-3, т. 127), а одредбе Устава Федерације БиХ које места у институцијама „резервишу“ само за Хрвате или Бошњаке су дискриминаторне (т. 116). И при оцени уставности одредаба Устава Федерације БиХ је анализиран етнички састав становништва 1991. и 1997. године и закључено је исто што и у т. 95. анализиране одлуке – постојање дискриминаторне праксе. О томе колико је одлука спорна можда и најбоље говори то да је четворо судија издвојило мишљење у погледу одлуке, а још један судија у погледу образложења одлуке.

Прво, образложење у одлуци У-5/98-3 је илустративан пример политичког расуђивања будући да почива и на ванправним разлозима – идеолошко-политичким.[785] Нпр. не може да буде правни разлог за одлучивање и оправдавање одлуке навођење статистичких података,[786] као ни етикетирање институција Републике Српске навођењем тврдњи о дискриминаторној пракси и пасивности у случају инцидената према несрпским становницима. Поготово није задатак Уставног суда да одлуку аргументује позивајући се на „масовно етничко чишћење“ и одржавање његових ефеката, националну хомогенизацију, сегрегацију и етничку доминацију, будући да тим контролор уставности приписује себи улогу кривичног суда и износи вредносне судове. Такође, Уставни суд наводи да је оспорена одредба из члана 1 Устава Републике Српске „циља ка независности Републике Српске“ и помиње Декларацију о равноправности и самосталности Републике Српске као „доказ“. Нити је задатак уставних судова да дају политичке оцене о томе да нека одредба „циља“ ка некој политичкој идеји, нити аргумент у контроли уставности може да буде одредба једног политичког акта какав је несумњиво декларација. Зато одлука У-5/98-3 почива на предвиђањима, вредносним судовима, неутемељеним тумачењима, одлучивању на основу ненормативног дела устава и битним делом на неправној аргументацији.

Друго, врло је индикативан и начин на који је одлука донесена. Наиме, деветочлани Уставни суд БиХ одлучује већином гласова и одлука У-5/98-3 је донесена тако што је за њу гласало пет судија с тим да је образложење одлуке подржало само четворо судија. У том смислу, она је и те како спорна. Наиме, већина судија је гласала за диспозитив одлуке, али већина судија није гласала за образложења одлуке. Имајући у виду то да је диспозитив без образложења бесмислен, упитна је и валидност одлуке У-5/98-3.

У четири издвојена мишљења против одлуке и петом издвојеном мишљењу против образложења одлуке[787] се оспорава и нормативни карактер преамбуле. Чињеница да се (1) пет судија Уставног суда БиХ не слаже с тврдњом да преамбула Устава БиХ (или бар њена шеста алинеја) има нормативно дејство те да се (2) одлука У-5/98-3 темељи првенствено на овој алинеји преамбуле и на вези других уставних одредаба с овом алинејом, говори у

[785] У доктрини се истиче да се „често дешавају неформалне промене устава кроз његово креативно тумачење“ и оне се било имплицитно било „легализацијом“ кроз измене устава прихватају (Florczak-Wątor 2020a, 252).

[786] Вид. о статистици као ванправном разлогу у оквиру судског одлучивања у: Gerards 2017, 264.

[787] Издвојена мишљења су садржана као анекси одлуке и доступна су на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12209.pdf*.

прилог томе да је одлука као таква тешко одржива. Одлука о нормативном статусу преамбуле је претходно питање у односу на одлучивање о уставности оспорених одредаба ентитетских устава, а будући да већина судија негира нормативност преамбуле (која је носећи стуб одлуке У-5/98-3), самим тим одлука да начело конститутивности има опште територијално-институционално дејство у БиХ има упитну правну валидност.

Одлука У-5/98-3 је последица судског активизма јер: (1) Уставни суд БиХ њом преузима улогу уставотворца на себе, кршећи Уставом успостављену поделу функција државне власти, тако што, уместо да чува Устав, постаје и творац њеног устава и творац ентитетских устава; (2) контролор уставности у њој расуђује политички, будући да одлука почива примарно на ванправним разлозима, садржаним у преамбули Устава БиХ, али и бројним вредносним судовима, статистичким подацима и проценама контролора уставности БиХ, иако је она (4) усмерена на постизање легитимног циља – стварање таквог правно-институционалног аранжмана који ће да омогући да на целој територији БиХ сваки од три конститутивна народа буде равноправан и да сваки избегли и расељени појединац може несметано да се врати у свој ранији дом.

Такође, може се приметити и то да Уставни суд целокупну правно-институционалну структуру БиХ и њених ентитета своди на потребу да се заштите интереси три конститутивна народа (као група) и интереси појединих припадника три конститутивна народа. Ни на једном месту Уставни суд чак ни *obiter dictum* не заузима став да постоји обавеза да се заштите и припадници осталих, неконститутивних, народа. Следећи расуђивање Уставног суда БиХ у којем се о домашају начела конститутивности одлучује на основу преамбуле Устава, онда је Уставни суд требало да понешто каже и о њиховом положају и правима. Ипак, Остали су остали изван интересовања Уставног суда.

Судија Данелиус наводи да „последња алинеја преамбуле Устава БиХ не садржи нормативно правило“ на основу којег би се евентуално извео закључак о неуставности првих чланова ентитетских устава. Судија Миљко наводи да преамбула „у ретким случајевима“ има нормативно дејство, а кад је то случај она „мора да садржи норме“, те закључује да шеста алинеја Устава БиХ не поставља икаква ограничења или обавезе. По мишљењу судије Зовка, које сматрамо тачним, уставни судови и уставне судије „нису уставотворци“, него су „само заштитници Устава *онаквог какав јесте*“, те преамбула не само да нема нормативно дејство, него конститутивност као опште територијално-институционално начео је у контрадикторности с нормативним делом устава.

Судија Савић је оспорила одлуку и с аспекта допустивости захтева (наводећи да су прекршене одредбе Пословника о раду Уставног суда БиХ) и с аспекта меритума одлуке. Наводећи узорне научнике (Ханса Келзена), сматра да преамбула нема нормативно дејство, него је акт који „пре има идеолошки него правни карактер“, указује на етимологију речи преамбула и закључује да преамбула „није нормативни исказ… те… не може ни да обавезује“. У прилог својој тврдњи наводи и Арбитражну одлуку за Брчко у којој је Трибунал навео да текст преамбуле „не ствара обавезу“, него су „обавезе садржане у тексту“ Дејтонског споразума. Судија Савић заузима, по нашем мишљењу, правилан став наводећи да је преамбула средство за тумачење уставних норми. Додаје да је одлука У-5/98-3 суштински промена Устава БиХ, о чему може да одлучује само ПС БиХ у складу с прописаним поступком, док Уставни суд својом одлуком не може да то учини јер није за то надлежан тј. он треба да „штити Устав БиХ, а не да га ствара или мења“ јер тиме „директно утиче на државно уређење БиХ што није задатак“ контролора уставности. Из тога произлази и

закључак судије Савић да Уставни суд БиХ постаје „уставотворац, механизам за најједноставнији начин промене Устава БиХ“.

Четвртом делимичном одлуком У-5/98 (у даљем тексту: У-5/98-4),[788] одлучивало се о уставности одредаба ентитетских устава које су регулисале специјалне и паралелне везе, право на језик, те уставни положај Православне цркве у Републици Српској.

Будући да је Уставом Републике Српске било прописано да она *може сходно Уставу БиХ* да успоставља специјалне паралелне веза са „СР Југославијом и њеним републикама чланицама“ (чл. 4), те да Република Српска „уређује и обезбеђује… сарадњу са српским народом“ (чл. 68) ван ње, подносиоцу захтева за оцену уставности је било спорно што се: (1) помиње само СР Југославију, а не све суседне државе и (2) не помиње ограничење из члана II 2а Устава БиХ. Тим се чланом наводи право ентитета да успостављају специјалне паралелне везе са суседним државама „у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом БиХ“. Подносилац захтева је пренебрегнуо да се у Уставу Републике Српске помињу речи „сходно Уставу БиХ“. Оспорено је и то да (3) Устав Републике Српске онемогућује несрбима сарадњу с другим несрбима ван њене територије, те да (4) Устав БиХ не пружа могућност успостављања веза с другим народима, него другим државама.

Уставни суд је закључио да оспорени члан Устава Републике Српске може да се протумачи тако да буде сагласан Уставу БиХ будући да се: не успостављају везе са СР Југославијом *ex constitutione*, нити се изричито искључује могућност да се везе успоставе и с другим државама; оспорена одредба се позива на Устав БиХ, како смо и раније навели; остали народи нису оспореном одредбом дискриминисани (У-5/98-4, т. 16).

С друге стране, Уставни суд БиХ је оценио да је неуставна одредба која прокламује да Република Српска уређује и обезбеђује сарадњу са српским народом. Поводом ње, контролор уставности наводи да она може да се протумачи тако да буде у складу с Уставом, али то би имало „ефекат стварања конкретне преференције“ за српско становништво, а дискриминација постоји не само у случају искључења, него и у случају преференције (У-5/98-4, т. 17). У прилог том закључку Уставни суд БиХ непотребно наводи и ванправни аргумент – нâводе представника парламента Републике Српске да су грађани Републике Српске већином Срби и да је уставна одредба скројена за ту „врло практичну ствар“ (т. 17).

Кад је реч о оспореној одредби Устава Републике Српске којом се прокламује *службена* употреба српског језика и ћириличког писма, те латиничног „на начин одређен законом“ (чл. 7 Устава Републике Српске), Уставни суд БиХ је оцењивао значење израза „службена употреба језика“ на основу истоименог закона, те утврдио да је неуставна употреба ћирилице и српског језика јер „сеже много даље од релација у погледу органа власти“ кршећи одредбе Устава БиХ (У-5/98-4, т. 30). Одредбе Устава Федерације БиХ које нису прокламовале српски језик као службени су такође оглашене неуставним (У-5/98-4, т. 59–65).

Коначно, кад је реч о тврдњама подносиоца захтева за оцену уставности о „привилегованом положају Православне цркве“, Уставни суд БиХ наводи да одредбе Устава БиХ и релевантних међународних аката не регулишу колективно право на једнакост верских заједница, али оспорена одредба може да се испита у светлу слободе интереса

[788] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12216.pdf*, последњи приступ 23. јула 2023.

појединца (У-5/98-4, т. 39–40). Наводећи одлуке из праксе Европског суда за људска права, Уставни суд тврди да оспорена одредба има „јасно успостављен циљ“, а то је „уставно гарантован утицај Православне цркве на 'јавну атмосферу' у погледу система вредности и веровања“ (У-5/98-4, т. 43). Као аргумент у прилог одлуци, Уставни суд наводи и закључак омбудсмана, став Дома за људска права који помиње необнављање верских објеката, „бројне“ пријављене инциденте, нападе и провокације које нису санкционисане од стране полиције, а аргумент је и саопштење неколико организација (У-5/98-4, т. 45–46).

Део одлуке који је посвећен анализи уставности одредаба о Православној цркви почива и на неправним аргументима на основу којих је изведен закључак да је оспорена одредба о Православној цркви неуставна јер дозвољава ентитетским властима да „стварају јавну атмосферу која спречава слободно испољавање вероисповести“ (У-5/98-4, т. 47). Осим тога, задатак уставних судова није да разматрају изјаве о чињеничном стању, нити да их прихватају или одбијају, будући да контролор уставности треба да испита усаглашеност једне групе норми (Устава Републике Српске) с нормама вишег акта (Устава БиХ). Ова одлука, дакле, не садржи ниједан аргумент о томе како Православна црква утиче на ускраћивање слободе вероисповести, него почива на тврдњама представника неких државних органа и организација о неиспуњеним очекивањима од стране органа Републике Српске.

4.4.2.1.2 Високи представник – неуставна власт и(ли) функционална дуалност (Одлука У-9/00)

Одлука У-9/00[789] о којој ће да буде речи у наставку текста представља уставотворно одлучивање Уставног суда БиХ, будући да је њом унесена промена у институционални систем Босне и Херцеговине, утолико што је Високи представник за Босну и Херцеговину (у даљем тексту: високи представник) суштински проглашен институцијом Босне и Херцеговине која је у рангу с Уставом предвиђеним институцијама (попут Парламентарне скупштине БиХ), па чак и изнад њих.[790] Предмет оцене уставности у одлуци У-9/00 био је Закон о државној граничној служби БиХ који је донео тј. наметнуо високи представник.

Подносиоци захтева за оцену уставности су истакли да се неуставност огледа у следећем: (1) високи представник нема нормативна овлашћења да наметне закон уколико га ПС БиХ не усвоји; (2) наметнути закон није у складу с чланом III Устава (2ц и 3а) који се односи на надлежности ентитета и њихове обавезе у односу на припадајуће надлежности. Након што крајем 1999. године ПС БиХ није усвојила нацрт закона који је предложило Председништво БиХ, високи представник је наметнуо такав закон. Да бисмо анализирали одлуку Уставног суда БиХ, нужно је претходно да објаснимо улогу високог представник

[789] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-00-12134.pdf*, последњи приступ 24. јула 2023.

[790] Историјат одлука високог представника показује да је он обављао послове уставотворца, законодавца и редовног суда. Рецимо, одлука високог представника о оснивању Суда БиХ представља пример одлучивања о питањима из *materia constitutionis* (мења се организација државне власти). С друге стране, високи представник је донео и Одлуку о наметању Закона о Суду Босне и Херцеговине и Одлуку којом се доноси Закон о тужилаштву БиХ, чиме је задирао у сферу законодавне функције државне власти. Наметнути Закон о суду је био предмет контроле уставности и Уставни суд БиХ је утврдио да је овај акт у целости уставан. Вид. одлуку У-26/01, доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-26-01-51291.pdf*, последњи приступ 25. јула 2023.

сходно Дејтонском мировном споразуму (у даљем тексту: ДМС) и тзв. Бонским закључцима.[791]

О високом представнику се говори у Анексу 10 ДМС који носи наслов „Цивилна имплементација мировног споразума“. Чланом 2 се уређују надлежности високог представника, а то су: надзирање имплементације ДМС; одржавање блиских контаката са странама с циљем осигуравања имплементације; координирање активности цивилних организација и агенција у БиХ; олакшавање разрешавања тешкоћа у вези с цивилном имплементацијом; учешће на састанцима донатора; периодично извештавање одређених држава и организација; сарадња с међународним полицијским снагама. Уколико се анализира поменути текст, јасно је да ниједна од одредаба не пружа упориште за било какву нормативну активност високог представника него му десети анекс ДМС приписује медијаторску улогу.

Значајан је и члан 5 Анекса 10 који гласи: „Високи представник је коначни орган на терену везаном за тумачење *овог споразума* о имплементацији мировног решења“ (нагласио аутор). Језички аргумент говори у прилог томе да се ово овлашћење односи само на тумачење Анекса 10, а не целог ДМС. Имајући у види чињеницу да се 1) на почетку Анекса 10 наводе стране које су се споразумеле о тексту, 2) да члан 6 наводи да *овај споразум* ступа на снагу након потписивања, те да су 3) стране потписале анекс 10 посебно, јасно је да високи представник није тумач целог ДМС. Сем тога, 4) логички и системски аргументи наводе на исти закључак, будући да су и остали анекси потписани као посебни споразуми у односу на Општи оквирни споразум. Такође, Анекс 10 има пет страна потписница, док Општи оквирни споразум има три стране потписнице.

Почетком децембра 1995. је у Лондону одржана Конференција о имплементацији мира на којој је успостављен Савет за спровођење мира (*Peace Implementation Council*) и Управни одбор као извршно тело Савета. Кључно место међу потоњим конференцијама заузима она из децембра 1997. године, а одржана је у Бону и њен исход су закључци који су произвели тзв. бонска овлашћења високог представника.[792] Нећемо се исцрпно бавити анализом закључака, него ћемо да укажемо само на најважније ставове.

Прво, више пута се у Бонским закључцима наводи да ће високи представник предузети „одговарајуће мере (*appropriate measures*)“, а у сажетку закључака се наводи да се неће толерисати тенденције да се „доминира политичким институцијама БиХ“, као ни „покушаји подривања суверености и територијалне целовитости БиХ“.[793] Тачка XI Бонских закључака је посвећена високом представнику и на почетку се потврђује да високи представник има „коначну власт у погледу тумачења Споразума о цивилној имплементацији мировног решења“ (*sic!*) тј. није врховни тумач целог ДМС. Затим се додаје нешто што је противно ДМС, а исказано је речима да високи представник може да „доноси обавезујуће одлуке, кад то сматра потребним“, те „доноси привремене мере уколико стране не могу да постигну споразум“, а те мере остају на снази док „Председништво или Савет министара поводом датог питања не усвоје одлуку конзистентну с мировним споразумом“.

[791] Текст ДМС је доступан на: *http://ndcsarajevo.org/Dokumenti/Dejtonski-mirovni-sporazum.pdf*.

[792] Закључци с Бонске конференције Савета за имплементацију мира (1997).

[793] Вид. Сажетак Бонских закључака (1997).

Друго, високи представник може доносити и друге мере за обезбеђивање примене ДМС у БиХ и њеним ентитетима као и мере за „несметано функционисање заједничких институција“, а оне укључују „мере према државним службеницима или функционерима који се неоправдано не одазивају седницама или лицима за која високи представник сматра да крше правне обавезе преузете мировним споразумом или крше услове његовог спровођења“. Претходне реченице показују да бонска овлашћења високом представнику дају моћ суверена претварајући га у уставотворца, законодавца и судију[794] кад он то „сматра потребним“.[795]

Након кратког осврта на положај високог представника, анализираћемо расуђивање контролора уставности о положају високог представника у институционалном систему. Уставни суд БиХ истиче да правни статус високог представника „није изниман“, него су сличне функције познате из других држава „у сличним политичким околностима“, а затим наводи и примере попут мандата под режимом Лиге народа или Немачке и Аустрије после Другог светског рата. Позивајући се на упоредна искуства, Уставни суд додаје да су стране власти у њима деловале у име међународне заједнице и то „супституишући домаће власти“ и доносећи акте „у име држава под контролом“ (У-9/00, т. 5).

Дакле, компаративна искуства показују да су упоредо с домаћим органима одлуке доносили и међународни органи, каткад уместо домаћих, и то је за Уставни суд „врста функционалне дуалности“ и тај модел је за контролора уставности парадигматичан пример да опише положај високог представника. Њему је међународна заједница „поверила посебна овлашћења“ Анексом 10 Дејтонског споразума и на основу њих је он „интервенисао у правни систем“ и то „супституишући домаће власти“. Из тога Уставни суд закључује да је он поступао „као власт БиХ“ а донесени закон је „природе домаћег закона“ и зато „мора да се сматра законом БиХ“ (У-9/00, т. 5).

Полазећи од тога, Уставни суд закључује да то што закон није усвојила ПС БиХ, него га је наметнуо високи представник „не мења његов статус закона, ни у његовој форми… ни у његовој суштини“ (т. 6). Такву тврдњу Уставни суд БиХ поткрепљује аргументима да је 1) наметнути закон објављен у службеном гласнику (формални аспект) и 2) „био он или не у сагласности с Уставом“ свакако потпада под „законодавну надлежност Парламентарне скупштине“ (суштински аспект). Уставни суд у одлуци У-9/00 наводи и да је ПС БиХ „слободна да мења читав текст“ наметнутог закона „или део овог текста у будућности, под претпоставком да се испоштује одговарајућа процедура“ (У-9/00, т. 6).

---

[794] Задирање у надлежности редовних судова се огледа у одлукама о сменама и суспензијама у којима се појединцима забрањује обављање сваке „службене, изборне или именоване функције и кандидовање на изборима“ све док супротну одлуку не донесе сам високи представник. Разлог је обично одређен као ометање спровођења мировног споразума. Смењивани су чланови Председништва БиХ, председници Републике Српске, министри, начелници општина, директори управних органа, страначки функционери итд. Ни у једном случају није постојала могућност жалбе, покретања судског поступка, извођења доказа и слично. Све одлуке о сменама и суспензијама су доступне на: *https://www.ohr.int/cat/hrs-decisions/removals-and-suspensions-from-office/*, последњи приступ 26. јула 2023.

[795] У одлуци У-16/00, Уставни суд БиХ наводи вредносни суд истичући да одлука високог представника служи „легитимном и значајном циљу“, те да он „има одређен степен слободне процене при одређивању како најбоље да се постигне циљ“. Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-16-00-12163.pdf*, последњи приступ 26. јула 2023.

Прво, сходно члану IV 4 Устава, ПС БиХ је надлежна за „доношење закона“, а тврдња Уставног суда БиХ о испуњености формалног аспекта у погледу правности наметнуте одлуке не стоји јер формални аспект обухвата надлежност, поступак и материјализацију правног акта. Дакле, сходно уставним одредбама надлежност за доношење закона има ПС БиХ, поступак се уређује Уставом („доношење свих закона захтева сагласност оба дома“ – члан IV 3ц Устава) и усвојени акти ступају на снагу након објављивања (члан IV 3х Устава). Дакле, наметнути закон није формално ваљан. А аргумент Уставног суда да је наметнути закон суштински ваљан јер спада у надлежност ПС БиХ не стоји јер ни формални услови нису испуњени.

Друго, Уставни суд у одлуци У-9/00 наводи и да је ПС БиХ „слободна да мења читав текст“ наметнутог закона „или део овог текста у будућности, под претпоставком да се испоштује одговарајућа процедура“ (т. 6). Чини се да писци одлуке Уставног суда нису у целости прочитали акт високог представника – Одлуку којом се намеће Закон о државној граничној служби. Аргумент у прилог тој тврдњи је да у уводу одлуке пише да наметнути закон „ступа моментално на снагу, на привременим основама“ и то „док ПС БиХ не усвоји овај закон у прописаном облику, без измена и услова“. Дакле, ПС БиХ има „слободу“ да безусловно пристане на закон који је скројио високи представник.[796]

Парадоксално, Уставни суд се позива на уставну одредбу да је БиХ демократска држава која функционише у складу са законом (*sic!*)[797] и поима је као основ да контролише уставност свих аката „без обзира на аутора“ (У-9/00, т. 7). Такође, аргумент у прилог ваљаности одлуке високог представника је и да оснивање државне граничне службе „доприноси гарантији“ права на самоодбрану“ (т. 13), дакле, контролор уставности износи сопствену концепцију о корисности, пожељности односно оптималности постојања граничне службе. Свеукупно узев, Уставни суд је констатовао да је наметнути закон у целости сагласан Уставу БиХ.

Већ је поменуто да је Уставни суд чувар Устава БиХ, а акт чији је он чувар ни на једном месту не говори о високом представнику. Иако је Устав БиХ (Анекс IV) део Дејтонског споразума као један од његових анекса, ипак Уставни суд БиХ није заштитник Дејтонског споразума, него само Устава, мада цели споразум може да буде користан за утврђивање значења уставних одредаба, али не сме да буде основ за дописивање устава. Чак и да је Уставни суд надлежан да штити цели ДМС,[798] ниједан члан Устава (Анекса IV), а ни целог

---

[796] Судија Савић у издвојеном мишљењу наводи да одлука високог представника не може да буде предмет контроле уставности јер „није реч о закону“, него о „акту који је основ за доношење закона… тј. о предлогу закона“, па такав акт она поима као основ за доношење закона односно једну фазу у усвајању закона. С овим оценама не може да се сложимо, будући да ни Анекс 10 ни Устав БиХ не овлашћују високог представника да буде учесник у законодавном поступку, ни као иницијатор ни као предлагач ни као доносилац одлуке која би могла да има форму, суштину или снагу закона. Издвојено мишљење је доступно као анекс одлуке на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-00-12134.pdf*.

[797] Уставни суд нетачно цитира уставну одредбу из члана I 2 у којој се наводи да је БиХ „демократска држава која функционише на принципу владавине права…“

[798] Занимљиво је да се пред Уставним судом БиХ појавио и захтев за оцену уставности Дејтонског мировног споразума јер овај акт, по тврдњама подносилаца захтева, представља „грубу повреду Устава БиХ“, те „води распаду државног интегритета и нестанку БиХ“. Одлучујући о том захтеву, Уставни суд БиХ је у предмету У-7/97 одбио да о томе расправља наводећи да је Устав БиХ део мировног споразума и између њих не може да постоји сукоб и могућност спора. Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-97-12105.pdf*, последњи приступ 26. јула 2023.

ДМС не пружа упориште за тврдњу Уставног суда о функционалној дуалности и супституисању ПС БиХ.

Дајући легитимитет високом представнику за наметање закона, Уставни суд БиХ није остварио своју улогу „чувара Устава БиХ“ јер је својим активизмом створио ново уставно правило у материјалном смислу и обесмислио институционалну улогу ПС БиХ, и то двојако: (1) ПС БиХ је уставотворац који једини може да мења институционално устројство на нивоу БиХ и (2) ПС БиХ је једини орган који сходно Уставу БиХ може да доноси законе (тј. она је законодавац), па никакво супституисање законодавног одлучивања не можда да буде одлучивање у складу с важећим правом. Оцењујући да високи представник може да доноси законе уместо ПС БиХ, Уставни суд је, парадоксално, обесмислио Устав не извршивши свој задатак који му уставни текст изричито додељује – подржавање тј. заштита Устава. Сходно томе, његово расуђивање нема правни карактер. Аргументација Уставног суда је у тој мери противречна да би могло да се констатује да он готово и није расуђивао услед наведених логичких противречности.

Ако ову одлуку анализирамо у светлу типичних својстава судског активизма о којима је било речи у другом делу рада, уочава се следеће: (1) Уставни суд је својом одлуком интервенисао у надлежности уставотворца (ПС БиХ), услед чега је (2) нарушена подела функција државне власти. Будући да у Уставу БиХ не постоје правни разлози који би оправдали инвеституру високог представника у институционални аранжман БиХ, (3) контролор уставности је расуђивао политички тако што је својом одлуком изменио институционални аранжман БиХ. Концепција Уставног суда БиХ о томе да упоредно правно познаје институције које наликују високом представнику, те да је он супститутор домаћих власти нема правно утемељење, па су разлози на које се позива контролор уставности ванправног карактера.

Кад је реч о (4) позивању на широко формулисану уставну одредбу, Уставни суд БиХ се у одлуци У-9/00 позива на одредбе Устава БиХ које су посвећене његовим надлежности, док позивања на уставну одредбу која би била основ за одлуку по којој високи представник има надлежност да супституише ПС БиХ уопште нема. Штавише, контролор уставности се не позива ни на одредбе о демократској држави, владавини права и слично. Уставни суд БиХ је само у једној реченици констатовао да овлашћења високог представника произлазе из Анекса 10, резолуција Савета безбедности и Бонских закључака.

Одлуком Уставног суда БиХ је (5) створено ново право тиме што је овај орган присвојио себи надлежност уставотворца и утврдио да је високи представник квазиинституција БиХ која може да супституише домаће власти и доноси законе. Коначно, (6) постојање граничне службе у држави представља легитиман циљ, али идући ка том циљу Уставни суд је БиХ обесмислио акт који је правни основ његовог институционалног биствовања. У одлуци У-9/00, контролор уставности није остварио Уставом додељени задатак.

4.4.2.1.3 *Продужавање мандата судијама*

Крајем маја 2024. године, Уставни суд је донео одлуку којом је, формално посматрано, изменио чл. 99 Правила, а суштински је измењен чл. VI 1ц Устава БиХ.[799] Наиме, у чл. VI 1ц

[799] Вид. Саопштење с 144. пленарне седнице Уставног суда БиХ (2024).

Устава БиХ прописује се да мандат судија Уставног суда траје до навршених 70 година живота, осим у случају оставке судије или његовог разрешења од стране осталих судија, и то једногласном одлуком.

Међутим, услед одласка у пензију двојице судија и оставке једног од судија, те услед неизбора нових уставних судија, дошло се до тога да Уставни суд нема девет судија. Прво је у јуну 2023. године брисана одредба Правила која је прописивала обавезно одлагање седнице, а онда је маја 2024. године Правилима измењен Устав (*sic!*), тј. заштитници Устава БиХ – судије Уставног суда, су сопственом одлуком прекршиле Устав. Будући да је текст Устава јасан, разумљиво је и то што Уставни суд БиХ није могао да наведе било који правни аргумент у прилог својој одлуци.

Наиме, судије Уставног суда су одлучиле да уведу „изузетно продужавање мандата судије", тако што су „допуниле" Правила односно тим актом су измениле Устав. Пошто нове судије нису изабране од стране надлежних органа – ентитетских парламената, чланом 99а се прописује да судија који је навршио 70 година живота и самим тим *испунио уставни услов* за престанак мандата, наставља да врши судијску дужност „све док надлежни орган не изабере новог судију" и док новоизабрани судија не ступи на дужност (чл. 99а, ст. 1). Као кључни мотив за такву одлуку наводи се потреба да се омогући „даље несметано функционисање Уставног суда".

Да би оправдао ову одлуку, контролор уставности наводи да је она донесена „имајући у виду Мишљење Венецијанске комисије"[800] из марта 2024. која је донела тај акт на захтев председника Уставног суда, а захтевом је тражено мишљење о осам питања у вези с тим како да се реши питање попуњавања судијских места. Једно од питања је било и то да ли је противно чл. VI 1ц Устава БиХ то да судија који је испунио услове за пензионисање настави да обавља ту функцију до именовања и ступања на дужност новог судије. Одговарајући на то питање, Венецијанска комисија је истакла да престого тумачење уставне одредбе о мандату судија Уставног суда води ка „чудном закључку" да је уставотворац преферирао „парализу кључног уставног органа у односу на привремено продужавање мандата судија који су легитимно именовани" (т. 25).

Зато је став Комисије да „принцип функционалног Уставног суда" налаже да није противно чл. VI 1ц Устава БиХ да судије и после навршених 70 година живота наставе да врше дату функцију. Комисија оцењује да би продужавање мандата „било у складу с Уставом и следствено легитимно", а с обзиром на статус Правила у хијерархији норми, могућност продужавања „може и морала би да буде прописана Правилима" (т. 27 и т. 36). Овај део из мишљења се цитира у „образложењу" одлуке контролора уставности, али је спорно то што легалност одлуке не може да се изводи из њене легитимности, будући да институционална улога Уставног суда не допушта да он буде уставотворац. Уставна одредба о томе кад судије одлазе у пензију је потпуно јасна, па као таква не може да буде предмет тумачења, нити је могуће да се посматра као правило у односу на које могу да се установе изузеци.[801]

---

[800] Вид. Мишљење о одређеним питањима у вези са функционисањем Уставног суда БиХ, бр. CDL-AD(2024)002-e (2024).

[801] Штавише, у мишљењу Венецијанске комисије се наводи да су уставне одредбе које се односе на Уставни суд „врло концизне" (т. 15), а убрзо се одступа од тога става тврдњом да одредба из чл. VI 1а није јасна (т. 16).

Такође, мишљења која даје Венецијанска комисија нису обавезујућа, што је у конкретном случају ово тело и констатовало истичући да „није њен мандат да даје тумачења националних уставних норми: то треба да чини уставни суд“ и ставови Комисије су саветодавног карактера (т. 16). Ипак, у Мишљењу је дат упоредни приказ решења у вези с продужавањем мандата (т. 22–23), те примећено да у БиХ не постоји закон о Уставном суду, па „наизглед (*seemingly*) Устав препушта самом Уставном суду“ да уређује организацију, надлежности и поступак пред контролором уставности, што говори да овај орган има „посебно место у институционалном уређењу БиХ“.

Штавише, Комисија наводи да Правила имају „специфичну уставну природу“ и „улогу *sui generis* права“, па оцењује да се, услед непостојања релевантног закона, Правилима може регулисати питање продужавања мандата (т. 24). У супротном се онемогућују приступ суду, подривају се демократија, људска права и владавина права (т. 32). Комисија наводи и то да би „различити механизми против застоја“ у раду Уставног суда били „корисна допуна постојећег система, али то захтева доношење уставних амандмана“ (т. 37). Изгледа да је став Комисије да оно што није регулисано Уставом треба да се регулише, а оно што је регулисано Уставом (попут одредбе о мандату судија) треба да се *игнорише* јер за то постоје легитимни циљеви (функционалност).

Комисија додаје да се Устав крши тиме што власти не испуњавају своје обавезе, као да је њен став о продужавању мандата у складу с Уставом. Изгледа да Комисија мисли да кад она оцени да неко други крши Устав, треба подстаћи и Уставни суд да га прекрши. Ни Комисија ни Уставни суд се не устручавају да констатују да је реч о питању политичке природе, али уместо да се контролор уставности уздржао од интервенисања у сферу политичке и надлежност уставотворца, он је учинио супротно. Изменом Правила је Уставни суд (1) интервенисао у надлежност уставотворца, (2) игноришући поделу функција државне власти, тако што је (3) политички расуђујући (4) подзаконским актом изменио уставну одредбу, (5) настојећи да постигне легитиман циљ – функционисање контролора уставности.

4.4.2.2. Уставни суд као законодавац

Уставни суд БиХ није само обављао послове уставотворне функције државне власти, него је и одлучивао као да је законодавац. У наставку ће предмет анализе да буду неке одлуке које би требало да покажу основаност те тврдње.

Називи градова. У предмету У-44/01[802] разматрана је уставност одредаба Закона о територијалној организацији и локалној самоуправи и Закона о Граду Српско Сарајево Републике Српске, и то у делу који се односио на називе неких градова који су имали префикс „српско“, „српски“ или су на други начин указивали на српски народ, нпр. Српско Сарајево, Српски Мостар, Српско Горажде, Србиње итд. Подносилац захтева за оцену уставности је сматрао да се тим називима крше уставне одредбе, посебно оне којима се гарантују права и слободе (члан II 3), забрањује дискриминација (члан II 4) и гарантује право на повратак у домове и поврат имовине свим избеглицама и расељеним лицима (члан II 5). Сходно законодавству Републике Српске, називи неких градова су измењени тако што им је додат префикс „српски/о“ или тако што је префикс „босански/а“ замењен префиксом

[802] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-44-01-12267.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

„српски/а“. Уставни суд БиХ наводи да ће испитивати тврдње подносиоца кроз призму дискриминације у вези с правом на повратак, забраном дискриминације на основу националног порекла, те у светлу равноправног третмана поводом слободе кретања (У-44/01, т. 46).

Позивајући се на праксу ЕСЉП, Уставни суд наводи да акт има дискриминаторан карактер уколико „прави разлику између појединаца или група које се налазе у сличној ситуацији“, а да за то не постоји „објективно и разумно оправдање“ (У-44/01, т. 48). У датом предмету се, по оцени Уставног суда, мора упоредити положај три народа који чине три групе – Срби, Хрвати и Бошњаци (У-44/01, т. 49), док о припадницима осталих народа ни у овој одлуци нема ни речи. По оцени Уставног суда БиХ, измене назива градова које су датом случају оспорене имплицирају намеру да дате јединице локалне самоуправе „треба посматрати као искључиво српске“, па је упитно да ли за то постоји објективно и разумно оправдање (У-44/01, т.49).

По оцени контролора уставности, промена назива је првенствено „жеља да се нагласи“ да се дате јединице локалне самоуправе „налазе на територији Републике Српске“, те да су „сада настањене већинским становништвом српске националности“. Не аргументујући даље овај политички став, Уставни суд оцењује да то нису објективни и разумни разлози јер противрече основном принципу равноправности три конститутивна народа у целој БиХ (У-44/01, т. 51), тачније речено, противрече уставносудском тумачење преамбуле Устава и уставних одредаба у вези с њом. По оцени Уставног суда БиХ, називи градова са српским предзнаком не одговарају структури становништва услед последица изазваних ратом и миграцијама и не доприносе олакшавању и подстицању повратка избеглих и расељених лица (У-44/01, т. 51).

Такође, Уставни суд разматра и то да ли промена назива може да се посматра као последица настојања да се јединице локалне самоуправе у Републици Српској разликују од оних у Федерацији БиХ сличног назива. У давању одговора на то питање, Уставни суд заузима политички став наводећи да је тај циљ могао да се оствари преко „предзнака или назива етнички неутралног карактера“ (У-44/01, т. 53). На основу изнесених ставова, Уставни суд закључује да су називи градова неуставни. Иако је ова одлука сиромашна у погледу правне аргументације, заснована на непотпуном тесту пропорционалности[803] и праћена заузимањем политичких ставова (да ли оспорени називи доприносе повратку избеглих и расељених, како су могли да се назову градови), она не би била пример активистичког одлучивања да нису донесене и пропратне одлуке.

Наиме, Уставни суд БиХ је одлуком У-44/01 наложио Народној скупштини Републике Српске да најкасније у року од три месеца од објављивања ове одлуке усклади спорне одредбе с Уставом БиХ. Стога, ова одлука је, сходно класификацији која је изнесена у одељку о појавним облицима уставносудског активизма, *опомињућа* у односу на парламент Републике Српске. Будући да ентитетски парламент није изменио неуставне одредбе,

[803] Тест пропорционалности је непотпун јер се своди само на фазу балансирања која је последња, док у одлуци није испитано постојање претходних услова (постојање правног основа, легитимност, подесност). Такође, необично је то што се тест пропорционалности примењује поводом контроле уставности питања која се не тиче колизије два уставна субјективна права.

Уставни суд БиХ је донео одлуку којом се „привремено, док се не отклоне утврђене неуставности… називи који су престали да важе замењују“ другим називима.[804]

Неки од градова који су имали префикс „српски“ су уместо њега добили географски префикс „источни/о“ (нпр. Српско Сарајево је добило назив Источно Сарајево), другим градовима је назив у целости измењен (нпр. Српско Горажде је добило назив Устипрача), док је код неких градова префикс „српски“ замењен називом „босански“ (нпр. Српски Брод је добио назив Босански Брод). Ова одлука је донесена на основу тадашњег Пословника о раду Уставног суда БиХ у којем се наводило да одлуком о неуставности може да се остави највише тромесечни рок доносиоцу да усклади акт с Уставом, а ако се у том року не отклони неуставност „Суд ће својом одлуком утврдити да несагласне одредбе престају да важе“ (чл. 63 Пословника).

У одлуци о привременим називима, Уставни суд БиХ наводи да је „настала правна празнина када су престале да важе оспорене одредбе“, те да су нови називи усвојени да би се остварило неколико циљева (легитимни циљеви као типична одлика активистичког одлучивања): несметано функционисање јединица локалне самоуправе чији су називи оспорени; поштовање ДМС; потреба да се разликују називи од оних који су им слични у јединицама локалне самоуправе у Федерацији БиХ; немогућност примене ранијих закона у погледу свих назива (У-44/01, т. 10). Сем тога, контролор уставности наводи и критеријуме којима се водио (ванправни разлози на којима почива политичко расуђивање): ранији називи; назив највећег насељеног места, географски положај и етнички неутралан карактер (У-44/01, т. 11).

Иако садржина и суштина одлуке говоре супротно, Уставни суд БиХ наводи да *in concreto* „није преузео улогу законодавца“, будући да је одлука привремена и донесена с циљем да се „избегне правни хаос“ (У-44/01, т. 11). Шта говори у прилог тврдњи да је Уставни суд БиХ активистичким одлучивањем ипак *преузео на себе улогу законодавца*?

Прво, сходно члану III Устава БиХ је извршена подела надлежности, из које може да се закључи да о питањима територијалне организације ентитета одлучују институције ентитета. Друго, сходно чл. 68, 70 и 100 Устава Републике Српске, Народна скупштина Републике Српске утврђује њену територијалну организацију и то у форми закона. Стога, несумњиво је да је *нарушено начео поделе власти* донесеном одлуком јер је Уставни суд интервенисао у законодавну надлежност ентитетског парламента. Треће, одлука Уставног суда БиХ о привременој мери није донесена на основу уставне одредбе, него на основу одредбе Правилника о раду чија је правна ваљаност упитна. Четврто, одлука о привременим називима је закон у материјалном смислу и то суштински закон о изменама важећег закона Републике Српске. Наравно, одлука је донесена позивањем на непрецизне одредбе о недискриминацији и праву на повратак избеглих и расељених лица, дакле уставносудско *стварање права је заодену то у примену уставних одредаба* (сходно класификацији из другог дела, Уставни суд је одлучивао *о важећем праву*, а не на основу њега), на шта указује образложење одлуке.

[804] Одлуку о привременој мери у предмету У-44/01 вид. на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-44-01-12280.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

Прецизније, аргументација којом се послужио Уставни суд БиХ није у целости правна, него претежу *ванправни аргументи*.[805] Штавише, давање оцена о избегавању правног хаоса, те примена различитих критеријума за одређивање назива градова (ранији назив, етничка неутралност, назив највећег насељеног места) су парадигматични *примери политичког расуђивања* које почива на питањима шта је боље, прикладније или оптималније. Сем тога, Устав БиХ признаје постојање ентитета који у себи садржи реч „српска", па није лако правно оправдати то да се у називу ентитета може наводи један народа, а у називу јединица локалне самоуправе не може. Коначно, циљ којем је тежио Уставни суд БиХ је био легитиман јер је усмерен на то да се сви градови и општине већ по називу означе као припадништво свих народа. Након што је првобитно донео опомињућу одлуку која није извршена, Уставни суд БиХ је, сходно раније утврђеној класификацији појавних облика судског активизма, интервенисао у законодавну сферу кроз *привремено законодавство*.

Закон о држављанству. Уставни суд БиХ је у предмету У-9/11 одлучивао о уставности Закона о држављанству БиХ,[806] а оспорене су одредбе којима је било предвиђено да (1) држављанин БиХ губи њено држављанство уколико добровољно стекне држављанство друге државе (чл. 17 оспореног закона) и (2) лица која су добровољно стекла држављанство друге државе пре ступања на снагу Закона о држављанству, губе држављанство БиХ, осим ако се не одрекну држављанства друге државе у року од 15 дана од ступања на снагу оспореног закона (чл. 39 оспореног закона).[807] У оба случаја је предвиђен изузетак: наведена правила важе, осим ако ратификован међународни споразум не предвиђа друкчије.

Читајући Устав БиХ тј. његов члан VI којим се регулишу надлежности, уочава се да се њим не прописује контрола уставности закона које усвоји Парламентарна скупштина БиХ. Ипак, Уставни суд истиче да „супстанционални појам овлашћења" која су одређена Уставом БиХ „садржи у себи титулус Уставног суда за такву надлежност" нарочито у светлу „тела које подржава Устав" (У-9/11, т. 23).[808] Пошто је заузео став да је захтев за оцену уставности допуштен, Уставни суд БиХ прелази на анализу међународних аката који гарантују држављанство, те износи начела у вези са стицањем и престанком држављанства.

Нарочито се наглашава да поједине државе које имају „бројно исељеништво" или имају „своје етничке припаднике у суседним државама" допуштају тим лицима да стекну њихово држављанство, не условљавајући то одрицањем од ранијег држављанства (У-9/11, т. 29). Члан I 7 Устава БиХ прописује да: (1) држављанство БиХ регулише ПС БиХ; (2) ниједном лицу се не може самовољно одузети држављанство БиХ или ентитета, „нити се може на други начин оставити без држављанства", а забрањено је и одузимање по било ком основу, као што су „пол, раса… „или неки други статуси"; (3) држављани БиХ „могу имати

[805] У „аргументацији" Уставног суда је уочљиво колико је у ствари специфично његово активистичко одлучивање, будући да оно одудара и од ванправних аргумената који су присутни у активистичким одлукама европских уставних судова. Упоредити с Hailbronner, Martini 2017, 377 који анализирају ванправне аргументе у одлукама немачког контролора уставности (нпр. аргумент „захтева материјалне правде").

[806] Закон о држављанству БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине* 4/97, 13/99, 41/02, 6/03, 14/03, 82/05, 43/09 и 76/09.

[807] Вид. одлуку У-9/11 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-11-457661.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[808] Исти став је контролор уставности заузео у Одлуци У-14/02, доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-02-12555.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

држављанство друге државе“ уколико „постоји билатерални споразум“ који је ратификовала ПС БиХ.

О томе да ова одлука има спорно уставно утемељење говори и чињеница да Уставни суд БиХ наводи уставну одредбу „Уставни суд ће подржавати овај Устав“ као кључни основ за одлучивање (У-9/11, т. 31 и т. 35).[809] На основу те уставне одредбе, Уставни суд БиХ истиче да је „неспорно да је интерес БиХ да задржи везу са својим грађанима“ којима је БиХ „држава матичног или изворног држављанства“. По оцени контролора уставности, оспорене одредбе Закона о држављанству су „у колизији с наведеним интересом БиХ“ (У-9/11, т. 35). Очито је да Уставни суд БиХ заузима политички став, будући да истиче шта је оптимално, најбоље и најприхватљивије решење поводом регулисања држављанства. Ипак, сам политички став није знак уставносудског активизма, будући да не производи нормативне последице.

Контролор уставности истиче да Устав БиХ нигде не прописује *обавезу* одрицања од другог држављанства, иако Устав говори о могућности да се има друго држављанство *само уколико* постоји закључен билатерални уговор БиХ и друге државе. По мишљењу Уставног суда БиХ, оспореним законским одредбама се домаћим држављанима „поставља услов на који они не могу да утичу“, попут нормативне забране друге државе о закључењу билатералног уговора о двојном држављанству (У-9/11, т. 35). Затим контролор уставности наводи да је рат у БиХ узроковао одлазак у избеглиштво многих држављана и да су они с циљем решавања проблема „личне и егзистенцијалне природе“ тражили држављанство државе у коју су имигрирали.

Примена оспорених законских одредаба би „изузетно отежала повратак“ избеглица чиме би они „у матичној земљи постали страни држављани“. Затим Уставни суд наводи и аргуменат намере уставотворца истичући да је „апсолутно сигуран“[810] да воља уставотворца није била да се избеглицама отежа повратак“, а затим и системски аргумент истичући да члан I 7 мора да се тумачи у вези с чланом II 5 којим се гарантује право на повратак избеглим и расељеним лицима (У-9/11, т. 36). Будући да контролор уставности сматра да постоји „неспоран интерес“ за очување везе између БиХ и њених држављана који су држављани и неке друге државе, истиче да „не види нити један разлог“ (уместо да води рачуна *само* о правним разлозима) да се „намећу услови за задржавање“ домаћег држављанства, иако признаје право ПС БиХ да она законски уређује питање држављанства (У-9/11, т. 37).

---

[809] Уставни суд Шпаније је у одлукама STC 76/1983 и STC 31/2010 констатовао да је он врховни тумач устава и да је једини овлашћен да тумачи значење уставних одредаба, док законодавац не може да уставним концептима приписује од више могућих значења приписује оно које је једино у складу с уставом. Уколико би се то допустило, онда би се изгубила разлика између конститутивне (уставотворне) власти и конституисаних власти, попут законодавне власти (STC 76/1983, т. 4, доступна на: *http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/204*, последњи приступ 27. јула 2023). Рецимо, у одлуци STC 31/2010 (доступна на: *https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/31-2010,%20of%20June%2028.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023) оспорени акт је одређивао значење појма „држављанин Каталоније“, иако члан 2 Устава Шпаније помиње „нераскидиво јединство шпанске нације“, и у њој је одлука донесена на основу принципа по којем једино Уставни суд може да прецизира значење уставних концепата које усвоји уставотворац, а не било који други орган.

[810] Ово је прокламација Уставног суда која представља само његову процену, будући да није поткрепљена правним доказима.

Неспорно је да је овом одлуком контролор уставности тежио ка остварењу легитимног циља који се огледа у настојању да се задржи држављанска веза избеглих и расељених лица с БиХ. Ипак, оцењујући да је неспоран интерес БиХ да очува везу с држављанима и наводећи то као један од аргумената у прилог својој одлуци, контролор уставности политички расуђује, иако настоји да то заодене у циљно тумачење уставних одредба. Устав БиХ забрањује да се самовољно одузима било ком лицу држављанство БиХ или да се оно на било који други начин остави без држављанства (чл. I 7). Из другог дела уставне одредбе произлази да није допуштено одузимање држављанства било ком лицу уколико би оно остало без држављанства тј. *argumentum a contrario* уколико одређено лице има друго држављанство, онда Устав БиХ не забрањује такво одузимање. Сем тога, у истом члану Устава БиХ се наводи могућност поседовања држављанства друге државе уколико о томе постоји закључен и ратификован међународни споразум.

Иако је несумњиво важно обезбеђивање повратка свим избеглим и расељеним лицима, ипак то није нужно повезано с држављанством. Уколико се избеглице врате у БиХ, могу да се одрекну другог држављанства, уколико не постоји ратификован споразум с државом чији су такође држављани. Чак и чл. 7 Европске конвенције о држављанству (која је ратификована у БиХ) превиђа да држава уговорница може да предвиди губитак њеног држављанства у случају добровољног стицања другог држављанства. Сем тога, у оспореном Закону о држављанству се наводи да неће доћи до губитка другог држављанства ако постоји ратификован међународни споразум,[811] а у члану 39 тог закона се наводи да се одрицање од држављанства не тражи „ако то није дозвољено или се не може разумно захтевати“.

У одлуци У-9/11 Уставни суд БиХ, такође, наводи одредбу из члана I 7 која прописује да се држављанство БиХ регулише од стране ПС БиХ, али не одлучује на основу ње. Упркос изричитом тексту Устава, контролор уставности својим политичким расуђивањем (позивањем на интерес БиХ, отежан повратак избеглица и апсолутно уверење тј. претпоставку о томе шта је намера уставотворца) не сматра оптималним да се условљава задржавање држављанства БиХ додатним условима, услед чега нарушава простор слободног законодавног одлучивања које му делегира уставотворац. Дакле, тиме је Уставни суд интервенисао у надлежност ПС БиХ, услед чега је нарушио поделу функција државне власти и алокацију институционалних надлежности. Тако је Уставни суд БиХ новелирао уставне одредбе тј. супституисао је законодавца, мењајући политичке изборе законодавца тј. мењајући постојеће право.

Остале одлуке. У одлуци У-7/21 је контролор уставности је утврдио да постоји неуставност оспореног закона, те је наложио Парламенту Федерације БиХ да у року од шест месеци[812] усклади неуставни закон с Уставом БиХ и међународним актима. Ипак, пошто у остављеном року није извршена одлука Уставног суда БиХ, донесено је решење о неизвршењу у којем се наводи да се „одређује начин извршења“ тако што ће се до одлуке

[811] Понављање уставне одредбе у овом закону је потпуно непотребно.

[812] У одлуци У-7/21 наложено је Парламенту Федерације БиХ да у року од шест месеци од дана објављивања одлуке Уставног суда отклони неуставност. У решењу о неизвршењу одлуке У-7/21 наводи се да је шестомесечни рок почео да тече 15. априла 2021. године јер је тад одлука објављена у Службеном гласнику. Након што је контролор уставности навео кад је рок почео да тече, констатује да је рок за извршење Одлуке У-7/21 „истекао 15. априла 2022. године“. Дакле, за Уставни суд БиХ је шестомесечни рок истекао након дванаест месеци од дана почетка рока (*sic!*). Вид. Решење о неизвршењу одлуке У-7/21, т. 4–5, доступно на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-21-1338252.pdf*, последњи приступ 2. август 2023.

федералног парламента оспорени закон, у погледу накнаде за дежурство односно приправност „примењивати у складу с наведеном одлуком, стандардима из Устава БиХ и ЕКЉП и праксом Уставног суда БиХ и ЕСЉП“ (решење о неизвршењу одлуке У-7/21, т. 12). Дакле, овде је реч о *привременом законодавству* Уставног суда БиХ. Слично је одлучено и у предмету У-6/20 у којем парламент Републике Српске није извршио одлуку Уставног суда и донесено је донесено је решење о извршењу у којем се наводи да, све док надлежни парламент не усклади неуставни закон, неуставна одредба ће се примењивати у складу с одлуком У-6/20, стандардима из Устава и ЕКЉП, те праксом Уставног суда и ЕСЉП.[813]

У одлуци У-7/21 контролор уставности констатује да се у тужилаштву практикује и „стална служба дежурства“ како би се осигурао рад овог органа и током нерадних дана, додајући да „постоји потреба, која је оправдана, да дежурство или приправност тужилаца (и судија) буде валоризована“ тј. нужно је да имају одређену накнаду о чијој висини треба да одлучи надлежни орган. Такође, наводи да се колективним уговором државним службеницима и осталим лицима признаје право на накнаду за приправност, а „апсурд је утолико већи“ кад се има на уму да тужилац нема право на накнаду за приправност, а лица која им помажу у вршењу функције имају. Сем тога, у ентитетском Закону о раду се регулише радно време у које не улази време приправности, што је доказ да је парламент „препознао потребу да приправност буде издвојена као радно време, али валоризована“, али није био доследан не предвиђајући то за судије и тужиоце (У-7/21, т. 33).

4.4.2.3. Процедурални активизам Уставног суда – дописивање уставносудских надлежности

Анализа праксе Уставног суда БиХ показује да је овај орган себи приписао различите надлежности које му Устав БиХ изричито не додељује, што показује да „реконструкција нормативног садржаја“ уставних одредба често узрокује да се он „прошири на питања која су раније била ван досега дате регулативе“ (Florczak-Wątor 2020б, 2).[814] Ове одлуке представљају примере активистичког одлучивања зато што је њима контролор уставности у значајној мери проширио предмет уставносудске контроле тј. суштински је дописао Устав у делу који нормира његове надлежности.

Први појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ се огледа у *контроли уставности одлука ентитетских уставних судова*. Пример би била одлука У-5/99 у којој се поставило питање да ли пресуда ентитетског уставног суда може да буде предмет контроле уставности од стране Уставног суда БиХ. У чл. VI 3б се наводи да Уставни суд БиХ има апелациону надлежност над питањима из Устава која произлазе из пресуде било ког суда у БиХ. У датом предмету је констатовано да одлука Уставног суда Федерације БиХ[815]

---

[813] Вид. одлуку У-6/20 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-20-1252029.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[814] Уставни суд БиХ је у одлуци У-7/16 констатовао да то што акти који садрже оспорене одредбе нису изричито набројани у члану VI 3а Устава БиХ „није препрека за одлучивање“ о конкретном захтеву, али једновремено није ни знак да било који подзаконски акт може бити предмет уставносудске контроле (т. 28). О томе да ли се при тумачењу одредаба о надлежности примењује језичко или циљно и системско тумачење, као и о схватању Уставног суда БиХ о решавању уставних спорова на основу уставних начела, вид. Марковић 2021, 368.

[815] Одлука Уставног суда Федерације БиХ У-25/98, доступна на: *https://www.ustavnisudfbih.ba/sr/open_page_nw.php?l=sr&pid=174*, последњи приступ 28. јула 2023.

може да буде предмет контроле јер је словом устава тог ентитета његов уставни суд део правосуђа Федерације[816] из чега Уставни суд БиХ закључује да у таквим околностима „нема ваљаног разлога“ да се федерални уставни суд не сматра судом у смислу одредбе Устава БиХ о апелационој надлежности. Штавише, по мишљењу Уставног суда БиХ би „ефективност апелационе контроле била знатно нарушена“ кад би се заузео супротан став.

Ипак, овај став није лако одбрањив, чега је, изгледа, био свестан и Уставни суд БиХ, будући да је врло кратко (у три реченице) образложио разлоге због којих сматра да има право да контролише уставност одлука ентитетских контролора уставности. Прво, уставни суд с редовним судовима дели само део назива, и он не може да се стави у исти ранг с редовним судовима, нити његове одлуке могу да се ставе у исту раван с пресудама редовних судова. Уставни судови имају специфичну институционалну улогу, решавају нарочиту врсту спорова међу актима, доносе одлуке које нису ауторитативно пресуђивање у конкретном случају у којем се странке споре, те одлуке имају посебно дејство итд.[817] Друго, Устав БиХ је установио поделу надлежности, дајући ентитетима широке надлежности које имају искључиви карактер, па искључиву надлежност у погледу заштите ентитетских устава имају ентитетски уставни судови.

Треће, Устав Федерације констатује да су одлуке Уставног суда Федерације БиХ коначне и обавезујуће (чл. 12 поглавља Ц које је посвећено судској власти Федерације), а ако Уставни суд БиХ може да их преиспитује онда оне нису коначне. Четврто, оспореном одлуком Уставног суда Федерације БиХ је одлучено да је неуставна одредба Устава Посавског кантона. Словом чл. 10, ст. 1, т. б поглавља Ц Устава Федерације, Уставни суд Федерације БиХ решава спорове између кантона и федералне власти. Уколико се узме ова надлежност у обзир, као и одредба о коначности и обавезности одлука федералног контролора уставности, не постоји правна могућност да се дата одлука поново контролише у погледу уставности јер је дато питање искључива надлежност ентитета, а одлука о уставности кантоналног устава је искључива надлежност Уставног суда Федерације БиХ. Ипак, Уставни суд БиХ није одбацио апелацију, него је мериторно одлучио о њој и одбио је као неосновану.

Апелант, председник Скупштине Посавског кантона, поднео је апелацију Уставном суду против одлуке Уставног суда Федерације БиХ, тврдећи да се њом крши чл. IIIб (дужност ентитета да поштују Устав БиХ) и т. 2 и 3 Анекса II Устава БиХ (континуитет правних прописа и вођење поступака). Након што је у три реченице Уставни суд БиХ образложио одлуку о допустивости, у *једној* реченици констатује: „пресуда против које је апелација уложена не крши ниједан од ових чланова“. Ова одлука Уставног суда БиХ је антимодел у погледу образложења одлуке. Тачније, могло би да се каже да постоји, уистину крајње сажето, образложење одлуке о допустивости, али одлука о меритуму уопште није образложена. Констатација да одлука федералног Уставног суда не крши акте на које се

[816] У поглављу Ц (Судска власт Федерације), одељак 1, члан 1, ст. 2 гласи: Судови Федерације су: Уставни суд, Врховни суд, Суд за људска права.

[817] Судија Арсовић у издвојеном мишљењу наводи да се појам „суд“ из чл. VI 3б Устава БиХ не може тумачити тако да обухвата и уставне судове ентитета, будући да су они „правно профилисани“ тако да се „далекосежно (онтолошки) разликују од редовних судова“ и „уставни суд по свом 'бићу' није суд“. Такође, додаје да није релевантно то што Устав Федерације БиХ сврстава и Уставни суд Федерације сврстава међу судове Федерације, будући да Устав Републике Српске то не чини, а недопустиво је да се различито третирају одлуке ентитетских уставних судова.

позива апелант није закључак који следи из образложења спорних питања. Затим је Уставни суд БиХ истакао: члан 78 Устава Кантона посавског није у складу с Уставом БиХ, иако се захтев за оцену уставности односи на питање да ли је пресуда Уставног суда Федерације БиХ у складу с Уставом БиХ, па из формулације произлази да је Уставни суд БиХ непосредно контролисао уставност Устава Посавског кантона.

Ипак, у неким случајевима Уставни суд БиХ није следио став који је заузео у одлуци У-5/99, и то опет поводом одлуке Уставног суда Федерације БиХ. Одлука АП-2391/07 је еманација супротног тумачење члана VI 3б јер је УС БиХ констатовао да разлози правне сигурности и поштовања уставноправног система БиХ налажу да се разграничи кад УС БиХ може да одлучује (АП-2391/07, т. 11). Стога, УС БиХ наводи да ентитетски уставни судови имају „јасно дефинисану надлежност" која укључује и одлучивање о усаглашености ентитетског закона с уставом (апстрактна оцена уставности ентитетског уставног суда) и зато је *in concreto* одлука Уставног суда Федерације БиХ коначна и обавезујућа, ентитетски уставни суд је „последњи ауторитет" за питања из његове уставне надлежности и самим тим је његова одлука неподесна да буде предмет контроле уставности пред УС БиХ.

Контролор уставности додаје да „није у духу Устава БиХ и правног поретка"[818] да кроз апелациону надлежност допусти „испитивање апелације којом се оспорава одлука ентитетског суда" која је донесена у склопу „апстрактне надлежности ентитетског уставног суда" јер би то значило да се „поново испитује 'уставност' коначне и обавезујуће одлуке" уставног суда ентитета „што свакако не потпада под надлежност Уставног суда из чл. VI 3б", те „не доприноси правној сигурности и владавини права". Коначно, контролор уставности додаје да би преиспитивање одлуке ентитетског уставног суда било „мешање" у њихову надлежност, а поставља се и питање „погођености апеланта конкретном одлуком коју оспорава јер се њоме не решавају индивидуална права појединца" (АП-2391/07, т. 11–12).

Као што одлука У-5/99 представља антимодел, тако одлука АП-2391/07 представља добар пример образлагања улоге Уставног суда и уздржавање од задирања у питања за које нема надлежност, па је разумљиво што је Уставни суд БиХ у другом случају одбацио захтев за оцену уставности. Слично, у одлуци АП-2821/09 Уставни суд БиХ истиче да је он „обавезан да подржава Устав БиХ", док „није надлежан да подржава Устав Републике Српске" будући да је њен Уставни суд „коначни ауторитет" у вези с питањима која се тичу Устава Републике Српске, с тим да постоји изузетак: ако контролор уставности Републике Српске „тумачи и примењује" њен Устав на онај начин који „није у складу с Уставом БиХ" (АП-2821/09, т. 13).

Други појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у томе да је контролор уставности утврдио да има право да одлучује о *уставности пресуда било ког суда у БиХ, не само кад су оне донесене, него и кад нису донесене у разумном року*. У одлуци У-23/00,[819] Уставни суд БиХ се позвао на члан VI 3б Устава БиХ у којем се прокламује да има апелациону надлежност у вези с питањима из Устава која проистичу из *пресуде* било ког суда у БиХ. У датом случају је оспорена одлука основног суда којом је донесено решење о

[818] Гампер истиче да је главни задатак уставних судова очување супремације устава, те да је уставни суд „пре свега гарант духа устава и његових вредности", а не „само чувар текста". Вид. Florczak-Wątor 2020a, 249.

[819] Вид. одлуку У-23/00 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-23-00-12364.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

прекиду поступку, при чему је за апеланта спорно то што прекинути поступак није настављен, па је тражено да се поништи решење основног суда и наложи му се да донесе мериторну одлуку.

Кључно питање у овом случају је интерпретативног карактера – да ли реч *пресуда* може да се тумачи да обухвата и донесене акте, али и недоношење акта? Став је Уставног суда БиХ да реч *пресуда* мора да се „широко тумачи" тако да обухвата не само „све врсте одлука и решења, већ и недостатак доношења одлуке", уколико се „за такав недостатак утврди да је неуставан" (У-23/00, т. 4). Зашто је тако протумачио спорну реч, контролор уставности не наводи, али закључује да поступак у којем апелант учествује траје преко пет година[820] и да није мериторно решен, услед чега је прекршено апелантово право на правично суђење из чл. 6 ЕКЉП. Расуђивање контролора уставности подсећа на институт ћутања управе у управним поступцима (кад се примењује фикција да је донесен негативан управни акт иако никакав акт није донесен), али је спорно то што није језички могуће да се речи „пресуда" припише значење које обухвата недоношење пресуде. С друге стране, могло би да се правно оправда то што се под пресудом подразумева било који појединачни акт суда, будући да судови доносе и решења.

Трећи појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ се односи на *испитивање уставности одлука Комисије за имовинске захтеве* расељених лица и избеглица. Комисија за расељена лица и избеглице (касније преименована у: Комисија за имовинске захтеве расељених лица и избеглица) је установљена чл. 7 Анекса 7 Дејтонског мировног споразума, а сходно чл. 11 Анекса 7, њен задатак је да одлучује о потраживањима непокретности у БиХ, ако она није добровољно продата или на други начин пренесена од 1. априла 1992. године, уколико је тражилац имовине нема у поседу. Сходно чл. 12 т. 7 Анекса 7, одлуке комисије су коначне, а сви законски инструменти које она направи или додели су законити у целој БиХ.

Решавајући питање допустивости захтева за оцену уставности у предмету У-32/01,[821] Уставни суд је поставио питање да ли одлука Комисије има карактер „пресуде било ког суда у БиХ", у смислу чл. VI 3б Устава БиХ. Уставни суд БиХ наглашава да полази у одлучивању о допустивости од Дејтонског споразума, нарочито имајући у виду оснивање, надлежност и правно дејство њених одлука. Уставни суд наводи да је намера твораца анекса била да сви анекси буду међусобно усаглашени, те да се „надопуњавају и делују паралелно" (У-32/01, т. 17). Закључује да Комисија није део „стандардне судске структуре БиХ" тј. не може да се сматра судом, али наводи да апелант може да се обрати редовним судовима или управним органима, а тек онда може да се обрати Уставном суду, тражећи испитивање уставности њихових одлука (У-32/01, т. 18). Дакле, овде је контролор уставности иступио као тумач целог Дејтонског споразума, а не само Анекса 4 који је Устав БиХ, тумачећи цео споразум, иако, словом Устава, нема надлежност да штити његове остале анексе, него би евентуално могао да тумачи Анекс 4 (Устав БиХ) у светлу осталих анекса.

Четврти појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у испитивању *усаглашеност закона БиХ с међународним споразумима*. Наиме, одлуком У-5/09

---

[820] Поступак пред основним судом је покренут још фебруара 1989. године, али Устав БиХ је ступио на снагу 14. децембра 1995. године, тако да се децембар 1995. године узима у обзир при разматрању апелације.

[821] Вид. одлуку У-32/01 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-32-01-12224.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

се решавало питање уставности Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА-е, у светлу уставног положаја међународних уговора.[822] Контролор уставности је прво одлучивао о томе да ли има надлежност да испитује усаглашеност закона с међународним уговорима, будући да Устав БиХ не садржи изричите одредбе којима се регулише „статус међународних уговора у домаћем праву", нити одредбе које „дају надлежност Уставном суду у овом пољу" (У-5/09, т. 28). Ипак, Уставни суд истиче да „ћутање" Устава није „јасна одлука о ненадлежности", па наводи више аргумената у прилог томе: општи принципи Устава БиХ почивају на интернационализацији; бројни међународни уговори су део Устава БиХ;[823] сходно чл. III 3б општи принципи међународног права су интегрални део поретка БиХ и њених ентитета (У-5/09, т. 29–30).

Ипак, контролор уставности се пита да ли општи принципи међународног права дају икакве „индикације о односу домаћих закона и ратификованих међународних споразума", а затим наводи да је начело *pacta sunt servanda* „саставни део правног поретка БиХ и ентитета" и да ЦЕФТА споразум „намеће обавезе БиХ" будући да је овај споразум ратификован у складу с прописаним процедурама (У-5/09, т. 31–32). У складу с тим, Уставни суд закључује да „постоји неспорна обавеза" свих институција, а посебно законодавца да испоштује врховно начело међународног уговорног права, из чега „произлази обавеза институција БиХ да све законе ускладе с одредбама ЦЕФТА-е" (У-5/09, т. 35).

Будући да оспорени закон није у складу с међународним споразумом, него је „унилатерална мера" која је директно супротна мерама ЦЕФТА-е, тиме се крши чл. III 3б Устава БиХ који прокламује да су општи принципи међународног права део домаћег поретка (широко формулисана уставна одредба), па је контролор уставности у целости укинуо оспорени закон.[824] Овом одлуком је Уставни суд БиХ створио нову уставну одредбу у материјалном смислу која гласи: сви међународни споразуми које закључи БиХ имају надзаконску снагу. Поред тога, створена је и нова уставна одредба којом је себи приписао надлежност да испитује усаглашеност домаћег закона с међународним уговором. Реч је о активистичком одлучивању будући да Устав БиХ надзаконску снагу приписује само једном међународном инструменту – ЕКЉП. Одлуком У-5/09 је контролор уставности нарушио поделу функција државне власти задирањем у надлежности уставотворца, па је расуђујући политички (тј. заснивајући одлуку на концепцији о томе да међународни уговори имају надзаконску снагу) дописао највиши правни акт БиХ.

---

[822] Вид. одлуку У-5/09 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-09-290456.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[823] Уставни суд наводи да се Уставом БиХ не прописује трансформисање међународних правила у домаће право преко доношења закона, па у складу с тим, ако међународни споразуми о људским правима имају „квази-уставни статус", онда ни остали споразуми у Уставу немају статус обичних закона (У-5/09, т. 30). Вид. о томе и Марковић 2021, 21.

[824] У издвојеном мишљењу судија Фелдмана и Пантируа се наводи да већинска одлука почива на томе да је неуставан сваки закон који није у складу с обавезама које проистичу из међународног споразума. Они истичу да једино ЕКЉП има надзаконску снагу јер је то изричито Устав прописао, док општи принципи међународног права имају нижи статус него ЕКЉП. Ако би се контролору уставности допустило да огласи ништавим сваки закон који није у складу с међународним правом, дало би му се „уверљиво дискреционо право – да одлучује о критеријума за оцену ваљаности закона", што је, по мишљењу судија, могуће само изричитом уставном одредбом. Супротно решење доводи до сужавања надлежности парламента, те уводи „значајну промену у уставној равнотежи овлашћења" и узрокује „удаљавање од демократски одговорне законодавне власти према судству".

Пети појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у ставу Уставног суда БиХ да му припада надлежност да *у поступку из апелационе јурисдикције* (VI 3б) *изврши и конкретну оцену уставности* у смислу члана VI 3ц Устава Босне и Херцеговине, ако је то потребно (У-106/03, т. 34).[825] Оно што је спорно у две одлуке које ће да буду анализиране у наставку је то да су надлежни доносиоци одлука поступали у складу са законом, али се проблеми јављају кад су „побијане одлуке законите, а противуставне" односно апелантима није, како то „налажу уставни стандарди" пружена судска заштита у судском спору пуне јурисдикције – закон има квалитативне мањкавости (У-106/03, т. 32). Такође, обе одлуке су значајне јер је њима контролор уставности, суштински донео привремено законодавство у оба ентитета.

Чл. VI 3ц Устава БиХ прописује да су судови дужни да покрену питање конкретне оцене уставности (ако сумњају у сагласност закона с Уставом, ЕКЉП, законима БиХ) тј. судови су „дужни да примењују Устав БиХ у сваком конкретном случају", водећи рачуна о „конзистентности" нижих аката с Уставом БиХ јер на тај начин „контролишу законитост" и доприносе остварењу владавине права (У-106/03, т. 33). Ипак, могуће је да то редовни судови не учине, па се поставља питање шта да се уради? Уставни суд БиХ истиче да у случају пропуста редовних судова он, „као чувар Устава БиХ", има задатак да то учини „ако се за тим јави потреба у поступку из апелационе јурисдикције" јер „само на тај начин" може да заштити уставни принцип владавине права.

У прилог томе, Уставни суд БиХ наводи да је он „један од 'судова' у БиХ", а чл. VI 3ц наводи да било који суд има право да покрене конкретну оцену уставности (У-106/03, т. 34). Речју, контролор уставности сматра да може *ex officio*, уз поступак покренут по члану VI 3б, да покрене и поступак по члану VI 3ц. Ипак, члан VI 3ц прописује да „Уставни суд има надлежност у питањима која му упути било који суд у БиХ", из чега тешко може да се закључи како постоји и могућност покретања поступка по службеној дужности. Међутим, Уставни суд истиче да би се он, непокретањем поступка *ex officio*, „лишио своје функције 'суда'" (У-106/03, т. 34). У два случаја који ће у наставку да буду анализирани, констатовано је да су оспорене одлуке управних органа законите, али истовремено и неуставне, јер се њима крше одредбе Устава БиХ и ЕКЉП којима се гарантује право на правично суђење.

У предмету У-106/03 уложена је апелација на првостепену и другостепену одлуку поводом изречене новчане казне за учињени царински прекршај. Будући да према прописима Федерације БиХ није могуће улагање захтева за судску заштиту уколико се решењем о прекршају не изреке законом прописан минимум (*in concreto* није изречен минимум од 1000 КМ), апеланткиња тврди да се тиме крши њено право на правично суђење из чл. 6 ЕКЉП и чл. II 3е Устава. Уставни суд је своју одлуку темељио на томе да *in concreto* апелант нема „независан и непристрасан законом установљен суд" у светлу чл. 6 ЕКЉП[826]

[825] Вид. одлуку У-106/03 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-106-03-26086.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[826] Члан 6 ЕКЉП прописује да свако лице, кад се одлучује о његовим грађанским правима односно обавезама или о *кривичној* оптужби против њега, има право на правично суђење пред независним и непристрасним судом. У датом предмету није било речи о кривичној оптужби него о прекршају, па је Уставни суд референсао на праксу ЕСЉП и навео да формална природа дела – прекршај „не одређује примењивост чл. 6, ст. 1 ЕКЉП" јер је кривична оптужба „аутономни концепт" који обухвата и прекршаје.

који би му, у управносудском спору пуне јурисдикције, пружио правну заштиту преиспитивањем одлука управних органа (У-106/03, т. 28).

Дакле, овим Уставни суд суштински сугерише законодавцу да његова политичка одлука која је уграђена у закон није правилна, те му даје смерницу да исправи ту неуставност и одреди могућност судског одлучивања без икаквих додатних услова (*in concreto* је то висина изречене новчане казне). Речју контролора уставности, законска регулатива садржи „празнину у правној заштити кад су у питању лица оптужена за царинске прекршаје" јер судско одлучивање условљава висином изречене новчане казне и она „лишава правне прописе основног квалитета права" јер нема „потребан законски квалитет", будући да не поштује захтеве из чл. 6 ЕКЉП (У-106/03, т. 29).

Штавише, Уставни суд БиХ подсећа на ранију одлуку у којој је идентификован идентичан проблем и наводи да је то „требало да буде сигнал законодавној власти за преузимање позитивне акције и измену релевантног закона", с циљем да се успостави „уставно-конформно стање", па додаје да Влада и Парламент Федерације БиХ треба да „предузму одговарајуће кораке", ускладе закон с Уставом и да „узму у обзир образложење ове одлуке" (У-106/03, т. 35).[827] Након што је констатовао квалитативне мањкавости закона, контролор уставности иде и корак даље тако што суштински намеће *привремено законодавство*.

Наиме, Уставни суд истиче да је „Врховни суд обавезан да апеланту омогући правично саслушање, као независан и непристрасан суд", те да мериторно одлучи, ако она покрене поступак пред Врховним судом.[828] Овом одлуком Уставни суд суштински новелира спорни закон и одредбу која прописује да „захтев за судску заштиту може се изјавити против решења Федералног већа донесеног у другом степену којим је… изречена новчана казна преко 1.000 КМ…" замењује другом одредбом којом брише све додатне услове у погледу висине новчане казне. На тај начин је контролор уставности донео активистичку одлуку којом замењује законско решење донесено на основу политичке процене законодавца (вероватно с циљем да се смањи број предмета пред Врховним судом) и наложио је Врховном суду да не поштује закон![829] Тиме је Уставни суд у основи изменио законску одредбу, иако такво мењање важећег права не одговара његовој институционалној улози, без обзира на то што је легитиман циљ којем се тежило (омогућавање права на приступ суду).

Док је у анализираном случају наложено апеланту да, саобразно начелу диспозитивности, одлучи да ли ће покренути поступак пред Врховним судом, у одлуци У-

---

[827] У поступку конкретне оцене уставности из чл. VI 3ц, Уставни суд истиче да „оцену уставности разматра у општем смислу (*erga omnes*), а не у односу на конкретан предмет (*inter partes*) који је повод за покретање поступка за оцену уставности (У-6/20, т. 28 и У-15/11, т. 63). Тиме контролор уставности јасно истиче да његови правни ставови морају да буду уважени, те на тај начин „сигнализира" и другим органима да своје одлучивање ускладе с тим. Вид. одлуку У-15/11 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-11-490152.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[828] Закон који садржи спорну одредбу у вези са судским одлучивањем поводом царинског прекршаја прописује да о захтеву за судску заштиту одлучује Врховни суд Федерације БиХ. Вид. Закон о прекршајима којима се повређују федерални прописи, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 9/96 и 29/00.

[829] Овакве одлуке су доказ да се „степен контроле уставних судова над слободом законодавца стално повећава" (Florczak-Wątor 2020a, 263).

19/00 је контролор уставности директно наложио Врховном суду да одржи расправу.[830] У одлуци У-19/00, у којој је фактично стање *mutatis mutandis* исто услед учињеног царинског прекршаја, подносиоци апелације (правно лице и два физичка лица) су поднели захтев за судску заштиту Врховном суду Републике Српске који је тај захтев одбио у односу на правно лице, а одбацио као недопуштен у односу на физичка лица, па су они уложили апелацију Уставном суду БиХ.

Контролор уставности истиче да сходно Закону о прекршајима Републике Српске[831] они немају право да уложе захтев за судску заштиту јер је то могуће само под одређеним условима (које апеланти не испуњавају). Сходно тада важећем Пословнику Уставног суда БиХ, апелација се одбацује као недопуштена ако нису исцрпљени сви правни лекови који су могући у складу с ентитетским законом. Ипак, контролор уставности истиче да је кључно то да ли је захтев за судску заштиту „ефективан правни лек", те закључује да је апелација допуштена у односу на све три апеланта (У-19/00, т. 13–15), будући да уложене апелације „треба да се схвате као жалба против пресуде Врховног суда" који им је одлуком „ускратио приступ суду" у светлу чл. 6 ЕКЉП (У-19/00, т. 16–18).

Као и у раније наведеној одлуци, Уставни суд закључују да су права апеланата прекршена јер нису имали право приступа суду пуне јурисдикције (апеланти који су физичка лица) односно нису имали поступак који испуњава квалитативне услове тј. „пуно правно испитивање подигнуте оптужнице" (апелант који је правно лице), па је у односу на њих предмет враћен Врховном суду „да испита жалбу у меритуму и омогући им потпун поступак" у складу с чл. 6 ЕКЉП (У-19/00, т. 25 и 31–33). Овде је контролор уставности поступао као непосредно виша инстанца у односу на Врховни суд, иако је легитиман циљ којем се тежило, оличен је у омогућавању судске заштите права апеланата. Ипак, легитиман циљ не може да у правном расуђивању буде довољан ако он нема својство правног разлога. У датом случају су правни разлози налагали да контролор уставности не преиспитује да ли одредбе Закона о прекршајима оптималне или нису, али је управо то учинио (дакле, мењао је важеће право) и наредио Врховном суду да одлучује на основу Устава тј. уставносудског тумачења тог акта, а да занемари релевантни закон.

Шести појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у самоприписаном овлашћењу контролора уставности да испитује *уставност закона које усвоји ПС БиХ*. У Уставу БиХ није прописана надлежност Уставног суда да испитује уставност закона које усвоји ПС БиХ, али већ *prima facie* изгледа бесмислено да Уставни суд као чувар устава може да испитује уставност закона које усвоје ентитети, али не и закона које усвоји законодавац на нивоу БиХ.

У одлуци У-14/02 се испитивала уставност одредбе Изборног закона БиХ, и у њој контролор уставности признаје непостојање експлицитне надлежности за испитивање уставности закона ПС БиХ, али додаје да „супстанционални појам овлашћења одређених самим Уставом БиХ садржи у себи титулус Уставном суду за такву надлежност", а у прилог томе говори и улога контролора уставности као „тела које подржава Устав" (У-14/02, т. 9; У-

[830] Вид. одлуку У-19/00 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-19-00-12225.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[831] Закон о прекршајима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 12/94, 16/95, 21/98 и 40/98.

3/11, т. 15).[832] Начин на који је расуђивао Уставни суд БиХ несумњиво стреми легитимном циљу, будући да закони које усвоји ПС БиХ нису *eo ipso* уставни, а сходно Уставу, контролор уставности треба да чува његов врховни карактер. Водећи се тим, Уставни суд БиХ је расуђивао политички односно супстантивно и себи приписао надлежност да испитује уставност закона ПС БиХ.

У одлуци У-14/02 је оспорена одредба која је прописивала да држављанин БиХ нема право гласа у месту боравишта, ако користи стан или кућу на којима нема право својине или станарско право, а издата је извршна исправа о повратку те непокретности, све док не напусти туђу имовину. При томе, дато лице може да се региструје само за изборе у општини у којој је имало последње пребивалиште према последњем попису становништва. По оцени Уставног суда, ова одредба треба да се тумачи „у функцији што бржег коначног повратка избеглица и расељених лица њиховим предратним домовима" и она је у служби испуњења права из чл. II 5 Устава, тежи легитимном циљу и има разумно оправдање (У-14/02, т. 14–15 и 24). Такође, у одлуци У-9/00 (о којој је било речи), Уставни суд БиХ је утврдио да има право да испитује и уставност закона које наметне високи представник за БиХ, у складу са ставом да закони које он наметне имају природу домаћег закона.

Седми појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у *испитивању уставности у случају постојања правних празнина*. Правило је да било који уставни суд одлучује о уставности одредбе која постоји у неком акту, али је контролор уставности БиХ утврдио да и непрописивање одређене одредбе може да крши уставна начела, права и слободе. Пример су одлуке У-6/12 и У-7/12,[833] које ће касније да буду анализиране (у одељку 4.4.3), а чија је суштина у томе да су њима оспорени закони проглашени неуставним не због оног што прописују, него зато што *не прописују* одредбе које су нужне да би дати закони били у складу с Уставом БиХ. У одлуци У-6/12 се непрописивањем одредбе крши право на приступ суду као део права на правично суђење јер се не прописује институт нужне делегације у парничном поступку, док је у одлуци У-7/12 утврђено кршење начела независности суда као елеменат начела владавине права услед тога што оспорени закон *не* прописује одговарајуће накнаде за судије и тужиоце.

Осми појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у испитивању *уставности подзаконских аката*. Словом Устава БиХ није прописана могућност да се контролише уставност аката који су ниже правне снаге од закона, али је у више одлука контролор уставности утврдио да му припада ово право. Рецимо, у одлуци У-4/05 је Уставни суд БиХ испитивао уставност Статута Града Сарајево,[834] у одлуци У-7/05 се испитивала

---

[832] Вид. одлуку У-3/11 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-11-437013.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023. У одлуци У-1/99 је Уставни суд такође испитивао уставност Закона о Министарском савету који је усвојила ПС БиХ и огласио је неуставним његове одредбе, али у образложењу одлуке се не наводи зашто је допуштено оспоравање уставности закона (а то је спорно питање јер није изричито уставом регулисано), док је у неким каснијим одлукама дао какво-такво образложење. Вид. одлуку У-1/99 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-99-12354.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[833] Вид. одлуку У-6/12 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-12-508873.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023, а одлуку У-7/12 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-12-545884.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[834] Вид. одлуку У-4/05 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-4-05-26928.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

уставност Статута Града Источно Сарајево,[835] а у одлуци У-9/09 уставност Статута Града Мостар.[836] У свим тим одлукама је аргументација у вези с надлежности мање-више иста и почива на томе да Устав БиХ, прописујући надлежности у чл. VI Устава БиХ, садржи формулацију „укључујући, али не ограничавајући се“. С обзиром на то, контролор уставности закључује да уставотворац није могао да предвиди „све димензије“ његових надлежности, те да Уставни суд мора да буде „праведни и поуздани заштитник“ Устава, уставних вредности и људских права.

Дакле, непрецизне уставне одредбе контролор уставности објашњава такође непрецизним вредносним ставовима, с тим да је овај вид активистичког проширивања надлежности пре свега усмерен на заштиту људских права и слобода, тј. уставност подзаконских аката може да се контролише уколико они „покрећу питање кршења људских права и слобода“ (У-7/10, т. 24),[837] односно Уставни суд истиче да мора да тумачи сопствену надлежност тако да омогући „најширу могућност отклањања последица кршења“ (У-4/05, т. 16). Нису само статути као подзаконски акти били предмет уставносудске контроле уставности него су то били и пословници, одлуке, решења и правилници, с тим да оцена о допустивости не зависи само од врсте акта него пре свега од оног што се оспореним актом регулише.

Контролор уставности је закључио да (1) није надлежан да испитује уставност Пословника о раду Уставног суда Републике Српске јер Уставни суд Републике Српске то треба да оцењује (У-7/10, т. 26), али је надлежан да испитује уставност правилника БиХ јер се њим покреће питање кршења људских права услед прописивања забране ношења браде (У-8/17, т. 18–19);[838] (2) није надлежан да испитује уставност подзаконских аката Владе Федерације БиХ који су донесени у форми одлуке јер су оне „спроведбени прописи“ у односу

---

[835] Вид. одлуку У-7/05 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-05-53541.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[836] Вид. одлуку У-9/09 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-09-386218.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[837] Вид. одлуку У-7/10 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-10-386213.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[838] Вид. одлуку У-8/17 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-17-1102442.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023. У одлуци АП-2190/13 испитивана је уставност одлуке о ношењу хиџаба у оружаним снагама (вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2190-13-753164.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023).

Такође, одлуком У-28/14 је Уставни суд укинуо као неуставну одредбу Правилника о изменама и допунама Правилника о критеријумима, поступку и начину расподеле страних дозвола за превоз терета домаћим превозницима јер се њом крше Устав БиХ и ЕКЉП, доступно на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-28-14-1015265.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023. У одлуци У-28/14 контролор уставности наводи да „правно регулисање питања од којих зависи право домаћег превозника да му буде додељена дозвола (за међународни превоз терета) је питање људских права“ и таква питања „захтевају да буду регулисана законом“ путем јасних критеријума, а извршни и управни органи треба да ажурно донесу акте којима ће „прописати модалитете за извршавање тако донесеног закона“ (У-28/14, т. 19).

Оспореним изменама и допунама правилника се, по оцени Уставног суда, „не разрађује већ постојећи закон“, него се он „допуњује прописивањем додатних услова за доделу дозвола“, па је министар „стављајући се у улогу законодавца“ у ствари „прописао нове критеријуме“, уместо да прецизира законске критеријуме (У-28/14, т. 20). Тиме је нарушено право на имовину превозника, па је укинут спорни члан правилника.

на закон и не покрећу питање кршења људских права и слобода (У-1/09, т. 14–15);[839] (3) није надлежан да испитује уставност решења о измени назива улица јер су она појединачни акти засновани на овлашћењу из статута (одлука У-3/04),[840] али је надлежан је да испитује уставност решења Владе Федерације БиХ о експропријацији у светлу кршења права на имовину (одлука АП-3051/14);[841] (4) надлежан је да одлучују у спору у којем се оспорава надлежност доносиоца подзаконског акта јер је спорно питање у надлежности БиХ, будући да би „уставне одредбе биле лишене сваког смисла“ уколико би нижи органи „доносили подзаконске акте из надлежности државног нивоа јавне власти“ или обрнуто (У-10/14, т. 79).[842]

Одлучујући о уставности оспорене одлуке Владе Републике Српске, контролор уставности закључује да ентитети не могу „својим законским и подзаконским актима да допуњују државни закон увођењем нових услова“ (У-10/14, т. 85), па је оспорена одлука укинута јер крши члан III 3б (обавеза ентитета да поштују Устав БиХ) у вези с чл. I 2 (БиХ је демократска држава заснована на владавини права).

Девети појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у испитивању *уставности појединачних правних аката зато што они, на основу члана VI 3а, покрећу питање спора између БиХ и ентитета*. Одлуком У-15/08,[843] контролор уставности је мериторно испитивао уставност: (1) одлуке Владе Републике Српске о давању сагласности на меморандум о споразумевању између лобистичких компанија и Републике Српске, (2) закључка Владе (у погледу једног става – представљање у иностранству) који је део Одлуке Народне скупштине Републике Српске о усвајању буџета, и (3) меморандума о споразуму између Републике Српске и лобистичке компаније. Подносилац захтева је истицао да се датим актима задире у спољне и спољнотрговинске надлежности БиХ и њених институција.

Будући да оспорени акти немају карактер општих правних аката, контролор уставности је требало да их одбаци као недопуштене. Ипак, Уставни суд БиХ то није учинио, него је у једној реченици, као да је у датом случају неспорна његова надлежност, констатовао да у датом случају постоји спор између БиХ и Републике Српске у вези с питањем поделе надлежности из чл. III Устава БиХ, те се упустио у мериторно одлучивање. Закључак контролора уставности је да су активности које су предузели органи Републике Српске „имале за циљ лобирање у иностранству за унапређење сопствених интереса

---

[839] Вид. одлуку У-1/09 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-09-263839.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023. У одлуци У-12/09, Уставни суд БиХ је огласио неуставним одредбу оспореног закона и пропратну одлуку Савета министара, након што је, спроводећи тест пропорционалности, утврдио да се њима крши начело забране дискриминације. Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-12-09-342328.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[840] Контролор уставности у одлуци У-3/04 као аргументе у прилог уставности назива града наводи „неспорне историјске податке“ о корену речи којом се означава назив града, те истиче да назив има „историјски значај“ (У-3/04, т. 38). Вид. одлуку У-3/04 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-04-51327.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[841] Вид. одлуку АП-3051/14 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-3051-14-718926.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[842] Вид. одлуку У-10/14 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-14-676170.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[843] Вид. одлуку У-15/08 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-08-274274.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

Републике Српске“, па „нема ничега“ из сфере спољне или спољнотрговинске политике што се „убраја у искључиву надлежност БиХ“ (У-15/08, т. 36).

Начин расуђивања по којем се контрола уставности протеже и на оспорене акте је двоструко спорaн. Прво, једини појединачни акти чију уставност уставни судови широм света испитују јесу акти (посебно пресуде редовних судова) којима се нарушавају људска права и слободе које устав гарантује, а у датом случају не постоји такав акт. Појединачни акти извршне власти попут одлука владе, те акти парламента који су закони само у формалном смислу, попут одлуке о усвајању буџета, не могу да буду предмет контроле уставности.

У меморандуму који је оспорен се утврђује обавеза лобистичке агенције да пружа услуге у сфери односа с владом и јавношћу кроз помагање Републици Српској у информисању органа Сједињених Држава о значају кохезивности Републике Српске, обавеза да развија медијску стратегију с циљем истицања Републике Српске у америчкој јавности и слично. Друго, сходно чл. VI Устава БиХ, контролор уставности одлучује о споровима који настану поводом сумње у уставност општих аката (ентитетски устави и закони и споразуми о специјалним и паралелним везама), па чак ни формулација „укључујући, али не ограничавајући се“ не може да наведе на закључак да и акти које не садрже опште правне одредбе могу да буду предмет контроле уставности.

Десети појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у *испитивању усаглашености ентитетског закона са законима и подзаконским актима БиХ у светлу Устава БиХ*. У предметима У-14/04[844] и У-2/11[845] Уставни суд БиХ је испитивао усаглашеност оспорених закона са законима који су усвојени на нивоу БиХ у светлу поштовања одредаба Устава БиХ.

У одлуци У-14/04 испитивала се уставност закона који су регулисали порез на промет производа и услуга и порез на безалкохолна пића и то у светлу њихове усклађеност са Законом о систему индиректног опорезивања у БиХ (ЗСИО) који је усвојила ПС БиХ. Испитујући уставност оспореног закона, Уставни суд наводи да је кључан споразум којим су ентитети пренели надлежност у области индиректног опорезивања на институције БиХ, након чега је ПС БиХ усвојила ЗСИО. Будућу да Парламент Федерације БиХ није испоштовао одредбе ЗСИО при доношењу оспореног закона, прекршио је чл. III 5а (додатне надлежности) чиме је узурпирао надлежности БиХ (У-14/04, т. 28).

Кад је реч о одлуци у предмету У-2/11, оспорена је уставност Закона о извршењу буџета и Одлуке о усвајању буџета Републике Српске за 2011. годину (закони о буџету). И у овом случају се поставило питање усаглашености законâ о буџету у односу на ЗСИО и Закон о Фискалном савету, а у светлу одредаба Устава БиХ.[846] Доносилац оспорених закона о буџету – Народна скупштина Републике Српске је тврдила да оспорени акти нису закони у материјалном смислу односно да не садрже опште норме, али је контролор уставности

[844] Вид. одлуку У-14/04 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-04-51358.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[845] Одлука У-2/11 доступна је на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-2-11-437009.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[846] Подносилац захтева за оцену уставности је истицао да се законима о буџету крше одредбе Устава о обавези ентитета да поштују Устав БиХ (чл. III 3б), одредбе о додатним надлежностима (чл. III 5а) и одредбе о финансирању прихода за буџет БиХ (чл. VIII 3).

истакао да је надлежан да испитује уставност закона „без обзира на то да ли се ради о закону у формалном или материјалном смислу“ јер чл. VI 3а прописује његову надлежност за оцену уставности устава или закона ентитета (У-2/11, т. 43).

Уставни суд констатује да закони о буџету нису донесени саобразно процедурама које прописују закони БиХ, али се пита: да ли се *по аутоматизму* крше одредбе чл. III 3б Устава кад закон БиХ намеће обавезу ентитетима у погледу процедуре, а она не буде испоштована (У-2/11, т. 49). Дајући одговор, контролор уставности подсећа на став из одлуке У-14/04 по којем „обавезе које намећу државни закони морају да се поштују“ (У-14/04, т. 28; У-2/11, т. 51). Такође, одлуке ПС БиХ су „одлуке институција БиХ“ у светлу чл. III 3б Устава који прописује обавезу ентитета да поштују Устав и одлуке институција БиХ, па је неспорна дужност ентитета да поштују законе БиХ јер би у супротном био нарушен „ауторитет институција БиХ“ и принцип демократске државе и владавине права из чл. I 2 Устава БиХ. Међутим, Уставни суд додаје да непоштовање обавеза из закона БиХ *може* (дакле: не мора) да доведе до кршења Устава БиХ (У-2/11, т. 52). Узимајући то у обзир, контролор уставности закључује да законима о буџету Народна скупштина није „ушла у оквир институција БиХ у области индиректног опорезивања“ чиме би прекршила чл. III 5 Устава.

Уставни суд БиХ сматра да предмет оцене уставности може да буде и цели закон а не само поједине његове одредбе, као и да може да оцењује „уставност закона у ширем контексту, не ограничавајући се на одредбе Устава БиХ које су наведене у захтеву“ (У-16/11, т. 29).[847] У одлуци У-16/11 је контролор уставности констатовао да се проблеми у спровођењу акта који усвоје институције БиХ не могу решавати тако што ће ентитети да доносе „закон који ће *de facto* дерогирати пропис БиХ“ јер то „води кршењу Устава БиХ“, па у таквим ситуацијама „могу и треба“ да се искористе могућности измене и допуне датих аката од стране институција БиХ (У-16/11, т. 47). У конкретном случају је суштински испитивана *усаглашеност ентитетског закона с одлуком Савета министара БиХ* у светлу уставне поделе надлежности, а не повреда права на правично суђење како је апелант захтевао, што и Уставни суд признаје речима да „иако подносилац захтева није проблематизовао питање уставне надлежности Републике Српске“ у погледу доношења спорног закона, контролор уставности сматра да „ово питање мора да се размотри у конкретном случају“ (У-16/11, т. 29), што значи да Уставни суд *ex officio* проширује предмет контроле уставности. Утврђено је да оспорени закон у целости није уставан јер Република Српска нема надлежност да регулише односна питања.

Једанаести појавни облик процедуралног активизма Уставног суда БиХ огледа се у *испитивању уставности политичких аката*. Овом питању ће да буде посвећен посебан одељак, па на овом месту нећемо наводити било какве додатне напомене.

4.4.3. Уставни суд као заштитник владавине права и промотер људских права и слобода (у поступцима поводом апелација)

Устав БиХ обилује одредбама којима се гарантују људска права и слободе и упућује на међународне акте из те сфере, а „најкреативнија тумачења устава се дешавају у погледу уставних принципа, права и слобода“, а нарочито принципа владавине права (Florczak-

[847] Вид. одлуку У-16/11 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-16-11-508743.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

Wątor 2020a, 253). Већ у члану I 2 се прокламује да је БиХ *демократска држава* и да њено функционисање *почива на принципима владавине права и слободних и демократских избора*, што је увертира у члан II који је у целости посвећен људским правима и слободама, а којим се прокламује да ће и БиХ и њени ентитети да обезбеде „највиши ниво" права и слобода које су међународно признате (чл. II 1).

Појам владавине права је суштински споран појам чије је значење Уставни суд БиХ у својој пракси прецизирао.[848] Прво, владавина права подразумева систем политичке власти у којем и грађани и носиоци државне власти поштују устав, законе и остале прописе; сви правни акти морају да буду у складу с вишим актима, нарочито с уставним принципима (АП-209/20, т. 34). Ово тумачење није спорно будући да односне принципе, што имплицитно што експлицитно, садржи и Устав БиХ. Ипак, контролор уставности истиче да владавина права није само формално поштовање уставности и законитости, него сви правни акти морају да имају „садржај, односно квалитет примерен демократском систему" тако да „служе заштити људских права и слобода" у односима између органа јавне власти и грађана.

Сем тога, владавина права подразумева да закони морају да испуњавају одређене квалитативне услове: доступност адресатима, предвидљивост односно *довољна* прецизност из које може да се спозна шта су права и обавезе „до степена који је разуман у датим околностима" (АП-209/20, т. 35).[849] Владавина права подразумева и постојање поделе власти и посебно постојање независног суда, при чему нарочит значај у БиХ има Уставни суд услед непостојања уставног нормирања о редовним судовима (У-6/06, т. 22).[850] О томе шта још обухвата владавина права, по оцени Уставног суда БиХ, писаћемо у наредним редовима кроз детаљнију анализу појединих одлука.

Финансијска независност Уставног суда као елеменат владавине права. Контролор уставности истиче да његова независност представља „општи принцип… иако није изричито наведен у Уставу". Дакле, Уставни суд овде поима независност као одлику судова уопште, а онда каже да је уставни суд „ван судског апарата" јер има „статус независног и аутономног уставног органа" (У-6/06, т. 28). Такође, контролор уставности истиче да се Устав БиХ одредбом о правилима о раду која усваја контролор уставности „позива на европску традицију" која је усмерена на то да учини уставне судове потпуно независним (У-6/06, т. 29). Ипак, контролор уставности пренебрегава да европска традиција налаже да се функционисање уставних судова регулише или уставним законом или обичним законом, а не правилима којима се проширују надлежности.

Без обзира на то, Уставни суд БиХ истиче да институционални аранжман БиХ, оличен у јаким ентитетима и релативно слабој централној власти, захтева постојање „јаког и независног" контролора уставности јер би у супротном централни органи и интегритет Устава БиХ били угрожени (У-6/06, т. 29). Дакле, контролор уставности сам себи приписује задатак да чува централне институције и да тумачи своје надлежности у складу с тим

[848] „Судски активизам изведен до крајњих граница може значити смрт владавине права" (Arnull 2012) односно „владавина права је у несигурним рукама онда кад судови престану да функционишу као судови и прерасту у органе који контролишу политику" (Jackson 1941, 322).

[849] Вид. одлуку АП-209/20 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-209-20-1234775.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[850] Вид. одлуку У-6/06 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-06-162192.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

задатком. Нарочито је нонсенс став Уставног суда да правила о раду „треба да имају уставну вредност“ јер „у недостатку уставних закона“, овај орган мора бити у стању да „потпуно независно одлучује“ о организацији и функционисању (У-6/06, т. 30).

У спорном случају се расправљало о буџету Уставног суда БиХ и подносиоци захтева су сматрали да се независност Уставног суда нарушава тиме што ПС БиХ усваја закон о платама судија и осталих запослених у Уставном суду БиХ. Сходно уставносудском тумачењу Устава БиХ, овај орган има надлежност да сам уређује плате судија и осталих запослених у њему јер то произлази из уставне одредбе којом се прописује да Уставни суд БиХ усваја правила о раду. Иако контролор уставности не спори надлежности ПС БиХ, истиче да оне могу да се врше „само уз поштовање Устава БиХ“, а овај акт обавезује „законодавца да не крши независност Уставног суда“ (У-6/06, т. 30).

Оспорени закон, сматра контролор уставности, показује „до ког степена Уставни суд има потребу да буде заштићен од притисака које би могли да врше други органи власти“ и зато поштовање финансијске независности налаже „минимум да Уставни суд сам предложи свој буџет и начин његовог коришћења“ ПС БиХ која ће да га усвоји (У-6/06, т. 30). Иако контролор уставности признаје да „економске прилике у БиХ“ могу да „изискују прилагођавање накнада свих“ (У-6/06, т. 35), члан IX 2 Устава БиХ забрањује смањивање накнаде лицима на функцијама у институцијама за време трајања мандата. Ипак, мандат судија Уставног суда траје док не наврше 70 година. Сходно томе, изгледа да би накнада за судије могла да се смањи једино кад свих девет судија истог дана напуни 70 година и оде у пензију.

Кад Уставни суд тумачи реч „институција“ у светлу смањења плата, њом обухвата и сам Уставни суд,[851] али кад исту реч тумачи у светлу чл. IV 4, онда Уставни суд није институција о чијем буџету у целости одлучује ПС БиХ, него је, у светлу његовог финансирања, Уставни суд БиХ „институција“ само у мери у којој ПС БиХ може да одобри буџет, али не и у смислу да тај исти буџет за Уставни суд, као институцију, она може и да предложи и да одреди начин његовог коришћења. Без обзира на ове противречности, Уставни суд констатује да његов институционални положај и улога налажу осигуравање „пуне финансијске независности и самосталности“ оличене у „самосталном планирању и предлагању буџета“ као и „самосталном распоређивању одобрених буџетских средстава“ (У-6/06, т. 27).

За контролора уставности је неспорна надлежност ПС БиХ да одобрава буџет за институције БиХ, укључујући и Уставни суд (У-6/06, т. 32), али то мора да чини поштујући уставносудско разумевање његове независности која укључује и финансијску независност. Ипак, чини се да ПС БиХ као орган с демократским легитимитетом има „слободу“ да једино пристане на финансирање које осмисли контролор уставности, а нема слободу да одлучује о планирању и распоређивању буџетских средстава за Уставни суд.

Иако је својим одлукама небројено пута кршио Устав БиХ, високи представник за БиХ је у овој одлуци предочио ваљану аргументацију у односу на финансирање контролора уставности. У овој одлуци је консултован високи представник за БиХ као *amicus curiae* и он је закључио да ПС БиХ може да донесе закон који се тиче Уставног суда БиХ, те да сходно Уставу БиХ (чл. IV 4ц) ПС БиХ одобрава буџет институција БиХ, а неспорно је да Уставни суд

[851] Вид. и одлуку У-6/06, т. 32 и 34.

представља институцију БиХ. Такође, подносиоци захтева за оцену уставности су сматрали да је спорно то што се буџет усваја обичним законом, те су навели да је нужно да се промени Устав БиХ и да се питање финансирања Уставног суда уреди самим Уставом или да се ПС БиХ додели надлежност да донесе „уставни органски закон" којим би се уредила организација, као и функционисање Уставног суда (У-6/06, т. 5).

Amicus curiae истиче да би такво тумачење уставних одредаба значило да је контролор уставности „ван општег правног режима БиХ" што би био „преседан у демократском друштву" који нема уставни основ (У-6/06, т. 10), а „непомирљиво је с демократским системом" то да неизабрани службеници сами доносе правила која директно утичу на јавна средства (У-6/06, т. 10). Коначно, *amicus curiae* истиче да се уставна одредба из чл. VI 2б „стриктно односи на питања поступка" пред контролором уставности, а не на право на одлучивање о платама (У-6/06, т. 11). Иако Уставни суд БиХ истиче да ПС БиХ може законом да уреди питања која су значајна за функционисање институција БиХ, укључујући и питања која се тичу његовог постојања и функционисања (У-6/06, т. 26), сматра да то има посебности у односу на финансирање контролора уставности.

Одлука Уставног суда БиХ у предмету У-6/06 је, по нашем мишљењу, пример уставносудског активизма и то одлука којом контролор уставности одлучује као да је уставотворац. Прво, одредбе Устава БиХ јасно прописују надлежност ПС БиХ у вези с одлучивањем о буџету односно финансирању институција БиХ. Сходно чл. IV 4б и IV 4ц, ПС БиХ одлучује о изворима и износу средстава за функционисање институција БиХ, те одобрава буџет за њих. Друго, ниједна одредба Устава БиХ не указује на то да је Уставни суд у *sui generis* положај у погледу финансирања. Позивање на уставну одредбу према којој је БиХ демократска држава која почива на владавини права или на одредбу која прописује да ће суд усвојити правила о раду,[852] не могу да буду основ за тврдњу о „финансијској независности". Управо је демократски да о буџету у целости одлучује парламент, а упоредноправно су присутна нормативна решења по којима се функционисање уставних судова не уређује њиховим актом, него законом или уставним законом.

Будући да Уставни суд не тумачи устав, одлука У-6/06 је пре пример задирања у надлежност уставотворца, а затим и законодавца као јединог органа који може да одлучује о финансирању *институција*. За Уставни суд БиХ, одредбе из чл. IV 4 Устава не гласе онако како су нормиране јер сушински он доноси *додавајућу одлуку* чиме новелира уставни текст из члана IV 4ц „приписујући" му значење: „ПС БиХ је надлежна за одобравање буџета за институције БиХ (што уистину пише у Уставу), с тим да о финансирању Уставног суда БиХ одлучује на основу плана и предлога овог органа, који самостално распоређује одобрена буџетска средства (што не пише у Уставу)". Дакле, контролор уставности не подржава Устав БиХ, како му то налаже чл. VI 3, него дописује Устав БиХ. Легитиман је циљ да се обезбеди независност у раду контролора уставности, али уставно судовање не сме да буде утемељено

[852] Контролор уставности наводи да владавина права и судска независност као њен део не значе да законодавац није овлашћен да „регулише питања која су од важности за функционисање државних институција, чак и ако се ради о Уставном суду, али само онако како је то предвиђено и у складу с Уставом БиХ", а затим додаје да уставни основ за доношење правила о раду Уставног суда говори „у прилог намери уставотворца" да му тиме обезбеди независност (У-6/06, т. 23 и 24). Ипак, контролор уставности пренебрегава да је Устав изричит у погледу тога ко је једини надлежан да одлучује о буџету, те да не постоји основ да Уставни суд учествује у одређивању сопственог буџета.

на извргавању изричитог текста Устава и на недопуштеном задирању у посао надлежног органа.[853]

Заштита владавине права при обавештајним активностима. Следећа значајна одлука која је усмерена на очување људских права и слобода је она из предмета У-21/16 у којој се утврђује да одредба која прописује да мере праћења и претреса које обавештајна агенција спроводи у случају претње по безбедност БиХ није у складу с принципом демократске државе засноване на владавини права (чл. I 2 у вези с чл. II 3ф) јер се њом прописује да судија те мере може да продужава „у оправданим случајевима“ и то „уколико је уверен да је налог и даље потребан“.[854] Законодавац се користи непрецизним појмовима, не прописује прецизна мерила за одлучивање, не одређује колико пута се могу продужавати и зато се судији даје дискрециона оцена у виду „неограничених овлашћења“. Нарочито је спорно то што тајне мере не могу да се оспоравају од стране лица на које се примењују а ни од стране јавности, што крши и стандарде ЕСЉП (У-21/16, т. 22).[855]

Такође, оспорени закон је прописивао да генерални директор обавештајне агенције може да нареди примену тајних мера и уз сагласност председавајућег Савета министара, ако би чекање судске одлуке узроковало „непоправљиву штету по безбедност БиХ“. Сходно стандардима ЕСЉП из одлуке *Zakharov v. Russia*, нужно је да постоји судска контрола или контрола несудског органа који је довољно независан од извршне власти, а та независност се цени на основу начина именовања и правног статуса чланова надзорног тела. Рецимо, несудско надзорно тело испуњава услове ако у његов састав улазе представници парламентарне позиције и опозиције, или ако је реч о лицима која су квалификована за вршење судске функције а које именују парламент или премијер (*Zakharov v. Russia*, т. 258 и т. 278).

У истој одлуци ЕСЉП је закључено да министар не испуњава те услове,[856] а у закону који је оспорен пред Уставним судом БиХ је несудски надзорни орган био премијер што, по оцени Уставног суда, није довољно јер је он „управо извршна власт“ (У-21/16, т. 25). Услед тих мањкавости, оличених у кршењу уставних одредаба о владавини права и праву на приватни живот, те одредаба о приватности из чл. 8 ЕКЉП, оспорени закон је оглашен неуставним. Овом одлуком је суд, тумачећи значење појединих уставних одредаба, из начела владавине права извео нова уставна субјективна права – право на разумљиве и разумно прецизне одредбе, право на ефективну заштиту од стране квалификованих тела у случају задирања власти у приватност или друга права појединца и право на доступност

[853] Поглед Уставног суда на питање финансирања овог органа је нашао одраз у Правилима Уставног суда БиХ, будући да се у члану 3 овог акта наводи да генерални секретар Уставног суда припрема нацрт буџета Уставног суда, доставља га министарству надлежном за припремање буџета институција БиХ, а овај враћа образложено мишљење контролору уставности. Након што комисија Уставног суда размотри министрово мишљење, контролор уставности утврђује предлог буџета који доставља Председништву (које предлаже буџет ПС БиХ).

[854] Вид. одлуку У-21/16 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-21-16-1077771.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[855] Вид. одлуку у предмету *Zakharov v. Russia*, доступна на: *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159324*, последњи приступ 30. јула 2023.

[856] Вид. и одлуку у предмету *Szabó and Vissy v. Hungary*, доступна на: *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160020*, последњи приступ 30. јула 2023.

прописа. Дакле, реч о је о уставносудском стварању права, на основу широко формулисане уставне одредбе из чл. I 2, иако је неупитна легитимност циља којем се тежило.

Усклађеност између закона као елеменат владавине права. У одлуци У-3/11, Уставни суд БиХ је разматрао уставност Закона о јединственом матичном броју БиХ и утврдио да је дужан да „у свакој прилици делује као заштитник Устава", те принципа владавине права из чл. I 2 Устава. У датом предмету је оспорени закон прописивао називе регистрационих подручја који нису у складу с називима јединица локалне самоуправе из ентитетског закона. Пошто ПС БиХ „није следила нову законску регулативу" у Републици Српској, нарушен је уставни принцип владавине права тј. њен елемент – правна сигурност. Она захтева да регистрациона подручја буду усклађена с законским решењима тј. огледа се у поштовању важећих закона (У-3/11, т. 24).

Суштински, овде контролор уставности констатује да је закон неуставан јер није сагласан другом закону. Услед поделе надлежности, парламент Републике Српске је усвојио закон у оквиру своје надлежности, а ПС БиХ није ускладила оспорени закон с ентитетским законом, чиме је нарушена правна сигурност. У одлуци У-1/11, Уставни суд БиХ истиче да је саставни део владавине права и принцип уставности који подразумева да сваки закон има своју основу у уставу који је „стандард контроле уставности" (У-1/11, т. 53).[857] Такође, додаје се да такав стандард „не могу да буду и други правни акти на нивоу БиХ" (У-1/11, т. 53), из чега произлази да контролор уставности није надлежан да испитује усаглашеност ентитетског закона са законом БиХ.

Ипак, контролор уставности наводи и чл. III 3б Устава који прописује да су ентитети и нижи нивои власти дужни да поштују у целости овај акт што, по оцени Уставног суда, значи да морају да „поштују одлуке институција и законе БиХ" саобразно принципу „уставности свих аката и владавине закона" (У-1/11, т. 54). Дакле, овом одлуком Уставни суд дописује Устав БиХ, задирући у надлежност ПС БиХ, тиме што приписује себи право да контролише усклађеност једног закона с другим законом. Контролор уставности на основу широко формулисане уставне одредбе о владавине права, расуђује политички тј. сматра да је оптимално да уставни циљ оствари тако што ће да прошири предмет контроле уставности, што *in concreto* резултује стварањем права.

Начело конститутивности као sui generis елеменат владавине права. У одлуци У-4/05 се одлучивало о уставности подзаконског акта, Статута Града Сарајево, што је надлежност коју не прописује Устав БиХ. Њом је оглашена неуставном одредба статута, као и одлуке које су донесене у вези с конституисањем Градског већа Града Сарајево, а наложено је да се неуставне статутарне одредбе ускладе с Уставом, као и да општинска већа изаберу већнике у складу с Уставом БиХ. Подносилац оспорава то што представници српског народа уопште нису изабрани у Градско веће Сарајева и оспорава чл. 21 Статута који прописује да Градско веће чине Бошњаци, Хрвати и Остали и то бар у проценту од 20%.

Као и иначе, прво се поставило питање надлежности. Уставни суд истиче БиХ истиче да чл. VI 3а Устава прописује надлежности користећи се формулацијом „укључујући, али не ограничавајући се на то", из чега закључује да доносилац није могао предвидети „све димензије функција" контролора уставности, који спада међу „најодговорније институције

[857] Вид. одлуку У-1/11 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-11-508705.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

система“ и представља „додатни механизам заштите“ јер обезбеђује „доследно поштовање људских права“ и као такав мора да буде „праведни и поуздани заштитник“ Устава, вредности на којима он почива и људских права која прокламује (У-4/05, т. 14). Услед такве, од стране контролора уставности протумачене, институционалне улоге, Уставни суд закључује да има надлежност да оцењује уставност „свих аката, без обзира на доносиоца“ уколико је питање које решава покренуто сходно чл. VI 3 Устава (који је посвећен надлежностима контролора уставности).

У другој одлуци је контролор уставности закључио да је његов примарни задатак контрола уставности закона, али и подзаконски акти могу да буду предмет контроле „кад покрећу питање кршења људских права и основних слобода“ које гарантују Устав или ЕКЉП (У-7/10, т. 24). Такође, контролор уставности констатује да његова надлежност за оцењивање одлука општинских већа у вези с конституисањем Градског већа почива и на чл. I 2 Устава који прокламује да је БиХ заснована на владавини права, те на непостојању ефективног правног лека којим може да се оспори одлука општинског већа у погледу избора већника за Градско веће (У-4/05, т. 31).[858] Будући да су у конкретном случају оспорени акти поводом повреде људских права и уставних принципа (недискриминације и конститутивности народа), контролор уставности своје надлежности мора да тумачи тако да осигура „најширу могућност отклањања последица кршења“ датих права (У-4/05, т. 16).

Оспорена одредба из Статута не прописује да Србима, као конститутивном народу, без обзира на исход избора, припада 20% места у Градском већу. Оцењујући ту чињеницу, Уставни суд наводи да је то „апсолутно неприхватљиво“ (У-4/05, т. 26), што нема призвук правног расуђивања, јер је правилније да је то противправно односно противно уставносудским одлукама о начелу конститутивности које немају само домет у односу на централне, него и на локалне органе односно *све нивое власти*, о чему контролор уставности изричито говори (У-4/05, т. 30). Уставни суд правилно увиђа да сврставање Срба у категорију Осталих не значи *eo ipso* да они имају статус конститутивног народа јер је још у ранијој одлуци констатовао да је категорија Осталих „половичан супстрат“ у односу на статус конститутивног народа (У-4/05, т. 28 и У-5/98-3, т. 104).

Сходно оспореној одредби Статута, чланове Градског већа бирају општинска већа четири општине које чине Град Сарајево. Будући да су одлуке општинских већа донесене на основу неуставне одредбе Статута, неуставност се протеже и на њих и већа су дужна да изврше нови избор већника за Градско веће, овај пут у складу с Уставом БиХ. Коначно, контролор уставности је утврдио да и неке друге одредбе Статута искључују Србе из процеса одлучивања, али се уздржао од испитивања њихове уставности јер сходно Пословнику о раду мора да одлучује у границама захтева. Владавина права је и у овим одлукама била основ да политички расуђује тј. да оцени да је оптимално да се контрола уставности прошири и на подзаконске акте, те да се *in concreto* огласе неуставним одредбе подзаконског акта јер нису у складу с начелом конститутивности.

Владавина права и (финансијска) независност судија. У одлуци У-6/12 Уставни суд БиХ утврдио је да оспорени закон није у складу с Уставом БиХ и ЕКЉП зато што се њим *не* прописују одређене одредбе и услед тога се крши право подносиоца захтева на правично суђење. Наиме, судија Суда БиХ је поднела захтев за оцену уставности Закона о парничном

[858] Из тога, изгледа, произлази да Уставни суд може да интервенише кад год не постоји други начин да се преиспита одлука коју је донео надлежни орган.

поступку пред Судом БиХ зато што се њим не регулише институт нужне делегације надлежности. Повод за покретање поступка је био у томе што су услед погрешне примене законских одредаба, судијама и запосленима Суда БиХ исплаћени мањи износи плата у односу на оно што им припада. У датом случају тужена страна је БиХ, а у улози тужиоца су судије Суда БиХ, при чему сходно оспореном закону стварну надлежност за одлучивање има управо Суд БиХ.

Иако се у ентитетским законима о парничном поступку предвиђа тзв. нужна делегација надлежности уколико је очигледно лакше да неки други стварно надлежни суд спроведе поступак или ако за то постоје други оправдани разлози,[859] оспорени закон БиХ не предвиђа ту могућност, па оштећене судије немају могућност да судски штите своја права услед постојања те правне празнине. У датом случају је нужно изузеће свих судија Суда БиХ услед начела *nemo iudex in causa sua* и чињенице да судије имају непосредан интерес у вези с правом на имовину, што значи да би цели суд био изузет иако је *једини* стварно надлежан.

При одлучивању о уставности оспореног закона, Уставни суд БиХ је прво поставио питање да ли непостојање одредаба о нужној делегацији представља правну празнину, утврдивши да је кључно питање: да ли је таква одредба од интереса за правни поредак тј. да ли непостојање одредбе о нужној делегацији узрокује озбиљно кршење права из Устава и ЕКЉП (У-6/12, т. 20 и т. 24).[860] Контролор уставности констатује да би се свим судијама ускратило право на приступ суду (јер судије могу да одлучују о жалбама осталих запослених у Суду БиХ) чиме би се прекршило њихово право на правично суђење из чл. 6 ЕКЉП и чл. II 3е Устава БиХ (У-6/12, т. 26–31). У овој одлуци је контролор уставности констатовао да јавни интерес захтева да однос који представља правну празнину буде регулисан правом (политичко расуђивање), па је проширио своју надлежност и на контролу уставности таквих аката, позивајући се на широко формулисану уставну одредбу (о владавини права). Тиме је интервенисао у надлежност уставотворца и дописао Устав БиХ, стварајући ново право, а *mutatis mutandis* важи и за одлуку у предмету У-7/12.

У одлуци У-7/12 је Уставни суд испитивао уставност Закона о платама и другим накнадама судским и тужилачким институцијама на нивоу БиХ. Подносилац захтева, судија Суда БиХ, истиче да се оспореним законом не предвиђа право тужилаца на накнаду за топли оброк, превоз и одвојени живот, чиме се крши независност судова и они се дискриминишу у односу на остале запослене у институцијама БиХ. Иако принцип независности судова није дефинисан у Уставу БиХ (нити Устав прописује постојање редовних судова), контролор уставности истиче да је независност судства „саставни део принципа владавине права“ (У-7/12, т. 24). У датом случају је спорно то што оспорени закон *не* прописује одређене накнаде, а уставност тога контролор уставности испитује кроз „*ratio* спорног закона“ (У-7/12, т. 25–28).

---

[859] Ентитетски закони предвиђају да о делегацији надлежности одлучује виши суд, али проблем на нивоу БиХ је у томе што је Суд БиХ једини редовни суд (нема вишег суда од њега на нивоу БиХ) и он одлучује и у првом и у другом степену тј. другостепени орган је Апелационо веће Суда БиХ, чије су судије *in concreto* такође оштећене и имају лични интерес у односу на повређена имовинска права.

[860] По оцени Уставног суда БиХ, правне празнине су оне „ситуације које нису регулисане општом или појединачном нормом, али њихова садржина има интерес за поредак, због чега треба да буду накнадно правно третиране“.

Уставни суд истиче да је повод за доношење оспореног закона,[861] неодржива финансијска ситуација у правосуђу коју је доносилац окарактерисао као „критичну“ а његов *ratio* био је да побољша ситуацију у правосуђу и „обезбеди највиши степен независности и неефикасности“ правосудног система БиХ (У-7/12, т. 26–27). Пре него што је оценио уставност оспореног закона у односу на чл. I 2 Устава БиХ, Уставни суд је анализирао значење концепта владавине права истичући да она „почива на два битна обележја“ – једнакости свих пред законом и тродеоби власти, при чему је „темељ деобе власти“, гаранција владавине права, демократије и поштовања људских права управо независност правосуђа и степен достигнуте независности правосуђа је „кључни индикатор“ нивоа владавине права који је достигнут у владавини права у демократском друштву (У-7/12, т. 30).

Позивајући се на мишљење Венецијанске комисије, Уставни суд истиче да постоје два облика независности: институционална (одсуство притисака осталих органа власти на правосуђе) и индивидуална (независност судије као појединца). Притом, институционална независност подразумева и постојање независности правосуђа у финансијским питањима и она је „битан предуслов“, како за независност уопште, тако и за „финансијску безбедност“ судије појединца. Независност судије није његова предност или привилегија, него је нужност за остварење „интереса владавине права“, те интереса лица „која траже и очекују непристрасну правду“ (У-7/12, т. 33–34). Услед тога, Уставни суд закључује да парламент преко (не)прописивања накнада утиче на улогу правосуђа у демократском друштву, будући да „нема демократског друштва и владавине права без независног правосуђа“, те да би свакој демократској држави „модернизација и ефикасност правосуђа“ требало да буде „приоритет“. Штавише, ПС БиХ је непрописивањем накнада учинила „регресију“ у јачању независности судија и тужилаца, чиме се слаби улога правосуђа уместо да се ојача.

Затим се контролор уставности упустио у давање смерница законодавцу, истичући да је нужно да се обезбеди накнада за одвојени живот с циљем „одговарајуће територијалне и националне заступљености“, како конститутивних, тако и осталих, народа јер се тим „јача поверење и углед правосуђа у очима јавности“. Дакле, ПС БиХ непрописивањем накнада задире у независност правосуђа које је „гарант владавине права“ и тиме се крши чл. I 2 Устава БиХ (т. 37 У-7/12). Оцењујући уставност закона у односу на забрану дискриминације, Уставни суд наводи да је намера законодавца била да у складу са законским принципом „одговарајуће награђености правосудних органа“ они немају право на накнаде на које се позива подносилац захтева (У-7/12, т. 50). Ипак, о том принципу нема речи у закону који је усвојио законодавац, него се он помиње једино у преамбули одлуке високог представника који је он наметнуо, па то не може да буде аргумент намере законодавца. Али за Уставни суд је поменути принцип знак да је законодавац урачунао све накнаде у основну плату и истиче

[861] Оспорени закон је крајем децембра 2005. године наметнуо високи представник за БиХ, а онда га је, у складу с наредбом високог представника, ПС БиХ усвојила у неизмењеном облику и то марта 2007. У Одлуци високог представника којом се намеће Закон о платама и другим накнадама у судским и тужилачким институцијама на нивоу Босне и Херцеговине је наглашено да закон ступа на снагу 1. јануара 2006. осим ако га „у истоветном тексту ПС БиХ не усвоји у истом облику, без измена и допуна и без додатих услова пре 31. децембра 2005. године“, а затим се додаје да „неће ступити на снагу ако га ПС БиХ евентуално усвоји у друкчијем тексту, с изменама и допунама и с додатним условима“. Уколико не буду испоштована та правила, високи представник наглашава да његов закон ступа на снагу и важи привремено све док га ПС БиХ не усвоји у идентичном облику, без измена или допуна или додатних услова.

да је различит третман запослених у правосуђу у односу на остале имао легитиман циљ, али мора да се испита и постојање пропорционалности између циља и средстава.

У том светлу је за контролора уставности значајно и то да од 2006. до 2013. године, кад је одлука Уставног суда донесена, није било усклађивања висине плата, па закључује да нема разумног односа пропорционалности. Услед тога се крши забрана дискриминације. Контролор уставности истиче да „поштује дискрециono право законодавца“[862] да оцени шта је „најприкладније“, али примања морају да буду „на одговарајућем нивоу“, с циљем обезбеђивања „ефикасности и независности правосуђа“ (У-7/12, т. 50–53).[863] Уставни суд је оставио ПС БиХ шестомесечни рок за отклањање неуставности, али је одлука о неуставности оспореног закона због постојања правне празнине[864] извршена седам година касније тј. новембра 2020. године.

Место ЕКЉП у уставном систему БиХ. Уставом БиХ се прокламује да права и слободе загарантоване ЕКЉП имају „приоритет над свим другим законима“ и „директно се примењују“ (чл. II 2), тако да овај акт представља надоградњу Уставом гарантованог корпуса права и слобода. Имајући у виду природу уређења БиХ и њен (етнички) састав, уставотворац у чл. II 4 забрањује дискриминацију по било ком основу, истичући да сва права и слободе која су загарантована у Уставу или споразумима садржаним у анексу уживају *сва лица* у БиХ, затим се у чл. II 3 набрајају поједина права, док се у члану II 5 гарантује избеглим и расељеним лицима право да се врате својим домовима, да добију своју имовину или одговарајућу противнакнаду ако повратак није могућ. У светлу људских права и слобода, значајан је и чл. X 2 којим се гарантује да се амандманима на Устав БиХ не могу „елиминисати или умањити права и слободе из члана II“ Устава, нити се амандманима може изменити ова одредба. Коначно, Анекс I Устава БиХ садржи попис 15 међународних докумената који се примењују у БиХ.

Већ се читањем Устава БиХ се јасно види да постоји несагласност између одредаба којима се гарантују права и слободе и одредаба којима се уређује организација државне власти. Наиме, гаранција свих гарантованих права и слобода у односу на сва лица не важи у односу на Председништво БиХ (чл. V) и Дом народа Парламентарне скупштине БиХ (чл. IV 1), будући да чланови ових институција могу да буду једино припадници три конститутивна народа, док пасивно бирачко право припадници Осталих немају. Пред

---

862 О пољу слободне процене законодавца вид. и У-29/13, т. 43. Одлука је доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-29-13-648096.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

863 Закона о платама и другим накнадама судским и тужилачким институцијама на нивоу БиХ био је предмет контроле у одлукама У-29/13 и У-22/22 (доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-22-22-1371995.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023), те је у оба случаја оглашен неуставним због непрописивања накнаде на име трошкова смештаја у току рада за запослене у правосудним институцијама (чиме се крши начело независности изведено из начела владавине права које гарантује чл. I 2 Устава), односно због непостојања одредаба о накнади за трошкове смештаја и одвојен живот. Такође, одлуком У-7/21 је утврђено да је Закон о платама и накнадама судија и тужилаца Федерације БиХ неуставан и због тога што „не садржи одредбе у погледу накнада за обавезно дежурство или приправност“ што угрожава независност судија, услед чега се крше чл. I 2 и II 4 Устава БиХ, као и међународни акти.

864 У одлуци У-14/05 оглашен је неуставним оспорени закон у вези с питањем старе девизне штедње јер је БиХ „учинила пропуст да створи законодавни и институционални оквир“, чиме је учињена повреда у односу на право на имовину власника старе девизне штедње. Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-05-53536.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

Уставним судом БиХ се оспорила усаглашеност ових одредаба Устава с ЕКЉП (тј. њеним чл. 14 и чл. 3 Протокола број 1 уз ЕКЉП), о чему се одлучивало у одлуци У-5/04.[865]

Наиме, подносилац захтева за оцену уставности је оспорио састав наведених институција прецизирајући да: Срби из Федерације БиХ, односно Бошњаци и Хрвати из Републике Српске не могу да буду чланови Дома народа ПС БиХ; пошто хрватске и бошњачке делегате у Дом народа ПС БиХ бирају делегати Дома народа Парламента Федерације БиХ (хрватске делегате бирају хрватски делегати из федералног Дома народа, а бошњачки делегати федералног Дома народа бирају бошњачке делегате), Срби и Остали из Федерације БиХ немају право да буду чланови Дома народа ПС БиХ; Председништво БиХ чине Србин из Републике Српске и Хрват и Бошњак из Федерације БиХ, што значи да Србин из Федерације односно Хрват или Бошњак из Републике Српске не могу да буду изабрани у ову институцију (т. 3–10).[866]

Како то и иначе ради, Уставни суд се прво осврнуо на питање надлежности да би утврдио да ли је надлежан да одлучује о оспореном питању. Ова одлука је значајна јер је Уставни суд испитивао однос Устава БиХ и ЕКЉП тј. испитивао је у каквом су хијерархијском односу ови акти. Контролор уставности закључује да уставна прокламација о директној примени одредаба ЕКЉП у БиХ указује на „општи феномен интернационализације домаћег правног система“ и истиче да је његов задатак да подржава Устав, што налаже чл. VI 3 Устава (У-5/04, т. 13). Иако при контроли уставности Уставни суд може да испитује усаглашеност оспореног акта с ЕКЉП или њеним протоколима, спорно је да може да се оспорава Устав у погледу несагласности с ЕКЉП. У датом случају не постоји спор о сагласности оспореног акта с Уставом БиХ, него *in concreto* постоји сукоб домаћег и међународног права.

Сходно расуђивању Уставног суда БиХ, права из ЕКЉП „не могу имати супериорнији статус у односу на Устав БиХ“, будући да је ЕКЉП ступила на снагу на основу Устава (т. 14). Услед тога, контролор уставности је одбацио захтев за оцену уставности као недопуштен и то због ненадлежности. Интересантно је да Уставни суд у образложењу ове одлуке не наводи другу реченицу из чл. II 2 Устава која прописује да права и слободе загарантоване ЕКЉП имају приоритет над свим другим законима. Могуће је да је контролор уставности то намерно избегао имајући на уму теоријска неслагања поводом превода енглеског текста који гласи: „The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other *law*“. У доктрини се истиче да „law“ може да означава и закон и свеколико право.[867]

---

[865] Вид. одлуку У-5/04 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-04-71799.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

[866] У вези с тим је одлука ЕСЉП у предмету *Сејдић и Финци против БиХ*, о којој је Уставни суд БиХ говорио у одлуци У-9/09 (т. 69–70). У њој контролор уставности истиче да је он „много ближи и упућенији у друштвене и политичке услове живота“ у БиХ у данашњим условима него што је то ЕСЉП, па је у бољој позицији да процени да ли су оправдани поступци или правила који доводе до неуставне дискриминације. Вид. и одељак 3.4.3. у овом раду.

[867] Једна група аутора истиче да ЕКЉП има надуставну снагу (Vehabović 2009, 91), други истичу да је ЕКЉП у рангу с Уставом БиХ тј. да има уставну снагу (Bourgeois 2016, 10), док неки аутори истичу да Устав БиХ прописује да ЕКЉП има приоритет над осталим правом, али да то треба да се тумачи тако да је реч о приоритету над свим другим актима осим Устава БиХ, будући да није прихватљиво да се истиче приоритет једног дела акта над целим правним актом (Марковић 2021, 150).

Ако би се узело да постоји приоритет ЕКЉП у односу на целокупно право,[868] онда би могла да се испитује усаглашеност Устава БиХ с ЕКЉП, будући да би Конвенција имала надуставну снагу. Ипак, ако узмемо да Уставни суд БиХ истиче да при тумачењу својих надлежности „увек мора да се држи текста Устава БиХ“ (т. 15), могло би да се закључи да за њега реч *law* означава законе и да ЕКЉП има примат над осталим законима, али не и у односу на највиши закон тј. Устав БиХ. У одлуци У-5/98-1 Уставни суд БиХ истиче да Европска конвенција о људским правима и слободама представља „минималну заштиту“, те није препрека државама да „гарантују појединцима шира или повољнија права и слободе“, па овај принцип треба да се примени и на тумачење Устава БиХ. Дакле, закључак је Уставног суда БиХ да ентитети имају слободу да обезбеђују „ширу заштиту људских права и слобода“ у поређењу с Уставом БиХ или ЕКЉП (У-5/98-1, т. 33–34).[869]

У одлуци АП-39/03 контролор уставности констатује да ЕКЉП „пружа минимум заштите у погледу људских права и слобода“, а Устав БиХ „даје ширу заштиту“, услед чега је Уставни суд променио и сопствену праксу (утемељену на одлукама ЕСЉП) тако што је утврдио да право на подношење апелације поводом повреде уставних права и слобода имају и државни органи.[870] Чланом VI 3б прописује се да контролор уставности има „апелациону надлежност над питањима по овом Уставу“ која проистекну из пресуде било ког суда у БиХ, а уставносудско тумачење овог члана је то право припада и државним органима јер су „странке у многим судским поступцима“ а Устав „не дели уставна права према природи странака у поступку“ (АП-39/03, т. 14). Тврдећи да би онемогућавање државним органима да поднесу апелацију представљало „редуковање његове апелационе јурисдикције“, Уставни суд имплицитно признаје да је, у ранијим поступцима, одлучивао неуставно кад је одбацивао апелације државних органа као недопуштене (АП-39/03, т. 12 и 14).

У конкретном случају је федерална јединица Федерације БиХ – Херцеговачко-неретвански кантон поднео апелацију Уставном суду против пресуда редовних судова тврдећи да су му прекршена права на правично суђење из чл. II 3е и право на имовину из чл. II 3к. У одлуци АП-39/03 је Уставни суд активистички одлучивао управо зато што је допустио могућност да и јавноправни субјекти уживају права и слободе које Устав БиХ *изричито* назива *људским* правима и слободама. Штавише, и право на имовину и право на правичан поступак су загарантована чл. II 3 Устава који почиње речима: „сва лица на територији БиХ уживају *људска* права и слободе“.

Дакле, упркос изричитом тексту Устава и природи уставом гарантованих права и слобода која *једино* могу да буду људска права и слободе, контролор уставности проширује

---

[868] У Аустрији, људска права и слободе загарантована међународним актима имају статус „уставом загарантованих права“ што значи да се неуставност неког закона може заснивати на његовој неусаглашености с гарантованим правом или слободом из међународног акта, а посебно онима које гарантује ЕКЉП. Вид. Grabenwarter 2020, 66. У Чешкој су, такође, међународни уговори услед одлуке Уставног суда Чешке из 2002. године постали мерило за оцену уставности закона (Kosař, Vyhnánek 2020, 172).

[869] Овај правни став је Уставни суд БиХ заузео у поменутој одлуци оцењујући уставност Устава Републике Српске у делу у којем се наводи да се, у случају различитости између одредаба Устава БиХ и Устава Републике Српске, на појединца примењују оне које су повољније.

[870] Вид. одлуку АП-39/03 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-39-03-21673.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

опсег ових права и на државне органе.[871] Стога, Уставни суд расуђује политички (тј. одлучује на основу ванправних разлога) и нетачно тврди да Устав „не дели уставна права према природи странака у поступку“ (АП-39/03, т. 14). Пошто се чланом II 3 помиње и права на живот, брак и заснивање породице, можда би у наредном периоду неки државни орган могао да се позове и на кршење ових права? Дакле, расуђивање по којем људска права и слободе уживају и државни органи није чак ни тумачење утемељено на широко формулисаној уставној одредби, него је у питању белодано кршење Устава, те правни нонсенс. У складу с „тумачењем“ према којем и јавноправни субјекти уживају људска права и слободе, одлука У-1/11 почива на томе да БиХ ужива уставом гарантовано право на имовину јер „постоји разумно оправдање“ да се у уставноправном контексту одредбе о људским правима и слободама тумаче друкчије него на међународном плану (У-1/11, т. 57–58).

Након што је контролор уставности потврдио да БиХ ужива право на имовину, упустио се у анализу концепта „државна имовина“, истичући да она „приоритетно служи свим људима у држави“ и као таква мора да буде *extra commercium* (У-1/11, т. 62). Тиме почиње уставносудско расуђивање којим се настоји аргументовати одлука о томе да БиХ има државну имовину која је „средство спровођења јавне власти“ и то „уско повезана с територијалним и материјалним надлежностима органа јавне власти“, односно с „територијалним интегритетом и суверенитетом државе“ (У-1/11, т. 63). Иако Уставни суд наводи да Устав БиХ не прописује ништа о државној имовини, не сме да се пренебрегне да Устав садржи одредбе о подели надлежности између институција БиХ и њених ентитета (чл. III).[872] Значај одредаба о подели надлежности признаје и контролор уставности, те се упушта у испитивање „целокупног Устава, као и његовог контекста“ (У-1/11, т. 64).

Међу одредбама члана III Устава најзначајнија је одредба која прописује да „све владине функције и овлашћења, која нису овим Уставом *изричито* дата институцијама БиХ, припадају ентитетима“ (чл. III 3а), а у вези с њом и одредба из чл. III 5 која прописује могућност преношења додатних надлежности. Читањем текста Устава и споразума о преносу надлежност се закључује које су надлежности институција БиХ и *argumentum a contratio*, све што није у њима садржано је у надлежности Републике Српске и Федерације БиХ. Ипак, за Уставни суд је кључна одредба чл. III 3б Устава која прописује „нормативну хијерархију“ (У-1/11, т. 67) наводећи да ће ентитети и њихове ниже јединице власти „у потпуности поштовани овај Устав, којим се стављају ван снаге“ све одредбе закона БиХ, устава и закона ентитета, те одлуке институција БиХ које нису у складу с Уставом БиХ.

---

[871] У одлуци АП-2391/07, УС БиХ истиче да апелација Вакуфске дирекције покреће питање „погођености апеланта конкретног одлуком коју оспорава јер се њоме не решавају индивидуална права појединца“ (АП-2391/07, т. 12). Дакле, УС БиХ у овој одлуци доводи апелациону надлежност пре свега у везу с повредом људских права и слобода. У датој одлуци се апелант жалио на повреду права на имовину из чл. II 3к и права на поштовање дома II 3ф Устава БиХ, оспоравајући одлуку Уставног суда Федерације БиХ којом су оглашене неуставним одредбе Закона о продаји станова које су предвиђале да је, за продају станова чији су ранији власници вакуфи“ потребна сагласност власника стана, па је услед оглашавања неуставним законских одредаба „онемогућен повратак вакуфских станова као и заменска додела“.

[872] Списак одлука у којима је Уставни суд БиХ решавао о подели надлежности вид. у У-16/11, т. 30. Контролор уставности истиче да у вези с питањем надлежности „није могуће усвојити уопштено становиште које ће важити у свим случајевима“, него се спорно питање поводом поделе надлежности мора разматрати у сваком конкретном случају (У-16/11, т. 31).

Контролор уставности тачно наводи да постоји надређеност права БиХ у односу на ентитетско право, али управо очување примата права БиХ подразумева и поштовање одредаба о подели надлежности. Пошто је у предмету У-1/11 оспорена уставност Закона о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, а овај закон је донесен на основу чл. 68 Устава Републике Српске који прописује да она уређује својинске односе, Уставни суд БиХ закључује да је за оцену уставности ентитетског закона ирелевантно да ли је „донесен на основу ентитетског уставног основа или не", чак и ако је „таква уставна норма већ испитивана пред Уставним судом"[873] у поступку апстрактне оцене уставности. Пошто је раније утврдио да је чл. 68 Устава Републике Српске у складу с Уставом БиХ, контролор уставности истиче да *иста* одредба може да „буде уставна у једном контексту, али не и у другом", а „уставна ентитетска одредба може се и конкретизовати у неуставан закон" ако се стандарди из Устава БиХ не уваже (У-1/11, т. 68).

Али проблем и јесте у томе што је изричит уставни стандард да све што није у надлежности БиХ представља надлежност ентитета. Ипак, Уставни суд наводи да је његов задатак да „појасни обим" до ког ентитети и држава „имају право да изводе своја овлашћења из одговарајуће уставне надлежности" (У-1/11, т. 68), а онда се позива на чл. III 5а у којем се говори о додатним надлежностима које ће БиХ преузети надлежности „потребне за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ, *у складу с поделом надлежности између институција БиХ*" (то су имплицитне надлежности односно *implied powers*).[874] Такође, занимљиво је да Уставни суд релативно исцрпно образлаже значење појма „Босна и Херцеговина" (У-1/11, т. 71–72), да би закључио да је БиХ титулар имовине, а онда наводи чисто политички став: „државна имовина рефлектује државност, суверености и територијални интегритет БиХ" и зато је она „део уставних карактеристика и овлашћења државе" (У-1/11, т. 73) те једино ПС БиХ може да регулише питање државне имовине (У-8/19, т. 40).

Дакле, овде је реч о политичком расуђивању јер је ванправни разлог аргумент у прилог одлуци. Иако звучи пријемчиво прокламација о томе шта рефлектује државна имовина, уставно судовање не сме да почива на политичким оценама, него мора да буде утемељено на уставу, а устав не сме да постане глина коју уставни суд обликује у складу с политичким погледима на уставно уређење. Такође, позивање на континуитет БиХ (како уставно у чл. I Устава, тако и у одлуци контролора уставности) с ранијим административно-политичким јединицама је бесмислен јер Устав БиХ и поредак који он успоставља нису настали на основу раније важећих аката на њеној данашњој територији, иако политичка прокламација из чл. I 1 Устава то истиче.[875] Између Републике БиХ настале 1992. и БиХ

[873] Чл. 68 Устава Републике Српске био је предмет оцене уставности у одлуци У-5/98-2 и тад је Уставни суд утврдио да је он у складу с Уставом БиХ.

[874] У доктрини се истиче да уставни судови, осим овлашћења која су им додељена текстом устава, имају и имплицитна односно подразумевана овлашћења. Нпр. у случају Чешке то проистиче из уставне одредбе садржане у члану 83, која прокламује да је овај орган „чувар уставности" (сличну одредбу садржи и Устав БиХ). Вид. о томе Kosař, Vyhnánek 2020, 151. О имплицитним овлашћењима уставних судова вид. и Ginsburg, Elkins 2008, 1440–1461.

[875] Представници Републике Српске у одговору на захтев за оцену уставности истичу да чл. I 1 Устава БиХ прописује међународноправни континуитет, а део одредбе који помиње унутрашњу структуру модификовану Уставом подразумева да правни континуитет не искључује унутрашњу структуру која је измењена и одређена Уставом БиХ. Уставна одредба о континуитету је оличење настојања међународних

настале 1995. Дејтонским споразумом нема континуитета и идентитета јер је дејтонски устав „означио последњу етапу уставног дисконтинуитета, који је започео још доношењем Устава Федерације“ (Марковић 2021, 89).

Од 1992. до 1995. године су на простору данашње БиХ деловале и Републике Српска и Херцег-Босна и Република БиХ, а ова последња није имала суверену власт ни легитимитет на знатном делу територије, а прва и друга су имале своје уставе, правне поретке и становништво које се покоравало њиховим порецима. Будући да су Република Српска и Херцег-Босна имале контролу на значајном делу територије БиХ и да се становништво на тим подручјима покоравало њиховим властима, Република БиХ није имала ни територију ни становништво о којем су њени представници говорили. Речју, она уопште није била држава. Сем тога, Устав БиХ из 1995. године није донесен у складу с Уставом БиХ из 1992. а исто важи и за Устав Федерације БиХ. Коначно, ни прокламација о међународноправном континуитету не стоји у целости ако се узме да Анекс II Устава БиХ прописује да ће сви међународни уговори закључени од 1992. до ступања на снагу дејтонског устава да буду изнесени пред Председништво у року од 15 дана од ступања на дужност, а они који не буду изнесени, престају да важе.[876]

Ипак, за Уставни суд је „једини могући логички и материјални садржај“ појмова „идентитет“ и „континуитет“ из чл. I 1 такав да они указују да БиХ има државну имовину и право да „настави“ да је регулише (У-1/11, т. 80; У-8/19, т. 40). Такође, „аргумент“ у прилог ставу да БиХ има државну имовину сходно Уставу БиХ је и да је „интерес БиХ да задржи јавно добро“ и да та имовина служи за финансирање трошкова за извршавање надлежности институција БиХ. За уставни суд је аргумент у прилог одлуци и „функционалност БиХ“ која није „прост збир функционалности“ нижих нивоа власти, него „хармонија свих нивоа власти“.[877] Контролор уставности изражава жаљење што институције БиХ нису досад решиле питање државне имовине преко Комисије за државну имовину, наводи да је позитивна обавеза БиХ да то учини, али и закључује да је високи представник донео „адекватне законе… како би потпомогао тај процес“ (У-1/11, т. 83–84). Дакле, и на крају је Уставни суд наставио да политички расуђује и износи ванправне аргументе, те је својом одлуком дао правну форму својим погледима. Како судија Кнежевић истиче у издвојеном мишљењу, контролор уставности је овом одлуком дао себи за право да истовремено „тумачи текст Устава и, не само да моделира већ у суштини доноси нове одредбе Устава“.[878]

На потпуно истим принципима из одлуке У-1/11 почива и одлука У-8/19 којом је оглашена неуставном оспорена одредба Закон о пољопривредном земљишту. Дата одредба

чинилаца коју су 1992. признали независност БиХ да „не угрозе властити кредибилитет“, па су у чл. I 1 Устава навели односну прокламацију.

[876] Подробну правну аргументацију о томе зашто је БиХ нова држава вид. у Марковић 2021, 88–93.

[877] Ефективно учешће конститутивних народа у власти никад не сме да се „проводи“ или „намеће на штету ефективног функционисања државе и њених органа“ (У-8/04, т. 33), а Уставни суд мора да „пружи помоћ у деблокирању рада“ ПС БиХ ако она „не може да реши постојећи проблем (У-10/05, т. 20). Вид. одлуке У-8/04 и У-10/05 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-04-51335.pdf* и *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-05-31024.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[878] У издвојеном мишљењу се наводи и да теоретичари (а имплицитно се говори и о судијама Уставног суда) различитих убеђења често исказују „мање интереса у одређивању шта је уставно“, а више се оријентишу ка аргументима за које сматрају да ће „помоћи друштвеним покретима“ које фаворизују у томе да „остваре жељене уставне циљеве“.

је прописивала да пољопривредно земљиште на територији Републике Српске које је уписано као општенародна имовина, друштвена или државна својина на којој су право имала предузећа, ступањем на снагу датог закона *ex lege* постаје својина Републике Српске (У-8/19, т. 5). Следећи исту аргументацију из одлуке У-1/11 и истичући да се обавезност и извршност његових одлука „не односи само на изреку те одлуке, већ и на правно схватање и правне оцене о томе које је уставно право повређено и на који начин“ (У-8/19, т. 41), Уставни суд је огласио неуставном оспорену одредбу о пољопривредном земљишту.

Притом се контролор уставности позвао и на раније одлуке у поступцима по апелацијама у којима је такође навео обавезност свог правног схватања (АП-854/04, т. 8), истакавши да исто начело важи и за одлуке донесене поводом осталих питања из чл. VI 3 Устава тј. оно се примењује кад год Уставни суд оцењује уставност било ког оспореног акта. У одлуци У-3/13 контролор уставности наводи да се тај принцип изводи из чл. 62, ст. 4 (насловљеног „Деловање одлуке о апелацији“) Правила Уставног суда која прописују да су суд или други орган чија је одлука укинута дужни да донесу нову одлуку тако да се „поштује правно схватање Уставног суда“.[879] Дакле, активистички донесена Правила се активистички надограђују тако што се дејство одлуке поводом апелација проширује и на дејство било које одлуке о уставности.

4.4.4. Уставносудска контрола чисто политичких питања

У одлуци У-5/98-1 Уставни суд наводи да има искључиву надлежност да „служи као заштитни механизам у случају 'било ког спора'“ (т. 57), што не може дословно да се тумачи. Речи „било ког спора“ морају да се тумаче на следећи начин: Уставни суд има искључиву надлежност да штити Устав БиХ у погледу *правних спорова* кад се то прописује Уставом БиХ. Устав Босне и Херцеговине у члану VI 3 помиње надлежности Уставног суда БиХ наводећи формулацију „укључујући али се не ограничавајуће само на…“, а тај члан може да буде користан да се објасни природа аката који могу да буду предмет контроле уставности. Наиме, примеричним нормирањем су наведене надлежности у вези с контролом уставности: (1) испитивање уставности одлуке ентитета о успостављању специјалних паралелних веза са суседним државама (оне се успостављају споразумом који се ратификује у форми закона)[880] и (2) испитивање да ли је члан устава или закона ентитета у складу с Уставом БиХ.

Из тога произлази да су одредбе наведене коришћењем примеричног нормирања повезане с контролом уставности правних акта. Примењујући аргумент *eiusdem generis*, закључујемо да Устав БиХ допушта једино контролу уставности правних аката. Овај аргумент је посебна врста аналогног расуђивања у којој је исход расуђивања о значењу одредбе „изван њеног *prima facie* семантичког домашаја“ (Walton, Macagno, Sartor 2021, 219–220), али се закључак изводи на основу речи које су већ наведене у одредби.[881] Дакле,

---

[879] Вид. одлуку У-3/13 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-13-1017392.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[880] Вид. нпр. Закон о ратификацији Споразума о успостављању специјалних паралелних односа између Републике Српске и Републике Србије, *Службени гласник Републике Српске* 60/07.

[881] Слокум даје следећи пример. Ако се одредба односи на џин, бурбон, вотку, рум и друга пића, по аргументу *eiusdem generis* дата одредба се не тумачи тако да обухвата и кока-колу или друга безалкохолна пића, иако је безалкохолно пиће и даље пиће. Закључак се изводи на основу тога што се у одредби помињу само алкохолна пића, из чега се изводи закључак да она може да се примене и на слична алкохолна пића. Вид.

eiusdem generis аргумент почива на томе да се значење формулација „и слично“, „и други“, „итд.“ или из нашег примера „укључујући али се не ограничавајући…“, тумачи тако да наведени примери детерминишу интерпретативни закључак. Ако се у одредбама помињу само правни акти који могу да буду предмет контроле уставности, онда према правилу *eiusdem generis* то не важи за неправне акте, нпр. за декларације. А Уставни суд БиХ У одлуци У-2/22 оцењује уставност ни мање ни више него политичког акта – декларације! Дакле, одлука контролора уставности почива на проширивању контроле уставности (о чему је био речи у одељку 3.5.1.) на акте који не садрже правне норме.

У одлуци У-2/22,[882] Уставни суд БиХ је контролисао уставност Декларације о уставним принципима, те закључака Народне скупштине Републике Српске који се тичу информација у вези с правосудним институцијама БиХ, преносом надлежности у области одбране, безбедности и индиректног опорезивања. Подносиоци захтева су, изгледа, и сами били свесни да покрећу поступак за оцену уставности политичких аката, па су навели, у вези с допустивошћу захтева, да формулација из члана VI Устава БиХ „укључујући, али не ограничавајући се…“ омогућује Уставном суду да „у сваком случају одлучи шта је спор“ у смислу тог члана, а додају да контролор уставности треба да тумачи своје надлежности „на функционалан начин, не у формално-правном смислу“ (У-2/22, т. 9). Представници Народне скупштине Републике Српске су такође оспорили правност декларације.

Својевремено је Уставни суд, у одлукама У-4/05 и У-6/08,[883] заузео ставове поводом тумачења својих надлежности као и поводом контроле уставности неправних аката. Уставни суд БиХ истиче да уставотворац у време доношења Устава БиХ „није могао да предвиди све димензије функција“ контролора уставности, а затим самоодређује своју улогу речима да мора бити „праведни и поуздан заштитник Устава БиХ, његових вредности и људских права“ (У-4/05, т. 14 и У-2/22, т. 67). Наводећи да мноштво питања која произлазе из Устава БиХ треба да буде расветљена додаје да је тумачење Уставног суда БиХ „једино надлежно и компетентно (*sic!*)“[884] (У-4/05, т. 14 и У-2/22, т. 67). Затим је Уставни суд БиХ оценио да му уставна одредба која говори да ће Уставни суд подржавати Устав (чл. VI 3) пружа упориште да „испитује уставност свих аката“ ма ко био њихов доносилац, уколико је покренуто питање „сходно једној од надлежности… из члана VI 3 Устава“ (У-4/05, т. 16).

У светлу одлуке У-2/22 није спорно да је доносилац аката орган чији акти могу да буду предмет контроле уставности, него је спорно питање *који акти* могу да буду предмет контроле. Сходно раније наведеном *eiusdem generis* аргументу, на основу изричитог текста

Slocum 2015, 187. The *ejusdem generis* canon requires that open-ended terms in a statutory list (or its equivalent) be interpreted to include only items similar to those listed. A statutory provision requiring governmental inspection of “fruits, vegetables, grains, and other products” should under this canon be understood to include only foodstuffs, not motor vehicles or televisions, within “other products.” (Schauer 2009, 169). О аргументу *eiusdem generis* вид. и Vandevelde 2011, 98.

[882] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-2-22-1323203.pdf*, последњи приступ 5. август 2023.

[883] Вид. одлуку на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-08-235705.pdf*, последњи приступ 3. августа 2023.

[884] Крајње је необично да се *тумачење* одређује као „надлежно и компетентно“. Вероватно је писац одлуке мислио на то да је тумачење Уставног суда БиХ *правно обавезујуће* јер су одлуке контролора уставности коначне и обавезујуће, будући да се једино може говорити о надлежности (компетенцији) неког органа или о компетентности неког лица.

Устава БиХ, контролише се уставност правних аката и изводи се закључак да *једино* правни акти и могу да се контролишу у погледу усаглашености с Уставом БиХ. У одлуци У-6/08, разматран је захтев за оцену уставности резолуције, која је, такође, политички акт који се доноси „на крају претреса политичких питања“ с циљем да се „заузме одређени став“ поводом датог политичког питања.[885]

Уставни суд истиче да је неспорно да је у ранијим одлукама „екстензивно тумачио одредбе о својој надлежности само у односу на опште акте који имају правно обавезујући карактер“ (У-6/08, т. 9). Затим Уставни суд БиХ наводи да је „неспорно“ да се резолуцијом „покреће питања спора“ између БиХ и ентитета јер се ради о питањима из домена спољне политике, а та су питања у надлежности БиХ, али истиче нужност питања: да ли „форма у којој су изражени ставови Народне скупштине…. може да буде предмет оцене уставности“ и закључује да „без обзира на екстензивно тумачење“ уставних одредаба о надлежности Уставног суда „није надлежан за оцену уставности“ оспорене резолуције „имајући у виду неспорно необавезујући карактер“ тог акта који је једна врста „политичке прокламације“ (У-6/08, т. 10).[886] Следствено, Уставни суд БиХ је у предмету У-6/08 је одбацио захтев за оцену уставности и то због ненадлежности.

Одлучујући у предмету У-2/22, Уставни суд БиХ је одступио од начела које је заузео у одлуци У-6/08, јер не само да није одбацио захтев, него је и укинуо одредбе декларације и закључака. У Пословнику Народне скупштине Републике Српске се концептуално одређују и декларација и закључак (оспорени акти), тако што се каже да декларацијом парламент исказује *став* о „општим питањима у вези с правима и дужностима Републике… и о другим општим питањима од интереса за грађане“ (чл. 178), док се закључком „утврђује политика извршавања“ закона и других општих аката, „дају *смернице* за спровођење те политике“, те утврђују обавезе органа (Владе, министарства, посебних организација) у погледу њеног спровођења и припремања закона и других аката (чл. 182).[887]

Из наведених дефиниција произлази да ни декларација ни закључак немају нормативно дејство јер не производе никакве правне обавезе, него је реч о политичким актима. Као такви, они могу да доведу једино до политичких последица (а не правних), нпр. до изгласавања неповерења влади или министру, ако се државни органи или лица не држе смерница или не поступају у складу са заузетим ставом. Ни декларација ни закључак нису општи правни акти јер не садрже опште *правне* норме и зато не могу да предмет контроле уставности. Декларација не подразумева било какво требање, а нарочито не *правно* требање. С друге стране, давање *смерница* такође нема правно дејство будући да непоступање у складу са смерницама не доводи до правних последица.

Стога, резолуција и закључак нису подложни контроли уставности ни по природи ни по форми ни по формулацијама ни по последицама. Одлучујући о допустивости и основаности захтева за оцену уставности, Уставни суд БиХ се поново позива и на преамбулу. Већ раније смо констатовали да преамбула, по нашем мишљењу, нема нормативно дејство

---

[885] Вид. *Правна енциклопедија* 1985, 1426.

[886] Као аргумент у прилог одлуци Уставни суд БиХ је навео и дефиницију резолуције из Пословника Народне скупштине према којој се резолуцијом „указује на стање и проблеме у одређеној области друштвеног живота; утврђује се политика коју треба спроводити у тој области и дају се смернице“ или се „предвиђају мере“ за њено спровођење (чл. 185).

[887] Пословник о раду Народне скупштине Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 66/20.

и зато не може да буде основ за одлучивање, али може да буде помоћни интерпретативни аргумент када уставне одредбе садржане у нормативном делу устава изазивају сумњу у погледу значења.

Уставни суд БиХ је у ранијим одлукама (У-15/08, У-15/09[888] и У-10/14) заузео став који истиче и у одлуци У-2/22: „акти и активности једног од ентитета могу покренути питање постојања спора између тог ентитета и БиХ о неком питању за чије решавање је надлежан Уставни суд“ (У-2/22, т. 72). Дакле, уставну одредбу о надлежностима Уставног суда БиХ овај орган тумачи на следећи начин: кад год се јави *било који* спор између ентитета и БиХ поводом *било ког* питања из Устава БиХ, Уставни суд може да одлучује. Дакле, контролор уставности утемељује своју надлежност на томе да спор произлази из „питања које је регулисано самим Уставом БиХ“ (У-2/22, т. 72), а занемарује да (1) питање које је регулисано може да буде поменуто и у политичким актима и да (2) уставно судовање у поступку апстрактне оцене уставности подразумева да се контролише уставност *општег правног акта*, тј. закона.

Иако контролор уставности наводи да нема препрека за његово одлучивање ако се оспорава уставност *правних аката* који нису наведени у члану VI 3а Устава (У-2/22, т. 73), ипак није доследан јер у наредним редовима одлуке нестаје префикс „правни“. Другим речима, Уставни суд БиХ експлицитно наводи да се при разматрању своје надлежности „не ограничава само на врсту аката“, него је нужно „темељно анализирати садржан спорних аката“ као и „последице које тај акт производи“ (У-2/22, т. 73). Оно што је за Уставни суд, у вези с оспореном декларацијом, спорно је што се не исказују само „ставови Народне скупштине о општим питањима“, него се помиње и: 1) могућност обуставе примене „било ког акта, мере или активности органа и институција“ БиХ које немају основ у Уставу и нису изричито одређени као надлежност институција БиХ (т. 17 Декларације), као и то да Народна скупштина задужује Владу да припреми нови текст ентитетског устава којим ће „потврдити све надлежности“ Републике Српске осим оних које „по Уставу БиХ припадају БиХ“ (т. 19 Декларације).

Дакле, за Уставни суд БиХ је спорно што Декларација сем општих политичких циљева садржи и „конкретне циљеве“ које органи Републике Српске „треба да изврше или имају право да изврше“ (У-2/22, т. 74). *Mutatis mutandis* важи и за закључке у којима се усвајају информације, задужује Влада Републике Српске да изради одређене законе, а Уставни суд апострофира да се њима наговештава и престанак важења закона БиХ часом ступања на снагу закона које изради Влада, а усвоји парламент Републике Српске (У-2/22, т. 75). Наглашавајући да и декларација и закључци садрже и политичке ставове Народне скупштине, Уставни суд БиХ истиче да није његов задатак да контролише ставове о политичким питањима којима се не установљава „било каква обавеза за органе јавне власти“ (У-2/22, т. 76) јер тад не постоји *спор* у смислу Устава БиХ.[889]

Али, по оцени Уставног суда, *спор* постоји у оним деловима декларације и закључака којима се „успостављају (и) обавезе за органе јавне власти“ Републике Српске (У-2/22, т. 77),

---

[888] Вид. одлуку У-15/09 на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-09-328257.pdf*, последњи приступ 3. августа 2023.

[889] Тачније, Уставни суд БиХ наводи да нема спора у смислу ставова (тачније, алинеја) 3, 6 и 10 преамбуле БиХ и чланова I 2, II 2, III 3b и III 5a. Занимљиво је да Уставни суд БиХ помиње 10. алинеју преамбуле иако преамбула Устава БиХ садржи само девет алинеја!

те, иако „оспорени правни (*sic!*) акти“ нису објављени у службеном гласнику, ипак су усвојени према посебном поступку од стране парламента и ступили су на снагу даном доношења.[890] Из тога се изводи закључак да би усвајање закона (које треба да припреми Влада) „могло изазивати озбиљне проблеме“ за БиХ и за „функционисање њених надлежности“ (т. 77) тј. поредак БиХ ће ступањем на снагу (ако буду усвојени) новог устава и закона Републике Српске „бити доведен у питање (т. 78). Ставови који су заузети у т. 77 су спорни по најмање два основа: (1) помињу се оспорени *правни* акти и (2) Уставни суд БиХ предвиђа *шта би могло да се догоди* ако би се усвојили закони који се помињу у декларацији и закључцима.

Већ је констатовано да ни декларација ни резолуција нису правни него политички акти. С друге стране, контролор уставности (треба да) контролише уставност аката који су усвојени,[891] а не аката који би, можда, могли да буду усвојени. Дакле, Уставни суд БиХ расуђује политички, дајући сам себи овлашћење да заснива контролу уставности на опасности од доношења неких закона о чему постоји најава у политичким актима. Став Уставног суда БиХ би могао да се сведе на следеће: правне одредбе могу да буду садржане и у политичким актима, а контролор уставности решава сваки спор поводом Устава, макар то и не био спор поводом сумње у уставност *правних аката*.

Уставни суд непотребно цитира свој став из одлуке У-14/04 према којем „доношење ентитетских закона супротно процедури која је прописана“ законима БиХ покреће „питање уставности таквих закона“, као и став из одлуке У-2/11 према којем су закони ПС БиХ „одлуке институција БиХ“ у смислу члана III 3б Устава БиХ[892] (У-2/22, т. 82), како би закључио да *могућност* доношења закона (наведених у декларацији и закључцима) од стране парламента Републике Српске представља кршење члана III 3б Устава БиХ јер се тим доводи у питање „ауторитет институција БиХ“ као и „принцип из члана I 2 Устава БиХ“ којим се прокламује да ће БиХ „бити демократска држава која ће функционисати према слову закона“ (т. 82), иако се „слово закона“ не помиње нигде у Уставу БиХ.[893]

Иако Уставни суд апострофира да доношење ентитетских закона супротно законима институција БиХ покреће питање њихове уставности, пренебрегава да ниједан закон који се помиње у оспореним политичким актима *није донесен*. Неспорно је да: (1) ентитети су на

---

[890] Декларација и закључци нису *општи* акти јер се њима уопште не успостављају права и/или обавезе за неодређен број лица, него се само налаже једном органу да изради текста устава и закона и упути их парламенту. А налог парламента влади није појавни облик права зато што никаква правна санкција не следује влади ако не испуни ту, политичку, обавезу из декларације.

[891] У случају *ex ante* односно претходне контроле уставности, акт је усвојен али није ступио на снагу, тј. уставни суд мора прво да испита да ли је он уставан, па ако јесте у складу с уставом, нема препреке да ступи на снагу.

[892] Тај члан гласи: „Ентитети и њихове ниже јединице у потпуности ће поштовати… и одлуке институција БиХ“.

[893] Уставни суд погрешно цитира уставну одредбу из члана I 2 Устава БиХ, будући да у њој пише: „БиХ је демократска држава која функционише на принципу владавине права…“. Сем тога, Уставни суд не суди ни према „слову“ Устава јер да је то тако, мало која од одлука које су у овом раду цитиране би могле да буду донесене.

У енглеском тексту Устава БиХ пише: „Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate under the rule of law…“ (*https://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/001%20-%20Constitutions/BH/BH%20CONSTITUTION%20.pdf*), а исто пише и у тексту који је доступан на интернет-страници Уставног суда БиХ (*https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustav-sr_1611219965.pdf*).

БиХ споразумно и сагласно члану III 5а Устава БиХ пренели надлежности у питањима одбране, индиректног опорезивања, акциза итд. и (2) декларација и закључци садрже текст којим се задужује Влада да припреми и упути Народној скупштини Републике Српске законе из пренесене материје.[894] Међутим, Уставни суд БиХ занемарује где се налазе те одредбе – оне нису садржане у новелираном тексту Устава Републике Српске или било ком њеном закону, тако да је, по нашем мишљењу, ирелевантно то што се у оспореним актима налазе „прецизне индикације и налог“ (У-2/22, т. 78) за њихово доношење.

Декларација и закључци су само материјализација политичких идеја и наговештај политичке активности која би се огледала у доношењу новог устава и закона. А Уставни суд БиХ нема надлежност да одлучује по принципу „шта би било, кад би било“.[895] Иако политички ставови из декларације и закључака нису добили нормативни израз, за Уставни суд БиХ је довољно то што је Народна скупштина, без одлуке ПС БиХ (која може да одлучи о враћању надлежности ентитетима), дала задужење Влади да припреми и упути на усвајање законе из сфере пренесених надлежности (У-2/22, т. 92). Након што је заузео тај став, Уставни суд БиХ истиче да није спорно право Народне скупштине да „разматра питање преноса надлежности“, те да у вези с тим „преузима одговарајуће иницијативе“, али је спорно што су егзекутиви дати „обавезујући налози“ јер они немају основ у „принципу владавине права“ и дужности поштовања Устава БиХ и одлука њених институција (т. 93). Свеукупно узев, Уставни суд БиХ је укинуо, по његовој оцени, неуставне одредбе из декларације и закључака.

Двојица судија су издвојили мишљење, а трећи је дао изјаву о неслагању с већинском одлуком. Оба издвојена мишљења почива на следећим тезама: оспорени акти нису правни акти; захтев за оцену уставности није допустив и требало је да буде одбачен (што прописује члан 19 Правила о раду Уставног суда); одлучивање о меритуму и укидање оспорених одредба је мешање контролора уставности у политику; правне последице укидања не постоје.

Судија Тадић наводи да је већинска одлука проблематична с обзиром на „карактер аката који су оспорени“, будући да они „немају општеобавезујући карактер“ јер су „израз политичких опредељења“. Сем тога, он дели и став који смо раније изнели – надлежност Уставног суда БиХ би могла да постоји само ако се прокламације из декларације и закључака преточе у закон који би био „општеобавезујући“ и као такав би „подлегао контроли уставности“. Судија Тадић додаје и да не постоје никакве последице укидања оспорених аката јер Влада Републике Српске и без њих може да припрема нацрте закона и то не може да јој се забрани, а широко тумачење надлежности може да изазове низ сличних предмета „што би значило да се на неки начин бавимо политиком“.

За судију Кнежевића је такође споран карактер оспорених аката јер је декларација „политички документ“, а закључак није чак ни то, него је „осврт на достављену

[894] Значајно питање у вези с пренесеним надлежности се тиче могућност враћања надлежност с нивоа БиХ на ниво ентитета. Одговарајући на дато питање, Уставни суд БиХ истиче да „реверзибилан пренос надлежности“ није противан Уставу БиХ, али да су за то „искључиво надлежне институције БиХ“, прецизније ПС БиХ а не ентитети, било путем споразума било путем повлачења сагласности из споразума о преносу надлежности. Контролор уставности наводи да то произлази из принципа владавине права (У-2/22, т. 88–90).

[895] Ова одлука је пример непоштовања начела неутралности чија је суштина да уставна начела одређују интерпретативне закључке судије, а не обрнуто; неутралан судија долази до интерпретативних закључака ма какав став имао према том исходу (Barak 2005, 393).

информацију“, из чега закључује да је спорна допустивост захтева,[896] те да контролор уставности није надлежан да оцењује уставност „политичких аката, поготово не упућујућих докумената“. Такође, судија Кнежевић заузима сличан став који смо на почетку овог одељка заузели тврдећи да непоступање Владе у складу с декларацијом и закључцима може да доведе једино до политичких последица (а не правних). За судију Кнежевића неиспуњење ставова из декларације води једино политичкој одговорности тј. не постоји могућност покретања правних поступака. Коначно, он правилно оцењује да „није на Уставном суду да цени“ да се „у политичком смислу ради о прихватљивим или неприхватљивим актима“.

Сходно Правилима Уставног суда БиХ, кад он није надлежан за оспорено питање, одбацује захтев за оцену уставности (чл. 19). Будући да је акт који је оспорен пред Уставним судом БиХ политичке природе, требало је да захтев за оцену уставности буде одбачен као недопуштен. Тиме би контролор уставности применио доктрину политичких питања и уздржао се од задирања у њих. Будући да Уставни суд то није учинио, његова одлука је еклатантно уплитање у политичка питања, самоприписивање надлежности које му Устав не поверава, а самим тим игнорисање односно дописивање Устава БиХ. Речју, то је уставносудски активизам.

[896] Судија Кнежевић истиче да се Уставни суд већинском одлуком „изгубио између жеље да пошаље политичку поруку на туђе политичке поруке и свести да на то нема право“.

5. ЗАКЉУЧАК

На самом почетку рада је истакнута намера да се анализа која је предузета сведе на дескрипцију уставносудског одлучивања. Правно и политичко расуђивање су концепти који су имали кључно место у описивању начина уставносудског одлучивања, а типична својства уставносудског активизма су била полазиште при одговарању на питање: да ли је одлука активистичка? Другим речима, настојали смо да опишемо шта је граница уставног судовања и кад је та граница прећена тиме што се изашло из поља правног расуђивања. Пошто је институционална улога уставних судова да санкционишу неуставне одлуке законодавца, настојали смо да покажемо да контрола уставности није само то, будући да постоји мноштво појавних облика уставносудског интервенисања у „туђе“ надлежности.

Овакав приступ проблематици расуђивања уставних судова и питању њиховог активизма је један од могућих погледа на уставносудско одлучивање. Потпуно је друго, и једнако легитимно, питање да ли уставни судови *треба* да одлучују активистички или да се уздржавају од тога јер оно има нормативни односно идеолошко-доктринарни карактер. Али овај рад се није тим бавио, будући да се смерало ка расветљавању концептуалних питања и што неутралнијој анализи начина на који уставни судови одлучују. Концептуална разлика између правног и политичког расуђивања је довела до одређених увида који су повезани са стипулативном дефиницијом (уставно)судског активизма и његовим типичним својствима. У настојању да се расветли уставносудско расуђивање, анализирани су (1) правно расуђивање и уставно судовање у уставним демократијама, (2) судски а нарочито уставносудски активизам и (3) уставно судовање Уставног суда БиХ.

Још од појаве првих устава у 18. веку, постојање правног акта највише правне снаге почива на томе да се државна власт ограничи, и то двојако: (1) људским правима и слободама и (2) изнутра кроз поделу функција државне власти. Државна власт треба да буде уистину ограничена, а неретко се истиче да уставна демократија управо омогућује да се то оствари. Типичан елеменат савремених уставних демократија је постојање кодификованог устава као и постојање поделе функција државне власти. У овом раду је заступана идеја да значајну манифестација те поделе представља разликовање државних органа који доносе одлуке на основу свих расположивих односно супстантивних разлога, дајући правну форму одређеној политици (политичко расуђивање) и државних органа који одлучују на основу постојећих, правних разлога (правно расуђивање). Обично се расуђивање законодавца сматра парадигмом политичког, а расуђивање судова парадигмом правног расуђивања.

У доктрини се често говори о стварању и примени права, а у светлу овог рада ти појмови би могли да се доведу у везу с правним и политичким расуђивањем јер се правним расуђивањем примењује право, док се политичким расуђивањем ствара право. Компарацијом политичког и правног расуђивања је утврђено да оно што их повезује јесте стреме ка томе да се утврди шта треба да се уради (она су практичка расуђивања), а оно што их раздваја је да политичко расуђивање подразумева много већу слободу, јер је кључна одлука правног расуђивања то да је оно вишеструко ограничено у погледу тога шта се

сматра правно прихватљивим разлогом. Другим речима, настојали смо да покажемо да субјект који политички расуђује може да наведе било који разлог у прилог својој одлуци – целисходно, корисно, морално, економски исплативо, боље, оптималније, ефикасније итд.

Ако односни субјект, нпр. законодавац, сматра да је првобитно одабрана политика која је добила правну форму неоптимална, он може да је замени тако што ће у складу с правним процедурама да измени или допуни постојећи закон или да донесе нови закон. Али субјект који расуђује правно нема ту слободу тј. правно расуђивање не подразумева *преиспитивање супстантивне ваљаности* тј. *оптималности* одлуке. Да бисмо оценили да ли је неко (у светлу овог рада уставносудско) расуђивање правно, требало би да се испита да ли оно почива на правним разлозима, нарочито у погледу оправдавања донесе одлуке. На одговарајућем месту у овом раду је наведено да идеално стање налаже да судија *одлучује* и *оправдава одлуку* на основу правних разлога, али да те подударности нема увек јер судија каткад одлучује на основу ванправних разлога (морала, осећаја примерености, личних искустава и слично). Стога, правност расуђивања ће пре свега да се цени на основу оправдања (образложења) које је судија понудио у прилог својој одлуци.

Ако образложење односно оправдање одлуке почива на правним текстовима, конвенционално прихваћеним методима тумачења, одлукама виших или наднационалних судова, признатим доктринарним ставовима, онда може да се говори о правном расуђивању јер су све то, обавезујући или ауторитативни, правни разлози. То што се судији можда не допадају правне одредбе које је створио законодавац, није знак да он може да их замени „својим“ одредбама јер институционална улога судова то не допушта.

Дакле, уставом се установљава подела институционалних улога међу државних органима, а посебну важност у погледу заштите неприкосновености устава у многим државама имају уставни судови. Овај рад управо је трагао за тим да одгонетне каква је институционална улога уставних судова, како ови органи расуђују, какав је домет њихових одлука и да ли се они уклапају у систем кочница и равнотежа на којем почива подела функција државне власти. На самом почетку су наведене три хипотезе, а сада, на самом крају рада, испитаћемо да ли су оне доказане.

Доказаност прве хипотезе: Уставни суд је орган који правно-политички расуђује, што је последица различитих фактора и уставносудско одлучивање не може да се сведе на негативно законодавство, што има одговарајуће последице у односу на његово место у уставним демократијама. У раду је показано да Келзеново учење о уставном суду као негативном законодавцу не одговара стварном уставносудском одлучивању, будући да контролори уставности и позитивно утичу на законодавца, па и на уставотворца. Штавише, понекад су уставни судови и сами уставотворци односно законодавци, што значи да они понекад одлучују активистички.

Заузет је став да уставносудско расуђивање не може да се окарактерише ни као чисто правно расуђивање, али ни као чисто политичко расуђивање. Оно није само правно расуђивање јер доношење и оправдавање уставносудских одлука не почива *само* на правним разлозима, тј. ванправни разлози имају значај у уставном судовању. Али уставносудско расуђивање није ни чисто политичко расуђивање јер оно није игнорисање правних разлога тј. није одлучивање једино на основу *ванправних* разлога. Стога је у овом раду заузет став да је уставносудско расуђивање мешовите природе што значи да оно има и елементе правног, али и елементе политичког расуђивања. Правност уставносудског расуђивања почива на томе да уставни судови увек траже правни основ за одлучивање у

уставним одредбама, редовно широко формулисаним (нпр. одредбе које прокламују да је дата држава демократска, заснована на владавини права, независности правосуђа, да је људско достојанство неповредиво, да свако има право на живот и слично).

Ипак, бројне морално-политичке формулације које су добиле уставну форму су плодно тло да се уставни судови упусте у политичко расуђивање тј. у преиспитивање политичких избора надлежног органа и замену важећих решења оним решењима која сматрају оптималнијим за остваривање уставних циљева. Управо је то преиспитивање суштине односно оптималности (а не само уставности) политичких избора надлежног органа које је праћено стварањем новог права или променом постојећег права у овом раду означено као (уставно)судски активизам. Али није само језик устава разлог за политичко расуђивање уставних судова, јер су и надлежност уставних судова такве да неретко представљају одлучивање о политичким питањима – нпр. кад се решавају федерални спорови. С тим у вези, у раду је показано да каткад уставно судовање почива на аргументу функционалности државе, услед чега контролори уставности доносе значајне политичке одлуке усмерене на јачање централних власти.

Уколико се узме у обзир институционални аранжман на којем почивају савремене уставне демократије, нужно се јавља питање позиционирања уставних судова у систем државне власти. Типично је својство уставних демократија подела функција државне власти између различитих државних органа при чему њихов однос почива на начелу кочница и равнотеже, с тим да су судови независни од других органа власти. У контексту улоге уставних судова, констатовано је да се уставно судовање не уклапа у систем кочница и равнотеже јер је овај орган кочничар неуставних одлука других органа (негативни законодавац), али и доносилац одлука уместо надлежних правотвораца. И док је уставни суд неспорно легитимисан да одстрани из правног поретка неуставан акт, дотле је врло спорно задирање у простор слободног законодавног одлучивања. Ако уставни аранжман који подразумева систем кочница и равнотежа спречава злоупотребу власти, апсолутно је легитимно да уставни суд каже „не“ законодавцу тј. да буде кочница, али ко ће да буде кочничар уставног суда?

Институционална улога уставног суда је таква да штити устав, али ко ће да заштити устав од самог уставног суда? Интуитиван одговор на то је да уставотворац може да га заузда кроз промену устава, али разматрање појавних облика уставносудског активизма је показало да се уставни судови не уздржавају ни од контроле уставних амандмана. Парадоксално, уставотворац може да буде под контролом уставног суда јер у неким државама исходи уставносудског расуђивања показују да ни уставотворац није апсолутно слободан у одлучивању. Услед тога се чини као да је подела власти разорена тј. она важи у оној мери у којој уставни суд сматра да треба да важи јер једино он може да ауторитативно и обавезујуће каже шта је устав. Услед те левијатанске моћи контролора уставности, поставља се питање: да ли је уставни суд део судске функције државне власти? Другим речима, да ли назив „суд“ значи да су и уставни судови и редовни судови део јединствене функције државне власти?

Иако постоје неки елементи који повезују редовне и уставне судови, сматрамо да разлике између њих претежу и да уставни суд није део судске функције државне власти. За Мелереса је уставни суд „хибридни орган који није прикладно описати ни као суд али ни као чисто политички орган“ јер он тежи да „правно обавеже политичке процесе“ (Möllers 2013,

141).[897] Оно што повезује редовне судове и уставне судове је следеће: и једни и други се називају судовима; немају непосредан демократски легитимитет; и редовни и уставни судови решавају правне спорове производећи нормативне последице; могу да одлучују у истом правном спору кад уставни суд испитује да ли су повређена уставна права у поступку који је вођен пред редовним судовима. Иако се уставни суд назива судом, ипак номенклатура не може да буде довољан основ за тврдњу да су уставни судови део правосуђа. Много је важније да размотримо суштину уставносудског одлучивања, а не назив овог органа.

Будући да контрола уставности закона није просто уклањање из правног поретка неуставног закона, него се „позиционира између стварања права и примене права", нужно је „редефинисање улоге уставног суда у систему" (Florczak-Wątor 2020б, 2).[898] *Прво*, уставни судови и редовни судови имају различиту институционалну улогу, будући да је контрола уставности једно, а одлучивање у појединачним случајевима је друго.

Друго, природа одредаба на основу којих одлучују уставни и редовни судови је различита. На више места је у раду истакнуто да уставни судови заснивају своје одлуке на широко формулисаним уставним одредбама које су често нејасне, вишезначне или садрже суштински спорне појмове. Мноштво одлука уставних судова почива на одредбама које су по својој природи правни принципи, док одлучивање редовних судова почива не одредбама које су много прецизније. Наравно, то не значи да ће спорни односно тешки случајеви да се јављају само пред уставним судовима, али су они ипак бројни у поступку контроле уставности. Правни принципи су за редовне судове обично корисни инструменти у тумачењу других одредаба закона или другог акта, док су они при уставном судовању основ за одлучивање. Неки аутори истичу да је разлика између начина расуђивања уставних и редовних судова у томе што се уставносудско одлучивање темељи на одмеравању, услед тога што уставни принципи имају прворазредни значај за одлучивање и они се примењују кад „не постоји правило које може да се примени на дати случај, или кад правило постоји, али је неспојиво с вредностима и принципима система" (Atienza 2007, 211).

Треће, дејство уставносудских и одлука редовних судова је умногоме различито, будући да одлуке уставних судова делују *erga omnes*, а одлуке редовних судова *inter partes*. У раду смо нарочито настојали да покажемо да се дејство уставносудских одлука не своди само на то да се огласи неуставним неки закон, него се на различите начине утиче на законодавца тако што се доносе додавајуће и супституишуће одлуке, даје се тумачење које је у складу с уставом, утврђује се неспојивост неке одредбе с уставом, али се даје прилика законодавцу да сам отклони неуставност итд. Пандани таквом начину уставносудског одлучивања не постоје у одлукама редовних судова. Такође, одлуке уставних судова имају дејство и у односу на редовне судове преко тзв. интерпретативних одлука, али нема повратног утицаја редовних судова на уставни суд.

Четврто, могућност контроле донесених одлука је различита будући да су одлуке уставних судова коначне и обавезујуће, док у одлучивању редовних судова само одлуке највишег суда не могу да се оспоравају. Ипак, ни то не важи апсолутно јер одлуке највишег редовног суда могу да се оспоравају пред уставним судом у погледу њихове усаглашености с уставом. *Пето,* начин избора судија редовних и судија уставних судова се разликује,

[897] Зашто је уставни суд политички орган вид. у: Марковић 2021, 360.

[898] О разлозима због којих уставни суд није попут редовног суда вид. *Ibid.*, 359.

будући да политички органи имају врло значајно учешће у одабиру уставних судија. Стога, закључујемо да уставни судови не могу да се сматрају судском функцијом државне власти. Али уставни судови нису ни законодавна функција државне власти јер они не одлучују примарно по политичким мерилима, па сматрамо да је најприкладније да се говори о посебној уставносудској функцији државне власти, различитој и од законодавне и од судске функције.

Суштина уставносудске функције државне власти је у контроли уставности закона и уклањању из правног поретка закона или појединих законских одредаба за које се утврди да нису у складу с уставом. Али уставносудска функција није само то, будући да она каткад подразумева и знатније задирање у законодавну функцију преко оног што је у овом раду разматрано у оквиру одељка о појавним облицима уставносудског активизма. Другим речима, уставна контрола не значи нужно да уставни суд „примењује устав“ него га „својим одукама и 'мења', то јест допуњава“ (Dajović 2022, 260). Кад уставни суд, позивајући се на уставне одредбе донесе привремено законодавство или кад уместо једног распона казне из кривичног законика одреди други распон или кад себи припише надлежност да одлучује о уставности уставних амандмана, тешко је све то оценити као судско одлучивање, а много је ближе одлучивању законодавца или уставотворца.

Стога, уставно судовање често таласа између негативног законодавства и позитивног законодавства, често није расуђивање (само) на основу правних разлога и каткад је одлучивање на основу супстантивних разлога које резултује заменом политичких избора законодавца или другог органа оним решењем које контролор уставности сматра подесним тј. оптималним за остваривање уставом прокламованих циљева. Уставни судови су негативни законодавци само кад „само бришу неуставна правила, без задирања у прерогативе законодаваца у вези са стварањем нових правила“ (Palazzo 2020б, 48). Али уставни судови одавно нису само негативни законодавци, како је то Келзен говорио, будући да његов поглед на уставно судовање „не исказује суштину уставносудског одлучивања о уставности“ која данас обухвата и измену нормативног садржаја односне одредбе (Florczak-Wątor 2020б, 2).

Активистичко одлучивање уставних судова се не уклапа ни у Келзеново учење о ступњевитости права, ни у Разово учење о норми као искључујућем разлогу за делање (јер каткад уставни суд не одлучује на основу устава тј. његове одлуке понекад немају утемељење у вишој норми), али се уклапа у Хартово учење о постојању правила признања јер се остали институционални актери редовно покоравају уставносудским одлукама, полазећи од тога да је устав оно што је контролор уставности рекао да јесте.

Доказаност друге хипотезе: Судски активизам је политичко расуђивање судова о оптималности важећег права које резултује његовим реформисањем. Уколико бисмо типична својства судског активизма уградили у дефиницију, рекли бисмо да (уставно)судски активизам представља судско одлучивање којим суд излази из оквира својих надлежности и задире у надлежности других органа (пре свега законодавца) кршећи начело поделе власти, политички резонујући и тражећи правни основ у широко формулисаним (уставним) одредбама, што доводи до тога да ствара ново право (изворно регулише друштвене односе) или мења важеће право, настојећи да оствари легитиман циљ. Дакле, уставносудски активизам подразумева преиспитивање оптималности политичког избора надлежног органа које је праћено стварањем новог права или променом постојећег права.

Речју, уставносудски активизам почива на оцени да важеће правно није ваљано у супстантивном смислу, да постојећа решења нису оптимално средство за остваривање уставом постављених циљева и зато контролор уставности сам одређује подесна средства, уместо надлежног органа. Под уставносудским стварањем новог права се у овом раду поимало уставносудско одлучивање о томе да неко питање које дотад није било (изричито) регулисано правом буде регулисано, нпр. „дописивањем" новог уставног субјективног права, приписивањем надлежности да се испитује уставност уставних амандмана; стварањем нових уставних принципа итд. С друге стране, промене постојећег права се манифестују тако што се уместо једног законског решења прописује друго законско решење које је у складу с уставом; тако што се доноси регулатива која је у складу с уставом и која важи на привременој основи док законодавац не донесе одговарајућу одлуку; тако што се утврђује једино значење правног текста које је у складу с уставом итд.

Институционална улога уставног суда је првобитно почивала на заштити устава од неуставних одлука парламента, па је у природи уставног судовања задирање у законодавну функцију државне власти. Али оно је, по Келзеновим идејама, требало да значи једино оцену уставности односног закона. Међутим, нити је данас уставно судовање само задирање у законодавну функцију, нити је оно само оцена уставности оспореног закона. Прецизније, контрола уставности подразумева (1) и уплитање у надлежности и уставотворца и законодавца и редовних судова, а (2) оцена уставности није само одговор на питање: да ли је закон у складу с уставом, него се иде много даље од тога јер су, компаративно посматрано, развијени различити модалитети уставносудског реаговања на уочену неуставност.

Прво, *по природи ствари би неуставни закон требало да се уклони из правног поретка*, али уставни судови то не чине нужно, чак и кад им релевантни правни акти не пружају могућност да учине било шта осим да укину/пониште неуставан закон. У делу о појавним облицима судског активизма је утврђено да уставни судови дају тумачење које је у складу с уставом или реагују на уочену неуставност тако што закон проглашавају неспојивим с уставом и дају законодавцу рок да отклони неуставност.

Друго, *ако се закон огласи неуставним, по природи ствари би требало да се препусти законодавцу да донесе нову регулативу која ће да буде у складу с уставом*. Ипак, компаративна анализа уставносудског одлучивања је показала да то није увек случај јер се понекад уставни суд сам упушта у одлучивање уместо законодавца.[899] То је случај кад се доносе додавајуће одлуке, супституишуће одлуке, привремено законодавство, кад се ствара правни оквир за законодавно одлучивање. Међу овим врстама уставносудског одлучивања вероватно је најуочљивији облик активистичког одлучивања доношење супституишућих одлука. У одговарајућем одељку је показано да пракса немачких и италијанских уставних судова, познаје ту врсту одлука.

У целости уважавајући неприкосновеност устава, тешко је легитимисати уставносудско одлучивање по којем се одлука законодавца, која је плод политичког расуђивања, замењује другом одлуком, коју доноси уставни суд, опет на основу политичког расуђивања. Можда је интуитивно прихватљиво да свака политичка странка треба да открије износ донације која прелази 20.000 без обзира на то да ли је донатор правно или

[899] Судски активизам се огледа у „одступању од вршења правосудне функције, прекорачењу уставних граница начела подела власти", као и у „намерном задирању судским одлукама" у функције које су „уставом додељене законодавној и извршној грани власти" (Blanco de Morais 2020, 111).

физичко лице. Али ако је законодавац одлучио да тај износ важи за физичка лица, а износ од 200.000 за правна лица, није на контролору уставности да друкчије одлучи и утврди да износ од 20.000 важи за све донаторе. А немачки контролор уставности је устврдио да нема разумног разлога да се не пропишу исти износи и да се прописивањем различитих износа крши начело једнакости. Пошто немачки Основни закон прописује начело једнакости могло би да се каже да постоје правни разлози који оправдавају одлуку о неуставности, али не постоје правни разлози који оправдавају то да контролор уставности задире у политички избор законодавца и мења га оним што сматра разумним. Ту нема говора о примени права, него је реч о *par excellence* стварању права.

Осим оваквих модалитета одлучивања, који спадају у типичне облике уставносудског активизма, у раду су анализирани и други начин уставносудског утицаја на законодавца који се протежу од стварања обавезујућег правног оквира који законодавац треба да конкретизује, па до заузимања политичких ставова који могу законодавцу да буду смерница при будућем одлучивању. Ако су супституишуће одлуке типичан облик активистичког одлучивања, онда бисмо могли да давање смерница означимо као граничан случај јер оне нису обавезујућег карактера, али свакако да снагом ауторитета контрола уставности имају знатан утицај на законодавно одлучивање. Коначно, укидање/поништавање закона који огледно противречи уставу је област изван могуће употребе појма судског активизма.

Типично је својство активистичких одлука уставних судова то да су усмерене ка остварењу легитимног циља, али институционални положај контролора уставности није да он одлучује шта је најбоље, најцелисходније, разумно итд. јер прелазак на то поље је прелазак на политичко расуђивање, а оно је пут у стварање права.

Треће, *ако устав изричито одређује које су надлежности уставног суда, не би требало да се оне проширују*.[900] Надлежности уставних судова обично су уређене самим уставом, с тим да се неретко доносе и (уставни) закони о уставном суду који такође нормирају надлежности контролора уставности. Главнина уставносудског посла је контрола уставности закона, али с временом је и заштита уставних субјективних права и слобода постала једнако важна надлежност. Ипак, у другом и трећем делу рада настојали смо да покажемо како уставни судови себи приписују и надлежности које нису изричито у уставну нормиране. Показано је да уставни судови себи приписују надлежности проширивањем предмета уставносудске контроле, осмишљавањем нових врста одлука, као и манипулисањем временским дејством одлука.

Одвајкада је прихваћено да су предмет уставносудске контроле уставности *правни* акти, али је истраживање спроведено за потребе овог рада показало да се понекад контролише и уставност политичких акта, као што је случај у БиХ и Шпанији. Уколико имамо на уму да је устав врховни правни акт, те да се он мења у посебном уставотворном поступку одговарајућим инструментима – уставним амандманима или уставним законима, уставни судови су активистички одлучивали кад су контролисали уставност тих акта уставотворца, нпр. у Чешкој и Словачкој. Такође, у трећем делу је показано да уставни судови контролишу и уставност подзаконских акта, одлука уставних судова федералних

[900] Дајовић говори о легитимном тумачењу (а то није синоним за исправно тумачење), истичући да оно подразумева настојање да се протумачи језик прописа, а исход до којег се долази је у границама језика. Вид. Dajović 2023a, 88.

јединица, појединачних правних акта – споразума, покрећу по службеној дужности оцену уставности итд.

Сваки од ових појавних облика процедуралног активизма су контролори уставности правдали позивањем на широко формулисане уставне одредбе, нарочито оне којима се гарантује владавина права. Уколико се има на уму институционална улога уставног суда – чување устава, као и компаративна анализа уставносудског одлучивања, тешко да подударност између њих постоји. Речју, уставни судови неретко нису чувари устава, него су господари устава. Они не само да контролишу законодавца, него каткад контролишу и уставотворца, а анализа је показала да су каткад и сами уставотворци и законодавци. А кад се неки акт од стране уставног суда не тумачи, него се мења или допуњује, тешко да то може да се окарактерише као чување устава.

Одељци у којима се разматрао судски активизам у вези с одељцима из првог дела који су били посвећени подели институционалних улога у уставним демократијама показали су да судски активизам нарушава типичан постулат уставне демократије: начело поделе власти. Кад је реч о односу уставносудског одлучивања и начела поделе власти, анализа је показала да контролори уставности не врше само уставносудску функцију државне власти, него фактички сваку функцију државне власти ако оцене да заштита устава, односно њихово тумачење уставних одредаба то налаже. Наравно, задирање уставног суда у законодавну функцију је најуочљивије и показано је какве модалитет оно подразумева. Иако уставносудски активизам редовно тежи остварењу легитимног циља, нарочито кад је реч о активизму у погледу заштите и развијања људских права и слобода, не може да се пренебрегне да и начело поделе функција државне власти има изузетан значај у уставним демократијама.

У сржи поделе власти је идеја да ниједна функција односно ниједна институција нема апсолутни примат над другим институцијама. Из тога произлази да ни контролор уставности не сме да прерасте у суверена и господара других институција, а анализа је показала да уставни судови понекад постају управо то. Такође, уставносудско интервенисање у уставотворну и законодавну функцију не може лако да се измири ни с идејом демократије. С једне стране, мора да се има на уму то да активистичко уставно судовање неретко проширује корпус постојећих права и слобода и омогућује њихово истинско уживање, али значајно је и то да уставни судови немају демократски легитимитет попут уставотворца или законодавца. Нити је пожељно да уставни суд буде уставотворац/законодавац, нити је пожељно да његове одлуке буду само покоравање вољи законодавца без истинске заштите устава. Речју, нужан је склад које почива на кочницама и равнотежама. Иако је неспорна независност судова, па и независност уставних судија, ипак је то независност одлучивања *на основу и у оквиру права*, а уставносудски активизам почива баш на томе да неке одлуку не могу да се правно оправдају.

Доказаност треће хипотезе: Уставни суд Босне и Херцеговине у својој пракси понекад одлучује активистички решавајући уставне спорове о правним питањима, а упушта се и у одлучивање о политичким питањима. Више пута је у раду наглашена институционална улога Уставног суда БиХ коју му је највиши правни акт БиХ приписао – Уставни суд ће подржавати овај Устав (чл. VI Устава),[901] на шта се и сам контролор уставности у мноштву

[901] Услед интернационализације регулисања људских права и слобода, каткад се у доктрини истиче да уставни судови нису само чувари устава дате државе (државоцентрично схватање устава), него и чувари

одлука позива. Другим речима, сходно Уставу БиХ, контролор уставности је старалац односно заштитник овог акта.[902] Ипак, анализа различитих одлука показала је да он није штитио само оно што Устав БиХ изричито прописује, него је штитио и оно што би, *по оцени Уставног суда*, Уставом требало да се пописује. Стога, поставља се питање шта је Уставни суд Босне и Херцеговине – старалац или стваралац Устава БиХ?

Анализа уставног судовања Уставног суда БиХ показала је да овај орган није презао од тога да обогати устав у материјалном смислу тако што је из постојећих одредаба о демократској држави заснованој на владавини права (чл. I 2), прокламације о контролору устава као подржаваоцу овог акта и формулације „укључујући, али не ограничавајући се“ у вези с надлежности Уставног суда (чл. VI), у озбиљној мери утицао на обликовање правног поретка БиХ.

Одлукама Уставног суда БиХ су узроковане значајне промене, нарочито у ентитетским порецима. Контролор уставности је одлуком о начелу конститутивности узроковао коренито ревидирање нормативно-институционалних аранжмана у оба ентитета. Даље, суштински је дописао Устав БиХ кад је легитимисао наметање одлука високог представника закључивши да он делује као домаћа власт кад супституише ПС БиХ и одлучивши да његове одлуке имају снагу закона. Ово задирање у надлежности уставотворца је у основи дописивање Устава БиХ у делу који се односи на институције БиХ. Штавише, нарочито је спорно то што Уставни суд БиХ није заштитио Устав БиХ од наметања одлука виског представника којима се констатује да оне остају на снази све док их ПС БиХ не усвоји у *истоветном* облику.

Задирање у надлежности уставотворца је уочљиво и у садржају Правила Уставног суда БиХ, одлукама о измени тог акта, као и одлукама које су у овом раду означене као процедурални активизам Уставног суда БиХ оличеним у дописивању Устава у погледу предмета уставносудске контроле уставности. Сем тога, контролор уставности је својевремено донео и суштински додавајућу одлука у односу на уставну одредбу о усвајању буџета за институције БиХ, а изводио је и нова уставна субјективна права из корпуса постојећих уставних одредаба.

Од појавних облика уставносудског активизма који су анализирани у другом делу рада, а тичу се задирања у надлежности законодавца, пракса Уставног суда БиХ познаје давање тумачења које је у складу с Уставом БиХ; доношење привременог законодавства (нпр. одлука о мењању назива градова), као и доношење опомињућих одлука. Кад је Уставни суд одлучивао *уместо* законодавца, не само да је одлуке надлежних органа оцењивао као неуставне, него су за контролора уставности биле спорне јер су, по његовом схватању, *неоптималне*. Коначно, анализа је показала да предмет уставносудске контроле уставности могу да буду и политички акти. То значи да предмет контроле уставности може да буде било који акт, па макар и акт који никакве правне последице не прописује. А кад се такав акт укине или поништи, онда контролор уставности не примењује право него санкционише политику која је по његовој оцени лоша.

наднационалног уставног права. О томе да ли је Савезни уставни суд Немачке чувар Основног закона или уставног права које обухвата и међународне акте, вид. Farahat 2007, 345.

[902] И пракса Уставног суда БиХ показује да контролор уставности у односу на законодавца није увек „опозит“ тј. није само негативни законодавац у келзеновском смислу, него је често орган који „допуњује или чак замењује парламент“ (Bifulco, Paris 2020, 483).

И кад је Уставни суд био стваралац уставног и законског права, то је чинио под изговором старања о Уставу. Речју, понекад активистичко одлучивање Уставног суда БиХ иде до тих граница да се под изговором „подржавања Устава“ овај акт очигледно игнорише. Уставносудско интервенисање у уставотворну и у законодавну функцију државне власти је умногоме утицало на обликовање уставног уређења БиХ и њених федералних јединица – ентитета. Увиди о плодности уставних одредаба за активистичко одлучивање *a foritiori* важе у односу на Уставни суд БиХ услед краткоће устава, а посебно одредаба којима се уређују његове надлежности. У његовим одлукама је уочљиво то да ванправни аргументи имају значајну улогу, а кад одлучивање уставног суда не почива само на правним разлозима, него одлучујућу улогу имају ванправна мерила, онда и не може да буде речи о правном расуђивању.

Дакле, Уставни суд БиХ је формални старац, а суштински је неретко стваралац Устава јер га реформише путем дописивања и мењања, а не преза ни од тога да преузме надлежности законодавца. Другим речима, под велом стараоца се Уставни суд често претварао у ствараоца. А како то каже Стоун Свит, покушај да се оправдају неке судске одлуке истицањем да се дедукују из устава као основне норме је априорно неуспешан, будући да су управо оне „суштински промениле основну норму“ тј. устав и отвориле „нови али непредвидиви пут“ (Stone Sweet 2007, 926–927).

Уставни суд треба да чува устав, а не да га дописује; треба да чува уставну поделу функција државне власти и да обавља једино послове који спадају у његову институционалну улогу, а не да буде час уставотворац, чак законодавац, час политички актер који одлучује вођен неправним мерилима, а час квазисуверен. А многе одлуке Уставног суда БиХ не само да су активистичке, него су оне различите и од упоредноправних појавних облика судског активизма.

Штавише, могло би да се констатује да је одлучивање Уставног суда БиХ у ствари *sui generis* уставносудски активизам. С једне стране, заједничке црте с активистичким одлучивање других уставних судова постоје, што је на одговарајућим местима истакнуто. Али поједине одлуке Уставног суда су такве да слични примери у упоредној уставносудској пракси не могу да се пронађу или бар аутору нису познати. Такве одлуке Уставног суда БиХ наводе на закључак да је у питању својеврсни „хиперактивизам“ којим овај орган потпуно обесмишљава акт који је правни основ његовог институционалног постојања.

Рецимо, аутору није познато да било где у свету постоји акт попут Правила Уставног суда којим се у тој мери стварају уставноправне норме у материјалном смислу. Можда је најбољи доказ за то став Уставног суда да Правила о раду „треба да имају уставну вредност“ (У-6/06, т. 30). Иако се Устав БиХ састоји од мноштва програмско-декларативних и морално-политичких одредаба које су плодно тло за уставносудско дописивање устава, неке одредбе не остављају сумњу у погледу тога шта значе. Нпр. неспорно је да судије Уставног суда, сходно уставној одредби, одлазе у пензију кад наврше 70 година живота. Али то за Уставни суд БиХ није била препрека да путем подзаконског акта – Правила Уставног суда измени Устав БиХ и одлучи да мандат може да се продужи. До таквог исхода на основу правних разлога не може да се дође, па ту нема говора о *правном* расуђивању.

Стога се на самом крају може закључити: кад Уставни суд БиХ игнорише правна ограничења која Устав поставља и кад изађе из своје институционалне улоге, шансе да га неко заузда у томе скоро и не постоје. Још је у првом делу рада констатовано зашто су уставни судови кочнице без равнотеже, а политичке прилике у БиХ су такве да је

потенцијални кочничари (па и уставотворац) још немоћнији пред омнипотентним Уставним судом БиХ. О томе како ће да изгледа уставно право БиХ (изгледа да) одлучује њен Уставни суд, а не уставотворац.

ЛИТЕРАТУРА

Библиографске референце

[1] Adams, Maurice, Van der Schyff, Gerhard. 2006. Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66: 399–413.

[2] Аксић, Сава. 3/2017. Однос права и политике као друштвених подсистема и могућа (уставна) граница између њих. *Српска политичка мисао* 24: 115–130.

[3] Alexander, Larry. 1/2010. What Are Constitutions, and What Should (and Can) They Do?. *Social Philosophy & Policy* 28: 1–38.

[4] Alexander, Larry, Schauer, Frederic. 7/1997. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review* 110: 1359–1387.

[5] Alexandru, Emanuela-Andreea. 2021. *Judicial Activism v. Judicial Passivism and the Fate of Asylum Seekers in the Current European Legal System*. Tilburg: Tilburg University.

[6] Alexy, Robert. 2/2003. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris* 16: 131–140.

[7] Alexy, Robert. 3/2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13: 294–304.

[8] Alexy, Robert, Dreier, Ralf. 2016. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. 73–121. *Interpreting Statutes*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. London–New York: Routledge.

[9] Alkema, Evert Albert. 2000. 41–63. The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court. *Protecting Human Rights: The European* Perspective, eds. Paul Mahoney *et al*. Köln: Carl Heymans Verlag.

[10] Altwegg-Boussac, Manon. 2020. Informal Constitutional Change and Political Law. 91–104. *The Political Dimension of Constitutional Law*, eds. Miguel Nogueira de Brito, Luis Pereira Coutinho. Dordrecht: Springer.

[11] Anderson, David L. 6/1990. When Restraint Requires Activism: Partisan Gerrymandering and the Status Quo Ante. *Stanford Law Review* 42: 1549–1576.

[12] Aranda Alvarez, Elviro. 1998. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[13] Arnull, Anthony. 3/2012. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond?. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*: 1–35.

[14] Arshakyan, Miher. 8/2013. The Impact of Legal Systems on Constitutional Interpretation: A Comparative Analysis: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. *German Law Journal* 14: 1297–1335.

[15] Atienza, Manuel. 24/2007. Constitución y argumentación. *Anuario de filosofia del derecho*: 197–228.

[16] Audi, Robert. 2/2004. Reasons, Practical Reason, and Practical Reasoning. *Ratio* 17: 119–149.

[17] Ahumada Ruiz, Marian. 2017. The Spanish Constitutional Court. 604–640. *Comparative Constitutional Reasoning*, eds. András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzovich. Cambridge: Cambridge University Press.

[18] Баста-Посавец, Лидија. 1-2/1993. Правна држава и конституционална демократија. *Анали Правног факултета у Београду* 41: 26–31.

[19] Bachof, Otto. 57/1986. Nuevas reflexsiones sobre la jurisdiccion constitutional entre derecho y politica. *Boletin Mexicano de Derecho Comparado* 57: 837–852.

[20] Banks, Christopher, O'Brien, David. 2021. *The Judicial Process: Law, Courts, and Judicial Politics*. Saint Paul: West Academic Publishing.

[21] Barak, Aharon. 2005. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton–Oxford: Princeton University Press.

[22] Barak, Aharon. 2006. *The Judge in Democracy*. Princeton–Oxford: Princeton University Press.

[23] Barberis, Mauro. 29/2016. For a truly realistic theory of law. *Revus* 29, *https://journals.openedition.org/revus/3624*, последњи приступ 15. јануара 2023.

[24] Barnett, Randy. 72/2002. Is the Rehnquist Court an 'Activist' Court? The Commerce Cause Cases. *Colorado Law Review* 72: 1275–1290.

[25] Bassok, Or. 21/2020. The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy. *German Law Journal* 21: 131–162.

[26] Benedita Urbano, Maria. 2015. Politics and the Judiciary: A Naive Step Towards and End of Judicial Policy-Making. 161–171. *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, eds. Luis Pereira Coutingo, Massimo La Torre, Steven D. Smith. Dordrecht: Springer.

[27] Beširević, Violeta. 1/2011. Ko se boji federalne Evrope? Kritički osvrt na 'Lisabonsku' odluku Saveznog ustavnog suda Nemačke. *Pravni zapisi* 2: 53–79.

[28] Beatty, David M. 1/2001. The Forms and Limits of Constitutional Interpretation. *The American Journal of Comparative Law* 49: 79–120.

[29] Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch*. New Haven–London: Yale University Press.

[30] Bickenbach, Jerome. 1/1990. The 'Artificial Reason' of the Law. *Informal Logic* 12: 185–206.

[31] Bidlinski, Franc. 2011. *Pravna metodologija. Osnove nauke o pravnim metodama*. Podgorica: CID.

[32] Bifulco, Raffaele, Paris, Davide. 2020. The Italian Constitutional Court. 447–504. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[33] Bjarurp, Jes. 1/2005. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. *Ratio Juris* 18: 1–15.

[34] Blanco de Morais, Carlos. 2020. 105–137. Liquid Constitutions and Their Informal Changes. *The Political Dimension of Constitutional Law*, eds. Miguel Nogueira de Brito, Luis Pereira Coutinho. Dordrecht: Springer.

[35] Bobbio, Norberto. 1984. *The Future of Democracy. A Defence of the Rules of the Game*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

[36] Bork, Robert. 1984. *Tradition and Morality in Constitutional Law*. Washington: American Enterprise Institute.

[37] Bork, Robert. 2003. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington: The AEI Press.

[38] Botha, David. 2/2004. Freedom and Constraint in Constitutional Adjudication. *South African Journal of Human Rights* 20: 249–283.

[39] Bourgeois, Stephanie. 2016. Sprovođenje Evropske konvencije o ljudskim pravima na domaćem nivou. 8–29. *Uporedni prikaz primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, ur. Silvija Panović-Đurić. Beograd: Savet Evrope.

[40] Bradley, Curtis, Siegel, Neil. 7/2015. Constructed Constraint and the Constitutional Text. *Duke Law Journal* 64: 1213–1294.

[41] Breda, Vito. 2015. Lingering with Intent: The UK Constitutional Review. 165–184. *Constitutional Review and Democracy*, ed. Miodrag Jovanović. Hague: Eleven International Publishing.

[42] Brewer-Carias, Allan R. 2011. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Cambridge: Cambridge University Press.

[43] Buchanan, Allen. 2003. The Quebec Secession Issue: Democracy, Minority Rights, and the Rule of Law. *American Society for Political and Legal Philosophy* 45: 238–271.

[44] Bustamante, Thomas. 8/2013. Comment on Gyorfi – Dworkin, Vermeule and Gyorfi on Constitutional Interpretation: Remarks on Meta-Interpretive Disagreement. *German Law Journal* 14: 1109–1145.

[45] Васић, Радмила, Јовановић, Миодраг, Дајовић, Горан. 2018. *Увод у право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[46] Висковић, Никола. 2004. *Аргументација и право*. Београд: Досије.

[47] Врањанац, Душан. 1/2012. Однос законског и прецедентног права у Енглеској – нека питања. *Правни записи* 3: 22–35.

[48] Vanberg, Georg. 2008. Establishing and Maintaining Judicial Independence. 99–118. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith Whittington, Daniel Kelemen, Gregory Caldeira. Oxford: Oxford University Press.

[49] Vandevelde, Kenneth J. 2011. *Thinking Like a Lawyer. An Introduction to Legal Reasoning*. Boulder: Westview Press.

[50] Vasino, Giulia. 2/2021. Legislative Unresponsiveness in the Current Stage of the Italian Constitutional Justice: A Brief Overview. *Nomos*: 1–18.

[51] Vehabović, Faris. 2009. *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Sarajevo: ACIPS.

[52] Venzke, Ingo. 4/2014. What Makes for a Valid Legal Argument?. *Leiden Journal of International Law* 27: 811–816.

[53] Verstaelen, Sarah. 9/2013. The Temporal Limitation of Judicial Decision: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity. *German Law Journal* 14: 1687–1730.

[54] Vigoriti, Vicenzo. 3/1972. Italy: The Constitutional Court. *The American Journal of Comparative Law* 20: 404–414.

[55] Vinx, Lars. 2/2013. Carl Schmitt and the Analogy Between Constitutional and International Law: Are Constitutional And International Law Inherently Political?. *Global Constitutionalism* 2: 91–124.

[56] Von Bogdandy, Armin, Paris, Davide. 1/2019. Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law* 43: 5–24.

[57] Gallie, Walter Bryce. 1956. Essentially Contested Concepts. *Meeting of the Aristotelian Society* 56: 167–198.

[58] Gamper, Anna. 2/2015. Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters. *Cambridge International Law Journal* 4: 423–440.

[59] Gamper, Anna. 2/2008. Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution. *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2: 92–111.

[60] Gardner, John. 1/2001. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence* 46: 199–227.

[61] Garlicki, Lech. 1/2007. Constitutional Courts versus Supreme Courts. *International Journal of Constitutional Law* 5: 44–68.

[62] Gerards, Janneke. 2017. The European Court of Human Rights. *Comparative Comparative Constitutional Reasoning*, eds. András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzovich. Cambridge: Cambridge University Press.

[63] Ghosh, Eric. 2/2010. Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries. *Oxford Journal of Legal Studies* 30: 327–359.

[64] Ginsburg, Tom. 2008. The Global Spread of Constitutional Review. 81–98. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith Whittington, Daniel Kelemen, Gregory Caldeira. Oxford: Oxford University Press.

[65] Ginsburg, Tom, Elkins, Zachary. 2008. Ancillary Powers of Constitutional Courts. *Texas Law Review* 87: 1431–1461.

[66] Goldsworthy, Jeffrey. 2006. Introduction. 1–6. *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworhy. Oxford: Oxford University Press.

[67] Goldsworthy, Jeffrey. 8/2013. Clarifying, Creating, and Changing Meaning in Constitutional Interpretation: A Comment on András Jakab, 'Constitutional Reasoning in Constitutional Courts – A European Perspective'. *German Law Journal* 14: 1279–1295.

[68] Gonzalez Pascual, Maribel. 8/2013. Methods of Interpreting Competence Norms: Judicial Alocation of Powers in a Comparative Perspective. *German Law Journal* 14: 1501–1521.

[69] Grabenwarter, Christoph. 2020. The Austrian Constitutional Court. 19–70. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[70] Graglia, Lino. 2/1996. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 19: 293–300.

[71] Grdešić, Ivan. 1995. *Političko odlučivanje*. Zagreb: Alinea.

[72] Greer, Steven, Wildhaber, Luzius. 4/2013. Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 12: 655–687.

[73] Grimm, Dieter. 3/2019. Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics. *EMERJ* 21: 55–71.

[74] Grimm, Dieter. 2016. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.

[75] Groppi, Tania. 2/2008. The Italian Constitutional Court: Towards a "Multilevel System" of Constitutional Review?. *Journal of Comparative Law* 3: 100–117.

[76] Groppi, Tania, Spigno, Irene. 2017. The German Federal Constitutional Court. 356–393. *Comparative Constitutional Reasoning*, eds. András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzovich. Cambridge: Cambridge University Press.

[77] Guarnieri, Carlo. 3/2013. Judicial Independence in Europe: Thereat or Resource for Democracy?. *Representation* 49: 347–359.

[78] Guarnieri, Carlo, Pederzoli, Patrizia. 2002. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

[79] Guastini, Riccardo. 2005. A Sceptical View of Legal Interpretation. 139–144. *Analisi e diritto*, eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Turin: Giappichelli.

[80] Guastini, Riccardo. 4/1996. Fragments of a Theory of Legal Sources. *Ratio Juris* 9: 364–386.

[81] Guastini, Riccardo. 2013. Rule-Scepticism Restated. 138–161. *Oxford Studies in Philosophy of Law: volume 1*, eds. Leslie Green, Brian Leiter. Oxford: Oxford University Press.

[82] Guastini, Riccardo. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: MVlTA. PAVCIS. AG.

[83] Guastini, Riccardo. 2019. *Sintaksa prava*. Zagreb: Naklada Breza.

[84] Da Ros, Luciano, Taylor, Matthew. 2022. Bolsonaro and the Judiciary: Between Accomodation and Confrontation. *Brazil Under Bolsonaro. How Endangered is Democracy*, eds. Peter Birle, Bruno Speck. Berlin: Ibero-Amerikanisches Institut.

[85] Dajović, Goran. 50/2023b. Hart's judicial discretion revisited. *Revus* 50, *https://journals.openedition.org/revus/9735*, последњи приступ 20. фебруара 2023.

[86] Dajović, Goran. 1/2022. Mogućnost regulativne funkcije sudske vlasti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70: 223–281.

[87] Dajović, Goran. 2015. *Ogled o metajurisprudenciji*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[88] Dajović, Goran. 2023a. *Osnove pravnog rasuđivanja*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[89] Dajović, Goran. 2016. O međusobnoj neusklađenosti zakona. 'Doktrina' Ustavnog suda Srbije o značenju ustavnog načela jedinstva pravnog poretka Srbije. 40–53. *Demokratska tranzicija Srbije*, ur. Bojan Vranić, Goran Dajović. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[90] Daley, John. 2016. Defining Judicial Restraint. 279–314. *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, eds. Tom D. Campbell, Jeffrey Goldsworthy. London–New York: Routledge.

[91] De Vidales, Covandonga Ferrer Martin. 2020. The Spanish Constitutional Council as law-maker. 71–88. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[92] Dengler, Daniel. 2/2001. The Italian Constitutional Courts: Safeguard of the Constitution. *Dickinson Journal of International Law* 19: 363–385.

[93] Determann, Lothar, Heintzen, Markus. 2018-2019. Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared. *Journal of Transnational Law & Policy* 28: 95–118.

[94] Duarte, Tatiana. 2023. Legal Reasoning and Interpretation. 94–117. *Research on Text-Driven Law*, eds. Laurence Diver *et al*. Brussels: COHUBICOL.

[95] Ducat, Craig R. 2009. *Constitutional Interpretation*. Boston: Wadsworth. Cengage Learning.

[96] Duxbury, Neil. 2008. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.

[97] Dworkin, Ronald. 21/1963. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy* 60: 624–638.

[98] Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

[99] Dworkin, Ronald. 1991. Pragmatism, Right Answers, and True Banality. 359–388. *Pragmatism in Law and Society*, eds. Michael Brint and William Weaver. Boulder: Westview Press.

[100] Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge–London: The Belknap Press of Harvard University Press.

[101] Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Harvard–Cambridge–London: The Belknap Press of Harvard University Press.

[102] Dyevre, Arthur, Jakab, András. 8/2013. Foreword: Understanding Constitutional Reasoning. *German Law Journal* 14: 983–1015.

[103] Easterbrook, Frank H. 2002. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?. *University of Colorado Law Review* 73: 1403–1416.

[104] Eberhard, Harald, Lachmayer, Konrad. 1/2010. Rule of Law in Austria. *Understandings of the Rule of Law in various legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series*: 1–8.

[105] Ellsworth, Phoebe. 2005. Legal Reasoning. 685–703. *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, eds. Keith Holyak, Robert Morrison. Cambridge: Cambridge University Press.

[106] Eskridge, William, Frickey, Philip. 2/1990. Statutory Interpretation as Practical Reasoning. *Stanford Law Review* 42: 321–384.

[107] Zandler, Michael. 2004. *The Law-Making Process*. Cambridge: Cambridge University Press.

[108] Здравковић, Милош. 2013. *Дворкинова критика Хартове верзије позитивизма*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[109] Zuleta-Puceiro, Enrique. 2016. Statutory Interpretation in Argentina. 29–71. *Interpreting Statutes*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. London–New York: Routledge.

[110] Jackson, Robert. 1941. *The Struggle for Judicial Supremacy*: *A Study of a Crisis in American Power Politics*. New York: Alfred A. Knopf, Inc.

[111] Jakab, András. 8/2013. Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. *German Law Journal* 14: 1215–1275.

[112] Jakab, András. 2007. What Makes a Good Lawyer? Was *Magnaud* Indeed Such a Good Judge?. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 62: 275–287.

[113] Jones, Greg. 1/2002. Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review* 14: 141–179.

[114] José Arena, Federico. 8/2013. Which Kind of Discretion in Constitutional Adjudication? A Discussion of Mher Arshakyan's The Impact of Legal Systems on Constitutional Interpretation: A Comparative Analysis: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. *German Law Journal* 14: 1337–1344.

[115] Jouanjan, Oliver. 2020. Constitutional Justice in France. 223–278. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[116] Jovanović, Miodrag. 2015. On the Abstract Case Against Constitutional Review. 65–80. *Constitutional Review and Democracy*, ed. Miodrag Jovanović. Hague: Eleven International Publishing.

[117] Jovanović, Miodrag. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

[118] Kahn, Paul. 2020. 53–71. Decision and Legal Interpretation. *The Political Dimension of Constitutional Law*, eds. Miguel Nogueira de Brito, Luis Pereira Coutinho. Dordrecht: Springer.

[119] Келзен, Ханс. 1998. *Општа теорија права и државе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[120] Келзен, Ханс. 2007. *Чиста теорија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[121] Kelsen, Hans. 1/1955. Foundations of Democracy. *Ethics* 66: 1–101.

[122] Kelsen, Hans. 1928. La garantie jurisdictionelle de la Constitution. *Revuede droit publique et science politique* 35: 197–257.

[123] Kelsen, Hans. 1974. La Grantia Jurisdiccional de la Constitucion. *Biblioteca Juridica*: 471–515.

[124] Kelsen, Hans. 2015. The Nature and Development of Constitutional Adjudication. 22–78. *The Guardian of the Constitution. Hans Kelzen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, ed. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press.

[125] Kelsen, Hans. 1929. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. 30–84. *Erhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache*, eds. Heinrich Triepel *et al*. Berlin–Leipzig: Walter de Gruyter.

[126] Kennedy, Duncan. 1994. A Semiotics of Legal Argument. 309–365. *Collected Courses of the Academy of European Law, book 2*, ed. Academy of European Law. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

[127] Клајн, Иван, Шипка, Милан. 2006. *Велики речник страних речи и израза*. Нови Сад: Прометеј.

[128] Kmiec, Keenan. 5/2004. The Original and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review* 92: 1441–1477.

[129] Kommers, Donald P., Miller, Russel. 2/2008. Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court. *Journal of Comparative Law* 3: 194–211.

[130] Кошутић, Будимир. 1/2007. Судски прецедент у праву Европске уније. *Анали Правног факултета у Београду* 55: 69–83.

[131] Kosař, David, Vyhnánek, Ladislav. 2020. The Constitutional Court of Czechia. 119–181. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[132] La Torre, Massimo. 2015. Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory. 3–13. *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, eds. Luis Pereira Coutingo, Massimo La Torre, Steven D. Smith. Dordrecht: Springer.

[133] La Torre, Massimo, Pattaro, Enrico, Taruffo, Michelle. 2016. Statutory Interpretation in the Italy. 213–256. *Interpreting Statutes*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. London–New York: Routledge.

[134] Lachmayer, Konrad. 2011. Austria. Constitutional Courts as Postitive Legislators. 251–264. *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, ed. Allan R. Brewer-Carias. Cambridge: Cambridge University Press.

[135] Lachmayer, Konrad. 8/2013. Constitutional Reasoning as Legitimacy of Constitutional Comparison. *German Law Journal* 14: 1463–1491.

[136] Ľalík, Tomáš. 2/2020. The Slovak Constitutional Court on Unconstitutional Constitutional Amendment (PL. ÚS 21/2014). *European Constitutional Law Review* 16: 328–343.

[137] Landfried, Christine. 2/1994. The Judicalization of Politics in Germany. *International Political Science Review* 15: 113–124.

[138] Lang, Andrej. 2020. Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court. 22–133. *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, eds. Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner, Andrei Lang. Cambridge: Cambridge University Press.

[139] Larenz, Karl. 1973. Der Richter als Gesetzgeber. 31–45. *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, eds. Claus Roxin, Hans-Jürgen Bruns, Herbert Jäger. Berlin–Boston: De Gruyter.

[140] Leigh Grove, Tara. 1/2015. The Lost History of the Political Question Doctrine. *William & Mary Law School Scholarship Repository* 90: 1908–1974.

[141] Leiter, Brian. 2010. American Legal Realism. 249–266. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis Patterson. Hoboken: Wiley–Blackwell.

[142] Leiter, Brian. 1/1995. Legal Indeterminacy. *Legal Theory* 4: 481–492.

[143] Leiter, Brian. 949/2013. Legal Realism, Old and New. *Valparaiso University Law Review* 47: 949–963.

[144] Leiter, Brian. 4/1999. Positivism, Formalism, Realism. *Columbia Law Review* 99: 1138–1164.

[145] Leiter, Brian, Coleman, Jules. 549/1993. Determinacy, Objectivity, and Authority. *University of Pennsylvania Law Review* 142: 549–637.

[146] Letsas, George. 2013. The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy. 106–141. *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context – Studies on Human Rights Conventions*, eds. Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein. Cambridge: Cambridge University Press.

[147] Liebwald, Doris. 2/2012. Law's Capacity for Cambridge University Press Vagueness. *International Journal for Semiotic of Law* 26: 391–423.

[148] Lijphart, Arend. 2/1969. Consociational Democracy. *World Politics* 21: 207–225.

[149] Лукић, Радомир Д. 1995. *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[150] Lucy, William. 2004. Adjudication. 206–267. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules Coleman, Scott Shapiro. New York: Oxford University Press.

[151] MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

[152] Mak, Elaine. 2015. Constitutional Review and Democracy in the Netherlands: Balancing Legislative and Judicial Powers in an Internationalized Legal Order. 185–205. *Constitutional Review and Democracy*, ed. Miodrag Jovanović. Hague: Eleven International Publishing.

[153] Марковић, Горан. 1/2011. Уставноправни положај „Осталих" у Босни и Херцеговини. *Годишњак Правног факултета* 2: 20–44.

[154] Марковић, Горан. 2021. *Уставно право*. Источно Сарајево: Завод за уџбенике и наставна средства.

[155] Марковић, Ратко. 2016. *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[156] Marmor, Andrei. 1/2007. Are Constitutions Legitimate?. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20: 69–94.

[157] Marmor, Andrei. 4/2008. The Pragmatics of Legal Language. *Ratio Juris* 21: 423–452.

[158] Marmor, Andrei. 2005. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford–Portland: Bloomsbury Publishing.

[159] McCarty, Thorne. 1997. Some Arguments About Legal Arguments. 215–224. *Proceedings of the 6th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, eds. John Zeleznikow, Dan Hunter, Karl Branting. New York: Association for Computing Machinery.

[160] McConnell, Michael. 1997. Textualism and the Dead Hand of the Past. *The George Washington Law Review* 66: 1127–1140.

[161] McWhinney, Edward. 1955. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review* 39: 837–851.

[162] Mill, John Stuart. 2008. *Considerations on Representative Government*. London: Serenity Publishers.

[163] Miller, David. 2003. *Political Philosphy. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

[164] Miller, Russell. 2/2004. Lords of Democracy: The Judicialization of 'Pure Politiccs' in the United States and Germany. *Washington and Lee Law Review* 61: 587–662.

[165] Möllers, Christoph. 2013. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press.

[166] Montesquieu, Charles. 2001. *The Spirit of Laws*. Kitchener: Batoche Books.

[167] Mouchette, Julien. 2020. The French Constitutional Council as law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law. 9–27. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[168] Mowbray, Alastair. 1/2005. The Creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 5: 57–79.

[169] Nardini, William J. 1/1999. Passive Activism and the Limits of Judicial Self- Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Sethon Hall Law Review* 30: 1–63.

[170] Navarro, Pablo E. 2001. Legal Reasoning and Systematization of Law. 251–277. *Pluralism and Law*, ed. Arend Soeteman. Dordrecht: Springer Science+Business Media.

[171] Navot, Suzie. 2007. Political Questions in the Court: Is "Judicial Self-Restraint" a Better Alternative than a "Non Justiciable" Approach?. 1–21. *VII World Congress of the International Association of Constitutional Law: Rethinking the Boundaries of Constitutional Law*, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367596*.

[172] Palazzo, Nausica. 2020б. Law-making power of the Constitutional Court of Italy. 46–70. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[173] Palazzo, Nausica. 4/2020a. "Judicial Activism" in Europe: Not a Neat and Clean Fit. *ICL – Vienna Journal on International Constitutional Law* 14: 399–422.

[174] Пантић, Драгомир, Павловић. 2007. Зоран, *Јавно мнење – концепт и компаративна истраживања*. Београд: Friedrich-Ebert-Stiftung и Институт друштвених наука.

[175] Papayannis, Diego. 2016. Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication. *Revus* 28, *https://journals.openedition.org/revus/3546*, последњи приступ 15. јануара 2023.

[176] Parodi, Giampaolo. 2011. Italian Constitutional Court as Positive Legislator. 603–622. *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, ed. Allan R. Brewer-Carias. Cambridge: Cambridge University Press.

[177] Peczenik, Aleksander. 2008. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer.

[178] Pereira Coutinho, Luis, La Torre, Massimo, Smith, Steven D. 2015. Preface. 5–8. *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, eds. Luis Pereira Coutingo, Massimo La Torre, Steven D. Smith. Dordrecht: Springer.

[179] Perelman, Haim. 1983. *Pravo, moral i filozofija*. Beograd: Nolit.

[180] Pinelli, Cesare. 8/2013. Constitutional Reasoning and Political Deliberation. *German Law Journal* 14: 1171–1181.

[181] Pino, Giorgio. 1/2020. Norme inespresse. *Analisi e Diritto* 20: 93–126.

[182] Ponthoreau, Marie-Claire, Hourquebie, Fabrice. 2/2008. The French Conseil Constitutionnel: An Evolving Form of Constitutional Justice. *Journal of Comparative Law* 3: 269–284.

[183] Poscher, Ralf. 2016. An intentionalist account of vagueness: A legal perspective. 65–94. *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, eds. Geert Keil, Ralf Poscher. Oxford: Oxford University Press.

[184] Posner, Richard A. 2/1986-1987. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review* 37: 179–217.

[185] Posner, Richard A. 86/1988. The Jurisprudence of Skepticism. *Michigan Law Review* 86: 827–891.

[186] Posner, Richard A. 1/1983. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal* 59: 1–24.

[187] Posner, Richard A. 3/2012. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review* 100: 519–556.

[188] Posner, Richard A. 1999. *The Federal Courts. Challenge and Reform*. Cambridge–London: Harvard University Press.

[189] *Правна енциклопедија*. 1985. том II. Београд: Савремена администрација.

[190] Pritam, Baruah. 2018. Are there Are There Any Interpretative Concepts?. 130–158. *Dignity in the Legal and Political Philosophy of Ronald Dworkin*, eds. Salman Khurshid, Lokendra Malik, Veronica Rodriguez-Blanco. New Delhi: Oxford University Press.

[191] Радбрух, Густав. 2016. *Филозофија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[192] Rawls, John. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

[193] Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. New York: Oxford University Press.

[194] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. London: Oxford University Press.

[195] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.

[196] Revorio, Francisco Javier Díaz. 2001. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.

[197] Rupp, Hans G. 1960. Some Remarks on Judicial Self-restraint. *Ohio State Law Journal* 21: 503–515.

[198] Sajo, András. 1999. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest: Central European University Press.

[199] Samaha, Adam. 2008. Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 194: 1–63.

[200] Scalia, Antonin. 1997. *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.

[201] Schauer, Frederic. 2012. Is Defeasibility an Essential Property of Law?. 1–17. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, eds. Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti. Oxford: Oxford University Press, *http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf*, последњи приступ: 14. априла 2023.

[202] Schauer, Frederic. 2010. Is There Psychology of Judging?. 103–120. *The Psychology of Judicial Decision-Making*, eds. David Klein, Gregory Mitchell. Oxford: Oxford University Press.

[203] Schauer, Frederic. 3-4/2003. Neutrality and Judicial Review. *Law and Philosophy* 22: 217–240.

[204] Schauer, Frederic. 1982. An Essay on Constitutional Language. *UCLA Law Review* 29: 797–832.

[205] Schauer, Frederic. 1-2/1985. Easy Cases. *Southern California Law Review* 58: 399–440.

[206] Schauer, Frederic. 4/1995. Giving Reasons. *Stanford Law Review* 47: 633–659.

[207] Schauer, Frederic. 2009. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge–London: Harvard University Press.

[208] Schmitt, Carl. The Guardian of the Constitution. 79–124. *The Guardian of the Constitution. Hans Kelzen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, ed. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press.

[209] Schmitt, Carl. 1931. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

[210] Segal, Jeffrey. 2008. Judicial Behavior. 19–33. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith Whittington, Daniel Kelemen, Gregory Caldeira. Oxford: Oxford University Press.

[211] Shapiro, Scott. 2007. The 'Hart–Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed. 22–55. *Ronald Dworkin*, ed. Arthur Ripstein. Cambridge: Cambridge University Press.

[212] Sherwin, Emily. 2010. Features of Judicial Reasoning?. 121–130. *The Psychology of Judicial Decision-Making*, eds. David Klein, Gregory Mitchell. Oxford: Oxford University Press.

[213] Simon, Dan. 2/2004. A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making. *University of Chicago Law Review* 71: 511–586.

[214] Simon, Larry. 1/1985. The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation. *Southern California Law Review* 58: 603–646.

[215] Skinner, Gwynne. 29/2014. Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The 'Political Question Doctrine' as a Justiciability Doctrine. *Journal of Law and Politis* 29: 427–480.

[216] Slocum, Brian. 2015. *Ordinary Meaning. A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*. Chicago–London: University of Chicago Press.

[217] Smilov, Daniel. 2012. The Judiciary: The Least Dangerous Branch?. 859–873. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld, András Sajo. Oxford: Oxford University Press.

[218] Smith, Steven D. 2015. Judicial Activism and "Reason". 21–30. *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, eds. Luis Pereira Coutingo, Massimo La Torre, Steven D. Smith. Dordrecht: Springer.

[219] Solum, Lawrence. 2010. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary* 27: 95–118.

[220] Спаић, Бојан. 2/2010. О суштинској спорности појма права: Галијев оквир примењен на појам права. *Анали Правног факултета у Београду* 58: 213–234.

[221] Spaić, Bojan. 1/2021. Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava i stvaranja prava. *Pravni zapisi* 12: 29–61.

[222] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia* 27: 27–44.

[223] Spaić, Bojan. 2020a. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[224] Spaić, Bojan. 2020b. *Tumačenje prava u okviru hermeneutike Emilia Betija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[225] Spigno, Irene. 2018. Additive Judgments. A Way to Make the Invisible Content of the Italian Constitution Visible. 457–481. *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, eds. Rosalind Dixon, Adrienne Stone. Cambridge: Cambridge University Press.

[226] Stone Sweet, Alec. 1/2002. Constitutional Courts and Parliamentary Democracy. *West European Politics* 25: 77–100.

[227] Stone Sweet, Alec. 5/2012. The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering. *Cardozo Law Review* 33: 1859–1868.

[228] Stone Sweet, Alec. 10/2007. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Review* 8: 915–927.

[229] Stone Sweet, Alec. 2002. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press.

[230] Stone, Martin. 2004. Formalism. 166–205. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules Coleman, Scott Shapiro. New York: Oxford University Press.

[231] Summers, Robert, Taruffo, Michelle. 2016. Interpretation and Comparative Analysis. 461–510. *Interpreting Statutes*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. London–New York: Routledge.

[232] Sunstein, Cass. 4/1995. Problems with Rules. *California Law Review* 83: 953–1026

[233] Sunstein, Cass. 2015. *Constitution Personae: Heroes, Mutes, Minimalists*, *Soldiers*. Oxford: Oxford University Press.

[234] Tarello, Giovanni. 2013. *La interpretacion de la Ley*. Lima: Palestra Editores.

[235] Tirapu Sanuy, Josep Maria. 2021. *Territorial participation in the appointment of constitutional judges. The case of the Spanish Constitutional Court*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

[236] Tuleja, Piotr. 2020. The Polish Constitutional Tribunal. 619–672. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[237] Tushnet, Mark. 2019. Comparative Constitutional Law. 1193–1221. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press.

[238] Farahat, Anuscheh. The German Federal Constitutional Court. 279–355. *Constitutional Adjudication: Institutions*, eds. Armin Von Bogdany, Peter M. Huber, Christoph Grabenwarter. Oxford: Oxford University Press.

[239] Fasone, Cristina. 2014. Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective. *EUI Working Papers* 25: 1–51.

[240] Ferrajoli, Luigi. 18/2012. La democrazia constituzionale. *Revus*, *https://journals.openedition.org/revus/2291*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[241] Ferreres Comella, Victor. 2003-2004. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review* 82: 1705–1736.

[242] Feteris, Eveline. 2017. *Fundamentals of Legal Argumentation*. *A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht: Springer.

[243] Fiss, Owen. 4/1982. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review* 34: 739–763.

[244] Florczak-Wątor, Monika. 2020a. European constitutional courts as law-makers: research synthesis. 245–265. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[245] Florczak-Wątor, Monika. 2020б. Introduction. 1–5. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[246] Florczak-Wątor, Monika. 2/2017. The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State. *ICLR* 17: 39–53.

[247] Franck, Thomas. 1992. *Political Questions / Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs*. Princeton: Princeton University Press.

[248] Freeley, Austin J. 2008. Steinberg, David L., *Argumentation and debate*. *Critical Thinking for Reasoned Decision Making*. Boston: Cengage Learning.

[249] Fuller, Lon L. 4/1958. Positivism and Fidelity to Law: A Replay to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 593–629.

[250] Hasanbegović, Jasminka. 2021. *Ka filozofiji prava kao filozofiji ljudskih prava*. Beograd: Dosije.

[251] Хасанбеговић, Јасминка. 2006. *Перлеманова правна логика као нова реторика*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

[252] Hadži Stević, Brano. 1/2023. Test proporcionalnosti u doba epidemije: ljudska prava versus javno zdravlje. *Strani pravni život* 67: 17–43.

[253] Hailbronner, Michaela, Martini, Stefan. 2017. The German Federal Constitutional Court. 356–393. *Comparative Constitutional Reasoning*, eds. András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzovich. Cambridge: Cambridge University Press.

[254] Harrison, John. 2/2017. The Political Question Doctrines. *American University Law Review* 67: 457–528.

[255] Харт, Херберт. 2015. *Огледи из јурисприденције и филозофије*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник.

[256] Харт, Херберт. 2013. *Појам права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник.

[257] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.

[258] Hart, Herbert. 2/2013b. Discretion. *Harvard Law Review* 127: 652–665.

[259] Härtel, Ines. 2011. Germany. Constitutional Courts as Positive Legislators. 497–520. *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, ed. Allan R. Brewer-Carias. Cambridge: Cambridge University Press.

[260] Хејвуд, Ендру. 2004. *Политика*. Београд: Clio.

[261] Henkin, Louis. 5/1976. Is There a Political Question Doctrine?. *The Yale Law Journal* 85: 597–625.

[262] Hildebrandt, Mireille. 2023. Conclusions: Legal Protection's Dependencies on Text-driven Normativity. 118–137. *Research on Text-Driven Law*, eds. Laurence Diver *et al*. Brussels: COHUBICOL.

[263] Hirschl, Ran. 2/2006. The New Constitutionalism and the Judicalization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75: 721–754.

[264] Höffe, Otfried. 2/1999. Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt. *Der Staat* 38: 171–193.

[265] Holmes, Oliver Wendell. 8/1897. The Path of Law. *Harvard Law Review* 10: 457–478.

[266] Cappelletti, Mauro. 1/1981. The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis. *The Monash University Law Review* 8: 15–67.

[267] Castillo-Ortiz, Pablo. 2020. The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions. *Law and Philosophy* 39: 617–655.

[268] Cepeda Espinosa, Manuel José, Landau, David. 2017. *Columbian Constiutional Law. Leading Cases*. Oxford: Oxford University Press.

[269] Chemerinsky, Erwin. 4/2001. Bush v. Gore Was Not Justiciable. *Notre Dame Law Review* 76: 1093–1112.

[270] Chemerinsky, Erwin. 1987. *Interpreting the Constitution*. New York–Westport–London: PRAEGER.

[271] Collings, Justin. 2015. *Democracy Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951–2001*. Oxford: Oxford University Press.

[272] Wahlgren, Peter. 2000. Legal Reasoning. A Jurisprudential Model. *Stockholm Institute for Scandinavian Law* 40: 199–282.

[273] Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

[274] Waldron, Jeremy. 6/2006. The Core Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* 115: 1346–1406.

[275] Waldron, Jeremy. 3/1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review* 82: 509–540.

[276] Waldron, Jeremy. 1999. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Oxford University Press.

[277] Walton, Douglas, Macagno, Fabrizio, Sartor. 2021. Giovanni, *Statutory Interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press.

[278] Weber, Ruth. 2020. Law-making activity of the German Federal Constitutional Court. 28–45. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[279] Whittington, Keith. 2008. Constitutionalism. 281–299. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith Whittington, Daniel Kelemen, Gregory Caldeira. Oxford: Oxford University Press.

[280] Whittington, Keith, Kelemen, Daniel, Caldeira, Gregory. 2008. The Study of Law and Politics. 3–16. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, eds. Keith Whittington, Daniel Kelemen, Gregory Caldeira. Oxford: Oxford University Press.

[281] Whittington, Keith. 2019. *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*. Kansas City: University Press of Kansas.

[282] Wojtyczek, Krzysztof. 2020. The European Court of Human Rights and judicial law-making. 221–241. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, ed. Monika Florczak-Wątor. New York: Routledge.

[283] Wolfe, Christopher. 1986. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. New York: Basic Books.

[284] Wroblewski, Jerzy. 45/1969. Legal Reasoning in Legal Interpretaion. *Logique et Analyse* 12: 3–31.

Судске одлуке

[1] Друга делимична одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/98, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12207.pdf*, последњи приступ 22. јула 2023.

[2] Одлука Апелационог суда Сједињених Држава за Десети Округ, *A. M. ex rel. F. M. v. Holmes*, 830 F.3d 1123, *https://casetext.com/case/am-v-holmes*, последњи приступ 10. фебруара 2023.

[3] Одлука Апелационог суда Сједињених Држава за Округ Колумбија, *PDK Laboratories Inc. v. United States Drug Enforcement Administration*, *https://casetext.com/case/pdk-laboratories-inc-v-usdea*, последњи приступ 19. априла 2023.

[4] Одлука Апелационог суда у Њујорку, *Riggs v. Palmer*, *https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm*, последњи приступ 20. фебруара 2023.

[5] Одлука Високог суда правде Енглеске и Велса, *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, *https://www.iclr.co.uk/wp-content/uploads/media/vote/1915-1945/McCarthy_kb1924-1-256. pdf*, последњи приступ 21. новембра 2022.

[6] Одлука Врховног суда Бразила HC-124306/RJ, *https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/06/Brazilian-Abortion-Ruling-Translation.pdf*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[7] Одлука Врховног суда Израела, *Ressler v. Minister of Defense*, *https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/ressler-v-minister-defence*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[8] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Baker v. Carr* (1961), *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep369/usrep369186/usrep369186.pdf*, последњи приступ 12. децембра 2022.

[9] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Brown vs Board of Education* (1954), *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[10] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Estelle T. Griswold et al. Appellants v. State of Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479*, последњи приступ 11. децембра 2022.

[11] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-6696P.ZO*, последњи приступ 9. децембра 2022.

[12] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Marbury vs. Madison* (1803), *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[13] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Nixon v. United States* (1974), *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep418/usrep418683/usrep418683.pdf*, последњи приступ 12. децембра 2022.

[14] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *Teleprompter Corp. V. CBS*, 415 U.S. 394 (1974), *https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/394.html*, последњи приступ 15. јануара 2023.

[15] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *United States v. Butler,* 297 U.S. 1 (1936), *https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep297/usrep297001/usrep297001.pdf*, последњи приступ 27. децембра 2022.

[16] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *United States v. Carolene Products Co.,* 304 U.S. 144 (1938), *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144*, последњи приступ 11. новембра 2022.

[17] Одлука Врховног суда Сједињених Држава, *United States v. Kirby*, 74 U.S. 482 (1868), *https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/482*, последњи приступ 22. јануара 2023.

[18] Одлука Европског суда за људска права, *Artico v. Italy*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424*, последњи приступ 16. марта 2023.

[19] Одлука Европског суда за људска права, *Bayatyan v. Armenia*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611*, последњи приступ 15. марта 2023.

[20] Одлука Европског суда за људска права, *Chassagnou and Others v. France*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58288*, последњи приступ 10. фебруара 2022.

[21] Одлука Европског суда за људска права, *Golder v. The United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496*, последњи приступ 16. марта 2023.

[22] Одлука Европског суда за људска права, *Matthews v. The United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58910*, последњи приступ 15. марта 2023.

[23] Одлука Европског суда за људска права, *Pretty v. the United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448*, последњи приступ 15. марта 2023.

[24] Одлука Европског суда за људска права, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549*, последњи приступ 15. марта 2023.

[25] Одлука Европског суда за људска права, *Soering v. The United*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619*, последњи приступ 15. марта 2023.

[26] Одлука Европског суда за људска права, *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72015*, последњи приступ 15. марта 2022.

[27] Одлука Европског суда за људска права, *Stanford v. The United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60486*, последњи приступ 15. марта 2023.

[28] Одлука Европског суда за људска права, *Szabó and Vissy v. Hungary*, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160020*, последњи приступ 30. јула 2023.

[29] Одлука Европског суда за људска права, *Tyrer v. The United Kingdom*, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57587*, последњи приступ 15. марта 2023.

[30] Одлука Европског суда за људска права, *X and Y v. Netherlands*, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57603*, последњи приступ 16. марта 2023.

[31] Одлука Европског суда за људска права, *Zakharov v. Russia*, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159324*, последњи приступ 30. јула 2023.

[32] Одлука Европског суда за људска права, *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, *https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-96495*, последњи приступ 15. марта 2023.

[33] Одлука Европског суда правде, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, 1978, ECR 629, 106/77, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61977CJ0106*, последњи приступ: 25. новембра 2022.

[34] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 1 BvL 11/14, 1 BvL 12/14, 1 BvL 1/15, 1 BvR 639/11, 1 BvR 889/12, *https://www.iww.de/quellenmaterial/id/200583* и *https://research.wolterskluwer-online.de/document/7b57ca4f-a32e-4894-8b47-0de548a5ac3c*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[35] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 1 BvL 7/18, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/02/ls20230201_1bvl000718en.html;jsessionid=3D648A426AAF5EE48E9E2A057B6ABC13.internet952*, последњи приступ 15. маја 2023.

[36] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 1 BvR 2142/11, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/12/rs20141216_1bvr214211.html*, последњи приступ 10. априла 2023.

[37] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 1 BvR 3262/07, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/07/rs20080730_1bvr326207.html*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[38] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 2 BvE 2/08, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html*, последњи приступ 12. децембра 2022.

[39] Одлука Савезног уставног суда Немачке, 2 BvL 1/07, *https://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20081209_2bvl000107.html*, последњи приступ 11. маја 2023.

[40] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 101, 312, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv101312*, последњи приступ 10. априла 2023.

[41] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 103, 111, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv103111*, последњи приступ 16. децембра 2022.

[42] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 103, 242, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv103242*, последњи приступ 15. маја 2023.

[43] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 112, 164, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv112164*, последњи приступ 10. априла 2023.

[44] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 114, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv114001*, последњи приступ 19. маја 2023.

[45] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 120, 274, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv120274*, последњи приступ 25. марта 2023.

[46] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BverfGE 125, 175 *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv125175*, последњи приступ 20. марта 2023.

[47] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 16, 130: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv016130*, последњи приступ 28. новембра 2022.

[48] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 2, 1: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv002001*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[49] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 24, 300, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv024300*, последњи приступ 10. новембра 2022.

[50] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 3, 52, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv003052*, последњи приступ 22. децембра 2022.

[51] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 30, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv030001*, последњи приступ 27. јануара 2023.

[52] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 32, 54, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv032054*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[53] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 33, 171, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv033171*, последњи приступ 30. маја 2023.

[54] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 34, 269, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv034269*, последњи приступ 6. маја 2023.

[55] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 36, 1, *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036001.html*, последњи приступ 11. децембра 2022.

[56] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 39, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv039001*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[57] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 39, 169, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv039169*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[58] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 4, 157: *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv004157*, последњи приступ 5. фебруара 2023.

[59] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 4, 219, *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv004219.html#234*, последњи приступ 10. децембра 2022.

[60] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 4, 7, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv004007*, последњи приступ 10. фебруара 2023.

[61] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 54, 143 *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv054143*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[62] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 55, 349, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv055349*, последњи приступ 5. децембра 2022.

[63] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 6, 55, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv006055*, последњи приступ 11. маја 2023.

[64] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 62, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv062001*, последњи приступ 5. фебруара 2023.

[65] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 65, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv065001*, последњи приступ 27. јануара 2023.

[66] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 65, 182, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv065182*, последњи приступ 6. маја 2023.

[67] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 7, 198, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv007198*, последњи приступ 30. јануара 2023.

[68] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BverfGE 7, 377, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv007377*, последњи приступ 25. маја 2023.

[69] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 71, 108, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv071108*, последњи приступ 23. априла 2023.

[70] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 73, 206, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv073206*, последњи приступ 5. фебруара 2023.

[71] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 77, 137, *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv077137.html*, последњи приступ 15. децембра 2022.

[72] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 8, 71, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv008071*, последњи приступ 10. априла 2023.

[73] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 80, 137, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv080137*, последњи приступ 29. јануара 2023.

[74] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 81, 363, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv081363*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[75] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 86, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv086001*, последњи приступ 25. маја 2023.

[76] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 88, 203, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv088203*, последњи приступ 11. маја 2023.

[77] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 90, 286, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv090286*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[78] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 91, 148, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv091148*, последњи приступ 10. фебруара 2023.

[79] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 93, 121, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv093121*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[80] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 95, 64, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv095064*.

[81] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BverfGE 96, 375, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv096375*, последњи приступ 20. априла 2023.

[82] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 99, 341, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv099341*, последњи приступ 10. априла 2023.

[83] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE 6, 32, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv006032*, последњи приступ 25. марта 2023.

[84] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE, 69, 1, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv069001*, последњи приступ 28. јануара 2023.

[85] Одлука Савезног уставног суда Немачке, BVerfGE, 86, 288, *https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv086288*, последњи приступ 10. марта 2023.

[86] Одлука Уставног већа Врховног суда Венецуеле, 2750/2003, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2750-211003-03-1989.HTM*, последњи приступ 5. априла 2023.

[87] Одлука Уставног већа Врховног суда Венецуеле, 565/2008, *https://vlexvenezuela.com/vid/procuradora-general-rep-blica-283324951*, последњи приступ 5. априла 2023.

[88] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 11.196/1986, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10138789_86G00119_00/JFT_10138789_86G00119_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[89] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 12.420/1990, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10099371_90G00081_00/JFT_10099371_90G00081_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[90] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 14.473/1996, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_10039686_94B02113_00/JFT_10039686_94B02113_00.html*, последњи приступ 27. априла 2023.

[91] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 16.294/2001, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988999_01G00224_00/JFT_09988999_01G00224_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[92] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 16.327/2001, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988989_00G00012_00/JFT_09988989_00G00012_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[93] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 16.929/2003, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09969372_02G00208_00/JFT_09969372_02G00208_00.html*, последњи приступ 15. априла 2023.

[94] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 2455/1952, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19521216_52G00017_00/JFT_19521216_52G00017_00.html*, последњи приступ 20. марта 2023.

[95] Одлука Уставног суда Аустрије, VfSlg 5318/1966, *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_19660630_66G00006_00/JFT_19660630_66G00006_00.pdf*, последњи приступ 20. марта 2023.

[96] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-1055/21, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-1055-21-1338264.pdf*, последњи приступ 10. маја 2023.

[97] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-1643/20, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-1643-20-1270687.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[98] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-209/20, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-209-20-1234775.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[99] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-2190/13, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2190-13-753164.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[100] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-2307/17, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-2307-17-1179906.pdf*, последњи приступ 10. маја 2023.

[101] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-2391/07, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2391-07-386223.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[102] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-2821/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-2821-09-328280.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023.

[103] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-3051/14, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-3051-14-718926.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[104] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-39/03, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-39-03-21673.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[105] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-854/04, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-854-04-54181.pdf*, последњи приступ 20. јула 2023.

[106] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, АП-2055/23, *https://www.ustavnisud. ba/uploads/odluke/AP-2055-23-1384580.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[107] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, АП-238/20, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-238-20-1280226.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[108] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, АП-3234/18, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-3234-18-1207810.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[109] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, АП-4749/15, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-4749-15-1016101.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[110] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, У-10/16, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-16-1050354.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[111] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, У-44/01, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-44-01-12280.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[112] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, привремена мера, У-5/23, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-23-1372632.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[113] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-1/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-09-263839.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[114] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-1/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-11-508705.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[115] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-1/99, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-99-12354.pdf* и *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-1-99-12355.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[116] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-10/05, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-05-31024.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[117] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-10/14, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-14-676170.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[118] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-10/16, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-10-16-1057343.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[119] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-106/03, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-106-03-26086.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[120] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-12/08, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-12-08-235709.pdf*, последњи приступ 10. јуна 2023.

[121] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-12/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-12-09-342328.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[122] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-12/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/U-12-11-457655.pdf*, последњи приступ 10. јула 2023.

[123] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-14/02, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-02-12555.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[124] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-14/04, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-04-51358.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[125] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-14/05, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-14-05-53536.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

[126] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-15/03, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-03-25016.pdf*, последњи приступ 10. маја 2023.

[127] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-15/08, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-08-274274.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[128] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-15/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-09-328257.pdf*, последњи приступ 3. августа 2023.

[129] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-15/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-11-490152.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[130] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-15/99, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-15-99-12402.pdf*, последњи приступ 5. јула 2023.

[131] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-16/00, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-16-00-12163.pdf*, последњи приступ 26. јула 2023.

[132] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-16/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-16-11-508743.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[133] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-19/00, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-19-00-12225.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[134] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-2/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-2-11-437009.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[135] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-2/22, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-2-22-1323203.pdf*, последњи приступ 5. август 2023.

[136] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-21/16, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-21-16-1077771.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[137] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-22/22, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-22-22-1371995.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

[138] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-23/00, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-23-00-12364.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[139] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-26/01, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-26-01-51291.pdf*, последњи приступ 25. јула 2023.

[140] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-27/01, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-27-01-12211.pdf*, последњи приступ 12. јула 2023.

[141] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-28/13, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-28-13-734875.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023.

[142] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-28/14, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-28-14-1015265.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[143] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-29/13, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-29-13-648096.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

[144] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-3/04, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-04-51327.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[145] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-3/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-11-437013.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[146] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-3/13, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-3-13-1017392.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[147] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-32/01, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-32-01-12224.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[148] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-4/05, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-4-05-26928.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[149] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-44/01, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-44-01-12267.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[150] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/04, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-04-71799.pdf*, последњи приступ 1. августа 2023.

[151] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-09-290456.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[152] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/16, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-16-1315307.pdf*, последњи приступ 5. август 2023.

[153] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/99, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-99-12369.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[154] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-6/06, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-06-162192.pdf*, последњи приступ 30. јула 2023.

[155] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-6/08, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-08-235705.pdf*, последњи приступ 3. августа 2023.

[156] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-6/12, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-12-508873.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[157] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-6/20, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-6-20-1252029.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[158] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/05, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-05-53541.pdf*, последњи приступ 28. јула 2023.

[159] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/10, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-10-386213.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[160] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/12, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-12-545884.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[161] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/16, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-16-1062316.pdf*, последњи приступ 12. јула 2023.

[162] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/21, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-21-1291974.pdf*, последњи приступ 15. јула 2023.

[163] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-7/97, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-97-12105.pdf*, последњи приступ 26. јула 2023.

[164] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-8/04, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-04-51335.pdf*, последњи приступ 2. августа 2023.

[165] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-8/17, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-17-1102442.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[166] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-8/19, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-8-19-1212620.pdf*, последњи приступ 20. јула 2023.

[167] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-9/00, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-00-12134.pdf*, последњи приступ 24. јула 2023.

[168] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-9/09, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-09-386218.pdf*, последњи приступ 29. јула 2023.

[169] Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-9/11, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-9-11-457661.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[170] Одлука Уставног суда Италије, 1/1956, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1956&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 11. фебруара 2023.

[171] Одлука Уставног суда Италије, 1/2013, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2013&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 15. јануара 2023.

[172] Одлука Уставног суда Италије, 1/2014, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2014&numero=1&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 21. маја 2023.

[173] Одлука Уставног суда Италије, 10/2010, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2010&numero=10&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 19. маја 2023.

[174] Одлука Уставног суда Италије, 10/2015, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2015&numero=10&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 25. фебруара 2023.

[175] Одлука Уставног суда Италије, 108/1974, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1974&numero=108&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 23. априла 2023.

[176] Одлука Уставног суда Италије, 109/1986, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1986&numero=109&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 20. априла 2023.

[177] Одлука Уставног суда Италије, 11/1979, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1979&numero=11&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 15. априла 2023.

[178] Одлука Уставног суда Италије, 1146/1988, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1988&numero=1146&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 22. фебруара 2023.

[179] Одлука Уставног суда Италије, 132/2020, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2020&numero=132&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 30. маја 2023.

[180] Одлука Уставног суда Италије, 134/2012, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2012&numero=134&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 5. јула 2023.

[181] Одлука Уставног суда Италије, 143/1997, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1997&numero=143&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 15. априла 2023.

[182] Одлука Уставног суда Италије, 15/1969, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1969&numero=15&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 8. маја 2023.

[183] Одлука Уставног суда Италије, 15/1982, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1982&numero=15&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O*, последњи приступ 10. марта 2023.

[184] Одлука Уставног суда Италије, 151/1967, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1967&numero=151&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023.

[185] Одлука Уставног суда Италије, 16/1978, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1978&numero=16&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023.

[186] Одлука Уставног суда Италије, 17/1965, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1965&numero=17&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 30. маја 2023.

[187] Одлука Уставног суда Италије, 170/1984, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1984&numero=170&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. марта 2023.

[188] Одлука Уставног суда Италије, 2/1998, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1998&numero=2&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[189] Одлука Уставног суда Италије, 207/2018, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2018&numero=207&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[190] Одлука Уставног суда Италије, 208/2012, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2012&numero=208&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 23. априла 2023.

[191] Одлука Уставног суда Италије, 212/1986, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1986&numero=212&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 2. марта 2023.

[192] Одлука Уставног суда Италије, 215/1987, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1987&numero=215&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 8. маја 2023.

[193] Одлука Уставног суда Италије, 222/2018, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2018&numero=222&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 22. фебруара 2023.

[194] Одлука Уставног суда Италије, 223/2012, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2012&numero=223&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 19. маја 2023.

[195] Одлука Уставног суда Италије, 236/2016, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2016&numero=236&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 23. априла 2023.

[196] Одлука Уставног суда Италије, 242/2019, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=242&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[197] Одлука Уставног суда Италије, 246/2019, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=246&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 21. маја 2023.

[198] Одлука Уставног суда Италије, 27/1975, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1975&numero=27&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 15. априла 2023.

[199] Одлука Уставног суда Италије, 299/2005, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2005&numero=299&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 12. априла 2023.

[200] Одлука Уставног суда Италије, 316/2001, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2001&numero=316&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 12. априла 2023.

[201] Одлука Уставног суда Италије, 322/1998, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1998&numero=322&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[202] Одлука Уставног суда Италије, 339/2009, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2009&numero=339&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[203] Одлука Уставног суда Италије, 348/2007, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=348&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[204] Одлука Уставног суда Италије, 356/1996, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1996&numero=356&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[205] Одлука Уставног суда Италије, 379/2007, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=379&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. априла 2023.

[206] Одлука Уставног суда Италије, 383/1992, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1992&numero=383&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[207] Одлука Уставног суда Италије, 40/2019, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2019&numero=40&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. новембра 2022.

[208] Одлука Уставног суда Италије, 409/1989, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=409&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 25. фебруара 2023.

[209] Одлука Уставног суда Италије, 42/1977, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1977&numero=42&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[210] Одлука Уставног суда Италије, 420/1991, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1991&numero=420&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 27. априла 2023.

[211] Одлука Уставног суда Италије, 422/1995, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1995&numero=422&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023.

[212] Одлука Уставног суда Италије, 440/1995, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1995&numero=440&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. марта 2023.

[213] Одлука Уставног суда Италије, 497/1988, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1988&numero=497&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 2. марта 2023.

[214] Одлука Уставног суда Италије, 50/1989, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1989&numero=50&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[215] Одлука Уставног суда Италије, 63/1966, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1966&numero=63&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. јула 2023.

[216] Одлука Уставног суда Италије, 64/1970, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1970&numero=64&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 10. јула 2023.

[217] Одлука Уставног суда Италије, 70/1994, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1994&numero=70&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 20. априла 2023.

[218] Одлука Уставног суда Италије, 78/2007, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2007&numero=78&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 5. марта 2023.

[219] Одлука Уставног суда Италије, 8/1956, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1956&numero=8&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 3. јула 2023.

[220] Одлука Уставног суда Италије, 80/2010, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2010&numero=80&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 28. марта 2023.

[221] Одлука Уставног суда Италије, 91/2004, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2004&numero=91&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 12. априла 2023.

[222] Одлука Уставног суда Италије, 97/2021, *https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2021&numero=97&tipoView=P&tipoVisualizzazione=0*, последњи приступ 30. маја 2023.

[223] Одлука Уставног суда Јужноафричке Републике, *State v. Makwanyane*, *http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf*, последњи приступ 22. децембра 2022.

[224] Одлука Уставног суда Колумбије, C-113/93, *https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm*, последњи приступ 15. маја 2023.

[225] Одлука Уставног суда Пољске, K 26/96, *https://prawo.money.pl/orzecznictwo/trybunal-konstytucyjny/orzeczenie;z;dnia;1997-05-28,k,26,96,350,orzeczenie.html*, последњи приступ 11. маја 2023.

[226] Одлука Уставног суда Пољске, K 4/99, *https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19991061215/T/D19991215L.pdf*, последњи приступ 30. маја 2023.

[227] Одлука Уставног суда Португалије, Acórdão No. 353/2012, *https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html*, последњи приступ 16. марта 2023.

[228] Одлука Уставног суда Португалије, Acórdão No. 474/95, *https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950474.html*, последњи приступ 5. априла 2023.

[229] Одлука Уставног суда Словачке, Pl. US 21/2014-96, *https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/0/PL_+US+21_2014.pdf/233a617c-4dfd-4151-8a6b-16d180b27111*, последњи приступ 25. марта 2023.

[230] Одлука Уставног суда Федерације Босне и Херцеговине, У-25/98, *https://www.ustavnisudfbih.ba/sr/open_page_nw.php?l=sr&pid=174*, последњи приступ 28. јула 2023.

[231] Одлука Уставног суда Чешке, Pl. US 27/09, *https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl%20US%2027-09.pdf* и *https://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html*, последњи приступ 25. марта 2023.

[232] Одлука Уставног суда Чешке, Pl. US 29/09, *http://www.cvce.eu/obj/ruling_by_the_czech_constitutional_court_ on_the_treaty_of_lisbon_3_november_2009-en-c746a974-58eb-4907-b022-c9f486b6c3d2.html*, последњи приступ 27. децембра 2022.

[233] Одлука Уставног суда Шпаније, SCT 101/2008, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6333*, последњи приступ 12. априла 2023.

[234] Одлука Уставног суда Шпаније, SCT 235/2007, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202*, последњи приступ 10. априла 2023.

[235] Одлука Уставног суда Шпаније, SCT 236/2007, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6203*, последњи приступ 15. маја 2023.

[236] Одлука Уставног суда Шпаније, SCT 42/2014, *https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E(2)% 20% 20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf*, последњи приступ 25. маја 2023.

[237] Одлука Уставног суда Шпаније, SCT 45/1989, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1251*, последњи приступ 15. маја 2023.

[238] Одлука Уставног суда Шпаније, STC 16/1982, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/58*, последњи приступ 25. марта 2023.

[239] Одлука Уставног суда Шпаније, STC 31/2010, *https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/31-2010,%20of%20June%2028.pdf*, последњи приступ 27. јула 2023.

[240] Одлука Уставног суда Шпаније, STC 76/1983, *http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/204*, последњи приступ 27. јула 2023.

[241] Прва делимична одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/98, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12200.pdf*, последњи приступ 20. јуна 2023, последњи приступ 22. јула 2023.

[242] Решење о неизвршењу одлуке, У-7/21, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-7-21-1338252.pdf*, последњи приступ 2. август 2023.

[243] Трећа делимична одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/98, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12209.pdf*, последњи приступ 23. јула 2023.

[244] Четврта делимична одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, У-5/98, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12216.pdf*, последњи приступ 23. јула 2023.

Правни акти

[1] Одлука високог представника о оснивању Суда БиХ. 2000. *https://www.ohr.int/decision-establishing-the-bih-state-court-4*, последњи приступ 25. јула 2023.

[2] Грађански законик Италије (*Codice Civille*). 1942. *https://www.madonnas.it/PISA/CORSI/TP/codice_civile.pdf*.

[3] Грађански законик Краљевине Шпаније. 1889. *https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Spain-Spanish-Civil-Code-2012-eng.pdf*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[4] Грађански законик Француске (*Code Civil*). 1804. *https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[5] Декларација о правима човека и грађанина. 1789. *https://constitutionnet.org/sites/default/files/declaration_of_the_rights_of_man_1789.pdf*.

[6] Европска конвенција о људским правима. *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_SRP*.

[7] Закон о држављанству БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине* 4/97, 13/99, 41/02, 6/03, 14/03, 82/05, 43/09 и 76/09.

[8] Закон о законодавству Новог Зеланда (*Legislation Act*). 2019. *https://www.legislation.govt.nz/act/public/2019/0058/latest/DLM7298125.html*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[9] Закон о прекршајима којима се повређују федерални прописи, *Службене новине Федерације БиХ* 9/96 и 29/00.

[10] Закон о прекршајима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 12/94, 16/95, 21/98 и 40/98.

[11] Закон о ратификацији Споразума о успостављању специјалних паралелних односа између Републике Српске и Републике Србије, *Службени гласник Републике Српске* 60/07.

[12] Закон о Савезном уставном суду Немачке (*Bundesverfassungsgerichtgesetz* – BVerGG). 1951. *https://www. bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1*, последњи приступ 23. јануара 2023.

[13] Закон о тумачењу закона Аустралије (*Acts Interpretation Act*). 1901. *https://www.legislation.gov.au/C1901A00002/latest/text*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[14] Закон о тумачењу Канаде (*Interpretation Act*). 1985. *https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-21/index.html*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[15] Закон о тумачењу Уједињеног Краљевства (*Interpretation Act*). 1978. *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[16] Закон Републике Италије бр. 219/2017. 2017. *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg*, последњи приступ 27. априла 2023.

[17] Закон Републике Италије бр. 87/1953. 1953. *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/istituzione/LEGGE_11_marzo_1953.pdf*, последњи приступ 12. фебруара 2023.

[18] Закон Републике Словачке бр. 195/2014. 2014. *https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2014/195/*, последњи приступ 25. марта 2023.

[19] Закона о Уставном суду Мађарске. 2011. *https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc/*, последњи приступ 27. априла 2023.

[20] Нацрт грађанског законика Србије. 2015. *https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf*, последњи приступ 19. новембра 2022.

[21] Одлука којом се доноси Закон о тужилаштву БиХ. 2002. *https://www.ohr.int/odluku-kojom-se-donosi-zakon-o-tuzilastvu-bosne-i-hercegovine/*, последњи приступ 5. јула 2023.

[22] Одлука високог представника којом се намеће Закон о платама и другим накнадама у судским и тужилачким институцијама на нивоу Босне и Херцеговине. 2005. *https://www.ohr.int/decision-enacting-the-law-on-salaries-and-other-compensations-in-judicial-and-prosecutorial-institutions-at-the-level-of-bosnia-and-herzegovina*, последњи приступ 1. августа 2023.

[23] Одлука којом се намеће Закон о државној граничној служби (*Decision imposing the Law on State Border Service*). 2000. *https://www.ohr.int/decision-imposing-the-law-on-state-border-service-4/*, последњи приступ 26. јула 2023.

[24] Одлука о изменама и допунама Пословника Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 26/01, 6/02 и 1/04.

[25] Одлука о допуни Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/odluka-o-dopuni-pravila-2024-sr_1718782333.pdf*, последњи приступ 19. јуна 2024.

[26] Одлука о измени Правила Уставног суда Босне и Херцеговине. 2023. *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/odluka-o-izmjeni-pravila-ustavnog-suda-19-3-2023-sr_1688403725.pdf*, последњи приступ 25. јуна 2023.

[27] Одлуку о наметању Закона о Суду Босне и Херцеговине. 2000. *https://www.ohr.int/decision-imposing-the-law-on-the-state-court-of-bih-4/*, последњи приступ 25. јула 2023.

[28] Општи оквирни споразум о миру у Босни и Херцеговини (Дејтонски мировни споразум). 1995. *http://ndcsarajevo.org/Dokumenti/Dejtonski-mirovni-sporazum.pdf*, последњи приступ 25. јула 2023.

[29] Органски закон о Уставном суду Краљевине Шпаније (*Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*). 1979. *https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con*, последњи приступ 15. маја 2023.

[30] Основни закон Савезне Републике Немачке (*Grundgesetz*). 1949. *https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[31] Пословник о раду Народне скупштине Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 66/20.

[32] Пословник Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 2/97, 16/99, 20/99.

[33] Правила Уставног суда Босне и Херцеговине. *Службени гласник БиХ* 22/14.

[34] Савезни уставни закон Аустрије (*Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG*). 1929. *https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138&FassungVom=1934-06-30*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[35] Устав Босне и Херцеговине. 1995. *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustav-sr_1611219965.pdf*, последњи приступ 15. јуна 2023.

[36] Устав Краљевине Низоземске. 1814. *https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[37] Устав Краљевине Шпаније. 1978. *https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf*, последњи приступ 25. маја 2024.

[38] Устав Републике Португалије. 1976. *https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005*, последњи приступ 25. маја 2024.

[39] Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05 и 48/11.

[40] Устав Републике Француске. 1958. *https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008*, последњи приступ 25. новембра 2022.

[41] Устав Хесена. 1946. *https://hessischer-landtag.de/sites/default/files/dateien/2023-02/HL_Verfassung_Booklet_Einzelseiten_191206.pdf*, последњи приступ 21. децембра 2022.

[42] Устав Чешке Републике. 1993. *https://www.psp.cz/en/docs/laws/1993/1.html*, последњи приступ 25. марта 2023.

[43] Устава Федерације Босне и Херцеговине. 1994. *https://www.ustavnisudfbih.ba/sr/dokumenti/ustav_precisceni_tekst.pdf*, последњи приступ 20. маја 2023.

[44] Уставни закон Италије бр. 1/1948. 1948. *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_SS_fonti_lc_09021948_n_1_rev.pdf*, последњи приступ 15. фебруара 2023.

[45] Уставни закон Италије бр. 1/1953. 1953. *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_SS_fonti_lc_11031953_n_1_rev.pdf*, последњи приступ 12. фебруара 2023.

[46] Уставни закон Републике Словачке бр. 161/2014. 2014. *https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2014/161/*, последњи приступ 25. марта 2023.

[47] Уставни закон Чешке Републике бр. 195/2009. 2009. *https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2009-195*, последњи приступ 25. марта 2023.

[48] Уставни закон Чешке Републике бр. 69/1998. 1998. *https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-69*, последњи приступ 25. марта 2023.

Интернет извори

[1] Билетн Уставног суда Босне и Херцеговине. 1997. *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/bilten-usbih-1997_1614689214.pdf*, последњи приступ 20. јула 2023.

[2] Britannica. Reasoning. *https://www.britannica.com/dictionary/reasoning*, последњи приступ 16. новембра 2022.

[3] Deutscher Bundestag – Wissenschaftlichen Dienste. 2009. Das Bundesverfassungsgericht. Kurzübersicht zu Entstehungsgeschichte und Funktion. *https://www.bundestag.de/resource/blob/411696/a9fa68af8c0222bbbd8e3296b68b0887/WD-1-056-09-pdf-data.pdf*, последњи приступ 24. јануара 2023.

[4] Duden. Rechstfindung. *https://www.duden.de/rechtschreibung/Rechtsfindung*, последњи приступ 8. маја 2023.

[5] Fortune magazine. 1947. *https://ia904508.us.archive.org/3/items/sim_fortune_1947-01_35_1/sim_fortune_1947-01_35_1.pdf*, последњи приступ 15. новембра 2023.

[6] Legal Reasoning and Interpretation. 1998. *https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-reasoning-and-interpretation/v-1*, последњи приступ 17. новембра 2022.

[7] Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation. 2010. *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf*, последњи приступ 15. новембра 2022.

[8] Мишљење о одређеним питањима у вези са функционисањем Уставног суда БиХ, бр. CDL-AD(2024)002-e. 2024. *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)002-e*, последњи приступ 15. јуна 2024.

[9] Practice Statement. 1966. *https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm*, последњи приступ 24. марта 2023.

[10] Савет за имплементацију мира. 1997. Закључци с Бонске конференције. *https://www.ohr.int/pic-summary-of-bonn-conclusions-3/*, последњи приступ 26. јула 2023.

[11] Савет за имплементацију мира. 1997. Сажетак Бонских закључака. *https://www.ohr.int/pic-summary-of-bonn-conclusions-4/*, последњи приступ 26. јула 2023.

[12] Савет за имплементацију мира. 1995. Закључци са Конференције о имплементацији мира, *https://www.ohr.int/pic-london-conclusions-9/*, последњи приступ 26. јула 2023.

[13] Саопштење с 144. пленарне седнице Уставног суда БиХ. 2024. *https://www.ustavnisud.ba/sr/144-plenarna-sjednica*, последњи приступ 15. јуна 2024.

[14] Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2001. Constitutionalism. *https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/*, последњи приступ 15. новембра 2022.

[15] Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2008. Definitions. *https://plato.stanford.edu/entries/definitions/*, последњи приступ 15. децембра 2022.

[16] The Brazilian Federal Supreme Courts Reaction to Bolsonaro. 2022. *https://verfassungsblog.de/the-brazilian-federal-supreme-courts-reaction-to-bolsonaro/*.

Биографија

Брано Хаџи Стевић је рођен 25. јануара 1997. године у Бијељини, Република Српска – Босна и Херцеговина. Држављанин је Републике Србије и Босне и Херцеговине. Дипломирао је на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву 27. јуна 2019. године. Награђен је Плакетом Универзитета у Источном Сарајеву за изузетан успех током студирања, те наградом за најбољег студента генерације.

Мастер студије на Правном факултету Универзитета у Београду је уписао у октобру 2019. године, на правно-теоријско модулу и теоријско-правном под-модулу и завршио септембра 2020. године, одбранивши мастер рад под насловом „Одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине као формални извори права“.

Новембра 2020. је уписао докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, на ужој научној области теорија државе и права, социологија права и филозофија права. Током докторских студија положио је први докторски испит (Теорија државе и права, Социологија права и Филозофија права), други докторски испит (Правно расуђивање и Правна херменеутика), израдио семинарски рад, објавио научни рад и одбранио пројекат докторске дисертације. Марта 2023. године одобрена му је израда докторске дисертације под називом „Правно расуђивање и судски активизам – случај Уставног суда Босне и Херцеговине).

Од новембра 2019. запослен је на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву у звању асистента, а од марта 2021. је у звању вишег асистента.

Аутор је десет научних радова.

ПРИЛОГ 1

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: **Брано Хаџи Стевић**

Број индекса: **ДС 8/2020**

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Правно расуђивање и судски активизам – случај Уставног суда Босне и Херцеговине“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

У Београду, 19. августа 2024. године

Брано Хаџи Стевић

ПРИЛОГ 2

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: **Брано Хаџи Стевић**

Број индекса: **ДС 8/2020**

Студијски програм: **право, ужа научна област теорија државе и права, социологија права и филозофија права**

Наслов рада: **„Правно расуђивање и судски активизам – случај Уставног суда Босне и Херцеговине“**

Ментор: **проф. др Горан Дајовић**

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао ради похрањивања у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 19. августа 2024. године

Брано Хаџи Стевић

ПРИЛОГ 3

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Правно расуђивање и судски активизам – случај Уставног суда Босне и Херцеговине“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио.

1. Ауторство (CC BY)

2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)

3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)

5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)

6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.

Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

У Београду, 19. августа 2024. године

Брано Хаџи Стевић

1**. Ауторство.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.