

Др Драган Стојановић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2

Рад примљен: 02.09.2014.

Рад прихваћен: 07.10.2014.

ПОКРЕТАЊЕ НОРМАТИВНЕ КОНТРОЛЕ ПРАВА У ЕВРОПСКОМ МОДЕЛУ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА**

Апстракт: У раду је анализиран проблем покретања *a posteriori* нормативне контроле права у европском моделу уставног правосуђа коме дају печат немачки и аустријски уставни суд. Истражени су начин и ефекти покретања како апстрактне нормативне контроле права тако и покретање уставног поступка од стране ординарног, редовног правосуђа. Због начина покретања, ова последња има карактер конкретне (инцидентне) нормативне контроле. Посебна пажња посвећена је *ex offio* поретању поступка, када уставни суд сам покреће поступак ради решавања прејудиционог питања. Овлашћени субјекти и обележја покретања уставног поступка у Републици Србији, са посебним указивањем на одступања од стандарда европског модела уставног правосуђа, изложена су како са нормативно-теоријског тако тако и са практичног становишта, на основу новије праксе Уставног суда Србије од доношења Устава од 2006. године.

Кључне речи: Уставни суд, апстрактна контрола, инцидентна контрола, покретање поступка, поступак *ex offio*.

1. Полазно становиште

Покретање поступка пред уставним судом принципијелно зависи од природе уставног спора: да ли је уставни спор претежно објективне или претежно субјективне природе? Тако се у поступку нормативне контроле питање овлашћених предлагача битно другачије поставља, него у случају поступања са уставним жалбама или уставним тужбама. Док апстрактна контрола уставности генералних норми има за главни циљ објективну

* stojand@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивања права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду од 2013-2018. године.

заштиту устава, дотле је одлучивање о уставним жалбама примарно усмерено на заштиту субјективне, конкретне индивидуалне правне позиције, која свој основ налази у „специфичном“ уставном праву, фундаменталним правним позицијама појединца које уживају посебну уставну заштиту. У првом случају круг овлашћених предлагача, државни органи и органи аутономних или самоуправних јединица, може се одредити шире или уже, зависно од тога да ли се жели свеобухватнија и чешћа или ограничена и спорадична контрола подуставног права. При томе, када судови, као део независне уставне гране власти, покрећу уставносудски поступак, увек се ради о тзв. инцидентној контроли норми. Код уставне жалбе, међутим, покретач поступка може бити само лице, физичко или правно, чије је уставом гарантовано право наводно повређено појединачним актом или радњом државе или другог јавноправног колективитета.

2. Покретање апстрактне нормативне контроле

Уставносудска нормативна контрола може се остваривати као апстрактна контрола, која је независна од конкретног спора, конкретне примене нормативног акта, или као конкретна (инцидентна) контрола, која се спроводи поводом неког конкретног спора који би требало редовно правосуђе да реши. Док је у првом случају уставност нормативног акта главно и једино питање уставносудске контроле, нормативни акт се оцењује *in abstracto*, дотле је у случају инцидентне контроле уставност нормативног акта претходно, прејудицијно или акцесорно питање од чијег решавања ће зависити начин решавања конкретног спора. Због тога се право на покретање инцидентне (конкретне) нормативне контроле додељује било свим судовима било највишим судским инстанцама у земљи.

Круг могућих покретача апстрактне контроле зависи, пре свега, од тога да ли је реч о децентрализованом (дифузној) или централизованом (концентрисаном) контроли, потом од тога када се контрола врши, да ли се ради о контроли *a priori* или претходној (превентивној) или о контроли *a posteriori*, односно накнадној контроли. Прва је изузетак, друга је правило уставног правосуђа.

За покретање апстрактне контроле норми важно је и питање облика државног уређења; да ли се ради о федерацији или унитарној држави? Да би се одржало важење федералног начела по коме „савезно право крши право федералних јединица“, нормативној контроли у федералној држави подлежу како нормативни акти федерације, тако и нормативни акти федералних јединица. Због тога се као покретачи поступка апстрактне нормативне контроле појављују не само федерални политички органи,

савезни парламент и савезна влада, него и органи федералних јединица. Органи федерације начелно покрећу поступак против нормативних аката федералних јединица, а органи федералних јединица против нормативних аката савезне државе.

Када је реч о унитарној држави, од значаја може да буде њен степен децентрализације. Могуће је да апстрактну контролу, поред органа државе, иницирају органи територијалних јединица, на пример, аутономне заједнице, покрајине, региони и сл. При томе, различите су могућности покретања нормативне контроле у државама са „обичном“ децентрализацијом од држава са регионалном или покрајинском аутономијом, независно од тога да ли је та аутономија симетрична, као што је то случај у Италији и Шпанији, или је асиметрична, као у Републици Србији.

Могуће је да и сам уставни суд *ex officio*, по службеној дужности, покрене поступак апстрактне нормативне контроле, ако је решавање овог уставног спора претходно питање за решавање другог уставног спора из надлежности уставног суда.

2.1. Упоредно покретање апстрактне контроле норми

Европски модел уставног правосуђа је заправо аустријско-немачки модел уставног судовања који је у својим најважнијим елементима преузет, уз извесне модификације, у већини европских држава. Аустрија, држава која је прва установила посебан уставни суд, пример је „слабе“ федерације која се у теорији, због минималне примене федералног начела, сматра примером „унитарне федерације“. Ипак, Уставном суду је првенствено била намењена функција чувара федералног државног уређења. За аустријски, централизовани модел уставног судства у коме постоји само један, Савезни уставни суд, карактеристично је постепено ширење круга овлашћених покретача поступка апстрактне нормативне контроле. Овај процес је на крају довео до увођења ограничених могућности и за појединца на непосредно покретање поступка контроле уставности закона.

Према изворној редакцији Устава Аустрије, предлог за оцену уставности нормативних аката (закона, уредби и државних уговора) могли су да поставе једино политички државни органи, савезна и земаљска влада, али не и судови. Новелом Устава од 1929. године право на покретање поступка добили су највиши судови, Врховни суд и Управни суд, под условом да се питање уставности, као прејудиционо, поставило у току решавања спора пред тим судовима. Осталим судовима ово право није било признато. Штавише, изричита уставна норма предвиђала је да контрола ваљаности правилно проглашених закона није у надлежности редовних

судова. Уставни суд је могао *ex offio*, по службеној дужности, да покрене поступак оцене уставности закона, ако се такво питање постављало у споровима које је решавао као суд прве и последње инстанце. С друге стране, спорове о законитости, како савезних тако и земаљских прописа, могли су да покрену било савезна било земаљска влада, али и сви судови који у поступку њихове примене изразе сумњу у њихову сагласност са законом. Уставни суд је могао да у случају оцене законитости подзаконских аката покрене поступак *ex offio*, под истим условом као у случају официјелног испитивања уставности закона.

Доношењем уставног закона од 1975. године у Аустрији су проширене могућности за покретање поступка нормативне контроле. Правом уставног ранга утврђена је следећа листа могућих покретача поступка нормативне контроле:

а) Врховни суд, као и сваки суд који одлучује у другој инстанци (чл.89 ст. 2 В-VG¹), Управни суд (чл.135 ст.4 В-VG), независни управни сенати у земљама (чл. 129а ст. 3 В-VG) и независни савезни сенат за азил (чл.129ц ст.6 В-VG) имају овлашћење на оспоравање закона који би требало да примене, уколико имају сумњу у њихову уставност. Под истим претпоставкама Уставни суд по службеној дужности може да спроведе поступак испитивања уставности закона (чл.140 ст.1 В-VG). При томе, без обзира што је реч о конкретној контроли „није релевантно да ли противуставност има дејства у конкретном случају“ (Walter, Mayer, 2000: 476).

б) Савезна влада је овлашћена на оспоравање сваког земаљског закона, независно од постојања или непостојања конкретног повода или спорног случаја (чл.140 ст.1 В-VG).

ц) Свака земаљска влада је позвана на оспоравање сваког (још важећег) савезног закона (чл.140 ст.1 В-VG).

д) Трећина чланова једног од парламентарних домова, Националног или Савезног већа, може због противуставности да оспорава савезне законе (чл.140 ст.1 В-VG).

е) Трећина чланова земаљског парламента може да оспорава земаљски закон, ако земаљски устав ово одређује (чл.140 ст.1 В-VG).

ф) Свако лице може да оспорава закон због његове противуставности, када тврди да је због те противуставности непосредно повређено у својим правима, уз услов да је овај закон произвео дејства према овом лицу без доношења судске одлуке или без доношења решења (чл.140 ст.1 В-VG)

1 В-VG (Bundesverfassungsgesetz) – Савезни уставни закон (Устав Аустрије)

У овом случају, дакле, појединац је овлашћен на покретање нормативне контроле једино ако је непосредно погођен у својој правно заштићеној сфери, без претходног доношења појединачног акта.

У Немачкој апстрактну нормативну контролу могу такође да покрену различити политички државни субјекти, независно од конкретне примене нормативног акта чија се оцена уставности захтева. Овлашћени су савезна и земаљска влада или трећина чланова Бундестага (чл.93 ст.1 т.2 GG²). Овлашћени предлог је, дакле, резервисан за поједине уставне органе савеза или земаља. Допустивост предлога везана је за образлагање интереса да се изврши оцена уставности (чл.76 BVerGG³), јер се „уставни суд не бави практично неважним, само теоријски сумњивим питањима“ (Maunz, Zippelius, 1994: 259). Апстрактном нормативном контролом обухваћено је савезно или земаљско право било ког степена. Поступак апстрактне нормативне контроле може да буде обједињен са поступком решавања органског или федералног спора (чл.93 ст.1 т.1 или 3 GG), ако предлагач нормативне контроле тврди да су оспореним законом повређена његова права или његова уставна надлежност. У овом случају оцена уставности се врши као претходно питање. Уставносудско испитивање норме закона може да се покрене и уставном жалбом. На предлог је овлашћен свако ко тврди да је законом непосредно повређено једно његово основно право или одређена, појединачно наведена уставна права, која су изједначена са основним правима (чл.93 ст.1 т.4а GG). Уставна жалба против закона, слична аустријском индивидуалном предлогу на нормативну контролу, може се поднети у року од године дана по ступању закона на снагу.

У односу на аустријски модел, сужене су могућности за покретање апстрактне нормативне контроле пред Уставним судом Италије. Како у овој држави, поред државних закона, постоји покрајинско (провинцијско) законодавство, право на покретање поступка припада како државним, тако и покрајинским политичким органима. Када је реч о обласним законима, влада Републике може да их врати покрајинском већу на поновно одлучивање, уколико процени да прекорачују овлашћења покрајина или да су супротни националним интересима или интересима других покрајина. Ако покрајина поново усвоји спорни закон, влада Републике може да покрене питање његове уставности пред Уставним судом или питање његове целисходности пред националним парламентом. С друге стране, питање уставности државних закона може да покрене председник покрајинског већа, уколико се законом или одлуком са снагом закона задире у надлежност покрајине утврђене уставом или уставним законом. Исто

2 GG (Grundgesetz) - Основни закон (Устав Немачке).

3 BVerGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) – Закон о Савезном уставном суду (Немачке)..

решење важи ако покрајина оспорава уставност закона друге покрајине. Иначе, не постоји никаква могућност да Уставни суд *ex offio* покрене поступак за испитивање било државних било покрајинских закона.

У Шпанији се тужба због противуставности, односно предлог да се изврши накнадна нормативна контрола може поднети Уставном суду у року од три месеца од дана официјелног објављивања нормативног акта у службеном гласилу. Како је реч о регионалној држави, на тужбу су овлашћени не само државни органи, него и органи аутономних заједница. Круг овлашћених предлагача је следећи: председник Владе, Бранилац народа (омбудсман), најмање 50 посланика или 50 сенатора Генералног кортеса, председници колегијалних извршних органа аутономних заједница и скупштине ових заједница.⁴

2.2. Покретање поступка пред Уставним судом Србије

Устав Србије и надаље прави разлику између предлога овлашћеног предлагача и иницијативе за покретање поступка апстрактне нормативне контроле. На подношење предлога Уставом су овлашћени сви државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и најмање 25 народних посланика, дакле, парламентарна мањина. Иницијативу за покретање поступка може дати свако (домаће) правно или физичко лице, независно од тога да ли је непосредно погођено применом општег акта чију уставност оспорава. Трећи начин покретања нормативне контроле је особеност модела уставног судовања у Србији. Наиме, сам Уставни суд може самостално, *ex officio*, да покрене поступак нормативне контроле, независно од случаја прејудицијалности.

Субјекти овлашћени на покретање поступка пред Уставним судом имају статус учесника поступка. Овај положај је процесно далеко слабији него што је то случај са положајем странке у парничном поступку и уопште са статусом једне стране у било коме ординарном судском поступку. Акционе могућности учесника поступка пред Уставним судом су знатно скромније, једва да иду даље од покретања поступка, једноставно зато што је поступак нормативне контроле превасходно објективни спор, а не спор који примарно циља на заштиту субјективног права. Апстрактни спор обично покрећу државни органи код којих се појавила сумња у уставност неке опште норме. Током поступка „господари“ Уставни суд који није везан диспозицијама учесника поступка у односу на предмет уставног спора. Примарни предмет спора је утврђивање односа норми *in abstracto*, сагласност или несагласност законских и других општих норми

4 В. члан 162 Устава Шпаније

са уставним нормама. Заштита субјективних права је секундарна, односно само посредна. То је и главни разлог слабијег процесног положаја учесника, односно покретача поступка нормативне контроле.

2.2.1. Иницијатива недржавних субјеката

Иницијативу за оцену уставности и законитости нормативних аката може дати свако правно или физичко лице, али она има карактер готово правно необавезујуће представке, независно од тога што се и од ње, као и од предлога, захтева да испуни одређене формалне захтеве. Уставни суд „суверено“ одлучује да ли ће покренути поступак, доношењем решења којим се иницијатива прихвата. Грађани, ипак, немају право на *actio popularis*, тј. на непосредно покретање уставносудског поступка, независно од тога што се од иницијатора не захтева да докаже да је оспореним актом повређено његово право или правни интерес. Поступак нормативне контроле сматра се покренутим било самим подношењем предлога било доношењем решења Уставног суда о покретању поступка. Према ставу Уставног суда, иницијативу за покретање поступка нормативне контроле могу поднети само домаћа физичка и правна лица, дакле, не и страни држављани или страна правна лица.⁵

У теорији се често наилази на мишљење да је иницијатива за покретање поступка „превазиђени институт“ (Вучић, 2010: 160), имајући у виду, пре свега, могућности које грађанима стоје на располагању подношењем уставне жалбе. Наиме, у поступку одлучивања о уставним жалбама захтев се може заснивати, *inter alia*, на тврдњи да је закон, који је био основ за доношење појединачног акта оспореног уставном жалбом, супротан Уставу. У овом случају, Уставни суд може официјелно да покрене поступак за оцену уставности закона, као претходно, тј. прејудицијелно питање. Тада се уставна жалба „паркира“, односно прекида се поступање по њој до коначне одлуке Суда о уставности закона. Може се приметити да ова процесна могућност наликује аустријском индивидуалном предлогу или немачкој уставној жалби изјављеној непосредно против закона. Разлика је, међутим, што је у једном случају она резултат саме праксе Уставног суда Србије, а у другом експлицитна уставна или законска категорија.

Кад Уставни суд Србије оцени да има основа за покретање поступка поводом иницијативе, поступак покреће решењем. Изузетно, Уставни суд може мериторно да одлучи поводом иницијативе без доношења посебног решења о покретању поступка, ако у односу на одредбе оспореног нормативног

⁵ В. ставове Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби, који су усвојени на седници Уставног суда 30. октобра 2008, односно 2. априла 2009. године, у: *Ставови Уставног суда* (пречишћени текст), Београд 2010.

аката већ има заузет став или кад је у току претходног поступка правно стање потпуно утврђено и прикупљена правна грађа пружају поуздан основ за одлучивање. У пракси је ова „скраћена“ процедура постала правило, које не може да буде примењено једино ако је предмет нормативне контроле закон или статут аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.⁶ Кад Уставни суд нађе да је иницијатива неприхватљива, јер изнетим разлозима оспоравања није поткрепљена тврдња да има основа за покретање поступка за оцену уставности или законитости, иницијативу ће решењем одбацити.⁷ То значи да разлози који су наведени у иницијативи, као и њихово уставноправно образложење, нису довољни да би Уставни суд покренуо поступак. С друге стране, кад Уставни суд након спроведеног поступка оцени да захтев за утврђивање неуставности или незаконитости из иницијативе поводом које је покренут поступак, није основан, донеће одлуку о његовом одбијању.⁸ У овом случају Уставни суд је својим решењем, „олако“ прихватајући иницијативу, донео решење о покретању поступка, али је након његовог спровођења „одустао“ од утврђивања несагласности са Уставом или законом. Иначе, убедљиво највећи број поступака нормативне контроле, преко 90 процената, покренут је поводом иницијативе.

2.2.2. Предлог државних органа

Круг овлашћених предлагача за покретање поступка нормативне контроле Уставом је и надаље прилично широко одређен. Поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и десетина састава Народне скупштине, тј. најмање 25 народних посланика.⁹ Поступак се сматра покренутим даном подношења уредног предлога Уставном суду.¹⁰

У односу на Устав од 1990. године сада је круг овлашћених предлагача у значајној мери сужен, али чини се још увек не довољно. Поступак нормативне контроле, додуше, предлогом више не могу да покрену недржавни субјекти, организације којима су поверена јавна овлашћења, предузећа и установе, политичке странке, синдикати, удружења грађана и друга правна лица. Према ранијем уставном решењу, наведени субјекти су могли да покрену поступак нормативне контроле кад оцене да су им права и интереси непосредно повређени актом чија се уставност и за-

6 В. члан 53 став 1 и 2 Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр.109/07, 99/11).Пречишћени текст закона у бази података ИНКОД..

7 В. члан 53 став 2 Закона о Уставном суду

8 В. члан 53 став 4 Закона о Уставном суду (пречишћени текст)

9 члан 168 став 1 Устава Републике Србије.

10 члан 52 Закона о Уставном суду (пречишћени текст).

конитост оспорава.¹¹ Остаје, међутим, спорно да ли управо сви државни органи, односно органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, укључујући судове и јавна тужилаштва, доиста располажу генералним овлашћењем за покретање поступка, дакле, против свих нормативних акта који уопште подлежу нормативној контроли.

За разлику од других уставних решења која прецизно одређују листу државних органа овлашћених на покретање уставносудског поступка, као и нормативних аката против којих то могу да учине, изгледало би да сви овлашћени предлагачи располажу општим овлашћењем на покретање поступка пред Уставним судом. Са становишта логике и циља покретања нормативне контроле, овај закључак се, међутим, не би могао у свему прихватити. Закључак у овом смислу посебно би био споран, када су у питању органи територијалне аутономије и локалне самоуправе који би, ако би се одговарајућа уставна норма посматрала изоловано,¹² требало да располажу генералним овлашћењем у односу на све нормативне акте који подлежу уставносудској контроли. Међутим, ако се у овом контексту имају у виду и одредбе Устава којима се уређује посебна заштита покрајинске аутономије и локалне самоуправе,¹³ могло би се закључити да органи аутономије и локалне самоуправе заправо располажу само специјалним овлашћењем на покретање уставносудског поступка. Тиме би ово овлашћење *in toto* било у функцији заштите уставних позиција ових територијалних јединица. Пред Уставним судом оне могу побијати нормативне акте Републике Србије, односно опште акте других јединица локалне самоуправе, односно аутономне покрајине, једино под условом да ови акти повређују „право на покрајинску аутономију“, односно „право на локалну самоуправу“ (Марковић, 2008: 555). У пракси Уставног суда, међутим, ово рестриктивно становиште није прихваћено, тако да се јединицама локалне самоуправе, као и аутономној покрајини, признаје генерално овлашћење на покретање поступка нормативне контроле.

Када је реч о државним органима, не би се могла безусловно прихватити ни тврдња да сви државни органи располажу генералним овлашћењем на покретање поступка уставне контроле. Полазећи од њихове опште уставне позиције, условљене функционалном поделом уставноправних

11 члан 128 став 2 Устава Републике Србије 1990.

12 Члан 168 став 1 Устава Републике Србије.

13 В. члан 182 став 2 и члан 193 став 2 Устава Републике Србије. Иначе, Законом о локалној самоуправи (члан 98 став 11) специјално овлашћење на побијање одлука и општих аката јединица локалне самоуправе додељено је још и Савету за међунационалне односе. Услов је да ово тело сматра да су њима повређена права припадника српског народа или националних мањина које су у њему представљени.

овлашћења, где се неки државни органи испољавају као самостални и независни у сваком погледу, док су други самостални једино у организационом или функционалном смислу, имајући даље у виду узајамне односе државних органа, надзорна овлашћења једних према другима, учешће у поступку доношења нормативних аката и др., показује се у уставној стварности да су „стварне“ могућности за вођење уставног спора у неким ситуацијама *de facto* ограничене, ако не и потпуно искључене. Ово се најбоље може показати на примеру контроле уставности закона. Није прихватљиво ни у правном ни у политичком смислу да државни органи који су учествовали у доношењу закона касније оспоравају његову уставност. Нема никаквог смисла тврдити да Народна скупштина може да покрене поступак за оцену уставности закона, када може једноставно да приступи промени закона или да утврди престанак његовог важења, односно када то може учинити једна десетина њеног састава. Слична констатација може да важи и за Владу, која има не само фактички монопол у предлагању закона, него и носи политичку одговорност пред Народном скупштином за решења која јој предлаже. С друге стране, ни председник Републике нема легитимитет на побијање уставности закона, када већ има уставно овлашћење да изгласани закон, уз писмено образложење, врати Народној скупштини на поновно одлучивање. Једино ако Народна скупштина поново изгласа закон, председник Републике је легитиман да покрене поступак пред Уставним судом, без обзира што је претходно донео указ о његовом проглашењу.¹⁴ Што се тиче судова, по нашем мишљењу природи и уставном положају судова не одговара генерално овлашћење на покретање поступка апстрактне оцене уставности закона и других прописа. Судске одлуке заснивају се на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона.¹⁵ Везаност судова за закон била би доведена у питање, ако би судови неограничено били овлашћени да *in abstracto* оспоравају уставност закона. Њима једино припада право да покрећу инцидентну нормативну контролу.

Како се органи аутономије и локалне самоуправе у пракси више користе специјалним овлашћењем, преостаје да генералним овлашћењем на побијање уставности закона, осим парламентарне мањине, располажу независне државне институције, надзорна и регулаторна тела, као што су Заштитник грађана, Државна ревизорска институција, Народна банка, Високи савет судства, Јавно тужилаштво, који су уставни државни органи, као и Повереник за информисање, Повереник за заштиту равноправности,

14 Председник Републике је до сада предлогом захтевао једино оцену формалне уставности Закона о раду.

15 В. члан.145 став 2 Устава Републике Србије.

Агенција за борбу против корупције и други органи или тела конституисана законом. У пракси, међутим, државни органи, па и независна надзорна и регулаторна тела, једва да се користе уставним овлашћењем на покретање нормативне контроле. Њихов допринос у покретању механизма за заштиту устава може се сматрати занемарљивим.

2.2.3. Покретање поступка *ex offio*

Поступак за оцену уставности или законитости Уставни суд може да покрене самостално, на основу одлуке коју доноси двотрећинском већином гласова свих судија.¹⁶ Посматрано из начелно правних разлога, покретање поступка *ex offio* веома је спорно. У строго правном смислу, не би се могло прихватити овлашћење Уставног суда да самостално покреће поступак нормативне контроле, не само зато што се тиме прејудицира његова коначна одлука, већи и зато што се официјелно покретање поступка противи правном начелу да нема судовања без тужбе, *nemo iudex sine actore*, односно правилу да нико не може бити судија у својој ствари *nemo iudex in re suo*. Због тога је „службено“ покретање поступка веома редак изузетак који се, додуше, може наћи у упоредном уставном праву, али је ограничено само на случајеве када се нормативна контрола јавља као претходно питање за решавање неког другог уставног спора.

У теорији се углавном не прихвата деловање уставног суда *suo sponte*, дакле, овлашћење органа који врши нормативну контролу да самостално покреће поступак контроле и тиме самостално одређује њен предмет. Када уставни суд сам покреће поступак испитивања норми, онда је готово извесно да ће његовом одлуком бити констатована несагласност са Уставом. Зашто би се, иначе, суд одлучио на покретање поступка? У сваком случају „прејудицирана“ одлука уставног суда, која се доноси већином гласова, а не двотрећинском већином, веома је близу границе политичког одлучивања коју Уставни суд никако не би смео да прелази. Официјелно покретање поступка носи са собом ризик велике концентрације моћи у поседу Уставног суда који је у позицији да „бира“ законе које ће подвргнути уставној контроли. Тиме се свакако премашује његова улога „негативног законодавца“, једноставно долази се на терен политичког процењивања. У својој досадашњој пракси Уставни суд је с разлогом био веома уздржљив у коришћењу овог официјелног овлашћења, па и када га је примењивао најчешће је то био случај са оценом уставности и законитости подзаконских аката. Једини озбиљнији изузетак је *ex offio* испитивање уставности Закона о Уставном суду, када је Уставни суд закључио да је изменама овог закона суштински доведена у питање његова уставна улога у непосредној заштити људских и мањинских права и слобода.¹⁷

16 В. члан 50 став 2 Закона о Уставном суду.

17 В. Одлука Уставног суда Србије IУз – 97/2012.

Самостално покретање поступка нормативне контроле није једини случај примене официјелног начела у уставносудском поступку. Када поступа по предлогу или иницијативи, Уставни суд није ограничен захтевом, тако да испитивање може да прошири и на одредбе нормативног акта које захтевом предлагача или иницијатора нису оспорене, али се, према становишту Уставног суда, те одредбе налазе у блиској систематској вези са оспореним нормама, чинећи са њима нераскидиву правну целину. Штавише, кад овлашћени предлагач или иницијатор одустане од предлога, односно иницијативе, Уставни суд може да настави поступак за оцену уставности или законитости, ако за то нађе основа.¹⁸ У пракси, Уставни суд се често користи овим процесним могућностима којима се, заправо, постиже готово исти правни ефекат као у случају покретања поступка *ex officio*. За Уставни суд иницијатива може да буде само згодан повод да се контроли уставности подвргне нормативни акт *in totum*, у свему. Проблеми могу настати, међутим, када Уставни суд прошири испитивање на норму, које са аспекта систематске везе или јединственог циља, нису у блиском, непосредном односу са оспореним нормама или, *vice versa*, када пропусти да својом одлуком обухвати све аспекте нормативног регулисања који сви заједно чине један нормативни комплекс.¹⁹

3. Покретање поступка конкретне нормативне контроле

За разлику од апстрактне, инцидентна контрола норми покреће се једино на захтев судова. У Немачкој се они називају „судијски предлози“. У овом случају уставност, односно важење једне опште норме је за редовни суд прејудиционо питање. Услови који се захтевају за инцидентно активирање уставносудског испитивања норми могу бити различити, тако да овим правом могу да располажу сви судови или само суд највише инстанце. У сваком случају, инцидентно уставносудско испитивање уставности закона искључује могућност да редовно правосуђе самостално процењује да ли је закон чија примена долази у обзир сагласан уставу или не.

За разлику од апстрактне или принципалне контроле норми, као конкретна или инцидентна контролом означава се уставносудско испитивање норми

18 В. чл. 54. Закона о Уставном суду.

19 Тако је у одлуци IУз-42/2008 („Службени гласник РС“, број 28/2011.) Уставни суд проширио испитивање и на одредбе Закона о избору народних посланика које нису у никаквој међусобној систематској вези, (начин додељивања појединачног мандата), али је, с друге стране, у одлуци IУз – 52/2008, („Службени гласник РС“, број 34/2010) пропустио да прошири испитивање комплементарних норми Закона о локалним изборима, тако да није „касирао“ одредбе закона којима се уређује поступак „замене“ одборника којима је мандат престао.

које иницирају редовни, стручни судови, поводом конкретних спорова о којима треба да одлучују. Супротна њој, апстрактна контрола нити се покреће од стране редовних судови нити је уведена због конкретних процесних повода. Код конкретне контроле се ради о томе да учесници једног другог правног спора или правног односа, тзв. *полазног случаја*, захтевају и чекају одлуку уставног суда о важности или неважности једне генералне норме. Од уставног суда предлогом се не тражи одлучивање о конкретном случају као таквом, него одлучивање о „правном питању“, дакле, о важењу или неважењу једне законске норме. У оквирима јединственог судског поступка, конкретна нормативна контрола је један међупоступак који се налази у самосталној и искључивој надлежности уставног суда. Ово разликовање указује на то да је сагласност једне норме са највише рангираним правом у једном случају претходно, а у другом главно питање. Заједничко за оба поступка је да служе очувању хијерархије норми, супериорности уставне норме, дакле, објективној уставној стварности, а не (примарно) индивидуалној и субјективној правној заштити. При томе, у средишту конкретне нормативне контроле налази се парламентарни законодавац. Штавише, у већини држава законодавац је једини нормотворац који је подвргнут овом поступку. У апстрактном поступку, међутим, испитује се свака норма законодавне и извршне власти и њен однос према највишем праву. Смисао конкретне контроле је спречавање да се судија уздигне изнад воље и ауторитета законодавца, ако би могао сам да оцењује уставност закона. Конкретна контрола служи дошењу одлука у редовном судском поступку у којем се појавио „инцидент“, али испуњава и допунске функције. Тиме што се опште обавезним разрешењем спорних уставноправних питања спречавају дивергентне одлуке судови, успоставља се правна сигурност и одржава јединственост правног поретка. Смисао овог поступка је, дакле, да се конкретни случај разреши на једној потпуно сигурној правној основи, да се очува јединственост уставне интерпретације. Задатак уставног суда, ограничен начелом супсидијарности, своди се овде на накнадно испитивање и одбацивање норме чија је примена долазила у обзир.

3.1. Покретања инцидентне контроле упоредно

У уставном правосуђу Немачке прва претпоставка за позивање Уставног суда је да редовни суд пред којим се води поступак сматра да је закон, чија је примена могућа, противуставан. Суд мора да буде убеђен у противуставност законске норме. Није довољна само правна сумња у уставност закона. На предлог су искључиво овлашћени судови, не и странке у поступку (судијски предлози). Друга претпоставка је да, при одлучивању

о конкретном правном спору, закон који се сматра противуставним мора да има одлучујућу, пресудну улогу за решавање спора, тако да предлог у овом смислу мора да се покаже неопходним. Важност уставног одлучивања постоји само ако би се при декларисаној неважности норми могло одлучити другачије. Прости проблеми који се јављају у тумачењу норми нису довољан разлог за подношење предлога Уставном суду. Треће, правне норми које подлежу испитивању морају да буду постконституционалног карактера, да су ступиле на снагу после Бонског устава. Ако се ради о нормама које су донете пре Основног закона, сваки суд одлучује самостално о њиховој уставности, јер преконституционално право не угрожава ауторитет законодавне власти. Према томе, предмет конкретне нормативне контроле могу да буду само закони у формалном смислу који су донети после ступања на снагу Основног закона.²⁰

У немачком моделу нормативне контроле *a posteriori* претежу предлози судова, док су поступци апстрактне контроле веома ретки. Ово не изненађује, јер се предлози судова сматрају као њихова дужност, док за апстрактну нормативну контролу предлог представља правно овлашћење, које се може, али не мора користити. Право подношења предлога за апстрактном контролом њихови носиоци ипак користе, посебно ако долазе од опозиције. Парламентарна мањина се сматра најпозванијом на оспоравање закона *in abstracto*, јер је његова уставност, најчешће из начелних разлога, оспоравала још у законодавном поступку.

До 1975. године у Аустрији једино су Управни (*Verwaltungsgerichtshof*) и Врховни суд (*Oberster Gerichtshof*) били овлашћени на покретање инцидентне нормативне контроле у случају када је одлучивање о уставности савезног или земаљског закона неопходно за решавање конкретног спора (управног, грађанског, кривичног) пред тим судовима. Остали судови нису имали право да покрену уставног поступак, јер је Устав Аустрије предвиђао да контрола ваљаности правилно проглашених закона није у надлежности судова. Уставном новелом од 1975. године Управни и Врховни суд су добили могућност да покрећу апстрактну нормативну контролу, дакле, независно од конкретног спора. Поступак инцидентне контроле од тада могу да покрену сви судови који су другостепено надлежни у правној ствари у

20 Члан 100 став 1 Основног закона гласи: (1) Уколико одређени суд сматра да је закон на основу којег треба да се донесе одлука противуставан, поступак ће прекинути док се не прибави одлука Савезног уставног суда, а када се ради о повреди земаљског устава, док се не прибави одлука суда надлежног за одлучивање о земаљским уставним споровима. Ово се односи и на случајеве повреде овог Основног закона земаљским правом или неусклађености земаљског закона са неким савезним законом.

вези с којом је настао конкретни спор о уставности закона. Овлашћени на предлог су како сва тела пресуђења тако и судија појединац у једном суду.²¹

Претпоставка за испитивање законске норме по предлогу суда је њена *прејудицијалност*, што значи да суд при решавању правног питања обавезно треба да примени дотичну норму. Важно је, такође, која дејства на решавање конкретне ствари могу да имају резултати испитивање норме, да ли су за једну странку она позитивна или негативна. Прејудицијалност, како наводи *Тео Елингер*, најпре оцењује сам редовни суд. При оцењивању да ли је за одлуку суда једна норма прејудицијелна, Уставни суд није овлашћен да редовни суд обавезе на одређено тумачење, и да тиме индиректно донесе судску одлуку. Због тога недостатак прејудицијалности постоји само онда ако норма чије се испитивање захтева очигледно не долази у обзир као претпоставка судске одлуке, чак и ако се уставно конформно протумачи (Öhlinger, 1999: 424).

У Италији поступак испитивања уставности закона и нормативних аката са законском снагом, уредби, може покренути редовни суд који је надлежан за њихову примену у конкретном случају, како по сопственој иницијативи, тако и на захтев странке или јавног тужиоца. За разлику од аустријског модела, где првода степени судови не могу да иницирају конкретну нормативну контролу, овде сваки суд може да покрене поступак пред Уставним судом. У поређењу, пак, са немачким системом контроле, где суд мора заузме становиште о противуставности закона, редовни суд у Италији прекида поступак и прослеђује Уставном суду на одлучивање само захтев да се изврши контрола уставности норме коју сматра меродавном за решавање спорног правног односа. Међутим, ако је захтев потекао од странке у спору, која је истакла приговор неуставности закона, *exsertio contra constitutionem*), суд може такав захтев да одбије, ако нађе да је „очигледно неоснован“. Од 90-тих година „стално се повећава број одлука Уставног суда у вези са инцидентном контролом“ (Faller, 97).

Шпански судови су обавезни на испитивање уставности правних норми које имају ранг законске норме. У случају да неки суд сматра да је законска норма, која је применљива у датом случају, супротна уставу, а од њене пуноважности зависи његова одлука, обавезно се питање уставности закона износи пред Уставни суд. Судови су, дакле, обавезни да у случају сумње у уставност законске норме захтевају одлуку Уставног суда. Предлог којим се захтева оцена уставности закона редовни суд мора да постави

21 Уставни суд Аустрије је својом одлуком (VfSlg. 3992/1961) огласио противуставним регулација која су право на оспоравање закона резервисала само за пленуме Управног и Врховног суда.

по окончању усмене расправе, али пре доношења одлуке у конкретном случају. Суд је у потпуности везан правним становиштем садржаним у одлуци Уставног суда Тиме је шпанско уставно право изабрало средњи пут између немачког и италијанског решења. Док у Немачкој судови морају бити убеђени у неуставност законске нормe, дотле у Италији задовољава аргументација процесног учесника, осим ако је „очигледно неоснована“.

3.2. Инцидентна контрола пред Уставним судом Србије

Судови су, према одредбама члана 142 став 2 Устава, самостални и независни и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора. У члану 1 Закона о уређењу судова судови су одређени као самостални и независни државни органи који штите права и слободе грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост.

Као посебна државна функција, судска власт се манифестује као ауторитативно одлучивање у правним споровима појединаца, према правним начелима и општим правилима која су установиле уставна и законодавна власт. Судска функција обухвата и ауторитативно одлучивање о томе да ли се у једном појединачном случају треба изрећи казна која је предвиђена на основу закона. Сажето, судска функција би се могла описати као ауторитативна примена генералних правних правила на конкретна чињенична стања у којима учествују појединци, још сажетије као функција изрицања права.

Судови су обавезни да строго поштују захтеве права; они треба да гарантују, као институције неутралне и независне како у стварном тако и персоналном погледу, да ће поступати једино у складу са правом. Пошто је судској власти иманентно решавање спорова, природно је да се у спору између супротстављених странака постави питање ваљаности права чија примена је могућа, односно питање уставности и законитости нормативног акта. Устав предвиђа да поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, али таксативно не наводи те државне органе, тако да нити посебно помиње судове нити диференцира апстрактну од конкретне контроле уставности. Међутим, поред тога што преузима уставну одредбу о покретању поступка за (апстрактну) оцену уставности и законитости, Закон о уставном суду одредбама члана 63 изричито предвиђа право судова на покретање инцидентне контроле уставности. Ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, опште

прихваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, суд ће, ако оцени основаним такво питање, застати са поступком и покренути поступак за оцену уставности или законитости тог акта пред Уставним судом.

Покретање поступка инцидентне контроле у Србији разликује се од других сличних модела најпре тиме што је инцидентна контрола могућа не само против закона, него и других нормативних аката. То значи да судови не могу да оцењују не само уставност закона, него ни законитост општих аката, односно њихову сагласност са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Тиме је искључено право суда на примену института *exceptio illegalis*, тј. самостално одлучивање о незаконитости општих аката. Изгледа да је овим ширењем предмета инцидентне контроле заправо промашен њен смисао - заштита законодавца од судова. За сваки нормативни акт судови морају да покрену уставносудски поступак, уколико сматрају да је супротан Уставу, међународном уговору или закону. Друго, може се приметити да није довољно прецизан законски услов за покретање инцидентне контроле, тј. „ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом...“. Извесно је да питање сагласности нормативног акта са Уставом и законом може да постави странка у поступку пред судом, али суд самостално одлучује да ли ће прекинути поступак и поднети предлог Уставном суду. Овај услов даље треба тумачити као обавезно постојање прејудицијалности, што значи да нормативни акт мора бити доиста меродаван, нужан за решавање конкретног спора. Поред тога, када је реч о односу суда према нормативном акту, суд не мора бити убеђен у његову неуставност, односно незаконитост. Довољно је да има озбиљну сумњу у његову супротност Уставу или закону.

У пракси Уставног суда Србије супротно пракси европских уставних судова, инцидентна контрола нормативних аката нема готово никакву примену. Свега у једном случају је један основни суд предлогом покренуо инцидентну нормативну контролу²² (Ненадић, 2013: 90). Она је потпуно неразвијен, неделотворан институт уставне нормативне контроле. Судови опште и посебних надлежности избегавају њено покретање, можда и зато што би судијски предлог којим би се захтевала инцидентна контрола морао да буде подржан примереном уставноправном аргументацијом. То је свакако оптерећење за редовни суд који се налази ионако под пресијом суђења у разумном року. Од конституисања новог састава крајем 2007. године, Уставни суд Србије још увек није добио ниједан предлог којим

22 У питању је био подзаконски акт (Тарифа за накнаду трошкова адвоката) у предмету IVo-790/12.

би судови иницирали поступак конкретне контроле уставности. Неки предлози које су судови својевремено поднели против Уставног закона за спровођење Устава, Закона о Високом савету судства, Закона о судијама и Закона о јавном тужилаштву, оспоравајући уставност општег избора судија и заменика јавних тужилаца, пре се могу урачунати апстрактној, него конкретној контроли уставности. Можда би се ствари поправиле ако би се поступак инцидентне контроле прогласио хитним, тако да се на одлуку Уставног суда не би претерано дуго чекало.

4. Закључак

Нормативна контрола права је језгро надлежности европског уставног правосуђа које је претежно обликовано према аустријско- немачком моделу уставног судовања. У њему је од посебног значаја проблем начина иницирања уставне контроле права. Зависно од тога који субјект је покреће, та контрола може бити апстрактна и конкретна или инцидентна. Први облик уставне контроле начелно покрећу политички државни и регионални органи, укључујући парламентарну мањину, док је други искључиво инициран од стране редовног правосуђа у форми судијских предлога. Тенденција је да се и појединац, под извесним условима, може појавити као покретач контроле уставности закона, док се поступак *ex offio* начелно спроводи једино ради решавања прејудисионог питања.

Уставно правосуђе Србије познаје како апстрактну тако и инцидентну нормативну контролу права. Прва је делотворно примењена у пракси деловања Уставног суда Србије, друга је мање- више само теоријска могућност. Особености покретања *a posteriori* контроле, којима се одступа од стандарда европског модела уставног правосуђа, огледају се у доминацији иницијативе грађана, као главних покретача апстрактног уставносудског поступка, као и прешироко постављеном *ex offio* поступку.

Литература

Вучић, О., Петров, В., Симовић, Д, (2010), *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд.

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*. 12. изд., Београд.

Ненадић, Б. (2013). *О неким аспектима односа уставних и редовних судова*, Зборник радова: *Улога и значај уставних судова у очувању владавине права*, Београд.

Maunz, T., Zippelius, R. (1994). *Deutsches Staatsrecht*. 29. Aufl. München.

Öhlinger, T. (1999). *Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Wien.

Faller, V. (1986). Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa, *EuGRZ* (Europagrundrecht Zeitschrift).

Walter, R., Mayer, H. (2000) *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien.

Dragan Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Initiating the Judicial Review in the European Model of Constitutional Justice

Summary

Judicial review is the core competence of the constitutional judicature in Europe, which is largely shaped by the Austrian and German models of constitutional justice. In that context, the issue of initiating the constitutional review of legislation is extremely important. Depending on the subject who is authorized to initiate this proceeding, the constitutional review may be twofold: the abstract control and the incidental control. The former type of constitutional review is generally initiated by political bodies of authority at the national level and regional authorities, as well as the parliamentary minority. On the other hand, the latter type of constitutional review is exclusively initiated by regular courts in the form of judicial motions. In principle, there is a tendency to enable an individual to initiate the process of constitutional review (subject to specific requirements), whereas the *ex officio* proceeding is typically instituted only for the purpose of resolving a preliminary issue.

The constitutional judicature in Serbia recognizes both the abstract and the incidental normative control. The former is effectively implemented in the practice of the Constitutional Court of Serbia; the latter is largely regarded as a theoretical possibility. The specific characteristics underlying the process of initiating *a posteriori* judicial review imply a significant departure from the standard embodied in the European model of constitutional justice. These characteristics are reflected in the prevalence of abstract constitutional review proceedings which are initiated by citizens as well as in the *ex officio* proceeding which has been laid down too broadly.

Key words: Constitutional Court, abstract normative control, incidental normative control, initiating proceedings, *ex officio* procedure.