

Prof. dr Violeta Beširević\*

## PUT BEZ POVRATKA? OD NACIONALNE DRŽAVE DO GLOBALNOG KONSTITUCIONALIZMA

Lidija R. Basta Fleiner and Tanasije Marinković (Eds.) *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law*, Eleven International Publishing, The Hague 2014, 278 pages

Zbornik *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law (Ključni pravci u razvoju konstitucionalizma i ustavnog prava)* rezultat je međunarodne konferencije održane u Beogradu 2012. godine, kojom su njeni učesnici obeležili trideset godina od stvaranja Međunarodnog udruženja za ustavno pravo. Odmah ću, sa dozom osnovane pristrasnosti, istaći dvostruku vezu ovog zbornika sa našim područjem: prvo, urednici i autori pojedinih priloga prominentni su ustavni pravници iz Srbije; drugo, Međunarodno udruženje za ustavno pravo osnovano je u Beogradu 1981. godine, uz značajan doprinos naših tadašnjih vodećih profesora ustavnog prava, a pre svih Jovana Đorđevića.

Zbornik nudi čitaocima retrospektivni pogled na razvoj konstitucionalizma i ustavnog prava u svetu, posebno u Evropi: autori priloga osvrću se na ključna zbivanja koja su obeležila trideset godina od osnivanja Međunarodnog udruženja za ustavno pravo do završetka prve decenije XXI veka. A dogodilo se mnogo više nego što se to, te 1981. godine, moglo predvideti.

Kada je pre trideset četiri godine osnovano Međunarodno udruženje za ustavno pravo, u fokusu ove discipline još uvek je bila „vestfalska“ država kao dominantna forma političkog organizovanja, u modi su bile studije usmerene na suprotstavljanje liberalnog konstitucionalizma totalitarnističkom sistemu i *vice versa*, a Monteskejeovo ubeđenje da zakoni mogu da odgovaraju samo narodu kojem su namenjeni malo ko je dovodio u pitanje. To ne znači, međutim, da ustavni pravници nisu povremeno zavirivali u tuđe dvorište: upućivanje na stranu praksu moglo se naći još u Federalističkim spisima (*The Federalist Papers*), namenski pisanim u svrhu

---

\* Redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu  
e-mail: violeta.besirevic@pravnikafakultet.rs; besirevv@ceu.edu

usvajanja Ustava SAD (1789), kao i u radovima poznatih teoretičara Mila (*John Stuart Mill*), Tokvila (*Alexis de Tocqueville*), Dajsija (*Albert Venn Dicey*) i drugih. Istorija nas, takođe, uči da je američki ustav bio ne samo inspiracija francuskim revolucionarima već i početna građa za donošenje ustava država Latinske Amerike početkom XIX veka. Ipak, osnovnu notu uporednom pravu dugo je davalo privatno pravo, zahvaljujući, pre svega, industrijalizaciji koja je forsirala internacionalizaciju poslovnih interesa, kao i promociji nemačkog Građanskog zakonika.<sup>1</sup>

Sa padom „gvozdene zavese“ 1989. godine počinje novo razdoblje u istoriji ustavnog prava, koje ne nameće samo nove teme i nove dileme već utire put i novoj disciplini – uporednom ustavnom pravu. Može se slobodno reći da je u proteklih trideset godina ustavno pravo doživelo svoju renesansu, a uporedno ustavno pravo izbilo u prvi plan i zaokupilo pažnju ustavnih pravnika i sudija čak i u onim jurisdikcijama u kojima je nacionalni ustavni poredak praćen retorikom izuzetnosti.

Tome je najviše doprineo tzv. treći talas demokratizacije, čemu su se, neke ranije a neke kasnije, priključile i države bivše Jugoslavije. Podsećanja radi, krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošloga veka došlo je do sloma autoritarnih režima širom sveta, uključujući Centralnu i Istočnu Evropu, Južnoafričku Republiku, Filipine, kao i latinoamerčke države, pre svega Čile i Argentinu. Neposredno posle pada tih režima mislilo se da će mizerna prošlost vrlo brzo biti zamenjena stanjem normalnosti, koje je podrazumevalo normalnu državu, normalnu ekonomiju i normalnu vladavinu prava, s tim što je pridev „normalan“ uglavnom bio sinonim za liberalnu demokratiju i konstitucionalizam tipičan za države tzv. zapadnih demokratija.<sup>2</sup> Ubrzo se, međutim, pokazalo da put od tačke A do tačke B, odnosno od autoritarnosti do demokratije, nije prazan prostor, već da period konsolidacije demokratije ili tzv. tranzicionog konstitucionalizma nosi mnoge zamke u sebi, od kojih su one vezane za prošlost najteže i najbrojnije. Ispostavilo se, takođe, da se prepreke u konsolidaciji demokratije razlikuju od države do države, odnosno da, kako to ističe Šepelova (*Kim Lane Scheppele*), parafrazirajući Tolstoja, „sve funkcionalne demokratije liče jedna na drugu, dok su one nefunkcionalne mizerne svaka na svoj način.“<sup>3</sup> Treba naglasiti da je proces tranzicije oživeo pitanja

- 1 Rosenfeld, M., Sajó, A., Introduction, u: Rosenfeld, M., Sajó, A. (eds.), 2012, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, p. 5.
- 2 Sadurski, W., Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theory, u: Czarnota, A., Krygier, M., Sadurski, W. (eds.), 2005, *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, p. 9.
- 3 Scheppele, K. L., Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments), u: Czarnota, A., Krygier, M., Sadurski, W. (eds.), 2005, p. 25.

koja se odnose na donošenje ustava i izgradnju demokratskih institucija, nametnuvši tako potrebu za uporednim saznanjima i praksom, međunarodnom saradnjom i odgovarajućom ekspertskom podrškom u koncipiranju ustava država tzv. „nove“ demokratije.<sup>4</sup> Respektabilni deo ustavne teorije, nastao u razdoblju o kojem je reč, posvećen je pitanjima donošenja ustava, ustavnim amandmanima, izgradnji demokratskih institucija i odnosu između ustavnog sudstva i političkih grana vlasti.<sup>5</sup>

Protetkih tridesetak godina obeležene su u ustavnom pravu i međusobno povezanim trendovima: „internacionalizacijom ustavnog prava“ i „konstitucionalizacijom međunarodnog prava“.

„Internacionalizacija ustavnog prava“ manifestovala se na nekoliko načina, od kojih je svakako najvidljiviji trend inkorporacije ljudskih prava garantovanih međunarodnim dokumentima u nacionalne ustave. Iako se ova tendencija može zapaziti već nakon Drugog svetskog rata i usvajanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, ipak najupečatljiviji primeri potiču iz razdoblja kojem je posvećen Zbornik. Prvo je Kanadska povelja o pravima i slobodama, doneta 1982, faktički preslikala mnoga prava garantovana Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima i, do izvesne mere, Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.<sup>6</sup> Potom su u mnoge nove ustave bivših komunističkih država ugrađena poglavlja o ljudskim pravima, u kojima se slede garancije međunarodnog prava o ljudskim pravima. Isti trend nastavio se u Velikoj Britaniji, usvajanjem britanskog Zakona o ljudskim pravima (1998) koji ovlašćuje sudove da ispituju kompatibilnost domaćeg zakonodavstva sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>7</sup> Ipak, najeklatantniji primer je Ustav Bosne i Hercegovine, čiji sastavni deo čine petnaest međunarodnih sporazuma za zaštitu ljudskih prava, a koji nalaže državnim organima obavezu njihove ratifikacije i implementacije.<sup>8</sup> Treba pomenuti da je ovaj trend prouzrokovao i nastanak ustavnih odredaba o direktnoj primenljivosti odredaba međunarodnih ugovora o

4 Tushnet, M., Comparative Constitutional Law, u: Riemann M., Zimmermann R. (eds.), 2006, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, p. 1228.

5 Najčešće se radi o studijama koje su na engleskom jeziku poznate pod nazivima *constitution-making*, *constitution engineering* ili *constitution design*.

6 Vidi npr. Black W., 2011, Canada's Human Rights System and the International Covenant, *National Taiwan University Law Review*, vol. 6, no. 1, pp. 207–242.

7 Za više vidi Kavanagh, A., 2009, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u daljem tekstu: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava.

8 Vidi Anex VI i čl. 4, 7. i 8. Poglavlja I Ustava Bosne i Hercegovine.

ljudskim pravima i njihovom primatu u odnosu na domaće zakone, što je pravac koji, mada nedosledno, sledi i Ustav Republike Srbije.<sup>9</sup> Najzad, pored ustavotvoraca, inkorporaciji međunarodnih ljudskih prava u nacionalne ustave značajno su doprineli i sudovi. Tako je, na primer, Ustavni sud Srbije zauzeo stav da se ustavnom žalbom štite sva ljudska i manjinska prava i slobode, nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav ili su u ustavni pravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima.<sup>10</sup>

„Internacionalizacija ustavnog prava“ ogleda se i u daljoj afirmaciji ustava-ugovora. Ustavi-ugovori nisu društveni ugovori, već su, u principu, međunarodni ugovori ili su, u cilju stvaranja ustavnih garancija između federalnih vlasti i jedinica složenih država, preuzeli svrhu međunarodnih ugovora.<sup>11</sup> Školski primer ustava-ugovora svakako je Ustav Bosne i Hercegovine, sastavni deo Opšteg okvirnog sporazuma o miru iz 1995. godine (tzv. Dejtonski sporazum), koji je usvojen bez demokratskog legitimiteta da bi se uspostavio mir, a ne da bi uspostavio normalno funkcionisanje te države.<sup>12</sup> Na drugom kraju sveta, pregovori između Kvebeka i kanadskih federalnih institucija i nastojanje da se očuva teritorijalna celovitost i spreče secesionističke tendencije, snažno su uticali na rešenja usvojena u Kanadskoj povelji o pravima i slobodama. Naime, odredba člana 33. Povelje dopušta kanadskim pokrajinama da primene svoj zakon iako su njegove odredbe suprotne Povelji.<sup>13</sup>

„Konstitucionalizacija međunarodnog prava“, primetna u proteklih tridesetak godina, ozbiljno je uzdrmala temelje na kojima je izgrađena nacionalna država. Konstitucionalizacija Evropske unije, čiji je sistem od međunarodnog prerastao u transnacionalni ustavni sistem, dovela je do nekih rešenja bez presedana u međunarodnom ili domaćem pravu. Pitanja kao što su – ima li Evropska unija ustav iako nema *demos*, da li je njena struktura federalna ili će to tek postati, kao i da li je Evropski sud

9 Vidi član 18. stav 2. i član 194. st. 4. i 5. Ustava Republike Srbije.

10 Ustavni Sud Srbije, 2009, Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi (integralni tekst), *Bilten Ustavnog suda Srbije*, 1, str. 849.

11 Za više vidi Chang, W. C., Yeh, J. R., *Internationalization of Constitutional Law*, u: Rosenfeld, M., Sajó, A. (eds.), 2012, p.1169. Podsećanja radi, takvu svrhu su imali konfederalni akt SAD (1781), poznat pod nazivom „Članovi o konfederaciji“ (*Articles on Confederation*) i nemački ustavi iz XIX veka na kojima je počivala prva nemačka nacionalna država.

12 O tome se govori u odluci ECtHR, *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, no. 27996/06, 34836/06, Judgment of 22 December 2009 [GC], para. 6; vidi i European Commission For Democracy Through Law, (Venice Commission), *Opinion on the Constitutional Situation in Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative*, CDL-AD(2005)004 (11 March 2005), para. 102.

13 O ovom i drugim primerima vidi u Chang, W. C., Yeh, J. R., 2012, pp. 1169–1170.

pravde uticao na decentralizaciju ustavnog sudstva u evropskim državama, pitanja su o kojima se vodi rasprava već duže vreme. Osim toga, iako je ustavni poredak EU fenomen sam po sebi, njegovo funkcionisanje na više nivoa, uključujući i nacionalni nivo, čini ga obaveznom materijom domaćeg ustavnog prava ne samo u državama članicama nego i u državama koje pretenduju na članstvo.

Najzad, primena Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava od strane Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih ustavnih sudova dovela je do toga da su njene odredbe postale *de facto* ekvivalenti ustavnim normama domaćeg prava, iako Konvencija nije ustav u tehničkom smislu. Štaviše, kako je to istakao sam Evropski sud za ljudska prava, Konvencija ima svojstvo „ustavnog instrumenta“ evropskog javnog poretka.<sup>14</sup> To ne znači, međutim, da su države obavezne da odredbe Konvencije inkorporiraju u domaći ustavni poredak, već da suština garantovanih prava i sloboda mora biti obezbeđena svakom ko se nalazi pod jurisdikcijom države članice.<sup>15</sup> To je dovelo do toga da se danas efikasna zaštita ljudskih prava na evropskom nivou obezbeđuje najčešće dijalogom između nacionalnih ustavnih sudija i sudija Evropskog suda za ljudska prava.<sup>16</sup>

Ovakav snažni i pomalo neočekivani razvoj doveo je u sumnju mnoge klasične postulate ustavnog prava i naterao sve koji se bave ovom disciplinom da se ponovo zapitaju šta je ustav, ko čini *demos*, ima li ustava bez *demos*a, da li je država u „vestfalskom“ smislu održivi koncept, šta je ustavni identitet, a šta ustavni patriotizam, koja su to prava ustavna, ko je danas zakonodavac i da li kontrola ustavnosti više šteti demokratiji nego što sprečava tiraniju parlamenta?

\*\*\*

Mnoga pitanja koja sam pomenula u prethodnom delu razmatraju autori Zbornika: Poglavlje I posvećeno je izazovima pred kojima se našla ustavna demokratija u periodu globalizacije i angažovanog multikulturalizma; u Poglavlju II vodi se rasprava o ustavima novih demokratija u periodu demokratske tranzicije i konsolidacije; Poglavlje III odnosi se na internacionalizaciju konstitucionalizma i konstitucionalizaciju međuna-

14 ECtHR, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, no. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, para. 75.

15 Vidi član 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.

16 Za više o primeni Konvencije u Srbiji vidi Beširević, V., Marinković, T., 2012, Serbia in a „Europe of Rights“: The Effects of the Constitutional Dialogue between the Serbian and European Judges, *European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public*, vol. 24, no. 1, pp. 401–430.

rodnog prava; u Poglavlju IV u fokusu je nastavni metod ustavnog prava u XXI veku, dok je poslednje poglavlje – Poglavlje V posvećeno obeležavanju trideset godina Međunarodnog udruženja za ustavno pravo.

Pre nego što čitalac pređe na čitanje pojedinih priloga, preporučujem obavezno zaustavljanje na odličnom Uvodu čiji su autori urednici Basta-Flajnerova i Marinković. Ne samo što će time čitalac dobiti jasnu sliku o Zborniku već će se i upoznati sa njihovim meritornim viđenjem ključnih pravaca u ustavnom pravu kojem je Zbornik posvećen. Postavljajući relevantna pitanja koja se odnose, na primer, na redefinisavanje nacionalne države, relaciju između razvijenih demokratija i otvorenog društva, politiku ustavnog identiteta i transnacionalni pluralizam, urednici precizno definišu izazove i dileme savremenog konstitucionalizma i ustavnog prava, čime znatno olakšavaju čitanje rasprave koja sledi. Ovim uvodom oni još jednom potvrđuju ono po čemu su poznati – Lidija Basta-Flajner svoju dugogodišnju reputaciju značajnog svetskog konstitucionaliste, a Tanasije Marinković raskošni talenat koji poseduje kao profesor ustavnog prava.

Poglavlje I – *Ustavna demokratija i izazovi globalizacije i multikulturalizma* nedvosmisleno pokazuje dva međusobno povezana identitetska raskoraka u kojima se Evropa danas našla: prvi je onaj između klasičnog shvatanja demokratije i kosmopolitske demokratije, a drugi je onaj između evropske hrišćanske civilizacije i kosmopolitske civilizacije koju je stvorila sama Evropa.

Raspravu o prvom raskoraku vodi Hojn (*Werner Heun*) u svom tekstu *U susret novoj ustavnoj politici o državljanstvu, identitetu i zaštiti manjina (Towards New Constitutional Politics of Citizenship, Identity and Minority Protection)* fokusirajući se na pitanje pripadništva političkim zajednicama u tzv. zapadnim demokratijama. Globalni trendovi migracije i privatizacije glavne su opasnosti po tradicionalnu formulu građanin = državljanin = participacija, ističe Hojn, insistirajući da u pravnom smislu samo državljanin može da bude član političke zajednice (građanin), odnosno da je državljanstvo i dalje jedini opravdani izvor demokratskog legitimiteta. Uz opasnost da suviše pojednostavim stvari, naglasiću, ipak, da je ignorisanje migranata u političkom životu evropskih država „stare“ demokratije, navodno uslovljeno neraskidivom vezom između građanstva i državljanstva, u koliziji sa istovremenim promovisanjem koncepta privatizacije, slobodnog tržišta i slobode kretanja, na kojima počivaju društva tih država. Paradoks je najbolje uočljiv na primeru koncepta građanstva Evropske unije, koji se bazira isključivo na državljanstvu država članica. Rezultat toga je činjenica da stanovnici Unije, kako je to slikovito govorio još davne 1979. godine Mario Sika (*Mario Sica*), nisu ni stranci ni građani Unije („*Non*

*più stranieri, non ancora cittadini*).<sup>17</sup> Ni Hojnovo zalaganje za univerzalistički pristup u zaštiti manjina, kao odgovor na migracijske talase sa kojima se suočavaju savremene evropske države, ne deluje ubedljivo, naročito ne od kada je Kimlika (*Will Kymlicka*) razvezao Gordijev čvor i pokazao da koegzistencija ljudskih i manjinskih prava i liberalna teorija nisu u suprotnosti.<sup>18</sup> Hojnova tvrdnja da kolektivna prava, na osnovu kojih je jedino moguće priznavanje multikulturalizma u pravnom smislu, doprinose devalviranju državljanstva zato što državljanstvo počiva na konceptu jednakosti, previđa ono što Varadi (*Tibor Várady*) efektno pokazuje: logika jednakosti pred zakonom nije primenjiva u domenu prava manjina na očuvanje posebnosti.<sup>19</sup> S jedne strane, Varadi podseća da nema jednakosti ako svi građani jedne države nisu jednaki pred zakonom dok, s druge strane, istovremeno ističe da „nema jednakosti ako svi građani jedne države mogu da idu u istu crkvu. Jednakost postoji ako svako može da ide u svoju crkvu.“<sup>20</sup>

Naredni prilog kritički prati problematično suprotstavljanje ideje univerzalnosti ideji religijskog pluralizma, što, u krajnjoj liniji, odgovara Hojnovoj tezi. Suzana Mančini (*Susanna Mancini*) u ovom, kao i u njenim prethodnim radovima,<sup>21</sup> ukazuje na tamnu stranu religijskog pluralizma iza kojeg stoji evropska politička i sudska elita. Ključna tema njenog teksta *Snažna religija i slabe manjine: poučna priča iz Evrope (Strong Religion and Weak Minorities: A Cautionary Tale from Europe)* jeste kontradiktorna borba za identitet koju Evropa vodi sama sa sobom. Na primerima iz sudske prakse, koji se tiču upisnih kriterijuma u jevrejskim školama i nošenja ili isticanja verskih simbola, Mančinijeva prati liniju procepa u kojem su se našla evropska društva – procepa između evropske hrišćanske civilizacije i kosmopolitske civilizacije koju je Evropa sama stvorila. Imajući u vidu da demokratija, pre svega, počiva na ideji plurazima, otrežnjenje nakon autorkine diskusije prilično je bolno. Naime, potpuno neočekivano, u ulozi glavnih pobornika koncepta „zajedničkog života“ na uštrb multikulturalnosti i multikonfesionalnosti, našli su se sudovi čije se delovanje naj-

17 Sica, M., 1979, *Verso la cittadinanza europea*, Le Monnier, p. 1.

18 Vidi Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1996.

19 Várady, T., 2013, Mišljenje o ustavnopravnim pitanjima koja se postavljaju povodom osporenih odredaba Zakona o nacionalnim savetima – izneto na javnoj raspravi pred Ustavnim sudom 2. jula 2013. godine, *Pravni zapisi*, br. 2, str. 426.

20 Várady, T., 2013.

21 Vidi, npr. Mancini, S., 2012, Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: The Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 2, pp. 411–428; Mancini, S., 2009, The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence, *Cardozo Law Review*, vol. 30, no. 6, pp. 2629–2668.



više vezuje za principe pravde i jednakosti. Sa aspekta evropskog konstitucionalizma, paradoks je u tome veći: Evropski sud za ljudska prava, koji je tradicionalni zaštitnik prava svih manjina, stao je u odbranu identiteta većinske zajednice u Evropi (hrišćanske), negirajući tako i sam koncept religijskog pluralizma, čiji je jedan od tvoraca.<sup>22</sup> Ako se tome doda činjenica da je borbu za očuvanje demokratije od unutrašnjih neprijatelja ovaj sud doveo do apsurdna proglasivši muslimanke koje nose tradicionalne marame neprijateljima demokratije, nestaje svaka sumnja u jedini mogući identitet Evrope.<sup>23</sup> Razočaravajuće i opasno. Zbog toga Mančini sa pravom ukazuje da će borba sa ovim identitetskim paradoksom imati odlučujući uticaj na budućnost i suštinsku vrednost demokratije u Evropi. Ako je za utehu, veru u demokratski pluralizam, multikulturalnu i multikonfesionalnu Evropu, ponovo je vratio upravo jedan sud: nedavno je, naime, Savezni ustavni sud Nemačke zauzeo stav da nastavnice u nemačkim školama, islamske veroispovesti, mogu za vreme nastave da nose marame.<sup>24</sup> Sve u svemu, još jednom odlična Suzana Mančini, koja s pravom pripada samom vrhu svetskih konstitucionalista.

O temi Poglavlja II, tzv. tranzicionom konstitucionalizmu, napisano je mnogo, pa je zato bitno istaći šta je to novo što donosi ovaj zbornik. Pre svega, uglavnom su u fokusu autora države o kojima se, izvan njihovih granica, pisalo malo. U odnosu na tranzicione države o kojima već dosta znamo, kao što je, na primer, Južnoafrička Republika, autori se bave ustavnim zbivanjima koja su do sada bila nedovoljno poznata ili nedovoljno istražena.

Poglavlje II počinje prilogom Branka Smerdela, *Centralnoevropska demokratska tranzicija: model ustavne revolucije (Central European Democratic Transition: The Paradigm of a Constitutional Revolution)*. Tema ovog priloga važna je zbog dve činjenice: prvo, ideja ustavnih revolucija nezaobilazna je materija ustavne teorije; drugo, tvrdnja o postojanju i (ne) uspehu ustavnih revolucija u državama Centralne i Istočne Evrope izazvala je dosta pažnje i polemičkih argumenata. Ono što naslov najavljuje, prilog, međutim, ne sadrži. Iako nedovoljno konzistentno, autorova pažnja je, pre svega, usmerena na objašnjenje i negaciju same ideje „ustavne revolucije“, dok je osvrt na zbivanja u regionu Centralne Evrope, ili objašnjenje o neprimenjivosti ovog koncepta na taj region, uglavnom izostao.

---

22 Vid. oštro kritikovanu odluku ECtHR, *S.A.S. v. France*, no. 43835/11, Judgment of 1 July 2014.

23 ECtHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005 [GC], para. 115.

24 Vidi odluku Saveznog ustavnog suda Nemačke, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, (27 January 2015).



Šteta. U teoriji ustavnog prava navode se tri moguća izvora ustavnih revolucija: prvi, Brus Ackerman (*Bruce Ackerman*) tvrdi da ustavne revolucije mogu proizaći iz dijaloga koji se vodi između sudova, političara, činovnika, društvenih pokreta i građana.<sup>25</sup> Drugi, postoje mišljenja da ustavne revolucije mogu proisteći iz sudskih odluka kojima sudije tumače široko definisane ustavne norme, koje u procesu rešavanja ustavnih sporova zahtevaju razjašnjenje.<sup>26</sup> Na primer, Odluke Vrhovnog suda SAD koje se tiču rasne segregacije, *New Deal*-a ili abortusa, primeri su takve jedne revolucije. Treći, do ustavnih revolucija može doći u toku bitke oko pomirenja nacionalnih vrednosti sa važećim ustavom, čiji sadržaj predstavlja osnovni prostor za delovanje političkih činilaca.<sup>27</sup> Da je autor smestio diskusiju u ovaj teorijski okvir, o postojanju ili nepostojanju ustavnih revolucija u regionu Centralne Evrope, saznali bismo mnogo više. Inače, o prihvatljivosti Smerdelovog argumenta da pojam ustavne revolucije protivreči ideji ustavnog poretka može se diskutovati, ali ne i o činjenici da izvor tog stava, kako Smerdel navodi, mogu biti stavovi američkog autora Bermana (*Harold Berman*) izloženi u prvom delu njegove *tour de force* knjige *Pravo i revolucija (Law and Revolution)*, s obzirom na to da je Bermanova teza upravo suprotna: „zapadna pravna tradicija rođena je u ‘revoluciji’, a potom je, tokom mnogo vekova, periodično prekidana ili menjana samim revolucijama“.<sup>28</sup>

Prilog Gordane Siljanovske-Davkove, *Specifičnost Demokratske tranzicije u novim državama Zapadnog Balkana: slučaj bivših jugoslovenskih republika (The Particularity of Democratic Transition of the New States in Western Balkans: The Case of Former Yugoslav Republics)*, nudi ono što u naslovu obećava: jasnu, sistematičnu i kritičku retrospektivu transnacionalnog konstitucionalizma u državama bivše Jugoslavije, koje su se našle zaglavljene između formalno ustavno promovisanog liberalnog konstitucionalizma i nacionalističkih, populističkih i religijskih kampanja, podupiranih od strane naslednika autoritarnog komunističkog režima u istoj meri kao i izgradnja demokratije i tržišne ekonomije.<sup>29</sup> Opisujući odsustvo demokratske tradicije, sklonost autoritarizmu, relativno slabo civilno

25 Za više vid. Ackerman, B., 1991, *We The People: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press.

26 Za više vid. Lipkin, R. J., 2000, *Constitutional Revolutions: Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism*, Duke University Press.

27 Vidi Albert, R., 2012, The Next Constitutional Revolution, 4 *University of Detroit Mercy Law Review* 88.

28 Berman, H., 1983, *Law and Revolution I: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, p. 1.

29 Za probleme u Srbiji vid. zbornik *Public Law in Serbia: Twenty Years After*, Beširević, V. (ed.), 2012, European Public Law Organization & Esperia Publications Ltd.

društvo, fenomen političkih vođa i „partokratije“, Siljanovska-Davkova precizno formuliše tranzicionu patologiju država bivše Jugoslavije, napominjući da je međunarodna zajednica, pre svega Evropska unija, svojom neodlučnošću i odsustvom strategije, do izvesne mere doprinela održanju tih patologija.

U sledećem prilogu, *Latinoamerički konstitucionalizam: između univerzalnosti i kulturne specifičnosti (Latin American Constitutionalism between Universality and Cultural Particularity)*, Cezar Landa (*Cesar Landa*) nam pruža uvid u razvoj konstitucionalizma u tom delu svetu, do koga je došlo posle talasa demokratizacije u kasnim decenijama XX veka. Njegova pažnja usmerena je na postupke koji se tiču ocene ustavnosti pravnih akata i postupke po ustavnoj žalbi (*amparo*) za zaštitu ljudskih prava. Proces koji se u teoriji naziva „judiklizacija politike“ (*Alex Sweet Stone*), karakteristično je obeležje savremenih ustavnih demokratija, pa se Landa u ovom radu posebno osvrće na specifičnosti sa kojima se u tom procesu susreće ustavno sudstvo država Latinske Amerike. Treba naglasiti da su se ustavna tela latinoameričkih država različito snašla u ulozi veto-igrača u političkom procesu. Na primer, Ustavni sud Kostarike poznat je po svom aktivističkom pristupu u predmetima koji se tiču podele vlasti i u postupcima za zaštitu ljudskih prava. Ustavni sudovi u Brazilu i Meksiku akcenat su stavili prvenstveno na rešavanje političkih kontroverzi na osnovu pravnih pravila, dok je Ustavni sud u Kolumbiji poznat po svom aktivističkom pristupu u postupcima po zahtevu za zaštitu ljudskih prava.<sup>30</sup> Na primer, donedavno to je bio jedini sud koji je svojom odlukom legalizovao aktivnu eutanaziju<sup>31</sup> da bi mu se, relativno skoro, pridružio i kanadski Vrhovni sud.<sup>32</sup>

Poglavlje II završava se radom Kristine Mari (*Christina Murray*), *Vladavina prava u regionu Zajednice za razvoj Južne Afrike: 1981–2011 (The Rule of Law in the SADC Region: 1981–2011)*. Predmet autorkinog rada je uloga pravosudnih organa u procesu uspostavljanja vladavine prava u državama tog regiona, posebno aktivnost i sudbina Tribunala ove zajednice koji je kratko postojao. Autorka se bavi ulogom sudova u političkim borbama i naglašava pojačan trend politizacije sudstva u cilju zaštite političkih interesa vladajućih struktura. Marijeva pokazuje da je savremena tendencija koja sudije stavlja u ulogu veto-igrača u političkom procesu, a koja je u zemljama liberalne demokratije i u transnacionalnim ustavnim siste-

30 Za više o aktivnostima ustavnog sudstva u Latinskoj Americi vid. Couso, J., Huneeus, A., Sieder, R. (eds.), 2010, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press.

31 Vid. odluku ovog suda no. C-239/97 (20 May 1997).

32 Vid. odluku u predmetu *Carter v. Canada* (Attorney General), 2015 SCC 5.

mima snažno uzdrmla Kelzenovu sliku negativnog zakonodavca, upadljivo odsutna u regionu Zajednice za razvoj Južne Afrike. Podrška ustavnih sudova procesu demokratske konsolidacije, osim u slučaju Južnoafričke Republike, takođe je izostala. Na primerima iz Zimbabvea i Malavija, autorka poručuje da je nezavisnost sudske vlasti još uvek nedostižan ideal. Po njenom mišljenju, ovo do izvesne mere važi i za Južnoafričku Republiku: politizacija sudstva uzela je maha, a razne vrste političkih manipulacija koriste se kako bi se, i pored snažnog otpora Ustavnog suda, u javnosti osporio legitimitet njegovih odluka.

Poglavlje III nudi četiri priloga koji prate trendove o kojima sam na početku detaljnije govorila – „internacionalizaciju ustavnog prava“ i „konstitucionalizaciju međunarodnog prava“.

Prvi trend prati Manuel Sepeda (*Manuel José Cepeda Espinoza*), kroz praksu kolumbijskog Ustavnog suda, u radu pod naslovom *Funkcije međunarodnog i uporednog prava u kontroli ustavnosti: slučaj Kolumbije (The Functions of International and Comparative Law in Constitutional Adjudication: The Colombian Case)*. Provodeći nas kroz jurisprudenciju Suda, Sepeda pokazuje da je isti ustavni rang Ustava Kolumbije i međunarodnih konvencija o ljudskim pravima u hijerarhiji pravnih akata omogućio da Ustavnom sudu glavni oslonac u rešavanju sporova o povredama ljudskih prava budu relevantne međunarodne konvencije, naročito Interamerička konvencija o ljudskim pravima i Međunarodni pakt o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima. Uprkos tome, Sud ne primenjuje, ističe Sepeda, automatski međunarodno pravo, već se rukovodi principom „najvećeg mogućeg stepena zaštite“, tako da u slučajevima u kojima takvu zaštitu nudi kolumbijski ustav, uvek primenjuje ustavne odredbe. Nasuprot tome, iako pokazuje izvesnu sklonost, naročito u rešavanju kompleksnih slučajeva, da konsultuje rešenja iz uporednog prava, uporedno pravo nije oslonac ovom sudu u zauzimanju konačnih stavova, navodi autor. Koristan prilog za teoretičare i ustavne sudije, podjednako.

Prilog Cirila Ribičića, Bose Nenadić i Tanasija Marinkovića, *Višestepeni sistem zaštite ljudskih prava u Evropi: pogled iz Centralne i Istočne Evrope (Multi-Level System of Human Rights Protection in Europe: A View from Central and Eastern Europe)* na primerima dijaloga ustavnih sudija Slovenije i Srbije sa Evropskim sudom za ljudska prava, verno oslikava „internacionalizaciju ustavnog prava“ u ovim državama. Pažnja autora usmerena je na efektivnu primenu Evropske konvencije o ljudskim pravima koja je rezultirala, kako autori ističu, u judikalizaciji ustavnog prava, a time i u judikalizaciji politike, što je donedavno bilo, složiću se, nezamislivo na ovim prostorima. Ipak, rasprava u tekstu ukazuje da su dometi sudskog uticaja na političku utakmicu u obe države relativno skromni,

mada aktivistički raspoložen Ustavni sud Slovenije u predmetima koji se tiču tzv. „izbrisanih“ i referendumu o izgradnji džamije, drastično menja ovu sliku. Kad je reč o efikasnoj primeni Konvencije, Ribičič naglašava da slovenački sudovi, uključujući i Ustavni sud, nisu dovoljno kritični u predmetima zaštite ljudskih prava i da, za razliku od prakse Evropskog suda za ljudska prava, praksa Ustavnog suda Slovenije još uvek obiluje pravnim formalizmom i logikom negativne selekcije pitanja.<sup>33</sup> Nenadićeva i Marinković takođe nude kritički osvrt na praksu Ustavnog suda Srbije, dodajući da se pristup Suda u primeni Konvencije najbolje može okarakterisati pridevom – nedosledan.

U eseju pod nazivom *Uzajamna citiranja Evropskog suda i Interameričkog suda za ljudska prava: od uticaja ka dijalogu* (*Les références mutuelles entre la Cour européenne et la Cour Interaméricaine des droits de l'homme: de l'influence au dialogue*), Tanja Gropi (*Tania Groppi*) i Ana Maria Koko-Ortu (*Anna Maria Lecis Cocco-Ortu*) osvrću se na rezultate dijaloga međunarodnih sudova u zaštiti ljudskih prava. U raspravi, autorke pokazuju da Interamerički sud za ljudska prava, po pravilu redovno, u svakoj vrsti predmeta, upućuje na praksu Evropskog suda za ljudska prava, dok Evropski sud to uzvraća retko, upućujući na odluke Interameričkog suda najčešće u predmetima prava na pravično suđenje, prinudnih nestanaka i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja. Autorke ovu činjenicu objašnjavaju dužim iskustvom Evropskog suda za ljudska prava, ali i manjim uticajem prakse Interameričkog suda na ustavne sisteme država članica, koji zbog toga često koristi uporednu praksu i time pojačava legitimitet svojih odluka.

I u fokusu sledećeg priloga Poglavlja III je Evropski sud za ljudska prava. Naime, „konstitucionalizacijom međunarodnog prava“ u ovom zborniku bavi se Dragoljub Popović, kritički analizirajući praksu navedenog suda. U tekstu pod nazivom *Pozivanje na praksu nacionalnih sudova u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava* (*Reference to National Courts' Precedents in the Case Law of the European Court of Human Rights*), Popović stavlja pod lupu praksu Suda u predmetima u kojima Sud, kao izvor prava, koristi nacionalno pravo države koja nije odgovorna strana u datim sporovima. Uzorak je respektabilan – zaključci koje Popović nudi doneti su na primeru dvadeset šest odluka u predmetima razmatranim između 2001. i 2012. godine. Do kojih zaključaka autor dolazi? Prvo, da je Sud pod znatnim uticajem anglosaksonske sudske prakse, što je prema Popoviću lako objašnjivo, mada ne i uvek neophodno. Drugo, da u većini slučajeva Sud po sopstvenoj inicijativi upućuje na praksu nacionalnih su-

---

33 Smatram da se ovaj zaključak *verbatim* može primeniti i na praksu Ustavnog suda Srbije.

dova, dok samo izuzetno to radi prateći argumente podnosioca pritužbe ili odgovorne države. Treće, da praksi upućivanja Sud pribegava s jednakom pažnjom i kad se radi o stavovima nacionalnih sudova koji mu idu u prilog u datom slučaju, kao i o onima koja upućuje na suprotne stavove.

Poglavlja IV i V retrospektivnog su karaktera. Kratki vodiči kroz nastavne metode ustavnog prava u XXI veku i najvažnije tendencije u ustavnom pravu u poslednjih tridesetak godina, kao i podsećanja na osnivačke dane Međunarodnog udruženja za ustavno pravo, dolaze iz pera odabranih svetskih ustavnih teoretičara, među kojima su Viki Džekson (*Vicki C. Jackson*), Kristijan Štark (*Christian Starck*), Tomas Flajner (*Thomas Fleiner*), Đuzepe Vergotini (*Giuseppe Vergottini*), Martin Šajnin (*Martin Scheinin*), Patris Želar (*Patrice Gélard*), Simina Tanasesku (*Simina Tanasescu*) i, naravno, naš Pavle Nikolić. Ove priloge takođe vredi sa pažnjom pročitati, s obzirom na to da je reč o autorima koji imaju uvek kreativan pristup, bez obzira na temu.

Na kraju, treba istaći odličnu koncepciju Zbornika, što je zasluga njegovih urednika. Pre svega, Zbornik daje precizan i analitički presek svih ključnih tendencija koje su obeležile razvoj konstitucionalizma i ustavnog prava poslednjih tridesetak godina. Potom, činjenica da odabrani prilozi ne stavljaju u prvi plan dominantne ustavne kulture SAD i Nemačke već je pažnja čitalaca usmerena na ustavne kulture država u razvoju, na države tek izašle iz ratnih sukoba, transnacionalne ustavne sisteme i praksu međunarodnih sudskih tela za zaštitu ljudskih prava, svedoči o naporima urednika da čitaocima pruže temeljan uvid u razvoj ustavnog prava, neopterećen ideološkim, filozofskim ili metodološkim predrasudama koje prate ovu disciplinu. Najзад, urednici su okupili respektabilne autore, koji se odlikuju inovativnim pristupom čak i onim temama o kojima je mnogo pisano, što omogućava nova saznanja i nove ideje. Sve to učiniće, verujem, da će se ne samo čitanje nego i neprekidno vraćanje Zborniku uvek isplatiti.

Dostavljeno Redakciji: 30. aprila 2015. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 23. juna 2015. god.