

Мр Маја Настић, асистент
Правни факултет у Нишу

UDK: 342.565.2(44:497.11)

**ПРЕВЕНТИВНА КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ-
УПОРЕДНА ИСКУСТВА И МОГУЋНОСТ
ПРИМЕНЕ ПРЕМА УСТАВУ СРБИЈЕ**

Апстракт: У раду се посматра функционисање и значај превентивне контроле уставности на бази упоредних искустава, пре свега француског, анализирају се предности и недостаци ове врсте контроле и критички посматра могућност њене примене према Уставу Србије, који је уводи као велику новину у дотадашњем систему нормативне контроле.

Кључне речи: Уставни савет Француске, Уставни суд Србије.

УВОД

Један од основних принципа на којима се темељи правна држава јесте принцип супрематије устава. Супрематија устава и његово позиционирање као *lex superior* и *lex fundamentalis* потврђује се установљањем посебних органа и посебних поступака у којима ће поменути приоритет устава бити обезбеђен. Заштита устава и уставности може бити организована на различите начине. Према органу коме је поверена, контрола уставности може бити судска и вансудска контрола уставности. Судска контрола уставности је данас доминантан облик контроле. Контрола уставности дефинисана као надлежност судских органа да ставе ван снаге законе и друге опште акте, ако се дође до закључка да су они у сукобу са уставом, појављује се као једна од најистакнутијих карактеристика савремених демократија. Судска контрола уставности може бити организована као контрола уставности редовних судова и као уставносудска контрола. Вансудска контрола уставности подразумева контролу коју врше органи ван судског односно правосудног система и она се често означава и као политичка контрола. Вансудска контрола уставности може бити организована у два система. У једном, реч је о систему самоконтроле законодавца, дакле контролу врши сам парламент. У другом, ову контролу врши посебан орган, односно посебно политичко тело ван парламента.

Поделу система уставности могуће је извршити с обзиром на тренутак у коме надлежни орган приступа оцени уставности. Са овог становишта можемо разликовати претходну или превентивну контролу и накнадну или репресивну контролу уставности. Заједничка обележја обе врсте контроле јесу да у својој основи имају решавање спора о уставности нормативног акта и могу бити спроведене од стране судова или вансудских органа. Али, суштинска разлика је у времену када се спроводи једна, а када друга врста контроле, из чега даље произилази даља диференцијација ова два система. Превентивна (претходна) контрола уставности, како то и њен назив сугерише, спроводи се у односу на акте који још нису ступили на снагу и који нису још започели свој правни живот. Накнадна (репресивна) контрола спроводи се у односу на опште правне акте који су део правног система, и који се примењују извесно дуже или краће време.

Превентивна контрола уставности спроводи се у односу на законе који су донети од стране парламента, али који још нису промулговани, дакле када је законодавна воља створена, али још није проглашена и "обнародована". Накнадна контрола спроводи се у односу на донете, објављене законе, али и у односу на све друге опште правне акте, који подлежу контроли уставности у датом систему. Превентивна контрола уставности је историјски претходила накнадној контроли, али је данас накнадна контрола преузела апсолутни примат и типично је обележје уставносудске контроле. Данас, уставни судови се претежно орјентишу ка апстрактној накнадној контроли, док се превентивна контрола врло рестриктивно примењује и само у односу на одређене акте и по захтеву тачно одређеног круга субјеката.

ПРЕВЕНТИВНА КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ - УПОРЕДНА ИСКУСТВА

Када се данас говори о превентивној контроли уставности полазна тачка у свим анализама јесте контрола уставности коју спроводи Уставни савет (Conseil Constitutionnel) Француске. Уставни савет, као посебно судско-политичко тело установљено Уставом Француске V Републике, креиран је са циљем да спречи девијацију парламентарног режима. Наиме, Устав Француске (1958) установио је нову равнотежу и прецизно разграничење законодавне и извршне функције и задатак Уставног савета је да осигура поштовање ових разграничења, пре свега у односу на Парламент. Улога Уставног савета није виђена попут улоге уставних судова, чији је задатак да спроводе супериорност устава у односу на обично законодавство, већ је више виђен као чувар новоосноване нормативне прерогативе егзекутиве у односу на потенцијалну "инвазију" која би долазила од стране Парламента. Тако да је *raison d'être* установљавања Уставног савета био да осигура да Парламент у свом законодавном раду неће изаћи из оквира постављеног чланом 34 Устава и да не улази у *puissance réglementaire* извршне власти.¹

¹ Više o tome: Mauro Cappelletti, "The mighty problem of Judicial Review and Contribution of Comparative Analyses", *California Law Review*, Vol. 53, (1979-1980), p.409

А ргіогі контрола коју спроводи Уставни савет појављује се у виду обавезне и факултативне контроле. Обавезном претходном контролом обухваћени су органски закони и пословници оба дома Парламента. Органски закони се у Француској изгласавају и мењају под посебним условима и њима се одређује трајање мандата сваког дома, број њихових чланова, услови њихове изборности, инкомпатибилности итд. Факултативној претходној контроли подлежу сви обични закони. Обични закони (*lois ordinaires*) обухватају све врсте закона-финансијске, програмске, о ратификацији међународних уговора, односно све акте који су усвојени у форми закона. У оба случаја, и када је у питању облигаторна и када је у питању факултативна контрола, она може бити покренута само иницијативом овлашћених ауторитета и не спроводи се аутоматски, нити Уставни савет може покренути поступак *ex officio*. Док факултативна контрола може бити покренута због сумње о уставности закона, код обавезне контроле то није релевантно, јер се она спроводи без обзира да ли постоји сумња у уставност закона. У односу на законе, контрола уставности покреће се након што је закон усвојен у Парламенту, а пре промулгације од стране председника Републике. Једном када је закон проглашен он не може бити предмет контроле. Контроли уставности не подлежу ни закони усвојени на референдуму. Поступак пред Уставним саветом може бити покренут по захтеву председника Републике, првог министра, председника Националне скупштине и председника Сената. Од 1974. године изменама Устава право покретања поступка пред Уставним саветом добило је и 60 посланика и 60 сенатора. Тиме је дато право парламентарној опозицији да иницира рад Уставног савета и преузме активнију улогу у законодавној политици, што се у значајној мери одразило на квалитет и квантитет рада Савета. Има и мишљења да је давањем права посланика да покрећу поступак пред Уставним саветом он трансформисан из заштитника извршне власти од законодавне власти, у оружје законодавца у односу на извршну власт.²

Када је покренут поступак за оцену уставности, Уставни савет има рок од месец дана у коме треба да се изјасни о постављеном уставном питању. Наиме, покретање поступка пред Уставним саветом

2 Herman Schwartz, "New East European Constitutional Courts", *Michigan Journal of International Law*, Vol..13, 1991/1992, pp. 741-785

од средине 70-их година прошлог века постало је централно обележје опозиционе тактике, којој се прибегава са циљем да се одложи и на изванредан начин опструира законодавни процес. То је често имало за последицу одуговлачење са спровођењем реформских закона, чиме се “кочило” спровођење Владине политике. Али, рок од месец на захтев Владе, ако је ствар хитна, може бити скраћен на 8 дана.³

Вршећи нормативну контролу Уставни савет цени да ли је закон сагласан са Уставом у његовом интегралном тексту укључујући и Преамбулу. По ставу самог Савета, он је надлежан да цени сагласност закона и са начелима уставне вредности. То је допринело да Уставни савет има есенцијалну улогу у заштити основних права у односу на злоупотребе у законодавству. Полазећи од Преамбуле Устава из 1958. Преамбуле Устава из 1946. године и Декларације права човека и грађанина, Уставни савет је “конституционализовао” основна права човека, укључио их у основ за поништења закона, обавезујући законодавца на њихово поштовање. До 1989. Савет је користио “принцип једнакости” да поништи законе у 11 случајева; Декларација права човека и грађанина је била основ за поништење у 18 случајева.⁴ На тај начин посредством превентивне контроле уставности закона Уставни савет је проширио и унапредио скучени уставни каталог.⁵

А ригорозна контрола коју спроводи Уставни савет чини да је он ближи законодавној него судској власти. Уставни савет оцењујући уставност закона, може да “поништи” одлуке Парламента и да предложи позитивна решења која ће уклонити недостатке у закону. Стога, Alec Stone за Уставни савет Француске користи квалификацију “трећи дом парламента”. Наиме, закон уобичајено предлаже Влада у Националној скупштини, где се он и усваја, даље се упућује Сенату и ако је закон “важан” он иде на треће место- у Уставни савет. Тако да се одлуке Уставног савета не могу одвојити од законодавног процеса и исхода чији је део. Уставни савет је орган где се спроводи “треће

3 Миодраг Јовичић, *Велики уставни системи-елементи за једно упоредно уставно право*, Београд, 1984, стр. 484

4 Izvor: Alec Stone, “Where Judicial Politics are Legislative Politics: The French Constitutional Council” u M. Volcansek (ed.), *Judicial Politic and Policy- Making in Western Union*, London, 1992, pp. 29-49

5 Више о томе Светислава Булајић, *Чувар француског устава*, Београд, 2006, стр. 85

читање” које закон мора да прође пре промулгације. Он функционише као трећи дом, овде настаје последњи писани траг о коначном читању који закон пролази пре промулгације.⁶ Иако су одлуке Савета садржајно ограничене на одлуке о уставности, оне нису ништа мање легислативне и не могу се одвојити од законодавног процеса и исхода чији су део. Иако не контролише све законе Уставни савет је прегледао све буџете од 1974. године и главне законе од 1981. године. Уставни савет тако одлучује о стварима о којима се неслагање своди на различитост политичког избора у којима су уставне норме крајње недетерминисане, он дефинише циљеве политике и циљеве које Парламент треба да спречи. Његова разматрања су често политички активирани, обично од групе посланика који су незадовољни доношењем неког закона.

Теза о Уставном савету као трећем дому може се критиковати по два основа. Најпре, Уставни савет није само-активирајући, и не поседује дискрециона овлашћења као Национална скупштина или Сенат. Мада, ако би сваки дом парламента требало да буде само-активирајући онда то не бисмо могли рећи да су ни британски Дом комуна, ни Француска Национална скупштина. У Француској, егзекутива диктира дневни ред легислативи и Парламент не може да усвоји закон или измене закона ако је влада ставила приговор, а вето Сената је само суспензивни, док је Уставни савет једина институција чију политичку преференцију Влада не може игнорисати, преокренути или укинути. Одлуке Уставног савета су правноснажне, коначне и обавезујуће за све државне органе. Друго, јасно је да је Савет није дом Парламента, већ да је то уставни суд који поседује а ригор јуриспруденцију над законодавством.⁷

Уставном ревизијом спроведеном 2008. Уставном савету је омогућено да спроводи и конкретну контролу уставности. Чланом 26 Закона бр. 74 од 2008. предвиђено је да када се током поступка пред судећим судом појави као спорно питање да ли се одредом закона, која треба да буде примењена у конкретном случају, крше права и слободе заштићене Уставом, судећи суд се обраћа Државном савету или Касационом суду. Државни савет или Касациони суд, ако оцене да је такво питање довољно озбиљно, обраћају се Уставном савету који треба да оцени уставност оспореног закона. Ако Уставни савет утврди

⁶ Alec Stone, *op.cit.*, p. 45

⁷ *Ibidem*

да је оспорени закон сагласан уставу, судећи судија ће га применити у решавању конкретног спора. Ако Уставни савет прогласи неуставним оспорени закон, судећи судија га не може узети у обзир код решавања конкретног спора. На крају, и појединцима је дозвољено да оспоравају уставност закона поводом конкретних случајева обраћањем Уставном савету преко Државног савета или Касационог суда. Оваква реформа је оправдана делом из разлога “модернизације” правног система, као начин да Француска ухвати корак са европским суседима.⁸ Али је превентивна апстрактна контрола уставности остала препознатљиво и доминантно обележје Уставног савета Француске, посебно ако се има у виду рестриктивно постављена накнадна и конкретна контрола уставности.

Осим Француске, један вид претходне контроле уставности познаје и Финска. Овде је реч о тзв. систему самоконтроле законодавца, јер се о надзору над уставношћу стара нарочит парламентарни одбор који броји најмање 17 чланова. Овај одбор изјашњава се о уставности предложених закона у фази припрема за пленарну седницу на којој се разматра законски предлог.⁹ Облике претходне контроле уставности познају и неке државе пост социјалистичке орјентације. Типичан пример је Румунија у којој Уставни суд, по узору на француски Уставни савет, оцењује уставност закона пре промулгације, а након усвајања у парламенту. Право да покрену поступак имају највиши државни функционери и најмање 50 посланика или 25 сенатора. У другим државама Централне и Источне Европе, које су увеле уставно судство након раскида са социјализмом, *ex ante* контрола постоји у слабијој форми и заједно са *ex post* контролом. У Пољској, превентивна контрола уставности се спроводи по захтеву председника, али само ако је претходно стављен вето на закон. Али, овако конципирана *ex ante* контрола је виђена као изузетак од правила. У Мађарској, *ex*

8 Upor. Alec Stone Sweet, “The Constitutional Council and the Transformation of the Republic”, Yale Law School, Year 2008, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=fss_papers i Federico Fabbrini, “Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori constitutional Review for Legislation”, *German law Journal*, No.9, 2008, pp.1297-1312

9 Више о томе Драгољуб Поповић. “Врсте контроле уставности и европске нове демократије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3, (1998-1999), стр. 231-232

ante контрола је постојала све до 1998. године и њоме су могли бити обухваћени не само закони након гласања, а пре промулгације, него и закони о којима се још није гласало. Сада постоји у минималној форми, и слично као у Пољској, претходну контролу уставности може да иницира само председник у односу на донети и непромулговани закон.¹⁰

Извесне облике претходне контроле уставности можемо наћи и у западним демократијама, иако се оне првенствено опредељују за накнаду, а posteriori контролу уставности. У Аустрији, савезни председник може да се обрати Уставном суду када сумња у уставност усвојеног закона, који треба да потпише, што би се могао сматрати једним видом превентивне контроле. У Немачкој, члан 97 Закона о Савезном уставном суду предвиђа да Савезна скупштина, Савезно веће и Савезна влада могу у заједничком предлогу затражити од Савезног уставног суда да да правно мишљење о одређеном уставноправном питању. Исто право припада и Савезном председнику. Правно мишљење даје пленум Савезног уставног суда. Савезни уставни суд је иначе одбојан у погледу превентивне контроле уставности. Савезни уставни суд је мишљења да “када би се парламентарним групама дала надлежност да у стадијум законодавног поступка покрену антиципирану нормативну контролу као спор између органа, онда би прави поступак контроле норми, који је одредио Основни закон, изгубио свој значај. Доношење правоваљаних закона спада у политичку одговорност законодавних органа, коју им Савезни уставни суд не може одузети. Тек у завршном изгласавању Бундестаг изражава своју вољу да објави неки закон, и по правилу тек онда је утврђено какав садржај закон треба да има. Било би, дакле, неизводљиво да се још раније испита уставност неког нацрта. Неопходно ангажовање уставног суда на контроли законитости захтева велико уздржавање, колико је год политички процес формирања жеље у парламенту још у току”.¹¹

10 Више о томе Wojciech Sadurski, *Rights before Court- a study of constitutional courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, The Netherlands, 2005, p. 75

11 Друга конференција европских уставних судова и сличних институција које се баве заштитом уставности и законитости, (Rinck, Savezna Republika Nemačka), Beograd, 1977, str. 116

У неким система у којима се полази од *ex post* контроле, превентивна контрола уставности се дозвољава и препоручује када је реч о међународним уговорима или законима који садрже одредбе међународних уговора. Тако, Уставни суд Шпаније спроводи превентивну контролу уставности само у односу на међународне уговоре. Предлог за спровођење ове контроле може поднети Влада, или било који од домова Парламента- Посланички конгрес или Сенат, сходно члану 95 ст. 2 Устава Шпаније. Уставни суд одлучујући у поступку овакве врсте не доноси одлуку (*sentencia*), већ декларацију (*decalaración*), која има *erga omnes* дејство. Овом декларацијом се не спречава, већ само одлаже ратификација међународног уговора, који није у складу са Уставом до спровођења уставне ревизије.¹² Али, у Шпанском уставном систему могуће је спровести и *a posteriori* контролу уставности међународних уговора, или прецизније речено ова контрола се односи на органске законе којима је одобрено закључивање међународних уговора. У Немачкој, такође је могућа контрола уставности закона којим се имплементира међународни уговор до окончања поступка ратификације, односно до потписивања и промулгације закона о ратификацији. Овако конципирана контрола уставности међународних уговора, иако одлуке које се тим поводом доносе јесу обавезујуће за све државе органе, у суштини је ипак саветодавно мишљење. Има чак оних који сматрају да овај поступак не спречава промулгацију уговора и његову ратификацију од стране Савезног председника, док је он још увек предмет контроле пред Уставним судом. Међутим, Уставни суд је сматрао да би такво понашање извршне власти могло бити оцењено као противуставно и да би осујетило судски поступак.¹³ Шта више, уколико је ратификација од стране Савезног председника неминовна, а судски поступак још није окончан, Уставни суд може да изда Савезном

12 Упор. Владан Петров, “Уз дилему о контроли уставности међународних уговора”, у *Право Републике Србије и право Европске уније-стање и перспективе*, св. 1. Вол. 1 (ур. Н. Стојановић, С. Голубовић), Ниш, 2008, стр. 297 и Оливера Вучић, Владан Петров, Дарко Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република –теорија, пракса, норма*, Београд, 2010, стр. 60

13 36 BVerfGE 1, 15; Friesenhahn, “Hüter der Verfassung?“, 6 *Zeitschrift für Rechtspolitik* 188 (1973) Navedeno prema Hans G. Rupp: “Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of Germany”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, 1977, p. 291

председнику налог о забрани.¹⁴ Такав налог никада до сада није издат. Овако конципирана контрола уставности међународних уговора има обележје претходне контроле. Такво становиште Уставни суд је заузео из политичких побуда, тј. из бојазни од међународних компликација које би могле да настану уколико би се један уговор, који је већ ступио на снагу, прогласио противуставним.¹⁵

ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ПРЕВЕНТИВНЕ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ

Имајући у виду моделе превентивне контроле уставности који постоје у упоредном уставном праву и посматрајући упоредна искуства можемо указати на предности и недостатке ове врсте контроле. Основна и најзначајнија предност превентивне контроле уставности, ако је комбинована са захтевом да уставни суд одлучује у тачно одређеном, кратком времену, јесте што води поузданости правног система ("Rechtssicherheit") и правној сигурности.¹⁶ Ову врсту контроле, како је раније речено, могуће је спровести само док закон није промулгован. Једном када је закон промулгован више се не може оспоравати. Тиме се избегавају проблеми који могу настати када закон, који је донет и примењиван годинама, буде проглашен неуставним чак и када ово проглашење има *ex tunc* дејство. Са друге стране, репресивна контрола може оставити нека уставноправна питања отвореним чак и по више година. Тиме је и сачуван престиж законодавца више него у систему *ex post* контроле.

Посебна предност превентивне контроле уставности долази до изражаја у погледу оцене уставности међународних уговора, односно закона који садрже одредбе међународног уговора, јер се таквом контролом омогућава доношење коначне и ауторитативне одлуке о његовој уставности пре него је ратификован и постао обавезујући

14 BVerfGG § 32 Navedeno prema Hans G. Rupp, *op.cit.*, p. 291

15 Claude Lassale: "Les limites du contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne occidentale", *Revue du droit public*, LXIX/1953, str. 106-120; Navedeno prema Ratko Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Beograd, 1973, str. 41

16 Helmut Steinberger, "Models of constitutional jurisdiction", Vol. 4, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, 1993, p. 5

на међународном нивоу. Осим тога, снажан аргумент који говори у прилог овакве контроле јесте и међународни углед који држава ужива, и који може бити озбиљно нарушен, када се један међународни уговор потпише, а затим не спроводи у пракси, јер је уставни суд такав уговор огласио неуставним.

Главни недостатак превентивне контроле уставности је што се уставни суд на тај начин активно укључује у законодавни поступак, који још није окончан, јер је закон само усвојен, али не и промуглован, тако да су могуће његове измене. Тиме уставни судови могу да нарушавају законодавни процес, да урушавају супрематију парламета и принцип поделе власти. То значи да уставни суд може бити “упетљан” у политичке преговоре који се спровode у фази законодавне израде. Како судија Руског уставног суда каже: “Ми бисмо могли бити укључени у политичке игре”.¹⁷ Осим тога, контрола уставности закона је често праћена озбиљним потешкоћама, посебно имајући у виду економско и социјално законодавство у врло комплексним друштвима. У таквим околностима судити о свеже донетој норми и још донети одлуку у врло кратком року може бити тешко изводљиво. Врло често стварне и могуће последице норми закона у питању, у тако раној фази не могу да се утврде на поуздан начин у недостатку искустава у правној пракси и спровођењем закона у питању. Закон се може показати неуставним тек у конкретним случајевима и контраверзама. И у систему репресивне контроле која се спроводи у виду апстрактне контроле, уставни суд се може суочити са проблемом “свежег” закона, који још није примењен, али не постоји притисак да се тај поступак оконча у року од месец дана или у року од неколико недеља. Судско сазнавање уставности закона тражи одређену дистанцу у односу на актуелне, свакодневне аргументе око политичких процеса законодавства.¹⁸ Накнадна контрола појављује се као “одговор” на примену правних аката. Питање неуставности закона или другог правног акта лакше се може решити увидом у његову досадашњу примену него апстрактним посматрањем оспорене норме. Претходна контрола је најчешће постављена тако да може бити иницирана од ужег круга субјеката него што је то случај са накнадном контролом.

¹⁷ Navedeno prema. Wojciech Sadurski, op.cit, p.78

¹⁸ Više o tome: Helmut Steinberger, op.cit, p. 5

Али, упркос свим разликама које постоје између претходне и накнадне контроле, чини се да је она пре формална, него суштинска. Немачки Савезни уставни суд, као типичан заступник накнадне контроле, ради исто што и Уставни савет. Закон о Савезном уставном суду Немачке предвиђа да он може да закон поништи и учини неважећим (*unvereinbar und nichtung*), док је у пракси Суда уведена могућност да закон прогласи несагласним са Основним законом (*mit dem Grundgesetz unvereinbar*)¹⁹. Када је закон поништен он се више не може примењивати. Исто дејство постиже се и одлукама Уставног савета Француске. Једина разлика између *a priori* и *a posteriori* апстрактне контроле је одсуство промулгације закона. У оба случаја орган може да свргне одлуку која ужива подршку већину. Превентивна контрола у Француској може бити критикована и као средство којој парламентарна опозиција често прибегава ради опструкције законодавног процеса. Али, апстрактна нормативна контрола која се спроводи у Немачкој, која такође може бити покренута по захтеву парламентарне опозиције ради остваривања политичких циљева, даје сличне резултате. Парламентарна већина у Немачкој има чак већу аверзију према ризику у уставним стварима него у Француској. Иако се поступак контроле покреће у односу на законе који су већ донети, уколико у току законодавног поступка опозиција најави могуће покретање поступка пред уставним судом, парламентарна већина показује спремност на компромис. Утицај уставних судова на политички процес доношења одлука се рефлектује и у одговору на одлуке суда. У Француској и Немачкој ниједан текст закона није поништен након што је измењен као одговор на одлуку уставног суда. Законодавац када једном закон буде поништен не жели да ризикује и дозвољава уставном судији да “диктира реч по реч текста новог закона”²⁰.

Несумњива предност превентивне контроле уставности је у томе што доприноси већој стабилности система, али истовремено умањује демократски легитимитет уставне контроле, јер је уставни суд сувише близу законодавца и законодавног процеса. Иако уставни суд у систему *a posteriori* контроле може да стави “вето” на законодавне

19 Georg Vanberg, *The politics of Constitutional review in German*, Cambridge University Press, 2005., p. 92

20 Wojciech Sadurski, *op.cit.*, pp.81-82

акте након промулгације, ипак је удаљенији од законодавног процеса него по систему *a priori*. Неспорно је да и превентивна и накнадна контрола уставности имају и своје предности и своје недостатке, али је и чињеница да је накнадна контрола данас доминантан облик контроле и основа на којој уставни судови спроводе нормативну контролу. И како то уставна стварност показује ове две врсте контроле не искључују једна другу и могу се паралелно примењивати. Несумњива је предност претходне нормативне контроле када су у питању међународни уговори, посебно ако се имају у виду последице на међународном плану које могу настати проглашењем једног закљученог и ратификованог међународног уговора неуставним.

ПРЕВЕНТИВНА КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ ПРЕМА УСТАВУ СРБИЈЕ (2006)

Устав Србије (2006) донео је низ значајних новина у погледу Уставног суда Србије. Поред тога што је повећао број судија, значајно је проширио надлежност Уставног суда посебно у домену нормативне контроле права. То ширење је ишло у правцу уставног судског контролисања већег броја аката, односно у повећању броја акта у односу на које се врши оцена усклађености општих аката у правном поретку Србије²¹, али и установљених нових облика и видова нормативне контроле. Нормативна контрола, првенствено је као и у раније важећем Уставу Србије (1990), опредељена као накнадна апстрактна контрола. Поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и најмање 25 посланика. Поступак може да покрене и сам Уставни суд.

21 Уставни суд одлучује о:

1 сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима;

2. сагласности потврђених међународних уговора са Уставом;

3. сагласности других општих аката са Уставом;

4. сагласности статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе са Уставом и законом,

5. сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора са Уставом и законом. (чл. 167 ст. 1 Устава Србије)

Свако правно или физичко лице има право на иницијативу за покретање поступка за оцену уставности или законитости. Велика новина уведена је чл. 169 Устава Србије, који предвиђа оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу. Превентивна контрола уставности је, за разлику од француског модела, постављена као факултативна. Устав не познаје ниједан случај обавезне контроле уставности.

Превентивна контрола уставности је рестриктивно постављена у односу на накнадну контролу уставности у погледу аката у односу на које се може покренути и у погледу активне процесне легитимације. Превентивна контрола уставности може се покренути само у односу на законе. Оваква врста контроле није предвиђена у погледу других општих правних аката који подлежу накнадној нормативној контроли и спроводи се само као контрола уставности, не и као контрола законитости. Право на покретање овог поступка припада искључиво народним посланицима, најмање 1/3, али не и другим субјектима који могу да покрену поступак накнадне контроле. Прецизан рок у коме се ова контрола може иницирати није утврђен, али имајући у виду да сходно чл. 169 Устава Уставни суд цени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен, јасно је да се то може бити само у кратком периоду од усвајања закона до његове промулгације. Сходно чл. 66 Закона о Уставном суду ("Сл. гласник", бр. 109/2007) уз предлог за покретање поступка доставља се и текст изгласаног закона, који је оверио секретар Народне скупштине или лице које он на то овласти. Предлог за оцену уставности закона пре његовог проглашења се не доставља на мишљење Народној скупштини, нити се води јавна расправа.

Поступак оцене уставности закона пре његовог ступања на снагу је хитан и Уставни суд је дужан да у року од 7 дана оцени уставности закона. О томе да је покренут овај поступак Уставни суд обавештава председника Републике, али такво обавештење њега формално не спречава да изврши промулгацију закона, чак и пре истека рока од 7 дана. Уосталом, Устав прописује да ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона.²²

²² Чл. 169 ст.2 Устава Србије

Овако конципирана превентивна контрола уставности отвара многобројна питања. Пре свега, то што поступак могу покренути само посланици, може се тумачити као “изненађујући поклон уставотворца парламентарној мањини”.²³ Такав поступак може да Уставни суд Србије учини арбитром између парламентарне већине и опозиције. Иако покретање поступка од стране опозиције може бити коришћено ради опструкције законодавног поступка, то се може тумачити и као “могућност опозиције да спречава парламентарну већину да из разлога политичке или друге користи свесно гласа за неуставни закон, рачунајући на то да у редовним ситуацијама поступак оцене уставности закона траје пред Уставним судом дуже времена, а да за то време спорни закон може произвести, за владајућу већину жељене последице”.²⁴ Али, ако је превентивна контрола уставности моћно средство у рукама опозиције, излишно би било говорити о томе како Уставни суд не сме да се руководи политичким разлозима већ искључиво правном интерпретацијом оспорених закона, и да не дозволи да политичка трвења у парламенту изражена приликом доношења закона, утичу на његов рад, већ да свој задатак обавља на уобичајени начин, као када спроводи накнадну контролу. Уставни суд мора да чува устав као највиши закон земље и уставност као кључно начело функционисања модерне државе.

Међутим, велику препреку у истинској оцени уставности може представљати исувише кратко време у коме Уставни суд треба да о томе одлучи. Рок од 7 дана је непримерен овој врсти контроли, а контрола би се евентуално могла спровести само у случају флагрантне неуставности, пре свега, оне које се тичу формалне оцене уставности. Истовремено, Устав предвиђа да ако закон буде проглашен пре доношења одлуке Уставног суда, Уставни суд наставља да поступа према предлогу сагласно редовном поступку за оцену уставности. Тако ће одлука Уставног суда уместо превентивног имати касаторно дејство.²⁵

23 Драган М. Стојановић, *Уставно право* (друга књига), Ниш, 2007, стр. 391

24 Ратко Марковић, “Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године,” *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2, 2007, стр. 33

25 Ратко Марковић, *op.cit.*, стр. 33

Међутим, ако Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона.²⁶ Оваква формулација је врло нејасна и подложна тумачењу. Прво питање које се намеће јесте зашто проглашавати закон за који је Уставни суд утврдио да је неуставан? Каква је онда сврха превентивне контроле? Овакво решење се евентуално може разумети ако се пође од тога да је оценом уставности, по правилу, обухваћен изванредан мањи или већи број одредаба, али не закон у целини. Тако да уколико Уставни суд утврди да оспорена одредба закона несагласна уставу, то неће спречити промулгацију закона у целини, али неуставне одредбе неће бити део закона, и неће моћи да се примењују.

Устав у ст. 4 чл. 169 утврђује да поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу. У том смислу, најважнија последица превентивне контроле је у томе што ако је Уставни суд утврдио да је закон сагласан Уставу, поступак за оцену уставности таквог закона не може бити покренут по његовом проглашењу и ступања на снагу, „јер би се у супротном уставност истог закона оцењивала два пута”.²⁷ То значи да се изричита уставна забрана покретања поступка накнадне оцене уставности, односи на цео закон, а не само на одредбе које су биле предмет претходне уставносудске контроле.²⁸

Овако постављена претходна контрола уставности има много мањкавости, недостатака и уставна одредба о томе је недоречена и често недовољно јасна и до данас није било предлога односно захтева за покретање овог поступка. Међутим, иако тако неспретно уређена превентивна контрола уставности не би била потпуни промашај када би нашла своју примену у односу на законе о ратификацији међународних уговора. Сви недостаци ове контроле могли бити знатно ублажени, а тада би одредба чл. 169 ст. 4 имала посебан значај. Природно је да уставна контрола међународних уговора може бити рационална једино као превентивна контрола и да се једном потврђена уставност закона о потврђивању међународних уговора накнадно не може побијати,

²⁶ Чл. 169 ст. 3 Устава Србије

²⁷ Ратко Марковић, *op.cit.*, стр. 32

²⁸ Маријана Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд, 2009, стр. 218.

због међународног кредибилитета државе. Тиме би се избегао сукоб између устава и међународног уговора и помирила би оба захтева у погледу инкорпорације извора међународног права у унутрашњи правни поредак, односно била би остварена контрола уставности потврђених међународних уговора и одржала би се у пуној мери уговорна способност Републике Србије.²⁹

Уставом је предвиђен још један случај превентивне контроле уставности. Наиме, у члану 186 Устава, под насловом “Надзор над радом органа аутономне покрајине” предвиђено је да Влада може пред Уставним судом покренути поступак за оцену уставности или законитости одлуке аутономне покрајине пре њеног ступања на снагу. Влада је дужна да уз предлог достави текст оспорене одлуке аутономне покрајине. Уставни суд Србије најпре одлучује о предлогу Владе да се одложи ступање на снагу оспорене одлуке. И овде се као у поступку превентивне контроле закона оспорена одлука не доставља на мишљење органу, који ју је донео, нити се о предлогу води јавна расправа. Ако Уставни суд донесе решење да одложи ступање на снагу оспорене одлуке органа аутономне покрајине, дужан је да поступак оцењивања уставности и законитости хитно спроведе. (чл. 67 Закона о Уставном суду) О предлогу Владе да се одложи ступање на снагу одлуке органа аутономне покрајине, Уставни суд одлучује у року од 45 дана од дана пријема предлога. Ако Уставни суд донесе решење да се одложи ступање на снагу оспорене одлуке органа аутономне покрајине, одлуку о оцени уставности и законитости Уставни суд доноси, по правилу, у року од 60 дана од дана доношења решења.³⁰

Овако постављена нормативна контрола је потпуно у духу нормативне контроле, али и поводом ове контроле отварају нека спорна питања: када Влада може да покрене поступак, да ли се овај поступак може покренути само када је у питању одлука као општи акт, независно од органа који је одлуку донео и какав је карактер привремених мера које Уставни суд изриче у овом поступку.³¹

29 Упор. Драган М. Стојановић, *Уставно право* (друга књига), Ниш, 2007, стр. 391 и Ирена Пејић, “Уставни суд и контрола уставности међународних уговора”, *Правни живот*, 14/2008, стр. 752-753.

30 Чл. 71 Пословника о раду Уставног суда (“Службени гласник РС”, бр. 24/2008)

31 Више о томе Боса Ненадић, “Особености контроле уставности закона у Републици Србији, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 49, 2007, стр. 76

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Превентивна контрола уставности није примарно обележје уставносудске контроле. Уставносудска контрола уставности је првенствено организована као накнадна, *ex post* контрола, и то је оријентација коју следи и Устав Србије. Важећи Устав Србије је значајно проширио накнадну контролу уставности, али је увео и велику новину у виду оцене уставности закона пре његовог ступања на снагу. Тиме се уводи један мешовити систем контроле уставности, који би комбиновањем предности и једног и другог облика контроле могао да дâ најбоље резултате. Међутим, врло је вероватно да ће у уставној стварности такав резултат изостати, јер је претходна контрола уређена на један неконзистентан начин који отвара многа питања и многобројне дилеме. Од упоредних модела одступа се и у погледу круга субјеката, који је могу покренути, који је сувише рестриктивно постављен, сувише кратког рока у коме је потребно спровести и потпуно нејасно дефинисања дејства одлуке коју Уставни суд у спровођењу ове контроле доноси. Једина ‘светла’ тачка могла би бити њена евентуална примена у поступку контроле уставности међународних уговора, која је такође једна од новина Устава Србије (2006).

РЕЗИМЕ

С обзиром на тренутак када се приступа контроли уставности можемо разликовати претходну и накнадну контролу уставности. Претходна или превентивна контрола уставности спроводи се у односу на акте који још нису ступили на снагу и нису још почели да се примењују. Оваква контрола омогућава да се неуставност правног акта отклони и пре него он започне свој правни живот и тиме води сигурности и поузданости правног система, што су и њене највеће предности. Један од највећих недостатака ова врсте контроле је што уставни суд активно укључује у законодавни поступак и сувише га приближава законодавцу, што извесни теоретичари виде као нарушавање принципа поделе власти. Најтипичнији пример превентивне контроле уставности је контрола коју спроводи Уставни савет Француске. Превентивна контрола уставности је избор и неких других држава, попут Финске,

Румуније, Пољске, али се овде примењује под врло рестриктивним условима.

Превентивна контрола уставности са својим предностима и недостацима није избор уставних судова. Уставносудска контрола се првенствено спроводи као накнадна контрола, док превентивна контрола, ако се примењује има обележје "допунске" контроле. То је случај и са Уставним судом Србије, који и по Уставу из 2006. задржава накнадну контролу, као доминантан облик контроле, али се и отвара могућност за спровођење превентивне контроле сходно чл. 169 Устава. Превентивна контрола уставности у нашем уставном систему, за разлику од компаративних система, врло је рестриктивно постављена у погледу покретача поступака и аката који подлежу овој контроли, а врло је кратак и рок у коме Уставни суд треба да одлучи, уз могућност претварања у накнадну контролу ако се рок прекорачи. Овако постављена превентивна контрола уставности има озбиљне недостатке и у погледу дејства одлуке коју Уставни суд вршећи је доноси, и уопште конципирана је тако да отвара многа питања и многе дилеме. Због тога се као оправдано поставља питање њене примене. Једина "светла" тачка у свему томе је могућност примене превентивне контроле приликом оцене уставности међународних уговора, где би уочени недостаци могли бити ублажени позитивним ефектима које оваква контрола доноси, а зарад заштите међународног угледа државе.

Maja Nastić, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

THE PREVENTIVE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY
Comparative practices and possible application
under the Serbian Constitution

Summary

Considering the moment when the control of constitutionality is exercised, we may distinguish between an a priori control and an a posteriori control. The preliminary or preventive constitutionality control is carried out in respect of the acts which have not entered into force yet and become applicable. Such a control enables to eliminate the unconstitutionality of a legal act before it embarks on its legal life and thus contributes to the legal certainty and reliability of the legal system, which are the greatest advantages of the constitutionality control. However, one of the largest shortcomings of the constitutionality control is the fact that the constitutional court is actively involved in the legislative proceedings and thus brought too close to the legislator, which is perceived by some theoreticians as a violation of the principle of the separation of powers. The most typical example of the preventive control of constitutionality is the control exercised by the Constitutional Council of France (Conseil Constitutionnel). The preventive constitutionality control has been instituted in some other countries such as Finland, Romania and Poland but in these countries its application is highly restrictive.

With all its advantages and disadvantages, the preventive control of constitutionality is not the choice of the constitutional courts. The constitutional control (judicial review) is primarily exercised as an a posteriori control whereas the preventive control (if applicable) has a character of an "auxiliary" control. Under the 2006 Constitution of Serbia, the Constitutional Court of Serbia has retained the a posteriori control as a dominant form of control; however, pursuant to Article 169 of the Constitution, there is also a possibility of instituting the preventive (a priori) control. As

compared to some other constitutional systems, the preventive control of constitutionality in our constitutional system is set out very restrictively in terms of the persons authorized to initiate the proceeding and in terms of the acts which are subject to this kind of control; moreover, there is a very short period of limit in which the Constitutional Court is obliged to decide on the matter at issue and, in case the time limit has expired, there is also a possibility of turning the preliminary control into an a posteriori control. Furthermore, such regulation of the preventive constitutionality control has serious drawback in terms of the effect of the Constitutional Court decision which was reached while the Court was acting in that capacity. Generally speaking, such a construction gives rise to many questions and dilemmas, among which is a justified justifiable question concerning its applicability. The only good point is the possibility of applying the preventive control in the course of establishing the constitutionality of international agreements, where the perceived shortcomings might be mitigated by the positive effects of such a control, particularly in terms of protecting the international reputation of the state.

Key words: *the Constitutional Council of France, the Constitutional Court of Serbia*

