

*Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма*

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

## **ПРЕПИСТПИВАЊЕ ДОГМЕ О ТРОДЕОБИ ФУНКЦИЈА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ – УСТАВНО СУДСТВО КАО ЧЕТВРТА ФУНКЦИЈА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ**

*Традиционално, функције (ране) државне власти се деле на законодавну, извршну и судску функцију. Међутим, понекад се сматра да је ова подела преуска и да је ревидирање нужно, с тим да се аутори разликују по томе коју од три традиционалне функције доводе у питање. У овом раду нажњу ћемо да усмеримо на анализу положаја уставних судова. Откад контролу уставности врше уставни судови, њихова улога је значајно еволуирала – од Келзенове тврдње о уставном суду као негативном законодавцу се дошло до става да је уставни суд много више од тога. Основна хипотеза од које се полази у раду је да уставни суд представља посебну функцију државне власти. У настојању да анализира положај уставних судова, аутор даје уводне напомене у вези с функцијама државне власти и одређује их у формалном, материјалном и органском смислу, а преостали део рада је посвећен уставносудској контроли уставности. Анализираће се сличности и разлике између уставних судова и законодавца и редовних судова, те правно и политичко расуђивање уставних судова, у настојању да се укаже на нужност ревизије става о троеоби функција државне власти.*

**Кључне речи:** Функције државне власти; Контрола уставности; Уставни суд; Правно и политичко расуђивање.

### **1. УВОД**

Традиционално, у оквиру државне власти која је јединствена,<sup>1</sup> разли-

Брано Хаџи Стевић, *brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba*.

<sup>1</sup> „Иако се сматра да је јединство власти исто тако битно као и јединство територије и народа, ипак се мисли да је могуће чинити разлику између три различита саставна дела власти – законодавне, извршне и судске... Кад се, с друге стране, говори о три државне

кујемо делатности које она обавља и на тим основама се говори о функцијама државне власти. Функција државне власти представља делатност државе која је усмерена на вршење државне власти, тј. ради се о делатности која је усмерена ка остварењу једног циља.<sup>2</sup> У теорији влада, такорећи, догма о томе да постоје три функције државне власти: законодавна, извршна и судска функција.<sup>3</sup> У овом раду ћемо да испитамо место уставног суда у систему државне власти, настојећи да утврдимо да ли уставно судство представља део судске функције државне власти или завређује да се окарактерише као засебна функција. Основна хипотеза од које се полази у ради је да уставно судство није део судске функције државне власти, него да је уставносудска функција<sup>4</sup> четврта функција државне власти. У првом делу рада ћемо да говоримо о мерилима за одређење функција државне власти, док ћемо у другом делу да анализирамо положај уставног суда. На основу тих увида у трећем делу ћемо настојати да одредимо сличности и разлике између уставносудске функције државне власти и других функција, с циљем да укажемо на то да су разлике превелике и да уставно судство не може да се уклопи у догму о троеоби функција државне власти.<sup>5</sup>

## 2. КОНЦЕПТУАЛНО ОДРЕЂЕЊЕ ФУНКЦИЈА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ И КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ

### 2.1. Концептуално одређење функција државне власти и место уставног суда

Теоретичари уставног права истичу три основна мерила за утврђивање функција државне власти: (1) материјално, функционално или објективно, (2) органско или субјективно и (3) формално мерило.<sup>6</sup> У овом делу рада власти, онда се под влашћу разуме државне функција...“ – Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1998, 317.

<sup>2</sup> „Те државне делатности које стреме различитим правним циљевима јесу функције државе.“ – Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2016, 168. Функција у речницима има следећа значења: делатност, задатак, обавеза, звање, положај, сврха, намена, циљ. Вид. И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Нови Сад 2008, 1369.

<sup>3</sup> Штавише, често се говори о три власти а не о три функције државне власти. Чини нам се да је прикладније да се говори о функцијама, будући да се на тај начин: 1) недвосмислено указује на то да се ради о деловима јединствене државне власти, 2) избегавају приписивања различитих значење речи „власт“ (јер под влашћу разумемо и државне органе и однос надређености и подређености). О дуалистичким, тријалистичким и квадријалистичким теоријама о државним функцијама вид. Р. Марковић, *Извршна власт*, Београд 1980, 3–78.

<sup>4</sup> Користимо се називом уставносудска функција а не функција контроле уставности с обзиром на то да контролу уставности могу да врше и други органи а не само уставни суд. Нпр. у САД то чини Врховни суд а у Француској Уставни савет.

<sup>5</sup> „Уставносудска контрола уставности је навећи изазов начелу поделе власти...“ – R. Guastini, “Fragments of Theory of Legal Sources“, *Ratio Juris* 4/1996, 382.

<sup>6</sup> Р. Марковић, (2016), 168.

применићемо ова три мерила, како бисмо утврдили место уставног суда у систему државне власти. Материјално мерило одговара на питање шта је садржина делатности државе којом се остварују њени циљеви, органским мерилем долазимо до одговора на питање који орган врши одређену функцију државне власти, док се формално мерило односи на правну форму акта које доноси државни орган вршећи одређену функцију државне власти.

У функционалном смислу, уставни суд је орган који има примарну надлежност да контролише уставност закона и евентуално уставност других акта. Према томе, садржина његове делатност је првенствено нормативна контрола уставности. Упоредноправно, уставни судови имају и друге надлежности и одлучују поводом: сукоба надлежности између државних органа, федералног спора, изборног спора, уставне жалбе (жалбе поводом повреде уставом загарантованих права грађана), одузимања уставом гарантованих права, суђења високим државним функционерима, забране политичких странака (и евентуално других организација), дају саветодавна мишљења и тумачење устава на захтев овлашћених органа.<sup>7</sup> За разлику од уставног суда, законодавац врши законодавну, извршни органи подзаконодавну делатност, док судови врше функцију решавања спорова.

У органском смислу, послове контроле уставности могу да врше различити органи. То могу да буду редовни судови, уставни судови или посебни државни органи (попут Уставног савета Француске). Пошто у раду анализирамо положај уставних судова, у прилог посебности уставносудске функције државне власти иде и то што се за послове контроле уставности и заштите неприкосновености устава одређује посебан орган – уставни суд. Органски посматрано, законодавну функцију врши парламент, влада и управни органи врше извршну (управну) функцију а редовни судови врше функцију пресуђивања у појединачним случајевима.

У формалном смислу, уставни суд о уставности одређеног акта одлучује у форми одлуке. Формално посматрано, законодавац доноси законе, извршни органи подзаконске акте, а судови пресуде и решења. Одлука уставног суда нема форму закона али делује као закон, нема форму подзаконског акта којим се конкретизују норме из вишег акта, али се њом примењује виши акт – устав, нема форму пресуде али се њом решава специфична врста спора – уставни спор.

Неки аутори сматрају да је довољно да се разлике међу функцијама државне власти анализирају на основу примене функционалног и орган-

---

<sup>7</sup> Један део наведених надлежности имају претежно или искључиво правни карактер (нпр. уставна жалба), што не важи за други део надлежности које имају правно-политички карактер (нпр. забрана политичких странака). Детаљније о надлежностима уставних судова вид. Г. Марковић, *Уставно право*, Источно Ново Сарајево 2021а, 468–479. и Р. Марковић, (2016), 551–562.

ског мерила. Тако, Дајовић истиче да су две најважније функције државне власти регулативна и адјудикативна функција.<sup>8</sup> Главна делатност судова је „пресуђивање – као начин решавања појединачних спорова“ а ту функцију не врши само суд (судска грана власти и судска функција нису синоними), па је правилније да се говори о „адјудикативној функцији“. Сем ње, постоји и регулативна функција коју не врши само законодавац него сваки орган који општим нормама регулише друштвене односе. У сваком случају, уставни суд се од законодавне, извршне и судске функције разликује по свим мерилима – органском, функционалном и формалном.<sup>9</sup> Касније ћемо у раду да развијемо питање односа уставног суда, с једне стране, и редовних судова и законодавца, с друге стране.

## 2.2. Модели контроле уставности

Два су основна модела контроле уставности: англосаксонски и европсконтинентални, па ћемо укратко да изложимо њихову суштину.<sup>10</sup>

Зачеци контроле уставности налазе се у Сједињеним Америчким Државама (САД). Тамо контролу уставности врши редовни судови,<sup>11</sup> а најважнији међу њима је Врховни суд САД,<sup>12</sup> и овај модел контроле уставности се назива децентрализованим. Судска контрола уставности није предвиђена Уставом САД него је она плод праксе Врховног суда који је пошао од супрематије устава над другим актима. Прва карактеристика овог система је у вези с покретањем питања уставности неког акта. Оно није

<sup>8</sup> Вид. Г. Дајовић, „Могућности регулативне функције судске власти“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2022, 245.

<sup>9</sup> Функција контроле уставности представља „стожер одбране самог начела владавине права“. Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма и пракса*, Београд 2010, 17. „Када се говори о судској власти, јасно је да она (у органском смислу) не обухвата уставно судство нити тумачење и примену устава у конкретним споровима (у функционалном смислу)“. – Г. Дајовић, 271.

<sup>10</sup> О разлозима због којих у Европи није прихваћен старији, амерички, модел контроле уставности вид. L. Garlicki, “Constitutional Courts versus Supreme Courts“, *International Journal of Constitutional Law* 1/2007, 45. О врста контроле уставности вид. A. Saiz Arnaiz, “Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/1999, 114–118. Неки аутори говоре о мешовитом систем контроле уставности који постоји у неким државама. Вид. A. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge 2011, 14.

<sup>11</sup> Поверавање контроле уставности редовним судовима у САД и земљама које су усвојиле овај модел је извршено с циљем да „маскирају политичку природу ове установе“. Вид. Марковић, (2016), 543. Гвастини сматра да се децентрализованим моделом „чува бар део доктрине поделе власти, будући да судске одлуке о неуставности закона немају опште дејство“. Вид. R. Guastini, 382.

<sup>12</sup> „Највећа важност припада Савезном врховном суду с обзиром на то да је он хијерархијски виши од свих осталих судова и да уједначава њихову праксу.“ – Р. Д. Лукић, *Уставност и законитост*, Београд 1966, 102.

предмет посебног поступка, него има акцесорни карактер. Прецизније, у оквиру конкретног спора, када неки од учесника поступка оспори уставност неког закона, отпочиње испитивање уставности односног акта и то од стране суда који води дати поступак.<sup>13</sup> Стога, контрола уставности у овом систему не може да има официјелни карактер, што је сагласно теорији судског самоограничења и доминантном схватању да је контрола уставности саставни део судске функције.<sup>14</sup> Друга карактеристика децентрализоване контроле уставности је дејство одлуке о уставности акта – она делује *inter partes*, па се уместо касације јавља ексцепција (изузеће) датог закона у конкретном случају. На први поглед, то може да буде једна од највећих мањкавости овог система контроле уставности – закон који је један суд огласио неуставним, други суд може да поима као уставан и примени на конкретан случај. Овим се трасира пут правној несигурности (а и неправди), чиме се нарушава једна од најважнијих правних вредности. С тим у вези је трећа карактеристика овог систем уставности – контролу уставности може да врши сваки редовни суд или само врховни суд.<sup>15</sup> Због правне несигурности коју може да ствара прво решење, сматрамо да је много прихватљивије решење у којем једино врховни суд може да оцењује да ли је неки закон уставан или није. Иако се у системима који овлашћују све редовне судове да контролишу уставност врховни суд јавља као посљедња инстанца и у оцени уставности, тај систем „оставља велику неизвесност у погледу краћег или дужег пролонгирања питања уставности закона“.<sup>16</sup>

Континентални (централизовани) модел контроле уставности<sup>17</sup> постоји од 1920. године<sup>18</sup> и представља плод теоријско-практичних разлога. Кел-

<sup>13</sup> Суд решава о питању уставности закона „као о претходном питању“. Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић 2010, 35–36. и Р. Марковић, (2016), 545. „И поред разлика које постоје између типичних представника ових система, Врховног суда САД и немачког Савезног уставног суда, заједничко им је да уживају независност од политичког система при доношењу одлука.“– Вид. С. Орловић, *Владавина устава или уставног суда*, Нови Сад 2013, 57–58. Који је од ових систем бољи и ефикаснији вид. *Ibid.*, 58.

<sup>14</sup> Тиме се „успоставља својеврсна брана неограниченој слободи поступања суда“, обезбеђује се остатак суда у домену права, спречава задирање у домен политике. Суд се у одређеним случајевима неће упустити у одлучивање и поред захтева за испитивање уставности закона који је истакла једна од странака. О томе вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић 2010, 36. и Г. Мијановић, *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево 2000, 153.

<sup>15</sup> О оба виде децентрализоване контроле уставности вид. *Ibid.*, 99–114.

<sup>16</sup> Р. Марковић, (2016), 550.

<sup>17</sup> Стоун Свит сматра да европски модел контроле уставности има четири кључне карактеристике: монопол уставног суда у питањима оцене уставности, ограниченост само на оцену уставности, повезаност с другим органима али уз „ограничено поље деловања (*own constitutional space*) које није ни чисто судско ни чисто политичко“ и могућност априорне оцене уставности. Вид. А. Stone Sweet, “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy“, *West European Politics* 1/2002, 79–80.

<sup>18</sup> Неки аутори наводе да је централизовани модел контроле уставности постојао у Латинској Америци већ у 19. веку. Вид. А. Brewer-Carias, 8–9.

зен, *spiritus movens* централизоване контроле уставности је њу теоријски уобличио, а америчко искуство контроле уставности и нужност очувања супрематије устава су практични разлози који су утицали на Келзена да, пишући аустријски устав, створи нормативни ембрион уставног судства.<sup>19</sup> Прва карактеристика судске контроле уставности на Континенту је да је врше уставни судови као специјализовани органи у посебном поступку који се води због сумње у неуставност неког акта. За разлику од акцесорне *in concreto* контроле уставности у првом систему, овде се она врши *in abstracto* и главно је питање поступка. С друге стране, покретачи поступка за оцену уставности неког акта могу да буде органи којима је то овлашћење дато као и грађани чија су права и слободе повређена појединачним актом.<sup>20</sup> Такође, могуће је да уставни суд *ex officio* покрене поступак,<sup>21</sup> као што је случај у Аустрији, што је незамисливо у англосаксонском систему због теорије судског самоограничења.<sup>22</sup> Одлука која је донесена има дејство *erga omnes*, што је свакако предност овог систем контроле уставности. Другим речима, на тај начин се обезбеђује правна сигурност. Практично исто дејство у децентрализованом систему уставности има одлука врховног суда услед доктрине *stare decisis* те она постаје извор права.<sup>23</sup>

### 3. УСТАВНОСУДСКА ФУНКЦИЈА ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

#### 3.1. Ко ме и о чему суди уставни суд?

Уставни судови су органи који идејно треба да штите врховништво устава, тј. њихов задатак је да се старају о томе да други државни органи остану у границама устава.<sup>24</sup> Функција коју уставни судови врше

<sup>19</sup> „Келзен је развио европски модел контроле уставности, прво као писац устава Аустрије а затим и као правни теоретичар.“ – А. Stone Sweet, 79. У овом моделу, уставни суд има „праву законодавну моћ (*genuine legislative power*), јер може да укине постојеће законе... па су европски правни системи резултат две конкурентне легислативе: парламентарне (која је и позитивни и негативни законодавац) и уставносудске (која је, у природи, само негативан законодавац).“ – R. Guastini, 382.

<sup>20</sup> Иако *prima facie* изгледа да је довољно да буде установљен посебан орган који контролише уставност аката, ипак „успех може изостати уколико није широко и реално одређен круг лица, органа и организација којима се признаје право покретања поступка за оцењивање уставности.“ – Г. Мијановић, 152.

<sup>21</sup> О иницијативи за покретање поступка за оцену уставности коју дају приватна лица (нпр. *amparo* у Шпанији) вид. А. Stone Sweet, 87.

<sup>22</sup> Упоредноправну анализу покретача поступка за оцену уставности неког акта вид. *Ibid.*, 151–156.

<sup>23</sup> Одлука Врховног суда „има фактичко дејство ништења уставног закона“. Вид. Р. Д. Лукић, 103. Неки аутори сматрају да и без те доктрине, а због ауторитета и угледа који ужива врховни суд, његова одлука о неуставности закона ће увек да се поштује. Вид. А. Brewer-Carias, 15.

<sup>24</sup> После Другог светског рата, велики број држава у уставима „механизме заштите нормативне супрематије устава“ – А. Stone Sweet, 79. Устав Италије назива уставним гаранцијама

усперена је првенствено на акте, посебно на законе, будући да је недопустиво да у правном поретку опстане закон који противречи уставу. У овом делу рада ћемо да покушамо да прецизирамо место уставносудске функције државне власти у односу на друге функције тако што ћемо (1) да утврдимо начин на који расуђују државни органи, и (2) да одредимо ко (у органском смислу) *утврђује* циљеве државне политике а ко *реализује* циљеве државне политике и где је у свему томе уставни суд.<sup>25</sup>

### 3.1.1. Правно и политичко расуђивање

Када је реч о начину на који расуђују државни органи, сматрамо да су за наш рад кључне две основне врсте расуђивања: правно и политичко расуђивање. Разлику међу њима ћемо да одредимо на основу три критеријума: (1) на основу полазишта при расуђивању, (2) на основу карактера расуђивања и (3) на основу последица којима се тежи. Сходно првом критеријуму, правним расуђивањем називамо расуђивање које се заснива на правним нормама, а политичко расуђивање је оно које није утемељено на правним нормама (и не може да се доведе у везу са текстом правног акта).<sup>26</sup> Према другом критеријуму, правно расуђивање је објективно обојено, тј. *de lege lata* (оно није акт самовоље него је вишеструко ограничено: текстом акта, утицајем других органа, правне науке, те се њим конкретизује нешто што већ постоји), а политичко расуђивање је више субјективног карактера тј. *de lege ferenda* (оно је израз воље оних који бирају, по њиховом мишљењу, најбољи начин за остварење циља). Према трећем критеријуму, политичко расуђивање треба да одреди како одређена област друштвеног живота треба да буде уређена (тј. бира се одређена политика), а правно расуђивање треба да обезбеди примену политике која је исказана у правним актима. Нпр. политички расуђује орган који одређује социјалну политику државе јер тако бира начин на који треба да се побољша квалитет живота грађана. А да би се та политика реализовала, правно расуђују други органи одлучујући да ли неко лице испуњава услове за олакшице, новчану помоћ, решавајући спорове који се јаве тим поводом, итд. Увиде о

---

одељак који се односи на Уставни суд Италије. Спорно је да ли уставни суд представља „корак у правцу обезбеђивања складног функционисања уставног система и правног поретка као целине“ или његово постојање ствара „дубок поремећај односа који владају између трију функција власти“. Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 15. Такође вид. и Х. Келзен, 328–330.

<sup>25</sup> Неки аутори сматрају да суштински функције државне власти можемо да поделимо на политичке (законодавни и извршни органи) и судску функцију (решавање спорова кроз примену законодавства). Вид. А. Stone Sweet, 78–79.

<sup>26</sup> „Постоји квалитативна разлика између пресуђивања и стварања права: идеално, примена (проналажење) права је питање пресуђивања, док је стварање права задатак политике.“ – J. Limbach, “The Role of the Federal Constitutional Court“, *SMU Law Review* 2/2000, 433.

правном и политичком расуђивања ћемо да доведемо у везу са поделом послова међу државним органима у органском смислу, па ћемо да дамо оцену о томе да ли уставни суд расуђује правно или политички.

### *3.1.2. Утврђивање политике и реализација политике – место уставног суда*

Када је реч о утврђивању политичких циљева, поставља се питање да ли је уставни суд орган који одређује политичке циљеве који би требало да се остваре неким актом (па неуставним оглашава акт који није циљно усаглашен) или само констатује да циљ који је неко други одредио није у складу са уставом. Идејно, УС има другонаведenu улогу, јер би требало да очува устав и оно што је уставотворац исказао у уставу. Будући да су уставни врло неодређени, уставотворац делегира законодавцу овлашћења да утврђује политике у свим областима друштвеног живота држећи се уставних принципа. Нпр. устав само прокламује принцип тржишне привреде, а на законодавцу је да утврди начин реализације тог принципа. Међутим, постоји опасност од „изобличавања устава путем закона“ и ту би требало да интервенише уставни суд обезбеђујући „повољне органе власти под силу права“<sup>27</sup> (што је одговор на питање из наслова – коме суди уставни суд). Дакле, идејно је законодавац орган који (прецизирајући устав) утврђује политичке циљеве,<sup>28</sup> влада и управни органи би требало да реализују те циљеве а редовни судови би требало да санкционишу прекршиоце. Улога уставног суда је да се стара о усаглашености закона са уставом, али је управо у уставу „проблем“. Уставом се уставном суду поверава улога чувара устава,<sup>29</sup> а шта је то што чувару трасира пут да и сам не чува устав те да постане стваралац или ревизор политике? Мислимо да је то (1) природа устава, будући да устав није само правни акти, него је и идеолошко-политички, програмско-декларативни акт и акт персонификације постојећег друштвеног стања, дакле спој *de lege lata* и *de lege ferenda*. Устав (и закон) је у ствари у право преточена политика уставотворца (односно законодавца).<sup>30</sup> Следствено,

<sup>27</sup> С. Орловић, 6–9.

<sup>28</sup> Уставни суд „мора увек да има на уму да устав додељује законодавцу „централно место“ у обликовању политике“. Вид. J. Limbach, 438.

<sup>29</sup> Уставни суд чува устав и уставне вредности и „на посебан начин влада у држави“. Дакле, да би све активности државних органа биле враћене „под капу устава, мора постојати државни орган највишег уставног ауторитета“. Вид. С. Орловић, 2. Уставни суд је „пуномоћник уставотворца“. Вид. А. Saiz Arnaiz, 124. Уставни суд „није примарно чувар текста устава него првенствено гарант очувања духа устава и уставних вредности... идентитета устава и језгра устава“. Вид. М. Florczak-Wator, “European Constitutional Courts as Law-Makers“, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. М. Florczak-Wator), New York 2020, 249.

<sup>30</sup> Вид. Г. Марковић, (2021а) 457. Или, како Хеберле каже: „Право данас је политика од јуче, а политика данас је право сутра.“ – наведено према О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић,



уставни суд увек може да нађе основ у уставу да прогласи неки закон неуставним.<sup>31</sup> Нпр. устав гарантује да је држава демократска и на том основу уставни суд може да касира сваки закон сматрају да он није у складу с демократским принципом. Дакле, тумачење уставних одредаба омогућује уставном суду да господари уставом.<sup>32</sup> Даље, (2) надлежности уставног суда и природа уставног спора (контрола првенствено политичких органа) доводе до тога да он расуђује политички.<sup>33</sup> Док правни карактер може да се припише поступању уставног суда по уставној жалби, то није случај кад уставни суд треба да одлучи о забрани рада политичке партије. А негде на средини је нормативна контрола уставности. Касирањем неуставног закона, „уставни суд неминовно заузима политички став“<sup>34</sup> а с друге стране, у уставу ће да нађе одредбу која му омогућује да управо тако расуђује. Коначно, (3) одлуке уставног суда делују *erga omnes* производећи далекосежне правне (касирање закона) и политичке последице (санкционисање политике која је исказана у закону).

Парадигме политичког расуђивања су уставотворац, законодавац и влада а парадигме правног расуђивања су редовни судови и управни органи решавајући у конкретним случајевима. А где је уставни суд тј. о чему суди, како се запитасмо на почетку? Сматрамо да је место уставног суда на средокраћу – он расуђује и правно и политичким<sup>35</sup> јер и природа устав-  
19. „Сваки уставни суд... специфичан је политички орган“ и његове одлуку имају „далекосежне политичке последице“. Вид. Г. Марковић, *Уставни лавиринт*, Београд 2021b, 360.

<sup>31</sup> „Због тога што су уставне одредбе често веома уопштене и што је њихов домашај ретко сасвим изванредан, судска власт има знатан маневарски простор.“ Судија америчког Врховног суда Харлан је изјавио да контролор уставности „нема никакве тешкоће да нађе начин“ да прогласи неуставним закон Конгреса који се судијама „не допадне“. Вид. Р. Марковић, (2016), 541.

<sup>32</sup> Како је говорио бискуп Ходли, ко год има апсолутну власт да тумачи закон, то је онај који је прави законодавац а не онај који га је написао. Општост уставних норми „нужно води креативној улози судија у изналажењу њиховог смисла, те уставно судовање у извесној мери апстрахује и политичку димензију“. Вид. Н. Рајић, *Однос парламента и уставног суда у остваривању и заштити уставности закона – докторска дисертација*, Београд 2016, 44.

<sup>33</sup> О неизбежности политике у раду уставног суда вид. С. Орловић, 169. и J. Limbach, 434. „Кад год судске одлуке мењају право, судије врше политичку власт“ а тумачење устава може да води до „највише политичке власти у држави“. О томе вид. J. Goldsworthy, “Constitutional Interpretation“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld, A. Sajo), Oxford 2012, 691. Вид. и A. Saiz Arnaiz, 124–125. Супротно сматра Лукић тврдећи да је уставно судство „исто толико правно колико и остало судство“. Вид. Р. Д. Лукић, 98.

<sup>34</sup> Г. Марковић, 2021a, 457.

<sup>35</sup> „Уставни суд доноси одлуке које су суштински политичке, иако их доноси у форми правног акта и на основу правне аргументације“ јер иако решава нпр. федералне спорове „полазећи од правне анализе, тумачећи правне акте, његова одлука не само да има политичке последице него је заснована на схватању уставних судија о томе какав треба да буде федерализам...“ – Г. Марковић, (2021a), 457. „Веома (је) изражен и, у одређеној мери,

несудске функције представља неразмрсиви сплет права и политике, што ће да буде уочљиво и у наредном делу рада који се тиче анализе односа уставног суда и законодавца. Уставни суд суди актима и касира их ако су неуставни али судећи о (не)уставности аката једновремено се, из горе изнесених разлога, упушта и у политичка питања. То усложњава одговор на питање из наслова – о чему суди уставни суд, јер је кратак пут од суђења неуставном акту до суђења политици коју персонификује тај акт.

### 3.2. Уставни суд и законодавац

Жорж Ведел, некадашњи члан Уставног савета Француске, говорио је да контролор уставности има право да се користи гумицом али нема право да се користи оловком.<sup>36</sup> Келезен је својевремено то исказао говорећи да је уставни суд негативан законодавац док је парламент позитиван законодавац. Идејно, Келзенова тврдња стоји, будући да је он замишљао уставни суд као орган чија се улога исцрпљује у утврђивању неуставности закона и укидању таквог закона, будући да контролор уставности добија према законодавцу својеврсни вето јер „може рећи *не* извесним законима“.<sup>37</sup> Након што негативни законодавац уради

неминован политички значај ове функције, односно политички утицај који њено вршење производи.“ – О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 17. Пример правно-политичког расуђивања уставног суда је доктрина Уставног суда Србије у вези са разликовањем системских и обичних закона, поводом уставне одредбе која гласи: „Правни поредак је јединствен.“ Тумачећи ту одредбу, Уставни суд Србије је створио нову уставну норму према којој обични закони (нпр. Закон о експропријацији) морају да буду у складу са системски законима (нпр. Закон о општем управном поступку). Дакле, Уставни суд је полазећи од неодређене уставне одредбе (правно расуђивање) увео у правни поредак разликовање системских и обичних закона (политичко расуђивање). Вид. *Иуз-17/2011*, доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8982/?NOLAYOUT=1>, 15. јун 2022. Други пример је одлука Уставног суда Босне и Херцеговине У-5/98, којом је начело конститутивности проглашено обавезним и на територији ентитета. Одлука је доступна на: [https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/\\_sr/U-5-98-12209.pdf](https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12209.pdf), 15. јун 2022. О „попустљивој“ контроли уставности немачког Савезног уставног суда према којој се он упушта у мериторно одлучивање али стаје иза одлука политичких органа вид. В. Беширевић, 132–133. Овај суд је нпр. оцењивао уставност споразума СР Немачке и ДР Немачке а суштински је оцењивао „нову источну политику“, огласио се надлежном да расправља о томе и утврдио да је споразум уставан јер спољнополитички органи имају широка дискрециона овлашћења у одлучивању о политици која „најбоље служи националним интересима“. У другој одлуци Савезни уставни суд наглашава да је „од велики важности“ за немачке интересе да се у „међународним форумима говори једним гласом“. Наведено према: В. Беширевић, 137–138.

<sup>36</sup> Наведено према: М. Florczak-Wator, “Introduction”, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. М. Florczak-Wator), New York 2020a, 9.

<sup>37</sup> Р. Марковић, (2016), 541. О Келзеновом схватању да закон мора да буде у складу с уставом јер у супротном не важи, те о надлежности уставног суда у том смислу кроз тзв. теорију делегације, вид. А. Stone Sweet, 80–81. О негативном законодавству вид. Н. Kelsen, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and American Constitution” *The Journal of Politics* 2/1942, 183–200.

свој део посла, на позитивном законодавцу је да, водећи рачуна о ставу уставног суда, донесе/измени закон тако да он буде у складу с уставом.<sup>38</sup> Дакле, законодавац уређује шира друштвено-политичка питања док га уставни суд обуздава и одржава у уставним границама. И један и други орган су подређени уставу, али доминантнију улогу има, несумњиво, уставни суд – може да контролише законодавца, а њега не може да контролише ниједан орган. Када уставни суд суди актима законодавца и кад констатује да односни закон није у складу с уставом, онда је он у правом смислу негативан законодавац, будући да су последице касације исте као да је законодавац ставио ван снаге закон.<sup>39</sup> Међутим, проблем настаје кад уставни суд „суди“ законодавцу, тј. суди политици коју води законодавац, будући да тада чувар устава надилази уставну улогу, о чему ћемо да пишемо код интерпретативних одлука.

„Дужни смо Келзену, али нисмо робови његових идеја“, кажу неки аутори увиђајући да су данас уставни судови много више од негативних законодавца,<sup>40</sup> будући да су их (1) надлежности које су им додељиване и (2) њихово фактичко деловање утемељено на заштити друштвених вредности,<sup>41</sup> све више удаљавале њега од улоге негативног законодавца и приближавале га позитивном законодавцу и редовном судству.<sup>42</sup> А уставни суд опет није ни једно ни друго него је и једно и друго. Због изгубљене границе између уставног суда и законодавца, говори се о јудикализацији полити-

<sup>38</sup> Уставни суд учествује у законодавној функцији али парламент је позитиван законодавац јер право ствара слободно (поштујући устав) а уставни суд је негативни законодавац јер анулира неуставан закон. Вид. А. Stone Sweet, 81.

<sup>39</sup> О томе и року који уставни суд (не касирајући закон) оставља законодавцу (нпр. у Италији, Шпанији, Немачкој) да сам измени закон (како би се спречиле негативне последице) вид. А. Saiz Arnaiz, 119.

<sup>40</sup> Наведено према: А. Brewer-Carias, 31 фн. 74. Уставни суд је орган који је „превазишао додељену му почетну улогу заштитника поретка правне државе“ поставши „један од стваралаца права“ јер „подмлађује устав“. Дакле, да би све активности државних органа биле враћене „под капу устава, мора постојати државни орган највишег уставног ауторитета“. Вид. С. Орловић, 10. „Контрола уставности позиционира уставни суд између стварања и примене, позитивног и негативног законодавства.“ – М. Florczak-Wator, (2020a), 2. Вид. и А. Saiz Arnaiz, 124.

<sup>41</sup> „Уставни суд од заштитника устава као правног акта (је) почео да прераста у заштитника друштвених вредности уопште.“ – О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 30. Уставни суд „оптимизује законодавни процес“ и „развија права и на уставном и на подуставном нивоу“ те је саучесник у законодавству. Вид. М. Florczak-Wator, (2020a) 9. И уставни суд и законодавац врши законодавну функцију али имају „различит опсег овлашћења“. Вид. А. Gamper, “Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters“, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 4/2015, 435.

<sup>42</sup> Гвастини (наводећи примере уставних судова Италије, Немачке и Шпаније) сматра да „у стварности, највећи део европских уставних судова се не ограничава само на негативно законодавство, него доприноси законодавству на позитиван начин.“ – R. Guastini, 383. Мишљење деле и А. Saiz Arnaiz, 4/1999, 121. и L. Garlicki, 66.

ке<sup>43</sup> и политизацији уставног судовања.<sup>44</sup> Уставни суд није доносилац закона и стваралац важећег законодавца онако „како то чини уставом овлашћени „прави“ законодавни орган, парламент“ али „својим ставом о одређеној правној ствари извршити утицај на законодавца“ који ће „под „притиском“ ауторитета уставног суда изменити своје гледиште о датом питању“.<sup>45</sup> На тим основама, закон може да постане оно што је зажелио уставни суд а не оно што је зажелио законодавац, а *eo ipso* уставни суд постаје творац политике. Стоун Свит истиче да уставни суд утиче директно на законодавца кад касира закон неуставан закон, док индиректан утицај подразумева усмеравајућу улогу уставног суда у односу на парламент, кад указује законодавцу како би требало да реше неко питање,<sup>46</sup> а често се ради о политичким питањима,<sup>47</sup> па је и у том смислу повезаност ових органа видљива. Значајно место у односу законодавца и уставног суда<sup>48</sup> припада тзв. интерпретативним одлука уставног суда. У тим случајевим уставни суд (1) приписује одређено значење правном тексту и (2) утврђује која значења тог текста нису прихватљива, из чега произлази да су интерпретативне одлуке „акт стварања права и упражњавања законодавне функције у позитивном смислу“.<sup>49</sup> Уставни суд на тај начин настоји да постигне два циља: да избегне негативне последице које настају касирањем неуставне одредбе (правна празнина)<sup>50</sup> и да дâ тумачење које је у складу с уставом. Говори се о тзв. до-

<sup>43</sup> R. Hisschl, “The Judicialization of Politics“, *The Oxford Handbook of Law and Politics* (eds. K. Whittington, R. Kelemen, G. Ccaldeira), Oxford 2008, 119–138.

<sup>44</sup> „Уставно судство стога и јесте „институционализована правна контрола политике“ која оличава узајамност права и политике и немогућност „потпуног садржајног диференцирања“. Вид. Н. Рајић, 46. О „трансферу спорних политичких питања“ вид. В. Беширевић, „А један разлог мења све: контрола уставности Бриселског споразума и светлу доктрине политичког питања“, *Hereticus* 2/2016, 131–132.

<sup>45</sup> Дакле, уставни суд је „посредни законодавац“ који даје „конструктивни допринос“ законодавној делатности. О томе и ставовима да је уставни суд легитиман стваралац права, суперлегислатива и цензор законодавне власти, вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 22–23. Стоун Свит анализира Келзеново противљење уставном регулисању људских права (која поистовећује са природним правом) истичући да је Келзен сматрао то погубним зато што би уставни суд откривањем њиховог садржаја постао суперлегислатива. Вид. A. Stone Sweet, 81–82.

<sup>46</sup> Мишљење деле и други аутори тврдећи да образложења уставносудских одлука садрже „директиве, смернице и препоруке за правотворачке власти“ чиме уставни суд одређује „садржај будућег законодавства“. Вид. M. Florczak-Wator, (2020b), 262.

<sup>47</sup> A. Stone Sweet, 93–95. Уставни суд може да се „директно супротстави законодавцу и изврши на њега непосредни утицај на правни систем, а преко њега и на политику која је тај правни систем успоставила“. Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 29.

<sup>48</sup> Ана Гампер говори о шест видова уставносудског стварања права. Вид. A. Gamper, 423–434.

<sup>49</sup> A. Saiz Arnaiz, 122–123.

<sup>50</sup> Нарочито погодна тло за уставносудско стварање права је случај уставне празнине, када ће из уопштених уставних одредаба уставни суд да створи нову уставну норму у

давајућим одлукама (*norm-adding decisions, decisioni additive*) када суду утврђује да је закон неуставан „не због оног што прописује, већ због оног што закон не прописује“ и на тај начин „уводи нову (недостајућу) норму у правни систем“ када законодавац „стане на пола пута“<sup>51</sup> тј. „додаје нешто што није предвидео законодавац“.<sup>52</sup> Сем њих постоје и тзв. супституишуће одлуке (*norm-substituting decisions, decisioni sostitutive*) којима уставни суд сматра законско правило  $\Pi_1$  неуставним јер оно, примера ради, прописује да је орган  $O_1$  надлежан уместо да пропише надлежност органа  $O_2$  па уставни суд (тумачећи закон у складу с уставом) уместо законодавца ствара *contra legem* правило  $\Pi_2$  и одређује да је  $O_2$  орган надлежан.<sup>53</sup> Коначно, пример уставносудског позитивног законодавства које је утемељено на негативном законодавству даје аустријски устав (чл. 140 ст. 6.) прописујући да закон који је био на снази (нпр. до априла 2022.) до ступања на снагу новог, сада касираног, закона, поново ступа на снагу *ex constitutione*, осим ако уставни суд не одлучи друкчије.<sup>54</sup> Из свега овог је видљива испреплетаност учешће уставног суда и законодавца у вршењу законодавне функције, а самим тим и испреплетаност права и политике.

### 3.3. Уставни суд и редовни судови

Иако је теже разбити предрасуду (догму) него атом, у овом поднаслову ћемо покушати да кроз анализу сличности и разлика између уставних и редовних судова покажемо да уставни суд није део судске функције државне власти.<sup>55</sup>

На почетку ћемо о сличности. Прво, и уставни судови и редовни судови су по називу судови, што може да наведе на погрешан закључак да су део једне функције. Друго, и уставни суд и редовни судови реша-материјалном смислу. Пошто судије уставног суда „не могу да оперу руке и препусте учесницима да на улици реше спор (због непостојања уставних одредаба, примедба Б. Х. С.) нужно је да суд поступи креативно“ примењујући „вануставне принципе правде и јавне политике, приписујући тексту устава значење које није раније постојало“. О томе вид. J. Goldsworthy, 691.

<sup>51</sup> С. Орловић, Н. Рајић, „Улога уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 131. Вид. и А. Brewer-Carias, 79–81. Хипотетички пример вид. код R. Guastini, 383.

<sup>52</sup> А. Saiz Arnaiz, 123.

<sup>53</sup> Вид. хипотетички пример код R. Guastini, 383–384.

<sup>54</sup> Вид. А. Gamper, 426–427.

<sup>55</sup> Уставни суд је „ван традиционалне гране судске власти“ и он често „прилагођава уставне норме новонасталим политичким и друштвеним околностима и тако допуњује (а понекад и мења) писани устав“. Вид. L. Garlicki, 44. Уставни суд је „посебан орган изван судске гране власти“. Вид. А. Brewer-Carias, 8. „Институционална улога“ уставног суда подразумева не „само да суд примењује устав него да га он својим одлукама и „мења“ тј. допуњава“. Вид. Г. Дајовић, 271.

вају спорове о праву и производе одређене нормативне последице.<sup>56</sup> Треће, ни једни ни други немају непосредан демократски легитимитет (не бирају их грађани).<sup>57</sup> Четврто, и редовни и уставни судови могу да одлучују у истом спору (кад уставни суд одлучује поводом уставне жалбе). Пето, и један и други орган, по правилу, делују само на основу иницијативе овлашћених лица. Шесто, посебно може да буде отежано разликовање врховног и уставног суда.<sup>58</sup> И уставни суд и врховни суд уобличавају правни поредак, с тим да га први уобличава у целини а други уобличава само један сегмент – праксу редовних судова. Такође, сличан је и механизам у случају да се други оглуше о њихове ставове јер и УС и врховни суд имају могућност да „непослушне“ санкционишу касирањем односног акта.

А сада ћемо о разликама. Прво, разлика између ових органа је у начину расуђивања. Навели смо раније да уставни судови расуђују правно-политички, док редовни судови расуђују искључиво правно. Иако су и закони акти који представљају еманацију неке идеологије, ипак је природа уставних одредаба много више политичка, а то нужно има консеквенце и у односу на уставносудско расуђивање. Друго, иако су и редовни судови и уставни судови „судови“, то не значи да су они део једне, судске, функције државне власти.<sup>59</sup> Кад се каже суд мисли се на неког ко решава било који спор о праву. Истоветност у називима<sup>60</sup> у неким државама и не постоји, па се нпр. у Пољској контролор уставности зове Уставни трибунал. Дакле, да бисмо спознали суштину ових органа, морамо да се оријентишемо на суштину њихове делатности а не на номенклатуру. Треће, иако и уставни суд и редовни судови решавају спорове о праву, ипак су у питању

---

<sup>56</sup> Гарлицки сматра да се разлика између уставног суда и редовних судова првобитно сводила на предмет – уставни судови имају монопол у споровима поводом уставности а редовни судови у споровима који се тичу примене закона, али се проширењем надлежности ван апстрактне оцене уставности (посебно на уставне жалбе) то разликовање пореметило. Вид. L. Garlicki, 46.

<sup>57</sup> Уставни суд је „нелегитимни олигарх“ и „инструмент уставне диктатуре“. Вид. А. Brewer-Carias, 36. и 50. Дајовић истиче да уставни суд представља „парасудски орган“ који може да врши и регулативну и адјудикативну функцију. Вид. Г. Дајовић, 273.

<sup>58</sup> Уставни суд и врховни суд могу да дођу у исту равн и поводом њихове улоге у односу на законе, у ситуацији кад уставни суд има овлашћење да контролише законитост подзаконских акта. У том окршају, победу ипак односи врховни суд будући да њега нема ко да контролише. Уставни суд и врховни суд „крећу се истим путем, али не нужно по истим правилима и у истом правцу.“ – L. Garlicki, 49.

<sup>59</sup> С. Орловић, 59.

<sup>60</sup> О томе да назив није превише релевантан говоре и други аутори. Нпр. органи који су решавали спорове ирационалним средствима доказивања су само по називу судови. Такође, суђењем се зове и решавање спора путем медијације или путем арбитраже. Судови у данашњем смислу речи су последица развоја идеје поделе власти. Вид. Г. Дајовић, 245–246.

различите врсте спорова.<sup>61</sup> Док редовни суд (примарно судећи лицима) решава кривичне, грађанске и управне спорове<sup>62</sup> који се воде поводом појединачног случаја (решавајући, примарно, бројна фактичка питања),<sup>63</sup> докле уставни суд решава уставне спорове који се воде поводом уставности неког подуставног акта (судећи актима), дакле, уставноправна питања. Уставни суд (би требало да) решава спор искључиво на основу на устава, док је закон главно оруђе судија редовних судова.<sup>64</sup> Такође, уставни суд и редовни судови суде по различитим процедурама, будући да уставни суд не залази у чињенична питања, настојећи да утврди ко је од две странке у праву (да ли дело учињено нехатно или умишљајно, колики износ штете треба да се додели, да ли је исправа фалсификована, и слично), него чува неприкосновеност устава разматрајући правна питања (а делом и политичка, како смо утврдили). Четврто, из претходне разлике произлази и различито дејство одлука – одлуке редовног суда делују *inter partes* док одлуке уставног суда редовно делују *erga omnes*.<sup>65</sup> Његове одлуке су коначне и обавезујуће па је својом одлуком уставни суд трајно онемогућио увођење неког закона у правни поредак. Пето, легитимитет (у смислу оправданости постојања) уставног суда произлази из природе устава, тј. његово постојање се правда правном нужношћу очувања хијерархије правних аката, док се редовни судови старају о заштити законских субјективних права, не залазећи у питање хијерархије и њихов легитимитет произлази из потребе ауторитативног решавања индивидуалних спорова. Шесто, иако је уставна жалба инструмент који несумњиво повезује ове органе<sup>66</sup> ипак је разлика значајна: (1) уставни суд разматра само питање повреде уставних права и слобода, а не разматра друга правна питања (нпр. да ли је оптужени учинио кривично дело),<sup>67</sup> и (2) уставни суд је надређен врховном

<sup>61</sup> Уставни спор није спор у изворном смислу (супротстављање различитих захтева) него има „карактер објективног спора“ па је он „спор између норми“ различите правне снаге и „квалитативно одступа од обичног судског поступка“. Вид. Н. Рајић, 37. и Р. Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд 1973, 15–21.

<sup>62</sup> У управним споровима се расправља о законитости акта који је донео надлежни орган али тим актом је решено о правима и обавезама физичких и правних лица у *појединачним* управним стварима. Тај, као и сваки судски поступак редовног суда подразумева одлучивање о подударности конкретног чињеничног стања са апстрактном нормом.

<sup>63</sup> Вид. Г. Дајовић, 248–249.

<sup>64</sup> Слично мисли и А. Stone Sweet, 80.

<sup>65</sup> Оне делују *in concreto* ако уставни суд одлучује о одговорности државног поглавар, забрани рада политичке странке или поводом уставне жалбе.

<sup>66</sup> „У том смислу није преслободно извести закључак да је деформација уставно-судске функције најјаснија управо на примеру поступања по уставним жалбама.“ – Н. Рајић, 39. Гарлицки каже да „устави гарантују људска права и слободу а уставни судови имају моћ да обезбеде њихово поштовање“. Вид. L. Garlicki, 47.

<sup>67</sup> С. Орловић, 63. У контексту раније наведене Дајовићеве дихотомије функција, уставни суд врши адјудикативну функцију у спору по уставној жалби, а у поступку

суду, будући да може да касира одлуку врховног суда када се крше уставом гарантована људска права и слободe, а контролор уставног суда не постоји – ни врховни суд ни било који други суд не могу да утичу на акт уставног суда, па је уставни суд крајњи ауторитет у тумачењу устава,<sup>68</sup> будући да једино он може обавезујуће да каже шта уставне одредбе значе.<sup>69</sup> Седмо, о посебности уставног суда сведочи и то што у неким државама уставни суд може самоиницијативно да покрене спор о уставности неког акта, а редовни суд покреће самоиницијативно једино неке од ванпарничних поступака. Осмо, уставни суд и врховни суд имају различиту уставну улогу – врховни суд уобличава судску праксу и делује као највиша инстанца у појединачним споровима, а уставни суд се стара о очувању устава и уставних вредности. Док одлуке врховног суда на Континенту имају само фактичко дејство за будуће случајеве, дотле су одлуке уставног суда коначне и обавезујуће за све будуће случајеве. Девето, о посебности уставног суда сведочи и то што се у уставним он нормира ван одредаба о судском систему, чиме његове специфичности истиче и уставотворац. Десето, уставни суд има много слободније поље деловања него редовни суд.<sup>70</sup> То произлази понајвише из природе уставних одредаба, па је уставом трасиран уставном суду пут за креативно делање.<sup>71</sup> С друге стране, редовни судови су много више ограничени, будући да су закони на основу којих суде много богатији у садржинском смислу.

#### 4. ЗАКЉУЧАК: УСТАВНИ СУД – ЧУВАР УСТАВА ИЛИ ГОСПОДАР УСТАВА?

Уставно судство је тешко (немогуће?) уклопити у традиционалну троеобли функција државне власти. Прво, уставни суд се у поређењу с другим органима разликује у органском, функционалном и формалном смислу. Друго, његове надлежности су синтеза мешања у рад законодавца (кроз нормативну контролу уставности) и редовних судова (кроз

нормативне контроле уставности врши регулативну функцију, одређујући које је од више значења сагласно уставу.

<sup>68</sup> Слично вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 25.

<sup>69</sup> Да би све активности државних органа биле враћене „под капу устава, мора постојати државни орган највишег уставног ауторитета“. Вид. С. Орловић, 10.

<sup>70</sup> Уставни суд има много већи простор за креативно тумачење у односу на редовне судове а временом пракса уставног суда постаје „релевантнија (да не кажемо ауторитативнија) него сам уставни текст у оригиналу“. С обзиром на положај уставни суд посредно води политику јер „разјашњава шта устав захтева а шта забрањује“ и тако утиче на све гране права. Вид. L. Garlicki, 47–49. и Г. Дајовић, 256.

<sup>71</sup> Задатак уставног суда „није само конкретизација уставних одредаба“ него и „њихово развијање и прилагођавање промењеним околностима“ па чак и „допуњавање новим правилима кад је то нужно“ јер је устав „живи инструмент“. Вид. M. Florczak-Wator, (2020b), 251–252.



уставну жалбу) и вршења других послова који су специфично уставно-судски (нпр. решавање федералних спорова). Данас уставни суд поступка и као негативан законодавац, али и као позитиван законодавац, доноси одлуке којима касира али и новелира законе (посебно кроз додавајуће и супституишуће одлуке). Иако постоје неке сличности између њега и редовних судова, разлика међу тим су превелике и показују бројне посебности и надмоћ контролора уставности. Треће, начин на расуђују уставни судови је специфичан – то није ни чисто правно ни чисто политичко расуђивање, па смо закључили да расуђује правно-политички – полазећи од текста устава, због природе устава и природе својих надлежности, позивајући се на уставне вредности, он постаје творац права а делом и саучесник у политици. Уставни суд није искључиво законодавац нити је искључиво редован суд посебне надлежности, него је он делом и законодавац и суд.<sup>72</sup> Он је коректив остале три функције државне власти,<sup>73</sup> а као такав не може да буде сврстан ни у једну од њих. Из тога произлази да уставни суд *данас* мора да се схвати као орган *sui generis*,<sup>74</sup> који обједињује различите послове у својим рукама, и као такав завређује да се дефинише као четврта функција државне власти.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Беширевић, Виолета, „А један разлог мења све: контрола уставности Бриселског споразума и светлу доктрине политичког питања“, *Hereticus* 2/2016;
2. Brewer-Carias, Alan, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge 2011;
3. Вучић, Оливера, Петров, Владан, Симовић, Дарко, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма и пракса*, Београд 2010;
4. Garlicki, Lech, “Constitutional Courts versus Supreme Courts“, *International Journal of Constitutional Law* 1/2007;

---

<sup>72</sup> Уставни суд је „у извесном смислу законодавац, само особени, негативни законодавац“ али је „истовремено и судски орган, суд, само атипичан и посебан, због чињенице да суди странкама посебне врсте, по посебној процедури, у посебној врсти уставноправних спорова, и на крају доноси одлуке посебне врсте“. Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 26. „Изгледа да је разлика у природи између законодавне и судске функције засењена деловањем уставног суда.“ – М. Florczak-Wator, (2020a), 9.

<sup>73</sup> Стоун Свит каже да уставни суд управља онолико колико се користи својим овлашћењима. Вид. А. Stone Sweet, 92. Гарлицки каже да уставни суд „координира процес у којем други поштују његову праксу и ставове“. Вид. L. Garlicki, 52.

<sup>74</sup> „Без сумње, делатност уставносудске контроле сигурно се не може подвести под законодавство, извршење, па ни судство.“ Вид. О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, 27. Несумњиво је да уставни суд представља „мешовиту категорију и да у себи обједињује како елементе пресуђења тако и елементе политичког резоновања“. Вид. Н. Рајић, 48.

5. Goldsworthy, Jeffrey, “Constitutional Interpretation“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld, A. Sajo), Oxford 2012;
6. Guastini, Riccardo, “Fragments of Theory of Legal Sources“, *Ratio Juris* 4/1996;
7. Дајовић, Горан, „Могућности регулативне функције судске власти“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2022;
8. Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and American Constitution“ *The Journal of Politics* 2/1942;
9. Келзен, Ханс, *Опита теорија права и државе*, Београд 1998;
10. Клајн, Иван, Шипка, Милан, *Велики речник страних речи и израза*, Нови Сад 2008;
11. Limbach, Jutta, “The Role of the Federal Constitutional Court“, *SMU Law Review* 2/2000;
12. Лукић, Радомир Д., *Уставност и законитост*, Београд 1966;
13. Марковић, Горан, *Уставни лавиринт*, Београд 2021b;
14. Марковић, Горан, *Уставно право*, Источно Ново Сарајево 2021a;
15. Марковић, Ратко, *Извршина власт*, Београд 1980;
16. Марковић, Ратко, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд 1973;
17. Марковић, Ратко, *Уставно право*, Београд 2016;
18. Мијановић, Гашо, *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево 2000;
19. Орловић, Слободан, *Владавина устава или уставног суда*, Нови Сад 2013;
20. Орловић, Слободан, Рајић, Наташа, „Улога уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 1/2020;
21. Рајић, Наташа, *Однос парламента и уставног суда у остваривању и заштити уставности закона – докторска дисертација*, Београд 2016;
22. Saiz Arnaiz, Alejandro, “Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/1999;
23. Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy“, *West European Politics* 1/2002;
24. Florczak-Wator, Monika, „European Constitutional Courts as Law-Makers“, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. M. Florczak-Wator), New York 2020b;
25. Florczak-Wator, Monika, “Introduction“, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (ed. M. Florczak-Wator), New York 2020a;

26. Hisschl, Ran, “The Judicialization of Politics“, *The Oxford Handbook of Law and Politics* (eds. K. Whittington, R. Kelemen, G. Ccaldeira), Oxford 2008.

Уставносудска пракса

1. Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине У-5/98, доступна на: [https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/\\_sr/U-5-98-12209.pdf](https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-98-12209.pdf);
2. Одлука Уставног суда Републике Србије Јуз-17/2011, доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8982/?NOLAYOUT=1>.

*Senior Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.*

Faculty of Law, University of East Sarajevo

**QUESTIONING THE TRIPARTITE SEPARATION OF POWERS  
– CONSTITUTIONAL COURTS AS FOURTH BRANCH OF  
GOVERNMENT**

*Summary*

Traditionally, the functions (branches) of state power are divided into legislative, executive and judicial functions. However, this division is sometimes considered to be too narrow and revision is necessary, but authors disagree on which of the three traditional functions ought to be challenged. In this paper we will focus on the analysis of the position of the constitutional courts. Since the judicial review is carried out by the constitutional courts, their role has evolved significantly – from Kelsen's claim about constitutional court as a negative legislator to the view that constitutional court is much more than that. The main hypothesis put forward in this paper is that constitutional court represents a separate function of the government. In an effort to analyze the position of the constitutional courts, the author makes introductory remarks regarding the functions of the government and determines them in a formal, material and organic sense, and the remaining part of the work is devoted to the constitutional court's judicial review. Similarities and differences between constitutional courts and legislators and regular courts will be analyzed, as well as the legal and political reasoning of constitutional courts, in an effort to point out the necessity of revising the position of tripartite division of powers.

**Key words:** *Branches of government; Judicial review; Constitutional court; Legal and political reasoning.*