

СУДСКА КОНТРОЛА У САД И НЕКИМ ЕВРОПСКИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА

Модерна држава основ за организацију и функционисање налази у уставу. Уставноправна норма је начелног карактера, она је увијек почетна и мора се разрадити, да би се њена суштина испунила. Законом, као општим и ауторитативним правним актима је извршена разрада уставне норме. У хијерархији правних аката, уставноправна норма остаје изнад законске, у складу са принципом „lex superior derogat legi inferiori“. Рад се, поред увода и закључка, састоји од четири тематске цјелине. Прво се објашњавају врсте уставности законских аката, да би се показало да суд у савременој држави није једини државни орган за оцјену уставности закона. У другом дијелу се представља фундирање судске контроле. Трећи и четврти дио су институционализовани облици судске контроле у САД и Европи, а ова два дијела заправо представљају алат за сигурнију оцјену сличности и разлика између модела судске контроле у САД и Европи у петом дијелу, што је заправо и био циљ истраживања.

Кључне ријечи: *Нормативна хијерархија, Уставност, Судска контрола, Врховни суд САД, Уставни суд*

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Судска контрола је процедура у којој је активитет легислативе и егzekутиве предмет надзора (често и инвалидације) од стране правосудних органа државе. Конкретни судски орган одређене државе мора анулирати правне акте за које, у процедури судске контроле, пронађе да су инкомпатибилни са правним актима више правне снаге од њих. Судска контрола је примјер функционалне подјеле власти у савременим системима државне власти, гдје је судска власт једна од грана државне власти. Принцип судске контроле се у различитим системима интерпретира на различит начин, што за посљедицу има различите погледе на хијерархију државноправних аката. Као резултат, процедура и домаћаји судске контроле варирају од једног правног система до другог, а

* Аутор је виши стручни сарадник у Јавној установи Центар за едукацију судија и тужилаца у Федерацији Босне и Херцеговине, Улица Халида Назечића број 4., 71 000 Сарајево, е-маилови: davor.trlin@cest.gov.ba и davor.trlin@gmail.com

такође и од државе до државе. Инкорпорација судске контроле у Европи се одвијала споро и чак данас неке државе као што су Уједињено Краљевство Велике Британије и Сјеверне Ирске, одбијају да додијеле својим судовима могућност „давања коначне ријечи“ о валидности правних аката. С друге стране, и САД и континентална Европа су усвојили судску контролу као уставни механизам заштите својих фундаменталних права (државних јавних субјективних права). У овом раду бих, као прилог науци (компаративног) уставног права, описао услове који су навели Европу да уведе судску контролу у свој правни систем, те објаснио сличности и разлике у правном режиму овог института у САД и државама Европе.

II ВРСТЕ УТВРЂИВАЊА УСТАВНОСТИ ЗАКОНСКИХ АКТА

У теорији уставног права и у компаративном уставном праву постоје три форме утврђивања уставности закона. Прво је *политичка контрола*, гдје законодавно представничко тијело утврђује валидност закона које је само донијело. Овај систем је преовладавао у Европи до 21. стољећа, а остаје принцип у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Сјеверне Ирске¹ и Холандији,² гдје је супремација легислативе апсолутна. Други је *судска (јурисдикциона) контрола*, гдје је суд овлаштен да из правног система уклони законе који су у конфликту са уставом. На крају, постоји и *мјешовити систем* контроле гдје судови надзиру један тип законских аката, а политички орган испитује други тип закона. Овај метод је примијењен у Швицарској, гдје федерални закони могу бити контролисани само у политичком процесу,³ а кантонални закони могу бити контролисани искључиво од стране судске гране власти.

¹ Један од разлога, поред система законодавне супремације како најважнијег, зашто се Уједињено Краљевство Велике Британије и Сјеверне Ирске није никада определијелило за судску контролу уставности закона, односно контролу уставности и законитости других аката државних органа, је и тај што ова држава нема писаног устава, већ изворе њеног уставног права чини неколико сегмената: Common Law, неписана правила-конвенције, битни документи (нпр. Magna Carta из 1215. године и Act of Settlement из 1701. године) и радови правних ауторитета.

² „Уставност Аката Парламента и уговора неће бити контролисани од стране судова“: члан 120. Устава Холандије.

³ Овај политички процес је етаблиран Секцијом 113 швицарског Устава. Федерални закони морају бити подвргнути очитовању грађана путем референдума ако је усвојена петиција коју је потписало 50.000 грађана. Тако да су сви федерални закони или усвојени на референдуму или су остали недирнути референдумом, прије него што су ступили на снагу.

III ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ

Судска контрола је једна од основних карактеристика система државне власти Сједињених Америчких Држава⁴, али и других демократских држава. Институт судске контроле се увијек теоријски објашњава у контексту два паралелна правна система (*civil law* и *common law*) као и у свјетлу двије теорије демократије односно теорије како би систем државне власти требао бити постављен – идеје супремативне легислативе и идеје функционалне подјеле власти.

Као прво, два правна система – *civil law* и *common law* имају различита стајалишта о судској контроли. *Common law* судије су извори права, способни и овлаштени да креирају нова правна правила, али такође и да одбијају правна правила која више нису валидна. У *civil law*-у, судије су они који искључиво примјењују право и немају право и дужност да креирају или униште правну норму.

Друго, теорија сепарације државних власти је друга теорија која објашњава како би демократска држава требала бити организована. Ову идеју, као супротну идеји парламентарног суверенитета је први заговарао Монтескје (*Montesquieu*). Идеја је касније доживјела и своју институционалну потврду у Сједињеним Америчким Државама, у пресуди Врховног суда САД, у предмету *Marbury vs. Madison*.⁵ Подјела власти је заснована на идеји да ниједна бранша (грana) власти не би требала да буде моћнија од осталих и да би свака од њих требала да има могућност утицаја на остале, креирајући на тај начин баланс моћи између различитих грана власти. Кључни институт у овој идеји се назива „кочница и равнотежа“ („*checks and balances*“). У Сједињеним Америчким Државама, судска контрола се, иако јој таква моћ није имплицитно додијељена, сматра кључном кочницом остале двије гране власти, од стране судске власти. Разлике у модерним демократским друштвима довеле су до различитог погледа на судску контролу, гдје су она друштва у којима је аплицирано *common law* и она у којој је извршена функционална подјела државне власти, управо она друштва која ће прихватити судску контролу. С друге стране, многе државе чији су правни системи засновани на принципу супремације парламента су постале свјесне могућих опасности и

⁴ У Сједињеним Америчким Државама, судска контрола се сматра природном функцијом правосудног система, који датира још прије времена усвајања Устава САД. Видјети: *The Federalist No. 78*, at 398 (Alexander Hamilton) (Max Beloff ed., 1987) („It is rational... to suppose that the courts were designed to be intermediate body between the people and the legislature, in order... to keep the latter within the limits assigned to their authority“). Неслужбени пријевод: („Рационално је... претпоставити да су судови дизајнирани да буду медијацијско тијело између народа и законодавног тијела, с циљем... да ове друге одржи у границама које су додијељене њиховој надлежности“).

⁵ 5 U. S. 137 (1803).

ограничења додјељивања моћи искључиво једној грани власти. Многе државе *civil law* система су прихватиле одређене форме судске контроле да би суспрегле тиранију већине.

Још један разлог зашто се судска контрола мора разумијевати у контексту развоја два различита правна система (*civil law*-а и *common law*-а) и двије теорије демократије (супремације парламента и подјеле власти) је да неке *common law* државе немају судску контролу законских аката. Иако је *common law* систем примијењен у УК Велике Британије и Сјеверне Ирске, ова држава и даље има снажну везу са принципом супремације легислативе. Као последица ове чињенице, судови у УК ВБ и Сјеверне Ирске немају могућност да преиспитују законске акте. Ипак, од када је Уједињено Краљевство постало чланица Европске уније постоји конфликт између принципа супремације парламента и правног система Европске уније, будући да је тај правни систем определио Европски суд правде Европске уније надлежношћу судске контроле.

IV СУДСКА КОНТРОЛА У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

Судска контрола у Сједињеним Америчким Државама настао је више од једног вијека раније него европски. Претече система судске контроле⁶ се могу пронаћи још за вријеме енглеске владавине на подручју САД-а, када је енглески Краљевски савјет (*Privy Council*) имао овласти да поништи законе које доносе колоније, ако би ти закони били противни енглеским. Из овога разлога поједини аутори тврде да је „сјеме америчког судске контроле посијано у Британији“.⁷

Законом о судовима (*Judiciary Act*) од 1789. године је формирано савезно судство и овај акт представља најранији доказ о општој сагласности у погледу судске контроле у САД-у. Доказивало се да очување националних интереса подразумијева и право федералних судова на контролу одлука судова држава чланица, јер се тиме осигурава да државе усклађено тумаче савезно право и поштују права САД-а као савезне државе.⁸ Члан 25. Закона о судовима је прописао да, када државни судови одбију признати потврду федералних права, Конгрес повјерава задатак Врховном суду САД-а контроле над поштовањем одредбе става 2. Члана IV Устава САД-а, која садржи клаузулу супремације, односно

⁶ M. Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, California Law Review, 58, 1970, 1020.

⁷ J. Steamer, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, Political Science Review, 01/1962, 77, 1962, 555-559. Уп. са: K. Hall (1989), *The Magic Mirror: Law in American History*, New York, 1989, 21.

⁸ B. Friedman, *The Politics of Judicial Review*, Texas Law Review, 84, 2005, 2.

обавезе судаца у државама чланицама да за највише право у САД признају Устав и закона Сједињених Држава који буду донесени у његовој имплементацији, те све закључене међународне уговоре или оне који буду закључени од Сједињених Држава.

Судска контрола је, како сам навео и објаснио у претходним редовима, у основи зачета као природна функција правосудног система. Супротно од европског приступа, амерички систем судске контроле је позициониран у правосудни систем као цјелину. Не постоји специфичан суд или трибунал са монополском јурисдикцијом да испитује уставност закона. И државни и федерални судови имају ту надлежност. Уз то, уставни предмети у Сједињеним Америчким Државама немају другачији статус у односу на врсту спорова, као што су управни или трговачки. Природа спора је ирелевантна када се може поставити уставно питање пред судом у Сједињеним Државама, сви судови примјењују исте процедуре, и када одлучују и о нпр. валидности неког уговора или када одлучују о нпр. праву на абортус.

Будући да је судска контрола основна активност судова, уставно питање се може појавити само када је покренут поступак и само тада судови у САД могу да испитују уставност закона. Не постоји *апстрактна* контрола у америчком правном систему, будући да се судска контрола може проводити само у конкретном случају пред, државним или федералним, судом.⁹ Последица овог, *конкретног* метода контроле је ограничење неуставности закона само на случај у којем је контрола примијењена. Неуставност закона је рестриктивна и важи само за странке у одређеном, конкретном случају. Међутим, доктрина *stare decisis*, надомјешта *erga omnes* ефекат одлуке о уставности законског акта јер одређује да интерпретација Устава од стране Врховног суда САД обавезује све ниже судове. На овај начин се осигурава пуна униформност у интерпретацији Устава.

Све до 19. стољећа Врховни суд САД није користио своју моћ ултимативног и врховног интерпретатора Устава. У предмету *Martin v. Hunter Lessee*,¹⁰ Врховни суд је преиначио одлуку у којој је Апелацијски суд Вирџиније утврдио да је секција 25 *Judiciary Act* од 1789. године неуставна, будући да је овај акт проширио апелациону јурисдикцију Врховног суда на случајеве у којима је одлучивао највиши суд државе Вирџинија и осталих држава, федералних јединица САД-а. Према стајалишту Апелацијског суда Вирџиније *Judiciary Act* је поставио судове једног суверена (Вирџиније) под директну контролу другог суверена, што је према мишљењу суда у супротности са природом федерализма. Врховни

⁹ Ова схватања су афирмисана у ставовима судије О' Коннор у предмету *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1984).

¹⁰ 14. U. S. (1 Wheat.) 304 (1816).

суд је у *Martin v. Hunter Lessee* предмету закључио да одсуство ревизионе надлежности Врховног суда САД у односу на одлуке судова држава, чини да у федералном систему постоје „посвађане и несложне пресуде“.¹¹ Док у континенталној Европи, редовни судови немају јурисдикцију да одреде да ли је закон уставан и стога не могу да кажу шта је то уставно, тј. шта је Устав, у Сједињеним Америчким Државама је проблем конфликта одлучивања у контексту ултимативне интерпретације Устава ријешен на начин да је додијељена могућност да ревидира било коју одлуку нижег суда. Овај механизам је коректор одсуства *erga omnes* ефекта пресуда Врховног суда, будући да такве пресуде обавезују ниже судове.

Дакле, судска контрола је надлежност судија Врховног суда САД да резонују и закључују да ли је закон уставан или није. У одлуци Врховног суда САД у предмету *Marbury v. Madison* од 1803. године¹² је утврђено да

¹¹ У овом предмету је Врховни суд САД поништио одлуку Апелационог суда у Вирџинији у спору који је укључивао право Британца *Philip-a Martin*-а на једно земљиште у Вирџинији. Врховни суд је поништио одлуку јер је сматрао да држава Вирџинија није успјела доказати своје право на исто земљиште. Највиши суд Вирџиније је сматрао да је одлучивање Врховног суда у том случају изван његове јурисдикције и одбио је извршити одлуку Врховног суда, те је прогласио неуставним члан 25. Закона о судовима из 1789. године, према којем Врховни суд има право контролисати одлуке које су донијели највиши судови савезних држава, а нарочито оне који се тичу примјене федералног права. Судац Врховног суда *Story* је у свом излагању истакао значај надлежности Врховног суда да одлучује у крајњој инстанци јер је то битно због једнообразног одлучивања које спречава да закони и сам Устав имају различиту интерпретацију у различитим државама. У вези с тим је и потврдио важност и валидност наведеног члана 25. Шипе: *S. L. Paulson, Contitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, Ratio Juris, 02/2003, 16, 2003, 225. и 226.

¹² У овом предмету је *William Marbury*, којег је Предсједник *John Adams* именовао за мировног суца у Дистрикту *Columbia* поднио тужбу Врховном суду САД-а, јер му одлука о именовању никада није била достављена. У тужби је *Marbury* захтијевао од суда доношење судског налога (*writ of mandamus*) којим би се наредило новом државном секретару *James-у Madison-у* да *Marbury* уручи именовање. Врховни суд је одлучио да *William Marbury* има законско право на именовање, али је предсједник Врховног суда *John Marshall* ипак сматрао да Суд не би требао издати такав налог државном секретару јер је Закон о судовима, који је у члану 13. Врховном суду САД-а давао такво право, био неуставан, будући да је повећавао надлежност Врховног суда изван његове изворне уставне надлежности из члана III Устава САД. Из овог је разлога *Marshall* прогласио тај дио закона неуставним констатирајући да закон којег је донио Конгрес не може давати веће овласти него што то Устав чини. *Marshall* је закључио „Па ако је закон противан уставу; ако се и закон и устав односе на одређени случај, тако да суд мора одлучити тај случај у складу са законом, не обазирјући се на устав; или у складу са уставом, не обазирјући се на закон: суд мора одлучити које од тих сукобљених правила одлучује у том случају. То је сам бит судске дужности. Ако ће дакле судови поштовати устав; а устав је изнад било којег обичног акта законодавног тијела; устав, а

је Врховни суд САД кључни интерпретатор Уставног права. Ово је једно од кључних сврха те институције. Многи социјал-политички мислиоци су кроз историју нису гледали благонаклоно на чињеницу да власт поставља сама себи границе, али су други мислиоци сматрали да овај механизам најбоље ради за народ, а не против њега. Третман Устава САД од стране Врховног суда САД као „живог“ документа којег се може тумачити на различите начине кроз вријеме, за добробит грађана, има бројне скептике али и оне који такав третман подржавају. Као аргумент ови посљедњи постављају слиједеће питање – ко би то, ако неки Врховни суд, да ли можда народ, требао радити тако значајан посао?

Ако бисмо анализирали ставове и идеје неких од најзначајнијих политичких мислалаца у историји, нашли би да Платон, Николо Макијавели (*Niccolo Macchiaveli*), Џон Лок (*John Locke*)... дијеле различите погледе о судској контроли, као и да дају различите одговоре на питање да ли би Врховни суд био успјешан у њиховим идеалним друштвено-политичким системима. Платон, један од првих социјал-политичких мислалаца би засигурно нашао улогу Врховног суда у систему државне власти у САД идеалном.

Еволуцију федералног судства у САД можемо посматрати у три фазе. Прва је додјеливање моћи судске контроле (о чему је расправљао раније Хамилтон у Федералисту број 78) судовима у случају *Madison v. Marbury* од 1803. године. Ово је основна моћ коју судска власт има у односу на законодавну и извршну и кључна компонента цјелокупног система кочница и равнотежа. То је такође и најефикасније средство осигуравања уставног поретка – што је био један од Хамилтонових аргумената додјеливања ове моћи суду. Иронија је да механизам очувања интегритета Устава није наведен у Уставу САД. Некада пракса произведе принципе. Врховни суд све до 1857. године (случај *Dred Scott v. Sanford*) није ниједан закон Конгреса прогласио неуставним, али је зато прогласио неуставним низ закона државних законодавних органа. Након случаја *Marbury* (1803. године) и *Dred Scott* (1857) слиједи период који открива разноврсни уставноправни потенцијал институције судске контроле, а то се односи и на појаву која ће касније бити обликована као судски активизам, евидентирану прво код америчких судија.¹³ Може се основано закључити да, упркос првобитним оспоравањима, од стране судова држава чланица, права Врховног суда, али и осталих федералних судова, да проглашавају

не такав обичан акт, мора одлучити случај на који се оба односе.“: *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 177-178 (1803).

¹³P. Bačić, *Ustavna demokracija i sudska uzurpacija ustava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 3, 2009, 596.

законе неуставнима, није уопште током 19. вијека више сматран спорном.¹⁴

Чињеница да Врховни суд може оборити савезне законе, јер их сматрају неуставним доводи до два питања: (1) како су дошли до те одлуке?, и (2) да ли би требали то учинити? Прво питање има везу с тим како су чланови суда изабрати за тумачење Устава САД, или било којег другог закона. Најједноставније, то се своди на питање да ли Устав (уставни језик) треба уско тумачити - гдје ријечи имају ограничено значење - или их треба интерпетирати широко - гдје се претпоставља да су ријечи флексибилне и да су тако предмет реинтерпретације? Друго питање се односи на то да ли би судови требали имати активан или суздржан приступ у овој надлежности? Да ли они себе виде као будног чувара уставног поретка и не устручавају се оборити било који закон или извршну радњу која крши њихово разумијевање те визије, или се они сами морају обуздати будући да је ријеч о уставу, законима и другим актима који су продукт везе бирачког тијела и њихових представника? Оба од тих питања су врло актуелна у академској заједници тренутно и производе добре теме за расправу.

V СУДСКА КОНТРОЛА У НЕКИМ ЕВРОПСКИМ ДРЖАВАМА

Европске су државе дуго биле против било какве контроле уставности закона, а посебно нису допуштале да та контрола буде у рукама судског органа. Одређене државе (примјер Холандије и Луксембурга) чак забрањују да судови врше контролу уставности закона.¹⁵ Отпор према судској контроли уставности је најбоље објаснити на примјеру Француске, у којој је судство, све до 1789. године, било средство за очување феудалног поретка, гдје су судије (судске функције су биле у рукама племства) вршиле надзор подобности, не и уставности, закона у односу на успостављени феудални поредак. Овај систем контроле подобности закона је у овој држави прерастао у систем криминализовања односно забране било какве судске контроле,¹⁶ и потрајао је све до формирања Уставног савјета Француске (*Conseil Constitutionnel*), 1958. године.¹⁷

Први уставни суд у Европи је основан 1920. године у Аустрији, формиран је на основу теоријских поставки аустријског правника Ханса

¹⁴ S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., 174.

¹⁵ J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, *Texas Law Review*, 07/2003-2004, 82, 1674.

¹⁶ R. F. Utter, C. Lundsgaard, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some thoughts from a Comparative Perspective*, *Ohio State Law Journal*, 03/1993, 54, 577-578.

¹⁷ P. Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, *Ratio Juris*, 01/1998, 11, 44.

Келзена, аутора аустријског устава из исте године. Овај устав је етаблирао систем власти у којем се контрола уставности није могла додијелити редовним судовима, јер је њоме успостављен радикалан парламентарни систем. У тадашњем аустријском парламентарном систему власти је федералну владу бирао доњи дом парламента, а оба дома су бирала председника државе. Извршна власт је била одговорна законодавној, а цијела државна управа је била обавезна да, у складу са начелом легалитета, дјелује по законима које је донио парламент. Из тих разлога је било неопходно пронаћи неки други државни орган, а рјешење је пронађено у Уставном суду. Можда и најважнији разлог, а Ханс Келзен је заговарао управо тај аргумент за додјелјивање надлежности контроле уставности уставном суду, је било федерално државно уређење Аустрије, гдје се један такав орган попут уставног суда видио као чувар федерализма. Управо зато је примарна улога Уставног суда (Келзен је заговарао ову надлежност) била покретање *ex officio* поступка контроле уставности прописа које је требао примјењивати у току свог поступања. Секундарна улога Уставног суда Аустрије је арбитража између легислативе федерације и легислативе федералних јединица (земаља) у Аустрији.¹⁸ Влада Аустрије је имала право да покрене поступак пред Уставним судом, за прописе које су доносили органи земаља. У Аустрији је 1929. године Врховном суду и Управном суду уставним амандманом додијелено право на покретање поступка контроле. Уколико би суд који иницира поступак био увјерен у неуставност прописа који треба примијенити и ако су претходно сва остала правна средства искориштена, онда је у сваком судском поступку теоријски питање уставности могло да буде постављено пред Уставним судом Аустрије.

Супротно моделу *Marbury v. Madison*, гдје је Врховни суд САД утврдио да је дјелокруг и дужност правосудног система да каже шта је право, без обзира је ли или није уставно, редовни судови у Европи не посједују јурисдикцију да пониште закон који је у супротности са уставом.¹⁹ Због чињенице да је европски систем судске контроле у извјесној мјери повезан за принципом парламентарне супрематије и да је сумњичав када је ријеч о допуштању судијама да уклањају из правног система законе који су на снази, каријерне судије у *civil law* државама обично не могу обарати законе у споровима у којима суде: само уставни судови имају овакву моћ.

¹⁸Т. Oehlinger, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, Ratio Juris, 02/2003, 16. 208.

¹⁹ Члан 89. Устава Савезне Републике Аустрије прописује: „Судови нису овлашћени да испитују валидност објављених закона, уредби и уговора. Буде ли се суд устручавао од примјене уредбе на бази сумње да је супротна уставу, поднијеће апликацију Уставном суду за поништавање ове уредбе. Буде ли се Врховни суд или суд друге инстанце надлежан да пресуђује устручавао од примјене закона на бази сумње да је исти неуставан, поднијеће апликацију Уставном суду за поништавањем тог закона.“

Нпр. у Италији редовни цивилни, управни или трговачки судови прослијеђују уставна питања која се тичу валидности закона, а која им се појаве у поступку, уставном суду.²⁰ У Њемачкој, редовни судови такођер не контролишу законодавство. Њемачки Федерални Уставни суд има ексклузивну јурисдикцију да оцјењује законодавство односно да врши апстрактну контролу норми могу покренути: Савезна влада, влада једне од савезних земаља или једна трећина чланова *Bundestag*-а. Разлика између Уставног суда Њемачке с једне стране, и управних и цивилних судова, с друге стране је у принципу енумерације – надлежност Уставног суда је детерминирана појединачно регулираним случајевима, док је надлежност управних и цивилних судова одређена општим клаузулама. Тако управни одлучују о свим јавноправним споровима који нису уставног карактера, а цивилни о свим грађанским споровима. Додатно, свако лице које тврди да му је основно право прекршено, може поднијети уставну жалбу панелу састављеном од троје судија, које одлучује да ли има основа да уставна жалба буде расправљана пред уставним судом. У Француској не постоји уопште оцјена закона који су на снази. Француски Уставни савјет може да испитује уставност искључиво *предложеног* закона (тзв. претходна контрола уставности закона).²¹ Да резимирам, редовни судови у Европи немају јурисдикцију да оцјењују законе, а монопол имају уставни судови.²²

Даље, ови моћни уставни судови фреквентно „нуде директне и специфичне инструкције како неуставан закон може бити ре-драфтован у уставност. Понекад мишљења заправо произведу драфт законског језика за који судије кажу да га сматрају уставним“.²³ Чувена одлука о абортусу Уставног суда (тадашње) Западне Њемачке од 1970. године, осим што је поништила закон који је либерализирао абортус у Западној Њемачкој, *expressis verbis* је усмјерила законодавно представничко тијело ове државе да усвоји закон којим се криминализује абортус.²⁴ У мишљењу Суда је наведено: „Законодавство може изразити правну осуду прекида трудноће какву захтијева Основни закон (Њемачки Устав) и кроз друге мјере осим пријетње казном. Одлучујући фактор је да ли цијелокупност мјера које служе заштити

²⁰ Члан 134. Италијанског Устава даје Уставном суду овлаштење да одлучује о: питањима која се тичу уставног легитимитета закона и аката који имају правну снагу, а које су усвојили држава и Региони; о конфликтима који су се појавили због алокације надлежности између грана власти државе, између Државе и Региона, и између Региона; о оптужбама против Предсједника Републике, у складу са нормама Устава.

²¹ Вид.: члан 61. Устава Француске.

²² Вид.: члан 163 шпанског Устава.

²³ M. Shapiro, A. Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, COMP. POL. STUD., 26, 1994, 397, 404.

²⁴ Од великог броја стручних и научних радова на тему уставног регулисања абортуса видјети нпр. : K. L. Schepelle, *Constitutionalizing Abortion, u Abortion politics: public policy in cross-cultural perspective* (eds. M. Githens, D. McBride Stetson), 1996, 29, 39.

нерођеног живота гарантира стварну протекцију која заправо кореспондира са важношћу правне вриједности која се мора гарантовати. У екстремној варијанти, ако заштита коју устав захтијева не може бити реализирана на неки други начин, законодавство је обавезно да осигура усвајање кривичног закона који штити настанак и развој људског живота“.

Дакле, више од могућности афирмисања моћи да поништава све законе несагласне са уставом, њемачки Уставни суд је себи утврдио и моћ да присили легислативну грану власти да начини и усвоји законе. Ово је такођер случај и у Мађарској, гдје уставни суд дефинира лимите и садржај законских аката у већини случајева. У ствари, мађарски Уставни суд је можда и најмоћнији уставни суд на свијету. Ово из разлога јер има веома широко постављену јурисдикцију да оцјењује сагласност свих правних аката са Уставом, а такође да пресуђује да ли је парламент нарушио Устав када пропусти да усвоји оне законе које је обавезан да усвоји према Уставу. Уз то додајмо и чињеницу да ове уставне надлежности Уставни суд Мађарске често користи.

Супротно од америчког система контроле, гдје је питање уставности одређеног закона покренуто у конкретном поступку пред редовним судом, европски систем судске контроле карактеризира компатибилност закона са уставом, судска контрола у многим државама Европе које су прихватиле *civil law* се одвија без обзира на поступак рјешавања неког спора пред редовним судом. Након што се питање уставности закона покрене, уставни судови у Европи настоје да разријеше уставно питање упоређујући закон који се доводи у сумњу са одредбом устава, независно од чињеница изнесених или утврђених претходно у поступку пред редовним судом. Уставно питање у оваквим државама није само елемент судског поступка већ посебан поступак. У коначници се уставност закона разматра на општи начин, без узимања у обзир конкретних околности у било којем случају.

Одлуке уставних судова у европском систему имају дејство *erga omnes*. Апстрактна контрола легислативе има моћ да анулира закон или неку одредбу закона. Она обавезује све гране власти. Супротно судској контроли у САД, гдје одлука Врховног суда има рестриктиван домет, у европском систему, одлука уставног суда има моћ да учини да закон нестане из правног система. Из овог је разлога Ханс Келзен означио уставни суд као *негативног законодавца*.

Будући да у *civil law* системима не постоји принцип *stare decisis*, идеја додјеливања ексклузивне јурисдикције уставном суду је постала есенцијална. Да је моћ да надзиру уставност закона дата свим судијама (и редовних судова и уставног суда), дошло би до појаве различитих одлука и јавила би се правна несигурност, па чак и правна анархија, што би имало негативне посљедице по цијели друштвено-политички систем. Предвидљивост и униформност су непотрошни алати за сваки правни систем, и систем контроле без доктрине *stare decisis* би онемогућио дјеловање ове двије вриједности.

Правна едукација професионалних судија игра у *civil law* системима велику улогу у начину зачетка и одвијања судске контроле у Европи. Судије редовних судова у многим *civil law* државама се конституишу у сепаратну професију, различиту од правне праксе заступника (адвоката, правобранилаца и тужилаца). Обично су судије у овим системима селектиране кроз веома стриктан испит после дипломирања на правном факултету и након чега имају специјализиранију едукацију коју проводе посебне институције, прије него што буду именовани на правосудну функцију. Ово је у контрасту са обукама *common law* судија. После ове „друге“ едукације, судије се најчешће именују да рјешавају спорове мање вриједности, прије него што досегну више позиције у својим каријерама. У овим системима именовање судија није *политички* акт већ више *техничка* селекција најквалификованијих кандидата за носиоце правосудних функција.

Традиција Римског права налаже да се мора настојати да се правни систем изолује од политике, религије, економије и свега осталог што није чисто право. С тим у вези, судије редовних судова не би требале играти неку већу улогу у дефинирању политичких тема. Ово је прецизније право и дужност (супремативне) легислативе. Задатак судија је једино да професионално и технички примјене правна знања, методе и инструменте које само они посједују. Додјељивање овласти контроле посебном суду је била једина алтернатива. Судска контрола захтијева јединствен приступ у одлучивању о питањима опште уставне политике, и сматрало се да судије редовних судова немају ову посебну квалификацију. Креација уставног суда изван правосудног система је био једини начин да се различита знања и вјештине искористе.

Још један разлог за формирање посебног суда који ће надzirати законодавство је чињеница да више није могуће говорити о функционалној диоби власти у традиционалном смислу (као ни у Сједињеним Америчким Државама).²⁵ Многе државе у Европи су, као посљедице доктрине супремативне легислативе усвојили парламентарни систем власти. У овим системима значајне овласти су у рукама премијера (предсједника владе), који је обично члан парламентарне већине, па у тим државама нема стриктне подјеле власти будући да су, поред извршних и неке законодавне овласти сконцентрисане у особи премијера.²⁶ Да би се контрирало великој количини

²⁵ Случајеви *Martin v. Hunter's Lessee* (14 U. S. 304 (1816)), *Humphrey's Executor v. United States* (295 U. S. 602 (1935)), *Morrison v. Olson* (487 U. S. 654 (1988)), *Buckley v. Valeo* (424 U. S. 1 (1976)) и *Bowsher v. Synar* (478 U. S. 714 (1986)). У САД „независне агенције“ се могу сматрати четвртом граном власти која захтијева другачији систем кочница и равнотежа.

²⁶ Примјер би био систем државне власти УК Велике Британије и Сјеверне Ирске, гдје премијер има овласти да закључује споразуме са међународним субјектима, који под извјесним ограничењима могу имати снагу законских аката. Он именује чланове судске власти.

моћи сконцетрисаној у легислативи, „четврта“ грана власти је морала бити формирана да би надзирала ту власт. Без „одвојене“ гране власти, мањине у парламентарним системима би биле незаштићене због чињенице да редовни судови нису имали надлежност да провјеравају акте легислативе нити да штите индивидуална људска права и слободе.

Именовање судија редовних судова у *civil law* државама није директно под политичком контролом, али у бројним државама овог правног круга, именовање судија судова који су надлежни да оцјењују уставност закона јесте дио политичког процеса. У Њемачкој, према члану 94 (1) Темелјног закона, половину судија Федералног Уставног суда бира *Bundestag* а половину *Bundesrat*.²⁷ У Француској члан 56 Устава прописује да ће се Уставно вијеће састојати од девет чланова. Једну трећину ће именовати Предсједник Републике, једну трећину Предсједник Народне Скупштине, и једну трећину Предсједник Сената.²⁸ На овај начин, додјеливањем званичницима изабраним од стране народа овласти да именују судије, у неким *civil law* државама Европе се даје легитимитет за судску контролу оваквим судовима. Ово такође важи и за Сједињене Америчке Државе. Једна од највећих дилема Уставног права Сједињених Америчких Држава произилази из чињенице да Устав у народу црпи суверени ауторитет, а да народ бира своје представнике, и да је уставни принцип који је у колизији са овим – интерпретирање Устава под доктрином судске контроле, гдје судови имају коначну ријеч над политичким процесом. Судска контрола у Сједињеним Америчким Државама је механизам у којем судови могу учинити невалидним одлуке Конгреса и Предсједника.

VI СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

Без обзира на несумњиве разлике између два система, обје форме контроле посједују *сличности*. Прва и основна је искључивање из правног система неуставних прописа. Даље, Врховни суд Сједињених Америчких Држава и европски уставни судови играју важну улогу у заштити људских права и основних слобода од задирања органа државне власти (посебно законодавне), чиме се смањује проблем наводне нелегитимности ових државних органа. Друго, у оба система судови који обављају судску контролу настоје да направе баланс између централне власти и нижих политичко-територијалних јединица,²⁹ посебно у федералним државама (упоредити надлежности Врховног суда САД и Уставног суда СР

²⁷ Вид.: чл. 94. став 1. Темелјног закона СР Њемачке.

²⁸ Вид.: чл. 56. Устава Републике Француске.

²⁹ Упоредити: одлуку Врховног суда САД *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

Немачке).³⁰ У коначници, овакви судови служе као посљедња инстанца која провјерава одржавање принципа кочница и равнотежа, одржавајући принцип функционалне подјеле власти. *Разлика* има више.

³⁰ Велику улогу у јавном систему САД има *Врховни суд САД*. Овај суд се састоји од председника (Chief justice) и 8 судија. Врховни суд има функције које у већини других федерација има уставни суд. Он арбитрира између федерације и држава, те између појединих органа државне власти. Овај суд расправља и све случајеве евентуалне неуставности закона или устава држава, а такође разрјешава и колизије око права која произилазе из устава, закона или уговора. Дакле, као допуна принципа диобе власти јавља се могућност судске власти да укине било који акт законодавне и извршне власти који је у колизији с Уставом. Исто тако, овај судски орган може одобрити одређени закон који на први поглед није сагласан са неком уставном одредбом, али ће се он ипак примјењивати. Дакле, Врховни суд може тако извршити прерасподјелу надлежности у САД, тако што федерацији дадне неку функцију која прије није била у њеној надлежности. Врховни суд штити индивидуална и колективна људска права. Правне посљеднице утврђене неуставности закона (ова функција, иако је најважнија функција овог суда, није наведена у Уставу), је његово поништавање. Зато се за Врховни суд САД каже да је негативни (прикривени) уставотворац. Врховни суд САД даје могућност да се у различитом времену истом уставном тексту даје различито тумачење, зависно од тога која је гарнитура на власти. Врховни суд САД суди и у првом и у посљедњем степену (има тзв. „оригиналну јурисдикцију“) у свим случајевима који се тичу амбасадора, јавних министара и конзула, као и у оним у којима је једна парнична странка држава. У свим осталим случајевима из своје надлежности, овај суд је апелациони суд и одлучује коначно. *Савезни уставни суд СР Немачке* одлучује: 1. о тумачењу овог устава у споровима поводом обима права и обавеза неког највишег савезног органа или других учесника којима су овим уставом или пословником неког највишег савезног органа додијељена таква права; 2. код разлике у мишљењу или при постојању сумње у формалну или стварну сагласност савезног права или земаљског права са овим уставом или у спојивост земаљског права са осталим савезним правом, на захтјев савезне Владе, владе једне савезне земље или једне трећине чланова Савезног вијећа; 2а. код разлике у мишљењу о томе да ли један закон испуњава претпоставке члана 72. став 2., на захтјев Вијећа земаља, владе једне савезне државе или народног представништва једне земље; 3. код разлике у мишљењима о правима и обавезама савезне државе и земаља, посебно код провођења савезних закона од стране земаља и при вршењу савезног надзора; 4. о осталим јавноправним споровима између савезне државе и земаља, између различитих земаља или унутар једне земље уколико није отворен неки други пут правне заштите; 4а. о уставној тужби коју свако може подићи тврдњом да је државна власт повриједила једно од његових основних права или једно од његових права из члана 20. став 4., те члана 33., 38., 101., 103. и 104.; 4б. о уставним тужбама општина и општинских заједница ради повреде права на самоуправу из члана 28. неким законом, код земаљских закона, и то само ако не може бити подигнута тужба пред земаљским уставним судом; 5. у свим осталим случајевима који су предвиђени овим законом. Савезни уставни суд ће одлучивати и о случајевима који му буду повјерени неким савезним законом. Савезним уставним судом могу земаљским законима бити додијељени на одлучивање уставни спорови унутар једне земље.

1. У америчком систему постоји децентрализација судског система, гдје се свим судовима даје надлежност да врше судску контролу. Разлог за ово је *common law* правни систем, гдје су се судије увијек сматрале креаторима права. У европском систему, извршена је централизација судске контроле. Највећи разлог је *civil law* традиција. Само један суд, одвојен од редовног судства, али и од осталих грана државне власти, у већини европских држава врши судску контролу. Он се назива у Европи уставним судом. Једна варијанта децентрализације судске контроле је извршена у Швицарској, гдје судови могу вршити само контролу над прописима које су донијеле кантоналне власти (не и савезне).

2. Друга разлика је она која се тиче именовања/избора судија. Судије судова на федералном нивоу власти у САД се бирају на функцију „за добра владања“ (што практично значи доживотно), а судије судова савезних држава могу имати мандате ограничене на временски период, али могу бити поновно бирани. Судије Врховног суда САД именује предсједник САД, а потврђује Сенат простом већином гласова. У највећем броју држава Европе судије Уставног суда именује законодавно представничко тијело. Уколико је парламент бикамералан, чешће именовање врши представнички дом (Пољска, Словенија), него горњи (Руска Федерација), а има и држава (СР Њемачка) у којима оба дома парламента бирају по осам судија (укупно 16).³¹ Постоје три начина именовања судија европског уставног суда: монократски, систем избора обичном већином и систем избора квалифицираном већином.³² Монократски постоји само у Француској, гдје, на необновљиви мандат од 9 година, трећину судија бира предсједник, а по трећину предсједник сваког дома парламента. Још је рјеђи сустав избора судија уставног суда обичном већином. Ни у једној држави се у тоталитету на овај начин не бирају судије уставног суда. У Бугарској се само четири од 12 судија бира на овај начин. У највећем броју случајева у европским државама се бирају судије квалификованом већином, из разлога настојања укључивања опозиције у процедуру селекције. Поред парламента, у европским државама постоје и случајеви да предсједник државе именује судије Уставног суда, а такође и неки други државни орган, најчешће влада.

³¹Bundestag не бира непосредно судије већ формира електорско тијело које има 12 чланова, а које је изабрано пропорционално страначком саставу Bundestag-а, према D'Hondt-овој методи. С друге стране, Bundesrat бира непосредно осам судија. Предсједника и потпредсједника, бирају оба дома наизмјенично. Судије се бирају на мандат од 12 година и не могу бити бирани поново. Упоредити: Члан 94. Темељног закона СР Њемачке од 1949. године и чланове 1-9 Закона о савезном уставном суду од 1951. године.

³²J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1677. i 1678.

Парламент у овим државама (нпр. Аустрија, Шпанија, Чешка)³³ само предлаже судије или даје сагласност на њихово именовање. У Европи постоји и мјешовити систем избора судија уставног суда, гдје Уставни суд има 15 чланова, од којих по пет именују предсједник републике, оба дома парламента на заједничкој сједници, те највиши редовни и управни судови. Овај, мјешовити систем, у којем у именовању судјелују три гране власти, примијениле су и Румунија, Бугарска и Србија.³⁴ Најважнија разлика у избору судија Врховног суда САД и европских уставних судова је у трајању мандата. У Врховном суду САД је тај мандат практични доживотан, а у Европи је то изузетак (само се у Уставни суд БиХ и Уставни суд ФБиХ именују судије до навршене седамдесете године живота),³⁵ а правило је временска ограниченост; у већини држава мандат чак не може ни бити обновљен. Иако су именовања судија у оба система експлицитно политичка, у Европи је то ипак мањи случај, јер се често за судије уставних судова именују универзитетски професори.

3. Покретање поступка судске контроле уставности је у Европи рестриктивније регулисано него у америчком моделу. Док у америчком моделу, свако може покренути поступак оцјене уставности одређеног прописа, под условом да је примјеном тог прописа тој индивиду настала конкретна штета,³⁶ овлаштења за покретање иницијативе за оцјену уставности прописа могу имати различити субјекти-предсједник државе, владе, одређени број заступника у представничком тијелу, судије редовних судова... Постоје три европска модела покретања иницијативе за оцјену уставности прописа: француски, њемачки и италијански. У Француској поступак оцјене уставности одређеног прописа са законом могу покренути: Предсједник Републике, премијер, предсједници домова законодавног тијела или најмање 60 заступника или сенатора. Овдје треба нагласити да је право парламентарне мањине да иницира наведени поступак уведено тек 1974. године и да је најчешћи начин покретања

³³ Вид.: члан 147 Устава СР Аустрије; члан 159. и 160. Устава Шпаније и члан 84. Устава Чешке Републике. Само је Чешка од европских држава у потпуности преузела амерички модел. У овој држави се, од стране предсједника Републике, уз сагласност Сената, другог дома парламента, именује 15 судца Уставног суда, на период од 10 година.

³⁴ Вид.: члан 172. став 2. и 4. Устава Србије.

³⁵ Устав Босне и Херцеговине и Устав Федерације Босне и Херцеговине јесу продукт америчке уставне доктрине. Међутим, од свих параметара упоређивања америчког и европског система судске контроле, једино трајање мандата судија одговара америчком. По свему осталом ова два уставна суда одговарају европском моделу судске контроле.

³⁶ У америчкој уставноправној теорији се случај дефинише као „спор у којем једна од конкурирајућих странака тврди да је претрпила штету примјеном неуставног закона или другог јавног акта“. A. Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, Michigan Law Review, 08/2003, 101, 2770.

поступка оцјене уставности прописа пред Уставним савјетом у Француској. У Италији најчешће иницијатива за оцјену уставности прописа долази од стране судца редовних судова,³⁷ онда када приликом рјешавања случаја посумњају да пропис којег требају примијенити није у складу са уставом. Поступак оцјене уставности прописа у Италији могу покренути и влада Италије и покрајинске владе. Уколико одређена особа сматра да су јој дјеловање неког јавног функционера, посебно судије, повријеђена права загарантована уставом, она може, уколико је прије тога исцрпила сва остала правна средства, поднијети Савезном Уставном суду, уставну жалбу. Најчешће ће у једној европској земљи бити примијењена комбинација ова три типа. Тако нпр. сама СР Њемачка користи сва три модела, а само Француска има примијењен чисти француски модел.

4. У америчком је систему правило да се контрола уставности („конкретна контрола“ - *concrete review*) врши након ступања прописа на правну снагу. Изузетак од овог правила је када треба на случај примијенити закон који је тек недавно ступио на снагу, гдје судови удовољавају таквом захтјеву уколико се испуне три услова: да се ради о тужитељевим уставним правима, да је вјероватно да ће тужитељ успјети у спору и да би тужитељ претрпио непоправљиву штету, ако то суд не би учинио.³⁸ У Европи је примијењен најчешће принцип контроле уставности прописа након што они ступе на снагу („апстрактна контрола“ - *abstract review*). Међутим, у бројним европским државама до контроле уставности прописа може доћи и прије ступања на снагу. Тада је тенденција да се постављено питање рјешава без или са мало осврта на случај у којем је дошло до контроле. Тако нпр. у Италији када судач у случају који рјешава посумња у уставности прописа који треба да примијени, он покреће пред Уставним судом питање је ли тај пропис уставан или не. Уставни суд тада не улази у рјешавање конкретног случаја, већ испитује сагласност одредбе/и прописа са Уставом. У Француској је према Уставу од 1958. године била могућа само претходна контрола уставности прописа, Уставни савјет није могао оцјењивати уставност прописа након његовој ступања на снагу. У јулу 2008. године дошло до измјена устава Француске Републике, од којих је најзначајније увођење *a posteriori* уставне контроле над легислативом,³⁹ гдје приједлог за оцјену уставности могу искључиво поднијети само два судбена тијела - Државно вијеће (*Conseil d'Etat*) и Касацијски суд (*Cour de Cassation*), а судије нижих судова само

³⁷ J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1688.

³⁸ A. Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, Michigan Law Review, 08/2003, 101, 2772 и 2773.

³⁹ F. Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*, German Law Journal, 10/2008, 9, 1299.

могу да поднесу приједлог овим тијелима, не и Уставном савјету⁴⁰. Уколико би у овој *a posteriori* оцјени уставности прописа, пропис био проглашен неуставним, престао би важити даном објаве одлуке Уставног савјета у Службеном гласилу.⁴¹ У Њемачкој грађанин, који сматра да му је повријеђено одређено уставно право, а да је прије тога исцрпио остала правна средства, може уложити Савезном уставном суду уставну жалбу, гдје овај орган може да приликом рјешавања конкретног случаја, утврди да је одређени пропис противустан и да га стави ван снаге.

5. Врховни суд САД јако ријетко доноси одлуке једногласно. Разлог је што све судије долазе из различитих политичких странака; неке именују председници републиканске а неке председници демократске странке. Честа су издвојена мишљења судија у Врховном суду САД. За разлику од америчког модела судске контроле, у Европи су издвојена мишљења судија уставних судова ријеткост. Ово је последица и чињенице да се у Европи судије уставних судова најчешће именују у законодавном представничком тијелу и то често квалифицираном већином, гдје се о именовању судија морају сагласити најзначајније политичке странке, укључујући и оне у опозицији. На сједницама ових државних органа суци настоје снагом увјерљивости аргументације увјерити једни друге у исправност одлуке. Зато се у великом броју случајева одлуке у европском моделу доносе једногласно. Постоје и уставни судови у којима је доношење издвојених мишљења судија забрањено (примјер Италије). У неким државама (Њемачка и Шпанија)⁴² је доношење издвојених мишљења дозвољено, али се судије интерним нормама обесхрабрују да их доносе.

6. У Врховном суду САД се одвијају јавне усмене расправе. Судије слушају ставове супротстављених странака и учествују у расправи. Међусобно се не састају и не покушавају једни друге увјерити у исправност одређене одлуке. Умјесто тога комуницирају писменим представкама у којима износе своју аргументацију. Ове представке су касније подлога за издвојена мишљења. Европски уставни судови у правилу расправљају на нејавним сједницама. Уставни савјет Француске нема могућности за усмену расправу, у Њемачкој и Шпанији је она јако ријетка, а у Италији се одржава. У Италији судија изјављује кратко излагање случај пред осталим судијама, а онда на ред долазе излагања адвоката. Судије у италијанском Уставном суду након тога на нејавној

⁴⁰ Вид.: члан 61. 1. Устава Француске.

⁴¹ Вид.: члан 62. Устава Француске.

⁴² Преко 90% одлука Савезног Уставног суда Њемачке је донесено једногласно, а у само 10% одлука Уставног суда Шпаније су била издвојена мишљења. Упор.: J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1690.

сједници расправљају о случају и настоје једни друге увјерити о исправности доношења одређене одлуке. Овакве расправе у италијанском уставном суду могу трајати данима.

7. Одлуке у европском моделу дјелују *erga omnes*, а у америчком *inter partes*. Када би у европском моделу редовни судови могли одлучивати о уставности прописа, дошло би до велике правне несигурности, јер њихове одлуке немају снагу прецедената. С друге стране, одлука суда у САД-у и другим *common law* државама може да буде промијењена од стране вишег суда, а ако се то не деси, она добија правну снагу сличну законској. Уколико други суд не нађе да је одређени пропис неуставан, и примијени га, обично виши суд преузима рјешавање и доноси коначну одлуку.

8. Посљедња је разлика у абритрирању између различитих грана власти, гдје Врховни суд САД нема надлежност да рјешава ове спорове, и увијек избјегава да их рјешава, и када се појаве и када би могли настати, док европски уставни судови имају уставом додијељену надлежност рјешавања таквих спорова.⁴³

VII ЗАКЉУЧЦИ

У раду смо видјели да ни политичка ни правна традиција Европе нису фактори који би омогућили адопцију система у којима би *редовни* судови вршили контролу уставности закона. Супремација парламента и улога судова у старом режиму (*ancien regime*) је онемогућила да цијела судска власт може бити опредмећена са надлежности да укине законске акте. Наведени услови су захтијевали да посебна грана државе власти има надлежност судске контроле.

Ипак, нису све државе Европе прихватиле идеју супремације судства. Како је наведено раније, у УК Велике Британије и Сјеверне Ирске и Холандији нема суда који би оцјењивао законе који наводно нису у складу са уставом. У Швицарској Федерални Врховни суд контролише само кантоналне законе. Федерално законодавство се контролише само кроз политичку процедуру. Идеја да не би само судови већ и сегменти осталих грана власти требали интерпретирати устав није била иманентна само Европи. Концепт супремације судства у периоду конструкције устава је проузроковао дебату и у држави у којој је прихваћено да је суд искључиви

⁴³ Тако Савезни Уставни суд Њемачке има надлежност да рјешава спорове који настану због различитих мишљења уставом установљених тијела, односно у споровима између федерације и земаља као и у споровима између појединих земаља. Овај орган може рјешавати спорове који настану на подручју одређене земље, ако не постоји тијело које би такав спор разријешило. Италијански уставни суд рјешава спорове који настану на основу расподеле надлежности између различитих државних органа, између државних и регионалних органа, као и између регионалних органа.

интерпретатор устава. Томас Џеферсон (*Thomas Jefferson*) је својевремено изнио тезу да би прихватање става који даје искључиво судијама право да интерпретирају Устав САД, начили судску власт деспотском граном власти.

Може се основано закључити да је судска контрола легислативе додатни алат за очување устава, будући само да власт може да провјерава власт. Одлука коме повјерити надлежност контроле – судовима или другим гранама власти зависи од правне традиције државе. У државама у којима се судска власт сматра најмање опасном граном власти по политичка права устава, судска контрола је природна посљедица система државне власти. Тако је Александар Хамилтон у часопису „Федералист“ број 78, на страници 397 изнио мишљење да је судска власт без поређења најслабија од три одјељења државне власти, да никад не може с успјехом напасти остале двије и да је сва неопходна брига потребна да ју омогући да се одбрани од њихових напада. У Европи, гдје су дуго времена судови били под сумњом, креација посебног суда који би контролисао легислативу била је кључна да се успостави равнотежа проблему легитимитета судова.

Без обзира на ове несумњиве разлике, и у Сједињеним Америчким Државама и Европи, судови имају важну улогу у очувању индивидуалних слобода. Потреба за ефективном кочницом већине у парламенту је главна снага која тјера различите правне системе да додијеле својим судовима – уставним или редовним- надлежност да контролишу законе који сеprotиве уставу. Чак и у европским државама гдје је надзор легислативе *политички*, а не *судски*, Суд правде ЕУ је драматично промијенио концепт супрематије парламента, омогућавајући тако тим државама да гарантују људска права и основне слободе.

Како је у часопису „Федералист“ број 51. наведено: „од велике је важности у републици, не само да чува друштво од угњетавања његовог управљача, већ и да чува један дио друштва од неправде другог дијела“. Да би се овај задатак обавио, уставни судови се сматрају најадекватнијом граном власти и зато тренутно постоји у већини држава свијета њихов правни монопол да одреде шта устав мора бити.

Постоје бројне разлике између америчког и европског модела судске контроле. Може се рећи да и међу европским уставним судовима постоје разлике у карактеристикама судске контроле уставности и законитости, а да једина сличност међу у европском моделу та што посебни уставни судови обављају функцију судске контроле. Међутим, сличности је све више, ова два модела су се приближила. Уставни судови у Европи обављају све више функцију заштитника људских права и слобода.

Davor Trlin, LL.D.*

JUDICIAL CONTROL IN USA AND SOME EUROPEAN CONSTITUTIONAL SYSTEMS

Summary

The modern state finds the basis for the organization and functioning in the constitution. The constitutional norm has a principle character, it is always the initial and should be developed in order to fulfill its core. By law, as general and authoritative legal acts, developing of constitutional norms is done. In the hierarchy of legal acts, constitutional norm remains above the law, in accordance with the principle of "lex superior derogat legi inferior". This paper, in addition to introduction and conclusion, consists of four themes. The first explains the types of the constitutionality of legislation, in order to demonstrate the court in the modern state is not the only state body to review the constitutionality of laws. The second part presents the foundation of judicial review. The third and fourth part are institutionalized forms of judicial review in the USA and Europe, and these two parts are actually the tool for safer evaluation of the similarities and differences between the models of judicial review in the USA and Europe in the fifth part, which has actually been the target of research.

Key words: Normative hierarchy, Constitutionalism, Judicial Review, US Supreme Court, Constitutional Court

* Higher Associate at the Centre for Education of Judges and Public Prosecutors in Federation of Bosnia and Herzegovina.