

DOI: 10.7251/GFP1303064DJ

UDC: 347.95:342.565.2

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
14. jun 2013.Datum prihvatanja
rada:
17. jun 2013.

Prof. dr

**Vladimir
Đurić***vanredni profesor,
Fakultet pravnih
nauka, Panevropski
univerzitet
„Apeiron“, Banja Luka*

Dejstvo odluka ustavnih sudova

**- Komparativna analiza i odluke Ustavnog suda
BiH -**

Sažetak: Ustavni sud je posebna institucija koja štiti ustavnost i zakonitost. Efekat kontrole ustavnosti koju ustavni sudovi vrše zavisi od odluka koje u postupku ocene ustavnosti zakona donose. Odlukama ustavnih sudova kasiraju se ne-ustavni zakoni, a odluke su sa stanovišta dejstva opšteobavezne, konačne i izvršne. Kasiranje za- kona otvara pitanja čija rešenja ponekad ne mogu da budu do kraja teorijski dosledna, ili precizno pravno normirana. Razlike koje postoje u pogledu domašaja obaveznosti, obima kasiranja i vre- menskog važenja odluke o kasiranju posledica su razlika u načinu postizanja i obimu kompromisa između različitih načela, ili grupe načela - na- čela pravne sigurnosti, sa jedne, i načela pravič- nosti, striktnosti ustavnosti i demokratske države, kao i zaštite prava stranaka, sa druge strane. Prema Ustavu, odluke Ustavnog suda BiH su kona- čne i obavezujuće. Budući da je pravno dejstvo odluka Ustavnog suda BiH uređeno i Pravilima Suda, postavlja se pitanje da li Ustavni sud BiH od „negativnog“ postaje pozitivni zakonodavac, naročito ukoliko se ima u vidu da Sud određuje vremensko dejstvo svojih odluka, kao i da može da odredi rok u kojem se opšti akt može uskladiti sa ustavom. Pojedina rešenja sadržana u Pravi- ma Suda i pojedinim zakonima, kao što su ona koja se odnose na pitanje dejstva neustavnih odredbi u roku koji je njihovom donosiocu ostavljen za usaglašavanje sa Ustavom, ili na krivičnopravnu inkriminaciju neizvršenja odluka Ustavnog suda, nemaju sistemski kvalitet.

Ključne reči: odluke ustavnih sudova, dejstvo od- luka, Ustavni sud BiH.

USTAVNI SUDOVI I PRIRODA NJIHOVE FUNKCIJE

Savremena pravna država zasnovana je na pisanom ustavu i hijerarhijski ustrojenom pravnom poretku. Ustav shvaćen kao pravni akt je osnovni i najviši zakon, temelj čitavog pravnog poretka i pravni osnov postojanja i funkcionisanja ustavnog i političkog sistema.¹ Najviša pravna snaga ustava sledi iz značaja materije koju reguliše. Budući da je ustav akt pozitivizacije principa proceduralnog legitimiteta - ta putem kojeg se, između ostalog, pravno utvrđuju političke granice za vlastodršce i ideološki postulati i vrednosti dovode do nivoa pozitivnopravne relevancije,² jasno je da ustav reguliše najvažnija pitanja u društvu i nužno uživa najjaču pravnu snagu i da zakoni mogu da budu samo instrument njegovog ostvarivanja i primenivanja. Osnovne principe vladavine prava kroz koje se oslikava hijerarhijski pravni poredak čine principi ustavnosti i zakonitosti, prema kojima svi niži pravni akti od ustava, odnosno zakona, treba da budu sa njima u skladu, kako u pogledu svoje forme, odnosno postupka donošenja i pravne snage koju imaju, tako i u pogledu svoje sadržine. Ostvarivanje principa ustavnosti i zakonitosti iziskuje njihovu kontrolu i zaštitu. Drugim rečima, zaštita ustavnosti i zakonitosti je *condition sine qua non* njihove primene, a time i pravne države, i počiva na kontroli usaglašenosti akata i radnji sa ustavom i zakonom.

Da bi zaštita ustavnosti bila delotvorna, kontrola treba da bude široko postavljena, odnosno njen predmet treba da bude provera usaglašenosti sa ustavom što većeg broja akata i radnji, od kontrole usaglašenosti zakona sa ustavom, do pitanja ustavnosti pojedinačnih radnji. Međutim, budući da se mnogi opšti akti donose za izvršavanje zakona i da pojedinačni akti i radnje, u matrici hijerarhijski ustrojenog pravnog poretka, predstavljaju zapravo samo primenu zakona u pojedinačnim spornim i nespornim životnim situacijama, jasno je da se kontrola ustavnosti prvenstveno odnosi na kontrolu ustavnosti zakona što čini njen najznačajniji vid. Kontrola ustavnosti zakona postoji u svim sistemima kontrole ustavnosti o kojima će biti više reči i smatra se samom suštinom ustavnog spora koji, u različitim sistemima kontrole ustavnosti, rešavaju različiti državni organi.

Ustavna istorija nastanka moderne pravne države poznaje nekoliko modela sistema zaštite ustavnosti koji se mogu razgraničiti prema vrsti organa koji su je obavljali.³ Istorijski najstariji model je „samokontrola“ zakonodavca koji je uveliko prevaziđen u savremenom svetu. Sistem kontrole od strane posebnih političkih organa nije doživeo širu primenu, ali je i danas primenjen u pojedinim zemljama (npr. U Francuskoj). Najznačajniji i najrsprostranjeniji model zaštite ustavnosti je sudska kontrola ustavnosti. Sudska kontrola ustavnosti počiva na kontroli usaglašenosti akata i radnji sa ustavom koju vrše nezavisni i stručni organi različiti od zakonodavne vlasti. Nezavisno i nepristrasno sudovanje smatra se nužnim za pravno ograničavanje samovolje vlasti. Sudska kontrola i zaštita ustavnosti nije jednoobrazna. Moguće je da sudsku kontrolu ustavnosti vrše bilo redovni sudovi u

¹ P.Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1994.str.294

² L.Basta, *A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle*, *Rechtstheorie* 17, 1986,p.111-121

³ Videti pregled u G.Vedel, *Mauel élémentaire de droit constitutionnel*, Réédition présentée par G. Carcassonne et O.Duhamel, 2002.p.124-126 i P.Nikolić, n.d. str.296-299

okviru konkretnog sudskog spora koji rešavaju, bilo ustavni sudovi pred kojima se pitanje ustavnosti postavlja nezavisno od konkretnog sudskog spora. Zapravo, sistemu sudske kontrole ustavnosti međusobno se razlikuju prema vrsti ustavnih sporova koje sudovi rešavaju, vrsti sudova koji rešavaju ustavnosudske sporove i vrsti i dejstvu odluka koje se u takvim sporovima donose. Imajući u vidu izložene karakteristike, pojedini autori razlikuju decentralizovanu i centralizovanu kontrolu ustavnosti.⁴

Stvaranje ustavnih sudova kao nezavisnih organa kojima je zaštita ustavnosti osnovna funkcija predstavlja radikalna rešenja u razvoju sistema zaštite ustavnosti i zakonitosti.⁵ Budući da ustavni sudovi predstavljaju organe različite i nezavisne ne samo od zakonodavne i izvršne, već i od sudske vlasti i imajući u vidu da je njihova osnovna funkcija zaštita ustavnosti, mnogi autori zaključuju da je takva institucija „najmanje opasna“ i da je nužna i legitimna u demokratskim sistemima.⁶ Rešavajući ustavne sporove čiju suštinu čine sporovi o ustavnosti zakona, ustavni sudovi štite ustav primenjujući ga i u potpunosti su njemu podređeni.

Može se slobodno istaći da je u savremenom svetu i modernoj pravnoj nauci nesporno da je ustavno sudstvo, shvaćeno kao sudsko rešavanje sporova o ustavnosti zakona, neophodno. Ipak, čuvari ustava, kakvima se ustavni sudovi slikovito opisuju, i njihova delatnost izazivaju stalne dileme u vezi sa odnosom prema demokratiji i u vezi sa mogućnošću da kao organi bez ustavne odgovornosti, ostvare pravom neograničenu sudokratiju i zađu u sferu političkog odlučivanja. Nesporno je da je demokratski legitimitet ustavnih sudova daleko manji od predstavničkog tela izabranog na neposrednim i slobodnim izborima koje oličava demos kao nosioca suverenosti, ali to ne znači i da su ustavni sudovi organi čija je delatnost suprotna narodnoj suverenosti. Iako je u američkoj pravnoj nauci i praksi bilo slikovitih opaski da je „ustav ono što sudije kažu da jeste“ čime se isticala velika sloboda sudskog odlučivanja, ipak je jasno da je na kraju krajeva u demokratijama ustav izraz volje suvereno naroda. U teoriji jasno istaknuto da ustavna kontrola, ne uprkos, već zbog postojanja ograničenja demokratskom procesu odlučivanja, predstavlja jedan važan, ako ne i vitalan doprinos funkcionisanju i održavanju demokratije.⁷ Sa druge strane, kako se to u starijim radovima ispravno primećuje, nemoguće je iz ustavnog sudovanja ukloniti svako političko rezonovanje i ustavno sudstvo svesti isključivo na pravno rezonovanje, ali „radi se o tome da se političko rezonovanje svede u pravne granice“ i da se ustavni sudija putem takvog rezonovanja ne pretvori u posebnu političku vlast i ne izvrši zloupotrebu svoje osnovne sudske funkcije.⁸ Ako je ustav akt koji politiku pretvara u pravo, a jeste tako, onda je ustavni sud institucija koja politiku treba da drži dalje od prava. Upravo se u svodenju u granice prava, kako u granice ustava kao

⁴ M.Cappelletti, W.Cohen, *Comparative Constitutional Law*, 1979, p.73-84, kod nas R.Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, 1994, str.646-653

⁵ P.Nikolić, n.d.str.301

⁶ P.Nikolić, Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima, *Pravni život* 12/95; M. Cappelletti, *Necessite et legitime de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, *Revue Internationale de Droit Compare*, 2/1981.

⁷ T.Ohlinger, *Ustavno-sudska kontrola*, *Pravni život*, br.11/97, str.920

⁸ I.Krbek, *Ustavno sudovanje*, 1960, str.11

ishodišta i merila kontrole, tako i u okviru drugih akata, najčešće zakona, koji- ma se reguliše postupak pred ustavnim sudom, kao i u poštovanju osnovnih pravnih načela, logike i duha čitavog ustavnog prava ogleda mogućnost ograničavanja ustav- nosudske vlasti, odnosno sastoji načelan odgovor na pitanje Quis custodiet custodes. Razume se, pravno ograničavanje politiziranja u rešavanju ustavnih sporova koji uvek imaju politički prizvuk i značenje, i svođenje stvaralačke uloge ustavnih suda- va u pravne okvire, izaziva i dileme u pogledu same pravne prirode ustavnog sudstva. Ustavnopravna teorija je nastojala da pronikne u suštinu ustavnosudske funkcije i odgonetne njenu pravnu prirodu.

U teorijskim radovima izložena su različita shvatanja o pravnoj prirodi funk- cije ustavnih sudova. Od Hansa Kelzena, tvorca ideje o posebnom ustavnom sudu, poste- peno se razvijalo mišljenje prema kome ustavni sudovi učestvuju u stvaranju prava. Od početnog Kelzenovog stava da ustavni sudovi deluju kao „negativni zakonodavci“⁹ do- šlo se do shvatanja da ustavni sudovi, vršeći kontrolu ustavnosti zakona, neizbež- no učestvuju u stvaranju samog prava.¹⁰ Sa druge strane, od drugog Kelzenovog stava pre- ma kome se ustavnosudska funkcija u većoj meri izražava u primeni, nego u stvaranju prava, razvila su se shvatanja koja ističu da je ustavni sud u osnovnom smislu sud,¹¹ da jeste i ostaje sud i da politika nije njegov zadatak,¹² odnosno da je reč o specijalizova- nom sudu. Postoje i mišljenja prema kojima ustavno sudstvo čini posebnu delatnost, odnosno granu državne vlasti, nezavisnu i drugačiju od sudske i zakonodavne vlasti. U savremenim radovima u okviru domaće pravne nauke nema saglasnosti o pravnoj prirodi ustavnosudske delatnosti. Dok pojedini autori smatraju da ustavnosudski organi predstavljaju institucije složene prirode sazdane od izvesnih elemenata za- konodavnog i dominantno sudskog, ali koje se ne bi mogli smatrati posebnom, četvr- tom delatnošću državne vlasti,¹³ dotle se ističe i jasno opredeljenje da je ustavno sudstvo dovoljno drugačije i od sudske i od zakonodavne vlasti i da zaslužuje atribut različite, i od njih obe razdvojene državnopravne funkcije.¹⁴

U nizu država čiji ustavi svoju zaštitu poveravaju ustavnom sudu, ta insitucija je uz državnog poglavara, parlament i vladu, najviši ustavni organ. Priroda ustavno- sudske funkcije, granice njenog vršenja i njen politički domašaj, ili karakter, mogu da budu pravno sagledani kroz analizu nadležnosti koje ustavni sudovi imaju i odlu- ka koje donose. Budući da svi ustavni sudovi vrše normativnu kontrolu, odnosno kon- trolu usaglašenosti zakona sa ustavom, težišno pitanje sagledavanja ustavnosudske funkcije postaje pitanje karaktera, snage i značaja odluka koje donose rešavajući us- tavnne sporove o ustavnosti zakona. Ne bez razloga, u teorijskim radovima istican je

⁹ H.Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen und Vereinigen der Deutsche Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. Und 24. April 1928, Berlin und Leipzig, 1929.S.56

¹⁰ M.Cappelletti, n.d.r. 639

¹¹ R.Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963.S.202;

¹² C.Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991.S.2

¹³ O.Vučić, Austrijsko ustavno sudstvo, Čuvar federacije i ustava, doktorska disertacija, rukopis, 1995, str.90

¹⁴ Z.Tomić, Ustavno sudstvo – između žreca i stvaraoca, Zbornik radova „Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu Srbije“, 2004. str.68

stav da je ustavni sud funkcionalno najviši organ odlučivanja.¹⁵ Takvo rezonovanje ne mora da se odnosi samo na formalnu stranu odlučivanja, već i na njegov značaj. Ako je ustavni sud najviši organ odlučivanja, onda je jasno da njegove odluke zahtevaju posebnu pažnju i da efekat kontrole ustavnosti koju ustavni sudovi vrše zavisi od odluka koje u postupku ocene ustavnosti zakona donose.

ODLUKE USTAVNIH SUDOVA O USTAVNOSTI ZAKONA I NJIHOVO DEJSTVO

Ustavni sudovi su najviši organi odlučivanja najpre zbog toga što rešavaju najvažnije pravne sporove, sporove o ustavnosti zakona. Odluka ustavnog suda mora da odgovori na osnovno pitanje spora – da li je zakon u skladu sa ustavom. Načelno posmatrano, ukoliko utvrdi da zakon nije u skladu sa ustavom, ustavni sud može svojom odlukom da tu neustavnost konstatuje, a može i da poništi, odnosno kasira zakon. Konstatovanje neustavnosti zakona prikladnije je akcesornom sporu o ustavnosti, sporu koji je nastao povodom konkretnog spora pred redovnim sudom, čime se postiže da sud, pred kojim se vodi konkretni spor povodom koga je i nastalo pitanje o ustavnosti zakona, u tom sporu ne primeni zakon za koji je ustavni sud našao da nije u skladu sa ustavom. Sa druge strane, kasiranje zakona primerenije je apstraktnom sporu o ustavnosti u kojem se pitanje ustavnosti zakona postavlja nezavisno od konkretnog spora pred sudom, ili postupka pred drugim državnim organom.

Postoje i „srednja“ rešenja u kojima se posledice neustavnosti zakona i odluke ustavnog suda kojom se ta neustavnost utvrđuje različito ispoljavaju. U pojedinim državama, kao što je to slučaj npr. u SR Nemačkoj, osim poništavanja zakona koje se Zakonom o Saveznom ustavnom sudu predviđa u slučaju kada taj Sud dođe do zaključka da savezni zakon, ili zakon federalne jedinice nije u skladu sa Osnovnim zakonom, moguće je da Ustavni sud donese odluku o neustavnosti bez poništavanja zakona, ili da odredi rok zakonodavcu u kome treba da ispravi zakon, ili pak da donese interpretativnu odluku kojom ističe da je zakon u skladu sa ustavom samo u smislu i tumačenju koje je u toj odluci zauzeo. Smisao prvog rešenja prema kome se pod određenim okolnostima donosi odluka o nesaglasnosti sa Osnovnim zakonom bez poništavanja, sastoji se u poštovanju jednake zaštite jer bi u slučaju kada zakon isključuje specifične grupe osoba proglašavanje zakona ništavim takođe napalo sve druge grupe pravedno uključene u zakonsko regulisanje.¹⁶ U slučaju kada se Ustavni sud uzdrži da izričito istakne neustavnost zakona istovremeno pozivajući zakonodavca da preduzme korektivne mere, ponekad u roku koji mu je odredio, po sredi je zapravo implicitno odložno poništavanje neustavnog zakona. U slučaju interpretativnih odluka kojima se ističe da je zakon u skladu sa ustavom samo u smislu koje je svojim tumačenjem sud odredio, ustavni sud gubi svojstvo negativnog zakonodavca i pretvara se u pravog (pozitivnog) zakonodavca.¹⁷

¹⁵ R.Marcic, n.m.

¹⁶ H.Steinberger, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on the Federal Republic of Germany, Judicial Protection of Human Rights at National and International Level*, knj.1.1991.r.195,196

¹⁷ T.Marinković, *Interpretativne odluke ustavnih sudova, Ustavni sud Srbije – U susret novom ustavu*, 2004.str.246

Sušтина ustavnog spora o ustavnosti zakona iziskuje da se u slučaju utvrđene neustavnosti zakon kasira. Ukoliko se međutim zakon kasira, utoliko se nameću važna pitanja u vezi sa dejstvom odluke o kasiranju. Prvo od tih pitanja je obim delovanja kasacije. Efekat ustavnosudske kontrole i njen značaj suštinski zavise od obavezujućeg dejstva odluka ustavnog suda. Odluke ustavnog suda moraju da budu strogo obavezne jer je inače čitav institut bez smisla.¹⁸ Ako su odluke ustavnog suda obavezne, može da se postavi pitanje za koga su one strogo obavezne? Polazeći od stava da je uklanjanje neustavnosti osnovni cilj sudske kontrole ustavnosti, pojedini autori dolaze do načelnog zaključka da bi odluke ustavnih sudova morale, po svom dejstvu, da budu jednake aktima povodom kojih je sprovedena kontrola ustavnosti.¹⁹ Kelzen je stajao na stanovištu da odluka o poništavanju ima opšti karakter, odnosno da je, po stepenu opštosti, poništavanje zakona isto što i njegovo stvaranje. Ukoliko se odlukom suda ukida zakon, odnosno poništava opšta norma, utoliko je jasno da takva odluka, negativnim putem, dobija opšti karakter.²⁰ Drugim rečima, odluka o neustavnosti ima dejstvo kao da je zakon ukinut kasnijim zakonom.²¹ Dakle, odluke o neustavnosti zakona kojima se zakon poništava deluju erga omnes, prema svima i za svakoga.²² U teoriji je međutim bilo i suprotnih stavova koji su delimično izražavali bojazan da se opšteobavezno dejstvo odluka ustavnih sudova ne pretvori u sudsko stvaranje prava. U tom smislu, pojedini autori, polazeći od stava da je sudski akt pojedinačni akt kojim se utvrđuje protivpravnost i izriče sankcija koja iz toga sledi, stajali su na stanovištu da odluka ustavnog suda kojom se utvrđuje da je zakon neustavan i izriče njegov poništaj ima čist karakter sudskog akta.²³ Razume se da su stanovišta da odluka ustavnog suda ima karakter pojedinačnog akta u nauci i pozitivnopravnim rešenjima napuštena, ali još uvek ima uticaja izloženo Kelzenovo shvatanje prema kome odlučivanje ustavnog suda ima pre karakter primene, a u manjoj meri stvaranja prava, što instituciji ustavnog suda ipak daje sudski karakter. Zbog toga se mnogi autori drže shvatanja prema kome odluke koje ustavni sud donosi nemaju karakter čisto sudskih odluka, niti to mogu biti akti sa svojstvima zakonodavnih akata.²⁴

U uporednom pravu jasno je predviđeno da odluke ustavnih sudova imaju dejstvo erga omnes. U Austriji odluke Ustavnog suda imaju „opšte dejstvo“ (Allgemeinwirkung). Ustavom i Zakonom o Ustavnom sudu takvo se dejstvo ne spominje izričito. Međutim, u teoriji je nesporno da odluke Ustavnog suda Austrije imaju *allgemeinwirkung* na osnovu odredbe člana 140. st.7. Ustava prema kojoj su svi sudovi i administrativne vlasti vezani odlukom ustavnog suda o neustavnosti zakona, kao i na osnovu odredbe

¹⁸ I.Krbek, n.d.str.87

¹⁹ V.Čok, Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova, 1972, str.45

²⁰ H.Kelsen, n.d.S.55-56

²¹ M.Cappelletti, W.Cohen, n.d.r.96 O dejstvu odluka Ustavnog suda Austrije videti i O.Vučić, n.d.str.244-257. Situaciju predviđenu članom 140. st.6. pojedini autori su ocenili kao da je Sud, materijalno posmatrano, dobio neku zakonodavnu vlast – I.Krbek, n.d.str.52

²² U određenom smislu i odluka kojom se utvrđuje da je zakon ustavan može da ima isto dejstvo. Krbek primećuje da se određeno delovanje erga omnes javlja i ako sud neku pravnu normu oceni kao ustavnu jer se ona više ne može pobijati iz istih razloga – I.Krbek, n.d.str.88

²³ R.Lukić, Pojam ustavnosti i zakonitosti i sredstva za njihovo ostvarivanje, Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji sv.1.1966.str.95-96

²⁴ V.Čok, n.d.str.39

člana 140.st.6. Ustava prema kojoj, ako zakon po oceni Ustavnog suda bude poništen kao neustavan, zakonske odredbe ukinute zakonom koji je sud poništio ponovo stupaju na snagu, osim ako odlukom nije utvrđeno drugačije.²⁵ U uporednom pravu pitanje obaveznosti odluka ustavnog suda najšire je regulisano u nemačkom pravnom poretku. Prema članu 31. st.1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, odluke Ustavnog suda su obavezne za sve ustavne organe saveza i federalnih jedinica, kao i za sve sudove i vlasti. Nemački zakonodavac otišao je i korak dalje propisujući u stavu 2. istog člana Zakona o Saveznom ustavnom sudu da odluka Suda donesena u postupku ocene usaglašenosti saveznog zakona, ili zakona federalne jedinice, sa Osnovnim zakonom ima snagu zakona. Takva, zakonom izričito predviđena, zakonska snaga odluka Saveznog ustavnog suda SR Nemačke izazvala je različite komentare u ustavnopravnoj nauci i praksi Saveznog ustavnog suda. Sumirajući sva izložena mišljenja²⁶ može da se istakne da su se shvatanja kretala u širokom luku – od formalnih osporavanja mogućnosti da se zakonska snaga odluka ustavnog suda predvidi običnim zakonom kakav je Zakon o Saveznom ustavnom sudu, preko stanovišta da zakonska snaga odluke ima šire značenje od obaveznosti za organe vlasti navedene u stavu 1. tog člana, što zapravo znači opštu obaveznost odluka (*allgemeinverbindlichkeit*), do gledišta da zakonska snaga odluka ustavnog suda znači da takvu snagu ima celokupna odluka, kako njena izreka, tako i obrazloženje.²⁷

Obaveznost odluke ustavnog suda o neustavnosti zakona i njeno dejstvo erga omnes mogu se povezati sa specifičnim pitanjem da li se o istom predmetu ponovo može voditi spor? Drugim rečima, da li se dejstvo odluke proteže i na ustavni sud koji je odlučio u ustavnom sporu, kao i na učesnike u postupku pred sudom? Nije li tačno da ako je odluka ustavnog suda opšteobavezna, ona a fortiori veže sud koji je tu odluku doneo i učesnike u postupku. U teoriji se zastupa stav da se i na presude (odluke) ustavnog suda primenjuje načelo pravosnažnosti što u osnovi znači da se u redovnom postupku ne može staviti u pitanje predmet koji je konačno rešen,²⁸ odnosno da se povodom iste stvari ne može ponovo voditi spor pred ustavnim sudom, niti da odluke podležu dejstvu pravnih lekova.²⁹ Drugim rečima, ustavni sudovi meritor-

²⁵ M.Cappelletti, W.Cohen, n.m.

²⁶ E.Kadenbach, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, Archiv des öffentlichen Rechts, 80(1955); E.Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1962, R.Zuck, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 20, 1975; W.Seuffert, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, Archiv des öffentlichen Rechts, 104(1979); E.Klein, Verfassungsprozessrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, 108(1983); C.Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991.

²⁷ Savezni ustavni sud SR Nemačke, polazeći od stava da je jedini tumač i čuvar ustava, stao je na diskutabilno stanovište koje u naučnim radovima nije jednodušno prihvaćeno, da obavezujuće dejstvo ima izreka odluke, ali da se ono proteže i na suštinsko rezonovanje koje je osnova za donošenje odluke - BVerfGE 1, 14 (37); BVerfGE 79, 256 (264). Prema shvatanju Suda, rezonovanje je suštinsko ukoliko ne može da bude izostavljeno iz odluke a da se ne izgubi konkretan zaključak - BVerfGE 20, 56 (87)

²⁸ I.Krbek, n.d.str.88

²⁹ V.Čok, n.d.str.41

no odlučuju o stvari za koju su nadležni u prvom i posljednjem stepenu.³⁰ Međutim, pravosnažnost odluka ustavnih sudova, odnosno načelo da se o istoj stvari³¹ među učesnicima ne može ponovo voditi isti ustavni spor (ne bis in idem) suštinski je drugačije od dejstva odluke erga omnes. Naime, efekat res iudicata, odnosno načelo presuđene stvari, primenjuje se samo između stranaka (inter partes). U formalnom smislu, načelo res iudicata znači da su odluke ustavnog suda neopozive i da se ne mogu ožalbiti.

Načelno posmatrano, rešenja koja postoje u uporednom pravu usvajaju izloženo shvatanje. Ipak, u nekim slučajevima mogući su izuzeci koji ne narušavaju osnovno pravilo da su odluke ustavnog suda konačne. Tako, primera radi, austrijsko pravo dopušta u ustavnom sporu povraćaj u pređašnje stanje i obnovu postupka. Posebno pitanje u vezi sa načelom res iudicata je da li je efekat tog načela, budući da u sporovima o ustavnosti zakona jednu „stranu“ u sporu uvek čini zakonodavac, takav da se u slučaju kasiranja zakona zbog njegove neustavnosti onemogućava da zakonodavac usvoji zakon iste, ili slične sadržine? Načelno posmatrano, takav efekat je nužan u stvarima ustavnog sudstva. Međutim, imajući u vidu da pravni poreci to pitanje ne regulišu izričito, praksa ustavnog sudstva je davala različite odgovore. Savezni ustavni sud SR Nemačke dugo vremena je stajao na stanovištu da je odluka, zajedno sa suštinskim rezonovanjem, obavezujuća za sve ustavne organe na način da savezni zakon iste sadržine ne može ponovo biti usvojen.³² Međutim, 1987. Savezni ustavni sud promenio je svoje shvatanje zauzevši stanovište prema kome dejstvo odluke uređeno izloženim članom 31. Zakona o Saveznom ustavnom sudu i činjenica da je odluka kojom se kasira neustavan zakon res iudicata, ne sprečava legislativu da, ukoliko smatra da je to neophodno, usvoji novi zakon čija je sadržina ista, ili slična, sadržini zakona koji je kasiran. Zanimljivo je obrazloženje takve promene u stavu Saveznog ustavnog suda SR Nemačke. Čuvar ustava je rezonovao da je načelo vladavine prava obavezujuće za legislativu samo u pogledu ustavnog poretka, ali ne i u pogledu običnog zakona. Budući da je obavezujuće dejstvo njegovih odluka predviđeno običnim zakonom, rezonovao je Sud, ne može se sprečiti zakonodavac da usvoji novi zakon iste sadržine. Štaviše, Ustavni sud je smatrao da bi kodifikacija odlučivanja vodila paralisanju evolucije prava što je suprotno demokratskoj državi zasnovanoj na vladavini prava i državi blagostanja. Izloženo rezonovanje zapravo može da vodi zaključku da res iudicata, u materijalnom, sadržinskom, smislu znači da se načelna nepromenljivost odluka ustavnih sudova odnosi na činjenice koje su od značaja za odluku dokle god se suštinski ne promene u odnosu na vreme kada je odluka donesena.

Ukoliko suština ustavnog spora o ustavnosti zakona iziskuje da se neustavni zakon kasira, poništi sa opšteobaveznim dejstvom odluke ustavnog suda, utoliko se može postaviti pitanje da li je ustavni sud koji kasira zakon vlastan da zakon poništi u celini, ili je moguće da zakon bude poništen samo u jednom svom delu?

³⁰ R.Marković, n.d.str.677

³¹ Šta se može smatrati istom stvari u ustavnom procesnom pravu videti u mom radu „Res iudicata u ustavnom procesnom pravu“, Pravni život br.12/2000

³² BVerfGE 1, 14(36-37); BVerfGE 69, 112 (115)

Dakle, može da se postavi pitanje dejstva odluke ustavnog suda sa stanovišta obima kasiranja. Odgovor na izloženo pitanje najpre zavisi od predmeta spora. Spor u kome se vrši sudsko ispitivanje ustavnosti zakona može naime, da za svoj predmet ima ocenjivanje usklađenosti zakona sa ustavom u formalnom smislu, odnosno da obuhvati odlučivanje da li je zakon donesen od strane nadležnog organa, u ustavom propisanom postupku i formi, i sa snagom koju mu ustav određuje, ili može da bude usmereno na usklađenost zakona sa ustavom u materijalnom, sadržinskom smislu. Razume se da kasiranje zakona iz formalnih razloga povlači za sobom kasiranje či- tavog zakona.³³ Dakle, načelno posmatrano, do delimičnog kasiranja zakona moglo bi da dođe u slučaju sadržinske neustavnosti zakona, neusklađenosti zakona sa us- tavom u pogledu njegove sadržine. Međutim, imajući u vidu upravo sadržinu zakona, parcijalno poništavanje rada nova pitanja. Najpre, postavlja se logičko pitanje do koje je mere zakon deljiv i da li je moguće da zakon postoji sa pravnim prazninama nastalim usled poništavanja pojedinih odredbi? U naučnim radovima davno je uo- čeno da takvo parcijalno kasiranje ustavni sud može da sprovede samo ako se zakon, u tom skraćenom obliku, može dalje primenjivati da ne menja svoj smisao.³⁴ Ukoliko je moguće parcijalno poništavanje zakona, utoliko je posebno pitanje do koje mere ustavni sud može, pre nego što se odluči za delimično kasiranje, da ispituje ka- kava veza, prema zamisli zakonodavca, postoji između jedne i ostalih normi, ili delova zakona.³⁵ U starijim radovima bilo je mišljenja da se odluka ustavnog suda ne odnosi na norme, već na zakonodavne akte u celini, i da je stoga nedopustivo is- pitivanje motiva zakonodavca jer se takav postupak protivi načelu da su pojedine norme samo deo jednog zakonodavnog akta u celini.³⁶

Uporedno pravo uglavnom prepoznaje mogućnost parcijalnog kasiranja zakona. Takva mogućnost izričito je priznata pozitivnopravnim odredbama, ili su ustav- ni sudovi u praksi stali na stanovište da mogu da ponište zakon i delimično. Ustavni sudovi Austrije i SR Nemačke mogu da pribegnu parcijalnom kasiranju zakona. Član 140 Ustava Austrije nagoveštava takvu mogućnost stavom 3. kojim se predviđa da Ustavni sud može da poništi zakon samo u meri u kojoj se njegovo po- ništavanje zahtevalo. Polazeći od izložene ustavne odredbe, Zakonom o Ustavnom sudu predviđeno je da se u predlogu za ispitivanje ustavnosti navedi da li se za- hteva da se zakonodavni akt kasira u celini, ili delimično, dok je paragrafom

64.st.1.Zakona o Ustavnom sudu izričito predviđeno da se u odluci Ustavnog suda precizira da li se kao neustavna kasira čitava sadržina zakonodavnog akta, ili pojedini njegovi delovi. U SR Nemačkoj, zakone za koje utvrdi da nisu u skladu sa ustavom, Savezni ustavni sud načelno kasira u celini, ali je moguće i parcijalno poništavanje. Prema članu 78. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, Ustavni sud po- ništava zakon ukoliko zaključí da nije u skladu sa Ustavom, a može da poništi i druge odredbe istog zakona, u slučaju da iz istih razloga nisu u skladu sa Ustavom.

³³ I.Krbek,n.d.str.59

³⁴ isto, str.59

³⁵ V.Čok,n.d.str.80

³⁶ Branca,Giuseppe, L'illegittimitia parziale nella sentenze della Corte costituzionale – La Giustizia Costituzionale,1966,p.61, navedeno prema V.Čok,n.d.str.80

Ukoliko se ustanovi da zakon nije u skladu sa ustavom, utoliko se rađa dilema da li treba smatrati da neustavnost postoji od trenutka donošenja zakona, ili treba stati na stanovište da je zakon, sve do utvrđivanja njegove neustavnosti od strane ustavnog suda, bio ispravan i proizvodio pravna dejstva. Od rešenja izložene dileme zavisi vremensko dejstvo odluka ustavnog suda. U izloženoj dilemi krije se zapravo šire pitanje konflikta dva različita načela, ili grupe načela – načela pravne sigurnosti, sa jedne, i načela pravičnosti, striktnosti ustavnosti i zaštite prava stranaka, sa druge strane. Sa gledišta pravne sigurnosti, stavljanje zakona van snage, odnosno njegovo poništavanje, treba da deluje za ubuduće, dok bi sa stanovišta pravičnosti, zakonitosti i zaštite interesa stranaka trebalo da deluje od trenutka donošenja zakona. Dosledno izvedeno, poništavanje zakona za ubuduće (ex nunc), odnosno pro futuro dejstvo odluke ustavnog suda o neustavnosti zakona, značilo bi da ustavni sud takav zakon ukida i da je zakon, koji je proglašen neustavnim, bio važeći pre nego što je ustavni sud doneo svoju odluku. Iz toga bi sledilo da se pravne situacije na koje je primenjen tako „važeći“ zakon i pravni odnosi koji su na osnovu njega regulisani ne mogu menjati. Sa druge strane, dosledno izvedeno retroaktivno poništavanje zakona, odnosno ex tunc dejstvo odluke ustavnog suda, značilo bi da ustavni sud neustavan zakon oglašava ništavim i da zakon, koji nije u skladu sa ustavom, nije bio važeći ni pre odluke ustavnog suda. Iz toga bi sledilo da nevažeći zakon uopšte ne može da ima pravne efekte i da treba poništiti i u predašnje stanje vratiti svaku pravnu situaciju i svaki pravni odnos koji su nastali njegovim izvršavanjem, odnosno regulisani njegovom primenom. U naučnim radovima davno je istaknuto viđenje prema kome je kruto i dosledno sprovođenje bilo kog od dva izložena pristupa praktično neodrživo i da je potreban neki kompromis koji vodi boljim rešenjima ukoliko je potpuniji.³⁷ Primera radi, ističe se da u oba sistema, kako u onome u kome odluke ustavnih sudova deluju retroaktivno, tako i u slučaju da odluke imaju dejstvo za ubuduće, jedna situacija nalaže retroaktivno dejstvo – to je slučaj kada neko lice služi kaznu lišenja slobode na koju je osuđeno zbog povrede zakona koji je kasnije proglašen neustavnim.³⁸

U uporednom pravu postoje različita rešenja u pogledu vremenskog dejstva odluka ustavnih sudova. U Austriji se dosledno primenjuje rešenje prema kome Ustavni sud ukida („aufhebt“) zakon što vodi dejstvu odluke od momenta njenog objavljivanja. Član 140.st.5. Ustava izričito predviđa da ukidanje stupa na snagu danom objavljivanja odluke. Od toga ipak postoje izvesni izuzeci. Prvi izuzetak kojim se dopušta retroaktivno važenje odluke ustavnog suda prihvaćeno je u pogledu konkretnog slučaja povodom koga su Vrhovni ili Upravni sud pokrenuli postupak ustavnosudske kontrole ustavnosti. Naime, od 1929. u ustavnopravnom sistemu Austrije mogućnost da pokrenu postupak pred Ustavnim sudom imaju i najviši sudovi u toj državi, ali samo u pogledu ustavnosti zakona koji treba da primene u konkretnom slučaju. Ukoliko bi vremensko dejstvo odluke Ustavnog kojom se ukida neustavni zakon bilo isključivo za ubuduće, utoliko bi posledica bila apsurdna, jer bi Vrhovni, ili Upravni sud bili u obavezi da u konkretnom slučaju, povodom koga su pokrenuli postupak, primene zakon za koji je Ustavni sud utvrdio da nije u skladu sa Ustavom!

³⁷ I.Krbek, n.d.str.57

³⁸ M.Cappelletti, W.Cohen, n.d.r.101

Zbog toga je u takvim slučajevima neohodno retroaktivno dejstvo odluke ustavnog suda koje je sam Kelzen označio kao „tehničku nužnost“. Međutim, ukoliko se retro-aktivna primena odluke ustavnog suda o neustavnosti zakona svede samo na stranke u konkretnom sudskom postupku povodom koga je pokrenut postupak ocene ustavnosti tog zakona, a ne proširi na sve ostale koji su u slučajnoj situaciji, utoliko očigledan rezultat može da bude ozbiljno narušavanje jednakosti³⁹. Članom 140.st.7. Ustava Austrije propisano je da se zakon za koji je utvrđeno da nije u skladu sa Ustavom primenjuje na okolnosti nastale pre poništavanja, izuzev ako je postupak ocene ustavnosti pokrenuo redovni sud i osim ako Ustavni sud u svojoj odluci o poništavanju ne odluči drugačije. Mogućnost da Ustavni sud u svojoj odluci o poništavanju reši drugačije ne odnosi se na retroaktivno važenje odluke, već na određivanje krajnjeg roka za poništavanje, odnosno datuma poništavanja u budućnosti, čime se zapravo produžava važenje neustavnog zakona, ali najduže do jedne godine. Ustavni sud SR Nemačke, prema članu 78. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, poništava zakon („erklärt das Gesetz für nichtig“) ukoliko zaključi da nije u skladu sa Osnovnim zakonom. Poništavanje ima dejstvo ex tunc. Ipak, ništavost neustavnog zakona nije u nemačkom pravu dosledno sprovedena i ne podrazumeva ništavost svih pojedinačnih akata donesenih na osnovu neustavnog zakona. Zakon o Saveznom ustavnom sudu zapravo reguliše nekoliko mogućih situacija. Najpre, treba istaći da je retroaktivno dejstvo izričito priznato u pogledu mogućnosti izmene pravosnažnih presuda. Članom 79. st.1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu predviđeno je da se u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku može pokrenuti novi postupak u slučaju pravosnažnih presuda donesenih na osnovu zakona koji su poništeni. Zakon o Saveznom ustavnom sudu propisuje i određena odstupanja od dejstva ex tunc u korist dejstva ex nunc da bi se obezbedilo poštovanje načela pravne sigurnosti. Reč je o odredbi člana 79.st.2. Zakona o Saveznom ustavnom sudu prema kojoj ostaju na snazi svi akti koji se više ne mogu pobijati („nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen“) a koji su doneseni na osnovu zakona koji je poništen. U slučaju da pojedinačni akti koji su doneseni na osnovu neustavnog zakona nisu izvršeni, njihovo izvršenje neće biti dozvoljeno, a ukoliko je izvršenje sprovedeno u njegove pravne posledice se ne može dirati, niti se može tražiti nadoknada štete.

DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavom BiH predviđena je institucija Ustavnog suda za čiju se fizionomiju i funkcije u teoriji, s pravom, ističe da su koncipirani kao kompromis i mešavina elemenata sistema sudske kontrole ustavnosti u SAD i evropskih sistema ustavno-sudske zaštite putem posebnih ustavnih sudova.⁴⁰ Zbog toga, jedno od ključnih pitanja u vezi sa radom takve institucije postaje pitanje dejstva njenih odluka.

Članom VI st.4 Ustava BiH propisano je da će odluke Ustavnog suda biti konačne i obavezujuće. Ustav je međutim propustio da regliše jedno bitno pitanje – šta

³⁹ isto, r.100

⁴⁰ G.Mijanović, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Banja Luka, Srpsko Sarajevo, 2000. str. 20

se dešava sa pravnim aktima ili delovima akata koje Ustavni sud svojom odlukom proglasi neustavnim ili nezakonitim⁴¹ U teoriji je bilo shvatanja da je „nepri- merno da ustavni sud (bilo koji) o tome odlučuje s vremena na vreme, od slučaja do slučaja“.⁴² Pitanje pravnog dejstva odluka Ustavnog suda bliže je regulisano Pra- vilima Ustavnog suda koje je Sud doneo na osnovu člana VI st.2. Ustava prema kome se postupak pred tim sudom reguliše pravilima. Takvo ustavno rešenje znači da Ustavni sud uživa ustavnu autonomiju da sâm, svojim pravilima, reguliše kako će se postupak odvijati.⁴³Otvoreno je pitanje međutim, da li pravilima kojima se reguliše postupak Ustavni sud može da reguliše i pravno dejstvo svojih odluka i, ako može, u kojoj je meri takvo propisivanje u skladu sa principom vladavine prava koji načelno ne podrazumeva da su ustavni sudovi „pozitivni“ zakonodavci? Naime, iako u određenoj meri ima osnova da Ustavni sud u procesnom smislu uživa izvesnu autonomiju i pored toga što su Pravila po svojoj prirodi opšti akt, što sprečava da Sud dejstvo odluka opredeljuje ad hoc, ipak je njihov donosilac sâm Sud, tako da Sud, propisujući svojim pravilima i dejstvo odluka, od gospodara postupka nesumnjivo prerasta u gospodara dejstva odluka.

Članom 63. st.2. Pravila Ustavnog suda propisano je da odlukom kojom utvrđuje nesaglasnost iz člana VI/3.a) i VI/3.c) (nesaglasnost opšteg akta sa ustavom BiH), Sud u celini ili delimično ukida opšti akt, ili pojedine njegove odredbe. Os- tavljaajući za sada po strani terminološko razlikovanje između „ukidanja“ i „po- ništavanja“ koje je izuzetno važno za sagledavanje vremenskog dejstva odluka, treba istaći da je, po svemu sudeći, namera tvorca Pravila bila da istaknu da Sud, u slučaju usvajanja zahteva i utvrđivanja neustavnosti, kasira zakon, ili drugi opšti akt. Međutim, sama Pravila u st.4 . istog člana propisuju da Sud, izuzetno, može, od- lukom kojom utvrđuje nesaglasnost opšteg akta sa Ustavom, da odredi rok za usagla- šavanje koji ne može da bude duži od šest meseci. U slučaju da se u ostavljenom roku ne otkloni utvrđena nesaglasnost, stavom 5. istog člana Pravila, predviđeno je da će Ustavni sud svojom odlukom utvrditi da nesaglasne odredbe prestaju da važe. Izložene odredbe Pravila zapravo znače da je Ustavni sud, slično kao i u nekim drugim ustavnopravnim sistemima, usvojio rešenja prema kojima se posledice ne- ustavnosti zakona i odluke ustavnog suda kojom se ta neustavnost utvrđuje različito ispoljavaju. Takvo određenje, kao što to pokazuje primer SR Nemačke, može da bude korisno, naročito u slučaju da treba da omogući poštovanje jednake zaštite, jer bi, u slučaju kada zakon isključuje specifične grupe osoba, njegovo kasiranje takođe napalo sve druge grupe pravedno uključene u zakonsko regulisanje.

Problem izloženog rešenja koje se sastoji u utvrđivanju neustavnosti bez ka- siranja, odnosno u implicitnom poništavanju zakona, onako kako je ono normi- rano Pravilima Ustavnog suda BiH, sastoji se međutim u pomanjkanju sistemskog kvaliteta rešenja o dejstvu neustavnih odredbi u roku koji je njihovom donosiocu ostavljen za usaglašavanje sa Ustavom. Naime, članom 67. Pravila, propisano je da svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom

⁴¹ Na to u domaćoj literaturi prvi upozorava R.Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka, 1999. str. 537

⁴² isto, n.m.

⁴³ N.Ademović, J.Marko, G.Marković, Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2012. str.206

ima pravo da zatraži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta, ali samo ako je takav akt donesen na osnovu odredbi koje su prestale da važe. U slučaju odluke kojom se utvrđuje neustavnost i donosiocu opšteg akta određuje rok za usaglašavanje, nema prestanka važenja odredbi, iz čega sledi da niko kome su povređena prava konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom donesenim na osnovu neustavnih odredbi u roku koji je donosiocu ostavljen za usaglašavanje sa Ustavom, ne bi imao pravo da zahteva izmenu takvog akta u slučaju da donosilac svoj akt uskladi sa Ustavom!!! Čini se da bi vrednosti pravičnosti i pravne sigurnosti nalagali izmenu Pravila u smislu da pravo na podnošenje zahteva za izmenu pojedinačnog akta ima svako kome su povređena prava konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom donesenim na osnovu odredbi **za koje je utvrđeno da nisu u skladu sa Ustavom.**

Ustav BiH propisuje da su odluke Ustavnog suda **obavezujuće**, ali ne navodi u pogledu koga one imaju takvo dejstvo. Budući da je reč o kasiranju opšteg akta, ili pojedinih odredbi, jasno je da odluke Ustavnog suda imaju dejstvo erga omnes. Obaveznost odluke Ustavnog suda o neustavnosti i njeno dejstvo erga omnes mogu se povezati sa specifičnim pitanjem da li se o istom predmetu ponovo može voditi spor?

Ustav BiH predviđa da su odluke Ustavnog suda **konačne**. Odatle načelno sledi da se odluke Ustavnog suda ne mogu pobijati i osporavati, odnosno da je postupak pred Ustavnim sudom jednosepen.⁴⁴ Međutim, pravila Ustavnog suda predviđaju izuzetak. Naime, članom 17. t. 5. Pravila propisano je da zahtev nije dopustiv ako se radi o pitanju o kojem je Ustavni sud već odlučivao, a iz navoda ili dokaza iznesenih u zahtevu ne proizilazi da ima osnova za ponovno odlučivanje. Sudeći na osnovu izložene odredbe člana 17. Pravila, dopušteno je **ponovno odlučivanje u postupku**. Članom 70. Pravila predviđen je poseban procesni institut – **zahtev za preispitivanje**. Prema stavu 1. tog člana Pravila, u slučaju da se otkrije neka činjenica koja je po svojoj prirodi mogla odlučno uticati na ishod spora i koja, kad je odluka bila donesena, nije bila poznata Ustavnom sudu i nije razumno mogla biti poznata stranci, stranka ili sudija, u roku od šest meseci od saznanja za tu činjenicu može da podnese zahtev za preispitivanje odluke, a u objektivnom roku od jedne godine od donošenja odluke suda. U komentarima je takva procesna mogućnost okarakterisana kao izuzetak koji ne predstavlja mogućnost klasične žalbe na konačnu i obavezujuću odluku Ustavnog suda, već kao određena vrsta ponovnog otvaranja postupka zbog promenjenih okolnosti.⁴⁵ Jasno je da takva procesna mogućnost, zbog svog vanrednog karaktera, ne narušava koncept konačnosti odluka Ustavnog suda BiH, ali se, imajući u vidu takvu mogućnost, ne može istaći, kao što se to u pojedinim radovima čini, da odluke Suda formalno dobijaju pravosnažnost, jer ne postoji pravni lek protiv njih pred višom domaćom instancom.⁴⁶ Za razliku od uporednih rešenja koja su veoma retka, ova

⁴⁴ isto, str. 210

⁴⁵ isto, n.m.

⁴⁶ M. Simović, M. Simović, Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, br. 7/2011 str. 24

procesna mogućnost predviđena je Pravilima Suda što znači da je i sama podložna promenama. Takođe, otvoreno je pitanje o kakvim se to činjenicama koje su po svojoj prirodi takve da bi mogle odlučno uticati na ishod spora, uopšte može govoriti u postupku normativne kontrole?

Posebno pitanje u vezi sa načelom konačnosti i obaveznosti odluka Ustavnog suda BiH je da li je efekat tog načela takav da se u slučaju kasiranja zakona zbog njegove neustavnosti onemogućava da zakonodavac usvoji zakon iste, ili slične sadržine? Kao što je istaknuto, Ustavni sud SR Nemačke je od 1987. stao na stanovište da činjenica da je odluka kojom se kasira neustavan zakon *res iudicata*, ne sprečava legislativu da, ukoliko smatra da je to neophodno, usvoji novi zakon čija je sadržina ista, ili slična, sadržini zakona koji je kasiran. Načelno posmatrano, pitanje dejstva odluka ustavnog suda u ovom kontekstu povezano je i sa pitanjem izvršavanja odluka. U BiH je ovo pitanje donekle usložnjeno činjenicom da je u pravni poredak Krivičnim zakonom uvedeno krivično delo *Neizvršenje odluke Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava* koje čini službeno lice u institucijama BiH, institucijama entiteta ili institucijama Brčko Distrikta BiH koje odbije da izvrši konačnu i izvršnu odluku Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava, ili sprečava da se takva odluka izvrši, ili na drugi način onemogućava njeno izvršenje. Pitanje domašaja i primene krivičnog zakonodavstva u kontekstu dejstva odluka Ustavnog suda BiH i njihovog izvršenja može da bude sagledano i iz obrnute vizure. Naime, ono je posebno usložnjeno zbog rešenja iz Pravila prema kome Sud, izuzetno, može, odlukom kojom utvrđuje nesaglasnost opšteg akta sa Ustavom, da odredi rok za usaglašavanje. Takvo rešenje, budući da zapravo omogućava da se odlukom Suda, implicitno, pa čak i eksplicitno, naloži izmena postojećeg, ili čak i donošenje novog propisa, nameće dilemu ko bi uopšte mogao da bude odgovoron za neizvršenje takve odluke Suda? Ukoliko je reč o donošenju zakona, utoliko je diskutabilno da li bi se sva službena lica koja učestvuju u različitim fazama zakonodavnog postupka uopšte mogla smatrati odgovornim za neizvršavanje odluke Suda. Takođe, uzimajući u obzir slobodan mandat narodnih predstavnika, postavlja se pitanje da li su izložena rešenja iz Krivičnog zakona kompatibilna sa osnovnim načelima demokratskog konstitucionalizma i procesima političkog odlučivanja.⁴⁷ Čini se ipak, da ovo pitanje ne treba tako striktno sagledavati i da se sistemskim tumačenjem može izbeći apsurdnost pojedinih zakonskih rešenja. Naime, prema Pravilima, Sud će, u slučaju da se u ostavljenom roku ne otkloni utvrđena nesaglasnost, svojom odlukom utvrditi da nesaglasne odredbe prestaju da važe. Imajući u vidu izloženo rešenje, jasno je da je prvenstveno sâm Sud, a ne učesnici u pojedinim fazama zakonodavnog postupka, nadležan da sprovede svoju prvobitnu odluku kojom je utvrđena neustavnost.

⁴⁷ Uprkos nekim senzacionalističkim natpisima koji su se pojavljivali u dnevnoj štampi, zaista neverovatno i potpuno nespojivo sa demokratskim oblikovanjem opšte volje deluje mogućnost da se svi članovi predstavničkog tela označe odgovornim za neizvršavanje odluke Ustavnog suda.

Dejstvo odluka Ustavnog suda BiH sa stanovišta obima kasiranja opredeljeno je samim Ustavom BiH. Naime, članom VI/3.a Ustava jasno je propisano da će Ustavni sud biti, između ostalog, nadležan da rešava sporove o tome da li je **neka odredba** ustava ili zakona nekog od entiteta u skladu sa ustavom. Pravila Suda u članu 63. predviđaju da Sud, odlukom kojom utvrđuje nesaglasnost sa Ustavom, može **u celini ili delimično ukinuti opšti akt ili pojedine njegove odredbe**. Sudeći prema jezičkom tumačenju izložene odredbe Pravila Suda, kasiranje opšteg akta može da bude delimično, a moguće je i svojevrsno delimično kasiranje pojedinih odredbi što, samo po sebi, zakonu može da dà drugačiji smisao od onog koji je želeo zakonodavac.

U uporednom pravu, kao što je izloženo, postoje različita rešenja u pogledu vremenskog dejstva odluka ustavnih sudova. Ustavni sud BiH svojim pravila prihvata oba moguća rešenja. Naime, članom 63.st.1. Pravila predviđeno je da Sud odlukom kojom usvaja zahtev odlučuje o njenom pravnom delovanju (ex nunc, ex tunc). Međutim, shodno stavu 3. istog člana Pravila, ukinuti opšti akt, odnosno njegove ukinute odredbe, prestaju važiti narednog dana od dana objavljivanja odluke Suda u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“. Izložena odredba stava 3. člana 63. Pravila imala bi smisla ukoliko bi se pod „ukidanjem“ podrazumevalo vremensko dejstvo drugačije od „poništanja“. Međutim, budući da se izrazom „ukidanje“ u Pravilima Ustavnog suda zapravo označava kasiranje, nije sasvim jasan smisao odredbe da akt prestaje da važi narednog dana od dana objavljivanja odluke, ako Sud već u svojim odlukama određuje i njihovo dejstvo. U svojoj dosadašnjoj praksi Sud nije jasno označavao da li odluka ima dejstvo ex nunc ili ex tunc, ali je iz dispozitiva bilo jasno da je reč o dejstvu ex nunc. U vezi sa mogućnošću određivanja vremenskog dejstva odluke od strane Suda, nameće se još jedno pitanje sistemskog kvaliteta rešenja sadržanih u Pravilima Suda. Naime, ukoliko Sud utvrdi neustavnost bez kasiranja i ostavi rok u kojem se neustavnost može okloniti, a takvoj odluci odredi dejstvo ex tunc, ili uopšte ne odredi vremensko dejstvo, utoliko se postavlja pitanje da li kasnijoj odluci, kojom kasira neustavne odredbe, Sud, po prirodi stvari, mora priznati dejstvo ex tunc? Takvo rešenje bi donekle bilo razumljivo, naročito imajući u vidu pitanje mogućnosti zahtevanja izmena pojedinačnog akata donesenog na osnovu neustavnih odredbi kojim su povređena prava o čemu je već bilo reči, ali je Pravilima predviđeno da nesaglasne odredbe prestaju da važe narednog dana od dana objavljivanja odluke kojom se utvrđuju da nesaglasne odredbe prestaju važiti. Čini se da izloženo rešenje iziskuje sistemsko unapređenje a fortiori, jer se, šire posmatrano, može postaviti i pitanje da li bi izmene koje bi zakonodavac usvojio na osnovu shvatanja Ustavnog suda mogle da imaju retroaktivno dejstvo i da li bi takvo dejstvo imale, ili morale da imaju u svakom slučaju kada zakonodavac izvršava odluku Ustavnog suda.

ZAKLJUČAK

Ustavni sud je posebna institucija koja štiti ustavnost i zakonitost. Nadležnosti koje ustavni sudovi imaju i odluke koje donose određuju pravnu prirodu ustavnosudske funkcije, granice njenog vršenja i njen politički domašaj. Budući da svi ustavni sudovi vrše normativnu kontrolu, odnosno kontrolu usaglašenosti zakona

sa ustavom, težišno pitanje sagledavanja ustavnosudske funkcije postaje pitanje ka- raktera, snage i značaja odluka koje donose rešavajući ustavne sporove o ustavnosti zakona. Ne bez razloga, u teorijskim radovima istican je stav da je ustavni sud funk- cionalno najviši organ odlučivanja. Efekat kontrole ustavnosti koju ustavni sudovi vrše zavisi od odluka koje u postupku ocene ustavnosti zakona donose ustavni sudovi.

Odlukama ustavnih sudova kasiraju se neustavni zakoni, a odluke su sa stano- višta dejstva opšteobavezne, konačne i izvršne. Osim odluka kojima se kasi- raj u zakoni, u uporednom pravu postoje i druge vrste odluka koje imaju i drugačija dejstva – interpretativne odluke, ostavljanje roka zakonodavcu da ispravi zakon, konstatovanje neustavnosti bez kasiranja, itd. Kasiranje zakona otvara pitanja čija rešenja ponekad ne mogu da budu do kraja teorijski dosledna, ili precizno pravno normirana. Reč je najpre o domašaju opšte obaveznosti, naročito u smislu obavez- nosti obrazloženja odluke, sudbine zakona koji su bili stavljeni van snage zakonom za koji je utvrđeno da nije ustavan i obaveznosti načela res iudicata za zakonodavca i sam ustavni sud. Različita rešenja postoje i za obima kasiranja i vremensko va- ženje odluke o kasiranju. U svim tim slučajevima, razlike koje postoje posledica su razlika u načinu postizanja i obimu kompromisa između različitih načela, ili grupe načela - načela pravne sigurnosti, sa jedne, i načela pravičnosti, striktnosti ustavnosti i demokratske države, kao i zaštite prava stranaka, sa druge strane.

Prema Ustavu, odluke Ustavnog suda BiH su konačne i obavezujuće. Pravno dejstvo odluka Ustavnog suda bliže je uređeno Pravilima Suda, što u uporednom pravu i teoriji nije baš jednodušno prihvaćena koncepcija. Takvo rešenje nemi- novno nameće dileme da li se Ustavni sud BiH od „negativnog“ pretvara u poziti- vnog zakonodavca i na koji način rešiti eventualne nejasnoće ili nedostatke sis- temskog kvaliteta rešenja u vezi sa dejstvom odluka Suda? Ovo je posebno izraže- no obzirom na rešenje prema kome Sud može, odlukom kojom utvrđuje nesaglasnost opšteg akta sa Ustavom, da odredi rok za usaglašavanje. Ako se tome doda da, prema Pravilima, Ustavni sud opredeljuje i vremensko dejstvo svojih odluka i ukoliko se ima u vidu da postoji mogućnost izmene konačnih ili pravnosnažnih pojedinač- nih akata donesenih na osnovu neustavnog zakona, ali samo ako je takav akt donesen na osnovu odredbi koje su prestale da važe, utoliko se može govoriti o pomanjkanju sistemskog kvaliteta rešenja o dejstvu neustavnih odredbi u roku koji je njihovom donosiocu ostavljen za usaglašavanje sa Ustavom. O pomanjkanju sistemskog kvali- teta rešenja koja se u pravnom poretku BiH odnose na dejstvo odluka Ustavnog suda može se govoriti i u kontekstu odnosa između krivičnopravne inkriminacije ne- izvršavanja odluka Ustavnog suda BiH, sa jedne strane, i mogućnosti da se odlu- kom Suda, implicitno, pa čak i eksplicitno, naloži izmena postojećeg, ili čak i donošenje novog propisa, sa druge strane, jer takva odluka nameće dilemu ko bi uopšte mogao da bude odgovoron za njeno neizvršenje? Zbog toga je potrebno pristu- piti adekvatnim izemanam Pravila Suda.

LITERATURA

- Ademović N, Marko J, Marković G, Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2012.
- Basta L, A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle, *Rechtstheorie* 17, 1986
- Cappelletti M, Cohen W, *Comparative Constitutional Law*, 1979.
- Cappelletti M, Necessite et legitime de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, *Revue Internationale de Droit Compare*, 2/1981.
- Čok V, Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova, 1972.
- Đurić V, Res iudicata u ustavnom procesnom pravu, *Pravni život* br.12/2000
- Friesenhahn E, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1962
- Giuseppe V, L'illegittimita parziale nella sentenze della Corte costituzionale – La Giustizia Costituzionale, 1966
- Kadenbach E, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 80/1955
- Kelsen N, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen und Vereinigen der Deutsche Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. Und 24. April 1928, Berlin und Leipzig, 1929
- Klein E, Verfassungsprozessrecht, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 108/1983
- Krbek I, Ustavno sudovanje, 1960
- Kuzmanović R, Ustavno pravo, Banja Luka, 1999
- Lukić R, Pojam ustavnosti i zakonitosti i sredstva za njihovo ostvarivanje, Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji sv.1/1966
- Marcic R, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963
- Marinković T, Interpretativne odluke ustavnih sudova, Ustavni sud Srbije – U susret novom ustavu, 2004.
- Marković P, Ustavno pravo i političke institucije, 1994.
- Mijanović G, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, Banja Luka, Srpsko Sa- rajevo, 2000.
- Nikolić P., Ustavno pravo, Beograd, 1994.
- Nikolić P, Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima, *Pravni život* 12/95
- Öhlinger T, Ustavno-sudska kontrola, *Pravni život*, br.11/97
- Pestalozza C, *Verfassungsprozessrecht*, 1991.
- Seuffert W, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 104/1979
- Simović M, Simović M, Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, br. 7/2011
- Steinberger N, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on the Federal Republic of Germany, Judicial Protection of Human Rights at National and International Level*, knj.1.1991
- Tomić Z, Ustavno sudstvo – između žreca i stvaraoca, Zbornik radova „Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu Srbije“, 2004.
- Vedel G, *Mael élémentaire de droit constitutionnel*, Réédition présentée par G. Carcassonne et O.Duhamel, 2002.
- Vučić O, *Austrijsko ustavno sudstvo, Čuvar federacije i ustava*, doktorska disertacija, rukopis, 1995
- Zuck R, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 20, 1975

Vladimir Djurić

Faculty of Law, Pan-European University Apeiron, Banja Luka

The Effect of the Constitutional Court Decisions

Abstract: The Constitutional Court is a separate institution designed to protect constitutionality and legality. The effect of judicial review of the constitutionality of laws depends on the effects of decisions which are brought in that process. Unconstitutional laws are null and void, and from the standpoint of binding effect, decisions of constitutional courts are final and enforceable. Judicial review of laws before constitutional court raises questions whose solutions sometimes can not be theoretically consistent or precise legal standardized. The differences that exist regarding the scope of efficacy of unconstitutionality of laws, scope of the cassation and time effect of the constitutional court decisions are result of the differences in the way of achieving and the extent of the compromise between different principles, or group of principles - the principle of legal certainty on the one hand, and the principles of equality, strict constitutionality and democratic state, and protection the rights of the parties, on the other side.

According to the Constitution, the decisions of Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina shall be final and binding. Since the legal effect of the Bosnia and Herzegovina Constitutional Court decisions are regulated by the Rules of the Court, the question is raised whether the Constitutional Court from "negative" becomes positive legislator, especially if we take into account that the Court determines the temporal effect of its decisions, and can also determines period in which the general act should be harmonized with the Constitution. Some of the solutions contained in the Rules of The Constitutional Court and in certain laws, such as those which are related to the question of the effect of the unconstitutional law provisions within the period which is given to the legislator to harmonize the law with the Constitution, or those which are related to incrimination of non-enforcement of the Constitutional Court decisions, do not have systematic quality.

Key words: constitutional court decisions, the effect of the decisions, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina
