

УСТАВНО СУДСТВО У ЗЕМЉАМА У ТРАНЗИЦИЈИ: ЛЕКЦИЈЕ ИЗ УПОРЕДНОГ ПРАВА

*Полазећи од различитих искустава земаља у транзицији, у овом раду ауторка анализира улоге, надлежности и допринос уставног судства консолидацији демократије након пада ауторитарног режима. Рад почиње кратким освртом на положај и могуће улоге уставних судова у периоду демократизације. Следи размањрање теоријских гледишта о природи контроле уставности у условима крхке демократије, конкретних примера надлежности којима је уставно судство допринело трансформацији друштвеног и правног поретка у земљама изв. нове демократије, и на крају, неопходних услова који су потребни да би уставни судови могли да остваре активни коаутори транзиционих промена. Ауторка истиче да је у периоду преласка из ауторитарног у демократски режим основни задатак уставног судства легитимисање нове државне власти путем гарантовања **владавине права**, за разлику од арбитрарне владавине људи (John Adams) која је карактерисала претходни, недемократски режим. У раду се посебно наглашава да успех у остваривању овог задатка не зависи само од основне претпоставке за његово вршење – материјалне и формалне независности уставног судства – већ и од спремности самих уставних судова да у процесу политичке и правне трансформације транзиционог друштва преузму улогу незаобилазног ауторитета.*

Кључне речи: Уставни суд, владавина права, транзиција, демократска консолидација, контрола уставности.

1. Судска контрола уставности: уводне напомене

Већ више од два века дуга традиција судске контроле уставности показује да се ефикасна демократска владавина тешко може замислити без (уставног) судства и судија способних да разлику између (писаног) устава и уставне стварности сведу на минимум, осим тамо где специ-

* Редовна професорка Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

фична традиција парламентарне супремације, као што је то случај у Великој Британији и Холандији, указује да се успешно одвијање демократских процеса може постићи и без ослањања на (уставно) судство.

Ипак, оно што је очигледно не значи да није спорно. Још од када је у историјском случају *Марбури против Мегисона* (*Marbury v. Madison*) Врховни суд САД закључио да је део судског мандата решавање уставних спорова, не престаје дебата о томе како помирити судску контролу уставности са демократијом и како успоставити идеалне домете те контроле.¹⁾

Проблематична карактеристика судске контроле уставности није само питање демократске легитимације, односно овлашћење (уставних) судова да ставе ван снаге акте које су усвојили демократски изабрани представници грађана, већ и отржењујућа чињеница о честом стварању ”савеза” између (уставних) судова и политичке већине у решавању најспорнијих политичких питања, односно о манипулацијама којим се владајућа већина користи да би уз помоћ ”пријатеља-судија” повећала свој утицај.

Проблеми о којима је реч присутни су, у већој или мањој мери, у свим јурисдикцијама у којима функционише контрола уставности. На пример, одлука Врховног суда САД у предмету *Citizens United*²⁾ најсвежији је пример “противвећинске тешкоће” (*counter-majoritarian difficulty*) о којој је писао Бикел (*Alexander M. Bickel*) разматрајући проблем демократске легитимације уставне контроле³⁾, док потези политичке већине у Мађарској, усмерени на моделирање надлежности Уставног суда сходно партијским интересима, најбоље показују да рад уставних судова цвета и вене под утицајем најорганизованијих и најутицајнијих делова друштва.⁴⁾

Парадокси судске контроле уставности о којима је реч нарочито долазе до изражаја у савременим демократијама у којима је у току реконцептуализација начела поделе власти, што подразумева даље слабење модела парламентарне супремације и стварање ширег прос-

1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

2) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). У овом предмету Врховни суд САД прогласио је неуставним *Bipartisan Campaign Reform Act* (2002) у делу у којем је забрањивао независне политичке кампање корпорација, удружења или радничких синдиката. Забрана је уживала подршку Демократске и Републиканске партије, као и независних кандидата, због чега је одлука Суда предмет оштрих критика.

3) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962).

4) За критичко читање новог мађарског Основног закона вид. нпр. Gábor Attila Tóth, ed., *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, (Budapest: CEU Press, 2012).

тора уставном судству унутар политичке утакмице, у којем оно делује као значајни вето играч.

О томе да су уставни судови актери у политичкој утакмици више нема сумње у уставној теорији. Разлог томе је политичка природа самог задатка који им је поверен - тумачења устава - због којег и постоји проблем компатибилности контроле уставности са демократијом.⁵⁾ Чињеница да је уставно судство овлашћено да стави ван снаге законе које су припремале и усвојиле политичке институције (влада и парламент), потврђује да одлуке уставних судова имају политичке конеквенце и да је право које ти судови стварају политичко право.⁶⁾ У прилог овом ставу говори не само накнадна већ и претходна контрола уставности, али и друге надлежности уставних судова, као што су надлежности у процесу *impeachment* председника, решавање сукоба надлежности у питањима хоризонталне и вертикалне поделе власти, забрана политичких партија или одлучивање о изборним споровима. Ово не значи да контрола уставности нема и типичну судску димензију, већ само прихватање чињенице да уставни судови нису аполитички органи, што је била дугогодишња мантра самих уставних судија, како у земљама ауторитарних режима (тамо где су ти судови постојали), тако и у земљама традиционалне демократије.

Иако политичке димензије судске контроле уставности отварају многа општа питања о стандардном моделу политичке демократије, ипак, однос између права и политике посебно долази до изражаја у демократијама у настајању, где правила политичке игре нису учвршћена и где су уставни судови изложени не само бескомпромисној борби политичких партија, корупцији и политичким манипулацијама, већ и наивној подршци коју јавност даје владавини већине (*majority rule*).

Основни задатак уставних судова у периоду преласка из ауторитарног у демократски режим је легитимисање нове државне власти гарантовањем владавине права, што подразумева спречавање ауторитарних и диктаторских тенденција које су обележавале претходни, недемократски режим. Успех у остваривању овог задатка не зависи само од испуњења основне претпоставке за његово вршење - материјалне и формалне независности уставног судства – већ и од спремности

5) Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, (Paris: Armand Colin, 1997), p. 60. Цитиран на енглеском језику у Wojciech Sadurski, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, http://washu.wsoldev.com/harris/conferences/constitutional-conf/Constitutional_Courts_Legitimacy.pdf p.16.

6) Вид. нпр. Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 69, p. 72; види Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, *Building Reputation in Constitutional Courts: Party and Politics*, http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1800260, p. 4.

самих уставних судова да преузму улогу незаобилазног ауторитета у политичкој и уставној трансформацији транзиционог друштва. У борби за ту позицију, уставно судство није без ривала, од којих су највећи политичке институције, пре свега парламент, али и редовно судство, најчешће сам врховни суд.

Полазећи од различитих искустава земаља у транзицији, у овом раду даје се приказ улога, надлежности и доприноса уставних судова консолидацији демократије након пада ауторитарног режима. У ту сврху, прво се разматрају теоријска гледишта о природи судске контроле уставности у условима крхке демократије, затим конкретни примери надлежности којима је уставно судство допринело трансформацији друштвеног и правног поретка у земљама тзв. нове демократије, и на крају неопходни услови коју су потребни да би уставни судови могли да постану активни коаутори транзиционих промена. Пре тога, следи кратак осврт на положај и могуће улоге уставних судова у периоду демократизације.

2. Положај и улоге уставног судства у транзицији и демократској консолидацији

У правно-политичком смислу транзиција подразумева интервал у преласку између једног политичког режима у други, у којем правила политичке игре нису дефинисана.⁷⁾ Демократска транзиција имплицира еволуцију правног система који се ослобађа од ауторитарних стега ради успостављања демократије.⁸⁾

Најпрепознатљивији сигнал ове промене су демократски избори и доношење новог устава, чиме се, по прихваћеном схватању, транзиција формално завршава, а онда следи период демократске консолидације, који се назива и суштинском транзицијом.⁹⁾ За разлику од прве фазе, фаза демократске консолидације је дуга и спора, а њен главни циљ је оживљавање демократских форми гарантованих у уставном тексту, односно спровођење суштинске демократије кроз реформе државних институција, регуларност избора, јачање цивилног друштва и стварног прихватања демократских правила игре од стране целог друштва.¹⁰⁾ Ова фаза је најтежа зато што захтева материјализацију демо-

7) Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter, Laurence Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986), p. 6.

8) Транзиција не подразумева само прелазак из ауторитарног у демократски режим, већ и обрнут смер, с тим што тај други смер није предмет дискусије овог рада.

9) Thomas Carothers, *The End of the Transition Paradigm*, (2002) *Journal of Democracy*, vol. 13, no.1, p. 7.

10) *Ibid.*

кратских принципа гарантованих уставом. Како многе земље у њој поклекну, може се тврдити да се већина земаља, које у данашње време пролазе кроз транзицију, налази у сивој политичкој зони: нити су диктаторски режими, нити напредују ка демократији.¹¹⁾

Да разлика између транзиције и демократске консолидације није само теоретска најбоље показује пример Италије. Након усвајања Устава 1948. године, основна права гарантована тим уставом нису уживала фактичку заштиту све до 1956. године, зато што је тадашња политичка већина вешто опструирала примену Устава, остављајући на снази многе законе из периода фашистичког режима, који су у многоме били у супротности са уставним гаранцијама грађанских, политичких, верских и социјалних права. Устав почиње да се примењује тек 1956. године, када Уставни суд доноси своју прву одлуку. У Италији тек тада започиње период демократске консолидације.¹²⁾

Треба истаћи да уставни судови најчешће не служе као окидачи саме транзиције, односно, да они не учествују у првој фази транзиције која се завршава усвајањем демократског устава. Изузетака ипак има. У раскиду са системом апартхејда и у доношењу новог Устава Јужноафричке Републике, Уставни суд те земље имао је важну улогу, јер се за ступање на снагу новог уставног документа тражила потврда Уставног суда да су одредбе предложеног уставног текста у сагласности са принципима договореним у преговорима између старе и нове власти.¹³⁾ Иако није уставни суд, улога Врховног суда Украјине у отпочињању "Наранџасте револуције" такође је пример судског окидача у иницирању демократских промена.

Ако је прва фаза транзиције могућа без њиховог учешћа, период демократске консолидације незамислив је без уставних судова. Том Гинсберг (*Tom Ginsburg*), један од водећих светских аутора у области судске контроле уставности, истиче да у процесу демократске консолидације уставни судови могу преузети различите улоге. Прво, они могу бити агенти прошлости који оспоравају и успоравају демократске процесе настојећи да очувају политику одлазећег ауторитарног режима. Друго, они могу бити агенти будућности, који активно учествују у трансформацији политичког поретка и охрабрују демократску консолидацију. Треће, уставни судови у поступку демократске консолидације могу преузети улогу пасивног посматрача, односно бити маргинални

11) *Ibid*, pp. 9-11.

12) Francesco Biagi, *The Constitutional Courts as the Guardians of "Substantive" Transitions: The Cases of Italy, Spain and the Czech Republic*, <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/16/281.pdf>, pp. 2-3.

13) Вид. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, Одлука Уставног суда Јужноафричке Републике 1996 (4) SALR 744 (CC).

играчи који нити подстичу нити оспоравају демократску консолидацију.¹⁴⁾

Још од завршетка Другог светског рата уочљиво је да демократске консолидације нема без делотворне контроле уставности. То се најбоље види на примерима уставних судова европских земаља, који су углавном и конституисани након преласка из диктаторских у демократске режиме. Прву генерацију успешних уставних судова чине италијански и немачки уставни суд, другу шпански и португалски, а трећу уставни судови у неким бившим комунистичким земљама Централне и Источне Европе, пре свега у Чешкој, Мађарској, Пољској и Словенији.¹⁵⁾ Ван европског простора, уставно судство у Колумбији, Јужноафричкој Републици и Костарики дало је снажан печат демократским променама у тим државама.¹⁶⁾ Насупрот овим успешним, постоји и неславан пример чилеанског Уставног суда, који је у периоду демократске трансформације остао пасиван, као што је то био и у периоду диктатуре.¹⁷⁾ Једна једина пресуда у којој се овај суд изјаснио против ауторитарног режима, била је одлука да Пиноче (*Augusto Pinochet*) мора да одржи изборе, на којима је на крају и изгубио власт.¹⁸⁾

Транзицијски миље, који подразумева опасну комбинацију захтева за континуитетом и захтева за променама, може бити нарочито изазован за рад уставних судова, од којих се често тражи да решавају крупне политичке спорове на основу правних правила. О томе сведоче бројне надлежности које су им поверене, укључујући накнадну и претходну контролу уставности, одлучивање о изборним споровима, о смени председника државе, забрани политичких партија, итд. У условима оштре политичке борбе и сам опстанак уставног судства може бити доведен у питање, нарочито тамо где се оно својим одлукама супротставило владајућој већини. Поред тога, испоставило се да, у периоду транзиције, законодавни и извршни органи нису једини ривали уставних судова, већ да су то и врховни судови који се могу осећати инфериорно у односу на моћ коју носи контрола уставности и одлучивање по уставним жалбама, или могу заступати интересе старог,

14) За више вид. Tom Ginsburg, *Courts and New Democracies: Recent Works*, (2012) 37 *Law & Social Inquiry* 720, pp. 720-742.

15) За више вид. Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, у: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld & András Sajó, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp. 816-829.

16) *Ibid.* Вид. и Tom Ginsburg, *op.cit.*

17) За више вид. Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007).

18) *Ibid.*, p. 139. f. 90.

одлазећег режима. На пример, у Италији је сукоб између Уставног суда и Врховног суда дуго тињао, зато што је Врховни суд давао подршку конзервативној влади и њеним настојањима да сачува неке законе донете пре ступања на снагу Устава из 1948.¹⁹⁾ Захваљујући својој активистичкој јуриспруденцији, Уставни суд Чешке ужива велики углед у јавности, али не и међу судијама, представницима власти и академским радницима. Редовно судство у Чешкој дуго је негирало да одлуке Уставног суда имају обавезујући карактер.²⁰⁾ Сукобе између уставног и врховног суда у периодима транзиције налазимо и у другим деловима света, на пример, у Индонезији и Јужној Кореји.²¹⁾

3. Уставни судови као коаутори транзиционих промена

3. 1. Теоријска зледишћа

Консолидација демократије након пада ауторитарног режима у многоме зависи од дијалога који се успоставља између политичких органа, нарочито парламента, и уставних судова, тј. процеса који је Алек Стон Свит (*Alec Stone Sweet*) назвао ”јудикализацијом политике” (*judicialization of politics*).²²⁾

Слика политичких институција на почетку демократске консолидације прилично је суморна. Политичке институције су слабе, деморализоване и оптерећене ауторитарном прошлошћу. Парламент, извршни и административни органи, као и редовно судство, по правилу уживају слаб углед у очима јавности, која их оптужује за велики степен корупције, приватизацију власти и слабу ефикасност.²³⁾ Неки аутори због тога сматрају да специфични услови транзиције могу да оправдају активну улогу уставних судова у спровођењу транзицијских промена, односно робусну и ригорозну контролу уставности: по њиховом мишљењу, овај вид “политизације” права прихватљивији је од политизације, па и злоупотребе права, којој су склони извршни и законодавни

19) Biagi, *op.cit.*, стр. 5-6.

20) *Ibid.*, p. 10.

21) Ginsburg, *op. cit.*, p. 22.

22) Вид. нпр. Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, (1999) *Comparative Political Studies*, vol. 31, pp. 147-184. Види Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, & Judicialization*, (Oxford: Oxford University Press, 2002).

23) За више вид. нпр. Wojciech Sadurski, *Twenty Years After the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europe*, (2009) Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 09/69, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437843, pp. 1- 38.

органи власти.²⁴⁾ На пример, бивши председник Врховног суда Израела, Ахарон Барак (*Aharon Barak*), тврди да је судски минимализам прихватљив у земљама тзв. старе демократије, где су уставни принципи одавно учвршћени, па су тиме и корекције које долазе од стране уставног судства ограниченог домета.²⁵⁾ Насупрот томе, у земљама тзв. демократије у настајању, судски активизам је много прихватљивији, тврди Барак, управо због стања у коме се налазе политички органи, пре свега парламент.²⁶⁾ Другим речима, што је демократија рањивија то су ванредна политичка средстава, као што је контрола уставности, пожељнија ради одбране демократије од својих непријатеља, али и од саме себе.

На истој линији је и америчка професорка Ким Лејн Шепле (*Kim Lane Scheppelle*), која истиче да у периоду демократске консолидације уставни судови треба да заштите демократију тако што ће они деловати као глас грађана и тиме омогућити да гласови јавности допру до других органа власти. На примеру мађарског Уставног суда, који је у првој деценији демократске консолидације у овој земљи не само често стављао ван снаге законе усвојене у парламенту, него је и одређивао парламенту у ком правцу треба да се креће државна политика, Шепле показује да у условима крхке демократије тзв. судократија има више демократских обележја него што то има њен парламент.²⁷⁾

Полазећи такође од специфичног контекста у Мађарској, која је све донедавно живела са уставом усвојеним од стране ауторитарног режима, Арато (*Andrew Arato*) наводи да је активистички наступ уставних судова и снажна контрола уставности неминовна у условима слабог демократског легитимитета самог уставног документа.²⁸⁾

Други аутори, попут Стивена Холмса (*Stephen Holmes*), скептични су према оваквим идејама. С једне стране, Стивен Холмс прихвата да су политичари у бившим ауторитарним државама, укључујући и бивше комунистичке земље у Централној и Источној Европи, аматери

24) Вид. нпр. Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence*, (1997) 106 *Yale Law Journal* 2009, p. 2019; Aharon Barak, *Foreword: A Judge on the Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, (2002) 116 *Harvard Law Review* 16, p. 63; Kim Lane Scheppelle, *Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)*, у: *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe*, Adam Czarnota, Martin Krygier and Wojciech Sadurski, eds., (Budapest: CEU Press, 2005), p. 25.

25) Barak, *op.cit.*, p. 6.

26) *Ibid.*

27) Scheppelle, *op.cit.* pp. 23-60.

28) Andrew Arato, *Constitution and Continuity in the Eastern European Transitions: The Hungarian Case (part two)*, у: *Constitutionalism & Politics*, Irena Grudzińska Gross, ed., (Bratislava: Slovak Committee of the European Cultural Foundation, 1994), p. 274.

и опортунисти који су, након промена, својим понашањем довели до стварања атмосфере антипарламентаризма у овом европском региону.²⁹⁾ С друге стране, Холмс упозорава да би превелика легитимизација уставних судова знатно ослабила положај парламента у очима јавности и помогла у дискредитовању идеје репрезентативне демократије, која тек треба да се учврсти у тим земљама.³⁰⁾

Са своје стране, Војчек Садурски (*Wojciech Sadurski*) истиче да специфични услови транзиције не могу оправдати стандардне приговоре робусној контроли уставности. Уставни судови посткомунистичких земаља, тврди Садурски, углавном нису сматрали да је њихов положај другачији него положај уставног судства у земљама традиционалне демократије. Онда када су прибегавали судском активизму, додаје он, уставни судови су то углавном радили да би оснажили позицију законодавних органа.³¹⁾

Било да се прихвати једно или друго мишљење, ако се има у виду да је оснивање уставних судова симбол транзиционих промена (њихово постајање у ауторитарним режимима је изузетак а не правило), склона сам да се сложим са онима који тврде да је циљ њиховог стварања било онемогућавање политичким лидерима и носиоцима политичких функција да у консолидовању демократије погазе принципе основног политичког баланса.³²⁾ У том смислу, од уставног судства често се захтева да омогући нормално функционисање политичких процеса, легитимише захтеве којима се успоставља транзициона правда, заштити основна права и слободе од самовоље власти, обавља законодавну функцију тамо где парламент то неће или је пропустио да то уради, ако је потребно - прилагоди текст старог устава новим потребама - или омогући материјализацију одредба новог устава којима се трансформише друштво. Према томе, за процес консолидације демократије од пресудне важности су надлежности уставног судства којима се учвршћује нови демократски поредак, и то како процедурална, тако и суштинска тј. вредносна димензија тог поретка.

У односу на питање надлежности, Мартин Шапиро (*Martin Shapiro*), родоначелник тезе о политичком праву (*political jurisprudence*) које настаје као резултат контроле уставности,³³⁾ тврди да је главни

29) Stephen Holmes, *Back to the Drawing Board*, (1993) *East European Constitutional Review*, vol. 2, no.1, p. 23.

30) *Ibid.*

31) Wojciech Sadurski, *Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?*, (2009) 42 *Israel Law Review* 500, p. 513.

32) Samuel Issacharoff, *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, (2011) 99 *Georgetown Law Journals* 961, p. 1012.

33) Вид. Martin Shapiro, *Law and Politics on the Supreme Court*, (New York: Free Press, 1964).

задатак контроле уставности, омогућавање нормалног одвијања политичких процеса. Полазећи од овог става, примарна улога (уставних) судова је одлучивање о сукобу надлежности између различитих органа власти. Са аспекта интереса политичке елите, поверавање класичних политичких спорова на решавање (уставним) судовима чини се прихватљивом опцијом, јер се, с једне стране, тиме избегава одуговлачење у одлучивању, а с друге стране, задобија партнер у доношењу супстинских политичких одлука. Контролом уставности, тврди Шапиро, смањују се ризици у политичким трансакцијама, па тако (уставни) судови постају ослонац политичкој елити. Тиме што њихове одлуке имају обавезујуће дејство у вези са сукобом надлежности између законодавних и извршних органа, или између федералне власти и органа власти федералних јединица у федерално устројеним државама, (уставни) судови стичу легитимацију и политички капитал. Шапиро показује да су у САД и Канади, у којима је судска контрола уставности ефикасни механизам владавине права, судови стекли легитимитет и политички кредибилитет управо решавајући предмете који су се тицали федералних односа (*division of powers*), а затим односа између различитих органа власти (*separation of powers*). У овим земљама, тек легитимитет задобијен у решавању политичких спорова, омогућио је и успешну контролу уставности у решавању предмета који су се тицали основних права и слобода, истиче Шапиро.³⁴⁾

У дискусији која следи, показаћу, међутим, да у периоду демократске консолидације ова Шапирова теорија не важи увек, односно да уставни судови нису увек склони да своју консолидацијску функцију артикулишу кроз улогу арбитра у решавању политичких контроверзи. Напротив, у многим земљама нове демократије, судски активизам присутнији је у споровима о кршењу права и слобода, али и у одлучивању о захтевима за спровођењем транзиционе правде, где консолидацијска улога уставних судова долази до пуног изражаја.

3. 2. Консолидација демократије контролом уставности: практични примери

Шапирова теорија о пожељном судском активизму у решавању политичких контроверзи, изгледа да не ради у бившим комунистичким земљама Централне и Источне Европе. Садурски показује да је одлучивање о споровима у вези са повредама људских права примарна мисија уставних судова тих земаља, а не и одлучивање о политичким спо-

³⁴⁾ Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review, in: Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Sally J. Kenney, William M. Reisinger, & John C. Reitz, eds., (London: Macmillan, 1999), pp. 193-219.

ровима.³⁵⁾ Иако постоје неке значајне одлуке, као, на пример, одлуке Уставног трибунала Пољске из 2009. о сукобу надлежности у домену спољних послова између владе и председника,³⁶⁾ или саветодавно мишљење Уставног суда Румуније из 2007. у вези са покушајем *imprimenda* председника³⁷⁾, број спорова који се односи на спорове у вези са применом принципа поделе власти, у овом европском региону занемарљиво је мали.

Насупрот томе, уставни судови земаља Централне и Источне Европе далеко су спремнији да изврше ригорозну контролу уставности када је у питању одлучивање о повредама основних права и слобода. Ласло Шојом (*Laszlo Sóyom*), некадашњи дугогодишњи председник Уставног суда Мађарске, својевремено је истакао: “Увек наглашавамо то да смо активисти у одређеним доменима, на пример у домену основних права, где се Суд не устручава да одлучује о тзв. тешким случајевима. За разлику од тога, уздржани смо и прибегавамо самоограничењу кад су у питању проблеми који се односе на политичку структуру”.³⁸⁾

Међутим, шпански Уставни трибунал, познат по својој хиперактивности, заузео је позицију блиску Шапировој теорији, и није се либио да решава спорове о питањима територијалне организације државе, односно спорове у вези са поделом власти на вертикалном нивоу. Попуњавајући правне празнине у шпанском Уставу усвојеном 1978. године, Уставни трибунал Шпаније створио је респектабилну јуриспруденцију о аутономним регијама, које су створене као реакција на Франков (*Francisco Franco*) централистички систем и биле услов за суштински прелазак из ауторитарног система у демократију.³⁹⁾

Ни у другим деловима света ситуација није црно-бела. Поједини уставни судови у Латинској Америци, као што је Уставни суд Костарике или Савезни уставни суд Бразила, усмерили су своју активност управо на решавање спорова о надлежности, док су много мање акти-

35) Wojciech Sadurski, *Constitutional Courts in Transition Processes: Legitimacy and Democratization*, (2011) Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 11/53, <http://ssrn.com/abstract=1919363>, p. 11.

36) Вид. одлуку Уставног трибунала Пољске, бр. Крт 2/08 од 20. маја 2009.

37) Савстодавно мишљење Уставног суда Румуније бр. 1, од 5. априла. 2007. у вези предлога за смену Председника Румуније Трајана Басеску-а.

38) Вид. Andras Mink, *Interview with Laszlo Sóyom, President of the Hungarian Constitutional Court*, (1997) *East European Constitutional Review*, vol. 6, no.1, p. 72.

39) Вид. нпр. одлуке Уставног трибунала Шпаније, бр. S.T.C. 247, од 12. јануара 2007 и S.T.C. 31, од 28. јуна 2010.

вни у домену заштите људских права. У Колумбији, ситуација је, међутим, обрнута.⁴⁰⁾

Судски активизам у области заштите уставом гарантованих права и слобода и судску уздржаност у решавању политичких контроверзи у условима демократске консолидације није тешко објаснити, поготово кад је реч о уставном судству посткомунистичких земаља. У европским земљама ова надлежност уставних судова посебно је легитимисана њиховим дијалогом са Европским судом за људска права и Судом правде Европске уније. Подизање гласа у споровима који се воде по уставним жалбама захтева минимално стратегијско калкулисање од стране уставних судова, јер је, с једне стране, одлучивање у корист заштите људских права обезбеђено ауторитетом европског права о људским правима, а с друге стране, пожељно је и са аспекта политичког циља придруживања транзиционих држава европским интеграцијама, па је вероватноћа напада на уставно судство од стране владајуће већине – минимална.

Интересантна је чињеница да у већини транзиционих земаља, поготово у онима које припадају континенталном правном систему, много буке не изазива ни накнадна контрола уставности. Поступање уставних судова приликом накнадне контроле уставности, међутим, може да изазове два проблема: први настаје кад уставни суд, на основу јасне уставне норме поништи акт политичких институција, а други кад то исто уради, али на основу уставне одредбе која није прецизна и која оставља могућност различитог тумачења. У првом случају, уколико уставни судови имају снаге да се супротставе политичарима, неизбежна фрустрација политичких институција, са аспекта владавине права, није забрињавајућа. У другом случају ствари стоје другачије, јер политичка већина може да тврди да је уставни суд погрешно тумачио уставну норму, да се судије нису руководиле правом него личним преференцама, и да су због тога политичари а не судије истински поштоваоци уставног текста.⁴¹⁾ Иако је накнадна контрола уставности теоријски најконтроверзнија, а у пракси најчешће доводи до сукоба на линији уставно судство – владајућа већина, у земљама у транзицији она је најмање оспоравана (чак и од стране самих уставних судија), јер њена легитимација потиче из самог устава.

С друге стране, да је у условима демократије у настајању упуштање у решавање политичких контроверзи ипак ризично по опстанак

40) Ginsburg, *op. cit.*, p. 24. За више о раду Уставног суда Костарике вид. нпр. Siri Gloppen et. al., *Courts and Power in Latin America and Africa*, поглавље: *Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica's Constitutional Court* (New York: Palgrave Macmillan, 2010), pp. 63-82.

41) За више вид. Cass R. Sunstein, *Questioning Constitutional Justice*, (1997) *East European Constitutional Review*, vol. 6, no.1, pp. 61-63.

уставних судова говоре примери који долазе са Тајланда, из Руске Федерације, Украјине и Словачке Републике.

У периоду од 1997. до 2006. Уставни суд Тајланда преузео је активну улогу у решавању крупних политичких проблема везаних за изборе, корупцију и економску регулативу. Испоставило се да је преузимање улоге политичког медијатора било ризично по опстанак самог суда, јер се Суд нашао у позицији осцилирања између главних политичких партија на Тајланду, што је довело и до његовог расформирања 2006. године.⁴²⁾

Слична судбина задесила је и Уставни суд Руске Федерације: након што је у периоду од 1991. до 1993. донео неколико значајних одлука којима је поништио декрете Врховног Совјета, а касније и председника државе, Борис Јељцин (*Борис Ељцин*) суспендовао је рад Уставног суда. Има мишљења да је томе умногоме допринео тадашњи и садашњи председник Уставног суда Валериј Зоркин (*Валериј Зоркин*) који се, због свог активног настојања да арбитражу у ондашњем сукобу између законодавних и извршних органа, нашао у центру уставне кризе.⁴³⁾ Међутим, од када је 1995. почео поново да ради, овај суд ради у условима суперпредседничког система, у којима ипак вешто користи политичке прилике како би проширио свој утицај. С тим у вези, треба истаћи његове одлуке о имплицитним овлашћењима председника, о законодавној надлежности региона, и о праву органа локалне самоуправе да пред Уставним судом иницира поступак контроле уставности.⁴⁴⁾

Драстичан пример ризичне позиције у којој се уставно судство може наћи због решавања политичких контроверзи у условима крхке демократије долази и из Украјине. У време сукоба унутар извршне гране власти, Уставни суд се суочио са захтевом да се изјасни о одлуци председника Јушченка (*Виктор Јушченко*) да распусти парламент и тако ослаби позицију тадашње премијерке Јулије Тимошенко (*Јулија Тимошенко*). Услед јаког политичког притиска, председник Суда подноси оставку, неколико судија на конференцији за новинаре жали се на неиздржив политички притисак, тројица судија бивају разрешена након извештаја служби безбедности о наводној корупцији, док четворица одлазе на боловање, чиме рад Суда бива у потпуности паралисан. Након што је преузео дужност, нови председник Суда дао је дугачак

42) Ginsburg, *op.cit.*, p. 20.

43) За више вид. Robert Sharlet, *Chief Justice as Judicial Politician*, (1993) East European Constitutional Review, vol. 2. no. 2, pp. 32-37.

44) *Ibid.* стр. 34. За више вид. Alexei Trochev, *Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006* (New York: Cambridge University Press, 2008).

интервју представницима медија, покушавајући да увери јавност да Суд није искоришћен у политичке сврхе.⁴⁵⁾

Најзад, иако није био формално спречен да ради, током 1990-их, у време политичких сукоба унутар извршне власти у Словачкој, односно између председника Ковача (*Michal Kováč*) и премијера Мечијера (*Vladimir Mečiar*), словачки Уставни суд озбиљно је оспораван од стране тадашње владе, с обзиром на то да је у периоду од 1994. до 1998. чак 16 пута одлучивао против Мечијерове Владе.⁴⁶⁾

Питање је, међутим, да ли је стављање акцента на решавање спорова о повредама основних права, потпуно безопасна опција по само уставно судство, нарочито ако се има у виду његова друштвена легитимација, тј. положај уставног суда у очима јавности. Наиме, понекад доношење одлука у овим споровима, нарочито када су у питању права око којих је друштво подељено или око којих постоји јасан противвећински став, може бити контроверзно и контрапродуктивно по само уставно судство.⁴⁷⁾ Такве су одлуке о абортусу, еутаназији, правима сексуалних мањина, смртној казни, и др. У тим случајевима показало се да уставно судство нагиње више либералним него конзервативним одлукама, за разлику од јавности која робује традиционалним и патријархалним вредностима. На пример, у прилог неуставности смртне казне изјаснили су се мађарски, јужноафрички, албански, украјински и литвански уставни судови.⁴⁸⁾ Уставни суд у Колумбији први је уставни суд који је легализовао активну еутаназију.⁴⁹⁾ У бројним државама уставни судови су у периоду демократске консолидације заштитили слободу медија, право на приватност, учинили смисленим право на приговор савести, као и право на удруживање. Ипак, уставни судови нису увек бивали промотери либералних вредности, о чему сведоче не баш славне одлуке Уставног суда Пољске о абортусу и привилегији Католичке цркве у образовању, мађарског Уставног суда о повраћају имовине црквама у природи на штрб забране дискриминације, као и углавном пасивни став уставних судова Централне и Источне Европе у односу на проблеме у остваривању мањинских права.⁵⁰⁾

45) За више вид. Renata Uitz, *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?*, (2007) *Juridica International*, no. XIII, p. 48.

46) Sadurski, (2011), *op.cit.* pp. 22-23.

47) *Ibid*, p. 12.

48) Вид. одлуку Уставног суда Мађарске бр. 23/1990 од 31. октобра 1990, одлуку украјинског Уставног суда од 30. децембра 1999, одлуку Уставног суда Јужноафричке Републике у предмету *S v Makwanyane and Another*, CCT 3/94 од 6. јуна 1995, одлуку Уставног суда Албаније бр. 65, од 10. децембра 1999. и одлуку Уставног суда Литваније бр. 2/98 од 9. децембра 1998.

49) Види одлуку Уставног суда Колумбије бр. C-239/97, од 20. маја 1997.

50) Sadurski, (2011), *op. cit.* p. 13.

Треба додати да се у одређеним случајевима Шапирова теорија о селекцији надлежности којом уставни судови задобијају политичку и друштвену легитимацију може показати недовољно прецизном, зато што одлучивање, на пример, о социјалним и економским правима, може да замагли разликовање између класичних политичких спорова и одлучивања о кршењу индивидуалних права, имајући у виду да социјална и економска права често представљају додатно средство политичке борбе. О томе најбоље говори добро позната одлука мађарског Уставног суда којом је тај суд ставио ван снаге реформски пакет закона у области социјалне политике (тзв. Бокрошев пакет), чиме је изазвао потресе у тадашњој мађарској влади.⁵¹⁾ На другом делу света, у Латинској Америци, у улози средства за политички обрачун, поред социјално-економских, нашла су се и колективна права староседелаца, па се од уставних судова тих земаља често тражи да питање дистрибутивне правде реше у дискурсу права и слобода.⁵²⁾

Најзад, допринос уставних судова консолидацији демократије не огледа се само у споровима којима се владајућа политика подводи под право, нити у оним у којима се појединци штите од арбитрарне државне власти, већ и у споровима који се односе на сукоб старог и новог режима. Решавање спорова везаних за спровођење транзиционе правде посебна је врста политичких спорова у којима се од уставних судова захтева да легитимишу захтеве историјске правде. То не значи, међутим, да је контрола уставности механизма којима се активира транзициона правда довела до једнаких резултата. Одлуке чешког и пољског уставног суда довеле су до револуционарне диференцијације између ауторитарног и демократског режима, али су ови судови заузели донекле различите ставове у вези са познатом тензијом која се у овим споровима јавља између принципа владавине права и концепта историјске правде. Најпознатија одлука чешког Уставног суда јесте одлука о лустрацији, у којој је Суд заузео недвосмислени став:

”Свака држава, или тачније оне које су биле приморане да у периоду од преко четрдесет година трпе кршење основних права и слобода од стране тоталитаристичког режима, има право да устоличи демократско вођство и да примењује такве правне мере које ће отклонити ризик од субверзије или од евентуалног повратка на тоталитаризам, или које ће бар ограничити такве ризике.”⁵³⁾

51) Вид. одлуку бр. 43/1995 (VI.30) AB hat, од 30. јуна 1995.

52) Ginsburg, *op. cit.*, p. 31.

53) “Одлука у предмету лустрација”, Уставни суд Чехословачке, Pl. US 1/92 (Sb) (1992). Цитирани извод доступан је на енглеском језику у Norman Dorsen *et al.*, (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, sec. ed. St. Paul, MN, West, 2010, p. 1420.

Иако је у својој пракси развио снажну доктрину о правном континуитету између старог и новог режима, у својој одлуци о тзв. ”стаљинистичким злочинима”, почињеним у периоду између 1944. и 1956. године, пољски Уставни трибунал нашао је да забрана ретроактивности има лимитирано дејство, упозоривши истовремено да свако одступање од принципа *lex retro non agit* ради задовољавања правде захтева веома прецизну дефиницију злочина који се с тим у вези разматрају.⁵⁴⁾

Илустрације ради, треба истаћи да мађарски Уставни суд није, међутим, сматрао да је потребно правити компромис између концепта транзиционе правде и принципа правне сигурности, односно владавине права, па је Закон о лустрацији прогласио неуставним управо због кршења принципа о владавини права.⁵⁵⁾ То не значи да лустрације није било у Мађарској, већ то да се до ње дошло другим путем, у кривично-правном дискурсу, у складу са одредбама о злочинима против човечности који не застаревају.⁵⁶⁾

Према томе, искуства транзиционих земаља показују да се, за разлику од судова у земљама традиционалне демократије, уставни судови у периоду демократске консолидације не опредељују увек да политичку и друштвену легитимацију стичу решавањем класичних политичких спорова. У условима политичких тензија и неизвесне политичке утакмице, уставни судови се окрећу надлежностима које су за њихов опстанак стратегијски мање опасне, било зато што уживају подршку међународних судских институција (спорови по уставним жалбама) или што у одређеним споровима уживају неподељену подршку јавности и нове политичке већине (спорови о транзиционој правди), наравно под условом да је реч о земљама у којима је дошло до јасног раскида са прошлим режимом.

3. 3. Услови за консолидацију демократије ефикасном контролом уставности

Да би уставно судство постало активни учесник у транзиционим променама, његова формална независност први је, али не и једини услов који треба да буде испуњен. Потребно је, наиме, да у његов сас-

54) Вид. одлуку бр. S 6/91 од 25. септембра 1991. За коментар вид. Jiří Příbáň, *Constitutional Symbolism and Political (Dis)continuity: Legal Rationality and Its Interrogative Function in Postcommunist Transformations*, у: Czarnota, Krygier and Sadurski, *op. cit.*, pp. 295-322.

55) Вид. одлуку бр. 60/1994, од 22. децембра 1994.

56) За коментар вид. Gábor Halmai & Kim Lane Scheppele, *Living Well Is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past*, у: *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, James A. McAdams, ed., (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997), pp. 155-84.

тав улазе судије које *хоће да делују* и које имају *професионалне каријерне* да развију трансформативну праксу. Како се бројне студије о положају и улози уставног судства у времену транзиције баве преваходно питањем институционалне независности уставних судова, дискусија у овом раду ће пажњу читаоца усмерити на само понашање судија (*judicial behavior*) у транзицијском интермеџу⁵⁷⁾, односно на институционалну (не)стабилност и професионалну идеологију у којима леже корени судских ставова заузетих у појединачним судским одлукама.

Спремност судија да интервенишу у политичким споровима везаним за стабилизовање демократске власти првенствено зависи од самог механизма бирања и именовања судија, али и од мере до које је идеологија о судској ”аполитичности” институционализована у датом правном поретку.

Студије о судском понашању указују да одлуке уставних судова зависе од оних који именују или бирају судије.⁵⁸⁾ Они који судско понашање објашњавају држањем судија према онима који их именују или бирају (*attitudinalists*) полазе од тога да ови потоњи номинују судије који деле њихову идеологију или окружење да би обезбедили услове за ”пријатељско” гласање чак и кад судије гласају сходно својим искреним убеђењима, док припадници школе рационалног избора (*rational choice scholars*) тврде да они који су овлашћени да номинују судије утичу на стратегијске калкулације судија у доношењу одлука.⁵⁹⁾ Сходно укореењем схватању, судије у демократском систему, али и у диктатурама, почињу да показују знаке нелојалности према политичкој већини онда када она почне да губи власт, зато што у условима институционалне несигурности они више страхују од долазеће већине него од политичке већине на заласку њене владавине.⁶⁰⁾ Да би се та институционална несигурност елиминисала у највећој могућој мери, потребно је да у политичкој утакмици судска контрола уставности служи као механизам осигурања у случају изборног пораза. Наиме, Том Гинсберг тврди да ће се рационални уставотворац определити да у уставни документ угради механизме који обезбеђују снажну и ригорозну контролу уставности јер ће му она служити као инструмент обезбеђења у случају изборног пораза (*insurance thesis*).⁶¹⁾ Другачије речено, састав уставног

57) За више вид. нпр. Боса М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова, с посебним освртом на Уставни суд Србије* (Београд: Службени гласник, 2012).

58) *Ibid.*

59) Gloppen *et. al.*, *op. cit.*, p. 195. f.3.

60) Helmke Gretchen, *Courts Under Constraints. Judges, Generals and Presidents in Argentina* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 20, 126.

61) За објашњење ове тезе вид. Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (New York: Cambridge University Press, 2003).

суда би требао да гарантује да ће се строгој контроли уставности подвргнути не само акти владајуће већине, већ и акти њених противника у случају да они дођу на власт.

Испоставило се, међутим, да су политичари у земљама демократије у настајању много мање стратегијски опредељени, а много више заинтересовани да консолидују што више власти у својим рукама онда док то могу.⁶²⁾ Зато је бирање и именовање ”пријатељских судија”, с којима краткорочни интереси политичке већине неће бити доведени у питање, честа појава у земљама тзв. нове демократије. Ипак, политичке институције нису једини кривци за лојалан став уставног судства у односу на политичку већину. У транзиционим земљама у којима се уставне судије бирају и на предлог редовног судства, већина судија која долази из редова редовног судства задржава старе навике и традиционални ”пријатељски” однос према влади и парламентарној већини, па је и то препрека судском активизму у решавању политичких спорова.

Последица оваквог приступа у номиновању уставних судија је стратегијско понашање судија који су спремни да интервенишу против владајуће већине углавном онда када процене да је постојећи режим у одлазећој фази. Пракса аргентинског Уставног суда, чије су судије исказале спремност да доносе одлуке против владајуће већине тек онда када се испостави да је то одлазећа политичка снага, најбоље говори о томе.⁶³⁾

Ипак, идеологија ”аполитичности”, односно догма о стриктном раздвајању политике и права, много је већа сметња спремности судија да узму активно учешће у дефинисању правила политичке игре (која су у ствари *правна* правила), него што је то утицај политичких снага које учествују у именовању и бирању судија. Упоредне студије показују да уставно судство базирано на идеологији аполитичности производи судије конформисте које нису спремне да активно устану у одбрану индивидуалних права и слобода, као ни у одбрану других уставних вредности.⁶⁴⁾ У Италији је, на пример, све до 60-их година прошлога века догма о судској неутралности и аполитичности спречавала судије да буду активни у одбрани уставних принципа.⁶⁵⁾ Једно време сличне ставове делиле су и шпанске уставне судије, а бивши председник шпанског Уставног трибунала, Франциско Томас и Валиенте (*Francisco Tomás y Valiente*) својевремено је то објашњавао овако: ”Систем је желео судије конформисте и добио их је. Произвео је судије којима је било више

62) Sadurski, (2011), *op.cit.* p. 12.

63) Gloppen *et. al.*, *op. cit.*, p. 61.

64) Вид. нпр. Hilbink, *op. cit.*, pp. 229-239.

65) *Ibid.* p. 233.

стало да пружи слику аполитичности него ефикасне независности...”⁶⁶⁾ Истраживања појединих чилеанских аутора показују да су се уставне судије дуго држале мантре о аполитичком уставном суду, тј. потреби да се држе даље од политике, да би одбраниле своје конзервативне ставове, ослањајући се на позитивистички и формалистички приступ у решавању спорова.⁶⁷⁾ До реформе уставног судства у овој земљи долази са знатним закашњењем, у периоду када је консолидација демократских процеса била на самом крају, и када реформа система избора уставних судија омогућава продор нових кадрова, неоптерећених претходним навикама.⁶⁸⁾

Чилеански пример доводи и до закључка да судски активизам у обликовању транзицијских промена умногоме зависи и од професионалних капацитета уставних судија да се ауторитарним тенденцијама, присутним у демократијама у настајању, супротставе на суштинским, а не на формалним основама. На пример, одлучивање о повредама уставом гарантованих права и слобода захтева примену метода пропорционалности, односно напуштање позитивистичког и формалистичког приступа у одлучивању. У правној теорији дуго је владало мишљење да је судски активизам типичан за земље обичајног права, али не и за земље континенталног правног система, чије су судије склоне да у тумачењу правних норми прибегну позитивизму и строгом правном формализму.⁶⁹⁾ Онда су се појавили уставни судови у Мађарској, Чешкој, Колумбији и Костарики, и показали да хиперактивне судије, способне да развију правне доктрине, постоје и у земљама континенталног правног система. То сведочи да правна традиција не мора увек да буде одлучујућа препрека судском активизму, већ да активан допринос уставног судства демократској консолидацији зависи и од индивидуалних професионалних капацитета судија.

Залагање за судски активизам у консолидацији демократије, евидентно у овом раду, не негира чињеницу да ипак треба одговорити на суштинско питање - зашто су судије, у идентификовању и балансирању демократских вредности, боље од политичара. То је, међутим, питање за неку нову расправу.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.* pp. 223-250.

68) За више вид. Couso Javier and Lisa Hilbink, *From Quietism to Incipient Activism: The Ideological and Institutional Roots of Rights Adjudication in Chile*, у: *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke and Julio Rios-Figueroa, eds., (New York: Cambridge University Press, 2011), pp. 99-127.

69) За критику и промену овог става вид. нпр. Javier A. Couso, Alexandra Huneus and Rachel Sieder, eds., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (New York: Cambridge University Press, 2010).

4. Закључак

Најкраће речено, транзиција представља период између напуштања старог, ауторитарног режима и стицања у демократију. У том интермедијуму, у ком наступа демократска консолидација, нови режим настоји да се од старог режима разликује напуштањем ауторитарних тенденција и успостављањем механизма којима се гарантује владавина права, што се, пре свега, постиже оснивањем уставних судова. Само уставно судство ретко је окидач транзиционих промена, оно не подстиче мобилизацију демократских снага и не утиче на институционалну структуру новог режима. У том погледу, улога Уставног суда Јужноафричке Републике у доношењу демократског устава, представља значајан изузетак. Ипак, иако не стоји на челу процеса демократизације, уставно судство је симбол њене успешности: бројни примери, истакнути у овом раду, показују да између успешне демократске консолидације и судске контроле уставности постоји несумњива веза, као што постоји и веза између неефикасног и спорог пута ка демократији и пасивног уставног судства, углавном лојалног политичким снагама који чине владајућу већину.

У периоду транзиције, од уставног суда често се очекује да омогући нормално функционисање политичких процеса, легитимише захтеве којима се успоставља транзициона правда, обавља законодавну функцију тамо где парламент неће или је пропустио то да уради, одбрани демократију од њених унутрашњих непријатеља, прилагоди текст старог устава новим потребама или да омогући материјализацију одредба новог устава којима се трансформише друштво. У принципу, ради се о надлежностима којима се политика подводи под право (*judicialization of politics*), од којих највише зависи способност уставног судства да утиче на обликовање транзиционих промена. За обављање ових функција, односно за улогу успешног коаутора транзицијских промена, формална независност уставних судова није довољна, већ је неопходно постојање судија вољних да одлучују о одговорности политичких институција и професионално способних да развију праксу која може да доведе до друштвених промена. Утицајне праксе европских уставних судова, најпре немачког и италијанског, потом португалског и шпанског, као и пракса уставних судова Мађарске, Чешке, Пољске и Словеније, најбоље говоре у прилог томе.

Violeta Beširević

Professor of the Faculty of Law, University Union in Belgrade

Summary

CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN TRANSITION: LESSONS FROM COMPARATIVE LAW

Through comparative perspectives, this chapter traces the roles and competences of constitutional judiciary in transitional societies. Starting from the premise that the political dimension of constitutional review raises many general issues about the conventional model of political democracy, the author emphasizes that the relationship between democracy and law comes into particularly sharp focus in emerging democracies, where the rules of the political game are in flux and where the constitutional courts are exposed not only to uncompromising party struggle, corruption and political manipulation, but also to naïve public support for unrestricted majoritarian democracy. Despite such circumstances, some constitutional courts have not hesitated to become policy makers and successful co-authors of transitional changes, while others, whose judges valued more their positions than policy outcomes, stayed passive and played a marginal role in democratic consolidation. The constitutional courts in post-war Germany and Italy, in Spain, Hungary, Czech Republic, South African Republic and Colombia are some examples of the most successful constitutional judiciary in transitional intervals, while the Chilean Constitutional Court is an example of a passive judiciary which, after the collapse of the authoritarian regime, neither supported nor hindered democratic consolidation.

The main task of the constitutional courts in emerging democracies is legitimizing the new government by entrenching the rule of law culture. Within this mandate, constitutional judiciary is often to secure the normal functioning of political processes, uphold transitional justice, perform a legislative function in cases where the parliament is unwilling or failed to do so, defend democracy from its internal enemies, protect fundamental rights from governmental encroachments, adjust the old constitution to new demands and expectations or materialize the constitutional values embodied in the new constitution. A success in performing these functions does not depend only from the formal judicial autonomy and the independence of the constitutional courts. What is equally required are judges willing to hold political power to account and skilled to develop transformative constitutional jurisprudence. The lessons from comparative law show that an efficient and successful dem-

ocratic consolidation goes hand in hand with an effective constitutional review, while cases of ineffective transition can usually be identified with a passive constitutional judiciary, composed from conformist judges unwilling to engage in *judicialization of politics*, mostly due to absence of "insurance thesis" in the appointment process and proclivity to deferential and antipolitics ideology developed in the period of the authoritarian regime.

Key words: constitutional court, rule of law, transition, democratic consolidation, constitutional review