

Razlike između američkog i europskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti

UDK 342.4:340.114 (73:4)
340.132 (73:4)

Sažetak

U radu se analizira povijesna podloga nastanka oba američkog i europskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti, a potom se izlažu njihove glavne razlike, kao i poneke razlike unutar pojedinog sustava kada ga se promatra sa stajališta različitih država koje ga primjenjuju. Pojedini strani autori u svojim osvrtima na sličnosti i razlike između ta dva modela stavljaju naglasak na to koja tijela vrše nadzor, drugi inzistiraju na razlici prema tome na koji način djeluju odluke sudova koji vrše nadzor, a treći na tome kako se pokreće postupak nadzora. U predmetnom radu autori sustavno izlažu osam bitnih razlika u dva modela nadzora ustavnosti: tko vrši funkciju nadzora, tko vrši izbor sudaca, tko pokreće postupak nadzora, dolazi li do nadzora prije ili nakon stupanja propisa na snagu, donose li se odluke jednoglasno ili se dopuštaju odvojena i konkurentna mišljenja, kako sudovi zasjedaju, djeluju li odluke *erga omnes* ili samo *inter partes* te imaju li tijela koje vrše taj nadzor i ulogu arbitra u sporovima koji nastanu između različitih grana državne vlasti, odnosno različitih visokih državnih tijela. U radu se po prvi puta u nas iznose ocjene revolucionarne promjene u nadzoru ustavnosti u Francuskoj, koje proizlaze iz ustavne promjene iz srpnja 2008. godine.

Ključne riječi: nadzor ustavnosti, ustavni sudovi, Sjedinjene Američke Države, Europa

1. Uvod

Nadzor ustavnosti zakona, odnosno nadzor ustavnosti i zakonitosti drugih akata državnih tijela jedna je od najvažnijih funkcija u modernoj demokratskoj državi. Može se reći da danas gotovo sve demokratske države (uz rijetke iznimke) na svijetu poznaju neki od oblika toga nadzora. Iako postoji mnogo načina na koje taj nadzor može biti organiziran, danas prevladavaju dva glavna: američki i europski sustav.¹ Između ta dva sustava

* Diplomski rad Draška Albrechta, dopunjen od strane doc.dr.sc. Roberta Podolnjaka, mentora pri izradi rada.

¹ Vidi M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication in Comparative Perspective: The European Model as Against the American in Terms of Politics, Law and Interpretation* (Association of American Law Schools, Conference on Constitutional Law, Washington, 5-8 June 2002) dostupno na: <http://www.aals.org/profdev/constitutional/rosenfeld.html>, (20. 09. 2008.) te noviji rad istoga autora: *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, *International Journal of Constitutional Law*, 04/2004, 2, str. 633-668.

postoje mnoge razlike, koje ćemo nastojati prikazati u ovom radu, ali i određene sličnosti. Glavna zajednička značajka im je ta da određenim državnim tijelima (redovnim sudovima ili specijaliziranim ustavnim sudovima) daju mogućnost staviti izvan snage zakone i druge propise (u cijelosti ili djelomično), odnosno ne primijeniti ih na određeni slučaj ako nađu da su nesuglasni s ustavom. Moglo bi se zaključiti da je sustav, prema kojem određeno tijelo može kontrolirati ili čak spriječiti pravno djelovanje propisa koji je donijelo od birača izabrano zakonodavno tijelo nedemokratski, no povijest je ipak pokazala da je takva kontrola nužna i da slijepo vjerovanje u demokratska načela može dovesti do izrazito negativnih posljedica.

Iako je nadzor ustavnosti i zakonitosti neupitno bitna funkcija modernog demokratskog društva i danas postoje države koje taj nadzor nisu prihvatile ni u jednome obliku. Možda zvuči začuđujuće, ali Velika Britanija je jedna od tih zemalja. Razloga za to ima nekoliko. U Velikoj Britaniji se najdulje održao sistem zakonodavne supremacije. Također, jedan od razloga je i taj da u Velikoj Britaniji ne postoji jedan dokument koji bi se nazivao ustavom. Danas se pod britanskim ustavom podrazumijeva skup različitih zakona među kojima se ne pravi razlika oni koji bi imali karakter osnovnih ili ustavnih i među onima koji takav atribut ne bi imali. U nedostatku toga nema nikakve podloge za uvođenje sudskog nadzora ustavnosti zato jer ne postoji ustav na kojem bi se taj nadzor temeljio. Međutim, to nikako ne znači da zbog toga ustavna prava i slobode građana nemaju adekvatnu zaštitu, jer kako se često naglašava „Velika Britanija je izgleda uspjela zaštititi građanska i politička prava u sistemu zakonodavne dominacije kombinirajući ju sa snažnom tradicijom vladavine prava.“²

U prvom dijelu rada bit će prikazana povijesna podloga nastanka oba sustava nadzora ustavnosti i zakonitosti, a zatim će se izložiti njihove glavne razlike, kao i poneke razlike unutar pojedinog sustava kada ga se promatra sa stajališta različitih država koje ga primjenjuju. Također ćemo se, izlažući obilježja jednog i drugog sustava, osvrnuti ukratko i na aktualnu situaciju u Republici Hrvatskoj.

2. Povijesni pregled nastanka američkog i europskog sustava

2.1. Nastanak američkog sustava

Iako je američki sustav nastao nešto više od jednog stoljeća ranije nego europski, ipak bi bila pretjerana tvrdnja da je ideja nadzora ustavnosti nastala u Sjedinjenim Američkim Državama. Bolje bi bilo reći kako je američki sustav nastao kao logična posljedica stoljećima dugog promišljanja, najviše od strane europskih pravnika, ali i kolonijalnog iskustva koje su Sjedinjene Američke Države u svom razvoju prošle. Naime, za vrijeme engleske vladavine na području SAD-a (kao i na drugim područjima koja su činila engleski kolonijalni imperij), engleski Kraljevski savjet (*Privy Council*) imao je ovlast poništiti zakone koje su donosile kolonije u slučaju da se ti zakoni u bilo kojem pogledu suprotstavljaju engleskima. Iz navedenog je vidljivo, da je i prije samog nastanka američkog koncepta postojao određeni nadzor zakona³ te se može tvrditi da je u određenom smislu „sjeme američkog sudbenog osvrta posijano u Britaniji.“⁴

Nastanak američkog sustava datira otprilike dva stoljeća unatrag, točnije u godinu 1803. kada je tadašnji predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država John

² R. F. UTTER i D. C. LUNDSGAARD, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some thoughts from a Comparative Perspective*, *Ohio State Law Journal*, 03/1993, 54, str. 577- 578.

³ M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, *California Law Review*, 1970., 58, str. 1020.

⁴ R. J. STEAMER, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, *Political Science Review*, 01/1962, 77, str. 555-559. Vidi također K. HALL, *The Magic Mirror: Law in American History*, New York, 1989., str. 21.

Marshall izložio svoje mišljenje u slučaju *Marbury v. Madison*.⁵ U tom se slučaju radilo o tome da je godine 1801. predsjednik John Adams jedan dan prije nego što je na njegovo mjesto trebao stupiti novoizabrani predsjednik Thomas Jefferson imenovao nekoliko sudaca među kojima je bio i izvjesni William Marbury. Senat je ta imenovanja prihvatio, a James Madison je, kao Jeffersonov državni tajnik, nakon stupanja na snagu odbio izvršiti dostavu nekih od njih, uključujući i Marburyjevu. W. Marbury se nezadovoljan takvom odlukom obratio Vrhovnom sudu da izda obvezatan nalog kojim bi Madison bio obvezan dostaviti mu odluku o imenovanju. Predsjednik Vrhovnog Suda Marshall je, svjestan osjetljive političke situacije, zaključio da bi, ukoliko bi udovoljio Marburyjevu zahtjevu, Jeffersonova administracija takav nalog jednostavno ignorirala, što bi umanjilo autoritet sudova, a ukoliko bi zahtjev odbio, tada bi ispalo da su suci tako reagirali zbog straha. Stoga je on svoje izlaganje podijelio u tri točke. U prvoj je iznio da Marbury ima pravo na imenovanje, da bi u drugoj točki proglasio da Vrhovni sud nema jurisdikciju izdati nalog kojim bi se državnog tajnika Madisona primoralo da tu dostavu obavi. Naizgled takva konstrukcija izgleda čudno. Postavlja se pitanje zašto je Marshall prvo, na neki način, odlučio o samoj biti slučaja, da bi nakon toga proglasio nenadležnost Vrhovnog suda. Odgovor je također politički. John Marshall bio je federalist, kao i bivši predsjednik Adams, te nikako nije htio odlučiti protivno politici koje je i sam bio pristaša.⁶ Stoga je našao određeno kompromisno rješenje. U trećoj točki svoga mišljenja je iznio da prema Ustavu SAD-a iz 1787. godine Vrhovni sud nema ovlast izdati takav obvezatan nalog iako mu je ona dana odredbom Zakona o sudstvu (*Judiciary Act*) iz 1789. godine. Stoga je Marshall proglasio taj dio zakona neustavnim konstatirajući da zakon kojeg je donio Kongres ne može davati veće ovlasti nego što to čini Ustav.⁷

Odluku Suda Marshall je utemeljio na nekoliko postavki. Prva je da je „naročito nadležnost i dužnost sudbenog ogranka da kaže što je zakon“ pa ako su „dva zakona međusobno suprotna, sudovi moraju odlučiti o djelovanju oba“. Drugo, američki su ustavotvoritelji osmislili pisani ustav, kao „fundamentalni i vrhovni zakon nacije“ te stoga „teorija svake takve vlade mora biti da je akt zakonodavnog tijela protivan ustavu ništavan“. Na temelju navedenog Marshall će zaključiti:

„Pa ako je zakon protivan ustavu: ako se i zakon i ustav odnose na određeni slučaj, tako da sud mora odlučiti taj slučaj sukladno zakonu, ne obzirajući se na ustav; ili sukladno ustavu, ne obzirajući se na zakon: sud mora odlučiti koje od tih sukobljenih pravila odlučuje u tom slučaju. To je sama bit sudbene dužnosti. Ako će dakle sudovi poštivati ustav; a ustav je iznad bilo kojeg običnog akta zakonodavnog tijela; ustav, a ne takav običan akt, mora odlučiti slučaj na koji se oba odnose.“⁸

Smatra se da je odlukom u slučaju *Marbury* otvoren put sudbenom nadzoru (*judicial review*) ustavnosti akata Kongresa, Predsjednika i drugih državnih tijela, iako Vrhovni sud nakon slučaja *Marbury* sve do 1857. godine nije nijedan zakon Kongresa proglasio neustavnim (slučaj *Dred Scott v. Sanford*), ali je zato proglasio neustavnim niz zakona državnih zakonodavnih tijela.

⁵ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, (1803), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137> (28.06.2006). Opširnije o tom slavnom slučaju vidi u zborniku radova sa simpozija povodom dvjestote godišnjice *Marburyja*: Symposium: The Two Hundredth Anniversary of *Marbury v. Madison*, Proceedings of the American Philosophical Society Publications, 01/2004, 148.

⁶ Ovu značajnu epizodu u američkoj ustavnoj povijesti dokumentirano i analitički najbolje razlaže B. ACKERMAN u svojem djelu *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge Mass, 2005., str. 111-198.

⁷ S. L. PAULSON, *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, *Ratio Juris*, 02/2003, 16, str. 226-228.

⁸ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 177-178 (1803), op. cit. (bilj. 5).

Još je jedan slučaj, *Martin v. Hunter's Lessee*⁹ iz 1816. godine, važan s povijesnog aspekta. Radilo se o tome da je najviši sud države Virginie (*the Virginia Court of Appeals*) donio odluku protiv Britanca Philipa Martina u sporu koji je uključivao Martinovo ostvarivanje prava na jedno zemljište u Virginii. Vrhovni sud je poništio odluku toga suda tvrdeći da Martin ima pravo na predmetno zemljište zato što država Virginia nije uspjela dokazati svoje pravo na isto zemljište. Sud je odbio izvršiti odluku Vrhovnog suda te proglasio članak 25. Zakona o sudstvu iz 1789. neustavnim. Prema toj odredbi Vrhovni sud ima pravo nadzirati odluke donesene od strane najviših sudova saveznih država, a pogotovo one koji se tiču primjene federalnog prava. Najviši sud države Virginie smatrao je da je odlučivanje Vrhovnog suda u tom slučaju izvan njegove jurisdikcije. Sudac Vrhovnog suda Story je u svom izlaganju tada izrazio važnost ovlasti Vrhovnog suda da odlučuje u posljednjoj instanci jer je to bitno zbog jednoobraznog odlučivanja bez kojeg bi zakoni, kao i sam Ustav mogli u različitim državama imati različito značenje te je potvrdio važnost i valjanost osporavanog članka 25.¹⁰

Isprva je kako se može uočiti bilo mnogo osporavanja prava Vrhovnog suda, ali i ostalih federalnih sudova, da proglasi zakone neustavnima, nadasve od strane država članica američke federacije radi zaštite vlastitog suvereniteta. Sustav sudbenog nadzora je tijekom 19. stoljeća uspostavljen praksom i poslije građanskog rata u SAD-u više nije smatran spornim.¹¹

2.2. Nastanak europskog sustava

Za razliku od Sjedinjenih Američkih Država, europske su zemlje vrlo dugo bile protiv bilo kakvog nadzora ustavnosti zakona donesenih od strane izabranih zakonodavnih tijela, a još više protiv toga da taj nadzor bude u rukama sudskog aparata. Štoviše, neke države i danas zabranjuju bilo kakvu kontrolu ustavnosti od strane sudova (Nizozemska, Luxembourg).¹² Odgovor na pitanje zbog čega je tomu tako treba tražiti u pravnoj tradiciji i povijesnim prilikama koje su prethodile uvođenju takve kontrole tek nakon II. svjetskog rata (uz iznimku Austrije koja je prva, 1920. godine, osnovala Ustavni sud).¹³

Možda je francuski primjer najbolji za prikazivanje razloga animoziteta prema sudskom nadzoru ustavnosti. U njoj je sve do revolucije 1789. godine sudstvo bilo jedan od najkonzervativnijih elemenata samog društva i upravo je ono kočilo bilo kakve pomake prema liberalizaciji. Naime, sudstvo je bilo u rukama plemstva, sudske funkcije su se kupovale i nasljeđivale, a o nekakvoj posebnoj izobrazbi za sudačko zvanje nije bilo ni govora. Sudstvo je zapravo bilo instrument očuvanja feudalnog poretka.¹⁴ Paradoks je taj da je upravo stari sudski sustav svojom velikom i često upotrebljavanom mogućnošću da određene zakone odbije prihvatiti na neki način vršio nadzor nad njihovom valjanošću (iako se tu ne može govoriti o nadzoru ustavnosti nego o podobnosti zakona u odnosu na uspostavljeni poredak). Stoga se za Francusku može reći da je iz sistema široke mogućnosti sudskog nadziranja podobnosti zakona prešla u sustav u kojem se bilo kakav nadzor strogo zabranjuje, štoviše proglašen je kaznenim djelom.¹⁵ Takvo je stanje u Francuskoj potrajalo

⁹ *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816), tekst presude je dostupan na: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=14&invol=304&friend=public>, (20.12. 2008.).

¹⁰ PAULSON, op. cit. (bilj. 7), str. 225 i 226.

¹¹ B. SMERDEL, S. SOKOL, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 174.

¹² J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, *Texas Law Review*, 07/2003-2004, 82, str. 1674.

¹³ A. STONE SWEET, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, *Michigan Law Review*, 08/2003, 101, str. 2744.

¹⁴ *Ibid*, str. 2746.

¹⁵ UTTER, LUNDSGAARD, op. cit. (bilj. 2), str. 566.

sve do druge polovice 20. stoljeća, točnije do 1958. godine, kada je osnovan Ustavni savjet (*Conseil Constitutionnel*).¹⁶

2.2.1. Austrijski Ustavni sud i doprinos Hansa Kelsena

Prvi pravi europski ustavni sud osnovan je 1920. godine u Austriji. Njegov idejni tvorac bio je istaknuti austrijski pravnik Hans Kelsen, po kojemu se europski model ustavnog sudovanja naziva još i kelsenovski, premda su se još u 19. stoljeću za uspostavu ustavnog suda zalagali Georg Jellinek i Adolf Merkl.¹⁷ Promatrajući karakteristike austrijskog Federalnog ustava iz 1920. godine (kojega je pisao upravo Kelsen) može se reći da je osnivanje Ustavnog suda bio uistinu revolucionaran potez. Naime, tim je Ustavom utvrđen prilično radikalni parlamentarni sustav. Federalnu vladu birao je donji dom parlamenta, a predsjednika države oba doma. Cjelokupni izvršni aparat bio je strogo odgovoran zakonodavnom. Takav sustav bio je još upotpunjen strogim načelom legaliteta prema kojemu je cjelokupna državna uprava, uključujući i vladu, bila dužna postupati isključivo prema zakonima koje je donio parlament¹⁸. Naravno da u takvom sustavu nije moglo biti ni govora o tome da se funkcija nadzora ustavnosti zakona donesenih od strane tako jakog parlamenta povjeri redovnom sudstvu. Trebalo je stoga pronaći neko drugo rješenje, a to je rješenje bio upravo Ustavni sud. Jedan od glavnih razloga osnivanja te institucije bio je federalni ustroj tadašnje Austrije. Naime, prema mišljenju vodećih pravnika toga vremena, uključujući i Kelsena, Ustavni sud bio je neophodan za očuvanje takva ustroja. To je prije svega vidljivo iz načina na koji se pred Ustavnim sudom mogao pokrenuti postupak. Pravo na pokretanje postupka imala je federalna vlada u odnosu na propise koje su donosili zemaljski organi, kao i zemaljske vlade u odnosu na propise koje je donosila federalna vlada. Iako su se inicijatori nadzora mogli pozivati na bilo koju ustavnu odredbu, a ne samo na odredbe kojima su određene ovlasti i djelokrug pojedinih državnih organa, vidljivo je da je primarna uloga Ustavnog suda bila zamišljena kao arbitriranje između sukoba zakonodavstava federalne i zemaljske razine.¹⁹ Međutim, jedna vrlo važna ovlast Ustavnog suda omogućila je da on bude puno više od instrumenta za rješavanje takvih sukoba. Naime, Ustavni sud imao je ovlast *ex officio* pokrenuti postupak nadzora ustavnosti propisa koje je trebao prilikom svog postupanja primjenjivati. To se opravdavalo tvrdnjom da se ne može očekivati od Ustavnog suda da postupi prema pravilima u čiju ustavnost sam ima razloga sumnjati. Upravo je Kelsen bio glavni zagovornik toga da se Ustavnom sudu dodijeli takva ovlast.²⁰

Vrlo važan korak u daljnjem razvoju „austrijskog“, a kasnije prozvanog „europskim modelom“ nadzora ustavnosti, uslijedio je 1929. kada je ustavnim amandmanom austrijskom Vrhovnom sudu i Upravnom sudu dodijeljeno pravo na pokretanje postupka nadzora. Tim je amandmanom teoretski bilo omogućeno da u svakom sudskom postupku pitanje ustavnosti dođe pred Ustavni sud, uz uvjet da su prethodno sva ostala pravna sredstva bila iskorištena i da je sud koji inicira postupak uvjeren u neustavnost propisa koji treba primijeniti.²¹

¹⁶ P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, *Ratio Juris*, 01/1998, 11, str. 44.

¹⁷ SMERDEL, SOKOL, op. cit. (bilj. 11), str. 177.

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

¹⁹ *Ibid.*, str. 209. i 210.

²⁰ *Ibid.*, str. 213.

²¹ *Ibid.*, str. 214. i 215.

Međutim, austrijski Ustavni sud imao je relativno kratak život. Djelovao je do 1934. godine, a njegov nasljednik u toj zemlji osnovan je tek 1946. godine. Unatoč tome, taj je sud bio prvi pravi predstavnik ustavnih sudova kakvi su danas široko rasprostranjeni na europskom kontinentu i šire.²²

3. Razlike između američkog i europskog sustava

Kada se promatraju karakteristike jednog i drugog sustava, možda bi se naoko dalo zaključiti da se radi o dvjema potpuno drugačijim stvarima, tj. da se radi o stvarima koje se uopće ne mogu uspoređivati.²³ Međutim, iako je razlika mnogo i one su u mnogim slučajevima fundamentalne, ipak je zajednički cilj taj da se neustavni propisi stave izvan snage, odnosno ne primijene u određenom slučaju. Kako je svojevremeno istaknuo Louis Favoreau, američki i europski sustav nadzora ustavnosti su „dva sredstva za postizanje istoga cilja“, u smislu da nastoje ispuniti iste zadaće:

1. Iznad svega oba sustava štite fundamentalna prava protiv zadiranja od strane vlasti, pogotovo zakonodavne pa stoga iako su sredstva različita, ciljevi i rezultati su slični.
2. Oba sustava nastoje održati ravnotežu između države i tijela od kojih je ona sastavljena, tj. u federalnom sustavu ustavni nadzor, bez obzira provodi li ga američki Vrhovni sud ili njemački Savezni ustavni sud, ima sličnu ulogu u održavanju ravnoteže između federalne i vlada država članica.
3. Sudovi u oba sustava obavljaju istu funkciju kada štite ustavom određenu diobu vlasti (između pojedinih državnih tijela).
4. U funkciji ustavnog nadzora sudovi u oba sustava mogu odlučivati o izbornim sporovima.²⁴

Razlike između dva sustava vidljive su prema tome:

- tko vrši funkciju nadzora ustavnosti
- tko ima pravo na pokretanje postupka nadzora ustavnosti
- dolazi li do nadzora prije ili nakon stupanja na snagu propisa o čijoj se ustavnosti odlučuje
- djeluje li odluka *erga omnes* ili samo *inter partes*
- kako se biraju suci koji obavljaju tu funkciju
- moraju li se odluke donijeti jednoglasno ili se dopušta izražavanje konkurirajućih mišljenja te
- odlučuje li se u javnim ili zatvorenim sjednicama.

3.1. Tko vrši funkciju nadzora ustavnosti

Prvenstvena se razlika između dva modela nadzora ustavnosti sastoji u tome koje je tijelo, odnosno koja su tijela ovlaštena vršiti taj nadzor. Najkraće rečeno: „mogu se razlikovati u širem smislu dva tipa sudbene kontrole nad ustavnošću zakonodavstva: a) ‘decentralizirani tip daje ovlast kontrole *svim sudbenim organima danog pravnog sustava*. To se još naziva ‘američkim’ sustavom kontrole...b) ‘centralizirani’ tip kontrole ograničuje ovlast nadzora na *samo jedan sudbeni organ*. Putem analogije, ‘centralizirani’ tip može se zvati i ‘austrijski’.“²⁵

²² Europski model je prisutan u 34 europske, 21 afričkoj, 10 arapskih i 2 južnoameričke zemlje; Ibid, str. 207.

²³ Prvu komparativnu studiju američkog i tada „austrijskog“ modela nadzora ustavnosti vidi u: H. KELSEN, Judicial Review of Legislation. A comparative study of the Austrian and the American Constitution, Journal of Politics, 02/1942, 4, str. 183-200.

²⁴ L. FAVOREAU, Constitutional Review in Europe, u: L. HENKIN, A. ROSENTHAL (ed), Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad, New York, 1990., str. 41-42.

²⁵ Ibid, str. 40-41.

U Sjedinjenim Državama, kao i u još nekim zemljama koje su nekada bile dijelovi britanskog Commonwealtha (Australija, Indija i dr.), ali i u skandinavskim zemljama, ta je funkcija dana sudstvu, tj. sustavu redovnih sudova. Svaki sud u SAD-u, neovisno o njegovoj poziciji u hijerarhiji sudskog sustava i neovisno o tome radi li se o federalnom sudu ili sudu neke od saveznih država, ima pravo da u razrješenju slučaja koji je pred njim raspravlja i odlučuje o suglasnosti akta koji se treba primijeniti sa Ustavom SAD-a.²⁶

Za razliku od američkog decentraliziranog sustava, u većini europskih zemalja se primjenjuje centralizirani sustav. U tom sustavu nadzor ustavnosti i zakonitosti je u rukama posebnog tijela, odvojenog od redovnog sudskog sustava, ali odvojenog i od ostalih grana državne vlasti. To tijelo je ustavni sud. Veliki broj europskih država je nakon II. svjetskog rata, a neke znatno kasnije, prihvatio sustav čiji je idejni tvorac bio Kelsen još 1920. godine. Među prvima su bile Zapadna Njemačka, Italija, Austrija, Cipar, Turska, Jugoslavija, a nakon raspada komunističkih režima i federacija, njihov su primjer slijedile mnoge novoosnovane nezavisne države kao što su Češka, Slovačka, Hrvatska, Rusija, Poljska, Bugarska, Rumunjska i druge.²⁷

To međutim ne znači da se u europskim zemljama nije razmišljalo o uvođenju decentraliziranog sustava nadzora. Dapače, neke zemlje su takav sustav i prihvatile. To su prije svega bile skandinavske zemlje kao što su Norveška, Danska i Švedska. Međutim, sudbeni nadzor ustavnosti propisa se u tim zemljama koristi s dosta velikim rezervama i prilično rijetko.²⁸ U Italiji se takav sustav nadzora primjenjivao od 1948. do 1956. godine, točnije od usvajanja Ustava do početka funkcioniranja Ustavnog suda i može se reći da je taj pokušaj bio potpuno neuspješan.²⁹ Tri su razloga koja sprječavaju uspješno funkcioniranje decentraliziranog sustava u Europi. Prvo je nedostatak načela obveznosti precedenata. Drugi razlog je nepodobnost sudaca *civil law* sustava da provode nadzor ustavnosti, a treći je europsko shvaćanje teorije podjele vlasti.³⁰ Uspješni decentralizirani sustav nadzora u Europi možda jedino uspješno funkcionira u Švicarskoj. Međutim, i ta tvrdnja nije bezrezervna. Naime, u Švicarskoj sudovi mogu vršiti nadzor jedino nad propisima koje donose kantonalne vlasti, dok su propisi koje donosi savezna vlada isključeni od svakog nadzora.

Ustavni sud je tijelo koje se sastoji od određenog broja sudaca koje na različite načine, ovisno od jedne do druge države, bira zakonodavno tijelo, predsjednik države ili neko drugo tijelo državne vlasti. Vrlo je važno to da su suci obično bivši suci najviših državnih sudova, te ugledni pravnici sa velikim dostignućima u svojem poslu. Na taj se način osigurava visoka stručnost i kompetentnost ustavnih sudova. Ustavni sudovi, osim što odlučuju o ustavnosti zakona, imaju i druge funkcije, manje ili više izražene ovisno o kojoj se državi radi, kao što su odlučivanje o sukobu nadležnosti između različitih grana državne vlasti (što je također jedna od razlika u odnosu na američki sustav gdje sudovi takvu ovlast nemaju), u posljednjoj instanci odlučuju o zaštiti ustavnih prava pojedinaca i dr.

Postoje mnogi argumenti koji opravdavaju centralizirani i decentralizirani sustav nadzora. Decentraliziranom se sustavu može prigovoriti da je ponekad moguće da određeni sud neki zakon ili pojedinu njegovu odredbu proglasi neustavnom, a da u nekom drugom slučaju to drugi sud propusti učiniti, odnosno da nađe da je sa ustavnog gledišta sve u redu. Međutim, postoje mehanizmi koji taj nesklad otklanjaju. Centraliziranom sustavu se, s druge strane, može prigovoriti da često puta zbog velikog broja funkcija koje ustavni

²⁶ STONE SWEET, op. cit. (bilj. 13), str. 2770.

²⁷ H. SCHWARTZ, The New European Constitutional Courts, Michigan Journal of International Law, 1992, 13, str. 741.

²⁸ CAPPELLETTI, op. cit. (bilj. 3), str. 1036.

²⁹ Ibid, str. 1037.

³⁰ Ibid, str. 1040.

sudovi obavljaju, može doći do prenatrpanosti samoga suda velikim brojem slučajeva što u bitnoj mjeri smanjuje njegovu učinkovitost. Međutim, koliko god argumenti za ili protiv jednog sustava bili jaki, činjenica je da oba sustava danas u većoj ili manjoj mjeri uspješno funkcioniraju.

Također bitan element koji je doveo do stvaranja, odnosno uvođenja u pojedinu državu određenog sustava svakako je pravna tradicija i povijesna podloga nastanka određenog sustava. Dok se u SAD-u i drugim zemljama, čiji se pravni sustavi temelje na *common law* tradiciji, tradicionalno uloga suca uvijek shvaćala i kao pravotvorna, u europskim zemljama to nije bio slučaj. Uloga suca u europskim zemljama, tj. zemljama *civil law* tradicije je uvijek bila manje ili više striktna primjena zakona na određeni slučaj, bez ostavljanja puno mjesta za interpretaciju propisa. Stoga je lakše i bilo prihvatiti da sudac u *common law* sustavu može interpretirati zakon, pa i sam ustav te proglasiti određenu odredbu ili zakon neustavnim. S druge strane, sama uloga suca u europskim zemljama kao „instrumenta“ koji primjenjuje zakon takav kakav je na određeni slučaj, kao i njegova pravna naobrazba, dali su mjesta sumnji da bi takav sudac bio sposoban kompetentno obavljati delikatnu zadaću ispitivanja ustavnosti. Stoga je, prema Kelsenovu mišljenju, u europskim zemljama bilo neophodno uspostaviti posebno tijelo koje će tu zadaću obavljati i osigurati da u njemu budu prisutni vrhunski stručnjaci koji će ju znati izvršavati.³¹

Iako postoji velika razlika u tijelima koja obavljaju nadzor, ipak se ona može malo relativizirati. Istina je da u američkom sustavu svaki sud može vršiti nadzor ustavnosti, no ipak je za očekivati da će ustavno najvažniji i najosjetljiviji slučajevi završiti, prije ili kasnije, pred Vrhovnim sudom SAD-a koji će tada konačno riješiti slučaj, a njegove su odluke, na temelju primjene precedenata, obvezatne za sve niže sudove. Može se stoga zaključiti da Vrhovni sud na neki način ima ulogu sličnu europskim ustavnim sudovima.

3.2. Imenovanje/izbor sudaca

Postoji razlika između američkog i europskog sustava načina izbora odnosno imenovanja sudaca, ali ona nije toliko značajna kako se često iznosi.

U SAD-u svi suci sudova na federalnoj razini imenovani su na tu funkciju „za dobra vladanja“ (praktički doživotno), uključujući naravno i suce Vrhovnog suda, dok suci sudova saveznih država mogu imati vremenski ograničene mandate, ali mogu biti ponovno birani.³² Suce Vrhovnog suda imenuje predsjednik Sjedinjenih Američkih Država, a njihovu nominaciju mora potvrditi Senat običnom većinom glasova. Sastoji se od predsjednika suda (*Chief Justice*) i osam sudaca (*Associate Justices*), premda njihov broj nije utvrđen Ustavom, već zakonom te je kroz američku povijest bilo više slučajeva da se promjenom broja sudaca nastojalo „pakirati“ Sudu kako bi on, s novim članovima, odlučivao onako kako više odgovara aktualnom predsjedniku i kongresnoj većini.

Od europskih država samo je Češka preuzela u potpunosti američki model. Ustavni sud se sastoji od 15 sudaca koji se imenuju na 10 godina i to od predsjednika Republike uz suglasnost Senata, drugog doma parlamenta.³³

U drugim europskim državama suci su obično imenovani od strane zakonodavnog tijela ili predsjednika domova zakonodavnog tijela, od strane predsjednika države ili nekog drugog državnog tijela s time da njihovi vremenski obično dugi mandati nisu obnovljivi. S obzirom na način imenovanja, mogu se razlikovati tri sustava: monokratski, sustav izbora običnom većinom i sustav izbora kvalificiranom većinom.³⁴

³¹ UTTER, LUNDSSGAARD, op. cit. (bilj. 2), str. 563-565.

³² FEREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1677. i 1678.

³³ Članak 84. Ustava Češke Republike iz 1992.

³⁴ FEREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1681.

U Francuskoj je primijenjen monokratski sustav. Francuski Ustavni savjet čini devet sudaca od kojih trećinu bira predsjednik, a po trećinu predsjednik svakog doma parlamenta. Mandat im traje devet godina i nije obnovljiv. Zanimljivo je istaknuti da su bivši predsjednici Republike po samom zakonu doživotni članovi Ustavnog savjeta ukoliko ne obavljaju neku drugu funkciju nespojivu sa tom dužnošću.³⁵

U najvećem broju europskih zemalja primijenjen je sustav izbora kvalificiranom većinom. Tako se npr. 16 ustavnih sudaca njemačkog Saveznog Ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) bira u dva odvojena senata od po osam sudaca. Svaki parlamentarni dom bira po osam sudaca na prijedlog ministra pravosuđa, ali ne na isti način. *Bundestag* ne bira suce neposredno već formira posebno 12-člano elektorsko tijelo (tzv. *Richterwahlausschuss*), izabrano razmjerno stranačkom sastavu tog parlamentarnog doma (prema D'Hondtovoj metodi), dok *Bundesrat* (Savezno vijeće), u kojem su zastupljene njemačke pokrajine, bira neposredno preostalih 8 sudaca. Predsjednika i potpredsjednika Ustavnog suda biraju naizmjenično *Bundestag*, odnosno *Bundesrat*. Mandat sudaca je 12 godina i ne mogu biti ponovno izabrani.³⁶

U Italiji je na snazi mješoviti sustav izbora. Ustavni sud Italije (*Corte costituzionale*) ima 15 članova od kojih po pet imenuju predsjednik republike, oba doma parlamenta na zajedničkoj sjednici te najviši redovni i upravni sudovi. Ustavni suci između sebe biraju predsjednika. Mandat im traje devet godina, bez prava reizbora.³⁷

Sustav prema kojemu suce ustavnih sudova izabire obična većina glasova u zakonodavnom tijelu je najrjeđi i gotovo nikada se na taj način ne biraju svi suci. Tako npr. u Bugarskoj četvorica od ukupno dvanaest sudaca bira se običnom većinom³⁸.

U Republici Hrvatskoj, suce Ustavnog suda bira Hrvatski sabor kvalificiranom većinom. Da bi sudac bio izabran za njega treba glasati većina od ukupnog broja zastupnika Hrvatskog sabora (čl. 6. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske). Ustavni sud čini trinaest sudaca čiji mandat traje osam godina (čl.125. Ustava Republike Hrvatske) i može biti obnovljen.³⁹

Ako bismo tražili najvažniju razliku između izbora sudaca Vrhovnog suda u SAD i sudaca europskih ustavnih sudova tada nam se čini da se ona ogleda u trajanju mandata – u Sjedinjenim Državama taj mandat je praktički doživotan, što svako imenovanje čini iznimno politički važnim, jer prosječno suci budu članovima Vrhovnog suda puna dva desetljeća. U Europi mandat sudaca je vremenski ograničen, a u nekim državama ne može niti biti obnovljen. No, i u američkom i u europskom sustavu imenovanja sudaca su „eksplicitno politička“.⁴⁰ Profesor Smiljko Sokol, bivši predsjednik Ustavnog suda Republike Hrvatske jednako tako ukazuje da je „političnost izbora sudaca Ustavnog suda neizbježna u svim demokracijama i to se manje-više ondje smatra normalnim, a u nas samo po sebi lošim“, priznajući kako je „svaki dosadašnji izbor sudaca u Hrvatskoj bio pod utjecajem politike“.⁴¹ No, način izbora može jačati ili slabiti tu političnost izbora su-

³⁵ Tako su i bivši predsjednici Valery Giscard d'Estaing i Jacques Chirac članovi Ustavnog savjeta, pa to tijelo sada broji 11 članova. Vidi: F. FABBRI, Breaking from Tradition: Reshaping the French System of Constitutional Review, *Washington Undergraduate Law Review*, 02/2008, 2, str. 6.

³⁶ Članak 94. Temeljnog zakona SR Njemačke iz 1949. i članci 1-9 Zakona o saveznom ustavnom sudu iz 1951. (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

³⁷ Članak 135. Ustava Talijanske Republike iz 1947. godine (a glede sastava ustavnog suda izmijenjen 1967.) Posebnost je talijanskog Ustavnog suda da se njegov sastav proširuje za dodatnih 16 članova u slučaju suđenja predsjedniku republike (*impeachment*). Tih će se 16 osoba izabrati lutrijom između građana koje svakih 9 godina izabire parlament, a ti građani moraju ispunjavati uvjete da budu birani u talijanski senat.

³⁸ SCHWARTZ, op. cit. (bilj. 27), str. 759.

³⁹ Opširnije o načinu izbora ustavnih sudaca vidi: R. PODOLNJAK, Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 03/2007, 57, str. 547-575.

⁴⁰ ROSENFELD, op. cit. (bilj. 1).

⁴¹ Ustavne suce uvijek i svuda bira politika, intervju, *Večernji list*, 27.05.2008.

daca. Tako se već duže vrijeme ističe snažna politizacija izbora sudaca Vrhovnog suda u Sjedinjenim Državama.⁴² U Europi može se, pak, uočiti razlika između francuskog Ustavnog savjeta koji se čini tako političkim tijelom da mnogi dovode smatraju upitnim je li uopće riječ o istinskom sudu.⁴³ U Njemačkoj su imenovanja sudaca također politička, ali ne toliko izrazito, jer je svaki izbor posljedica širokog međustranačkog konsenzusa. Pored toga, uočava se manja politiziranost sudaca europskih ustavnih sudova iz razloga što u sastavu tih sudova pretežu sveučilišni profesori.⁴⁴

3.3. Tko pokreće postupak nadzora ustavnosti?

Prema američkom modelu nadzora može se reći da svatko može pokrenuti postupak. To je logična posljedica toga da svaki sud u svakom slučaju u kojem je suglasnost nekog akta s ustavom stavljena u pitanje može o tome raspravljati. Jedini je uvjet taj da je primjenom određenog, navodno neustavnog propisa, za stranku u sporu nastala konkretna šteta. Slučaj bi se sa stajališta američkog ustavnog prava mogao definirati kao „spor u kojem jedna od konkurirajućih stranaka tvrdi da je pretrpila štetu primjenom neustavnog zakona ili drugog javnog akta“.⁴⁵

U Europi je pokretanje postupka nadzora ustavnosti ipak restriktivnije regulirano. Ovisno od države do države, inicijativu za pokretanje postupka može imati predsjednik države, određeni broj zastupnika u zakonodavnom tijelu, suci redovnih sudova i dr. Može se reći da postoje tri idealna tipa: francuski, njemački i talijanski. Za francuski tip se uvjetno može reći to da Ustavni savjet „sudi vladi“, za njemački da Savezni Ustavni sud „sudi sucu“, a za talijanski da Ustavni sud „sudi zakonu“.⁴⁶

Tako u Francuskoj postupak ispitivanja suglasnosti zakona sa ustavom može pokrenuti predsjednik Republike, premijer, svaki od predsjednika domova zakonodavnog tijela ili najmanje šezdeset zastupnika ili senatora. Međutim, pravo manjine da pokrene postupak uvedeno je tek 1974. godine ustavnim amandmanom i to iz čisto političkih razloga.⁴⁷ Upravo zbog toga što pokretanje postupka nadzora najčešće inicira potrebna parlamentarna manjina, za francuski se tip kaže da Ustavni savjet „sudi vladi“. S druge strane, u Italiji pravo na pokretanje postupka imaju suci redovnih sudova (bez obzira traže li to stranke u sporu) i to u slučaju da u rješavanju slučaja koji se pred njima nalaze posumnjaju u ustavnost propisa koji bi trebalo primijeniti. Osim sudaca, postupak mogu pokrenuti i državna vlada i pokrajinske vlade, ali većina slučajeva pred sud ipak dolazi od strane sudaca.⁴⁸ Baš zbog toga što suci, kao nepolitički element vlasti najčešće pokreću postupak, može se reći da u Italiji Ustavni sud „sudi zakonu“. U Njemačkoj svaka osoba bez obzira na nacionalnost može, ukoliko smatra da su joj postupkom nekog javnog djelatnika, obično suca, povrijeđena ustavna prava, uložiti ustavnu žalbu (*Verfassungsbeschwerde*) prema Saveznom Ustavnom sudu, uz dodatni uvjet da su iscrpljena ostala pravna sredstva.⁴⁹ To je razlog zašto se kaže da u Njemačkoj Savezni ustavni sud „sudi sucu“.

Međutim, ta podjela nije apsolutna zato što je rijetko u nekoj zemlji primijenjen samo jedan određeni tip. Jedino Francuska koristi čisti francuski tip, dok se u Njemačkoj npr. mogu naći karakteristike svih triju tipova.

⁴² Opširnije u: PODOLNJAK, op. cit. (bilj. 39), str. 565-571.

⁴³ ROSENFELD, op. cit. (bilj. 1).

⁴⁴ FAVOREAU, op. cit. (bilj. 24), str. 56-57.

⁴⁵ STONE SWEET, op. cit. (bilj. 13), str. 2770.

⁴⁶ FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1684. i 1685.

⁴⁷ FABBRINI, op. cit. (bilj. 35), str. 5.

⁴⁸ FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1688.

⁴⁹ Ibid, str. 1686.

U Republici Hrvatskoj zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom, odnosno ocjenu suglasnosti drugog propisa sa Ustavom i zakonom mogu pokrenuti: jedna petina zastupnika Hrvatskog sabora, radno tijelo Hrvatskog sabora, predsjednik Republike Hrvatske, Vlada, Vrhovni sud ili drugi sud, ako pitanje ustavnosti i zakonitosti nastane u postupku vođenim pred tim sudom, i naposljetku pučki pravobranitelj u određenim slučajevima (čl. 35. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH). Osim toga, svaka fizička i pravna osoba ima pravo uputiti prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti ili/i zakonitosti, a i sam Ustavni sud može na vlastitu inicijativu takav postupak pokrenuti (čl. 38. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske). Kada se uz to još doda pravo svake osobe da uputi ustavnu tužbu ako smatra da su mu određenim aktom javne vlasti povrijeđena ustavna prava (čl. 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu), vidljivo je da je u Republici Hrvatskoj također prisutna kombinacija svih triju idealnih tipova.

3.4. Dolazi li do nadzora prije ili nakon stupanja propisa na snagu?

Pojednostavljeno se može reći kako je karakteristično za američki sustav da do nadzora ustavnosti dolazi nakon stupanja propisa na snagu. Međutim, od tog pravila postoje iznimke. Za europski model ne postoji neko općenito pravilo. Nadzor može uslijediti i prije i poslije proglašavanja zakona, ovisno o zemlji koja se promatra.

U SAD-u, u pravilu, do nadzora ustavnosti dolazi tek kada se u konkretnom slučaju treba određeni propis primijeniti, a to naravno podrazumijeva da je on već na snazi. Stoga se takav sustav još naziva i sustav „konkretnog nadzora“ (*concrete review*).⁵⁰

Za razliku od toga u Europi prevladava sustav „apstraktnog nadzora“ (*abstract review*), koji podrazumijeva ispitivanje ustavnosti prije nego što propis stupi na snagu. Međutim, čak i kada do nadzora dolazi nakon stupanja na snagu, npr. kada se sudac pri rješavanju konkretnog slučaja obrati ustavnom sudu da odluči je li određeni propis u skladu sa ustavom, tendencija je da se taj nadzor što više apstrahira, tj. da se postavljeno pitanje rješava bez obzira ili sa što manje osvrtu na slučaj povodom kojeg je do nadzora uopće i došlo.⁵¹ Tako u Italiji, nakon što se pred sudom pojavi slučaj na kojega bi trebalo primijeniti propis u čiju ustavnost sudac posumnja, on pokreće pred Ustavnim sudom pitanje je li on ustavan ili ne. Ustavni sud, iako je do postupka došlo povodom konkretnog slučaja, tada ispituje samo suglasnost određenog zakona ili pojedine njegove odredbe sa Ustavom, ne ulazeći u rješavanje konkretnog slučaja. Zato se može reći i da je takav način ispitivanja ustavnosti u svojoj biti apstraktan.

Još donedavno mogli smo govoriti o „francuskoj varijanti europskog modela“ nadzora u kojoj postoji čisto apstraktan nadzor. Naime, nadzor ustavnosti je u Francuskoj prema Ustavu iz 1958. bio moguć samo prije stupanja zakona na snagu, tj. jednom kada je stupio na snagu više nije postojala mogućnost odlučivanja o njegovoj ustavnosti. Nakon što parlament izglasa određeni zakon, u razdoblju od dva tjedna do njegova objavljivanja u službenom listu jedan od prije spomenutih inicijatora mogao je pokrenuti postupak ispitivanja njegove ustavnosti. Ustavni savjet tada ima mjesec dana za donošenje odluke o tome je li zakon ustavan ili ne, u cijelosti ili djelomično. Ukoliko nađe da je neustavan tada ga šalje nazad u Parlament s instrukcijama u kojoj mjeri bi se trebao izmijeniti ili traži da se sam Ustav promijeni kako bi zakon koji je u pitanju mogao biti ustavan.⁵²

U srpnju 2008. prihvaćene su u Francuskoj iznimno značajne promjene Ustava. S obzirom da su izmijenjena 33 od ukupno 89 ustavnih članaka s pravom se može govoriti

⁵⁰ UTTER, LUNDSSGAARD, op. cit. (bilj. 2), str. 590-592.

⁵¹ STONE SWEET, op. cit. (bilj. 13), str. 2771.

⁵² FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1685.

o najvažnijoj reviziji francuskog Ustava u njegovoj polustoljetnoj povijesti.⁵³ Ostavljajući po strani značajne odredbe koje se odnose na definiranje odnosa predsjednika Republike i premijera i jačanje uloge parlamenta, nedvojbeno je najznačajnija promjena, koja se već ocjenjuje revolucionarnom, uvođenje *a posteriori* ustavnog nadzora nad zakonodavstvom.⁵⁴ Nova odredba (članak 61-1) daje Ustavnom savjetu ovlast da vrši *a posteriori* ustavni nadzor, ali prijedlog za ocjenu ustavnosti mogu podnijeti isključivo dva sudbena tijela - *Conseil d'Etat* i *Cour de Cassation*, ali ne i suci nižih sudova (koji prijedlog mogu uputiti isključivo navedenim sudbenim tijelima). Prema novoj odredbi članka 62. francuskog Ustava zakonska odredba koja bi temeljem članka 61-1 bila proglašena neustavnom prestala bi važiti s danom objave odluke Ustavnog savjeta u službenom glasilu. Imajući u vidu navedenu promjenu ne čudi da je senator Robert Badinter, koji je bio i predsjednik Ustavnog savjeta, u raspravi predložio da se naziv tog tijela promijeni u Ustavni sud, ali na kraju njegov amandman nije prihvaćen.

Kada govorimo o konkretnom nadzoru u europskim okvirima treba spomenuti da u Saveznoj Republici Njemačkoj pojedini građanin, koji smatra da su mu povrijeđena pojedina njegova ustavna prava, nakon što je iscrpio ostala pravna sredstva ulaže ustavnu žalbu i tom prilikom Savezni ustavni sud prigodom rješavanja ustavnih pitanja u konkretnom slučaju može ocijeniti da je određeni propis protuustavan i staviti ga izvan snage.⁵⁵

Kao što je moguće da u europskom sustavu nadzor bude konkretan, tako je isto moguće da u američkom sustavu nadzor bude apstraktan. Iako se tu ne može govoriti o klasičnom apstraktnom nadzoru, neki njegovi elementi ipak postoje. Tako je moguće da u nekom slučaju koji se nađe pred sudom tužitelj zatraži da sud prije odlučivanja o slučaju ispita ustavnost propisa koji se treba primijeniti. Do toga obično dolazi kada se na slučaj treba primijeniti zakon koji je tek nedavno stupio na snagu. Sudovi takvom zahtjevu udovoljavaju kada se radi o tužiteljevim ustavnim pravima, kada je vjerojatno da će tužitelj uspjeti u sporu i kada bi u slučaju da sud to ne učini tužitelj mogao pretrpjeti nepopravljivu štetu.⁵⁶

Glavni argument koji govori u prilog apstraktnom nadzoru je taj da do ispitivanja ustavnosti propisa dolazi prije nego što je stupio na snagu, tj. prije nego što je njegova primjena mogla nekome nanijeti štetu. Međutim, prigovor bi mogao biti taj da tada prilikom odlučivanja o njegovoj ustavnosti nema činjenica konkretnog slučaja tako da suci moraju sami smišljati situacije u kojima bi se netko mogao naći primjenom toga propisa. Upravo to nije potrebno kod konkretnog nadzora zato jer su činjenice već pred sućem.

U Republici Hrvatskoj je nadzor ustavnosti i zakonitosti apstraktan i provodi se nakon što je zakon stupio na snagu. Moguće je da do iniciranja nadzora dođe i prije nego što se zakon primijeni, ukoliko to bude neposredno nakon njegova donošenja, a moguće je da bude pokrenut tek kada se zakon treba primijeniti na konkretan slučaj.⁵⁷ U svakom slučaju, ukoliko bi netko bio oštećen primjenom određenog zakona, a on kasnije bude poništen ili ukinut, tada takva stranka ima pravo u određenom razdoblju tražiti izmjenу pravomoćne odluke donesene na temelju takvog zakona. Povodom ustavnih tužbi, odlučivanje Ustavnog suda je nužno konkretno, međutim u takvim sporovima se ne raspravlja o ustavnosti, odnosno zakonitosti nekog općeg akta, već o tome je li konkretnim, pojedinačnim aktom povrijeđeno nečije ustavno pravo.

⁵³ Vidi: Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve Republique, *Journal Officiel de la Republique Francaise*, 24 juillet 2008.

⁵⁴ F. FABBRINI, Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation, *German Law Journal*, 10/2008, 9, str. 1299.

⁵⁵ FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1690.

⁵⁶ STONE SWEET, op. cit. (bilj. 13), str. 2772 i 2773.

⁵⁷ Vidi pritom: S. SOKOL, Prethodni nadzor ustavnosti zakona i mogućnost njegove primjene prema Ustavu Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 01/1996, 46, str. 5-14.

3.5. Donose li se odluke jednoglasno ili se dopuštaju odvojena i konkurirajuća mišljenja?

Postoji velika razlika između europskog i američkog modela u načinu na koji suci donose svoje odluke.

U Europi suci ustavnih sudova vrlo često zasjedaju na zajedničkim sjednicama gdje iznose svoja stajališta za ili protiv donošenja konkretne odluke i pokušavaju jakom argumentacijom uvjeriti svoje kolege u ispravnost donošenja određene odluke. Zbog toga se u velikom broju slučajeva odluke ustavnih sudova donose jednoglasno, bez izdavanja konkurirajućih ili odvojenih mišljenja. U nekim zemljama, kao što je Italija, iznošenje konkurirajućih i odvojenih mišljenja je zabranjeno, dok je u drugim, kao što su Španjolska i Njemačka, ono načelno dopušteno, ali postoje interne norme koje suce obeshrabruju da to čine. Stoga i ne čudi podatak da je preko devedeset posto odluka njemačkog Saveznog Ustavnog suda doneseno jednoglasno, kao i da je svega desetak posto odluka španjolskog Ustavnog suda popraćeno odvojenim mišljenjima.⁵⁸ S europskog stanovišta, dopuštenost izdavanja konkurirajućih i odvojenih mišljenja i njihovo često objavljivanje u Francuskoj, može se smatrati iznimkom. S druge strane, unatoč zabrani, talijanski suci uspijevaju pronaći načine da svoja mišljenja javno iznesu kada odlučuju o izrazito bitnim i društveno osjetljivim pitanjima.

S jedne strane na taj se način ostavlja dojam pred očima javnosti da ustavni suci, tumačeći ustav pronalaze njegovu bit koja može biti samo jedna, a s druge strane to sprječava suce da postanu poznate javne ličnosti koje bi mogle svoj vlastiti probitak staviti ispred odgovorne zadaće koju obavljaju.

Za razliku od stanovite anonimnosti koja prati suce europskih ustavnih sudova, američki suci se ne ustručavaju svoja različita stajališta javno obznaniti. Moglo bi se reći da je prava rijetkost da Vrhovni sud SAD-a neku odluku donese jednoglasno. Razloge za to treba tražiti u tome što suce imenuju predsjednici koji pripadaju jednoj od američkih stranaka i koji zbog toga imenuju suce koji su bliski njihovom osobnom i stranačkom svjetonazoru. Kako tada dolazi do toga da neke suce imenuju republikanci, a neke demokrati, jasno je da dolazi do duboke podijeljenosti unutar samog Vrhovnog suda. Suci nastoje svoja razmišljanja i stavove nametnuti široj javnosti, a izuzetno pogodan instrument za to je izdavanje odvojenih mišljenja. Za razliku od takvog načina imenovanja, europski su suci često imenovani od strane zakonodavnog tijela nekom vrstom kvalificirane većine, što samo po sebi podrazumijeva da se o njihovoj podobnosti za funkciju moraju sporazumjeti najveće parlamentarne stranke. Samim time se isključuje mogućnost da suci budu svojevrsni ekstremisti, žestoki pobornici određene ideologije ili politike određene stranke. Postavlja se međutim pitanje nije li takva praksa u SAD- u otišla predaleko, odnosno kome su namijenjena tolika odvojena mišljenja. Dok se u Europi međusobno raspravljanje sudaca uglavnom svodi na to da svoje kolege uvjere u ispravnost svojih stajališta, ostavlja se dojam da njihovi američki kolege puno manje uvjeravaju druge suce, a puno više nastoje relevantne političke aktore potaknuti možda na smjenu drugih sudaca koji se s njima ne slažu.⁵⁹ S druge strane, često izdavanje takvih mišljenja može imati i određene pozitivne efekte. U njima suci koji se ne slažu sa većinom svojih kolega oko donošenja određene presude iznose svoja stajališta koja mogu ponekad biti i progresivna i služiti kao dodatna literatura pri izučavanju određenog pravnog područja ili problema, a također i kao dobra smjernica o pravcu u kojem će se u budućnosti kretati određeni stavovi.

U Hrvatskoj Ustavni sud donosi odluke i rješenja većinom glasova svih sudaca. Sudac se ne može suzdržati od glasovanja, osim u točno navedenim slučajevima. Sudac koji

⁵⁸ FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1693.

⁵⁹ Ibid, str. 1696-1700.

izdvoji svoje mišljenje dužan ga je pismeno obrazložiti, a sudac koji je glasovao suprotno većini može, u primjerenom roku od dana izrade odluke ili rješenja, pisano obrazložiti svoje mišljenje i objaviti ga (čl. 27 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu).

3.6. Kako sudovi zasjedaju?

Pravilo je da europski ustavni sudovi zasjedaju na nejavnim sjednicama i da veliku većinu svojih slučajeva dobivaju na papiru, ne sudjelujući ni u kakvoj usmenoj raspravi. Pred francuskim Ustavnim savjetom ne postoji nikakva mogućnost za usmenu raspravu, u Njemačkoj i Španjolskoj je ona izuzetno rijetka, dok se u Italiji u otprilike dvadeset posto slučajeva one održavaju. Međutim, karakter takve javne rasprave u mnogočemu odskače od javne rasprave pred redovnim sudovima. Sudac izvjestitelj izloži ukratko slučaj pred drugim sucima, zatim na red dolaze odvjetnici koji imaju svoja kratka izlaganja. Suci nikada ne komuniciraju sa odvjetnicima kao ni međusobno u javnosti. Umjesto javne rasprave suci vrlo često i dugotrajno na zatvorenim sjednicama raspravljaju o slučaju i o argumentima za donošenje određene odluke. Možda najbolji primjer za to je način na koji djeluje talijanski Ustavni sud. Suci se sastanu „oči u oči“ i izravno raspravljaju o određenom slučaju. Ovisno o težini slučaja rasprava ponekad može trajati i danima. Pošto su primorani donijeti zajedničku odluku određeni sudac, da bi svoje kolege uvjerio u ispravnost svoga mišljenja, mora imati snažne argumente i jako se truditi kako bi oni to mišljenje prihvatili. Čak su se tijekom vremena razvile različite tehnike i načini postizanja kompromisa.⁶⁰

Situacija je u SAD-u gotovo suprotna. Suci Vrhovnog suda na usmenim raspravama slušaju argumente suprotstavljenih stranaka i sudjeluju u raspravi, a nakon toga se na vrlo kratko međusobno sastaju i ne pokušavaju previše usmeno druge suce uvjeriti u ispravnost donošenja određene odluke. Umjesto toga, međusobno si šalju pismene predstave u kojima iznose svoju argumentaciju. Te predstave često puta kasnije služe kao podloga izdavanja konkurirajućih i odvojenih mišljenja, što je, kao što je već rečeno, vrlo česta praksa sudova u SAD-u. Osim što su sudske rasprave javne, postoje također i novinari koji su specijalizirani za praćenje unutarnjeg sudskog rada. Stoga je rad suda pod budnim okom javnosti, kako tijekom same rasprave, tako i nakon nje, u fazi formiranja odluke.⁶¹

3.7. Djeluju li odluke *erga omnes* ili samo *inter partes*?

Vrlo pojednostavljeno bi se moglo reći da odluke o ustavnosti koje donose sudovi u zemljama koje su prihvatile američki model nadzora djeluju *inter partes*, a da odluke europskih Ustavnih sudova djeluju *erga omnes*. Dok je druga konstatacija točna, prva je točna samo naizgled. Naime, činjenica je da svaki sud u SAD-u rješavajući konkretan slučaj, može naći da je zakon ili pojedina njegova odredba neustavna te ga takvim proglasiti. Pošto se radi o konkretnom slučaju, za zaključiti je da je tada i efekt takve odluke ograničen na taj slučaj. Međutim, u SAD-u i drugim zemljama *common law* tradicije kao korektivni faktor ovdje dolazi teorija *precedenata*, prema kojoj ukoliko takva odluka ne bude promijenjena od strane nekog višeg suda, ona dobiva snagu sličnu zakonskoj. Teoretski je moguće da neki drugi sud prilikom rješavanja nekog drugog slučaja ne nađe taj isti propis neustavnim pa ga primijeni, međutim kada i dođe do takvih neslaganja, tada obično viši sud preuzima rješavanje i donosi konačnu odluku.

⁶⁰ Ibid, str. 1692-1693.

⁶¹ Ibid, str. 1696-1697.

S druge strane, bila bi nezamisliva situacija da odluke europskih ustavnih sudova kojima se određeni propisi proglašavaju neustavnima ne djeluju *erga omnes*. Upravo to je i bio jedan od važnih razloga nastanka, odnosno prihvaćanja od strane velikog broja zemalja, europskog, odnosno centraliziranog modela nadzora. Naime, kada bi redovni sudovi u zemljama *civil law* tradicije imali ovlast odlučivati o ustavnosti propisa, tada bi došlo do velike pravne nesigurnosti upravo zbog toga što u tim zemljama odluke običnih sudova nemaju snagu precedenata i djeluju strogo *inter partes*.⁶² Stoga se zaključno može reći da ova razlika više ima karakter sličnosti.

3.8. Rješavanje sporova između različitih grana državne vlasti

Još je jedna bitna razlika između europskih ustavnih sudova i redovnih sudova koji prema američkom modelu vrše nadzor ustavnosti. Ta razlika se očituje u tome imaju li tijela koje vrše taj nadzor i ulogu arbitra u sporovima koji nastanu između različitih grana državne vlasti, odnosno različitih visokih državnih tijela.

U Sjedinjenim Američkim Državama i ostalim zemljama u kojima se primjenjuje američki model nadzora ustavnosti sudovi, pa čak ni vrhovni sudovi nemaju mogućnost, odnosno ovlast rješavati takve sporove. Štoviše sudovi, a pogotovo Vrhovni sud SAD-a se tradicionalno protivi tome da rješava sporove nastale između različitih grana vlasti, odnosno izbjegava rješavati slučajeve u kojima bi takvi sporovi mogli nastati.⁶³

Europski ustavni sudovi, s druge strane, najčešće imaju ulogu arbitra u takvim sporovima. Ta im je ovlast najčešće dana samim ustavima. To se opravdava činjenicom da, iako je u ustavima točno određen djelokrug pojedinih dijelova vlasti, odnosno najviših državnih organa, ipak postoji mogućnost da do sporova ili sukoba nadležnosti dođe, a tada je upravo ustavni sud, kao tijelo koje se uglavnom bavi interpretacijom ustava i pronalaženjem njegova smisla, najpozvaniji da takve sporove rješava pozivajući se upravo na odredbe samog ustava.

Takva je situacija npr. u Njemačkoj. Savezni Ustavni sud ima jurisdikciju nad sporovima koji nastanu zbog različitih mišljenja ustavom ustanovljenih tijela, odnosno u sporovima između federacije i pojedinih zemalja (*Organstreit* sporovi) kao i u sporovima između pojedinih zemalja. Također, Savezni Ustavni sud može odlučivati i u sporovima koji nastanu na razini određene zemlje, ukoliko ne postoji drugo tijelo koje bi takav spor razriješilo. Slična je situacija i u Italiji. Talijanski Ustavni sud rješava sporove koji nastanu na temelju raspodjele moći između različitih državnih organa, zatim između državnih i regionalnih organa, kao i onih koji nastanu između samih regionalnih organa.

U Republici Hrvatskoj Ustavni sud među ostalim svojim funkcijama, rješava sukobe nadležnosti koji nastanu između tijela zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti (čl. 128. Ustava RH). Ustavni sud, također, odlučuje o odgovornosti predsjednika Republike dvotrećinskom većinom glasova svih sudaca (čl. 104. st.3. Ustava RH). Kada nastane sukob nadležnosti između tijela zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, zato što dviju ili više tih tijela prihvaća nadležnost u istom predmetu (pozitivni sukob nadležnosti), svako od tijela u sukobu može zahtijevati od Ustavnog suda da ga riješi, a to može tražiti i stranka čiji je interes zbog nastalog sukoba povrijeđen ili bi mogao biti povrijeđen. Slična je situacija i u slučaju da dvoje ili više tijela odbija nadležnost u istom predmetu (negativni sukob nadležnosti). Tada, također svako od tijela u sukobu, kao i stranka, mogu podnijeti zahtjev Ustavnom sudu da nastali sukob riješi (čl. 81. i 82. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu).

⁶² UTTER, LUNDSGAARD, op. cit. (bilj. 2), str. 589.

⁶³ FERREJOHN, PASQUINO, op. cit. (bilj. 12), str. 1671.

4. Zaključak

Razlike između američkog i europskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti brojne su i velike. Međutim, razvojem postupaka kojima je taj nadzor reguliran i institucija koje ga obavljaju ta dva modela su se u mnogočemu približila jedan drugome, tako da je sličnosti sve više. Brojne su vrlo važne funkcije koje, pored osnovne, obavljaju ustavni sudovi. Možda je najbitnija od njih zaštita ljudskih i drugih ustavom zajamčenih prava nakon što su stranke iscrpile druge načine zaštite. Tako ustavni sudovi dobivaju i atribut zaštitnika najviših prava i sloboda.

Kako velike razlike postoje između američkog i europskog sustava, tako se velikih razlika može naći i unutar samog europskog sustava. Moglo bi se reći da je u zemljama koje ga primjenjuju gotovo jedina zajednička značajka da nadzor obavljaju posebni ustavni sudovi, a da sve ostale karakteristike variraju od zemlje do zemlje.

Summary

The authors are analysing the historical origins of creation of both American and European model of constitutional adjudication, and their main differences. They elaborate and explain eight major differences in the two models of constitutional adjudication: who has the authority of judicial review, who is selecting judges, who starts the procedure of constitutional adjudication, does judicial review comes before or after the relevant law has been put in force, do the decisions of courts have the effects *erga omnes* or only *inter partes*, and finally, which bodies if any, has the authority of review in conflicts between different branches of government. The authors give also their first impressions of revolutionary changes in constitutional adjudication in France, following the constitutional change of July 2008.

Key words: judicial review, constitutional courts, United States, Europe.