

VLADIMIR ĐURIĆ

KONTROLA USTAVNOSTI NEČINJENJA (PROPUŠTANJA) ZAKONODAVCA

U V O D

Opštost i nužna nedovršenost zakona neminovno nameću pitanja načina i karaktera primene prava u slučajevima koji njim nisu regulisani. Ova su pitanja stara bezmalo koliko i samo pravo i njegovo organizovano i institucionalno stvaranje i primena, a osnovni odgovori na njih opredeljuju suštinu različitih teorijskih škola i pravaca. Zbog opštosti i neizbežne nedovršenosti zakona nikad se unapred ne može sa potpunom izvesnošću utvrditi koji će se sve slučajevi pod njega podvesti.¹

Neminovni izostanak pravnih pravila, odnosno, šire posmatrano, mogućnost nečinjenja (propuštanja) zakonodavca, nameće delikatnu teorijsku i praktičnu dilemu na koji način pomiriti političku aktivnost zakonodavca, tačnije slobodu institucije koja izražava suverenu volju *demosa* da (ne)donosi pravna pravila, sa imperativom vladavine prava da delanje zakonodavca u svemu bude podređeno ustavu i da se kontrolom ustavnosti, koja je u funkciji obezbeđivanja i ostvarivanja Ustava, obuhvati što veći broj akata i radnji? Najpre treba razmotriti mnoštvo različitih pojava u kojima se nužna nedovršenost prava (zakona) ispoljava i sagledati da li je nečinjenje zakonodavca samo jedan od tih oblika?

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ R. Vasić, K. Čavoški, Uvod u pravo II, Beograd, 1996, str. 211.

LACUNA LEGIS I NEČINJENJE ZAKONODAVCA

Pravo ne reguliše sve društvene odnose. Postoje društveni odnosi koji su pravno indiferentni. Reč je o *pravno praznom prostoru*², zapravo o odnosima koji po svojoj sadržini ne mogu biti predmet pravnog regulisanja.³ Prema jednodušnom stavu pravne teorije, pravne praznine (*lacuna legis*) ne obuhvataju pravno prazan prostor. Reč je o odnosima, činjenicama i slučajevima koji nisu obuhvaćeni i uređeni zakonom, a po svojim obeležjima bi to trebalo da budu,⁴ zapravo o o društvenim odnosima koji nisu regulisani pravom, iako bi zbog društvenog interesa trebalo da to jesu.⁵

Relativna saglasnost o pojmu pravne praznine ne znači i saglasnost u pogledu uzroka i tipova ove vrste manjkavosti prava. Jedan pristup ističe da pravnih praznina mora biti, jer je život uvek složeniji od prava i brže se razvije i menja nego pravo.⁶ Uz takvo isticanje *objektivnih* činilaca u nastanku pravnih praznina, ukazuje se i na *subjektivne uzroke* nastanka ove pojave, jer ni jedan zakonodavac, ma koliko dalekovid i uman bio, nije kadar da za sve složenije slučajeve unapred postavi jasna i određena pravila.⁷ Imajući u vidu način nastanka pravnih praznina, u teoriji se ističe njihova podela na *početne* koje postoje u trenutku donošenja normi, koje je tvorac *prevideo* i *naknadne*, one koje nastaju posle donošenja normi, jer su nastali novi odnosi koje tvorac prava nije *prevideo*.⁸ Ova podela istovetna je podeli koju u uporednom pravu ustavni sudovi pojedinih država označavaju kao *primarne* i *sekundarne praznine*, odnosno kao praznine *prava* (početne ili primarne) i *praznine u pravu* (naknadne ili sekundarne).⁹ Postoji i podela na prave i neprave pravne praznine. Pod *pravim prazninama* podrazumevaju se one koje postoje kad je neki složeniji društveni odnos regulisan opštom normom, ali neki odnos koji je njegov sastavni deo nije regulisan. *Neprave praznine* postoje kad cela oblast odnosa nije regulisana opštim normama.¹⁰

² D. Vranjanac, G. Dajović, Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava, Beograd 2006, str. 127.

³ R. Vasić, K. Čavoški, n. m.

⁴ R. Vasić, K. Čavoški, n. m.

⁵ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 1999. str. 504, 505.

⁶ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.d. str. 505.

⁷ R. Vasić, K. Čavoški, Uvod u pravo II, Beograd, 1996, str. 211.

⁸ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n. m.

⁹ General Report, XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", p. 8.

¹⁰ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.m. U mađarskoj jurisprudenciji smatra se da pravne praznine mogu da budu oličene u insuficijenciji (pomanjkanju normi), inkonzistentnosti (kada opšti akt sadrži kontradiktorne norme) i indeterminisanosti (kada odredbe opšteg akta nisu jasne) - L.Csink, P. Paczoly, Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence,

Pravne praznine podrazumevaju “popunjavanje”, odnosno iziskuju da se u konkretnom slučaju pronađe pravilo koje će se primeniti. Pravne praznine se regulišu pravom, odnosno pravnom normom, ali ne i pravnim izvorima.¹¹ Popunjavanje pravnih praznina je drugačije od tumačenja prava. Prilikom popunjavanja pravnih praznina donose se (pojedinačne) norme kojima se rešava slučaj,¹² čime tumač, odnosno sudija preuzima posao zakonodavca.¹³

Iako se pravna praznina, u širem smislu, može pripisati nečinjenju, odnosno propustu zakonodavca, sasvim je jasno, bar što se tiče osnova njihovog nastanka i načina popunjavanja, da postoje razlike između pravnih praznina nastalih u slobodnom ostvarivanju i primenjivanju ustava, oličenom u političkoj aktivnosti zakonodavca koja se ostvaruje u načelnim ustavnim okvirima i uz poštovanje izričito propisanih zabrana, sa jedne strane, i propusta u slučajevima kada je ustavotvorac za zakonodavca propisao izvesne smernice, zahteve i obaveze, sa druge strane. U drugom slučaju, budući da na strani zakonodavca postoje ustavom normirane smernice, zahtevi i obaveze, jasno je da bi njihovo propuštanje predstavljalo izvestan vid kršenja naloga činjenja, odnosno da bi se moglo smatrati nečinjenjem u užem i pravom smislu te reči. U uporednom pravu jasno se uočava da nečinjenje zakonodavca podrazumeva neodgovarajuće izvršavanje ustavnih zahteva da se donese neophodna pravna norma, suprotno dužnostima definisanim ustavnim tekstom.¹⁴ Nečinjenju može postojati i u kontekstu ostalih ustavnih nadležnosti koje su dodeljene zakonodavcu, ali, zbog značaja zakonodavne funkcije, pažnju treba usmeriti na nečinjenje u vezi sa tom funkcijom.

USTAV I NEČINJENJE ZAKONODAVCA

Razmatranje nečinjenja zakonodavca podrazumeva utvrđivanje na koji sve način ustav može zakonodavcu propisati izvesne smernice, zahteve i obaveze, kao i da li je stepen obaveznosti takvih ustavnih naloga uvek isti. U tome se prelamaju neke od najslženijih ustavnopravnih dilema.

Prva od tih dilema je da li se i kada se može smatrati da ustav zakonodavca obavezuje i implicitnim, nepisanim načelima? Davno je istaknuto da se čitavo ustavno pravo nije nigde uspelo iscrpiti u samom pisanom ustavu i da bi se, čak i da se u određenom momentu pretpostavi da je tako nešto moguće, razvojem

Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, p. 1. sa pozivom na A. Peczenik: *On Law and Reason*, 1989, p. 24.

¹¹ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n. d. str.507.

¹² R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.m; D.V ranjanac, G. Dajović, n.d. str. 129.

¹³ R. Vasić, K. Čavoški, n. d. str. 212.

¹⁴ Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 10.

društvenog života formirala nova ustavna pravila, mimo pisanog ustava.¹⁵ Ustav se ne može svesti samo na *expressis verbis* postavljene norme. U slučaju orijentacije ka vrednostima poštovanja ljudskih prava i sloboda, on ne može da bude identifikovan samo sa važećim ustavnim tekstom.

Druga dilema u vezi sa nečinjenjem zakonodavca odnosi se na veliki broj ustavnih odredbi koje u svakom ustavu sadrže neodređene pojmove, ili programska pravila, kao što su pravednost, socijalna pravda, javna bezbednost, moral, javni poredak, itd. Neodređeni ustavni pojmovi ne preciziraju tačno određenu stvar ili pravni odnos, već samo tipiziraju dajući široku pravnu kategoriju.¹⁶ To rađa pitanje da li neodređeni pojmovi i programska načela ograničavaju slobodno područje zakonodavca i da li mogu da budu osnov za sagledavanje eventualno protivustavnog nečinjenja zakonodavca?

Ustavi mogu da predvite tzv. "zakonske rezervate", pod kojima se može smatrati određena materija koju može urediti samo zakonodavac.¹⁷ Predviđanje zakonskih rezervata nameće obavezu zakonodavcu da materija koja u te "rezervate" spada bude regulisana zakonom, ali ne nameće obavezu donošenja zakona. Ukoliko zakonodavac reši da reguliše tu materiju, on će to morati da učini zakonom, ali samo predviđanje zakonskih rezervata ne nameće obavezu činjenja. U vezi sa materijom koja može da bude regulisana samo zakonom, treba učiniti nekoliko važnih napomena. Ustavi mogu predvideti da se zakonom uređuje način ostvarivanja pojedinih ljudskih prava i sloboda, pa se, u tom kontekstu, u određenim slučajevima, može smatrati da je donošenje zakona neophodno za ostvarivanje pojedinih ljudskih prava i sloboda. Sledstveno tome, oglašavanje zakonodavca da normativno uredi način ostvarivanja pojedinih ljudskih prava i sloboda, suštinski može da vodi njihovom kršenju. Drugi slučaj koji iziskuje posebno razmatranje moguć je u federativnim državama i u teoriji se određuje kao paralelna nadležnost. Ustavom federacije može se predvideti da je federacija nadležna da svojim zakonom određenu materiju reguliše samo načelno, dok se federalnim jedinicama prepušta da svojim zakonodavstvom, na osnovu načela sadržanih u saveznom zakonu, razrade odnosnu materiju. U takvom slučaju, može doći i do izvesnog nečinjenja zakonodavca u federalnim jedinicama. Unekoliko je sličan slučaj tzv. prenosnoizvršnih međunarodnih ugovora, odnosno ugovora čija implementacija iziskuje donošenje posebnog zakonodavstva.¹⁸ Posebno ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca može da postoji u slučaju nadležnosti parlamenta koje se vrše u formi zakona, kao što je to slučaj sa ustavnopravnom ratifikacijom međunarodnih ugovora, ili donošenjem budžeta.

¹⁵ I. Krbeć, Ustavno sudovanje, Zagreb 1960, str. 10.

¹⁶ Isto, str. 26.

¹⁷ R. Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd 1995. str.13.

¹⁸ Više o takvim ugovorima u mom radu Ustav i međunarodni ugovori, Beograd 2007.

Postupanje zakonodavca može biti i izričito propisano ustavnim odredbama. Različiti ustavni nalozi zakonodavcu mogu da budu nomotehnički postavljene i izraženi na različite načine, što se može odraziti na stepen njihove obaveznosti. Ustav sadrži najopštije pravne norme u kojima, osim neodređenih pojmova i programskih pravila, mogu da budu propisani i izvesni zahtevi za činjenje zakonodavca čija se sadržina, a time, u izvesnom smislu i obaveznost, mogu kretati u širokom luku od uopštenih naznaka i smernica, poput pojmova kao što su “vodi računa”, “stara se”, “prati”, “uzima u obzir”, preko nužnosti razmatranja “neophodnosti” donošenja zakona, do vrlo jasno postavljenih obaveza i dužnosti, kako u pogledu donošenja zakona, tako i u pogledu određenih faza zakonodavnog postupka, ili vrsti zakonodavnog postupka, kao što je to slučaj u pojedinim ustavnim sistemima koji propisuju obavezu utvrđivanja opšteg interesa za povratno dejstvo pojedinih odredbi zakona. Razume se da se relevantnost propusta ispunjavanja ustavnopravnih naloga različite sadržine i stepena obaveznosti ne može u svemu izjednačiti.

Posebno pitanje moglo bi da se odnosi na vremenski okvir u kojem zakonodavac treba da ispuni određene naloge sadržane u ustavu. Ustavne odredbe koje propisuju izvesne naloge zakonodavcu ne moraju uvek da sadrže i jasno određene rokove za postupanje. U tom smislu, može se postaviti pitanje da li je za konstituisanje nečinjenja zakonodavca nužno da postoji i izvesno propuštanje ustavnopravno postavljenih rokova, ili se o nečinjenju može govoriti i onda kad je ustavotvorac, propisujući određeni nalog činjenja zakonodavcu, sâm propustio da utvrdi rok u kojem zakonodavac taj nalog treba da ispuni?

Organi koji vrše kontrolu ustavnosti susreću se sa izloženim različitim aspektima odnosa ustava i nečinjenja zakonodavca, odnosno pitanja ustavnopravno relevantnog nečinjenja zakonodavca u različitim vrstama postupaka.

KONTROLA USTAVNOSTI NEČINJENJA U UPOREDNOM PRAVU

Teorijska shvatanja o mogućnosti kontrole nečinjenja

Teorijska shvatanja o mogućnosti i potrebi kontrole ustavnosti nečinjenja zakonodavca, mogu izražavati dve različite ravni posmatranja.

Najpre mogu da budu sagledani u kontekstu određenja organa kontrole kao “negativnog” zakonodavca.¹⁹ Budući da je “negativni zakonodavac”, ustavni sud bi mogao isključivo da vrši kontrolu ustavnosti postojećeg prava. Da li kontrola nečinjenja “pozitivnog” zakonodavca nužno znači i svojevršno zakonodavno činjenje “negativnog” zakonodavca? Ova dilema je naročito važna i posebno izražena u kontekstu pitanja da li ustav zakonodavca obavezuje i implicitnim, nepisanim načelima? Ako ustav čine i norme i principi koji nisu *expressis verbis* postavljene

¹⁹ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlin und Leipzig, 1929, S. 55.

ni i ako se kontrola ustavnosti može vršiti i s obzirom na nepisano ustavno pravo, onda takav stav nužno vodi zaključku da kontrola ustavnosti mora biti dinamična. Takvu kontrolu, naročito ako se vrši s obzirom na nepisana pravila ustava, unekoliko je teško *a priori* i u svemu pomiriti sa zahtevom da organi koji je vrše budu podređeni ustavu i da se od “negativnog” ne pretvore u “pozitivnog” zakonodavca. Kelzen je stajao na stanovištu da nadpozitivne norme (*überpositiven Normen*) moraju biti isključene kao merilo ustavnosudske kontrole.²⁰

Razmatranje mogućnosti i potrebe kontrole ustavnosti nečinjenja zakonodavca u vezi je i sa dilemom da li je delanje zakonodavca u razvijanju ustava jednako ostvarivanju i primenjivanju zakona podzakonskim i pojedinačnim aktima. U okviru te ravni posmatranja, kontrola ustavnosti nečinjenja zakonodavca najpre može biti sagledana kroz pitanje da li se institut diskrecione ocene može primenjivati i na zakonodavstvo?²¹ Pitanje je naročito važno budući da ustavne odredbe sadrže i neodređene pojmove, ili programska pravila. Ukoliko se takvi pojmovi shvate kao svojevrsno ograničavanje slobodnog područja zakonodavca, utoliko oni mogu da budu osnov kontrole ustavnosti (ne)činjenja zakonodavca. Ovim se pitanjem bavio i Kelzen koji je stajao na stanovištu da norme koje na bilo koji način još nisu pozitivirane (*Normen die noch in keiner Weise positiviert sind*), poput opštih ustavnih izraza kao što su “pravda”, “sloboda” “jednakost”, treba smatrati pravno neobavezujućim postulatima. Prema Kelzenu, one upućuju na slobodu izvršioca ustava, a mogućnost njihovog shvatanja od strane zakonodavca je neograničena,²²tako da sud, na osnovu njih, ne bi mogao da vrši kontrolu ustavnosti.²³

Nečinjenje kao predmet kontrole

Pravni sistemi uglavnom ne poznaju postupke za ispitivanje neustavnosti propusta zakonodavca.²⁴ U uporednom ustavnom pravu jedini izuzetak od pravila da se kontrola ustavnosti nečinjenja ustavom ne predviđa kao jedna od nadležnosti ustavnog suda, može se naći u ustavu Portugalije. Prema članu 283. st.1. portugalskog ustava, Ustavni sud može ocenjivati i proveravati svaki propust u poštovanju ustava do kojeg je došlo posredstvom izostanka zakonodavnih mera potrebnih za izvršavanje ustavnih odredbi. Ustav ne određuje pojam nečinjenja (propusta) zakonodavca, ali se, na osnovu ograničavanja delovanja Ustavnog suda na slučajeve u kojima su zakonodavne mere potrebne za operativnost ustavnih pravila koja po sebi nisu izvršna, smatra da je Ustav insinuirao da svako “ćutanje” zakonodavca ne treba da bude uzeto u obzir prilikom odlučivanja o postojanju

²⁰ Isto, S. 68.

²¹ Videti o tome I. Krbek, n. d. str. 26.

²² N. Kelzen, n. d. S. 68.

²³ Isto, S. 69.

²⁴ J. Steinberger, *Models of Constitutional Jurisdiction*, 1993. p.16.

nečinjenja. U tom smislu, u portugalskoj pravnoj teoriji pravi se razlika između ustavnopravno značajnog nečinjenja i ostalih vidova nečinjenja zakonodavca.²⁵ Većina portugalskih pisaca stoji na stanovištu da se ova podela pravi na osnovu tipa ustavnih pravila u pogledu kojih zakonodavna vlast pokazala inertnost ili pasivnost. U tom smislu, uz ogradu da ne postoje ustavni kriterijumi na osnovu kojih bi se utvrdilo da li su neka pravila samoizvršna, zaključuje se da nije moguće da se utvrdi postojanje neustavnosti uzrokovane nečinjenjem u odnosu na ustavni sistem u celini, već se nečinjenje procenjuje u odnosu na određena pravila čije neizvršavanje narušava ispunjavanje uslova sadržanih u Ustavu. Teorija priznaje da nečinjenje može da se odnosi kako na kršenje normi, tako i kršenje principa Ustava. Da bi uopšte nametale potrebu usvajanja zakonodavnih mera za svoje izvršavanje, ustavne odredbe treba da budu konkretne i detaljne, što načelno, isključuje mogućnost da se ustavnopravno relevantno nečinjenje odnosi na nepisana ustavna načela.²⁶ Ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca mora da bude u vezi sa ustavnim nalogom određene aktivnosti, a propust može da postoji u tri pojavna oblika – u vidu izostanka aktivnosti, u vidu neodgovarajuće aktivnosti i u obliku nedovoljne aktivnosti. Pravo, ili apsolutno, odnosno neuslovljeno potpuno nečinjenje zakonodavca, postoji samo u slučaju izostanka akcije, a u pravnoj teoriji i praksi ustavnog sudstva ističe se da se delimično nečinjenje može kontrolisati i kroz prizmu neustavne aktivnosti, a ne samo neustavnog nečinjenja.²⁷

Prema portugalskim autorima, pogrešno je neustavnost prouzrokovanu nečinjenjem smatrati neustavnošću *ratione temporis*. Osim u izuzetnim i retkim slučajevima u kojima ustavne odredbe određuju rok koji je zakonodavna vlast dužna da poštuje, prost protok vremena ne može da bude dovoljan kriterijum za određivanje da li postoji ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca. Osnovni pokazatelj da li je nečinjenje zakonodavca ustavnopravno relevantno treba da budu pravne posledice inercije. Nečinjenje je važno samo ukoliko inercija, ili pasivnost zakonodavca, konkretno, ili u svetlu okolnosti do kojih je došlo u određenom trenutku vremena, vode “promeni ustavnog plana”.²⁸ Ustavni sud stoji na stanovištu da neustavnost nastala nečinjenjem zakonodavca može da postoji samo kada Ustav nameće specifičan zahtev zakonodavnoj vlasti koja ga ne ispunjava.²⁹ Zakonodavni propust, čak i u restriktivnom značenju, podrazumeva, prema shvatanju Suda, konkretnu i specifičnu odgovornost koju Ustav nameće zakonodavnoj vlasti, onu čije su značenje i obim potpuno definisani, bez ostav-

²⁵ Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 10.

²⁶ Isto, r. 12, 13.

²⁷ Isto, r. 13.

²⁸ Isto, r. 16.

²⁹ Acórdão N.º 474/02 r 2 - uma inconstitucionalidade por omissão só é verificável, quando existir em concreto uma específica incumbência dirigida pela Constituição ao legislador e que este se abstenha de a satisfazer.

ljanja zakonodavcu prostora za manevar u pogledu odluke da li da interveniše, ili ne, a u kojoj bi svrha ustavne odredbe bila ispunjena čim bi se usvojile primjenjive odredbe.³⁰

U pojedinim zemljama kontrola ustavnosti nečinjenja predviđena je odredbama zakona kojima se reguliše rad ustavnog suda. U Mađarskoj je članom 49. Zakona o Ustavnom sudu iz 1989. prvobitno bilo predviđeno da Ustavni sud ima pravo da ustanovi da nadležni organ nije uspeo da ispuni svoj normativni zadatak koji proističe iz njegovog pravnog autoriteta i da je, stoga, prouzrokovao neustavnost. Nadležnost Ustavnog suda da utvrdi propust zakonodavnog organa bila je kvalifikovana kao dalje proširivanje njegovih ovlašćenja za koja se i inače smatralo da su velika.³¹ Bjeekat postupka bilo je nečinjenje koje je prouzrokovalo neustavnost. Stoga se smatralo da dva uslova moraju biti ispunjena: propust zakonodavnog organa i sledstvena neustavna situacija.³² U praksi Ustavnog suda držalo se da propust postoji ne samo kad se zakonodavni organ ne pridržava obaveze koja proističe iz konkretnog ovlašćenja, odnosno obaveze da donese zakon određene sadržine,³³ nego i u slučaju kad organ nije konkretno ovlašćen, odnosno obavezan da nešto čini, već postoji pitanje koje treba regulisati zakonom. Da određeno pitanje treba da bude regulisano zakonom i bez izričitog ustavnopravnog naloga zakonodavcu, smatralo se da postoji kad je nedostajuće zakonodavstvo neophodno za ostvarivanje pojedinih ustavnih prava,³⁴ pa i kad je zakonodavac usvojio relevantne zakone, ali je njihov sadržaj neodgovarajući, što generiše neustavnu situaciju.³⁵ Posebni slučajevi neustavnosti nečinjenja postojali su kad je parlament propustio da donese amandmane na zakon koji je promenama Ustava postao neustavan, kao i u slučaju propusta u harmonizovanju domaćeg prava sa međunarodnim.³⁶

³⁰ Acórdão N.º 424/2001 r.2 - "omissão legislativa" (mesmo acolhendo uma visão restritiva do conceito), pois se configurava uma muito concreta e específica incumbência cometida pela Constituição ao legislador, perfeitamente definida no seu sentido e alcance, sem deixar qualquer margem de liberdade quanto à sua decisão de intervir ou não, mostrando-se cumprido o desiderato constitucional logo que emitidas as correspondentes normas.

³¹ M. Dszó, *Constitutional Law in Hungary*, 2010, p. 196.

³² Isto, n. m.

³³ Ustavni sud je utvrdio da Zakonom o pravima nacionalnih i etničkih manjina političko predstavljanje manjina nije regulisano u obimu i na način koji je predviđen Ustavom. - Decision 35/1992. (VI. 10.)

³⁴ U Odluci 22/1990 Ustavni sud je stao na stanovište da zahtevi zaštite ustavnog poretka i prava građana mogu da nameću obavezu da se izvrši dužnost normativnog regulisanja, čak i bez specifičnog ovlašćenja - Decision 22/1990. Treba ipak istaći da se u tom slučaju radilo o propusti Saveta ministara, a ne parlamenta.

³⁵ Decision 15/1998.

³⁶ L. Csink, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, p. 11-13.

Novi mađarski Zakon o Ustavnom sudu iz 2012. u članu 46. donekle menja dosadašnji koncept kontrole ustavnosti nečinjenja. Za razliku od rešenja Zakona iz 1989. koji je kontrolu ustavnosti nečinjenja uređivao kao apstraktni postupak, novi Zakon kontrolu ustavnosti nečinjenja ne poznaje kao posebnu nadležnost Ustavnog suda,³⁷ već propisuje da se utvrđivanje (deklarisanje) neustavnosti vrši u proceduri sprovedenoj u okviru vršenja (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda. Zakon izričito određuje koji će se slučajevi smatrati nečinjenjem. U njih, prema stavu 2. člana 46. spada: 1. kad zakonodavac propusti da izvrši zadatak koji se izvodi iz međunarodnog ugovora, 2. kad odgovorajući propis nije usvojen uprkos činjenici da se zadatak donosioca normi može izvesti iz izričitog ovlašćenja sadržanog u pravnom propisu i 3. kad nije potpun suštinski sadržaj pravnog propisa koji se može izvesti iz Ustava.

Budući da pitanje nečinjenja može da bude pokrenuto i efikasno razmotreno u kontekstu drugih procedura pred ustavnim sudom, pojedini autori smatraju da nema potrebe da se uvodi poseban postupak za ocenu ustavnosti propusta zakonodavca.³⁸ U SR Nemačkoj načelno se smatra da propusti zakonodavca, kao takvi, nisu pogodni da budu predmet postupka apstraktne normativne kontrole.³⁹ Savezni ustavni sud je to jasno formulisao: zakon se ne može kasirati ukoliko nešto ne reguliše.⁴⁰ Drži se, međutim, da nekompletna pravna norma može da bude predmet apstraktne normativne kontrole, ali u takvom slučaju pravna praznina nije izolovana, već je uzeta u obzir i kontrolisana kao deo norme.⁴¹ Istovetno je i sa postupkom konkretne kontrole ustavnosti zakona.

U SR Nemačkoj nečinjenje zakonodavca može da bude predmet postupka rešavanja spora između federacije i federalnih jedinica, kao i spora između ustavnih organa. Prema odredbi člana 64. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, aplikacija će u takvim postupcima biti prihvatljiva samo ako njen podnosilac tvrdi da su mu postupak, ili propust suprotne strane, naškodili, ili ga direktno ugrozili. Pravno je relevantno u takvim slučajevima da li je protivnik aplikacije dužan da preduzme akciju, a u nauci se ističe da zakonodavni postupak nudi nebrojane varijante pogrešnog nečinjenja.⁴²

Kontrola ustavnosti nečinjenja može u SR Nemačkoj da bude predmet i postupka po ustavnoj žalbi. Propusti svih vlasti se smatraju "merama javne vlasti" pa su podobni da predstavljaju samostalni predmet ustavne žalbe.⁴³ Pojedini čla-

³⁷ Péter Raczolay, Shanges in the Sompetences of the Hungarian Sonstitutional Sourt, p. 1.

³⁸ J. Steinberger, n. m.

³⁹ C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991. S. 125.

⁴⁰ ...ein Gesetz kann nicht für nichtig erklären werden, soweit es etwas nicht regeln... – BverfGE 22, 349.

⁴¹ C. Pestalozza, n. m.

⁴² Takvi su, primera radi, slučajevi kad Bundesrat predlog zakona nije uputio Bundestagu u skladu sa čl.76. Osnovnog zakona, ili kad Bundesrat razmatra i odlučuje o zakonu koji mu nije ni upućen, itd - C. Pestalozza, S. 111.

⁴³ R.Zück, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, S. 227.

novi Zakona o Saveznom ustavnom sudu izričito spominju propuste organa vlasti. Član 92. propisuje da će se u razlozima žalbe precizirati akt, ili propust organa javne vlasti za koji se tvrdi da narušava prava. Ipak, propusti zakonodavne vlasti bili su posebno problematični predmet žalbe. U teoriji su postavljena tri značajna pitanja: 1. da li je ustavna žalba protiv legislativnih propusta uopšte moguća, 2. kada je takva ustavna žalba dopuštena i 3. kada je takva ustavna žalba osnovana. Na prvo pitanje, na osnovu izričitih članova Zakona, daje se nedvosmislen odgovor da je takva žalba moguća. Dopuštenost ustavne žalbe protiv propuštanja zakonodavne vlasti ravna se po opštim zahtevima za ustavnu žalbu, ali da bi do pravog propuštanja došlo neophodno je da postoji izvesna ustavna dužnost postupanja zakonodavca. Pretpostavka svake dužnosti postupanja zakonodavca je pozitivnopravno određena ustavna norma koja legislativu obavezuje na specifično činjenje, odnosno, kako to Savezni ustavni sud određuje, na donošenje određenog zakona.⁴⁴ Isprva je Savezni ustavni sud negirao mogućnost osporavanja zakonodavnog propusta posredstvom ustavne žalbe, stajavši na stanovištu da pojedinac ne može da ima mogućnost podnošenja sudu zahteva kojim bi se zakonodavac naterao da deluje. Prvi Senat Saveznog ustavnog suda je ukazivao da Ustavni sud nije zakonodavno telo i da nije na njemu da uzima ulogu zakonodavca.⁴⁵ Pri tome su "opšta obavezivanja" zakonodavca kao što su ustavno određivanje SR Nemačke kao socijalne države, ili "dužnost unapređivanja zakona" diskutabilne dužnosti nametnute zakonodavcu. Prvi Senat Saveznog ustavnog suda jasno je istakao da princip socijalne države iz člana 20 Ustava nije konkretizovan što, u pojedinim njegovim aspektima, ostavlja slobodu zakonodavcu da odluči kako će taj nalog biti ispunjen.⁴⁶ Samo ukoliko bi zakonodavac proizvoljno, odnosno bez činjeničnog osnova, propustio ustavnu dužnost da u socijalnoj sferi postigne podnošljivu ravnotežu suprotstavljenih interesa, kao i podnošljivih uslova života za sve, tada bi pojedinac ustavnom žalbom mogao da podnese zahtev koji bi bio podoban za sudske ispitivanje.⁴⁷ U komentarima je istaknuto da se iz takve, donekle nejasne formule, ne može izvesti nikakav praktičan zaključak.⁴⁸ Savezni ustavni sud je svoj stav da princip socijalne države ne govori o pojedinostima svog ispunjenja, što ostavlja slobodu odlučivanja zakonodavcu, zasnovao i na sledećem rezonovanju: da je drugačije, princip socijalne države bi dospeo u koliziju sa prin-

⁴⁴ BVerfGE 6, 257, 256 - Führt der Gesetzgeber den Verfassungsauftrag zum Erlass eines bestimmten Gesetzes ...so kann auch gegen ...Unterlassen eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

⁴⁵ U svom Zaključku od 19. decembra 1951 - BVerfGE 1, 97 - Das Bundesverfassungsgericht ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.

⁴⁶ BVerfGE 1, 97 - Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun...

⁴⁷ Isto.

⁴⁸ E. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1962, S. 66.

cipom demokratije, a demokratsko uređenje, kao poredak slobodnog političkog procesa, bi bilo bitno ograničeno, kada bi političkom obrazovanju volje unapred bila zadata ustavnopravna obaveza koja se ne može drugačije rešiti.⁴⁹

Poseban slučaj ulaganja ustavne žalbe protiv propusta zakonodavca u SR Nemačkoj može da nastane u vezi sa klauzulom jednake zaštite. Ako zakon favorizuje određene grupe lica, dok propuštanjem isključuje druge i narušava klauzulu jednake zaštite, onda se takav vid nečinjenja zakonodavca može smatrati neustavnim i može biti predmet ustavne žalbe pripadnika isključene grupe.⁵⁰ Reč je zapravo o neizvornim (relativnim) propustima zakonodavca, o slučajevima kada, za razliku od apsolutnog propuštanja, ipak postoji pravna norma koja ne odgovara zahtevu jednake zaštite, jer iz nje isključuje određene grupe.⁵¹ U praksi Ustavnog suda, u takvim slučajevima, donošene su i posebne interpretativne odluke (videti dalji tekst).

Postupak kontrole nečinjenja i dejstvo odluka

U vezi sa kontrolom nečinjenja zakonodavca, posebno je teorijski važno sagetati da li postoji mogućnost da sâm ustavni sud pokrene postupak, ili da postupak pokrenu građani. Priroda i domašaj pravnog dejstva odluka opredeljuju karakter kontrole ustavnosti nečinjenja.

Ustav Portugalije propisuje u članu 283. st.1. da se postupak pokreće na zahtev predsednika Republike, Ombudsmana ili predsednika zakonodavnih tela autonomnih provincija, u slučaju kršenja jednog ili više prava autonomnih regiona. U praksi Ustavnog suda te države veoma je mali procenat slučajeva odlučivanja o neustavnosti nečinjenja i svi su pokrenuti na zahtev ombudsmana.⁵² Sud nema mogućnost da pokrene postupak *ex officio*. Prema stavu 2. istog člana Ustava, kad Ustavni sud utvrdi da postoji nečinjenje (propust) o tome *obaveštava* zakonodavca. Takvo rešenje odražava ideju da Sud, kad utvrdi da postoji zakonodavni propust, zapravo ukazuje na potrebu da se takav propust ukloni. To je poziv sa političkim i pravnim značajem koji Ustavni sud čini nadležnim organima da bi oni preduzeli akciju i doneli pravne akate koji treba da doprinesu izvršavanju ustava.⁵³ Odluka Ustavnog suda ne ukazuje ni na kakav kriterijum za oblikovanje nedostajuće zakonske regulative, niti daje bilo kakvu preporuku o rokovima u ko-

⁴⁹ BVerfGE 59, 231.

⁵⁰ BVerfGE 15, 46.

⁵¹ Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's case-law, Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008, p. 18.

⁵² Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 34, 35.

⁵³ G. Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, 7th ed., p. 1039. navedeno prema Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 50.

jima promene treba da budu izvršene. Iako nema sumnje da, pružajući osnov za svoju odluku i objašnjavajući razloge zbog kojih je utvrdio da se Ustav ne poštuje, Ustavni sud određuje smisao i obim zakonodavnog propusta, to ipak ne podrazumeva da odluka definiše normativni kriterijum koji bi imao efekat promene ili potiskivanja zakonodavnog propusta. Odluka je ograničena samo na nalaz neustavnosti i potonje informisanje nadležnog zakonodavnog organa.⁵⁴

Prema članu 49. st. 1. nekadašnjeg Zakona o Ustavnom sudu Mađarske, postupak utvrđivanja nečinjenja zakonodavca mogao je da bude pokrenut *ex officio*, ili na bilo čiji zahtev (*actio popularis*). U teoriji je isticano da pokretanje postupka *ex officio* može u praksi da ustanovi permanentnu funkciju monitoringa ustavnog suda, koja bi jasno bila u suprotnosti sa originalnom ulogom tog tela.⁵⁵

Ukoliko bi utvrdio neustavnost, prema istoj odredbi Zakona, Ustavni sud Mađarske bio je ovlašćen da pozove zakonodavca da ispuni svoju dužnost, određujući mu rok. U obrazloženju svojih odluka Ustavni sud je navodio argumente na osnovu kojih je utvrđen propust. Iako se za ovu nadležnost Ustavnog suda smatralo da logično polazi od pretpostavke da zakonodavac treba da eliminiše propust i da se od Ustavnog suda ne može očekivati da preduzme odgovornost zakonodavca, u praksi je Ustavni sud koristio ovu nadležnost na aktivan način, nametavši pozitivne uslove za donošenje zakona što je pojedine sudije navelo da takve odluke smatraju svojevršnim *mandamus* – *om*, ustavnim mandatom za vršenje zakonodavstva.⁵⁶ Zapravo, u slučaju nečinjenja koje se sastoji u propustu da se ispuni jasno naznačena legislativna dužnost, Ustavni sud nije činio ništa drugo do utvrđivanja takvog propusta, bez davanja zakonodavcu bilo kakvih smernica o sadržini norme koja treba da bude usvojena, dok je u slučaju praznina u zakonu, odnosno situacija kada je neustavnost nastala kao posledica izostanka odredbi specifične sadržine (naročito onda kada takav izostanak onemogućava ostvarivanje određenih ustavnih prava), Ustavni sud određivao pozitivne zahteve zakonodavcu kako da reguliše određeno pitanje, čime je, po, shvatanju pojedinih autora, jasno prekoračio ulogu negativnog zakonodavca.⁵⁷ Legislativa je bila u obavezi da usvoji normu koja uklanja neustavnu situaciju. U slučaju ponovnog propuštanja, odnosno izostanka normi koje bi uklonile neustavnost, nije bilo nikakvih pravnih sankcija, budući da ni poslovnik parlamenta, ali ni poslovnik vlade, nisu sadržavali odredbe o implementaciji odluka Ustavnog suda kojima je utvrđena neustavnost. To je rodilo pitanje odnosa ove nadležnosti prema drugim nadležnostima Ustavnog suda, naročito zbog toga što je u praksi Ustavni sud ponekad pribega-

⁵⁴ Isto, n. m.

⁵⁵ M. Deszo, n. d. r. 197.

⁵⁶ P. Paczolay, Experience of the Execution of Constitutional Court's Decisions Declaring Legislative Omission in Hungary, Report for Conference on Execution of the Decisions of Constitutional Courts: A Cornerstone of the Process of Implementation of Constitutional Justice, CDL-JU(2008)029, p. 3.

⁵⁷ Isto, n. m.

vao prekidanju postupka kontrole ustavnosti koji može da vodi ukidanju nekompletnog zakona i optirao za deklarisanje neustavnosti nečinjenjem.⁵⁸ Pojedini autori stajali su na stanovištu da zbog pomanjkanja sankcija za izostanak izvršavanja odluka Ustavnog suda, deklarisanje neustavnosti nečinjenjem ne treba da zameni poništavanje neustavnih odredbi.⁵⁹

Novi Zakon o Ustavnom sudu, iako propisuje da se utvrđivanje (deklarisanje) neustavnosti vrši u proceduri koja se sprovodi u okviru vršenja (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda, zadržava rešenje prema kome Ustavni sud poziva zakonodavca da ispuni svoj zadatak u roku koji mu odredi. Na koji način će takvo ovlašćenja Suda biti spojivo sa prirodom i sadržinom odluka koje se donose u vršenju (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda, ostaje da se vidi.

U SR Nemačkoj kontrola ustavnosti nečinjenja koja je predmet postupka rešavanja spora između federacije i federalnih jedinica, kao i spora između ustavnih organa započinje na način na koji započinju ti postupci. Prema članu 67. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, Sud se u svojoj odluci izjašnjava da li je ožalbeno nečinjenje protivnika aplikanta prekršilo odredbu Osnovnog zakona. U odluci mora da bude navedena odredba Osnovnog zakona koja je prekršena. U slučaju da je o nečinjenju odlučivano u okviru postupka po ustavnoj žalbi, postupak mogu da pokrenu i pojedinci. Da bi stranački sposoban pojedinac mogao da uloži ustavnu žalbu protiv nečinjenja zakonodavca potrebno je da bude lično, trenutno i neposredno pogođen u svojim pravima. Uslov da je žalilac lično i trenutno pogođen načelno je ispunjen ukoliko on ukaže da postoji određeni stepen verovatnoće da su njegova prava ugrožena zakonodavčevim propustom da udovolji obavezi zaštite, odnosno ukoliko žalilac spada u (isključenu) grupu koja je pogođena nečinjenjem zakonodavca. Neposredna pogođenost podrazumeva povredu prava bez daljih izvršnih akata koji bi sledili zakonodavčevom (ne)činjenju.

Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede osnovnih prava, može da pribegne različitim rešenjima. Načelno, Sud poništava zakon koji sadrži pravnu prazninu. Međutim, u slučaju izvornog propuštanja, odnosno u prilici kada zakon nije ni donesen, razume se, ne može ni da bude poništen. Tada Sudu na raspolaganju ostaje jedino da svojom odlukom utvrdi da je došlo do povrede osnovnih prava, odnosno da, u skladu sa čl. 95. st. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, navede koja je odredba Osnovnog zakona povređena nečinjenjem zakonodavca. Pod određenim okolnostima Sud ne proglašava zakon ništavim, već inkompatibilnim sa Osnovnim zakonom, što predstavlja posebno ovlašćenje Ustavnog suda SR Nemačke. U kontekstu zaštite jednakosti, takva odluka ima svoj *ratio*, jer bi poništavanje zakona napalo i sve druge grupe, pravilno uključene u zakonsko regulisanje.⁶⁰ Ukoliko zakonodavcu stoji na raspolaganju više mogućnosti za ispravljanje

⁵⁸ M. Deszo, n. d. r. 199.

⁵⁹ P. Paczolay, n. d. r. 4.

⁶⁰ H. Steinberger, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on The Federal Republic of Germany, Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level I*, 1991, p. 195, 196.

povrede Ustava, utoliko se postavlja pitanje može li Ustavni sud SR Nemačke da ukaže na takve mogućnosti, i ako može, na koji način to čini? Takođe, može se postaviti pitanje da li Ustavni sud može da utiče na zakonodavca regulišući konkretne posledice svoje odluke?

U odluci kojom zakon proglašava inkompatibilnim Osnovnom zakonu, Ustavni sud može u samom dispozitivu odluke da navede grupu koja je izuzeta iz zakonskog regulisanja, što se u teoriji smatra intervencijom Ustavnog suda u cilju unapređenja statusa ugrožene grupe.⁶¹ Sud može da reguliše i konkretne posledice svoje odluke, odnosno da obaveže legislativu da u određenom vremenskom okviru uskladi svoje činjenje sa Ustavom.⁶² Posebno pitanje u vezi sa odlukama Ustavnog suda kojima se deklariše inkompatibilnost je koji je propis na snazi dok se ne donese novi zakon? Odluka Suda kojom se deklariše inkompatibilnost zakona sa Ustavom zbog favorizovanja određenih grupa, uz izostavljanje drugih, najčešće deluje tako da zakon ostaje na snazi, ali da se ne može primenjivati na konkretne slučajeve povodom kojih je pokrenut postupak akcesorne kontrole, (tada se zastaje u postupku pred redovnim sudom), ili postupak po ustavnoj žalbi.⁶³ U obrazloženju odluke, Sud može da specifikuje mogućnosti koje zakonodavcu stoje na raspolaganju za ispravljanje neustavnosti. Posebno pitanje je međutim da li Ustavni sud raspoláže određenim sredstvima u slučaju da se zakonodavac ogлуši o odluku kojom se deklariše inkompatibilnost? Načelno, Sud nema mogućnosti da zakonodavca natera da u okviru određenog vremenskog perioda ispravi inkompatibilnost. Međutim, u pojedinim, doduše retkim slučajevima, Sud je svojom odlukom sugerisao redovnim sudovima da po isteku vremenskog perioda koji je ostavljen zakonodavcu za ispravljanje inkompatibilnosti, nastave sa zastalim postupcima i da ih okončaju u skladu sa Ustavom, odnosno u skladu sa neophodnim izmenama zakona, čak i ukoliko se zakonodavac ponovo ogлуši o svoju obavezu.⁶⁴ U dva slučaja u vezi sa zakonskim rešenjima o prekidu trudno-

⁶¹ K.Schlaich, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux – Tribunal constitutionnel federal allemande, Revue internationale de droit compare, 1981, p. 371. Primeira radi, u odluci BVerfGE 116,243 Ustavni sud, deklarišući inkompatibilnost, jasno naznačava da Zakon otransseksualcima nije u skladu sa Ustavom jer *izuzima transseksualce strance* ...iz prava na promenu imena...

⁶² U navedenoj odluci o Zakonu o transseksualcima Sud je u dispozitivu odredio rok zakonodavcu da do 30. juna 2007. donese novi propis koji je u skladu sa Ustavom.

⁶³ K. Schlaich, n. d. r. 373.

⁶⁴ BVerfGE 115, 259 – Odluka je donesena u postupku konkretne kontrole zakonodavstva koje se odnosilo na promociju zapošljavanja, a za koje je Ustveni sud držao da predstavlja propust zakonodavca, budući da nije predvidelo da se u kvalifikovani period osiguranja za slučaj nezaposlenosti računa vreme u kojem žena prekine obavezno osiguranje po osnovu zaposlenosti, zbog zabrane zapošljavanja po osnovu zakonodavstva o zaštiti materinstva. Sud je utvrdio inkompatibilnost sa Ustavom i odredio rok zakonodavcu za njegovo ispravljanje, ali je takođe predvideo da se u sudskim i upravnim postupcima koji nisu pravosnažno, odnosno konačno završeni, u slučaju da se zakonodavac u ostavljenom periodu ogлуši o nalog Suda, primenjuju odredbe zakonodavstva o promociji zapošljavanja, ali uz neophodne izmene!!

će Sud je izričito odredio pravila koja će biti upotrebljavana, dok novo zakonodavstvo ne stupi na snagu.⁶⁵ Iako se u naučnim komentarima smatra da je to primer kako ustavni sud u kontroli propusta zakonodavca deluje kao “privremeni pozitivni zakonodavac”,⁶⁶ treba ipak istaći da pravila koja je Sud odredio zapravo predstavljaju postojeća rešenja čiju je važnost proširio i na pitanje koje je ostalo neregulisano.

ZAKLJUČAK

Pravne praznine koje nužno postoje u pravnom poretku nisu uvek propusti zakonodavca, u pravom smislu te reči. Suštinu zakonodavnog nečinjenja predstavljaju propusti u slučajevima kada je ustavotvorac propisao izvesne smernice, zahteve i obaveze zakonodavcu, tako da se propust zakonodavca može smatrati neodgovarajućim izvršenjem ustavnih naloga i dužnosti vršenja zakonodavne funkcije. Kontrola ustavnosti nečinjenja zakonodavca izražava suprematiju ustava i predstavlja, možda i najdoslednije izvedeno, zalaganje da se njom obuhvati što veći broj akata i radnji. Pristupu prema kome delotvorna zaštita ustava iziskuje da se kontroli ustavnosti podvrgnu i određeni propusti zakonodavca, odgovara dinamično i aktivno ustavno sudstvo, što je vidljiv trend savremene sudske kontrole ustavnosti.

Nečinjenje zakonodavca može da bude predmet kontrole ustavnosti u različitim postupcima pred ustavnim sudovima. U Evropi je samo jedna država u svom ustavu izričito opredelila nadležnost ustavnog suda da vrši kontrolu ustavnosti nečinjenja u posebnom postupku. Uprkos tome, ustavni sudovi pojedinih država, na osnovu zakona kojima se uređuje njihov rad, ili bez izričitog ustavnopravnog uporišta, započeli su da kontrolišu ustavnost nečinjenja zakonodavca. Oni su to počeli da čine, imajući u vidu raznolikost mogućnosti narušavanja ustava nečinjenjem i potrebu zaštite temeljnih ustavnih vrednosti. Pritom, u narušavanja ustava koja su kontrolisali nisu uvrštavali svako “ćutanje” zakonodavca, ili njihove “propuste” da udovolje velikom broju ustavnih odredbi koje sadrže neodređene pojmove i programska načela i na taj način nisu iskoračili iz svoje pozicije “negativnog zakonodavca”. Naprotiv, u pitanju su ustavnopravno relevan-

⁶⁵ Prva odluka je BVerfGE 39, 1 – Reč je o veoma složenom predmetu ocene ustavnosti krivičnog zakonodavstva prema kome je abortus u prvih dvanaest nedelja od začeća nekažnjiv. Sud je smatrao da je takvo rešenje ništavo, jer je prekid trudnoće izuzelo iz kažnjavanja i onda kad ne postoje razlozi koji bi mogli opstati pred ustrojstvom ustavnih vrednosti. Sud je smatrao da prevashodno zakonodavac odlučuje kako će država ispuniti svoje obaveze na efektivnu zaštitu života, ali i da zakonodavac može da bude obavezan da za zaštitu života koji se razvija upotrebi sredstva krivičnog zakonodavstva. Međutim, Sud je, za period dok zakonodavac ne donese nova rešenja, zapravo ukazao na slučajeve kada bi prekid trudnoće, prema važećim rešenjima, u prvih dvanaest nedelja od začeća, bio opravdan, što bi se smatralo osnovom isključivanja krivične odgovornosti.

⁶⁶ A. R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, u K.B.Brown, D.V. Snyder (ed.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2012. p. 564.

tni propusti. Oni mogu da se odnose na raspodelu nadležnosti u federaciji, ili između ustavnih organa, kao i na nedostajuće zakonodavstvo neophodno za ostvarivanje određenih prava, ili izostanak pojedinih normi kojim se narušava jednaka zaštita. Dakle, potreba i nužnost zaštite ustavom raspodeljenih nadležnosti i ustavom garantovanih ljudskih prava i temeljnih ustavnih principa u vezi sa ljudskim pravima, u velikoj meri su opredelili kontrolu ustavnosti nečinjenja zakonodavca.

Kada utvrde neustavnost nečinjenja, ustavni sudovi mogu o svojoj odluci da obaveste zakonodavca, mogu izričito ili implicitno da odrede kako zakonodavac treba da reguliše određeno pitanje, mogu da pribegnu deklarisanju ustavne inkompatibilnosti zakona koji ne sadrži odgovarajuće norme, uz navođenje roka zakonodavcu da svoje činjenje uskladi sa ustavom, pa čak, u pojedinim slučajevima, kao što to pokazuje primer SR Nemačke, da ukažu kako sudovi treba da deluju, ili da odrede pravila koja će se privremeno primenjivati. Da li je sve to dovoljno da se zaključi da se ustavni sudovi ne uklapaju u ulogu "negativnog zakonodavca"? Čini se međutim da bi takav zaključak bio tentativan i da se, naročito na osnovu činjenica da ne postoje sankcije za eventualno oglašavanje zakonodavca o zahteve ustavnog suda za ispravljanje neustavnosti nečinjenja, ili na osnovu činjenice da ustavni sudovi, upućujući na privremenu primenu određenih pravila, ipak ukazuju na pravila koja je usvojio zakonodavac, još uvek može smatrati da su takvi zahtevi i delovanje ustavnih sudova u okvirima njihove, doduše veoma aktivne, ali ipak prihvatljive i poželjne uloge zaštite ustavnosti.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGISLATIVE OMISSION

Summary

In this paper the author analyses the possibility of controlling the constitutionality of legislative omissions and the comparative law solutions relation to that issue. The legislative omission may be considered as improper execution of requirements of the constitution and the duty to legislate. Comparative analysis shows that the legislative omission may be subject to the control of the constitutionality in various proceedings before the constitutional courts and constitutional courts issue decisions that have different legal effects. The author is of the opinion that is tentative the conclusion according to which control of constitutionality of legislative omission means that constitutional courts do not fit in the role of a "negative legislator". This standpoint is based on the fact that there is no sanctions for legislature's eventual failure to meet the constitutional court's requests for correcting its unconstitutional omissions. It is also based on the fact that the constitutional courts, if they, in their decisions on the unconstitutionality of omission, refer to the provisional application of certain rules, however, point to the rules adopted by the legislature.