

Dr. sc. Mato Arlović, sudac
Ustavnog suda Republike Hrvatske

USTAVNOSUDSKI AKTIVIZAM I EUROPSKI PRAVNI STANDARDI¹

UDK: 342 (4)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 1. 10. 2013.

Ljudska i manjinska prava i slobode doživljavaju krajem dvadesetog i početkom dvadeset prvog stoljeća pravi procvat i sveukupnu afirmaciju svuda u svijetu, a osobito u Europi. Veliki doprinos tome dali su Europa i njezine asocijacije, zapravo Vijeće Europe svojom zakonodavnom aktivnošću te Europski sud za ljudska prava svojom jurisprudencijom, kojom je pokazao da uspješno izvršava svoju zadaću zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. U normativnoj djelatnosti Vijeća Europe kojom ona uređuje ljudska prava i temeljne slobode, svakako najznačajnije mjesto u nomenklaturi njezinih pravnih akata zauzima Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. No ona, kao i mnogi drugi međunarodni pravni akti, pati od općenitih formulacija, načela i standarda kojima nije egzaktno i cjelovito određen sadržaj. Radi ostvarivanja ciljeva i svrhe same Konvencije, vezanih uz razvoj, ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda te na osnovi toga doprinošenja ostvarivanju zajedničkih vrijednosti i ciljeva koji proizlaze iz zajedničkog naslijeđa političke tradicije, ideala slobode i vladavine prava, Vijeće Europe nije moglo ostati samo na normativnoj razini, već je ustanovilo Europski sud za zaštitu ljudskih prava. Samu normativnu razradu ostvarivanja i zaštite ljudskih prava Konvencija je primarno uredila kao pravo i dužnost država ugovornica, a tek supsidijarno kao nadležnost Europskog suda.

U obavljanju navedene zadaće Vijeće Europe je pred svoje članice i sam Europski sud postavilo imperativni cilj koji kvalitativno mora ispuniti zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, sadržan u zahtjevu da se ljudska prava i temeljne slobode ne mogu štititi samo formalno, već da se mora osigurati i njihova realna zaštita. U provedbi zaštite konvencijski utvrđenih ljudskih prava i temeljnih sloboda Europski sud se vrlo brzo susreo s čitavim nizom problema koji proizlaze iz općenitosti i nedovoljne određenosti pojedinih njezinih normi. Pritisnut zahtjevom da mora u svom postupanju osigurati djelotvornu, kako formalnu, tako i realnu zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europski sud je sam primjenom sudskog aktivizma i metode evolutivnog tumačenja konvencijskog sadržaja, polazeći od ideala i vrednota izraženih u samoj Preambuli Konvencije, počeo zauzimati stajališta u kojima je izražavao što on razumijeva pod sadržajem pojedinog prava i temeljne slobode što ih utvrđuje Konvencija. Takav njegov rad imao je i ima znatan utjecaj na rad svih, a ponajviše ustavnih sudova u razvoju kvalitete pružanja zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda.

U ovom radu nastoji se povući razlikovanje između diskrecijske ocjene u postupanju i odlučivanju upravnih tijela od metode slobodnog tumačenja pravnih normi i propisa, na jednoj strani te od sudskog aktivizma na drugoj. Naravno da se nastoji ukazati i na zajedničke karakteristike koje povezuju navedene načine postupanja upravnih i sudbenih tijela te tumačenja pravnih normi i pravnih propisa.

¹ Rad je pripremljen i izložen na engleskom jeziku na paneuropskoj konferenciji: "THE EUROPEAN LEGAL STANDARDS OF RULE OF LAW AND THE SCOPE OF DISCRETION OF POWERS IN THE MEMBER – STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE", Armenija, Erevan, 3. – 5. srpnja 2013. g.

Nadalje, nastojalo se u kratkim crtama prikazati razvoj sudskog aktivizma, zatim ukazati na najprezentnije oblike njegova ispoljavanja u praksi Europskog suda i Ustavnog suda za ljudska prava Republike Hrvatske te na neke aspekte međusobnog utjecaja. Također, rad se bavi prednostima i nedostacima sudskog aktivizma, posebice s aspekta očuvanja temeljne linije razdvajanja između zakonodavne i sudbene vlasti te opasnosti da se primjenom pretjeranog sudskog aktivizma ne prijeđe ova linija i da sudbena vlast ne počne zadirati pa i preuzimati zakonodavne prerogative.

Ključne riječi: *zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda, sudski aktivizam, evolutivna interpretacija, ustavnosudski aktivizam, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, vrednote ustavnog poretka, ustavna i moderna demokratska država, samoograničenje sudskog aktivizma.*

1. O DISKRECIJSKOJ OCJENI ORGANA UPRAVE, DISKRECIJSKOM TUMAČENJU PRAVNIH NORMI I USTAVNOSUDSKOM AKTIVIZMU

Diskrecijska (slobodna) ocjena, u pravilu, poima se kao pravo i ovlaštenje upravnog organa "da pri donošenju upravnih akata između dveju ili više mogućnosti bira ono realnije, koje mu se čini najcelishodnije, rukovodeći se pritom sopstvenim nahođenjem i razlozima celishodnosti".²

Međutim, diskrecijska ocjena prisutna je u radu sudova, pa i ustavnog sudovanja (o čemu ću reći na primjeru Ustavnog suda Republike Hrvatske nekoliko riječi).

Pored toga, diskrecijska (slobodna) ocjena u pravu je poznata kao posebna metoda tumačenja pravnih normi, odnosno pravnih propisa, te kao metoda koja se koristi u sklopu metode tzv. sudskog aktivizma, koju primjenjuju ustavni sudovi i Europski sud za ljudska prava.

U djelovanju navedenih tijela, diskrecijska ocjena kao način njihova rada ima niz zajedničkih elemenata, ali sadrži, dakako, i one po kojima se međusobno diferenciraju. Zapravo, da bismo znali o čemu se stvarno radi, nužno je povući liniju razlikovanja za slobodnu ocjenu kad se ona pojmovno i sadržajno odnosi na ovlasti i pravo u djelovanju organa uprave, od slobodne ocjene kao posebne metode u tumačenju pravnih normi, odnosno pravnih propisa, te posebice od slobodne ocjene kad se ona ispoljava kroz specifični sadržajni oblik ustavnosudskog aktivizma.

Bit je diskrecijske ocjene da zakon, odnosno drugi odgovarajući pravni akt, ovlašćuje upravno tijelo da u rješavanju konkretnog slučaja prema svojem poimanju i ocjeni izabere između više mogućnosti onu koja će najbolje odgovarati za rješavanje baš tog slučaja. Upravo zbog toga se smatra da diskrecijska ocjena nije u sferi legalnosti, već u području oportuniteta.

² "Pravna enciklopedija", Beograd, 1979., str. 1310.

Naime, iako je za diskrecijsku ocjenu karakteristično to da njezin ovlaštenik u rješavanju konkretnog spora bira između više mogućnosti "i to konkretno i individualno, s obzirom na potrebe datog slučaja", on ipak nema apsolutnu slobodu, već se "mora rukovoditi opštedruštvenim i stvarnim interesima i interesima stvarne celishodnosti".³ Drugim riječima, između više mogućnosti ovlašteno tijelo uprave u rješavanju konkretnog slučaja treba odabrati onu soluciju koja u konkretnoj situaciji najviše odgovara općem interesu.

Polazeći od već spomenutog načela zakonitosti u radu uprave, razumljivo je samo po sebi da samovoljno vršenje diskrecijske ocjene predstavlja nezakonitost.⁴ Argumentum a contrario, za obavljanje diskrecijske ocjene neophodno je imati zakonsko ovlaštenje. No, kako zakonski propisi relativno rijetko direktno sadrže odredbe o diskrecijskoj ocjeni, češći su slučajevi indirektnog upućivanja na nju. U tu svrhu donositelj propisa (zakonodavac) "upotrebljava različite izraze kojima podjeljuje diskrecijske ovlasti, kao npr. "tijelo može", "po nahođenju", "prema potrebi", "tijelo će vodeći računa o cjelishodnosti".⁵ Ili jednostavno: "tijelo će prema okolnosti slučaja", itd.

Dakle, za diskrecijsku ocjenu u postupanju tijela državne uprave važno je sljedeće: a) njezin ovlaštenik, kad je primjenjuje, ne smije se voditi načelom zakonitosti, već načelom oportuniteta i to tako da rješenje konkretnog slučaja najviše odgovara općem interesu; b) za obavljanje diskrecijske ocjene tijela uprave moraju imati bilo direktno i/ili indirektno zakonsko ovlaštenje i c) kod diskrecijske ocjene primarna je volja ovlaštenika koji primjenjuje "pravne norme i ona se za svaki novi događaj ponovno utvrđuje nezavisno od toga koliko je on sličan nekom prijašnjemu".⁶

Međutim, bilo bi pogrešno iz navedenoga pomisliti da akt, kojim se vrši diskrecijska ocjena, u cijelosti ne podliježe ocjeni zakonitosti. Naime, važno je podsjetiti se da u svakom pravnom aktu postoje neki njegovi dijelovi koji su pravno povezani. To su, primjerice, ona pitanja koja su vezana uz nadležnost, koja uređuju pravilnost postupka kod njegovog donošenja ili kod utvrđivanja činjeničnog stanja i sl. Sva pitanja koja se tiču pravne povezanosti pravnog akta podliježu kontroli zakonitosti.

Navedena stajališta kod, radno govoreći, čiste i cjelovite diskrecijske ocjene navedena načela vrijede i kod ustavnog sudovanja.

Navedena konstatacija proizlazi iz pojedinih odredbi, npr. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.⁷ Tako npr. člankom 31., stavkom 4. Ustavnog zakona, dana je mogućnost Ustavnom sudu da sam, dakle po diskrecijskoj ocjeni, odredi tijelo kojem povjerava provedbu svoje odluke, odnosno rješenja, dok je

³ Isto, str. 1310.

⁴ Isto, str. 1310. O diskrecijskoj ocjeni više kod I. Borković: "Upravno pravo", Zagreb, 2002., str. 82-88.

⁵ I. Borković: "Upravno pravo", Zagreb, 2002., str. 85.

⁶ Isto, str. 87.

⁷ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 49/02.

u stavku 5. dobio diskrecijsko ovlaštenje da na temelju svoje ocjene sam može odrediti način provedbe svoje odluke, odnosno rješenja.⁸ Naravno da je ove diskrecijske ovlasti Ustavni sud Republike Hrvatske do sada u svom radu koristio i koristi.⁹

Ustavni zakon, osim toga, sadrži pojedine odredbe koje mu daju diskrecijske ovlasti, ne samo u klasičnom smislu, već istodobno sadrže i mogućnost uporabe diskrecijske ocjene koja može za istovrsne slučajeve u budućnosti imati tzv. ustavnosudski aktivistički učinak. Tako npr. člankom 45.,¹⁰ dana je ovlast Ustavnom sudu da on može do donošenja konačne odluke privremeno obustaviti izvršenje pojedinačnih akata ili radnji ako bi njihovim izvršenjem mogle nastupiti teške i nepopravljive posljedice. Dakako, radi se o aktima i radnjama koje se poduzimaju na osnovi zakona ili drugog propisa čija se suglasnost s Ustavom, odnosno zakonom ocjenjuje.

Diskrecijska ovlast proizlazi iz mogućnosti Ustavnog suda da privremeno obustavi izvršenje pojedinačnih akata ili radnji ako on ocijeni, vodeći se pored pravnih pravila i načelom oportuniteta, da će njihovim izvršenjem za podnositelja nastupiti teške i nepopravljive posljedice. Drugim riječima, Ustavni sud će kod donošenja svoje slobodne ocjene *volens nolens* morati razmotriti u konkretnom slučaju, pored pravnih, i realne okolnosti u kojima je isti nastao, odvija se i rješava se.

Drugi primjer vezan je uz članak 63., stavak 1.,¹¹ koji uređuje obvezu Ustavnom sudu na pokretanje postupka po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, pored inog, i "u slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice". U oba navedena primjera nedvojbeno je propisana mogućnost diskrecijske ocjene Ustavnog suda Republike Hrvatske. No, kad je u pitanju postupanje Ustavnog suda po citiranom stavku 1. članka 63. Ustavnog zakona

⁸ Članak 31. ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske glasi: "(1) Odluke i rješenja ustavnog suda obvezatni su i dužna ih je poštivati svaka fizička i pravna osoba. (2) Sva tijela državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave dužna su u okviru svog ustavnog i zakonskog djelokruga provoditi odluke i rješenja Ustavnog suda. (3) Vlada Republike Hrvatske osigurava preko tijela državne uprave provedbu odluka i rješenja Ustavnog suda. (4) Ustavni sud može sam odrediti tijelo kojem povjerava svoje odluke, odnosno rješenja. (5) Ustavni sud može odrediti način provedbe svoje odluke, odnosno rješenja (sve podvukao M. A.).

⁹ Vidjeti npr. odluku U-II-1118/2013 od 22. svibnja 2013. g.

¹⁰ Članak 45. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 49/02, u cjelini glasi: "Ustavni sud može, do donošenja konačne odluke, privremeno obustaviti izvršenje pojedinačnih akata ili radnji koje se poduzimaju na osnovi zakona ili drugog propisa, čija se suglasnost s Ustavom, odnosno zakonom ocjenjuje, ako bi njihovim izvršenjem mogle nastupiti teške i nepopravljive posljedice."

¹¹ Članak 63., stavak 1. istog Ustavnog zakona propisuje: "(1) Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju kad o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud ili u slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelje ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice" ... (2) ...

o Ustavnom sudu, pored diskrecijske ocjene, kod utvrđivanja postojanja uvjeta temeljem kojih on, ako postoje takvi uvjeti, mora pokrenuti postupak, zapravo mora utvrditi što razumijeva pod grubim vrijeđanjem ustavnih prava te mogućnosti nastanka teških i nepopravljivih posljedica. Nastavno se otvara pitanje kakav je učinak navedenih pojmova – pravnih standarda na konkretni slučaj s jedne strane, a s druge strane na sve druge istovrsne slučajeve u budućnosti. Naime, postavlja se sasvim konkretno pitanje: imaju li pravno tumačenje i njegova primjena kod provedbe pravnih standarda, polazeći od članka 63., stavka 1., kad se temelje na diskrecijskom ovlaštenju i diskrecijskoj ocjeni, istovjetni učinak kao diskrecijska ocjena upravnih vlasti?¹²

Da bismo mogli odgovoriti na postavljeno pitanje, potrebno je ukazati koji je značaj i doseg tumačenja pravne norme kad ju čini ovlašteno tijelo, te koji je značaj i stupanj obveznosti odluka i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske.

Polazeći od većinski prihvaćenog shvaćanja da i kod slobodnog tumačenja "tumač nesumnjivo mora biti vezan tekstem norme koju tumači, a koja je za njega obavezna, njegov cilj mora biti da tu normu točno protumači takvu kakva je, a ne da namesto nje stvara novu. (...) Zapravo, tumačenje, pak jeste utvrđivanje značenja date norme, a ne stvaranje nove. Tumač ima da se kreće u okviru norme koju tumači, a to znači u okviru njenog jezičnog značenja."

No, kad jednom tumač utvrdi pravilno i točnu namjenu pravne norme koju tumači, onda se ona primjenjuje tako protumačena na sve istovrsne slučajeve. Zbog toga, neovisno o zajedničkim strukturnim elementima, teoretičari prava povlače razlike između diskrecijske ocjene u upravi i slobode u tumačenju pravne norme. Tako Ivo Borković piše: "Pri usporedbi interpretacije i diskrecijske ocjene kriterij je sloboda opredjeljivanja primjenjivača pravne norme. Kad primjenjivač pravne norme ima pred sobom takvo pravno pravilo u kojem je nedovoljno jasno izražena namjera njegova donosioca, tada primjenjivač takvog pravila treba logičkim, gramatičkim, pravnim i drugim načinom tumačenja utvrditi tu namjeru koju onda jednako tumači i primjenjuje na sve primjere iste vrste koji se javе. Bitno je, dakle, da je pravilno utvrđena volja donosioca pravne norme. Kod diskrecijske ocjene primarna je volja primjenjivača pravne norme i ona se za svaki novi događaj pravno utvrđuje nezavisno od toga koliko je ona slična nekom prijašnjem."¹³

¹² R. Lukić: "Uvod u pravo", Beograd, 1964., str. 302. i 303.

¹³ Vidjeti njegovu knjigu: "Upravno pravo", Zagreb, 2002., str. 87.; Slično diskrecijsku ocjenu i tumačenje pravne norme razlikuje i D. Vrban u svojoj knjizi: "Država i pravo", Zagreb, 2003., na str. 197., pišući: "Diskrecijska se ocjena razlikuje od tumačenja prava i od vršenja sudske funkcije. Naime, pri tumačenju se pravo (interpretacije) utvrđuje značenje zakona, dok pri slobodnoj prosudbi onaj tko ju donosi postupa slobodnije imajući na umu javni interes, o čemu odlučuje prema vlastitoj prosudbi. Pri tome uvažava sve konkretne okolnosti i ne postavlja neko opće pravilo za budućnost. Odluka pri diskrecijskoj ocjeni nema važnost presedana (sudski predmet). I sudsko odlučivanje koje se ravna prema načelu neovisnosti i slobodne ocjene dokaza ne može se poistovjetiti s vršenjem slobodne ocjene. Naime, kad sudac utvrđuje činjenično stanje..., ne koristi svoja ovlaštenja radi neke posebne političke svrhe, nego radi utvrđivanja stvarnog stanja. Primjenjujući pravo, on daje ovo značenje pravnom pravilu koje je i od izvjesne važnosti i za budućnost. Nasuprot tomu, vršitelj diskrecijske ocjene ne postavlja pravilo i treba pri svakom novom slučaju procijeniti okolnosti i donijeti odluku."

No, za razliku od njih, Ustavni je sud u Republici Hrvatskoj nositelj ovlaštenja da diskrecijski ocjenjuje u pojedinim slučajevima, ali i da tumači pravnu normu i pravne propise te da ih primjenjuje na konkretne slučajeve. Dakle, uvijek u skladu s normama ustavnog karaktera. Osim toga, takvo njegovo postupanje u konkretnim slučajevima, iskazano u njegovim odlukama i rješenjima silom normi ustavne snage, ima drugačiji doseg i obvezatnost nego što je to u slučaju diskrecijske ocjene ili pak slobodnog tumačenja pojedine pravne norme, odnosno pravnog propisa. Ovo jednostavno proizlazi iz toga da su odluke i rješenja (njihove izreke te zauzeto stajalište u obrazloženju) obvezatne za sve.¹⁴ Zbog toga se slobodna (diskrecijska) ocjena u ustavnom sudovanju sve više naziva ustavnosudskim aktivizmom, kao pojmom koji cjelovitije izražava bit slobodne ocjene u djelovanju ustavnih sudova te na temelju slobodne ocjene donesenih odluka i u njima zauzetih stajališta, osobito u odnosu na njihove učinke prema trećima.

2. RAZLOZI NASTANKA USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA

Nastanak i razvoj ustavnosudskog aktivizma imaju različite uzroke. Prema nekim autorima, njemački Ustavni sud je od početka svog rada "razvio doktrinu o 'borbenom branitelju demokracije' i nije oklijevao dosljedno se boriti za politički utjecaj", dok je na drugoj strani austrijski Ustavni sud gotovo do početka osamdesetih godina prošlog stoljeća trpio kritike da "odlučuje previše formalistički i nepotrebno sam sebe ograničava. Nakon 1980., sud je, međutim, razvio znakovit utjecaj na politički proces, poglavito na temelju svoje funkcije zaštite ustavnih sloboda i prava građana. To je dovelo do stvaranja aktivistički orijentiranog suda, koji je sklon svoje ovlasti ekstenzivno tumačiti."¹⁵ Iz prethodnog citata jasno proizlazi da je jedan od razloga nastanka i prakticiranja ustavnosudskog aktivizma¹⁶ u praksi ustavnog sudovanja proizišao iz potrebe zaštite sloboda i prava građana. Drugi je, također, povezan sa zaštitom ljudskih prava i sloboda građana, a povezan je sa zahtjevom da su ta prava, koja jamči Konvencija, praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna (*Marckx v. Belgium*, par. 31, 1979.) te, nadalje "da Konvencija

¹⁴ Tako je člankom 31., stavkom 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN. br. 49/02. propisano: "Odluke i rješenja Ustavnog suda obvezatni su i dužna ih je poštovati svaka fizička i pravna osoba", dok je u članku 77., stavku 2. normirano: "Pri donošenju novog akta iz članka 76., stavka 2. ovoga Ustavnog zakona, nadležno sudbeno ili upravno tijelo, tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravna osoba s javnim ovlastima obvezni su poštivati pravna stajališta Ustavnog suda izražena u odluci kojom se ukida akt kojim je povrijeđeno ustavno pravo podnositelja ustavne tužbe."

¹⁵ Vidjeti B. Smerdel i S. Sokol: "Ustavno pravo", Zagreb, 2006., str. 201.

¹⁶ P. Bačić u svojoj knjizi "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., na str. 251., za nastanak sudskog aktivizma piše: "Pisano pravo je uvijek nekompletno. Zbog toga akteri koji su odgovorni za realiziranje ugovora, ustava, itd., a nas prvenstveno zanimaju sudovi, prije ili kasnije moraju doći u situaciju da svojim diskrecijskim djelovanjem oblikuju političke rezultate i izvan namjere zakonodavca. Tu borbu između namjere zakonodavca i diskrecije sudova politolozi su nazvali "sudskom politikom". Ta politika sudova je posebno važna za Europsku uniju, gdje su fleksibilni (materijalni) ustav i priroda pravnih instrumenata omogućili Europskom sudu i nacionalnim sudovima visok stupanj diskrecije, odnosno sudskog aktivizma."

zapravo zahtijeva da se sagleda stvarna, a ne formalna pozicija pojedinca. To mora predstavljati poticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove neizravne i praktične efekte (*Adolf v. Austria*, par. 30., 1985.).¹⁷ Ovakva stajališta, pored inog, postala su osnova za aktivističko djelovanje, iako su i sama po sebi njegov izraz, npr. Europskog suda za ljudska prava. Time je, kao treći razlog nastanka ustavnosudskog aktivizma, moguće uzeti sam rad Europskog suda za ljudska prava. Naravno, polazeći od njegove uloge u zaštiti sloboda i prava građana te zauzetih stajališta u pojedinim konkretnim slučajevima. Kao četvrti razlog nastanka ustavnosudskog aktivizma svakako treba imati u vidu imperativ da pravo, ma koliko bilo moderno i "ma koliko se pravni izvori brzo mijenjali i prilagođavali životu", ipak zaostaje "za brzim razvojem života".¹⁸ Imperativ da se za ljudska prava i slobode osigura, pored formalne, i stvarna zaštita nalaže onome tko je osigurava i pruža (ustavni sudovi i Europski sud za ljudska prava) da tumači i primjenjuje pravnu normu, kako s formalnog, tako i s realnog aspekta, vodeći računa o tome u kojoj je mjeri ona prikladna da odgovori realnim potrebama života, a da se u isto vrijeme zadrži u okviru pravnog sadržaja koji ona pruža. Kad se, dodatno tome, ima u vidu da, posebice, međunarodnopravni akti, koji uređuju zaštitu, ljudska prava i slobode, te prava pripadnika manjina i njihovo ostvarivanje, sadrže pravne norme kao načela i standarde¹⁹ koji su nedovoljno određeni, onda je nužna posljedica za njihove primjenjivače da moraju prilikom rješavanja konkretnih situacija koristiti metodu slobodne ocjene, koja se u ustavnosudskim postupcima, u pravilu, iskazuje kao ustavnosudski aktivizam.

¹⁷ Isto, str. 268.

¹⁸ R. Lukić: "Uvod u pravo", Beograd, 1964., str. 302.

¹⁹ "Pod pojmom 'načelo' općenito podrazumijevamo princip po kojemu se nešto zbiva. Ono predstavlja standard o kojemu druge pojavnosti ovise ... Pojam načela u pravu (njem. Prinzip, Grundsatz) možemo pak definirati kao temeljno pravilo ili rukovodeću ideju koja postoji u pravu. Često se pomoću općih pravnih načela obavljaju korekture pravnih odnosa tamo gdje nema norme, odnosno tamo gdje bi njihova formalna i dosljedna primjena dovela do nepravednih rezultata. Stoga svaka grana prava ima načela koja su dijelom kodificirana, dok dijelom postoje kao rezultat općih pravnih standarda."

D. Ljubić: "Ustavni pojmovi prava, slobode, jamstva, načela, mogućnosti i zabrane, Hrvatska pravna revija, lipanj 2011., str. 8. Što se tiče pravnog standarda, njega se često definira kao 'pojam upotrebljen u pravnim normama koji menja svoju konkretnu sadržinu zavisno od svakog konkretnog slučaja, a ipak ostaje u suštini isti. (...) Upotreba pravnih standarda opravdava se time što ... postoji niz, doduše sličnih situacija, ali koje su ipak toliko različite da se za sve njih ne može propisati jedna norma s čvrsto određenim pojmovima, a da se, opet, s druge strane, zato što su suviše brojne, ne mogu donositi takve veoma brojne norme za svaku od njih pojedinačno. Otuda pravni standardi zamjenjuju veliki broj normi". Šire u: "Pravna enciklopedija", Beograd, 1975., str. 1050-1051.

3. OSVRT NA AKTIVIZAM EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I NJEGOV UTJECAJ NA USTAVNOSUDSKI AKTIVIZAM ČLANICA VIJEĆA EUROPE

3.1. Općenito o sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda²⁰ s pripadajućim protokolima²¹ ne sadrži odredbe koje izravno ovlašćuju Europski sud za ljudska prava²² na sudski aktivizam. Međutim, sam je Europski sud za ljudska prava tijekom svog rada prihvatio i počeo primjenjivati sudski aktivizam, jer smatra da je Konvencija "živi instrument koji se ... mora tumačiti u svjetlu uvjeta današnjice",²³ te da su prava koja jamči "praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna".²⁴ Ovakav pristup Europski sud za ljudska prava prihvatio je polazeći od temeljnih vrednota koje propisuje i štiti Konvencija te svrhe koju želi postići, zatim od ciljeva i vrednota Vijeća Europe koje su kao svoje obveze prihvatile prihvaćanjem Statuta njegove članice.²⁵ Pored ostalih međunarodnih akata,²⁶

²⁰ U ovom radu koristi se Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, prema izmjenama Protokolom br. 11, objavljena u "Narodnim novinama" Međunarodni ugovori, br. 18/97, pročišćeni tekst br. 6/99, ispravak br. 8/99.

²¹ Protokolima (1-14) obavljena je dopuna konvencije i njihovi su sadržaji sastavni dijelovi Konvencije.

²² Europski sud za ljudska prava ustanovljen je člankom 19. Konvencije koji propisuje: "Radi osiguranja poštovanja obveza koje su visoke ugovorne stranke preuzele Konvencijom i dodatnim protokolima, ustanovljuje se Europski sud za ljudska prava, dalje: 'Sud'. On djeluje kao stalni sud".

²³ Slučaj *Tyler v. United Kingdom*, App. no. 5856/72, Judgment of 25. 04. 1978. in Series A 26. par. 31., preuzeto od P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., str. 268.

²⁴ Slučaj *Marckx v. Belgium*, app. no 6833/74, Judgment of 13. 06. 1979. in Series A 31., preuzeto od P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., str. 268.

²⁵ Tako Statut Vijeća Europe u svojoj preambuli na str. 3. i 4. sadrži (stavak 3.): "nepokolebljivo privržene duhovnim i moralnim vrijednostima koje su zajednička baština njihovih naroda i izvor načela osobne slobode, političke slobode i vladavine prava na kojima se temelji svaka istinska demokracija", (stavak 4.): "uvjerenje da je radi očuvanja i daljnjeg ostvarenja tog ideala te potpore ekonomskom i socijalnom napretku nužno čvršće zajedništvo između europskih zemalja koje gaje iste osjećaje", a u članku 3. utvrđuje: "Svaka članica Vijeća Europe priznaje načelo vladavine prava i načelo prema kojem svaka osoba pod njezinom jurisdikcijom mora uživati ljudska prava i temeljne slobode te se obvezuje da će iskreno i djelotvorno surađivati na postizanju cilja određenog u poglavlju I. (sve podvukao M. A.). Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u svojoj preambuli navodi: "uzimajući u obzir Opću deklaraciju o ljudskim pravima ..., uzimajući u obzir da ta deklaracija nastoji osigurati opće i djelotvorno priznanje i poštovanje u njoj proglašanih prava; uzimajući u obzir da je cilj Vijeća Europe postizanje većeg jedinstva njegovih članica, da je jedan od načela postizanja toga cilja očuvanje i daljnje ostvarivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda; potvrđujući ... koje su osnova pravde i mira u svijetu i koje su najbolje zaštićene istinskom političkom demokracijom, s jedne strane, te zajedničkim razumijevanjem i poštovanjem ljudskih prava o kojima te slobode ovise, s druge strane; odlučne ... vođene istinskim duhom političkih ideala i tradicije poštovanja slobode i vladavine prava, koje su njihova zajednička baština, poduzeti početne korake kako bi zajednički osigurale ostvarenje određenih prava utvrđenih Općom deklaracijom" (njezini stavci 2., 3., 4. i 5., tekst istaknuo autor).

²⁶ Ovdje osobito ističemo sljedeće: Povelja Ujedinjenih naroda, Opća deklaracija o pravima čovjeka (Službeni list SFRJ br. 7/71), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Službeni list SFRJ br. 7/76), Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (Narodne novine RH – Međunarodni ugovori br. 14/97), Povelja o temeljnim pravima Europske unije (2010/C 83/02); itd.

navedenim aktima se konstitucionaliziraju ljudska prava i temeljne slobode kao najviše vrednote i najviše zaštićeno dobro što pripada svakom čovjeku bez ikakve diskriminacije. Zbog toga ljudska prava i temeljne slobode ne mogu i ne smiju ostati formalna i deklaratorna, ona moraju biti moguća, stvarna i svakom članu ljudske zajednice dostupna. Slijedom toga, sasvim je prihvatljiva teza P. Bačića "da Konvencija zapravo zahtijeva da se sagleda stvarna, a ne formalna pozicija pojedinca. To mora predstavljati poticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove neizravne i praktične efekte".²⁷

Navedeni sadržaj mogao bi se uzeti kao validan poticaj Sudu što je u svojoj presudi u predmetu *Soering v. UK*, zauzeo stav i sažeto, zapravo, iskazao svoje aktivističko stajalište, navodeći: "U interpretiranju Konvencije mora se voditi računa o njenom posebnom karakteru kojega ona ima kao ugovor za kolektivno ostvarivanje prava čovjeka i temeljnih sloboda (v. *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978., Series A. no. 25, p. 90 s. 239.). Prema tome, predmet i svrha Konvencije, kao instrumenta zaštite individualnih ljudskih bića, traže da se njene odredbe interpretiraju i primjenjuju na način da njezine garancije budu praktične i efikasne (v. inter ..., the *Artica* judgment of 13 May 1980., Series A. no. 37, p. 16, s. 33). K tome, bilo kakva interpretacija garantiranih prava i sloboda mora biti konzistentna s općim duhom Konvencije, kao instrumentom koji je stvoren za ostvarivanje i unapređivanje ideala i vrednota demokratskog društva (v. the *Kjeldsen, Busk Madsen on Pedersen* judgment of 7 December 1976., Series A. no. 23, p. 27, s. 53).²⁸

Prostor za razvoj i primjenu sudskog aktivizma od strane Europskog suda za ljudska prava znatno se proširio novom fazom²⁹ njegovog djelovanja, koja je započela 1998. godine usvajanjem Protokola br. 11. Tim Protokolom ukinuta je europska komisija za ljudska prava, Odboru ministara je onemogućeno daljnje sudjelovanje u donošenju odluka, a Sudu su napokon pravno stvoreni uvjeti da postane stalno tijelo s punim radnim vremenom. Po nama je ipak najvažnija promjena koja je učinjena navedenim Protokolom ona koja je ukinula dotadašnji fakultativni karakter prava na individualnu tužbu. Na taj način omogućeno je svakom građaninu, kao pojedincu koji je pod jurisdikcijom države članice Vijeća Europe, da može samostalno podnijeti tužbu Europskom sudu za ljudska prava, nakon što iskoristi redovni put pravne zaštite u svojoj zemlji, radi povrede prava koje štiti Konvencija.

Nakon tako učinjenih promjena Protokola br. 11, otvorio se prostor za tzv. evolutivno tumačenje ljudskih prava koje je dalo dodatni poticaj sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava.

²⁷ P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., str. 268., vidjeti i slučaj *Adolf v. Austria*, App. no. 8269/78, Judgment of 26. 03. 1982. in Series A49, par. 30.

²⁸ Predmet *Soering v. United Kingdom*, App. no. 14038/88, Judgment of 07. 07. 1989. in Series A 161., par. 87.

²⁹ U svojoj knjizi: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., P. Bačić je podijelio razvoj i djelovanje europskog suda za ljudska prava u tri faze, vidjeti pobliže str. 272./273.)

3.2. Evolutivno tumačenje ljudskih prava i temeljnih sloboda kao poticaj sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava

Potreba za evolutivnim (i ne samo za njim)³⁰ tumačenjem normi kojima se uređuju ljudska prava i temeljne slobode u Konvenciji proizlazi iz samog njihovog karaktera. Radi se o upotrebi širokih i nepreciznih izraza (pojmovi) koji su uneseni u pravni tekst. Na taj način unutar Konvencije ima odredbi koje se mogu svrstati u pravna načela i/ili standarde, radi se o nedovoljno određenim – rastezljivim, zatim upućujućim i deskriptivnim normama, koje jednostavno zahtijevaju tumačenje da bismo mogli utvrditi njihov općeprihvatljiv sadržaj. Takve norme su primjerice: "nužnost demokratskog društva", "sloboda udruživanja", "sloboda savjesti", "pravo na djelotvorna pravna sredstva", "pravo na ljudsko dostojanstvo i osobnost", „degradirajuća kazna" i sl. Po tome se Konvencija ne razlikuje od drugih sličnih međunarodnih i europskih akata kojima se uređuju ljudska i manjinska prava i slobode. No, to nam svakako nije i ne može biti utjeha.

Evolutivno tumačenje odredbi Konvencije omogućuje Sudu da ih objašnjava na temelju načela i vrednota³¹ koje se nalaze u cjelini (uključujući i preambulu) njezinog teksta. Pored toga, ono mu omogućuje da uz imperativ zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda – koji nameće zahtjev stvarne zaštite, a ne samo formalne, – Konvenciju tumači kao pravni akt, ali u okviru stvarnih životnih prilika i okolnosti u kojima se ostvaruju, ugrožavaju ili onemogućavaju ljudska prava i temeljne slobode. Osim toga, kako je tekst "Konvencije ... prilično štur, a u odnosu na prava njome zajamčena ne predviđa detalje tih jamstava. Tijekom zadnjih pedesetak godina, otkad je Konvencija otvorena za potpisivanje, tijela za primjenu Konvencije, Europska komisija i Europski sud za zaštitu ljudskih prava kroz svoje su odluke pokazali snažnu tendenciju da odredbe Konvencije tumače ekstenzivno i u skladu sa standardima modernog demokratskog društva koje je u neprekidnom razvoju. Svojim odlukama nastojali su slijediti kako brze promjene u tehnološkom napretku, tako i promjene u svijesti ljudi o mnogim važnim pitanjima. Na taj način doseg prava zajamčenih Konvencijom se neprekidno širi."³² Poseban poticaj za primjenu evolutivnog tumačenja Konvencije dale su, u pravilu, države koje su zagovarale proces proširenja Europske unije i to, kako one koje su zagovarale i zagovaraju daljnju integraciju Europe, tako možda i više one koje su iskazale želju za pridruživanjem i ostvarenjem punopravnog

³⁰ Mislimo na sve metode tumačenja pravnih normi, odnosno pravnih akata, a osobito na teleološku (ciljnu) metodu, kojom se nastoji istumačiti stvarni sadržaj pravne norme i namjera zakonodavca koju je s njom htio ostvariti.

³¹ P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., str. 279.

³² Grdinić, Elica: "Prava obrane članku 6. stavku 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", Hrvatska pravna revija, br. 5. (svibanj) 2006., preuzeto od J. Omejec: "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava" (Strasbourgški *acquis*), Zagreb, 2013., str. 1278. Sličan stav ima i Domagoj Maričić, koji u svom radu "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s napomenom i sudskom praksom" piše: "načelo evolutivnog tumačenja podrazumijeva da se zaštićena prava trebaju promatrati u današnjem svjetlu, uzimajući u obzir razvoj društva i nove okolnosti koje tim pravima daju drugačiji i širi smisao", Informator, br. 5423-5424 od 25. 2. i 1. 3. 2006. g.

članstva u EU. Djelatno su takvo svoje stajalište podupirali nastojanjem da se za suce Europskog suda za ljudska prava imenuju osobe koje su za evolutivno tumačenje i sudski aktivizam. Sve to je rezultiralo time da je "načelo evolutivne ili dinamičke interpretacije Konvencije ... proizvod sudske prakse Europskog suda. Ona mu omogućuje da napusti dotadašnje interpretacije Konvencije uvijek kad se, u svijetu društvenih, tehnoloških, znanstvenih i drugih postignuća, javne značajne, trajne i paneuropske promjene u društvenoj klimi i javnom mnijenju koje zahtijevaju drugačiji ili širi pristup pojedinim konvencijskim pravima". Zbog toga J. Omejec s pravom zaključuje: "Prema tome, Europski sud shvaća Konvenciju kao 'instrument koji živi' ili živi instrument (eng. living instrument, franc. un instrument vivant) za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Tumači konvencijska prava i primjenjuje Konvenciju sukladno uvjetima u državama članicama, koji postoje u relevantno vrijeme kad je nastao događaj zbog kojega je pokrenut postupak, ali samo do trenutka dok ne utvrdi da bi takvo tumačenje Konvencije bilo suprotno današnjem stupnju razvitka europskog društva. U takvim slučajevima navodne povrede konvencijskih prava ispituje sukladno uvjetima u državama članicama, koji postoje u vrijeme donošenja presude."³³

Načelo evolutivnog tumačenja Konvencije koristio je Europski sud za ljudska prava i time sebi višekratno na pojedinim slučajevima osigurao i ostvario sudski aktivizam. Ilustracije radi, navest ću nekoliko primjera iz njegove prakse koji potvrđuju gornju konstataciju.

Tako je Europski sud za ljudska prava, u svojoj presudi u već navođenom predmetu *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1978.)*,³⁴ primijenio načelo evolutivnog tumačenja koje je rezultiralo njegovim aktivističkim stavom. Konkretno se radi o podnositelju tužbe maloljetnog državljanina A. M. Tyrera, kojega je lokalni sud osudio, nakon što je proglašen krivim za nanošenje tjelesnih ozljeda učeniku svoje škole, na tri udarca šibom. Europski sud za ljudska prava utvrdio je da je kazna šibanja lokalnog suda na Isle of Manu, "degradirajuća kazna", koja predstavlja povredu članka 3. Konvencije,³⁵ pravdajući svoju odluku "razvojem općeprihvaćenim standardima kaznene politike" koje su članice ugovornice Vijeća Europe prihvatile.

Tumačeći pitanje diskriminacije u predmetu *Christians against Racism and Fascism v. UK.*,³⁶ Sud je iznio stajalište da je ona moguća i u slučaju kad se pojedinci razlikuju po materijalnom statusu pa se diskriminacijom može smatrati

³³ J. Omejec: "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški ocquis", Zagreb, 2013., str.1278.

³⁴ Slučaj *Tyrer v. United Kingdom*, App. no. 5856/72, Judgment of 25. 04. 1978., Series A 26. vrlo je poznat i navode ga većina autora koji pišu o evolutivnoj interpretaciji Konvencije. Drugi razlog njegovog čestog navođenja vezan je uz činjenicu da je u tom predmetu prvi put Sud zauzeo stajalište da je Konvencija "živi instrument koji se ... mora tumačiti u svjetlu uvjeta sadašnjice".

³⁵ Članak 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda glasi: "Nitko se ne smije podvrgnuti mučenju ni nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni" (Narodne novine Republike Hrvatske – Međunarodni ugovori broj 18/97., pročišćeni tekst br. 6/99. i ispravak br. 8/99).

³⁶ Slučaj *Christians against Racism and Fascism v. UK*, br. 8440/78, 21 D.R. 1980.

ako ih se tretira kao jednake. Međutim, "članak 14. ne zabranjuje sva razlikovanja, no načelo jednakog tretiranja prekršeno je ako razlikovanje nema objektivne i opravdane razloge te "postojanje takvog opravdanja mora biti sagledano u odnosu na cilj i učinak mjere koja se razmatra, sukladno načelima koja uobičajeno prevladavaju u demokratskim društvima."³⁷

Evolutivno tumačenje Konvencije Europski sud za ljudska prava primijenio je i u predmetima *Marckx v. Belgium*, u kojem iznosi stajalište o jednakosti zakonite i nezakonite obitelji pa navodi: "U konkretnom slučaju sud mora biti pod dojmom činjenice da se je domaće zakonodavstvo većine država članica Vijeća Europe razvilo i nastavlja se razvijati popraćeno s relevantnim međunarodnim instrumentima, prema potpunom priznanju *mater semper certa est*".³⁸

Evolutivna interpretacija Europskog suda za ljudska prava primijenjena je i u predmetu *Dudgeon v. United Kingdom*. U tom predmetu svojom presudom Sud je zauzeo stav da je kazneno zakonodavstvo Sjeverne Irske, koje sankcionira homoseksualnost, protivno i narušava pravo na privatni život.

Kad je u pitanju korištenje evolutivne metode u tumačenju Konvencije i sudskog aktivizma općenito, ono ima svoje zagovornike i oponente – kritičare. Sukus kritika može se svesti na nekoliko stajališta. Kao prvo, moglo bi se uzeti ono koje se temelji na tezi da Europski sud za ljudska prava nije zakonodavac te da u svom radu mora pripaziti kako ne bi preuzeo zakonodavne funkcije. Ovakav stav pojedini su suci³⁹ zauzeli u konkretnim predmetima, pored ostaloga i pozivom na članak 32. Konvencije koji objašnjavaju kao zadatak Europskog suda za ljudska prava da tumači i primjenjuje Konvenciju, a ne da je svojim aktivističkim stavovima revidira. Naime, pravo revidiranja Konvencije ima samo onaj tko ju je donio, dakle same države članice Vijeća Europe, a ne Sud.

Drugo, vjerojatno najradikalnije stajalište protiv sudskog aktivizma počiva na konstataciji kako sudski aktivizam predstavlja "zloupotrebu ovlasti dodijeljenih Sudu". Njega je u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Marckx v. Belgium* izložio i obrazložio sudac Sir Gerald Fitzmaurice, smatrajući da ovlast osuvremenjivanja Konvencije pripada isključivo državama ugovornicama.

Treće stajalište polazi od toga da je nemoguće kod sudskog aktivizma izbjeći subjektivni – vrijednosni stav. Naime, ako suci trebaju i/ili moraju tumačiti prava i slobode čovjeka "sukladno općem duhu Konvencije kao instrumenta koji je stvoren radi ostvarivanja i promicanja ideala i vrednota demokratskog društva,"⁴⁰ postavlja se pitanje kako tada izbjeći u suđenju subjektivno i vrijednosno

³⁷ Citirano prema: Patrick Thornberry i Maria Amor Martin Estebanez: "Prava manjina u Europi – pregled djelatnosti i standarda Vijeća Europe", Zagreb, 2008., str. 50.

³⁸ Slučaj *Marckx v. Belgium*, App. no. 6833/74, Judgment of 13. 06. 1979., Series A 31., par. 41.

³⁹ Takvo stajalište su npr. u predmetu *Hirst* zauzeli u svom izdvojenom mišljenju suci: L. Wildhaber, predsjednik Suda (Švicarska), Jean Paul Costa (Francuska), Peer Loren Zen (Danska), Anatoly Kovler (Rusija) i Sverre Erik Jebnns (Norveška).

⁴⁰ Vidjeti pobliže predmet: *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*; App. no 5095/71, 5920/72; Judgment of 07.12.1976.g., par. 53.

tumačenje? Jer, "ideali i vrednote demokratskog društva nisu sami po sebi ni za sebe neutralni pojmovi". Nedvojbeno se radi o pojmovima koji imaju pored inog i moralni sadržaj, čine dijelove određene političke filozofije i ideologije, pa neovisno o tome koliko se one mogu "objektivno odrediti jer proizlaze izravno iz ideja Konvencije, odnosno postoje izvan uskog osobnog shvaćanja suca", kako ističu pojedini autori, ipak smatram da je stanoviti subjektivizam i na njemu utemeljeno vrijednosno tumačenje nemoguće izbjeći. Zbog toga sam suglasan kako je "potrebno minimalizirati mogućnost da suci djeluju subjektivno",⁴¹ što se može uz postojanje sudskog aktivizma postići različitim metodama njegova ograničavanja, o čemu će na kraju ovog rada biti napisano nekoliko riječi.

4. USTAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE I SUDSKI AKTIVIZAM

Već smo u prethodnom dijelu ovog rada ukazali na postojanje i primjenu ustavnosudske diskrecijske ovlasti⁴² u radu ustavnog suda Republike Hrvatske. No, za razliku od Europskog suda za ljudska prava, Ustavni sud Republike Hrvatske ima i direktne i indirektne izvore za primjenu evolutivne metode koja dovodi do sudskog aktivizma.

Zadaća, nadležnost, broj sudaca, način njihovog izbora te druga pitanja od značaja za rad Ustavnog suda Republike Hrvatske uređena su u posebnom (V.) poglavlju odredbama članaka 126–132. Ustava Republike Hrvatske,⁴³ te Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.⁴⁴ Možda je važno ukazati da je Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske pravni propis ustavne snage jer je, prije svega zbog neovisnosti i slobodnog djelovanja u ispunjenju zadaća i nadležnosti Ustavnoga suda, donesen po postupku i na način kako se donosi sam Ustav, sukladno članku 132., stavku 2. Ustava Republike Hrvatske.⁴⁵ Pristup po kojem je Ustavni sud Republike Hrvatske uređen normama ustavne snage nije rezultat samo njegove iznimne zadaće⁴⁶ i njegove nadležnosti⁴⁷ te shodno tome i

⁴¹ P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam", Split, 2010., str. 280., i šire str. 275-286.

⁴² Uzgred budi rečeno, bilo bi pogrešno misliti da Europski sud za ljudska prava nema ovlasti i ne primjenjuje diskrecijsku ocjenu, jer nismo o njoj ovdje pisali. Europski sud za ljudska prava ima i provodi diskrecijske ovlasti, primjerice vidi čl. 29. Konvencije o dopuštenosti i osnovanosti pojedinačnog zahtjeva.

⁴³ Ustav Republike Hrvatske, pročišćeni tekst, objavljen je u Narodnim novinama, službenom glasniku Republike Hrvatske, br. 85/10.

⁴⁴ Radi se o pročišćenom tekstu Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 39/02.

⁴⁵ Članak 132., stavak 2. Ustava Republike Hrvatske glasi: "Ustavni zakon donosi se po postupku određenom za promjenu Ustava."

⁴⁶ Zadaća Ustavnog suda Republike Hrvatske propisana je člankom 2., stavkom 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, koji propisuje: "Ustavni sud jamči poštivanje i primjenu ustava Republike Hrvatske i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske."

⁴⁷ Nadležnost Ustavnog suda Republike Hrvatske uređena je člankom 128. i člankom 129. Ustava, te odredbama članka 85. do uključivo 105., koje, uz to što utvrđuju nadležnost, sadrže i odredbe o tome kako mora postupati Ustavni sud u ostvarivanju iste.

značaju u cjelini ustavno-pravni ustroj i konstitucionalizacije hrvatske države, već i želje da se osigura njegova stabilnost u društvu i neovisnost o svim tijelima državne vlasti".⁴⁸ Smatralo se da se jedan od značajnijih osnova za postizanje takvog cilja krije i u složenom postupku njegove primjene te u zahtjevu da ga se može promijeniti samo onom većinom glasova (radi se o 2/3-većini) kojom se mijenja Ustav Republike Hrvatske.⁴⁹

U kontekstu iskazanog, izvorne, ustavne osnove za evolutivno tumačenje, a shodno njemu i aktivističko djelovanje Ustavnog suda Republike Hrvatske, dobiva dodatno na značenju, ali i na propitivanju zbog čega se na takav pristup opredijelio ustavotvorac.⁵⁰ Izvorna ustavna ovlast za evolutivno tumačenje i aktivističko postupanje ustavnog suda proizlazi iz članka 3. Ustava Republike Hrvatske. Njime je propisano: "Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava" (tekst istaknuo autor).

Ustavne najviše vrednote ustavnog poretka Republike bile su propisane već ustavnim tekstom iz 1990. godine i one su trebale u formalnom i u stvarnom smislu biti osnova za uspostavu i ostvarenje moderne ustavne države. No, tek je promjenama 2000. propisano da su one osnova za tumačenje Ustava. Kako je Ustav cjelina,⁵¹ to je u svakom njegovom pojedinom segmentu koji se tumači radi rješavanja pojedinog ustavnog spora nužno tumačiti i dio i cjelinu te ih uvijek sagledavati u odnosu na temeljne vrednote ustavnog poretka. Da bi se

⁴⁸ Vidjeti pobliže članak 2., stavak 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.

⁴⁹ Inače, postupak promjene, sama promjena i proglašavanje Ustava Republike Hrvatske propisano je člancima 147-150. Ustava Republike Hrvatske, uz mogućnosti koje proizlaze iz primjene instituta neposredne demokracije – referenduma, u skladu s člankom 87. Ustava Republike Hrvatske.

⁵⁰ Kao jedan od sudionika u postupku donošenja Ustava Republike Hrvatske te svih njegovih dosadašnjih izmjena i dopuna, uzimam sebi za pravo, smatrajući se vjerodostojnim, pokušati u par riječi, na ovom mjestu vrlo kratko, odgovoriti na to pitanje. Tim više što sam i osobno u promjenama 2000. godine kreirao dodatak članku 3. riječima: "i temelj za tumačenje Ustava". Smatrajući da smo Ustavom Republike Hrvatske konstitucionalizirali modernu ustavnu demokratsku državu u kojoj su propisana i zajamčena ljudska i manjinska prava i slobode, htjeli smo dati Ustavnom sudu ovlasti koje će mu kao najkompetentnijem ustavnom subjektu omogućiti da u skladu s najvišim vrednotama ustavnog poretka isti tumači i primjenjuje na konkretne situacije. S obzirom na obvezatnost odluka i rješenja Ustavnog suda za sve, time smo htjeli pored kreatorске uloge (koju također ima Ustavni sud) osobito razviti preventivnu i edukativnu njegovu ulogu kojom će otvoriti prostor ne samo za poštovanje i primjenu Ustava, već i za ostvarenje njegovih temeljnih vrednota u cjelini društvenih odnosa.

⁵¹ O tome da je Ustav cjelina i da mu se mora kao cjelini pristupati zauzeo je stajalište i Ustavni sud riječima: "Ustav čini jedinstvenu cjelinu. Njemu se ne može pristupati na način da se iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju izvlači jedna odredba pa se ona onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim vrijednostima koje su Ustavom zaštićene. Ustav posjeduje unutarnje jedinstvo i značenje pojedinog dijela vezano je uz sve ostale odredbe. Promatra li ga se jedinstveno, Ustav odražava pojedina sveobuhvatna načela i temeljne odluke u vezi s kojima se moraju tumačiti sve njegove pojedinačne odredbe. Stoga se ni jedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati. Drugim riječima, svaka pojedina ustavna odredba uvijek se mora tumačiti u skladu s najvišim vrednotama ustavnog poretka koje su temelj za tumačenje samog Ustava" (Ustavni sud Republike Hrvatske: rješenje broj: U-I-3789/2003 i dr. od 8. prosinca 2010. (NN br. 142/10.).

navedeno moglo postići, neophodno je primijeniti evolutivnu metodu tumačenja ustavnih vrednota, polazeći od toga što o njihovom sadržaju u vrijeme tumačenja razumijevaju i prihvaćaju moderna država i razvijeno demokratsko društvo, s jedne strane, a s druge realitet spoznaje i mogućnost njihova realiziranja u danim društvenim realnostima.

Druga osnova za evolutivnu interpretaciju sa sudskim aktivizmom, pa u stanovitom obliku i s ustavnosudskom zakonodavnom inicijativom, proizlazi iz praćenja ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti koje provodi Ustavni sud Republike Hrvatske. Naime, Ustavni sud "o uočenim pojavama neustavnosti i zakonitosti" izvješćuje Hrvatski sabor.⁵² Ako nadležna tijela nisu donijela propis "za izvršavanje Ustava, zakona i drugih propisa", koje je bilo dužno donijeti, o tome obavještava Vladu Republike Hrvatske, odnosno Hrvatski sabor kad utvrdi da Vlada nije donijela propis za izvršenje Ustava, zakona i drugih propisa.⁵³

Praćenje ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti te utvrđenje mogućih pojava neustavnosti i nezakonitosti Ustavni sud provodi analizirajući i uspoređujući pojave s cjelinom ustavnog teksta temeljem ustavnih vrednota koje mu služe kao osnova za "tumačenje Ustava".

Neizravni izvor osnova za evolutivno tumačenje ustavnih odredbi, ali i odredbi konvencijskog prava te s tim u vezi aktivističkog pristupa za Ustavni sud Republike Hrvatske, proizlaze iz same Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iako konvencija sama po sebi ne sadrži odredbe koje direktno uređuju evolutivno tumačenje njezina sadržaja te s tim u vezi i sudski aktivizam, ona to, ipak, neizravno omogućuje jer sadrži odredbu o obvezatnosti odluka Europskog suda za ljudska prava. Sam Europski sud za ljudska prava, kako smo prethodno vidjeli, prakticira i provodi sudski aktivizam temeljem evolutivne interpretacije. Za Ustavni sud neizravnost osnove za evolutivno tumačenje i na osnovi njega sudski aktivizam proizlazi iz: 1) ustavnopravne pozicije Konvencije u hijerarhijskoj strukturi pravnih propisa u pravnom poretku Republike Hrvatske; 2) odnosa Ustavnog suda Republike Hrvatske prema odlukama Europskog suda za ljudska prava, a koje se odnose na rješavanje konkretnih predmeta iz Republike Hrvatske; i 3) iz odnosa Ustavnog suda Republike Hrvatske prema bilo kojoj odluci Europskog suda za ljudska prava kojom je pred njim riješen spor iz bilo koje države članice Vijeća Europe.

Položaj Konvencije u hijerarhijskoj strukturi pravnog poretka Republike Hrvatske uređen je samim njezinim Ustavom. Tako je člankom 141. Ustava

⁵² Ovo pitanje uređuje članak 104., stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, koji utvrđuje: "Ustavni sud prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti te o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti izvješćuje Hrvatski sabor".

⁵³ Tako članak 105., stavci 1. i 2. Ustavnog zakona, koji gotovo *expressis verbis* preuzimaju članak 130. Ustava Republike Hrvatske, navode: "(1) Kad ustavni sud utvrdi da nadležno tijelo nije donijelo propis za izvršenje odredaba Ustava, zakona i drugih propisa, a bilo je dužno takav propis donijeti, o tome će obavijestiti Vladu Republike Hrvatske. (2) Kad Ustavni sud utvrdi da Vlada Republike Hrvatske nije donijela propis za izvršavanje odredaba Ustava, zakona i drugih propisa, o tome će obavijestiti Hrvatski sabor."

Republike Hrvatske propisano: "Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su njima utvrđeni ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava".⁵⁴ Iz sadržaja navedenog citata za naše potrebe su bitna dva utvrđenja koja su regulirana ovom ustavnom normom. Prvo, da je Konvencija za pravni poredak Republike Hrvatske njegov sastavni dio iako je međunarodni pravni akt. Drugo, da je ona u hijerarhijskoj strukturi⁵⁵ pravnih propisa, doduše, ispod Ustava Republike Hrvatske, ali iznad zakona (uključivo i ustavnih zakona, osim onih koji su doneseni po postupku propisanom za promjenu Ustava), čime je dobila status "subustavnog ili tzv. kvaziustavnog akta".⁵⁶ Takav njezin položaj potvrdio je i Ustavni sud Republike Hrvatske svojom praksom.⁵⁷ Temeljem takvog položaja Konvencije, u pravnom sustavu Republike Hrvatske strankama je omogućeno podnijeti tužbu radi zaštite svojih pojedinačnih ljudskih prava i sloboda za koje smatraju da su povrijeđena, ne samo pozivom na ustavne odredbe, već i na konvencijske ili samo na povredu konvencijskih odredbi.

Ovakvom pravnom regulacijom položaja i pravne snage konvencije u ustavnopravnom sustavu te praksi Ustavnog suda Republika Hrvatska je sebi omogućila ispunjenje obveze države ugovornice koje proizlaze iz Konvencije, a to je da "osiguravaju svakome pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u odjeljku I. članku 1. Konvencije."

S druge strane, Republika Hrvatske je u konkretnoj stvari zaštite ljudskih prava i temeljne slobode pojedinca po njegovoj ustavnoj tužbi u tumačenju prava, volens nolens i na konvencijske odredbe protekla kao osnovu njihovog tumačenja (evolutivnog) temeljne vrednote svog ustavnog poretka iz članka 3. Ustava.

S treće strane, s obzirom na izričito Konvencijom utvrđenu obvezu, Ustavni sud je dužan prihvatiti evolutivno tumačenje i aktivistički stav Europskog suda za ljudska prava ako ga je on već zauzeo u istovrsnim predmetima i primijeniti ga u konkretnom ustavnosudskom sporu koji rješava.⁵⁸ Kako je razvidno iz navedene odredbe Konvencije, ona samo propisuje kako presude Europskog suda za ljudska prava obvezuju države ugovornice, dok je nadzor nad njihovim izvršenjem

⁵⁴ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst, br. 85/10.).

⁵⁵ O hijerarhijskom položaju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda više kod M. Arlović: "Pravo nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj", doktorska disertacija, obranjena na Pravnom fakultetu u Osijeku, Republika Hrvatska, 2012., str. 277-287.

⁵⁶ Pojam "subustavni" preuzet je iz radova J. Omejec, predsjednice Ustavnog suda Republike Hrvatske; vidjeti npr. njezin rad: "Novi europski tranzicijski ustav i transformativna uloga ustavnih sudova" u "Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske"; zbornik radova HAZU-a, Zagreb, 2011., str. 61-85., dok pojam "kvaziustavni" preuzimam od Carlosa da Coste, bivšeg predsjednika Europskog suda za ljudska prava.

⁵⁷ Vidjeti npr. odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000. (NN br. 112/00.).

⁵⁸ Vidjeti pobliže članak 46. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN Međunarodni ugovori br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, ispravak 8/99).

povjeren Odboru ministara. Po stajalištu samoga Suda, "presude Suda zapravo služe ne samo da se riješe ini slučajevi koji su podneseni pred Sud, već puno šire, da razlože (elucidate), očuvaju i razviju pravila koja je ustanovila Konvencija."⁵⁹

Ustavni sud Republike Hrvatske prihvaća stajalište da presude Europskog suda za ljudska prava prelaze granice pojedinačnih slučajeva, koje on in concreto rješava. Upravo stoga u rješavanju svojih predmeta često puta se pozvao i poziva na praksu Europskog suda i to iskazano i zauzeto u predmetima koje je on rješavao u odnosu na predmete drugih država ugovornica, a ne samo koju je zauzimao u predmetima iz Republike Hrvatske. Takvim svojim pristupom Ustavni sud Republike Hrvatske je išao u susret danas aktualnom stajalištu da države ugovornice trebaju poštovati i izvršavati presude Suda, koje on donosi u njihovim predmetima, ali isto tako i onu praksu Europskog suda koju on ima i razvija u presudama koje su rezultat njegovog suđenja u predmetima drugih država. Time i sam prihvaća tzv. "interpretativni autoritet" presuda Europskoga suda, neovisno o državi protiv koje je presuda donesena. Prihvaćajući "interpretativni autoritet", odnosno sudski aktivizam, koji proizlazi iz evolutivnog tumačenja Europskoga suda, Ustavni sud Republike Hrvatske prihvaća njegovu ulogu kao "kreatora ustavnih standarda" s jedne, a s druge strane njegovu interpretaciju Konvencije "kao ustavnog instrumenta europskog javnog prava".

Čini se da u svjetlu iskazanoga J. Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, s pravom ističe "da po naravi stvari nije moguće govoriti o poštovanju Konvencije, odnosno o primjeni prakse Europskog suda ako se država ugovornica ograniči samo na presude koje taj sud donosi u odnosu na nju samu. Europski ustavni standardi,⁶⁰ naime, proizlaze iz ukupnosti jurisprudencije tog suda."⁶¹

Polazeći od iskazanoga, Ustavni sud Republike Hrvatske, pored inog, usklađuje svoju praksu i stajališta s onima Europskoga suda, ali prihvaćanjem i primjenom njegovih stajališta isto dodatno informira, a na osnovi njih educira svoje suce i sve druge adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja, na istovjetan način kako to radi sa svojim evolutivnim tumačenjima i na osnovi njega zauzetim aktivističkim stajalištima. Ilustracije radi, navest ću nekoliko primjera iz prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske.⁶²

⁵⁹ Predmet Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 18. siječnja 1978., zahtjev br. 5310/71.

⁶⁰ Prihvaćajući ovakav pristup Konvenciji i Europskom sudu za ljudska prava, i Ustavni sud Republike Hrvatske pridonosi argumentima za tezu, koja ima sve više zagovornika, a to je da Europski sud za ljudska prava ima sve više karakteristika ustavnog suda i da se pretvara u svojevrsni Ustavni sud Europe.

⁶¹ Vidjeti izvješće J. Omejec: "Način i sredstva za priznavanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država – iskustvo Ustavnog suda Hrvatske", podneseno na Konferenciji u Skopju, Republika Makedonija, 1.-2. listopada 2010. koju je organiziralo Ministarstvo pravde Republike Makedonije u suradnji s Venecijanskom komisijom, str. 8. (privatna arhiva autora).

⁶² Ovo je prava prigoda da se i sam pridružim svima onima koji izražavaju s jedne strane žaljenje da Ustavni sud Republike Hrvatske više ne koristi evolutivnu metodu i sudski aktivizam, iako za to ima ustavnu osnovu (vidi članak 3. Ustava), što je rijetkost među europskim državama, a s druge da izrazim nadu kako će to ubuduće činiti s više odvažnosti, dakako, vodeći računa o poštovanju temeljnih vrednota ustavnog poretka te sam ratio Ustava, koji konstitucionalizira ustavnu demokratsku državu u kojoj se

Već smo isticali kako, uz osnovu za diskrecijsko postupanje, članak 63., stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske Ustavnom sudu omogućuje i zauzimanje aktivističkog stajališta. To je on i učinio. Polazeći od toga da članak 63. propisuje "druge pretpostavke za podnošenje ustavne tužbe nego li članak 62. te da je postupak po članku 63. samostalan, a ne nastavak postupka iz članka 62", Ustavni sud smatra kako je podnositelj ustavne tužbe iz članka 63. dužan u tužbi dati i argumentirati "sve bitne sastojke za primjenu tog članka". Naime, "Ustavni sud nema vlastitog prava na širenje razloga ustavne tužbe."⁶³ Zato Ustavni sud ističe: "Sud smatra kako je podnositelj trebao obrazložiti razloge koji bi upućivali na grubu povredu njegovih ustavnih prava i sloboda. Uvažavajući činjenicu podnositeljeve nezaposlenosti, treba reći da ona sama po sebi ne upućuje ustavni sud na zaključak da bi za podnositelja mogle nastupiti teške i nepopravljive okolnosti. Naime, podnositelj je i u ovom dijelu ustavne tužbe propustio navesti okolnosti koje bi ukazivale da su ispunjene pretpostavke ...".⁶⁴

Prema vlastitom utvrđenju koje polazi od toga da se na temelju "oskudnog procesnopravnog uređenja ne može provesti niti jedan postupak u povodu ustavne tužbe...", Ustavni sud suočen s pravnom prazninom u pogledu procesnih normi za postupanje u ustavnosudskim stvarima bio je ovlašten i dužan procesne norme stvarati u tijeku konkretnih postupaka. Provodeći konkretne postupke, Ustavni sud je, dakle, kreirao procesna pravila po kojima će postupati i to na način da u postupku povodom ustavnih tužbi koristi odgovarajuća procesna pravila iz drugih procesnih zakona (Zakona o parničnom postupku, Zakona o općem upravnom postupku, Zakona o krivičnom postupku i dr.), a u nekim slučajevima – uvažavajući posebnosti postupka pred ustavnim sudom – i stvarati nova pravila za svoje postupanje.⁶⁵

U predmetu novijeg datuma,⁶⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske aktivno je stajalište zauzeo na temelju ne samo evolutivnog tumačenja najviših vrednota vlastitog ustavnog poretka, već i pozivom na praksu i stajalište Europskog suda za ljudska prava. Tako je i pozivom na predmet Folgero i dr. protiv Norveške (zahtjev broj: 15472/02, presuda Velikog vijeća od 29. lipnja 2009.) u navedenom svom predmetu zauzeo stajalište: "Obveza države na poštivanje uvjerenja roditelja, također, nije ispunjena pukim "uzimanjem u obzir" mišljenja roditelja, odnosno formalnim priznavanjem prava da svoje mišljenje izraze. Pojam poštovanja prava roditelja znatno nadilazi takav pristup i podrazumijeva obvezu države da uvijek osigurava oživotvorenje prava roditelja kad je riječ o vjerskim, odnosno filozofskim

poštuju i ostvaruju ljudska i manjinska prava i temeljne slobode, odnosno takvu ustavnu državu koja je osigurala zaštitu protiv bilo koje povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda svakog čovjeka.

⁶³ J. Crnić: "Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske"; Zagreb, 2002., str. 241.

⁶⁴ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj. U-III-1108/2000 od 12. listopada 2000., vidjeti također njegovu Odluku broj: U-III-567/2000 od 17. svibnja 2000.

⁶⁵ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-252/1995 od 16. svibnja 1995.

⁶⁶ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-II-1118/2013 i dr. od 22. svibnja 2013.

uvjerenjima koja dosežu određenu razinu uvjerenosti, ozbiljnosti, kohezije i važnosti, i da ostane neutralna i suzdrži se od promoviranja bilo kojeg od mogućih koncepata i od težnje k indoktrinaciji ... Dakle, država treba institucionalno obrazovanje u državnim školama na uravnotežen način uskladiti s roditeljskim odgojem. Pritom, naravno, nije pravo roditelja da kroz roditeljski odgoj drže dijete u neznanju i sprečavaju dotok informacija o religijskim i filozofskim sadržajima, odnosno tim i drugim sadržajima koji mogu biti i, u pravilu, jesu "svjetonazorski obojeni", uključujući unutar toga i informacije o raznim vidovima međuljudskih odnosa, spolnosti i sličnim temama, niti je, baš zbog toga, školama zabranjeno posredno ili neposredno djeci prenositi informacije iz tih područja. No, to se mora činiti na objektivan, kritički i pluralistički način."

Dakle, Ustavni sud zauzima stajalište koje traži od države da djeci osigura takve odgojno-obrazovne programe u osnovnim i srednjim školama koji će im biti od koristi, na njihovu dobrobit i koji će omogućiti razvoj njihove osobnosti.

5. OSVRT NA NEKA NAČELA SAMOOGRAIČENJA U PRIMJENI SUDSKOG AKTIVIZMA

U postupanju Europskog suda za ljudska prava te ustavnih sudova u prakticanju evolutivne interpretacije Konvencije, odnosno ustava države ugovornice te primjene sudskog aktivizma, postoje i moraju biti odgovarajuća ograničenja i samoograničenja. U tom pogledu neki su autori nastojali utvrditi "objektivne kriterije koji će sucima poslužiti kao vodič pri izboru određene odluke". Tako P. Mohoney smatra da se to može postići "dedukcijom iz pojmova sadržanih u tekstu, koji se tumače u njihovom kontekstu te s obzirom na cilj i svrhu ugovora". Riječ je zapravo o više kriterija i polazišta: prvi se odnosi na prirodu odredbe koju treba tumačiti; drugi na izvornu namjeru ili cilj koji su željeli postići tvorci glede određene odredbe; treći kriterij govori o identificiranju vrednota koje služe kao vodilje pri tumačenju; četvrti o empirijskim dokazima evolutivne interpretacije", itd.⁶⁷

Bilo kako bilo, očigledno je da se ni djelovanje Europskog suda za ljudska prava, kao ni ustavnih sudova država ugovornica, ne može i ne smije izjednačiti s neograničenim sudskim aktivizmom.

Europski je sud za ljudska prava, u svrhu samoograničenja vlastitog aktivizma, razvio dva načela i to načelo granice procjene povezanu s načelom supsidijarnosti. Bit načela granice procjene proizlazi iz nužnosti osiguranja prostora državama ugovornicama za njihovo djelovanje "kako bi one mogle sadržaj koji je inače prihvatljiv u njihovim okvirima, dodati i (nacionalnu) specifičnost, koja se temelji na kulturnim različitostima".

⁶⁷ P. Bačić: "Konstitucionalizam i sudski aktivizam"; Split, 2010., str. 278.

Kad je u pitanju načelo supsidijarnosti, ono proizlazi iz članka 1. Konvencije po kojem je prvenstvena odgovornost za provedbu Konvencije na strani država ugovornica.

Kako Konvencija u cjelini manje-više "sadržava standarde ponašanja, a ne detaljno razrađene odredbe", tijela država "imaju širok izbor u procesu ostvarivanja njenih odredaba".⁶⁸ Međutim, ispunjenje obveze države ugovornice u provedbi Konvencije nije samo njezina obveza, već i pravo da konvencijska ljudska prava i temeljne slobode zaštite na nacionalnoj razini pred nadležnim nacionalnim tijelima (uključujući ustavni sud), dok je nadležnost Europskog suda po samoj Konvenciji supsidijarna.

Supsidijarnu prirodu nadzornog sustava, utvrđenog Konvencijom, osobito važnu ulogu nacionalnih vlasti, tj. vlada, sudovi i parlament moraju imati u jačanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda na nacionalnoj razini, ističe i naglašava i Deklaracija iz Interlakena od 19. veljače 2010. Deklaracija opetovano ponavlja obvezu država ugovornica da na nacionalnoj razini osiguraju punu zaštitu prava i sloboda utvrđenih Konvencijom i poziva na jačanje načela supsidijarnosti. Kada? Onda kad su nacionalne vlasti propustile djelotvorno zaštititi ljudska prava i temeljne slobode uređene Konvencijom. U tom smislu Deklaracija potvrđuje supsidijarnost kao temeljno značenje prava na podnošenje pojedinačnog zahtjeva Sudu za zaštitu temeljnih prava i sloboda, ali ga potvrđuje i kao jednu od čvrstih točaka konvencijskog sustava koji jamči da se navodne povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda koje su nacionalne vlasti propustile djelotvorno zaštititi mogu štititi pred Europskim sudom za ljudska prava. Istovremeno, načelo supsidijarnosti, ne manje značajno, jamči državama ugovornicama prvenstvo u ispunjenju njihove dužnosti prema svojim građanima i svakom drugom tko se nalazi na njihovom teritoriju da pruže adekvatnu (djelotvornu) zaštitu njihovih ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda. To je dužnost, ali i pravo država ugovornica. To je izraz ostvariva vladavine prava i pravne sigurnosti na njihovom području, ali i poštivanje ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda od strane samo dotične države. To je izraz funkcionalnosti i efikasnosti njihova pravnog poretka. Po svemu tomu, isto tako kako je ustavnopravno uređenje ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda jedno od mjerila i konstitucionalnih elemenata suvremene ustavne – moderne demokratske države, njihova je djelotvorna zaštita mjerilo koje potvrđuje iskrenost njihove namjere te uspješnost ostvarivanja takve države u društvenom realitetu. Zbog svega toga nikako se ne smije dogoditi da se zanemari supsidijarna uloga Europskog suda za ljudska i manjinska prava i slobode. Nikako se ne smije dogoditi da primjenom evolutivne interpretacije i sudskog aktivizma Europski sud za ljudska prava derogira pravo država da obave svoju dužnost u ispunjenju i zaštiti konvencijskih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Uvjeren sam, uostalom, da ni same države ugovornice takav stupanj sudskog aktivizma Suda ne bi dopustile, ni prihvatile. Jednostavno zbog toga što bi ta derogacija bila bitna

⁶⁸ Isto, str. 283.

promjena same Konvencije na koju nikako nema pravo Sud jer to pripada njima – državama ugovornicama.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda samo po sebi veliki ciljevi koje želi ostvariti Vijeće Europe, ali i svaka pojedina danas moderna ustavna država, država demokracije, sloboda, tolerancije, dijaloga, poštovanja i njegovanja različitosti. Uz to, ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda veliko su dostignuće i vrednote koje doprinose jačanju ljudskog dostojanstva i razvoja čovjekove osobnosti na mikro te na makro razini razvoja mira, sigurnosti i stabilnosti, kao sveopćim uvjetima društvenog razvitka. Njihova zaštita mora biti stvarna, a ne samo formalna. Ona ne smije biti parcijalna ni povremena. Dapače, ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljenih sloboda moraju biti univerzalni, sagledani u svojoj ukupnosti i općeobvezujući, kako na razini europskih asocijacija, tako i na razini svojih članica. Oni se ne nameću, već kao općeljudsko dobro i vrednota visoke razine dobrovoljno prihvaćaju sa sviješću da je to u interesu svakog pojedinca i društvene zajednice u cjelini.

Upravo takav pristup omogućio je provedbu stava da su ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda prije svega obveza i pravo država ugovornica, a tek supsidijarno pravo i dužnost Europskog suda za ljudska prava.

Prihvaćajući supsidijarnu nadležnost Europskog suda, države ugovornice su prihvatile i općeobvezatnu snagu njegovih odluka te samim tim obvezu njihove provodivosti.

Vrlo brzo, a danas nedvojbeno, postalo je jasno, na razini pojedinih članica ugovornica i na nivou Europskoga suda, da je potrebno i nužno, pored ostaloga radi poštovanja i jačanja vladavine prava, u rješavanju istovrsnih predmeta ujednačiti praksu svih sudionika u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. I to takvu zaštitu koja će biti pravedna, pravovremena i djelotvorna. Dodatno je navedenu potrebu potencirala činjenica da Konvencija, s jedne strane sadrži veliki broj općenitih formulacija, načela i standarda, čiji sadržaj nije bio dovoljno određen, a s druge strane zahtjev Vijeća Europe i drugih njegovih tijela da zaštita ljudskih prava bude stvarna, realna i da je primjerena konkretnim okolnostima. Prihvatljivo rješenje pronađeno je u primjeni metode evolutivnog tumačenja konvencijskih prava te u sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava koji je njihovom primjenom pridonio utvrđivanju standarda zaštite ljudskih prava i temeljenih sloboda.

Poštujući obvezatnost odluka Europskoga suda, ustavni su sudovi država članica u svom postupanju, rješavajući istovrsne konkretne slučajeve, primjenjivali njegova aktivistička stajališta. Ponukani sudskim aktivizmom i evolutivnim tumačenjem Europskog suda, ustavni sudovi članica ugovornica počeli su s pravom i sami primjenjivati ove metode.

Važno je imati pri svijesti da se uslijed toga mogu dogoditi situacije da Europski sud i/ili ustavni sudovi država ugovornica prijeđu dopuštene granice i uđu u nedopuštenu zonu zakonodavnih prerogativa, s jedne strane, ali i s druge da nastupi razmimoilaženje u stajalištima ustavnog suda države ugovornice i europskog suda zauzetog s naslova aktivističkog pristupa u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Kako bi se izbjegle takve situacije, i jedni i drugi primjenjuju metode samoograničenja. Međutim, ujednačavanje stajališta i standarda glede daljnjeg razvoja i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda te prava i sloboda manjina nameće potrebu ne samo daljnje primjene evolutivne metode i sudske aktivizma, već i iznalaženje novih instrumenata ujednačavanja prakse prihvatanja zajedničkih stajališta i standarda.

Naime, vjerujemo da je danas prisutna svijest kako su Europski sud za ljudska prava i ustavni sudovi država ugovornica svojim aktivističkim pristupom osigurali da se problematika ljudskih prava i temeljnih sloboda, pravo i sloboda manjina izdigne na pijedestal nezaobilaznog zajedničkog mjesta, u vrednotama koje se štite jer su od interesa za sve, svih europskih država i drugih članica vijeća Europe te njihovih asocijacija unatoč svim njihovim međusobnim razlikama. Uostalom, to su države ugovornice potvrdile donošenjem Deklaracije u Interlakenu, kojom je, pored inog, prihvaćen tzv. inerpretativni autoritet odluka Europskog suda, kojim države ugovornice prihvataju obvezatnost njegovih odluka za sve, a ne samo za pojedinu državu na koju se konkretna odluka europskog suda odnosi. Smatramo potrebnim istaći da bi bilo poželjno više prakticirati ustavnosudski aktivizam u radu ustavnih sudova prilikom zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. Osobito iz razloga da se poveća ne samo utjecaj ustavnih sudova država ugovornica na sadržaj evolutivnog tumačenja i sudske aktivizam Europskog suda, već prije svega na podizanje kvalitete zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda na višu razinu, u skladu s temeljnim načelima i vrednotama koje su utvrđene i općeprihvaćene u Konvenciji.

Na kraju valja naglasiti da su i Europski sud i ustavni sudovi država ugovornica, kad su u pitanju ljudska prava i temeljne slobode te prava i slobode manjina, svako u svom djelokrugu, na zajedničkoj zadaći radi njihove zaštite i stvaranja uvjeta da se njihovim ostvarenjem realiziraju zajedničke vrijednosti i ciljevi demokratskog društva u ustavnoj državi. Radi obavljanja navedene zadaće, između ustavnih sudova država ugovornica i Europskog suda ne smiju biti odnosi prijepora i suprotstavljanja, već odnosi suradnje, razmjene mišljenja i izgradnje zajedničkih općeprihvatljivih standarda na temelju kojih će se djelotvorno pružiti zaštita svakom podnositelju kojemu su povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode, odnosno prava i slobode pripadnika manjina, kao specifičnog oblika ispoljavanja ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Literatura

Arlović, Mato: Pravo nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj, doktorski rad, Pravni fakultet Osijek, 2012.

Bačić, Arsen: Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu; HAZU, Zagreb, 2010.

Bačić, Arsen: Prava izgubljena u tranziciji, Zbornik P. F. Split, br. 1-2/2005.

Bačić, Petar: Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Split, 2010.

Bačić, Petar: Ustav za Europu (2004.) i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava, Zbornik P. F. Split, 2005.

Borković, Ivo: Upravno pravo, Zagreb, 2002.

Crnić, Jadranko: Vladavina ustava, Zagreb, 1994.

Crnić, Jadranko: Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Zagreb, 2002.

Crnić, Jadranko: Ustav Republike Hrvatske – komentari, objašnjenja, napomene i ustavnosudska praksa, Zagreb, 1993.

Crnić-Grotić: Presuda europskog suda za ljudska prava u sporovima protiv Hrvatske, ZPF u Rijeci, br. 2/2002.

Dimitrijević, Vojin: Izvori međunarodnog prava o ljudskim pravima, JRMP br. 1-3/1995.

Geršković, Leon: Suvremeni ustavni problemi, Beograd, 1981.

Habermans, J.: Borba za priznanje u ustavnim demokratskim državama, Sarajevo, 1996.

Haberle, Peter: Ustavna država, Zagreb, 2002.

Kelsen, Hans: Opća teorija prava i države, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951.

Krbek, Ivo: Ustavno sudovanje, JAZU, Zagreb, 1960.

Krbek, Ivo: Prilog teoriji o pojmu prava, Zagreb, 1952.

Kregar, Josip: Politička filozofija ljudskih prava, Zbornik P. F., Zagreb, br. 6/1998.

Krstić, Ivan: Zabrana diskriminacije u jurisprudenciji Europskog suda za ljudska prava, Zbornik radova s međunarodne naučne konferencije, održane 28. maja 2008. g. na Pravnom fakultetu u Nišu, Republika Srbija

Kuzmanović, Rajko: Ustavno pravo, Banja Luka, 2002.

Lukić, Radomir: Uvod u pravo, Beograd, 1964.

Ljubić, Dubravko: Ustav i ustavna država, Hrvatska pravna revija, travanj 2010.

Ljubić, Dubravko: Ustavni pojmovi prava, slobode, jamstva, načela, mogućnosti i zabrane, Hrvatska pravna revija, lipanj 2011.

Matulović, Miomir: Ljudska prava, Rijeka, 1992.

Omejec, Jasna: Kontrola ustavnosti ustavnih normi, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, br. 1/2010.

Omejec, Jasna: Način i sredstva za priznanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država – iskustvo Ustavnog suda Hrvatske, Izvješće podneseno na Konferenciji u Skopju, Republike Makedonija, 1.-2. listopada 2010.

Omejec, Jasna: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški ocquis), Zagreb, 2013.

Pravna enciklopedija, Beograd, 1979.

Pravni leksikon, Zagreb, 2007.

Radbruch, Gustav: Filozofija prava, Beograd, 1980.

Rodin, Siniša: Europske integracije i ustavno pravo, Zagreb, 1997.

Rodin, Siniša: Ustavnopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik P. F., Zagreb, br. 1-2/1998.

Smerdel, Branko i Sokol, Smiljko: Ustavno pravo, Zagreb, 2006.

Šarčević, Edin: Ustav i politika, Sarajevo, 1997.

Thornberry, Patrick i Maria Martin Estebanez: Prava manjina u Europi (Pregled djelatnosti i standarda Vijeća Europe), Zagreb, 2008.

Trnka, Kasim: Ustavno pravo, Sarajevo, 2000.

Vajić, Nina: Europski sud za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4/1999.

Vrban, Duško: Država i pravo, Zagreb, 2003.

Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 85/10.).

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 49/02.).

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine" Međunarodni ugovori broj 18/97., pročišćeni tekst br. 6/99. i ispravak br. 8/99.).

Statut Vijeća Europe ("Narodne novine" Međunarodni ugovori br. 8/98. i ispravak br. 9/98.).

Predmeti – presude Europskog suda za ljudska prava.

Odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske.

CONSTITUTIONAL COURT ACTIVISM AND EUROPEAN LEGAL STANDARDS

Human and minority rights and freedoms flourished and achieved overall affirmation at the end of the twentieth and the beginning of the twenty-first century everywhere in the world, particularly in Europe. A significant contribution was made by Europe and its associations namely the Council of Europe with its legislative activity and the European Court of Human Rights with its jurisprudence by which it showed that it fulfilled its obligations regarding the protection of human rights and fundamental freedoms. In the normative activity of the Council of Europe by which it regulates human rights and fundamental freedoms, certainly the most significant place in the nomenclature of its legal acts is held by its Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. However, this, like many other international legal acts, suffers in terms of general formulation, principles and standards by which its content is not precisely and entirely defined. To achieve the aims and goals of the very Convention which are linked to the development, achievement and protection of human rights and fundamental freedoms and on this basis contribute to achieving the common values and aims emerging from commonly inherited political tradition, ideals of freedom and rule of law, the Council of Europe could not rest at the normative level. Instead, it established the European Court of Human Rights. By this very normative formulation, the Convention has primarily regulated achieving and protecting human rights, setting itself as the law and obligations of member states, and then regulated subsidiarily through the supervision of the European Court.

In the implementation of the mentioned tasks, Council of Europe has set its members and the European Court itself the imperative goal which must ensure quality protection of human rights and fundamental freedoms. This is contained in the demand that human rights and fundamental freedoms cannot only be protected formally, but their real protection must be ensured as well. In implementing protection of the Convention established by human rights and fundamental freedoms, the European Court very quickly encountered a range of problems emerging from the general and insufficiently determined individual norms. The European Court was under pressure from the demand that it has to in its activity ensure effective, both formal and real protection of human rights and fundamental freedoms. So, it applied court activism and methods of evolving interpretation of convention contents starting from the ideals and values expressed in the very preamble of the Convention. It thus began to take the stance which expressed what it understood to be the content of certain rights and fundamental freedoms established by the convention. Such activity by the Court had and has significant influence on everyone's activities, in particular constitutional courts in the development of offering quality protection of human rights and fundamental freedoms.

This paper attempts to differentiate between discretionary grades in procedure and decision making in administrative bodies from, on the one hand, methods of free interpretation of legal norms and regulations and, on the other hand, from judicial activism. Of course, it also attempts to demonstrate the common characteristics which link the mentioned procedures of administrative and judicial bodies, and the interpretation of legal norms and regulations.

Furthermore, an attempt has been made to briefly demonstrate the development of judicial activism, and then to show the most present forms of its manifestation in the practice of the European Court and Constitutional Court for Human Rights in the Republic of Croatia and some of the aspects of mutual influence. Also, this paper deals with the advantages and disadvantages of judicial activism, particularly from the aspect of preserving fundamental lines of separation between

legislative and judicial powers and the dangers that the application of exaggerated judicial activism does not overstep this line and that judicial powers do not begin to interfere with and begin to take the legislative prerogative.

Key words: *protection of human rights and fundamental freedoms, judicial activism, evolving interpretation, constitutional court activism, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, values of constitutional order, constitutional and modern democratic country, self-limitation of judicial activism*