

Sudski aktivizam i ustavno sudovanje: političke implikacije u komparativnoj perspektivi

UDK: 342.565.2: 321.7

Sažetak

Rad pod nazivom „Sudski aktivizam i ustavno sudovanje: političke implikacije u komparativnoj perspektivi“ predstavlja studentski pokušaj analiziranja vrlo zanimljive i komplikirane problematike odnosa između prava i politike. Radom se želi odgovoriti na dva temeljna pitanja koja se postavljaju u obliku problema. Prvi problem se javio odmah nakon što je ustavno sudovanje implementirano u pravno-politički život Sjedinjenih Američkih Država sa povijesnom presudom Vrhovnog suda u slučaju *Marbury vs. Madison*. Kritičari ove odluke Vrhovnog suda su istaknuli kako ovakvom aktivnošću Vrhovni sud krši načelo diobe vlasti i svojim djelovanjem u potpunosti prelazi u političku sferu. Stoga nas je u radu zanimalo je li to istina, tj. moramo li sudskim aktivizmom odmah priznati i teškoće koje će se neminovno javljati u daljnjem redovnom zakonodavnom procesu. Drugi problem se odnosi na stupanj razvijenosti sudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj.

Radom se nastojala istaknuti važnost sudskog aktivizma za podizanje pravne sigurnosti, ali uvijek pritom pazeći da se parlament kao nositelj zakonodavne djelatnosti suviše ne ograničava. Konzekventno, na nekoliko mjesta se istaknulo kako je sudski aktivizam u Republici Hrvatskoj još uvijek nažalost vrlo mlad i nerazvijen. Isto tako, radom se pokušala istaknuti važnost samih ustavnih sudova u ostvarivanju načela ustavnosti, zakonitosti i vladavine prava kao najviših ustavnih i filozofskih ideala suvremenih liberalno-demokratskih država.

Ključne riječi: sudski aktivizam, ustavno sudovanje, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, Ustavni sud Savezne Republike Njemačke, Ustavni sud Republike Hrvatske

1. Uvod

Još od vremena nastanka same koncepcije ustavnog sudovanja, mišljenja oko implementacije *judicial review-a* u politički život su bila više nego podijeljena. Pravnici su s jedne strane ustavno sudovanje vidjeli kao moćno sredstvo kojim će u punoj mjeri utjecati na politiku i političko, dok su politolozi s druge strane u toj koncepciji vidjeli opasnost koja bi mogla ugroziti suverenitet parlamenta, slijedeći političku filozofiju Jean Jacques Rousseaua. U Rousseauovoj koncepciji opća volja je nepogrešiva i zbog toga ne smije postojati

nikakvo tijelo koje bi opću volju moglo dovesti u pitanje. Ipak, vidjelo se da je potreba za takvim „tribunalom“ velika, što će ustavno sudovanje smjestiti u samu bit ustavnopravne znanosti, a time i pravne znanosti uopće.

Pojam ustavnog sudovanja neodvojivo je povezan s pojmom ustava i ustavne vladavine. Elaboracija evolucije pojmova ustava, ustavne vladavine i države s kojom je ustav neraskidivo povezan, udaljilo bi nas od objekata naše analize, stoga ih u ovom radu obrađujemo samo tangencijalno, ne upuštajući se u niti jednom trenutku u dublju teorijsku raščlambu tih pojmova. Za potrebe ovog rada, zadovoljit ćemo se definiranjem ustava kao najvišeg pravnog akta iz kojeg sve pravne norme proizlaze i koje u njemu nalaze svoje utemeljenje. S druge strane, ustav je temeljni politički dokument kojim se stvara („ustavljuje“) država. Ustav je *alfa* i *omega* svega političkog i pravnog u državi. On je temelj i vrhovno mjerilo politike i prava. On politiku ograničava postavljajući joj kriterije koji u svakom trenutku moraju biti poštivani. Da bi se to u potpunosti omogućilo, ustav stvara i instituciju ustavnog suda da u svojoj primarnoj djelatnosti ocjenjuje suglasnost zakona s ustavom. Time je ustavotvorac odlučio jednom neovisnom, ustavom stvorenom tijelu dati iznimno velike ovlasti.

Gledajući sa aspekta političke filozofije, postojanje ustavnog sudovanja jest nedemokratski jer suce ustavnog suda ne bira narod, oni nisu nikome politički odgovorni i osim u iznimnim slučajevima za vrijeme trajanja mandata ih se ne može smijeniti, a opet s druge strane imaju mogućnost oboriti zakone koje donose predstavnička tijela. No praksa je pokazala i da zakonodavac zna mnogo puta pogriješiti, propusti se mogu dogoditi svake, stoga ustavotvorac omogućava ispravljanje tih pogrešaka jer svaki zakon makar on i predstavljao opću volju naroda ipak mora sadržajno biti utemeljen na ustavu koji predstavlja trajnu volju naroda.

Sada se postavlja pitanje, gdje se u svemu tome nalazi naš rad? Pitanja sudskog aktivizma, tj. granice do koje su ustavni suci spremni ići u sukobu s politikom predstavlja predmet višestoljetnog proučavanja. Stoga ovim radom nastojimo odgovoriti na dva pitanja: da li samo postojanje ustavnog sudovanja i sudskog aktivizma mora po prirodi stvari zakočiti ili barem otežati cjelokupni politički život i proces i koja je razina sudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj. Američka ustavnopravna doktrina je pitanje sudskog aktivizma višestoljetnim proučavanjem iznimno razradila, stoga prilikom bilo kakvog ozbiljnijeg proučavanja pitanja sudskog aktivizma neminovno se mora uzeti u obzir tzv. „američki sustav“. Druga država po redu u kojoj ćemo analizirati problematiku ustavnog sudovanja i sudskog aktivizma je Savezna Republika Njemačka u kojoj se ustavno sudovanje i sudski aktivizam pojavljuju u nešto radikalnijem obliku za kontinentalnoeuropski pravni krug tako da svi njemački politički subjekti u svakom trenutku paze na interpretaciju i argumentaciju Saveznog Ustavnog suda. I na kraju, treća država je Republika Hrvatska u kojoj je ustavno sudovanje moderna pojava, a sudski aktivizam još nedovoljno razvijen. Spoznaje do kojih ćemo doći analiziranjem judikature i povijesnog razvoja Vrhovnog suda SAD-a i Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, pokušati ćemo primijeniti na hrvatske prilike uvažavajući u svakom trenutku kulturnu, povijesnu, političku, pravnu i svaku drugu različitost sve tri države. Često se čuju prigovori da povijesna analiza zamara čitatelja, ali shvaćanje sadašnjih rješenja nije moguće bez „povijesnih jednadžbi“. U tom slučaju, povijesna analiza se pojavljuje kao faktor koji oplemenjuje našu spoznaju, kao faktor koji našoj spoznaji daje značenje i smisao preko kojeg možemo pratiti razvoj objekata naših proučavanja do današnjice.

Iako presude koje se analiziraju nisu iste problematike, izabrali smo ih zato što su upravo kroz te presude suci pokazali koliko (ni)su spremni izaći izvan krutih pravnih okvira i aktivnije utjecati na politički život. Republika Hrvatska nije imala normativno uređenje u pitanju rasne diskriminacije kao što su imale Sjedinjene Američke Države, ali ni Hrvatska ni Njemačka nisu imale slučaj kao što je bio *Bush v. Gore* u Sjedinjenim Američkim Drža-

vama. Iako bi se dubljom komparativnom analizom mogle naći presude koje povezuju sve tri države, mišljenja smo da je svaka od presuda koja će se analizirati u radu signifikantna za prikazivanje problematike sudskog aktivizma i za međusobnu komparaciju sudskog aktivizma u tri odabrane države.

2. Političke implikacije sudskog aktivizma

Svaki put kada se suci ustavnih sudova izdignu iznad krutih pravnih kvalifikacija sa željom da aktivnije utječu na politički život govorimo u sudskom aktivizmu. „Sudski aktivizam nastaje onda kad se sudovi više ne brinu samo za presuđivanje pravnih sporova, već im je cilj stvaranje društvene politike, čime oni zahvaćaju mnogo više ljudi i interesa negoli je to slučaj u rješavanju pojedinačnog slučaja. Aktivizam suda mjeri se stupnjem njegove vlasti koju on vrši nad građanima, legislaturom i upravom.“¹

Svako pravo potječe od politike i pravne norme su jednostavno izraz neke političke odluke, stoga je „pravo“ i „politiku“ u ovom tehničkom smislu teško, gotovo i nemoguće odvojiti. Zakoni se donose u parlamentima, a njihov sadržaj ovisi o dogovoru između političkih stranaka, ali iznad zakona se u većini zemalja nalaze kruti ustavi koji decidirano kazuju kako svi pravni akti moraju materijalno i formalno biti s njima usuglašeni. Ustavni sud stoga ispituje materijalnu i formalnu ustavnost zakona uz ostale djelatnosti, ali s političkog gledišta ova djelatnost je najvažnija i proizvodi dalekosežne političke implikacije. „Suci koji vjeruju da je legitimno svojim odlukama formulirati socijalnu politiku zovu se u usporednom (ustavnom) pravu sudskim aktivistima (*judicial activists*); njihovi kolege koji pak smatraju da je zadaća sudova primjena zakonskih i drugih propisa na određene slučajeve, poznati su kao zagovornici sudskog ograničenja (*judicial restraint*)“²

Koliko će suci ustavnih sudova utjecati na javnu politiku, ovisi o njima samima. Ne postoji nikakav propis koji bi ih mogao ograničavati u njihovoj djelatnosti. Temeljne djelatnosti ustavnih sudova su propisane samim ustavima, dok daljnja razrada tih djelatnosti omogućava ustavnim sudovima da sami uzmu u razmatranje ustavnost nekog zakona.

Sam odnos između ustavnih sudova i drugih tijela sudbene vlasti je iznimno složen. Ime upućuje da se ovdje radi o nekoj vrsti suda, ali njegove temeljne djelatnosti ukazuju da se ovdje ipak radi o političkom tijelu *sui generis*. „Smatramo, barem uvjetno, najprihvatljivijim ono (*stajalište, op. a.*) prema kojem je ustavni sud svojevrsna međuvlast ili ustavno tijelo *sui generis* koje sukladno ustavom utvrđenim nadležnostima nadzire ustavnost zakona te ustavnost i zakonitost drugih propisa te štiti ustavom zajamčene ljudske slobode i prava.“³ Između političkih poredaka postoje iznimno velike razlike u stupnju razvijenosti ustavnog sudovanja, a samim time i sudskog aktivizma.

Što se tiče samog sudskog aktivizma, sudac prilikom odlučivanja u nekoj materiji mora paziti da ne prelazi okvire sudske funkcije i na taj način prisvaja sebi nadležnost neke nadparlamentarne vlasti. „Sudac koji to čini zloupotrebljava svoju nadležnost, mjesto da čuva ustav on ga najgrublje vrijeđa.“⁴ Sudac se mora samoograničiti (*judicial self-restraint*) i paziti da ostane u granicama svoje pravne uloge. „Sudac ne ulazi u realne životne potrebe, društveno-ekonomske odnose i s time povezanu zakonsku svrhu, već operira samo s formalnim interpretacionim pravilima i vrši vještačke, pravno-formalističke konstrukcije.“⁵ Ipak, sud mora u slučajevima „pravnih praznina“ svojim tumačenjem

¹ A. BAČIĆ, O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, Politička misao, 2/2008, 35, na str. 106.

² Ibid., na str. 94.

³ S. SOKOL, Odnos Ustavnog suda i tijela sudbene vlasti, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/2000, 50, na str. 56.

⁴ I. KRBEK, Ustavno sudovanje, Zagreb, 1960., na str. 12.

⁵ Ibid., na str. 18.

osnažiti ustav i time spriječiti pretjerano mijenjanje ustava. Ovdje će sudski aktivizam pokazati svoj puni sjaj i osnažiti principe ustavne vladavine. U cijelom pravnom sustavu samo neka pravna područja ne dopuštaju da se tako popunjavaju pravne praznine. Takva situacija je npr. u kaznenom pravu gdje je načelo zakonitosti vrhovno i temeljno mjerilo u postupanju sudova u kaznenim predmetima. No u ustavnom pravu i pogotovo kada se radi o sažetim ustavima (kakvi su i američki i njemački i hrvatski) postojanje pravnih praznina je neizbježno. Pisani ustav ne obuhvaća cjelokupno ustavno pravo. „Praktički je i vrlo važno dali će se za neko pitanje uzeti da ga treba riješiti prema slovu ustava, ili smatrati da ga ustav nije uopće imao na umu i da se radi o ustavnoj praznini, pa je sudac dužan da sam razvije odnosno pravilo. Ukratko pri interpretaciji pravnih propisa dolazi se do drugačijih zaključaka već prema tome da li se uzme da postoji ili ne postoji ustavna praznina.“⁶ Stoga ustavni suci moraju imati mogućnost popunjavanja takvih praznina i time se postavljaju u ulogu čuvara ustava. No, oni nemaju ekskluzivitet u toj djelatnosti, oni su samo jedna (ali i iznimno moćna) poluga kojom se u nekoj državi osigurava zaštita ustava. Oni u svojoj djelatnosti mogu postavljati ograničenja politici, ali praksa je izgradila neke doktrinarnе modele kojima se s jedne strane političkom životu osigurava zaštita od pretjeranog sudskog aktivizma, a s druge se strane ustavnim sudovima omogućava obavljanje njihovih primarnih zadaća.

2.1. Act of state doktrina kao limitator ustavnog sudovanja

Budući da je ustavno sudovanje prvi put ostvareno u Sjedinjenim Američkim Državama, logično je bilo očekivati kako će i mehanizmi ograničavanja sudova u ustavnosudskom postupanju originalno poteći iz američke ustavnopravne doktrine. Cijeli ustavnosudski postupak je u sebi ambivalentan. On s jedne strane mora osigurati maksimalnu zaštitu ustava, ali s druge strane mora paziti da zakonodavcu ne nameće ograničenja jer bi se time dovela u pitanje priroda i tijek zakonodavnog postupka. Pretjeranim ograničavanjem zakonodavca, Vrhovni sud bi se doveo u položaj neke nadparlamentarne vlasti, što ustavotvorcima svakako nije bilo u namjeri. Zbog toga se pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Američkih Država odmah nakon povijesnog *Marbury* postavilo pitanje gdje je granica *judicial review-a*. Praksa je postavila kriterije i u zbilji implementirala određene doktrine, ali važno je naglasiti da nitko nije nikada propisao jasno definiranu granicu između pravnih i političkih pitanja. Vrhovni sud u svakom pojedinom slučaju odlučuje predstavlja li neki slučaj *political question* ili ne. Među prvim doktrinama koje su istaknule potrebu ograničavanja Vrhovnog suda prilikom provođenja sudbenog nadzora ustavnosti pravnih akata je *Act of state doktrina*. Intencija je onemogućiti slabljenje moći izvršne vlasti koja je obvezna osigurati redovno funkcioniranje cijele države, na način da joj sudovi nameću ograničenja. *Act of state doktrina* je povezana sa pojmom *imuniteta suverena*.⁷ No, za potrebe ovog rada definiciju *Act of state doktrine* ograničavamo samo na zahtjev koji se upućuje sudovima da se suzdrže od odlučivanja u predmetima u kojima se ispituje ustavnost akata koja tijela izvršne vlasti sklapaju sa drugim državama, pravnim i/ili fizičkim osobama. Pod ovom definicijom u prvom redu podrazumijevamo suzdržavanje od odlučivanja o ustavnosti međunarodnih ugovora. Međunarodni ugovori su izraz suvereniteta država i sudovi po toj logici ne bi smjeli ispitivati valjanost ovakvih akata.

No, ako Ustav neke države definiramo kao najviši pravno-politički državni akt iz kojeg sve pravne norme proizlaze i koje u njemu nalaze svoje opravdanje, a ustavno sudovanje

⁶ KRBEK, op. cit. (bilj. 4), na str. 32.

⁷ Više o simbiozi ovih pojmova vidi: T. HILL, Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1/1982, 46.

definiramo kao mehanizam zaštite ustava, onda ovu doktrinu s ovog aspekta trebamo odbaciti. Uobičajno je da hijerarhija pravnih akata ide: Ustav-međunarodni ugovori-zakoni-podzakonski akti stoga vidimo da su međunarodni ugovori subordinirani Ustavu i samim time u njemu moraju pronaći svoj legitimitet. Izvršna vlast može sklopiti neustavni međunarodni ugovor koji parlament može čak i ratificirati, stoga Ustavni sud mora imati pravo oglasiti takav međunarodni ugovor neustavnim ako on materijalno krši ustavne norme ili ako nije ispoštovana formalnopravna procedura njegove implementacije u pravni sustav. Moramo poštivati činjenicu da međunarodni ugovori imaju *de facto* poseban položaj u pravnom sustavu države, ali princip hijerarhijske subordinacije pravnih akata nalaže da svaki pravni akt mora biti u suglasnosti sa višim. Kao kompromisno rješenje između *Act of state doctrine* i sudskog nadzora ustavnosti međunarodnih ugovora bi se moglo naći u slučaju prethodne ocjene ustavnosti međunarodnih ugovora, tj. da Ustavni sud prije ratifikacije međunarodnog ugovora u parlamentu ocijeni je li međunarodni ugovor materijalno ustavan, a naknadno može ocijeniti i njegovu formalnu ustavnost.⁸

2.2 Doktrina o političkim pitanjima (*Political questions doctrine*)

Svaka ustavnosudska djelatnost u sebi sadrži političku konotaciju i to se ne može izbjeći, ali moraju se postaviti kriteriji koji će omogućavati zakonodavnoj i izvršnoj vlasti obavljanje svojih ustavom dodijeljenih funkcija, a ustavnom sudu obavljanje svoje primarne zadaće, tj. zaštite ustava. Američka ustavnosudska judikatura je u nizu slučajeva pokazala što je bit ove doktrine. Primarni slučaj koji je implementirao ovu doktrinu bio je *Luther v. Borden*⁹ iz 1849. godine gdje se Vrhovni sud doveo u poziciju da odlučuje o legitimnoj vladi države Rhode Island. Sam slučaj je na prvi pogled bio prilično jednostavan. Martin Luther je tužio Luther M. Bordena i ostale zbog povrede svog posjeda. Tužene osobe su provalile u kuću tužitelja s namjerom da ga uhite jer je bio član grupacije poznate pod nazivom *Dorr Rebellion*, oružane formacije koja se jedno kratko vrijeme početkom 40-ih godina 19. stoljeća borila protiv legitimne vlasti države Rhode Island pa je u konačnici ova formacija predstavljala i pobunu protiv države (*insurrection*). Tužene osobe su opravdale svoj upad na posjed činjenicom da su oni bili službenici države Rhode Island koja je bila u izvandrednom stanju stoga su oni bili službenici legitimne vlasti koji su trebali uhititi Martina Luthera zbog sudjelovanja u pobuni. Martin Luther je odbacio optužbe i istaknuo da je ulazak na njegov posjed nezakonit, budući da je narod države Rhode Island uskratilo povjerenje vlasti prije nego što je on počinio djela koja mu se stavljaju na teret, stoga on predstavlja građanina koji podupire zakonitu vlast države Rhode Island, a da su tužene osobe oružjem ustale protiv te zakonite vlasti. Stoga se iz običnog odlučivanja o povredi posjeda, razvilo političko pitanje o zakonitoj vlasti države Rhode Island, a Vrhovni sud je pozvan da pruži odgovor. Predsjednik Vrhovnog suda Taney je napisao mišljenje većine sudaca i istaknuo čl. 4. odjeljak 4. Ustava Sjedinjenih Američkih Država (tzv. *Guaranty Clause*) u kojem se ističe kako će Sjedinjene Države jamčiti svakoj državi-članici republikanski oblik vladavine i štititi svaku od njih protiv invazije, a na zahtjev zakonodavnog tijela ili tijela izvršne vlasti kad se zakonodavno tijelo ne može sastati i protiv unutrašnjeg nasilja. Argumentirao je u svojem mišljenju kako je u nadležnosti Kongresa da odluči koja je zakonita vlast u državi-članici i da je njegova odluka obvezujuća te ne može biti predmetom sudbenog ispitivanja.¹⁰ *Luther v. Borden* predstavlja početak razmatranja doktrine o političkim pitanjima koja će se u budućnosti još bezbroj puta pojaviti u pravno-politič-

⁸ B. SMERDEL, S. SOKOL, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., na str. 186.

⁹ J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA, N. J. YOUNG, *Constitutional law*, Minnesota, 1986., str. 102-103.

¹⁰ *Ibid.*

kom sustavu Sjedinjenih Američkih Država. Možemo reći da svaki slučaj koji se pojavi pred Vrhovnim sudom neminovno u sebi nosi političke implikacije, a na Vrhovnom sudu leži odluka hoće li primijeniti doktrinu o političkim pitanjima ili ne.

Idući slučaj koji se pojavio pred Vrhovnim sudom, a koji je predstavljao političko pitanje bio je slučaj *Baker v. Carr*¹¹ iz 1962. godine, a odnosio se na pitanja izbornog sustava, tj. podjele zastupničkih mjesta u parlamentu države Tennessee između izbornih okruga. Tužitelj je bio republikanac Charles Baker iz okruga Shelby u kojem je smješten grad Memphis i u svojoj argumentaciji je istaknuo kako je podjela zastupničkih mjesta između 95 izbornih okruga države Tennessee izvršena prema zakonu iz 1901. godine koji je izborne okruge krojio prema broju glasača u njima. Rast populacije i demografska kretanja do 1961. godine izmijenili su populacijsku sliku države Tennessee stoga izborni okruzi skrojeni prema zakonu iz 1901. godine relativiziraju glasove unutar države na način da glasovi ruralnih dijelova države „vrijede više“ nego glasovi urbanih dijelova države Tennessee što predstavlja povredu XIV. amandmana koji jamči jednaku zakonsku zaštitu svih građana. Tužen je bio *ex officio* Joe Carr kao državni tajnik jer iako nije izravno napravio takve izborne okruge kao vlast u državi je bio odgovoran za provedbu izbora, a samim time i krojenje izbornih jedinica. Sudac William Joseph Brennan je napisao mišljenje većine sudaca i istaknuo kako Vrhovni sud smatra da ovaj slučaj predstavlja političko pitanje o kojem Vrhovni sud ne može odlučivati.¹²

Naravno da zaštita političkih prava ne predstavlja po automatizmu političko pitanje o kojem Vrhovni sud ne može odlučivati, ali sudac Brennan je istaknuo u mišljenju da argumentacija tužitelja ne nalazi Ustavom prihvatljivo uporište, čak štoviše ovakvo pitanje nije ni implicite određeno Ustavom. U daljnjoj praksi su se pojavili još brojni slučajevi u kojima se raspravljalo o političkim pitanjima, ali važno je istaknuti krucijalnu ovlast samog Vrhovnog suda u odlučivanju što predstavlja političko pitanje, a što ne.¹³

3. Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država

Prvim dijelom smo, da parafraziramo Rousseaua, našem radu dali postojanje i život, drugim dijelom ćemo mu udahnuti značenje i bit. Drugim dijelom ćemo sudski aktivizam pokazivati na konkretnim primjerima iz ustavnopravne prakse Vrhovnog suda SAD-a, Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke i Ustavnog suda Republike Hrvatske. Ovaj dio započinjemo sa judikaturom Vrhovnog suda SAD-a, budući da je ustavno sudovanje ovdje i rođeno. Samo ustavno pravo se u SAD-u promatra kroz prizmu presuda Vrhovnog suda jer kroz te presude Vrhovni sud odaje pravo značenje Ustava SAD-a. Za razmatranje sudskog aktivizma, u analizu smo uzeli presude iz slučaja *Marbury vs. Madison* i *Bush vs. Gore*. Svaka od presuda koja će se analizirati je signifikantna jer pokazuje sve dobre i loše strane sudskog aktivizma.¹⁴

Dakako, američka ustavnopravna judikatura je iznimno bogata, ali zbog jednostavnosti izlaganja u analizu uzimamo ovu tematiku. Što se tiče samog ustavnog sudovanja

¹¹ G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. V. TUSHNET, Constitutional law, New York, 2001., str. 112-118.

¹² Ibid., na str. 113.

¹³ Npr. u slučaju *Davis v. Bandemer* iz 1986. Vrhovni sud je uzeo u razmatranje pitanje *gerrymanderinga* u saveznoj državi Indiana i istaknuo da to ne predstavlja „političko pitanje“ kao u slučaju *Baker v. Carr* iako su se oba slučaja odnosila na pitanja izbornog sustava; *Ibid.*, str. 118-121. Više o pojmu *gerrymandering* vidi: M. KASAPOVIĆ, Izborni leksikon, Zagreb, 2004., na str. 93.

¹⁴ Presude koje smo uzeli u analizu se kolokvijalno u anglosaksonskom pravnom sustavu nazivaju *Landmark decisions*. Pod tim pojmom razumijemo presude koje se smatraju precedentima bilo da se prvi puta odlučuje o nekoj materiji bilo da se njima mijenjaju neke prijašnje presude.

u SAD-u „ne postoji ustavni sud (kao organ) nego ustavno sudovanje (kao djelatnost), a tu djelatnost obavlja redoviti sud u okviru svoje redovite (dakle, parbene) djelatnosti, i to tako da uvijek ostaje u okviru svojih ovlaštenja i svoje prirode, jer – za izlazak iz toga morao bi imati posebna ovlaštenja“¹⁵

Znači, svaki federalni sud je ovlašten ispitivati ustavnost nekog zakona, ali sve njihove presude su podvrgnute nadzoru Vrhovnog suda. Sve ove značajke omogućavaju da načelo *checks and balances* osigura međusobnu komunikaciju svih nositelja vlasti i omogućiti suradnju među njima. Treba istaknuti da Vrhovni sud pravne akte koji su po njegovom mišljenju u suprotnosti s Ustavom ne poništava, nego jednostavno ne primjenjuje jer kada bi ih primijenio, povrijedio bi Ustav. Na taj način, protuustavni pravni akt (ili samo jedan njegov dio) ostaje na snazi, ali isto tako „ostaje izvan pravne prakse, mrtvo slovo na papiru“¹⁶ U precedentnom pravnom sustavu, odluka Vrhovnog suda o neprimjenjivanju nekog pravnog akta je ravna njegovom poništenju jer svi sudovi su dužni slijediti praksu Vrhovnog suda SAD-a kao najvišeg sudskog tijela Federacije. Sam Vrhovni sud zna da može pogriješiti i to je više puta pokazao obaranjem svojih vlastitih presedana kojima je neku normu proglašavao protuustavnom pa je na taj način potvrdio njezinu ustavnost u novim društveno-političkim okolnostima.

Suvremeni Vrhovni sud predstavlja bez iznimke problem za politologe jer s jedne strane suci ne odgovaraju biračkom tijelu, a mogu oboriti zakon ili akt izvršne vlasti. No, ovaj problem se može razmatrati eventualno na teoretskoj razini jer se iz prakse vidi da Vrhovni sud u većini slučajeva slijedi javno mnijenje. Npr. u jednoj analizi koja je obuhvatila 146 presuda Vrhovnog suda gdje se paralelno ispitivalo i javno mnijenje, došlo se do rezultata kako je Vrhovni sud u preko 60 posto slučajeva donio presudu koja se poklapala sa većinskim javnim mnijenjem. Za to postoje najmanje tri objašnjenja.¹⁷ „Prvo, moderni Vrhovni sud iskazuje obzir prema nacionalnim zakonima i politici, tipičnom odrazu javnog mnijenja zemlje. Drugo, Vrhovni sud je bliži javnom mnijenju u razdobljima krize. Treće, presude usklađene sa stanovištima javnosti podliježu manjim promjenama od presuda koje se razilaze s javnim mnijenjem.“¹⁸ Ali ipak, svaki predmet koji se nalazi pred Vrhovnim sudom ima dalekosežne implikacije stoga i utjecaj presuda može biti vrlo velik, što se izvrsno vidjelo u slučaju *Roe v. Wade* iz 1973. godine kada je Vrhovni sud legalizirao pobačaj i time izazvao iznimno žestoke reakcije javnosti. Nakon te presude u roku od osam mjeseci je podneseno Kongresu dvadesetak ustavnih amandmana, ali niti jedan nije dobio potrebnu dvotrećinsku većinu u oba doma da bi uslijedio daljnji postupak ratifikacije u parlamentima država-članica.¹⁹

3.1. *Marbury vs. Madison*²⁰

Od ovog slučaja započinje era ustavnog sudovanja. *Marbury vs. Madison* je „ustav ustavnog sudovanja“ jer je Vrhovni sud izvanrednom pravnom logikom napravio ogroman politički iskorak. Iako je *Marbury vs. Madison* bio temeljno pravni spor, on je itekako bio i politički i datira na sam početak 19. stoljeća nakon svega desetak godina važenja federalnog Ustava.

¹⁵ Š. KURTOVIĆ, *Opća povijest prava i države – Novi vijek*, Zagreb, 2005., na str. 134.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ K. JANDA, J. M. BERRY, J. GOLDMAN, *Izazov demokracije – Vladanje u Americi*, Zagreb, 2001., na str. 318.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, na str. 317.

²⁰ Slučaj *Marbury v. Madison* bio je predmetom proučavanja mnogih znanstvenih analiza. U našem radu koristimo: W. B. LOCKHART, Y. KAMISAR, J. H. CHOPER, S. H. SHIFFRIN, *Constitutional law: cases-comments-questions*, Minnesota, 1986., str. 1-8.

Thomas Jefferson kao predstavnik republikanske struje u američkoj politici pobijedio je na predsjedničkim izborima 1800. godine federalističkog predsjednika Johna Adamsa te je trebao stupiti na dužnost 04. ožujka 1801. godine. John Adams je u svojim zadnjim danima mandata predložio za imenovanje na mjesto predsjednika Vrhovnog suda Johna Marshalla koji je i stupio na dužnost 04. veljače kao četvrti predsjednik Vrhovnog suda, ali je i zadržao službu kao državni tajnik do isteka mandata Johna Adamsa. Tijekom veljače 1801. godine, Kongres sa federalističkom većinom je prihvatio tzv. *Circuit Court Act* koji je udvostručio broj federalnih sudaca. Istovremeno je prihvaćen i *Organic Act* koji je imenovao 42 mirovnih sudaca (*justices of the peace*) u *District of Columbia*. Senat je potvrdio ova tzv. „ponoćna imenovanja“ većinom federalistički raspoloženih sudaca. Proces je završen 03. ožujka, samo dan prije stupanja na dužnost Thomasa Jeffersona. Rješenja o postavljanju na dužnost je potpisao John Adams, a zapečatio državni tajnik John Marshall. No, drugi dan na dužnost stupa Thomas Jefferson, a rješenja o postavljanju na dužnost se nisu stigla isporučiti nekolicini mirovnih sudaca (među kojima je bio i William Marbury) Thomas Jefferson je naredio svojem novom državnom tajniku Jamesu Madisonu da stopira isporuku rješenja. Marbury i nekolicina mirovnih sudaca koji nisu dobili rješenja o postavljanju su zatražili od Vrhovnog suda izdavanje *writ of mandamus* kako bi prisilili Madisona da dostavi rješenja čime bi njihova imenovanja na mjesta mirovnih sudaca dobila punu pravnu snagu. Vrhovni sud je naredio Madisonu da istakne argumente zašto *writ of mandamus* ne bi trebao biti izdan, a slučaj je trebao biti prezentiran za vrijeme zasjedanja Vrhovnog suda u 1802. godini. Dok je slučaj čekao zasjedanje Vrhovnog suda, novi većinsko republikanski Kongres je nastojao poništiti Adamsova imenovanja tako da federalistički raspoloženo sudstvo ne bi kočilo republikanski Kongres i izvršnu vlast, stoga je Kongres krenuo u opoziv *Circuit Court Act-a*. Federalistički zastupnici u Kongresu su isticali da bi opoziv bio neustavan jer bi kršio čl. III. Ustava koji jamči sucima stalnu službu „za vrijeme dobra vladanja“ kao i Ustavom zajamčenu diobu vlasti te nezavisnost sudstva. Zakon o opozivu *Circuit Court Act-a* donesen je početkom 1802. godine, a da bi se odgodila rasprava o ustavnosti ovakvog zakona Kongres je ukinuo zasjedanje Vrhovnog suda 1802. godine tako da Vrhovni sud nije zasjedao od prosinca 1801. godine do veljače 1803. godine. Kongres je time nastojao ojačati svoju političku moć te moć nove administracije tako da politički ojačani krenu u borbu sa federalističkim Vrhovnim sudom na čijem čelu je sada sjedio Adamsov državni tajnik John Marshall.²¹

Iako pravo potječe od politike (zakoni se donose u parlamentima, a njihov sadržaj ovisi o dogovoru političkih stranaka), politika sada dolazi pod izrazito veliki pravni utjecaj. Marshall je zaključio da Vrhovni sud ima pravo „reći što pravo jest“ i ako se zakon ne može sumpsumirati pod Ustav, zakon izlazi iz pravne prakse što je u precedentnom pravnom sustavu ravno njegovom poništenju.

Ako se pogleda vrijeme kada je taj spor izbio (1803) vidimo da je to vrijeme od samo 15-ak godina postojanja Federacije i federalnog Ustava. Država je još bila u nastanku, mnogo pitanja je tek trebalo odgovoriti, a cijelo vrijeme je postojao sukob federalista i republikanaca.²² Taj sukob je svoju početnu kulminaciju dosegno u ovom sporu. Deseti amandman na Ustav SAD-a je uveo presumpciju u korist država-članica u svim pitanjima, ako ta pitanja nisu decidirano dana Ustavom Federaciji čime se smatralo da je ovaj latentni sukob završen. No, nakon presude Vrhovnog suda u ovom slučaju, izbio je jedan novi: između interpretista i ne-interpretista, tj. između pobornika ideje da Vrhovni sud može ukinuti zakon i njihovih protivnika. Isticalo se da *judicial review* ne može nikako biti u

²¹ LOCKHART *et. al.*, op. cit. (bilj. 20), na str. 1.

²² Za povijesni prikaz procesa stvaranja američkog Ustava vidi: R. PODOLNJAK, *Federalizam i republikanizam – stvaranje američkog Ustava*, Zagreb, 2004. Za cijeli tekst presude vidi: Š. KURTOVIĆ, *Hrestomatija opće povijesti prava i države – Novi vijek*, Zagreb, 2005., str. 90-95.

duhu demokracije jer tko uopće može dovesti u pitanje volju naroda koja se izražava putem slobodno izabраних predstavnika u Kongresu?²³ Vrhovni sud je uzeo sebi za pravo da igra aktivniju političku ulogu u američkom političkom sustavu, budući da je i Vrhovni sud organ uspostavljen Ustavom SAD-a kome je dana sudbena vlast.²⁴ Za sam Ustav smatra se kako ima „mistično značenje“ i u SAD-u Ustav je subjekt političke teologije. Od ovog slučaja do danas, ustavno sudovanje će postati samorazumljivim elementom svake države. U čast predsjednika Vrhovnog suda (*Chief Justice*) Johna Marshalla koji je napisao mišljenje, doktrina ustavnog sudovanja po kojoj sud ima pravo srušiti zakon ako je nesuglasan sa Ustavom, zove se još i Marshallova doktrina. Dakle, u vrijeme kada Federacija postoji tek nešto više od 10 godina i u periodu koje obilježava sukob federalista i republikanaca, Vrhovni sud daje pravno-političkoj budućnosti izvanredno političko cjepivo koje djeluje svaki put kada se neki politički subjekt (a najvažniji je dakako zakonodavac) odvaži krenuti u sukob sa Ustavom. Implementiranjem ove doktrine su ojačali i Ustav i Federacija i sam Vrhovni sud čije se mišljenje od tada moralo početi uvažavati sa velikim poštovanjem.²⁵ Sama činjenica da se od tada pa do danas (preko 200 godina) nijednim pravnim aktom nije ni pokušalo ovu doktrinu opozvati, govori dovoljno o njezinoj širokoj prihvaćenosti.

U svijetu kontinentalnoeuropske pravde koju obilježava oslanjanje na rimskopravni sustav, smatram da se ovakva doktrina nije mogla provesti zbog nekoliko razloga. Prvo, Europu kroz povijest (isto kao i početkom 19. stoljeća kada se odvija ovaj događaj u SAD-u) obilježava apsolutizam vladara potpomognut naukom Katoličke Crkve. Apsolutistički vladari su davali Crkvi posjede i omogućavali joj stjecanje velikih prihoda, dok je Crkva vladara opskrbljivala širenjem nauka o vladavini kralja „po milosti Božjoj“ kojim je velike slojeve obespravljenog pučanstva držala u zabludi radi održavanja *statusa quo*.²⁶ U SAD-u ovo nije bio slučaj.²⁷ Drugo, Francuska revolucija se još nije stigla stabilizirati. Iako je originalno počela 1789. godine, desetljeće nakon njenog početka je bilo više nego burno.²⁸ Od početne ustavne kraljevine preko I. Republike došlo se do I. Carstva (vremenski raspon od samo 15 godina) tako da ovi radikalni politički obrati nisu dali priliku stabilizaciji pravno-političkog sustava koji bi možda i uspio iznjedriti ustavno sudovanje.²⁹ Nadalje, proturevolucionarni ratovi su odmaknuli pažnju ostalih europskih (geo)političkih subjekata od ovakvih pravnih rješenja. Europi će trebati više od jednog stoljeća da pod utjecajem učenja austrijskog pravnika Hansa Kelsena uvede sudbenu reviziju u pravno-politički život.³⁰ Ustavno sudovanje i sudski aktivizam će se razvijati različitim intenzitetom i u različitim smjerovima tako da danas imamo vrlo šarolika ustavna određenja položaja i djelatnosti ustavnih sudova koja su produkt različitog smjera razvoja.³¹

²³ Više o sukobu između ove dvije struje vidi: Š. KURTOVIĆ, Demokracija i ustavno sudovanje u SAD danas, Studije i članci iz opće povijesti prava i države – knjiga III, Zagreb, 2002., str. 117-147.

²⁴ „Sudbena vlast Sjedinjenih Država bit će dodijeljena jednom Vrhovnom sudu i takvim nižim sudovima kakve Kongres može povremeno odrediti i uspostaviti.“, čl. III., odjeljak 1. Ustava SAD-a.

²⁵ Pravnici koji žele biti malo cinični reći će da zakoni u SAD-u ne stupaju na snagu kada ih donese Kongres i potpiše Predsjednik, nego tek kada Vrhovni sud dozvoli njihovu primjenu na način da ih ne proglasi protuustavnima. No, možemo li time opravdano postaviti tezu kako se upravo na ovom primjeru vidi sva ljepota sustava *checks and balances*?

²⁶ Više o odnosu između Crkve i apsolutizma u vrijeme Francuske revolucije vidi: A. DETOCQUEVILLE, Stari režim i revolucija, Zagreb, 1994.

²⁷ Više o genezi razvoja američkog društva vidi: T. PARSONS, Društva, Zagreb, 1991.

²⁸ Više o novovjekovnoj povijesti francuskog prava i države vidi: KURTOVIĆ, op. cit. (bilj. 15), str. 145-248.

²⁹ Sama ideja o uspostavi zasebnog tijela koje bi štitilo Ustav javila se još u doba Francuske revolucije i takva ideja se pripisuje opatu Sieyesu, jednoj od ključnih ličnosti Revolucije, vidi: SMERDEL *et. al.*, op. cit. (bilj. 8), na str. 177.

³⁰ Više o europskom modelu i „kelzenijanskom“ sistemu ustavnog sudovanja vidi: A. S. SWEET, *Governing with judges – Constitutional politics in Europe*, New York, 2000., str. 32-38.

³¹ Za komparativnu analizu uređenja ustavnog sudovanja u Italiji, Njemačkoj i Francuskoj vidi: BAČIĆ, op. cit. (bilj. 1), na str. 95-107; za stariju komparativnu analizu uređenja ustavnog sudovanja u Austriji, Njemačkoj, Italiji, Francuskoj i Švicarskoj vidi: KRBEK, op. cit. (bilj. 4), na str. 39-43.

3.2. *Bush vs. Gore*³²

Presuda u slučaju *Bush vs. Gore* predstavlja jednu od najkontroverznijih odluka Vrhovnog suda u povijesti američkog federalizma.³³ U ovom slučaju, Vrhovni sud je došao u sukob sa velikom većinom američkih ustavnopravnih stručnjaka i u potpunosti politizirao svoje djelovanje. Sam slučaj se pojavio netom nakon provedenih predsjedničkih izbora 2000. godine u SAD-u i nikad prije nije zabilježeno takvo politiziranje rada Vrhovnog suda koji je u potpunosti na taj način zanemario doktrinu o samoograničavanju suda i doktrinu o političkim pitanjima.³⁴ Iako se uvijek njegovala slika Vrhovnog suda kao nadstranačkog federalnog tijela kojem su pitanja prava i poštivanja Ustava najvažnija, ova odluka je uvelike ovu sliku narušila. Ideološka diferencijacija američkog društva koja je postojala u tom slučaju se jednostavno preslikala na Vrhovni sud koji je vodeći se prvenstveno političkim, a ne (ustavno)pravnim kriterijima presudio izbore. Kao što je Franklin Delano Roosevelt u razdoblju *New Deal-a* došao u sukob sa Vrhovnim sudom, tako je sada Vrhovni sud došao u sukob prvenstveno sa Kongresom, ali i sa Vrhovnim sudom Floride i time narušio povjerenje u vrijednosti američkog federalizma. Specifičnosti američkog izbornog sustava³⁵, velike emocije koje su pratile izbore 2000. godine te već spomenuta ideološka diferencijacija, učinile su ove izbore vrlo zanimljivima pravnicima i politolozima. No nitko nije ni slutio da će Vrhovni sud odigrati takvu po mišljenju mnogih ustavnopravnih stručnjaka, negativnu ulogu.

Nakon provedenih izbora, trebalo je imenovati elektore koji bi sukladno XII. amandmanu izabrali predsjednika i potpredsjednika SAD-a. Kako su rezultati pristizali, uvidjelo se da će Florida sa svojih 25 elektora presuditi izbore. „Izborna komisija Floride izvijestila je 8. studenog da je u toj državi Bush dobio 2.909.135 glasova, a Gore 2.907.351 glas, odnosno 1.784 glasa manje. Prema Floridskom izbornom zakonu ako je razlika u glasovima između dva kandidata s najvećim brojem glasova manja od 0.5% od ukupnog broja palih glasova mora se provesti obvezno ponovno automatsko prebrojavanje. Nakon tog ponovnog prebrojavanja glasova predsjednički kandidat Bush je i dalje bio u vodstvu prema broju glasova, ali se njegova prednost bitno smanjila – na svega 327 glasova.“³⁶ Florida je bila vrlo specifična zbog toga što su se upotrebljavali različiti načini prebrojavanja glasova. U većini okruga su se koristili uređaji za optičko očitavanje listića, ali u 1/3 okruga su se koristili iznimno stari uređaju na kojim su birači trebali bušiti listiće pokraj imena preferiranog kandidata. Događalo se da uređaj ne bi do kraja probušio listić, da bi bio oštećen, tj. da se iz njega ne bi moglo na jasan i nedvojben način zaključiti volja birača, odnosno kome birač daje svoj glas. Isto tako, utvrdilo se da je veliki broj Afro-Amerikanaca (koji redovito glasuju za Demokrate) bilo izbačeno iz popisa birača bez jasno utemeljenog zakonskog razloga.

Uz sve ove nepravilnosti i u svijetlu činjenice da je razlika između predsjedničkih kandidata bila vrlo mala, Al Gore je krenuo u pravno osporavanje rezultata izbora. Vrhovni sud Floride je djelomično uvažio zahtjeve pravnih zastupnika Ala Gorea i naredio ponovno ručno prebrojavanje glasova u četiri izborna okruga (Volusia, Palm Beach, Miami-Dade i Broward) I sada ovdje u priču ulazi federalni Vrhovni sud koji je minimalnom većinom od samo pet sudaca zaustavio ručno prebrojavanje jer je tokom postupka uvidio da postoje

³² R. PODOLNJAK, Američki Vrhovni sud kao politička institucija: slučaj *Bush vs. Gore*, Pravni vjesnik, 1-2/2003, 19, str. 285-324.

³³ Za cjelokupni tekst presude vidi: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>, (08.04 2008.)

³⁴ Sličan slučaj je zabilježen 1876. godine prilikom izbora predsjednika Rutherforda B. Hayesa, ali svi ustavnopravni stručnjaci su se složili da je u ovom slučaju Vrhovni sud u potpunosti izašao izvan svih dozvoljenih pravnih okvira. Više o „slučaju Hayes“ vidi: PODOLNJAK, op. cit. (bilj. 32), na str. 292.

³⁵ Više o načinu izbora predsjednika SAD-a vidi: KURTOVIĆ, op. cit. (bilj. 15), na str. 127.

³⁶ PODOLNJAK, op. cit. (bilj. 32.), na str. 301.

ustavni problemi ukoliko se glasovi budu prebrojavali na taj način.³⁷ Time je federalni Vrhovni sud oborio presudu Vrhovnog suda Floride i *de facto* poklonio pobjedu Georgeu W. Bushu.

Većina stručne javnosti je bila zgrožena ovakvom odlukom zbog nekoliko razloga. Najizrazitiji protivnici ovakve odluke su u prvom redu isticali da federalni Vrhovni sud uopće nema nadležnost nad ovim slučajem jer su izbori unutarnja stvar država-članica i samim time nadležnost federalnog Vrhovnog suda ne postoji. No, Vrhovni sud je putem *writ of certiorari* uzeo slučaj u razmatranje i spomenutom minimalnom većinom zaustavio ručno prebrojavanje glasova. U ovom slučaju je ugled Vrhovnog suda prilično narušen, ali kasnija istraživanja javnog mnijenja su pokazala da neke veće štete za Vrhovni sud nije bilo, građani su i dalje imali puno povjerenje u tu instituciju iako se u ovom slučaju pokazala više političkom nego pravnom. Kada se već Vrhovni sud odlučio na ovako nepotreban izlet, onda su suci trebali osigurati jednoglasnu odluku kako bi se izbjegle optužbe o ideološkom raslojavanju Vrhovnog suda. Time bi se pokazalo da cijeli Vrhovni sud stoji iza ovakve odluke i da je odluka u prvom redu pravna, a ne politička.³⁸

Uz ovakvu minimalnu većinu i veliki broj oštro intoniranih suprotstavljenih mišljenja od samih sudaca koji se nisu slagali sa odlukom krenulo se u konstrukcije teorija zavjere. Isticalo se da su pet sudaca Vrhovnog suda koji su činili većinu imenovali konzervativni predsjednici (među njima i George H. Bush, 41. američki predsjednik i otac predsjedničkog kandidata Georgea W. Busha) Većinu u oba doma floridske skupštine su imali republikanci kojima nije padalo na pamet dovoditi u pitanje ovakve rezultate izbora, čak štoviše odmah nakon provedenih izbora se sastala floridska skupština na izvanredno zasjedanje i istaknula zahtjev da se odmah imenuju elektori sukladno proglašenim izbornim rezultatima.³⁹ Guverner Floride bio je Jeb Bush, brat Georgea W. Busha, a državna tajnica Floride bila je Katherine Harris, članica Bushevog izbornog stožera. Ovakva stranačko-obiteljska sinergija bila je prejak zalogaj za odvjetački tim Ala Gorea. Vrhovni sud Floride je bio na njihovoj liniji pa je i dopustio ponovno ručno prebrojavanje, no Vrhovnom sudu Floride se spočitavalo kako je utvrda Demokrata jer je pet od sedam sudaca Vrhovnog suda Floride imenovao bivši guverner Floride, (Demokrat) Lawton Major Chiles Jr. Kako god bilo, federalni Vrhovni sud je napravio nepotrebn izlet u politiku baš kao što je i Franklin Delano Roosevelt napravio nepotrebn izlet u sukobu sa Vrhovnim sudom za vrijeme *New Deal*a. No, vidjelo se da je ideološka privrženost jedne i druge struje sudaca u ovom slučaju prejaka da bi se našli kompromisi koji ponekad mogu biti teški, ali koji su u većini slučajeva i nužni.

4. Ustavni sud Savezne Republike Njemačke

Njemački ustavnopravni teoretičari su nakon završetka Drugog svjetskog rata i donošenja njemačkog Ustava (Temeljni zakon – *Grundgesetz*) isticali kako njemačkim porazom i savezničkom okupacijom Njemačke, njena državnost nije prestala postojati već ona ima svoj kontinuitet koji se nastavlja i u Temeljnom zakonu. Temeljni zakon je uspostavio federalnu ustavnu državu i zabranio bilo kakvo mijenjanje federalnog ustrojstva Njemačke (tzv. klauzule o vječnosti) U toj koncepciji, Savezni Ustavni sud ima ulogu „čuvara Ustava“ On je zadnja instanca koja ga brani i kao potpuno neovisno tijelo nadgleda provođenje i poštovanje Temeljnog zakona. On izaziva strahopoštovanje ostalih njemačkih političkih subjekata, a njegove odluke se cijene i nikada ne dovode u pitanje.

³⁷ Za prikaz suprotstavljenih mišljenja vrhunskih američkih ustavnopravnih teoretičara vidi: PODOLNJAK, op. cit. (bijl. 32.), str. 305-318.

³⁸ Ibid., na str. 321.

³⁹ Više o ovome vidi: V. KRŠNIK, Američki Vrhovni sud praktički proglašio Georgea Busha predsjednikom SAD-a, <http://ns1.vjesnik.com/pdf/2000%5C12%5C14%5C07A7.PDF>, (08.04. 2008.)

Čl. 93. st. 2. Temeljnog zakona daje ekskluzivitet Saveznom Ustavnom sudu za ocjenu ustavnosti saveznih zakona i zakona Ländera i to predstavlja njegovu temeljnu i najvažniju djelatnost.⁴⁰ No, s obzirom na neka posebna obilježja prof. Allan-Randolph Brewer-Carias navodi kako postoje šest temeljnih djelatnosti Saveznog Ustavnog suda kojima se osigurava zaštita Temeljnog zakona. U prvu grupu spadaju djelatnosti kojima Savezni Ustavni sud štiti savezni poredak Njemačke od političkih stranaka koji bi svojom djelatnosti mogle ugroziti savezni ustroj vlasti. Savezni Ustavni sud time ima pravo takve stranke i zabraniti. Drugom skupinom djelatnosti Savezni Ustavni sud osigurava redovno djelovanje i funkcioniranje institucija stoga je ovlašten rješavati vertikalne i horizontalne sukobe nadležnosti. Trećom skupinom se osigurava zakonitost državnih izbora i referendumata, dok se četvrtom skupinom osigurava poštovanje ljudskih prava i čovjekovih sloboda. Petu skupinu čine djelatnosti interpretiranja i primjene Temeljnog zakona kao i federalne legislative, a šestu skupinu čine djelatnosti kojima Savezni Ustavni sud nadzire ustavnost normativnih državnih akata.⁴¹

Savezni Ustavni sud je često revolucionarno istupao u politički život i dugogodišnjom praksom se etablirao kao pravi čuvar Ustava. U analizu ćemo uzeti jednu presudu Saveznog Ustavnog suda pod nazivom *Classroom Crucifix Case II* iz 1995. godine. Dakako, judikatura Saveznog Ustavnog suda je iznimno bogata, ali u ovu (kratku) analizu smo uzeli navedeni slučaj koji se čini prikladnim za pokazivanje stupnja razvijenosti sudskog aktivizma u Saveznoj Republici Njemačkoj.⁴² Također, navedena presuda Saveznog Ustavnog suda dobar je pokazatelj stajališta razvijenih ustavnih demokracija u pogledu odnosa Crkve i države.⁴³

4.1. Odnos Temeljnog zakona i vjerskih sloboda

Problematika odnosa Crkve i države predstavlja 2000 godina ljudske povijesti i nemoguće je na jednom mjestu dati jedan sveobuhvatni prikaz ovakve komplicirane problematike. Sam odnos Crkve i države opterećivao je većinu političkih zajednica praktički sve do Drugog vatikanskog koncila kada je Crkva na revolucionaran način javno objavila da njena misija nije uspostavljanje političkog kraljevstva na zemlji, ističući da to nije ni bila misija Isusa Krista, nego u poniznosti služiti svim vjernicima iščekujući spasenje.⁴⁴ U Saveznoj Republici Njemačkoj ovaj slučaj se dogodio 1995. godine u Bavarskoj i Savezni Ustavni sud je došao u priliku braniti sekularni poredak njemačke države.

Donošenje uredbe 1991. godine po kojoj se u razredima bavarskih osnovnih škola zahtijeva isticanje križa, pokrenulo je lavinu pravnih borbi koje će se završiti presudom Saveznog Ustavnog suda u ovom predmetu. Roditelji učenika koji su pripadali jednom vjerskom kultu su tvrdili da isticanje križa vrijeđa vjerske osjećaje njihove djece i time krši odredbe njemačkog Ustava. Školski službenici su htjeli ovaj sukob razriješiti na način da se križ u učionicama zadrži, ali bez Kristove figure na njemu. No u konačnici, roditelji novih generacija njemačkih osnovnoškolaca su podnijeli tužbu bavarskom administra-

⁴⁰ Odjeljak IX., čl. 93. st. 2. Temeljnog zakona kaže da Savezni Ustavni sud odlučuje kod razlike u mišljenju ili pri postojanju sumnje u formalnu ili stvarnu suglasnost saveznog prava ili zemaljskog prava sa Temeljnim zakonom ili u suglasnost zemaljskog prava sa ostalim saveznim pravom i to na zahtjev Savezne vlade, jedne zemaljske vlade ili jedne trećine članova Saveznog vijeća. Temeljni zakon u prijevodu na hrvatski jezik dostupan je na internet adresi Sveučilišta u Leipzigu: www.uni-leipzig.de/~eurlaw/cms/cms/upload/Sarcevic_Grundgesetz.pdf, (08.04.2008.)

⁴¹ A. R. BREWER-CARIAS, *Judicial review in comparative law*, Cambridge, 1989., na str. 206.

⁴² U izlaganju ovih slučajeva slijedimo metodologiju izlaganja iz primarnog izvora za ovu problematiku: D. P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, North Carolina, 1997.

⁴³ Pod „Crkvom“ podrazumijevamo Rimokatoličku crkvu.

⁴⁴ Zbirku svih odluka Drugog vatikanskog koncila vidi u: *Drugi vatikanski koncil: dokumenti*, Zagreb, 2002.

tivnom (upravnom) sudu koji je njihov prijedlog odbio, ali je takva presuda oborena na bavarskom Visokom administrativnom sudu. Savezni Ustavni sud je 05. studenog 1991. godine odbio zahtjev roditelja za privremenom zabranom kojom bi se križevi maknuli iz osnovnoškolskih učionica (poznato pod nazivom *Classroom Crucifix I Case*) Četiri godine poslije Savezni Ustavni sud donosi odluku o *meritumu* stvari, a stranke u postupku su bile katoličke i protestantske grupacije u Bavarskoj kao i bavarska pokrajinska vlada *et al.*

Savezni Ustavni sud je u presudi zauzeo stajalište da je tužba dobro osnovana i da se praksa isticanja križa u učionicama kosi sa odredbama Temeljnog zakona, samim time bavarska uredba koja zahtijeva isticanje križa je neustavna. Savezni Ustavni sud je u obrazloženju presude krenuo od čl. 4. st. 1. Ustava koji jamči slobodu vjeroispovijesti. Vjera je unutarnja stvar pojedinaca i država u pitanju vjeroispovijesti mora biti strogo neutralna.⁴⁵ Država ne smije nametati bilo kakvu vjeru, niti braniti drugima slobodno prakticiranje vlastite religije. Država mora brižno paziti da sve vjerske zajednice u multikonfesionalnim društvima budu apsolutno jednake i strogo odvojene od države jer je ustavom zamišljena sloboda vjeroispovijesti u prvom redu namijenjena zaštititi vjerskih manjinskih zajednica od dominantne većine.⁴⁶

Valja istaknuti da sekularizacija shvaćena kao strogo odvajanje Crkve od države tehnički nije moguća. Čak ni u Francuskoj u kojoj je „Velika“ Revolucija tendirala uništiti Crkvu zbog njene sprege sa apsolutizmom, se nije u potpunosti uspjelo⁴⁷ iako je Zakon o odvajanju Crkve od države iz 1905. godine postao *modus operandi* na koji bi se sekularizacija trebala vršiti.⁴⁸ Ako prihvatimo strogu diobu Crkve od države, to bi neminovno značilo da crkveni brakovi ne mogu u nikakvom slučaju imati građanskopravni učinak, nego se mladenci trebaju prvo vjenčati kod matičara pa onda fakultativno tko želi može primiti i crkveni sakrament. Isticanje vjerskih blagdana kao državnih bi bilo neustavno te bi konzekventno npr. Božić i blagdan Sv. Stjepana morali biti radni dani. Nadalje, sudjelovanje državnih dužnosnika na vjerskim manifestacijama (u prvom redu svetim misama) kršilo bi odredbe o sekularizaciji, a sama zakletva koju polaže, npr. hrvatski predsjednik prilikom stupanja na dužnost bila bi neustavna.⁴⁹ Ovo su argumenti koji pokazuju kako je stroga dioba Crkve i države nemoguća, ali se mogu postaviti mjerila kojima se u velikoj mjeri ograničava vjerski utjecaj u političkim poslovima.

Sprega vjere i politike je u prošlosti donijela mnoge ljudske žrtve i patnje te je Drugi vatikanski koncil jasno istaknuo da Crkva nema nikakvu namjeru sudjelovati u političkom životu država, a da se društvo sastoji od dvije sfere (vjerske i građanske) koje su jasno odvojene, ali i u službi istih ljudi. Crkva dosta često danas unatoč ovim deklariranim opredjeljenjima nastoji utjecati na politiku⁵⁰, stoga država mora preuzeti obvezu da će

⁴⁵ Ovakvo stajalište nalazimo i u odlukama Drugog vatikanskog koncila, točnije u Deklaraciji o vjerskoj slobodi (*De libertate religiosa*)

⁴⁶ KOMMERS, op. cit. (bilj. 42), na str. 480.

⁴⁷ Kao argument ovdje ističemo činjenicu da pojedine religije u francuskoj pokrajini Alsace-Moselle uživaju javne povlastice čime vidimo da striktna odvojenost nije dosljedno provedena. Općeniti liberalni pogled na ovu problematiku pruža knjiga: H. PENA-RUIZ, Što je laičnost?, Zagreb, 2004.

⁴⁸ Puni tekst Zakona o odvajanju Crkve od države vidi u: KURTOVIĆ, op. cit. (bilj. 22), na str. 240.

⁴⁹ Sukladno čl. 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izboru predsjednika Republike Hrvatske, NN 71/97, prisega koju polaže svaki novoizabrani predsjednik Republike Hrvatske pred Ustavnim sudom glasi: „Prisežem svojom čašću da ću dužnost predsjednika Republike Hrvatske obavljati savjesno i odgovorno, na dobrobit hrvatskog naroda i svih hrvatskih državljana. Kao hrvatski državni poglavar: držat ću se Ustava i zakona, brinuti se za poštovanje ustavnopravnog poretka Republike Hrvatske, bdjeti nad urednim i pravednim djelovanjem svih tijela državne vlasti, čuvati nezavisnost, opstojnost i jedinstvenost države Hrvatske. Tako mi Bog pomogao“ No transcendentna vokacija u ovakvim slučajevima nije nešto iznimno. Njemački Temeljni zakon u svojoj prvoj rečenici kaže „Svjesni svoje odgovornosti pred Bogom i ljudima...“ dok se švicarski Ustav izravno poziva na Boga u Preambuli i kaže: „U ime Svemogućega Boga...“

⁵⁰ U vrijeme izbivanja problema u odnosima sa haškim sudom, pojedini hrvatski crkveni velikodostojnici su često politički istupali i time dodatno radikalizirali tadašnju vrlo usijanu političku atmosferu.

vjeru zadržavati na „pristojnoj udaljenosti“ od politike. To bi značilo da vjerska nastava mora biti isključivo stvar djece i njihovih roditelja, a isticanje vjerskih simbola u javnim školama mora biti praksa koja se izbjegava, a tamo gdje se još koristi, mora biti što brže napuštena. Bezobrazno je reći kako križu (ili bilo kojem drugom vjerskom simbolu) koji simbolizira univerzalne ljudske vrijednosti, kao npr. dobrotu, ljubav, poštenje, pokoru, oprost itd. „nije mjesto u školama i javnoj sferi“ No, simboli su sekundarnog značenja, križ kao takav je samo komad drva ili metala. Bilo bi bolje da se više vodi računa o prenošenju vrijednosti koje križ ili bilo koji drugi vjerski simbol predstavlja, a te vrijednosti bi u konačnici trebale naći mjesto u našim srcima. S druge strane, križ je eklatantno katolički simbol i odiše skrivenim misticizmom. U društvima sa velikim brojem vjerskih zajednica mora se uvijek paziti od diktature većine, što je jasno istaknuo i Savezni Ustavni sud u svojoj presudi. Ustavi većine država sadrže jamstva slobode vjeroispovijesti i ostavljaju vjerskim zajednicama mogućnost za slobodnim osnivanjem učilišta za vjersku poduku. Vjerske zajednice mogu osnivati učilišta u kojima će uz djecu koja se pripremaju za svećenički poziv, u nastavi sudjelovati i djeca „iz građanstva“, a diplome takvih učilišta će biti u potpunosti priznate i ravnopravne sa diplomama javnih učilišta. U takvim učilištima vjerski simboli ne samo da su dozvoljeni nego i nužni i poželjni. Svaki roditelj koji za svoje dijete želi aktivniju vjersku poduku može slobodno izabrati takvo učilište, od osnovnoškolskog i srednjoškolskog, a punoljetne osobe se mogu odlučiti i za takvo sveučilište. Stoga zaključujemo da vjerska nastava i vjerski simboli ne bi smjeli okupirati školsku svakodnevicu, nego bi se pedagoški radnici trebali primarno baviti socijaliziranjem vrijednosti koje takvi vjerski simboli predstavljaju. Prenosjenje takvih vrijednosti ne odvija se (isključivo) putem vjerske nastave i isticanjem vjerskih simbola u učionicama. Vjerska nastava kao takva je supsidijarna i služi više dogmatskom naučavanju vjere. Pravo učenje o vrijednostima vjere se odvija u svakodnevnicu i na tim testovima se iskazujemo kao vjernici. Smatram da je Savezni Ustavni sud imao ovakvu argumentaciju u vidu kada je donosio presudu.

5. Ustavni sud Republike Hrvatske

Ustavni sud Republike Hrvatske predstavlja modernu instituciju hrvatskog prava. Iako se često ističe da je Ustavni sud stvoren tzv. „božićnim Ustavom“ iz 1990. godine, za pravu istinu o osnutku ovog visokog sudskog tijela treba ići malo dalje u prošlost. Točnije u 1964. godinu kada je Republika Hrvatska (tada Socijalistička Republika Hrvatska) bila u sastavu multinacionalne federacije, Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Među svim političkim tijelima, načelni primat je imala Skupština zbog toga što je ona najbliža narodu, ali u stvarnosti se moć koncentrirala u egzekutivnim organima jer su po prirodi stvari bili operativniji za razliku od glomaznih i inertnih Skupština.⁵¹ Ustav SFRJ-a iz 1963. godine uveo je Ustavni sud kao samostalno tijelo zaduženo za provođenje nadzora nad ostvarivanjem ustavnosti i zakonitosti. Sukladno saveznom Ustavu, godinu dana poslije Ustavom Socijalističke Republike Hrvatske uveden je i Ustavni sud u Hrvatskoj.

Dakako, društveno-politička zbilja bila je dijametralno različita od današnje liberalno-demokratske, stoga je iluzorno misliti kako je takav Ustavni sud po stvarnoj moći bio i približno jednak npr. Ustavnom sudu Savezne Republike Njemačke. Samo ustavno sudovanje nije se provodilo u svom čistom obliku kao na području Zapadne Europe, nego je tu više bila riječ o jednoj jugoslavenskoj inačici. Naime, Ustavni sud (savezni ili republički) neustavni pravni akt nije mogao oboriti bez sudjelovanja Skupštine (savezne ili republičke) Ukoliko bi Ustavni sud proglasio jedan zakon neustavnim, Skupštini bi poslao obavijest da je u tom konkretnom slučaju utvrđena neustavnost, a Skupština je morala donijeti

⁵¹ SMERDEL *et. al.*, op. cit. (bilj. 8), na str. 77.

formalnu odluku o povlačenju takvog pravnog akta. Ako Skupština to ne bi učinila u roku od šest mjeseci, neustavni pravni akt bi izlazio iz pravnog života što bi Ustavni sud utvrdio svojom odlukom⁵², čime se ipak povećavala ukupna pravna sigurnost. Od donošenja Ustava iz famozne 1974. godine, Ustavni sud je imao ovlast poništiti neustavni pravni akt i bez sudjelovanja Skupštine. Hrvatsko ustavno sudstvo svoju kulminaciju doživljava u „božićnom Ustavu“ iz 1990. godine i 08. listopada 1991. kada je proglašena samostalna i suverena hrvatska država. Sudski aktivizam u Republici Hrvatskoj je danas još uvijek vrlo mlada disciplina i dosada nismo bili svjedocima nekog sveobuhvatnog sudačkog angažmana koji bi nas iznenadio uz dužne iznimke. Prvom presudom ćemo analizirati slučaj kojeg nazivamo „hrvatskim Marburyem“ jer je u vrijeme promjene cjelokupnog ustavnog ustrojstva vlasti dao nadu da će se Ustavni sud aktivnijim sudskim aktivizmom zalagati za ostvarivanje Ustavom proklamirane ustavne vladavine i vladavine prava. Drugi slučaj se odnosi na biračko pravo dijaspore gdje je Ustavni sud ispravno zaključujući i interpretirajući odredbe Ustava Republike Hrvatske, otvorio razna pitanja koja ćemo detaljnije razraditi.

5.1. Načelo proporcionalnosti

Mandat većini sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske je istekao početkom prosinca 1999. godine i mjesec dana prije parlamentarnih izbora, Sabor je izabrao novih sedmero sudaca.⁵³ Zbog smrti predsjednika Tuđmana, početkom 2000. godine su održani i predsjednički izbori pa je Republika Hrvatska u 2000. godinu krenula sa potpuno novom političkom garniturom svih ustavnih tijela. Novoizabrana koalicijska vlast je u svojoj predizbornoj kampanji isticala da je temeljna zadaća nove vlasti izmjena Ustava kojom bi se uvela parlamentarna vladavina jer se vidjelo da je dotadašnji polu-predsjednički sustav vladavine omogućio razne nepravilnosti u političkom životu.⁵⁴ Sedmero sudaca Ustavnog suda je stupilo na dužnost 07. prosinca 1999. godine i niti dva mjeseca poslije Ustavni sud donosi revolucionarnu odluku u predmetu U-I-1156/1999⁵⁵ čime posredno utječe na samog ustavotvorca koji je *meritum* ove odluke ugradio u sam Ustav prilikom njegove izmjene u studenom 2000. godine. Sam slučaj je prilično banalan i teško je bilo očekivati kako će Ustavni sud baš ovdje *de facto* „obvezati“ ustavotvorca. Naime, poduzeće SIGA-AUTOMATI d.o.o. je u obavljanju svoje djelatnosti postavljalo automate za distribuciju cigareta na javnim mjestima. Budući da su na taj način i maloljetnici mogli doći do cigareta, Sabor je početkom studenog donio Zakon o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda⁵⁶ i time nastojao odgovoriti građane od korištenja duhana i u potpunosti onemogućiti da maloljetne osobe dođu do cigareta te su propisane i kazne ukoliko trgovci budu cigarete prodavali maloljetnicima. Člankom 8. st. 1. spomenutog Zakona, zakonodavac je propisao da se od 1. siječnja 2000. godine u potpunosti zabranjuje prodaja cigareta iz automatskih naprava, a čl. 25. st. 1. toč. 5. propisana je kazna od 200 do 500 tisuća kuna ukoliko pravna osoba bude nastavljala s praksom postavljenja aparata za distribuciju cigareta na javnim mjestima. Pravni zastupnici SIGA-AUTOMATA d.o.o. su podnijeli prijedlog Ustavnom sudu za ocjenom ustavnosti navedenih odredbi ovog Zakona jer su smatrali da je poduzetnicima koji se bave ovakvom djelatnošću ostavljeno pre-

⁵² BREWER-CARIAS, op. cit. (bilj. 41), na str. 240.

⁵³ Izbor sedmero sudaca Ustavnog suda krajem 1999. godine bio je praćen velikim kontroverzama jer je većina novoizabranih sudaca u Ustavni sud ušla po čisto političkim kriterijima iako je među njima bilo nesumnjivo velikih pravnih stručnjaka, vidi: <http://www.vjesnik.hr/Html/1999/10/26/Clanak.asp?r=tem>, (08.04.2008.)

⁵⁴ SMERDEL et. al., op. cit. (bilj. 8), na str. 376.

⁵⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000., NN 14/00.

⁵⁶ NN 128/99.

malo vremena da ugase svoje poslovanje i povuku aparate sa tržišta čime su prekršene brojne odredbe Ustava Republike Hrvatske.⁵⁷ Zatražili su od Ustavnog suda da sukladno čl. 43. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu⁵⁸ donese privremenu mjeru kojom će obustaviti izvršenje pojedinačnih akata jer bi se njihovim izvršenjem nanijele teške i nesagledive posljedice poduzetnicima.

Ustavni sud je zauzeo stajalište da je prijedlog dobro osnovan i u procesu odlučivanja postavio dva pitanja na koja treba dati odgovor. „Prvo, je li ograničenje poduzetničkih sloboda i vlasničkih prava, koje se očituje u zabrani prodaje duhanskih proizvoda iz automatskih naprava, učinjeno radi ostvarenja legitimnog cilja propisanog Ustavom Republike Hrvatske, i drugo, jesu li uvjeti, pod kojima je ograničenje poduzetničkih sloboda i vlasničkih prava u konkretnom slučaju propisano, razmjerni legitimnom cilju koji se zabranom želi postići?“⁵⁹ Što se tiče prvog pitanja, Ustavni sud je zauzeo stajalište da se ograničenje poduzetničkih sloboda i vlasničkih prava želi provesti radi ostvarivanja legitimnog cilja zaštite zdravlja ljudi koje je propisano Ustavom i da sa tog aspekta ni predlagatelj ne smatra ovu činjenicu ustavnopravno spornom. Drugo pitanje sadržava bit te izvanredne pravne logike kojom je Ustavni sud revolucionarno istupio u javnu politiku. Ustavni sud je istaknuo da iako Ustavom nije decidirano propisano, svako ograničenje poduzetničkih prava mora biti razmjerno legitimnom cilju koji se želi nekom normom postići. „Razmjernost, naime, može postojati samo u slučaju ako poduzete mjere nisu restriktivnije no što je potrebno da bi se osigurao pravovaljan (legitiman) cilj.“⁶⁰

Ovdje je Ustavni sud proširio odredbu čl. 17. st. 2. tada važećeg Ustava Republike Hrvatske koji je određivao da opseg ograničenja temeljnih sloboda i ljudskih prava građana Republike Hrvatske u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države mora biti primjeren naravi pogibelji. Iz toga je Ustavni sud analogijom izveo zaključak da ukoliko ustavotvorac propisuje razmjernost između opsega ograničenja i naravi pogibelji u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države, tim više (*a fortiori*) to mora vrijediti i u doba mira. Stoga Ustavni sud zaključuje da je zakonodavac osporavanim odredbama Zakona odredio restriktivniju mjeru nego što je potrebno i da se to može ispraviti jedino ako se produži rok za povlačenje automata za distribuciju cigareta sa javnih mjesta.

Slijedom navedene odluke, Ustavni sud je ukinuo odredbe čl. 8. i čl. 25. st. 1. toč. 5. Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda.⁶¹ Ustavni sud je time dao signal ustavotvorcu i prilikom izmjena Ustava krajem 2000. godine, u Ustav je ušla odredba po kojoj “Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju“⁶² Niti mjesec dana nakon stupanja na dužnost praktički novog saziva Ustavnog suda⁶³, Ustavni sud donosi ovakvu odluku kojom na

⁵⁷ Decidirano su navedene odredbe čl. 3., čl. 5., čl. 18., čl. 48. st. 1., čl. 49. st. 1. 2. i 3., čl. 50. st. 1. i 2. i čl. 54. st. 1. tada važećeg Ustava Republike Hrvatske, NN 08/98.

⁵⁸ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN 99/99; Ustavni zakon o Ustavnom sudu se mijenjao 2002. godine, ali navedena prerogativa je zadržana i nalazi se čl. 45. trenutno važećeg Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN 49/02.

⁵⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-1156/1999 od 26. siječnja 2000., NN 14/00.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Izdvojeno mišljenje dao je sudac Petar Klarić (predsjednik Ustavnog suda 2003-2007) koji je glasovao suprotno većini. Njegovo mišljenje je kao *obiter dictum* sadržano nakon teksta Odluke i u njemu sudac Klarić svoje glasovanje suprotno većini obrazložio da se Ustavom zajamčena zaštita zdravlja vrijednosno nalazi ispred zaštite poduzetničke slobode i vlasničkih prava, stoga navedene odredbe Zakona nije trebalo ukidati. Zaštita zdravlja ima primat pred poduzetničkim slobodama, a Ustavni sud je ovom Odlukom u biti relativizirao vrijednost zaštite zdravlja i subordinirao je slobodi poduzetništva.

⁶² Čl. 16. st. 2. Ustava Republike Hrvatske, NN 124/00 povezano sa čl. 8. Odluke o proglašenju promjene Ustava Republike Hrvatske NN 113/00. Identičnu odredbu nalazimo i u aktualnom Ustavu Republike Hrvatske, NN 41/01.

⁶³ Prema tada važećem Ustavu iz 1998. godine, Ustavni sud je imao 11 članova. Tek je izmjenama Ustava u studenom 2000. godine (10 mjeseci nakon ove odluke), Ustavni sud proširen sa dva nova člana tako da danas Ustavni sud broji ukupno 13 članova.

početku rekonstrukcije cijelog hrvatskog pravno-političkog sustava očigledno obvezuje ustavotvorca prilikom prve iduće izmjene Ustava (u smislu da ustavotvorac nije mogao izbjeći ugraditi *meritum* Odluke u Ustav) Zbog iznimne važnosti ove vrlo značajne odluke i izvršne pravne logike korištene u obrazloženju, s punim pravom ovaj slučaj možemo nazvati „hrvatskim *Marburyem*“⁶⁴

5.2. Biračko pravo dijaspore

Sljedeći slučaj koji ćemo analizirati dogodio se u lipnju 2007. godine i tiče se vječne debate koja se vodi unutar hrvatskog društva, a može se riješiti jedino davanjem odgovora na vrlo komplicirano pitanje koje glasi: trebaju li hrvatski državljani koji nemaju prebivalište u Republici Hrvatskoj ostvarivati biračko pravo na izborima za Hrvatski sabor i Predsjednika Republike i pravo sudjelovanja na referendumu? Hrvatsko društvo je izrazito diferencirano po ovom pitanju i obje strane smatraju da su u pravu. Stoga prilikom obrade ove teme moramo oprezno lavirati između ovih stajališta jer je tematika vrlo aktualna, a ne želimo da nas se proglasi pristranima.

Na temelju čl. 38. st. 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu⁶⁵, Ustavni sud je pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 6. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o referendumu i drugim oblicima osobnog sudjelovanja u obavljanju državne vlasti i lokalne samouprave⁶⁶ (u daljnjem tekstu: Zakon) Navedenim izmjenama se pravo sudjelovanja na referendumu vezalo uz prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske na način da se sudjelovanje na referendumu dozvolilo samo hrvatskim državljanima koji na teritoriju Republike Hrvatske imaju neprekinuto prebivalište najmanje godinu dana do dana održavanja referenduma. Ustavni sud se u obrazloženju odluke pozvao na čl. 45. st. 1. Ustava Republike Hrvatske⁶⁷ i restriktivnom interpretacijom čl. 45. st. 1. i ostalih pripadajućih ustavnih propisa zauzeo stajalište da su ovim izmjenama prekršene brojne odredbe Ustava Republike Hrvatske.⁶⁸

Bit argumentacije odluke Ustavnog suda se sastoji u tome da ustavotvorac navedenim člankom 45. Ustava nije napravio nikakvu razliku između hrvatskih državljana koji imaju i koji nemaju prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske, stoga navedene izmjene ne smiju nikako vezati pravo sudjelovanja na referendumu sa prebivalištem u Republici Hrvatskoj. Ustavni sud je zauzeo stajalište da navedene izmjene nisu ni u suglasnosti sa čl. 14. st. 2. Ustava⁶⁹ jer ne rade razliku samo između hrvatskih državljana koji imaju i koji nemaju prebivalište u Republici Hrvatskoj, nego i između hrvatskih državljana koji imaju prijavljeno prebivalište u Republici Hrvatskoj jer bi stupanjem na snagu izmijenjenog Zakona pravo sudjelovanja na referendumu imali samo hrvatski državljani sa neprekinutim prebivalištem u trajanju od godine dana na teritoriju Republike Hrvatske. Ustavni sud na kraju ističe da bi navedene izmjene bile ustavne samo ako bi sam ustavotvorac napravio razliku između hrvatskih državljana prema kriteriju prebivališta. Budući da to ustavotvorac nije napravio, izmjene zakona su neustavne stoga ih je Ustavni sud temeljem čl. 55. st.

⁶⁴ Za povijesno utemeljenje načela proporcionalnosti vidi: S. RODIN, Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/2000, 50.

⁶⁵ „Ustavni sud može i sam pokrenuti postupak za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i za ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom“, NN 49/02.

⁶⁶ NN 92/01.

⁶⁷ „Hrvatski državljani imaju opće i jednako biračko pravo s navršениh 18 godina u skladu sa zakonom. Biračko pravo se ostvaruje na neposrednim izborima tajnim glasovanjem.“, NN 41/01.

⁶⁸ Navedeno je da su izmjenama prekršene odredbe čl. 1. st. 2. i 3. u svezi s člankom 45. st. 1. Ustava kao i čl. 14. st. 2. Ustava Republike Hrvatske, NN 41/01.

⁶⁹ „Svi su pred zakonom jednaki“, NN 41/01.

1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu⁷⁰ i ukinuo. Smatramo da je Ustavni sud ovakvom odlukom otvorio zanimljivu problematiku jer se neminovno postavljaju nova pitanja na koja će prije ili poslije trebati dati odgovor ukoliko se čl. 45. st. 1. ne izmjeni ili ako se ne unese druga odgovarajuća odredba.

Za početak trebamo analizirati sam čl. 45. Ustava kojim se razrađuje biračko pravo u Republici Hrvatskoj. Čl. 45. se sastoji od dva stavka kojima se na vrlo općeniti način regulira biračko pravo. Prvim stavkom se određuje da svi hrvatski državljani imaju opće i jednako biračko pravo sa navršenih 18 godina u skladu sa zakonom pri čemu se „u skladu sa zakonom“ odnosi prvenstveno na način pretvaranja glasova u mandate i druge operative aspekte izbora. Drugi stavak omogućava glasovanje hrvatskim državljanima koji se u doba izbora zateknu izvan Republike Hrvatske u skladu sa zakonom pri čemu se ova odredba odnosi na mornare, poslovne ljude sa hrvatskim državljanstvom, putnike i druge osobe sa sličnim statusom koje doduše imaju prijavljeno prebivalište u Republici Hrvatskoj, ali se na dan izbora zateknu izvan njenih granica. U praksi se uobičajilo da se u ovoj odredbi pronade i ustavno uporište za glasovanje dijaspore. Budući da se odredbe Ustava ne smiju sagledavati izolirano, vidimo da se biračko pravo u Republici Hrvatskoj regulira još i člankom 15. st. 3. Ustava koji određuje da se pripadnicima nacionalnih manjina može pokraj općeg biračkog prava propisanog čl. 45. st. 1. osigurati i posebno pravo izbora svojih tzv. manjinskih zastupnika u skladu sa zakonom.⁷¹ To je zakonodavac prihvatio i donošenjem Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina⁷² osigurao posebnu izbornu jedinicu u kojoj pripadnici nacionalnih manjina biraju određeni broj zastupnika (tzv. 12. izborna jedinica)⁷³ Dakle, ustavotvorac je pitanje posebne izborne jedinice i okvirnog broja zastupnika koji se biraju u toj posebnoj izornoj jedinici razradio Ustavnim zakonom i zajedno sa samim Ustavom napravio biračku razliku između dvije kategorije hrvatskih državljana (hrvatskih državljana hrvatske nacionalnosti i hrvatskih državljana pripadnika nacionalnih manjina) dok je način izbora i točan broj zastupnika prepustio Zakonu o izborima zastupnika u Hrvatski sabor.⁷⁴

S druge strane, Ustav nije napravio biračku razliku između hrvatskih državljana po kriteriju prebivališta i Ustavni sud je ispravno zaključio da se izmjenama Zakona radi nedopuštena diskriminacija hrvatskih državljana. Što se tiče parlamentarnih izbora, Republika Hrvatska je prema Zakonu o izbornim jedinicama⁷⁵ podijeljena u 10 izbornih jedinica u kojima se sukladno D'Hondtovoju metodi bira ukupno 140 zastupnika (u svakoj izornoj jedinici po 10) Posebnu izbornu jedinicu imaju pripadnici nacionalnih manjina, ali posebnu izbornu jedinicu imaju i hrvatski državljani bez prebivališta u Republici Hrvatskoj. Ono što smatramo ustavnopravno spornim je broj zastupnika koji bira ta posebna izborna jedinica. Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor⁷⁶ u čl. 41. određuje način na koji će se odrediti broj zastupnika koji će predstavljati hrvatske državljanke bez prebivališta u Republici Hrvatskoj. *Ukupni broj važećih glasova birača u deset izbornih jedinica u Republici*

⁷⁰ „Ustavni sud će ukinuti zakon ili pojedine njegove odredbe ako utvrdi da nije suglasan s Ustavom, odnosno drugi propis ili pojedine njegove odredbe ako utvrdi da nije suglasan s Ustavom i zakonom“, NN 49/02.

⁷¹ Za problematiku ove odredbe i granica Ustavnog suda u ocjenjivanju suglasnosti zakona s Ustavom na primjeru ocjene ustavnosti čl. 3. st. 2. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor vidi: J. Omejec, *Granice ovlasti Ustavnog suda u postupku ocjene suglasnosti zakona s Ustavom*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 6/2003, 53.

⁷² Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, NN 155/02.

⁷³ Ustavni zakon je pitanje broja zastupnika uredio čl. 19. st. 3. i 4., a detaljniju razradu (tj. točan broj zastupnika koje biraju pripadnici nacionalnih manjina prepustio Zakonu o izboru zastupnika) Ali je važno istaknuti da je Ustavni zakon primarno propisao broj zastupnika koje biraju pripadnici nacionalnih manjina, dok je Zakon o izboru zastupnika samo daljnja razrada prava koje je propisano Ustavom i Ustavnim zakonom.

⁷⁴ Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, NN 69/03.

⁷⁵ Zakon o izbornim jedinicama za izbor zastupnika u Zastupnički dom Hrvatskog državnog sabora, NN 116/99.

⁷⁶ NN 69/03.

Hrvatskoj dijeli se sa 140 koliko se ukupno zastupnika bira u tim izbornim jedinicama. Dobivenim rezultatom (količnikom) dijeli se broj važećih glasova u posebnoj izbornoj jedinici. Rezultat koji se dobije jest broj zastupnika koji je izabran u posebnoj izbornoj jedinici. Ako rezultat nije cijeli broj, zaokružuje se na cijeli broj od 0,5 na više, a ispod 0,5 na niže. Vidjeli smo u prethodnoj argumentaciji da je Ustavni sud vrlo restriktivno tumačio čl. 45. st. 1. i istaknuo da Ustav ne radi nikakvu biračku razliku između hrvatskih državljana. Ako je tome tako, ovakav način određivanja broja zastupnika u 11. izbornoj jedinici je neustavan jer diskriminira hrvatske državljanke bez prebivališta u Republici Hrvatskoj. Ako hrvatski državljanin sa prebivalištem u Republici Hrvatskoj biraju 14 zastupnika po izbornoj jedinici, onda 11. izborna jedinica mora birati isto toliko zastupnika ili se bilo kakve brojčane razlike prilikom izbora zastupnika moraju propisivati ili samim Ustavom ili posebnim Ustavnim zakonom, a ne samo zakonom, makar on bio i organski (što Zakon o izboru zastupnika sigurno jest) Broj zastupnika koji biraju pripadnici nacionalnih manjina je primarno propisano samim Ustavnim zakonom o pravima nacionalnih manjina što je sa stajališta Ustava nesporno. Restriktivna interpretacija čl. 45. st. 1. Ustava je dovela do diskriminacije hrvatskih državljana bez prebivališta u Republici Hrvatskoj čime je prekršen čl. 14. st. 2. Ustava Republike Hrvatske, što je Ustavni sud morao uzeti u obzir prilikom odlučivanja u ovoj materiji. Ustavni sud je u svojoj Odluci istaknuo da se odredbe čl. 45. Ustava jednako odnose i na ostvarivanje biračkog prava na izborima zastupnika za Hrvatski Sabor i na izborima za Predsjednika Republike kao i na referendumu, stoga ovakva argumentacija dodatno dobiva na težini.

Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor je propisao u čl. 8. da „birači koji nemaju prebivalište u Republici Hrvatskoj imaju pravo na zastupljenost u Saboru i biraju zastupnike prema odredbama ovog Zakona.“ Sam Ustav u čl. 45. st. 1. propisuje kako svi hrvatski državljanin imaju opće i neposredno biračko pravo u skladu sa zakonom stoga je i Ustav za razradu tog prava uputio na odgovarajući zakon (u ovom slučaju na Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor) Ali Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor je ukoliko se slijedi argumentacija Ustavnog suda, napravio nedozvoljenu diskriminaciju propisavši drugačiji broj zastupnika za hrvatske državljanke bez prebivališta u Republici Hrvatskoj.

Propisivanjem načina na koji se određuje broj zastupnika za 11. izbornu jedinicu zakonodavac je zašao duboko u područje ustavnopravne materije jer se tako važne odredbe mogu propisivati samo Ustavom ili Ustavnim zakonom čemu je u slučaju nacionalnih manjina i udovoljeno. Sa stajališta Ustava, način izbora zastupnika se može regulirati Zakonom o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, ali bilo kakav način izbora zastupnika u 11. izbornoj jedinici ne smije dovesti do diskriminacije po kriteriju broja zastupnika (osim ako se tako ne odredi Ustavom ili Ustavnim zakonom) jer u tom slučaju svi hrvatski državljanin nemaju *jednako* biračko pravo što Ustav decidirano zahtijeva, a što je Ustavni sud u Odluci U-I-2051/2007⁷⁷ restriktivnom interpretacijom čl. 45. st. 1. Ustava jasno i istaknuo. Ustav je po pitanju biračkog prava strogo sterilan i ne dozvoljava nikakve diskriminacije što je Ustavni sud prepoznao i odgovarajuće riješio.

Isto tako nam pažnju privlači i odredba čl. 71. Ustava Republike Hrvatske koja kaže da Hrvatski sabor ima najmanje 100, a najviše 160 zastupnika. U tih 160 zastupnika ulazi 140 zastupnika koji se biraju na teritoriju Republike Hrvatske, 8 zastupnika pripadnika nacionalnih manjina stoga 12 zastupničkih mjesta preostaje do ustavnog limita. Primjenom tzv. nefiksne kvote odnos između broja važećih glasačkih listića u Republici Hrvatskoj te broja važećih glasačkih listića u 11. izbornoj jedinici i pripadajućih zastupničkih mandata u toj 11. izbornoj jedinici je obrnuto proporcionalan. Što manje glasača izađe na izbore u Republici Hrvatskoj, a više u 11. izbornoj jedinici, to će broj mandata u 11. izbornoj jedinici

⁷⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-2051/2007 od 05. lipnja 2007., NN 69/07.

biti veći. Stoga uzmimo npr. da na prošlim parlamentarnim izborima u 11. izbornoj jedinici nije izašlo 90 402 birača od ukupno 404 950 (22,32 posto) koliko ih je bilo upisano u 11. izbornoj jedinici, nego mnogo više. U tom slučaju, Republika Hrvatska bi imala svojevrsnu ustavnu krizu. U Republici Hrvatskoj je na prošlim parlamentarnim izborima bilo ukupno 2 389 391 važećih glasačkih listića čime je 11. izborna jedinica sukladno čl. 41. Zakona o izboru zastupnika dobila 5 mandata. No, uzmimo da je isti odaziv bio i u 11. izbornoj jedinici (otprilike 62 posto, tj. 250 000 birača) U tom slučaju, 11. izborna jedinica bi imala 15 zastupničkih mandata.⁷⁸ To bi proizvelo veliku krizu jer bi to značilo dvije stvari: prvo, hrvatski državljani bez prebivališta u Republici Hrvatskoj imali bi više zastupnika nego hrvatski državljani sa prebivalištem u Republici Hrvatskoj (gledajući preko izbornih jedinica) i drugo, Hrvatski sabor bi imao 163 zastupnika (140+8+15) što po Ustavu ne može imati. Uvođenjem nefiksne kvote mi prije provedbe izbora ne znamo koliko će Hrvatski sabor imati zastupnika, a ta provedba može proizvesti ustavnu krizu. Ta kriza se izbjegava samo zahvaljujući slabom odazivu birača u 11. izbornoj jedinici (svega 22,32 posto na zadnjim parlamentarnim izborima) i relativno visokom odazivu birača u Republici Hrvatskoj (oko 63 posto na zadnjim parlamentarnim izborima) Potpuno drugo (čisto političko) pitanje predstavlja da li državljani jedne države bez prebivališta u njoj trebaju ili ne trebaju ostvarivati biračko pravo u toj državi. To je pitanje političke filozofije, pravno-političke povijesti i trenutačne političke situacije. Svakako da treba održavati bliske odnose sa dijelovima hrvatskog naroda izvan domovine. Tome je na tragu i Ustav Republike Hrvatske jer u čl. 10. st. 2. kaže da se osobita skrb i zaštita Republike Hrvatske jamči dijelovima hrvatskog naroda u drugim državama. Prvim stavkom istog članka se proklamira jačanje veza sa hrvatskim državljanima koji žive ili borave u inozemstvu. Ustav je po našem skromnom mišljenju ovdje kristalno jasan i ističe da niti jedna vlast u Republici Hrvatskoj ne može zanemariti ni hrvatske državljane ni dijelove hrvatskog naroda u inozemstvu što svakako nikome ne bi palo na pamet. Za sve daljnje korake treba(lo je) prvo osigurati široki konsenzus, a slabim odazivom birača u 11. izbornoj jedinici cijela ideja političkog povezivanja hrvatskog naroda izvan domovine sa domovinom putem izbornog zakonodavstva i nefiksne kvote doživljava neuspjeh. Ali je isto tako paradoksalno da bi uspjehom te ideje Republika Hrvatska imala ustavnu krizu.

6. Zaključak

Ustavno sudovanje i sudski aktivizam će i dalje istom snagom intrigirati kako pravnike tako i politologe. Ovim radom smo uspjeli osvijetliti samo jedan aspekt položaja ustavnog sudstva u pravno-političkom poretku države. Krećući od definiranja pojmova i pojmovne analize naša spoznaja je putovala kroz tri društveno-politička realiteta, američki, njemački i hrvatski. Svaki od njih je specifičan, svaki sa svojim potrebama i željama, nadama i razočaranjima koji su u jednom trenutku vremena emanirali u specifičnim slučajevima na koja su ustavni sudovi morali dati odgovor. Na prvo pitanje koje smo si postavili u *Uvodu*, tj. da li samo postojanje ustavnog sudovanja i sudskog aktivizma može otežati zakonodavni proces i politički život, moramo odgovoriti negativno. Vidjeli smo da je Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država vrlo često i iznimno spremno ulazio u političku sferu i utjecao na javnu politiku. Svojim tumačenjima Ustava ne samo da nije kočio zakonodavni proces, nego ga je i oplemenio. Najviše zahvaljujući djelatnosti Vrhovnog suda, američki Ustav još

⁷⁸ Na prošlim parlamentarnim izborima količnik za primjenu članka 41. st. 2. Zakona o izborima zastupnika je iznosio 17 067 (2 389 391/140) Da je u 11. izbornoj jedinici izašlo npr. 250 000 birača, ukupan broj mandata koji bi išao 11. izbornoj jedinici bi bio: N= 250 000/17 067, N=14,64; N=15. U tom slučaju svakako valja dati prednost Ustavu, ali ostaje nejasno kako bi se trebala riješiti takva situacija. Za službene rezultate parlamentarnih izbora vidi: NN 132/07.

i danas uživa epitet najstarijeg ustava na svijetu. Različitim interpretacijama u različitim društveno-političkim prilikama omogućio je njegovo dugo trajanje, a na samog zakonodavca je djelovao u okviru i granicama koje su postavljene u *Marburyu*. Ipak, vidjeli smo iz primjera *Bush v. Gore* da se i Vrhovni sud može voditi isključivo političkim kriterijima, a ne samo pravnim. U Vrhovnom sudu ipak na kraju sjede samo pojedinci sa svojim vlastitim uvjerenjima, mišljenjima i naklonostima. No ako se sagleda američki sudbeni aktivizam u totalitetu, ne može se nikako reći da je on u 200 godina *judicial reviewa* ograničavao zakonodavca više nego što je bilo potrebno radi zaštite Ustava. Ponekad je Vrhovni sud možda i trebao odlučiti drugačije (npr. *Dred Scott case*⁷⁹, *Plessy v. Ferguson*⁸⁰, *Bush v. Gore*), ali mora se istaknuti i da društveno-političke okolnosti uvelike determiniraju odluke samih sudaca.

Slična situacija je i sa Saveznim Ustavnim sudom u Njemačkoj. Ne možemo reći da je Savezni Ustavni sud nakon donošenja Temeljnog zakona 1949. godine ograničavao zakonodavca. I u njemačkom slučaju je Savezni Ustavni sud bio samo jedna od poluga kojom se osiguravala ustavna vladavina i vladavina prava te poštivanje Temeljnog zakona. Savezni Ustavni sud se vrlo vješto snašao u svim slučajevima koje smo analizirali. Znači, ne postoje nikakvi direktni ni indirektni dokazi da bi ustavno sudovanje i sudski aktivizam mogli otežavati donošenje političkih odluka. Čak štoviše, kvalitetno doziranim sudskim aktivizmom ustavni sudovi mogu biti jedni od odlučujućih faktora cjelokupnog razvoja države te osiguravanja ustavne vladavine i vladavine prava. Odgovor na drugo pitanje, tj. koja je razina sudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj nameće se iz samog izlaganja presuda. Ustavni sud Republike Hrvatske je imao svoje svijetle trenutke, to se ne može pobiti, ali u većini slučajeva je pretjeranim samoograničavanjem propustio djelovati u vrlo važnim predmetima čime je pokazao kako se po pitanju spremnosti na preuzimanje aktivnije uloge u političkom životu nije odmaknuo od ustavnosudske filozofije 80-ih godina prošlog stoljeća. I Ustavni sud Jugoslavije je znao (iako rijetko) igrati aktivniju političku ulogu, ali od njega se nije ni moglo očekivati više zbog jednopartijskog sustava vlasti. Hrvatski Ustavni sud nitko ne ograničava, on uživa potpunu Ustavom zajamčenu i zaštićenu slobodu i nezavisnost. Stoga nije jasna ta želja za vlastitim samoograničavanjem koja perpetuira od osnutka suvremene hrvatske države.

U komparativnoj analizi smo vidjeli da sudski aktivizam sam po sebi ne mora dovesti do entropije sustava, nego ga čak može i osnažiti te potaknuti još veću integraciju i homogenizaciju naroda. Možemo prihvatiti da je tokom Domovinskog rata sve bilo podređeno obrani domovine, stoga nisu ni postojali uvjeti za razvoj sudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj, ali svi slučajevi bespotrebnog samoograničavanja su se dogodili puno poslije 1995. godine.⁸¹ Zbog toga možemo komparirati sudski aktivizam u Republici Hrvatskoj danas i sudski aktivizam u Jugoslaviji 80-ih godina jer se sadržajno vrlo malo razlikuju. U socijalističkoj Jugoslaviji se sudski aktivizam nije očekivao, a u Republici Hrvatskoj se takva praksa i nastavila. Možda njemačko ustavno sudovanje može biti neka vrsta ideal-tipa i ideje vodilje za hrvatske prilike, no ugledati se u potpunosti na Savezni Ustavni sud i njegova rješenja i aktivnosti bi bilo pogrešno. Svako društvo je specifično, ima svoju vlastitu povijest, svoje vlastite velikane i velike datume. Iako se tuđa rješenja ne mogu jednostavno kopirati, Republika Hrvatska bi se trebala više ugledati na druge razvijene zemlje zapadnih demokracija kako bi njihova rješenja preuzela i pokušala prilagoditi

⁷⁹ STONE *et. al.*, op. cit. (bilj. 11), na str. 427-431.

⁸⁰ *Ibid.*, na str. 437-443.

⁸¹ Takav je bio slučaj npr. s Ugovorima između Republike Hrvatske i Svete Stolice gdje je Ustavni sud Republike Hrvatske krutim pravnim formalizmom odbio odlučivati o ustavnosti međunarodnih ugovora iako je većina stručne javnosti u navedenim ugovorima vidjela velike ustavne probleme. Vidi Odluku Ustavnog suda br. U-I-825/2001 od 14. siječnja 2004., NN 16/2004. Detaljnije o navedenoj problematici vidi: I. PADJEN, *Church and state in Croatia, Law and Religion in Post-Communists Europe*, Leuven, 2003.

vlastitoj zbilji, a pitanja sudskog aktivizma bi mogla predstavljati dobar početak. No, u konačnici moramo istaknuti da ne postoji nitko tko bi mogao natjerati Ustavni sud na aktivizam (kao i na samoograničavanje) ako on to ne želi. Sudski aktivizam ovisi o samim sucima i ako oni ne žele aktivnijom ulogom ulaziti u političku sferu kada to zatreba, mi tu ne možemo ništa učiniti. Ostaje nam samo apelirati na sve sadašnje i buduće suce Ustavnog suda Republike Hrvatske da aktivnije bdiju nad ostvarivanjem ustavnosti i zakonitosti u Republici Hrvatskoj i da se ne ograničavaju ulaziti u otvorene sukobe s politikom ako je to potrebno radi zaštite Ustava.

Naravno, Ustavni sud svojom sveukupnom djelatnošću doprinosi razvoju ustavnosti, zakonitosti i vladavine prava u Hrvatskoj. Iako deficitaran sudskim aktivizmom, svojim odlučivanjem u pitanju ustavnih tužbi osigurava zaštitu Ustavom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda svim pojedincima na teritoriju Republike Hrvatske čime doprinosi stabilizaciji pravno-političkog sustava koji se i 13 godina nakon završetka Domovinskog rata nalazi u procesu tranzicije. Judikatura je po ovoj osnovi iznimno bogata, ali i sam Ustavni sud je još 2005. godine u svom Izvješću obavijestio Hrvatski sabor da je ovakvo stanje neodrživo. U Izvješću br. U-X-835/2005 Ustavni sud je istaknuo kako se vidi osjetno povećanje predmeta za odlučivanje povodom ustavnih tužbi. „Ukupna opterećenost Ustavnog suda, a posebno njegova opterećenost ustavnim tužbama, od kojih broj onih u svezi s pravom na suđenje u razumnom roku progresivno raste, ozbiljno ugrožava mogućnost Ustavnog suda da na primjereni način i u razumnim rokovima ostvaruje svoje nadležnosti, osobito one u svezi s ocjenjivanjem ustavnosti zakona te ustavnosti i zakonitosti drugih propisa, što je njegova temeljna nadležnost.“⁸² Ovdje je sam Ustavni sud istaknuo da ga se pretjeranim priljevom predmeta ometa u obavljanju njegove temeljne djelatnosti i takvo izvješće treba pozdraviti.

No, zakonodavac je uvažio navode Ustavnog suda i u prosincu iste godine donio novi Zakon o sudovima i Glavom III. u čl. 27. i 28. propisao novi instancijski nadzor nad zaštitom prava na suđenje u razumnom roku i time rasteretio Ustavni sud, ali naravno i ostavio pravo na podnošenje ustavne tužbe nakon što se iscrpi cjelokupni redovni pravni put.⁸³ Ni nakon ove zakonodavne intervencije nismo bili svjedocima nekog dinamičnijeg sudskog aktivizma, uz dužne iznimke. Objavljeni statistički podaci pokazuju da je Ustavni sud Republike Hrvatske od 1990-2008 godine riješio 22 841 predmet povodom ustavnih tužbi, a da je samo 2840 puta odlučivao o suglasnosti zakona s Ustavom što pokazuje ogromno disproporciju. U takvim situacijama možda kritiku trebamo malo ublažiti jer je praktički nemoguće razvijati sudski aktivizam kada ustavne tužbe čine 70 posto svih djelatnosti Ustavnog suda.⁸⁴ No u krucijalnim situacijama Ustavni sud ipak nije djelovao, stoga ogroman priljev ustavnih tužbi ne može uvijek biti opravdanje za ustavnosudsku pasivnost.

Ipak, prošlost treba ostaviti prošlosti jer se tu ne može ništa promijeniti. Možemo istaknuti nadu da će budućnost donijeti pozitivne promjene kojima će se Ustavni sud Republike Hrvatske u punoj mjeri etablirati kao pravi čuvar hrvatskog Ustava što je ustavotvorac uostalom uvijek od njega i očekivao. Ostala sudbena tijela Republike Hrvatske moraju svojim visokim profesionalizmom omogućiti da ustavna tužba bude stvarno krajnje sredstvo zaštite čovjekovih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Možda se tada Ustavni sud Republike Hrvatske oslobođen ogromnog priljeva ustavnih tužbi oslobodi i samoograničavanja kojeg si bespotrebno nameće. Nadamo se da će neki drugi rad koji će se u budućnosti baviti istom problematikom doći do zaključka kako se hrvatski sudski aktivizam po razvijenosti i kvaliteti koju unosi u politički sustav može bez problema komparirati sa svim zemljama razvijenog sudskog aktivizma.

⁸² Ustavni sud Republike Hrvatske, Izvješće br. U-X-835/2005 od 24. veljače 2005., NN 30/05.

⁸³ Zakon o sudovima, NN 150/05.

⁸⁴ Podaci preuzeti sa službene stranice Ustavnog suda Republike Hrvatske: <http://www.usud.hr/default.aspx?Show=statistika&m1=22&m2=47&Lang=hr>, (23.04.2008.)

Summary

Paper called „The judicial activism and the constitutional jurisprudence: political implications in comparative perspectives” represents a student’s attempt to analyze very interesting and complicated issue of law and politics relations. This paper wishes to answer two basic questions which are posted like a problem. The first problem occurred immediately after the constitutional jurisprudence was implemented in legal and political life of the United States of America with historic ruling of the Supreme Court in the case of *Marbury vs. Madison*. The critics of this verdict emphasized that with this kind of activity the Supreme Court violated the principle of separation of powers and completely exceeded into the political sphere. Therefore, we wondered if it was true that judicial activism must produce complications which will inevitably occur in the regular legislative process. The second problem is related to the level of development of the judicial activism in the Republic of Croatia.

This paper tried to emphasize the importance of judicial activism for setting up legal security, but always paying attention that the parliament as the exponent of the legislative activities is not exceedingly restrained. Consequently, we emphasized several times that judicial activism in the Republic of Croatia is unfortunately very young and undeveloped. Also, this work tried to emphasize the importance of the constitutional courts in achieving the principle of constitutionality, legality and the rule of law as the highest constitutional and philosophical ideals of modern liberal-democratic states.

Key words: judicial activism, constitutional jurisprudence, Supreme Court of the United States of America, Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, Constitutional Court of the Republic of Croatia

