

---

## O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova

---

ARSEN BAČIĆ\*

### *Sažetak*

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 nego je to slučaj u rješavanju pojedinačnog slučaja. Aktivizam suda mjeri se stupnjem njegove “vlasti” koju on vrši nad građanima, legislaturom i upravom. U tekstu autor ukazuje na pojam i elemente sudskog aktivizma u nekoliko razvijenih ustavnih demokracija te iznosi zaključak o odsutnosti sudskog aktivizma kod nas u smislu kakvog poznaju suvremene ustavne demokracije.

### I. *Uvodna napomena*

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*). Bit diskusije između njih leži u odnosu između sudova, s jedne strane, i legislative i administracije, s druge. Pojam *sudski aktivizam* nastao je u SAD u društvenim znanostima, pa nije nikakvo čudo što je najviše literature o ovome pitanju nastalo usporedno s američkim fenomenom. Međutim, pitanje sudskog aktivizma odavno je prešlo nacionalne granice, a nije bez interesa ni u Republici Hrvatskoj.

Naime, pitanja o analizi institucija u usporednom aspektu ne zadržavaju se više isključivo na analizi legislative i egzekutivne funkcije. Pitanje sudstva kao “političkog” faktora odavno se postavilo u razvijenim demokracijama. Da su suci postali značajni “igrači” u formuliranju politike pokazuje nam iskustvo političke uloge sudova u jednom broju europskih zemalja s dugom, bogatom i razvijenom pravnom kulturom i tradicijom: Italiji, Njemačkoj i Francuskoj. U svezi s time temeljna bi pitanja ovdje bila:

\**Arsen Bačić*, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu na predmetu Ustavno pravo.

u kojem je stupnju u ovim zemljama prisutan sudski aktivizam? Koje su mu dimenzije i posebne forme? Koje su mu političke implikacije? Je li od Drugog svjetskog rata trend prema sudskom aktivizmu jače ili slabije izražen? Koji su ustavni, socijalni, politički i ekonomski uvjeti ili intelektualna klima potrebni da sudovi preuzmu aktivniju ulogu u socijalnoj politici (*policy making*)? Postoje li izgledi za više ili manje aktivizma? Sva se ova pitanja tiču sve većeg broja ustavnodemokratskih sustava moderne države.

Nakon usvajanja Ustava Republike Hrvatske (1990.) novi zakonski akti<sup>1</sup> detaljizirali su načela ustavotvorca o sudbenoj vlasti. No, dok su prve godine uspostave nove državne vlasti značile postupnu i uspješnu stabilizaciju izvršne i zakonodavne vlasti, sudbena vlast još nije čvrsto zasjela. Tektonski potresi<sup>2</sup> koji drmaju ovom granom državne vlasti onemogućuju bilo kakav ishitreni zaključak o postojanju nečeg što bi sličilo *sudskom aktivizmu*. No, je li doista tako? Pokušajmo zato, nakon uvida u ovu problematiku na strani, barem naznačiti smjer u kojemu se odvija proces realiziranja ustavnih odredbi o sudbenoj vlasti, odnosno vidjeti postoje li kod nas barem naznake života onoga što se drugdje nazvalo sudskim aktivizmom.

## II. *Sudski aktivizam u Italiji*<sup>3</sup>

1. Pojam *activismo* u Italiji je novi pojam, koji u sebi nosi pejorativni prizvuk i kod naših susjeda nema koherentnu definiciju. Ovdje je *judicial activism* u najopćenitijem smislu povezan s politikom odlučivanja sudova

<sup>1</sup>Ustav Republike Hrvatske o sudbenoj vlasti govori u čl. 115-121; Zakon o sudovima donijet je 1993. godine (NN 3/94.); Zakon o područjima i sjedištima sudova (NN 34/94.); Zakon o Državnom sudbenom vijeću (NN 53/93.).

<sup>2</sup>“Procjene kažu da je hrvatsko pravosuđe u posljednjih sedam godina napustilo oko 700 ljudi. Broj neriješenih predmeta s višegodišnjim stažom u sudskim spisima prešao je milijun i 200 tisuća slučajeva. S obzirom na to da je otprije poznato da se vrijednost sporova u hrvatskim sudovima kreće oko prosječnih tisuću kuna (bez sudskih troškova), u sudovima je betonirana milijarda i 200 milijuna kuna koje čekaju sudski pravorijek... Na takve podatke državna vlast je reagirala pokušajem da nakon osvojenih medija, opljačkane privrede, osiromašenog stanovništva osvoji i sudove, pretvarajući sudbenu vlast u figuricu na predsjednikovu stolu.” Usp. V. Rajić, Suci na koljenima, u *Tjednik*, 9. 1. 1998. Posebno o pitanju neovisnosti suda v. D. Krapac, Neovisnost sudaca kao postulat pravne države; njemačka iskustva, hrvatski problemi, u *Politička misao*, 2/97., str. 63-111. A. Uzelac, Zavisnost i nezavisnost, neka komparativna iskustva i prijedlozi za položaj sudstva u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/92.

<sup>3</sup>O sudačkom aktivizmu u Italiji vidi: M. L. Volcansek, *Judicial activism in Italy*, u *Judicial activism in comparative perspective*, MacMillan, 1991., str. 117-133; G. Di Federico & C. Guarnieri, *The courts in Italy*, u *The political rule of law courts in modern democracies*, Macmillan, 1968., str. 153-181; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1988.; F. Rigno, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.; N. di Occhicupo, *La corte costituzionale tra norme giuridica e realta sociale*, Padova, 1984.; E. Laurenzano, *Corte costituzionale e parlamento*, 1983.

putem sudske revizije i interpretacije. Kritičari sudstva kažu kako nije poželjno da odluke sudova budu dokaz aktivizma, dok pristaše sudskih mjera aplaudiraju neovisnosti suda tamo gdje se ona pokazuje na djelu. No, u svakom slučaju zadaća pojašnjavanja ustavno prihvatljivih granica sudbenog autoriteta obojena je političkim uvjerenjima promatrača i uvelike pomučena raznolikošću sudova u Italiji.

Poslijeratni Ustav Republike Italije osigurao je podjelu sudstva na ordinarno i administrativno sudstvo. Za razliku od administrativnih sudova u Francuskoj, u Italiji ovi sudovi mogu anulirati administrativne odluke u pojedinačnim slučajevima, ali ne mogu odlučivati o naknadi štete; oni uglavnom djeluju izvan vidokruga javnosti i nisu uključeni u političke kontroverze. Za razliku od njih, ordinarni sudovi koji su nadležni u građansko-pravnim i krivičnopravnim stvarima često se nalaze u samome središtu takvih kontroverzi. Pod fašističkim režimom suce u ovim sudovima pratio je glas kukavica. Oni se nisu konfrontirali s nepravdama, niti su držali do neovisnosti sudstva. Poslijeratni je Ustav (1947.), formiranjem *Visokog vijeća magistrature* koje je nadležno za izbor, promicanje, napredovanje i disciplinu sudaca i javnih ministara, pokazao da visoko cijeni značaj sudske neovisnosti. Bojazan od uzurpacije vlasti i podčinjenosti sudaca, što je bilo glavno obilježje fašističke ere, te volja za realizacijom načela podjele vlasti potpomogli su evoluciju shvaćanja o formiranju posebnoga *Ustavnog suda*, koji bi imao isključivu ulogu u kontroli ustavnosti. Svojim nadležnostima (odlučuje u pitanjima sukoba nadležnosti između parlamenta i vlade, između centralnih i regionalnih vlasti, itd.), *Corte Costituzionale* potvrdio je ovakvo viđenje svojih utemeljivača.

Stajališta o sudskom aktivizmu moraju se ovdje ocjenjivati u kontekstu poslijeratne politike i unutar tradicije civilnog prava. Ustav Republike Italije iz 1947. ima u vidu neuspjelo talijansko iskustvo s liberalizmom XIX. st., koje je rezultiralo fašizmom 1920-ih godina. Ustav je produkt pluralnog političkog društva i nastojanje da se pomogne kontinuitetu političke različitosti ove zemlje.

2. *Legalna teorija i legalno obrazovanje.* Kao zemlja u kojoj je rođeno rimsko pravo, Italija je unatoč napoleonskim invazijama i njemačkoj pravnoj misli ipak ostala vjerna konceptima civilnog prava. Pravno obrazovanje ovdje pripada pozitivističkoj školi pa otud stajalište da je "pravo znanost i zbog toga ono mora imati svoju vlastitu metodu i znanstvenoistraživačku tehniku. Legalnu znanost stvaraju pravni pisci, a ne suci. Zakoni su, u najmanju ruku teorijski, kompletni i samoobjašnjavajući, tako da suci uz konzultaciju zakona i tekstova pravnih pisca mogu naći konkretan odgovor na mnoga pitanja. Sudska interpretacija slijedi logiku, oslanja se na autoritete, što je potpuno u suprotnosti s tradicijom *common law*.

Ustavna interpretacija najčešće se zasniva na razlici između materijalnog ustava, ili političke strukture, i formalnog ustava, koji vodi računa o političkim i socijalnim snagama koje su regulirane materijalnim ustavom. Kao alternativa stoji interpretacija koja može biti utemeljena na subjektiv-

nom naspram objektivnom pristupu, literarnom, konceptualnom ili teleološkom pristupu. Suci Ustavnog suda slijede tri glavne interpretacije: (1) političku, koja vodi računa o političkoj motivaciji, te stoga predstavlja devijaciju od logičke i pravne znanosti; (2) logičku, koja se temelji na logici i pravnoj znanosti i (3) humanističku, koja priznaje više vrijednosti.

3. *Sudska revizija i Ustavni sud.* U vrijeme pisanja Ustava iz 1947. godine lijeve su se parlamentarne stranke protivile stvaranju Ustavnog suda. Glavni razlog protivljenja tražio se u mogućnosti kontrole ustavnosti zakona koja narušava načelo narodnog suvereniteta predstavljenog u parlamentu, te u mogućnosti vladavine sudaca. Ustav Republike Italije o nadležnosti Ustavnog suda govori u čl. 134. Tamo se utvrđuje pravo Ustavnog suda da odlučuje u sporovima o “ustavnom legitimitetu zakona”, ali i druga prava ovog tijela.<sup>4</sup> Makar je svojim radom započeo tek 1956. godine, već je onda jedna od njegovih prvih odluka bila aktivističkog karaktera. Afirmirajući čl. 21 Ustava, koji govori o slobodi izražavanja naspram zakonu o državnoj sigurnosti s jakim fašističkim naglascima, Sud je u svojoj odluci br. 1 od 5. V. 1956. rezolutno stao na stajalište kako je “pitanje suglasnosti zakonskog akta s ustavnom normom ekskluzivno pravo ovog suda, bez obzira na činjenicu što je ovaj zakon prethodio Ustavu”. Usprikoš neprekidnoj borbi s egzekutivom, koja je uporno ostajala gluha na sudske odluke, te oklijevanje ordinarnih sudova da priznaju autoritet Ustavnog suda, kooperativnost je stalno odmicala od početne mrtve točke. Kroničari Ustavnog suda Republike Italije smatraju da je faza od 1956. do 1968. najznačajnija faza u radu suda. Naime, u togm razdoblju sud je — za razliku od parlamenta i vlade, koji su inzistirali na striktnoj i rigidnoj primjeni odredaba građanskog i krivičnog zakonika, od kojih su mnoge imale fašistički predznak — živo djelovao u afirmaciji ustavnih garancija građanskih sloboda u političkoj, religioznoj i socijalnoj sferi društva.

U velikom broju slučajeva ovoga suda svakako su najvažniji oni koji se odnose na ustavnu interpretaciju odnosa između države i Crkve, posebno odnosa koji se tiču obitelji, građanskih sloboda, ekonomskih odnosa, te odnosa između regija i nacionalne vlade. Braneci nepovredivost ljudske osobe (*la liberta personale e involabile*) iz čl. 13. Ustava, Ustavni sud je oborio nekoliko zakona o državnoj sigurnosti, dozvoljavajući samo minimalne izuzetke. Zanimljivo je istaknuti kako su dva zakona o javnoj sigurnosti izglasana na referendumima (1978., 1981.) bila suprotna intenciji ustavnih sudaca, što se mora sagledati u kontekstu duge i iscrpljujuće borbe s terorizmom, mafijom i drugim oblicima teškog i oružanog kriminala. Odlukama Ustavnog suda uvelike su determinirani i ekonomski odnosi u ovoj zemlji. Tako je 1969. Sud zajamčio pravo na štrajk radnicima u

<sup>4</sup>“La Corte Costituzionale le guida: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni...” Usp. Lavagna, C., *La costituzione Italiana-commentata con le decisioni delle corte costituzionale*, Torino, 1970.

državnoj upravi, da bi 1969. proglasio neustavnom odredbu Krivičnog zakona koji je zabranjivao sve političke štrajkove.

Nakon 1980-ih Ustavni sud započinje krajnje liberalno čitati čl. 117. Ustava koji određuje nadležnost regija, dajući im široke ovlasti u oblasti zdravstva, zemljoradnje i šumarstva.

4. *Sudska interpretacija i ordinarni sudovi.* Sudski je aktivizam ponajviše izazvao pomutnju među ordinarnim sudovima i sucima. Sudačka je neovisnost snažno podrtana ustavnim člancima 101., 104. i 105. Ustavni sud je 1960. godine u jednoj odluci ustvrdio kako se neovisnost ordinarnih sudova ne tiče samo nepristrasnosti već i toga da su se suci dužni pokoravati zakonu; riječ je o pokornosti koja traži političku neutralnost i lojalnost ispunjenju interpretacije zakona bez referenci glede nečije ideologije ili pogleda na svijet.

Porast terorizma i organiziranog kriminala tijekom 1970-ih natjerao je vladu da osnaži nadležnost sudaca, kako bi se oni uspješno suprotstavili tim ozbiljnim prijetnjama društvenom poretku. Suci koji su se bavili civilnim pravom bili su “aktivisti” ako su koristili sudsku interpretaciju da bi u odsutnosti legislativne akcije stvarali norme; suci u krivičnim predmetima bili su “aktivisti” ako su koristili prisilu kako bi dali efekta redistribuciji političke vlasti. U oba slučaja navodi o političkom utjecaju bili su naveliko rašireni. Bez obzira na izvor utjecaja, politika, a ne lojalnost višim vrijednostima ili prirodnom pravu, bila je gledana kao poticatelj toga što su se suci počeli ponašati preko granica koje su im bile određene podjelom vlasti. Vjerujući sebi u političkom miljeu, suci ordinarnih sudova postali su centar političke kontroverze.

5. *Političke implikacije.* Sudački se aktivizam obično pripisuje onim sudovima koji imaju pravo sudske revizije, no u talijanskom slučaju pojam se na jednak način primjenjuje i na sudove kojima nedostaje autoriteta. Iako se sudska revizija općenito smatra proizvodom *common law-a*, Ustavni sud Italije temelj za vršenje ove kontrole našao je i u tekstovima H. Kelsena i C. Schmitta o ustavnom sudstvu. Što se tiče diskusije i analize sudske revizije, ona kao da je preuzeta izravno iz SAD. Videnje ovoga suda kao “aktivističkog suda” najčešće je napade protiv suda doživjelo 1967. godine, kada je bio donijet ustavni zakon koji je reducirao mandat sudaca od 12 na 9 godina. Bila je očita namjera da se udar na neovisnost suda izvrši putem skraćivanja mandata sucima Ustavnog suda.

Novi su zakoni na građanskopravnom i krivičnopravnom planu izravno upućeni na sudački aktivizam redovnih sudova. U određenoj mjeri oni su i manifestacija javnog nezadovoljstva sa slučajevima zloupotrebe vlasti od strane sudova. U najvećem broju slučajeva ono se ticalo prakse korištenja državne prisile za otvorenu političku podršku.

Talijansko iskustvo pokazuje da je sudački aktivizam često prirodni pratilac sudske neovisnosti, budući da ona čuva suce od političke odmazde. Dakako, treba znati i to da aktivizam ima više, a ne samo jedno lice.

### III. *Sudski aktivizam u Saveznoj Republici Njemačkoj*<sup>5</sup>

1. Ustavni sud koji se u sustavu kodificiranog prava uspostavlja političkom odlukom ima inherentna obilježja aktivizma.<sup>6</sup> Slobodan od specijalističkog pristupa koji obilježava većinu žalbenih sudova u zemljama koje se naslanjaju na tradiciju rimskog prava, Ustavni sud u SR Njemačkoj je odgovoran, kako za determinaciju teorijskih pitanja tako i za vrhovni nadzor nad hijerarhijom propisa koji imaju prepoznatljivi politički sadržaj. Sa sucima koji su u ovaj sud najčešće izabrani prije iz političkih razloga nego prema birokratskim standardima koji su evidentni diljem sustava, aktivizam se gotovo i očekuje.

2. *Ustavni sud i Temeljni zakon SR Njemačke.* Prema ustavnom dokumentu, Ustavni sud u Njemačkoj čine suci koje biraju oba doma saveznog parlamenta; ustavni suci ne moraju prethodno biti suci po profesiji; pravo interpretacije sucima je dodijelio sam ustavni dokument; sud ima specifičnu odgovornost da određuje ustavnost vladinih postupaka na svim razinama njezina rada.

Kad se govori o sudačkom aktivizmu u Njemačkoj, onda se prije svega ističe da ovdje koncept sudačkog aktivizma nije čvrsto uspostavljeno načelo kao neka druga načela, recimo načelo samoograničenja suda i sudaca. Englesko-njemački rječnik pravnih pojmova definira sudački aktivizam kao *Richter als Sozialingenieur*, što bi označavalo “sudač kao socijalnog inženjera”. O relativnoj težini i značaju sudačkog aktivizma u Njemačkoj najjasnije ukazuje usporedba sa sudskim institucijama u SAD. Dok u SAD pretpostavka sustava “teža i protuteža” dokazuje natjecateljsku prirodu sustava, u njemačkoj hijerarhija pravnih propisa osvjetljava njihovu konzistentnost. Interpretacija u Njemačkoj preferira da na državne institucije gleda kao na balansirane i integrirane dijelove sustava koji su u konfliktu i koji su odvojeni. Njemački se suci koncentriraju na odgovarajuće mjesto određenog zakona pa su zato vodeći principi važniji negoli posebna pitanja pojedinog slučaja; fakti su sekundarnog značaja s obzirom na ono što suci

<sup>5</sup>Nova, F., Political innovation of the West Germany Federal Constitutional Court: The state of discussion on judicial review, u: *The American Political Science Review* LXX (1976.), str. 125; Gorby, J. D., West German abortion decision, u *The J. Marshall Journal of Practice and Procedure*, IX (1976.) str. 563; Heyde, W., *The administration of justice in the Federal Republic of Germany*, Bonn, 1971.; Kommers, D. P., *Judicial politics in West Germany: A study of the Federal Constitutional Court*, Sage, 1976.

<sup>6</sup>Tako Pezar Wallach, H. G., Judicial activism in Germany, u *Judicial activism in comparative perspective*, Ed.: Holland, K. M., MacMillan, London, 1991.

uvidaju kao namjeru legislature ili ustavnih pisaca. U tom smislu rezultat je prije briga sudaca o inkompatibilitetu zakona s ustavnim pravom, negoli neustavnost primjene zakonskih propisa na određeni slučaj. Tako se pitanja uskosti ili širine razmatraju u svjetlu konkretnog slučaja.

Analiza aktivizma u Njemačkoj znači ne samo uvid na koji se način slučajevi odlučuju nego i uvid u teorije koje sud primjenjuje. U tom smislu valja istaknuti jednu od prijelomnih odluka Saveznog ustavnog suda iz 1951., koja je uza sav "aktivizam" ipak postavila jednu grupu standarda samoograničenja sudu koja je bitna za sve iduće izazove demokratskim načelima. Riječ je o primjedbi države Baden na čl. 118 Saveznog ustava da on negira načela federalizma i demokratske procedure. U interesu ostvarenja hijerarhije vrijednosti unutar Ustava te temeljnih principa demokracije i federalizma, Ustavni sud se složio s potrebom suspenzije izbora u Badenu, Württemberg-Badenu i Württemberg-Hohenzollernu zbog neustavnosti posebnih prava koja Ustav dodjeljuje saveznoj vladi temeljem čl. 118. Najvažnije je to što ova odluka uspostavlja princip po kojemu je cjelina ustava superiornija od bilo kojeg njegova posebnog dijela, po tome što ona identificira hijerarhiju ustavnih članaka, definira demokratske procedure i suverenost (*Länder*), te pojašnjava nadležnost savezne države glede promjena državne strukture. Umjesto suzdržanog stava, koji bi na svaki ustavni članak gledao jednostavno onako kako je on napisan i koji, svaki sami za sebe doista podržavaju reorganizacijske akte što ih je donijela savezna vlada, Sud je dao podršku principima demokratskih izbora koji su inherentni kompletnom ustavnom dokumentu, te naglasio važnost suverenosti njemačkih pokrajina (*Länder*). S pravom se dakle ističe kako je ovaj slučaj iz 1951. (*BVerfGE 14*) za Njemačku jednako važan koliko je za SAD važan slučaj *Marbury v. Madison*. Stav suda u ovome slučaju ne samo da je uspostavio dominaciju ustava već i interpretaciju ustava koja traži cjelokupnu, a ne partikularnu primjenu. Sud je priznao zahtjev Badena, ali je istodobno pripremio i teren za sve iduće slučajeve u kojima će se još šire razmatrati nekonzistentnost između pojedinih članaka ustava i cjelokupne intencije ustavnog dokumenta.

3. *Ograničeni sudski aktivizam i podjela vlasti.* Za razliku od otvorenog aktivističkog pristupa na području federalizma, Ustavni sud je na području podjele vlasti pokazivao manje entuzijazma, a više ograničavanja. Ovako je bilo dijelom zato što čl. 93. Temeljnog zakona u slučaju spora između državnih vlasti naglašava potrebu interpretiranja ustava, a ne ništenje njihovih radnji. U glasovitom slučaju iz 1984. godine Sud je odredio da predsjednik, kancelar i Bundestag u svrhu raspisivanja posebnih izbora mogu odrediti političku nužnost glasovanja o "nepovjerenju", makar Ustav govori o posebnim kriterijima vezanim za takvo glasovanje. Tako je Sud sankcionirao političke događaje, iako su dva suca, koji su ostali u manjini,

i dalje zauzimali stav da je time spriječeno glasovanje o povjerenju i da je, prema tome, radnja neustavna.<sup>7</sup>

Opći je pristup Suda materiji podjele vlasti da se ti slučajevi rješavaju na užim tehničkim osnovama. Tako je u slučaju *1 BVerfGE 372* glede trgovačkog ugovora s Francuskom Sud odlučio da ugovor nema značajan politički efekt, pa se u tom smislu ne traži odobrenje parlamenta.<sup>8</sup>

4. *Individualna prava.* Ustavna odredba po kojoj je “dužnost” državne vlasti da “poštiva i štiti” ustavna prava i slobode, otvorila je široki prostor djelovanju sudova. Uloga sudova posebno je uočljiva s obzirom na one djelove Temelnog zakona koji opravdavaju ograničenje prava u interesu zajednice. U ovoj su se stvari pokazali ne samo sposobnost Suda da balansira određene vrijednosti već i snažni primjeri aktivizma Suda.

Kreativno djelovanje Suda pokazalo se osobito plodnim u problematici slobode govora, budući da ustavne odredbe svojom formulacijom dozvoljavaju upravo takvo djelovanje Suda. Primjena ustavnih odredbi koje govore o slobodi govora u oblasti slučajeva iz građanskog prava i kaznenog prava postala je glavna odlika ustavne determinacije.

Da se ustavno pravo mora primijeniti i u civilnim i kaznenim stvarima, pokazao je slučaj *Luth* uz 1959. godine. Ovdje je producent filma koji je režirao filmski radnik nekad blizak nacistima, optužio Ericha Lutha da zbog toga bojkotira film. Nakon presude nižeg suda, koji je temeljem građanskopravnog zakonika osudio Lutha na plaćanje štete, slučaj je došao na Ustavni sud. Uviđajući očiti konflikt između prva dva paragrafa u čl. 5 Temelnog zakona, Sud je utvrdio primat slobode govora, ali i to da se opće pravo ograničeno primjenjuje samo onda kad govor interferira s drugim pravima. Političko mišljenje ima preferenciju nad mišljenjem koje se izražava radi ekonomske koristi. Ovaj je slučaj pojasnio temeljnu potrebu za slobodom govora te pripremio standarde koji se imaju slijediti ukoliko se misle uspostaviti ustavom propisana ograničenja. Sud je ne samo osudio legalistička i birokratska nametanja dijelu čl. 5 ustavnog akta nego je i jasno utvrdio netom rečena načela.

Upravo je na području slobode govora došlo do daljnjeg rasta sudačkog aktivizma. Slučajevi *Spiegel (20 BVerfGE 162)* iz 1960., te *Blinkfluer (25 BVerfGE 256)* iz 1963. pokazuju da je Sud zauzeo poziciju po kojoj je pristup formiranju javnog mnijenja superiorna vrijednost koja mora biti zaštićena od ograničavanja, čak ako su ona i dopuštena običnim pravom (ekonomski princip). Ovi su slučajevi bili još jedan korak prema razlikovanju slobode izražavanja radi intelektualnog utjecaja i slobode izražavanja

<sup>7</sup>U ovaj kontekst spada i slučaj s raketama *Pershing* u kojemu je Ustavni sud odbacio odluku vlade, i to u interesu zaštite života kao jedne od temeljnih ustavnih garancija. Usp. *66 BVerfGE 39*.

<sup>8</sup>Usp. *1 BVerfGE 372*.



ekonomskih moćnika (Springera, čija je sloboda izražavanja podrazumijevala distribuciju upozoravajućih, zapravo prijetećih nota prodavačima novina).<sup>9</sup>

5. *Aktivizam i ograničenja kao sustavna pitanja.* U Njemačkoj aktivizam nije ograničen samo na Ustavni sud. Mogućnost promjene odluka birokrata i birokracije imaju i druge institucije (upravni sudovi, mirovni sudovi, itd.). Njihova je nadležnost, naravno, ograničena, ali već i sama činjenica da oni takva pitanja mogu referirati Ustavnom sudu predstavlja značajnu potvrdu njihova aktivizma. Dakako, njihov se aktivizam temelji na zakonskim osnovama, odnosno teorijama koje takve radnje utemeljuju i opravdavaju.

Posebni je aspekt aktivizma vezan uz studente prava. Organizacija “mladih jurista” imala je zadaću izazivanja konzervativizma drugih grupa pravnika, zagovarajući teze kako suci i pravo imaju svrhu u donošenju pravih (pravednih) zaključaka, pa čak i onda kad oni preokreću stare standarde; nije — tvrdili su oni — svrha prava da održava stabilnost sustava.

Kad su Ernesta Benda, expredsjednika Ustavnog suda, zapitali je li za njegovog mandata Sud bio aktivniji, on je odgovorio da je uloga Suda uvijek bila relativno aktivna, ali sa svrhom ostvarivanja filozofske podrške pravu i balansiranja odluka u smislu prihvatljive društvene stabilnosti. Ova stajališta sudac je iznio i u svojoj knjizi *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, gdje je kazao da Sud mora uspostaviti moralni ton koji osigurava prije demokratsko upravljanje društvom negoli donošenje herojskih odluka.

Sve u svemu, uspjeh razvoja Ustavnog suda i legitimiranje Temeljnog zakona nakon 1949. dramatično se iskazalo u vrijeme ponovnog ujedinjenja Njemačke tijekom 1990. godine. Piscu *Grundgesetza* smatrali su ovaj dokument provizornim aktom koji će temeljem čl. 146 biti zamijenjen pravim *Verfassungom*, a to će biti onda kada dođe do ujedinjenja Zapadne i Istočne Njemačke. No, dvije države ujedinile su se temeljem čl. 23, a ne čl. 146 *Temeljnog zakona*. Naime, čl. 23 omogućio je državnim entitetima Istočne Njemačke da se istovremeno priključe postojećoj federaciji, izbjegavši time otvaranje postupka donošenja novog ustava. Sud će svakako imati veliku ulogu i u narednim godinama, kad ga očekuje intenzivna i mukotrpa djelatnost na otkrivanju i afirmiranju principa demokratske liberalne ustavnosti onim Nijemcima koji su gotovo pola stoljeća živjeli iza tzv. željezne zavjese dogmatskog socijalizma.

<sup>9</sup>Usp. slučaj Boll 54 BVerfGE 208 još jednu značajnu odluku iz područja slobode govora, u kojem je Sud stavio naglasak na važnost zaštite ljudskog dostojanstva u kontekstu slobode govora. Jednu od svojih “najaktivističijih” pozicija Sud je afirmirao na području ljudskog dostojanstva. Usp. 39 BVerfGEI, gdje je riječ o pravu na pobačaj i pravu na slobodni razvoj ličnosti.

#### IV. O sudskom aktivizmu u Francuskoj<sup>10</sup>

U posljednjih 20 godina *Conseil Constitutionnel* uzdignuo se iz politički opskurne i beznačajne institucije u jednog od središnjih igrača društveno-političkog procesa u Francuskoj. Njegova primarna funkcija sastoji se u kontroli ustavnosti zakonskih akata. U početku je njegova nadležnost bila ograničena na problematiku odnosa između vlasti, ali odnedavna ova je institucija počela štititi i individualna prava i slobode, makar mu ta nadležnost nije izričito data Ustavom. Imajući na umu 200-godišnju političku tradiciju narodnog suvereniteta, politički uspon ovoga tijela iznenaduje, jer upravo je ova tradicija bila najvećim neprijateljem sudske kontrole akata političkih grana državne vlasti.

1. *Narodni suverenitet i pitanje legitimnosti sudbene vlasti.* Za razliku od američkog razvitka, u Francuskoj građanin nakon 1789. godine nije nikad mogao otići na sud kako bi dokazivao da je zakon kojim je povrijeđeno neko njegovo ustavno pravo — nevažeći zakon. Naime, svekoliki kontekst glasovite *Deklaracije o pravima i slobodama čovjeka i građanina* nije nikada omogućavao ono što su Amerikanci uspjeli svojim *Bill of Rights*. To je bilo zato što su Francuzi od početka u političkoj praksi namjerno bili isključili mogućnost sudske revizije. Tako je 1790. godine Nacionalna skupština bila usvojila zakon koji je izričito utvrđivao da: “Sudovi ne smiju niti izravno niti neizravno uzimati učešće u vršenju legistativne vlasti, ili osujećivati ili odgađati izvršenje akata zakonodavnog tijela”.<sup>11</sup> Ovoga se naputka i dan-danas drže ordinarni i administrativni sudovi. Gotovo dvostoljetno odbijanje kontrole ustavnosti zakona Francuzi temelje na dva stava: (1) Francuski revolucionari iz 1789. godine povezivali su suce i sudove s monarhijom i korupcijom, reliktom *starog režima*. Odbijajući stari režim, revolucija je odbijala i svaku iole značajniju političku ulogu sudova. (2) Drugi temeljni razlog za odbijanje sudske revizije bio je trijumf ideje *opće volje* i neizazvanog neupitnog autoriteta *suvereniteta naroda* u francuskoj politici. *Rousseauovo* učenje o općoj volji shvaćeno je kao davanje svekolikog autoriteta narodu, odnosno njegovim predstavnicima okupljenima u parlamentu. Bilo kakva kontrola nad skupštinom predstavljala je kontrolu nad narodom, dakle kontrolu koja je od početka bila sumnjiva, nelegitima i neustavna.<sup>12</sup>

<sup>10</sup>Morton, F. L., Judicial review in France: A comparative analysis, u *The American Journal of Comparative Law* 36/1988.; Favoreau, L. — Philip, L., *Le conseil constitutionnel*, Paris, 1985.; Luchaire, F., *Le conseil constitutionnel*, Paris 1980.; *Le conseil constitutionnel*, u časopisu *Pouvoir*, 3/1984.; Godt, P. (ed.), *Policy making in France: From De Gaulle to Mitterand*, New York, 1989.

<sup>11</sup>Usp. Tallon, The constitution and the court in France, u *The American Journal of Comparative Law*, 1957., str. 567-575.

<sup>12</sup>Tijekom 1921. godine E. Cambat publicira knjigu *Le gouvernement des juges aux Etats-Unis*, koja je postala često citirana u francuskom političkom govoru. Njegova fraza o *vladavini*

Inzistiranje na ideji narodnog suvereniteta nije za posljedicu imalo samo omalovažavajući odnos prema neovisnosti sudbene vlasti; na sličan način se gledalo i na neovisnu izvršnu vlast. Dominacija legislative nad egzekutivom predstavljala je sve do 1958. godine izvor kronične nestabilnosti francuske politike. Ustav V. Republike (1958.) prvi put je stvorio neovisnu i izabranu egzekutivu, ali i legislativu čije su ovlasti bile izričito propisane ustavnim dokumentom. U ovakvom kontekstu uloga Ustavnog savjeta sastojala se u tome da održava granicu između egzekutivne i legislative grane državne vlasti.

2. *Pojava sudske kontrole ustavnosti zakona.* Od 1958. pa do 1970. godine Ustavni savjet je bio gotovo neprimjetna institucija. Njegova je zadaća bila ponajprije usmjerena na održavanje podjele vlasti te na rješavanje izbornih sporova. No, 1970. zbila su se dva događaja koja su transformirala *Conseil Constitutionnel*. Prije 1971. ovo tijelo nije imalo nikakvu ulogu u zaštiti prava i sloboda čovjeka i građanina. No, tijekom 1971. Ustavni savjet je — odlučujući o vladinom prijedlogu zakona čija je namjera bila ozbiljno ograničavanje slobode političkog udruživanja — interpretirao preambulu Ustava iz 1958. na način da je u nju inkorporirao ne samo sva prava iz Deklaracije (1789.) nego i preambulu Ustava IV. Republike (1946.). Do tada se smatralo da ti dokumenti nemaju normativni karakter. Ovim sudačkim udarom zakonodavna se sloboda parlamenta odjednom našla u ogradi velikog broja prava i sloboda liberalne provenijencije. Do 1987. godine među poništenim zakonskim prijedlozima 40% ih je pripadalo oblasti temeljnih prava čovjeka i građanina. Drugi katalizator uspona Ustavnog savjeta bila je reforma koja je pravo predlaganja ocjene ustavnosti oduzela najvišim državnim dužnosnicima (predsjedniku republike, premijeru, predsjedniku Nacionalne skupštine, predsjedniku Senata), koji su obično dolazili iz redova vladajuće stranke (ili koalicije), i predala to pravo šezdesetorici narodnih zastupnika. Na ovaj je način opozicija dobila snažno sredstvo barem privremene opstrukcije vladine politike.

Neposredni efekti ovih dvaju događaja gurnuli su Ustavni savjet u sami centar procesa političkog odlučivanja. Danas se svaki zakonski prijedlog i te kako mora pretresti prije nego postane zakon.

3. *L'alternance i kriza Ustavnog savjeta tijekom 1980-ih.* Uspon francuske ljevice početkom 1980-ih koincidirao je sa snažnim naglascima Ustavnog savjeta na polju prava i sloboda čovjeka i građanina. Već su tada neki komentatori predviđali da će između "individualističke jurisprudencije Ustavnog savjeta" i snažnih kolektivističkih i intervencionističkih reformi *Mitterandove* većine prije ili kasnije doći do žestokih sukoba.<sup>13</sup> Do okršaja

*sudaca* koristila se i tijekom 1970-ih protiv pokušaja da se u zemlji osigura bilo kakav oblik sudske kontrole ustavnosti.

<sup>13</sup>Usp. Favoreau, L., Le conseil constitutionnel et l'alternance, u *Revue Française de Science Politique* 3-4/1984., str. 1002-1029.

je došlo već 1982. godine, kad je Ustavni savjet gotovo polovicu socijalističkih reformskih paketa proglasio djelomično neustavnim. Među njima su bili i *Loi de nationalisation* (br. 81-132DC, 16.I.1982.) i *Loi de decentralisation* (br. 81-137, 25.II.1982.) No, nakon oštre reakcije socijalista koji su optuživali Ustavni savjet za antidemokratizam, sukob između Miterrandove vlade i Ustavnog savjeta bio je smiren. Ustavni je savjet ublažio brzinu reformi, ali su svi zakoni koji su bili ponovno stavljeni pred parlament bili još radikalniji od onih koji su izazvali sukob.

4. *Institucionalne karakteristike Ustavnog savjeta.* Makar *Conseil Constitutionnel* vrši kontrolu ustavnosti zakona koja bi funkcionalno trebala biti slična sudskoj reviziji koju vrši Vrhovni sud SAD, ipak između ova dva suda postoje dvije značajne proceduralne i institucionalne razlike. Zajednički nazivnik tih razlika je činjenica da Ustavnom savjetu nedostaje sudačka aktivnost koju promatrači u *common law* zemljama obično povezuju s “pravim” sudom.

Prva značajna razlika leži u tome što *Conseil Constitutionnel* nije dio ni regularnog ni administrativnog sudskog sustava. Na vrhu ordinarnog sudstva stoji *Cour de Cassation*, koji nema apsolutno nikakvu ulogu kao kvaziustavni politički faktor. Na vrhu administrativnog sudstva stoji *Conseil d'Etat*. Ova dva suda nisu vezana odlukama Ustavnog savjeta.

Kontrola ustavnosti koju vrši Savjet apsolutna je, apriorna i preventivna, a ne konkretna, posteriorna i represivna. Pred Ustavni savjet mogu doći samo oni zakoni koje je parlament prihvatio, ali koji još nisu promulgirani od strane predsjednika što on obično čini u roku od 15 dana nakon prihvaćanja zakona u parlamentu. Ustav traži da Ustavni savjet svoju odluku o zakonu donese u roku od mjesec dana. Pred Ustavnim savjetom nema javnih sjednica, verbalnog sučeljavanja, niti odvjetnika, kao npr. u američkoj praksi. Nema intervencija sa strane (npr., *amicus curiae*), a sud ima svoje načine kako da osigura materijal za odlučivanje. Ustav određuje da se Ustavni savjet sastoji od 9 imenovanih sudaca. Predsjednika Savjeta postavlja predsjednik Republike.

Novu poziciju Ustavnog savjeta u francuskoj politici posebno su osvjetlili francuski konstitucionalisti tijekom 1987. godine<sup>14</sup> na svom redovitom okupljanju, koje je taj put posebno posvećeno mjestu i ulozi Ustavnog savjeta u francuskoj politici. Tom prilikom je predstavnicima glavnih političkih stranaka bilo upućeno pitanje: “Priznaju li političke stranke nadležnost suda da nulificira legislativu za koju Savjet nađe da je neustavna?” Zvučno *OUI* bio je odgovor svih nazočnih političkih stranaka osim Komunističke partije, koja je odbila bilo kakvu mogućnost da Ustavni savjet ograniči “apsolutni suverenitet naroda”. Sve širu popularnost Ustavnog savjeta potvrdilo je i javno mnijenje. Njegov utjecaj bi bez sumnje još rastao kad bi se on otvorio i prema građanima.

<sup>14</sup>Usp. Association françaises des constitutionnalistes, u: *Journals d'études du 13 mars 1987*.

Prihvaćanje Ustavnog savjeta kao čuvara ustavnih prava obilježava historijski razlaz s francuskom prošalošću. U Francuskoj se napokon odustalo od prakse neograničene supremacije parlamenta. No, još uvijek postoji snažna averzija prema onome što se smatra sudački nedostignutim postignućima Vrhovnog suda SAD. Sve nam to ukazuje kako je stupanj sudačkog aktivizma umjeren prema utjecaju koji ima, npr., Vrhovni sud SAD, ili Vrhovni sud Kanade. U svakom slučaju, međutim, vršenje uloge ustavne kontrole od strane politički neovisnog tijela, što se do jučer smatralo nezamislivim u Francuskoj, nastavit će igrati važnu ulogu u suvremenoj francuskoj politici.

### V. Zaključna napomena

1. 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.

Suci u SAD, posebno suci Vrhovnog suda, stvaraju pravo već više od stotinu godina. Najbolji je primjer za to slučaj *Dred Scott v. Sandford* (19 Howard 393/1875), u kojemu je Sud uspostavio nacionalnu politiku dozvoljavajući širenje ropstva na sva područja prema Zapadu, bez obzira na želje teritorijalnih legislatura, Kongresa i predsjednika SAD. Za vrijeme "progresivne ere" sudovi su uspostavili politiku slobodnog tržišta i zabranili pokušaje države i federalnih legislatura da ograniče slobodu ugovaranja putem minimalne nadnice, maksimalnog radnog vremena i zabrane dječjeg rada. U novije je doba Vrhovni sud stvarao nacionalnu politiku glede rasnog sastava škola i radnih mjesta, školskih molitvi, smrtne kazne, podjele mjesta u legislaturi, kontrole rađanja, abortusa, itd.

Kritičari mogućnosti po kojoj suci mogu biti "zakonodavci" govore o "vladavini sudaca" (*government by judges*) i dokazuju da je takva vladavina u liberalnim demokracijama nelegitimna, jer bi u njima jedino stvaraoći političkih odluka trebali odgovarati biračima. Federalne suce imenuje predsjednik SAD doživotno. Drugi kritičari pitaju o kompetenciji sudaca da stvaraju solidnu socijalnu politiku. Zagovornici aktivizma odgovaraju da je snažno sudstvo nužno kako bi se zaštitila manjinska prava i javni interesi koje većina zna ugrožavati.

2. Koliko je uopće raširen sudski aktivizam u svijetu?<sup>15</sup> Mogući su sljedeći zaključci:

<sup>15</sup>Na ljestvici zemalja u kojima je na djelu sudački aktivizam "vode" SAD, Kanada, Australija, Njemačka, Italija, Izrael, Japan, Francuska, Engleska (kao najaktivnije zemlje), te Švedska i do jučer SSSR kao najmanje aktivne zemlje. Usp. Holland, K. M., *Judicial activism in comparative perspective*, London, 1991., str. 2.

(ad 1) Prije svega ističe se da je sudski aktivizam fenomen koji je različit od sudske revizije. Sudska revizija je, npr., izričito regulirana u švedskom i japanskom pravu, ali Vrhovni sud u Švedskoj nije nikada donio odluku da je neki zakon usvojen u *Riksdagu* bio protivan ustavu. S druge strane, u Izraelu nema odredbe o sudskoj reviziji, ali je Vrhovni sud ovdje iskoristio svoje sudske ovlasti da izgradi norme ustavnog karaktera koje obvezuju vladu ove zemlje.

(ad 2) Sudski aktivizam, općenito govoreći, služi ciljevima liberalizma. Ovaj je model, koji inkorporira dva konfliktna načela, na poseban način uočljiv baš u Izraelu. Prvo je načelo da je država dom židovskog naroda u kojoj potrebe vjerske zajednice imaju vrhunski značaj. Drugo, Izrael je liberalna država koja je utemeljena na jednakosti svih ljudi, država kojoj je cilj osobna sloboda svih ljudi, koja traži sekularnu državu koja je neutralna, s obzirom na suprotstavljene religijske i vjerske sustave. Vrhovni sud u Izraelu čvrsto se odlučio za liberalni stup režima, te čuva njegovu glavnu ulogu u zaštiti individualne slobode od religijskog pritiska. Širenje liberalizma i te kako je vidljivo i u odlukama njemačkog i talijanskog ustavnog sudstva, odnosno japanskog Vrhovnog suda. U godinama nakon Drugog svjetskog rata Ustavni sud Republike Italije poništio je čitav niz zakona donijetih u vrijeme vladavine fašizma. Ustavni sud SR Njemačke možda je na najdramatičniji način od svih sudova donosio odluke u ime liberalnog *creda*. Ovaj je sud kazao kako nijedna zemlja odgovorna za svjesno ubijanje 6 milijuna Židova ne može tek tako uzeti čovječiji život. Kritičari suda smatrali su da je sudska zabrana abortusa protuliberalna zato što lišava ženu jedne važne slobode. Konflikti između tri glavna prirodna prava koja priznaje liberalizam — život, sloboda i vlasništvo — postaju sve žešći. Iako je odluka izazvala mnogo kritika, ono što je ovdje važno istaknuti jest to da Ustavni sud Njemačke u svojim odlukama vidi potporu ciljevima liberalizma. Najviši sudovi u Australiji također podupiru slične ciljeve. Konzistentnost u obrani liberalne misli XIX. st., što karakterizira aktivističke suce, ogleda se prije u obrani individualnih prava, kao što su vlasnička prava ili sloboda govora, nego u obrani pozitivnih prava (pravo na obrazovanje ili na minimalni standard života, gdje se kao dobročinitelj javlja država). Iako sudački aktivizam navija za liberalizam, to ne znači da on ima isključivu punomoć za obranu osobnih sloboda. U Engleskoj i Švedskoj, međutim, osobne slobode su raširene i sigurne makar u njima nema visoko rangiranog sudačkog aktivizma. Da liberalizam ne treba gurati ispred svega drugoga, pokazuje primjer odluke Vrhovnog suda SAD *Pleasy v. Ferguson (163 U.S. 537 /1896/)*, gdje je sud podržao pravo države da intervenira u slobodu poduzetništva zahtijevajući od poslodavca da osigura posebne nastambe za radnike bijele i crne rase.

(ad 3) Suci često obrazuju građane, makar obrazovanje nije eminentno sudska funkcija. U tekstu *The Supreme Court as a Republican Schoolmaster R. Lerner* je dokumentirao pedagošku funkciju sudaca Vrhovnog suda SAD, koja je vidljiva i u mnogim odlukama izraelskih, talijanskih i njemačkih sudaca.

(ad 4) Većina aktivističkih sudova inzistira na višem pravu, izbjegavajući legalistički pozitivizam, dakle stajalište da je pravo volja suverena kojega prati sila. Lekcija kojom je *John Marshall* i ostali suci Vrhovnog suda učio svoje sunarodnjake principima liberalizma govorila je da izvori ustavnog autoriteta ne leže samo u volji naroda nego i u koincidenciji s višim pravom prirode. Institucija koja je otišla još dalje u tome jest francuski *Conseil Constitutionnel*. Savjet je 1971. godine zaključio da Ustav V. Republike iz 1958. godine implicitno sadrži ne samo načela preambule Ustava IV. Republike nego i Deklaracije o pravima iz 1789. Tako je Ustavni savjet jednim potezom značajno ograničio ovlasti parlamenta i predsjednika. Ustavni sud Italije regularno interpretira Ustav u svjetlu viših vrijednosti, uključujući tu i vrijednosti kršćanstva.

(ad 5) Sudski aktivizam tendira parlamentarnom sustavu i većinskoj demokraciji. Teorija parlamentarnog sustava govori o vladi koja bi trebala donositi političke odluke; za te odluke ona odgovara biračima na izborima. Izvršna vlast radi za prvog ministra koji, zajedno s vladom, donosi sve važnije odluke. U te se odluke sudovi ne miješaju. Suprotno tome, *Conseil Constitutionnel* bio je konstruiran da bi čuvao predsjednika republike od parlamenta. Kanadski je Vrhovni sud reducirao diskreciju parlamenta i provincijskih skupština u području građanskih prava i osobnih sloboda.

(ad 6) Sudovi imaju aktivnu ulogu ne samo u tzv. ustavnim slučajevima nego i slučajevima koji se tiču administrativnih odluka. Među sudovima koji najmanje žele izazivati zakonodavni proces engleski su sudovi. U Engleskoj postoji samo jedno područje za koje se može reći da poznaje sudački aktivizam. Riječ je o administrativnom pravu. Nakon 1960-ih bilo je značajnih odluka sudova koje su administrativne odluke invalidirale temeljem stajališta o povredi načela prirodnog prava (još jedan primjer jurisprudencije višeg prava). Sudovi su tražili da administrativna tijela osiguraju drukčije odluke, mogućnosti očitovanja stranaka, te donošenje odluka od strane neovisnih organa.

(ad 7) Moglo bi se reći da je aktivizam Vrhovnog suda SAD bio inspiracija i opomena za učesnike u mnogim sporovima koji su se odvijali u drugim zemljama. Odluka *Marbury v. Madison* iz 1803. često se citira u Italiji i Japanu. Naglasak što ga engleski suci u kontroli administrativnih akata stavljaju na klauzulu *due process of law* definitivno pokazuje američki utjecaj. Suci Vrhovnog suda u Izraelu, koji su većinom školovani u SAD, često citiraju odluke Vrhovnog suda SAD. Tzv. *Warrenov* sud (1953.-1969.) u SAD i te kako je legitimizirao sudački aktivizam. S druge strane, Francuzi su bili dosta pogodeni aktivizmom u razdoblju 1920.-1930., i to u vrijeme kad je Vrhovni sud SAD obarao mnoge zakone kojima je cilj bio poboljšanje uvjeta siromašnih ljudi, pogotovu radničke klase. Socijalističke stranke u Francuskoj dugo su se bojale uloge sudaca, bolje rečeno *vladavine sudaca*. Zato Ustavni savjet može staviti veto na zakon samo prije njegova stupanja na snagu. Nakon što zakon bude proglašen i stupi na snagu, nitko ga ne može proglasiti neustavnim. Za suce u Njemačkoj

sudački aktivizam predstavlja pejorativan pojam; najčešće se njime obilježavaju suci koji su angažirani u socijalnom inženjeringu.

3. Koji uvjeti pogoduju aktivizmu? Zašto se on javlja u nekim zemljama, a u drugima ga nema. Kao da postoji određena *strukturalna i intelektualna okolina* i uvjeti koji olakšavaju pojavu aktivističkog sudstva.

Među *strukturalnim* uvjetima koji su povezani sa sudačkim aktivizmom jesu federalizam, pisani ustav, sudska neovisnost, odsutnost posebnih administrativnih sudova, natjecateljski sustav političkih stranaka i fleksibilna pravila koja omogućuju pristup sudu. Određene tradicije, doktrine i ideje također mogu poticati sudački aktivizam — tradicija *common law-a*, koncept ograničene vlade, visoko poštovanje sudaca, socijalni konsenzus o temeljnim pitanjima režima.

(ad 1) *Federalizam*. Četiri najaktivnija suda nalaze se u četiri federalne države: SAD, Kanadi, Australiji i SR Njemačkoj. Izgleda da postoji snažna korelacija između realne podjele vlasti između savezne države i država članica, s jedne strane, i ukupne potencije sudstva, s druge. Briga za očuvanjem rezidualnih ovlaštenja australskih federalnih jedinica omogućila je pojavu snažnog sudstva na razini savezne države. Jedna je od najvažnijih uloga Ustavnog suda u Italiji upravo zaštita ustavne nadležnosti regija. Vrhovni sud u Kanadi nastoji ograničiti nastojanje saveznog parlamenta da ograniči ustavne nadležnosti provincija.

(ad 2) *Pisani ustav*. Drugi izvor snage sudova može biti pisani ustav u kojemu je sadržana Deklaracija o pravima i slobodama čovjeka i građanina. Tako je kanadska *Povelja o pravima i slobodama* iz 1982. godine pokrenula iz pasivnosti Vrhovni sud Kanade. Kanadska *Charter of Rights and Freedoms* igrala je važnu ulogu u evoluciji kanadskog političkog sustava prema svom uzoru — SAD. S druge strane, odsutnost pisane deklaracije o pravima i slobodama jedan je od snažnih razloga pasivnosti engleskih sudova.

(ad 3) *Neovisno sudstvo*. Ovaj uvjet po svemu je nuždan, ali ne i dovoljan uvjet za aktivizam. U zemljama *common law-a* neovisnost sudova povezana je s odsutnošću sudaca od karijere. U zemljama engleskog govornog područja suci se regrutiraju iz redova poznatih i zrelih prakticirajućih pravnika. Sudstvo je za advokate nešto što dolazi pri kraju njihove karijere. S druge strane, u zemljama rimske tradicije suci se biraju izravno iz grupe osoba koje su stekle pravno obrazovanje i koje su prije završetka drugih studija morale izabrati što hoće biti: suci, advokati ili tužitelji. Mladog suca čeka čitav niz promocija. U ovim zemljama suci rano stječu mentalitet državnog službenika, što se ne bi moglo reći za one pravnike koji u sudstvo dolaze iz redova onih koji su dugi niz na ovaj ili onaj način kontrolirali rad vlade. U Japanu postavljanje i napredovanje kontrolira Ustavni sud. Poznati su slučajevi u kojima je ovaj sud odbijao poticati napredovanje briljantnih, ali lijevo orijentiranih mladih sudaca. Sve donekadno ovaj je sustav bio na djelu i u Italiji.



(ad 4) *Posebni administrativni sudovi* mogu se naći u Italiji, Njemačkoj i Francuskoj. Ova podjela odgovornosti između ordinarnog i administrativnog sudstva smjera na to da suce koji presuđuju u civilnim i krivičnim sporovima onemoguću u vršenju sudske revizije nad velikim brojem državnih odluka. Sposobnost administrativnih sudaca da ispituju ustavne norme striktno je ograničena. U Francuskoj stranke redovito imaju više povjerenja u redovno, nego u administrativno sudstvo. S druge strane, u SAD, Kanadi i Australiji, Engleskoj...postoji zamjetan neustavni aktivizam, gdje su ordinarni žalbeni sudovi putem revizije administrativnih odluka, ograničavajući time administratore, osigurali pojedincima proceduralna prava.

(ad 5) *Natjecanje političkih stranaka*. Odsutnost sustava međusobnog natjecanja političkih stranaka može biti velika prepreka pojmu snažnog sudstva, jer ako suci pripadaju jednoj stranci, kao i većina izvršne i zakonodavne vlasti, onda će oni slijediti politiku koju vodi vodstvo većinske stranke. Relativna pasivnost sudaca u Japanu, da ne govorimo o pasivnosti sudaca u bivšem SSSR-u (kao i u ostalim bivšim socijalističkim državama), imala je uzrok u dugogodišnjem izostanku bilo kakve kompetitivnosti između stranaka.

Rijetko se kad sudovima omogućuje da sami započnu ispravljanje tuđih nepravdi. U tom poslu oni uglavnom zavise od privatnih stranaka, stranaka u sporu ili političkih institucija koje u njihovim presudama uočavaju politička pitanja. Mogućnosti za politički aktivizam veće su tamo gdje je pristup sudovima otvoreniji i pristupačniji. Mogućnosti različitih društvenih grupa da dođu do suda u SAD, Izraelu, Kanadi, itd., mnogo su veće nego, npr., u Francuskoj, gdje postoje stroga ograničenja pristupa Ustavnom savjetu.

Među *intelektualnim* preduvjetima nalaze se:

(ad 1) *Tradicija common law-a* s mogućnostima da sudstvo stvara propise i precedentno pravo izgleda plodnije za uspon sudbene vlasti nego tradicija rimskog prava, koja stavlja naglasak na autoritet i potpunost zakonskog akta. U odsutnosti relevantnog zakona, suci *common law-a* zapravo su slobodni da oblikuju pravne principe pa u tom smislu prethodne odluke omogućuju standarde koje je oblikovao sud. Pomoću njih evaluiraju se legislativne i administrativne odluke, iako u izravnom sučeljavanju zakoni istiskuju odluke sudova.

(ad 2) *Pojam ograničene vlade* prema kojemu država ne smije zadirati u onu privatnu sferu građanskog društva, također pridonosi klimi u kojoj se često pojavljuje ruka suda. U procesu privatizacije nacionaliziranih poduzeća u socijalističkim zemljama sudovi bi trebali imati značajno mjesto.

(ad 3) *Javno povjerenje u sudove* također može biti potencijalni izvor sudske odlučivanja. U Francuskoj i Italiji ugled sudaca nije bogzna koliko visok. *Del Pietro* i akcija *mani pulite* obećavala je prevrat povjerenja u korumpirano talijansko sudstvo. U bivšim socijalističkim zemljama tužitelj-

stvo je uvijek bilo na višoj cijeni nego sudstvo. S druge strane, u SAD, Kanadi, Australiji, suci su mnogo više na cijeni pa stoga i njihove presude imaju veću težinu. Uspom tzv. novog administrativnog prava u Australiji tijekom 1970-ih bio je odgovor na široko rasprostranjeno javno nezadovoljstvo parlamentom i ministarstvima, koji su bili izgubili osjećaj za individualna prava. Prema *J. Habermasu*, uspon sudbene vlasti tijekom 1960-ih na Zapadu dolazi zbog krize legitimiteta. Kriza legitimiteta pogodila je autoritet legislature, državnog poglavara, premijera, ministara, službenike državne uprave, političke stranke. Zbog toga je rastao pritisak na političke grane vlasti da se sudovima dopusti sloboda političkog izbora. Sudački aktivizam čini mogućom sudbenu legitimizaciju političkih mjera legislature, tako da u liberalnim ustavnim režimima ona može služiti ciljevima političke stabilnosti. Ipak, sudački aktivizam podiže niz pitanja o budućem stanju ustavne demokracije i odgovorne vlade liberalnog tipa.

(ad 4) Javno povjerenje u sudstvo predmet je konsenzusa o režimu, odnosno o njegovim temeljnim ustavnim pitanjima. Tamo gdje se nije odgovorilo na pitanja, kao što su teokracija protiv liberalizma, socijalizam protiv kapitalizma, i gdje traje politička borba između onih koji zagovaraju natjecateljski stil života i njihovih protivnika, uvijek će postojati snažni oponenti bilo kakvoj politici transfera odgovornosti i slobode izbora u takvim okolnostima na sudstvo ili bilo koji drugi organ grupe koja je na vlasti.

5. Suvremene ustavne demokracije, kako staroga tako i novog postanja, nalaze se u stanju akutnih političkih promjena. Sve su državne institucije pogodne tim promjenama, što znači da ni sudske institucije nisu u tome nikakav izuzetak. Dakako, uloga sudova u svakom društvu se razlikuje. Ipak, u svakoj državi oni obavljaju tri važne funkcije: osiguravaju forum za rješavanje sporova, dio su sustava koji uređuje kaznenu politiku (*administration of justice*) i čuvari prava osiguravaju simbolički legitimitet države.

Dakako, u suvremenim ili postindustrijskim društvima<sup>16</sup> i politička uloga suda bit će pod utjecajem aktualnih trendova. *F. L. Morton* misli da bi u tom smislu posebno važnu ulogu igrala tri važna faktora. Prvo, promjenljivi modeli političke participacije te povećani stupanj obrazovanja nagovješćuju pohod na sudove; drugo, socijalni rascjepi će, zbog naglaska na komunikaciji i informaciji, voditi prema novim tipovima konflikata; treće, izvršna vlast širit će se još više, stimulirajući razvoj administrativnog prava. Postburžoasko vrijednosti možda pomaknu bit političkog konflikta — a ovdje se

<sup>16</sup>Uza sve razlike između pojedinih zemalja, postoji konsenzus oko sljedećih karakteristika postindustrijskog društva: a) dominacija uslužnog sektora ekonomije, b) trend dominacije nove srednje klase — *white collars*, c) povećana uloga teorijskog znanja, razvoja i istraživanja, d) rašireno obilje, e) postgradanska struktura vrijednosti. Usp., Wartman, J. L., *The courts and political change in post-industrial society*, u *The Political Rule of Law in Modern Democracies*, MacMillan, 1988., str. 216-235.

još uvijek radi o autoritativnoj alokaciji vrijednosti — u pravcu koji bi sudove mogao učiniti još važnijim čimbenicima društvenog razvoja.

U našem vremenu koje karakterizira prijelaz prema modernoj demokratskoj državi, sudovi igraju važnu ulogu u spasavanju političkog autoriteta. Postoje znakovi rastućeg priznavanja prava kao važnoga mehanizma društvene kontrole, na što sve snažnije ukazuje znanost. Zahvaljujući nekim istaknutim pravnim filozofima, npr. *R. Dworkinu*, ponovno se naglasak stavlja na važnost ideje o ljudskim pravima. Njegova apsolutistička pozicija vraća individualna prava na politički panteon i služi tome da bi se kazalo kako postoje mnogo važnija pitanja od onih koja se isključivo tiču maksimiranja profita. Ostvarenje pravde ne može se odvojiti od prava, a pravo ne može a da ne bude vezano uz sudske institucije.

Zato što u svojoj osnovi imaju međusobno nepomirljive pristupe vladanju, sudovi i demokracija su oduvijek predstavljali teško uskladivi, nemirni sklop. Ipak, sva društva moraju imati pravo, a budući da je ono utemeljeno i na etici, važno je zadržati vjeru u to da upravo etički impulsi demokracije predstavljaju najvažniji politički rezultat čovječanstva. Budući da su u politiku zapadnih zemalja ugrađene simboličke odlike i apsolutne vrijednosti, uloga sudova trebala bi rasti. Na koji način upravljati tom uvećanom ulogom suda, odgovor će dati buduće strukture vlasti u tim zemljama.

Što se tiče sudova u jednom broju “novih demokracija” i njihove političke uloge, dominira sljedeće stajalište. Ističe se, naime, da u demokratskom i civiliziranom svijetu sudovi moraju suditi pošteno, pravično, i to na temelju postojećeg prava, a sve to u ozračju socijalnog povjerenja. Jedina alternativa ovakvom stanju jest anarhija koja šteti svakome. Zato što je ustav temeljni zakon i osnovni izvor postojećeg prava u državi, logičan je zaključak da bi i taj akt bio primijenjen u suđenju. Ali nije problem u tome da li Ustav koristiti u jurisdikciji, već kojemu sudu treba dopustiti da ga koristi! Mišljenje da bi to bio Ustavni sud, a ne Vrhovni sud, trebalo bi biti utemeljeno na jakom argumentu, a ti argumenti (još) ne egzistiraju.<sup>17</sup> Tome je tako dijelom zbog nepostojanja tradicije vladavine pravaa a dijelom i zbog manipuliranja onima koji ne žele biti samo *nijema usta zakona*. Ako je historija sudske revizije (i kontrole ustavnosti zakona) zapravo historija ustavnih ograničenja (*E. S. Corwin*), nije čudo što u *novim demokracijama* postoji niz poteškoća u njihovom uspostavljanju i afirmiranju.

Duge i visokonaponske tenzije između institucija hrvatskog pravosuđa (Vrhovnog suda, Državnog sudbenog vijeća), s jedne strane, i Ustavnog suda “kao posebnog državnog tijela visokog autoriteta”, s druge, konkurentski odnos i međusobna netrpeljivost čelnika hrvatske sudbene vlasti

<sup>17</sup>Letowski, J., Constitution for evryday use, u *Constitutionalism and Politics*, Ed. Grudzinska Grado, Bratislava, 1993., str. 217.

(Vrhovni sud, Državno sudbeno vijeće) prema vlastitom nadležnom ministarstvu i Ustavnom sudu, neotpornost i krhkost čelnih pozicija sudbene vlasti prema drugim granama vlasti (Vrhovni sud, Ministarstvo pravosuđa), a posebno instrumentalizacija određenih segmenata unutar sudbene vlasti (Vrhovni sud, Državno sudbeno vijeće)<sup>18</sup>, gotovo da generiraju tendenciju naopakog “sudskog aktivizma”, u svakom slučaju najmanje poželjnog aktivizma u sudbenoj poziciji.<sup>19</sup> Dakako, da i u takvim okolnostima sudbena vlast reflektira pojmove “političkog”<sup>20</sup>. No, u kontekstu one *policy-oriented* djelatnosti, koja nije usmjerena spram afirmaciji svekolikih elemenata vladavine prava, posebno afirmaciji objektivnih ustavnih načela o sudbenoj vlasti, ovaj se aktivizam javlja u pejorativnom smislu. Zato u odgovornoj zadaći kreiranja i razumijevanja mentaliteta i odgovornosti nove ustavne kulture<sup>21</sup> u Hrvatskoj, u kojoj posebnu težinu ima i uloga sudbene vlasti, njena stabilizacija uz evoluciju standarda koji ovoj vlasti vraćaju kredibilitet i dignitet, predstavlja jedan od najprečih zadaća razvoja Republike Hrvatske kao istinske ustavnodemokratske države. A to znači i one države u kojoj će se, neminovno s razvojem samosvijesti sudstva, javiti i sudski aktivizam u pozitivnom i komparativnom značenju i smislu tog pojma, po svemu usporediv s pojmom koji već postoji unutar vokabulara suvremene ustavne demokracije.

<sup>18</sup>Usp., Krapac, D., op. cit., str. 96-110; Rajić, V., op. cit., str. 13-14.

<sup>19</sup>O sukobima koncepcija “o pravdi i pravednosti” i njihovim nositeljima ponešto se dade zaključiti i u pregledima i člancima kritičkih i neovisnih javnih glasila. O postojanju toga naopakog “sudskog aktivizma”, kao aktivnosti koja služi isključivo kratkovidnoj subjektivističkoj koncepciji utilitarnog državnog interesa i njihovim konkretnim nositeljima na ključnim institucijama sudbene vlasti u Hrvatskoj usp. V. Rajić, op. cit. 13-14.

<sup>20</sup>Usp., Hooder-Williams, R., Six notions of “political” and the United States Supreme Court, u *The British Journal of Political Science*, 1/92., str. 1-20.

<sup>21</sup>Usp., Nagel, R. F., *Constitutional cultures — The mentality and consequences of judicial review*, Berkeley, 1989.

Arsen Bačić

*ON COURT ACTIVISM OR THE POLITICAL ROLE  
OF THE JUDICIARY*

*Summary*

Court activism occurs when courts do not only dabble in pronouncing sentences but also want to take part in the creation of social policies and thus come into contact with many more people than when solving cases on an individual basis. Activism of a court is measured by the degree of its “authority” over the citizens, the legislature, and the administration. The author defines the concept and the elements of court activism on the example of several developed constitutional democracies. He concludes that court activism in the form it is known in the contemporary constitutional democracies, is lacking in Croatia.