



Međunarodna konferencija  
**USTAVNI SUD IZMEĐU NEGATIVNOGA  
ZAKONODAVCA I POZITIVNOGA AKTIVIZMA**

Sarajevo, 27. 3. 2014. godine  
Zbornik radova

Међународна конференција  
**УСТАВНИ СУД ИЗМЕЂУ НЕГАТИВНОГ  
ЗАКОНОДАВЦА И ПОЗИТИВНОГ АКТИВИЗМА**

Сарајево, 27. 3. 2014. године  
Зборник радова

Collected papers  
of the International Conference  
**CONSTITUTIONAL COURT – BETWEEN A NEGATIVE  
LEGISLATOR AND POSITIVE ACTIVISM**

Sarajevo, 27. 3. 2014

**USTAVNI SUD IZMEĐU NEGATIVNOGA  
ZAKONODAVCA I POZITIVNOGA AKTIVIZMA**  
**УСТАВНИ СУД ИЗМЕЂУ НЕГАТИВНОГ  
ЗАКОНОДАВЦА И ПОЗИТИВНОГ АКТИВИЗМА**  
**CONSTITUTIONAL COURT – BETWEEN A NEGATIVE  
LEGISLATOR AND POSITIVE ACTIVISM**

**Izdavač/Publisher:**

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE  
Sarajevo, Ulica reisa Džemaludina Čauševića 6/III

**Za izdavača/For Publisher:**

VALERIJA GALIĆ

**Urednik/Editor:**

MATO TADIĆ

**Redakcijski odbor/Editorial board:**

MATO TADIĆ  
ZLATKO M. KNEŽEVIĆ  
MIRSAD ĆEMAN  
ZDRAVKO ĐURIČIĆ  
ARIJANA DŽANOVIĆ  
ERMINA DUMANJIĆ  
AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

**Prijevod, lektura i korektura/**

**Translation, Editing and Proofreading:**  
JEZIČKI ODJEL USTAVNOG SUDA BiH  
LANGUAGE DEPARTMENT OF CCBH

**Prijelom i dizajn/Layout and Design:**

AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

**Štampa/Printed by:**

ŠTAMPARIJA FOJNICA d.d., Fojnica

**Tiraž/Print run:**

300

# Sadržaj

---

## Contents

<b>Uvod</b> .....	5
<b>Introduction</b> .....	6
 <b><u>Aleksandr Kokotov</u></b>	
On the Lawmaking Matters of the Constitutional Court of the Russian Federation Acts .....	7
O zakonodavnim pitanjima koja se odnose na akte Ustavnoga suda Ruske Federacije .....	15
 <b><u>Philippe Boillat</u></b>	
International Conference „The Constitutional Court – between Negative Legislator and Positive Activism” .....	23
Međunarodna konferencija: „Ustavni sud - između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma” .....	29
 <b><u>Evgeni Tanchev</u></b>	
Negative and/or Positive Legislator in the Context of Constitutional Justice Historical, Institutional and Functional Evolution .....	35
Негативни и/или позитивни законодавац у контексту историјске, институционалне и функционалне еволуције уставног судства .....	65
 <b><u>Jadranka Sovdat</u></b>	
Judicial Activism in the Case-Law of the Slovene Constitutional Court .....	95
Sudski aktivizam u praksi Ustavnog suda Slovenije .....	105
 <b><u>Zühtü Arslan</u></b>	
The New Turkish Constitutional Court and Rights-Based Judicial Activism .....	113
Novi turski ustavni sud i sudski aktivizam zasnovan na pravima .....	123
 <b><u>Lord Robert Reed/Лорд Robert Reed</u></b>	
Constitutional Court – Between a Negative Legislator and Positive Activism .....	133
Уставни суд – између негативног законодавца и позитивног активизма .....	137



**Anahit Manasyan**

The Execution of the Constitutional Court Decisions as a  
Guarantee for Strengthening the Constitutionalism  
(on the Example of the Republic of Armenia) ..... 141  
Izvršenje odluka Ustavnog suda kao jamstvo jačanja ustavnosti  
(na primjeru Republike Armenije) ..... 149

**Mirsad Ćeman**

Ustavni sud - između pozitivnog i negativnog zakonodavca ..... 155

**Desanka Lopičić**

Ustavni sud – između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma ..... 167

**Mato Arlović**

Ustavnopравни okvir ustavnosudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj ..... 177

**Kata Senjak**

Ustavnosudska kontrola i vršenje zakonodavne vlasti ..... 217

**Mato Tadić**

Ustavni sud između negativnoga i pozitivnoga zakonodavca ..... 225

**Aleksandra Martinović**

Ustavnosudski aktivizam kroz mogućnost djelovanja ustavnih sudova  
po službenoj dužnosti u postupcima normative kontrole propisa ..... 231

**Jaroslav Fenyk**

Activism of the Czech Constitutional Court:  
Balancing between Real Needs and Real Possibilities ..... 241  
Aktivizam češkog Ustavnog suda:  
Balansiranje između stvarnih potreba i stvarnih mogućnosti ..... 249

## Uvod

U sklopu obilježavanja 50 godina ustavnoga sudstva u Bosni i Hercegovini (1964-2014), 27. ožujka 2014. godine Ustavni sud Bosne i Hercegovine je organizirao Međunarodnu konferenciju o temi „Ustavni sud između negativnoga zakonodavca i pozitivnoga aktivizma”.

Na Konferenciji je neposredno prezentirano 14 radova, u cijelosti ili skraćene obliku, a jedan rad je dostavljen samo u pisanome obliku.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je odlučio, imajući u vidu značaj teme i broj izlagača, te činjenicu da svi radovi nisu usmeno prezentirani na samoj konferenciji, sve radove tiskati u posebnome Zborniku radova.

Organizacijsko-tehnički promatrano, referati su tiskani onako kako su izlagani u pogledu redosljeda. Referati na jezicima koji su u službenoj uporabi u Bosni i Hercegovini su lektorirani, a svi autori ovih radova su dali na engleskome jeziku kratki sažetak (summary) svojeg rada.

Svi radovi koji su izloženi na engleskome jeziku su prevedeni i lektorirani i daju se usporedo na domaćim jezicima i engleskome s tim što englesku jezičnu varijantu Ustavni sud nije lektorirao, nego je tiskana onako kako su je dostavili sami autori. Stoga, Ustavni sud se ograđuje od mogućih grešaka u engleskome jeziku, a time i mogućih grešaka u prijevodu.

Siguran sam da će ovaj Zbornik radova biti od koristi, prije svega, svima onima koji se bave ovom problematikom a nisu bili na Konferenciji, kako bi se upoznali s vrlo interesantnim razmišljanjima o zadanoj temi, te kako bi se svi mogli upoznati s cjelinom rada, jer svi radovi, zbog tehničkih razloga (ograničenja vremena), nisu mogli biti izloženi u cijelosti na samoj konferenciji.

U ime Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine, najtoplije zahvaljujem svima onima koji su pomogli tiskanje ovoga zbornika.

Sarajevo, kolovoz 2014. godine

Urednik  
Mato Tadić  
sudac

## Introduction

On 27 March 2014, on the occasion of celebrating the 50th Anniversary of Constitutional Justice in Bosnia and Herzegovina (1964-2014), the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina organized an International Conference entitled „Constitutional Court - Between a Negative Legislator and Positive Activism”.

14 papers were presented in full or as summaries during the Conference. One paper was submitted in writing.

Taking into account the significance of the subject, the number of speakers and the fact that not all papers were presented during the Conference, the Constitutional Court decided to publish all papers in the Collected Papers of the Conference Proceedings.

With regards to the organizational and technical issues, the papers are arranged in order of presentation thereof. The papers written in those languages which are in official use in Bosnia and Herzegovina were proofread and all authors of those papers submitted summaries in the English language.

All the papers presented in the English language have been translated, proofread and published in the national languages and in the English language comparatively. The papers in the English language have not been proofread but they are published in the Conference Proceedings in their original form and content. Therefore, the Constitutional Court cannot be held liable for possible errors which may appear in the English language and, consequently, in the translated papers.

I am convinced that these Collected Papers of the Conference Proceedings will be useful first of all for all those who are dealing with this subject but did not attend the Conference as this will allow them to become informed on very interesting reflections on this subject and with the work of the Conference, since not all papers could be presented in their entirety at the Conference for technical reasons (time constraints).

On behalf of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina I would like to express my warmest thanks to all those who contributed to the publication of these Collected Papers of the Conference Proceedings.

Sarajevo, August 2014

Editor  
Mato Tadić  
Judge

**Aleksandr Kokotov**

Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation

## **ON THE LAWMAKING MATTERS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION ACTS**

Constitutional Court of Russian Federation within the framework of its competence participates in adjustment of country's normative sphere by independently executing judicial function through the constitutional proceedings. Its final decisions resulting from constitutional justice dispensation process, being imperative and conclusive in essence, constitute a source of law including individual as well as general prescriptions.

1. Peculiarity of the Constitutional Court's lawmaking activity resides in that it is not aimed at direct regulation of social relations. Instead its purpose consists in maintaining the conformity of current legislation with the constitutional provisions in order to ensure the appropriate application of corresponding rules as well as legal compliance. In certain cases the Court uses the direct regulation technique, but it is always just a temporary measure, and it loses its effect at the moment of adoption of regulations conforming to the constitutional standards by the competent authority.

For instance, in its 17 of January 2013 Judgment № 1-II the Court found a provision of Russia's Code on Administrative Offenses incompatible with the Constitution. This conclusion was reached because the minimal fine established by the norm in question makes it impossible to choose just and proportionate penalty for the respective acts as far as it does not always fully correlate with the essence of the violation committed, material and financial status of corresponding legal entity and other significant circumstances of the case. In this Judgment the Court concluded that the sum to be paid by the legal entity as a penalty for the offence stipulated in a disputed norm can be reduced by the competition authority or by the court on the basis of the constitutional requirements and the legal positions of the Constitutional Court of Russia stated in the Judgment under consideration. The Court also limited the validity period of this procedure. It was to remain in effect until the introduction of corresponding amendments to the Code of administrative offences of the Russian Federation. This approach can also be illustrated by certain examples of norms and acts that were found

incompatible with the Constitution, but the Constitutional Court did not invalidate them. Instead their effect was upheld for a specified period of time provided the requirements set by the Court were fulfilled. In its July 14 2005 Judgment the Court adjourned the invalidation of financial ministry's rules concerning the enforcement of court decisions satisfying claims for damages caused by unlawful action or omission of state authorities or their officials until the beginning of new financial year.

In the light of the named circumstances normative instructions of the Constitutional Court as a rule are not directly formulated by the latter. In the legal sphere they can be identified as a result of interpretation of constitutional provisions or of constitutionality test performed by the Court. Such a way of lawmaking is essentially interpretative (sometimes it is called practical). Consequently it limits the lawmaking activities of constitutional control courts and differs from the primary lawmaking method that is referred to as regulative<sup>1</sup>. By the way, this means that legal positions of the Constitutional Court based on the interpretation of constitutional provisions must mirror their development provided the system analysis of norms of the Constitution performed within the framework of constitutional proceedings leaves no room for the opposite conclusion. At the same time the activity under consideration obviously is a lawmaking as far as it is aimed at amending the legal sphere. The latter process consists in annulling the unconstitutional regulations from current legislation and also in introducing positive new rules.

2. Even negative lawmaking has certain positive effect. The Court's finding on unconstitutionality of a norm is an individual instruction that stops its applicability and at the same time a circumstance that initiates the activities of corresponding bodies aimed at exclusion of the named provision from the legislation in force. This way Constitutional Court in fact applies the power to establish a general prohibition to set up such regulation that was found incompatible with the Constitution. This obviously is a way to define the lawmaking competence of the authority that has adopted the act found to be unconstitutional in a more precise way. For instance, in its 23 of April 2004 Judgment № 9-П the Constitutional Court found provisions of two laws on federal budget suspending the applicability of several norms of Federal law „On accounts chamber” incompatible with the Constitution. This conclusion was based on a premise that, in view of the requirements of the Constitution, powers and rules of procedure of the Accounts chamber, could not be changed by laws on federal budget if they had been set up by other federal laws.

---

1 Interpretative nature of the Constitutional Court's legal positions as well as fundamental and abstract nature of constitutional provisions under its consideration results in frequent application of doctrinal notions in the process of constitutional-justice lawmaking. See, for example, Bondar, N.S. Судебный конституционализм в России [Judicial constitutionalism in Russia], М., 2001, p. 128-136; Gadzhiyev, G.A. Онтология права [Legal ontology]. М., 2013, p. 204.



The more precise definition of lawmaking authorities' competence is also achieved through establishment of conformity of their legal acts with the Constitution. The respective conclusions constitute the general approval to establish conforming or analogous regulation.

3. Declaring legal acts compatible with the Constitution the Court often elaborates their constitutional interpretation. According to V. D. Zorkin, in practice the Constitutional Court tries to avoid declaring the disputed provision unconstitutional, provided there is a possibility to establish the latter norm's constitutional meaning and in this context its proper sense that would exclude any ambiguity in the course of the application of the act in question<sup>2</sup>. Constitutional interpretation of acts subjected to review is sometimes very far from their literal meaning and may cause significant changes in their official or practical understanding.

According to paragraph 2 of the Article 1070 of Russia's Civil Code damages caused in the course of dispensation of justice shall be compensated, provided the guilt of a judge was established by a legally binding judgment of a court. It was noted however, that the norm in question viewed in its constitutional sense and also in its interconnection with Articles 6 and 41 of the Convention on human rights and fundamental freedoms could not serve as a ground allowing the authorities to abstain from compensating damages, caused in other situations (namely when a dispute was not settled on the merits) within the framework of civil proceedings and resulting from unlawful actions (or omission) of a court (judge), *inter alia* in case of violation of requirements concerning the duration of proceedings, if the judge was held responsible for them by a court decision instead of being found guilty by way of criminal proceedings. Interpretative nature of the mentioned constitutional-justice conclusion leaves room for legislative amendments to provisions reviewed by the Constitutional Court by choosing other way to reimburse damages inflicted in the course of dispensation of justice. At the same time the legislator does not have any possibility to overrule the concept elaborated by the Constitutional Court in so doing.

4. Competence of the Constitutional Court of the Russian Federation includes the power to give official interpretation of constitutional provisions. The latter are so rich in substance<sup>3</sup> that their constitutional-justice construal results in introduction of special normative rules between them and the social practice in order to instantiate the

---

2 See Zorkin, V.D. Конституционно-правовое развитие России [Constitutional-law development of Russia], М., 2011, p. 183. See also Sivitsky, V.A. К вопросу о вариативности формулы итогового решения Конституционного Суда [On the question of variability of the Constitutional Court's final award formula]// Constitutional justice, 2012 №4, p. 81-90.

3 Generally speaking, the whole normative sphere of a country can be viewed as constitutional norms' specification, reflecting only a part of their substance.

constitutional text. In its 31 of October Judgment of 1995 Constitutional Court while interpreting Article 136 of the Constitution concluded that amendments to the latter should be introduced through the adoption of special legal act – Law of the Russian Federation on the amendment to the Constitution. This concept had been taken into consideration by the legislator, which resulted in regulation of the process of adoption of such acts. Consequently several laws of that kind have been introduced, *inter alia* those aimed at alteration of the constitutional model of country's court system.

In its 28 of November Judgment of 1995 Constitutional Court of the Russian Federation gave the interpretation of paragraph 2 of the Article 137 of the Constitution of the Russian Federation. The Court noted that a new name of a subject of the Russian Federation shall be included in the text of Article 65 of Russia's Constitution through the President's decree adopted on the ground of decision reached by that subject's authorities in accordance with a procedure instituted by them. At the same time the norm that was interpreted in this case stated only that new name of a subject of the Russian Federation shall be included in the text of Article 65 of the Constitution. Moreover, the Constitutional Court found that renaming that concerned the fundamentals of the constitutional regime, human rights and civil liberties, interests of other subjects or of the Russian Federation in general, those of foreign countries and also assumed changes in formation of the Russian Federation or of the constitutional status of its subject could not be considered a change of the name of the subject of the Russian Federation. In conclusion the Constitutional Court added that the opportunity of supplementary regulation on the issue of inclusion of the new name of subject of the Russian Federation in the text of Russia's Constitution was not excluded by the mentioned interpretation. Supplementary nature of legislative regulation in relation to constitutional-justice interpretation was obviously stressed.

5. Constitutional Court also implements the power to interpret the Constitution of the Russian Federation uncovering new ways to understand its provisions outside the framework of the corresponding procedure, i.e. controlling constitutionality of normative legal acts, resolving disputes between public authorities. For example, by certain decisions reached while reviewing an individual norm the Court was consistently amplifying the right to submit a constitutional complaint. This effect was produced by interpreting such constitutional concepts as „citizens” (applicants presenting a constitutional complaint) and „law” (legal act that can be reviewed through such a procedure). According to conclusions of the Constitutional Court a constitutional complaint can be submitted by citizens of the Russian Federation as well as by foreign citizens and stateless persons (17 February of 1998 Judgment № 6-II), representatives of those incapacitated (27 February of 2009 Judgment), legal entities, including state institutions to the extent constitutional rights and liberties

apply to them, for instance as far as they can be viewed as taxpayers (judgments dated: October 24 of 1996 № 17-II; October 12 of 1998 №24-II; June 28 of 2009 №10-II). Broad interpretation of the term that is contained in paragraph 4 of the Article 125 of the Constitution, namely of the concept of „law”, issued by the Constitutional Court extended the meaning of the named notion to such other legal acts as: enactments on amnesty issued by the State Duma (5 July Judgment of 2001 №11-II), governmental and presidential decrees dedicated to questions that had been directly specified by the legislator as unregulated by statutes (27 January Judgment of 2004 № 1-II; 5 March Decision of 2009 № 528-O-O).

6. Within the framework of its activity consisting in official interpretation of constitutional norms and implementation of the latter in order to resolve other constitutional-justice disputes Constitutional Court views the Constitution of the Russian Federation as constantly developing regulation (living organism). Its authentic introduction in evolving social context results in modifications of constitutional-justice construals. This doesn't mean that by interpreting the provisions of Russia's Constitution the Constitutional Court is entitled to arbitrarily adapt it to political climate. It rather signifies that preservation of the „spirit” of the Constitution and of the balance of values protected by it does not exclude certain modifications in the named construals due to considerable changes in socio-historical conditions. According to V.D. Zorkin this function of the Court can be defined as constitutionally justified appropriateness formation<sup>4</sup>.

An opportunity of practicable choice of constitutional text interpretations, of methods of constitutional standards' application to objects under review depending on circumstances connected with time and place constitutes the element of effective constitutional-justice lawmaking. If the latter process does not imply the discretion in the sphere of choosing the appropriate regulatory model it should be viewed as minimalistic in nature. This conclusion applies to every type of lawgiving activity, *inter alia* to the one connected with constitutional justice. However, any clear criteria of acceptable modifications of constitutional text interpretations are currently unknown to doctrine or practice. The same applies to the problem of establishing limits of constitutional-justice discretion.

7. Constitutional Court's resolutions form significant channel of introduction of legal positions composed by international judicial authorities into Russian legal system. Therefore, by elaborating on conclusions reached by the European court of human rights as regards their compatibility with particularities of Russian legislation and of

---

4 Zorkin, V.D. Современный мир, право и Конституция [Modern world, law and Constitution], М., 2012, p. 148.

the case as hand the Constitutional Court within the framework of its conclusions exercises the implementation of provisions of Convention on protection of human rights and fundamental freedoms and of European court's resolutions into Russian legislation. Accordingly, Constitutional Court's legal positions can be considered as an instrument that is similar to general measures on execution of the European court's resolutions if the latter actions are not seen as just certain procedures of the enforcement of individual rulings on complaints against Russia.

In its December 6 Judgment of 2013 № 27-П Constitutional Court reviewed the provisions of subparagraphs 3 and 4 of paragraph 4 of the Article 392 and of the Article 11 of the Code of the Civil Procedure of the Russian Federation to the extent they constituted a ground to reexamine the judgment owing to the European court's finding concerning the violation of Convention on protection of human rights and fundamental freedoms that had been committed in respect of the applicant and had been voiced in the named award provided any infringement of that person's constitutional rights within the framework of the case in question was not established by Russia's Constitutional Court and certain norms of national legislation that had been serving as a basis for the latter Court's conclusion were considered to be incompatible with the mentioned Convention by the European Court of Human Rights.

The Court *inter alia* stated that as far as in such a situation the national court was not entitled to refrain from revision of the case, the Constitutional Court within the framework of its competence should define the possible ways of realization of the judgment adopted by the European Court of human rights.

Previously the Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation, Mr. V.D. Zorkin, has put forward the initiative to confer to the named Court the power to establish necessity and define the essence of general measures that could be taken on account of the enforcement of the European Court's judgment. Such an authority was to be implemented on the basis of requests of Russia's Parliament or Supreme Courts<sup>5</sup>.

8. Constitutional Court's resolutions represent an instrument of objectivation and legalization of other sources of law. Constitutional Court, as it is stated above, has deduced the necessity to include the law on the constitutional amendment in the hierarchy of statutes from the norms of the Constitution. Practice of the constitutional justice provides examples of similar awards.

In its 19 of November 2009 Decision № 1344-О Constitutional Court specified that the moratorium on death penalty that had been established on the basis of Russia's

---

5 Zorkin V.D. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы [Current interaction of national and international justice: new prospects// Comparative constitutional review. 2012. №5., p. 51.

Constitution and other legal acts elaborating on its provisions formed a legitimate constitutional trend towards the abolition of death penalty caused by Russia's obligations corresponding the international tendency. According to the latter the capital punishment is to be implemented restrictively and only during certain period of time until its abrogation. This conclusion can obviously be considered as legalizing the shaped constitutional practice custom.

9. Constitutional Court resolutions constitute not only legal but also pre-legal sources of law that stimulate the legislator and other lawmaking authorities to introduce the necessary amendments in current legislation and provide the concepts for such innovations. Apparently, this way to promote the legislative amendments is more appropriate for the Constitutional Court of the Russian Federation than the implementation of its power of legislative initiative. In its 28 of February 2008 Judgment № 3-П the Court stated that establishment of a system of special disciplinary courts that would hear applications against judges could serve as a safeguard of the independence of judicial authority. Having regard to this recommendation in the year 2009 the legislator adopted a Federal Law „On Disciplinary Judicial Presence”. The latter authority will soon be replaced by the Disciplinary board of the Supreme Court of the Russian Federation.

Constitutional Court of Russia also possesses other opportunities of initiating changes in the country's normative sphere. It regularly informs other superior state authorities about its activities, practice concerning the execution of its awards, actual problems of legal regulation. By its November 7 award of 2012 the Court adopted the Survey „On constitutional aspects of improving the lawmaking and practice in the sphere of securing and protecting human rights and civil liberties (on the basis of the Court decisions that were delivered in 2009 – 2011).



## **O ZAKONODAVNIM PITANJIMA KOJA SE ODNOSE NA AKTE USTAVNOGA SUDA RUSKE FEDERACIJE**

U okviru svojih nadležnosti Ustavni sud Ruske Federacije djeluje u usklađivanju normativne sfere u zemlji tako što neovisno vrši svoju sudsku funkciju kroz postupke koje vodi. Odluke koje Ustavni sud donosi u tim postupcima po svojoj suštini su konačne i obvezujuće, te čine poseban izvor prava koji uključuje i pojedinačne i normativne propise.

1. Posebnost zakonodavnoga djelovanja Ustavnoga suda se odražava u tomu što ono nije usmjereno ka izravnom reguliranju društvenih odnosa. Umjesto toga, njegova svrha je osiguravanje pravilne primjene postojeće legislative i održavanje njezine usuglašenosti sa ustavnim odredbama. U nekim slučajevima, kao privremenu mjeru, Sud koristi izravni propis koji prestaje biti na snazi od momenta kada nadležno tijelo donese propise koji su sukladni ustavnim standardima.

Primjerice, u svojoj presudi od 17. siječnja 2013. godine Sud je utvrdio da odredba Zakona o upravnim prekršajima Ruske Federacije nije sukladna Ustavu. Do ovakvoga zaključka se došlo zato što u postojećem propisu, koji ne omogućava dosuđivanje administrativne kazne ispod najniže granice, najmanja novčana kazna utvrđena tom normom ne onemogućava uvijek da se izabere pravedna i razmjerna kazna za pojedina djela pošto se kazna uvijek ne podudara u potpunosti sa suštinom učinjene povrede, materijalnim i financijskim statusom relevantne pravne osobe i drugim značajnim okolnostima konkretnoga slučaja. U toj presudi Sud je zaključio da, na temelju ustavnih zahtjeva i pravnih stajališta koja je Ustavni sud Rusije usvojio u relevantnoj presudi, tijelo koje nema monopol ili sud može umanjiti novčani iznos koji pravna osoba treba isplatiti kao kaznu za povredu propisanu upitnom normom. Sud je, također, ograničio razdoblje važenja takvoga postupka. Norma je trebala ostati na snazi do donošenja odgovarajućih izmjena i dopuna Zakona o upravnim prekršajima Ruske Federacije. Taj pristup se može ilustrirati i određenim odlukama

Ustavnoga suda u kojim je Ustavni sud za više normi ili akata utvrdio da su protivni Ustavu, ali ih nije proglasio nevažećim. Umjesto toga, Ustavni sud je potvrdio njihovo važenje za određeno vremensko razdoblje pod određenim uvjetima. U svojoj presudi od 14. srpnja 2005. godine Ustavni sud je do početka nove fiskalne godine obustavio poništenje pravila Ministarstva financija o izvršenju sudskih odluka o naknadi štete nastale nezakonitim djelovanjem, ili propustom državnih tijela ili njihovih zvaničnika.

Obzirom na navedeno, normativne upute Ustavnoga suda, u pravilu, nisu izravno propisane, ali se mogu pronaći u postojećoj pravnoj sferi kao rezultat tumačenja ustavnih odredaba, ili preispitivanja ustavnosti drugih akata koja obavlja Sud. Takav način zakonodavnoga djelovanja je suštinski interpretativan (ponekad se naziva provedba zakona). Prema tomu, time je zakonodavno djelovanje Ustavnoga suda ograničeno i razlikuje se od primarne metode donošenja zakona (proglašavanja zakona)<sup>1</sup>. Osim toga, to znači da pravna stajališta Ustavnoga suda utemeljena na tumačenju ustavnih odredaba moraju slijediti sudbinu razvoja ustavnih odredaba ukoliko sustavna analiza ustavnih normi, koja se vrši u okviru postupka pred Ustavnim sudom, ne ostavlja prostor za suprotan zaključak. Istodobno, djelovanje koje se razmatra očigledno predstavlja zakonodavno djelovanje u mjeri u kojoj je usmjereno ka promjeni pravne sfere. Taj proces uključuje ukidanje neustavnih propisa iz postojeće legislative i uvođenje novih pozitivnih normi.

2. Negativno zakonodavstvo ima i pozitivan učinak. Utvrđenje Suda da je neka norma neustavna predstavlja pojedinačnu uputu koja zaustavlja primjenu te norme i, istodobno, predstavlja okolnost koja inicira djelovanje relevantnih tijela u pravcu isključenja navedene norme iz važeće legislative. Na taj način Ustavni sud, ustvari, primjenjuje nadležnost kojom uspostavlja opću zabranu donošenja takvoga propisa za koji je utvrđeno da je protivan Ustavu. To je očigledno način da se precizira zakonodavna nadležnost tijela koje je usvojilo akt za koji je utvrđeno da je neustavan. Primjerice, u svojoj presudi od 23. travnja 2004. godine Ustavni sud je utvrdio da odredbe dvaju zakona o federalnome proračunu kojima se obustavlja primjena više normi Federalnoga zakona o Računovodstvenoj komori Ruske Federacije nisu sukladne Ustavu sve dok se, obzirom na zahtjeve Ustava, ovlasti i pravila Računovodstvene komore ne mogu mijenjati zakonima o federalnome proračunu ako su uspostavljeni drugim federalnim zakonima.

---

1 Interpretativna narav pravnih stajališta Ustavnoga suda, kao i temeljna i apstraktna narav ustavnih odredaba koje se razmatraju rezultiraju čestom primjenom termina doktrine u procesu ustavnosudskoga zakonodavstva. Vidi, primjerice, *Bondar, N.S. Судебный конституционализм в России [Sudski konstitucionalizam u Rusiji]*, M., 2001, str. 128-136; *Gadzhiev, G.A. Онтология права [Pravna ontologija]*, M., 2013, str. 204.



Preciznije definiranje nadležnosti zakonodavnih tijela se postiže i odlukama Ustavnoga suda kojima je utvrđeno da su njihovi akti sukladni Ustavu. Te odluke predstavljaju opće potvrđivanje norme koja je sukladna Ustavu ili analognoj normi.

3. Pri proglašavanju zakonskih akata kompatibilnim sa Ustavom Sud često daje precizna pojašnjenja u svezi sa njihovim ustavnosudskim tumačenjem. Prema mišljenju V. D. Zorkina, Ustavni sud u praksi pokušava izbjeći da pobijanu normu proglasi neustavnom pod uvjetom da postoji mogućnost utvrđivanja ustavnopravnog značenja navedene norme i, u kontekstu toga značenja, odgovarajući sadržaj norme koji bi isključio svako drugo tumačenje pri primjeni toga akta<sup>2</sup>. Ustavnopravno tumačenje akata koji se preispituju ponekad može dovesti do značajnih izmjena doslovnoga značenja akta koji se razmatra i značenja koje mu je dano obvezujućim i drugim tumačenjima ili prevlađujućim praksama primjene zakona.

Utvrđeno je da stavak 2. članka 1070. Građanskoga zakona Ruske Federacije nije protivan Ustavu. Tom normom je utvrđeno da se šteta nastala u tijeku suđenja mora nadoknaditi ako je krivnja suca utvrđena konačnom odlukom suda. Međutim, Ustavni sud je ukazao na to da ta norma promatrana u njezinome ustavnopravnome smislu, kao i u svezi sa člancima 6. i 41. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne može služiti kao osnova koja tijelima vlasti omogućava da odbiju naknadu štete koja je nastala u okviru parničnoga postupka ili u drugim situacijama (naime, kada spor nije odlučen u meritumu), a koja je rezultat nezakonitoga postupanja (ili propusta) suda (suca), između ostaloga u slučaju povrede zahtjeva koji se odnose na trajanje postupka, ako je odgovornost suca utvrđena sudskom odlukom umjesto utvrđivanja njegove krivnje u kaznenome postupku. Interpretativni karakter navedenoga ustavnosudskoga zaključka ostavlja prostor za izmjene i dopune odredaba koje su predmetom preispitivanja pred Ustavnim sudom biranjem drugih načina naknade štete koja je nastala u tijeku suđenja. Međutim, za vrijeme ovoga procesa donošenja izmjena i dopuna zakonodavac nema nikakvu mogućnost odstupiti od stajališta Ustavnoga suda.

4. Nadležnost Ustavnoga suda Ruske Federacije uključuje i nadležnost prema kojoj Ustavni sud daje obvezujuće tumačenje ustavnih odredaba. Prema sadržaju<sup>3</sup> ustavne odredbe su toliko bogate da njihovo ustavnosudsko tumačenje rezultira uvođenjem posebnih normativnih pravila između ustavnih odredaba i društvene

2 Vidi, Zorkin, V.D. *Конституционно-правовое развитие России [Ustavnopravni razvoj Rusije]*, M., 2011, str. 183. Vidi, također, Sivitsky, V.A. *К вопросу о вариативности формулы итогового решения Конституционного Суда [O pitanjima promjenljivosti formule konačne odluke Ustavnoga suda]* // *Ustavno sudstvo*, 2012, broj 4, str. 81-90.

3 Uopćeno govoreći, cijela normativna oblast zemlje se može promatrati kao konkretizacija ustavnih normi koja odražava samo dio njihovoga sadržaja.

prakse u svrhu konkretizacije ustavnoga teksta. U svojoj presudi od 31. listopada 1995. godine Ustavni sud, pri tumačenju članka 136. Ustava, zaključio je da bi izmjene i dopune navedenoga članka trebalo uvesti putem donošenja posebnoga pravnoga akta, odnosno Zakona o izmjenama i dopunama Ustava Ruske Federacije. Zakonodavac je razmatrao ovaj koncept i regulirao postupak usvajanja takvih akata. U posljednje vrijeme je doneseno više zakona te vrste, između ostalih, i onih usmjerenih ka promjeni ustavnoga modela državnoga sudskoga sustava.

U svojoj presudi od 28. studenoga 1995. godine Ustavni sud Ruske Federacije je dao tumačenje stavka 2. članka 137. Ustava Ruske Federacije. Sud je istaknuo da se predsjedničkim ukazom novo ime subjekta Ruske Federacije uključuje u tekst članka 65. Ustava Rusije, koji je usvojen na osnovi odluke koju su tijela subjekta usvojila sukladno svojoj proceduri. Istodobno, norma koja je bila predmetom tumačenja u ovome slučaju navodi samo da se novo ime subjekta uključuje u tekst članka 65. Ustava. Štoviše, Ustavni sud je utvrdio da se preimenovanje koje se odnosi na temeljna načela ustavnoga sustava, ljudska prava i građanske slobode, interese drugih subjekata ili Ruske Federacije generalno, te drugih država i, također, preuzete promjene u ustroju Ruske Federacije ili ustavnoga statusa njezinih subjekata ne mogu smatrati promjenom imena subjekta Ruske Federacije. U zaključku Ustavni sud je istaknuo da navedenim tumačenjem nije isključena mogućnost posebnoga reguliranja pitanja uključivanja novoga imena subjekta Ruske Federacije u tekst Ustava. Time je na očigledan način naglašen dopunski karakter zakonskoga reguliranja koje se odnosi na ustavnosudsko tumačenje.

5. Ustavni sud je, također, pribjegao detaljnome tumačenju Ustava Ruske Federacije, otkrivajući nove načine za razumijevanje njegovih odredaba ne samo u postupku obvezujućega tumačenja već i u postupku kontrole ustavnosti normativnih pravnih akata pri rješavanju sporova između javnih vlasti. Primjerice, određenim odlukama koje su donesene u postupku preispitivanja pojedinačne norme Sud je dosljedno proširivao pravo na podnošenje ustavnoga priziva. To je rezultat tumačenja takvih ustavnih koncepata kao što su „državljeni” (aplikanti koji podnose ustavni priziv) i „zakon” (pravni akt koji se može preispitati u takvome postupku). Prema zaključku Ustavnoga suda, ustavni priziv mogu podnijeti državljani Ruske Federacije, kao i strani državljani i osobe bez državljanstva (presuda od 17. veljače 1998. godine), predstavnici nesposobnih osoba (presuda od 27. veljače 2009. godine), pravne osobe, uključujući i državne institucije u mjeri u kojoj se na njih primjenjuju ustavna prava i slobode, primjerice, u mjeri u kojoj se mogu smatrati poreznim obveznicima (presude od 24. listopada 1996. godine, 12. listopada 1998. i 22. lipnja 2009. godine). Pojam „zakon” je sadržan u stavku 4. članka 125. Ustava, čije je široko tumačenje od Ustavnoga suda proširilo značenje navedenoga pojma na druge pravne akte kao što su: legislativa

o amnestiji koju je donijela državna Duma (presuda od 5. srpnja 2001. godine), uredbe vlade i predsjednički ukazi o pitanjima za koja je zakonodavac neposredno ukazao da nisu zakonski uređena (presuda od 27. siječnja 2004. godine, odluka od 5. ožujka 2009. godine).

6. U okviru svoje nadležnosti koja se odnosi na obvezujuće tumačenje ustavnih normi i njihovu implementaciju u svrhu rješavanja drugih ustavnosudskih sporova, Ustavni sud promatra Ustav Ruske Federacije kao propis koji se konstantno razvija (živi organizam). Njegovo autentično uvođenje u razvojni društveni kontekst vodi ka korekciji ustavnosudskoga tumačenja. To ne znači da tumačenjem određaba Ustava Ustavni sud ima pravo prilagoditi ga političkoj klimi. To, zapravo, znači da očuvanje „duha” Ustava i ravnoteže vrijednosti koje štiti ne isključuje određene izmjene u navedenim tumačenjima usljed značajnih promjena u društveno-povijesnim uvjetima. Prema mišljenju V.D. Zorkina, ova funkcija Suda se može definirati kao stvaranje ustavno opravdane svrshodnosti<sup>4</sup>.

Mogućnost praktičnoga izbora tumačenja ustavnoga teksta, te metoda primjene ustavnih standarda na predmete preispitivanja ovisno o okolnostima koje se odnose na vrijeme i mjesto čine element efektivnoga ustavnosudskoga zakonodavstva. Ako ovaj drugi proces ne obuhvaća slobodu odlučivanja u sferi izbora odgovarajućega regulatornoga modela, onda ga treba smatrati minimalističkim po karakteru. Taj zaključak važi za sve oblike zakonodavnoga djelovanja i, između ostalih, za djelovanje u svezi sa ustavnim sudstvom. Međutim, za sada nijedna doktrina ni praksa ne poznaju bilo kakve jasne kriterije koji dopuštaju promjenu tumačenja ustavnoga teksta. Isto važi i za pitanje uspostave ograničenja u odnosu na ustavnosudsku slobodu odlučivanja.

7. Odluke Ustavnoga suda čine značajan kanal za uvođenje pravnih stajališta međunarodnih sudskih tijela u ruski zakon. Stoga, elaboriranjem zaključaka koje donese Europski sud za ljudska prava glede njihove usklađenosti sa osobnostima ruske legislative i konkretnoga predmeta Ustavni sud, u okviru svojih zaključaka, vrši implementaciju određaba Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i odluka Europskoga suda u rusko zakonodavstvo. Prema tomu, pravna stajališta Ustavnoga suda se mogu smatrati mehanizmom koji je sličan općim mjerama o izvršenju odluka Europskoga suda ukoliko se ta izvršenja ne promatraju samo kao određeni postupak provedbe pojedinačnih odluka povodom priziva protiv Rusije.

U presudi od 6. prosinca 2013. godine Ustavni sud je preispitivao odredbe toč. 3. i 4. članka 392. i članka 11. Zakona o parničnome postupku Ruske Federacije u onoj mjeri u kojoj su navedene odredbe predstavljale osnovu za preispitivanje presude

4 Zorkin, V.D. *Современный мир, право и Конституция* [Moderni svijet, pravo i Ustav], M., 2012, str. 148.

nakon što je Europski sud donio zaključak da je u aplikantovome slučaju došlo do kršenja Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, kako je istaknuto u navedenoj odluci, pošto Ustavni sud Rusije nije utvrdio kršenje ustavnih prava te osobe u okviru predmetnoga slučaja, a Europski sud za ljudska prava je smatrao da određene pravne norme u domaćem zakonu, koje su služile kao osnova za takav zaključak Suda, nisu sukladne Konvenciji.

U svezi sa ovim pitanjem, Sud je naveo da, obzirom na to da u takvoj situaciji domaći sud nema pravo suzdržati se od revizije presude koja je stupila na snagu u proceduralnoj fazi koja je pokrenuta presudom Europskoga suda, Ustavni sud, u okviru svoje nadležnosti, treba definirati moguće načine provedbe presude koju usvoji Europski sud za ljudska prava.

Prethodno, predsjedatelj Ustavnoga suda Ruske Federacije V.D. Zorkin je inicirao da se navedenome sudu dà ovlaštenje da utvrdi neophodnost i definira bit općih mjera koje se mogu poduzeti u svezi sa izvršenjem presude Europskoga suda. Provedba takvoga ovlaštenja se vrši na osnovi zahtjeva Parlamenta Rusije ili vrhovnih sudova.<sup>5</sup>

8. Odluke Ustavnoga suda predstavljaju mehanizam objektivizacije i legalizacije drugih izvora prava. Ustavni sud je, kako je navedeno, donio zaključak da je neophodno uključiti zakone o ustavnim izmjenama i dopunama normi Ustava u hijerarhiju zakonskih propisa. Slične odluke se mogu naći u sudskoj praksi Ustavnoga suda.

U presudi od 19. studenoga 2009. godine Ustavni sud je istaknuo da smrtna kazna, kao kazna na osnovi Ustava i drugih zakonskih akata koji sadrže odredbe o smrtnoj kazni, nije bila dosuđena i izvršena veoma dugo. Sud je zaključio da dugogodišnji utvrđeni moratorij na smrtnu kaznu predstavlja čvrste garancije prava na neizricanje smrtne kazne i da oblikuje legitiman ustavnopravni sustav usmjeren ka ukidanju smrtne kazne obzirom na obveze Rusije koje se podudaraju sa međunarodnim tendencijama. Sukladno tomu, smrtna kazna se mora primjenjivati restriktivno i samo na određeno razdoblje do njezinoga ukidanja. Ovaj zaključak se očito može smatrati legalizacijom oblikovane ustavne prakse.

9. Odluke Ustavnoga suda predstavljaju ne samo pravne nego i pretpravne izvore prava koji zakonodavcu i drugim zakonodavnim vlastima daju poticaj za donošenje neophodnih amandmana na postojeće zakone i osiguravaju koncepte za takve inovacije. Očigledno je da je za Ustavni sud Ruske Federacije ovakav način promoviranja amandmana prikladniji nego što je to njegova nadležnost koja uključuje zakonodavnu inicijativu. U presudi od 28. veljače 2008. godine Sud je istaknuo da

---

5 Zorkin, V.D. *Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы* [Aktualna interakcija domaćega i međunarodnoga sudstva: nove perspektive// Komparativna ustavna ocjena]. 2012, broj 5, str. 51.

bi uspostava posebnih stegovnih sudova koji bi razmatrali predstavke podnesene protiv sudaca mogla služiti kao garancija neovisnosti sudske vlasti. Reagirajući na ovu preporuku, 2009. godine zakonodavac je usvojio Federalni zakon o stegovnome sudskome postupanju. To tijelo će uskoro biti zamijenjeno Stegovnim odborom Ustavnoga suda Ruske Federacije.

Ustavni sud Ruske Federacije ima i druge mogućnosti da pokrene promjene u normativnoj oblasti. O svojim aktivnostima, praksi koja se odnosi na izvršenje njegovih odluka, te aktualnim problemima pravne regulative Sud redovito obavještava viša državna tijela. U presudi od 7. studenoga 2012. godine Ustavni sud je usvojio Izvješće o ustavnim aspektima unapređenja zakonodavstva i prakse u oblasti osiguranja i zaštite ljudskih prava i građanskih sloboda (na osnovu odluka Suda koje su donesene u razdoblju od 2009. do 2011. god.).



## Philippe Boillat

Director General, DG Human Rights and Rule of Law Council of Europe

# INTERNATIONAL CONFERENCE „THE CONSTITUTIONAL COURT – BETWEEN NEGATIVE LEGISLATOR AND POSITIVE ACTIVISM”

Dear Chairperson, honourable judges, excellences, ladies and gentlemen,

I have been invited to intervene briefly on a thought-provoking topic:

**„The constitutional court: between negative legislator and „positive activist”.**

My intention is obviously not to be exhaustive. I will restrain myself to some general observations and to some questions related to the execution of judgments of the Strasbourg Court.

Genuine democracy rests on the division of power – the division between legislative, executive and judicial powers. Each branch must respect the limits of its specific competence, without interfering with the competence of the others.

Of particular interest for the present topic is the limitation on the competence of judges to ensure that there is no government of judges.

Whilst we all agree that there should be no such government, the matter is not so easy in practice. When applying the law, judges must necessarily also engage in an interpretation of the law. In particular when it comes to issues of constitutionality and issues relating to human rights, experience clearly suggests that judges must enjoy a certain margin of manoeuvre. This position is also clearly expressed in the case-law of the European Court<sup>1</sup>. It is also shared by the Venice Commission as notably evidenced in the 2006 Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations<sup>2</sup>

---

1 Numerous cases attest to a teleological approach and to the Convention’s character as „a living instrument which... must be interpreted in the light of present day conditions” – an early example is the judgment in the case of *Tyrer v. the United Kingdom*, application 5856/72, of 25 April 1978 – cf also the judgment in the Belgian linguistic case, applications 1474/62 et seq., of 28 July 1968.

2 Opinion No. 359/2005, adopted by the Venice Commission at its Plenary Session of 17-18 March 2006.

and the 2010 Report on Counter-terrorism Measures and Human Rights<sup>3</sup>. Dynamic interpretations evidently make the distinction between legislative and interpretative activity even more difficult.

Courts in Europe will thus, through the reasoning of their judgments, frequently also provide more or less express guidance for the legislator. Guidance may take many forms. One of them is the setting of time limits. For example, in the wake of the Informationsverein *Lentia* case<sup>4</sup> concerning the ORF's broadcasting monopoly in Austria, the Austrian Constitutional Court set, a time limit of one year for the adoption of new Constitution and Convention conform regulations. Further guidance may be provided as to the effects of the Court's findings<sup>5</sup>. In the wake of the *Karlheinz Schmidt* case<sup>6</sup> a discrimination was established as only men were subject to the obligation to serve as firemen or pay a financial contribution instead. In response hereto the German Constitutional Court found that a mere declaration of incompatibility (*Unvereinbarerklärung*) in respect of the impugned regulations, in order to provide the legislator with an opportunity to amend them, was excluded on account of the nature of the constitutional breaches found. The unconstitutionality of the impugned provisions instead rendered these null and void (*Nichtigerklärung*)<sup>7</sup>.

The position of the European Court of Human Rights has been largely the same. Over the years many judgments have contained guidance for legislators. Among early cases you will remember the *Marckx* case<sup>8</sup> from 1979 in which the European Court gave important indications as to the temporal scope of its judgment. Today, such indications are frequent – a telling illustration being the pilot judgments. The practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is also full of similar examples. I can simply refer to the cases I mentioned in my opening statement earlier today – all of them contained indications as to the general measures required.

Some constitutional courts have gone even further and adopted what the Italian doctrine calls „additive interpretation“, filling gaps in the legislation. Under the European Convention on Human Rights, such interpretations, in particular, by constitutional courts, have solved a number of intricate problems under the Convention and ensured

---

3 Adopted by the Venice Commission at its Plenary Session of 4 June 2010.

4 Case of Informationsverein *Lentia* and Others v. Austria, application no. 13914/88, judgment final on 24 November 1993.

5 See the Committee of Ministers' Final resolution DH (98)142, adopted on 11 June 1998, concluding its supervision of the execution of the judgment in the case of Informationsverein *Lentia* and Others.

6 Case of *Karlheinz Schmidt* case v. Germany, application no. 13580/88, judgment final on 18 July 1994.

7 See Committee of Ministers' Final Resolution CM/ResDH 96(100), concluding its supervision of the execution of the judgment in the case of *Karlheinz Schmidt*.

8 Case of *Marckx* v. Belgium, application no. 6833/74, judgment of 13 June 1979.



individual redress to applicants. Among many examples, I would like to cite some illustrative ones relating to the reopening of unfair criminal proceedings.

The problem of absence of adequate legislative provisions was thus raised already in some of the very early cases before the Court. In the *Barberà, Messegué and Jabardo* case from 1988<sup>9</sup> the question of redress was successfully solved through the proactive action of the Spanish Constitutional Court. In response to the applicants' amparo request, the Constitutional Court provided important guidance as to the interpretation of the relevant law, allowing the Supreme Court to reopen the unfair criminal proceedings at issue notwithstanding the absence of any provision providing for a right to such a reopening<sup>10</sup>.

More recently, similar issues were raised in respect of Italy as a result of the Italian parliament's inability to adopt legislation providing for the reopening of criminal proceedings found unfair under the Convention, notwithstanding numerous draft laws and private bills and despite several Committee of Ministers decisions highlighting the need for such legislation. As a result, the Italian Constitutional Court in a judgment of 2011<sup>11</sup> declared the deficient legal provision unconstitutional, whilst making at the same time what the Italians call an „additive interpretation” of the situation. This means providing in the judgment of the Constitutional Court guidance to the domestic courts as to how to provide redress in the absence of adequate legislative provisions. It is particularly noteworthy that the Italian Constitutional Court clearly stated that „when confronted with a violation of the Convention which cannot be resolved through interpretation, especially where it relates to fundamental rights – the Court is in any event required to provide a remedy”.

Also the Albanian Constitutional Court has recently taken similar positions in the context of the *Caka*<sup>12</sup> group of cases in order to ensure that redress be provided applicants in the absence of adequate legislation<sup>13</sup>.

In view of their well circumscribed aim, these cases have given rise to little criticism. They are rather mentioned as examples of truly „positive judicial activism”. I could

---

9 Case of *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, application nos. 10588/83, 10589/83 and 10590/83, judgment of 6 December 1988.

10 Case of *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, application nos. 10588/83, 10589/83 and 10590/83, judgment (Article 50) of 13 June 1994 – see also the Committee of Ministers' final resolution concluding its supervision of the execution of the judgments in this case, CM/ResDH (94)84.

11 Judgment N°113 of 2011, 4 April 2011 – cf the Committee of Ministers' final resolution concluding its supervision of the case of *Dorigo v. Italy*, CM/ResDH(2007)83.

12 Case of *Caka v. Albania*, application no. 44023/02, judgment of 8 December 2009, final on 8 March 2010.

13 See Committee of Ministers decision of 26 September 2012 (1150th meeting of the Ministers' Deputies).

of course refer to other examples from Russian, Turkish or Slovenian Constitutional Courts.

Let me end my brief intervention with some examples of problems relating directly to the situation in Bosnia and Herzegovina which are presently before the Committee of Ministers of the Council of Europe in the framework of its supervision of the execution of the European Court's judgments.

One example relates to the important problem of interpretation in cases of contradiction between different legislative or constitutional enactments. Such a problem is today at the heart of the famous *Sejdić and Finci case*<sup>14</sup>. Faced with the political establishment's inability to come to grips with this contradiction you may have noted that the Committee of Ministers earlier this month put considerable emphasis on the fact that the rights and freedoms set forth in the Convention shall, under the Constitution of Bosnia and Herzegovina, apply directly *and have priority over all other laws*. It added that Bosnia and Herzegovina has *an unconditional obligation under the Convention to abide by the judgment* of the European Court<sup>15</sup>.

In the light hereof the Committee called upon the authorities to rapidly provide clear and detailed information on the content and the timing of the actions they intend to undertake, within the State institutions, in order to execute the judgment in time before the next State-wide elections<sup>16</sup>.

Another example relates to the problem of balancing the different Convention rights which may be concerned when providing individual redress. Reopening of civil proceedings may for example be impossible because of the right to legal security of good faith third parties<sup>17</sup>.

Bosnia and Herzegovina is confronted with a situation of this kind in the *Maktouf and Damjanović case*<sup>18</sup> which concerns the right of all criminals, also war criminals, to see the most lenient criminal law applied when sentences are fixed. However, following the quashing by the Constitutional Court of the judgments of the appellate composition of the State Court, cases have been and are being re-examined by the appellate composition of the State Court in order to reconsider the sentencing issue<sup>19</sup>. In this

---

14 Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, application nos. 27996/06 and 34836/06, Grand Chamber Judgment final on 22 December 2009.

15 Committee of Ministers decision of 6 March 2014 (1193rd meeting of the Ministers' Deputies).

16 Idem.

17 See for example the Committee of Ministers' final resolution concluding its supervision of the case of Lagardère v. France, application 18851/07, Resolution CM/ResDH(2013)24.

18 Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, application nos. 2312/08 and 34179/08, Grand Chamber judgment of 18 July 2013.

19 See the Constitutional Court's decision of 27 September 2013, notably reflected in the Committee of Ministers decision of 5 December 2013 (1186th meeting of the Ministers' Deputies).

context questions have been raised regarding the continued detention of war criminals awaiting a new final judgment. The problem, as perceived from Strasbourg, has been that the new proceedings must also respect the rights of victims and their families under Articles 2 and 3 of the European Convention to have effective investigations capable of leading to the effective punishment of the guilty. The information received regarding the release of a number of war criminals led the Committee of Ministers to ask in December 2013 for information on the issue of detention pending new decisions by the State Court. The Committee stressed in this context the importance for the domestic authorities to take all necessary measures to secure, wherever required, the continued detention of those convicted awaiting new examination<sup>20</sup>.

Ladies and Gentlemen,

I have sought to cover very rapidly a very extensive ground, chartered in considerable detail by many precedents from Constitutional Courts and by the work of many learned scholars. I nevertheless hope that my brief observations will be helpful when we continue our discussions. I thank you for your attention.

---

<sup>20</sup> Committee of Ministers decision of 5 December 2013 (1186th meeting of the Ministers' Deputies).



## Philippe Boillat

Generalni direktor Generalne direkcije za ljudska prava i vladavinu prava  
Vijeća Evrope

# MEĐUNARODNA KONFERENCIJA: „USTAVNI SUD - IZMEĐU NEGATIVNOG ZAKONODAVCA I POZITIVNOG AKTIVIZMA”

Poštovana/i predsjedavajuća/i, uvažene sudije, ekscelencije, dame i gospodo,  
Pozvan sam da se ukratko obratim povodom teme koja podstiče na razmišljanje:  
**„Ustavni sud - između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma”.**

Moja namjera, naravno, nije da budem iscrpan. Ograničit ću se na neka uopćena zapažanja i na neka pitanja koja se odnose na izvršavanje presuda Suda u Strazburu.

Istinska demokratija počiva na raspodjeli ovlaštenja – raspodjeli između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Svaka grana mora poštivati granice svoje konkretne nadležnosti, bez miješanja u nadležnost drugih.

Za konkretnu temu posebno je interesantno ograničenje nadležnosti sudija kako bi se osiguralo da se ne formira vlada sudija.

I dok se svi slažemo da takva vlada ne bi trebalo da postoji, to nije tako jednostavno u praksi. Prilikom primjene zakona sudije se moraju nužno baviti i tumačenjem zakona. Konkretno, kada se radi o pitanjima ustavnosti i pitanjima koja se odnose na ljudska prava, iskustvo jasno ukazuje da sudije moraju imati „određeni prostor za manevar”. Ovaj stav je, također, jasno izražen u sudskoj praksi Evropskog suda<sup>1</sup>. S njim se slaže i Venecijanska komisija, što je naročito iskazano u Mišljenju iz 2006. godine o zaštiti ljudskih prava u vanrednim situacijama<sup>2</sup> i Izvještaju iz 2010. godine o

- 
- 1 Brojni predmeti svjedoče o teleološkom pristupu i prirodi Konvencije kao „živućem instrumentu koji ... se mora tumačiti u svjetlu današnjih uvjeta” – rani primjer je presuda u predmetu *Tyler protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacije broj 1474/62 i dalje od 28. jula 1968. godine.
  - 2 Mišljenje broj 359/2005 koje je usvojila Venecijanska komisija na Plenarnoj sjednici od 28. jula 1968. godine.

antiterorističkim mjerama i ljudskim pravima<sup>3</sup>. Dinamična tumačenja očigledno još više otežavaju razliku između zakonodavne aktivnosti i aktivnosti tumačenja.

Stoga, sudovi u Evropi će putem obrazloženja svojih presuda često davati više ili manje izričite upute za zakonodavca. Upute mogu poprimiti mnoge oblike. Jedan od njih je postavljanje vremenskih ograničenja. Naprimjer, kao posljedica rješavanja predmeta *Informationsverein Lentia*<sup>4</sup> u pogledu emitterskog monopola ORF-a u Austriji Ustavni sud Austrije je postavio vremenski rok od jedne godine za usvajanje novog ustava i propisa u skladu sa Konvencijom. Mogu se dati i daljnje upute u odnosu na učinke sudskih nalaza<sup>5</sup>. Kao posljedica rješavanja predmeta *Karlheinz Schmidt*<sup>6</sup> utvrđena je diskriminacija s obzirom na to da samo muškarci podliježu obavezi da služe kao vatrogasci, ili da, umjesto toga, plaćaju finansijski doprinos. Kao odgovor Ustavni sud Njemačke je zaključio da je obično proglašenje neusklađenosti (*Unvereinbarerklärung*) u pogledu pobijanih propisa, kako bi zakonodavac dobio priliku da ih izmijeni i dopuni, isključeno zbog prirode utvrđenih ustavnih povreda. Neustavnost pobijanih odredaba učinila ih je ništavim (*Nichtigerklärung*)<sup>7</sup>.

Stav Evropskog suda za ljudska prava je bio isti. Tokom godina mnoge presude su sadržavale upute za zakonodavce. Među prijašnjim predmetima prisjetit ćete se predmeta *Marckx*<sup>8</sup> iz 1979. godine u kojem je Evropski sud dao važne naznake o vremenskom djelokrugu svoje presude. Danas su takve naznake česte a pilot-presude služe kao snažna ilustracija. U praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, također, može se naći mnogo sličnih primjera. Mogu se jednostavno pozvati na predmete koje sam danas spomenuo u svom uvodnom izlaganju – svi oni su sadržavali naznake u pogledu potrebnih općih mjera.

Neki ustavni sudovi su otišli i dalje i usvojili ono što italijanska doktrina zove „dodatnim tumačenjem”, kojim popunjavaju praznine u zakonodavstvu. Prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, takva tumačenja, naročito od ustavnih sudova, riješila su veliki broj zamršenih problema iz Konvencije i osigurala pojedinačnu odštetu podnosiocima aplikacija. Među mnogim želio bih citirati ilustrativne primjere koji se odnose na ponovno otvaranje krivičnih postupaka koji su ocijenjeni kao nepravični.

3 Izvještaj koji je usvojila Venecijanska komisija na Plenarnoj sjednici od 4. juna 2010. godine.

4 Predmet *Informationsverein Lentia i drugi protiv Austrije*, aplikacija broj 13914/88, presuda postala konačna 24. novembra 1993. godine.

5 Vidi Konačnu rezoluciju Komiteta ministara DH (98)142, usvojenu 11. juna 1998. godine, kojom zaključuju nadgledanje izvršenja presude u predmetu *Informationsverein Lentia i drugi*.

6 Predmet *Karlheinz Schmidt protiv Njemačke*, aplikacija broj 13580/88, presuda postala konačna 18. jula 1994. godine.

7 Vidi Konačnu rezoluciju Komiteta ministara CM/ResDH 96 (100) kojom zaključuju nadgledanje izvršenja presude u predmetu *Karlheinz Schmidt*.

8 Predmet *Marckx protiv Belgije*, aplikacija broj 6833/74, presuda od 13. juna 1979. godine.

Problem nepostojanja adekvatnih zakonodavnih odredaba je već bio istaknut u nekim od najranijih predmeta pred Sudom. U predmetu *Barberà, Messegue i Jabardo* iz 1988. godine<sup>9</sup> pitanje odštete je uspješno riješeno proaktivnom radnjom Ustavnog suda Španije. Kao odgovor na zahtjev podnositelca aplikacije, Ustavni sud je dao važne upute o tumačenju relevantnog zakona, dozvolivši Vrhovnom sudu da ponovo otvori nepravični krivični postupak uprkos tome što nije postojala nijedna odredba kojom se predviđa pravo na takvo ponovno otvaranje<sup>10</sup>.

U skorije vrijeme slična pitanja su pokrenuta u Italiji kao rezultat nesposobnosti italijanskog parlamenta da usvoji zakone kojim bi se ponovo otvorili krivični postupci za koje je utvrđeno da su bili nepravični prema Konvenciji uprkos mnogobrojnim nacrtima zakona i privatnim prijedlozima zakona, te uprkos donošenju nekoliko odluka Komiteta ministara kojima je naglašeno da je takve zakone potrebno donijeti. Kao rezultat toga, Ustavni sud Italije je u presudi iz 2011. godine<sup>11</sup> proglasio nepotpunu zakonsku odredbu neustavnom, a istovremeno je izvršio ono što Italijani zovu „dodatno tumačenje” situacije. To znači da je u presudi Ustavnog suda data uputa domaćim sudovima o tome kako da pruže odštetu ako ne postoje adekvatne zakonodavne odredbe. Posebno je dobro poznato da je Ustavni sud Italije naveo da, „kada se suoči sa povredom Konvencije koja ne može biti riješena tumačenjem, naročito tamo gdje se odnosi na osnovna prava, od Suda se, u svakom slučaju, zahtijeva da pruži lijek”.

Također, Ustavni sud Albanije je nedavno usvojio slične stavove u kontekstu grupe predmeta *Caka*<sup>12</sup> kako bi osigurao da se podnosiocima aplikacije pruži odšteta zbog nepostojanja adekvatnog zakona<sup>13</sup>.

S obzirom na svoj dobro opisani cilj, ovi predmeti su izazvali malo kritike. Zapravo, spominju se kao primjeri stvarnog „pozitivnog sudskog aktivizma”. Naravno, mogao bih se pozvati na druge primjere iz ustavnih sudova Rusije, Turske ili Slovenije.

Dozvolite da završim svoju kratku intervenciju nekim primjerima problema koji se odnose direktno na situaciju u Bosni i Hercegovini, a koji su trenutno pred

9 Predmet *Barberà, Messegue i Jabardo protiv Španije*, aplikacije br. 10588/83, 10589/83 i 10590/83, presuda od 6. decembra 1988. godine.

10 Predmet *Barberà, Messegue i Jabardo protiv Španije*, aplikacije br. 10588/83, 10589/83 i 10590/83, presuda (član 50) od 13. juna 1994. godine – vidi, također, Konačnu rezoluciju Komiteta ministara kojom zaključuje nadgledanje izvršenja presuda u ovom predmetu, CM/ResDH (94) 84.

11 Presuda broj 113 iz 2011. godine, 4. april 2011. godine – uporedi sa Konačnom rezolucijom Komiteta ministara kojom zaključuje nadgledanje u predmetu *Dorigo protiv Italije*, CM/ResDH(2007)83.

12 Predmet *Caka protiv Albanije*, aplikacija broj 44023/02, presuda od 8. decembra 2009. godine, postala konačna 8. marta 2010. godine.

13 Vidi odluku Komiteta ministara od 26. septembra 2012. godine (1150. sastanak zamjenika ministara).

Komitetom ministara Vijeća Evrope, u djelokrugu njegovog nadgledanja izvršenja presuda Evropskog suda.

Jedan primjer se odnosi na važan problem tumačenja u predmetima kontradikcije između različitih zakonodavnih ili ustavnih odredaba. Takav problem se danas nalazi u srcu poznatog predmeta *Sejdić i Finci*<sup>14</sup>. Suočen sa nesposobnošću političkog establišmenta da se uhvati ukoštac sa tom kontradikcijom, mogli ste zapaziti da je Komitet ministara početkom ovog mjeseca snažno naglasio činjenicu da se prava i slobode predviđeni u Konvenciji, prema Ustavu Bosne i Hercegovine, primjenjuju direktno i imaju prednost nad svim ostalim zakonima. Dodao je da Bosna i Hercegovina ima bezuvjetnu obavezu prema Konvenciji da poštuje presudu Evropskog suda<sup>15</sup>.

U svjetlu spomenutog, Komitet je pozvao vlasti da brzo dostave jasnu i detaljnu informaciju o sadržaju i vremenu radnji koje namjeravaju da preduzmu u sklopu državnih institucija, kako bi presudu izvršili na vrijeme, prije sljedećih izbora na državnom nivou<sup>16</sup>.

Drugi primjer se odnosi na problem balansiranja različitih prava iz Konvencije o kojima se može raditi prilikom davanja pojedinačne odštete. Ponovno otvaranje građanskog postupka može, naprimjer, biti nemoguće zbog prava na pravnu sigurnost treće strane koja postupa u dobroj vjeri<sup>17</sup>.

Bosna i Hercegovina je suočena sa ovakvom situacijom u predmetu *Maktouf i Damjanović*<sup>18</sup>, koji se tiče prava kriminalaca, koji su, također, ratni zločinci, da se primijeni najblaži krivični zakon prilikom određivanja kazni. Međutim, nakon što je Ustavni sud ukinuo presude Apelacionog vijeća državnog suda, Apelaciono vijeće državnog suda ponovo preispituje predmete kako bi ponovo razmotrilo pitanje izricanja kazni<sup>19</sup>. U tom kontekstu postavljaju se pitanja o nastavljanju pritvora ratnim zločincima koji čekaju novu konačnu presudu. Problem je, kako ga vidi Strazbur, da novi postupak, također, mora poštivati prava žrtava i njihovih porodica, prema članovima 2. i 3. Evropske konvencije, da se provedu djelotvorne istrage koje mogu dovesti do djelotvornog kažnjavanja osoba koje su krive. Informacija o puštanju na slobodu izvjesnog broja ratnih zločinaca navela je Komitet ministara da u decembru

14 Predmet *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, presuda Velikog vijeća postala konačna 22. decembra 2009. godine.

15 Odluka Komiteta ministara od 6. marta 2014. godine (1193. sastanak zamjenika ministara).

16 Idem.

17 Vidi, npr., Konačnu rezoluciju Komiteta ministara kojom zaključuje svoje nadgledanje predmeta *Lagarðere protiv Francuske*, aplikacija broj 18851/07, Rezolucija CM/ResDH(2013)24.

18 *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda Velikog vijeća od 18. jula 2013. godine.

19 Vidi odluku Ustavnog suda od 27. septembra 2013. godine, koja je naročito spomenuta u odluci Komiteta ministara od 5. decembra 2013. godine (1186. sastanak zamjenika ministara).



2013. godine zatraži informaciju o pitanju njihovog pritvora do donošenja novih odluka državnog suda. U ovom kontekstu Komitet je naglasio da je važno da domaće vlasti preuzmu sve neophodne mjere kako bi osigurale, gdje god je potrebno, da se nastavi pritvor osuđenika koji čekaju novo preispitivanje<sup>20</sup>.

Nastojao sam da brzo obuhvatim veoma široko područje koje su prilično detaljno ispitali brojni prethodnici iz ustavnih sudova, te brojni učenjaci u djelima. Ipak, nadam se da će moja kratka zapažanja biti korisna u nastavku naših izlaganja. Hvala vam za pažnju.

---

20 Odluka Komiteta ministara od 5. decembra 2013. godine (1186. sastanak zamjenika ministara).



**Evgeni Tanchev**

Vice-President of the Venice Commission to the Council of Europe

## **NEGATIVE AND/OR POSITIVE LEGISLATOR IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL JUSTICE HISTORICAL, INSTITUTIONAL AND FUNCTIONAL EVOLUTION**

### **Introductory Remarks**

Congratulations on two occasions would be more appropriate beginning than restating all possible scientific approaches to the explanation of the conference topical title.

First of all I would like to congratulate our hosts for the celebration half century since the genesis of Judicial review of constitutionality, although born in different times, circumstances and a different constitution. Half of a century seems to be a short period in the civilizations lifespan though in the terms of rule of law and European constitutional heritage it marks significant step in establishing the legal tradition and legal culture.

Selecting the topic of the conference „Constitutional Justice between Negative Legislator and Positive Action” is indicative to the importance attributed to the constitutional court. This issue belongs to one of the two most existential dilemmas inherent to the European model of judicial control of constitutionality of laws. The first one in the words of the famous Shakespearian question which applied to the topic of the conference would sound to be or not to be to a special constitutional court or some other form of institutionalizing another pattern of constitutional review. This dilemma belongs to the constitutional drafting and concerns the constitutional design. In contemporary constitutional democracies the founding mothers and fathers of the constitutions do not hesitate or argue about the necessity of control of constitutionality as a safeguard of constitutional supremacy. They take the decision concerning the

form of constitutional justice and opt one of the established models according to the international democratic standards, the European constitutional heritage which fits best the nation state traditions.

Second but not in importance dilemma present in the topic of this conference belongs to the enforcement of constitutional design of judicial review of constitutionality of laws to be exercised by different institutions and in different forms and procedures.

Since the theme has been overwritten I would not volunteer to join the rehearsal of all that have spoken on the subject or I will not follow the famous saying originating from the mother of legislatures – the British Parliament that everything has been said already but not by everybody.

Analysis of the negative and positive legislator issues in constitutional review would not be complete without a brief review of genesis and evolution of constitutionality control in historical and comparative legal context.

In my contribution I will concentrate on the historical, institutional and functional context instrumental to the generation of negative versus positive legislator dilemma.

## **1. Antecedents and Genesis of Judicial Review**

To legal positivists and proponents of the analytical school of jurisprudence control of constitutionality of laws emerges from the acting constitution and all other speculation should be ignored.

Others attribute the birth of judicial review of constitutionality to the invention of judges and law professors and one could hardly challenge the facts that it was the contribution of John Marshall in the US, Abbey E. Sieyes in France and Hans Kelsen in Austria that brought to life judicial review of constitutionality of laws and the constitutional courts.

No one has challenged the birth date of judicial review so far. It was 1803 famous decision of the Supreme Court decision *Marbury v. Madison* and the solid argument of Chief Justice J. Marshall. This decision might be considered as a historical act having tantamount significance only to the drafting of the 1787 US constitution. For if the Founding Fathers secured American independence and a successful development of the Union, the judicial review fostered constitutional supremacy and long levity of the US Federal constitution.

And yet we might look for antecedents of judicial review in the previous stages of development for as history proves there are almost no ideas and phenomena emerging at once and out of nothing.

There is no doubt that the essential prerequisite to the birth of judicial review is the status of the constitution as the „law of the land” or as the „highest law”.

If we extend the concept of higher law to other sources of law, before the appearance of written constitution we will find embryos of judicial review even in the antiquity.<sup>1</sup> Another source of shaping judicial review were the political ideas of thinkers devised to check arbitrary power since antiquity, middle ages and especially during the enlightenment.

Aristotle, Polybius and Cicero, developed the first concepts of the mixed government and separation of powers. One, certainly, will never find a scheme that they might have contrived of an analogous device to judicial review even if their lost writings will be found.

The seeds of the idea of checking an arbitrary power grew in various currents of jurisprudence, political thought and practice even before the rebellious barons imposed *Magna Carta Libertatum* on King John.

Since St. Thomas Aquinas vindicated that an unjust law is not a law at all and should not be obeyed, various mechanisms of limitation of power were proposed. The range of enquiry was extensive and the means include:

- Civil disobedience to a despotic rule even in the form of enacted law (No doubt the roots of the idea of civil disobedience have been traced so far to Sophocles),
- Separation of powers, developed further by Marsilio of Padua in the church and state conflict, and especially in the enlightenment by J. Locke, Montesquieu, Abbé Mably and others,
- Resistance, dethroning and even murdering of a despot, if the king’s commands are contrary to the law of God or violates the Gods rules or devastates the church<sup>2</sup>,
- Withdrawal of people’s support to the power of a tyrant<sup>3</sup>,

---

1 The classic example to look for is ancient Greece. In the Athenian Polity a *nomoi* were regarded as a higher law and a complex and time wasting procedure to their revision was devised. Heavy responsibility was placed on person having proposed an amendment that subsequently was not ratified or proved to be inadvisable.. In one of the periods of the Greek history in 5 c. b. c. the capital punishment was even introduced. A special committee named *heleia* was formed to the popular assembly to filter the new laws and amendments proposed in order to safeguard the supremacy of the acting laws and to eliminate inadequate drafts. Although this was certainly not a judicial activity neither it was carried by the courts, still it can be regarded as the first example or an antecedent to the judicial review, B. Leoni, *Freedom and the Law*, 1962, 77-78; M. Cappelletti, W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Charlottesville, 1977, 5-6.

2 During the Restoration after the massacre on St. Bartholomew Day of the French Huguenots See S.J. Brutus, *Vindiciae Contra Tyrannos*, 1579, [www.constitution.org/vct/vindiciae.htm](http://www.constitution.org/vct/vindiciae.htm).

3 E. de La Boetie, *The Politics of Obedience, The Discourse on Voluntary of the Voluntary*

- Resistance to oppression in the form of insurrection and deposing arbitrary government<sup>4</sup>.

Various currents of political thought had different justifications to these checks upon despotic laws and governments:

- It was considered to be infringement of the law of nature by the exponents of the Natural law,
- It was considered contrary to the Divine law,
- It was declared to be an infringement of the social compact, by the representatives of social contract doctrine
- It was declared to be usurpation of popular sovereignty by the radical democratic theoreticians.

All of these checks were meant to be spontaneous, sporadic and ultimate remedies against injustice and oppression. They were not built as an institutionalized restraint of a governmental excessive power, a restraint accessible at relatively small social costs, which was available to each one and to all the citizens that could afford the expenses of litigation.

The first universally recognized precedents by the constitutional scholars and cited as genesis of the modern judicial review belongs to the British constitutional practice.

It was Sir E. Coke stated and implemented judicial review, recognizing the supremacy of the common law in the beginning of the 17 century in Great Britain. In the famous *Bonham's case* of 1610 Coke stated „that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is again common right and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void.”<sup>5</sup>

However this precedent does not lead to the development of a full-fledged judicial review in Britain possibly because of two factors. In the years that followed kings power achieved its ascendancy and during the revolutionary turmoil nobody ascribed to affirm the judicial review<sup>6</sup>.

---

Servitude, L. von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2008. The pamphlet was written in 1553 in France and published after authors death in 1563. [www.mises.org/document/1218](http://www.mises.org/document/1218).

4 See G.Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos* (The Powers of the Crown in Scotland), Austin, 1949, 89; In the U.S. it was T. Jefferson that intended to integrate the right to a revolution into the system of government. A small insurrection each 20 years should control the oppressive ambitions of the rulers., [www.contra-mundum.org/books/jure/jure/html](http://www.contra-mundum.org/books/jure/jure/html).

5 B. Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, Philadelphia, 1893, 24

6 Since the time when the Instrument of government, created by O. Cromwell was suspended, Great Britain did not even attempt to entrench governmental relationships and fundamental liberties in a written constitution.

Why constitutional review came so late in the European constitutionalism? It was more than a century after *Marbury v. Madison*, it was after the W.W.I that first models were drafted in Europe and in most countries even after 1950ies.

Looking at the causes that make control of constitutionality of laws an indispensable attribute to the modern constitutional system one should mention:

- a. A written constitution
- b. willingness of the governing elites, parties, leaders and general public to observe the supremacy of the C. and the rule of law;
- c. balanced government, founded on separation of powers between the three branches, between the constituent and constituted power, and between the union and its members if the federalism prevails
- d. lack of arbitrary government either by the Executive as one man rule or by the supremacy of the legislature or the legislative despotism
- e. denial of uncontrolled popular sovereignty, exercised directly or by omnipotent legislature as a tyranny of the majority
- f. respect of the individual liberties and minority rights.

Briefly, these reasons determine late arrival of the judicial review in Europe, impossibility of the establishment of judicial review in the antiquity in the middle ages, in the communist and fascist systems or in some of the third world countries.<sup>7</sup>

## 2. Control of Constitutionality Models and Structures

Control of constitutionality of laws exists in various forms in contemporary world. As a general rule control of constitutionality should be located outside the Legislative and the Executive branches of power.<sup>8</sup> There have not been any serious attempts to entrust control of constitutionality to the Executive, although even at Philadelphia some of the framers considered a Council of Revision to the Chief Executive and in Bulgaria in 1879 Tirnovo Constitution and during 1980ies there were proposals to create analogous organ to the President.<sup>9</sup>

---

7 Some of these reasons explain why in France a very limited specific model of control of constitutionality was created only by 1958, why the President and Prime minister were the only initial parties that have been granted standing, knowing the fact that almost a decade before the *Marbury v. Madison* decision *Abbey E. Sieyes* proposed to create a system of J.R. To some extent this is an answer to the B. Constant's proposition that the Head of State should be the fourth branch of power, that was contrived to be *pouvoir neutre* i.e. neutral power.

8 G. Haratyunyan, A. Mavcic, *The Constitutional Review and Its Development in the Modern World*, Yerevan-Lyblyana, 1999, 12-35.

9 Luckily these efforts did not prevail for attributing the control of constitutionality function to the head of state would no doubt lead to a one man rule. For it is a well-known fact that

Efforts to include control of constitutionality among the powers of Legislature were equally meaningless for the only result would have been an omnipotent despotic parliament or a convention like that of 1793 during the Jacobin regime in France. Instead of controlling the Legislature control of constitutionality would have been transformed into a formidable weapon of legislative control. Constitutional supremacy would have lost any meaning for it would have been dissolved into Legislative supremacy.

The only possible solution then common to all the models of control of constitutionality of laws is vesting this function in the courts, or creating a special institution outside the traditional judicial power, but never attributing the function to the Legislative or the Executive branches. One can remember the justification by Al. Hamilton<sup>10</sup> in the Federalist Papers and Alexander Bickel's book „The Least Dangerous Branch”.

Since J.J. Rousseau and J. Bentham's proponents of the popular sovereignty and legislative supremacy doctrines still argue on the admissibility and rationality of entrusting constitutional review to the courts. In the words of J. Bentham „Give to the Judges a power of annulling the acts(laws);and you transfer a portion of the supreme power from assembly, which the people have had some share, at least, in choosing, to a set of men in the choice of whom, they have not the least imaginable share.”<sup>11</sup>

---

this power was inherent prerogative of absolutist kings or dictators although resting on a very specific prerequisite. The king alone could control constitutionality for he was the only person to know what the constitutions is for it was time when *raison d'état*, monarchical sovereignty and the rule of man and not of laws were principles of state.

10 „Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community.

The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary” Al. Hamilton, J. Madison, J. Jay, Federalist Paper #78 – The Judiciary will always be least dangerous to the political rights of the Constitution.

11 J. Bentham, *A Comment on the Fragment of Government*, London, 1794, 488.



To this argument has been added a very small portion by the followers which especially enjoy to label and accuse judges of legislative and even constituent power encroachment or usurpation when they declare a law, repugnant to the constitution to be void. By interpreting the constitution the courts develop the meaning of the constitutional provisions and in fact adapt the constitution to the new realities. (In the T. Jefferson's words the constitution belongs to the living and not to the dead).

Sometimes the Courts are qualified as an independent policy makers, leaders of a public opinion, arbiter in the conflicts between the powers, catalyst of social change and the basic institutions which lead America to a „government by judiciary”<sup>12</sup>. The European equivalent founded on American experience appeared after the end of the First World War when on the ashes of the Austro Hungarian Empire in the constitutions of the new democratic nation states the constitutional courts were established.<sup>13</sup>

The critics of judicial review of constitutionality of laws label the Supreme Court as a supreme legislator<sup>14</sup>, super legislature<sup>15</sup>, last resort that discovers the framers intent<sup>16</sup> and a third chamber or permanent constitutional convention<sup>17</sup>.

According to the structures for its implementation control of constitutionality might be diffused (de-concentrated) or concentrated one. In a diffused system judicial review is carried by plural institutions, usually the courts and in the concentrated system constitutional control is vested in a single institution being a court or a special council for constitutional supervision.

Prior Control of Constitutionality used to be the only available form in the V<sup>th</sup> French Republic until the latest reforms of constitutional review, while in other countries like Austria, Hungary and others it was combined with posterior control of constitutionality.

Prior control of constitutionality can be only an abstract one while posterior control of constitutionality can be either abstract or a concrete one.

Various systems of control of constitutionality are exercised by four models in the coteremporary world.

---

12 The New American Political System, 1980, 17, A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 229, H. J. Abraham, *Freedom and the Court*, N.Y., 1978, 6, R. Neely, *How Courts Govern America*, New York, 1981, 12-19.

13 See E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Marcel Giard & cie eds, 1921.

14 A. Berle, *The Three Faces of Power*, 1967, 49.

15 К. Шмитт. *Государство; Право и политика. Гарант конституции*, Москва, 2013, 42-86; П. Киров, *Президентът в българския конституционен модел*, София, 2004, 226-248; A.S. Miller, *Judicial Activism and American Constitutionalism*, in *Constitutionalism*, ed. J. R. Pennock, N.Y., 1979, 357.

16 E. Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, Washington, 1957, 252.

17 L. Hand, *The Bill of Rights*, Harvard, 1957, 73.

- a. The American model of JR has been implemented in Japan, Norway, Denmark, Brazil, Argentine, Chile, Honduras, Guatemala and other countries in Latin America during the periods when they have democratic constitutions. Judicial review is carried by all the courts in the judicial system.
- b. Judicial review might be vested in the Supreme Court. This model of is developed in the constitutional system of India, Australia, Swiss Confederation, Ireland, Canada, South Africa and others. No other courts can decide on constitutionality except the supreme court of the country. The common argument is that the control of constitutionality of laws is sophisticated activity and it should be available only to the justices that are trained best and have a long experience.
- c. Control of constitutionality is concentrated in a special court - Constitutional Court This system prevails in Europe and the best examples are Austria, Germany, Italy, Spain, Portugal, Turkey, most of the constitutional democracies in Central and Eastern Europe, independent republics of the former Soviet Union and others. There is an interesting peculiarity, however in Germany. The concentrated control of constitutionality, performed by the Federal Constitutional court has not been devised to eliminate totally the diffused system of judicial review. While the Constitutional court has the exclusive jurisdiction to revise the Federal statutes, all the German courts can exercise judicial review revising other acts which might be contradictory to the constitution.

All of the constitutions of the emerging democracies have already introduced Constitutional courts. And even the constitutions in the breakaway former Soviet Union republics have implemented this model to replace the committees for constitutional revision established during the Gorby's *Perestroika* but proven to be an unsuccessful experiment.

The Constitutional court pattern was established first in the Austrian 1920 constitution. This was the original idea of a concentrated and firmly institutionalized judicial review initiated by the famous European scholar H. Kelsen. Almost simultaneously the idea was developed in the 1920 Constitution of Czechoslovakia. However, before the end of the World War II the control of constitutionality did not meet the expectations of the constitution makers. The Constitutional courts were most active in settling disputes between the federal and the member states governments. Since authoritarianism and totalitarianism were opposed to the rule of law Constitutional courts flourished in the post-World War II constitutions in Europe.

In contrast to the U S Supreme court the constitutional courts have to resolve controversies arising in political life for example concerning the results of the general elections, checking the validity of parliamentary mandates, deciding on the constitutionality of a political party, the refusal of some elected representatives to take an oath to the Constitution on the grounds that they oppose some provisions of the constitution.

In contrast to the American judicial review the Constitutional courts annul the law or a part of it that is considered to be unconstitutional and their decision has an *erga omnes* effect.

Some of the constitutional courts have the power to provide interpretation of the provisions of the constitution.

Some of the constitutional courts are devised to compensate the lack of a second chamber of the parliament during a Presidential impeachment, since some of the European countries provide for unicameral representative assemblies.

Some of the constitutional courts combine prior control of constitutionality with posterior judicial review which is performed after the act has been enforced (Hungary)

- d. Control of constitutionality is vested in a specially created political institution which is not a court. This institution is situated out of the traditional branches of power. This unique system of control of constitutionality was devised in the constitution of the V<sup>th</sup> French Republic and with some amendments is successfully functioning in France since 1958. However, analogous model has been a complete failure in the former Soviet Union.

Conseil Constitutionnel was the first and reluctant institutionalisation of the control of constitutionality in France although the idea was launched during the French revolution by abbey Sieyes. Dictatorial regimes, notions of parliamentary supremacy and popular sovereignty leading to plebiscitary democracy were opposed to control of constitutionality for century and a half after the revolution.

Initially *Conseil Constitutionnel* was conceived as an autocratic instrument of the Executive power, for the president or the Prime minister alone had the standing to ask for revision of the parliamentary draft bills.

During 1970s a very important constitutional amendment granted standing to a certain number of the members of each one of the both houses of Parliament.

Another important step was made by *Conseil Constitutionnel* itself. In one of its decisions Conseil broadened the scope of constitutional content, invoking the Preamble of the constitution, in which the two great declarations of rights

are included. Since then Conseil Constitutionnel has assumed the status of a guardian of the fundamental rights and liberties.

e. Council of the Guardians of the Constitution (Iran,1979)

This institution has been established for the purpose of safeguarding the principles of Islam and the constitution and to avoid any conflict between these principles and the laws of parliament. (Art. 91).The Council of guardians consists of six members of the clergy „who are just, are knowledgeable in Islamic jurisprudence, and are aware of the needs of the times”. They are selected by the Leader of the Country. (It is worth noting that the leader, according to the Article 110 is to appoint the highest judicial authorities of the country). Another six lawyers from various branches of law, „from among the Moslem lawyers” are nominated by the Supreme council of the Judiciary and confirmed by the Assembly.

### **3. Constitutional Review Functions**

Constitutional provisions and legislative norms attribute constitutional courts long lists of powers that are most often identified or regarded as functions. When constitutional court functions are identified with powers although, they vary considerably from country to country in addition to the constitutional review of laws, their jurisdiction might include controlling electoral processes and cancellation of the elections, guaranteeing the autonomy of municipalities, policing the constitutionality of political parties or resolving criminal proceedings against high government officials.

Deciding on conformity of the international treaties before ratification by the parliament to the nation state constitution or judging the compliance of laws to the international treaties already signed ratified and enforced and the international customary law principles consists another particular set of issues in the list of constitutional courts powers.

It should be noted that while the list of powers entrusted to the constitutional courts are mistakenly treated for functions they are only means or weapons instrumental to carry the functions of judicial review of constitutionality of laws.

Although the genesis and evolution of constitutional review followed different pattern depending on the constitutional design and the legal family to which the particular institution that was assigned to review the parliamentary legislations compliance to the constitution belonged they have shared the same set of liberal democratic principles and values. Protection of the rule of law starting with the constitutional supremacy and fundamental human rights has been the common

denominator while the difference concerned paths of development, growth, logistics of enforcement and quantity of the courts enforcing constitutional review.

Often the genesis and development of the institutionalized patterns of constitutional review has been interpreted to be a pure intellectual exercise of judges and professors rather than as being an outcome of the essential features of Anglo American (Anglo Saxon) and civil law systems. With no intention to diminish Chief Justice John Marshall or Hans Kelsen's contributions in the area of founding constitutional review it seems that the legal family context is somewhat more influential and is crucial to the content and form of principles and agents of constitutional review introduced. Both legal families attributed different roles to the judges and legislators. Within the common law tradition the law was developed mostly by the judges' finding the legal rule to reach judicial decision complying to justice in every concrete case. By the system of precedent the validity of the rule acquired normative meaning by applying it to the identical cases and situations.

While in the US since colonial times judges were trusted and held in high esteem, in Europe courts were looked with a great suspicion by the parliamentarians and officials in the Executive bodies.

Two premises were indispensable for the emerging of diffuse decentralised incidental judicial review of constitutionality of legislation – the system of precedent and courts of general jurisdiction. Lack of these premises doomed to failure all efforts to transplant the American system on the European soil<sup>18</sup> Within the civil law family especially after the French revolution the system of positive legislation and general validity rulemaking was affirmed on one side and different limitations on judge made law were devised and imposed, on the other.<sup>19</sup> Within the separation of powers Judges were assigned to be only the mouth of the law.<sup>20</sup> The ultimate forms of these were the

---

18 See Louis Favoreu, *Le Cours constitutionnelles* 1996 (Луи Фаворьо, *Конституционните съдилища*, София 2002, 10-15 ).

19 Some attribute genesis of centralized of centralized concentrated constitutional review having jurisdictional monopoly over constitutional issues to legal education in Europe, the role of career judges in deciding policy issues, the merger of the executive and legislative power in the prime minister through his position as leader of the party that has won the general elections, recognition and protection of fundamental human rights, G.F. de Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, *Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 977.

20 „Of the three powers above mentioned, the judiciary is in some measure next to nothing; there remain, therefore, only two; and as these have need of a regulating power to moderate them, the part of the legislative body composed of the nobility is extremely proper for this purpose. It is possible that the law, which is clear sighted in one sense, and blind in another, might, in some cases, be too severe. But as we have already observed, the national judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigor”. Montesquieu, *Spirit of Laws*, bk. 6, CH. 2; BK. 11, CHS. 1-7, 206., [www.press-pubs.uchicago.edu/founders/.../v1ch17s9.ht](http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders/.../v1ch17s9.ht).

prohibition for the judges to enforce the laws but not to interpret them, known as „gramophone justice” meaning that the judge is under the obligation to play the record that has been produced by the legislator in concrete cases and „telephone justice” when the executive put a pressure on the court to achieve a beneficial decision by the court.<sup>21</sup>

Several types of functions might be distinguished among the institutions for judicial or constitutional review. Functions might be divided into universal exemplified by all bodies entrusted or recognized by the constituent power to control compliance to the constitution or specific - consisting of those particular institutions that have been assigned in some nation states to be the guardians of the law of the land. According to their nature constitutional courts functions might be constitutional (legal) or socio political. They might be strictly national when entrusted by nation state constitution to the national courts or supranational if performed by supranational courts. Finally they might be treated as manifest (indispensable), implicit or surrogate when the bodies of constitutional review act to compensate an institution that has not been created by the national constituent authority but exists in other nation state constitutions.

An attempt to review most important functions of the constitutional courts would include the enumeration without any claim produce an exhaustive list of them. It would be also contra productive to declare a priori which of them are more important than the others or to propose a hierarchical structure of various functions of the constitutional courts. However between the functions two groups could be distinguished. The first one would include functions common to all of the constitutional courts and bodies entrusted with the review of constitutionality of laws.

1. ***Constitutional Courts have been recognized by the constitution drafters to be the Guardians of Constitutional Supremacy. Constitutional courts perform the function of supreme policeman of the Constitution.*** It seems that all of the Constitutional court powers are oriented in this direction. However, this is obviously the case with the most typical of the powers – abstract control of the constitutionality of laws having *erga omnes* effect. Where the Constitutional courts were established abstract posterior control has been monopoly of the Constitutional court though constitutionality and constitutional conformity might be recognized and more than this accepted by all other legal subjects until its unconstitutionality would not be declared by the court.

2. ***Constitutional review has been the voice and Guardian of the constitution's content as established by the constituent power.*** According to the classical democratic theory the nation state constituent power being an expression of popular sovereignty

---

21 F. Neumann coined the term phonograph or gramophone justice, see F. Neumann the Democratic and Authoritarian state, The Free Press, New York, 1957, 38.

creates the constitution and has no place in legislation, practical executive government and adjudication of justice and deciding cases by the courts. The constituent power does not disappear but assumes a latent status or it „falls into sleep”. It springs to life and becomes active when the terms of the constitutional contract need an amendment or the nation and its political elites have arrived to political decision to adopt new constitution.<sup>22</sup> While being in a latent position it is the constitutional court that voices the exact meaning of constitutional provisions, might interpret them but staying within the limits of the founding fathers will. Even the boldest judicial activist should accept that the constitutional court interpretation might update the constitutional provisions but it cannot amend or develop the constitutional content beyond the will of the founders. The process of growth of the constitution is not tantamount to constitutional amendment which is a legitimate monopoly of constituent power as emanation of popular sovereignty.

Within this function the constitutional courts primary role would be in voicing and keeping the content of the constitution as established through popular sovereignty by constituent power. Though it is generally accepted that division between constituent and constituted powers is a monopoly belonging to the civil law family firmly established since E.Sieyes it should be emphasized that in the American system it was stipulated as a premise to the birth and enforcement of judicial constitutional review by the court itself.<sup>23</sup>

**3. Constitutional Courts act as ultimate judicial safeguard of fundamental human rights.** No doubt this position of the courts is cornerstone in the legitimation of judicial review of constitutionality of laws. It was the status of the courts as guardians of fundamental constitutional rights and liberties that defeated the radical democratic opposition to review of constitutionality of laws by judiciary. Parliaments are product of direct ascending procedural democratic legitimation through election and are entrusted with the democratic will of the nation or majority of the electorate. To this source of legitimation courts consisting of judges that are never directly elected by the people bring their constitutional legitimacy defending fundamental human right as a last and supreme national institution to protect human rights and ultimate resort to defend constitutional freedom against an encroachment on human rights by parliamentary legislation.

---

22 On drafting a constitution as an act of supreme political decision over the type and form of political unity see Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke Univ. Press, 2008, 75-94.

23 UK legal system with the principle of parliamentary sovereignty respected should be considered to be an exception, for the idea that there should be power above the parliament and beyond the reach of parliamentary amendment undermines the parliamentary sovereignty principle. In the famous *Marbury v. Madison* decision judicial review has been affirmed as a safeguard ruling out the option that „the legislature may alter the constitution by an ordinary act” *Marbury v. Madison*, 5.U.S.(1 Cranch) at 177.

4. **Constitutional courts act as border guards containing the state institutions within the constitutional limits of their powers.** This function of Constitutional courts has been performed though in different ways and forms with all of their constitutional powers.

5. **Constitutional courts act as legal arbiters (legal *pouvoir neutre* contrasted to political *pouvoir neutre* performed by the head of state) or agents of constitutional and legal arbitrage resolving the conflicts.** In this respect status of the constitutional courts might be compared to the neutral power or *pouvoir neutre* described by B. Constant<sup>24</sup> and attributed to the head of state conceived to be performing neutral arbitrage to resolve, diminish, accelerate, prevent, mediate institutional conflict or compromise an outcome beneficial to the participants and that whole nation. In contrast to this position of the head of state performing political arbitrage, the constitutional courts exercise constitutional arbitrage – i.e. the conflicts between the powers are resolved on the basis and within the constitution.

6. **Constitutional courts act as counter majoritarian check preventing despotic aspirations of majorities in government.** In the context of liberal democracy courts perform function of preventing the majority to quash the opposition by protecting minority rights. Probably the most symptomatic of this function has been the action of filing petitions demanding unconstitutionality decision by the parliamentary minorities – parties or MP groups.

With the introduction of direct constitutional complaint individuals when their fundamental rights are abrogated by parliamentary legislation adopted by majority have an important source to impose veto on the tyranny of the majority that has overstepped the constitution by a constitutional court's decision.

7. **Constitutional Courts acting as a safety valve to decrease the level of the social pressure, unrest and prevent the constitution and governmental system from self-destruction or destruction by the violent extra constitutional, extra parliamentary or illegal action.** One of the first explanations of the function of procedures, devices and institutions acting as a safety valve belongs to N. Machiavelli long before constitutional review of legislation emerged.<sup>25</sup> Another approach by converting a political or

---

24 B. Constant, Principle of Politics Applicable to All Representative Governments, in Political Writings, Cambridge Univ. Press, 1989, 183-194.

25 „To those set forward in a commonwealth as guardians of public freedom, no more useful or necessary authority can be given than the power to accuse, either before the people, or before some council or tribunal, those citizens who in any way have offended against the liberty of their country. A law of t his kind has two effects most beneficial to a State: first, that the citizens from fear of being accused, do not engage in attempts hurtful to the State, or doing so, are put down at once and without respect of persons: and next, that a vent is given for the escape of all those evil humours which, from whatever cause, gather in cities against particular citizens; for



extra parliamentary violence into legal conflict one has been emphasized by A. De Tocqueville.<sup>26</sup> Instead of being resolved by violence on the streets the conflicting issue is given in the hands of the court to decide within the constitution and with legal means. By this procedure the degree of social discontent is reduced from the melting pot of boiling emotions and hostilities to impartial and universally accepted procedures by people and institutions where the decision is worked out based on reason with rational arguments.

Without any claim of all inclusive enumeration a list of specific constitutional courts functions would include:

1. Constitutional courts act as harmonizers of national constitutional and supranational values, principles and norms and resolving conflicts between national and supranational legal orders and institutions. In the context of multilevel constitutionalism constitutional courts harmonize relationship between national and supranational values and resolve conflicts between different constitutional orders.
2. Constitutional judicial review on parliamentary legislation has been considered as a structural check on governmental power proceeding out or contrary to the constitutional limitations enumerated powers of the institutions. Though situated outside any of the classic branches of constituted powers of legislative, executive and judiciary powers Constitutional courts can be tackled as an important checks on arbitrary powers and on despotic government as a whole.

---

unless an outlet be duly provided for these by the laws, they flow into irregular channels and overwhelm the State. There is nothing, therefore, which contributes so much to the stability and permanence of a State, as to take care that the fermentation of these disturbing humours be supplied by operation of law with a recognized outlet” In respect of this incident I repeat what I have just now said, how useful and necessary it is for republics to provide by their laws a channel by which the displeasure of the multitude against a single citizen may find a vent. For when none such is regularly provided, recourse will be had to irregular channels, and these will assuredly lead to much worse results. For when a citizen is borne down by the operation or the ordinary laws, even though he be wronged, little or no disturbance is occasioned to the state: the injury he suffers not being wrought by private violence, nor by foreign force, which are the causes of the overthrow of free institutions, but by public authority and in accordance with public ordinances, which, having definite limits set them, are not likely to pass beyond these so as to endanger the commonwealth.” 40.

DISCOURSES ON THE FIRST DECADE OF TITUS LIVIUS BY NICCOLO MACHIAVELLI CITIZEN AND SECRETARY OF FLORENCE TRANSLATED FROM THE ITALIAN BY NINIAN HILL THOMSON, M.A. A PENN STATE ELECTRONIC CLASSICS CHAPTER VII [www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf](http://www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf).

- 26 „The influence of legal habits extends beyond the precise limits I have pointed out. Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question”, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* Vintage books, New York, 1945, Volume I, Chapter XVI CAUSES WHICH MITIGATE THE TYRANNY OF THE MAJORITY IN THE UNITED STATES, 290.

3. Constitutional review on parliamentary legislation performs the function of appeal and resort to the constitutional review to protect the constitutional rights and has been entrenched in some constitutions itself is a fundamental human right especially where individual complaint has been provided or through the indirect access to the constitutional courts.<sup>27</sup>
4. Constitutional courts exercise transforming function when updating the constitution and providing the growth of the constitution or in T. Jefferson's words the constitution should belong to the living and not to the dead.<sup>28</sup> Providing new interpretation of the constitutional provisions in the context of new generations and might be instrumental to avoiding the textual constitutional amendment by the constituent power. This function of constitutional review might be indispensable to the avoiding of gridlocks especially in countries with rigid constitutions. It might be instrumental to reduce the cost of the formal constitutional amendment through the cumbersome procedure of election and activity of constituent assembly.
5. Constitutional courts might play as a substitute (surrogate) or compensating role for the lack of a second chamber of parliament especially in impeachment trials particularly in those countries where the constitution provides impeachment trial while establishing unicameral assembly.
6. Constitutional courts are ultimate arbiter on legality of the elections and constitutionality of political parties when they are assigned by the constitution and entrusted with powers in that area.
7. Constitutional courts perform function of a criminal jurisdiction concerning crimes of high government officials with effective sentencing power in the case of finding them guilty if the respective nation state constitution has explicitly provided for this.

---

27 See the Venice Commission special report on the individual complaint CDL-AD(2010)039rev Study on individual access to constitutional justice - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010) on the basis of comments by Gagik HARUTYUNYAN (Member, Armenia), Angelika NUSSBERGER (Substitute Member, Germany), Peter PACZOLAY (Member, Hungary).

28 The basic meaning of famous quotation has been stated in its absolutist form the earth belongs to the living not to the dead T. Jefferson's letter to J. Madison of September 6, 1789, in *The Portable Thomas Jefferson*, ed. M. Peterson, Viking press, New York, 1975, 444-451, 450.

#### **4. Where and How Did the Negative Legislator Notion Come from or the Story of Invention and Usage of Negative Legislator Label**

The European model of concentrated, abstract, posterior, specialized control, performed by a Constitutional Court, devised to protect constitutional supremacy, human rights, supranational law supremacy being a counter majoritarian check and policing the constituted powers trespass of constitutional limitations was considered to be a part of the European Constitutional Heritage.<sup>29</sup>

In democratic constitutional systems the type of separation between the legislative and executive branches determine on the form of government but degree of structural and functional autonomy of the judiciary is always greater than that of the legislative and executive powers, designed to be a forum of political struggle and the most important stake of the party aspirations. Constitutional arrangements on the judicial branch are structurally designed in order to prevent the Judiciary becoming a subject of political game. The two main columns of the Constitutionality review legitimacy are judicial independence and the Constitutional courts mission as supreme guardians of Human Rights.

The classic separation of powers principle might be further treated in the context of functional division of political decision making - policy determination, policy execution and control over the political decisions.<sup>30</sup> Legislative assemblies, executive organs and judicial bodies might perform separately or blend the functions in the political process within one of the powers. The division of political functions does not coincide with the tripartite separation of between the legislative, executive and judicial branches of government as a sole repository of one of the powers. The negative positive legislator dilemma will be further obscured if seen in the context of functional division of political decision making.

Being an institution for posterior, abstract, concentrated and specialized judicial review of the compliance of parliamentary statutes to the Constitution, the Constitutional Court is not assigned any of primary separation of powers of the three constituted branches of government, neither it is situated within the structure of the Judiciary. The Constitutional Court is the main institutional safeguard to the

---

29 The Constitutional Courts, designed after Kelsenian scheme in 1920, have been recognized as being primary features in the common European constitutional heritage, D. Rousseau, *The Concept of European Constitutional Heritage*, in the *Constitutional Heritage of Europe*, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe Publishing, Science and Technique of Democracy N 18, Srasbourg, 1997, 16-35.

30 K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago Univ. Press, 1966.

supremacy of the Constitution and to the separation of powers principle. No doubt, the Constitutional Court is a constituted institution with limited powers, but has been attributed a role to keep the other branches of constituted power within the limits of the Constitution, or within the framework of the will of the constituent power. The Constitutional Court acts as intermediary between the constituent power and the legislative, executive and judicial branches of government by policing their functions within the constitutional limitations. The Constitutional jurisdiction occupies the status of juridical arbiter by deciding on the conflicts of competence between the institutions.

To contain the positive legislator within the limits of the constitution a negative one was needed and ordinary courts could not be entrusted with this function since the judges of general jurisdiction were themselves constrained by the parliamentary statutes. Decentralized, diffuse review in the civil law system would be inoperative for the lack of doctrine and practice of *stare decisis* unifying the system by the rule of the precedent. Thus a specialized constitutional court had to be created and assigned abstract posterior review of parliamentary statute to ensure their compliance to the constitution as the supreme law of the land.<sup>31</sup> Today the constitutional courts or other forms of constitutional review are universally accepted as a part of the European constitutional heritage<sup>32</sup>. Scholars still argue whether it was due to the popular sovereignty and democratic cravings rising from the grassroots or rather it was introduced by the political elites.<sup>33</sup> The latter has been titled insurance model. By introducing judicial review it is a kind of a security investment protecting a former governing party when stepping out of government to become a party in opposition.<sup>34</sup>

By the time when the 1920 Austrian constitution entrenched for the first time constitutional review vested in a specialised constitutional court its very existence was imperilled by three strong critical currents.

The first of them based on popular sovereignty doctrine elevated legislative power as being true one and only expression, a mirror and dependent on peoples will alone. Theoretically it was *mutatis mutandis* the Jacobin credo based on Rousseau contract

---

31 For extensive treatment see V.F. Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, 3-29.

32 More than 80% of the written constitutions around the world have special provisions on constitutional review see T. Ginzburg, *the Global Spread of the Constitutional Review*, in the *Oxford Handbook on Law and Politics*, eds. K. Whittington et. al., Oxford University Press, 2008, 81.

33 M. Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, *Washington University Global Studies Review*, vol 7, 2007, 257 -287 [www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7\\_2/Schor.pdf](http://www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf).

34 T. Ginzburg, *Judicial Review in the New Democracies*, *Constitutional Courts in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003, 24-25.

social ideas and practically developed by the British parliament sovereignty whose supreme power did not know any limit posed by a written constitution. Despite the constitutional supremacy in the countries with a written constitution it was the parliament and its legislation considered to be embodiment of popular sovereignty delegated in free, pluralist and competitive elections with legislative power unlimited and beyond the reach of any review for conformity with the constitution by any other institution.

The second was the US successful experience affirming decentralised, concrete incidental judicial review exercised by the courts of general jurisdiction affirmed for nearly 12 decades since 1803 *Marbury versus Madison* case .

The third came from the notion of government by judiciary which was the restraining of the ideas of Rousseau camp but in reverse - a construction making court tantamount to legislative bodies or a body consisting of unelected politically and partial irresponsible conservative judges. A specialised constitutional court enforcing constitutional and later human rights supremacy over legislative and executive branches was regarded as illegitimate conservative reactionary despotism to democratically elected representatives in free, pluralist and competitive elections.

Looking over the vast literature one might get lost among the adjectives that are used when judiciary is humbly labelled as legislator.

Within the context of separation of powers any notion on judiciary possessing or exercising legislative function or even interfering with legislation has been more often humbly whispered in the doctrine or carried in practice with extreme care or in such a hesitation shielded against accusations to the break away from democratic constitutionalism. Judicial role in legislation or legislative function was seen as a heresy to the constitutional orthodoxy endangering separation of powers and undermining judicial independence. Indeed constitutional review of parliamentary statutes, whether institutionalised by a special constitutional court or a body of equivalent jurisdiction, has been a special case for the necessity to pronounce on conformity of laws to the constitution and if found to be in contradiction to declare the statute void *ab initio* or to annul it *ex nunc*. Even in that situation, however the coexistence of possible forms and combinations of coexistence between the nouns judiciary and legislation or adjectives of judicial and legislative has been uneasy and to qualify a logical controversy was much easier in theory and practice. The concept of constitutionalism as a safeguard of fundamental human rights and limited governance with enumerated powers under the rule of law the constitutional review was meant to protect the constitutional supremacy and not to supply the governmental system with another extra parliamentary channel of legislation.

Situating the constitutional jurisdictions outside of traditional triad of judiciary, legislative and executive branch was no automatic solution to enable systemic explanations. Neither the idea of juridical constitutional arbitrage in contrast to the presidential political arbitrage to the conflicts and interaction between the three branches alone might be productive. Another solution which was developed by H. Kelsen to nourish and defend his constitutional review invention to be performed by the constitutional courts or a hybrid body which closer to legislation but in jurisprudential form or judicial like organ to perform legislative like function of constitutional control. What a danger to democracy this might seem for besides and in addition to this boiling legislative judiciary or judicial legislation mixture contemporary constitutional courts acting as guardians of constitutional supremacy, prevalence of human rights and primacy of international and some of them of EU law are in a position of agents enforcing the constituent power will while at the same time being limited by the constituent power themselves.

But how to eliminate and soften such a radical challenges to the classic separation of powers and constitutional democracy basic principles of popular sovereignty and the rule of law to prevent it from the dangerous transformation into but another absolutism metamorphosis – famous government by judges or imposing judicial legislation. Although due to the position of the judiciary in the continental legal family no danger of this kind has been a real threat, H. Kelsen tempered the radical consequences and repercussions of the constitutional courts on constitutional theory by coining the term of negative legislator.

This might have been the start of the long journey in search of the authentic identity of constitutional jurisprudence. Since then may qualifications have been brought in the political debate. A short but not exhaustive list of positions between the full-fledged positive legislators functions and the limited role of constitutional courts in the area of legislation would certainly include: reluctant legislator, substitute or surrogate legislator, indirect legislator, quasi legislator, demi semi, co-legislator<sup>35</sup>, legislator in hiding, prompting to the parliament content of the legislation, facilitating future legislation by parliament, expedient legislator (not to be mixed with legislator in during the emergencies) finding temporary solution until the parliament steps in and adopts the necessary statute or provisions etc. Negative legislator status marks the other end of possible interference of constitutional courts with the legislation seems to conclude the whole issue of the constitutional review quasi legislative powers. But are negative and positive legislator's roles antonyms or real diametrical opposites where

---

35 M. Safta, Developments in Constitutional Review: Constitutional Court: Between the Status of Negative and status of Positive co-legislator. [www.businesslawconference.ro/M.Safta](http://www.businesslawconference.ro/M.Safta) .

courts and parliaments are the opposite ends of the creation of legislation within the constitution and complying with the constitution i.e. of a constitutional friendly legislation. Certainly no and not because of the so many intermediary positions already mentioned.

Indeed in 1928 H. Kelsen first contrasted the parliamentary to the judicial activity in the area of legislation. While parliament as a positive legislator is creative and acts on his own initiative deciding when, how and to what extent to regulate, the constitutional court cannot act *ex officio* but has to be seized in order to control the statutory content compliance to the constitution. So if the parliamentarians can have the autonomy to enact general norms influenced by political and partisan factors striking out legislation should be made only on the grounds of non-compliance he constitution and the courts judgement should reflect from judicial independence in applying the constitution. However he went on to say that these two statuses were not antipodes and *de facto* can be seen to convert in the process of enacting legislation complying to the constitution. „To annul a law is to assert a general (legislative) norm, because the annulment of a law has the same character as its elaboration – only with a negative sign attached ...A tribunal which has the power to annul a law is, as a result, an organ of legislative power.”<sup>36</sup> In a sentence simultaneously with the introduction of the negative legislator shield against critiques he provided the „currency conversion rate” between the negative and positive legislator statuses.

Constitutional courts negative positive legislator status has been approached from different avenues in legal and political theory since H. Kelsen.

It would be unserious to attempt to all inclusive analysis of the all of the doctrines in the present report. It might be stipulated that by picking 3 examples one cannot aspire for the in-depth thorough analysis this topic truly deserves.

In a very original and rational manner L. Favoreu tackled the issue from the context of constitutional jurisdictions.

A.S. Sweet analysed the legislative role of the constitutional courts from the perspective of consequences for the parliament of decisions when statutory provisions have been declared by the court to be repugnant to the constitution and in consequence being null and void.

Brewer Carrias conducted a comparative study dedicated to the constitutional courts as positive legislators for the 2010 World Congress on Comparative law.

---

36 H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution(La Justice Constitutionnelle) Revue de Droit Public et Science Politique en France et etranger, 1928,197- 257 [www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution...](http://www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution...); see A.S. Sweet,Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May not Matter (2003), Faculty Scholarship Series, Paper 1297, [www.digitalcommons.lawyale.edu/fss\\_papers/1297](http://www.digitalcommons.lawyale.edu/fss_papers/1297).

## **L. Favoreu Contribution**

Favoreu offered alternative to the government-of-judges analysis of and negative versus positive legislator dilemma. He successfully bypassed exclusive, alternative or simultaneous coexistence of negative and positive legislator issue in constitutional court powers and proposed more detailed and refined analysis of roles and functions within the constitutional review and parliamentary legislation. In a word he attempted to reaffirm the separation of powers principle constitutional orthodoxy in a very original and creative manner different from the traditional argumentation mainstream.

In the context of the liberal concept of politics juridification or as in one of the L. Favoreu book titles „politics captured by law” he built a bridge between the modern and classical rule of law principles in contemporary constitutional democracy.

A.S.Sweet analysis brilliantly summarises L.Favoreu concept that the constitutional jurisdictions perform four basic regulatory functions.<sup>37</sup> „First, constitutional courts act as either „a counterweight” against a parliamentary majority that is „too powerful” (in France and Spain, for example), or as a „substitute” legislator, where a parliamentary majority „does not exist” (as in Italy).

Second, constitutional review tends to „pacify” politics; „quarrels,” which before would have been fought out in partisan terms unrelentingly, are „appeased” and settled more reasonably — with reference to constitutional legality.

Third, L. Favoreu denied that constitutional courts ever „block,” „veto,” „censor,” or „prevent” decisions taken by parliament; instead, they „guide,” „direct,” „authenticate,” and „correct” the legislator, „putting reforms on the right normative track the constitutional one.” Thus, far from obstructing the general will, constitutional judges actually legitimise it. Last in the absence of constitutional review...human rights would enjoy no protection.”<sup>38</sup>

L. Favoreu developed ideas of direct and indirect effect of constitutional review on parliamentary legislative power. He distinguished between downstream impact when statutory provisions are found to be in contradiction to the constitution and upstream impact leading to self-restraint (auto limitation) chilling the legislators ambition in the direct effect of constitutional review on the parliamentary legislation.<sup>39</sup>

---

37 A.S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I. Con, vol 5, N 1, 2007, 69-92, 85-87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>.

38 *Ibid*, 86

39 L. Favoreu, *The Constitutional Council and Parliament in France in Constitutional Review and Legislation*, ed. C. Landfreid, Nomos, Baden-Baden, 1988, 81-109, 104-107.



## A.S. Sweet

When the constitutional review has proclaimed a parliamentary statute unconstitutional without a doubt the Constitutional jurisdiction has acted as negative legislator.<sup>40</sup> This was the direct effect of the constitutional court decision in the area of legislation. Simultaneously the constitutional courts have exercised indirect effect on the parliamentary legislation – not by exerting political pressure which is a part of the interrelationship game between the executive and the legislative branches of power but through anticipatory reaction of the legislature.

Annuling a statute found to contradict the constitution triggers anticipatory reaction in the form of corrective revision. The parliament starts a procedure of adoption of legislative provisions in conformity in order to fill the statute with conforming provisions to the constitution. Although here the parliament and not the court is the positive legislator the parliamentary new legislation has been influenced by the courts decision. So there is no doubt that according to the substance of the new regulation was influenced by the courts decision so the court indirectly takes part in the positive legislation. The *ratio decidendi* of the constitutional court judgement striking the law as unconstitutional usually prompts of explicitly mentions which path the legislation would have followed in order to be within the constitutional frame instead of the regulation that was found in contradiction to the constitution. A.S.Sweet drove four possible scenarios of legislator's reaction. The prevailing one is when the parliamentary legislation might follow the court's reasoning when adopting the new provisions in line with the constitution. Rarely the legislature might decide to forego the regulation entirely i.e. to return to the position before the passage of the law found not to comply to the constitution. Another option the obstinate parliamentary majority might perceive is to attempt to reformulate the provisions stricken by the court and to replace them with slightly changed wording that repeats the previous attempt found to be unconstitutional. The new unconstitutionality ruling would follow if the court would be seized.

The final resort of the multiple governing majorities is to amend the constitution as a trump to overcome the function of the negative legislator enforced by the courts judgement nullifying the previous provisions by the legislator.

---

40 A.S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I. Con, vol 5, N 1, 2007, 69-92, 87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>.

## **Brewer Carrias Comparative Study**

During the XVIII International Congress in Comparative Law at George Washington University Law School on July 27, 2010, Professor Alan R. Brewer – Carrias presented the general report on a big comparative study „Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law”.<sup>41</sup> It is so far the most extensive and thorough comparative work where title boldly addresses straightforward the issue of the judicial role in the area of legislation and the courts as positive legislators. In the very beginning of the study the author poses the limits within which the constitutional review might be considered as positive legislator without reaching a status of irresponsible judicial totalitarianism. „The Constitutional court can assist the legislators in the accomplishment of their functions, but they cannot substitute Legislators and enact legislation, nor have they any discretionary political basis in order to create legal norms or provisions that could not be deducted from the Constitution itself.” Analysing the constitutional courts and institutions of equivalent jurisdiction powers to perform constitutional review of legislation Brewer – Carrias distinguished four areas where constitutional jurisdictions resemble positive legislators:

1. The role of Constitutional Courts interfering with the Constituent power, enacting constitutional rules and mutating the Constitution;
2. The role of Constitutional Courts interfering with parliamentary legislation and playing the role of assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions and determining the temporal effects of legislation;
3. The role of Constitutional Courts interfering with absence of legislation due to legislative omissions acting sometimes as provisional legislators;
4. The Constitutional courts role as Legislators on Matters of Judicial Review.

The European model was transplanted to constitutionalism of the emerging democracies and now EU member states after the fall of the Berlin wall in 1989 including the implication of negative positive legislator’s dilemma.<sup>42</sup> On their part

---

41 Alan R. Brewer – Carrias, „Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law”, XVIII International Congress in Comparative Law in at George Washington University Law School on July 27,2010, [www.allanbrewercarias.com/](http://www.allanbrewercarias.com/), Later the general report and the national reports were printed in a separate volume of more than thousand pages, Allan R. Brewer-Carrias, Constitutional Courts as Positive Legislators A Comparative Law Study, <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/comparative-law/constitutional-courts-positive-legislators-comparative-law-study>.

42 See М. Карагьозова-Финкова, Конституционните юрисдикции в новите демокрации от Европейския съюз,София, 2009; H.Schwartz, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, University of Chicago Press,2000; W. Sadurski, Twenty Years After the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europe, The University of Sidney Law Review, July 2009, <http://ssrn.com.abstract=1437843>.

they have made some contributions to the theory and practice of constitutional review some of which are related to the position of the constitutional courts as negative and positive legislator's issue. At least several of them should not be ignored.

1. A problem which has received scholarly attention belongs to the nature of the interpretative decisions of the constitutional court. The court's binding interpretative decisions have provided prospective non-adversarial constitutional interpretation which was successful to prevent unconstitutional legislation by resolving the constitutional ambiguity *ex ante*.<sup>43</sup>

Though interpretative decisions share some of the legal features of the prior control of constitutionality, advisory opinions and preliminary rulings of the European Court of Justice they are unique. Advisory opinions are rendered by the International court of Justice or some of the states' courts in the US on request of government or private parties and indicate how the court would rule if adversary litigation should arise on the same matter. Contrary to the some of the East and Central European as well as some of the Constitutional courts in the now independent republics and former soviet union states the constitutional court interpretative decisions the advisory opinions do not have binding effect. Interpretative decisions are rendered like the preliminary rulings when different opinions on the content of a provision exist and its content is not clear. Both legal phenomena have binding effect – preliminary rulings concerning EU law on the national courts and interpretative decisions of the east and central European constitutional courts on national parliament, president and government to which have to comply their legal acts or actions with the constitutional court holding.

Within the context of the constitutional governance the interpretative decisions affirm the constitutional court's position as the constitution expositor and mediator between the dormant constituent power (which resides in the people or special representative bodies the springs to active position triggered by necessity of constitutional amendment) and the acting institutions of constituted powers i.e. the legislature the executive and the judiciary.

On number of occasions by interpretative decisions the constitutional court *ex ante* defined certain principles and scope of parliamentary legislation to meet the requirements of the constitution in the area of human rights, freedom of expression and electronic media.

2. Another of the most controversial issues concerns the consequences after a provision which has been amendment to a parliamentary statute has been declared

---

43 See H. Dimitrov, The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretative Jurisdiction, 37 Colum. J Transnational Law 459-505.

unconstitutional.<sup>44</sup> The court by interpretation has arrived at conclusion that in this case after its decision has entered in force an automatic revival (resurrection, restoration) of the acting before the amendment takes place. This interpretation was met with many counterarguments the most important of which is that there is no such explicit provision of the constitution and that the automatic revival in fact is a special case of retroactivity of the constitutional court decision. Moreover in Bulgaria, the restoration should be considered contrary to the text of the Art. 22, par. 4 of the Law on the Constitutional Court which states that all of the consequences of the law proclaimed to be unconstitutional have to be arranged by the institution which has adopted it. Another argument against the automatic revival of the acting provisions amended with norms proclaimed to be unconstitutional is that the old provisions contradict to the logic of the new provisions which were considered constitutional. The final result is the paralysis of the whole statute. To perform the revival or reincarnation function courts decisions have to have *ex tunc* retroactive effect in order to nullify the statutory provision *ab initio* but instead in the new democracies the court rulings most often enjoy *ex nunc* binding effect.

3. When the new democratic constitutions were drafted at the turn of the 20th century Retroactivity (*ex tunc* effect) was thought to undermine the rule of law principle which was considered cornerstone in the founding of the new democracy after the fall of the totalitarian system. In general liberal constitutionalism has condemned retroactivity as instrument which undermines social contract, justice, certainty of law and legitimacy of the legal order.<sup>45</sup>

In principle *ex nunc* effect of the constitutional court's decisions proclaiming unconstitutionality of certain parliamentary statute as a whole or some of its provisions is consonant to the certainty of the legal system and rule of law since it establishes the

---

44 In Austria and in the Constitution of Portugal there are explicit provisions on the revival (reincarnation) of the legal norms which have been amended by provisions proclaimed to be unconstitutional. In 1940 H. Kelsen has explained this solution of the constitution with one of the basic arguments being that it helps to avoid the situation where proclamation of unconstitutionality would lead to lacunae or vacuum in the legislation, H. Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, *Journal of Politics*, N 4, 1942, 183.

45 One of the most eloquent statements on retroactivity of law belongs to B. Constant. In his words „Retroaction is the most evil assault which the law can commit. It means tearing up of the social contract, and the destruction of the conditions on the basis of which society enjoys the rights to demand the individual's obedience, because it deprives him of the guarantees of which society assured him and which were the compensation for the sacrifice which his obedience entailed. Retroaction deprives the law of its real character. A retroactive law is not law at all.” B. Constant, *Moniteur*. June 1, 1828, 755; Within the natural law theories retroaction was considered a just cause for civil disobedience or murdering of tyrants. „Retroactive laws, that are *ex post facto* law legislation depriving man of life and liberty, violate the principle of the law's neutrality. They are thus illegitimate, and resistance to them is legitimate” F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian State*, New York, 1957, 158.

presumption that until a law is declared contrary to the constitution it is constitutional and should be enforced. However, there are cases when a law that has been declared repugnant to the constitution has seriously affected basic human rights and other democratic values of the constitution. In these circumstances the presumption of constitutionality and impossibility of declaring the law unconstitutional *ab initio* with *ex tunc* constitutional court's decision undermines the rule of law. Things can get even worse if the parliamentary statute which was declared unconstitutional has had retroactive effect itself.

There was discussion in the academia about the temporal effect of the interpretative decisions of the constitutional court under Art.149, par. 1, 1. H. Kelsen, Judicial Review of the Legislation, Journal of Politics, N 4, 1942, 183; of 1991 Constitution of Republic of Bulgaria. According to the classic theory of legal interpretation the act of interpretation does not have any legal validity if separated from the act that it has to interpret. It seems that following this constellation the interpretative decisions of the constitutional court should have *ex tunc* effect.<sup>46</sup> After a robust debate in the academia the constitutional court has accepted the position that all of its decisions including those on constitutional interpretation have prospective effect.

## Concluding Remarks

The conclusion that the Constitutional courts as positive/negative or v.v. legislators should be treated as a second hand or the younger child in the family of legislators within the nation state is wrong.

In other fields of the separation of powers they might play much more decisive role than the parliament or the executive. This is so because only a part of the constitutional court powers are related to the parliamentary legislation while others are pure special, last instance court jurisdictional matters pronouncing final and irreversible judgements that cannot be appealed. Besides all of the powers of the court including legislative one cannot be performed *ex officio* but only if initiated in the form of legal complaint on a juridical conflict by someone of the authorised subjects to seize the court.

Constitutional courts decisions adjudicating constitutionality of political parties, legality of election results, cancellation of elections or mandates, resolving conflict of competences and ruling on impeachment or criminal trial for highest state officials

---

46 The opposite conclusion should mean that before the court pronounced its decision the provision of the constitution had one meaning and from the moment of the constitutional court's decision it has acquired another one. If this is the case it would lead to no other explanation than that - the Constitutional court has overstepped its powers and has amended the Constitution by acting like an agent of constituent power.

have nothing to do with the legislative function. In these jurisdictional matters the court enjoys full monopoly status for adjudication power is not shared with any other agents of legislative or executive power.

II. Negative – positive legislator position of the constitutional court is present in the following powers of the constitutional jurisdiction.

1. The role of Constitutional Courts interfering with the Constituent power, enacting constitutional rules and mutating the Constitution;
2. The role of Constitutional Courts interfering with parliamentary legislation and playing the role of assistants to the Legislator, complementing statutes, adding to them new provisions and determining the temporal effects of legislation;
3. The role of Constitutional Courts interfering with absence of legislation due to legislative omissions acting sometimes as provisional legislators;
4. The Constitutional courts role as Legislators on Matters of Judicial Review;
5. The Constitutional courts role in providing interpretative decisions on the Constitutional text in case if different understanding of constitutional provisions exist contradictions and obscurities exist in the text ;
6. The Constitutional courts role in resurrecting producing reincarnation of the older regulation which preceded the provisions annulled by the court as unconstitutional;
7. The Constitutional courts role in determining temporal action and consequences of statutory provisions declared to be unconstitutional.

III. There are important differences in the legislative roles of Parliaments and Constitutional Courts which should be emphasised.

It is apparent that despite the that the constitutional courts negative legislator's option of conversion it is clearly different from the parliamentary legislative role and this does not need extensive explanation for since the topic is largely overwritten.

Nevertheless when the Constitutional Court plays the role of positive legislator it is also different from the positive legislation which is the main competence of parliaments. While positive law making is always on the parliament initiative, the positive legislator function of the court has consequent effect on the legal borders of parliamentary political will which forms the statutory content.

The parliamentarians are free autonomously in picking the subject matter of statutory provisions stipulated that they observe the constitutional limitations. The Constitutional courts cannot exercise their positive /negative legislator's role *ex officio*. While the parliamentary legislation might be influenced by politics and partisan purposes electoral campaign issues while the constitutional court intervention when

deciding cases should result only in the interest of affirming supremacy of constitution, protection of fundamental human rights and primacy of the international and EU law for the EU member states..

IV. When the Constitutional court is not seized it also exerts certain impact on the legislator for the fact of very existence of constitutional review as a potential threat to the legislator to observe the constitutional limitations in order to avoid nullification of statutory provisions. In this way the possibility of seizing constitutional court has preventive indirect effect on the legislators will formation or the legislation substance and content. It contains the legislators ambition within constitutional limitations.

V. Negative versus or and Positive legislator in Constitutional court decision is a false dilemma. In fact many combinations and degrees of this interrelationship might be present in every single judgment of the constitutional court.t. The constitutional courts negative positive dualism in legislation treated according to H.Kelsen „legislation currencies conversion” formula might be further developed and taken to its logical consequences. Most often the hypothesis of direct negative legislator goes hand in hand simultaneous and not as an alternative to the indirect positive legislator in the courts decisions declaring unconstitutionality.

However, this leads to direct positive legislation function of parliament which has the implicit indirect negative law making of legislature.

If the two pairs of legislative roles of courts and parliaments are compared we can conclude that it would be fair to speak about reverse relationship of parliaments and constitutional courts positive versus negative legislation and not ponder on the false dilemma of contraposition of negative to positive legislator or v.v.

VI. In fine. The relationship between constitutional court passivism and judicial activism should be treated within the context of classical and modern constitutionalism built for democratic government with constitutionally enumerated powers.

Within this context the constitutional court is a restraint of arbitrary power breaking the constitution. To restrain the restraint tantamounts to facilitation of governmental despotism despite it might be hidden behind the original intent or supremacy of peoples will arguments. However, the courts have to temper their activism as well in order to prevent becoming an agents of despotism themselves.





**Evgeni Tanchev**

Потпредсједник Венецијанске комисије Савјета Европе

## **НЕГАТИВНИ И/ИЛИ ПОЗИТИВНИ ЗАКОНОДАВАЦ У КОНТЕКСТУ ИСТОРИЈСКЕ, ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ И ФУНКЦИОНАЛНЕ ЕВОЛУЦИЈЕ УСТАВНОГ СУДСТВА**

### **Уводне напомене**

Поводом ове свечане прилике честитање би било много прикладније од понављања разних научних приступа ради појашњавања тематског назива конференције.

Прије свега, желио бих да честитам нашем домаћину на прослави пола вијека од почетка рада, те судског преиспитивања уставности иако је започето у другачијим временима, под другачијим околностима и са другачијим уставом. Пола вијека се чини као кратак период у животном вијеку цивилизације иако, у смислу владавине права и европског уставног наслеђа, оно представља значајан корак у успостављању правне традиције и правне културе.

Тема ове конференције „Уставни суд - Између негативног законодавца и позитивног активизма” указује на значај који се приписује уставном суду. Ово питање представља једну од двије најегзистенцијалније дилеме карактеристичне за европски модел судске контроле уставности закона. Прва дилема, у складу са садржином познатог Шекспировог питања које може да се примијени на тему Конференције, гласила би: „Бити или не бити” у односу на посебну уставну судску контролу или неку другу форму институционализованог облика уставног преиспитивања. Ова дилема односи се на припрему нацрта устава и тиче се форме устава. У савременим уставним демократским системима уставотворци не оклијевају, нити расправљају о неопходности контроле уставности коју штити врховна позиција устава. Они доносе одлуку која се тиче облика уставног

судства, те се одлучују за један од уходаних (афирмисаних) модела који је у складу са међународним демократским стандардима, за оно европско уставно наслеђе које најбоље одговара националној државној традицији.

Друга дилема, али не по свом значају, садржана у теми ове конференције односи се на извршење уставне форме судског преиспитивања уставности закона које разне институције треба да исцрпе у разним облицима и поступцима.

Пошто је о овој теми говорено веома много, одлучио сам да не понављам све оно што је до сада речено о наведеном, нити да слиједим познату изреку мајке свих законодаваца – британског Парламента – која каже да је све већ речено, али да наведено нису рекли сви.

Анализа питања негативног и позитивног законодавца у вези са уставним преиспитивањем не би била потпуна без кратког прегледа генезе и еволуције уставне контроле у историјском и компаративноправном контексту.

Покушавајући да дам свој допринос, концентрисаћу се на историјски, институционални и функционални контекст значајан за стварање дилеме која се односи на негативног, односно позитивног законодавца.

## 1. Претходници и генеза судског преиспитивања

Правне позитивисте и заговорнике аналитичке школе који заступају праксу контроле уставности закона која произилази из устава који је на снази, те сва остала нагађања требало би игнорисати.

Рађање судског преиспитивања уставности други приписују судијама и професорима права, а тешко је оспорити чињеницу да је допринос Johna Marshalla из САД, Abbeya E. Sieyesa из Француске, те Hansa Kelsena из Аустрије оживотворио преиспитивање уставности закона пред уставним судовима.

До сада нико није оспорио датум настанка судског преиспитивања. Он се везује за познату одлуку Врховног суда у предмету *Marbury v. Madison* из 1803. године и чврсте аргументе предсједника овог суда J. Marshalla. Наведена одлука може да се сматра историјским актом који има исти значај какав је имала припрема нацрта Устава САД из 1787. године. Наиме, ако су уставотворци обезбиједили америчку независност и успјешан развој овог савеза, судско преиспитивање је подстакло уставну премоћ и дуготрајност америчког федералног Устава.

Можемо да наставимо да трагамо за изворима судске контроле у ранијим фазама развоја, јер историја доказује да готово да и нема идеје или феномена који је настао одједном и ни из чега.

Нема сумње да је главни предуслов за „рађање” судске контроле положај устава као „закона државе” или „највишег закона”.

Уколико проширимо концепт вишег права на друге изворе права, прије појаве писаног устава, пронаћи ћемо зачетке судског преиспитивања чак и у античко доба.<sup>1</sup> Још један извор обликовања судске контроле биле су политичке идеје мислилаца осмишљене ради провјере самовољности власти још од античког доба, средњег вијека, а посебно доба просвјетитељства.

Аристотел, Polybius и Цицерон су развили први концепт мјешовите владе и расподјеле власти. Свакако, немогуће је наћи шему коју су они можда креирали аналогног средства судској контроли чак и кад би се пронашли њихови изгубљени записи.

Сјеме идеје о контроли самовоље власти расло је у разним струјама надлежности, политичке мисли и праксе чак и прије него што су побуњени барони наметнули *Magna Carta Libertatum* краљу Johnu.

Још од времена када је св. Тома Аквински прогласио да неправедан закон није уопште закон и да му се не би требало повиновати, предложени су разни механизми ограничавања власти који укључују:

- грађански непослух деспотској владавини чак и у форми донесеног закона (коријени идеје о грађанском непослуху, без сумње, могу да се прате чак до Софокла),
- расподјела власти, коју је даље развио Marsilio од Падове у току сукоба цркве и државе, а у доба просвјетитељства посебно J. Locke, Montesquieu, Abbé Mably и други,
- отпор, скидање с власти или чак убиство тиранина, уколико су краљеве наредбе у супротности са Божијим законом, крше Божија правила, односно разарају цркву<sup>2</sup>,
- изостанак народне подршке власти тиранина<sup>3</sup>,

1 Класичан примјер може да се потражи у античкој Грчкој. У атинском полису су посматрали норме као више законе, те сматрали да су превише сложене и да одузимају превише времена када се преиспитују. Лице које је предложило амандман који затим није ратификован, или прихваћен као препоручљив, носило је озбиљну одговорност. Током једног периода у грчкој историји, у 5. вијеку п.н.е., чак је уведена и смртна казна. Посебни комитет под називом „Heleia” основан је како би штитио врховну власт закона који је на снази, те елиминисао њихове неадекватне нацрте. Иако ово, очито, није била судска активност, нити су је вршили судови, ипак, може да се сматра првим примјером претече судског преиспитивања. B. Leoni, *Freedom and the Law*, 1962, стр. 77-78; M. Cappelletti, W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Charlottesville, 1977, стр. 5-6.

2 Током рестаурације, након масакра француских хугенота на дан св. Бартоломеја, види, S.J. Brutus, *Vindiciae Contra Tyrannos*, 1579, [www.constitution.org/vct/vindiciae.htm](http://www.constitution.org/vct/vindiciae.htm)

3 E. de La Boetie, *The Politics of Obedience, The Discourse on Voluntary of the Voluntary*

- отпор угњетавању у форми побуне и уклањања самовољне владе<sup>4</sup>.

Разне струје политичке мисли давале су различита оправдања за овакву контролу закона и тиранских влада:

- заговорници природних закона то су сматрали кршењем природних закона,
- сматрано је супротним божанском закону,
- заговорници принципа друштвеног уговора су то проглашавали кршењем друштвеног договора,
- радикални демократски теоретичари су то проглашавали присвајањем (узурпацијом) народног суверенитета.

Све ове провјере су требале бити спонтане, спорадичне и представљати крајњу мјеру у борби против неправде и тираније. Оне нису створене као институционализовано сузбијање превеликих овлашћења владе, већ као ограничавање са релативно малим социјалним трошковима, доступно сваком и свим грађанима који су могли да сносе парничне трошкове.

Први општеприхваћен преседан уставних теоретичара, који се цитира у генези судске контроле модерног доба, припада британској уставној пракси.

Сир Е. Соке започео је и примијенио судско преиспитивање, признајући надмоћ обичајног права у Великој Британији на почетку 17. вијека. У познатом предмету *Bonham* из 1610. године Соке је изјавио да „ће у много случајева обичајно право контролисати акте Парламента, те их понекад прогласити потпуно ништавим; када неки акт Парламента није у складу са обичајним законима и здравим разумом, или је противрјечан, или га је немогуће извршити, обичајно право ће га преиспитати и прогласити такав акт ништавим”<sup>5</sup>.

Међутим, овај преседан не води развоју пуноправне судске контроле у Британији због два могућа разлога. У годинама које су слиједиле краљевска власт је досегла доминантну тачку, а током револуционарних превирања нико се није прихватио потврђивања судске контроле<sup>6</sup>.

---

Servitude (Политика послуха, предавање о добровољности ропства), L.von Mises Institute, Auburn, Алабама, 2008. Памфлет је написан 1553. године у Француској и објављен након смрти аутора 1563. године, [www.mises.org/document/1218](http://www.mises.org/document/1218)

4 Види, G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos* (Овлашћења Круне у Шкотској), Аустин, 1949, 89; У САД је Т. Jefferson намјеравао да интегрише право на револуцију у систем владе. Мање побуне сваких 20 година би требало да контролишу тлачитељске амбиције владара, [www.contra-mundum.org\(books\)/jure/jure/html](http://www.contra-mundum.org(books)/jure/jure/html)

5 В. Сохе, Есеј о судској власти и неуставном законодавству, Филадельфија, 1893, стр. 24.

6 Од момента кад је Инструмент владавине, који је створио О. Stomwell, обустављен, Велика Британија није чак ни покушала да унесе владине односе и основне слободе у писани устав.

Зашто се уставно преиспитивање појавило тако касно у европском конституционализму? Требало је да прође више од вијека након предмета *Marbury v. Madison*, а тек након Првог свјетског рата су припремљени први примјерци нацрта у Европи, а у већини земаља чак и у периоду након 1950. године.

Разматрајући узроке који су контролу уставности закона учинили нужним својством модерних уставних система, требало би поменути:

- a. Устав у писаном облику;
- b. Спремност владајуће елите, партија, вођа и опште јавности да прихвати примат устава и владавине права;
- c. Избалансирана влада, заснована на расподјели власти између три огранка, између уставне и конституисане власти, те између уније и њених чланица уколико превлада федерализам;
- d. Непостојање самовољне владе – извршне власти, као владавина једног човјека или превласти законодавне власти или законодавног деспотизма;
- e. Негирање неконтролисаног народног суверенитета, које се врши непосредно или путем свемогућег законодавца у форми тираније већине;
- f. Поштивање индивидуалних слобода и мањинских права.

Укратко, разлози који су одредили касну појаву судске контроле у Европи су немогућност да се успостави судско преиспитивање у античком добу и средњем вијеку, у комунистичким и фашистичким системима или у неким од земаља трећег свијета.<sup>7</sup>

## 2. Контрола уставних модела и структура

У модерном свијету контрола уставности закона постоји у разним облицима. Уобичајено, контрола уставности закона би требало да се врши независно од законодавних и извршних органа власти.<sup>8</sup> Озбиљних покушаја да се контрола уставности повјери извршним тијелима није било иако су у Филаделфији неки од твораца разматрали могућност да се успостави Ревизиони савјет који би био

7 Неки од ових разлога објашњавају зашто је у Француској тек 1958. године створен веома ограничен и специфичан модел контроле уставности, зашто су председник и премијер били једини овлашћени предлагачи, знајући да је скоро деценију прије одлуке *Marbury v. Madison* Abbé E. Sieyès предложио стварање система судског преиспитивања. До одређене мјере то је одговор на приједлог В. Constanta да би челник државе требало да представља четврти огранак власти, што би се схватало као *pouvoir neuter*, односно неутрална власт.

8 G. Haratyunyan, A. Mavcic, *The Constitutional Review and Its Development in the Modern World*, Yerevan-Lybllyana, 1999, стр. 12-35.

повјерен челнику извршне власти, а у бугарском Тарновском уставу из 1879. године и током 1980. године изнесени су приједлози о стварању тијела аналогног предсједнику.<sup>9</sup>

Покушаји да се контрола уставности прикључи надлежностима законодавца били су подједнако бесмислени, јер би једини резултат био свемоћни деспотски парламент или скупштина налик на ону из 1793. године, током јакобинског режима у Француској. Умјесто контроле законодавца, контрола уставности би била претворена у импресивно оружје законодавне контроле. Примат устава би изгубио сваки смисао, јер би се разводио у примату законодавства.

Једино могуће рјешење заједничко за све моделе контроле уставности закона јесте додјела ове функције судовима, или стварање посебне институције ван традиционалне судске власти, али никад не приписујући ту функцију законодавним или извршним огранцима власти. Можемо се присјетити оправдања које је дао Al. Hamilton<sup>10</sup> у Федералистичким списима, те књиге Alexandera Bickela „The Least Dangerous Branch”.

Још од J.J. Rousseaua и J. Benthama заговарачи народног суверенитета и доктрине законодавне супремације расправљају о прихватљивости и разборитости судова да провјеравају уставно преиспитивање. Према ријечима

---

9 На срећу, ова настојања нису превладали, јер би се шефу државе дала функција контроле уставности, што би, без сумње, довело до владавине једног човјека. Добро је позната чињеница да је ова власт била својствен прерогатив апсолутистичким краљевима или диктаторима иако је почивала на заиста специфичним предусловима. Само краљ може да контролише уставност као једина особа која може да зна шта је сврха устава, јер то је било вријеме када су *raison d'état*, суверенитет монархије и владавина човјека, а не закона, представљали државне принципе.

10 „Ко год пажљиво разматра поједине дијелове власти мора да примијети да у власти у којој су одвојени једни од других судство ће, због природе своје функције, бити понајмање опасно по политичка права из устава; јер ће имати понајмање могућности да их омета или крши. Извршна власт не само да дијели почасти него и држи мач заједнице.

Законодавна власт не само да управља новчаником него и одређује правила према којима се регулишу права и дужности свих грађана. Судство, на супрот томе, нема никаквог утицаја над мачем и новчаником; нема снагу нити богатство друштва; те нема моћ да донесе било какво активно рјешење. Заиста се може рећи да нема нити СНАГУ, а ни ВОЉУ, него искључиво просуђивање; те мора ултимативно зависити од помоћи извршног огранка власти чак и поводом питања дјелотворности својих пресуда.

Овакав једноставан поглед на ту ствар указује на неколико важних посљедица. Неспорно доказује да је судство неупоредиво најслабије од три гране власти; да никада не може успјешно напасти било који од друга два огранка власти; те да сва могућа пажња представља предуслов који ће судству омогућити да се брани од њихових напада. Једнако доказује да, иако појединачно угњетавање може ту и тамо произаћи од судова, општа слобода људи никада не може бити угрожена с њихове стране.” Al. Hamilton, J. Madison, J. Jay, Федералистички спис #78 – The Judiciary will always be least dangerous to the political rights of the Constitution.

J. Bentham: „Дајте судијама надлежност за проглашавање аката (закона) ништавим; тако пренесите дио врховне власти са скупштине, у којој народ има удјела барем кад се бира, на групу људи у чијем избору нису имали ни најмање удјела.”<sup>11</sup>

Овом аргументу су њихови сљедбеници, који посебно уживају да означавају и оптужују судије за кршење или узурпирање законодавних, па чак и уставних надлежности када проглашавају ништавим закон који није у складу са уставом, додали врло мало. Тумачењем устава судови су изграђивали значење уставних одредби и, заправо, прилагођавали устав новој реалности. (Према ријечима Т. Jeffersona, устав је за живе, а не за мртве.)

Понекад судове квалификују као творце независне политике, лидере јавног мишљења, арбитраре у случају конфликта између огранака власти, катализаторе друштвених промјена, те основне институције које воде Америку ка „владавини судства”<sup>12</sup>. Европски еквивалент је заснован на америчком искуству и настао је након завршетка Првог свјетског рата, када су из пепела Аустроугарске империје успостављени уставни судови уставима нових демократских националних држава.<sup>13</sup>

Критичари судског преиспитивања уставности закона означавају врховни суд врховним законодавцем<sup>14</sup>, суперзаконодавцем<sup>15</sup>, посљедњим прибежиштем које открива намјеру твораца<sup>16</sup>, те трећим домом или трајним уставним конгресом<sup>17</sup>.

У складу са структурама имплементације, контрола уставности може да буде разубјена (де-концентрисана) или концентрисана. У разубјеном (дифузном) систему судско преиспитивање врше плуралне институције, обично судови, а у отвореним концентрисаним системима уставна контрола је повјерена једној институцији, суду или специјалном савјету за уставни надзор.

11 J. Bentham, *A Comment on the Fragment of Government*, Лондон, 1974, стр. 488.

12 *The New American Political System*, 1980, 17, A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 229, H.J. Abraham, *Freedom and the Court*, N.Y., 1978, 6, R. Neely, *How Courts Govern America*, New York, 1981, стр. 12-19.

13 Види, E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (Владавина судија и борба против социјалног законодавства у САД), Marcel Giard & cie eds, 1921.

14 A. Berle, *The Three Faces of Power*, 1967, стр. 49.

15 К. Шмитт, *Государство; Право и политика. Гарант конституции*, Москва, 2013, 42-86; П. Киров, *Президентът в българския конституционен модел*, София, 2004, 226-248; A. S. Miller, *Judicial Activism and American Constitutionalism*, in *Constitutionalism*, ed. J. R. Pennock, N.Y., 1979, стр. 357.

16 E. Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, Washington, 1957, стр. 252.

17 L. Hand, *The Bill of Rights*, Harvard, 1957, стр. 73.

Претходна контрола уставности је била једина форма доступна у 5. француској републици до најновијих реформи уставног преиспитивања, а у другим земљама, као што су Аустрија, Маџарска и друге, била је комбинована са накнадном контролом уставности.

Претходна контрола уставности може да буде само апстрактна, а накнадна контрола уставности може да буде апстрактна или конкретна.

Различити системи контроле уставности у савременом свијету су формирано према четири модела.

- a. Амерички модел контроле уставности је примијењен у Јапану, Норвешкој, Данској, Бразилу, Аргентини, Чилеу, Хондурасу, Гватемали и другим државама Латинске Америке у периоду док су имале демократске уставе. Судско преиспитивање се врши путем судова у судском систему.
- b. Преиспитање може да врши врховни суд. Овај модел се развио у уставним системима Индије, Аустралије, Швајцарске Конфедерације, Ирске, Канаде, Јужне Африке и других. Нити један други суд не може да одлучује о уставности изузев врховног суда релевантне државе. Уобичајен аргуменат јесте да контрола уставности закона представља софистицирану активност која треба да буде доступна само судијама који су најбоље обучени и који имају много искуства.
- c. Контрола уставности је концентрисана у посебном суду – уставном суду. Овај систем превладава у Европи, а најбољи примјер представљају Аустрија, Њемачка, Италија, Шпанија, Португалија, Турска, већина уставних демократија у Централној и Источној Европи, независне републике бившег Совјетског Савеза и друге. Међутим, у Њемачкој постоји једна интересантна особитост. Концентрисана контрола уставности, коју врши Федерални уставни суд, није смишљена тако да потпуно елиминише дифузни систем судског преиспитивања. Иако Уставни суд има искључиву надлежност да преиспитује федералне статуте, сви њемачки судови могу да врше судско преиспитивање путем ревизије других аката који би могли да буду супротни Уставу.

Сви уставни демократија које тек настају су већ увели уставне судове. Чак и уставни у отцијепљеним републикама бившег Совјетског Савеза су примијенили овај модел како би замијенили одборе за уставно преиспитивање, успостављене током Горбачове перестројке, а који су се показали као неуспјели експеримент.

Образац уставног суда је прво успостављен аустријским Уставом из 1920. године. То је била првобитна идеја концентрисаног и чврсто



институционализованог судског преиспитивања коју је покренуо познати европски научник Н. Kelsen. Скоро истовремено та идеја се развила у Уставу Чехословачке из 1920. године. Међутим, прије краја Другог свјетског рата контрола уставности није испунила очекивања уставотвораца. Уставни судови су били најактивнији у рјешавању спорова између федералних влада и влада земаља чланица. Пошто су се ауторитаризам и тоталитаризам противили владавини закона (правној држави), уставни судови су процвјетали у уставима Европе након Другог свјетског рата.

Насупрот Врховном суду САД, уставни судови треба да ријеше контроверзне ситуације настале у политичком животу као што су, нпр., оне које се тичу резултата општих избора, провјере ваљаности представничких мандата, да одлучују о уставности политичких партија, о одбијању неких изабраних представника да положи заклетву на Устав на основу тога што се противе неким одредбама тог устава.

Насупрот америчком судском преиспитивању, уставни судови проглашавају ништавим законе или њихове дијелове за које се сматра да су неуставни и њихове одлуке имају *erga omnes* дјеловање.

Неки од уставних судова имају надлежност да дају тумачење одредби устава.

Неки од уставних судова су изграђени да би компензирали непостојећи други дом парламента током предсједничког опозива пошто неке од европских држава имају једнодомне представничке скупштине.

Неки од уставних судова комбинују претходну контролу уставности са накнадним судским преиспитивањем које се врши нако што је неки акт примијењен (Маџарска).

- d. Контрола уставности је повјерена посебно креираној политичкој институцији која није суд. Ова институција се налази изван традиционалних грана власти. Овакав јединствени систем контроле уставности је осмишљен у Уставу 5. француске републике и, уз неке амандмане, успјешно функционише у Француској од 1958. године. Међутим, аналогни модел представљао је потпун промашај у бившем Совјетском Савезу.

*Conseil Constitutionnel* (Уставно вијеће) представља прву и против воље институционализацију контроле уставности у Француској иако је ту идеју зачео *Abbey Sieyes* још током Француске револуције. Диктаторски режими, и поред идеје о врховној парламентарној власти и народном

суверенитету које воде ка плебисцитарној демократији, опирали су се контроли уставности вијек и по након револуције.

Првобитно је *Conseil Constitutionnel* замишљен као аутократски инструмент извршне власти, јер су само предсједник или премијер имали активну легитимацију да траже преиспитивање парламентарних нацрта закона.

Веома важан уставни амандман је дао активну легитимацију одређеном броју чланова сваког од двају домова Парламента током седамдесетих година овога вијека.

Још један важан корак је учинио сам *Conseil Constitutionnel*. У једној од својих одлука Вијеће је проширило оквир уставне садржине позивајући се на Преамбулу Устава у коју су укључене двије значајне декларације о правима. Од тада је *Conseil Constitutionnel* преузео статус чувара основних права и слобода.

е. Вијеће чувара Устава (Иран, 1979. година)

Ова институција је успостављена ради очувања принципа ислама и устава, те да би се избјегао сваки сукоб између наведених принципа и парламентарних закона (члан 91). Вијеће чувара чини шест чланова свештенства „који су правични, познају исламску судску праксу, а свјесни су потреба садашњег времена”. Ове чланове бира вођа државе. (То што вођу, у складу са чланом 110, именују највише судске власти у држави нема никаквог значаја.) Још шест правника из разних грана права „из реда муслиманских правника” именује Врховно судско вијеће, а потврђује их Скупштина.

### 3. Функција уставног преиспитивања

Уставне одредбе и законодавне норме дају уставним судовима дуге листе надлежности које се најчешће идентификују или сматрају функцијама. Функције уставног суда се изједначавају са надлежностима иако значајно варирају од државе до државе. Осим судског преиспитивања закона, њихова јурисдикција може да укључује контролу изборног процеса и поништавање избора, гаранције аутономности општина, преглед уставности политичких партија, или рјешавање кривичних поступака против високих владиних функционера.

Одлучивање о усклађености међународних споразума са националним државним уставом прије њихове ратификације пред парламентом, или процјена усклађености закона са међународним споразумима који су већ ратификовани

и примијењени, те принципи међународног обичајног права чине још један посебан сет питања на листама надлежности уставних судова.

Може се запазити да, иако се листе надлежности повјерених уставним судовима погрешно третирају као функције, оне само представљају средства или оруђа неопходна за вршење функције судског преиспитивања уставности закона.

Иако су генеза и еволуција судског преиспитивања слиједиле различите образце, зависно од начина на који је устав сачињен, те правну породицу којој је одређена институција којој је дато преиспитивање усклађености парламентарног законодавства са уставом припадала, дијелиле су исте либералне демократске принципе и вриједности. Заштита правне државе, почев од супремације устава, те основних људских права, била је заједнички именилац, а различитости су се тицале правца развоја, раста, логистике извршавања и квантитета судског извршења уставног преиспитивања.

Генеза и развој институционализованих образаца уставног преиспитивања се често тумаче као чисто интелектуална вјежба судија и професора прије него резултат битних значајки англо-америчких (англосаксонских) и грађанскоправних система. Не умањујући значај председника Врховног суда Johna Marshalla или допринос Hansa Kelsensa у области успостављања уставног преиспитивања, чини се да је контекст правне породице нешто утјецајнији, те да има изузетан значај за садржину и форму принципа и извршилаца уведеног уставног преиспитивања. Обје правне породице су дале другачију улогу судијама и законодавцима. У оквиру традиције обичајног права, закон су највећим дијелом увеле стране судије које су проналазиле правно правило како би донијеле судске одлуке придржавајући се права у сваком појединачном предмету. Ваљаност правила стицала је нормативно значење путем система тако што су примјењивана у истим предметима и ситуацијама.

Док се у САД судијама вјеровало још од колонијалног доба и док су се заиста поштовали, у Европи су парламентарци и функционери извршних органа посматрали судове са великом дозом сумње.

Двије премисе су биле неопходне да би се појавило дифузно децентрализовано узгредно судско преиспитивање уставности законодавства – систем преседана, те судови опште надлежности. Недостатак ових премиса осујетио је све покушаје да се амерички систем пренесе на европско тло.<sup>18</sup> У оквиру грађанскоправне породице, а посебно након Француске револуције, системом позитивног

---

18 Види, Louis Favoreu, *Le Cours constitutionnelles* 1996 (Луи Фаворьо, Конституционните съдилища, София 2002, стр. 10-15).

законодавства и опште ваљаности, с једне стране, потврђена је израда правила, а с друге стране, разна ограничења смишљена су и наметнута судијама.<sup>19</sup> У оквиру расподеле власти судијама је дато само да буду глас закона.<sup>20</sup> Крајњи облици наведених ограничења су забране судијама да спроводе законе, али не да их и тумаче, што је познато под називом „грамофонска правда”, односно судија има обавезу да пусти плочу коју је продуцирао законодавац у одређеним конкретним предметима, и „телефонска правда”, када су извршни органи вршили притисак на суд да би обезбиједили да суд донесе одлуку у њихову корист.<sup>21</sup>

Могуће је разликовати неколико врста функција унутар институција за судско или уставно преиспитивање. Функције могу да се подијеле на универзалне, које су као примјер користила сва тијела којима је повјерена, или призната надлежност да врше контролу усклађености са уставом, те специфичне, које се састоје од оних одређених институција којима је у неким националним државама дата надлежност чувара закона те земље. Према својој природи, функције уставних судова могу да буду уставне (правне) или социо-политичке. Оне могу да буду уско националне када су повјерене уставом националне државе националним судовима, или наднационалне уколико их врше вишенационални судови. Коначно, могу да се третирају као обавезне (неопходне), имплицитне или сурогатне када тијела за уставно преиспитивање дјелују као компензација за институцију коју националне конститутивне власти нису успоставиле, али која постоји у уставу других држава.

Покушај да се изврши преглед најважнијих функција уставних судова требало би да се састоји од набрајања не тврдећи при томе да може да се направи њихова исцрпна листа. Било би, такође, контрапродуктивно да се *a priori* тврди које од наведених функција су важније од других, или да се предложи хијерархијска

---

19 Генези централизованог концентрисаног уставног преиспитивања се приписује да има јурисдикцијски монопол над уставним питањима правне науке у Европи, судијама улога каријериста када одлучују о питањима политике, спајање извршне и законодавне власти у особи премијера путем његовог положаја као вође странке која је победила на општим изборима, признавање и заштита основних људских права, G.F. de Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, Journal of Constitutional Law, vol. 3, стр. 977.

20 Од двије наведене власти судска до извјесне мјере не представља готово ништа: остају само двије; а како оне имају потребу да регулишу власт тако да је ублажавају, дио законодавне власти који се састоји од племства је изузетно погодан за то.

„Закон који је далековидан у једном смислу, а слијеп у другом може у неким случајевима бити престрог. Али, како смо већ истакли, националне судије нису ништа друго до уста која изговарају слово закона, само пасивна бића, немоћна да ограниче њихову снагу и тежину.” Montesquieu, *Spirit of Laws*, bk. 6, CH. 2; BK. 11, CHS. 1-7, 206, [www.press-pubs.uchicago.edu/founders/.../v1ch17s9.ht](http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders/.../v1ch17s9.ht).

21 F. Neumann је створио израз фонографска или грамофонска правда. Види, F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian state*, The Free Press, New York, 1957, стр. 38.

структура разних функција по којима би ове двије групе могле да се разликују. Прва би укључивала функције заједничке свим уставним судовима и тијелима којима је повјерено преиспитивање уставности закона.

1. Уставотворци су признали уставним судовима улогу чувара уставне супремације. Уставни судови врше функцију врховног полицајца о питању устава. Чини се да су све надлежности уставног суда оријентисане у овом правцу. Међутим, то је очигледан случај са најтипичнијим надлежностима - апстрактном контролом уставности закона која има учинак *erga omnes*. Тамо гдје су уставни судови успостављени апстрактна накнадна контрола представља монопол уставног суда иако сви други правни субјекти могу да признају и штавише прихвате уставност и уставну усклађеност све док суд не прогласи њихову неуставност.

2. Уставно преиспитивање је глас чувара садржине устава како је успостављен конститутивном надлежношћу. У складу са класичном демократском теоријом, државна конститутивна власт представља израз народног суверенитета који ствара устав и њему нема мјеста у законодавству, практичној извршној власти, дијељењу правде и одлучивању судова о предметима. Конститутивна власт не нестаје, него преузима латентни статус, или „пада у сан”. У живот се враћа и постаје активна када услови уставног уговора захтијевају измјене и допуне, или када су народи и њихова политичка елита донијели политичку одлуку да усвоје нови устав.<sup>22</sup> Док се налази у латентном положају, уставни суд изражава тачно значење уставних одредби, може да их тумачи остајући при томе у границама воље оснивача. Чак и најодважнији судски активист би требало да прихвати да тумачење уставног суда може да ажурира уставне одредбе, али да не може да изврши измјене или да развија уставну садржину ван воље оснивача. Процес раста устава није једнак уставним измјенама, што представља законит монопол конститутивне власти као израз народног суверенитета.

У оквиру ове функције примарна улога уставних судова би била да изражавају и придржавају се садржине устава какву је успоставила конститутивна власт путем народног суверенитета. Иако је општеприхваћено да расподјела између конститутивне и конституисане власти јесте монопол који припада породици грађанског права која је чврсто успостављена још од Е. Sieyesa, потребно је нагласити да је у америчком систему била сматрана премисом за рађање и спровођење судског уставног преиспитивања искључиво путем суда.<sup>23</sup>

22 О припреми устава као акта врховне политичке одлуке о врсти и форми политичког јединства види Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke Univ. Press, 2008, стр. 75-94.

23 Правни систем УК са поштивањем принципа парламентарног суверенитета требало би посматрати као изузетак, идеја да постоји власт изнад парламента и изван досега

3. Акти уставних судова као ултимативни судски чувар основних људских права. Ова позиција судова, несумњиво, представља камен-темељац за озакоњење судског преиспитивања уставности закона. Статус судова као чувара основних уставних права и слобода је побиједио радикалну демократску опозицију у преиспитивању уставности закона путем судства. Парламенти су производ процедуралног демократског озакоњења путем избора који се повећава и њима је повјерена демократска воља нације или већинског изборног тијела. Судови који се састоје од судија које људи никада нису директно бирали овом извору озакоњења дају уставни легитимитет браниоца основних људских права као посљедњој од врховних националних институција за заштиту људских права и као крајњем прибежишту за одбрану уставних слобода од кршења људских права путем парламентарног законодавства.

4. Акти уставних судова као гранични чувари који задржавају државне институције унутар уставних граница њихових надлежности. Ова функција уставних судова је вршена, иако на разне начине и у разним облицима, свим раположивим уставним надлежностима.

5. Акти уставних судова као правних арбитра (правни *pouvoir neutre* насупрот политичком *pouvoir neutre* који врши предсједник државе), или заступник уставног и правног арбитра који разрјешава конфликте. У овом смислу, статус уставних судова може да се пореди са неутралном влашћу или *pouvoir neutre*, коју је описао В. Constant<sup>24</sup>, и која се приписује предсједнику државе који је замишљен као вршилац неутралне арбитраже када треба да разријеша, умањи, убрза, спријечи, да буде медијатор у институционалним конфликтима, или да дође до компромисног рјешења које представља добробит за све учеснике, као и за цијелу нацију. Насупрот овој позицији предсједника државе који врши политичку арбитражу, уставни судови врше уставну арбитражу, односно конфликти између власти се рјешавају на основу и у оквиру устава.

6. Акти уставних судова као противвећинска провјера којом се спречавају деспотске аспирације већине у влади. У контексту либералних демократија, судови врше функцију спречавања већине да уништи опозицију тако што штите права мањина. Можда најкарактеристичнију од ових функција представља акт

---

парламентарних амандмана- принцип парламентарног суверенитета. У познатој одлуци *Marbury v. Madison* судско преиспитивање је потврђено као заштита која онемогућава опцију према којој „законодавац може да измијени устав обичним актом”, *Marbury v. Madison*, 5.U.S. (1 Cranch) на стр. 177.

24 В. Constant, *Principle of Politics Applicable to All Representative Governments*, in *Political Writings*, Cambridge Univ. Press, 1989, стр. 183-194.

подношења петиција којима парламентарна мањина - странке или МП групе, захтијева да се донесе одлука о неуставности.

Увођењем непосредне уставне жалбе појединаца, када су њихова основна права укинута парламентарном легислативом коју је усвојила већина, створен је важан извор за наметање вета, доношењем одлуке уставног суда, на тиранију већине која је прекорачила устав.

7. Уставни судови поступају као безбједносни вентил како би смањили ниво социјалног притиска, немира и спријечили самоуништење уставног система и владе или њиховог уништења путем насилних вануставних, ванпарламентарних или незаконитих радњи. Једно од првих објашњења функције и процедура, средстава и институција које дјелују као „безбједносни вентил” које се појавило много прије појаве уставног преиспитивања легислативе дао је N. Machiavelli.<sup>25</sup> Други приступ претварању политичког или ванпарламентарног насиља у правни конфликт је изнио A. de Tocqueville.<sup>26</sup> Умјесто рјешавања насиљем на

25 „Онима који су постављени на врх политичке заједнице као чувари јавних слобода не може се дати кориснија или неопходнија надлежност од моћи да оптуже, пред народом или пред неким вијећем или трибуналом, оне грађане који су на било који начин направили прекршај против слободе своје земље. Закон ове врсте, који је најкориснији за Државу, дјелује на два начина: *први*, да се грађани, због страха да не буду оптужени, не укључују у покушаје који су штетни по Државу, или да, радећи то, буду одмах изложени критици без поштивања личности, те, *сљедећи*, да је дат вентил за пражњење свих оних лоших испарења која се, из било ког разлога, скупљају у градовима против одређених грађана; јер, ако не буде уредно обезбијеђен одушак у закону за такве случајеве, они отичу неправилним каналима и преплављују Државу. Стога, нема ништа што тако много доприноси стабилности и учинку Државе као што то чини напор да ферментација ових узнемирујућих испарења буде опскрбљена функционисањем закона са признатим одушком. У вези са овим инцидентом, понављам оно што сам управо рекао, да је корисно и неопходно да републике обезбиједе својим законима канал којим ће незадовољство многих против једног грађанина моћи да нађе одушка. Јер, ако нешто такво није обезбијеђено редовним путем, доћи ће до рјешавања кроз нерегуларне канале, а то ће, сасвим поуздано, довести до много горих резултата. Јер, када је грађанин савладан дјеловањем редовних закона, чак и ако му је нанесена неправда, у држави скоро да неће доћи до немира: пошто повреда која му је нанесена није нанесена (приватним) индивидуалним насиљем, нити је њу нанијела страна сила, што су разлози за збацивање слободних институција, него је повреду нанијела јавна власт, и то у складу са јавним прописима, за које, пошто су им стављена дефинитивна ограничења, није вјероватно да ће проћи мимо тих ограничења тако да доведу у опасност заједницу.” 40 DISCOURSES ON THE FIRST DECADE OF TITUS LIVIUS BY NICCOLO MACHIAVELLI CITIZEN AND SECRETARY OF FLORENCE TRANSLATED FROM THE ITALIAN BY NINIAN HILL THOMSON, M.A. A PENN STATE ELECTRONIC CLASSICS CHAPTER VII [www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf](http://www2.hn.psu.edu/.../machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf)

26 „Утицај правних навика прелази прецизно одређене границе на које сам указао. Једва да се може поставити икако политичко питање у САД које није ријешено, прије или касније, као правосудно питање”, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* Vintage books, New York, 1945, Vol. I, Chapter XVI CAUSES WHICH MITIGATE THE TYRANNY OF THE MAJORITY IN THE UNITED STATES, 290.

улицама, конфликтно питање је предато у руке суда како би о њему одлучио у оквиру устава и правним средствима. Оваквим поступком ниво социјалног незадовољства је сведен „од лонца који се топи од кључајућих емоција и сукоба” на непристрасне и општеприхваћене процедуре лица и институција у којима се одлуке доносе на основу разума и рационалним аргументима.

Не набрајајући све, листа посебних функција уставних судова би обухватала сљедеће:

1. Уставни судови дјелују као хармонизатори националних уставних и супранационалних вриједности, принципа и норми, те рјешавају конфликте између националних и супранационалних правних инстанци и институција. У контексту конституционализма на више нивоа, уставни судови усклађују однос између националних и супранационалних вриједности и рјешавају конфликте између различитих уставних инстанци.
2. Контрола уставности закона које доноси парламент се сматра структуралном провјером поступка извршне власти када је изван или у супротности са уставним ограничењима и овлашћењима институција. Мада позиционирани ван класичне подјеле на законодавну, извршну и судску власт, уставни судови могу да се сматрају значајним контролором арбитрарне власти или деспотске власти у цјелини.
3. Судска контрола уставности закона које доноси парламент има функцију жалбе и заштите уставних права, а у неким уставима је утврђена и као основно уставно право, посебно тамо гдје је предвиђена појединачна жалба или индиректни приступ уставним судовима.<sup>27</sup>
4. Уставни судови врше трансформацијску функцију када допуњавају устав, или када га развијају, или, према ријечима Т. Jeffersona, устав би требало да припада живима, а не мртвима.<sup>28</sup> Уставни судови дају нова тумачења уставних одредби у контексту нових генерација и могу да допринесу избјегавању уставних измјена и допуна текста који се односи на уставотворну власт. Ова функција контроле уставности би могла да

27 Види Специјални извјештај Венецијанске комисије који се односи на појединачне жалбе CDL-AD(2010)039rev Study on individual access to constitutional justice - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010), заснован на коментарима Gagik Harutyunyan (члан, Јерменија), Angelika Nussberger (замјенски члан, Њемачка), Peter Paczolay (члан, Маџарска).

28 Основно значење чувеног цитата је изречено у његовом апсолутном облику, земља припада живима, а не мртвима. Писмо Т. Jeffersona упућено Ј. Madisonu 6. септембра 1789. у The Portable Thomas Jefferson, издање М. Peterson, Viking press, New York, 1975, 444-451, стр. 450.



буде неопходна при избјегавању потпуних застоја до којих може доћи посебно у земљама с ригидним уставима. Ово може да користи смањењу трошкова доношења формалних уставних измјена и допуна путем гломазне изборне процедуре и активности уставотворне скупштине.

5. Уставни судови могу да имају замјенску (надомјесну) или компензациону улогу ако не постоји други дом парламента, а посебно у поступцима утврђивања одговорности и смјењивања у оним земљама у којим устав предвиђа такве поступке при успостављању једнодомног законодавног тијела.
6. Уставни судови су коначни арбитри при оцјени законитости избора и уставности политичких партија када су им те надлежности додијељене и повјерене уставом.
7. Уставни судови имају и кривичну надлежност која се односи на кривична дјела високопозиционираних владиних функционера, као и надлежност да доносе кривичне пресуде у случајевима када се утврди кривица оптуженог под условом да државни устав експлицитно предвиђа наведену надлежност.

#### **4. Појам „негативни законодавац” – одакле и како, или прича о стварању и коришћењу назива „негативни законодавац”**

Европски модел централизоване, апстрактне, посљедње и посебне контроле коју врши уставни суд, замишљен да штити примат устава, људска права, примат супранационалног права, као противвешинску провјеру и надзор уставотворне власти у оквиру уставних ограничења, сматран је дијелом европског уставног наслеђа.<sup>29</sup>

У демократским уставним системима подјела власти на законодавну и извршну одређује облик владе, али је степен структуралне и функционалне аутономије судства увијек виши од оног који имају законодавна и извршна власт, обликована да буде форум политичке борбе и најважнији улог страначких тежњи. Уставна рјешења за судску власт су структурално обликована тако да спречавају да судство постане предмет неке политичке игре. Два основна стуба

<sup>29</sup> Уставни судови, обликовани према Kelsenovom моделу из 1920. године, признати су као примарне карактеристике у заједничком европском уставном наслеђу, D. Rousseau, The Concept of European Constitutional Heritage u the Constitutional Heritage of Europe, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe Publishing, Science and Technique of Democracy, N 18, Strasbourg, 1997, стр. 16-35.

контроле уставности и законитости су судска независност и мисија уставних судова као врховних чувара људских права.

Принцип класичне подјеле власти може да се третира и у контексту функционалне подјеле политичког одлучивања - утврђивања политике, вршења политике и контроле над политичким одлукама.<sup>30</sup> Законодавне власти, извршни органи и судска тијела могу да врше функцију самостално или да споје функције у политичком процесу унутар једне од ових власти. Подјела политичких функција се не подударала са трипартитном подјелом власти између законодавног, извршног и судског нивоа власти као јединог носиоца једне од тих власти. Дилема у вези са негативним/позитивним законодавцем ће бити још нејаснија уколико се посматра у контексту функционалне подјеле политичког доношења одлука.

Као институција концентрисане, апстрактне, посљедње и посебне судске контроле уставности закона које доноси парламент, уставном суду није додијељена ниједна власт из три основна огранка власти, нити је позициониран унутар судске структуре. Уставни суд је основни институционални заштитник супремације устава и принципа подјеле власти. Несумњиво, уставни суд је институција са ограниченим надлежностима, али му је додијељена улога да друге огранке власти држи у оквиру устава или у оквиру воље уставотворне власти. Уставни суд дјелује као посредник између уставотворне власти и законодавне, извршне и судске власти тако што њихове функције чува у оквиру уставних ограничења. Уставна јурисдикција има статус судског арбитра који одлучује о сукобу надлежности између институција.

Да би се позитивни законодавац држао ограничења устава, био је потребан и негативни законодавац, а ту функцију није било могуће повјерити редовним судовима, јер судије које врше општу надлежност су биле ограничене законима које доноси парламент. Децентрализована и дифузна контрола уставности у систему грађанског права би била недјелотворна због недостатка доктрине *stare decisis* која би систем уједињавала и обавезивала правилом које је познато као „закон прецедента”. Стога, било је неопходно створити посебан уставни суд и додијелити му надлежност апстрактне постериорне контроле закона које доноси парламент ради обезбјеђивања њихове усаглашености са уставом, као највишим законом једне земље.<sup>31</sup> Данас су уставни судови или други облици судске контроле уставности универзално прихваћени као дио европског уставног наслеђа.<sup>32</sup> Научници још увијек расправљају о томе да ли је то резултат

30 К. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago Univ. Press, 1966.

31 За ширу обраду види, V.F. Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, стр. 3-29.

32 Више од 80 посто писаних устава у свијету садржи посебне одредбе о ојени уставности,

народног суверенитета и демократских потреба широких маса, или су га, заправо, увеле политичке елите.<sup>33</sup> Ово друго је названо модел обезбјеђења. Увођење судске контроле уставности је нека врста безбједносне инвестиције која штити претходну владајућу странку када излази из власти да би постала странка у опозицији.<sup>34</sup>

Прије 1920. године, када је први пут уведена контрола уставности у аустријски устав, као надлежност додијељена специјализованом уставном суду, само постојање контроле уставности било је угрожено трима јаким критичким струјама.

Прва се заснивала на доктрини народног суверенитета, тј. неограничене законодавне власти, као истинског и јединог израза и огледала воље народа. Теоретски, то је био *mutatis mutandis* јакобински кредо заснован на Rousseauовој теорији друштвеног уговора, а британски парламентарни суверенитет развио га је у пракси, јер његова врховна власт није познавала било које границе које намеће писани устав. Упркос уставном примату у земљама са писаним уставом, парламент и закони које доноси су сматрани утјеловљењем народног суверенитета коме је на слободним и плуралистичким изборима пренесена неограничена законодавна власт, која је изван домашаја неке друге институције која би преиспитивала усаглашеност закона са уставом.

Друга је било успјешно искуство САД којим се потврђује децентрализована, конкретна, посљедична судска контрола уставности коју врше судови опште надлежности, подржавана скоро 12 деценија, још од предмета *Marbury v. Madison* из 1803. године.

Трећа струја је кренула од појма владе са становишта судства, што је представљало спутавање идеја које су долазиле из Rousseauовог тора, али обрнуто – конструкција којом је суд еквивалент законодавним тијелима, или орган који чине конзервативне судије које нису биране политички и који нису одговорни страначки. Посебан уставни суд који спроводи принцип превласти устава, а касније и људских права над законодавним и извршним властима, сматран је незаконитим, конзервативним и реакционарним деспотизмом према представницима тих власти који су демократски изабрани на слободним и плуралистичким изборима.

---

види, T. Ginzburg, the Global Spread of the Constitutional Review, u Oxford Handbook on Law and Politics, eds. K. Whittington et.al., Oxford University Press, 2008, стр. 81.

33 M. Schor, Mapping Comparative Judicial Review, Washington University Global Studies Review, svezak 7, 2007, стр. 257-287, [www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7\\_2/Schor.pdf](http://www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf)

34 T. Ginzburg, Judicial Review in the New Democracies, Constitutional Courts in Asian cases, Cambridge University Press, 2003, стр. 24-25.

Претражујући обимну литературу човјек се може осјећати изгубљеним у многобројним придјевима који се користе када се судство скромно означава као законодавац.

У контексту подјеле власти, сваки појам који се односи на судство које има или врши законодавну функцију, или се чак уплиће у законодавство, најчешће се скромно помиње у доктрини, или са крајњим опрезом врши у пракси, или се у том колебању брани против оптужби о раскидању са идејом демократске уставности. Судска улога у законодавству или законодавна функција је сматрана херезом уставне општеприхваћене опасне подјеле власти и поткопавањем судске независности. Доиста, контрола уставности закона које доноси парламент, било институционализована путем посебног уставног суда или органа једнаке надлежности, јесте посебан случај када постоји потреба да се прогласи сагласност закона са уставом, или, ако се утврди да су у супротности, да се прогласе ништавим *ab initio*, или да се пониште *ex nunc*. Чак и у таквој ситуацији свако заједничко постојање могућих облика и комбинација именица судство и законодавство или придјева судски и законодавни је проблематично, а сваку логичку контроверзу је много лакше ограничити у теорији и пракси. Контрола уставности, према концепту уставности као гаранта основних људских права и ограничене власти са набројаним надлежностима у складу са владавином права, подразумијевала је заштиту превласти устава, а не увођење још једног додатног парламентарног канала законодавне власти у систем власти.

Позиционирање уставне надлежности изван традиционалне тријаде судске, законодавне и извршне власти није било аутоматско рјешење које би дало системска објашњења. Идеја правног уставног арбитра насупрот предсједничком политичком арбитру у конфликтима и интеракцији између три огранка власти сама по себи не би могла да буде продуктивна. Друго рјешење које је Н. Kelsen разрадио да би развио и одбранио контролу уставности, његов сопствени проналазак, подразумијева уставне судове, или неко хибридно тијело блиско законодавству, који врше контролу уставности у правно научном облику или неко судско тијело које има неку законодавну функцију вршења контроле уставности. Осим опасности по демократију, ово би могло да изгледа, поред и уз узаврело законодавно судство или судско законодавство, као мјешавина савремених уставних судова, који дјелују као чувари супремације устава, надређености људских права и давања примата међународном и праву ЕУ, као посредници који врше уставну власт, док су истовремено и сами ограничени уставном влашћу других.

Али, како уклонити и ублажити такве радикалне изазове подјели власти и основним демократским уставним принципима народног суверенитета и

владавине права да би се спрјечила опасна трансформација у нешто што је још једна метаморфоза апсолутизма – позната власт судија или наметање судског законодавства. Премда због позиције судства у *континенталној породици правних система* не постоји нека реална пријетња да до тога дође, Н. Kelsen је ублажио радикалне посљедице или реперкусије уставних судова по уставну теорију тако што је креирао појам „негативни законодавац”.

Ово је могао да буде почетак једног дугог путовања у потрази за аутентичним идентитетом уставне јуриспруденције. Од тада су изнесене бројне квалификације у политичкој дебати. Кратка али не баш исцрпна листа позиција између функција потпуно равноправних позитивних законодаваца и ограничене улоге уставних судова у области законодавства засигурно би укључивала сљедеће: невољког законодавца, замјенског законодавца или сурогат, индиректног законодавца, квази-законодавца, *demi-semi* су-законодавца<sup>35</sup>, прикривеног законодавца који садржину закона нуди парламенту и којем парламент помаже да се неки закон донесе, сврсисходни законодавац (којег не би требало побркати са законодавцем у хитним случајевима), који налази привремена рјешења док парламент не предузме потребне кораке и не усвоји потребне законе или одредбе итд. Статус негативног законодавца који означава другу крајњу тачку могућег уплитања уставних судова у законодавство чини се да закључује цјелокупно питање контроле уставности као квази-законодавну власт. Али, да ли су улоге негативног и позитивног законодавца антоними и дијаметралне супротности када судови и парламенти представљају супротне крајеве стварања законодавства у оквиру и у складу са уставом, тј. пријатељским уставним законодавством. Свакако да то нису, али не само због наведених многобројних посредних позиција.

Заиста, 1928. године Н. Kelsen је прво упоредио парламентарно и судско дјеловање у области законодавства. Док је парламент, као позитивни законодавац, креативан и дјелује самоиницијативно при одлучивању када, како и у којој мјери нешто регулисати, уставни судови не могу да дјелују *ex officio* при контролисању да ли је садржина неке норме или закона у сагласности са уставом, него се то мора затражити од њих. Тако, ако парламентарци могу да имају аутономију при доношењу општих норми под утицајем политичких фактора и њихових присталица, одбацивање закона би требало да буде могуће само на основу њихове неусаглашености са уставом, а судске одлуке би требало да одражавају судску независност при примјени устава. Међутим, он је отишао и даље наводећи да ова два статуса нису антиподи и да *de facto*

35 M. Safta, Developments in Constitutional Review: Constitutional Court: Between the Status of Negative and Status of Positive co-legislator. [www.businesslawconference.ro/M.Safta](http://www.businesslawconference.ro/M.Safta)

могу да буду посматрани као замјена у процесу доношења закона у складу са уставом. „Поништавање закона значи утврђивање опште (законске) норме, јер поништавање неког закона има исти карактер као и његова елаборација – само му се додаје негативно значење. ... суд који има овлашћења да поништи закон је, према томе, орган законодавне власти.”<sup>36</sup> У једној реченици, заједно са уводом у којем се негативни законодавац штити од критика, он је за позиције позитивног и негативног законодавца предвидио „замјенски однос”.

Позицији уставног суда као негативног или позитивног законодавца сам Н. Kelsen приступао је са различитих становишта у правној и политичкој теорији.

Било би неозбиљно покушати у овом извјештају приказати анализу свих тих доктрина. Бирајући три примјера не може да се тежи свеобухватној и исцрпној анализи коју ова тема заслужује.

На веома оригиналан и рационалан начин L. Favoreu се овим питањем бавио у контексту уставних надлежности.

A.S. Sweet је анализирао законодавну улогу уставних судова са аспекта посљедица по парламент које могу да произађу из одлука којима судови законске одредбе проглашавају противним уставу и, посљедично, ништавим.

Brewer-Carias је урадио компаративну анализу о уставним судовима као позитивним законодавцима за Свјетски конгрес компаративног права 2010. године.

## Допринос L. Favoreua

Favoreu је понудио алтернативу анализи слободног система судске контроле уставности и дилеми негативног насупрот позитивни законодавац. Успјешно је премостио ексклузивно, алтернативно и истовремено постојање питања у вези са надлежностима уставног суда, као негативног и позитивног законодавца, те предложио исцрпнију и рафиниранију анализу улога и функција контроле уставности и законодавства које доноси парламент. Једном ријечју, он је покушао да реafirмише општеприхваћени уставни принцип подјеле власти на један оригиналан и креативан начин, различит од традиционалног и конвенционалног.

У смислу либералног концепта политичке јуридификације или као у једном наслову књиге L. Favoreua „Политика заробљена правом”, изградио је мост

36 H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice Constitutionnelle) Revue de Droit Public et Science Politique en France et etranger, 1928,197-257, [www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution...](http://www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution...); види, A.S. Sweet, Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May not Matter (2003), Faculty Scholarship Series, Paper 1297, [www.digitalcommons.lawyale.edu/fss\\_papers/1297](http://www.digitalcommons.lawyale.edu/fss_papers/1297)

између модерног и класичног принципа владавине права у савременој уставној демократији.

Анализа А.С. Sweeta бриљантно резимира концепт L. Favoreua према којем уставне надлежности имају четири основне регулативне функције.<sup>37</sup> Прво, уставни судови дјелују или као „противтежа” парламентарној већини која је „превише моћна” (нпр., у Француској и Шпанији), или као „замјенски законодавац” тамо гдје парламентарна већина не постоји (као у Италији).

Друго, контрола уставности тежи „да помири” политике; „препирке” које су раније неумољиво вођене у вези са уставношћу и законитошћу су „смирене” и разумније ријешене.

Треће, L. Favoreu је негирао да уставни судови икада „блокирају”, „стављају вето”, „цензуришу” или „спречавају” одлуке које доноси парламент, већ „воде”, „усмјеравају”, „овјеравају” и „исправљају” законодавца, „постављајући реформе на правилан нормативни пут, тј. пут заснован на уставу”. На тај начин, далеко од ометања опште воље, уставне судије им, у ствари, дају легитимитет. Коначно, да нема контроле уставности, људска права би била незаштићена.<sup>38</sup>

L. Favoreu је разрадио идеје директног и индиректног утицаја контроле уставности на законодавну власт. Направио је разлику између утицаја који иде према доле када се утврди да су законске одредбе у супротности са уставом и утицаја према горе који води ка самоограничавању (суздржавању), обесхрабрујући амбицију законодавца директним утицајем контроле уставности закона које доноси парламент.<sup>39</sup>

## A.S. Sweet

Када се неки закон који је донесен у парламенту прогласи неуставним, нема сумње да уставно судство дјелује као негативни законодавац.<sup>40</sup> То је директни утицај одлуке уставног суда на законодавно подручје. Истовремено, уставни судови врше индиректни утицај на законе који се доносе у парламенту – не на начин да врше политички притисак који је дио корелацијске игре између

37 A.S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I. Con, svezak 5, N 1, 2007, стр. 69-92, 85-87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>

38 *Ibid.*, стр. 86.

39 L. Favoreu, *The Constitutional Council and Parliament in France in Constitutional Review and Legislation*, ed. C. Landfreid, Nomos, Baden-Baden, 1988, стр. 81-109, 104-107.

40 A.S. Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and in Europe*, I. Con, svezak 5, N 1, 2007, стр. 69-92, 87, <http://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-politics-of-constitutional-review-in-france-and-europe-0gLFMMsfMn>

извршне и законодавне власти, него путем предвиђене реакције законодавца.

Поништавање закона за који се утврди да је у супротности са уставом покреће очекивану реакцију у смислу корективног преиспитивања. Парламент покреће поступак усвајања усклађених законских одредби да би закон допунио одредбама које су у складу са уставом. Мада је овдје парламент, а не суд, позитивни законодавац, нови закон који доноси парламент је под утицајем судске одлуке. Према томе, нема сумње да судска одлука утиче на садржину нове одредбе тако да суд индиректно дјелује као позитивни законодавац. *Ratio decidendi* пресуде уставног суда којом се утврђује да је закон неуставан обично експлицитно наводи смјернице које закон треба да слиједи да би био у оквиру устава, умјесто прописа за који је утврђено да је у супротности са уставом. A.S. Sweet је извео четири могућа сценарија реакције законодавца. Сценарио који превладава је када закон који доноси парламент може да слиједи судско образложење при усвајању нових одредби у складу са уставом. Ријеткост је да ће законодавац одлучити да се у потпуности одрекне релевантног прописа, тј. да се врати у положај у којем је био прије доношења прописа за који је утврђено да није у сагласности са уставом. Друга опција је да непопустљива парламентарна већина може да покуша да преформулише одредбу која је поништена и да је замијени незнатно измијењеним текстом, који, у ствари, понавља оно што је била садржина претходног прописа за који је већ утврђено да је неуставан. Резултат би било ново одлучење о неуставности ако се то тражи од суда.

Крајње уочиште вишеструких владајућих већина је измјена и допуна устава, као адут за превазилажење функције негативног законодавца наметнутог судском одлуком којом се поништавају раније усвојене одредбе законодавца.

## Brewer-Carias - упоредна анализа

Током XVIII конгреса о компаративном праву, који је одржан 27. јула 2010. године на Правном факултету Универзитета „George Washington”, професор Alan R. Brewer-Carias је представио оригиналан извјештај о опсежној упоредној анализи под насловом „Уставни судови као позитивни законодавци – анализа компаративног права”.<sup>41</sup> То је до сада најобимнији и најисцрпнији упоредни

41 Alan R. Brewer-Carias, „Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law”, XVIII International Congress in Comparative Law in at George Washington University Law School, 27. juli 2010, [www.allanbrewercarias.com/](http://www.allanbrewercarias.com/), касније су општи извјештај и национални извјештаји штампани у посебним свесцима од више од хиљаду страница. Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislators A Comparative Law Study. <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/comparative-law/constitutional-courts-positive-legislators-comparative-law-study>



рад у којем наслов јасно и директно обухвата питање судске улоге на подручју законодавства и судова као позитивних законодаваца. На самом почетку анализе аутор поставља ограничења унутар којих би контрола уставности могла да се сматра позитивним законодавством, без досезања положаја неодговорног судског тоталитаризма. „Уставни суд може да помогне законодавцима у остваривању њихових функција, али не може да их замијени, нити да доноси законе, нити може да има дискрециону политичку основу да би стварао правне норме или одредбе које би могле да се изведу из самог устава.” Анализирајући уставне судове и институције исте надлежности које су овлашћене да врше контролу уставности закона, Brewer-Carias разликује четири области у којима уставне јурисдикције сличе позитивном законодавцу:

1. Улога уставних судова да се уплићу у уставотворну власт, доносећи уставна правила и мијењајући устав;
2. Улога уставних судова да се уплићу у законодавство које усваја парламент и улога помоћника законодавца који допуњава законе, додаје им нове одредбе и одређује временске учинке закона;
3. Улога уставних судова да се уплићу у изостанак законодавства због правних празнина, када понекад дјелују као привремени законодавци;
4. Улога уставних судова као законодаваца у питањима судске контроле.

Европски модел је био пренесен на конституционализам нових демократија, сада чланица ЕУ, које су настале након пада Берлинског зида 1989. године, укључујући импликације које носи дилема звана позитивни/негативни законодавац.<sup>42</sup> Нове демократије су дале своје доприносе теорији и пракси контроле уставности, чији се један дио односи на положај уставног суда, као негативног и позитивног законодавца. У сваком случају, неке од тих доприноса не бисмо смјели да занемаримо.

1. Питање на које су научници обратили пажњу се тиче природе интерпретативних одлука уставних судова. Судске коначне интерпретативне одлуке омогућиле су будуће тумачење које није контрадикторно и које успјешно спречава примјену неуставних закона, *ex ante* рјешавајући уставну недореченост.<sup>43</sup>

42 Види, М. Карагџозова-Финкова, Конституционните јурисдикции в новите демокрации от Европейския съюз, София, 2009; Н. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000; W. Sadurski, *Twenty Years After the Transition: Constitutional Review in Central and Eastern Europe*, *The University of Sidney Law Review*, July 2009, <http://ssrn.com.abstract=1437843>

43 Види, Н. Dimitrov, *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretative Jurisdiction*, 37 *Colum. J Transnational Law*, стр. 459-505.

Премда интерпретативне одлуке имају неке карактеристике претходне контроле уставности, савјетодавних мишљења и прелиминарних одлука Европског суда правде, оне су јединствене. Савјетодавна мишљења доноси Међународни суд правде или неки од државних судова по захтјеву органа власти или појединаца (у САД). У тим мишљењима се указује каква би била судска одлука ако би дошло до поступка по истој ствари. За разлику од интерпретативних одлука уставних судова у земљама Источне и Централне Европе, као и у неким сада независним републикама и државама бившег Совјетског Савеза, савјетодавна мишљења нису обавезујућа. Интерпретативне одлуке се доносе као прелиминарне одлуке када постоје различита мишљења о садржини неке одредбе и када је садржина одредбе нејасна. Обје правне појаве имају обавезујуће дјеловање – прелиминарне одлуке у вези са правом ЕУ односе се на националне судове и интерпретативне одлуке уставних судова у земљама Источне и Централне Европе односе се на државни парламент, предсједника и владу који морају да усагласе своје правне акте или дјеловање у складу са становиштем уставног суда.

У контексту уставне власти, интерпретативне одлуке потврђују становиште уставног суда, као тумача устава и посредника између неактивне уставотворне власти (која припада народу или посебним представничким тијелима чија је активна позиција покренута потребом за допуном и измјеном устава) и институција уставотворне власти, тј. извршне, законодавне и судске власти.

У великом броју случајева уставни суд је интерпретативним одлукама *ex ante* дефинисао одређене принципе и домет закона које доноси парламент, како би задовољили уставне принципе у домену људских права, слободе изражавања и електронских медија.

2. Једно од најконтроверзнијих питања односи се на посљедице након што је нека одредба којом је одређени закон допуњен и измијењен проглашена неуставном.<sup>44</sup> Својим тумачењем суд је дошао до закључка да у том случају, након што његова одлука ступи на снагу, аутоматски се успоставља стање које је постојало прије измјена и допуна. Дати су многи аргументи против овог тумачења од којих је најважнији да таква експлицитна одредба не постоји у уставу и да аутоматско враћање на претходно стање, у ствари, представља

---

44 У Уставу Аустрије и Уставу Португалије постоје изричите одредбе о обнављању (поновном враћању) правних норми које су биле измијењене и допуњене одредбама које су проглашене неуставним. Године 1940. Н. Kelsen је објаснио ово уставно рјешење помоћу једног од основних аргумената тако што се тиме избјегава ситуација у којој би проглашавање неуставности довело до *lacuna* или вакуума у законима, Н. Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, *Journal of Politics*, N 4, 1942, стр. 183.

посебан случај ретроактивности одлуке уставног суда. Осим тога, враћање на претходно стање у Бугарској се сматра да је у супротности са текстом члана 22 став 4 Закона о Уставном суду, који предвиђа да све посљедице закона који је проглашен неуставним мора да ријеши институција која је тај закон и усвојила. Други аргуменат против враћања одредаба које су претходно важиле, а онда биле допуњене и измијењене одредбама које су проглашене неуставним јесте да су старе одредбе у супротности са логиком нових за које се сматрало да су у складу са уставом. Коначни резултат је парализа закона у цјелини. Да би се извршило враћање на претходно стање или оживљавање претходних одредаба, судске одлуке морају да имају ретроактивно дејство (*ex tunc*) да би законску одредбу поништиле *ab initio* али, умјесто тога, судске одлуке у новим демократијама најчешће производе правно дејство *ex nunc*.

3. Када су на прелазу из 20. вијека писани нови демократски уставни, сматрано је да ретроактивно дејство (*ex tunc*) поткопава принцип владавине права, који је сматран каменом-темељем у успостављању нове демократије након пада тоталитарног система. Либерални конституционализам је генерално осудио ретроактивно дјеловање као инструменат који поткопава друштвени уговор, правду, правну сигурност и законитост правног поретка.<sup>45</sup>

У принципу *ex nunc* дејство одлука уставног суда којима се одређени закон у цјелини или један дио његових одредби проглашава неуставним је у складу са принципима правне сигурности и владавине права, јер оно утврђује претпоставку да је неки закон уставан све док се не прогласи неуставним и да је примјењив. Међутим, постоје случајеви када је неки закон који је проглашен неуставним већ озбиљно утицао на кршење основних људских права и других демократских вриједности устава. У таквим околностима претпоставка уставности и немогућност проглашавања тог закона неуставним *ab initio* са *ex tunc* одлуком уставног суда поткопава владавину права. Ствари могу да постану

45 Једну од најелоквентнијих изјава о ретроактивном дјеловању закона изрекао је В. Constantu. Према његовим ријечима, „Ретроактивно дјеловање је највећа несрећа коју закон може да проузрокује. То значи раскидање друштвеног уговора и уништавање услова на основу којих друштво ужива права да од појединаца захтијева појединачну послушност због тога што то појединца лишава гаранција које му је друштво обезбиједило и које су биле компензација за жртву која укључује његову послушност. Ретроактивним дјеловањем право је лишено своје праве природе. Закон са ретроактивним дјеловањем није, у ствари, закон.” В. Constant, *Moniteur*. June 1, 1828, стр. 755; У оквиру теорија природног права, ретроактивно дјеловање је сматрано праведним разлогом за грађанску непослушност или убијање тирана. „Закони са ретроактивним дјеловањем, који су *ex post facto* закони којима се особе лишавaju живота и слободе, крше принцип правне неутралности. Они су, стога, незаконити и свако одбијање таквих закона је легитимно.” F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian State*, New York, 1957, стр. 158.

и горе ако је закон који је донесен у парламенту, па проглашен неуставним већ сам по себи имао ретроактивно дејство.

О временском дејству интерпретативних одлука уставног суда према члану 149 став 1 Устава Републике Бугарске из 1991. године вођена је академска расправа. Према класичној теорији о правном тумачењу, тумачење нема правну ваљаност ако је одвојено од акта који мора да протумачи. Слиједећи ову констелацију, чини се да би интерпретативне одлуке уставног суда требале да производе правно дејство *ex tunc*.<sup>46</sup> Након снажне академске дебате, уставни суд је прихватио становиште да све његове одлуке, укључујући и интерпретативне, производе правно дејство за убудуће.

## Закључак

Закључак да уставне судове, као позитивне/негативне или негативне/позитивне законодавце, треба третирати као другу руку или млађе дијете у породици законодавца унутар државе је погрешан.

У другим пољима подјеле власти уставни судови могу да имају много значајнију улогу него парламент или извршна власт. То је због тога што се само један дио надлежности уставног суда односи на законе који се доносе у парламенту, а друге надлежности су чисто специјалне, којима се на посљедњој судској инстанци у правним стварима доносе коначне и неопозиве пресуде против којих није дозвољена жалба. Поред свих надлежности суда, укључујући и законодавну, надлежност не може да се врши *ex officio*, него мора да буде покренута тако да се овлашћени подносилац, подносећи жалбу, обрати суду да донесе одлуку о судском спору.

Одлуке уставних судова којима се одлучује о уставности политичких странака, законитости изборних резултата, поништавању избора или мандата, рјешавању сукоба надлежности, опозиву или кривичној оптужби у предметима против највише позиционираних државних функционера немају никакве везе са законодавном функцијом. У овим правним стварима суд има монопол, јер ни са једним носиоцем законодавне или извршне власти не дијели надлежност да пресуђује.

---

46 Супротан закључак би значао да је та одредба закона имала једно значење прије него што је суд прогласио своју одлуку, а да је онога тренутка када је суд прогласио своју одлуку, та одредба добила друго значење. Ако је то тако, онда нема другог објашњења него да је Уставни суд прекорачио своја овлашћења и измијенио и допунио Устав, дјелујући као представник уставотворне власти.

II. Уставни суд као негативни/позитивни законодавац је присутан у сљедећим надлежностима уставне јурисдикције:

1. Улога уставних судова да се уплићу у уставотворну власт, доносећи уставна правила и мијењајући устав;
2. Улога уставних судова да се уплићу у законодавство које усваја парламент и улога помоћника законодавца, који допуњава законе, додаје им нове одредбе и одређује временске учинке закона;
3. Улога уставних судова да се уплићу у изостанак законодавства због правних празнина, када понекад дјелују као привремени законодавци;
4. Улога уставних судова као законодавца у питањима судске контроле;
5. Улога уставних судова да доносе интерпретативне одлуке које се односе на текст устава у случају када постоји различито разумијевање уставних одредби или контрадикторности и нејасноће у самом тексту;
6. Улога уставних судова да поново врате прописе који су се примјењивали прије одредаба које суд прогласи неуставним;
7. Улога уставних судова при одређивању временског дјеловања и посљедица законских одредби које су проглашене неуставним.

III. Постоје значајне разлике у законодавним улогама парламента и уставног суда које би требало нагласити.

Очито је да је опција претварања уставног суда у негативног законодавца потпуно различита од законодавне улоге парламента, те није ни потребно опширније објашњење, јер је та тема већ довољно обрађена.

Ипак, када уставни суд има улогу позитивног законодавца, она је, такође, различита од улоге коју има позитивни законодавац, што је основна надлежност парламената. Док се позитивни закони увијек припремају и доносе на иницијативу парламента, функција суда као позитивног законодавца има посљедично дејство на правне границе парламентарне политичке воље која ствара садржину закона.

Парламентарци су слободни и аутономни при одабиру предмета законских одредби под условом да воде рачуна о уставним ограничењима. Уставни судови не могу *ex officio* вршити функцију позитивног/негативног законодавца. Док закони које доноси парламент могу да буду под политичким или сличним утицајима у питањима која се тичу изборне кампање, уставни судови интервенишу само када се одлучује о случајевима чији је резултат само у интересу потврђивања супремације устава, заштите основних људских права и примата међународног и права ЕУ за државе чланице ЕУ.

IV. И ако нема обраћања уставном суду, суд, такође, има одређени утицај на законодавца због саме чињенице да контрола уставности постоји, као могуће

упозорење законодавцу да води рачуна о уставним ограничењима како би избјегао поништавање законских одредби. На тај начин могућност обраћања уставном суду има превентивно индиректно дејство на формирање воље законодавца, или на суштину и садржину закона. Тако се амбиција законодавца држи у оквиру уставних ограничења.

V. Дилема негативни насупрот/или/и позитивни законодавац у одлукама уставног суда је лажна. У ствари, многе комбинације и нивои овог међусобног односа могли би да се нађу у свакој одлуци уставног суда. Дуализам законодавства уставних судова као негативног/позитивног законодавца, према формули Н. Келсена „замјенски однос”, могао би да буде додатно развијен и доведен до својих логичких посљедица. Та хипотеза директни негативни законодавац најчешће иде заједно, руку подруку, а не као алтернатива, са индиректним позитивним законодавцем у судским одлукама у којима је проглашена неуставност. Међутим, ово води до директне законодавне функције парламента, који врши имплицитну индиректну негативну законодавну дјелатност законодавца.

Ако упоредимо законодавне улоге судова и парламента, можемо да закључимо да би било правично говорити о повратном односу позитивне наспрам негативне легислативе парламента и уставних судова, а не разбијати главу лажном дилемом о супротстављеном положају негативног наспрам позитивног законодавца или *vice versa*.

VI. Коначно, однос између пасивизма уставних судова и њиховог судског активизма треба третирали у контексту класичног и модерног конституционализма створеног за демократску власт са надлежностима набројаним у уставу.

У том контексту, уставни суд је ограничен у погледу арбитрарне власти којом се крши устав. Ограничити уставни суд у погледу такве арбитрарне власти је исто што и омогућити владавину деспотизма упркос чињеници да владавина деспотизма може да буде скривена иза изворне намјере или супремације аргумента народне воље. Међутим, судови морају да ублаже свој активизам како сами не би постали заступници деспотизма.

## **JUDICIAL ACTIVISM IN THE CASE-LAW OF THE SLOVENIAN CONSTITUTIONAL COURT**

### **1. The Principle of the Unity of Power and the Principle of the Separation of Powers**

Much has been said and written on judicial activism by legal theorists since the mid-twentieth century.<sup>1</sup> From these discussions one can conclude that this term does not have just one meaning. One of its meanings concerns the relationship between the legislature and the Constitutional Court with regard to the question of whether in the performance of its competences the Constitutional Court can enter the original sphere of the legislature – therefore, whether its role as a so-called negative legislature, which is accompanied by the principle of judicial self-restraint, can be transformed into the role of a so-called positive legislature, which is accompanied by judicial activism.

In a democratic state, the relationship between the parliament, which exercises legislative power, and the Constitutional Court, which exercises (constitutional) judicial power, is a relationship between two significant authorities of the state power based on the principle of the separation of powers between the legislative (executive) branch of power and the judicial branch of power. In addition to respect for human rights and fundamental freedoms, as well as free democratic elections, it is precisely the principle of the separation of powers<sup>2</sup> that is one of the more significant constitutional

---

1 See, for instance, K. D. Kmiec, The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism”, California Law Review, October 2004, available at <[www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm)> (accessed on 21 January 2014).

2 Regarding the principle of the separation of powers, see, for instance, L. Pitamic, *Država, Družba Sv. Mohorja, Prevalje 1927*, pp. 99–105, B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, 12<sup>ème</sup> édition, Armand Collin, Paris 1995, pp. 106–111, and F. Grad in F. Grad *et al.*, *Državna ureditev Slovenije, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999*, pp. 38–47. In conformity with the established doctrine, also the Constitutional Court of the Republic of Slovenia adopted a definition of this principle: The principle of the separation of the powers requires that individual branches of power be separated one from another, as a general rule in both the subjective and

elements due to which the constitutional regulation of the democratic Slovene state differs from the constitutional regulation of the Slovene federal unit of the former common Yugoslav federal state, of which the principle of the unity of powers was characteristic.<sup>3</sup> From the perspective of the principle of the unity of power, the introduction of constitutional courts in the former common Yugoslav state and in its federal units was in a way surprising. In Slovenia, as in Bosnia and Herzegovina, 50 years have passed since the first nine constitutional judges were appointed in 1963, since the first Constitutional Court Act was adopted on the basis of the then valid constitutional order, and since the then existing Constitutional Court of the federal unit actually started functioning in 1964. Consequently, also in Slovenia one can speak of the fiftieth anniversary of the judiciary competent to decide on constitutional matters.<sup>4</sup> The existence of a constitutional judiciary even before the independent democratic state was formed facilitated and accelerated the establishment of the Constitutional Court on new constitutional foundations in a state governed by the rule of law based on respect for human rights and fundamental freedoms.<sup>5</sup> However, in Slovenia, as a democratic state governed by the rule of law, the role and importance of the Constitutional Court, as well as its competences in adjudicating, differ from the role that the Constitutional Court had played and the importance and competences that it had enjoyed previously.<sup>6</sup> Consequently, one can speak of the constitutional

---

organisational sense, as well as functionally, and that a constitutional checks and balances mechanism must be established between them in order to prevent abuses of power with a view to ensuring respect for people and their dignity (Decision of the Constitutional Court No. U-I-158/94, dated 9 March 1995, Official Gazette RS No. 18/95 and OdlUS IV, 20); however, between individual branches of power there must also exist mutual respect and, to a certain degree, adequate cooperation in order for the functioning of state power as a whole to be ensured (Decision No. U-I-83/94, dated 14 July 1994, Official Gazette RS No. 48/94 and OdlUS III, 89).

- 3 „A characteristic of the principle of the unity of power is that it proceeds from the belief that the state power can only be uniform, because it is an expression of the people’s sovereignty. Consequently, it cannot be divided and it is centralised in a single authority of the state, as a general rule in the legislative body.” F. Grad, *Parlamentarno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2013, p. 67.
- 4 See C. Ribičič, *Petdeset let ustavnega sodstva v Sloveniji*, Pravna praksa, 1(2004), p. 33.
- 5 The Constitutional Court continued its work after the Constitution was adopted in 1991 (Article 7 of the Constitutional Act Implementing the Constitution of the Republic of Slovenia, Official Gazette RS No. 33/91); however, it should be noted that at that time all the judges of the Constitutional Court except one had already been elected by the legislative assembly that was constituted after the first democratic elections in March 1990.
- 6 Especially due to the principle of the unity of power, the then Constitutional Court did not have the competence to abrogate laws, but could only establish their unconstitutionality, draw the legislative assembly’s attention thereto, and set a time limit for the elimination thereof; if the legislative assembly did not eliminate the unconstitutionality, in conformity with constitutional provisions the law ceased to be in force. „Under such regulation, a law ceased to be in force on the basis of the Constitution, not on the basis of a decision of the Constitutional Court. For such reason, it was deemed that in spite of the establishment of the Constitutional Court, the supremacy of the legislative assembly was maintained, because the Constitutional Court could not abrogate its laws [...]”; F. Grad, *op. cit.*, p. 150.



judiciary having a new quality from 1991 onwards. This is when the Constitutional Court became the highest body of the judicial branch of power for the protection of constitutionality, human rights, and fundamental freedoms.<sup>7</sup>

## **2. The Principle of the Separation of Powers and the Activism of the Constitutional Court**

From the principle of the separation of powers there follows the requirement that each authority is to responsibly carry out the tasks with which it is entrusted under the constitutional order. It is the democratically elected legislative authority that is called on to regulate social relationships by binding legal force. In doing so, it must respect the Constitution. It is precisely the Constitutional Court that by carrying out its competences monitors whether the legislature is operating within constitutional limits. As the guardian of the Constitution, it is authorised to abrogate laws that exceed these limits (checks and balances).<sup>8</sup> Therefore, the Constitutional Court is often called the negative legislature. Such a position would require that it always limit the exercise of its competences to the starting point imposed by the principle of the separation of powers. It is necessary to agree that the Constitutional Court must, as a general rule, remain at this starting point. Nonetheless, it must be taken into consideration that the Constitutional Court is the guardian of the values included in the Constitution<sup>9</sup> and among them especially human liberty based on human dignity and respect for one's human rights and fundamental freedoms. This mission of the Constitutional Court can be implemented if efficiency in the review of constitutionality is ensured. In its role of guardian of human rights and fundamental freedoms it can thus be activist already when interpreting constitutional provisions that protect human liberty. It can also be activist when in order for its role to be effectively implemented in the wake of an established unconstitutionality it must temporarily enter the field that otherwise belongs to the legislature in order to prevent human rights and fundamental freedoms from remaining unprotected until the legislature takes action. In this paper I focus precisely on this aspect of judicial activism in the case law of the Slovene Constitutional

7 See the first paragraph of Article 1 of the Constitutional Court Act (Official Gazette RS No. 19/94 *et seq.*).

8 On such basis, the term constitutional democracy became established, which expresses „that the assessment whether the decisions of the majority are correct is subject to a fundamental reservation, namely the reservation whether these decisions are consistent with the constitution”; W. Hassemer, *Ustavna demokracija*, *Pravnik*, 4–5 (2003), p. 214.

9 „It is in the nature of a constitution that it includes a number of value-based criteria that must be individually defined, normatively concretised and, if necessary, also further developed.”; M. Pavčnik, *Ustavnoskladna razlaga (zakona)*, in: M. Pavčnik and A. Novak (Ed.), *(Ustavno)sodno odločanje*, GV Založba, Ljubljana 2013, p. 69.

Court. Although I am disposed to such activism of the Constitutional Court, I believe that there should be limits to it.

### **3. The Constitutional Court – the Positive Legislature**

In the Constitutional Court's activity, a special and distinctive form of judicial activism becomes apparent when in addition to establishing an unconstitutionality the Constitutional Court enters the legislature's sphere in a completely obvious manner. However, what it does is only temporary, until the legislature performs its role by itself. In Slovenia, the Constitutional Court does this on the basis of a statutory authorisation that enables it to determine the manner of execution of its decision.<sup>10</sup> The Constitutional Court has already been exercising this authorisation for twenty years – not only to determine, as is stated by law, which authority must implement the decision and in what manner such must be done, in order to ascertain, in such manner and if necessary, the effects of its decision, but also to entirely overtly temporarily regulate, with the legally binding force of law, the questions that were the subject of the assessed statutory regulation.<sup>11</sup> Therefore, it can be claimed that also with regard to the interpretation of this statutory provision, which is the basis of the described action, the Constitutional Court is activist.

When reviewing the decisions adopted in past years it is possible to ascertain that the Constitutional Court exercises such authorisation approximately eight times per year, whereby sometimes it exercises such already when deciding on the suspension of the implementation of a law until the adoption of the final decision of the Constitutional Court on the matter.<sup>12</sup> Let us review a few cases in which the Constitutional Court exercised this authorisation when it adopted the final decision on the case.

---

10 The second paragraph of Article 40 of the Constitutional Court Act reads as follows: „If necessary, the Constitutional Court determines which authority must implement the decision and in what manner. [...]”

11 „On the basis of this provision, the Constitutional Court can, inter alia, temporarily regulate the transitory state, until the legislature eliminates the unconstitutional situation established by a decision of the Constitutional Court. The provision of the second paragraph of Article 40 [of the Constitutional Court Act] does not determine conditions that would have to be fulfilled for it to be applicable, for its application is left to the assessment of the Constitutional Court in each individual case. [...] What is most important is that by a decision reached on such a basis the Constitutional Court does not necessarily interpret the Constitution and therefore, in this part, does not carry out a review of constitutionality [...]. Consequently, the legislature may change the manner of implementation [...] by a law.”; see Decision of the Constitutional Court No. U-I-163/99, dated 23 September 1999 (Official Gazette RS No. 80/99 and OdlUS VIII, 209).

12 See, for instance, Order of the Constitutional Court No. U-I-417/02, dated 16 January 2003 (Official Gazette RS No. 11/03); joined and decided by Decision No. U-I-346/02, dated 10 July 7 2003 (Official Gazette RS No. 73/03 and OdlUS XII, 70).

#### 4. Examples of Activism due to the Protection of Human Rights

On the basis of the first decision of the Constitutional Court in the so-called „erased persons” affair,<sup>13</sup> the legislature adopted a law that regulated the status in Slovenia of citizens of other successor states of the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia [hereinafter referred to as the SFRY]. By its second decision in the „erased persons” affair<sup>14</sup> the Constitutional Court decided that a certain part of this law was unconstitutional. At the same time, it decided that the permanent residence of the citizens of successor states of the former SFRY that had acquired a permanent residence permit on the basis of this law or on the basis of the Aliens Act was to be assessed, for the period from 26 February 1992 onwards, on the basis of the permanent residence permit if on that day these persons were erased from the registry of permanent residents, and the Constitutional Court as well imposed on the competent ministry the duty to adopt supplementary decisions regarding the persons concerned. The decision was met with a strong reaction from politicians and some legal theorists, who raised the question whether administrative decisions may be issued directly on the basis of the operative provisions of the Constitutional Court’s decision or whether a special law must first be adopted.<sup>15</sup>

There were several such decisions related to the protection of the right to vote. The Constitutional Court established the unconstitutionality of a number of laws regulating elections due to a regulation that enabled the revocation of the right to vote of persons whose capacity to contract had been revoked due to the extension of parental rights, although they could not take care of themselves, or their benefits and rights, merely due to their physical handicap. The Constitutional Court abrogated the statutory provisions by a one-year period of deferment and at the same time decided that within such period these persons have the right to vote.<sup>16</sup>

13 Decision of the Constitutional Court No. U-I-284/94, dated 4 February 1999 (Official Gazette RS No. 14/99 and OdlUS VIII, 22).

14 Decision of the Constitutional Court No. U-I-246/02, dated 3 April 2003 (Official Gazette RS No. 38/03 and OdlUS XII, 24).

15 In Order No. U-II-3/03, dated 22 December 2003 (OdlUS XII, 101), the Constitutional Court clearly responded to that in conformity with the position adopted in Decision No. U-I-163/99: „The Constitutional Court itself ‘prescribes’, by the manner of implementation, the content of the norm (it fills-in the legal gap) in one possible manner (if there exist, of course, multiple possible manners) of the implementation of a decision. Authorities of the state competent (already on the basis of a law or determined by a decision, as is the case in the case at issue) for the implementation of a decision of the Constitutional Court must act in accordance with that part of the decision that determines the manner of implementation as long as the legislature (the National Assembly) does not prescribe it differently, if it determines to do so (by adopting another law), and regulates the matter in a different manner consistent with the Constitution.”

16 Decision of the Constitutional Court No. U-I-346/02, dated 10 July 2003 (Official Gazette RS No. 73/03 and OdlUS XII, 70).

The Constitutional Court in part abrogated the statutory regulation of local elections that determined that it was necessary that a higher number of voters support the list of candidates for elections to municipal councils than the number of votes necessary to win a particular term of office. At the same time, it decided that until a different regulation is adopted, the list of candidates in local elections in a particular constituency can be determined, by collecting signatures, by a group of at least fifteen voters who have permanent residence in the constituency.<sup>17</sup>

The Constitutional Court established the unconstitutionality of the act regulating elections because it failed to regulate in sufficient detail the rules of voting by post. It decided that until the established unconstitutional legal gap is eliminated, the envelopes containing ballot papers that reach the electoral commission by mail must either have a postal stamp or include attached documents from which the date they were mailed at the post office is evident.<sup>18</sup>

The Constitutional Court established the unconstitutionality of the Elections and Referendum Campaign Act, which prohibited the publication of public opinion surveys seven days before elections. It decided that until the established unconstitutionality is eliminated, the publication of public opinion surveys on candidates, lists of candidates, political parties, and on the questions posed in a referendum is not permitted twenty-four hours before the date of voting.<sup>19</sup>

In light of the established unconstitutionality of the Personal Income Tax Act, because the latter failed to treat stepchildren the same way as other children from family units of persons subject to personal income tax, the Constitutional Court decided that until the established unconstitutionality is eliminated, the tax deduction was to increase in the same manner for stepchildren as for other children.<sup>20</sup>

The Constitutional Court established the unconstitutionality of the Enforcement and Securing of Civil Claims Act, because the objections of third persons who demonstrated with a high degree of probability that they have a right that prevents such enforcement could not be assessed by the executing court substantively. It determined the manner courts are to treat such persons' motions for the postponement of enforcement until the established unconstitutionality is eliminated.<sup>21</sup>

---

17 Decision of the Constitutional Court No. U-I-49/06, dated 22 June 2006 (Official Gazette RS No. 70/06 and OdlUS XV, 56).

18 Decision of the Constitutional Court No. U-I-7/07, Up-1054/07, dated 7 June 2007 (Official Gazette RS No. 54/07 and OdlUS XVI, 63).

19 Decision of the Constitutional Court No. U-I-67/09, Up-316/09, dated 24 March 2011 (Official Gazette RS No. 28/11 and OdlUS XIX, 19).

20 Decision of the Constitutional Court No. U-I-259/01, dated 20 November 2003 (Official Gazette RS No. 118/03 and OdlUS XII, 90).

21 Decision of the Constitutional Court No. U-I-110/03, Up-631/03, dated 14 April 2005 (Official Gazette RS No. 46/05 and OdlUS XIV, 21).

The Constitutional Court established the unconstitutionality of the Police Act that was so indefinite that it enabled the Police to verify the identity of a person only due to their appearance which allegedly raised the suspicion that they would commit, are committing, or have committed a minor offence or a criminal offence. It decided that until this unconstitutionality is eliminated, the mere appearance of a person cannot serve as the reason for determining their identity.<sup>22</sup> The Constitutional Court also established the unconstitutionality of the Police Act due to the fact that the disclosure of certain confidential information necessary for the defence in criminal proceedings depended on a discretionary decision of the Minister of the Interior. At the same time, it granted judges, until a different statutory regulation is adopted, authorisation to decide on the disclosure of confidential information in criminal proceedings despite the Minister's opposition, and determined the procedure by which judges decide on the matter.<sup>23</sup>

In two decisions the Constitutional Court established the unconstitutionality of the statutory regulation of same-sex partnerships. Firstly, an unconstitutionality was established because the regulation did not prescribe the same rules for inheritance between the partners in a registered same-sex partnership as apply for spouses,<sup>24</sup> and secondly, also due to inadmissible discrimination based on sexual orientation regarding inheritance between homosexual partners who live in a long-term partnership but have not registered a same-sex partnership, in comparison with the regulation of inheritance between common-law partners.<sup>25</sup> In both cases the Constitutional Court decided that until the established inconsistency is remedied, the same rules apply for homosexual partners who live in a registered same-sex partnership as apply for spouses, and that the same rules apply for homosexual partners who live in a long-term partnership [but have not registered a same-sex partnership] as apply for common-law partners.

## **5. Activism or a Step Too Far into the Legislative Sphere?**

What the mentioned cases all have in common is that the Constitutional Court temporarily entered the legislative sphere in order to safeguard individual human rights. However, it is necessary to observe that sometimes the Constitutional Court decided on such a measure also when what was at issue was the regulation of questions

---

22 Decision of the Constitutional Court No. U-I-152/03, dated 23 March 2006 (Official Gazette RS No. 36/06 and OdlUS XV, 22).

23 Decision of the Constitutional Court No. U-I-271/08, dated 24 March 2011 (Official Gazette RS No. 26/11 and OdlUS XIX, 18).

24 Decision of the Constitutional Court No. U-I-425/06, dated 2 July 2009 (Official Gazette RS No. 55/09 and OdlUS XVIII, 29).

25 Decision of the Constitutional Court No. U-I-212/10, dated 14 March 2013 (Official Gazette RS No. 31/13).

that essentially belong within the sphere of political decision-making of the legislature. In my opinion, in those cases it is not possible to concur with the activism of the Constitutional Court. Often times, a characteristic of such cases is that judicial activism is in fact demonstrated already before the manner of implementation is determined, i.e. when the Constitutional Court interferes too much with the legislature's discretion already when interpreting constitutional provisions. One such case is that in which the Constitutional Court decided differently than the legislature, namely that the President of the „faux second chamber” of the Slovene parliament performs his or her office professionally.<sup>26</sup>

Another example is the case when the Constitutional Court established the unconstitutionality of the Urban Municipality of Koper because it allegedly included both municipal areas and settlement areas without any connection between them. In doing so, the Constitutional Court extended, until the established unconstitutionality was remedied and shortly before local elections, the term of office of the then municipal council members, until they were to assume office in the new municipalities that were to be established under the new statutory regulation.<sup>27</sup> The legislature opposed this and instead of regulating the municipalities anew, in 1999 it adopted a law by which it called elections in the Urban Municipality of Koper, a law which the Constitutional Court later confirmed was not inconsistent with the Constitution.<sup>28</sup> However, the story was not yet over, because it appeared for a second time on the docket of the judges of the Constitutional Court. That time, however, the outcome was just the opposite.

The legislature initiated activities that would take away a part of the territory of the Urban Municipality of Koper and establish the new Municipality of Ankarán. In a consultative referendum, the majority of inhabitants on the territory that would belong to the future new municipality voted in favour of an independent municipality.<sup>29</sup> Notwithstanding such will of the voters, the legislature adopted the decision that it would not establish the new Municipality of Ankarán. The Constitutional Court established the unconstitutionality of the Establishment of Municipalities and Municipal Boundaries Act and imposed on the legislature the obligation to repeal it within two months. At the same time it abrogated the calling of regular municipal elections in the

---

26 Decision of the Constitutional Court No. U-I-248/08, dated 11 November 2009 (Official Gazette RS No. 95/09 and OdlUS XVIII, 51).

27 Decision of the Constitutional Court No. U-I-301/98, dated 17 September 1998 (Official Gazette RS No. 67/98 and OdlUS VII, 157).

28 It already decided on that by the above-quoted Decision No. U-I-163/99, in which it gave priority to the principle of the periodicity of elections over the established unconstitutionality regarding the territory of the municipality.

29 The third paragraph of Article 139 of the Constitution determines: „A municipality is established by law following a referendum by which the will of the residents in a given territory is determined. The territory of the municipality is also defined by law.”

Urban Municipality of Koper, it imposed on the President of the National Assembly the obligation to call elections for the municipal council of the Urban Municipality of Koper and for the municipal council of the new Municipality of Ankaran, after the law establishing the Municipality of Ankaran was to be implemented, and extended the term of office of council members and the mayor of the Urban Municipality of Koper until the newly elected authorities are constituted.<sup>30</sup> The decision was met with strong reactions from a part of the professional public,<sup>31</sup> while the legislature once again refused to respect the Constitutional Court's decision by adopting the Calling of Regular Local Elections in the Municipality of Koper Act. This Act was also challenged before the Constitutional Court, however that time the Constitutional Court did not stop where it had in 1999, but took one step further in its activism.

The Constitutional Court did in fact allow regular local elections in the Urban Municipality of Koper, but at the same time established, by itself, the Municipality of Ankaran and decided that the first elections in the municipality are to be carried out in 2014,<sup>32</sup> i.e. this year in the autumn. In my opinion, such decisions entail a step too far towards judicial activism, consequently I could not concur with them,<sup>33</sup> although otherwise I am disposed to activism, especially when what is at issue is the protection of human rights and fundamental freedoms. In contrast, „the Municipality of Ankaran – yes or no” affair concerns a typical question that falls within the competence of the legislature's decision-making; in the mentioned case, in how many and in which municipalities local self-government is to be carried out. The Constitutional Court should not interfere with such by its decisions, but should respect, in this matter, the legislature's sphere of political discretion.

\*\*\*

To conclude, I can say „yes” to the judicial activism of the Constitutional Court I speak of when human rights or fundamental freedoms are to be safeguarded. However, the Constitutional Court should consistently limit its activities to the sphere delimited by the principle of the separation of powers when what is at issue is decision-making on issues that by the nature of the matter must fall within the sphere of competences exclusive to the elected representatives of the people in the parliament.

30 Decision of the Constitutional Court No. U-I-137/10, dated 26 November 2010 (Official Gazette RS No. 72/10 and OdlUS XIX, 9).

31 See, for instance, I. Kristan, *Nauk iz ankaranske zgodbe: spoštovati načelo delitve oblasti*, Pravna praksa No. 6–7 (2011), pp. 9–11, and M. Krivic, *Hudo poenostavljanje ankaranskega zapleta*, Pravna praksa No. 4 (2011), pp. 6–8.

32 Decision of the Constitutional Court No. U-I-114/11, dated 9 June 2011 (Official Gazette RS No. 47/11 and OdlUS XIX, 23).

33 I voted against Decisions No. U-I-137/10 and No. U-I-114/11, and explained in my separate opinions why the Constitutional Court excessively interfered with the sphere of the legislature.





## **SUDSKI AKTIVIZAM U PRAKSI USTAVNOG SUDA SLOVENIJE**

### **1. Načelo jedinstva vlasti i načelo raspodjele (o)vlasti.**

Mnogo toga su pravni teoretičari već rekli i napisali o sudskom aktivizmu od polovice dvadesetog stoljeća.<sup>1</sup> Iz ovih rasprava se da zaključiti kako ovaj termin nema samo jedno značenje. Jedno od njegovih značenja tiče se odnosa između zakonodavca i ustavnog suda u svezi s pitanjem može li ustavni sud u vršenju svojih nadležnosti zadirati u izvorni djelokrug zakonodavca – stoga, može li se njegova uloga tzv. negativnog zakonodavca, koju prati načelo sudskog samoograničavanja, transformirati u ulogu tzv. pozitivnog zakonodavca, koju prati sudski aktivizam.

U demokratskoj državi odnos između parlamenta, koji je vršitelj zakonodavne ovlasti, i ustavnog suda, koji predstavlja (ustavnu) sudsku ovlast, jeste odnos između dva značajna tijela državne vlasti utemeljen na načelu raspodjele ovlasti između zakonodavnog (odnosno izvršnog) i sudskog ogranka vlasti. Osim poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i slobodnih demokratskih izbora, upravo načelo podjele ovlasti<sup>2</sup> jeste jedan od značajnijih ustavnih elemenata zbog kojih se ustavna regulativa

---

1 Vidi, primjerice, K. D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism”*, *California Law Review*, listopad, 2004. god., <[www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm)> (pristupljeno 21. siječnja 2014. god.).

2 U svezi s načelom raspodjele ovlasti, vidi, primjerice, L. Pitamic, *Država, Družba Sv. Mohorja, Prevalje, 1927*, str. 99–105, B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, 12<sup>ème</sup> édition, Armand Collin, Paris, 1995, str. 106–111, i F. Grad u F. Grad *et al.*, *Državna ureditev Slovenije*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1999, str. 38–47. Sukladno ustanovljenoj doktrini, i Ustavni sud Republike Slovenije je usvojio definiciju ovoga načela: Načelo raspodjele ovlasti zahtijeva odvajanje grana vlasti jedne od druge, kao opće pravilo u subjektivnom i organizacijskom smislu, kao i funkcionalno, te da se mehanizam ustavnih kontrola i provjera mora uspostaviti između njih kako bi se spriječila zlouporaba ovlasti s ciljem osiguravanja poštivanja ljudi i dostojanstva (Odluka Ustavnog suda broj U-I-158/94 od 9. ožujka 1995. god., „Službeni glasnik RS” br. 18/95 i OdlUS IV, 20); međutim, između pojedinih grana vlasti također mora postojati uzajamno poštivanje do određenoga stupnja, adekvatna suradnja kako bi se osiguralo funkcioniranje državne vlasti u cjelini (Odluka broj U-I-83/94 od 14. srpnja 1994. god., „Službeni glasnik RS” br. 48/94 i OdlUS III, 89).

demokratske države Slovenije razlikuje od ustavne regulative federalne jedinice Slovenije u bivšoj zajedničkoj federalnoj državi Jugoslaviji, za koju je bilo karakteristično načelo jedinstva vlasti.<sup>3</sup> Iz perspektive načela jedinstvene vlasti uvođenje ustavnih sudova je u bivšoj zajedničkoj državi Jugoslaviji i njenim federalnim jedinicama na određen način bilo iznenađujuće. U Sloveniji je, kao i u Bosni i Hercegovini, prošlo 50 godina od kada je imenovano prvih devet ustavnih sudaca 1963. godine, kada je donesen prvi Zakon o Ustavnom sudu na temelju tada važećeg ustavnog poretka, i od kada je tada postojeći Ustavni sud federalne jedinice zapravo počeo funkcionirati tijekom 1964. godine. Stoga se i u Sloveniji može govoriti o 50. godišnjici (obljetnici) sudstva nadležnog za odlučivanje o ustavnim pitanjima.<sup>4</sup> Postojanje ustavnog sudovanja i prije nego što je uspostavljena neovisna demokratska država omogućilo je i ubrzalo uspostavu Ustavnog suda na novim ustavnim temeljima u državi gdje funkcionira vladavina prava utemeljena na poštivanju ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>5</sup> Međutim, u Sloveniji, kao demokratskoj državi s uspostavljenom vladavinom prava, uloga i značaj Ustavnog suda, kao i njegove nadležnosti u odlučivanju razlikuju se od uloge koju je Ustavni sud igrao, te od značaja i kompetencija koje je imao ranije.<sup>6</sup> Slijedom navedenoga, može se govoriti o tome kako ustavno sudovanje posjeduje novu kvalitetu od 1991. godine pa nadalje. Tada je Ustavni sud postao najviše tijelo sudskog ogranka vlasti za zaštitu ustavnosti, te ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>7</sup>

## 2. Načelo raspodjele ovlasti i aktivizam Ustavnog suda

Iz načela raspodjele ovlasti proizlazi (slijedi) uvjet da svaka vlast odgovorno izvršava svoje zadaće koje su joj povjerene prema ustavnom poretku. Demokratski izabrana zakonodavna vlast je pozvana da regulira društvene odnose obvezujućom zakonskom

3 „Karakteristika načela jedinstva vlasti jeste da ona polazi od uvjerenja da državna vlast može samo biti jedinstvena jer je izraz suvereniteta naroda. Slijedom toga, ne može se razdvojiti i centralizirana je u jedinstvenom organu države, kao opće pravilo, u zakonodavnom tijelu.” F. Grad, *Parlamentarno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2013, p. 67.

4 Vidi, C. Ribičič, *Petdeset let ustavnega sodstva v Sloveniji*, Pravna praksa, 1(2004), str. 33.

5 Ustavni sud nastavlja s radom nakon usvajanja Ustava 1991. godine (članak 7. Ustavnog akta koji implementira Ustav Republike Slovenije, „Službeni glasnik RS” broj 33/91); međutim, treba naglasiti da je u to vrijeme sve suce Ustavnog suda, osim jednoga, već izabrala zakonodavna skupština koja je konstituirana nakon prvih demokratskih izbora u ožujku 1990. godine.

6 Osobito zbog načela jedinstva ovlasti, tadašnji Ustavni sud nije imao nadležnost ukinuti zakone nego samo utvrditi njihovu neustavnost, te zakonodavnoj skupštini ukazati na tu činjenicu; ako zakonodavna skupština nije otklonila neustavnost, sukladno ustavnim odredbama, zakon prestaje važiti. „Sukladno takvim regulativama, zakon prestaje važiti na temelju Ustava, a ne na temelju odluke Ustavnog suda. Iz toga se razloga smatra, bez obzira na uspostavu Ustavnog suda, da zakonodavna skupština ima primat jer Ustavni sud ne može ukidati njene zakone [...]”; F. Grad, *op. cit.*, str. 150.

7 Vidi prvi stavak članka 1. Ustavnog akta („Službeni glasnik RS” broj 19/94 *et seq.*).

snagom. Pri tome mora poštivati Ustav. Upravo je Ustavni sud taj koji, vršeći svoju nadležnost, nadgleda djeluje li zakonodavac unutar ustavnih okvira. Kao čuvar Ustava, ima ovlasti ukinuti zakone koji pređu te granice (načelo kontrola i provjera).<sup>8</sup> Ustavni sud, stoga, često nazivaju negativnim zakonodavcem. Takav položaj bi zahtijevao da uvijek ograničava vršenje svojih nadležnosti do početne točke nametnute načelom raspodjele ovlasti. Nužno je složiti se da Ustavni sud mora, u pravilu, ostati na toj početnoj točki. Ipak, mora se uzeti u obzir da je Ustavni sud čuvar vrijednosti sadržanih u Ustavu<sup>9</sup>, a među tim posebice ljudskih sloboda utemeljenih na ljudskom dostojanstvu i poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda pojedinaca. Ovu zadaću Ustavnog suda moguće je izvršiti ukoliko je osigurana učinkovitost preispitivanja ustavnosti. U svojoj ulozi čuvara ljudskih prava i temeljnih sloboda on može tako biti aktivist čak i samim tumačenjem ustavnih odredbi koje štite ljudsku slobodu. Može također biti aktivist kada, da bi njegova uloga bila učinkovito implementirana kao rezultat utvrđene neustavnosti, mora privremeno zaći u oblast koja inače pripada zakonodavcu kako bi spriječio da ljudska prava i temeljne slobode ostanu nezaštićene dok zakonodavac ne poduzme relevantne radnje. Ovdje se fokusiram upravo na navedenome aspektu sudskog aktivizma u sudskoj praksi Ustavnog suda Slovenije. Iako sam sklona takvom aktivizmu, vjerujem da on mora biti ograničen.

### **3. Ustavni sud – pozitivni zakonodavac**

U radu Ustavnog suda posebna i karakteristična forma sudskog aktivizma postaje očita kada, pored utvrđenja neustavnosti, Ustavni sud zađe u zakonodavnu nadležnost na potpuno očevidan način. Međutim, to što radi je samo privremenog karaktera, dok zakonodavac tu svoju ulogu ne preuzme na sebe. U Sloveniji Ustavni sud to radi na temelju zakonskih ovlasti koje mu omogućuju da utvrdi način izvršenja svojih odluka.<sup>10</sup> Ustavni sud već 20 godina ostvaruje ovu nadležnost – ne samo da utvrdi, kako se navodi u zakonu, koja vlast mora izvršiti odluku i na koji način to mora biti učinjeno, kako bi time osigurao, ukoliko je to nužno, učinkovitost svoje odluke, ali isto tako da potpuno javno privremeno regulira, pravno obvezujućom zakonskom snagom, pitanja

8 Na takvoj se osnovi uspostavlja termin ustavne demokracije koji izražava „da je procjena je li odluka većine ispravna, predmet temeljne zadržke, naime, zadržke po pitanju ustavnosti odluke”; W. Hassemer, *Ustavna demokracija*, *Pravnik*, 4–5 (2003), str. 214.

9 „U prirodi je ustava da sadrži više kriterija utemeljenih na vrijednostima koje se moraju posebice definirati, normativno konkretizirati, te, ako je nužno, i dalje razvijati.”; M. Pavčnik, *Ustavnoskladna razlaga (zakona)*, u: M. Pavčnik i A. Novak (Ed.), *(Ustavno)sodno odločanje*, GV Založba, Ljubljana, 2013, str. 69.

10 Drugi stavak članka 40. Akta o Ustavnom sudu glasi: „Ako je neophodno, Ustavni sud određuje koje tijelo mora implementirati odluku i na koji način. [...]”

koja su bila predmetom preispitivanja zakonom propisane regulative.<sup>11</sup> Stoga se može tvrditi kako je Ustavni sud aktivist, u odnosu na tumačenje ove zakonske odredbe, koja predstavlja osnovu za opisano djelovanje.

Preispitujući odluke donesene proteklih godina moguće je konstatirati kako Ustavni sud vrši navedene ovlasti u prosjeku osam puta godišnje, pri čemu to ponekad čini već samim odlučivanjem o obustavi implementacije zakona do donošenja konačne odluke Ustavnog suda o relevantnom pitanju.<sup>12</sup> Preispitajmo nekoliko predmeta u kojima je Ustavni sud koristio ovu nadležnost kada je donosio konačnu odluku u predmetu.

#### 4. Primjeri aktivizma radi zaštite ljudskih prava

Na temelju prve odluke Ustavnog suda u aferi tzv. *brisanih osoba*,<sup>13</sup> zakonodavac je donio zakon koji je regulirao status državljana ostalih država slijednica bivše SFRJ u Sloveniji. Svojom drugom odlukom u aferi „*brisanih osoba*”<sup>14</sup> Ustavni sud je odlučio da je određeni dio ovoga zakona neustavan. Odlučio je kako prebivalište državljana ostalih država slijednica bivše SFRJ u Sloveniji, koji su stekli dozvolu trajnog boravka temeljem zakona ili akta o strancima treba preispitati za razdoblje od 26. veljače 1992. godine, pa dalje, na temelju trajne dozvole boravka ukoliko su toga dana ove osobe bile izbrisane iz registra prebivališta. Istodobno je također nametnuo nadležnome ministarstvu dužnost da usvoji dopunske odluke u svezi s navedenim osobama. Odluka je izazvala snažne reakcije političara i nekih pravnih teoretičara koji su postavili pitanje mogu li se administrativne (upravne) odluke donositi neposredno na temelju operativnih odredbi odluke Ustavnog suda ili se prvo mora usvojiti poseban zakon.<sup>15</sup>

- 11 „Na temelju ove odredbe, Ustavni sud može, *inter alia*, privremeno regulirati prelazni status, dok zakonodavac ne otkloni neustavnu situaciju koja je utvrđena odlukom Ustavnog suda. Odredba drugoga stavka članka 40. [Akta o Ustavnom sudu] ne utvrđuje uvjete koje treba ispuniti kako bi Akt bio primjenljiv, jer je njegova primjena ostavljena na ocjenu Ustavnom sudu u svakom pojedinačnom slučaju [...] Ono što je važno jeste da odlukom koja je donesena na toj osnovi, Ustavni sud ne tumači uvijek Ustav i stoga u tome dijelu ne vrši ocjenu ustavnosti [...]. Slijedom toga, zakonodavac može promijeniti način implementacije [...] putem zakona”; vidi Odluku Ustavnog suda br. U-I-163/99 od 23. rujna 1999. god. („Službeni glasnik RS” broj 80/99 i OdlUS VIII, 209).
- 12 Vidi, primjerice, Naredba Ustavnog suda br. U-I-417/02 od 16. siječnja 2003. god. („Službeni glasnik RS” broj 11/03); pridružena i odlučena Odlukom br. U-I-346/02 od 7. srpnja 2003. god. („Službeni glasnik RS” broj 73/03 i OdlUS XII, 70).
- 13 Odluka Ustavnog suda br. U-I-284/94, od 4. veljače 1999. god. („Službeni glasnik RS” broj 14/99 i OdlUS VIII, 22).
- 14 Odluka Ustavnog suda br. U-I-246/02 od 3. travnja 2003. god. („Službeni glasnik RS” broj 38/03 i OdlUS XII, 24).
- 15 U Naredbi br. U-II-3/03 od 22. prosinca 2003. god. (OdlUS XII, 101), Ustavni sud je jasno odgovorio kako, sukladno stavu usvojenom u Odluci br. U-I-163/99: „Ustavni sud sam ,propisuje’, načinom implementacije, sadržaj norme (ispunjava pravnu prazninu) na jedan mogući način (ako naravno postoje više mogućih načina) implementacije odluke. Organi

Doneseno je i nekoliko takvih odluka u svezi sa zaštitom glasačkoga prava. Ustavni sud je utvrdio neustavnost većega broja zakona koji reguliraju izbore zbog propisa koji je omogućavao ukidanje prava glasa osobama kojima je ukinuta sposobnost za zaključivanje ugovora zbog produljenja roditeljskog nadzora, iako se, isključivo zbog svoga fizičkog hendikepa, nisu mogli skrbiti o sebi ili svojim beneficijama i pravima. Ustavni sud je ukinuo te zakonske odredbe na razdoblje od godinu dana, a u isto vrijeme je odlučio tijekom relevantnoga razdoblja navedenim osobama dati pravo glasa.<sup>16</sup>

Ustavni sud je dijelom ukinuo zakonsku odredbu o lokalnim izborima kojom je bilo utvrđeno kako je potreban veći broj glasača da podrži listu kandidata za izbor u općinsko vijeće nego broj glasova nužan za osvajanje relevantnoga mandata. Istodobno je odlučeno, do usvajanja drukčije regulative, da se lista kandidata na lokalnim izborima u određenoj izbornoj jedinici može utvrditi skupljanjem potpisa skupine od najmanje petnaest glasača s prebivalištem u toj izbornoj jedinici.<sup>17</sup>

Ustavni sud je utvrdio neustavnost akta kojim se reguliraju izbori, jer njima nisu dovoljno detaljno određena pravila glasovanja preko pošte. Odlučeno je da, do uklanjanja takve pravne praznine, kuverte s glasačkim listićima koje su do izbornoga povjerenstva stigle poštom moraju imati poštanski pečat ili prateći dokument iz kojega se razvidno može utvrditi kojega su nadnevka poslane poštom.<sup>18</sup>

Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o kampanji za izbore i referendum, koji je zabranjivao objavu istraživanja javnoga mnijenja tijekom sedam dana pred izbore. Odlučeno je da, dok ne bude eliminirana utvrđena neustavnost, objavljivanje istraživanja javnoga mnijenja o kandidatima, političkim strankama, te o pitanjima koja se referendumom odlučuju nije dopušteno 24 sata prije izbora.<sup>19</sup>

U svjetlu utvrđene neustavnosti Zakona o porezu na osobni dohodak, jer nije tretirao pastorku na isti način kao i ostalu djecu u obiteljskim jedinicama osoba koje podliježu plaćanju poreza na osobni dohodak, Ustavni sud je odlučio, dok ne bude

---

države koji imaju nadležnost (već na temelju zakona ili utvrđeno odlukom, kakav je slučaj u ovome predmetu) za implementaciju odluke Ustavnog suda moraju djelovati sukladno dijelu odluke koja utvrđuje način implementacije sve dok to zakonodavstvo (Narodna skupština) ne odredi drugačije, ako utvrdi da to i uradi (usvajanjem drugog zakona), i regulira pitanje na drugi način koji je sukladan Ustavu.”

16 Odluka Ustavnog suda br. U-I-346/02 od 10. srpnja 2003. godine („Službeni glasnik RS” broj 73/03 i OdlUS XII, 70).

17 Odluka Ustavnog suda br. U-I-49/06 od 22. lipnja 2006. godine („Službeni glasnik RS” broj 70/06 i OdlUS XV, 56).

18 Odluka Ustavnog suda br. U-I-7/07, Up-1054/07 od 7. lipnja 2007. godine („Službeni glasnik RS” broj 54/07 i OdlUS XVI, 63).

19 Odluka Ustavnog suda br. U-I-67/09, Up-316/09 od 24. ožujka 2011. godine („Službeni glasnik RS” broj 28/11 i OdlUS XIX, 19).

eliminirana utvrđena neustavnost, povećati porezne olakšice na isti način za pastorkе kao i za ostalu djecu.<sup>20</sup>

Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o izvršenju i osiguranju parničnih potraživanja, jer prigovore trećih osoba koje su s visokim stupnjem vjerojatnosti demonstrirale kako imaju pravo koje sprječava navedeno izvršenje izvršni sud nije mogao materijalno ocijeniti. Utvrđen je način na koji sudovi trebaju postupati po prijedlozima tih osoba za odgodu izvršenja (ovrhe) dok se ne eliminira utvrđena neustavnost.<sup>21</sup>

Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o policiji koji je bio toliko neodređen da je omogućavao policiji provjeravanje identiteta osoba samo na temelju njihovoga izgleda, koji je navodno poticao sumnju kako bi mogli počinuti, čine ili su počinili prekršaj ili kazneno djelo. Odlučeno je da, dok utvrđena neustavnost ne bude eliminirana, sami izgled osobe ne može predstavljati razlog za utvrđivanje njezinoga identiteta.<sup>22</sup> Ustavni sud je također utvrdio neustavnost Zakona o policiji i zbog činjenice da je otkrivanje neke povjerljive informacije nužne za obranu u kaznenome postupku ovisilo o diskrecijskoj odluci ministra unutarnjih poslova. Istodobno, sucima je data ovlast odlučivanja, do usvajanja nove zakonske regulative, o otkrivanju povjerljivih informacija u kaznenim postupcima unatoč protivljenju ministra, te je utvrđena procedura prema kojoj suci odlučuju o tome pitanju.<sup>23</sup>

U dvije odluke Ustavni sud je utvrdio neustavnost zakonskih odredbi o istospolnom partnerstvu. Prvo, neustavnost je utvrđena jer odredba nije propisivala ista pravila nasljeđivanja između partnera u istospolnom partnerstvu kakva se primjenjuju na supružnike,<sup>24</sup> a drugo, i zbog nedopustive diskriminacije na temelju seksualne orijentacije u svezi s nasljeđivanjem među homoseksualnim partnerima koji žive u dugotrajnom partnerstvu, ali nisu registrirali istospolno partnerstvo, u usporedbi s odredbama o nasljeđivanju između izvanbračnih partnera.<sup>25</sup> U oba slučaja, Ustavni sud je odlučio, dok se ne ukloni utvrđena nesukladnost, ista pravila koja se primjenjuju na supružnike primjenjivati i na homoseksualne partnere koji žive u registriranome istospolnom partnerstvu, te ista pravila primjenjivati i u slučaju

20 Odluka Ustavnog suda br. U-I-259/01 od 20. studenoga 2003. godine („Službeni glasnik RS” broj 118/03 i OdlUS XII, 90).

21 Odluka Ustavnog suda br. U-I-110/03, Up-631/03 od 14. travnja 2005. godine („Službeni glasnik RS” broj 46/05 i OdlUS XIV, 21).

22 Odluka Ustavnog suda br. U-I-152/03 od 23. ožujka 2006. godine („Službeni glasnik RS” broj 36/06 i OdlUS XV, 22).

23 Odluka Ustavnog suda br. U-I-271/08 od 24. ožujka 2011. godine („Službeni glasnik RS” broj 26/11 i OdlUS XIX, 18).

24 Odluka Ustavnog suda br. U-I-425/06 od 2. srpnja 2009. godine („Službeni glasnik RS” broj 55/09 i OdlUS XVIII, 29).

25 Odluka Ustavnog suda br. U-I-212/10 od 14. ožujka 2013. godine („Službeni glasnik” RS broj 31/13).

homoseksualnih partnera koji žive u dugotrajnome partnerstvu (ali nisu registrirali istospolno partnerstvo) koja se primjenjuju na izvanbračne partnere.

## **5. Aktivizam ili iskorak u oblast zakonodavca?**

Ono što svi navedeni predmeti imaju zajedničko je da je Ustavni sud privremeno zašao u područje zakonodavstva kako bi zaštitio individualna ljudska prava. Međutim, nužno je primijetiti da je ponekad Ustavni sud odlučivao o takvoj mjeri i kada je u pitanju bilo reguliranje pitanja koja u osnovi spadaju u okvir političkoga odlučivanja zakonodavca. Po mome mišljenju, u takvim slučajevima nije moguće složiti se s aktivizmom Ustavnog suda. Često je karakteristika takvih slučajeva da se sudski aktivizam zapravo demonstrira i prije nego je utvrđen način implementacije, odnosno kada se Ustavni sud previše upliće u diskrecijsko pravo zakonodavca već pri samome tumačenju ustavnih odredbi. Jedan takav predmet je onaj u kojemu je Ustavni sud odlučio drugačije od zakonodavca, naime da predsjednik „lažnog drugog doma” slovenskoga parlamenta profesionalno obnaša ovu dužnost.<sup>26</sup>

Drugi primjer je predmet u kojemu je Ustavni sud utvrdio neustavnost gradske općine Kopar, jer se navodno sastoji od dva općinska teritorija i naselja bez bilo kakvih veza među njima. Pri tome, Ustavni sud je produljio dok ne ispravi utvrđenu neustavnost, te nedugo prije lokalnih izbora, mandat tadašnjih članova općinskoga vijeća do preuzimanja dužnosti u novim općinama koje je trebalo uspostaviti prema novome zakonu.<sup>27</sup> Zakonodavac se usprotivio tome i umjesto da nanovo uspostavi općine, 1999. godine je donio zakon kojim je sazvao izbore u gradskoj općini Kopar, zakon za koji je Ustavni sud kasnije utvrdio da je sukladan Ustavu.<sup>28</sup> Međutim, priča još nije bila završena, jer se ponovno pojavila pred sucima Ustavnog suda. Ovoga puta, međutim, ishod je bio upravo prečan.

Zakonodavac je ukazao na aktivnosti koje će izdvojiti dio teritorija gradske općine Kopar te uspostaviti novu općinu Ankaran. Na konzultativnom referendumu većina stanovnika teritorija koji je trebao pripasti budućoj novoj općini glasovala je za neovisnu općinu.<sup>29</sup> Bez obzira na tako izraženu volju glasača, zakonodavac je donio odluku

26 Odluka Ustavnog suda br. U-I-248/08 od 11. studenoga 2009. godine („Službeni glasnik RS” broj 95/09 i OdlUS XVIII, 51).

27 Odluka Ustavnog suda br. U-I-301/98 od 17. rujna 1998. godine („Službeni glasnik RS” broj 67/98 i OdlUS VII, 157).

28 Već je o tome odlučio navedenom Odlukom U-I-163/99 u kojoj je dao prioritet načelu periodičnosti izbora nad utvrđenom neustavnošću koja se odnosi na teritorij općine.

29 Treći stavak članka 139. Ustava utvrđuje: „Općina je utvrđena zakonom nakon referenduma kojim se utvrđuje volja stanovnika na datom teritoriju. Teritorij općine se također definira zakonom.”

da neće uspostaviti novu općinu Ankaran. Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o uspostavi općina i općinskih granica, te nametnuo zakonodavcu obvezu njegovoga ukidanja u roku od dva mjeseca. U isto je vrijeme opozvao sazivanje redovitih općinskih izbora u gradskoj općini Kopar, te nametnuo predsjedniku Narodne skupštine obvezu sazivanja izbora za općinsko vijeće gradske općine Kopar, te za općinsko vijeće nove općine Ankaran, nakon što bude implementiran zakon o uspostavi općine Ankaran, i produljio mandat članovima vijeća i gradonačelniku gradske općine Kopar do konstituiranja novoizabranih vlasti.<sup>30</sup> Odluka je dočeka snažnim reakcijama dijela profesionalne javnosti,<sup>31</sup> dok je zakonodavac ponovno odbio ispoštovati odluku Ustavnog suda donošenjem Zakona o sazivanju redovitih lokalnih izbora u općini Kopar. I ovaj je zakon osporen pred Ustavnim sudom, ali se Ustavni sud nije zaustavio tamo gdje je to učinio 1999. godine, nego je otišao korak dalje u aktivizmu.

Zapravo, Ustavni sud je dopustio redovite lokalne izbore u gradskoj općini Kopar, ali je istodobno sam uspostavio općinu Ankaran i odlučio da će se prvi izbori u općini održati tijekom 2014. godine,<sup>32</sup> odnosno u jesen tekuće godine. Po mome mišljenju, takva odluka ima za posljedicu korak predaleko u smjeru sudskoga aktivizma, te se stoga ne mogu složiti s njima,<sup>33</sup> iako sam inače sklona aktivizmu, posebice kada je u pitanju zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda. Nasuprot tomu, afera „općina Ankaran – da ili ne” tiče se tipičnoga pitanja koje spada u nadležnost zakonodavnoga odlučivanja; u navedenom slučaju, ukoliko i u kojim općinama će se vršiti lokalna samouprava. Ustavni sud se ne bi trebao uplitati u takve odluke, nego bi trebao poštivati, u ovoj stvari, okvir političkog diskrecijskog prava zakonodavca.

\*\*\*

Da zaključim, mogu reći „DA” sudskom aktivizmu Ustavnog suda o kojemu govorim kada je potrebno zaštititi ljudska prava i temeljne slobode. Međutim, Ustavni sud treba konzistentno ograničavati svoje aktivnosti u domeni razgraničenoj načelom raspodjele ovlasti kada se to odnosi na odlučivanje o pitanjima koja, po prirodi stvari, moraju spadati u okvir nadležnosti koje isključivo pripadaju izabranim zastupnicima naroda u parlamentu.

30 Odluka Ustavnog suda br. U-I-137/10 od 26. studenoga 2010. godine („Službeni glasnik RS” broj 72/10 i OdlUS XIX, 9).

31 Vidi, primjerice, I. Kristan, *Nauk iz ankaranske zgodbe: poštovati načelo delitve oblasti*, Pravna praksa broj 6–7 (2011), str. 9–11, i M. Krivic, *Hudo poenostavljanje ankaranskoga zapleta*, Pravna praksa broj 4 (2011), str. 6–8.

32 Odluka Ustavnog suda br. U-I-114/11 od 9. lipnja 2011. godine („Službeni glasnik RS” br. 47/11 i OdlUS XIX, 23).

33 Glasovala sam protiv odluka br. U-I-137/10 i br. U-I-114/11 te objasnila u svome izuzetom mišljenju zašto se Ustavni sud pretjerano umiješao u djelokrug zakonodavstva.



## **THE NEW TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND RIGHTS-BASED JUDICIAL ACTIVISM**

This paper purports to examine the role of constitutional complaint mechanism in changing the judicial activism of the Turkish Constitutional Court (TCC). The main thesis of the paper is that since the adoption of the individual petition system the judicial activism of the TCC has been directed towards the protection of human rights. This radical shift in the legal paradigm of the Court has certain implications for the development of human rights in general and popular and to certain extent democratic legitimacy of the Court in particular.

In the first part of the paper, a general picture of the judicial activism of the TCC will be presented by drawing attention to historical/political factors behind the establishment of the Court. The TCC's activist position will be revealed in its case-law concerning the constitutional amendments. Second part of the paper will argue that the introduction of the constitutional complaint mechanism with the 2010 constitutional amendment provided an unprecedented opportunity for the TCC to replace its long practiced „ideology-based” judicial activism with a „rights-based” approach.

### **1. The Turkish Constitutional Court as a Negative/Positive Legislator**

The expression „negative legislator” in the subtitle of this conference was used first by Kelsen to describe the function of the constitutional courts. For Kelsen, „The annulment of a law is a legislative function, an act – so to speak- of negative legislation.” He made it clear that „A court which is competent to abolish laws - individually or generally- functions as a negative legislator”.<sup>1</sup> In other words, the constitutional courts ultimately say what the law is not.

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006), (Originally published in 1949 by Harvard University Press), p.268.

Following the footsteps of Kelsen, the TCC was established in 1961 as a centralized organ charged with constitutional review. The TCC has been an activist court from the very beginning. The main reason for the fifty years judicial activism of the TCC may be found in the wills of the constituent power. The 1961 and 1982 Constitutions were created and shaped as reactions to the „failure of politics”. Therefore, from the very beginning the Court has been conceived as the most influential cure for „the fear of politics” or more particularly „the fear of majority”. The Court was historically designed by state elites as an influential instrument of political tutelage.

The TCC has generously used its power of interpretation to meet the high expectations of its creators, namely the state elites, with a view of protecting the State and its ideology against majority. Such a sacred mission of protecting political regime inevitably created an ideology-based judicial activism.

The typical examples of this judicial activism can be found in the Court’s case-law on the review of constitutional amendments. The Court has been judicially activist under both 1961 and 1982 Constitutions despite their very restrictive provisions concerning the review the constitutional amendments.<sup>2</sup> Article 148 of the current Constitution points out that „The Constitutional Court... examines and review the constitutional amendments **only** with regard to their form.” Article 148 also restricts the formal review of constitutional amendments to consideration whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the ban on debates under urgent procedure was complied with.

In 2008 the Court reviewed and invalidated amendments to Article 10 and 42 of the Constitution. These amendments aimed to remove the „headscarf ban” at universities. The question before the Court was whether it had the power of reviewing constitutional amendments. It replied this question affirmatively by interpreting Article 148 of the Constitution in the light of Article 4, and produced the condition of so-called „proposability” and „valid proposal”. The validity of any proposal for the constitutional amendments depends on the conformity of them to the basic principles of the Republic protected by Article 4 of the Constitution. The Court argued that the Turkish Parliament has no power to alter the Constitution that might affect directly or indirectly the permanent provisions of first three articles. According to the Court, the Parliament as a „constituted power” must act within the constitutional limitations imposed by the „primary constituent power”<sup>3</sup>

---

2 On this subject see Zühtü Arslan, „Unconstitutional Constitutional Amendments: The Turkish Experience”, Paper presented at The 3rd Black Sea Regional Conference on „Theoretical and Practical Aspects of Reviewing Constitutionality of the Constitutional Norms”, Batumi, June 29-30, 2013.

3 E. 2008/16, K.2008/116, K.T. 5.6.2008.

With regard to substance of the amendments, the Court easily declared amendments unconstitutional by referring to its earlier decisions and to the relevant judgments of the European Court of Human Rights on the issue of wearing headscarf at universities. For the TCC, the constitutional amendments aiming to lift the ban on headscarves at universities were in conflict with the principle of secularism and therefore to be invalidated.

More recently, in 2010 the TCC also invalidated certain amendments to the Constitution related to the election procedures of members of the Constitutional Court, and to the election procedures and certain qualifications of members of the Supreme Council of Judges and Prosecutors. Following the same reasons delivered in its 2008 „headscarf decision”, the Court reiterated its view that deputies had no power to propose direct or indirect amendments to first three articles of the Constitution. The Court continued to state that it had the authority to examine whether a constitutional amendment directly or indirectly changed the irrevocable provisions of the Constitution. The TCC has declared, „the review of constitutional amendments in terms of substance must be restricted to the consideration whether the amendments would destroy or undermine the permanent principles of the Constitution”.<sup>4</sup>

The Court annulled the amendments concerning voting method in the process of nomination and election of the members of the Constitutional Court and of the High Council of Judges and Prosecutors. The amendments were providing for the principle of „one member one vote” meaning that electors can cast vote for only one candidate. The Court found them as incompatible with the principle of democratic state governed by the rule of law.<sup>5</sup> The Court also invalidated the amendments empowering the President of the Republic to elect some members of the High Council of Judges and Prosecutors among professors of political sciences and economics and high ranking public officials on the ground that their election may undermine the principle of judicial independence, and thus was contrary to the principle of rule of law protected by Article 2 of the Constitution.<sup>6</sup>

These two decisions may be considered as examples of constitutional legislation through courts. In its decision of 2008, the Court acted as a „negative constitutional legislator” ultimately saying what the constitution was not. In 2010 the Court went further by annulling only some part of the articles and thereby leading to a different rule which was not intended by the Turkish Parliament.<sup>7</sup> In other words, the text of

4 E.2010/49, K.2010/87, K.T. 7.7.2010, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, (*Journal for Decisions of Constitutional Court*), 47/2 (2010), p.1161.

5 E.2010/49, K.2010/87, K.T. 7.7.2010, *AMKD*, 47/2 (2010), p. 1162, 1170.

6 E.2010/49, K.2010/87, K.T. 7.7.2010, *AMKD*, 47/2 (2010), p.1168.

7 Article 153 of the Turkish Constitution stipulates that „In the course of annulling the whole, or a provision, of laws or decrees having the force of law, the Constitutional Court shall not act as a lawmaker and pass judgment leading to new implementation.”

the constitutional provisions was changed; it was not the same text as adopted and submitted to referendum by the Parliament. At the end of the day, the Court intervened in the process of amending constitution as an influential actor who deserved to be called as a „positive constitutional legislator”.<sup>8</sup>

The judicial activism of the Turkish constitutional court exacerbated the tension between constitutionalism and democracy or between „constituent power” and „constitutional form”.<sup>9</sup> In democracies the ultimate source of power, including the constituent power, is the people who directly or through representatives may invoke its sovereignty. On the other hand, contemporary democracies are constitutional in the sense that the power of the majority of the people must be limited by the basic rights and liberties of minorities. Democracies with constitutional justice have been inevitably experiencing this tension albeit in a different forms and degrees.

There are two ways of reducing the heat of this tension. First, as Kelsen himself suggested, the members of the constitutional court may be elected by the parliament.<sup>10</sup> This proposal is related to the procedural aspect of democratic legitimacy. Second, essential aspect of democracy may require a different justification for the presence of constitutional courts. The widespread belief and presumption that constitutional judges are in a better position in protecting human rights than the parliamentarians constitutes a kind of practical justification for the existence of these courts. Whether this belief is true in reality is entirely different matter.<sup>11</sup>

Indeed constitutional courts have generally been regarded as the guardian of constitutional rights and liberties. „The protection of human rights”, as Stone put it, „is

---

8 This judicial activism of the TCC has been severely criticized by the scholars of constitutional law and politics. For instance, Professor Özbudun, a prominent constitutional lawyer, states that „under the periods of both 1961 and 1982 Constitutions, the Constitutional Court has exceeded its power of reviewing constitutional amendments granted by positive law, and as a result possessed the constituent power that belongs to people and its elected representatives.” Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, (*The Process of Democratisation in Turkey: Constitution Making and Constitutional Justice*), (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014), p.35.

9 For a collection of articles on this topic see Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, (Oxford: Oxford University Press, 2008).

10 Kelsen explained the „antagonism” between the positive and negative legislators and the way of lessening this tension as follows: „*The possibility of a law issued by the legislative organ being annulled by another organ constitutes a remarkable restriction of the former’s power. Such a possibility means that there is, beside the positive, a negative legislator, an organ which may be composed according to a totally different principle from that of the parliament elected by the people. Then antagonism between the two legislators, the positive and the negative, is almost inevitable.*” Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp.268-269.

11 Those who are against judicial review claim that there is no conceptual and empirical evidence that courts are far better than the parliaments in protecting rights. See, for instance, Jeremy Waldron, „The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol.115, (2006): 1346-1406.

a central purpose of modern European constitutionalism, and constitutional judges are the agents of that purpose”.<sup>12</sup> At the end of the day the success of the constitutional courts in protecting rights may significantly contribute to their legitimacy.

## **2. The „New” Constitutional Court and Rights-Based Approach**

2010 constitutional amendments provided two main instruments for the TCC to lessen the tension concerning its democratic legitimacy. First, the constitutional amendments increased the number of judges from 11 to 17, and granted the Turkish Parliament the power to elect 3 judges (out of 17) at the TCC. Despite this modest and certainly insufficient step to ensure democratic legitimacy of the Court on procedural grounds, the change in the composition of the Court has brought about a kind of diversity.

More importantly, the constitutional amendment introduced constitutional complaint into the Turkish legal system.<sup>13</sup> Article 148 of the Constitution states that „everybody may apply to the Constitutional Court with an allegation that any of his or her constitutional basic rights and freedoms, within the scope of the European Convention of Human Rights, has been violated by public authority.”

The composition and powers of the Court were changed by the 2010 constitutional amendments to the extent that it may well be called „new” or in any case „renewed” court. At least for the sake of argument, I will distinguish between „the old constitutional court” and „the new constitutional court”, even though it is premature to say that „the new court” constitutes a radical break with „the old court” in many aspects. However, there is a high expectation that the new constitutional court, unlike the old one, must adopt a rights-based approach in its decisions involving both abstract review and individual applications.

The question then is very simple and straightforward: Will the constitutional complaint mechanism provide the necessary means for the TCC to adopt a „rights-based” position? This question is relevant because, generally speaking, it is hard to say that the Turkish judiciary has played a positive role in enhancing the standards of democracy and human rights. On the contrary, the judiciary has usually acted as a missionary dedicated to the divine cause of protecting the State and its official discourse rather than the individual and his/her rights and liberties.<sup>14</sup>

---

12 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, (Oxford: Oxford University Press, 2000), p.29.

13 The TCC started to receive individual complaints as of 23 September 2012.

14 See Zühtü Arslan, „Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey”, Terence C. Halliday, Lucien Karpik and Malcolm M. Feeley (eds.), *Fighting*

In the following section I will explain some examples of the rights-based judicial activism of the new constitutional court adopted in the field of constitutional complaint.

## **2.1. Cases Involving the Right to Personal Liberty**

### ***a) Interpreting the Condition of Legality***

The TCC's first decision finding a violation of constitutional rights was related to the right to personal liberty of arrested suspects. Under certain conditions individuals may be deprived of their liberty provided that these conditions are prescribed by law. The Court interpreted in a very strict manner the condition of „legality” with a view of avoiding arbitrary detentions. Article 102 (2) of the Criminal Procedure Law states that in serious crimes the period of detention must be extended to five years maximum. Ordinary courts interpreted this period as applicable to each crime committed by the same person, and calculated the period accordingly. This meant in practice those who were arrested for multiple crimes would be kept in custody for years and years.

The Constitutional Court declared that this interpretation of relevant article of the Criminal Procedure Law was not compatible with the right to personal liberty, which requires in principle the trial without detention. The TCC concluded that since five years statutory limitation must be applied to each detainee irrespective of the number of crimes allegedly committed, the period exceeding five years constituted a violation of the right to personal liberty protected by Article 19 of the Turkish Constitution.<sup>15</sup>

The rights-based approach of the TCC in cases of constitutional complaint has certain implications for judicial review of laws, even though the logics and functions of judicial review and individual complaint are different. A typical example of this interaction may be found in a judgment delivered by plenary Court only two days after the violation judgment in above-mentioned case of individual application.

The plenary of the TCC invalidated the relevant section of Article 10 of the Anti-Terror Law which was extending the period of detention up to 10 years for the crimes against the state. The Court argued that personal liberty of individuals may be restricted under certain circumstances, but these restrictions must be proportionate to the legitimate aims. The Court reached the conclusion that such a long period of detention, which itself might constitute as a kind of punishment, was not proportionate and not necessary in a democratic society.<sup>16</sup>

---

*for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, (Oxford: Hart Publishing, 2007), 219-245.

15 See Application No: 2012/1137, 2/7/2013; Application No: 2013/776, 20/3/2014.

16 E. 2012/100, 2013/84, 4/7/2013.

Following this judgment, the Parliament recently passed a law to reduce the period of detention for the crimes against the state to 5 years as the case for other crimes.

### ***b) The Balbay case<sup>17</sup>***

The applicant, who was a famous journalist and eventually elected as a member of parliament, argued that he was unlawfully deprived of freedom for a long time and his right to represent his electorate and participate in political activities as an elected MP was violated. He was arrested and subsequently sentenced to 34 years and 8 months imprisonment for plotting to overthrow the government in so-called *Ergenekon* case.

The TCC examined the application under two headings. First, the Court investigated the detention of the applicant in the light of his status as MP. For the Court, although Article 83 of the Constitution allows detention of deputies under certain conditions, these conditions must be interpreted strictly and in favour of liberty. The TCC emphasised that in case of detention of MP's, apart from personal liberty of the applicant, „the loss of public interest arising from the prevention of the deputy's participation in legislative proceedings must also be taken into consideration”. (par. 114). Keeping in mind the fact that the applicant was also an MP who must benefit from the right to represent his electorate, the Court found detention for four years and five months as exceeding reasonable period leading a violation of Article 17 (7) of the Constitution.

The TCC investigated the application also under the heading of political right of the applicant. Referring to the relevant case-law of the Strasbourg Court, the TCC has emphasised that „right to free elections” constitutes one of the most important principles of democracy. According to the Court, although it is „crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law”, the right to be elected and participate in political activities is not absolute. The restrictions imposed on this right, nevertheless, should not impair the essence of right, and be necessary in a democratic society. In particular, as the Strasbourg Court indicated, these restrictions must not curtail „free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature” (par. 131).

In current case, the detention of the applicant prevented him from using his right as an elected MP to represent his electorate and participate in the works of the parliament for almost two years. Drawing also attention to the possibility of judicial control system, which was applicable to the applicant as an alternative to the detention, the TCC held that the restriction on applicant's political right was not proportionate

---

17 Application No: 2012/1272, 4/12/2013.

and therefore not necessary in a democratic society (par. 133, 134). The Court, as a result, found a violation of the right to be elected guaranteed by Article 67 of the Constitution, in conjunction with Article 19 (7) which guarantees reasonable time of detention. The applicant was released by the court of first instance.

By using exactly the same reasoning, the TCC also found violations of personal liberty and political rights of five other applicants who had been arrested and eventually elected as MPs from another opposition party.<sup>18</sup> After receiving the verdicts of the TCC, the relevant trial courts decided to release the applicants.

### **c) *The Başbuğ Case*<sup>19</sup>**

In Başbuğ case, where the applicant was the former Chief of Army and arrested and sentenced to life imprisonment for attempting to topple the government, the Court has emphasized the importance of the right to appeal to the competent court as to the legality of arrest. This right, also known as *habeas corpus*, is protected in Article 17/8 of the Turkish Constitution and Article 5/4 of the European Convention on Human Rights.

The TCC held the view that the applicant's claim that he was arrested and sentenced to life in prison by an unlawful and incompetent court was not ill founded. The Court, therefore, stated that the applicant had the right to appeal to the higher court (the Court of Cassation) to challenge the decisions of the first instance court concerning his arrest and continuing detention. For the TCC, the applicant was prevented from using his *habeas corpus* right effectively, simply because the trial court, a) rejected the request of release without examining it, and b) has not completed writing its detailed verdict with reasons for more than seven months. The Constitutional Court therefore reached the conclusion that this failure of the trial court violated the applicant's right to *habeas corpus*.

Following the judgment of the TCC, the applicant was released by the relevant Criminal Court.

## **2.2. The Surname Case<sup>20</sup>**

The applicant claimed that she was prevented by the local court from bearing her maiden name after marriage without having to use her husband's surname. Article 187

---

18 Application No: 2013/9894, 2/1/2014; Application No: 2013/9895, 2/1/2014; Application No: 2014/9, 3/1/2014; Application No: 2014/85, 3/1/2014.

19 Application No: 2014/912, 6/3/2014.

20 Application No: 2013/2187, 19/12/2013.



of the Turkish Civil Code stipulates that „woman takes the surname of her husband; however, she may also bear her maiden name before her husband’s surname...”. In a judgment of 2011, the TCC reviewed the constitutionality of this article through a court application and found it constitutional.<sup>21</sup>

The same applicant brought the issue before the TCC as an individual application. For the first time, the TCC has faced the dilemma of how to resolve the possible conflict arising out the judgments of the Court. Luckily, Article 90 of the Turkish Constitution provided necessary means to resolve this problem. The relevant section of the Court attempted to avoid the possibility of overruling the judgments of the plenary Court by invoking Article 90 of the Constitution and finding a violation in terms of legality of intervention.

Since the subjects of the constitutional complaint are the rights and freedoms guaranteed at the same time by the European Convention on Human Rights, the TCC must interpret them in line with the Strasbourg Court.<sup>22</sup> As a matter of fact, this is a requirement for all courts in Turkey under Article 90 of the Constitution. Article 90 stipulates that „international treaties duly put into effect carry the force of law. No appeal to the Constitutional Court can be made with regard to these agreements, on the ground that they are unconstitutional.” In 2004 a provision was added to Article 90 underlining the primacy and priority of international human rights agreements *visa-a-vis* national laws. Accordingly, in case of conflict between international human rights treaties and national laws the former prevails.

In the surname case, the TCC invoked this constitutional provision and found a violation of the right to preserve and develop one’s spiritual being. The TCC argued that the courts must take into account Article 90 of the Constitution when evaluating the question whether a restriction on human rights and freedoms was „prescribed by law”. For the TCC if there is a conflict between the national law and provision of international human rights conventions, the courts must ignore the former and adjudicate in accordance with the latter.

The Court referred to the judgments of the European Court of Human Rights which considered the denial of using maiden name alone after marriage as a violation

---

21 E. 2009/85, K. 2011/49, 10/3/2011.

22 The Venice Commission has warned the TCC on this point as follows: „*The Constitutional Court will be called upon to interpret the ECHR. In doing so, it will have to avoid as much as possible that its interpretation diverge from that given by the Strasbourg Court. The risk of divergence will be even greater in cases where the Constitutional Court will also interpret the rights and freedoms laid down in the Constitution. The two interpretations of a similar right (the one based on the constitution, and the other based on the ECHR) might diverge, and lead to different conclusions.*” See European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), „Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey”, CDL-AD(2011)040, Strasbourg, 18 October 2011.

of the right to private life.<sup>23</sup> The TCC also mentioned Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) which imposed on the state parties to ensure „the same personal rights as husband and wife, including the right to choose a family name”.

The TCC argued that the court of first instance should have taken into account these provisions of international conventions, rather than contravening provision of Civil Code, to settle the concrete conflict (par. 46). The Court then reached the conclusion that „the intervention in the right to use maiden name guaranteed within the scope of spiritual being of the applicant does not meet the condition of legality” (par. 47).

## Conclusion

Perhaps the greatest challenge that the Constitutional Court of Turkey has faced ever is to become the real guardian of human rights. The adoption of constitutional complaint provides an opportunity for the Court to protect rights and liberties, even though this mechanism is not a magical stick to remove all sorts of shortcomings and deficiencies.

The above-mentioned judgments, which were well-received and appreciated inside and outside the country, are positive signs for the future success of the TCC. I must however recall that the TCC is just at the beginning of the long and difficult road of constitutional complaints. There is still a long way to go.

The success in individual application will depend on the ability of the Court to lay down the standards for protecting rights and liberties in line with the case-law of Strasbourg Court. Of course there is always the possibility that the Court may become a victim of its own success, as the case for similar constitutional courts and the European Court of Human Rights.

The success of the constitutional complaint depends also on the effective functioning of legal system as a whole. It requires a well functioning, effective, and just legal system grounding on a firm legal and political culture that gives priority to rights and freedoms.

---

<sup>23</sup> See *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey*, Application No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş v. Turkey*, Application No: 26268/08, 3/10/2013; *Tanbay Tülen v. Turkey*, Application No: 38249/09, 10/12/2013.

## **NOVI TURSKI USTAVNI SUD I SUDSKI AKTIVIZAM ZASNOVAN NA PRAVIMA**

Ovaj rad nastoji da ispita ulogu mehanizma ustavne žalbe pri mijenjanju sudskog aktivizma Ustavnog suda Turske. Osnovna teza rada jeste da je sudski aktivizam Ustavnog suda Turske od uvođenja sistema individualne predstavke usmjeren prema zaštiti ljudskih prava. Ta radikalna promjena u pravnoj paradigmi Suda ima izvjesne implikacije na razvoj ljudskih prava generalno i, do izvjesnog stepena, demokratski legitimitet.

U prvom dijelu ovog rada opća slika sudskog aktivizma Ustavnog suda Turske će biti predstavljena tako što ćemo skrenuti pažnju na historijske/političke faktore iza uspostavljanja Suda. Aktivistička pozicija Ustavnog suda Turske će biti predstavljena kroz sudsku praksu koja se odnosi na ustavne amandmane. Drugi dio rada će se baviti činjenicom da je uvođenje mehanizma ustavne žalbe putem usvajanja ustavnog amandmana 2010. godine osiguralo Ustavnom sudu Turske mogućnost, bez presedana, da zamijeni svoj dugo praktikirani sudski aktivizam „zasnovan na ideologiji” pristupom koji je „zasnovan na pravima”.

### **1. Ustavni sud Turske kao negativni/pozitivni zakonodavac**

Izraz „negativni zakonodavac” u podnaslovu ove konferencije je prvo koristio Kelsen da bi opisao funkciju ustavnih sudova. Prema Kelsenovom mišljenju, „poništanje nekog zakona je zakonodavna funkcija, akt takozvane negativne legislacije”. On je precizirao da „sud koji je nadležan da ukida zakone - pojedinačno ili generalno - funkcioniše kao negativni zakonodavac”.<sup>1</sup> Drugim riječima, ustavni sudovi u konačnici kažu šta nije zakon.

Nakon puta koji je trasirao Kelsen, Ustavni sud Turske je uspostavljen 1961. godine kao centralizirani organ zadužen za ustavnu kontrolu. Od samog početka Ustavni sud

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New Brunswick&London: Transaction Publishers, 2006), (prvobitno objavio Harvard University Press 1949), str. 268.

Turske djeluje na aktivistički način. Osnovni razlog za postojanje pedesetogodišnjeg sudskog aktivizma Ustavnog suda Turske jeste volja ustavotvorne vlasti. Ustavi iz 1961. godine i 1982. godine su kreirani i oblikovani kao reakcija na „neuspjeh politike”. Prema tome, od samog početka Sud je shvaćen kao najutjecajniji lijek za „strah od politike” ili, tačnije, za „strah od većine”. Sud su historijski koncipirale državne elite kao utjecajan instrument političkog skrbništva.

Ustavni sud Turske je velikodušno koristio nadležnost tumačenja da bi ispunio velika očekivanja svojih autora, tj. državnih elita, čiji je cilj bio da se zaštite državna i vlastita ideologija usmjerena protiv većine. Takva posvećena misija zaštite političkog režima je neizostavno stvorila sudski aktivizam zasnovan na ideologiji.

Tipičan primjer tog sudskog aktivizma je sudska praksa Suda u vezi sa kontrolom ustavnih amandmana. Sud je bio sudski aktivist i na osnovu Ustava iz 1961. godine i na osnovu Ustava iz 1982. godine uprkos njihovim restriktivnim odredbama koje se odnose na preispitivanje ustavnih amandmana.<sup>2</sup> Član 148. sadašnjeg Ustava propisuje da „Ustavni sud (...) ispituje i kontrolira ustavne amandmane **samo** u pogledu njihove forme”. Član 148, također, ograničava formalnu kontrolu ustavnih amandmana na razmatranje pitanja da li je dobijena potrebna većina tajnim glasanjem i da li se poštivala zabrana raspravljanja na osnovu hitnog postupka.

Godine 2008. Sud je preispitao i poništio amandmane na čl. 10. i 42. Ustava. Cilj tih amandmana je bilo ukidanje „zabrane nošenja marame” na univerzitetima. Pitanje koje se našlo pred Sudom bilo je da li je on nadležan da preispituje ustavne amandmane. Na to pitanje on je odgovorio pozitivno tumačeći član 148. Ustava u svjetlu člana 4, te je predočio uvjet „predloživosti” i „validnog prijedloga”. Validnost svakog prijedloga ustavnih amandmana zavisi od njihove saglasnosti sa osnovnim principima Republike zaštićenim članom 4. Ustava. Sud je istakao da Parlament Turske nema ovlaštenje da mijenja Ustav na način da ugrožava, direktno ili indirektno, stalne odredbe prva tri člana. Prema Ustavu, Parlament, kao „ustavotvorna vlast”, mora djelovati u okviru ustavnih ograničenja koja je nametnula „primarna ustavna vlast”.<sup>3</sup>

U vezi sa suštinom amandmana, Sud je lako proglosio amandmane neustavnim pozivajući se na prijašnje odluke i relevantne presude Evropskog suda za ljudska prava o pitanju nošenja marame na univerzitetima. Prema mišljenju Ustavnog suda Turske, ustavni amandmani čiji je cilj ukidanje zabrane nošenja marame na univerzitetima nisu u skladu sa principom sekularizma, te se moraju poništiti.

2 Vidi, u vezi s tim, Zühtü Arslan, „Neustavni ustavni amandmani: Iskustvo Turske”, rad predočen na 3. regionalnoj konferenciji Crnog mora o temi „Teoretski i praktični aspekti ustavne kontrole ustavnih normi”, Batumi, 29-30. jun 2013. godine.

3 E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008.

Nedavno, 2010. godine, Ustavni sud Turske je, također, poništio amandmane na Ustav koji su se odnosili na postupak izbora članova Ustavnog suda, te na postupak izbora i izvjesne kvalifikacije članova Vrhovnog vijeća sudija i tužilaca. Nakon obrazloženja „odluke o marami” iz 2008. godine, Sud je ponovio svoj stav da poslanici nemaju ovlaštenja da predlažu, direktno ili indirektno, amandmane na prva tri člana Ustava. Sud je, dalje, istakao da je nadležan da ispituje da li se nekim amandmanom mijenjaju, direktno ili indirektno, neopozive odredbe Ustava. Ustavni sud Turske je istakao da „preispitivanje ustavnih amandmana u materijalnom smislu mora biti ograničeno na razmatranje da li amandmani narušavaju ili podrivaju stalne principe Ustava”<sup>4</sup>.

Sud je poništio amandmane koji su se odnosili na metod glasanja u postupku imenovanja i izbora članova Ustavnog suda i Visokog vijeća sudija i tužilaca. Amandmani su osigurali korištenje principa „jedan član, jedan glas”, što znači da birači mogu glasati samo za jednog kandidata. Sud je ustanovio da oni nisu u skladu sa principom demokratske države koja se rukovodi vladavinom prava.<sup>5</sup> Sud je, također, stavio van snage amandmane koji su davali ovlaštenje predsjedniku Republike da bira neke članove Visokog vijeća sudija i tužilaca među profesorima političkih i ekonomskih nauka i visokim zvaničnicima uz obrazloženje da bi njihov izbor mogao ugroziti princip vladavine prava koji je zaštićen članom 2. Ustava.<sup>6</sup>

Ove dvije odluke se mogu smatrati primjerima ustavne legislacije nastale putem sudova. U svojoj odluci iz 2008. godine Sud je djelovao kao „negativni ustavni zakonodavac” rekavši u konačnici šta nije ustav. Godine 2010. Sud je otišao dalje tako što je poništio samo dio članova, te time doveo do uspostavljanja različitog pravila, što nije bila namjera Parlamenta Turske.<sup>7</sup> Drugim riječima, tekst ustavnih odredaba je promijenjen; to nije bio isti tekst koji je usvojio Parlament i predočio ga na referendumu. Konačno, Sud je intervenirao u postupku izmjene Ustava kao utjecajan akter koji je zaslužio da se zove „pozitivnim ustavnim zakonodavcem”<sup>8</sup>

4 E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 7.7.2010, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD)*, (Bilten odluka Ustavnog suda), 47/2 (2010), str. 1161.

5 E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 7.7.2010, *AMKD*, 47/2 (2010), str. 1162, 1170.

6 E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 7.7.2010, *AMKD*, 47/2 (2010), str. 1168.

7 Član 153. Ustava Turske propisuje: „U toku poništavanja cijelog zakona ili uredbe sa zakonskom snagom ili neke odredbe zakona ili uredbe sa zakonskom snagom Ustavni sud ne djeluje kao zakonodavac i ne donosi presudu koja vodi novoj implementaciji.”

8 Stručnjaci za ustavno pravo i političari su ozbiljno kritikovali ovaj sudski aktivizam Ustavnog suda Turske. Naprimjer, profesor Özbudun, istaknuti stručnjak za ustavno pravo, izjavio je da je „Ustavni sud, u periodima kada su bili na snazi Ustav iz 1961. godine i Ustav iz 1982. godine, prekoračio ovlaštenje da preispituje ustavne amandmane na osnovu pozitivnog prava, te je, usljed toga, prisvojio ustavno ovlaštenje koje pripada narodu i izabranim zastupnicima”. Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargusu* (Proces demokratizacije u Turskoj: Stvaranje ustava i ustavnog pravosuđa), (Istanbul: Istanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014), str. 35.

Sudski aktivizam Ustavnog suda Turske je zaoštrio tenzije između konstitucionalizma i demokratije ili „ustavotvornog ovlaštenja” i „ustavne forme”.<sup>9</sup> Konačni izvor vlasti u demokratijama, uključujući ustavotvornu vlast, jeste narod koji se, direktno ili posredstvom predstavnika, može pozivati na svoj suverenitet. S druge strane, savremene demokratije su ustavne u smislu da vlast većine naroda mora biti ograničena osnovnim pravima i slobodama manjina. Demokratije sa ustavnim pravosuđem neizbježno se suočavaju sa tenzijama premda u različitim formama i do različite mjere.

Postoje dva načina smanjivanja tenzija. Prema prvom, koji je sam Kelsen sugerirao, članove ustavnog suda može birati sam parlament.<sup>10</sup> Taj prijedlog se odnosi na proceduralni aspekt demokratskog legitimiteta. Drugi, osnovni, aspekt demokratije može iziskivati različito opravdanje za postojanje ustavnih sudova. Široko rasprostranjeno uvjerenje i pretpostavka da su sudije ustavnog suda u boljem položaju pri zaštiti ljudskih prava od parlamentaraca predstavljaju jednu vrstu praktičnog opravdanja za postojanje tih sudova. Da li je to uvjerenje istinito, u stvarnosti je potpuno druga stvar.<sup>11</sup>

Naravno, ustavni sudovi se generalno smatraju zaštitnikom ustavnih prava i sloboda. „Zaštita ljudskih prava”, kao što je istakao Stone, „jeste osnovni cilj modernog evropskog konstitucionalizma, a ustavne sudije su zastupnici tog cilja”.<sup>12</sup> Na kraju, uspjeh ustavnih sudova pri zaštiti prava može značajno doprinijeti njihovoj legitimnosti.

## 2. „Novi” ustavni sud i pristup zasnovan na pravima

Ustavni amandmani iz 2010. godine su osigurali dva osnovna instrumenta koja su omogućila Ustavnom sudu Turske da smanji tenzije koje se odnose na demokratski legitimitet. Prvo, ustavni amandmani su povećali broj sudija sa 11 na 17, te dali

9 Vidi niz članaka o ovoj temi, Martin Loughlin & Neil Walker (izd.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, (Oxford: Oxford University Press, 2008).

10 Kelsen je objasnio „antagonizam” između pozitivnog i negativnog zakonodavca i način smanjivanja tenzija na sljedeći način: „Mogućnost da neki drugi organ poništi zakon koji je donio zakonodavni organ predstavlja značajno ograničenje zakonodavne vlasti. Takva mogućnost znači da postoji, pored pozitivnog, negativni zakonodavac, organ koji može biti sastavljen prema totalno drugačijem principu od principa parlamenta kojeg bira narod. Tada je antagonizam između dvaju zakonodavaca, pozitivnog i negativnog, gotovo neizbježan.” Kelsen, *General Theory of Law and State*, str. 268-269.

11 Oni koji su protiv sudskog preispitivanja tvrde da ne postoje ni konceptualni ni empiristički dokazi da su sudovi mnogo bolji od parlamenata u zaštiti prava. Vidi, naprimjer, Jeremy Waldron, „The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vo. 115 (2006), str. 1346-1406.

12 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000), str. 29.

ovlaštenje turskom Parlamentu da izabere trojicu sudija (od 17) Ustavnog suda Turske. Uprkos skromnom i svakako nedovoljnom koraku za osiguranje demokratskog legitimiteta Suda na proceduralnim osnovama, promjena u sastavu Suda je dovela do određene raznolikosti.

Značajnije je da je ustavnim amandmanom uvedena ustavna žalba u turski pravni sistem.<sup>13</sup> Član 148. Ustava propisuje da se „svaka osoba može žaliti Ustavnom sudu da je javna vlast povrijedila njena ustavna prava i slobode iz Evropske konvencije o ljudskim pravima”.

Amandmanom iz 2010. godine sastav i nadležnosti Suda su se promijenili do tog stepena da se s pravom može nazvati „obnovljenim” sudom. Barem kao argument, napraviti ću razliku između „starog ustavnog suda” i „novog ustavnog suda” iako je prerano da se kaže da „novi sud” predstavlja radikalni prekid sa „starim sudom” u mnogim aspektima. Međutim, postoje velika očekivanja da novi ustavni sud, za razliku od starog, mora usvojiti pristup zasnovan na pravima u svojim odlukama i u apstraktnoj kontroli i o pojedinačnim žalbama.

Prema tome, pitanje je veoma jednostavno i direktno: Da li će mehanizam ustavne žalbe osigurati potrebna sredstva da Ustavni sud Turske usvoji stav „zasnovan na pravima”? To pitanje je relevantno budući da je teško reći, generalno, da tursko pravosuđe ima pozitivnu ulogu u jačanju standarda demokratije i ljudskih prava. Sasvim suprotno, pravosuđe često djeluje kao misionar posvećen božanskoj stvari zaštite države i njenog zvaničnog diskursa, a ne pojedinaca i njihovih prava i sloboda.<sup>14</sup>

U sljedećem odjeljku ću predočiti neke primjere sudskog aktivizma zasnovanog na pravima u domenu ustavne žalbe.

## **2.1. Predmeti koji se odnose na pravo na ličnu slobodu**

### ***a) Tumačenje uvjeta zakonitosti***

Prva odluka Ustavnog suda Turske u kojoj je ustanovljena povreda ustavnih prava odnosila se na pravo na ličnu slobodu uhapšenih osoba. Pojedinci mogu biti lišeni slobode pod izvjesnim uvjetima koji su propisani zakonom. Sud je tumačio uvjet „zakonitosti” na veoma striktan način da bi izbjegao proizvoljno pritvaranje. Član

<sup>13</sup> Ustavni sud Turske je počeo primati ustavne žalbe 23. septembra 2012. godine.

<sup>14</sup> Vidi, Zühtü Arslan, „Ploveći s mukom prema političkom liberalizmu: Politička uloga sudstva u Turskoj”, Terence C. Halliday, Lucien Karpik i Malcolm M. Feeley (izd.), *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism* (Oxford, Hart Publishing, 2007), str. 219-245.

102(2) Zakona o krivičnom postupku propisuje da, u slučaju teških krivičnih djela, period pritvora mora biti produžen maksimalno na pet godina. Taj period redovni sudovi su tumačili na način da se on primjenjuje na svako krivično djelo koje počini ista osoba, te su računali taj period u skladu s navedenim. U praksi to je značilo da su oni koji su uhapšeni zbog izvršenja višestrukih djela bili u pritvoru godinama.

Ustavni sud je istakao da to tumačenje relevantnog člana Zakona o krivičnom postupku nije u skladu s pravom na ličnu slobodu, koje, u principu, iziskuje suđenje bez pritvora. Ustavni sud Turske je zaključio da, imajući u vidu činjenicu da zakonsko ograničenje od pet godina mora biti primijenjeno na svakog pritvorenika nezavisno od broja krivičnih djela koja su navodno počinjena, period duži od pet godina predstavlja povredu prava na ličnu slobodu koje je zaštićeno članom 19. Ustava Turske.<sup>15</sup>

Pristup zasnovan na pravima Ustavnog suda Turske u predmetima ustavne žalbe ima sigurno implikacije na sudsko preispitivanje zakona čak i ako su logika i funkcije sudskog preispitivanja i pojedinačne žalbe različite. Tipičan primjer tog međudjelovanja počiva na presudi koju je donio Sud u plenarnom sazivu samo dva dana nakon podnošenja aplikacije u navedenom predmetu protiv presude kojom su prekršena prava.

Ustavni sud Turske u plenarnom sazivu je stavio van snage relevantni dio člana 10. Zakona protiv terorizma kojim je produžen period pritvora na 10 godina za krivična djela protiv države. Sud je istakao da lična sloboda pojedinaca može biti ograničena pod određenim uvjetima, ali ta ograničenja moraju biti proporcionalna legitimnim ciljevima. Sud je došao do zaključka da tako dug period pritvora, koji bi mogao predstavljati vrstu kazne, nije proporcionalan, te nije neophodan u demokratskom društvu.<sup>16</sup>

Nakon te presude Parlament je nedavno donio zakon kojim je smanjen period pritvora u pogledu krivičnih djela protiv države na pet godina, kao što je to slučaj sa ostalim krivičnim djelima.

### ***b) Predmet Balbay<sup>17</sup>***

Aplikant, poznati novinar i izabrani član Parlamenta, tvrdio je da je bio nezakonito lišen slobode dug period, te da mu je povrijeđeno pravo da predstavlja svoje biračko tijelo i učestvuje u političkim aktivnostima kao izabrani član Parlamenta. On je uhapšen, te potom osuđen na 34 godine i osam mjeseci zatvora zbog zavjere čiji je cilj rušenje vlade u takozvanom predmetu *Ergenekon*.

<sup>15</sup> Vidi, aplikacija br. 2012/1137, 2/7/2013; aplikacija br. 2013/776, 20/3/2014.

<sup>16</sup> E. 2012/100, 2013/84, 4/7/2013.

<sup>17</sup> Aplikacija br. 2012/1272, 4/12/2013.



Ustavni sud Turske je razmatrao aplikaciju po dva osnova. Prvo, Sud je ispitao aplikantov pritvor u svjetlu njegovog statusa člana Parlamenta. Prema mišljenju Suda, premda član 83. Ustava omogućava da se pritvori poslanik pod određenim uvjetima, ti uvjeti se moraju tumačiti striktno i u korist slobode. Ustavni sud Turske je istakao da u slučaju pritvora člana Parlamenta, osim aplikantove lične slobode, „gubitak javnog interesa koji proizlazi iz sprečavanja poslanika da učestvuje u zakonodavnom postupku mora, također, biti uzet u obzir” (stav 114). Imajući u vidu činjenicu da član Parlamenta mora imati pravo da predstavlja svoje biračko tijelo, Sud je ustanovio da pritvor u trajanju od četiri godine i pet mjeseci prelazi razuman period koji vodi povredi člana 17(7) Ustava.

Ustavni sud Turske je ispitao aplikaciju i u svjetlu aplikantovog političkog prava. Pozivajući se na relevantnu sudsku praksu Suda u Strassbourgu, Ustavni sud Turske je istakao da „pravo na slobodu izbora” predstavlja jedan od najznačajnijih principa demokratije. Prema mišljenju Suda, premda je „krucijalno da se uspostave i održavaju temelji djelotvorne i svrsishodne demokratije koja se rukovodi vladavinom prava”, pravo da se bude izabran i da se učestvuje u političkim aktivnostima nije apsolutno. Međutim, ograničenja ovog prava ne smiju ugroziti suštinu prava, te moraju biti neophodna u demokratskom društvu. Naime, Sud u Strassbourgu je istakao da ta ograničenja ne smiju umanjiti „slobodno izražavanje mišljenja pri izboru zakonodavne vlasti” (stav 131).

U ovom predmetu pritvor je onemogućio aplikantu da koristi svoje pravo kao izabrani član Parlamenta da predstavlja svoje biračko tijelo i učestvuje u aktivnostima Parlamenta skoro dvije godine. Ukazujući i na mogućnost sistema sudske kontrole, koji je bio primjenjiv na aplikanta kao alternativa pritvoru, Ustavni sud Turske je smatrao da ograničenje aplikantovog političkog prava nije proporcionalno, te da, prema tome, nije neophodno u demokratskom društvu (st. 133, 134). Rezultat toga je bio da je Sud ustanovio povredu prava da se bude biran koje je zagarantirano članom 67. Ustava u vezi sa članom 19(7) koji garantira razumno trajanje vremena pritvora. Aplikanta je oslobodio prvostepeni sud.

Koristeći tačno isto obrazloženje, Ustavni sud Turske je, također, ustanovio povrede lične slobode i političkih prava peterice aplikanata koji su bili uhapšeni i izabrani kao članovi Parlamenta druge opozicione stranke.<sup>18</sup> Nakon što su primili presude Ustavnog suda Turske, relevantni prvostepeni sudovi su odlučili da puste aplikante na slobodu.

---

18 Aplikacija br. 2013/9894, 2/1/2014; aplikacija br. 2013/9895, 2/1/2014; aplikacija br. 2014/9, 3/1/2014; aplikacija br. 2014/85, 3/1/2014.

### c) *Predmet Başbuğ*<sup>19</sup>

U predmetu Başbuğ, u kojem je aplikant bio bivši komandant armije i koji je uhapšen i osuđen na doživotnu zatvorsku kaznu zbog pokušaja rušenja vlade, Sud je istakao važnost prava na žalbu nadležnom sudu u pogledu zakonitosti hapšenja. To pravo, poznato i kao *habeas corpus*, zaštićeno je članom 17(8) Ustava Turske i članom 5(4) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Ustavni sud Turske je iznio stav da aplikantovi navodi da je bio uhapšen, te da ga je osudio nenadležan sud na doživotnu zatvorsku kaznu nisu neosnovani. Prema tome, Sud je istakao da je aplikant imao pravo da se žali višem sudu (kasacionom sudu) da bi osporio odluke prvostepenog suda u vezi s hapšenjem i kontinuiranim pritvorom. Prema mišljenju Ustavnog suda Turske, aplikantu je onemogućeno djelotvorno korištenje prava *habeas corpus*, jednostavno zbog toga što je pretresni sud a) odbacio zahtjev za puštanje na slobodu, a da ga nije ispitao i b) što je prošlo više od sedam mjeseci, a da nije dao detaljno obrazloženje svoje odluke. Prema tome, Ustavni sud Turske je zaključio da je tim propustom pretresnog suda prekršeno aplikantovo pravo *habeas corpus*.

Nakon presude Ustavnog suda Turske, nadležni krivični sud je oslobodio aplikanta.

## 2.2. Predmet u vezi s prezimenom<sup>20</sup>

Aplikantica se žalila da joj je domaći sud onemogućio da nosi svoje djevojačko prezime bez muževljevog prezimena nakon zaključivanja braka. Član 187. Građanskog zakona Turske propisuje da „žena uzima prezime svog muža; međutim, ona može dodati i svoje djevojačko prezime ispred prezimena muža (...)”. U presudi iz 2011. godine Ustavni sud Turske je preispitao ustavnost tog člana, te ga je proglasio neustavnim.<sup>21</sup>

Ista aplikantica je uputila pojedinačnu aplikaciju Ustavnom sudu Turske. Ustavni sud Turske je prvi put imao dilemu kako da riješi mogući sukob koji je proizlazio iz presuda Suda. Na sreću, član 90. Ustava Turske je osiguravao potrebne mehanizme za rješavanje problema. Relevantno odjeljenje Suda je pokušalo da izbjegne mogućnost odbacivanja presuda plenarnog suda pozivajući se na član 90. Ustava i konstatirajući povredu u smislu zakonitosti djelovanja.

Budući da su predmet ustavne žalbe prava i slobode koje garantira i Evropska konvencija o ljudskim pravima, Ustavni sud Turske mora ih tumačiti u skladu sa

19 Aplikacija br. 2014/912, 6/3/2014.

20 Aplikacija br. 2013/2187, 19/12/2013.

21 E. 2009/85, K. 2011/49, 10/3/2011.

tumačenjem Suda u Strassbourgu.<sup>22</sup> Naime, to je zahtjev za sve sudove u Turskoj na osnovu člana 90. Ustava. Član 90. propisuje da „međunarodni ugovori koji su na snazi imaju snagu zakona. Apelacija Ustavnom sudu u vezi sa tim sporazumima ne može se podnijeti uz obrazloženje da su neustavni”. Godine 2004. jedna odredba je dodana članu 90. koja propisuje prvenstvo međunarodnih sporazuma o ljudskim pravima u odnosu na domaće zakone. Prema tome, u slučaju konflikta između međunarodnih ugovora o ljudskim pravima i domaćih zakona, ti ugovori imaju prioritet.

U predmetu u vezi s prezimenom Ustavni sud Turske se pozvao na tu ustavnu odredbu, te ustanovio povredu prava na očuvanje i razvijanje duhovnog bića. Ustavni sud Turske je istakao da sudovi moraju uzeti u obzir član 90. Ustava pri razmatranju pitanja da li je ograničenje ljudskih prava i sloboda „propisano zakonom”. Prema mišljenju Ustavnog suda Turske, ako postoji konflikt između domaćeg zakona i neke odredbe međunarodnih konvencija o ljudskim pravima, sudovi moraju ignorirati domaći zakon i presuditi u skladu s konvencijom.

Sud se pozvao na presude Evropskog suda o ljudskim pravima koji je smatrao da je negiranje djevojačkog prezimena nakon zaključivanja braka povreda prava na privatni život.<sup>23</sup> Ustavni sud Turske je, također, istakao član 16. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije protiv žena (CEDAW) koja je nametnula državama članicama „ista lična prava za muža i ženu, uključujući pravo da se izabere porodično ime”.

Ustavni sud Turske je istakao da je prvostepeni sud trebalo da uzme u obzir te odredbe međunarodnih konvencija, a ne odredbu Građanskog zakona, da bi riješio konkretni spor (stav 46). Sud je došao do zaključka da „miješanje u pravo da se koristi djevojačko prezime koje je zagarantirano opsegom duhovnog bića aplikantice ne ispunjava uvjet zakonitosti” (stav 47).

---

22 Venecijanska komisija je upozorila Ustavni sud Turske o tom pitanju na sljedeći način: „Ustavni sud se poziva da tumači Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Pri tome on mora izbjegavati koliko god je moguće odstupanje njegovog tumačenja od tumačenja Suda u Strassbourgu. Rizik od odstupanja je čak veći u predmetima u kojima Ustavni sud tumači prava i slobode zagarantirane Ustavom. Dva tumačenja sličnog prava (jednog zasnovanog na Ustavu i drugog na Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima) mogla bi da se ne podudaraju, te bi mogla voditi različitom zaključku.” Vidi, Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), „Mišljenje o Zakonu o uspostavljanju i Pravilima postupka Ustavnog suda Turske”, CDL-AD(2011)040, Strassbourg, 18. oktobar 2011. godine.

23 Vidi, *Ünal Tekeli protiv Turske*, aplikacija br. 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu protiv Turske*, aplikacija br. 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş protiv Turske*, aplikacija br. 26268/08, 3/10/2013, *Tanbay Tülen protiv Turske*, aplikacija br. 38249/09, 10/12/2013.

## **Zaključak**

Najveći izazov sa kojim se ikada susreo Ustavni sud Turske jeste možda da postane istinski zaštitnik ljudskih prava. Usvajanje ustavne žalbe dalo je mogućnost Sudu da zaštiti prava i slobode iako taj mehanizam nije čarobni štapić za otklanjanje svih nedostataka i mana.

Navedene presude, koje su bile dobro prihvaćene i ocijenjene unutar i van zemlje, predstavljaju pozitivne znakove budućeg uspjeha Ustavnog suda Turske. Međutim, moram podsjetiti da je Ustavni sud Turske tek na početku, te da je na teškom putu ostvarivanja uloge mehanizma ustavne žalbe. Put je još uvijek dug.

Uspjeh pojedinačne aplikacije će zavisiti od sposobnosti Suda da uspostavi standarde prava i sloboda u skladu sa sudskom praksom Suda u Strassbourgu. Naravno, postoji uvijek mogućnost da Sud postane žrtva vlastitog uspjeha, kao što je slučaj sa sličnim ustavnim sudovima i Evropskim sudom za ljudska prava.

Uspjeh ustavne žalbe zavisi i od djelotvornog funkcioniranja pravnog sistema kao cjeline. To iziskuje dobro funkcioniranje, te djelotvoran i pravičan pravni sistem, zasnovan na čvrstoj pravnoj i političkoj kulturi, koji daje prioritet pravima i slobodama.

**Lord Robert Reed**  
Supreme Court of the United Kingdom

## **CONSTITUTIONAL COURT – BETWEEN A NEGATIVE LEGISLATOR AND POSITIVE ACTIVISM**

### **Evidence and Judgment**

I am most grateful to the President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina for having invited the Supreme Court of the United Kingdom to be represented at this celebration and to take part in this conference. The President of the Supreme Court, Lord Neuberger, regrets that he is unable to be here himself, and I am honoured to be here in his place.

The Supreme Court is the highest court in the UK on all aspects of the law (other than Scottish criminal law, which is an exception for historical reasons), including constitutional law. It has only 12 justices. That reflects the fact that it selects only a small number of cases to hear each year: the cases which raise the issues of law of the greatest public importance. The justices also form the Judicial Committee of the Privy Council, which sits in the same building and is the final court of 28 jurisdictions around the world with historical connections to the UK.

Traditionally, courts in the UK did not review legislation enacted by Parliament, but reviewed the legality of the actions of Government. That involved checking that the Government had acted with procedural fairness, that it had proceeded on a correct understanding of the law, and that it had acted in a way which was not unreasonable. More recently, as the result of legislation enacted by Parliament, the courts have also reviewed the compatibility of legislation and governmental action with the requirements of EU law and the European Convention on Human Rights („the ECHR”). They also review the legality of legislation enacted by the regional legislatures in Scotland, Wales and Northern Ireland.

In reviewing the compatibility of a measure with the ECHR, the courts begin by asking whether the measure encroaches upon a protected right. If it does, they then ask whether the objective of the measure is sufficiently important to justify the

limitation of a protected right, whether the measure is rationally connected to the objective, whether a less intrusive measure could have been used, and whether, having regard to these matters and to the severity of the consequences, a fair balance has been struck between the rights of the individual and the interests of the community.

An issue which is currently being discussed, and which I thought I might share with you in these brief remarks, concerns the role of evidence in applying this approach. Let me give a few examples from cases recently considered by British courts.

(1) Parliament enacts legislation prohibiting the hunting of wild animals with dogs, in order to prevent the infliction of unnecessary suffering on animals. The legislation is challenged by those involved in hunting, on the ground that it is an interference with their property and their private lives. They argue that there is no satisfactory evidence that animals experience suffering.

(2) Parliament enacts legislation prohibiting the sale of cigarettes from vending machines, in order to discourage the sale of tobacco and bring about an improvement in public health. The legislation is challenged by manufacturers of the machines, who argue that there is no evidence establishing that the measure is likely to achieve its intended effect.

(3) Parliament approves an order directing the UK financial sector not to do business with an Iranian bank which is believed to have been involved in the financing of Iran's nuclear weapons programme. The order is intended to make it more difficult for Iran to obtain the necessary finance. The order is challenged by the bank, which argues that closing one financial market to one bank will have no material effect.

(4) Legislation makes it an offence to assist another person to commit suicide. The legislation is intended to protect elderly and other vulnerable people who might otherwise feel under pressure to bring their lives to an end. People with serious illnesses, who wish to commit suicide but cannot do so without assistance, produce evidence from other jurisdictions, which have permitted assisted suicide, which is said to show that Parliament's fears are unfounded.<sup>1</sup>

In situations of this kind, does the court have to decide whether animals actually experience suffering when they are being hunted by dogs, or whether preventing the sale of cigarettes from vending machines will in fact result in an improvement in public health, or whether the financial sanctions will work, or whether there is in reality a danger that the legalisation of assisted suicide will result in vulnerable people feeling under pressure to kill themselves? Or does it have to decide whether Parliament considered all the relevant evidence and arrived at a reasonable conclusion? How

---

<sup>1</sup> *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2013] EWCA Civ 961, currently under appeal to the Supreme Court. All the cases mentioned are available on [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

would the court go about that, bearing in mind that Parliament has hundreds of members, who hold a variety of views, who may or may not have read the material available to them and attended the debates, and who may have been influenced by other considerations such as party politics and the views of the electorate? How is judicial supervision in this situation to be reconciled with the separation of powers between the judiciary and the legislature?

The Supreme Court has not yet, I think, arrived at a settled answer to these questions. In the case about the financial sanctions, the court decided by a majority of 5 to 4 that it was irrational to impose the sanctions, on the basis that it was plain that the closure of the UK market to a particular bank would have no significant effect on Iran's access to finance.<sup>2</sup> In the case about the sale of cigarettes, on the other hand, the court considered that, where firm factual conclusions were elusive, Parliament could legitimately act on an instinctive judgment about what the facts were likely to be.<sup>3</sup> The same conclusion was reached in the case about hunting, where it was observed that it might be inherently unknowable whether animals suffer.<sup>4</sup>

My own view is that the Parliamentary process is in general a more satisfactory way than the court process of resolving policy issues which involve controversial and complex questions of fact. The legislature has access to a fuller range of expert judgment and experience than litigation can provide, and it is better able to take account of the interests of groups not represented before the court. More fundamentally, the justification for many of the policies pursued by legislation is not a pure question of fact susceptible to decision on evidence alone. As one of our most respected judges once said, „public policy is generally the result of strong feelings, commonly held, rather than of cold argument”<sup>5</sup> Some decisions cannot fail to be strongly influenced by the decision-maker's opinion about moral values or social policy. This is entirely appropriate if the decision-makers are those who represent the community at large. It is not appropriate for professional judges. The imposition of their personal opinions on matters of this kind would, as it seems to me, lack constitutional legitimacy.

---

2 *Bank Mellat v HM Treasury* [2013] UKSC 39.

3 *R (Sinclair Collis Ltd) v Secretary of State for Health* [2011] EWCA Civ 437.

4 *R (Countryside Alliance) v Attorney-General* [2007] UKHL 52.

5 *Attorney-General v Times Newspapers Ltd* [1974] AC 273, 301 per Lord Reid.





**Лорд Robert Reed**  
Врховни суд Уједињеног Краљевства

## **УСТАВНИ СУД – ИЗМЕЂУ НЕГАТИВНОГ ЗАКОНОДАВЦА И ПОЗИТИВНОГ АКТИВИЗМА**

### **Доказ и пресуда**

Изнимно сам захвалан предсједници Уставног суда Босне и Херцеговине на позиву упућеном Врховном суду Уједињеног Краљевства да присуствује овој прослави, те да учествује на Конференцији. Лорд Neuberger, предсједник Врховног суда, изражава жаљење што није могао доћи. Такође, много сам почаствован што сам данас ту умјесто њега.

Према свим аспектима права, укључујући ту и уставно право (осим шкотског кривичног права које представља изузетак због историјских разлога), Врховни суд је највиши суд у Уједињеном Краљевству. Броји само 12 судија. То се одражава у чињеници да сваке године одабире само мали број предмета које разматра и то предмете који покрећу питања од највишег јавног значаја. Судије, такође, чине и Судски одбор Крунског савјета, који засједа у истој згради и представља коначну судску инстанцу 28 јурисдикција широм свијета које имају историјске везе са Уједињеним Краљевством.

Традиционално, судови у Уједињеном Краљевству нису преиспитивали законе које доноси Парламент, него су преиспитивали законитост радњи које је предузимала Влада. То је укључивало и провјеру да ли је Влада дјеловала поштујући процедуралну правичност, да ли је поступала уз исправно разумијевање права, те да ли је дјеловала на начин који није био неразуман. У скорије вријеме, као посљедица закона које усваја Парламент, судови такође преиспитују усклађеност закона и дјеловања Владе са захтјевима права Европске уније и Европске конвенције о људским правима (Европска конвенција). Судови, такође, преиспитују и законитост закона које доносе регионални законодавни органи у Шкотској, Велсу и Сјеверној Ирској.

Приликом преиспитивања усклађености мјере са Европском конвенцијом судови полазе од тог да ли мјера задира у заштићено право. Ако задира, да ли је циљ мјере довољно важан да оправда ограничавање заштићеног права, да ли је мјера разумно повезана с циљем, да ли се могла користити мање наметљива мјера, те да ли је, имајући у виду ова питања и тежину посљедица, успостављена правична равнотежа између права појединца и интереса заједнице.

Питање које је тренутно предмет расправе, а за које сматрам да бих га у овим кратким опаскама могао подијелити с вама, тиче се улоге доказа у примјени овог приступа. Дозволите да изложим неколико примјера из предмета које су недавно разматрали британски судови.

(1) Парламент доноси закон којим се забрањује лов на дивље животиње уз помоћ паса, како би се спријечило наношење беспотребне патње животињама. Закон оспоравају они који се баве ловом, уз образложење да се ради о мијешању у њихову имовину и њихове приватне животе. Као разлоге наводе да не постоје задовољавајући докази да животиње заиста пате.

(2) Парламент доноси закон којим се забрањује продаја цигарета из аутомата за продају, како би обесхрабрили продају дувана и побољшали јавно здравље. Закон оспоравају произвођачи аутомата, који наводе да не постоји доказ којим се утврђује да постоји вјероватноћа да се овом мјером може постићи жељени ефекат.

(3) Парламент потврђује наредбу којом се финансијском сектору Уједињеног Краљевства наређује да не послује са иранском банком за коју се вјерује да је умијешана у финансирање иранског програма нуклеарног наоружања. Намјера наредбе јесте да отежа Ирану набављање неопходних финансија. Наредбу оспорава банка, која наводи тезу да затварање финансијског тржишта једној банци неће имати материјални учинак.

(4) Закон одређује као кривично дјело помагање другом лицу да почини самоубиство. Закон има намјеру да заштити старије и друге рањиве категорије људи који би, у супротном, могли осјећати да су под притиском да окончају своје животе. Људи који су озбиљно болесни и који желе да почине самоубиство, али то не могу урадити без помоћи, износе доказе из других судских јурисдикција које дозвољавају потпомогнуто самоубиство, за које се сматра да показују да су страхови Парламента неосновани.<sup>1</sup>

Да ли суд мора одлучити да ли животиње заправо пате када се лове уз помоћ паса? Да ли ће спречавање продаје цигарета из аутомата за продају у ствари побољшати јавно здравље? Да ли ће финансијске санкције дјеловати? Да ли у

1 R. (Nicklinson) против Министарства правде [2013] EWCA Civ 961, тренутно се жалба налази у Врховном суду. Сви предмети су доступни на [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

стварности постоји опасност да ће легализација потпомогнутог самоубиства створити осјећање код рањивих категорија људи да су под притиском да изврше самоубиство? Да ли суд мора одлучивати о томе да ли је Парламент размотрио све релевантне доказе и дошао до разумног закључка? Ово су нека од питања која се намећу у поменутих ситуацијама. Рјешавајући та питања, Суд има на уму да Парламент има стотине чланова који заступају различите ставове, да су они можда прочитали а можда и нису прочитали материјале који су им доступни, затим да су можда присуствовали расправама, те да је могуће да су на чланове утицали и други разлози као што су страначке политике и мишљења бирачког тијела. Како у тој ситуацији помирити судски надзор са расподјелом овлашћења између судства и законодавства?

Врховни суд није још увијек, ја мислим, дошао до коначног одговора на ова питања. У предмету који се односи на финансијске санкције Суд је одлучио већином гласова (пет према четири) да је било неразумно наметнути санкције на основу тога да је било јасно да затварање тржишта Уједињеног Краљевства конкретної банци неће имати значајан учинак на ирански приступ финансијама.<sup>2</sup> С друге стране, у предмету који се односи на продају цигарета Суд је сматрао да је, у случајевима гдје је било немогуће доћи до чврстих чињеничних закључака, Парламент могао законито дјеловати према инстинктивном суду о томе какве би чињенице могле бити.<sup>3</sup> До истог закључка се дошло и у предмету који се односио на лов, гдје су изнесена запажања да се само по себи не може доћи до спознаје да ли животиње пате.<sup>4</sup>

Моје виђење јесте да парламентарни процес, генерално посматрано, представља начин који је више задовољавајући од судског процеса у погледу рјешавања питања политика, која укључују контроверзна и комплексна питања која се односе на чињенице. Законодавни орган има приступ потпунијем опсегу стручног расуђивања и искуства од оног који може да пружи парница и у бољој је могућности да узме у обзир интересе група које нису заступљене пред судом. Што је још важније, оправдање за многобројне политике које законодавни орган слиједи није само пуко питање чињенице о којој може да се донесе одлука само на основу доказа. Како је једном рекао један од наших најцјењенијих судија: „Јавна политика је, генерално посматрано, резултат снажних осјећања која изражава шира јавност, прије неголи резултат голог аргумента.”<sup>5</sup> Неке

2 *Bank Mellat против Министарства финансија* [2013] UKSC 39.

3 *R (Sinclair Collis Ltd) против министра здравства* [2011] EWCA Civ 437.

4 *R (Countryside Alliance) против државног правобраниоца* [2007] UKHL 52.

5 Државни правобранилац против Times Newspapers Ltd [1974] AC 273, 301 према лорду Reidu.

одлуке не могу избјећи снажан утицај мишљења доносиоца одлука о моралним вриједностима или социјалној политици. То је у потпуности примјерено ако су доносиоци одлука они који представљају ширу заједницу. То није примјерено за професионалне судије. Наметању њихових личних мишљења на питања ове врсте би, колико ми се чини, недостајала уставна легитимност.

**Anahit Manasyan**  
Adviser to the President of the Constitutional Court  
of the Republic of Armenia

## **THE EXECUTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS AS A GUARANTEE FOR STRENGTHENING THE CONSTITUTIONALISM (on the Example of the Republic of Armenia)**

*Honorable participants of the Conference,*

*Ladies and Gentlemen,*

*Let me express our sincere thankfulness to the organizers of the Conference for the kind invitation to participate and congratulate them on the occasion of the 50th anniversary of constitutional justice in Bosnia and Herzegovina.*

The law isn't a static, but a dynamic phenomenon and can be considered real only in case, when it factually fulfills its mission of the formation and development of the social environment, in other words – is realized in social life. The law formed in the result of the Constitutional Court activities isn't an exception in this sense, and its realization has an exceptional importance for strengthening the constitutionalism in the state.

Though in recent years many problems in this sphere have already found their solutions, but there are still several issues, which should be clarified, in order to contribute to the development of constitutionalism. Among them are the issues concerning the nature, legal consequences and the execution of the Constitutional Court decisions, which we consider necessary to discuss in this context.

Though one of the most important features of the Constitutional Court legal positions is their binding nature, the following question arises in this context: which part of the decision does the formulation „execution of the Constitutional Court decisions” concern – only the resolute part or also the legal reasoning?

According to Article 61, Part 5 of the RA Law „On the Constitutional Court” the decisions of the Constitutional Court on the merits of the case are mandatory for all

the state and local self-government bodies, their officials, as well as for the natural and legal persons in the whole territory of the Republic of Armenia. It is obvious that the mentioned legislative provision itself implies that it concerns the whole decision of the Constitutional Court, hence, the legal positions, expressed both in the operative and in the reasoning parts of the decision. It is not accidental, as on the contemporary stage of the development of constitutional law decisions of the Constitutional Court are no more perceived as a document just determining constitutionality or unconstitutionality of legal acts, but more emphasis is given to the circumstance that the latter are primary means for formation of a uniform constitutional doctrine and development of the Constitution. Therefore, the realization of the mentioned mission requires proper consideration not only to the conclusion on the issue of the constitutionality of the legal act, but also to other legal positions of the Constitutional Court. The last ones are primary means for ensuring the stability and development of the Constitution and in this sense are no less important than the above-mentioned conclusions. Moreover, from the aspect of legal consequences, the legal positions are equivalent to them.

As it was mentioned in the decision of the RA Constitutional Court DCC-943 of 25 February 2011, declaring the challenged act as in conformity with the Constitution, the Constitutional Court often reveals the constitutional legal content of disputed legal norms through their interpretation and in the operative part of the Decision, declares those norms as in conformity with the Constitution or as in conformity with the Constitution within the framework of certain legal positions or partially within the framework of certain legal regulation, thus indicating:

- the legal limits of understanding and application of the given norm;
- the legal limits beyond which the application or interpretation of the given norm shall lead to unconstitutional consequences;
- the constitutional legal criteria, based on which the competent authorities are obliged to provide additional legal regulations for the full application of the norm in question.

Therefore, it is not possible to fully implement the decision of the Constitutional Court without taking the above-mentioned legal positions into consideration, which, in its turn, presupposes that the legal positions expressed not only in the operative, but also in the reasoning part of the Constitutional Court decision are subject to mandatory implementation.

This is the reason that in pursuance of the RA Constitutional Court decision DCC-943 an amendment was made to Article 68, Part 8 of the RA Law „On the Constitutional Court”, according to which the Constitutional Court can make decisions not only on finding the challenged act or its challenged provision in conformity with the Constitution or finding the challenged act fully or partially invalid and in

non-conformity with the Constitution, but also on finding the challenged act or its challenged provision in conformity with the Constitution **by the constitutional legal contents revealed by the decision of the Constitutional Court.** Moreover, Article 69, Part 12 of the RA Law „On the Constitutional Court” prescribed that in the cases defined by the mentioned Article if the provisions of the Law applied against the applicant are recognized as invalid and contradicting the Constitution, as well as when **the Constitutional Court, in the operative part of the decision, revealing the constitutional legal content of the provision of the law, recognized it in conformity with the Constitution and simultaneously found that the provision was applied to him in a different interpretation,** the final judicial act made against the applicant is subject to review on the grounds of new circumstances in accordance with the procedure prescribed by law.

The systemic analysis of the legal regulations regarding the discussed issue leads us to a conclusion that they are aimed to the formation of a thorough system of the execution of the legal positions expressed in the reasoning part of the Constitutional Court decisions and serve as an evidence of their binding force.

It should be mentioned that the practice of recognizing the challenged provision in-conformity with the Constitution in the frames of the legal positions expressed in the Constitutional Court decision is widespread in the activities of constitutional courts of various other states, including, for instance, Germany, Lithuania, Russian Federation, Slovenia, Spain, Hungary, etc. Though each of them has its peculiarities, the circumstance that the interpretation presented in the decision becomes binding for all other state bodies is common for all the mentioned courts. In this context the position of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) is worth mentioning, according to which „An explicit legislative – or even better constitutional – provision obliging all other state organs, including the courts, to follow the constitutional interpretation provided by the constitutional court provides an important element of clarity in the relations between the constitutional court and ordinary courts and can serve as a basis for individuals to claim their rights before the courts”<sup>1</sup>.

Summarizing the above-mentioned, it should be noted that the legal positions expressed not only in the operative, but also in the reasoning part of the Constitutional Court decision are subject to mandatory implementation. Moreover, corresponding judicial acts are reviewed not only on the basis of the decisions, according to which the RA Constitutional Court recognizes the provision of law applied by the court in

---

1 CDL-AD(2010)039rev, Study on Individual Access to Constitutional Justice, Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010), § 165, <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-e.pdf>.

the given civil or criminal case invalid and in non-conformity with the Constitution, but also on the basis of the decisions, according to which the Constitutional Court recognizes it in conformity with the Constitution, but in the operative part of the decision, revealing its constitutional legal content, finds that the provision was applied in a different interpretation.

The next issue, we consider necessary to discuss in this context, is the following: should we have a special body, which will ensure the execution of the Constitutional Court decisions, and what kind of role should the Constitutional Court have in this sphere?

There are three general approaches concerning this in international practice. According to the first one the Constitutional Court isn't vested with an authority of supervising the execution of its decisions and doesn't have concrete role in this sphere.

In some countries the authority of ensuring the execution of the Constitutional Court decisions is vested in state, particularly, in executive bodies (the second approach). For instance, Article 81 of the Law „On the organization and functioning of the Constitutional Court of Albania” prescribes that the execution of the decisions of the Constitutional Court is secured by the Council of Ministers of the Republic of Albania through the respective state administration. The Constitutional Court may assign another organ to execute its decision and the means of execution, if thus necessary. Article 31 of the Constitutional Act „On the Constitutional Court of the Republic of Croatia” defines that the Government of the Republic of Croatia ensures, through the bodies of central administration, the execution of the decisions and the rulings of the Constitutional Court.

In accordance with the third approach the Constitutional Court itself ensures the execution of the mentioned decisions.

Referring to the regulation of the issue in the Republic of Armenia, it should be mentioned that according to Article 61 of the RA Law „On the Constitutional Court” the decisions of the Constitutional Court on the merits of the case are mandatory for all the state and local self-government bodies, their officials, as well as for the natural and legal persons in the whole territory of the Republic of Armenia. It is obvious that the mentioned legislative provision presupposes the obligation of all the presented bodies to ensure the execution of the Constitutional Court decisions so far as the frames of their authorities or the concrete type of activities concerns any aspect of the execution of the mentioned decisions. In other words, they ensure the execution of the Constitutional Court decisions through the factual possibilities provided by the system of „checks and balances” existing in the context of separation of powers. Moreover, the nature of the Constitutional Court decisions and the peculiarities of



their execution have such a form that beyond these frames the presented subjects can't have any additional authorities, hence, also advantages in comparison with other bodies. This circumstance, in its turn, leads us to a conclusion that it is impossible to ensure the discussed process via considering any body, including executive bodies, as such a special subject.

At the same time we believe that the initial organ vested with necessary authorities in the sphere of ensuring the execution of the mentioned decisions is the Constitutional Court itself. It is not accidental that a practice is widespread within the frames of international constitutional justice, according to which just the Constitutional Court follows the execution of its decisions and coordinates this process. For instance, according to Article 86 of the Rules of Procedure of the Constitutional Court of Belarus control over the execution of the Constitutional Court decisions is vested in the corresponding structural subdivision of the Secretariat of the Constitutional Court. Article 87 of the Rules of procedure of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia prescribes that the Constitutional court follows the execution of its decisions, and if necessary, will ask from the Government of the Republic of Macedonia to ensure their execution. There is a Division of the Analysis and Summarization of the Practice of the Constitutional Court at the Constitutional Court of the Russian Federation, which executes monitoring of the implementation of the Court decisions and ensures the cooperation of the corresponding bodies and officials in the sphere of their execution. Moreover, in some states the corresponding bodies have an obligation to inform the Constitutional Court about the measures taken by them in the sphere of execution of the decisions. For instance, according to Article 40 of the Law „On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan” the recommendation and the offer on perfection of the legislation, contained in decisions of the Constitutional Council, shall be subject to obligatory consideration by the authorized state bodies and officials with the obligatory notice of the Constitutional Council on the accepted decision. Article 47 of the Law „On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan” prescribes that in case of revealing concrete violation of the Constitution and laws of the Republic of Tajikistan, the court states this circumstance, drawing the attention of the competent authorities and officials, who committed it, to the violation and the need to eliminate it and the Constitutional Court shall be informed on the measures taken concerning it within the prescribed period. Article 35 of the Law on the Federal Constitutional Court of Germany is also worth mentioning in this context, according to which in its decision the Federal Constitutional Court may state by whom it is to be executed; in individual instances it may also specify the method of execution. Such an authority have also the constitutional courts of Albania, Croatia, Ukraine, Spain, etc.

The RA Law „On the Constitutional Court” directly doesn’t prescribe such a possibility. At the same time it is obvious that several legal positions of the Constitutional Court are aimed at defining the method of the execution of the decisions. For instance, the legal positions, which prescribe how the concrete regulation should be interpreted or applied or which interpretation we should avoid during its realization, the legal positions, via which the Court indicates the expedience or necessity (from the aspect of constitutionality) of the concrete regulation<sup>2</sup>.

The annual reports on the situation of constitutionalism in the state and execution of the Constitutional Court decisions published by the Court are also an evidence of the initial role of the body, administering constitutional justice, in the sphere of ensuring the execution of the Constitutional Court decisions. According to Article 67 of the RA Law „On the Constitutional Court” the Constitutional Court publishes report about the situation on the execution of its decisions at the end of each year. It is sent to the relevant state and local self-government bodies. It should be mentioned that they are important not only from the aspect of presenting information concerning the discussed decisions and the situation of their execution, but also from the aspect of revealing the problems existing in this sphere and of proposing corresponding solutions to them. Hence, the mentioned reports are highly important not only for improving the situation of the execution of the discussed decisions, but for enhancing the state’s legal policy generally and for contributing to the development of constitutionalism. It is obvious that the basis for establishing the institute of annual reports is the logic of the implementation of the mentioned aims. This presupposes that the positions presented in them should be paid proper attention and can’t be remained without consequences.

The above-mentioned is already enough to state that the initial organ vested with necessary authorities in the sphere of ensuring the execution of the noted decisions is the Constitutional Court itself. Other subjects of the discussed relations can’t be considered as special bodies ensuring the mentioned process and are obliged to guarantee the execution of the Constitutional Court decisions so far as the frames of their authorities or the concrete type of activities concerns any aspect of the execution of the mentioned decisions.

At the same time we believe that despite the importance of the mentioned organizational mechanisms, formation of the proper system of execution of the Constitutional Court decisions primarily depends on the corresponding level of

---

2 For instance, according to Decision of the Constitutional Court of 8 February 2011 DCC-936 „Any procedural peculiarity or proceeding type, namely special proceeding, **may not be legislatively interpreted or implemented** in a way that makes human fundamental rights guaranteed by Articles 18 and 19 of the Constitution completely meaningless or impedes their implementation”.

constitutional and political culture of the society and most of the problems in the noted sphere are the result of shortcomings existing in this context. This primarily concerns the activities of the state bodies and their interrelations.

The international practice concerning the discussed issue unambiguously shows that the main key for ensuring the execution of the Constitutional Court decisions is not the fact of establishing a special body for the mentioned aim or vesting executive bodies with authorities necessary for this, but the fact of formation of corresponding level of cooperation between the state bodies and readiness to execute the acts of the Court.

The principle of separation of powers itself implies that having clearly delimited spheres of jurisdiction, the state bodies are vested with a number of authorities, which are closely interrelated. It is obvious that they must be exercised in a way, within the frames of which respect is paid to the powers of other bodies in a concrete sphere, hence, to their authority. This concerns also the issue of ensuring the execution of the Constitutional Court decisions and presupposes respect to the mentioned body, its authorities, hence, also to decisions by all the subjects included in this sphere. In other words, the achievement of the noted goal is possible only in the conditions of mutual respect between the mentioned organs (including the Constitutional Court), accompanied with the observance of the principle of „efficient self-restraint” by them<sup>3</sup>.

Summarizing the above-mentioned, it should be noted that despite the importance of various organizational mechanisms, formation of the proper system of execution of the Constitutional Court decisions primarily depends on the corresponding level of constitutional and political culture of the society. This presupposes that the achievement of the noted goal is possible only in the conditions when all the subjects included in this sphere pay respect to the mentioned body, its authorities, hence, also to decisions<sup>4</sup>. Therefore, all the steps in the mentioned sphere should firstly be aimed at the formation of the noted culture and the thorough system of the execution of the Constitutional Court decisions based on it.

---

3 There was a very interesting practice concerning this in the Republic of Armenia, when a working group was established in the RA National Assembly for working out drafts of the corresponding legislative acts in pursuance of the decisions of the Constitutional Court, according to which the RA laws or their provisions are declared as in non-conformity with the Constitution and invalid or which contain issues of improving the legislation, as well as a Special Commission for preparing proposals in order to guarantee the implementation of the Constitutional Court legal positions was established in the RA Ministry of Justice.

4 In this context Article 108 of the Serbian Law „On the Constitutional Court” is worth mentioning, according to which in exercise of its functions, the Constitutional Court cooperates with state and other authorities and organizations, scientific and other institutions, companies and other legal persons, on questions of interest for preservation of constitutionality and legality.



## **Anahit Manasyan**

Savjetnik predsjednika Ustavnog suda Republike Armenije

# **IZVRŠENJE ODLUKA USTAVNOG SUDA KAO JAMSTVO JAČANJA USTAVNOSTI (na primjeru Republike Armenije)**

*Poštovani sudionici Konferencije,*

*Dame i gospodo,*

*Dopustite da izrazim svoju iskrenu zahvalnost organizatorima Konferencije na toplom pozivu za sudjelovanje i da im čestitam 50. obljetnicu ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini!*

Pravo nije statična nego dinamična pojava i može se smatrati stvarnim samo u slučaju kada stvarno ispunjava svoju misiju kreiranja i razvoja društvenog okruženja, odnosno kada je realizirano u društvenom životu. Pravo koje nastaje kao rezultat djelovanja ustavnog suda u tom smislu nije iznimka, a njegova realizacija ima izniman značaj za jačanje ustavnosti u državi.

Mada su prethodnih godina mnoga pitanja iz ove oblasti riješena, još uvijek postoje ona koja treba pojasniti radi doprinosa razvoju ustavnosti. Između ostalih, tu su i pitanja koja se odnose na karakter, pravne posljedice i izvršenje odluka Ustavnog suda, za koja smatramo da ih je u tom kontekstu nužno razmotriti.

Iako je obvezujući karakter pravnih stajališta Ustavnog suda jedna od njegovih najznačajnijih karakteristika, u tom kontekstu javljaju se mnoga pitanja. Na koji dio odluke se odnosi formulacija „izvršenje odluka Ustavnog suda”? Je li to samo operativni dio ili to uključuje i pravno obrazloženje?

Prema članku 61. dio 5. Zakona o Ustavnom sudu Republike Armenije, odluke Ustavnog suda o meritumu predmeta su obvezujuće za sva državna tijela vlasti i za tijela lokalne samouprave, njihove dužnosnike, kao i za fizičke i pravne osobe na cijelom teritoriju Republike Armenije. Očito je da navedena odredba sama po sebi podrazumijeva da se relevantna formulacija odnosi na cjelokupnu odluku Ustavnog suda, tj. na pravna stajališta izražena u njezinom operativnom dijelu i u njezinom

obrazloženju. Nije slučajno da se na suvremenoj razini razvoja ustavnog prava odluke Ustavnog suda više ne promatraju kao dokument kojim se samo utvrđuje ustavnost ili neustavnost pravnih akata, nego se naglasak stavlja na okolnost da su odluke Ustavnog suda prvenstveno sredstvo za stvaranje jedinstvene ustavne doktrine i razvoja Ustava. Prema tome, ostvarivanje navedene misije zahtijeva odgovarajuće razmatranje ne samo zaključka o pitanju ustavnosti pravnog akta nego i drugih pravnih stajališta Ustavnog suda. Ta pravna stajališta su, prije svega, sredstvo osiguranja stabilnosti razvoja Ustava i u tom smislu nisu ništa manje značajna od navedenih zaključaka. Štoviše, promatrano sa aspekta pravnih posljedica, pravna stajališta predstavljaju njihov ekvivalent.

Kako je navedeno u Odluci Ustavnog suda Republike Armenije broj DCC-943 od 25. veljače 2011. godine, kojom je utvrđeno da je sporni akt sukladan Ustavu, Ustavni sud često pokazuje ustavnopravni sadržaj pobijanih pravnih normi tako što ih tumači i u operativnom dijelu svojih odluka proglašava kompatibilnim ili nekompatibilnim s Ustavom u okviru određenih pravnih stajališta, na taj način ukazujući na:

- pravna ograničenja shvaćanja i primjene dane norme;
- pravna ograničenja iznad kojih primjena i tumačenje dane norme dovode do neustavnih posljedica;
- ustavnopravne kriterije koji obvezuju nadležna tijela da osiguraju dodatne pravne propise radi cjelovite primjene relevantne norme.

Prema tome, za potpunu provedbu odluke Ustavnog suda u obzir se moraju uzeti navedena pravna stajališta, što onda pretpostavlja da pravna stajališta izražena ne samo u dispozitivu već i u obrazloženju odluke Ustavnog suda podliježu obveznoj provedbi.

Zbog toga je, sukladno Odluci Ustavnog suda Republike Armenije broj DCC-943, donesen amandman na članak 68. dio 8. Zakona o Ustavnom sudu Republike Armenije, prema kojem Ustavni sud može donositi odluke kojima utvrđuje ne samo da su pobijani akt ili neka njegova odredba sukladni Ustavu, ili da je pobijani akt u cijelosti ili djelomično ništavan i protivan Ustavu, nego kojim utvrđuje, **otkrivanjem ustavnopravnog sadržaja odluke Ustavnog suda**, da su pobijani akt ili neka njegova odredba sukladni Ustavu. Štoviše, članak 69. dio 12. Zakona o Ustavnom sudu Republike Armenije propisuje da, u slučajevima koji su definirani navedenim člankom, ukoliko je utvrđeno da su odredbe tog Zakona primijenjene protiv aplikanta ništave i suprotne Ustavu, kao i kada Ustavni sud, u operativnome dijelu odluke, **pokazujući ustavnopravni sadržaj zakonske odredbe, utvrdi da su odredbe sukladne Ustavu i istodobno da su odredbe primijenjene na aplikanta drugačije tumačene**, konačni sudski akt donesen protiv aplikanta podliježe preispitivanju po osnovi novih okolnosti sukladno zakonom propisanoj proceduri.

Sustavna analiza pravnih propisa u svezi s pitanjem koje se razmatra vodi nas ka zaključku da su propisi usmjereni stvaranju jednog detaljnog sustava izvršenja pravnih stajališta koja su dana u obrazloženjima odluka Ustavnog suda i služe kao dokaz njihove obvezujuće prirode.

Potrebno je spomenuti da je praksa utvrđivanja usklađenosti pobijane norme s Ustavom u okvirima pravnih stajališta izraženih u odluci Ustavnog suda široko rasprostranjena u djelovanju ustavnih sudova drugih zemalja, uključujući, primjerice, Njemačku, Litvu, Rusku Federaciju, Sloveniju, Španjolsku, Mađarsku itd. Mada svaka od navedenih zemalja ima svoje posebnosti, okolnost da tumačenje dano u odluci postaje obvezujuće za sva druga državna tijela je zajednička za sve spomenute sudove. U tom kontekstu, vrijedi navesti stav Europskog povjerenstva za demokraciju putem prava (Venecijansko povjerenstvo), prema kojem eksplicitna zakonska ili čak ustavna odredba koja obvezuje sva druga državna tijela, uključujući i sudove, da djeluju sukladno ustavnom tumačenju koje daje ustavni sud predstavlja značajan element jasnoće u odnosima između ustavnog suda i redovitih sudova i može služiti pojedincima kao osnova za traženje prava pred sudovima<sup>1</sup>.

Rezimirajući navedeno, treba naglasiti da pravna stajališta izražena ne samo u operativnom dijelu nego i u obrazloženju odluke Ustavnog suda podliježu obveznoj provedbi. Štoviše, odgovarajući sudski akti se preispituju ne samo na temelju odluka kojima Ustavni sud Republike Armenije utvrđuje da je zakonska odredba koju je sud primijenio u danom parničnom ili kaznenom predmetu ništava i protivna Ustavu već i na temelju odluka u kojima Ustavni sud utvrđuje da je odredba sukladna Ustavu, ali u dispozitivu svoje odluke, pokazujući njezin ustavnopravni sadržaj, utvrđuje da je relevantna odredba primijenjena drugačijim tumačenjem.

Navest ćemo još neka pitanja za koja smatramo da ih je u ovom kontekstu nužno razmotriti. Je li potrebno imati jedno posebno tijelo koje će osigurati izvršenje odluka Ustavnog suda? Koju ulogu bi u toj sferi imao Ustavni sud?

Postoje tri opća pristupa u svezi s ovom međunarodnom praksom. Prema prvom, Ustavni sud nema ovlasti kontrolirati izvršenja svojih odluka i nema konkretnu ulogu u toj sferi.

U nekim zemljama ovlast osiguravanja provedbe odluka ustavnog suda ima država, posebice njezina izvršna tijela (drugi pristup). Primjerice, članak 81. Zakona o organizaciji i funkcioniranju Ustavnog suda Albanije propisuje da izvršenje odluka Ustavnog suda osigurava Vijeće ministara Republike Albanije putem relevantne

<sup>1</sup> CDL-AD(2010)039rev, *Studija o pojedinačnom pristupu ustavnoj pravdi* koju je usvojilo Venecijansko povjerenstvo na svojoj 85. plenarnoj sjednici (Venecija, 17-18. prosinac 2010. god.), § 165, <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-e.pdf>.

državne administracije. Ustavni sud može odrediti drugo tijelo radi izvršenja svoje odluke, kao i drugo sredstvo izvršenja, ako je to nužno. Članak 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske propisuje da Vlada Republike Hrvatske osigurava, putem tijela središnje administracije, provedbu odluka i rješenja Ustavnog suda.

Prema trećem pristupu, sam Ustavni sud osigurava provedbu svojih odluka.

U svezi s reguliranjem ovog pitanja u Republici Armeniji, nužno je naglasiti da članak 61. Zakona o Ustavnom sudu Republike Armenije propisuje da su odluke Ustavnog suda o meritumu predmeta obvezujuće za sva državna tijela i tijela lokalne samouprave, njihove dužnosnike, kao i za fizičke i pravne osobe na cijelom teritoriju Republike Armenije. Očito je da navedena odredba pretpostavlja obvezu svih navedenih tijela da osiguraju provedbu odluka Ustavnog suda u okvirima njihove nadležnosti ili konkretnog djelovanja koje se odnosi na neki aspekt izvršenja tih odluka. Drugim riječima, oni osiguravaju izvršenje odluka Ustavnog suda putem faktičkih mogućnosti koje su dane kroz mehanizam „kontrola i provjera” a koji postoji u kontekstu raspodjele vlasti. Štoviše, priroda odluka Ustavnog suda i karakterističnost njihove provedbe imaju takvu formu da navedeni subjekti ne mogu imati dodatne ovlasti izvan ovih okvira, pa, stoga, ni prednosti u usporedbi s drugim tijelima. Ta okolnost, s druge strane, vodi nas ka zaključku da navedeni proces nije moguće osigurati preko bilo kojeg tijela, uključujući i izvršna tijela, kao posebnog tijela.

Istodobno, vjerujemo da je sam Ustavni sud izvorno tijelo koje ima nužnu ovlast u oblasti osiguravanja provedbe navedenih odluka. Nije slučajno da je ta praksa široko raširena u okviru međunarodnog ustavnog sudstva. Prema toj praksi, Ustavni sud prati izvršenje svojih odluka i upravlja tim procesom. Primjerice, prema članku 86. Pravila Ustavnog suda Bjelorusije, ovlast kontrole izvršenja odluka Ustavnog suda je dana relevantnom odjelu Tajništva Ustavnog suda. Članak 87. Pravila Ustavnog suda Republike Makedonije propisuje da izvršenje odluka Ustavnog suda vrši sam Sud i, ako je potrebno, od Vlade Republike Makedonije traži da osigura njihovo izvršenje. U Ustavnom sudu Ruske Federacije postoji i Odjel za analizu i sažeti pregled sudske prakse Ustavnog suda. Odjel vrši kontrolu provedbe odluka Ustavnog suda i osigurava suradnju relevantnih tijela i dužnosnika. Štoviše, u nekim državama relevantna tijela imaju obvezu obavijestiti Ustavni sud o mjerama koje poduzimaju s ciljem izvršenja njegovih odluka. Primjerice, prema članku 40. Zakona o Ustavnom vijeću Republike Kazahstan, preporuke i prijedlozi za poboljšanje legislative, sadržani u odlukama Ustavnog vijeća, podliježu obveznom razmatranju ovlaštenih državnih tijela i dužnosnika uz obvezno izvješćivanje Ustavnog vijeća o usvojenim odlukama. Članak 47. Zakona o Ustavnom sudu Republike Tadžikistan propisuje da Sud, u slučaju kada utvrdi da su prekršeni Ustav i zakoni Republike Tadžikistan, navodi tu okolnost i



na to skreće pozornost nadležnih tijela i dužnosnika odgovornih za kršenje, potom navodi potrebu da se to kršenje otkloni, te da relevantna tijela u propisanom roku obavijeste Ustavni sud o mjerama koje je poduzeo u svezi s tim. U tom kontekstu vrijedi spomenuti i članak 35. Zakona o Federalnom ustavnom sudu Njemačke, koji propisuje da Federalni ustavni sud u svojim odlukama može navesti tijelo koje provodi njegovu odluku, a u pojedinačnim slučajevima može precizirati i način izvršenja. Iste ovlasti imaju i ustavni sudovi Albanije, Hrvatske, Ukrajine, Španjolske itd.

Zakon o Ustavnom sudu Republike Armenije tu mogućnost ne propisuje izravno. Istodobno, očito je da je nekoliko pravnih stavova Ustavnog suda usmjereno ka definiranju načina izvršenja njegovih odluka. Primjerice, to su pravni stavovi koji definiraju kako se konkretni propis treba tumačiti ili primijeniti ili koje tumačenje treba izbjegavati pri realizaciji tog propisa, kao i pravni stavovi kojima Sud ukazuje na žurnost ili potrebu (sa aspekta ustavnosti) konkretnog propisa<sup>2</sup>.

Godišnja izvješća o ustavnosti u državi i izvršenje odluka Ustavnog suda koje se objavljuju također su dokaz njegove izvorne uloge tijela ustavnog pravosuđa u sferi osiguravanja izvršenja odluka Ustavnog suda. Prema članku 67. Zakona o Ustavnom sudu Republike Armenije, koncem svake godine Ustavni sud objavljuje izvješća o izvršenju svojih odluka. Izvješća se šalju relevantnim državnim tijelima i tijelima lokalne samouprave. Treba naglasiti njihov značaj ne samo s aspekta prezentiranja podataka koji se odnose na navedene odluke i njihovo izvršenje već i s aspekta otkrivanja problema prisutnih u ovoj oblasti i predlaganja odgovarajućih rješenja za te probleme. Prema tome, navedena izvješća su veoma važna ne samo za unapređenje stanja glede izvršenja odluka Ustavnog suda već i za jačanje državne pravne politike općenito i davanje doprinosa razvoju ustavnosti. Očito da osnova za uspostavu mehanizma godišnjeg izvješćivanja predstavlja logiku provedbe navedenih ciljeva. To pretpostavlja da posebnu pozornost treba obratiti na stavove koji su u njima izraženi i koji ne mogu ostati bez posljedica.

Sukladno navedenome, jasno je da je sam Ustavni sud to izvorno tijelo koje ima potrebne ovlasti u sferi osiguravanja izvršenja navedenih odluka. Drugi navedeni subjekti se ne mogu smatrati posebnim tijelima koja osiguravaju navedeni proces i koja su obvezna jamčiti izvršenje odluka Ustavnog suda u mjeri u kojoj se njihove nadležnosti ili konkretno djelovanja odnose na neki aspekt izvršenja navedenih odluka.

Isto tako, smatramo da, bez obzira na značaj navedenog organizacijskog mehanizma, stvaranje prikladnog sustava izvršenja odluka Ustavnog suda prvenstveno

2 Primjerice, prema Odluci Ustavnog suda od 8. veljače 2011. godine broj DCC-936: „Bilo koju procesnu specifičnost ili vrstu postupka, npr., posebni postupak, *ne mora tumačiti zakonodavac ili primijeniti* na način da temeljna ljudska prava zajamčena čl. 18. i 19. Ustava time postaju sasvim besmislena ili takva da se ometa njihova provedba.”

ovisi o odgovarajućoj razini ustavne i političke kulture društva i većina problema u navedenoj sferi je rezultat u tom kontekstu tih nedostataka. To se, prije svega, odnosi na djelovanje državnih tijela i njihove međusobne odnose.

Međunarodna praksa koja se odnosi na navedeno pitanje nedvosmisleno pokazuje da ono što je najbitnije za osiguranje izvršenja odluka Ustavnog suda nije činjenica o uspostavi posebnog tijela koje bi provodilo navedeni cilj ili davanje potrebnih ovlasti izvršnim tijelima, već stvaranje odgovarajuće razine suradnje između državnih tijela i spremnost da se odluke Ustavnog suda izvršavaju.

Načelo raspodjele ovlasti, samo po sebi, podrazumijeva da državna tijela, s jasno razgraničenim nadležnostima, imaju velik broj ovlasti koje su međusobno povezane. Očito je da se te ovlasti moraju vršiti u okvirima poštivanja ovlasti drugih tijela u konkretnoj sferi, tj. njihovih nadležnosti. To se odnosi i na pitanje osiguranja izvršenja odluka Ustavnog suda i pretpostavlja da svi subjekti koji su uključeni u ovu sferu poštuju navedeno tijelo, njegove ovlasti, pa, prema tome, i njegove odluke. Drugim riječima, postizanje navedenog cilja je moguće samo u uvjetima međusobnog poštivanja navedenih tijela (uključujući Ustavni sud), uz poštivanje načela njihovog „djelotvornog samoograničavanja”<sup>3</sup>.

U zaključku treba naglasiti da, bez obzira na značaj različitih organizacijskih mehanizama, stvaranje prikladnog sustava izvršenja odluka Ustavnog suda ovisi prvenstveno o odgovarajućoj razini ustavne i političke kulture društva. To pretpostavlja da je ostvarenje navedenog cilja moguće ako svi subjekti koji su uključeni u ovu sferu poštuju navedeno tijelo, njegove ovlasti, pa, prema tome, i njegove odluke<sup>4</sup>. Prema tome, svi koraci u navedenoj sferi trebaju prvo ići prema stvaranju navedene kulture i, na toj osnovi, stvaranju cjelovitog sustava izvršenja odluka Ustavnog suda.

- 
- 3 Postoji vrlo interesantna praksa u Republici Armeniji koja se tiče tog pitanja. Naime, radi se o osnivanju radne skupine u Narodnoj skupštini Republike Armenije za izradu nacrtu odgovarajućih zakonodavnih akata s ciljem izvršenja odluka Ustavnog suda, prema kojima se zakoni Republike Armenije ili njihove odredbe proglašavaju neustavnim, te nevažećim ili koje sadrže pitanja poboljšanja zakona. Tu su i specijalna povjerenstva za pripremu prijedloga kojima bi se jamčilo da se pravni stavovi Ustavnog suda prosljede Ministarstvu pravde Republike Armenije na provedbu.
  - 4 U tom kontekstu, članak 108. Zakona Srbije „o Ustavnom sudu” je vrijedan spomena jer prema tom članku Ustavni sud, u vršenju svojih funkcija, surađuje s državom i drugim tijelima i organizacijama, znanstvenim i drugim institucijama, poduzećima i drugim pravnim osobama, a sve u interesu očuvanja ustavnosti i zakonitosti.

**Mirsad Ćeman**

Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

## **USTAVNI SUD - IZMEĐU POZITIVNOG I NEGATIVNOG ZAKONODAVCA**

### **I. Opće napomene**

Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da, u okviru obilježavanja 50-godišnjice ustavnog sudovanja u Bosni i Hercegovini u koji period ulazi više od 15 godina djelovanja Ustavnog suda uspostavljenog prema važećem tzv. Dejtonskom ustavu BiH, organizira međunarodnu konferenciju pod ovim nazivom i temom, prema mome mišljenju, veoma je značajna pogotovo imajući u vidu odgovornost s kojom se susreće Ustavni sud BiH u vršenju uloge *čuvara Ustava*.

Naime, djelovanje bilo kojega ustavnog suda može se posmatrati kako na općoj komparativnoj ravni, tako i u okvirima ustavnopravnog sistema bilo koje države koja u svome ustavnom sistemu i poretku ima instituciju ustavnog suda, odnosno adekvatan pandan.

Stoga će moja prezentacija (poštujući vremenska ograničenja) većim dijelom biti usmjerena na opći, dijelom i komparativni, okvir i plan, ali će u neophodnoj mjeri (ciljano/ilustrativno) tretirati naše iskustvo i dileme, rukovodeći se *specifičnim karakterom važećeg ustava Bosne i Hercegovine, kao i dosadašnjom praksom Ustavnog suda BiH*.

Djelovanje ustavnih sudova u okvirima i rasponu od pozitivnog i negativnog zakonodavca je konstantno aktuelna tema na akademskoj, ali i praktičnoj ravni sa, kao što je to ovome auditoriju svakako poznato, različitim teorijskim i praktičnim pristupom i rješenjima.

### **II. Uvodna razmatranja**

Ustavni sudovi su jedan od najvažnijih stubova prava i, općenito, ustava svake države. Njihova uloga je različita u pojedinim državama, zavisno od historijskih i

političkih prilika u kojima su nastali i u kojima djeluju. Razvoj demokratskog društva zahtijeva, osim uspostavljanja relevantnih institucija i procedura, i značajno razvijenu demokratsku svijest, pravnu kulturu i definirane mehanizme kojima se uređuju međusobni odnosi ustavnih sudova i drugih grana vlasti, kao i odnosi sa redovnim sudovima.

Inkorporacija ustavnih sudova u klasični model podjele vlasti gotovo u pravilu *uzrokuje skrivenu, a ponekad i otvorenu napetost, pa i sukobe sa zakonodavnom i izvršnom vlašću*. Takav suodnos često proizlazi iz nadležnosti ustavnih sudova da, između ostaloga, stavljaju izvan snage pravne akte (zakone itd.) za koje ustanove da su u suprotnosti sa prvim zakonom u državi, tj. ustavom, a zakonodavno tijelo i/ili izvršna vlast, eventualno, smatraju drukčije. Ponekada se to događa i iz drugih razloga.

Odnos ustavnog suda i zakonodavca je, bez sumnje, od krucijalnog značaja za ovaj kompleks pitanja i problema. U velikom broju zemalja postoji niz pitanja koja se vezuju za ulogu sudstva općenito u procesu primjene prava. Prisutne su, npr., dileme o tome do koje mjere suđenje obuhvata i politiku, odnosno diskreciju, do koje mjere sudije moraju promovirati izvjesnost zakona, odnosno ciljeve pravde i, na koncu, koje su to dopuštene tehnike u interpretaciji zakona. Odgovori nigdje nisu identični, jer oni reflektiraju različite ustavne situacije a, prije svega, ustavne strukture, te različite odnose njenih elemenata.

Ideja o kontroli ustavnosti zakona se afirmirala u sve četiri faze dosadašnjeg dvostoljetnog razvoja konstitucionalizma. U drugoj fazi (1918-1945) javlja se *Kelzenova ideja o ustavnom sudu kao zasebnoj sudskoj instituciji kojoj se povjeravaju ovlasti tzv. negativnog zakonodavca*.

Institucije ustavnosudskog karaktera s vremenom osvajaju poziciju moralnog autoriteta, što ih pozicionira iznad konkretne politike i otvara im slobodu, ali i obavezu da donesu nekada i nepopularne odluke. Takav moralni autoritet – ili legitimitet – znači da građani prihvaćaju njihove odluke pa makar im se subjektivno protivili, ponajprije zato što u ustavnom sudu (generalno) vide legitimnog aktera odlučivanja i, u konačnici, zaštite vrijednosti garantiranih ustavom. Održivost takvoga stanja omogućava da ustavnosudska institucija unutar ustavno-političkog i pravnog sistema uspješno realizira većinu svojih vitalnih funkcija, otklanjajući prepreke za napredovanje i stabilizaciju vladavine prava.

Striktno funkcionalno i institucionalno razdvajanje ustavnog suda i zakonodavca, prema mnogim autorima i praktičnim iskustvima, apsolutno nije moguće. Takva teorija, koju je još zagovarao Montesquieu, odavno je odstupila od svake realnosti modernog ustavnog prava. Štaviše, današnji odnos ovih dviju grana vlasti karakterističan je po veoma intenzivnoj interakciji, saradnji, međusobnoj kontroli, te sprječavanju ili

suzdržavanju od vršenja vlasti. Drugim riječima, engleski pojam *check and balance* danas ima veoma široku paletu sadržaja.

Uprkos mogućnosti međusobnog utjecaja, koja je sasvim opravdana u današnje vrijeme, obje grane vlasti (dakle, i ustavnosudska i zakonodavna) moraju voditi računa o tome da ne uđu u tuđe područje, ili da ugroze samu suštinu karakterističnu za ustavni sud, odnosno za zakonodavca. Veoma je osjetljivo pitanje postavljanja granice iznad koje se ustavni sud pretvara u dopunskog zakonodavca ili, štaviše, svojim odlukama utječe na stvaranje ili realizaciju političke volje. *Naprimjer, ustavni sud ne smije ulaziti u adekvatnost rješenja zakonodavca koja se nalaze unutar njegovog slobodnog polja procjene ili ispitivati način, zapravo sadržaj, na koji je zakonodavac ispunio određeni javni interes. S druge strane, ustavni sud mora ostati neovisan i samostalan a politička borba se ne smije prenijeti iz parlamenta u sudsku salu bez obzira na pravne, ali i, nerijetko, političke implikacije ustavnosudskih odluka.* Prema tome, međusobno uvažavanje suštinskih vrijednosti i zadataka ovih dviju grana vlasti vodi upravo ka nužnom ali funkcionalnom odnosu ustavnog suda i zakonodavca.

Kada su u pitanju zemlje sa nedavnom burnom prošlošću ili pak tzv. *tranzicijske zemlje*, odnos između ustavnih sudova i parlamenata je dodatno otežan. Razvoj normativnog uređenja se nalazi u konstantnoj diskrepanciji, bivajući u jednom momentu iza reformi koje su u toku, a u drugom momentu idući daleko naprijed. U ovakvoj situaciji efikasna i konzistentna implementacija prava može i mora biti utemeljena na supremaciji ustava i međunarodnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava ugrađenih u njega, jer, kako i Ustavni sud BiH, obrazlažući jednu svoju odluku, navodi: „nepoštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda i neispunjavanje međunarodnih obaveza neizbježno vode u međunarodnu izolaciju i, kroz nepriznavanje institucija takve države, u nestanak toga subjektiviteta” (Odluka broj U 14/05 od 2. decembra 2005. godine, tačka 50).

Integrativni procesi s ciljem uključivanja u zajednicu razvijenih demokratskih država ili u supranacionalna tijela, kao što je Evropska unija, ovim državama nameću imperativ razvoja funkcionalne države bez, pogotovo kada to objektivno nije potrebno, odnosno neophodno, instrumenata koji mogu voditi blokadama i koji dovode do nefunkcionalnosti. Međutim, upravo realiteti ovih država i društava posljednjih decenija, posebno nekih u koje se ubraja i Bosna i Hercegovina, učinili su nužnim da se u ustavnopravne sisteme ugrade ekstremni ili radikalni elementi načela *check and balance*, kao što su pravo veta, i to ne samo između pojedinih grana vlasti nego i unutar svake od njih. Takvi elementi i mehanizmi veoma često, koliko god se, s jedne strane, činili potrebnim, vode ka blokadama i zastojsima u funkcioniranju države, što se često definira kao deficit održive i stabilne demokratije i pravne države. S obzirom na to, nerijetko se može čuti da se načelo učinkovite funkcionalnosti države mora

tumačiti na takav način da se, između ostalih, i od ustavnih sudova zahtijeva primjena tzv. sudskog aktivizma iako još uvijek ima zagovornika tzv. formalističkog tumačenja i razumijevanja zakona, pa i ustava kao akta najviše pravne snage.

*Sudski aktivizam (pri tome mislim na pozitivni ustavnosudski aktivizam) podrazumijeva hrabro, ekstenzivno, stvaralačko i dinamičko tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite demokratskog poretka, ustavnih prava i sloboda, te, na koncu, razrješavanje političkih kriza „nametanjem” prijelaznih zakonodavnih rješenja i slično. Time se žele prevladati razni problemi čiji se izvor nalazi u deficitarnim ustavnopravnim sistemima država sa složenim političkim ili nacionalnim elementima i strukturom. Ali, ne samo u takvima.*

Iako sudski aktivizam, s obzirom na cilj koji se želi time postići, može imati i ima svoju pozitivnu ulogu u određeno vrijeme i na određenom mjestu, *on objektivno narušava uobičajenu podjelu sistema vlasti, posebno odnosa ustavnih sudova prema zakonodavnim tijelima.* U takvim slučajevima nerijetko se govori o prelasku sistema parlamentarne demokratije ka ustavnosudskoj zakonodavnoj državi. *Zbog toga se njegova primjena, uglavnom, prakticira sa dosta opreza i suzdržanosti posebno ako se on izražava kroz ulogu ustavnih sudova kao pozitivnog zakonodavca.*

Međutim, ako je u današnje doba zaštitna načela vladavine prava, koja nužno uključuje učinkovitu zaštitu ljudskih prava i sloboda, nezaobilazna obaveza ustavnog sudstva, a jeste, postavlja se pitanje: *Da li je proaktivno, ekstenzivno i dinamično tumačenje ustavnih normi u pojedinim slučajevima i intervencionistički pristup rješavanju problema nezaobilazni prerogativ ustavnog sudstva, ili se, zapravo, radi o sudskom aktivizmu?! Pri tome sudski aktivizam uvijek, gledano iz ugla zakonodavca, ima negativan prizvuk.* Naime, postavlja se pitanje: Jesu li u današnje doba određene mjere i odluke ustavnih sudova, čiji je cilj ostvarenje i zaštita pravne države (u našim prilikama i njena gotovo elementarna funkcionalnost) a koje su se ranije mogle tretirati kao klasične mjere kritiziranog sudskog aktivizma, još uvijek ekskluzivno pravo zakonodavca s obzirom na njegov pretpostavljeni parlamentarni suverenitet u rješavanju političkih pitanja putem donošenja zakona i na drugi način?!

### **III. Ustav BiH i Ustavni sud BiH - osnov i potreba sudskog aktivizma, uloga pozitivnog i negativnog zakonodavca**

Za potrebe ovoga rada koristit ću *definicije negativnog, odnosno pozitivnog zakonodavca* - prema tekstu sudije Tadića na ovoj konferenciji/zborniku. Dakle: „Ustavni sud djeluje u ulozi negativnog zakonodavca kada svojom odlukom utvrđuje neustavnost pojedine odredbe zakona (ili cijeli zakon) i eliminiira je/ga iz pravnog

poretka tako što, u pravilu, nakon proteka određenog roka takve odredbe prestaju važiti, a u ostavljenom roku zakonodavac neustavne odredbe zamijeni novim. Međutim, Ustavni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac kada svojom odlukom proglašava *važenje* određenih zakonskih odredaba, ili kad odlukom ukazuje zakonodavcu *šta treba da uradi* da bi zakon bio u skladu sa Ustavom BiH. U navedenom je i razlika od djelovanja Ustavnog suda kao negativnog zakonodavca.”

Ustavni sud Bosne i Hercegovine posljednjih godina u donošenju pojedinih odluka (o čemu će kasnije biti riječi) suočio se sa ovim pitanjima na sasvim konkretan način i sa konkretnim posljedicama na društveno-političke i pravne odnose u Bosni i Hercegovini ponajprije u predmetima tzv. apstraktne ocjene ustavnosti, ali i nekim drugim pitanjima iz svoje nadležnosti.

Za razumijevanje potrebe i osnova za primjenu sudskog aktivizma u odlučivanju a posebno o ulozi Ustavnog suda BiH kao negativnog i naročito pozitivnog zakonodavca nezaobilazno je, prema mome mišljenju, *imati u vidu specifičnosti nastanka, zatim, specifičnosti samoga teksta (obim i sadržaj)* i, na koncu, lepezu mogućeg razumijevanja normativnog kapaciteta Ustava BiH (Aneksa 4. Dejtonskog, neki ga zovu i Pariški, mirovnog sporazuma).

Danas, zapravo od 1995. godine, Aneks 4. Dejtonskog mirovnog sporazuma predstavlja važeći ustav Bosne i Hercegovine. *Zaključen ne samo uz asistenciju nego i uz odlučujuću ulogu međunarodne zajednice (sa SAD na čelu), od početka i sada Dejtonski mirovni sporazum, posebno njegov Aneks 4, različito je kvalificiran kako sa stajališta domaćeg i međunarodnog prava, tako i njegovog političkog a posebno normativnog kapaciteta i dometa.* S jedne strane, ističe se, riječ je o projektu koji je „zaustavio rat i dao šansu miru”, tj. mirnodopskom načinu izgradnje države sa realnom potrebom (i namjerom?!) da se što skorije dogradi, uključujući i donošenje sasvim novog „modernog” ustava na temeljima „evropskih vrijednosti” (to omogućava član X Ustava), odnosno, s druge strane, njegovom razumijevanju (nakon prvobitne opstrukcije, pa i negiranja sa obrazloženjem da se radi o nametnutom rješenju) kao konačne i jedino moguće formule ne samo za ustavnopravno i administrativno-teritorijalno uređenje Bosne i Hercegovine kao države nego i njen opstanak kao međunarodnopravnog subjekta uopće.

Sve ove godine akademska, stručna i opća javnost u Bosni i Hercegovini (uključujući političke faktore, nevladin sektor itd.) akter je i poligon žive debate u veoma širokom rasponu *razumijevanja „slova i duha” Dejtonskog sporazuma i, posebno, njegovog Aneksa 4, tj. Ustava BiH.* Dijametralno suprotna stajališta posebno o pitanjima nadležnosti, prije svega države i entiteta, ali i u okviru entiteta (npr., Federacija BiH-kantoni) u predstavničkim/zakonodavnim i izvršnim tijelima, odnosno drugim institucijama

vlasti na svim nivoima permanentno proizvode napetosti i sporove sa sasvim konkretnim posljedicama po njenu funkcionalnost i uključivanje Bosne i Hercegovine u šire integracije. Ustavni sud BiH, u okvirima svoje nadležnosti (a entitetski u okviru njihove nadležnosti) i u više navrata, do sada je odlučivao o sporovima takve vrste i tom prilikom su se, manje ili više, pred ovo tijelo postavljale sve dileme sudskog aktivizma, odnosno uloge negativnog i pozitivnog zakonodavca.

*Ustavni sud Bosne i Hercegovine* (što je, generalno gledano, pozicija većine ustavnih sudova u svijetu danas) nije ni dio zakonodavne, niti izvršne, a ni redovne sudske vlasti, nego je *Ustavom Bosne i Hercegovine pozicioniran kao posebna, samostalna i neovisna vlast koja, na osnovu tog Ustava, djeluje kao korektivni faktor za ostala tri segmenta vlasti*. Dakle, Ustavni sud je (u skladu sa Ustavom BiH i Pravilima Ustavnog suda kojima su, na principu samoregulacije u skladu sa Ustavom, uređeni postupak, finansijska i upravno-administrativna samostalnost, osnove organizacije i druga pitanja značajna za rad Suda) samostalno i nezavisno sudsko tijelo specifične nadležnosti. U skladu sa Ustavom BiH, Parlamentarna skupština BiH je njen zakonodavni organ. *Prema tome, odvojenost Ustavnog suda i zakonodavca je jedan od formalnih aspekata načela pravne države koji je u Ustavu BiH izričito garantiran pravnom formulacijom „vladavina slova zakona” iz člana I/2. Ustava BiH.*

Kada je riječ o pravnom sistemu i sudskoj vlasti u Bosni i Hercegovini, simptomatično je da su se u protekle dvije decenije u Bosni i Hercegovini razvila i etablirala četiri, u velikoj mjeri autonomna, pravna sistema. Zbog autonomne prirode zakonodavnih postupaka na nivou entiteta (i Distrikta Brčko BiH), njihov pravni poredak se međusobno razlikuje u mnogim oblastima materijalnog i procesnog prava. Pored toga, s obzirom na to da entiteti, Distrikt Brčko BiH i država Bosna i Hercegovina imaju svoje zaokružene sudske sisteme, razlike nastaju u tumačenju i primjeni sličnih ili čak istovjetnih pravnih odredaba, ponekada i pravnih instituta, sadržanih u propisima ovih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini.

Dakle, u sistemu kakav je bosanskohercegovački, sa izraženom asimetričnom raspodjelom nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti i unutar sastavnih jedinica države/entiteta i Distrikta Brčko BiH bez, prema vertikali, optimalno zaokruženog pravosudnog sistema, *Ustavni sud bi mogao predstavljati onaj državni organ koji osigurava jedinstvo i funkcionalnost sistema*. Ustavni sud se, na koncu, konstituira kao najviši arbitar u rješavanju, u osnovi političkih, konflikata između Bosne i Hercegovine i njenih entiteta, mada se oni formalno, uglavnom, artikuliraju kao pravni, odnosno ustavnopravni problemi i pitanja.

*Polazeći od navedenoga, neupitan je značaj Ustavnog suda, odnosno njegovih odluka, koje po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju izvor prava*. Iako po formi pojedinačni akt, odluka Ustavnog suda o poništavanju i ukidanju zakona i drugih propisa jeste



normativni akt. Zakon i drugi propisi imaju svoj udio u potvrdi i daljem razvitku uvjeta i mogućnosti za ostvarivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, ali instrument, tj. institut ocjene ustavnosti (i zakonitosti tamo gdje i to spada u nadležnost ustavnog suda) načelno jeste, i u nizu slučajeva će biti, efektivan oblik zaštite individualnih sloboda i prava.

*Da bi to bilo tako, Ustavni sud BiH mora, uz neophodnu suzdržanost i oprez, primjenom pozitivnog sudskog aktivizma, te preuzimajući ulogu pozitivnoga zakonodavca (kada za to zaista postoje dovoljni razlozi) stvaralački hrabro i dinamički tumačiti ustavne odredbe, imajući upravo u vidu specifičnosti ustavnog teksta o kojima je već bilo riječi.*

*Naime, važeći tekst Ustava BiH je, pretežno, proizvod anglosaksonske pravne misli i nomotehnike (ne ulazeći ovom prilikom u ostale aspekte), što, realno, ima značajne konsekvence. Prema mome mišljenju, to se ogleda u mogućnosti ekstenzivnijeg pristupa razumijevanju i tumačenju ustavnog teksta i njegovih ključnih instituta, posebno u pitanjima apstraktne ustavne kontrole, kao i rješavanju sporova između pojedinih nivoa vlasti (npr., država-entiteti i sl.). Upravo u ovoj specifičnosti ustavnog teksta ja vidim ne samo osnov i mogućnost nego i obavezu pozitivnog ustavnosudskog aktivizma. Jer, ovaj Ustavni sud „će podržavati ovaj Ustav“ (član VI/3). Stvarni domašaj odredaba o nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3.a), te ustavnosudske interpretacije, npr., člana III/5. Ustava BiH (dodatne nadležnosti) nije moguće dokučiti bez ustavnosudskog aktivizma, odnosno, kao što je već navedeno, hrabrog, ekstenzivnog, stvaralačkog i dinamičkog tumačenja ustavnih odredaba u korist zaštite ustavnih prava i sloboda, ali i rješavanja eventualnih sporova koji se tiču funkcionalnosti i nadležnosti unutar Bosne i Hercegovine.*

Višestoljetno iskustvo interpretacije Ustava SAD (sedam, manje ili više opširnih, članova i 27 amandmana u više od 200 godina primjene) od Vrhovnog suda, koji, zapravo, ima ulogu ustavnog suda SAD, čini se vrlo interesantnim. *Naime, poznato je da je upravo Vrhovni sud SAD svojim odlukama ustavnom tekstu (osnovnom i amandmanima) davao ona značenja i udahnjivao mu novi sadržaj i život koji bi (bez takvog pristupa) složenu organizaciju države učinio neefikasnom a određena temeljna prava učinio i dalje uskraćenim milionima ljudi. Pri tome mislim na odluke poznate u literaturi, ali i praksi kao što su: Allgeyer v. Liusiana iz 1897. godine (ekonomska pitanja-New Deal), predmet Lochner v. New York iz 1905. godine (regulacija rada pekara), predmet Gideon v. Wainwright iz 1963. godine (pravo na pravnog savjetnika na teret države), predmet Miranda v. Arizona iz 1966. godine (pravo na upozorenje licima koja se lišavaju slobode-pravo na šutnju) i mnoge druge (navedeno prema: dr. Edin Halepić, Ustav SAD (1787) i sudska interpretacija, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV, 2012).*

Međutim, ovakav pristup nije samo karakterističan za američko iskustvo nego o tome svjedoče i odluke drugih utjecajnih ustavnih sudova država sa drukčijim ustavnim tradicijama kao, npr., Njemačke (protivustavnost ovlaštenja vojske da obori avion u nekim rizičnim situacijama), Austrije (dvojezički natpisi mjesta), Češke (neustavnost arbitrarnog zadiranja u ekonomske osnove nezavisnosti sudova i sudija), Vrhovnog suda Kanade (tumačenje Povelje prava), Rusije, te ustavnih sudova niza drugih zemalja.

*Naravno da, kada o ovome govorim, primarno, zapravo jedino, imam u vidu normativni kapacitet Ustava Bosne i Hercegovine za primjenu ustavnosudskog aktivizma koji, uz sva njegova ograničenja, sadrži važeći tekst Ustava BiH (Aneks 4). Ostali aspekti su primarno, ipak, pitanje politoloških, socioloških, historiografskih i drugih analiza, što nije u fokusu ovoga izlaganja.*

Podsjetimo se još jednom: institucija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine utemeljena je članom VI Ustava Bosne i Hercegovine kao nezavisni čuvar Ustava i kao institucionalni garant za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ustanovljenih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima Aneksa I Ustava. *Odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće. U konačnici, Ustavni sud mora tražiti i iznalaziti načine da se njegove odluke provedu. Ako zakonodavac to nije u stanju, uloga čuvara ovoga ustava nalaže Ustavnom sudu da, makar i u nepopularnoj (realno, rijetko korištenoj) ulozi pozitivnog zakonodavca, postupak pred sudom dovede do kraja proglašavanjem, npr., nekog zakona na privremenoj osnovi.*

#### **IV. Praksa Ustavnog suda BiH**

U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud BiH donio je nekoliko odluka interesantnih sa stanovišta sudskog aktivizma, odnosno uloge pozitivnog zakonodavca.

U eklatantan primjer pozitivnog sudskog aktivizma, prema mome mišljenju, ubraja se poznata Odluka broj U 5/98 (I, II, III i IV) o „konstitutivnosti naroda” na cijelom području Bosne i Hercegovine, te Odluka broj U 9/11 (zadržavanje državljanstva BiH ukoliko državljanin BiH prihvati državljanstvo treće zemlje a između tih zemalja nije zaključen bilateralni sporazum o dvojnomo državljanstvu) i niz drugih. Prva odluka je do sada mnogo puta komentirana, pravdana i osporavana, pa je ovom prilikom nećemo komentirati. Ipak, moram naglasiti da je ova odluka postala standard ali je njena implementacija i dalje, realno posmatrano, nedosljedna.

Dobar primjer postupanja Ustavnog suda BiH u ulozi pozitivnog zakonodavca su svakako i odluke br. U 5/04, U 44/01, U 3/11, U 6/12, U 7/12 i još neke.

Ne ulazeći u širu prezentaciju niti analizu, slijedi kratak osvrt samo na neke od tih odluka s obzirom da su neke druge komentirane u drugim referatima.

- **U 5/04** od 27. januara 2006. godine: Kroz pitanje da li Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ima supremaciju u odnosu na odredbe Ustava BiH, Ustavnom sudu postavilo se, zapravo, i *pitanje uloge Ustavnog suda kao zaštitnika Ustava ili kao „tvorca” Ustava*. Naime, odlučujući o zahtjevu za ocjenu saglasnosti pojedinih odredaba Ustava BiH sa Evropskom konvencijom, jer ne osiguravaju ravnopravno postupanje prema svim građanima Bosne i Hercegovine u ostvarivanju njihovog biračkog prava, ovom odlukom Ustavni sud je odbacio zahtjev kao nedopušten zbog nenadležnosti Ustavnog suda. Tom prilikom Ustavni sud je naglasio „kako se prilikom tumačenja svojih nadležnosti uvijek mora držati teksta Ustava BiH”, koji *u konkretnom slučaju* ne dozvoljava širu interpretaciju nadležnosti s obzirom na obavezu Ustavnog suda da „podržava ovaj Ustav”, kao i da odredbe Evropske konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav BiH, jer je Evropska konvencija kao međunarodni dokument stupila na snagu na temelju Ustava BiH, te ustavne ovlasti proistječu iz Ustava BiH, a ne iz Evropske konvencije.

*Iako u odnosu na ovakav stav Ustavnog suda imam određene rezerve, navodim ga kao većinski stav koji je definirao/trasirao stav i u nizu drugih kasnijih odluka u kojima se odnos Ustava BiH i Evropske konvencije pojavljuje kao ustavnopravno pitanje.*

- **U 6/12** od 13. jula 2012. godine i **U 7/12** od 30. januara 2013. godine: *Ustavni sud je donio i dvije odluke kojima je utvrdio neustavnost dva zakona na nivou Bosne i Hercegovine zbog postojanja pravnih praznina*. Odlukom broj **U 6/12** Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, jer ne sadrži odredbu o nužnoj delegaciji nadležnosti Suda BiH, što vodi kršenju prava na pravično suđenje, a Odlukom broj **U 7/12** Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o plaćama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou BiH, jer ne sadrži odredbe o pojedinim naknadama, čime se krši princip nezavisnosti pravosuđa kao osnovne garancije vladavine prava.

- **U 4/05** od 22. aprila 2004. godine: Ovom odlukom Ustavni sud je poništio odluke o izboru općinskih vijećnika za Gradsko vijeće Grada Sarajeva, jer su izbori izvršeni na temelju neustavnih odredaba kojima u Gradskom vijeću nije omogućena minimalna zastupljenost svih konstitutivnih naroda. Ovom odlukom Ustavni sud je općinskim vijećima naložio da izvrše novi izbor vijećnika za Gradsko vijeće, ali u skladu sa odredbama Ustava BiH, a ne na temelju neustavnih odredaba gradskog Statuta.

## **V. Zaključna razmatranja**

*Već dugo u ustavnosudskoj praksi ustavnih sudova u svijetu jedna od glavnih uloga ustavnog suda nije samo kontrola ustavnosti postojećih zakona nego i kontrola nepostojanja takvih zakona, ili kontrola nedostataka u zakonima (pravne praznine).*

*Bogato iskustvo i etablirana praksa ustavnih sudova širom svijeta svjedoče da su pozitivni aktivizam i na temelju toga izgrađena uloga negativnog, a posebno pozitivnog zakonodavca ustavne sudove pozicionirali kao krajnje garante izgradnje, čuvanja i afirmacije demokratskih sistema, pogotovo kada su u pitanju temeljna ljudska prava i slobode građana.*

*Ustavni sudovi ponekada preuzimaju i zakonodavne funkcije, dopunjavajući zakonodavca u njegovoj ulozi kreatora i donosioca zakona, popunjavajući praznine, ili dajući smjernice i naredbe zakonodavcu, a izuzetno i privremeno uređujući određenu oblast ili sporno pitanje dok to zakonodavac ne učini u skladu sa odlukom Ustavnog suda.*

*Intenzivnija kooperacija i dijalog zakonodavne i ustavnosudske vlasti su neophodni. Podrazumijeva se da svako svoju nadležnost i obaveze izvršava na ustavan način. To ponekad znači za ustavne sudove, naravno i za Ustavni sud Bosne i Hercegovine, koliko god suzdržano, ulazak u zakonodavni teren. Bez ovakvoga pristupa, koji je ne samo praktično nego i teorijski dobio potvrdu, mnoga prava bi ostala na nivou „gologa prava” - ius nudus.*

*Kada je riječ o Bosni i Hercegovini, imajući u vidu karakteristike važećeg ustavnog teksta i njegov normativni kapacitet, primjenjujući pozitivni sudski aktivizam, te prihvatajući se i uloge pozitivnog zakonodavca (uloga negativnog zakonodavca se podrazumijeva), Ustavni sud Bosne i Hercegovine, uz suzdržanost i oprez koje je i do sada ispoljio, može znatno doprinijeti unapređenju i zaštiti garantiranih prava i sloboda građana Bosne i Hercegovine, ali i funkcionalnosti BiH kao države pogotovo kada se pred njime nađu ustavnopravna pitanja koja zakonodavci nisu uspjeli razriješiti. Ustavni sud treba, zapravo mora, rješavati ustavnopravne probleme i pitanja, jer ga na to obavezuje ustavna odredba prema kojoj će „Ustavni sud podržavati ovaj ustav” (član VI/3).*

*Do sada je Ustavni sud BiH bio očigledno oprezan i suzdržan (što, naravno, nije sporno) kada je u pitanju direktna intervencija u zakonodavnu aktivnost, ali sam slobodan ustvrditi da u odgovornost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine spada i preduzimanje potrebnih mjera kako bi se njegove odluke izvršile. Ako to znači da treba urediti neko pitanje na privremenoj osnovi (izmjena/dopuna nekoga zakona) dok to zakonodavac ne učini, onda to nije pitanje izbora, nego vršenja fundamentalne funkcije Ustavnog suda u primjeni Ustava čiji je „čuvar”, odnosno osiguranju vladavine zakona kao jednog od temeljnih ustavnih principa.*

## Summary

Rich experience and established case-law of constitutional courts throughout the world are a testimony to the fact that positive activism and the role of a negative and especially positive legislator built thereon, positioned constitutional courts as the final safeguards of building, preserving and affirming democratic systems, particularly so when it comes to the fundamental human rights and freedoms of citizens.

As to Bosnia and Herzegovina, bearing in mind the features of the applicable constitutional text and its normative capacity, by applying positive judicial activism, and by accepting the role of a positive legislator (the role of a negative legislator is implied), the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, with restraint and caution that it has demonstrated so far, may greatly contribute to the promotion and protection of guaranteed rights and freedoms of the citizens of Bosnia and Herzegovina, as well as to the functionality of BiH as a state especially when faced with constitutional issues that legislators failed to resolve. The Constitutional Court should, indeed, it must settle constitutional problems and issues, because it is so bound by the constitutional provision according to which „the Constitutional Court shall uphold this Constitution” (Article VI(3)).

Up until now the Constitutional Court of BiH has practiced caution and restraint (which, of course, is indisputable) when it comes to direct intervention with the legislative activity, however the responsibility of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina includes the undertaking of necessary measures in order to enforce its decisions. If that means that an issue is to be regulated on a temporary basis (amendment to a law) until the legislator does so, then that is not a matter of choice, but of exercising the fundamental function of the Constitutional Court in implementing the Constitution which it „guards”, i.e. of ensuring the rule of law as one of the fundamental constitutional principles.



## **USTAVNI SUD – IZMEĐU NEGATIVNOG ZAKONODAVCA I POZITIVNOG AKTIVIZMA**

Ustavno sudstvo je mjerilo raspoznavanja moderne demokratske države naročito značajno za države u tranziciji, koje ustavnim sudstvom potvrđuju svoju opredijeljenost za poštovanje ustavnosti i zakonitosti. Ustavnim sudstvom se usavršava složen mozaik sistema podjele vlasti i to ne samo one horizontalne i vertikalne već i između političkog i civilnog dijela društva.

Ocjena saglasnosti zakona s ustavom bila je i ostala prepoznatljiva funkcija evropskih ustavnih sudova, posebno za ustavne sudove koji u sistemu centralizovane kontrole ustavnosti zakona obavljaju funkciju „osnovnog čuvara” ustavom zajamčenih trajnih vrijednosti demokratskog društva. Međutim, od uvođenja ustavnog sudstva i širenja prostora njegovog djelovanja nema ni odgovora na pitanje dokle sežu ovlašćenja ustavnih sudova u vršenju kontrole zakona, odnosno koje su granice njihovog djelovanja u odnosu na zakonodavnu vlast.

Ustavnosudska kontrola tretirana je kao odvojena funkcija od zakonodavne, dok danas prevladava stav da stroge odvojenosti nema, i da je ustavna kontrola postala jedna od, „mogućih faza zakonodavnog procesa”, ali sudske prirode. Zakonodavna i ustavnozaštitna funkcija čine ili treba da čine skladan sklop i da se ustavni sud „uravnotežuje s parlamentom” u vršenju zakonodavne funkcije. Složeni odnos između politike i prava u instituciji ustavnog suda pri vršenju ustavne kontrole je vidljiv iako ustavni sud ne kontroliše da li je zakonodavac svoja ovlašćenja politički cjelishodno koristio, već samo da li je poštovao ustavne okvire koje ne smije da prekorači ni zakonodavna sloboda normiranja.

Ustavom Crne Gore iz 2007. godine Ustavni sud je izdvojen iz strukture državne vlasti<sup>1</sup> kao instrument konstitualizacije u smislu ograničavanja i kontrole državne

---

1 Vlast je uređena po načelu podjele vlasti na: zakonodavnu, izvršnu i sudsku; zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu vlast vrši Vlada, a sudsku sud; vlast je ograničena Ustavom i zakonom; ustavnost i zakonitost štiti Ustavni sud (član 11 st. 1, 2, 3 i 6 Ustava).

vlasti, kao poseban organ, koji štiti ustavnost i zakonitost, odnosno ustavnopravni poredak, ljudska prava i slobode zajemčene Ustavom. Kao čuvar ustavne demokratije Ustavni sud odlučuje u situacijama kada ostali organi vlasti ne rješavaju sporove u skladu sa načelom vladavine prava<sup>2</sup>. Smisao načela diobe vlasti nije organizaciono i funkcionalno odvajanje triju temeljnih grana vlasti, nego u tome da omogući uzajamnu provjeru i ravnotežu između nosilaca najviših državnih funkcija.

Kontrola ustavnosti po Ustavu Crne Gore je funkcija *sui generis* ne samo zato što je njeno vršenje povjereno državnom organu posebnog ranga i položaja već zato što je posebna, po svojoj svrsi i ciljevima, svom predmetu zaštite, načinu vršenja, posljedicama koje u pravnom poretku nastaju njenim vršenjem i dejstvu odluka. Ona po svojoj suštini i karakteru može biti represivno-kontrolna, ali i korektivno-kreativna; ona može da utvrdi i zaštititi pravo, ali i da ograniči i obustavi; ona može da naredi i da zabrani.

Nakon donošenja Ustava, od Ustavnog suda se očekivalo da u vremenu koje dolazi, ne samo na papiru, već u stvarnosti, ostvari svoju ulogu ključnog kontrolora poštovanja i ostvarivanja Ustava, i to nad svim nosiocima političke vlasti u državi (zakonodavne, izvršne i sudske), štiteći i obezbjeđujući pritom temelje demokratske ustavne države – vladavinu prava nad politikom i individualnu slobodu i dostojanstvo, kojih nema bez ostvarivanja i zaštite ustavnosti i osnovnih sloboda i prava građana.

Pravne pretpostavke za takvo funkcionisanje Ustavnog suda obezbijedene su u Ustavu Crne Gore, koji je pružio dovoljan osnov za uspostavljanje efektivne i cjelovite ustavnosudske kontrole. Ustavna demokratija, međutim, traži ne samo da pravni akti i radnje državnih organa budu striktno u saglasnosti s Ustavom, kao najvišim pravom, i da ostvarivanje Ustava kontroliše Ustavni sud, već i da ponašanje u skladu s Ustavom postane model ponašanja svih bez izuzetka, odnosno da ustavne vrijednosti i kultura, koja je vezana za takav ustavni koncept demokratije, moraju da prožimaju čitavo društvo.

Tako je Ustavni sud, u proteklih deset godine, svojim odlukama, odnosno interpretacijom Ustava u skladu sa demokratskim standardima, na svojevrsan način „pomagao” zakonodavcu da se oslobodi snažnog uticaja dotadašnjeg pravnog rezonovanja i nekritičkog preuzimanja ranijih zakonskih rješenja. Sud je svojim stavovima na svojevrsan način ponekad i ohrabrivao i usmjeravao zakonodavca da određene odnose uredi na nov način, saglasno evropskim i međunarodnim standardima.

Načelno ustavno pravilo jeste da je sud nadležan da odlučuje o saglasnosti važećih zakona i drugih pravnih propisa s Ustavom, potvrđenim i objavljenim međunarodnim

2 Jedna od osnovnih vrijednosti u Crnoj Gori, istaknuta u Preambuli Ustava, pored slobode, mira, tolerancije, poštovanja ljudskih prava i sloboda, multikulturalnosti, demokratije, jeste i vladavina prava.

Crna Gora je nezavisna i suverena država, republikanskog oblika vladavine, građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava (član 1. Ustava).



ugovorima, ali i „ako je u toku postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti” ocjenjivani zakon ili drugi pravni propis „prestao da važi, ali nijesu otklonjene posljedice njegove primjene, Ustavni sud utvrđuje da li je taj propis bio saglasan s Ustavom, odnosno zakonom za vrijeme njegovog važenja”<sup>3</sup>. Dva su, dakle, uslova za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti pravnog propisa koji je prestao da važi: da je prestalo njegovo važenje u toku ustavnosudskog postupka o njegovoj ocjeni i da nijesu otklonjene posljedice njegove primjene.

Odlukom o neustavnosti zakona Ustavni sud Crne Gore može konstatovati da zakon u cjelini nije ustavan, što vodi njegovoj potpunoj kasaciji (*annulation totale*), a što se rijetko dešavalo u našoj praksi, ili pak da su samo pojedine odredbe zakona neustavne što, po pravilu, vodi djelimičnom kasiranju zakona (*annulation partielle*). Da li će Sud kasirati zakon u cjelini ili samo pojedine odredbe zakona, stvar je ocjene samog Suda, pri čemu dolazi do izražaja ili „sudsko samoograničenje” ili pak „sudski aktivizam”. Naravno, Ustavni sud u ovim slučajevima uvijek vodi računa o pravnoj sigurnosti. Iz navedenih razloga Sud ima izraženu odgovornost da, sa posebnom pažnjom, pristupi ocjeni da li se parcijalnim kasiranjem nekog zakona mijenja smisao (i preciznost) preostalog teksta, ili je moguća primjena preostalih zakonskih odredbi – sa izmjenama do kojih je došlo od strane Suda. Drugim riječima, kada će Ustavni sud utvrditi neustavnost pojedinih zakonskih odredaba u cjelini, a kada će tražeći smisao zakonskog teksta pristupiti kasaciji samo pojedinih dijelova zakonskih odredbi (često i pojedinih riječi ili pojmova u tim odredbama), jeste diskreciono ovlašćenje Suda. No, nezavisno od interpretacije koju koristi u svojim kasatornim odlukama Sud u ovim slučajevima realno ulazi u domen zakonodavne vlasti, postajući i „kontrolor” i „stvaralac”.

Domet prava Ustavnog suda za utvrđenje da li je ili nije neka pravna norma nesaglasna s Ustavom ili zakonom je: sadržina, smisao i sistem ciljeva svih ustavno utvrđenih temeljnih principa – konstituenata države Crne Gore, u kojima princip/načelo vladavine prava ima istaknuto mjesto; sadržina, smisao i ciljevi ustavno-utvrđenih ljudskih prava i sloboda, cjelina ustavne sadržine; vizija koju iskazuju osnovni ustavni principi/načela. A mjerilo u tom dometu je: istorijska odgovornost pred slobodom, razvojem, ljudskom pravdom i pravicom. Ukupnost svega toga pretpostavlja tumačenje sadržine Ustava u kontekstu progresivnog uspona društvenog bića, progresivnih težnji u samoj stvarnosti. Ako se to ne čini, ustavno pravo bi bilo u funkciji kočenja društvenog progressa. Vuklo bi nazad. Kretanje Ustavnog suda u tom okviru njegova je nadležnost. Eventualno njegovo kretanje preko tog okvira, pod okriljem interpretacije Ustava i zakona ili bilo kojim drugim, bilo bi zauzimanje

3 Član 149. stav 2.

područja nadležnosti ustavotvorca ili zakonodavaca, što je suprotno ustavnoj koncepciji i sadržini<sup>4</sup>.

Nijednim poznatim ustavom nije otklonjena mogućnost da ustavni sudovi mogu, makar u izuzetnim slučajevima, preći tu granicu dometa svoje nadležnosti, izuzetno ili rjeđe zauzimati područja nadležnosti ustvotvorca ili zakonodavca. Ta mogućnost postoji, budući da na odluke ustavnih sudova nema pravnog lijeka, već u času objavljivanja automatski postaju konačne i opšteobavezne. To je osnov da se u literaturi postavljaju dva međuzavisna pitanja. Jedno je: „Ne postoji li opasnost da se u praksi uspostavi stanje vladavine sudija umjesto vladavine prava”? I drugo: „Ima li puta i načina, ima li brane, da nas neko čuva od čuvara”? Mogućnost o kojoj je riječ nije otklonjena ni Ustavom Crne Gore, pa i u Crnoj Gori imaju značaja dva citirana pitanja.

Dosadašnji odgovor na prvo pitanje poznat u svijetu jeste: nije pravno isključena mogućnost da ustavni sudovi prelaze granicu dometa svoje nadležnosti i zauzimaju područja nadležnosti ustavotvorca ili zakonodavca, ali da postoje dvije brane koje „poređak čuvaju od čuvara”. Jedna je naučna i stručna javnost. Njeno kvalitetno djelovanje može biti brana sa izvjesnom količinom elemenata snage sprječavanja da se označeno ne dešava, naročito da se ne ponavlja, da se ne „uspostavi stanje vladavine sudija umjesto vladavine prava”, pa i kada se eventualno dogode pojedinačna izuzetna prelaženja granice ustavnosudske nadležnosti. Druga i presudna brana jeste: profesionalna sposobnost i savjest ustavnih sudija, organizovanje rada Ustavnog suda sa svojstvima koja obezbjeđuju studioznost pripreme odlučivanja i unutrašnju kritičnost. U ustavnopravnoj literaturi se ova brana naziva i „samoograničavanje ustavnog suda”. Doktrina koja se iskazuje kroz komentare prakse Vrhovnog suda SAD ovu branu sadržinski određuje kao obavezu suda da „skrupulozno pazi da se ostane u okviru sudske funkcije, a ne da njenim širenjem prisvoji nadležnost neke natparlamentarne vlasti”<sup>5</sup>. Da postane nadustavni organ.

Iz cjeline sadržine Ustava Crne Gore proizilazi da je i Ustavni sud Crne Gore obavezan na takvu „skrupuloznu pažnju”, na „samoograničavanje”, na studioznost koja će obezbjeđivati striktno poštovanje svake zakonske odredbe saglasne s Ustavom, smisaone cjeline Ustava i zakona, i da nema nadležnosti izvan obezbjeđenja poštovanja ustavnih određenja i zakonskih određenja saglasnih sa Ustavom. Veliki značaj za to imaju „prethodni postupak” i rasprava na sjednicama Ustavnog suda. Jer, učesnici u postupku, inicijatori, predlagači, donosioci zakona i drugih propisa i eksperti koje Ustavni sud angažuje imaju pravo, dužnost i optimalnu mogućnost da

4 M. Šuković „Ustavno pravo”, CID – Podgorica, 2009.

5 Citirano prema, Ivan Krbeč, Ustavno sudovanje, Zagreb, 1960, str. 12.

iznose pravne i druge činjenice, komentare i mišljenja o svemu bitnom za donošenje ustavnosudske odluke, da se izjasne o svemu što iskazuju drugi učesnici, što Ustavnom sudu omogućava da produbljeno izuči i sagleda sve aspekte sadržine i pravnog dejstva pravnog propisa o čijoj ustavnosti i zakonitosti ima da odluči, da precizno utvrdi pravno i ukupno činjenično stanje i donese ustavnopravno utemeljenu odluku<sup>6</sup>.

Ustav Crne Gore iz 2007. godine po prvi put izričito utvrđuje da su „potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka; da imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i da se neposredno primjenjuju, kad odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva”<sup>7</sup>. Osim toga, nadležnost Ustavnog suda u oblasti apstraktne kontrole proširena je na odlučivanje o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima<sup>8</sup>.

Evropska konvencija, kao potvrđeni objavljeni međunarodni ugovor, zajedno sa principom demokratije, vladavine prava i slobodnih izbora, sastavni je dio unutrašnjeg pravnog poretka, samim tim direktno je primjenjiva i saglasno Ustavu, hijerarhijski je iznad drugih zakona.

Polazeći od koncepcije pravnog monizma, „kvaziustavnog” položaja Konvencije u crnogorskom pravnom poretku i ustavnog zahtjeva za neposrednom primjenom Konvencije, Ustavni sud Crne Gore se u svojim odlukama poziva na Evropski sud i njegovu sudsku praksu. Na taj način se istovremeno ostvaruju dva zahtjeva, prvi – primjena ustavnih argumenata u odlučivanju i drugi – usklađivanje crnogorskog ustavnog prava s evropskim pravnim standardima. Prilagođavanje tim zahtjevima traži vrijeme u primjeni njihovih ustavnosudskih tehnika i načela za interpretaciju.<sup>9</sup>

6 Vidjeti: odredbe u poglavljima „Učesnici u postupku”, „Prethodni postupak” i „Oblici rada Ustavnog suda” u Zakonu o Ustavnom sudu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, br. 64 od 27. oktobra 2008. godine, str. 5/6.

7 Član 9.

8 Član 149. stav 1. tačka 1. Ustava.

9 U predmetu U. br. 67/09 od 17. jula 2009. godine, ocjene ustavnosti odredaba čl. 3 i 5 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o štrajku („Službeni list Crne Gore”, br. 49/08), Ustavni sud je utvrdio:

„(...) Iz citirane odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda proizilazi da je isključiva nadležnost države regulisanje načina ostvarivanja prava na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja sa drugima odnosno da se nacionalnom zakonodavstvu prepušta regulisanje načina ostvarivanja tog prava, s tim što se ne sprečava da se vršenje ovih prava od strane članova oružanih snaga, policije ili državne uprave, mogu zakonski ograničiti, u cilju zaštite javnog interesa, ako bi se na taj način ugrozili interesi građana, nacionalna bezbjednost, bezbjednost lica i imovine, kao i funkcionisanje organa vlasti. To potvrđuju i Evropska socijalna povelja kojom je propisano pravo na štrajk, imajući u vidu obaveze koje proističu iz domaćih propisa i kolektivnih ugovora, da će se internim pravnim sistemom utvrditi pod kojim uslovima i u kojoj mjeri će se pravo na štrajk primjenjivati na zaposlene u vojsci, policiji i državnim organima a odredbom člana 8 stav 1 tačka d Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim

Ustavni sud je u svom djelovanju postepeno počeo da prihvata specifična načela za interpretaciju ustava. Osnovu je našao u jurisprudenciji Evropskog suda (načelo vladavine prava, načelo srazmjernosti, načelo slobodne procjene države, načelo zabrane diskriminacije), kao i u praksi Saveznog ustavnog suda Njemačke. Novi pristup rješavanju predmeta doprinio je drugačijem oblikovanju ustavnosudskih odluka.

---

i kulturnim pravima propisano je da se pravo na štrajk priznaje tako što se ostvaruje prema zakonima svake zemlje, dok je odredbom člana 8 stav 2 propisano da se ne sprečava da se vršenje ovih prava od strane članova oružanih snaga, policije ili državne uprave, podvrgne zakonskim ograničenjima. Polazeći od navedenih ustavnih normi, po ocjeni Ustavnog suda, osporene zakonske odredbe nijesu nesaglasne sa Ustavom Crne Gore i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naime, propisujući ograničenje prava na štrajk određenim kategorijama zaposlenih, zakonodavac se kretao u okviru ovlaštenja propisanih Ustavom i Evropskom konvencijom, jer je obim ograničenja u srazmjeri sa ciljem zbog kojeg je to ograničenje propisano...”.

U predmetu U. br. 111/08 od 28. januara 2010. godine, ocjena ustavnosti odredaba člana 8 stav 1 tačka 6 Zakona o crnogorskom državljanstvu („Službeni list Crne Gore”, br.13/08), Ustavni sud je utvrdio:

„(...) Evropski sud za ljudska prava diskriminaciju, prema opštem pravilu razvijenom u praksi, označava kao različit tretman istih ili sličnih slučajeva, kada za to nema razumnog i objektivnog opravdanja, odnosno ako ne postoji legitiman cilj kome se teži, ili ne postoji srazmjera (proporcionalnost) između cilja i načina na koji se ovaj legitiman cilj želi postići. Dakle, po praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, ispitivanje diskriminatornog karaktera nekog pravnog ili faktičkog akta odvija se u dvije faze: ispitivanje utvrđivanja postojanja različitog normiranja ili postupanja prema licima u istim ili sličnim situacijama i postojanja eventualnog objektivnog i razumnog opravdanja za takvo razlikovanje. Osporena odredba Zakona, po ocjeni Ustavnog suda, ne sadrži navedena diskriminatorna ograničenja u odnosu na Ustav Crne Gore, niti u smislu u kojem Evropski sud za ljudska prava tumači ograničenja, jer se njome ne pravi bilo kakvo razlikovanje po ličnim svojstvima lica koja podnose zahtjev za prijem u crnogorsko državljanstvo, pa ni po osnovu jezika kojim govore...”.

U predmetu U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10 od 24. marta 2011. godine, ocjena ustavnosti odredaba člana 11 Opšteg zakona o obrazovanju i vaspitanju („Službeni list Republike Crne Gore”, br. 64/02, 31/05 i 49/07 i „Službeni list Crne Gore”, br.45/10), Ustavni sud je utvrdio:

„(...) Prava i slobode, u Crnoj Gori ostvaruju se na osnovu Ustava, potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i zakona. U konkretnom slučaju osporenim, različitim tretmanom, odnosno propisivanjem obaveze da se u sredinama u kojima većinu ili značajan dio stanovništva čine pripadnici manjinskih naroda, i drugih manjinskih nacionalnih zajednica nastava izvodi i na jeziku pripadnika tih manjinskih naroda, odnosno manjinskih nacionalnih zajednica, upravo se uspostavlja njihova jednakost u procesu opšteg obrazovanja. Prema izričitoj ustavnoj odredbi (član 8. stav 2.) posebne mjere koje se preduzimaju radi otklanjanja faktičke nejednakosti ne smatraju se diskriminacijom jer te mjere u povoljniji položaj stavljaju lica ili grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju sa drugima. S obzirom da se pripadnici manjina razlikuju od većinskog stanovništva dosljedna primjena principa jednakosti, u konkretnom slučaju, dovela bi ih u neravnopravan položaj. Osporeno zakonsko rješenje, po ocjeni Ustavnog suda, u saglasnosti je sa citiranom odredbom člana 3 stav 1 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, koja propisuje da svaki pripadnik nacionalne manjine ima pravo da se prema njemu kao takvom ophode, kao i sa odredbama čl. 1 i 2 Evropske povelje o regionalnim i manjinskim jezicima, kojima su definisani teritorijalni i manjinski jezici, odnosno utvrđene obaveze država ugovornica o primjeni tog akta...”.

U Odluci U-Ibr. 15/12. i 17/12 od 2. oktobra 2012. godine o ustavnosti više odredaba Zakona o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa za upotrebu duvanskih proizvoda i elektro akustičnih uređaja<sup>10</sup> Ustavni sud je obrazloženje temeljio na ustavnoj argumentaciji u svjetlu pravnih standarda Evropskog suda i Saveznog ustavnog suda Njemačke:

„Budući da se osporena zakonska nejednakost temelji na načelu ‘vaganja i ravnoteže’ (između interesa zajednice i pojedinca), Ustavni sud je, s jedne strane cijenio legitimno pravo zakonodavca da uređuje način finansiranja države (član 142. stav 1. Ustava) i njegovu obavezu da, uređujući to pitanje uvažava zahtjeve koje pred njega postavlja Ustav, posebno one koji proizilaze iz načela vladavine prava i one kojima se štite određena ustavna dobra i vrijednosti, s druge strane. U konkretnom slučaju to su načela: opšte zabrane diskriminacije (član 8. Ustava), jednakosti pred zakonom (član 17. stav 2. Ustava), s jedne strane, u odnosu na obavezu države da u okviru svoje socijalne politike, iz javnih prihoda obezbjeđuje materijalnu sigurnost licu koje je nesposobno za rad i nema sredstva za život (član 57. stav 2. Ustava), s druge strane. (...)”

Osporene takse ne mogu se smatrati proizvoljnim do stepena na kojem osporeno zakonsko rješenje, u odnosu na različite „životne okolnosti” više ne bi bilo spojivo sa javnim interesom, jer nije nesaglasno sa odredbama člana 24. Ustava, budući da je utvrđeno u mjeri koja je neposredna da bi se zadovoljila svrha zbog koje je uvedeno. Navedena granica, naime, ujedno je i granica dozvoljene ustavnosudske kontrole, Zakona koji je predmet ovog ustavnosudskog postupka.

Mjerila koja je za određivanje te granice u ustavnosudskoj praksi oblikovao Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke danas se smatraju vladajućim smjernicama u djelovanju evropskih ustavnih sudova. Zbog uporedivih ustavnih osnova – primjenjiva su i u crnogorskom ustavnopravnom poretku, jer ni u Ustavu te države „sposobnost plaćanja” nije ustavna kategorija za raspodjelu poreskog tereta:

„Zakonodavac je vezan načelom poreske pravednosti, koje slijedi iz člana 3 stav 1 Temeljnog zakona. Primjena ove norme temeljnog prava svaki put počiva na upoređenju i životnih odnosa, koji nijesu jednaki u svim, nego uvijek u pojedinim elementima. Koji su elementi mjerodavni za životne odnose koje treba urediti kako bi se prema njima postupalo jednako ili nejednako, načelno odlučuje zakonodavac (...). Pri utvrđivanju poreskih osnova zakonodavac ima široku slobodu odlučivanja. Ona završava tek tamo gdje jednako ili nejednako postupanje prema regulisanim činjeničnim stanjima više nije

10 „Službeni list Crne Gore”, br. 51/12. od 9. oktobra 2012. godine.

spojivo s načinom posmatranja koji je usmjeren prema zamisli pravde, gdje, dakle, nedostaje očigledan razlog za jednako ili nejednako postupanje. Savezni ustavni sud provjerava samo poštovanje ovih vanjskih granica zakonodavčeve slobode (zabrana proizvoljnosti), ali ne je li zakonodavac u konkretnom slučaju pronašao najsvrsishodnije, najracionalnije i najpravednije rješenje.” Odgovor na pitanje gdje u pojedinostima prolaze granice podnošljivosti (Greze der Zumutbarkeit) i u kojem je obimu vlasnik na nepodnošljiv način (in unzumutbarer Weise) pogođen normom koja je predmet provjere, može ostati otvoreno.

U skladu s tim, Ustavni sud je ostajući u ‘granicama’ svoje nadležnosti, u ovom ustavnosudskom postupku utvrdio da su vanredne osporene taksene obaveze ustavnopravno prihvatljive, da imaju zakonsku osnovu, da su propisane i utvrđene u javnom interesu radi zaštite fiskalnog interesa države i očuvanja budžetske stabilnosti i da nije narušeno načelo proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja kojem se teži.”

Osnovni cilj Ustavnog suda u evolutivnoj ustavnoj interpretaciji zaštite načela vladavine prava u svakom pojedinom slučaju ispitivanja ustavnosti zakona kao i ustavnosti i zakonitosti drugih opštih i pojedinačnih akata, opravdava određeni nivo aktivizma u ustavnoj interpretaciji. Usklađivanjem svoje prakse s evolutivnom interpretacijom Konvencije i stavovima Evropskog suda, Ustavni sud istovremeno, na osnovu njih edukuje sve adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja.

Utvrđena nadležnost Ustavnog suda Crne Gore čini da on ima izuzetno značajnu ulogu u procesu izgradnje države Crne Gore kao nezavisne, demokratske i države socijalne pravde, u mjeri u kojoj se to s pravom može činiti u obezbjeđivanju ugrađivanja u domaći pravni poredak evropskih vrijednosti i obezbjeđivanju da se država zasniva i izgrađuje na principu načela vladavine prava. To je značajna ali i veoma složena, teška i odgovorna uloga u obezbjeđivanju progressa Crne Gore.

## **Rezime**

Ustavno sudstvo je mjerilo raspoznavanja moderne demokratske države naročito značajno za države u tranziciji, koje ustavnim sudstvom potvrđuju svoju opredijeljenost za poštovanje ustavnosti i zakonitosti. Ustavnim sudstvom se usavršava složen mozaik sistema podjele vlasti i to ne samo one horizontalne i vertikalne već i između političkog i civilnog dijela društva. Složeni odnos između politike i prava u instituciji ustavnog suda pri vršenju ustavne kontrole je vidljiv iako ustavni sud ne kontroliše da li je

zakonodavac svoja ovlaštenja politički cjelishodno koristio, već samo da li je poštovao ustavne okvire koje ne smije da prekorači ni zakonodavna sloboda normiranja.

Novi pristup rješavanju predmeta doprinio je postepeno i drugačijem oblikovanju ustavnosudskih odluka. Interpretativna funkcija ustavnog suda za razliku od izvorne, defanzivne funkcije služi za „promovisanje opštih mjerila i smjernica za djelovanje javnih vlasti”. Iz tih razloga njenom ostvarivanju treba pristupiti sa predanošću ali i sa odgovornošću i oprezom. Jer, kako se često ističe, interpretacija Ustava nije čista logična interpretacija. Ona je uvijek istovremeno i stvaranje prava. Ovo objašnjava i iznova potvrđuje zbog čega na ustavno pravo, kao na malo koju drugu oblast, sudska praksa Ustavnog suda ima toliki uticaj.

Osnovni cilj Ustavnog suda u evolutivnoj ustavnoj interpretaciji zaštite načela vladavine prava u svakom pojedinom slučaju ispitivanja ustavnosti zakona kao i ustavnosti i zakonitosti drugih opštih i pojedinačnih akata, opravdava određeni nivo aktivizma u ustavnoj interpretaciji. Usklađivanjem svoje prakse s evolutivnom interpretacijom Konvencije i stavovima Evropskog suda, Ustavni sud istovremeno, na osnovu njih edukuje sve adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja.

Utvrđena nadležnost Ustavnog suda Crne Gore čini da on ima izuzetno značajnu ulogu u procesu izgradnje države Crne Gore kao nezavisne, demokratske i države socijalne pravde, u mjeri u kojoj se to s pravom može činiti u obezbjeđivanju ugrađivanja u domaći pravni poredak evropskih vrijednosti i obezbjeđivanju da se država zasniva i izgrađuje na principu načela vladavine prava. To je značajna ali i veoma složena, teška i odgovorna uloga, posebno imajući u vidu činjenicu da pravosuđe i ljudska prava predstavljaju materiju o kojoj Crna Gora trenutno pregovara sa Evropskom unijom, u okviru Poglavlja 23. (Pravosuđe i temeljna prava) i 24. (Pravda, sloboda i bezbjednost).

## Summary

Constitutional judiciary is a standard of identification of a modern democratic state particularly important for the countries in transition which confirm their commitment to compliance with constitutionality and legality through their constitutional judiciary. Constitutional judiciary enhances a complex arrangement of a system of division of powers, both horizontal and vertical division as well as division of powers between political and civil part of society. Complex relations between politics and law in the institution of the constitutional court in exercising constitutional review is visible although the constitutional court does not review whether the legislator has used its authorizations in a politically appropriate manner but whether it complied with constitutional framework which must not be exceeded neither by legislative freedom of norm setting.

New approach in resolving cases has gradually led to different formation of constitutional decisions. Interpretative function of constitutional court unlike original defensive function serves to „promote general standards and guidelines for actions of public authorities”. For that reason interpretative function should be approached with dedication but also with responsibility and caution. As often emphasized, interpretation of the Constitution is not pure logical interpretation. It is always at the same time a creation of law. This explains and reaffirms why case-law of the Constitutional Court has so much effect on constitutional law unlike any other field.

Basic aim of the Constitutional Court in evolutive constitutional interpretation of protection of principles of rule of law in each individual case of review of constitutionality of laws as well as constitutionally and legality of other general and individual acts, justifies certain level of involvement in constitutional interpretation. By harmonizing its case-law with evolutive interpretation of Convention and views of the European Court, the Constitutional Court at the same time educates all concerned parties.

Established jurisdiction of the Constitutional Court of Montenegro offers an exceptionally significant role in the process of building the state of Montenegro as an independent, democratic state that promotes social justice by securing integration of European values in national legal system and securing the state is based and built on the principle of rule of law. This is a significant but also very complex, difficult and responsible role, especially having in mind the fact that the judiciary and human rights represent issues that are subject of current negotiations with the European Union, within chapter 23 (Judiciary and Fundamental Rights) and 24 (Justice, freedom and security).



**Mato Arlović**  
Sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske

## USTAVNOPRAVNI OKVIR USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA U REPUBLICI HRVATSKOJ

### Sadržaj

#### UVOD

1. O pojmu ustavnosudskog aktivizma
2. Nastanak ustavnosudskog aktivizma
  - 2.1. Osvrt na aktivizam njemačkog Saveznog ustavnog suda
  - 2.2. O sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava
  - 2.3. Evolutivno tumačenje ljudskih prava i temeljnih sloboda kao poticaj sudskom aktivizmu
3. Razlozi nastanka ustavnosudskog aktivizma
4. Ustavnopravni okvir aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske
  - 4.1. Izvorne ovlasti za aktivizam Ustavnog suda Republike Hrvatske
  - 4.2. Neizravne ovlasti aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske
5. Ograničenja i samoograničenja aktivizma
6. Umjesto zaključka

#### LITERATURA

### Uvod

*Možda su danas najintragantnija pitanja kojima se bavi ustavnopravna teorija, uz konstitucionalizam, pitanja sudskog, posebice ustavnosudskog aktivizma, te ograničenja i samoograničenja sudaca i sudova. Raspravljanje se svodi na pitanje djelovanja i odlučivanja ustavnih sudova u uvjetima konstitucionaliziranja i razvoja suvremenih ustavno-demokratskih država, ljudskih i manjinskih prava i sloboda, vladavine prava i ustava kao „više prava”. U tim raspravama nezaobilazna je rasprava i o sudskom aktivizmu, koji je kao tehnički pojam u literaturi prvi upotrijebio američki autor M. Schlesinger Jr.*

U radu se nastoji u kratkim crtama objasniti pojam sudskog aktivizma, njegova ograničenja i samoograničenja. Zatim, ukazati na neke najupečatljivije oblike njegova ostvarivanja u praksi njemačkog Saveznog ustavnog suda, Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske, vodeći računa o međusobnim utjecajima i razlikama. Posebice se ukazuje na ustavnopravni okvir ustavnosudskog aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske, na njegovo aktivističko djelovanje, osobito na ostvarivanju svojeg opredjeljenja u skladu s Ustavom da pojača djelotvornost u zaštiti ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda, ali i ostvarivanje njegove nadzorne uloge u zaštiti ustavnosti i zakonitosti u trodiobi vlasti. U tom smislu sagledavaju se aktivistički i samoograničavajući pristupi u interpretaciji najviših ustavnih vrednota ustavnog poretka, koji su i temelj za tumačenje Ustava Republike Hrvatske.

**Ključne riječi:** ustavnosudski aktivizam, ustavne vrednote, Ustavni sud, Ustav Republike Hrvatske, tumačenje, samoograničenje, zaštita ljudskih i manjinskih prava i sloboda, ustavna i moderna demokratska država

## 1. O pojmu ustavnosudskog aktivizma

Ustavnosudski aktivizam je samo jedan od oblika sudskog aktivizma kao teorijskog koncepta i oblika djelovanja sudaca i sudova u tumačenju i ostvarivanju temeljnih vrednota i ciljeva ustavnopravnog normativnog sustava. Proizlazi iz potrebe realiziranja temeljnih vrednota i ciljeva na kojima počiva i koje konstitucionalizira ustavnopravni poredak, te ga kao takvog žele ostvariti svi validni društveni činitelji radi stvaranja pretpostavki za zadovoljenje potreba, ciljeva i temeljnih vrijednosti suvremene društvene i državne zajednice. Oni zbog toga u svoj ključni pristup, izravno ili neizravno, unose temeljne vrednote.

Sudski aktivizam je suprotstavljen tradicionalnom konzervativnom poimanju mjesta i uloge sudaca i sudova, koje počiva na njihovoj samoograničavajućoj pasivnoj ulozi da „u skladu sa strogim tumačenjem diobe vlasti sudovi samo deklariraju pravo (*legem dicere*), a ne stvaraju ga (*legem non facere*)”. Temeljno načelo sudske pasivnosti, odnosno sudskog samoograničenja je maksima *ita scriptum est* (tako je kako je napisano).

Za razliku od sudskog pasivizma, odnosno samoograničenja, „aktivizam je u teorijskom smislu konstitutivan, po koncepciji liberalan, a po svojoj biti teleološki; on polazi od toga da svaki zakon ima svoju svrhu, da je ustav socijalna povelja društva koje se razvija i koje se temelji na određenim ideološkim i filozofskim pretpostavkama. Kod tumačenja ustava, sudski aktivizam traži načela na kojima ustav počiva i nastoji ih realizirati. Bit samog tumačenja je ostvarenje ustavnog cilja”<sup>1</sup>

1 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010, str. 90-91.

P. Bačić u svojoj knjizi „Konstitucionalizam i sudski aktivizam” ističe da sudski aktivizam još nije određen općeprihvaćenom definicijom. On navodi da je za neke autore sama rasprava o temi sudski aktivizam „mit” (*Roosevelt III K*), dok je „za druge ona ugrađena u same temelje ustavne revolucije u pojedinim zemljama” (*Balkin J.M., Levinson S.*), za treće predstavlja srž sudbene metode *common law* (*Kirby M.*), za četvrte izraz kreativne uloge sudskog zakonodavstva (*MacCormick N.*), a „za neke tek obično razvlačenje palubnih ležaljki na Titaniku (*Hammond K.J.*)”<sup>2</sup>. U navedenom djelu Bačić, pored svoje<sup>3</sup> i definicije koju nudi „Black’s Law Dictionary”<sup>4</sup>, navodi i definiciju A. Baraka, koji sudski aktivizam određuje kao: „Sudsku tendenciju - svjesnu ili nesvjesnu - da se promjenom postojećeg prava (ukidanjem neustavnog zakona, ukidanjem drugih propisa koji su u suprotnosti sa zakonom, promjenom sudskog presedana) ili stvaranjem novog prava koje do tada nije postojalo (putem tumačenja ustava ili zakona, kroz razvoj *common law*) postigne prava ravnoteža između konfliktnih društvenih vrednota (kao što su individualna prava u odnosu na potrebe kolektiva, sloboda jedne osobe u odnosu na slobodu druge, autoritet jedne grane vlasti protiv autoriteta druge)”. Uz definiciju sudskog aktivizma A. Barak definira i sudsko samoograničenje pišući da se ono može odrediti kao: „Sudska tendencija - svjesna ili nesvjesna - da se postigne odgovarajuća ravnoteža između konfliktnih društvenih vrednota očuvanjem postojećeg prava, prije nego stvaranjem novog prava.”<sup>5</sup>

Interesantna je teza P. Bačića za određivanje, kako uzroka nastanka, tako i mogućnosti definiranja pojma sudskog aktivizma. On polazi od slabosti i nedostataka pisanog prava kao takvog, pa postavlja tezu da subjekti odgovorni za njegovo realiziranje, a prije svih sudovi, „prije ili kasnije moraju doći u situaciju da svojim diskrecijskim djelovanjem oblikuju političke rezultate i izvan namjere zakonodavca”. Takav međudnos između zakonodavne i sudbene vlasti „politolozi su nazvali sudskom politikom”, dok ga on izjednačava sa sudskim aktivizmom.<sup>6</sup>

2 Isto, str. 104-105.

3 Tako on u istom djelu na str. 20. piše: „Prema tome, sudski aktivizam se u ovom istraživanju shvaća kao organski dio historijski uvjetovane pojave posebnog pristupa realizaciji političkih i pravnih odnosa suvremene države i društva. Ta se pojava naročito prepoznaje u postupcima nositelja sudbene vlasti, najčešće sudaca najvišeg žalbenog (ustavnog) suda, kojima oni nastoje ili moraju reformirati pravo kad su postojeći propisi ili načela defektni”, dok na str. 251. navodi: „Tu borbu između namjere zakonodavca i diskrecije sudova politolozi su nazvali sudskom politikom. Ta politika sudova je posebno važna za Europsku uniju, gdje su fleksibilni (materijalni) ustav i priroda pravnih instrumenata omogućili Europskom sudu i nacionalnim sudovima visoki stupanj diskrecije, odnosno sudskog aktivizma.”

4 Black’s Law Dictionary (2004.) definira sudski aktivizam kao „filozofiju sudskog odlučivanja kojom suci, između ostalog, dozvoljavaju da na njihove odluke utječu osobni pogledi na javnu politiku, pri čemu pristaše takve filozofije nastoje pronaći povrede ustava uz spremnost da ignoriraju presedane”, citirano prema P. Bačić, isto djelo, str. 17.

5 A. Barak, „The Judge in a Democracy”, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2006., str. 271., citirano prema P. Bačić, isto djelo, str. 212.

6 P. Bačić: isto djelo, str. 251.

Zaključno, može se zasigurno ustvrditi da neovisno o tome kada će pravna teorija iznjedrili općeprihvaćenu definiciju pojma sudski aktivizam, to, dakako, ni u najmanjoj mjeri ne osporava njegovo egzistiranje i primjenjivanje u sudskom, poglavito ustavnosudskom rješavanju sporova. Dapače, društvena stvarnost pokazuje da se povećava broj zemalja<sup>7</sup> u kojima se s različitim intenzitetom primjenjuje sudski aktivizam uz potrebnu (ili sukladno uvjetima u pojedinim zemljama) dozu samoograničenja. Samo po sebi je razumljivo da su nositelji i provoditelji oba koncepta suci i sudovi, s tim da se „suci koji vjeruju da je legitimno svojim odlukama formulirati socijalnu politiku zovu 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*).” Iz navedenog citata A. Bačić izvodi zaključak da „bit diskusije među njima leži u odnosu između sudova, s jedne strane, i legislative i administracije, s druge”.<sup>8</sup> Nastavno, on u svojoj knjizi „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma” konstatira da „sudski aktivizam nastaje kada sudovi više ne presuđuju samo pravne sporove, već im je cilj stvoriti društvenu politiku, čime oni zahvaćaju mnogo više ljudi i interesa nego je to slučaj kada se rješava pojedinačni slučaj. Aktivizam suda se mjeri strpljenjem njegove vlasti koju on obnaša nad građanima, legislaturom i upravom”.<sup>9</sup>

Navedeni citat daje odgovor na pitanje kada sudski aktivizam nastaje. No, što je s odgovorima na pitanje koji su razlozi njegovog nastanka, smisao i svrha njegovog prakticiranja? Odgovori na ova pitanja nisu laki, niti jednoznačni, a ponajmanje jednostavni. Pokušat ću samo dijelom dati neke od mogućih odgovora, a onda i konkretno u dijelu ovog rada koji se odnosi na ustavnopravni okvir i primjenu ustavnosudskog aktivizma u radu Ustavnog suda Republike Hrvatske.

## 2. Nastanak ustavnosudskog aktivizma

Sudski aktivizam je nastao djelovanjem sudaca u SAD-u, osobito sudaca Vrhovnog suda. Temeljem sudskog aktivizma, „suci Sjedinjenih Država, posebno oni Vrhovnog suda, stvaraju pravo već više od stotinu godina”.<sup>10</sup> No, sudski aktivizam je odavno prešao nacionalne granice SAD-a i proširio se na sudove (poglavito ustavne) drugih zemalja. I

7 Tako A. Bačić navodi da „na ljestvici zemalja u kojima je na djelu sudački aktivizam ‘vode’ SAD, Kanada, Australija, Njemačka, Italija, Izrael, Japan, Francuska, Engleska (kao najaktivnije zemlje)”, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001, str. 152. Navedenom popisu bismo dodali i mnoge druge, npr. Austriju, a zbog tranzicije i integriranja u europske tijekove, posebice zemlje bivšeg socijalističkog i komunističkog sustava, kao što su Češka, Hrvatska, Mađarska, Poljska i dr.

8 A. Bačić, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001, str. 140.

9 Isto, str. 151.

10 Isto, str. 151.

ne samo njih! Veliki utjecaj na nastanak i primjenu sudskog aktivizma Europskog suda za ljudska prava CEcHR, zatim Europskog suda (ECJ), te Međunarodnog suda pravde (ICJ) imao je također sudski aktivizam Vrhovnog suda Sjedinjenih Država. Utjecaj aktivizma Vrhovnog suda SAD-a odvijao se, između ostalog, putem tzv. pedagoške uloge, koja je „vidljiva” npr. „u mnogim odlukama izraelskih, talijanskih i njemačkih sudaca”.<sup>11</sup> Nije naodmet ukazati i na činjenicu da je američki aktivizam, koji počiva na „višem pravu”, utjecao na to da većina aktivističkih sudova u drugim zemljama prihvati isti pristup.

Koncept američkog aktivizma, koji počiva na višem pravu, polazi od toga da treba izbjegavati „legalistički pozitivizam, dakle stajalište da je pravo volja suverena kojega prati sila”. Navedeni koncept proizašao je iz lekcije „kojom je John Marshall, i ostali suci Vrhovnog suda, učio svoje sunarodnjake principima liberalizma, (...) govorila je da izvori ustavnog autoriteta nisu samo u volji naroda nego i u koincidenciji s višim pravom prirode”.<sup>12</sup>

Utjecaj sudskog aktivizma SAD-a na ustavnosudski aktivizam Ustavnog suda Republike Hrvatske, ako se promatra s izravnog aspekta, gotovo je zanemariv. Prije svega se odvijao putem radova naših pravnih teoretičara<sup>13</sup>, a gotovo neprimjetno putem legislative i jurisprudencije. No, taj je utjecaj ipak prisutan ali ga se može ocijeniti kao neizravan. On se u najvećoj mjeri odvijao i odvija putem prakse Europskog suda za ljudska prava, zatim kroz utjecaj tzv. germanske škole, odnosno sasvim konkretno legislative Savezne Republike Njemačke, te odluka i obrazloženja njezinog Ustavnog suda. Međutim, valja imati u vidu da se sudski aktivizam nije u sadržajnom smislu jednako prihvaćao niti se (polazeći od vremenske dimenzije) jednakom brzinom širio po svijetu, pa tako ni u istaknutim predstavnicima germanske pravne škole, kao što su primjerice Njemačka i Austrija. Tako je, prema nekim našim autorima, njemački Ustavni sud od početka svog rada „razvio doktrinu o borbenom branitelju demokracije i nije oklijevao dosljedno se boriti za politički utjecaj”, dok je na drugoj strani austrijski Ustavni sud gotovo do početka osamdesetih godina prošlog stoljeća trpio kritike da „odlučuje previše formalistički i nepotrebno sam sebe ograničava. Nakon 1980. sud je, međutim, razvio znakoviti utjecaj na politički proces, poglavito na temelju svoje funkcije zaštite ustavnih sloboda i prava građana. To je dovelo do stvaranja aktivistički orijentiranog suda koji je sklon svoje ovlasti ekstenzivno tumačiti”.<sup>14</sup>

11 Isto, str. 153.

12 Isto, str. 153.

13 Od naših teoretičara koji se više bave pitanjima sudskog aktivizma svakako valja spomenuti Arseno i Petra Bačića, zatim profesore Ustavnog prava Branka Smerdela i Smiljka Sokola, profesorica na Pravnom fakultetu u Zagrebu i predsjednicu Ustavnog suda Republike Hrvatske Jasnu Omejec itd.

14 B. Smerdel i S. Sokol, „Ustavno pravo”, Zagreb, 2008, str. 201.

## 2.1. Osvrt na aktivizam njemačkog Saveznog ustavnog suda

Osnova za primjenu ustavnosudskog aktivizma Saveznog ustavnog suda Njemačke prije svega proizlazi iz prava na tumačenje ustavnog dokumenta koje mu je dodijelio Temeljni zakon. Za obavljanje ove zadaće Savezni ustavni sud je dobio široke nadležnosti. Sumarno se kao najvažnije mogu navesti one koje se odnose na apstraktnu i konkretnu kontrolu ustavnosti vlade i parlamenta, te postupanje povodom ustavnih tužbi građana. Ostvarivanje njegovih nadležnosti, prema nama, treba razmatrati imajući u vidu njegovu ulogu „zaštitnika ustava”, odnosno „zaštitnika i čuvara ustava”, te brigu i jačanje „ustavnog patriotizma u Njemačkoj zahvaljujući postojanju ustavne žalbe”, koja omogućuje da se „vidi Savezni ustavni sud kao sud građana *par excellence*”.<sup>15</sup>

Uloga Saveznog ustavnog suda kao „zaštitnika i čuvara ustava” proizlazi iz prihvaćanja tzv. trajne klauzule u Temeljnom zakonu.<sup>16</sup> Ona priječi (onemogućava) parlamentarnu većinu (neovisno o političkoj opciji koju ona zastupa) da putem možebitne promjene ustava mijenja i općenito uzevši intervenira u temeljne odredbe koje se odnose na dostojanstvo čovjeka, demokratsku i socijalnu državu, narodni suverenitet i diobu vlasti, podjelu Federacije na zemlje i sudjelovanje saveznih zemalja u zakonodavstvu. To izrijeком proizlazi iz odredbe članka 79. st. 3. Temeljnog zakona kojim je propisano: „Promjena Temeljnog zakona koja se tiče podjele Federacije na landere, načelnog sudjelovanja landera u zakonodavstvu ili temeljnih načela određenih u čl. 1-20. je nedopustiva”. Upravo članak 1-19. propisuje temeljna prava i njihovu zaštitu, dok se čl. 20. odnosi na Njemačku kao „demokratsku i socijalnu državu”.

Ustavni sud Njemačke nedvojbeno ulazi u krug vrlo utjecajnih i snažnih ustavnih sudova koji svojim djelovanjem utječu, kako na njihov rad, tako i na rad samog Europskog suda za ljudska prava. Polazeći od svoje navedene uloge i zadaće koju mu je odredio Temeljni zakon, a dodatno razradio Zakon o Ustavnom sudu iz 1951. godine<sup>17</sup>, on se opredijelio za tzv. vrijednosno orijentirano tumačenje radi doprinosa uspostavljanja poretka vrijednosti. Čini se da je u obavljanju tog zadatka primarno polazio od koncepta jedinstva ustava te razvoja i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda s ciljem da se ostvari temeljno ustavno načelo o ljudskom dostojanstvu.

15 P. Haberle, „Uloga i utjecaj ustavnih sudova iz komparativne perspektive” u A. i P. Bačić, „Ustavna demokracija i sudovi”, Split, 2009, str. 350. i 353.

16 Bruno Gesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (B6BL-S.1), zuletzt geändert durch Artikel 1. des Gesetzes vom 29. Juli 2009. (B6BL.19. 2248)

17 Za razliku od npr. RH, koja je položaj zadaće i nadležnost Ustavnog suda uredila Ustavnim zakonom s normama ustavne snage, SR Njemačka je to učinila običnim zakonom.

Doprinos Saveznog ustavnog suda u nastanku doktrine „objektivnog poretka vrednota”<sup>18</sup> istodobno je i eklatantni primjer njegove aktivističke orijentacije. Između ostaloga, uspostavom objektivnog poretka vrednota Savezni sud je pojasnio i razjasnio odnose između temeljnog prava i privatnog prava, te javnog i privatnog interesa. On je to ostvario svojom odlukom u danas općepoznatom i čuvenom predmetu Luth.<sup>19</sup>

U tom predmetu primijenio je aktivistički pristup koji mu je omogućio da postane „kreator prava”.<sup>20</sup> Kako je znano, radi se o slučaju u kojemu producent filma optužuje Ericha Lutha da bojkotira rad na filmu jer ga je režirala osoba nekad bliska nacistima. Niži sud je Lutha osudio na plaćanje štete. Nakon što je predmet došao u Ustavni sud, radeći na predmetu primijećeno je da se radi o očitoj proturječnosti između dva paragrafa u članku 5. Temelnog zakona. Savezni ustavni sud je utvrdio prvenstvo slobode govora, te da se opće pravo ograničava, odnosno ograničeno primjenjuje „samo onda kad govor interferira s drugim pravima. Političko mišljenje ima preferenciju nad mišljenjem koje se izražava radi ekonomske koristi. Taj 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 članka 5. ustavnog akta nego je jasno utvrdio i netom rečena načela.”<sup>21</sup> (podcrtao M. A.)

Zauzeta stajališta u predmetu Luth omogućit će kasnije Saveznom ustavnom sudu rješavanje predmeta u slučaju iranske princeze Soraye,<sup>22</sup> koji je otvoren 1973. godine. Radi se o slučaju koji je vezan uz objavu izmišljenog intervjua s princezom, kojeg je objavio Die Zeit. U njemu su „razotkriveni” neki od intimnih detalja iz princezinog privatnog života.

No (Bürgerliches Gesetzbuch BGB iz 1900.), Građanski zakonik nije sadržavao nikakve odredbe za naknadu nematerijalne štete ili štete za povredu privatnosti. Zapravo, u tom njegovom dijelu postojala je nesporna pravna praznina. U razrješenju uočene situacije ustavni suci su usvojili stajalište da „tumačenje pisane norme ne može uvijek ili za neko neograničeno razdoblje ostati povezano s tumačenjem koje je za tu istu normu vrijedilo u vrijeme njenog nastajanja. U dvojbi bi li sami takvu pravnu prazninu ispunili ‘metodama koje im stoje na raspolaganju ili čekanjem na intervenciju zakonodavca Ustavni sud je izabrao prvi pristup’ i oštećenju omogućio naknadu štete zbog narušene privatnosti”.<sup>23</sup>

18 Vidjeti kod P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010, str. 214.

19 Slučaj Ericha Lutha (7 Bverf GE 198, 1958.)

20 P. Bačić, isto djelo, str. 215.

21 Citirano prema A. Bačić, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001, str. 147.

22 Slučaj princeze Soraye (34 Bverf GE 269, 1873.)

23 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 215.

Rješavanjem ovog slučaja, Savezni ustavni sud je učinio još jedan krupan korak u primjeni svog aktivizma. On se smatra toliko značajnim da omogućuje uspoređivanje aktivizma njemačkog Ustavnog suda s američkim Vrhovnim sudom. No, ipak za ovu usporedbu, suglasan sam s A. Bačićem, daleko je važniji (i stariji) slučaj u predmetu iz 1951. BVerf GE14. On je za „Njemačku isto toliko važan koliko je za SAD bio i ostao važan slučaj *Marbury v. Madison*”.<sup>24</sup>

Radi se o predmetu u kojemu je država Baden prigovorila da ustavni članak 118. Saveznog ustava negira načela federalizma i demokracije. Polazeći od potrebe i interesa realiziranja hijerarhijskog sustava vrijednosti unutar ustava na temeljima načela demokracije i federalizma, Ustavni sud je prihvatio prigovor i suspendirao izbore u Badenu, Baden-Württembergu i Württemberg-Hohenzolernu zbog neustavnosti posebnih prava koje Temeljni zakon člankom 118. dodjeljuje saveznoj vladi. A. Bačić piše da je najvažnije „mjesto te odluke ono što uspostavlja princip po kojemu je cjelina ustava superiornija bilo kojem njegovom posebnom dijelu, po tome što ona identificira hijerarhiju ustavnih članaka, definira demokratske procedure i suverenost landera...” Sud je postupio „aktivistički” i „podržao princip demokratskih izbora koji su inherentni kompletnom ustavnom dokumentu, te naglasio važnost suverenosti landera.” Pored priznanja zahtjeva Badena, Sud je „istodobno pripremio teren za sve iduće slučajeve u kojima će se još šire razmatrati nekonzistentnost između pojedinih ustavnih članaka i cjelokupne intencije ustavnog dokumenta”.<sup>25</sup>

Do pune legitimizacije, odnosno razvoja ustavnog sudovanja i aktivističkog tumačenja odredaba Temeljnog zakona dolazi u vrijeme reunifikacije Njemačke tijekom 1990. godine. Naime, pisci Temeljnog zakona smatrali su da je on akt privremenog karaktera (uzgred, to je jedan od razloga zašto ima takav naslov, a nije naslovljen ustavom), koji će se mijenjati nakon što se ponovno ujedine Zapadna i Istočna Njemačka i to temeljem njegovog članka 146. Međutim, ujedinjenje Njemačke učinjeno je na temelju članka 23. i to zato jer je on omogućavao landerima Istočne Njemačke da se istovremeno priključe postojećoj federaciji koju je činila Zapadna Njemačka. Time je izbjegnuta potreba za otvaranjem postupka donošenja novog ustava.<sup>26</sup>

Možda je ovom prigodom zgodno istaći stajališta o tome da se „Temeljni zakon u SR Njemačkoj”<sup>27</sup>, koji je formalno demokratski bio nezadovoljavajuće legitimiran, po-

24 A. Bačić, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001, str. 146.

25 Isto, str. 145-146.

26 Detaljnije kod A. Bačića, isto djelo, str. 148.

27 Podsjećanja radi, navodimo citat Wolfganga Merkela „da je mjerodavan prijedlog za Temeljni zakon izradila skupina stručnjaka koju su sastavili premijeri pokrajina (‘Konferencija na Herrenchiemseeu’), potom se o njemu raspravljalo u Parlamentarnom vijeću, gdje je i usvojen s



kazao važnim stupom konsolidacije demokracije. Svojim faktičnim političkim dokazivanjem on je, kako je to formulirao Josef Insensee (1992, 37),<sup>28</sup> izrastao u „neizravan, stalni referendum o ustavu”. Otkako je Temeljni zakon nastao, stalno su se, unatoč „porođajnoj mani”, povećavale njegova nova „legitimnost (...), normativna snaga i stabilnost (Insensee 1992, 37).”<sup>29</sup> Dodali bismo da je takvom uspjehu Temelnog zakona ogroman obol dao njegov „čuvar i zaštitnik” obavljajući svoju zadaću interpretirajući ga aktivistički, polazeći uvijek od njegove cjeline ciljeva koje želi postići, prihvaćene doktrine „objektivnog poretka vrednote” štiteći ljudska prava i slobode, prava i slobode manjina, demokraciju, slobodu, štiteći i jačajući ljudsko dostojanstvo i razvoj čovjekove osobnosti, te doprinoseći miru, sigurnosti i stabilnosti. Dakako, radi se o Saveznom ustavnom sudu Njemačke.

Međutim, utjecaj Saveznog ustavnog suda Njemačke bilo bi jednostavno nepravedno zatvoriti u granice njegove države. Osim toga, to bi bilo netočno. Njegov utjecaj je daleko nadmašio granice Njemačke. On je ogroman, osobito na ustavne sudove zemalja koje su ih osnovale i ustrojile na Kelsenovom nauku. Uz to, ne samo zbog toga što je stariji od Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu već prije svega zbog značaja i kvalitete njegovih odluka, on je, pored Vrhovnog suda SAD-a, imao putem svoje jurisprudencije značajan utjecaj na njegov rad.

Za Sud su od neprocjenjive važnosti bile uloga i zadaća koje je imao u ostvarivanju zajedničkih europskih vrednota i ciljeva, zatim razvoj i zaštita ljudskih i manjinskih prava, zaštita koju su pred Europski sud za ljudska prava postavili Vijeće Europe, EU i druga europska tijela, putem njihovih pravnih akata, uz teorijske spoznaje i iskustva Vrhovnog suda SAD-a i Saveznog ustavnog suda Njemačke. U svom aktivističkom postupanju, osim uvažavanja prethodnih vrijednosti, Sud je vodio računa i o potrebnoj razini samoograničenja. To je uz postavljene zadaće i ciljeve, koje bi bilo poželjno (mora) realizirati, omogućilo Europskom sudu za ljudska prava da razvije svoj aktivizam iako za takvo svoje djelovanje nema izravnog utemeljenja u Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, kojom je osnovan i kojom je uređena njegova nadležnost.

---

53 glasa ‘za’ i 12 glasova ‘protiv’. Nakon toga, s Temeljnim zakonom su se suglasili svi pokrajinski parlamenti, osim bavarskog.” Vidjeti njegovu knjigu, „Transformacija političkih sustava”, Zagreb, 2011., str. 139.

28 Riječ je o knjizi Josefa Insenseea, „Schlussbestimmung des Grundgesetzes”, u Insensee, Josef, Kir 29 W. Merkel, „Transformacija političkih sustava”, Zagreb, 2011, str. 140.

## 2.2. O sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>30</sup> s pripadajućim protokolima<sup>31</sup> ne sadrži odredbe koje izravno ovlašćuju Europski sud za ljudska prava<sup>32</sup> na sudski aktivizam. Međutim, sam Europski sud za ljudska prava je tijekom svog rada prihvatio i počeo primjenjivati sudski aktivizam, jer smatra da je Konvencija „živi instrument koji se (...) mora tumačiti u svjetlu uvjeta današnjice”,<sup>33</sup> te da su prava koja jamči „praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna”.<sup>34</sup> Ovakav pristup Europski sud za ljudska prava prihvatio je polazeći od temeljnih vrednota koje propisuje i štiti Konvencija, te svrhe koju želi postići, zatim od ciljeva i vrednota Vijeća Europe, koje su njegove članice kao svoje obveze prihvatile prihvaćanjem Statuta.<sup>35</sup> Pored ostalih međunarodnih akata,<sup>36</sup> navedenim aktima se konstitucionaliziraju ljudska prava i

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

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

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

33 Slučaj *Tyrer v. United Kingdom*, App. no. 5856/72, Judgment of 25.04.1978. in Series A 26. par. 31., preuzeto od P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., str. 268.

34 Slučaj *Marckx v. Belgium*, App. no 6833/74, Judgment of 13.06.1979. in Series A 31., preuzeto od P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., str. 268.

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

36 Ovdje osobito ističe: Povelja Ujedinjenih naroda, Opća deklaracija o pravima čovjeka („Službeni list SFRJ” br. 7/71), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima („Službeni list SFRJ” br. 7/76), Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina („Narodne

temeljne slobode kao najviše vrednote i najviše zaštićeno dobro koje pripada svakom čovjeku bez ikakve diskriminacije. Zbog toga ljudska prava i temeljne slobode ne mogu i ne smiju ostati formalna i deklaratorna, ona moraju biti moguća, stvarna i dostupna svakom članu ljudske zajednice. Slijedom toga, sasvim je prihvatljiva teza P. Bačića „da Konvencija zapravo zahtijeva da se sagleda stvarna, a ne formalna pozicija pojedinca. To mora predstavljati poticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove neizravne i praktične efekte”.<sup>37</sup>

Navedeni sadržaj mogao bi se uzeti kao validan poticaj Sudu koji je u svojoj presudi u predmetu *Soering v. UK* izrazio stav i, zapravo, sažeto iskazao svoje aktivističko stajalište navodeći: „U interpretiranju Konvencije mora se voditi računa o njenom posebnom karakteru kojega ona ima kao ugovor za kolektivno ostvarivanje prava čovjeka i temeljnih sloboda” (v. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978., Series A. no. 25, p. 90 s. 239). Prema tome, predmet i svrha Konvencije kao instrumenta zaštite individualnih ljudskih bića traže da se njene odredbe interpretiraju i primjenjuju na način da njene garancije budu praktične i efikasne (v. *inter (...) the Artica judgment* of 13 May 1980., Series A. no. 37, p. 16, s. 33). K tome, bilo kakva interpretacija garantiranih prava i sloboda mora biti konzistentna s općim duhom Konvencije kao instrumentom koji je stvoren da ostvari i unaprijedi ideale i vrednote demokratskog društva (v. *The Kjeldsen, Busk Madsen on Pedersen judgment* of 7 December 1976., Series A. no. 23, p. 27, s. 53).<sup>38</sup>

Prostor za razvoj i primjenu sudskog aktivizma u okviru Europskog suda za ljudska prava znatno se proširio novom fazom<sup>39</sup> njegova djelovanja, koja je započela 1998. godine usvajanjem Protokola broj 11. Tim Protokolom ukinuta je Europska komisija za ljudska prava, Odboru ministara je onemogućeno daljnje sudjelovanje u donošenju odluka, a pravno su napokon stvoreni uvjeti da Sud postane stalno tijelo s punim radnim vremenom. Prema našem mišljenju, ipak je najvažnija promjena koja je učinjena navedenim Protokolom ona koja je ukinula dotadašnji fakultativni karakter prava na individualnu tužbu. Na taj način je omogućeno svakom građaninu, pojedincu koji je pod jurisdikcijom države članice Vijeća Europe, da može samostalno podnijeti tužbu Europskom sudu za ljudska prava nakon što iskoristi redoviti put pravne zaštite u svojoj zemlji, a zbog povrede prava koje štiti Konvencija.

---

novine RH” – Međunarodni ugovori br. 14/97), Povelja o temeljnim pravima Europske unije (2010/C 83/02) itd.

37 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., str. 268, vidjeti i slučaj *Adolf v. Austria*, App. no. 8269/78, Judgment 26 March 1982, in Series A49, par. 30.

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

39 U svojoj knjizi „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., P. Bačić je podijelio razvoj i djelovanje Europskog suda za ljudska prava u tri faze, vidjeti поближе str. 272. i 273.

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

### **2.3. Evolutivno tumačenje ljudskih prava i temeljnih sloboda kao poticaj sudskom aktivizmu**

Potreba za evolutivnim (i ne samo za njim)<sup>40</sup> tumačenjem normi kojim se uređuju ljudska prava i temeljne slobode u Konvenciji proizlazi iz samog njihovog karaktera. Radi se o upotrebi širokih i nepreciznih izraza (pojмова) koji su uneseni u pravni tekst. Unutar Konvencije ima odredaba koje se mogu svrstati u pravna načela i/ili standarde. Tu se radi o nedovoljno određenim rastezljivim, te upućujućim i deskriptivnim normama koje jednostavno zahtijevaju tumačenje da bi se mogao utvrditi njihov općeprihvatljivi sadržaj. Takve norme su, primjerice, nužnost demokratskog društva, sloboda udruživanja, sloboda savjesti, pravo na djelotvorna pravna sredstva, pravo na ljudsko dostojanstvo i osobnost, degradirajuća kazna i sl. Po tome se Konvencija ne razlikuje od drugih sličnih međunarodnih i europskih akata kojima se uređuju ljudska i manjinska prava i slobode. No, to nam svakako nije i ne može biti utjeha.

Evolutivno tumačenje odredaba Konvencije omogućuje Sudu da ih tumači na temelju načela i vrednota<sup>41</sup> koje se nalaze u cjelini (uključujući i Preambulu) njezinog teksta. Osim toga, ono mu omogućuje da zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda bude imperativ, odnosno da se ona moraju štititi stvarno, a ne samo formalno, te da Konvenciju tumači kao pravni akt, ali u okviru stvarnih životnih prilika i okolnosti u kojima se ostvaruju, ugrožavaju ili onemogućavaju ljudska prava i temeljne slobode. Tekst „Konvencije (...) prilično štur, a u odnosu na prava njome zajamčena ne predviđa detalje tih jamstava. Tijekom zadnjih pedesetak godina, otkad je Konvencija otvorena za potpisivanje, tijela za primjenu Konvencije, Europska komisija i Europski sud za zaštitu ljudskih prava kroz svoje su odluke pokazali snažnu tendenciju da odredbe Konvencije tumače ekstenzivno i u skladu sa standardima modernog demokratskog društva koje je u neprekidnom razvoju. Svojim odlukama nastojali su slijediti, kako brze promjene u tehnološkom napretku, tako i promjene u svijesti ljudi o mnogim važnim pitanjima. Na taj način doseg prava zajamčenih Konvencijom se neprekidno

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

41 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., str. 279. Na postupak tumačenja odredaba Konvencije, polazeći od temeljnih načela i vrednota, čini mi se imao je značajan utjecaj sličan postupak u realiziranju sudskog aktivizma kojeg temeljem ovlasti iz Temeljnog zakona prakticira njemački Savezni ustavni sud.

širi.<sup>42</sup> Poseban poticaj za primjenu evolutivnog tumačenja Konvencije doveo je, u pravilu, države koje su zagovarale proces proširenja Europske unije i to kako one koje su zagovarale i zagovaraju daljnju integraciju Europe, tako možda i više one koje su iskazale želju za pridruživanjem i ostvarenjem punopravnog članstva u EU. Djelatno su takvo svoje stajalište podupirali nastojanjem da se za suce Europskog suda za ljudska prava imenuju osobe koje su za evolutivno tumačenje i sudski aktivizam. Sve to je rezultiralo time da je „načelo evolutivne ili dinamičke interpretacije Konvencije (...) proizvod sudske prakse Europskog suda. Ona mu omogućuje da napusti dotadašnje interpretacije Konvencije uvijek kad se, u svijetu društvenih, tehnoloških, znanstvenih i drugih postignuća, jave značajne, trajne i paneuropske promjene u društvenoj klimi i javnom mnijenju koje zahtijevaju drugačiji ili širi pristup pojedinim konvencijskim pravima”. Zbog toga J. Omejec s pravom zaključuje: „Prema tome, Europski sud shvaća Konvenciju kao ‘instrument koji živi’ ili živi instrument (engl. *living instrument*, franc. *un instrument vivant*) za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Tumači konvencijska prava i primjenjuje Konvenciju sukladno uvjetima u državama članicama, koji postoje u relevantno vrijeme kad je nastao događaj zbog kojeg je pokrenut postupak, ali samo do trenutka dok ne utvrdi da bi takvo tumačenje Konvencije bilo suprotno današnjem stupnju razvitka europskog društva. U takvim slučajevima navodne povrede konvencijskih prava ispituje sukladno uvjetima u državama članicama, koji postoje u vrijeme donošenja presude.”<sup>43</sup>

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

Tako je Europski sud za ljudska prava u svojoj presudi u već navođenom predmetu *Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1978)*.<sup>44</sup> primijenio načelo evolutivnog tumačenja

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

43 J. Omejec: „Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški *acquis*”, Zagreb, 2013. g., str. 1278.

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

koje je rezultiralo njegovim aktivističkim stavom. Konkretno se radi o podnositelju tužbe, maloljetnom državljaninu A. M. Tyreru, kojeg je lokalni sud, nakon što je proglašen krivim za nanošenje tjelesnih ozljeda učeniku svoje škole, osudio na tri udarca šibom. Europski sud za ljudska prava je utvrdio da je kazna šibanja lokalnog suda na Isle of Manu „degradirajuća kazna”, koja predstavlja povredu članka 3. Konvencije<sup>45</sup>, pravdajući svoju odluku „razvojem općeprihvaćenih standarda kaznene politike” koje su članice ugovornice Vijeća Europe prihvatile.

Tumačeći pitanje diskriminacije u predmetu *Christians against Racism and Fascism v. UK*<sup>46</sup>, Sud je iznio stajalište da je ona moguća i u slučaju kada se pojedinci razlikuju po materijalnom statusu pa se diskriminacijom može smatrati ako ih se tretira kao jednake. Međutim, „članak 14. ne zabranjuje sva razlikovanja, no načelo jednakog tretiranja prekršeno je ako razlikovanje nema objektivne i opravdane razloge, te postojanje takvog opravdanja mora biti sagledano u odnosu na cilj i učinak mjere koja se razmatra, sukladno načelima koja uobičajeno prevladavaju u demokratskim društvima.”<sup>47</sup>

Europski sud za ljudska prava primijenio je evolutivno tumačenje Konvencije i u predmetu *Marckx v. Belgium*, u kojem iznosi stajalište o jednakosti zakonite i nezakonite obitelji, navodi: „U konkretnom slučaju sud mora biti pod dojmom činjenice da se domaće zakonodavstvo većine država članica Vijeća Europe razvilo i nastavlja se razvijati popraćeno relevantnim međunarodnim instrumentima, prema potpunom priznanju *mater semper certa est.*”<sup>48</sup>

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

Kada je u pitanju korištenje evolutivne metode u tumačenju Konvencije i sudskog aktivizma općenito, ono ima svoje zagovornike, ali i oponente, kritičare. Sukus kritika može se svesti na nekoliko stajališta. Kao prvo, moglo bi se uzeti ono koje se temelji na tezi da Europski sud za ljudska prava nije zakonodavac, te da u svom radu mora biti dovoljno pažljiv kako ne bi preuzeo zakonodavne funkcije. Ovakav su stav pojedini

---

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

46 Slučaj *Christians against Racism and Fascism v. UK*, App. no. 8440/78, Decision 16 July 1980.

47 Citirano prema: Patrick Thornberry i Maria Amor Martin Estebanez, „Prava manjina u Europi - pregled djelatnosti i standarda Vijeća Europe”, Zagreb, 2008. g., str. 50.

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

suci<sup>49</sup> iskazali u konkretnim predmetima, između ostalog i pozivom na članak 32. Konvencije koji tumače kao zadaću Europskog suda za ljudska prava da tumači i primjenjuje Konvenciju, a ne da je svojim aktivističkim stavovima revidira. Naime, pravo da revidira Konvenciju ima samo onaj tko ju je donio, dakle samo države članice Vijeća Europe, a ne Sud.

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

Treće stajalište polazi od toga da je nemoguće kod sudskog aktivizma izbjeći subjektivni vrijednosni stav. Naime, ako suci trebaju i/ili moraju tumačiti prava i slobode čovjeka „sukladno općem duhu Konvencije kao instrumenta koji je stvoren radi ostvarivanja i promicanja ideala i vrednota demokratskog društva,<sup>50</sup> postavlja se pitanje kako tada u suđenju izbjeći subjektivno i vrijednosno tumačenje. Jer, „ideali i vrednote demokratskog društva nisu sami po sebi ni za sebe neutralni pojmovi. Nedvojbeno se radi o pojmovima koji imaju pored inog i moralni sadržaj, čine dijelove određene političke filozofije i ideologije, pa neovisno o tome koliko se one mogu objektivno odrediti jer proizlaze izravno iz ideja Konvencije, odnosno postoje izvan uskog osobnog shvaćanja suca”, kako ističu pojedini autori. Ipak, smatram da je stanoviti subjektivizam i na njemu utemeljeno vrijednosno tumačenje nemoguće izbjeći. Zbog toga sam suglasan s tim da je „potrebno minimalizirati mogućnost da suci djeluju subjektivno”,<sup>51</sup> što se uz postojanje sudskog aktivizma može postići različitim metodama njegova ograničavanja.

### 3. Razlozi nastanka ustavnosudskog aktivizma

Kada se govori o razlozima nastanka sudskog aktivizma, većina njegovih pristalica smatra da je sudski aktivizam nužan i potreban da bi se osiguralo činenje pravde, prije svega u zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Imajući u vidu da je „pisano pravo uvijek nekompletno” i „nesavršeno”,<sup>52</sup> te da ustavni tekstovi kao pravno-političke i socijalne povelje na općenit način uređuju društvene i državne odnose, polazeći od

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

50 Vidjeti pobliže predmet *Kjeldsen, Busk Madsen and pedersen v. Denmark*; App. no 5095/71, 5920/72; Judgment of 07 December 1976, par. 53.

51 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 280. i šire str. 275-286.

52 Isto, str. 250-251.

načela, vrednota i ciljeva koje društvo želi ostvariti, potrebno je stvoriti uvjete da se kroz interpretativnu funkciju sudova, poglavito ustavnih, omogućiti njihova kreativna uloga u tumačenju načela i vrednota sukladno njihovom normativnom izričaju, ali i društvenom realitetu, s ciljem da se ostvarenje i zaštita ustavom utvrđenih prava i sloboda osigura, kako formalno, tako i stvarno.

Možda je upravo takav zahtjev, koji se traži od suvremenog, poglavito ustavnog sudovanja, motivirao P. Haberlea da polazeći od svog koncepta ustavno-demokratske države ponudi stajalište prema kojemu ustavno sudstvo u takvoj ustavnoj demokraciji ima funkciju „ograničavanja, racionaliziranja i nadzora državne i društvene moći, ona je sadržajna (su)radnja na temeljnom konsenzusu, ona se sastoji u novoj zaštiti manjina i slabih u fleksibilnome vremenu, primjerenom reagiranju na nove opasnosti za čovjekovo dostojanstvo, u njezinom apolitičkom karakteru usmjeravanja i odgovaranja.”<sup>53</sup> Određujući funkciju ustavnog suda u „ustavnoj demokraciji” konstitucionalizirane „ustavno-demokratske države”, Haberle je na posredan način ukazao i na neke važne uzroke sudskog aktivizma, a to je prije svega potreba da se zaštite prava manjih i slabih i ljudsko dostojanstvo.

Navedeno stajalište Haberlea potvrđuje potrebu primjene sudskog aktivizma i u slučaju zakonodavčeve inertnosti, kako je to u navedenom predmetu *Soraya* učinio njemački Savezni ustavni sud. Sličan stav o pitanju inertnosti zakonodavca te o zakonskim odredbama čija bi primjena imala bitno nepravedne učinke ima i P. Bačić pa piše da je: „(...) dužnost sudaca ignorirati relevantne zakonske odredbe ako bi njihova primjena proizvela bitno nepravedne učinke. Štoviše, u zaštiti ustavnih prava suci mogu ‘rekonstruirati pa čak i dodavati zakonske odredbe’ kad je to nužno da bi se omogućila efektivna zaštita temeljnih prava. Takvo aktivističko stajalište o konstitucionalizaciji prava je najbolja potvrda da je kreativna uloga sudaca nezamjenjiva u slučaju inertnosti zakonodavca.”<sup>54</sup>

Lech Garlicki razloge za prakticiranje ustavnosudskog aktivizma vidi u samim ustavnim tekstovima. On ističe: „Ti tekstovi (...) rijetko su točno određeni; ustavne odredbe su posebice na području individualnih prava nužno sastavljene jednim općim jezikom koji je okrenut prema vrijednosti. Stoga, ustavno sudovanje podrazumijeva viši stupanj kreativnosti (...). Ustavnosudska praksa (ne formalne izmjene i dopune) preuzima zadaću prilagođavanja ustavnih normi na promjenjivu političku i društvenu okolinu, te razvijanja tih normi daleko od početno namijenjenog opsega. Takozvani *judge-made constitution* počinje nadopunjavati (ili katkad, čak i zamjenjivati) pisani ustav.”<sup>55</sup>

53 P. Haberle, „Ustavna država”, Zagreb, 2002., str. 118.

54 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 215.

55 L. Garlicki, „Ustavni sudovi protiv vrhovnih sudova”, u A. i P. Bačić, „Ustavna demokracija i sudovi”, Split, 2009., str. 360.



Alec Stone Sweet izvlači ustavnosudski aktivizam iz „vladavine” ustavnih sudova pa piše: „Ustavni sudovi vladaju na način da stvaraju pravo; oni neposredno prilagođavaju ustavno pravo kako bi riješili političke sporove. Takvo stvaranje prava ima dva aspekta. Kao prvo, ustavno zakonodavstvo služi izgrađivanju ustava ako ustavni sudovi pojašnjavaju sadržaj i primjenjivost prava na djelovanje onih koji su mu podvrgnuti. Kao drugo, u primjenjivanju diktata višeg prava pri donošenju odluka u sporovima, ustavni sudovi stvaraju pravo (presuđuju ili upravljaju) na konkretniji način.”<sup>56</sup>

Profesori Arsen i Petar Bačić te profesorica Jasna Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, intenzivno se bave ustavnosudskim aktivizmom, razlozima njegovog nastanka, njegovim pojavnim određenjem, značajem i ulogom u izgradnji i ostvarivanju pravnog sustava zasnovanog na konceptu novog konstitucionalizma, zatim njegovim ograničenjem itd. Oni su se bavili ustavnosudskim aktivizmom i kroz analizu prakticiranja ustavnosudskog (sudskog) aktivizma u nizu zemalja, zatim praksu europskih sudova, poglavito Europskog suda za ljudska prava, te praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske i dakako kroz radove eminentnih međunarodnih i domaćih pravnih znanstvenika. U pojedinim svojim radovima ovom pitanju su posvećivali odgovarajuću pažnju i S. Rodin, B. Smerdel, S. Sokol, J. Crnić, P. Klarić i dr.<sup>57</sup>

Čini mi se da bi se kao razlozi nastanka i prakticiranja ustavnosudskog aktivizma trebali uzeti sljedeći stavovi: Prvo, sama pozicija i funkcije kojom ustav pozicionira ustavni sud kao čuvara, zaštitnika i tumača ustavnopravnih dokumenata, polazeći od temeljnih vrednota i načela na kojima on počiva, te kao „više” pravo i putem njega konstitucionalizira cjelokupnu društvenu i državnu zajednicu. Drugo, u očekivanjima

56 A. S. Sweet, „Politika ustavnog nadzora u Francuskoj i Europi”, u A. i P. Bačić, „Ustavna demokracija i sudovi”, Split, 2009., str. 265.

57 Smatrajući da je gotovo nezamisliva bilo kakva ozbiljnija rasprava o sudskom aktivizmu kod nas a da se prethodno ne upoznaju radovi ovih autora, navest ću neke od njih koji su, prema mom mišljenju, za ovo pitanje najbitniji: A. Bačić, „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001.; A. Bačić, „Konstitucionalisti klasični i moderni”, Split, 1996.; P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010.; A. i P. Bačić, „Ustavna demokracija i sudovi”, Split, 2009.; J. Omejec, „Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški *acquis*)”, Zagreb, 2013.; B. Smerdel u B. Smerdel i S. Sokol, „Ustavno pravo”, Zagreb, 2006.; B. Smerdel, „Ustavni sud Jugoslavije - neki problemi političkog pravosuđa” u „Uloga i mjesto ustavnog sudstva u društveno-političkom sistemu”, Beograd, 1986.; S. Sokol, „Odnos ustavnog suda i tijela sudbene vlasti”, Zbornik PFZ, Zagreb, 1-2/2000.; S. Sokol, „Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti i promicanju vladavine prava” u „Ustav kao jamac načela pravne države”, (ur. J. Crnić i N. Filipović); Organizator, Zagreb, 2001.; P. Klarić, „Govor za 15. godišnjicu Ustavnog suda”, internetska stranica Ustavnog suda Republike Hrvatske: <http://www.usud.hr/uploads/govor%20prof.dr.sc.%20Petra%20Klari%C4%20predsjednika%20Suda.pdf>.) J. Crnić, „Vladavina ustava”, Informator, Zagreb, 1994.; J. Crnić, „Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske”, Zagreb, 2002.; S. Rodin: „Europska integracija i ustavno pravo”, IMO, Zagreb, 1997.; S. Rodin, „Temeljna prava i dopuštenost ustavne tužbe” u „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava”, Zagreb, 2000.

i zahtjevima javnih vlasti da ustavni sudovi na domaćem planu aktivističkim tumačenjem cjeline ustava i njegovom primjenom, polazeći od vrednota na kojima je utemeljen, doprinesu usvajanju i ostvarivanju zajedničkih vrijednosti suvremenog društva. S druge strane, u supstancijalnoj povezanosti s međunarodnim pravosudnim institucijama u Europi, poglavito s Europskim sudom pravde i Europskim sudom za zaštitu ljudskih prava, koji na načelima vladavine prava i drugih načela na kojima počiva moderna ustavna država štite i formalno i realno ljudska prava, te tako kroz zaštitu ljudskog dostojanstva doprinose razvoju i ostvarenju osobnosti svakog čovjeka, ali i realiziranju kozmopolitske pravde, kao najvišeg cilja. To ukazuje na to da, kao treće, jasno proizlazi da je jedan od razloga nastanka i prakticiranja ustavnosudskog aktivizma<sup>58</sup> u praksi ustavnog sudovanja proizišao iz potrebe zaštite sloboda i prava građana. Četvrti je, također, povezan sa zaštitom ljudskih prava i sloboda građana, a povezan je sa zahtjevom da su ta prava, koja jamči Konvencija, praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna (*Marckx v. Belgium*, par. 31, 1979. g.), te, nadalje „da Konvencija zapravo zahtijeva da se sagleda stvarna, a ne formalna pozicija pojedinca. To mora predstavljati poticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove neizravne i praktične efekte (*Adolf v. Austria*, par. 30, 1985).<sup>59</sup> Ovakva stajališta, pored inog, postala su osnova za aktivističko djelovanje, iako su i sama po sebi njegov izraz, npr. Europskog suda za ljudska prava. Time je kao peti razlog nastanka ustavnosudskog aktivizma moguće uzeti sam rad Europskog suda za ljudska prava, naravno polazeći od njegove uloge u zaštiti sloboda i prava građana i usvojenih stajališta u pojedinim konkretnim slučajevima, te od obvezatnosti njegovih odluka za sve države članice, neovisno o tome radi li se o predmetu iz njihove zemlje ili o predmetu iz druge članice. Kao šesti razlog nastanka ustavnosudskog aktivizma svakako treba imati u vidu imperativ da pravo, ma koliko bilo moderno i „ma koliko se pravni izvori brzo mijenjali i prilagođavali životu”, ipak zaostaje „za brzim razvojem života”.<sup>60</sup> Imperativ da se za ljudska prava i slobode osigura pored formalne i stvarna zaštita nalaže onome tko ju osigurava i pruža (npr., ustavni sudovi i Europski sud za ljudska prava) da tumači i primjenjuje pravnu normu, kako s formalnog, tako i s realnog aspekta, vodeći računa o tome u kojoj je mjeri ona podesna da odgovori

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

59 Isto, str. 268.

60 R. Lukić, „Uvod u pravo”, Beograd, 1964. g., str. 302.

realnim potrebama života, a da se u isto vrijeme zadrži u okviru pravnog sadržaja koji ona pruža. Kada se, dodatno tome, ima u vidu da, posebice, međunarodnopravni akti, koji uređuju zaštitu, ljudska prava i slobode, te prava pripadnika manjina i njihovo ostvarivanje, sadrže pravne norme kao načela i standarde<sup>61</sup> koji su nedovoljno određeni (ali su određivi, što je rezultat tumačenja), onda je nužna posljedica za njihove primjenjivače da moraju prilikom rješavanja konkretnih situacija koristiti metodu slobodne ocjene koja se u ustavnosudskim postupcima, u pravilu, iskazuje kao ustavnosudski aktivizam.

#### 4. Ustavnopravni okvir aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske

Demokratske promjene koje su zahvatile Hrvatsku 1990. godine, pored inog, omogućile su donošenje novog ustava kojim je uspostavljen novi ustavnopravni poredak. Na njegov sadržajni opus značajan utjecaj imala je europska i sjevernoamerička ustavnopravna tradicija.<sup>62</sup>

61 „Pod pojmom ‘načelo’ općenito podrazumijevamo princip po kojemu se nešto zbiva. Ono predstavlja standard o kojemu druge pojavnosti ovise (...). Pojam načela u pravu (njem. Prinzip, Grundsatz) možemo pak definirati kao temeljno pravilo ili rukovodeću ideju koja postoji u pravu. Često se pomoću općih pravnih načela obavljaju korekture pravnih odnosa tamo gdje nema norme, odnosno tamo gdje bi njihova formalna i dosljedna primjena dovela do nepravde rezultata. Stoga svaka grana prava ima načela koja su dijelom kodificirana, dok dijelom postoje kao rezultat općih pravnih standarda.” D. Ljubić, „Ustavni pojmovi prava, slobode, jamstva, načela, mogućnosti i zabrane”, Hrvatska pravna revija, lipanj 2011. g., str. 8. „Što se tiče pravnog standarda, njega se često definira kao ‘pojam upotrebljen u pravnim normama koji menja svoju konkretnu sadržinu zavisno od svakog konkretnog slučaja, a ipak ostaje u suštini isti. (...) Upotreba pravnih standarda opravdava se time što (...) postoji niz, doduše sličnih situacija, ali koje su ipak toliko različite da se za sve njih ne može propisati jedna norma s čvrsto određenim pojmovima, a da se, opet, s druge strane, zato što su suviše brojne, ne mogu donositi takve veoma brojne norme za svaku od njih pojedinačno. Otuda pravni standardi zamenjuju veliki broj normi”. Šire u „Pravna enciklopedija”, Beograd, 1975. g., str. 1050-1051.

62 Republika Hrvatska, prilikom donošenja svog Ustava iz 1990. godine, nije krila da prihvaća utjecaj europske i sjevernoameričke ustavne tradicije, kako na postupak njegova donošenja, tako i na njegov sadržaj. Uostalom, to je sasvim razvidno iz sljedećeg: „Predsjednik Republike dr. Franjo Tuđman je 25. srpnja 1990. godine podnio Saboru formalnu inicijativu da se pristupi radu na donošenju novog ustava Republike. Sabor je prihvatio inicijativu i dokument pod naslovom ‘Politička i metodologijska polazišta te političko-pravna načela za izradu ustava Republike Hrvatske, kao temeljni naputak o načelima što se imaju poštivati pri izradi ustavnog teksta’. Temeljna metodologijska polazišta bila su u tom dokumentu određena na sljedeći način:

1. Ustav Republike Hrvatske mora slijediti pozitivnu hrvatsku državno-pravnu tradiciju;
2. Ustav ima osigurati povratak europskoj, uz oslonac na sjevernoameričku građansko-pravnu i ustavnu tradiciju;
3. Ustav treba biti po mjeri običnog čovjeka – građanina i naroda;
4. Ustav treba biti trajnije vrijednosti.

Iz toga se izvodi deset političko-pravnih načela za izradu Ustava: (1) Temeljno ishodište i cilj

Novim Ustavom Hrvatska je dobila svoj najviši zakon, kojim je konstitucionalizirana moderna ustavna demokratska država<sup>63</sup> utemeljena na narodnom suverenitetu, podjeli vlasti, ustavnosti i zakonitosti ljudskih i manjinskih prava i sloboda, zaštiti vlasništva i otvaranju šansi za sve.

Kao bolji primjer utjecaja europske i sjevernoameričke ustavnopravne tradicije na ustavno uređenje Republike Hrvatske s pravom se može uzeti način na koji su ustavnopravno uređeni položaj, zadaće, nadležnost i funkcionalno-metodološko djelovanje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Već i površnom analizom ustavnopravnih dokumenata i njihovih odredaba koje se odnose na Ustavni sud uočava se da je Hrvatska u njima prihvatila tzv. Kelsenov model, potom da slijedi germanski (njemačko-austrijski) koncept o Ustavnom sudu kao „čuvaru” Ustava i njegovom zaštitniku, te instituciji koja jamči njegovo poštivanje i primjenu. Dalje, da sam Ustav daje osnovu, ali i obvezu Ustavnom sudu (i svim drugima) da kod njegove primjene i provedbe polaze od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske jer su one temelj za tumačenje Ustava. Upravo takav pristup tumačenju Ustava, u svakom dijelu posebno, nužno dovodi do ostvarivanja njegovog interpretiranja kao cjeline, naprosto zbog toga što je svaka od najviših ustavnih vrednota prožeta kroz cjeloviti njegov sadržaj, točnije rečeno, teško bi mogao opstati bilo koji dio ustavnog sadržaja koji ne bi bio u suglasnosti s njima. S druge strane, to je i ustavnopravna osnova koja dovodi do aktivističkog pristupa u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske prilikom ispunjenja svojih nadležnosti. Osim toga, „zbog svoje važnosti u ustavnopravnom poretku, značenju za njegovo ostvarivanje na demokratskim načelima na kojima je utemeljena i počiva ustavna država, vladavina prava i pravna sigurnost”, ustavotvorac je Ustavni sud Republike Hrvatske jasno i cjelovito odvojio od ostalih sastavnica državne vlasti kao „nezavisnog, nepristranog ustavnog organa”<sup>64</sup> prihvaćajući, zapravo, stajalište da

---

Ustava jesu čovjekova – ljudska i narodna prava; (2) Vrhovna vlast (suverenitet) izvire iz naroda i pripada narodu; (3) Zakonodavna vlast pripada Saboru; (4) Predstavnička demokracija i vladavina zakona (pravna država); (5) Pravo na slobodno političko poduzetničko i društveno udruživanje; (6) Pravo vlasništva, tržišno gospodarstvo i slobodno poduzetništvo; (7) Slobodno sindikalno organiziranje građana (radnika i poslodavaca); (8) Socijalna država – jamstvo socijalnih prava; (9) Jamstvo narodnih prava i sloboda; (10) Osiguranje suverenosti Hrvatske u određivanju odnosa s drugim narodima i državama.” Vidjeti Smerdel i S. Sokol, „Ustavno pravo”, Zagreb, 2006., str. 88.

- 63 Za A. Bačića „Ustavna država pospješuje stabilnost socijalnog odlučivanja s nekoliko mehanizama: identifikacijom određenih građanskih i političkih prava kojima se zapravo uklanjaju određene alternative, što znaju biti uključene u socijalne odluke, afirmiranjem podjele vlasti, čime se odlučivanje otežava, te naposljetku, u najvećem broju slučajeva, inzistiranjem na pisanom ustavu i osiguranjem što posebnijeg statusa tome pisanome aktu, kako bi se otežalo da se taj akt mijenja običnim zakonom.” Vidjeti njegov rad „Hrvatska i izvori konstitucionalizma”, Split, 2001., str. 78.
- 64 M. Arlović, „O neovisnosti Ustavnog suda i njegovih sudaca”, Pravni vjesnik, PFO, br. 3-4/13., str. 16.

demokratska ustavna država zahtijeva da „kao što je za ostvarivanje pravne države potrebno da upravni sudovi sudski kontroliraju upravu, tako i za ustavnu državu mora jamčiti poseban sud koji nadzire ustavnost zakona.<sup>65</sup>

Takvo opredjeljenje ustavotvorca dovelo je do toga da su zadaća, nadležnost, broj sudaca, način njihovog izbora, kao i druga pitanja od značaja za rad Ustavnog suda Republike Hrvatske uređena u posebnom (V) poglavlju i to odredbama članaka 126-132. Ustava Republike Hrvatske,<sup>66</sup> te Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.<sup>67</sup> Možda je važno ukazati na to da je Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske pravni propis ustavne snage jer je, prije svega zbog neovisnosti i slobodnog djelovanja u ispunjenju zadaća i nadležnosti Ustavnog suda, donesen po postupku i na način kako se donosi sam Ustav, sukladno članku 132. stavku 2. Ustava Republike Hrvatske.<sup>68</sup> Pristup prema kojem je Ustavni sud Republike Hrvatske uređen normama ustavne snage nije rezultat samo njegove iznimne zadaće<sup>69</sup> i nadležnosti,<sup>70</sup> te shodno tome i značaja u cjelini ustavnopravnog ustroja i konstitucionalizacije hrvatske države, već i rezultat želje da se osigura njegova stabilnost u društvu i neovisnost o svim tijelima državne vlasti.<sup>71</sup> Smatralo se da se jedan od značajnijih osnova za postizanje takvog cilja krije u složenom postupku njegove promjene i u zahtjevu da ga se može promijeniti samo onom većinom (radi se o 2/3 većini) kojom se mijenja Ustav Republike Hrvatske.<sup>72</sup>

65 S. Heinrich, „Načelo pravne države u praksi Saveznog ustavnog suda s obzirom na obvezujuću snagu presuda” u „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava”, Pravo br. 24., Zagreb, 2000., str. 243.

66 Ustav Republike Hrvatske; pročišćeni tekst, objavljen je u „Narodnim novinama”, „Službenom glasniku Republike Hrvatske” br. 85/10.

67 Radi se o pročišćenom tekstu Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine” br. 49/02.

68 Članak 132. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske glasi: „Ustavni zakon donosi se po postupku određenom za promjenu Ustava.”

69 Zadaća Ustavnog suda Republike Hrvatske propisana je člankom 2. stavkom 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, koji propisuje: „Ustavni sud jamči poštivanje i primjenu Ustava Republike Hrvatske i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.”

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

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

72 Inače, postupak promjene, sama promjena i proglašavanje Ustava Republike Hrvatske propisani su člancima 147-150. Ustava Republike Hrvatske, uz mogućnosti koje proizlaze iz primjene instituta neposredne demokracije – referendum, sukladno članku 87. Ustava Republike Hrvatske.

## **4.1. Izvorne ovlasti za aktivizam Ustavnog suda Republike Hrvatske**

Izvorna ustavna ovlast za evolutivno tumačenje i aktivističko postupanje Ustavnog suda proizlazi iz članka 3. Ustava Republike Hrvatske. Njime je propisano: „Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava” (tekst istaknuo autor).

U kontekstu iskazanog, izvorne, ustavne osnove za evolutivno tumačenje, a shodno njemu i aktivističko djelovanje Ustavnog suda Republike Hrvatske, dobivaju dodatno na značenju, ali i na propitivanju zbog čega se ustavotvorac opredijelio na takav pristup.<sup>73</sup>

Najviše ustavne vrednote ustavnog poretka Republike bile su propisane već ustavnim tekstom iz 1990. g. One su trebale, kako u formalnom, tako i u stvarnom smislu, biti osnova za uspostavu i ostvarenje moderne ustavne države. No, tek je promjenama iz 2000. g. propisano da su one osnova za tumačenje Ustava. Kako je Ustav cjelina,<sup>74</sup> to je u svakom njegovom pojedinom segmentu koji se tumači radi rješavanja pojedinog ustavnog spora nužno tumačiti i dio i cjelinu i uvijek ih sagledavati u odnosu

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

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

na temeljne vrednote ustavnog poretka. Da bi se navedeno moglo postići, neophodno je primijeniti evolutivnu i teleološku metodu tumačenja ustavnih vrednota polazeći od toga što o njihovom sadržaju u vrijeme tumačenja razumijevaju i prihvaćaju moderna država i razvijeno demokratsko društvo, s jedne strane, a s druge strane, realitet spoznaje i mogućnost njihova realiziranja u danim društvenim odnosima.

Druga osnova za evolutivnu i teleološku interpretaciju sa sudskim aktivizmom, pa u stanovitom obliku i ustavnosudskom zakonodavnom inicijativom, proizlazi iz praćenja ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti koje provodi Ustavni sud Republike Hrvatske. Naime, Ustavni sud „o uočenim pojavama neustavnosti i zakonitosti” izvješćuje Hrvatski sabor.<sup>75</sup> Ako nadležna tijela nisu donijela propis „za izvršavanje Ustava, zakona i drugih propisa”, a koji su bila dužna donijeti, o tome obavještava Vladu Republike Hrvatske, odnosno Hrvatski sabor kad utvrdi da Vlada nije donijela propis za izvršenje Ustava, zakona i drugih propisa.<sup>76</sup>

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

## 4.2. Neizravne ovlasti aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske

Neizravni izvor osnova za evolutivno tumačenje ustavnih odredaba, ali i odredaba konvencijskog prava, te s tim u vezi aktivističkog pristupa za Ustavni sud Republike Hrvatske proizlazi iz same Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iako Konvencija sama po sebi ne sadrži odredbe koje izravno uređuju evolutivno tumačenje njezinog sadržaja, te s tim u vezi i sudski aktivizam, ona to, ipak, neizravno omogućuje jer sadrži odredbu o obvezatnosti odluka Europskog suda za ljudska prava. Sam Europski sud za ljudska prava, kako smo prethodno i vidjeli, prakticira i provodi sudski aktivizam temeljem evolutivne interpretacije. Za Ustavni sud neizravnost osnove za evolutivno tumačenje i na osnovu njega sudski aktivizam proizlazi iz: 1)

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

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

ustavnopravne pozicije Konvencije u hijerarhijskoj strukturi pravnih propisa u pravnom poretku Republike Hrvatske, 2) odnosa Ustavnog suda Republike Hrvatske prema odlukama Europskog suda za ljudska prava, a koje se odnose na rješavanje konkretnih predmeta iz Republike Hrvatske, i 3) iz odnosa Ustavnog suda Republike Hrvatske prema bilo kojoj odluci Europskog suda za ljudska prava kojom je pred njim riješen spor iz bilo koje države članice Vijeća Europe.

Položaj Konvencije u hijerarhijskoj strukturi pravnog poretka Republike Hrvatske uređen je samim njezinim Ustavom. Tako je člankom 141. Ustava Republike Hrvatske propisano: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su njima utvrđeni ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava”.<sup>77</sup> Iz sadržaja navedenog citata za naše potrebe su bitna dva utvrđenja koja su regulirana ovom ustavnom normom. Prvo, da je Konvencija za pravni poredak Republike Hrvatske njegov sastavni dio iako je međunarodni pravni akt. Drugo, da je ona u hijerarhijskoj strukturi<sup>78</sup> pravnih propisa, doduše, ispod Ustava Republike Hrvatske, ali iznad zakona (uključivo i ustavnih zakona, osim onih koji su doneseni po postupku propisanom za promjenu Ustava), čime je dobila status „subustavnog ili tzv. kvaziustavnog akta”.<sup>79</sup> Takav njezin položaj svojom praksom potvrdio je i Ustavni sud Republike Hrvatske.<sup>80</sup> Temeljem takvog položaja Konvencije, u pravnom sustavu Republike Hrvatske strankama je omogućeno da podnesu tužbu radi zaštite svojih pojedinačnih ljudskih prava i sloboda za koje smatraju da su povrijeđena, ne samo pozivom na ustavne odredbe već i na konvencijske odredbe ili samo na povredu konvencijskih odredaba.

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

77 Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, Pročišćeni tekst, br. 85/10)

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

79 Pojam „subustavni” preuzet je iz radova J. Omejec, predsjednice Ustavnog suda Republike Hrvatske, vidjeti, npr., njezin rad „Novi europski tranzicijski ustav i transformativna uloga ustavnih sudova” u „Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske”, Zbornik radova HAZU-a, Zagreb, 2011. g., str. 61-85, dok pojam „kvaziustavni” preuzimam od Jeana Paula Coste, bivšeg predsjednika Europskog suda za ljudska prava.

80 Vidjeti, npr., Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000. g. (NN br. 112/00.)



S druge strane, Republika Hrvatska je u konkretnoj stvari zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda pojedinca povodom njegove ustavne tužbe u tumačenju prava *volens nolens* i na konvencijske odredbe protekla kao osnovu njihovog tumačenja (evolutivnog) temeljne vrednote svog ustavnog poretka iz članka 3. Ustava.

Dalje, s obzirom na izričito Konvencijom utvrđenu obvezu, Ustavni sud je dužan prihvatiti evolutivno tumačenje i aktivistički stav Europskog suda za ljudska prava ako ga je on već zauzeo u istovrsnim predmetima i primijeniti ga u konkretnom ustavnosudskom sporu koji rješava.<sup>81</sup> Kako je razvidno iz navedene odredbe Konvencije, ona samo propisuje da presude Europskog suda za ljudska prava obvezuju države ugovornice, dok je nadzor nad njihovim izvršenjem povjeren Odboru ministara. Prema stajalištu samog Suda: „Presude Suda zapravo služe ne samo da se riješe ini slučajevi koji su podneseni pred Sud već puno šire, da razlože (*elucidate*), očuvaju i razviju pravila koja je ustanovila Konvencija.”<sup>82</sup>

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

Čini se da u svjetlu iskazanog J. Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, s pravom ističe „da po naravi stvari nije moguće govoriti o poštovanju Konvencije, odnosno o primjeni prakse Europskog suda ako se država ugovornica ograniči samo na presude koje taj sud donosi u odnosu na nju samu. Europski ustavni standardi<sup>83</sup>, naime, proizlaze iz ukupnosti jurisprudencije tog suda”<sup>84</sup>.

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

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

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

84 Vidjeti izvješće J. Omejec, „Način i sredstva za priznavanje interpretativnog autoriteta presuda

Za aktivističko opredjeljenje Ustavni sud Republike Hrvatske dodatnu osnovu za svoju snagu pronalazi u odredbama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, koji ga utvrđuju kao čuvara Ustava jer jamči njegovo poštivanje i primjenu<sup>85</sup>, s jedne strane, a, s druge strane, pozicionira ga kao ustavno tijelo koje je „neovisno o svim tijelima državne vlasti”.<sup>86</sup> Takva njegova pozicija ojačana je odredbom članka 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, koja propisuje: „Odluke i rješenja Ustavnog suda obvezatni su i dužna ih je poštovati svaka fizička i pravna osoba.”<sup>87</sup> Navedena obvezujuća snaga odluka i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske odnosi se, kako na njihovu izreku, tako i na stajališta Ustavnog suda iskazana u njihovom obrazloženju.<sup>88</sup> Sva tijela državne vlasti, lokalne i područne samouprave „dužna su u okviru svog ustavnog i zakonskog djelokruga provoditi odluke i rješenja Ustavnog suda”. Sama Vlada Republike Hrvatske preko tijela državne uprave osigurava njihovu provedbu. No, valja naglasiti da se ustavnosudski aktivizam Ustavnog suda Republike Hrvatske nije vezao samo uz odluke i rješenja koja donosi. On se proteže i na njihovu provedbu, i to dvojako. Prvo, Ustavni sud može samo odrediti tijelo kojemu povjerava provedbu svoje odluke, odnosno rješenja. Drugo, on može odrediti način provedbe svoje odluke, odnosno rješenja. Takve ovlasti glede aktivističkog djelovanja jasno ukazuju na činjenicu da se ustavnosudski aktivizam Ustavnog suda, pored toga što se odnosi na normativno-pravni sustav, proteže i na njegovo ostvarivanje, čime se njegova uloga „čuvara” i „zaštitnika” Ustava zapravo proteže na cjeloviti ustavnopravni poredak. Možda je takva ocjena presmiona, ali ona proizlazi iz analize ustavnopravnih odredaba, odnosno iz zadaće Ustavnog suda da tumačeći Ustav, polazeći od njegovih najviših vrednota, osigura njegovu primjenu i poštivanje, te tako doprinese ostvarivanju zajedničkih vrednota i ciljeva suvremene demokratske ustavne države.

Polazeći od iskazanog, Ustavni sud Republike Hrvatske, pored inog, usklađuje svoju praksu i stajališta s onima Europskog suda. Svojim aktivističkim stajalištima,

---

protiv drugih država – iskustvo Ustavnog suda Hrvatske”, podneseno na Konferenciji u Skopju, Republika Makedonija, 1-2. listopada 2010. g., koju je organiziralo Ministarstvo pravde Republike Makedonije u suradnji s Venecijanskom komisijom, str. 8. (privatna arhiva autora).

85 Vidjeti članak 2. st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN br. 49/02)

86 Članak 2. stavak 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN br. 49/02.)

87 Članak 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske u cjelovitom tekstu glasi:

„(1) Odluke i rješenja Ustavnog suda obvezatni su i dužna ih je poštovati svaka fizička i pravna osoba.

(2) Sva tijela državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave dužna su u okviru svog ustavnog i zakonskog djelokruga provoditi odluke i rješenja Ustavnog suda.

(3) Vlada Republike Hrvatske osigurava preko tijela državne uprave provedbu odluka i rješenja Ustavnog suda.

(4) Ustavni sud može sam odrediti tijelo kojem povjerava provedbu svoje odluke, odnosno rješenja.

(5) Ustavni sud može odrediti način provedbe svoje odluke, odnosno rješenja.”

88 Vidjeti, npr., поближе članak 77. u vezi s člankom 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN br. 49/02)

ali i prihvaćanjem i primjenom stajališta Europskog suda za ljudska prava, dodatno ga informira, a na osnovu njih educira svoje suce, ali i sve druge adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja, na istovjetan način kako to radi sa svojim evolutivnim tumačenjima i na osnovu njega zauzetim aktivističkim stajalištima. Ilustracije radi, navest ću nekoliko primjera iz prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske.<sup>89</sup>

Uz osnovu za diskrecijsko postupanje, članak 63. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske omogućuje Ustavnom sudu i zauzimanje aktivističkog stajališta. To je on i učinio. Polazeći od toga da članak 63. propisuje „druge pretpostavke za podnošenje ustavne tužbe negoli članak 62., te da je postupak po članku 63. samostalan, a ne nastavak postupka iz članka 62”, Ustavni sud smatra da je podnositelj ustavne tužbe iz članka 63. dužan u tužbi dati i argumentirati „sve bitne sastojke za primjenu tog članka”. Naime, „Ustavni sud nema vlastitog prava na širenje razloga ustavne tužbe.”<sup>90</sup> Zato Ustavni sud ističe: „Sud smatra kako je podnositelj trebao obrazložiti razloge koji bi upućivali na grubu povredu njegovih ustavnih prava i sloboda. Uvažavajući činjenicu podnositeljeve nezaposlenosti, treba reći da ona sama po sebi ne upućuje Ustavni sud na zaključak da bi za podnositelja mogle nastupiti teške i nepopravljive okolnosti. Naime, podnositelj je i u ovom dijelu ustavne tužbe propustio navesti okolnosti koje bi ukazivale da su ispunjene pretpostavke (...).”<sup>91</sup>

Prema vlastitom utvrđenju koje polazi od toga da se na temelju „oskudnog procesnopravnog uređenja ne može provesti niti jedan postupak u povodu ustavne tužbe (...), Ustavni sud suočen s pravnom prazninom u pogledu procesnih normi za postupanje u ustavnosudskim stvarima bio je ovlašten i dužan procesne norme stvarati u tijeku konkretnih postupaka. Provodeći konkretne postupke, Ustavni sud je, dakle, kreirao procesna pravila po kojima će postupati i to na način da u postupku povodom ustavnih tužbi koristi odgovarajuća procesna pravila iz drugih procesnih zakona (Zakona o parničnom postupku, Zakona o općem upravnom postupku, Zakona o krivičnom postupku i dr.), a u nekim slučajevima, uvažavajući posebnosti postupka pred Ustavnim sudom, i stvarati nova pravila za svoje postupanje.”<sup>92</sup>

---

89 Ovo je prava prigoda da se i sam pridružim svima onima koji, s jedne strane, izražavaju žaljenje da Ustavni sud Republike Hrvatske više ne koristi evolutivnu metodu i sudski aktivizam iako za to ima ustavnu osnovu (vidi članak 3. Ustava), što je rijetkost među europskim državama, a, s druge strane, da izrazim nadu da će to ubuduće činiti s više odvažnosti, dakako vodeći računa da uvijek poštuje temeljne vrednote ustavnog poretka te sam ratio Ustava, koji konstitucionalizira ustavnu demokratsku državu u kojoj se poštuju i ostvaruju ljudska i manjinska prava i temeljne slobode, odnosno takvu ustavnu državu koja je osigurala zaštitu protiv bilo koje povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda svakog čovjeka.

90 J. Crnić, „Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske”; Zagreb, 2002. g., str. 241.

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

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

U predmetu novijeg datuma,<sup>93</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske je izrazio aktivno stajalište na temelju ne samo evolutivnog tumačenja najviših vrednota vlastitog ustavnog poretka već i pozivom na praksu i stajalište Europskog suda za ljudska prava. Tako je i pozivom na predmet *Folgero i dr. protiv Norveške* (zahtjev broj: 15472/02, presuda Velikog vijeća od 29. lipnja 2009. g.) u svom predmetu naveo sljedeće stajalište: „Obveza države na poštivanje uvjerenja roditelja, također, nije ispunjena pukim ‘uzimanjem u obzir’ mišljenja roditelja, odnosno formalnim priznavanjem prava da svoje mišljenje izraze. Pojam poštovanja prava roditelja znatno nadilazi takav pristup i podrazumijeva obvezu države da uvijek osigurava oživotvorenje prava roditelja kad je riječ o vjerskim, odnosno filozofskim uvjerenjima koja dosežu određenu razinu uvjerljivosti, ozbiljnosti, kohezije i važnosti, ako i da ostane neutralna i suzdrži se od promoviranja bilo kojeg od mogućih koncepata i od težnje k indoktrinaciji. (...) Dakle, država treba institucionalno obrazovanje u državnim školama na uravnotežen način uskladiti s roditeljskim odgojem. Pritom, naravno, nije pravo roditelja da kroz roditeljski odgoj drže dijete u neznanju i sprečavaju dotok informacija o religijskim i filozofskim sadržajima, odnosno tim i drugim sadržajima koji mogu biti i, u pravilu jesu, ‘svjetonazorski obojeni’, uključujući unutar toga i informacije o raznim vidovima međuljudskih odnosa, spolnosti i sličnim temama, niti je, baš zbog toga, školama zabranjeno posredno ili neposredno djeci prenositi informacije iz tih područja. No, to se mora činiti na objektivnan, kritički i pluralistički način.”

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

## **5. Ograničenja i samoograničenja aktivizma**

U postupanju Europskog suda za ljudska prava i ustavnih sudova u prakticiranju evolutivne interpretacije Konvencije, odnosno ustava države ugovornice te primjene sudskog aktivizma postoje i moraju biti odgovarajuća ograničenja i samoograničenja. U tom pogledu su neki autori nastojali utvrditi „objektivne kriterije koji će sucima poslužiti kao vodič pri izboru određene odluke”. Tako P. Mohoney smatra da se to može postići „dedukcijom iz pojmova sadržanih u tekstu, koji se tumače u njihovom

---

<sup>93</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-II-1118/2013 i dr. od 22. svibnja 2013. U navedenoj odluci Ustavni sud je svojim aktivističkim pristupom iskazao stajalište o tome što on razumijeva pod najboljim interesom djeteta, te kako treba postupati da se ostvare odgojno-obrazovni programi koji će omogućiti razvoj osobnosti svakog djeteta u njegovom najboljem interesu. Istovremeno je njome dao i smjernice Ministarstvu kako da procesno i materijalno osiguraju prihvatljivi okvir za donošenje nove odluke kojom će osigurati iskazane supstancijalne ciljeve.

kontekstu te s obzirom na cilj i svrhu ugovora”. Riječ je zapravo o više kriterija i polazišta: prvi se odnosi na prirodu odredbe koju treba tumačiti; drugi na izvornu namjeru ili cilj koji su željeli postići tvorci glede određene odredbe; treći kriterij govori o identificiranju vrednota koje služe kao vodilje pri tumačenju; četvrti o empirijskim dokazima evolutivne interpretacije itd.<sup>94</sup>

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

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

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

Kako Konvencija u cjelini manje-više „sadržava standarde ponašanja, a ne detaljno razrađene odredbe”, tijela država „imaju širok izbor u procesu ostvarivanja njenih odredaba”<sup>95</sup> Međutim, ispunjenje obveze države ugovornice u provedbi Konvencije nije samo njezina obveza, već i pravo da konvencijska ljudska prava i temeljne slobode zaštite na nacionalnoj razini pred nadležnim nacionalnim tijelima (uključujući Ustavni sud), dok je nadležnost Europskog suda po samoj Konvenciji supsidijarna.

Supsidijarnu prirodu nadzornog sustava, utvrđenog Konvencijom, osobito važnu ulogu nacionalnih vlasti, tj. vlada, sudovi i parlament moraju imati u jačanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda na nacionalnoj razini, ističe i naglašava i Deklaracija iz Interlakena od 19. veljače 2010. g. Deklaracija opetovano ponavlja obvezu država ugovornica da na nacionalnoj razini osiguraju punu zaštitu prava i sloboda utvrđenih Konvencijom i poziva na jačanje načela supsidijarnosti. Kada? Onda kada su nacionalne vlasti propustile djelotvorno zaštititi ljudska prava i temeljne slobode uređene Konvencijom. U tom smislu, Deklaracija potvrđuje supsidijarnost kao temeljno značenje prava na podnošenje pojedinačnog zahtjeva Sudu za zaštitu temeljnih prava i sloboda, ali ga potvrđuje i kao jednu od čvrstih točaka konvencijskog sustava koji jamči da se navodne povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda koje su nacionalne vlasti propustile djelotvorno zaštititi mogu štititi pred Europskim sudom za ljudska prava. Istovremeno, načelo supsidijarnosti, ne manje značajno, jamči državama ugovornicama

94 P. Bačić, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. g., str. 278.

95 Isto, str. 283.

prvenstvo u ispunjenju njihove dužnosti prema svojim građanima i svakom drugom tko se nalazi na njihovom teritoriju da pruže adekvatnu (djelotvornu) zaštitu njihovih ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda. To je dužnost, ali i pravo država ugovornica. To je izraz ostvarive vladavine prava i pravne sigurnosti na njihovom području, ali i poštivanje ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda u okviru same dotične države. To je izraz funkcionalnosti i efikasnosti njihovog pravnog poretka. Prema svemu tome, isto tako kako je ustavnopravno uređenje ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda jedno od mjerila i konstitucionalnih elemenata suvremene ustavne moderne demokratske države, njihova djelotvorna zaštita je mjerilo koje potvrđuje iskrenost njihove namjere te uspješnost ostvarivanja takve države u društvenom realitetu. Zbog svega toga nikako se ne smije dogoditi da se zanemari supsidijarna uloga Europskog suda za ljudska i manjinska prava i slobode. Istovremeno, nikako se ne smije dogoditi da primjenom evolutivne interpretacije i sudskog aktivizma Europski sud za ljudska prava derogira pravo država da ispune svoju dužnost u zaštiti konvencijskih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Uvjeren sam, uostalom, da ni same države ugovornice takav stupanj sudskog aktivizma suda ne bi dopustile i prihvatile, naprosto zbog toga što bi ta derogacija bila bitna promjena same Konvencije, na koju sud nikako nema pravo jer to pripada njima – državama ugovornicama.

U pristupu i prakticiranju sudskog aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske i njegovih sudova prisutno je, kako iz objektivnih, tako i iz subjektivnih razloga, ograničenje i samoograničenje.

Vjerojatno jedan od najznačajnijih faktora koji objektivno i subjektivno uvjetuju ograničenje i samoograničenje ustavnosudskog aktivizma, prema mome mišljenju, proizlazi iz opsega, intenziteta, brzine i uvjeta pod kojima su se provodile društvene i ustavnopravne promjene, koje su prihvaćene i učinjene donošenjem novog Ustava 1990. i njime konstitucionaliziranog novog ukupnog ustavnopravnog poretka.

Nedvojbeno je da svaka društvena zajednica počiva na nekom njoj imanentnom sustavu vrijednosti, koji su osnova njezinog postojanja, jer su ona polazišna osnova za uspostavu pravila ponašanja i djelovanja svih fizičkih i pravnih osoba u društvenoj i državnoj zajednici. Svakako među najznačajnije ulaze ona koja prihvaća i na njima počiva ustavnopravni poredak jer su oni osnova cjelovitog sustava pravnog uređenja, s jedne strane, a, s druge strane, za njihovo ostvarenje jamči sam sustav državne vlasti, primjenom i provedbom pravnog uređenja na načelima vladavine prava i pravne sigurnosti radi ostvarivanja zajedničkih vrednota suvremenih ustavnih demokratskih država.

Može se sintetički kazati da suvremene demokratske osnove društvene i državne zajednice vladavine prava djelotvorno traže ostvarenje načela „ne pod drugim čovjekom, nego pod zakonom” (*Non sub homine sed sub lege*).

Međutim, kada u društvu dolazi do takvih promjena koje su po svom opsegu i sadržaju radikalne jer se jedan društveno-ekonomski i političko-pravni sustav zamjenjuje novim, onda je nedvojbeno da se i sustav društvenih vrijednosti na kojima on počiva u cijelosti mijenja. Iako je novi sustav vrijednosti prema svom formalnom obliku ispoljavanja iz različitih razloga<sup>96</sup> prihvatljiv većini stanovništva, to nikako ne znači da među njima postoji usuglašeno općeprihvaćeno stajalište što se podrazumijeva u sadržajnom smislu za svaku od pojedinih vrijednosti posebno i za sve njih u cijelosti. Najčešće je situacija takva da svaki pojedinac ima svoje mišljenje i stav o tome što bi trebalo biti i što jeste sadržaj društvenih vrijednosti na kojima počiva i iz kojih proizlazi novi ustavnopravni poredak. Takvom stanju nisu imuni ni sami kreatori i provoditelji ustavnopravnog poretka.

Osim toga, kod većine sudaca još je prisutna svijest o sustavu vrijednosti starog društvenog poretka, iz kojeg se pojedine od vrijednosti u formalnom izričaju ponekad u cijelosti poklapaju s nekom od novih društvenih vrednota, ali po pravilu u bitnom dijelu svog sadržaja se ozbiljno razlikuju.

Potrebno je vrijeme da se izgrade općeprihvaćena stajališta o tome što se sadržajno razumijeva pod kojom od društvenih vrijednosti.<sup>97</sup> No, u uvjetima koje nalažu zahtjevi, kako formalne, tako i stvarne brze tranzicije iz jednog društvenog u drugi društveni sustav, pored ostaloga i zbog ulaska u šire europske asocijacije, kronično postoji nedostatak vremena da se to učini. To se otežava dodatnim realnim i političkim okolnostima kojima je bremenita društvena i državna zajednica u konkretnom vremenskom periodu.<sup>98</sup> Kako su vrednote ne samo osnova na kojoj počiva i iz koje proizlazi ustavnopravni poredak već i osnova tzv. teleološkog tumačenja Ustava i zakona, a koje dovodi do aktivističkog pristupa, prethodno izložena situacija očito dovodi do njegovog ograničavanja, kako s objektivnog, tako i sa subjektivnog aspekta. Druga skupina razloga koja dovodi do ograničenja ustavnosudskog aktivizma vezana je uz broj, opseg i doseg društvenih vrijednosti koje suci (Sud) interpretiraju

96 Tako, npr., zbog želje da se ustavnopravni poredak temelji na sustavu vrijednosti društvenih i državnih zajednica iz užeg i/ili šireg okruženja, koji je stanovništvu državne zajednice u kojem se vrše promjene prihvatljiv, nositelji promjena posežu (uvoze) za vrijednostima i pojedinim rješenjima iz stranih sustava, te ih izravno ili neizravno ugrađuju u svoj ustavnopravni poredak.

97 Uostalom, poznata je teza koja se često koristi, odnosno da je relativno lako mijenjati sve, ali da je čovjeka najteže i da to ide najsporije.

98 Kao takve okolnosti u Hrvatskoj P. Bačić primjerice navodi: „(...) ratne okolnosti i očekivanja političkog vodstva da nijedna institucija neće dovoditi u pitanje tezu o 'jedinstvu vlasti' u uvjetima agresije: početna neupitnost autoriteta šefa države i nekritična pozicija sudaca; postupno prilagođavanje sudaca novim ustavnim vrednotama vladavine prava, diobe vlasti i korištenju 'protuvećinskih' ovlasti ustavne kontrole; potraga za što adekvatnijim normativnim instrumentima koji bi razradili ustavnu poziciju neovisnosti i koordinacije; ustavni suci s instrumentaliziranim, odnosno iskrivljenim shvaćanjima 'ustavnog patriotizma' itd." Vidjeti njegovu knjigu „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 423.

primjenjujući aktivizam i to tako da njime sagledavaju poželjne i realne ciljeve koje je ustavotvorac i/ili zakonodavac, uspostavljajući takav ustavnopravni poredak, želio postići pojedinim odgovarajućim pravnim aktom. Naravno, pri tome vodeći računa o tome da su ciljevi prihvatljivi, opravdani, realni, te da ne proturječe „višem pravu”, odnosno temeljnim vrednotama i cjelovitom Ustavu.

Samo po sebi je razumljivo da suci pri interpretaciji nisu slobodni i ne smiju polaziti od svojih ideoloških uvjerenja i opredjeljenja. Oni navedene vrednote moraju tumačiti sukladno temeljnoj ideji i duhu ustavnopravnog poretka na kojem on počiva. Preciznije rečeno, sadržaj najviših ustavnih vrednota koje su osnova za tumačenje Ustava postoji izvan uskog poimanja pojedinog suca, odnosno njegovog ideološkog uvjerenja i političkog opredjeljenja i kao takve se moraju tumačiti.

Uz druge razloge, koji bi se primarno mogli svrstati u subjektivne, ove prethodne smatramo možda najvažnijim koji su doveli do slabog, gotovo nikakvog ustavnosudskog aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske u vremenu od 1990. pa negdje do 2000. godine. Neki naši teoretičari to vrijeme ocjenjuju kao period primjene tzv. formalističkog stila interpretacije u donošenju odluka Ustavnog suda.<sup>99</sup>

No, nakon 2000. godine ustavnosudski aktivizam se počeo brže razvijati i prakticirati, a značajni intenzitet i po obuhvatu i po sadržaju doživljava nakon 2009. godine.

Tome su doprinijeli različiti razlozi. Kao prvo, došlo je do dodatnih promjena u ustavnopravnom poretku, uključivo i oko položaja, nadležnosti, zadaće i ovlasti Ustavnog suda. O njima smo prethodno govorili, a ovdje možda još jednom treba istaći samo tri promjene koje su značajno utjecale na proširenje primjene ustavnosudskog aktivizma. To su svakako: a) ustavna obveza da su najviše ustavne vrednote temelj za tumačenje Ustava; b) proširenje i preciznije uređenje instituta ustavne tužbe za zaštitu ljudskih prava i sloboda, što je bitno utjecalo na opredjeljenje Ustavnog suda da osigurava zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao jednog od svojih temeljnih ciljeva; c) dodatna ustavnopravna regulacija koja još jasnije odvajava Ustavni sud od drugih sastavnica državne vlasti, jačajući njegovu neovisnost i nepristranost, te norma ustavne snage i zajamčenost obveznosti njegovih odluka *ergo omnes* i to normama ustavne snage.

99 Tako A. Bačić piše: „Naše polazište je jednostavno. Naime, stječe se dojam da je najveći broj odluka i drugih akata našeg Ustavnog suda karakterizirao formalni, odnosno formalistički stil interpretacije.” S tim da on pozivom na J. Wallaca i dr. smatra da su „osnovna obilježja formalnog stila legalnog rezoniranja (a) riječ je o koncepciji prava kao autohtone discipline koja ima vlastitu metodologiju, racionalnost i historiju, a tipična su sredstva discipliniranja i kontrole spoznaje prava kao legalne logike i sustav hijerarhijskih propisa; (b) nastoji se precizno i usko odvojiti legalno od nelegalnog, ocjene socijalnih, političkih i ekonomskih okolnosti uzimaju se uz mnoga ograničenja, postoji izvanredna nevoljkost da se teoretizira o svrhama i efektima prava”. Vidjeti njegovu knjigu „Hrvatska i izazovi konstitucionalizma”, Split, 2001., str. 122. i 123.



Drugo, čvrsta opredijeljenost društva i postignuti konsenzus svih parlamentarnih stranaka glede pristupanja EU nametnula je Ustavnom sudu dodatnu potrebu tumačenja ne samo svojih vrijednosti nego i vrijednosti EU i Vijeća Europe, poglavito u primjeni konvencijskog prava, te radi ostvarivanja zahtjeva da se osiguraju vladavina prava, zaštita ljudskih i manjinskih prava i sloboda, kako formalno, tako i stvarno, uz poštivanje najviših standarda demokratske Europe.

Treće, prostor koji se otvara (i otvara) za širenje ustavnosudskog aktivizma proizlazi iz njegovih temeljnih nadležnosti koji pozicionira Ustavni sud, ne samo u čuvara i zaštitnika Ustava već i u najveću prepreku „zloupotrebama vlasti većine” te tijelo koje svojim odlukama i rješenjima potiče i obvezuje državu, odnosno sva tijela državne vlasti i nositelja javnih ovlasti i dužnosti da ispune svoja jamstva i dužnosti glede Ustavom i Konvencijom propisanih i zaštićenih ljudskih i manjinskih prava i temeljnih sloboda.<sup>100</sup>

No, u ostvarivanju ovakvog ustavnosudskog aktivizma suci i sam Ustavni sud postupat će s dužnom pažnjom, stanovitim potrebnim oprezom, svjesni nekih dodatnih ograničenja koja za njih proizlaze iz samog ustavnopravnog poretka. Na njih s pravom upozorava P. Bačić, te navodi: „Prvi je vezan uz postupak izbora sudaca u kojem presudnu ulogu imaju političke vlasti, premda ta činjenica istodobno utječe na reprezentativnost Suda. Drugo, trajanje mandata sudaca i povremena izmjena sastava suda odražavaju promjenu političke većine. Treće, odluke suda otvorene su kontroli javnosti i mogu se izmijeniti putem ustavnih promjena. Četvrto, Sud nema posebni mehanizam za ostvarivanje svojih odluka. Peto, suci do svojih odluka ne dolaze političkom argumentacijom, već tumačenjem i primjenom teksta. Sud je tako glede političkih vlasti ograničen jer ne može izravno oblikovati politiku.”<sup>101</sup>

Uz navedena sredstva ograničenja i samoograničenja, koriste se i druge metode, naprimjer, svjesni svog položaja koji proizlazi iz potrebe aktivističkog tumačenja Ustava i njegovih vrednota, a, s druge strane, opasnosti da takvim svojim djelovanjem mogu supstancijalno ući u nadležnost zakonodavca, suci Ustavnog suda Republike Hrvatske koriste raspoloživa sredstva da izbjegnu takvu situaciju.

Prije svega, nastoje putem izvješća i obavijesti iz članaka 104. i 105. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske upozoriti zakonodavca (Hrvatski sabor) i Vladu Republike Hrvatske o uočenim pojavama o neustavnosti i nezakonitosti.

Drugo, po ugledu na njemački Savezni ustavni sud, i Ustavni sud Republike Hrvatske je u svojoj praksi glede zakona ili drugog propisa za koji je utvrdio da je neustavan, odnosno nezakonit, počeo primjenjivati tzv. odgodni rok. Radi se zapravo o

100 Šire kod P. Bačića, „Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010., str. 424.

101 Isto, str. 423. i 424.

situaciji kada je Ustavni sud zbog neustavnosti, odnosno nezakonitosti ukinuo pravni akt koji je ocjenjivao, ali ga je istodobno odgovornim rokom (koji sam određuje) održao na snazi dajući mogućnost zakonodavcu (ili drugom donositelju pravnog akta) da on u okviru svoje nadležnosti u dodatnom roku otkloni razloge njegove neustavnosti, odnosno nezakonitosti.

Takvo svoje postupanje Ustavni sud koristi da bi otklonio ili ublažio politički utjecaj svojih odluka, odnosno njihovog zadiranja u prerogative zakonodavca.

Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske kojima se ukida pravni akt s odgovornim rokom po pravilu sadrže vrlo jasna tumačenja i obrazloženja, te izravne i neizravne upute zakonodavcu, odnosno drugom donositelju pravnog akta, kako da kroz svoje postupanje otkloni uočene neustavnosti, odnosno nezakonitosti koje su bile razlog njegovog ukidanja. No, institut odgovornog roka otvara i neka druga teorijska i ustavnopravna pitanja. Ona su zanimljiva i vrlo značajna ali ćemo o njima u nekom drugom radu jer im jednostavno zbog namjene i zadanog opsega ovog rada u njemu nije mjesto.

## **6. Umjesto zaključka**

Ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda samo po sebi jedan je od velikih ciljeva koji Vijeće Europe želi ostvariti, ali i svaka pojedina moderna ustavna država, država demokracije, sloboda, tolerancije, dijaloga, poštivanja i njegovanja različitosti. Uz to, ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda je veliko dostignuće i vrednota koja doprinosi jačanju ljudskog dostojanstva i razvoja čovjekove osobnosti na mikro i makrorazini razvoja mira, sigurnosti i stabilnosti, kao sveopćim uvjetima društvenog razvitka. Njihova zaštita mora biti stvarna, a ne samo formalna. Ona ne smije biti parcijalna i povremena. Dapače, ostvarivanje i zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda mora biti univerzalno, sagledano u svojoj ukupnosti i općeobvezujuće, kako na razini europskih asocijacija, tako i na razini svojih članica. Ta se zaštita ne nameće, već kao općeljudsko dobro i vrednota visoke razine dobrovoljno prihvaća sa sviješću da je to u interesu svakog pojedinca i društvene zajednice u cjelini.

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

Prihvaćajući supsidijarnu nadležnost Europskog suda, države ugovornice su prihvatile i općeobvezatnu snagu njegovih odluka te time i obvezu njihove provedivosti.

Vrlo brzo, a danas nedvojbeno, postalo je jasno, kako na razini pojedinih članica ugovornica, tako i na razini Europskog suda, da je potrebno i nužno, između ostalog,

radi poštivanja i jačanja vladavine prava, u rješavanju istovrsnih predmeta ujednačiti praksu svih sudionika u zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. I to takvu zaštitu koja će biti pravedna, pravovremena i djelotvorna. Dodatno je navedenu potrebu potencirala činjenica da Konvencija, s jedne strane, sadrži velik broj općenitih formulacija, načela i standarda, čiji sadržaj nije bio dovoljno određen, a, s druge strane, tu je zahtjev Vijeća Europe i drugih njegovih tijela da zaštita ljudskih prava bude stvarna, realna i da je primjerena konkretnim okolnostima. Prihvatljivo rješenje pronađeno je u primjeni metode evolutivnog tumačenja konvencijskih prava, te sudskom aktivizmu Europskog suda za ljudska prava koji je njihovom primjenom pridonio utvrđivanju standarda zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda.

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

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

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

Naime, vjerujemo da je danas prisutna svijest o tome da su Europski sud za ljudska prava i ustavni sudovi država ugovornica svojim aktivističkim pristupom osigurali da se problematika ljudskih prava i temeljnih sloboda, prava i sloboda manjina izdigne na pijedestal nezaobilaznog zajedničkog mjesta, u vrednotama koje se štite, jer su od interesa za sve, svih europskih država i drugih članica Vijeća Europe, te njihovih asocijacija unatoč svim njihovim međusobnim razlikama. Uostalom, to su države ugovornice potvrdile donošenjem Deklaracije u Interlakenu, kojom je prihvaćen tzv. interpretativni autoritet odluka Europskog suda, kojim države ugovornice prihvaćaju obvezatnost njegovih odluka za sve, a ne samo za pojedinu državu na koju se konkretna odluka Europskog suda odnosi. Smatramo potrebnim istaći da bi bilo poželjno više prakticirati ustavnosudski aktivizam u radu ustavnih sudova prilikom zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, osobito s ciljem da se poveća ne samo utjecaj ustavnih

sudova država ugovornica na sadržaj evolutivnog tumačenja i sudski aktivizam Europskog suda već prije svega na podizanje kvalitete zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda na višu razinu, sukladno temeljnim načelima i vrednotama koje su utvrđene i općeprihvaćene u Konvenciji.

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

## LITERATURA

- Arlović, Mato, Pravo nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj, doktorski rad, Pravni fakultet Osijek, 2012.
- Arlović, Mato, Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi, zbornik radova, PF Split, br. 1/2014.
- Arlović, Mato, O neovisnosti ustavnog suda i njegovih sudaca, Pravni vjesnik, PF Osijek, br. 3-4/2013.
- Bačić, Arsen, Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu, HAZU, Zagreb, 2010.
- Bačić, Arsen, Prava izgubljena u tranziciji, Zbornik PF Split, br. 1-2/2005.
- Bačić, Arsen, Hrvatska i izazovi konstitucionalizma, Split, 2001.
- Bačić, Arsen, Konstitucionalisti klasični i moderni, Split, 1996.
- Bačić, Petar, Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Split, 2010.
- Bačić, Petar, Ustav za Europu (2004.) i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava, Zbornik PF Split, 2005.
- Bačić, Arsen i Petar, Ustavna demokracija i sudovi, Split, 2009.
- Borković, Ivo, Upravno pravo, Zagreb, 2002.
- Crnić, Jadranko, Vladavina ustava, Zagreb, 1994.
- Crnić, Jadranko, Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Zagreb, 2002.
- Crnić, Jadranko, Ustav Republike Hrvatske – komentari, objašnjenja, napomene i ustavnosudska praksa, Zagreb, 1993.
- Crnić-Grotić, Presuda Europskog suda za ljudska prava u sporovima protiv Hrvatske, ZPF u Rijeci, br. 2/2002.
- Dimitrijević, Vojin, Izvori međunarodnog prava o ljudskim pravima, JRMP br. 1-3/1995.
- Geršković, Leon, Suvremeni ustavni problemi, Beograd, 1981.
- Habermans, Jürgen, Borba za priznanje u ustavnim demokratskim državama, Sarajevo, 1996.
- Haberle, Peter, Ustavna država, Zagreb, 2002.
- Kelsen, Hans, Opća teorija prava i države, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951.
- Krbek, Ivo, Ustavno sudovanje, JAZU, Zagreb, 1960.
- Krbek, Ivo, Prilog teoriji o pojmu prava, Zagreb, 1952.
- Kregar, Josip, Politička filozofija ljudskih prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, br. 6/1998.

- Krstić, Ivan, *Zabrana diskriminacije u jurisprudenciji Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik radova s međunarodne naučne konferencije održane 28. svibnja 2008. g. na Pravnom fakultetu u Nišu, Republika Srbija
- Kuzmanović, Rajko, *Ustavno pravo*, Banja Luka, 2002.
- Lukić, Radomir, *Uvod u pravo*, Beograd, 1964.
- Ljubić, Dubravko, *Ustav i ustavna država*, Hrvatska pravna revija, travanj 2010.
- Ljubić, Dubravko, *Ustavni pojmovi prava, slobode, jamstva, načela, mogućnosti i zabrane*, Hrvatska pravna revija, lipanj 2011.
- Matulović, Miomir, *Ljudska prava*, Rijeka, 1992.
- Omejec, Jasna, *Kontrola ustavnosti ustavnih normi*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, br. 1/2010.
- Omejec, Jasna, *Način i sredstva za priznanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država – iskustvo Ustavnog suda Hrvatske*, Izvješće podneseno na Konferenciji u Skopju, Republika Makedonija, 1- 2. listopada 2010.
- Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški acquis)*, Zagreb, 2013.
- *Pravna enciklopedija*, Beograd, 1979.
- *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007.
- Radbruch, Gustav, *Filozofija prava*, Beograd, 1980.
- Rodin, Siniša, *Europske integracije i ustavno pravo*, Zagreb, 1997.
- Rodin, Siniša, *Europska integracija i ustavno pravo*, IMO, Zagreb, 1997.
- Rodin, Siniša, *Temeljna prava i dopuštenost ustavne tužbe u „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava”*, Zagreb, 2000.
- Rodin, Siniša, *Ustavnopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, br. 1-2/1998.
- Smerdel, Branko, *Ustavni sud Jugoslavije, neki problemi političkog pravosuđa u „Uloga i mjesto ustavnog sudstva u društveno-političkom sistemu”*, Beograd, 1986.
- Smerdel, Branko i Sokol, Smiljko, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006.
- Sokol, Smiljko, *Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti i promicanju vladavine prava u „Ustav kao jamac načela pravne države”* (ur. J. Crnić i N. Filipović), Organizator, Zagreb, 2001.
- Šarčević, Edin, *Ustav i politika*, Sarajevo, 1997.
- Thornberry, Patrick i Maria Martin, Estebanez, *Prava manjina u Europi (Pregled djelatnosti i standarda Vijeća Europe)*, Zagreb, 2008.
- Trnka, Kasim, *Ustavno pravo*, Sarajevo, 2000.

## **Summary**

The paper deals with constitutional activism, its limitations and self-restraints. It points out to some of the most significant manifestations of the constitutional activism in the case-law of the Federal Constitutional Court of Germany, European Court of Human Rights and, of course, the Constitutional Court of the Republic of Croatia by taking into account of and pointing out to their mutual influences, similarities and differences.

Particular attention is paid to the constitutional framework which enables not only the constitutional activism to the Croatian Constitutional Court, but also its activist approach, particularly in the light of its constitutional duty of the „guardian” of the Constitution because „it guarantees the respect for and application of the Constitution of the Republic of Croatia and grounds its work on the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.”

The Constitutional Court of the Republic of Croatia is very rational and level-headed in exercising the constitutional activism. It uses this institute whenever necessary in evolutive interpretation of fundamental values that underlie the constitutional order with the aim of guaranteeing not only an efficient formal, but also real protection of human and minority rights and freedoms, and in accordance with the principles of constitutional state, the rule of law and legal certainty, also the fundamental values underlying the constitutional order, as expressly enumerated in Article 3 of the Constitution: „freedom, equal rights, national equality and equality of genders, love of peace, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, preservation of nature and the environment and a democratic multiparty system.”





**Kata Senjak**

Predsjednica Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

## **USTAVNOSUDSKA KONTROLA I VRŠENJE ZAKONODAVNE VLASTI**

### **I.**

Gledano sa stajališta povijesti ustavnih sudova i problema tranzicije socijalističkih zemalja, za Bosnu i Hercegovinu kao novu demokratsku državu s društvom u tranziciji i izraženom asimetričnom podjelom vlasti, uloga ustavnih sudova ima osobit značaj.

Polazeći od općeprihvaćenog stava da je ustavno sudstvo organ zaštite ustava, opravdano se može postaviti pitanje koji je to organ koji u pogledu pravnoga djelovanja u većoj mjeri od ustavnoga suda vrši ulogu većeg društvenog opravdanja. On je kontrolor akata koje donose zakonodavna i izvršna vlast kao i redoviti sudovi, i na taj je način uspostavljen kao institucija od osobitoga društvenog značaja. Ovdje treba dodati i činjenicu da Ustav Bosne i Hercegovine<sup>1</sup> u Preambuli detaljno navodi temeljne normativne principe koji se sastoje u poštivanju ljudskog dostojanstva, jednakosti, tolerancije, te demokratske organe vlasti kao najbolje sredstvo za stvaranje miroljubivih odnosa unutar pluralističkog društva. Članak II Ustava sadrži najširi katalog ljudskih prava i proglašava Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda izravno primjenjivom u Bosni i Hercegovini, kao dio Ustava sa izravnom primjenom i supremacijom nad svim drugim zakonima.<sup>2</sup>

Kada govorimo o nadležnosti ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini, one su različito definirane, što znači da imamo diferencirane postupke, a time i specifične odluke ovisno o vrsti nadležnosti i prirodi sporova. Diferenciranje ovih nadležnosti se temelji na činjenici u kojoj mjeri ustavni sudovi, pored klasične zadaće koja se odnosi na zaštitu ustavnosti, ostvaruju i neposredniju vezu sa zakonodavnom, izvršnom i sudskom vlašću.

---

1 Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini ima 11 aneksa.

2 Članak II.2. Ustava Bosne i Hercegovine. Prava i slobode predviđene u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i u njezinim protokolima izravno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ti akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

## II.

Ustavni sud Federacije je jedina Ustavom ovlaštena institucija koja vrši ustavni nadzor u Federaciji. Kada je u pitanju oblik ispitivanja ustavnosti zakona, ispitivanju podliježe kako zakon u formalnome smislu, tako i zakon u materijalnome smislu. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine ne isključuje ni mogućnost konkretnoga nadzora, i to po prijedlogu kantonalnog suda i Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. Kada je u pitanju ocjena ustavnosti provedbenih propisa, Sud može ocjenjivati samo propise koje donose organi vlasti u Federaciji, ali ne i akte drugih subjekata, a niti političkih stranaka. Isto tako, Sudu se ne mogu obratiti građani, a niti Sud može *ex officio* pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti bilo kojega zakona ili drugoga akta.

Odlučivanje Ustavnog suda u postupku kontrole suglasnosti zakona s Ustavom je zapravo sudjelovanje ovoga Suda u vršenju javne vlasti, čije se odluke odražavaju na postupanje zakonodavnog organa. U postupku vršenja ustavnosudskog nadzora Ustavni sud ne rješava političke sporove niti određuje opredjeljenje zakonodavne vlasti, već se samo ustavni nadzor vrši u pogledu ustavnosudske kontrole.

Neustavnost zakona ili drugog akta koju utvrdi Sud ima za posljedicu da se taj zakon ili propis neće primjenjivati, osim ukoliko se ne izmijeni na način koji propiše Sud ili ukoliko Sud ne utvrdi prijelazna rješenja.<sup>3</sup> U ovoj situaciji Ustavni sud se pojavljuje kao „negativni zakonodavac”.<sup>4</sup> Konstatacija Ustavnog suda, nakon ocjene ustavnosti,

3 Članak IV.C.3.12. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i članak 40. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije („Službene novine Federacije BiH” br. 6/95 i 37/03). U ovim člancima je propisano da, ako usvojeni ili predloženi zakon ili drugi propis organa federalne, kantonalne ili općinske vlasti za koji Ustavni sud utvrdi da nije sukladan s Ustavom neće se primjenjivati od dana objavljivanja presude Ustavnog suda u „Službenim novinama Federacije BiH”, odnosno predloženi zakon ili drugi propis neće stupiti na snagu. Zakon ili drugi propis primjenjivat će se odnosno stupit će na snagu od dana određenoga u tome propisu ukoliko se izmijeni na način koji propiše Ustavni sud. Uzimajući u obzir sve okolnosti koje su od interesa za zaštitu ustavnosti, a osobito posljedice koje utvrđeni nesklad proizvodi, odnose koji su uspostavljeni na temelju takvoga zakona ili drugog propisa, kao i interes pravne sigurnosti, Ustavni sud može utvrditi prijelazna rješenja koja ne mogu biti na snazi dulje od šest mjeseci od dana objavljivanja presude Ustavnog suda u „Službenim novinama Federacije BiH”, o utvrđenoj neskladnosti zakona ili drugog propisa s Ustavom i o prijelaznim rješenjima.

4 Bačić, Arsen: Sudac i ustavna demokracija, „Novi informator”, Zagreb, 2008. str. 15-36 u kojemu je navedeno: „Ideja kontrole ustavnosti zakona jasnije se oblikuje na prijelazu iz 18. u 19. stoljeće. Dok je 17. i 18. stoljeće obilježavala ideja supremacije parlamenta, razvoj ustavnosti od 19. stoljeća pa do naših dana postupno afirmira ideju supremacije ustava i njegovih čuvara. Početkom 21. stoljeća kontrola ustavnosti zakona već je svjetski raširen fenomen. Danas od postojeće 193 zemlje njih 85% ima ili poznaje neki oblik neovisne institucije koja kontrolira parlamentarnu legislativu. U 46% zemalja takvu kontrolu obnaša ustavno sudstvo, a u 39% zemalja ta je kontrola ekskluzivno povjerena ordinarnom sudstvu. Ideja kontrole ustavnosti zakona afirmira se u sve četiri faze dvostoljetnog razvoja konstitucionalizma. U prvom valu razvoja konstitucionalizma koji se proteže od 1787. godine kada je donijet Ustav SAD pa do I. svjetskog rata (1914) njeni se prvi oblici javljaju kako na europskom tako i na američkom kontinentu. U drugoj se fazi (1918-1945) javlja Kelsenova ideja o ustavnom sudu kao posebnoj sudskoj instituciji kojoj se povjeravaju ovlasti „negativnog legislatora”. U trećoj se fazi (1945-

da zakon ili pojedini dijelovi zakona nisu sukladni s Ustavom, ima za posljedicu eliminiranje iz pravnoga života toga zakona ili pojedinih njegovih odredaba. Ovdje se može postaviti pitanje kakva je pravna priroda djelovanja Suda, odnosno kakva je njegova uloga u odnosu na zakonodavnu vlast, kada svojim odlukama donesenim u postupku ocjene ustavnosti utvrdi da se taj zakon ili akt neće primjenjivati, ili kada utvrdi da je suglasan s Ustavom. Ustavni sud je u svojim odlukama isticao kako u njegovu nadležnost ne spadaju utvrđivanje društvenih odnosa i ocjena cjelishodnosti određenih zakonskih rješenja, da je cjelishodnost stvar zakonodavne politike, da njegova nadležnost nije uređivanje društvenih odnosa u Federaciji ili u kantonu, nego je konstatirao kako je to u isključivoj nadležnosti zakonodavne vlasti.<sup>5</sup> Kao zaseban ustavni organ, Sud ne vrši politički nadzor nego donosi odluke utemeljene samo na Ustavu kao najvišem pravu i njegovim načelima. U tome može uspjeti samo ako analiza načina vršenja ovlaštenja u praksi potvrdi kako te odluke mogu biti ustavnosudska jurisprudencija, a suci svoju funkciju vršiti kao neovisne i nepristrane osobe. Odluke koje je donosio Sud u obavljanju svoje nadležnosti vršeći ustavnosudsku kontrolu bile su u funkciji zaštite temeljnih ustavnih vrijednosti, što ne znači da politička vlast nije pokušavala posredno ili neposredno uticati na vršenje ustavnosudske kontrole.

U analizi djelovanja odluka suda može se spomenuti teorija H. Kelsena, koji je isticao da kada ustavni sudovi vrše ustavnu kontrolu zakona oni sudjeluju u zakonodavnom procesu.<sup>6</sup> Međutim, ni H. Kelsen ni njegovi sljedbenici nisu u potpunosti analizirali razliku između donošenja i proglašavanja zakona oprečno ustavu. Međutim, možemo reći da je zakonodavac vezan ustavom samo u pogledu postupka donošenja zakona, a iznimno i općim načelima kada je u pitanju sadržina zakona, ali nadležnost ustavnog suda je u potpunosti posvećena ustavu.<sup>7</sup>

---

1989) reorganiziraju stare, a na plimi dekolonizacije tijekom šezdesetih i sedamdesetih formiraju nove države. Četvrtu konačnu fazu (od 1989. do danas) obilježava slom socijalističkih država i njihov temeljni zaokret i promjene u ideološkoj i političko-pravnoj institucionalnoj strukturi.

- 5 Odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj U. 29/13 od 17. i 18.12.2013. godine i dr.
- 6 Nenadić, Bosa: „Ustavni sud Srbije od ‘negativnog’ ka ‘pozitivnom’ zakonodavstvu”, Pravna riječ, Banja Luka, 2013, str. 80-90. Naime, ni Kelsen nije bježao od činjenice da činom poništavanja zakona sud zakonodavnu vlast dijeli između dva organa, odnosno time se zadire u nadležnost zakonodavca jer poništiti zakon u suštini znači postaviti opću normu. Tvrdio je da poništavanje zakona ima isti stupanj općenitosti kao i njegovo stvaranje, čime se ono, u krajnjoj instanci, svodi na stvaranje s negativnim predznakom (*confection aves un signe negatif*). I njegovi sljedbenici tvrde kako ustavni sudovi čine dio zakonodavno-političke funkcije, budući da donose autoritativne i politički relevantne odluke.
- 7 Krbek, Ivo: „Ustavno sudjelovanje”, Zagreb, 1960. str. 7, 12-15. U knjizi je navedeno kako praktično nije moguće iz ustavnoga sudovanja ukloniti političko opredjeljenje i svesti ga samo na pravno rezoniranje. Međutim, prema njegovim navodima radi se o tome da se određena politička opredjeljenja svedu u pravne granice. Ako sudac koji ispituje ustavnost zakona pređe preko toga, on prelazi funkciju sudovanja i zadire u sferu zakonodavne vlasti. Ističe kako ustavni sud može cijeniti sukladnost s ustavom, usuglašavati niže pravne akte s višim aktima, ali nema funkciju da cijeni politička opredjeljenja pravne norme koje su utvrdile i propisale zakonodavne vlasti.

### III.

Ako je zakonodavna vlast nadležna za donošenje zakona sukladno ustavnim opredjeljenjima, onda se mora reći kako se ona ne može vršiti bez ustavnosudske jurisprudencije, odnosno pravne znanosti. Iskustvo zemalja u kojima ustavno sudstvo ima dugogodišnju tradiciju govori kako ustavni sudovi predstavljaju ključnu komponentu uspješnog stvaranja pravne države.<sup>8</sup>

Na području zaštite ustavnosti i ljudskih prava Ustavni sud ima veliki značaj u izgradnji Bosne i Hercegovine kao pravne države. Princip jednakosti i zabrane diskriminacije pravne sigurnosti i ljudskog dostojanstva, na temelju čega Ustavni sud zasniva svoje odluke, postaje nezaobilazan princip i vrijednost koja se ima u vidu kod stvaranja i primjene prava. Iz tih razloga Ustavni sud kao čuvar, zaštitnik i tumač Ustava, svojim djelovanjem mora vidno manifestirati svoju posvećenost i odgovornost u obavljanju funkcije ustavnoga nadzora. Bitne pretpostavke za razuman i odgovoran rad Suda u obavljanju ustavnoga nadzora jeste ujednačena kontrola, jasni standardi i procedure, transparentnost, objavljivanje odluka suda i izdvojenih mišljenja sudaca, kao i civilno društvo.<sup>9</sup>

Vršeći ustavnosudsku zaštitu ustavno sudstvo u Bosni i Hercegovini utiče na zakonodavnu djelatnost kao što su to učinili brojni zapadnoeuropski ustavni sudovi. Osnovna ovlast Ustavnog suda očituje se u sprečavanju stupanja na pravnu snagu neustavnog zakona kojega je donijelo zakonodavno tijelo kada utvrdi kako zakon iz formalnih ili suštinskih razloga nije u suglasnosti s Ustavom. Postupajući na taj način Sud osigurava zaštitu, odnosno poštivanje Ustava i njegovu superiornost u pravnome poretku i na taj način vraća zakonodavca u ustavne okvire. Slijedeći praksu Europskog suda za ljudska prava, Sud, osim što utvrđuje da je zakon oprečan Ustavu u formalnom i materijalnom smislu, djeluje i u slučaju kada te odredbe ne zadovoljavaju određene standarde u pogledu preciznosti i jasnoće.<sup>10</sup>

Ustavni sud vrši ocjenu ustavnosti osporenog zakona sa stajališta Ustava, pri čemu taj zakon ili njegove pojedine odredbe ostaju bez mogućnosti sticanja pravne snage ili je gube ako je zakon stupio na snagu. Donijeta odluka djeluje *erga omnes*, a njena svojstva konačnosti i izvršnosti po samom Ustavu osiguravaju joj oblik *res indicata*. Pored odluka kojima se utvrđuje neustavnost zakona ili drugoga akta, sud donosi i odluke kojima utvrđuje da su zakon ili pojedine njegove odredbe sukladne Ustavu.

8 Arlović, Mato: „Ustavno-sudski aktivizam i europski pravni standardi”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1/2014. str. 1-26.

9 Bačić, Arsen: „Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma”, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, broj 4/2009.

10 Odluka Ustavnog suda u predmetu broj U. 11/06 od 15.5.2006. godine. Odluke se mogu pogledati na stranici Suda – [www.ustavnisudfbih.ba](http://www.ustavnisudfbih.ba)

Ove odluke također mogu imati značajan uticaj na vršenje zakonodavne funkcije. Interesantno je spomenuti i nadležnost pojedinih ustavnih sudova koji donose tzv. „interpretativne odluke”.<sup>11</sup> Ovim odlukama sud daje takvo tumačenje zakona koje dovodi u sklad s Ustavom. U izreci ovih odluka sud navodi da se odbija konstatacija neustavnosti „pod uvjetom i ograničenjima koji su dati u obrazloženju odluke Suda”. To znači da se odlukom odbija utvrđivanje da je zakon suprotan ustavu, ali se ima tumačiti onako kako ga je protumačio sud, odnosno da je suglasan ustavu ali samo „pod uvjetom i ograničenjima” iz obrazloženja odluke suda. U teoriji i u pravnoj praksi različita su mišljenja kad su u pitanju ove vrste odluka.<sup>12</sup> Stajalište je da sud u ovim slučajevima djeluje više kao „pozitivni” nego kao „negativni” zakonodavac i otvara pitanje odnosa suda i zakonodavca, odnosno ovlaštenje suda da daje autentično tumačenje zakona.<sup>13</sup> Autentično tumačenje u nadležnosti je zakonodavca koji je donio taj zakon, u čemu se slažu svi teoretičari.

#### IV.

Odnos zakonodavne vlasti prema odlukama Suda koji se u poredbeno-pravnoj teoriji naziva „korektivna revizija” slijedi nakon što je utvrđeno da su zakon ili njegove pojedine odredbe oprečne Ustavu. Ovo tim prije što su prema Ustavu svi dužni izvršavati odluke suda koje su konačne i obvezujuće.<sup>14</sup>

S tim u svezi treba istaći da su pojedina pravna shvaćanja Ustavnog suda uvažavala zakonodavna tijela i počinju bivati svojevrsan putokaz za uređenje i reguliranje određenih društvenih odnosa. Međutim, problem u Federaciji posebno predstavlja donošenje zakona iz zajedničke nadležnosti Federacije i kantona, gdje se vrlo često ne poštuje Ustavom propisana procedura za donošenje tih zakona. Isto tako, problem je izražen i u oblasti lokalne samouprave gdje u postupak donošenja zakona nisu uključene jedinice lokalne samouprave, što je suprotno Europskoj povelji o lokalnoj samoupravi i Zakonu o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine.<sup>15</sup>

11 Interpretativne odluke Ustavnog suda Srbije, Porodični zakon (IU – 13/2009 i IU. 70/2005), Zakon o poljoprivrednom zemljištu (IU. 82/2007 i 280/2009), Zakon o upravnim sporovima (IU<sub>3</sub> 107/2011) i dr.

12 Nenadić, Bosa: „Ustavni sud Srbije od ‘negativnog’ ka ‘pozitivnom’ zakonodavstvu”, Pravna riječ, Banja Luka, 2013, str. 96.

13 Nenadić, Bosa: „Kontrola ustavnosti ustavnih zakona”, Banja Luka, Pravna riječ broj 30/2011. i T. Marinković: „Uvod u pravo”, Beograd, 1996, str. 29.

14 Članak IV.C.3.12. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i članak 40. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije.

15 Člankom 4. stavak 1. pod 6. Europske povelje o lokalnoj samoupravi propisano je da će lokalne vlasti biti konsultirane u najvećoj mogućoj mjeri, pravovremeno i na odgovarajući način, u postupku planiranja i donošenja odluka o svim stvarima koje ih se izravno tiču. Ista

Analizom dosadašnje prakse koju je izvršio zakonodavni odnosno izvršni organa vlasti ukazujem na različite načine postupanja prema odlukama Suda.

Prvo, postupak donošenja zakona gdje je utvrđeno da su cijeli zakon ili njegove odredbe proglašeni neustavnim, zakonodavac je dosljedno poštovao odluku Ustavnog suda u kojoj je izražen stav o istom ili sličnom ustavnopravnom pitanju. To je slučaj u onim oblastima u kojima je Sud ne samo konstatirao neustavnost pojedinih odredaba, nego je u obrazloženju istakao i svoja pravna shvaćanja o brojnim ustavnopravnim pitanjima koja su bila od šireg značaja kao što su „takse”,<sup>16</sup> „radnopravni status državnih službenika”,<sup>17</sup> „zaštita prava na lokalnu samoupravu”.<sup>18</sup> U ovim oblastima „korektivna revizija” zakona dovela je do relativno visokog stupnja utjecaja odluka Suda na zakonodavnu vlast.

Drugo, zakonodavac nije dulji vremenski period donosio zakone, ili bolje rečeno, izbjegavao je donošenje zakona u oblasti za koju je Ustavni sud utvrdio da zakon ili pojedine njegove odredbe nisu sukladne Ustavu Federacije. Ovu opciju je rijetko primjenjivao zakonodavac, posebno ako se radilo o bitnim zakonima, odnosno o sistemskim zakonima. Naravno, bilo je slučajeva kada zakonodavni organ nije postupao prema odluci Suda. Primjera radi, u presudi donesenoj povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti Zakona o inspekcijama,<sup>19</sup> zahtjeva za zaštitu prava na lokalnu samoupravu, Zakona o šumama i Zakona o imovini Kantona Sarajevo,<sup>20</sup> gdje se nije postupalo po odlukama Suda.

Treće, slučajevi gdje zakonodavna i izvršna vlast ne postupi po odluci Suda, nego u ponovnome postupku donese istu odluku odnosno utvrdi izmjenu zakona za koju je Sud već utvrdio da je suprotna Ustavu Federacije.<sup>21</sup>

Četvrto, utjecaj Ustavnog suda na zakonodavnu i izvršnu vlast ostvaruje se i kroz davanje mišljenja gdje se Sud u ovim slučajevima, osim ustavnosti, očituje i o zakonitosti općih i pojedinačnih akata. U većini slučajeva stajališta Suda iskazana u mišljenju su prihvaćana.

---

odredba preuzeta je u članak 56. Zakona o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine.

16 Odluka U. 31/12 od 1.10.2012. godine, U. 14/13 od 29.3.2013. godine i dr.

17 Odluka U. 27/09 od 3.12.2009. godine i dr.

18 Odluka U. 31/13 od 3.07.2013. godine, U. 13/12 od 19.3.2012. godine i dr.

19 Odluka U. 18/05 od 22.6.2005. godine i dr.

20 Odluka U. 26/08 od 14.4.2008. godine i U. 18/09 od 5.10.2009. godine i dr.

21 Odluka U. 22/12 od 18.12.2012. godine i dr.

## V.

U konačnici možemo reći da je Ustavni sud postao nezaobilazna institucija u funkcioniranju ustavnog poretka u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno u Bosni i Hercegovini. Mišljenja sam da je Sud postao jedan od osnovnih faktora izgradnje Bosne i Hercegovine kao ustavne države, posebno u uvjetima ekspanzije normativne djelatnosti.<sup>22</sup>

Kada je u pitanju odnos Ustavnog suda, Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine i zakonodavnih tijela kantona, iz iznijetih analiza jasno slijedi kako Sud nije organ koji donosi zakone, niti ima status organa koji neposredno predlaže donošenje novih ili izmjene postojećih zakona, ali jeste organ koji ima ovlaštenje spriječiti stupanje na snagu bilo kojega zakona za kojega je svojom odlukom utvrdio kako je oprečan Ustavu ili drugim međunarodnim aktima, protumačiti Ustav i deklarirati što je najviše pravo. Njegova ustavna funkcija se više ne iscrpljuje samo kroz uklanjanje neustavnih zakona i pravnoga poretka, već je njegova funkcija mnogo šira. Vršeci ustavni nadzor nad zakonima i drugim aktima, štiteći ljudska prava i slobode, Sud je u situaciji neposredno ili posredno, na različite načine, uticati na vršenje zakonodavne djelatnosti kao i djelatnosti izvršnih organa kad donose određene propise. Njegove presude, odluke, mišljenja i rješenja pravnom utemeljenošću imaju veliki značaj u uspostavi pravne države i pravne sigurnosti u pravnome poretku.

Značaj i položaj ustavnih sudova utiče na transformiranje zakonodavne vlasti u cijeloj Europi, a samim tim i u Bosni i Hercegovini.<sup>23</sup>

Vršenjem kontrole ustavnosti zakona i drugih propisa, Ustavni sud utiče na izgradnju pravnoga sustava, posredno ili neposredno. Otklanjanjem protuustavnih zakona i drugih akata iz pravnoga poretka, u tijeku postupka osigurava se superiornost Ustava i zaštita ljudskih prava na koji način Ustavni sud potiče zakonodavca, za uređivanjem takvih standarda koje imaju suvremene države u domeni uređenja vlasti i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iz tih razloga možemo reći kako je na ovaj način ustavnosudska kontrola postala komplementarna sa zakonodavnom funkcijom.

22 Napomenut ćemo kako je Ustavni sud u svojoj dosadašnjoj praksi donio nekoliko odluka i utvrdio da je jedan broj uredbi oprečan Ustavu zbog toga što je izvršna vlast, pored ostalog „ušla u domenu zakonodavca”. Primjera radi, možemo navesti neke odluke, npr. U. 22/12 od 18.12.2012. godine, U. 52/13 od 11.2.2014. godine i dr. U ovim slučajevima izvršna vlast je donosila uredbu u oblastima za koje je nadležna zakonodavna vlast, odnosno regulirala je materiju iz nadležnosti zakonodavca.

23 Ono što imaju pojedini ustavni sudovi u zapadnoeuropskim zemljama kao i u okruženju (u BiH tu nadležnost ima samo Ustavni sud Republike Srpske, ali nemaju Ustavni sud Federacije i Ustavni sud BiH) jeste nadležnost ustavnih sudova koji su ovlašteni o stanju i problemima ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti obavještavati zakonodavni organ, davati mišljenja i ukazivati na potrebe donošenja i izmjene zakona, ili poduzimati druge mjere radi zaštite ustavnosti i zakonitosti.

## **Summary**

While exercising constitutional protection, constitutional justice in Bosnia and Herzegovina affects the legislative activity in the same way as numerous western European constitutional courts do. The fundamental authority of the Court entails the prevention from entering into force of unconstitutional laws enacted by a legislative body when established that a law is not consistent with the Constitution for formal or substantial reasons. In that way, the Court ensures the protection of and compliance with the Constitution and its supremacy in the legal system and directs a legislator to stay within the constitutional framework, but it acts likewise in the event when such provisions do not meet certain standards regarding clarity and precision of the norm. On the basis of the presented analysis it clearly follows that the Court is not a body enacting laws, neither does it have the status of a body directly proposing the enactment of new laws or amendments to the existing laws. However it is a body with the authority to prevent from entering into force any law which the Court found, by its decision, to be inconsistent with the Constitution or other international acts, to interpret the Constitution and to declare what the most supreme law is.



**Mato Tadić**  
Sudac Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine

## USTAVNI SUD IZMEĐU NEGATIVNOGA I POZITIVNOGA ZAKONODAVCA

### I. Uvod

Ustavni sudovi su, u nacionalnom ustavnopravnom poretku, jedan od stupova vladavine prava i pravne sigurnosti, te garant očuvanja i razvoja demokratskoga poretka. Ustavni sud nije zakonodavna, nije izvršna, niti klasična sudska vlast, nego vlast posebne vrste *sui generis* kao korektiv svih triju grana vlasti.

U ovakvoj situaciji posebice je značajan odnos između ustavnoga suda i zakonodavne vlasti, imajući u vidu da zakonodavna vlast putem, prije svega, zakona uređuje pravni poredak, a time definira i društveno-politički sustav jedne države, a da, s druge strane, ustavni sud pazi da ti zakoni budu sukladni Ustavu i, ako ocijeni da se izašlo izvan okvira Ustava, može intervenirati proglašenjem cijeloga zakona ili pojedinih njegovih dijelova neustavnim i staviti ih izvan snage.

Preuzima li u ovakvoj situaciji ustavni sud ulogu zakonodavca i kakvog? Što ako zakonodavna vlast ne izvrši odluku ustavnoga suda? Treba li ustavni sud preuzeti ulogu pozitivnoga zakonodavca!? Upravo je to pitanje kojim ćemo se, ukratko, ovdje baviti.

### II. Pozitivan/negativan zakonodavac

U teoriji i praksi manje je problematično djelovanje ustavnoga suda kao negativnoga zakonodavca. U ovoj pravnoj situaciji ustavni sud svojom odlukom utvrđuje neustavnost pojedine odredbe zakona (ili cijeli zakon) i eliminira je/ga iz pravnoga poretka tako što, u pravilu, nakon protoka određenoga roka takve odredbe prestaju važiti, a u ostavljenome roku zakonodavac neustavne odredbe zamijeni novim.

Međutim, mnogo je problematičnija situacija kada ustavni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac, tj. kada svojom odlukom proglašava *važenje* određenih zakonskih

odredaba, ili kad odlukom ukazuje zakonodavcu što *treba uraditi* kako bi zakon bio sukladan Ustavu BiH. U navedenom je i razlika glede djelovanja Ustavnoga suda kao negativnoga zakonodavca.

U svojoj praksi Ustavni sud BiH je djelovao kao pozitivni zakonodavac. Unatoč tomu, uvijek su postojale ozbiljne dvojbe treba li Ustavni sud, makar i iznimno, djelovati u ovoj ulozi. Treba naglasiti da postoji razlika između djelovanja Ustavnoga suda kao pozitivnoga zakonodavca i pozitivnoga aktivizma Ustavnoga suda. Pozitivnim aktivizmom se označava stvaralačko, razvojno i otvoreno tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite vladavine prava, demokratskoga poretka i razvoja ljudskih prava. U stvari, pozitivni aktivizam Ustavnoga suda se, u konačnici, manifestira kroz njegove odluke kojima djeluje u ulozi negativnoga zakonodavca, te kroz odluke kojima djeluje u ulozi pozitivnoga zakonodavca. Ovaj Ustavni sud, od početka svoje prakse, nastojao je djelovati sukladno sudskom aktivizmu i tu, za razliku od djelovanja u ulozi pozitivnoga zakonodavca, nije imao dvojbe.

Ustavnome sudu je mnogo lakše djelovati u ulozi negativnoga zakonodavca. Tada Ustavni sud utvrđuje je li određeni propis u suglasnosti sa Ustavom, daje rok zakonodavcu da taj propis usuglasi sa Ustavom, te, ukoliko se propis ne usuglasi sa Ustavom, on će, kao neustavan, prestati važiti. U toj ulozi Ustavni sud će dati razloge zašto smatra da je određeni propis neustavan, ali neće govoriti zakonodavcu kako će glasiti novi propis koji treba donijeti nakon odluke Ustavnoga suda, niti će Ustavni sud ovakvom odlukom proglašavati važenje bilo kakvih zakonskih odredaba. Takva uloga, prije svega, može se pravdati dodijeljenim nadležnostima Ustavnoga suda, prema kojima Ustavni sud utvrđuje je li određeni pravni propis u suglasnosti sa Ustavom. U svezi s tim se naglašava da je primarno funkcija zakonodavca da donosi propise, te da ne postoji ustavni temelj za preuzimanje ove funkcije od zakonodavca. Dalje, zakonodavac je u boljoj poziciji da procijeni na koji način će se otkloniti utvrđena neustavnost, te zakonodavac ima sve potrebne resurse koji će mu pomoći da na najbolji način utvrdi novi tekst zakona itd. Na ovaj način Ustavni sud preuzima i manji rizik, jer neustavnost otklanja zakonodavac, a ne Sud.

Međutim, postavlja se pitanje kako djelovati kada zakonodavac ne otklanja neustavnost koju je Ustavni sud utvrdio djelujući u funkciji negativnoga zakonodavca.

Ovdje je moguće više pravnih situacija, a najčešće su dvije:

- a) Zakonodavac je postupio formalno sukladno odluci Ustavnoga suda i donio novi zakon (izmjene ili dopune), ali nije postupio po uputama Ustavnoga suda i *prima facie* je vidljivo da i novi zakon (odredba) nije sukladan Ustavu.

U ovoj situaciji ne bi trebao postojati problem, jer nema nikakvih ograničenja da ovlaštenu subjekt pokrene novi postupak ocjene ustavnosti novoga zakona pred Ustavnim sudom i time se rješava ova situacija.

- b) Zakonodavac nije postupio po odluci Ustavnoga suda, nije donio novi zakon i prestankom važenja pobijanoga zakona nastala je pravna praznina.

U takvoj situaciji više ne postoje zakonske odredbe na temelju kojih se može postupati u određenoj pravnoj stvari, a ta pravna stvar može biti od ključnoga značaja za vladavinu prava i ostvarivanje ili zaštitu ljudskih prava građana. Zapravo, nedjelovanje zakonodavca prema odluci Ustavnoga suda može dovesti u pitanje poštivanje temeljnih ljudskih prava i sloboda, te potaknuti Ustavni sud da djeluje u funkciji pozitivnoga zakonodavca. Slobodno se može reći da Ustavni sud ne bi (ni) razmišljao hoće li djelovati kao pozitivni zakonodavac kada bi nadležni zakonodavac izvršavao njegove odluke kojima je utvrđena neustavnost određenih pravnih akata ili zakonskih odredaba. Ova vrsta iznimnoga i neuobičajenoga djelovanja Ustavnoga suda mogla bi se opravdati pozivanjem na relevantne odredbe Ustava BiH. Naime, člankom I/2. Ustava je propisano: „Bosna i Hercegovina je demokratska država, koja funkcioniра *sukladno zakonu* i temeljem slobodnih i demokratskih izbora.” Dalje, u članku II. je katalog ljudskih prava i ostale odredbe u svezi sa ljudskim pravima, uključujući i izravnu primjenu i supremaciju Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda nad domaćim zakonima.

Dakle, na temelju posebnoga značaja koji ljudskim pravima daje Ustav BiH i odredbe o „...*demokratskoj državi, koja funkcioniра sukladno zakonu*...”, Ustavni sud bi mogao, ali samo u iznimnim slučajevima, kada je nedjelovanjem zakonodavca nakon njegove odluke dovedena u pitanje vladavina prava (jer nema zakona) i poštivanje temeljnih ljudskih prava i sloboda, odstupiti od uobičajene uloge negativnoga zakonodavca i preuzeti ulogu pozitivnoga zakonodavca. Tomu bi se mogla dodati i opća premisa da suci Ustavnoga suda trebaju, naravno ukoliko to mogu, rješavati ustavne probleme, a ne izbjegavati ih ili ignorirati njihovo postojanje.

### **III. Praksa Ustavnoga suda BiH**

Sa ovim problemom Ustavni sud se suočio 2004. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio da su neustavni dijelovi zakonske odredbe kojom su utvrđeni nazivi pojedinih gradova i općina u Bosni i Hercegovini. Tom odlukom ostavljen je rok zakonodavcu da usuglasi ove neustavne odredbe. Nakon što zakonodavac, u ostavljenome roku od šest mjeseci, nije otklonio utvrđene neustavnosti, Ustavni sud je donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredaba. Tako su nazivi pojedinih gradova i općina prestali egzistirati u pravnome poretku, što je imalo posebne implikacije na vladavinu zakona i na ljudska prava i slobode građana u tim mjestima, jer, primjerice, nisu mogli izvaditi ili produljiti osobne dokumente na temelju kojih

su ostvarivali svoja prava kao što su liječenje, kretanje i sl. Stoga je Ustavni sud donio odluku kojom je privremeno utvrdio, dok se utvrđene neustavnosti ne otklone, nove nazive gradova i općina. U toj odluci Ustavni sud je naglasio „...kako ima u vidu činjenicu nastanka pravne praznine prestankom važenja pobijanih odredaba, kao i nesmetano funkcioniranje gradova i općina čiji nazivi su određeni odredbama zakona koje su prestale važiti...”. Ovdje je bitno napomenuti da je odluku Ustavnoga suda kojom se utvrđuje neustavnost naziva pojedinih gradova i općina zakonodavac izvršio tek 2009. godine donošenjem odgovarajućega zakona.

Sličan problem Ustavni sud je imao (i) 2011. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio neustavnost zakonske odredbe koja je propisivala imena registracijskih područja za određivanje jedinstvenoga matičnoga broja. Ni u ovome slučaju zakonodavac, u ostavljenome roku od šest mjeseci, nije izvršio odluku Ustavnoga suda, te je Ustavni sud donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredaba. Nakon toga više nije postojala zakonska odredba kojom se propisuju imena registracijskih područja za određivanje jedinstvenoga matičnoga broja. U realnome životu to je značilo da se jedinstveni matični broj više ne može odrediti, te se tako ne mogu (ni) izdati osobni dokumenti kao što su, npr., putovnica, osobna iskaznica itd. Posljedice svega toga bile su demonstracije građana. Ukazivalo se na težak položaj tek rođene djece, posebice djece kojoj je ugrožen život, jer im je onemogućen odlazak na liječenje u inozemstvo zbog toga što nisu mogla izvaditi putovnicu, a koja im se, opet, nije mogla izdati zato što im prethodno nije mogao biti određen jedinstveni matični broj. Bilo je očigledno da se ljudska prava građana značajno krše a toga je, svakako, bio svjestan (i) Ustavni sud. U takvoj situaciji Ustavni sud je ozbiljno razmišljao da preuzme ulogu pozitivnoga zakonodavca i, opet na privremenoj osnovi, proglasi imena registracijskih područja za dobivanje jedinstvenoga matičnoga broja. Treba naglasiti da je ovdje bilo inicijativa samih građana, udruga i čak parlamentaraca, znači, članova zakonodavne vlasti, da Ustavni sud preuzme ulogu pozitivnoga zakonodavca. Međutim, do toga nije došlo. Zakonodavac je u međuvremenu, prvenstveno pod pritiskom javnosti, donio odgovarajuće izmjene zakona, te utvrdio imena registracijskih područja.

Sličnu situaciju Ustavni sud ima i s još jednom svojom odlukom koja nije izvršena a odnosi se na Izborni zakon i Statut Grada Mostara, gdje su neke odredbe proglašene neustavnim prestale postojati u pravnome poretku, nove nisu donesene i tamo se ne može ostvariti jedno od ustavnih prava iz članka I/2. Ustava da je „BiH demokratska država koja funkcionira sukladno zakonu i temeljem slobodnih i demokratskih izbora”. Dakle, ostvarivanje jednoga temeljnoga ustavnoga prava je onemogućeno. Ustavni sud ovdje još nije reagirao iako su davno prošli svi rokovi za usklađivanje neustavnih odredaba i postoje inicijative da intervenira Ustavni sud.

Ulozi pozitivnoga zakonodavca Ustavni sud se približio u dvije specifične situacije kada je donio dvije odluke kojima je utvrdio da relevantni zakoni nisu sukladni Ustavu BiH, ali tako što je zakonodavac propustio regulirati određenu oblast koja se odnosi na određena ustavna prava građana. Tako, u jednome slučaju zakon nije sadržavao odredbe koje omogućavaju delegaciju nadležnosti kada se sudi na temelju državnoga zakona o parničnome postupku i stranci je onemogućen pristup sudu, odnosno u drugoj situaciji nema odredaba koje propisuju određene naknade iz radnoga odnosa samo za jednu kategoriju uposlenih, a za sve druge ima. U tim odlukama Ustavni sud je jasno ukazao što zakonodavac treba uraditi kako bi se predmetni zakoni uskladili sa Ustavom BiH, ne ulazeći u to kakva će rješenja biti.

Može se reći da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac (i) kada je donio odluku kojom je poništio odluke o izboru općinskih vijećnika za Gradsko vijeće Grada Sarajeva, jer su izbori izvršeni na temelju neustavnih odredaba kojima u Gradskome vijeću nije omogućena minimalna zastupljenost svih konstitutivnih naroda. Ovom odlukom Ustavni sud je naložio općinskim vijećima da, u roku od 30 dana, izvrše novi izbor vijećnika za Gradsko vijeće, ali sukladno odredbama Ustava BiH, a ne na temelju neustavnih odredaba gradskog Statuta, kako je to urađeno prije donošenja odluke Ustavnoga suda.

#### **IV. Zaključna stajališta**

Kao rezime ovoga izlaganja, može se izvesti zaključak da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac samo u „krajnjem slučaju” kako bi osigurao vladavinu prava i spriječio ozbiljno kršenje ljudskih prava. Međutim, legitimna težnja da se zaštite ljudska prava ne bi trebala umanjiti opreznost u ovakvim slučajevima. Kao što je već ukazano, djelovanje u funkciji pozitivnoga zakonodavca bilo je, zapravo, isprovocirano (ne)djelovanjem nadležnoga zakonodavca radi izvršenja odluka Ustavnoga suda. Međutim, ne postoji apsolutna garancija ni da će se na ovakav način osigurati poštivanje ljudskih prava, jer (i) odluku Ustavnoga suda kojom je djelovao kao pozitivni zakonodavac javna vlast treba izvršiti, i to ista ona javna vlast koja nije izvršila odluku Ustavnoga suda kada je djelovao kao negativni zakonodavac. Zato je, pored svega navedenoga, opreznost u ovim slučajevima uvijek potrebna.

Ova konferencija će, svakako, otvoriti i neka druga ustavna pitanja u svezi sa ulogom Ustavnoga suda kao pozitivnoga zakonodavca, ali ponuditi i neke odgovore.

Bez obzira na sve, moje osobno stajalište je da Ustavni sud treba imati ulogu pozitivnoga aktivizma, a u iznimnim situacijama, radi očuvanja vladavine prava i pravne sigurnosti, ljudskih prava i razvoja demokracije, ulogu i pozitivnoga zakonodavca, ali samo na privremenoj osnovi.

## **Summary**

The action of the Constitutional Court as a positive legislator is necessary only in „the last resort” in order to ensure the rule of law and prevent serious violations of human rights. However, legitimate aspiration to protect human rights should not lessen the vigilance in these types of cases. As already indicated, the action as a positive legislator was, as a matter of fact, provoked by (non)action on the part of the competent legislator with a view to enforcing the decisions of the Constitutional Court. However, there is no absolute guarantee that this will ensure the respect for human rights, because (also) the decision of the Constitutional Court, by way of which it acted as a positive legislator, ought to be enforced by the public authority, namely the same authority which failed to enforce the decision of the Constitutional Court where it acted as a negative legislator. Therefore, in addition to all the aforementioned, caution is always necessary in these cases.

**Aleksandra Martinović**

Potpredsjednica Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

# **USTAVNOSUDSKI AKTIVIZAM KROZ MOGUĆNOST DJELOVANJA USTAVNIH SUDOVA PO SLUŽBENOJ DUŽNOSTI U POSTUPCIMA NORMATIVNE KONTROLE PROPISA**

## **Sažetak**

Rad u sažetoj formi daje pregled ustavnih rješenja o mogućnosti (bolje rečeno nemogućnosti) djelovanja ustavnih sudova po službenoj dužnosti u Bosni i Hercegovini. Sadrži i kratak pregled rješenja ovog pitanja u susjednim državama. Izrađen je za potrebe konferencije „50 godina ustavnog sudovanja u Bosni i Hercegovini”, mart 2014., u svrhu iniciranja daljnje ozbiljne rasprave o ustavnim rješenjima pokretanja po službenoj dužnosti postupaka normativne kontrole ustavnosti i zakonitosti, koja omogućavaju proaktivniji pristup ustavnih sudova. Svakako, ovo pitanje zahtijeva detaljniju analizu kvaliteta postojećih ustavnih rješenja u Bosni i Hercegovini, temeljito komparativno istraživanje, uvažavanje iskustava drugih zemalja koje su ugradile ovaj mehanizam za zaštitu ustavnosti itd. Stoga ovdje napisano može poslužiti isključivo kao podsjetnik i mogući imput za buduću raspravu o mogućnosti *ex offo* djelovanja ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini kao mehanizma koji se može dovesti u korelaciju sa pitanjem ustavnosudskog aktivizma.

## **Sadržaj**

1. Umjesto uvoda - ustavnosudski aktivizam- između prava i politike
2. Ukratko o normativi i praksi u zemljama okruženja
  - 2.1. Republika Crna Gora
  - 2.2. Republika Hrvatska
  - 2.3. Republika Srbija
3. Normativna rješenja i praksa u BiH

- 3.1. Ustavni sud Bosne i Hercegovine
- 3.2. Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
- 3.3. Ustavni sud Republike Srpske
4. Zaključak

## **1. Umjesto uvoda - ustavnosudski aktivizam - između prava i politike**

Sudski aktivizam, posebno ustavnosudski, predmet je rasprava i kontroverzi<sup>1</sup> u pravnim zajednicama svih društava koje poznaju ustavno sudstvo kao zasebnu, popularno ali možda već zastarjelo definisanu „četrvu vlast” u državi. Kako navodi dr. Nedim Ademović u izlaganju na skupu posvećenom ustavnom sudovanju: „Često se može čuti u javnom diskursu o državi i pravu ili čak literaturi, da je ustavno sudstvo posebna, četvrta vlast. Zbog svojih specifičnih nadležnosti, a posebno mogućnosti kontrole ustavnosti rada zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, to je i tačno. Međutim USBiH<sup>2</sup> jeste sud i dio sudske vlasti. To ne proizlazi samo iz njegovog naziva, već iz nadležnosti. On ima zadatak da rješava ustavnosudske sporove, koji pripadaju pravu, bez obzira što odluke USBiH često imaju snažnu političku implikaciju.”<sup>3</sup> Specifičnost ustavnog sudovanja o čemu je ovdje riječ, pri čemu su ustavni sudovi neka vrsta korektora državne zakonodavne i izvršne vlasti u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti, često i zakonitosti, ali i sudske u postupcima po ustavnim tužbama, žalbama ili pak, u Bosni i Hercegovini u vršenju apelacione nadležnosti što čini Ustavni sud Bosne i Hercegovine<sup>4</sup>, jeste upravo u specifičnom odnosu ustavnog sudstva i drugih grana vlasti. Posebno je značajan odnos prema zakonodavnoj vlasti, koji se ne svodi na puku primjenu zakonodavne (ustavotvorne) legislative u konkretnim ustavnosudskim postupcima, nego često ide i korak dalje. Ponekad je neizbježno da ustavni sudovi svojim odlukama unapređuju, pa čak i kreiraju društvene odnose, tumačeći ustavne

1 Prema brojnim autorima postoji izražena distinkcija između sudija koji zagovaraju sudski aktivizam kao formu pri kojoj se sudskim odlukama može formulirati politika jednog društva u pojedinim oblastima, te onih drugih koji zadaću sudija posmatraju isključivo u svjetlu dosljedne primjene prava u konkretnim slučajevima. O sudskom aktivizmu, pojmu, istorijatu i uporednoj praksi vidjeti naučni članak prof. dr. Arseno Bačića, „O sudskom aktivizmu ili političkoj ulozi sudova”, „Politička misao”, Vol XXXV, (1998), br. 2.

2 Misli se na Ustavni sud Bosne i Hercegovine.

3 Nedim Ademović, „Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine”, izlaganje sa naučno-stručnog skupa, [prf.unze.ba/v2/anali\\_tekst.html](http://prf.unze.ba/v2/anali_tekst.html).

4 Ustavni sud Bosne i Hercegovine je ovlašten da cijeni pojedinačne odluke svih sudova u Bosni i Hercegovini u okviru tkzv. Apelacione nadležnosti tog suda sa stanovišta povreda osnovnih ljudskih prava i sloboda kao ustavom zagarantovanih vrijednosti. U praksi se dešava da, imajući u vidu da je preko 90% predmeta pred tim sudom upravo pokrenuto temeljem ove nadležnosti, da građani, a ponekad i pravna zajednica, doživljavaju ovo kao posljednju instancu redovnog sudovanja.



odredbe na način koji posljedično djeluje na društvene politike. Smatram da ustavni sudovi zbog njihove specifičnosti neizbježno jesu u manjoj ili većoj mjeri i kreatori društvenih odnosa, a ne samo puki tumači ustavnih odredbi u konkretnim ustavnim sporovima.

Ono što se postavlja kao ključno pitanje nije samo da li su oni ovlaštteni u tom pravcu, nego koje su granice, gdje je ta tanana crta koja se ne bi smjela preći da se ne ugrozi slobodno polje zakonodavca. Tako o odnosu ustavnosudske i zakonodavne vlasti Valerija Galić promišlja na način da: „Unatoč ovim mjerodavnostima, tj. mogućnosti međusobnog utjecaja, koja je sasvim opravdana u današnje vrijeme, temelji ustavnog prava nam govore da obje vrste vlasti moraju voditi računa o tome da ne uđu ili ugroze samu suštinu koja je karakteristična za ustavni sud, tj. zakonodavca. Dakle, mora se voditi računa o tome da se Ustavni sud BiH ne pretvori u dopunskog zakonodavca ili da svojim odlukama ne utječe na stvaranje ili realizaciju političke volje. Naprimjer, Ustavni sud BiH ne smije ulaziti u adekvatnost rješenja zakonodavca koja se nalaze unutar njegovog slobodnog polja procjene ili ispitivati način na koji je zakonodavac ispunio određeni javni interes. S druge strane, Ustavni sud BiH mora ostati neovisan i samostalan, a politička borba se ne smije prenijeti iz Parlamentarne skupštine BiH u sudsku salu.”<sup>5</sup>

Pitanje djelovanja ustavnog suda po službenoj dužnosti je zanimljivo i to sa dva aspekta. Prvi, sama mogućnost pokretanja postupka *ex officio* i drugi, postupanje izvan okvira postavljenog zahtjeva, odnosno do koje mjere je poželjno sa stanovišta zaštite ustavnosti pokrenuti postupak ostaviti na potpunu dispoziciju stranke u smislu slobodnog disponiranja zahtjevom za ocjenu ustavnosti/zakonitosti zakona i drugih propisa. Smatram da ono zaslužuje posebnu pažnju, naročito u okvirima Bosne i Hercegovine u kojoj su na snazi tri različita rješenja ovog pitanja.<sup>6</sup> Pokušaću dati kratak generalni prikaz kako je ovo pitanje riješeno u susjednim državama, sa kojima dijelimo zajedničku pravnu tradiciju, a zatim u Bosni i Hercegovini, kao uvod u moguću raspravu o prednostima i nedostacima istih.

5 Iz referata Valerije Galić, „Aktualne evropske tendencije ka razvoju funkcionalnog odnosa između parlamenata i ustavnih sudova” sa Međunarodne konferencije u Jervanu/Armenija, oktobar 2009. godine, cijeli članak dostupan na [www.ccbh.ba](http://www.ccbh.ba).

6 Kao što je vjerovatno poznato, u sistemu ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini, prateći njeno ustavno uređenje, djeluju tri ustavna suda, sud na nivou Bosne i Hercegovine i entitetski ustavni sudovi. Svaki od njih ima posebnu nadležnost i odluke su im konačne i obavezujuće. Ne može se govoriti o hijerarhijskom odnosu tih sudova u postupcima normativne kontrole zakona, jer entitetski su nadležni za apstraktnu kontrolu zakona i propisa sa nivoa entiteta, pri čemu Ustavni sud BiH nema apelacionu nadležnost u odnosu na entitetske ustavne sudove (vidjeti npr. Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj. 2391/07). Ustavni sud BiH osim apstraktne kontrole ustavnosti ima i već pomenutu Apelacionu nadležnost kao zaštitni mehanizam za građane kojima su povrijeđena osnovna prava postupanjem redovnih sudova u BiH.

## **2. Ukratko o normativi i praksi u zemljama okruženja**

### **2.1. Republika Crna Gora**

Ustavom Crne Gore je propisana mogućnost da u postupku normativne kontrole Sud može sam pokrenuti postupak.<sup>7</sup> Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore je propisano da postupak za ocjenu saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima ili drugih propisa sa Ustavom i zakonom pokreće se i kad Ustavni sud sam ocijeni da za isto postoje razlozi. Apostrofirano je kada Sud „naročito” postupuje u skladu sa ovim ovlaštenjem, no diskrecija Ustavnog suda kao pokretača ovih postupaka nije ničim ograničena.<sup>8</sup>

Nije mi poznato u kojoj mjeri i da li se Sud koristio ovim ovlaštenjem. Iz dostupnih odluka tog Suda na web sajtu je vidljivo da su postupci normativne kontrole uglavnom inicirani od strane ovlaštenih subjekata.

### **2.2. Republika Hrvatska**

U Odjeljku V Ustava R Hrvatske posvećenom Ustavnom sudu je člankom 125. propisana nadležnost tog suda. Pitanje, između ostalog i uvjeta i rokova za pokretanje postupka normativne kontrole (ocjene ustavnosti i zakonitosti) regulisano je Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske<sup>9</sup> kojim je propisano da Ustavni sud može sam pokrenuti postupak ove vrste.

Ustavni sud R Hrvatske je u periodu od 2010. do kraja 2013. godine donio nekoliko odluka u postupcima za ocjenu suglasnosti zakona sa Ustavom koji su bili pokrenuti po službenoj dužnosti<sup>10</sup>. Pregledom tih odluka možemo vidjeti da se Sud ozbiljno pozabavio pitanjima ustavnog organizovanja i funkcionisanja državnih vlasti, (Zakon o sprječavanju sukoba interesa, o sustavu državne uprave, o Državnom sudbenom vijeću), te intervenisao u situacijama koje su bitne i za ekonomsku opstojnost (Zakon o obrtu i Zakon o mirovinskom osiguranju). Sklona sam promišljanju da je taj sud na dobrom putu pronalaženja primjerenog balansa ustavnosudskog proaktivizma u ovom smislu, o čemu govore ovi podaci, no svakako o tome mogu dati meritoran stav isključivo sami suci tog suda i hrvatska javnost.

7 Član 150. stav 3. Ustava Crne Gore.

8 Član 37. tačka 3) Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, broj 64/08)

9 Član 38. stav. 2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 49/2002-utvrđeni prečišćeni tekst).

10 Ustavni sud Hrvatske, odluke br. U-I-2771/2008 (Zakon o obrtu); U-I-988/1988 (Zakon o mirovinskom osiguranju); U-I-2414/2011 (Zakon o sprječavanju sukoba interesa); U-I- 3845/2006 (Zakon o sustavu državne uprave); U-I-5991/2012 (Zakon o državnom sudbenom vijeću).

## 2.3. Republika Srbija

Takođe, normativna rješenja u Republici Srbiji daju mogućnost Ustavnom sudu da djeluje proaktivno i pokrene postupak ocjene usklađenosti propisa sa Ustavom<sup>11</sup>. Isto je nadalje razrađeno Zakonom o Ustavnom sudu<sup>12</sup>. Ovdje je zanimljivo pomenuti da je taj sud po sopstvenoj inicijativi pokrenuo postupak za ocjenu ustavnosti člana 33. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu<sup>13</sup>, Rješenjem Iuz-broj: 97/2012. godine, pritom otvorio suštinsko pitanje ustavnosti odredbe koja je isključivala redovnosudsku odluku od poništavanja ukoliko je ocijenjena neustavnom.

Taj sud je međutim u nekoliko navrata takođe intervenisao temeljem mogućnosti da pokrene postupak po sopstvenom zaključku, ocjenjujući primjera radi, ustavnost Zakona o štrajku<sup>14</sup> i Zakona o lokalnim izborima u kojem se u okviru Rješenja o neprihvatanju inicijative u stavu 2. sudske odluke pokreće postupak po službenoj dužnosti.<sup>15</sup>

Kao i u slučaju Ustavnog suda R Hrvatske, pitanje dostatnosti i kvaliteta korišćenja ovog snažnog instrumenta za zaštitu ustavnosti i zakonitosti u jednom društvu će dati sudovi, javnost i budućnost. Mnogo je faktora koji govore o potrebi za ustavnosudskom suzdržanošću u djelovanju *ex offio*, koje praktično podrazumijeva ocjenu zakonodavnih politika u pojedinim oblastima i njihovo mijenjanje od strane ustavnosudske vlasti. Iznalaženje kvalitetnog balansa ključno je za same ustavne sudove i društvo u cjelini.

## 3. Normativna rješenja i praksa u BiH

Kako je već pomenuto, u sistemu ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini egzistiraju tri ustavna suda. Stoga ću ukratko predstaviti ustavna rješenja u odnosu na temu rada za sva tri ustavna suda.

### 3.1. Ustavni sud Bosne i Hercegovine

Ustavom Bosne i Hercegovine i to članom VI.3. je propisana jurisdikcija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine pri čemu je alinejom 2. propisano da sporove apstraktne kontrole ustavnosti mogu pokrenuti član Predsjedništva, predsjedavajući Vijeća ministara, predsjedavajući ili njegov zamjenik bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, jedna četvrtina članova bilo kog doma Parlamentarne skupštine ili četvrtina članova

11 Član 168. stav 1. Ustava Republike Srbije.

12 „Službeni glasnik RS”, br. 109/04, 99/11, 18/13).

13 „Službeni glasnik RS”, broj 99/11.

14 Odluka Ustavnog suda Srbije, Iuz-1442/2010.

15 Odluka Ustavnog suda Srbije, Iuz-52/2008.

bilo kog doma zakonodavnog organa entiteta. Isto je u pogledu aktivne legitimacije za pokretanje sporova razrađeno Pravilima suda<sup>16</sup> koja su članom 15. definisala učesnike u postupku.

Iz navedene legislative je potpuno jasno da sam Ustavni sud nije ovlašten da samostalno pokrene pitanje ocjene ustavnosti nekog propisa nego je to dato u isključivu nadležnost tačno propisanom krugu lica iz zakonodavne i izvršne vlasti Bosne i Hercegovine i entitetske zakonodavne vlasti. Štaviše, krug lica ovlaštenih za pokretanje ovih postupaka je izrazito restriktivan, a institut „pravne inicijative” od strane građana, grupa ili organizacija ne postoji. Samo u okviru takozvane apelacione nadležnosti građani imaju mogućnost obraćanja pod određenim uslovima Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine ukoliko smatraju da je pojedinačnom odukom nekog suda u Bosni i Hercegovini povrijeđeno njihovo osnovno ljudsko pravo zaštićeno kako Ustavom tako i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

I u pogledu obima razmatranja zahtjeva, Sud ispituje postoje li samo one povrede koje su iznesene u zahtjevu/apelaciji.<sup>17</sup> Koliko god se ova odredba čini poželjnom u apelacionom postupku, mogla bi se ocijeniti isuviše restriktivnom u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti, posebno kada se ima u vidu krug lica koja su ovlaštena da pokrenu proceduru pred Sudom. Naime, vjerovatna je situacija u kojoj Sud, ovim samonametnutim ograničenjem<sup>18</sup> kada je u pitanju apstraktna kontrola ustavnosti, sebe doveo u situaciju da poštujući vlastite procedure nije u mogućnosti da očigledno neustavan propis (ili odredbu) oglasi takvom i „isključi” iz pravnog života države, samo iz razloga što, omaškom, namjerno ili čak zbog nedostatka profesionalnih vještina stranke, na povredu nije ukazano u zahtjevu.

### **3.2. Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine**

Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine je tačno propisan krug ovlaštenih lica za podnošenje zahtjeva za ocjenu ustavnosti propisa sa nivoa Federacije Bosne i Hercegovine<sup>19</sup>, slično kao u slučaju Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Ne postoji mogućnost da Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine inicira i sljedstveno tome pokrene postupak ocjene ustavnosti propisa.

16 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH”, br. 60/05, 64/08 i 51/09).

17 Član 32. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

18 Ustavni sud Bosne i Hercegovine samostalno donosi Pravila, koja uključuju i pravila postupka pred tim sudom, za razliku od entitetskih sudova kod kojih su procedure propisane zakonima, a samo dopunjene poslovnica koje samostalno donose.

19 Član IV C.3. 10 (2) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

Takođe je u pogledu obima ispitivanja propisa ograničen odlučivanjem u granicama zahtjeva koji su istaknuti u postupku.<sup>20</sup> Kao i u prethodnom slučaju, takva ograničavajuća odredba dovodi taj sud u situaciju da ukoliko ovlašteni podnosilac zahtjeva nije ukazao na neku ustavnu povredu niti tražio utvrđivanje usklađenosti propisa u tom pravcu, ne bi mogao da očigledno neustavnu odredbu zakona oglasi kao takvu razmotrivši je sam u svjetlu ustavnih odredbi Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i pravno obavezujućih međunarodnih akata koji su taksativno nabrojani u Aneksu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. Ovo ograničenje, po mom mišljenju, čak predstavlja i oštriju restrikciju nego sama činjenica da Sud ne može samostalno da inicira postupak jer, ovisno o tome da li se citirana zakonska odredba tumači striktno ili ne, u praksi se dešavaju situacije koje zahtijevaju „pravnu akrobatiku” da se ne bi dogodilo da Sud istu odredbu zakona proglasi usklađenom sa Ustavom u smislu povrede na koju je ukazao ovlašteni pokretač, a da je pritom svjestan da ona krši neke druge ustavne odredbe i da ju je potrebno isključiti iz pravnog života. Ovo je pojačano time da u ovim postupcima, Sud donosi presude kojima se preispitani zakon oglašava da „jeste” ili „nije u skladu sa Ustavom”<sup>21</sup>, a ishod zavisi isključivo od valjanosti argumentacije stranaka u postupku, odnosno potpuno je na njihovoj dispoziciji.

### **3.3. Ustavni sud Republike Srpske**

Za razliku od rješenja na nivou Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine, Ustavom Republike Srpske je propisano da: „Ustavni sud može i sam pokrenuti postupak za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti”<sup>22</sup>. Isto je razrađeno odredbama Zakona o Ustavnom sudu Republike Srpske<sup>23</sup>, u kojem je, opet za razliku od normative druga dva ustavna suda, odredbom člana 42. istog zakona propisano da u apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti taj sud nije vezan zahtjevima predlagača ili podnosioca inicijative. Štaviše, stavom 2. istog člana Zakona o Ustavnom sudu Republike Srpske je propisano da: „Ako predlagač, odnosno podnosilac inicijative odustane od prijedloga, odnosno inicijative, Sud će nastaviti postupak za ocjenu ustavnosti, odnosno zakonitosti opšteg akta, ako za to nađe osnova.”

Istina, do sada je taj sud rijetko koristio ovlaštenje da samostalno pokrene postupak apstraktne kontrole ustavnosti. Meni je poznata jedino situacija kada je po vlastitoj inicijativi ocijenio ustavnost Zakona o platama i naknadama sudija i tužilaca u

20 Član 13. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije („Službene novine Federacije BiH”, br. 6/95 i 37/03).

21 Član 40. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije; član 40. stav 4. Poslovnika Ustavnog suda Federacije („Službene novine Federacije BiH”, broj 40/10).

22 Član 120. stav 3. Ustava Republike Srpske.

23 „Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 104/11.

Republici Srpskoj. Pritom je Ustavni sud po službenoj dužnosti utvrdio da odredbe istog koje propisuju plate i naknade sudija tog suda nisu u skladu sa Ustavom Republike Srpske.

#### 4. Zaključak

Iz naprijed navedenog mislim da možemo zaključiti da u ustavnopravnom životu u Bosni i Hercegovini egzistiraju dva suprotstavljena pristupa u odnosu na ovu temu. Jedan, krajnje restriktivan gdje je ustavnim sudovima na nivou BiH i Federacije BiH uskraćena mogućnost samostalnog pokretanja postupka kontrole ustavnosti i obim ispitivanja i disponiranje zahtjevom je potpuno u rukama i inače restriktivnog kruga lica koja mogu pokrenuti taj postupak, te drugog, vladajućeg pravnog režima u Republici Srpskoj u kojem egzistira mogućnost djelovanja Suda *ex offio*, nevezanost sa zahtjevom, pa i nastavljanje započetog postupka ukoliko taj sud smatra da za to ima osnova i u slučajevima kada sam pokretač/inicijator postupaka povuče zahtjev. Izvjesno je da oba pristupa imaju određene nedostatke i prednosti, što na ovom mjestu nije moguće podrobno analizirati i zahtijeva poseban angažman pravnik koji se bave ustavnim pravom. Sklona sam ipak modelu u kojem, u izuzetnim situacijama, ustavni sud može i treba imati mogućnost da vrši apstraktnu kontrolu ustavnosti po vlastitoj inicijativi, te djelovati izvan zahtjeva i čak uprkos volji pokretača postupka kada za isto postoje ozbiljni ustavnosudski razlozi.

Smatram da je potpuna dispozicija stranaka imanentna parničnom postupku pred redovnim sudovima, gdje je razumljivo da stranke imaju pravo da disponiraju zahtjevom u cijelosti jer se uglavnom i odnose na vrijednosti koje nisu opšte, nego od značaja između konkretnih lica. Interes države (kako god to tumačili) da jače interveniše nije jak, jer su u pitanju sporovi kojima se ne ugrožavaju vrijednosti značajne za kompletno društvo, odnosno ne djeluju prema neodređenom broju građana. U krivičnom postupku pak, gdje je interes države veći, u kojem se putem posebnog državnog pravosudnog organa pokreću postupci zaštite vrijednosti života, poretka, zdravlja itd., krivični sud jeste vezan zvaničnom optužbom ali u obimu da ne može da mijenja njen subjektivni i objektivni identitet. No, čak i tu, krivični sud može u skladu sa rezultatima krivičnog postupka prilagoditi (bez štete za optuženog) činjenični opis u okviru istog događaja i, naravno, nije vezan za pravnu kvalifikaciju izuzev zabranom na gore. Možda se ova paralela ne čini potpuno primjerenom, ali po mom mišljenju ukazuje na to da tamo gdje je to interes društva (a koji može biti viši i opštiji od tog da zakoni i propisi budu doneseni na ustavan način i usklađeni sa ustavom), to polje djelovanja nadležnog (u ovom slučaju ustavnog) suda treba biti šire. Stoga smatram da bi Ustavni sud BiH i Ustavni sud Federacije BiH mogli potpuno

odgovoriti važnoj zadaći čuvara ustavnosti u društvu, ne bi trebalo da budu ovako snažno ograničeni u postupcima normativne kontrole propisa.

Vidimo i da sve susjedne države predviđaju takvu mogućnost, te bi nam njihova iskustva dobrodošla. Nije nevažno, naprotiv, ni to da je postojanje ovako dijametralno različitih rješenja u Bosni i Hercegovini mogući generator nejednakosti u stepenu kvaliteta zaštite stanja ustavnosti i zakonitosti na području Bosne i Hercegovine. Ujednačavanje u tom pravcu, pri čemu sam sklona mišljenju da ustavna rješenja iz Ustava Republike Srpske o ovom pitanju smatram boljim, svakako je dobrodošlo za društvo u cjelini.

Generalno, da bi ustavni sudovi mogli u potpunosti ostvarivati osnovni zadatak, a to je svakako apstraktna kontrola ustavnosti opštih akata, trebali bi imati mogućnost kako pokretanja postupaka po službenoj dužnosti, tako i cjelovitog sagledavanja osporenog propisa, prvo u svjetlu povreda na koje ukazuje sam ovlašteni pokretač postupka, ali ne ograničen isključivo tim. Smatram da je to put da se eventualno neustavna norma ustavnosudskom odlukom isključi iz ustavnopravnog života države, što je konačno i osnovni razlog postojanja ustavnog sudstva.

## **Summary**

The work summarized in an overview of the constitutional arrangements of the possibility (or rather impossibility) of action of the constitutional court, *ex officio*, in Bosnia and Herzegovina. It also includes a brief overview of solutions to this issue in the neighboring countries. It was made for the purpose of the conference „50 years of constitutional jurisprudence in Bosnia and Herzegovina”, March 2014, for the purpose of initiating further serious debate on the constitutional arrangements start *ex officio* procedures normative control of constitutionality and legality, enabling proactive approach to constitutional courts. Certainly, this question requires a more detailed analysis of the quality of existing constitutional arrangements in Bosnia and Herzegovina, a thorough comparative study experience of other countries that have incorporated this mechanism and so on. Therefore this can serve only as a reminder for future discussions about the possibility of *ex officio* action constitutional courts in Bosnia and Herzegovina as a mechanism that can be correlated with the question of constitutional activism.



**Jaroslav Fenyk**

Vice-President of the Constitutional Court of the Czech Republic

## **ACTIVISM OF THE CZECH CONSTITUTIONAL COURT: BALANCING BETWEEN REAL NEEDS AND REAL POSSIBILITIES**

First and foremost, I would like to express my extreme pleasure, as well as my thanks, to the organizers for enabling me to take an active part in such an important meeting.

It would not be any surprise, if I say the first constitutional court in Europe was established by the Constitutional Statute of the Czechoslovak Republic in 1920. Unfortunately, the court, set up and staffed by seven judges for a period of 10 years, remained unstaffed in the second term (1933), and failed to serve the purpose entrusted to it. After it was briefly resurrected for a year (1938), another attempt at a revival of the Czechoslovak constitutional judiciary occurred as late as during the Prague Spring, i.e., in 1968, when it appeared as an institution of the new, federal structure of the state. But it was only text of Constitution and it never been taken in life. Third attempt in 1989 for the at first twelve-membered federal (1992), and then fifteen-membered, basically the current Czech Constitutional Court (1993), to sink deep roots into Czech constitutional law.

### **1. Powers of the Czech Constitutional Court and doctrines and principles employed in its decision-making**

Let me first remind you briefly of the individual powers vested in the Constitutional Court.

In summary, the following **two categories** may be deemed most important for our meeting discussion:

– **annulment of legal regulations**, i.e., laws, decrees and international treaties that are not compliant with the constitutional order of the Czech Republic.

– **constitutional complaints**, i.e., both individual complaints filed by individuals and legal entities, and complaints of bodies of local self-administration and political parties concerning the constitutionality of their dissolution.

Since its inception, the Constitutional Court has been striving to create a doctrinal approach to the individual matters under review in order to compensate for the factual absence of a long-term established practice enjoyed by the constitutional courts of traditional democracies. The German Constitutional Court has served as a sort of an example in this respect. The doctrines which help to create the boundaries of „constitutional activism” both *de facto* and *de iure* include in particular the following:

- the principle of judicial self-restraint, i.e., an effort to minimize the Constitutional Court’s interference with the powers of other public bodies
- the doctrine of political questions
- the principle of preference of constitutionally compliant interpretation of legal regulations by public bodies
- the principle of material rule of law
- the principle of appropriateness, necessity and proportionality as criteria for the weighing of two or more opposing fundamental rights
- the principle of equality in the eyes of the law
- the principle of a ban on retroactivity
- the ban on judicial arbitrariness, etc.

All these and many other principles, often inspired by foreign regulation of constitutional judiciary, undoubtedly influenced the acceptance of motions by the Constitutional Court and had a decisive impact on its position in the review of constitutionality.

## **2. The significance of staffing of the Constitutional Court**

The selection of judges for the last two decades (the term of office being ten years) was undoubtedly significant also from the point of view of the court’s „activism”.

„**1st generation judges**” (15) were often figures who, in addition to quality professional credentials, often from the academia, had personal negative experience with the totalitarian regime. The first president of the court was actually a former political prisoner. The judges focused on defining constitutional judiciary in relation to the previous regime, in particular on attaining precedence of natural law over the established legal positivism in the decision-making of general courts. All the decisions were based on the idea of renewal of the rule of law by incorporating the principle of „reflection” of fundamental rights in every individual activity of the public power.

The Constitutional Court further strove to legitimize the new constitutional and democratic state order, to deal with the burden of undemocratic past, commented on the application of restitution laws, etc.

At that time, most of the judges held a view that such assessment, weighing, reflection, etc. only **concerned the wording of the constitution**. The Czech constitutional order comprises not only the wording of the constitution, but also the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and other constitutional laws regulating legislative procedure.

„**2nd generation judges**” (15) were, to a lesser extent, judges whose mandate was extended by the president, and new judges, some of whom had had prior judicial, legal or even political practice.

This court, unlike the previous one, gradually extended the terms of reference of constitutionality review to encompass also the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and frequently conducted an extensive interpretation of certain provisions of the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms, and the subsequent protocols to the Convention. A typical example is for instance a broad interpretation of the notion of „legitimate expectations” contained in Protocol No. 1 to the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms with regard to protection of possessions. It began to be employed in the decision-making practice of the Czech Constitutional Court in a much general form than that found in the case law of the Court of Human Rights.

The second feature typical of this period and influencing the court’s activism was the Czech Republic’s entry into the European Union. The Constitutional Court was thus drawn into the process of assessment of compliance of European law with the Czech constitutional order, as manifested for instance in the implementation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant, or in the assessment of the Treaty of Lisbon. A certain decision-making practice emerged even here; however, it is not completely unequivocal, due in particular to the absence of a positive provision of law, and it relies on the doctrine of review of constitutionality of European law with a view to the constitutionally given duty of the state arising from international obligations. The heretofore decision-making practice of the court views general courts as both national and European (preliminary queries to the Court of Justice), while the Constitutional Court views itself as purely national. Therefore, for instance the question of the Constitutional Court’s relationship to the Court of Justice of the European Union remains somewhat open.

Another feature characteristic of this period was a growing number of motions filed by political parties or their supporters for the annulment of legal regulations

adopted by a narrow parliamentary majority; these mainly had to do with health care, social or pension security, or the tax burden imposed on some segments of the population. The number of these motions increased manifold in connection with the economic crises and the government's attempts at introducing savings packages. These motions are heard by the Plenum, and it thus means a dramatic increase in collective decision-making involving all the judges, and their collective burden despite the political question doctrine which could not be aptly applied in all the cases.

„3rd generation judges” are only entering the decision-making process now but as to the court's ability to withstand the growing load, it might be useful to mention problems related to the appointment of new judges, encountered by the former president, Václav Klaus, given the (mandatory) consent of the Senate required. Probably due to his selection of candidates, as well as the specific political composition of the Senate, many candidates were rejected, and this caused delays at the court and a growing log of pending matters.

### **3. Individual complaints – problem of capacity of the Constitutional Court**

The increase in the number of particular complaints was also due to the fact that attorneys, thanks to many rejected complains and the *rationes decidendi* accompanying them, and thanks to a quality information system established by the Constitutional Court, where all the decisions accessible to the public can be found in full text, „learnt” to write complaints well and in a sophisticated manner. While this leads to an increase in the number of positive decisions of the court, it also necessitates a more thorough examination to establish whether a complaint that seems to be drawn up in compliance with the court's scope of powers is a true complaint, or whether the complainant only pretends to have a legitimate complaint, and is trying to manipulate the Constitutional Court to make it act as a general court - preferably an appellate court.

In this regard, difficulties arise in another, rather problematic area, namely the binding nature of the Constitutional Court's decisions on constitutional complaints. Under the law, cassation judgments of tribunals of the Constitutional Court are binding on the court whose decision was quashed. This area has been suffering from a certain and extended absence of discipline on the part of general courts, and repeatedly necessitates the Constitutional Court's intervention in various matters.

The increase in the number of all kinds of matters pending naturally leads to an enormous burden on every judge and his/her team. Consequences may vary. It could be a declining quality of decisions because important decisions can no longer be given sufficient time and attention, we've had cases of health problems ...

Solutions also vary. One of them is to increase the number of judges and/or assistants. However, neither the executive, nor the legislative branch is much in favor of this solution. A different practical example of a solution is a new provision of law which makes it possible, in complaints rejected as manifestly unfounded, to provide as rationale a mere reference to the right to reject the complaint without further rationale. Another option would be a „selective approach” on the part of the court, as seen for instance in the case of the U.S. Supreme Court, but I am not sure whether the Czech society would be willing to accept such a model ... However, it would constitute interference with the terms of reference within which the Constitutional Court operates ...

#### **4. Some remarks on review of norms**

I'm afraid that in the sphere of review of norms the Constitutional Court amounts the limits of its capacity. Traditional constitutional courts, such as the Austrian Constitutional Court, have not been overloaded with individual complaints because these individuals do not have direct access to the Court. Such Courts can therefore invest most of their energy to the key function of constitutional justice, which is the review the norms. This, some may say „unfortunately”, is not the case with the Czech Constitutional Court.

In situation when the number of constitutional complaints attains 95 % of all the submissions, the power of a Justice necessarily distorts. Every decision, even if dismissive character, must be reasoned (which is the condition for eventual review before the ECHR) and if the Justice of the Constitutional Court has to deal with at least one case per day, it is difficult to muster the time necessary for preparing decisions regarding the review of the constitutionality of laws. On average, the Constitutional Court reviews 40 submissions to annul the legislation or a part thereof per year and discussions on the basis of decision are as tumultuous as longlasting. Annulment of law is though the most serious interference in the sovereignty of the legislative branch, and such derogative decisions must be convincing and well -articulated. It takes time and using all our strengths.

Justice of the Constitutional Court thus faces a dilemma whether to give priority to protection of the fundamental rights of individuals in thousands of constitutional complaints or whether to solve critical social issues contained in the proposal to repeal the particular piece of legislation. Hamletian question indeed... The situation is further complicated by the politicians who consider this kind of proceedings as an arena for resumption of political disputes and the parliamentary opposition

regularly proposes to repeal those laws which were previously passed by a majority coalition. The Constitutional Court, however, is not (and cannot be) a political arena and even though is still bearing this burden silently, it should develop the doctrine of „political questions” in the future; i.e. not to engage in areas reserved for decision of elected public authorities. Well, this brings me back to the question of activism. If one accepts the position of the Constitutional Court, which is under the protection of constitutionality deciding on any and all social problems, then one can see opening of a Pandora’s Box of Court’s own congestion. I am convinced at the same time, that review of the legislation is being pivotal for the protection of constitutionality and that constitutional courts shall focus on it. Providing protection of fundamental rights is inherent to other public authorities, especially the courts. There should be the subsidiarity clause be applied really rigorously. On contrary, there is neither other judicial body that can assess the constitutionality of a law, nor a body empowered to annul such a law for contradicting the Constitution. The role of constitutional courts in reviewing legal enactments is thus irreplaceable.

Despite the fact that we understand the accent put by the ECHR and Venice Commission on the filtration system at national constitutional courts as regards breaching the Convention (before the commencement of a case to Strasbourg), there are still constitutional courts which are not instituting constitutional complaint in its jurisdiction. There is, however, no Constitutional Court in the world without a competence to review norms. I think that we should see the approach to congestion of constitutional courts also in this angle. Once awarded standards of protection of fundamental rights and freedoms of individuals, as provided for by constitutional courts, cannot be limited, but we cannot either resign on other areas under the protection of the constitutional judiciary.

## **5. Conclusions**

Finally, I would like to return to the title of my paper. The ever increasing number of submissions to initiate proceedings before Constitutional Court reaches the barrier of a constant number of Justices. Any activist step, which helpfully opens the gate to judicial review, ties consequently up the next generations of Justices to provide the same friendliness and helpfulness. Spinning the spiral of activism may however threaten the efficiency and thus the goals of constitutional justice.

Nevertheless, I am sure that the Czech Constitutional Court fulfills all its duties and provides effective protection in broader means of constitutionality, as well as in protecting fundamental rights of individuals. Well, it’s not easy or painless, but it is a

mission which we have been called for. The father of European constitutional justice - Hans Kelsen – once said that the constitution, which is not establishing a constitutional court to protect itself, is a light without shining. Finally, I dare to wish all of us to let the light of our constitutional courts shine brightly, intensively and safely show us the way through abysses of injustice.

Moreover I wish the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina many great decisions in the sixth decade of its activity.





**Jaroslav Fenyk**  
Potpredsjednik Ustavnog suda Češke Republike

## **AKTIVIZAM ČEŠKOG USTAVNOG SUDA: BALANSIRANJE IZMEĐU STVARNIH POTREBA I STVARNIH MOGUĆNOSTI**

Prije svega, želim izraziti izuzetno zadovoljstvo i zahvalnost organizatorima koji su mi omogućili da aktivno učestvujem na ovako važnom skupu.

Nije iznenađujuće ako kažem da je prvi ustavni sud u Evropi uspostavljen Ustavnim zakonom Republike Češke 1920. godine. Nažalost, taj sud, koji je bio uspostavljen s mandatom sedam sudija na period od 10 godina, ostao je nepopunjen u drugom mandatu (1933. godine) i nije služio svrsi koja mu je povjerena. Nakon toga, bio je na kratko ponovo uspostavljen godinu dana (1938), a sljedeći pokušaj oživljavanja čehoslovačkog ustavnog sudstva desio se tek tokom praškog proljeća, tj. 1968. godine, kada se pojavio kao institucija nove, federalne organizacije države. Ali to je bio samo tekst Ustava i on nikada nije oživljen. Treći pokušaj, 1989. godine, da egzistira prvo kao dvanaestočlani federalni sud (1992), a potom kao petnaestočlani federalni sud, u osnovi sadašnji češki Ustavni sud (1993) je duboko ukorijenjen u češkom ustavnom pravu.

### **1. Ovlasti češkog Ustavnog suda, te doktrine i principi koje primjenjuje pri donošenju odluka**

Dozvolite da vas ukratko podsjetim na pojedinačne ovlasti dodijeljene Ustavnom sudu.

Ukratko, sljedeće **dvije kategorije** koje se mogu smatrati najznačajnijim za našu diskusiju su:

- **ukidanje pravnih propisa**, i.e., zakona, dekreta i međunarodnih sporazuma koji nisu u skladu s ustavnim poretkom Češke Republike;
- **ustavne žalbe**, i.e., pojedinačne žalbe koje podnose pojedinci i pravna lica, te žalbe organa lokalne samouprave i političkih stranaka koje se odnose na pitanja ustavnosti njihovog ukidanja.

Još od svoje uspostave, Ustavni sud je stremio stvaranju doktrinarnog pristupa pojedinačnim pitanjima koja preispituje da bi kompenzirao faktičko odsustvo uspostavljene dugogodišnje sudske prakse koju su uživali ustavni sudovi tradicionalnih demokratija. Njemački Ustavni sud je u tom smislu služio kao neka vrsta primjera. Doktrine koje su pomogle stvaranju granica „ustavnog aktivizma” kako *de facto*, tako i *de iure* uključuju posebno sljedeće:

- princip sudske „samoograničavanja”, i.e., napor da se minimalizira uplitanje ustavnog suda u ovlasti drugih javnih organa,
- doktrina političkih pitanja,
- princip prvenstva javnih organa u tumačenju ustavnožalbenih pravnih propisa,
- princip materijalne vladavine prava,
- princip svrsishodnosti, neophodnosti i proporcionalnosti kao kriterija za odmjeravanje dvaju ili više suprotnih osnovnih prava,
- princip jednakosti pred zakonom,
- princip zabrane retroaktivne primjene zakona,
- zabrana sudske proizvoljnosti itd.

Svi ovi i mnogi drugi principi, često inspirisani stranim regulisanjem ustavnog sudstva, nesumnjivo su utjecali na ustavni sud da prihvati prijedloge i imali su odlučujući učinak na njegov stav u preispitivanju ustavnosti.

## 2. Značaj sastava Ustavnog suda

Izbor sudija tokom dvije posljednje decenije (s tim da mandat sudije traje 10 godina) ima zasigurno veliki značaj i s aspekta sudske „aktivizma”.

„Prva generacija sudija” (15) su bile osobe koje su, pored stručnih kvalifikacija, često akademskih, imale lična negativna iskustva s totalitarnim režimom. Prvi predsjednik Suda je bio, ustvari, bivši politički zatvorenik. Sudije su se fokusirale na definisanje ustavnog sudstva u odnosu na prethodni režim, a posebno na ostvarivanje primata prirodnog prava nad utvrđenim pravnim pozitivizmom odlučivanja sudova opšte nadležnosti. Sve odluke su bile zasnovane na ideji obnavljanja vladavine prava uključivanjem principa „razmatranja” osnovnih prava u svakom pojedinačnom djelovanju javnih vlasti. Ustavni sud je pri tome nastojao ozakoniti novi ustavni i demokratski državni poredak, baviti se teretom nedemokratske prošlosti, komentirati primjenu zakona o restituciji itd.

U to vrijeme većina sudija je smatrala da se takvo ocjenjivanje, odmjeravanje, razmatranje itd. **odnosilo samo na tekst ustava**. Češki ustavni poredak obuhvata ne samo tekst ustava nego i Povelju o osnovnim pravima i slobodama i druge ustavne zakone koji uređuju zakonodavnu proceduru.

„**Druga generacija sudija**” (15) su sudije, u manjem obimu, čiji je mandat produžio predsjednik, te nove sudije od kojih su neki imali prethodno sudsko, pravno ili čak i političko iskustvo.

Ovaj sud, za razliku od prethodnog, postepeno je proširivao postavljeni okvir preispitivanja ustavnosti tako da uključuje i Povelju o osnovnim pravima i slobodama, pa je često davao široka tumačenja određenih odredaba Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i dodatnih protokola uz Konvenciju. Tipičan primjer je široko tumačenje pojma „legitimno očekivanje”, koji je sadržan u Protokolu broj 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u odnosu na zaštitu posjeda. U praksi se počeo primjenjivati u mnogo uopštenijem obliku donošenjem odluka češkog Ustavnog suda u odnosu na utvrđenu sudsku praksu Suda za ljudska prava.

Druga tipična karakteristika ovog perioda, koja je utjecala na sudski aktivizam, bila je ulazak Češke Republike u Evropsku uniju. Ustavni sud je na taj način ušao u proces ocjene usaglašenosti evropskih zakona s češkim ustavnim poretom, kako je pokazano, naprimjer, u implementaciji Okvirne odluke o evropskom uhidbenom nalogu, ili u ocjeni Lisabonskog sporazuma. Čak i ovdje se pojavila određena praksa donošenja odluka. Međutim, ona nije u potpunosti jasna zbog, prije svega, odsustva pozitivnih pravnih propisa, i ona se oslanja na evropsku pravnu doktrinu preispitivanja ustavnosti obaveza države koje proizlaze iz međunarodnih obaveza. Stav dosadašnje sudske prakse u donošenju odluka je da su sudovi opšte nadležnosti i domaći i evropski (prethodna pitanja Sudu pravde), dok Ustavni sud sebe smatra čisto domaćim. Prema tome, naprimjer, pitanje odnosa Ustavnog suda prema Evropskom sudu pravde ostaje donekle otvoreno.

Druga karakteristika ovog perioda je sve veći broj zahtjeva koje podnose političke stranke ili njihovi sljedbenici za poništavanje pravnih propisa koji su doneseni tijesnom parlamentarnom većinom. Ovi zahtjevi su se uglavnom odnosili na zdravstvenu zaštitu, socijalno ili penzijsko osiguranje, ili poreske obaveze nametnute nekim dijelovima stanovništva. Broj ovakvih zahtjeva je višestruko porastao zbog ekonomske krize i pokušaja vlade da uvede pakete štednje. Ove prijedloge razmatra Plenum i to, prema tome, znači dramatično povećanje kolektivnog odlučivanja koje uključuje sve sudije, te njihov zajednički teret bez obzira na pitanje političke doktrine koja se nije mogla prikladno primijeniti u svim ovim slučajevima.

„**Treća generacija sudija**” tek sada ulazi u proces odlučivanja, ali što se tiče sposobnosti suda da se odupre sve većem teretu, možda je korisno spomenuti probleme koji se odnose na imenovanje novih sudija. S tim problemima se suočio prethodni predsjednik Suda Václav Klaus, s obzirom na zahtjev da Senat obavezno daje saglasnost. Vjerovatno zbog njegovog izbora kandidata, kao i specifičnog političkog

sastava Senata, mnogi kandidati su odbijeni, što je dovelo do kašnjenja u rada Suda i zaostatka u rješavanju predmeta.

### **3. Pojedinačne žalbe – problem kapaciteta Ustavnog suda**

Jedan od razloga za porast broja pojedinačnih žalbi je činjenica da su advokati, zbog velikog broja odbačenih žalbi i njihovih *rationes decidendi*, te zahvaljujući kvalitetnom informacijskom sistemu koji je Ustavni sud uspostavio tako da javnost ima pristup integralnom tekstu svih odluka, „naučili” žalbe pisati dobro i na sofisticiran način. Dok ovo vodi porastu pozitivnih odluka Suda, što također zahtijeva i detaljnije ispitivanje, potrebno je da se utvrdi da li neka žalba, za koju se čini da je napisana u skladu s djelokrugom ovlasti suda, jeste prava žalba, ili se podnosilac žalbe samo pretvara da ima legitimnu žalbu i pokušava izmanipulisati Ustavni sud da donese svoju odluku kao sud opšte nadležnosti – po mogućnosti kao apelacioni sud.

U tom pogledu, poteškoće se javljaju u drugoj prilično problematičnoj sferi, misli se na obavezujuću prirodu odluka Ustavnog suda donesenih po ustavnim žalbama. Prema zakonu, kasacione presude kolegija Ustavnog suda su obavezujuće za sud čije su odluke ukinute. U ovoj oblasti postoji problem određenog i raširenog nedostatka discipline sudova opšte nadležnosti, što stalno zahtijeva intervenciju Ustavnog suda u različitim stvarima.

Porast broja svih vrsta predmeta pred sudom prirodno vodi ogromnom opterećenju svakog sudije i njegovog tima. Posljedice mogu biti različite. To može, prije svega, umanjiti kvalitet odluka, jer značajnim odlukama se više ne može posvetiti dovoljno vremena i pažnje, imali smo npr. predmete u vezi sa zdravstvenim problemima...

Rješenja su također različita. Jedno od njih je povećanje broja sudija i njihovih pomoćnika. Međutim, ni izvršna, niti zakonodavna vlast nisu baš sklone tom rješenju. Drugaćiji praktičan primjer jednog od rješenja je novo pravilo koje omogućava, u slučaju odbacivanja žalbe kao očigledno neosnovane, da se, kao obrazloženje, navede samo pozivanje na pravo da žalba bude odbačena bez dodatnog obrazloženja. Druga opcija bi bila „selektivni pristup” suda, kao što se vidi npr. u slučaju Vrhovnog suda SAD-a, ali nisam siguran da li bi češko društvo htjelo prihvatiti takav model... Međutim, to bi predstavljalo uplitanje u postojeći okvir djelovanja Ustavnog suda...

### **4. Neke napomene u vezi sa preispitivanjem pravnih normi**

Bojim se da je u oblasti preispitivanja normi Ustavni sud dostigao granice svojih mogućnosti. Tradicionalni ustavni sudovi, kao što je Ustavni sud Austrije, nisu pretrpani pojedinačnim žalbama jer pojedinci nemaju direktan pristup sudu. Takvi

sudovi, prema tome, svoju energiju mogu usmjeriti na osnovnu funkciju ustavnog sudstva, tj. na preispitivanje pravnih normi. Ovo, neki će reći „nažalost”, nije slučaj s Ustavnim sudom Češke.

U situaciji kada broj ustavnih žalbi čini 95% svih podnesaka, snaga svakog sudije je neophodno narušena. Svaka odluka, čak i ona kojom se žalba odbija, mora sadržavati obrazloženje (što je uslov za moguće preispitivanje pred ESLJP) i ako se sudija Ustavnog suda mora svaki dan baviti najmanje jednim predmetom, teško je naći vrijeme potrebno za pripremanje odluka koje se odnose na preispitivanje ustavnosti zakona. U prosjeku, Ustavni sud godišnje preispituje 40 zahtjeva za ukidanje zakona ili njihovih dijelova, a razmatranja i rasprave pri donošenju odluke su i burna i dugotrajna. Ukidanje zakona predstavlja najozbiljnije uplitanje u suverenost zakonodavne vlasti i takve ukidajuće odluke moraju biti uvjerljive i dobro artikulisane. To zahtijeva i vrijeme i napor.

Sudija Ustavnog suda se na taj način suočava s dilemom da li prioritet dati zaštitu ljudskih prava napisanih u pojedinačnim slučajevima u hiljadama ustavnih žalbi, ili rješavati ključne društvene probleme sadržane u zahtjevima za ukidanje određenog dijela zakona. Hamletovsko pitanje, doista... Situaciju dodatno usložnjavaju političari koji smatraju da su ovakvi postupci kao arena za nastavljanje političkih sporova, te i parlamentarna opozicija koja redovno podnosi zahtjeve za ukidanje onih zakona koje je prethodno donijela koalicija koja ima većinu. Međutim, Ustavni sud nije niti može biti politička arena i mada ovaj teret još uvijek tiho nosi, trebalo bi da u budućnosti razvije doktrinu „političkih pitanja”, odnosno da se ne uključuje u oblasti koje su rezervisane za odluke izabranih javnih organa. Dobro, ovo me sad vraća na pitanje aktivizma. Ukoliko neko prihvati stajalište Ustavnog suda, koji pod zaštitom ustavnosti odlučuje o svakom i svim društvenim problemima, onda može uslijediti otvaranje Pandorine kutije preopterećenosti Suda. Istovremeno, ubijeđen sam da je preispitivanje zakona ključni element zaštite ustavnosti i da će se ustavni sudovi na to i fokusirati. Osiguravanje zaštite osnovnih prava je svojstveno i drugim javnim vlastima, a posebno sudovima. Klauzulu supsidijarnosti bi tu trebalo rigorozno primjenjivati. U suprotnom, nema drugog sudskog organa koji bi mogao ocjenjivati ustavnost zakona, kao ni organa koji je ovlašten da poništi zakon koji je u suprotnosti s Ustavom. Dakle, uloga ustavnih sudova da preispituju zakone je nezamjenljiva.

Uprkos činjenici da mi razumijemo naglasak koji ESLJP i Venecijanska komisija stavljaju na sistem filtriranja na domaćim ustavnim sudovima u pogledu kršenja Konvencije (prije nego što se predmet uputi u Strazbur), još uvijek postoje ustavni sudovi koji ustavnu žalbu nisu uveli u svoju nadležnost. Međutim, na svijetu ne postoji ustavni sud koji nije nadležan za preispitivanje zakonskih normi. Mislim da bi i iz ovog ugla trebali promatrati pristup problemu preopterećenosti ustavnih sudova. Jednom

priznati standardi zaštite osnovnih prava i sloboda pojedinaca, kako ih ustavni sudovi utvrđuju, ne mogu se ograničavati, ali isto tako ne možemo se odreći drugih oblasti zaštićenih ustavnim sudstvom.

## **5. Zaključci**

Na kraju, želio bih se vratiti na naslov svog referata. Stalni porast broja zahtjeva za pokretanje postupaka pred Ustavnim sudom dostigao je granicu stalnog broja sudija Ustavnog suda. Svaki korak u pravcu aktivizma, koji pomaže otvaranju vrata sudskom preispitivanju, posljedično veže sljedeće generacije sudija da osiguraju istu naklonost i podršku. Okretanje spirale aktivizma može, međutim, predstavljati prijetnju djelotvornosti i, na taj način, i prijetnju ciljevima ustavnog sudstva.

Ipak, siguran sam da Ustavni sud Češke ispunjava sve svoje dužnosti i pruža djelotvornu zaštitu ustavnosti u širem smislu, kao i zaštitu pojedinačnih prava i sloboda. Naravno, to nije ni lako, niti bezbolno, ali to je misija koja nam je postavljena. Otac evropskog ustavnog sudstva Hans Kelsen rekao je jednom prilikom da ustav, koji ne ustanovljava ustavni sud radi sopstvene zaštite predstavlja svjetlo bez sjaja. Konačno, usuđujem se svima nama poželjeti da pustimo da svjetlo naših ustavnih sudova zasja sjajno, snažno i sigurno pokazujući nam put kroz ponore nepravde.

Pored toga, Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine želim što veći broj velikih odluka u šestoj dekadi njegovog rada.



-----  
CIP - Katalogizacija u publikaciji  
Nacionalna i univerzitetska biblioteka  
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

342.565.2(063)(082)

MEĐUNARODNA konferencija Ustavni sud između  
negativnoga zakonodavca i pozitivnoga aktivizma  
(2014 ; Sarajevo)

Zbornik radova = Collected papers / Međunarodna  
konferencija Ustavni sud između negativnoga  
zakonodavca i pozitivnoga aktivizma, Sarajevo,  
27.3.2014. godine. - Sarajevo : Ustavni sud Bosne  
i Hercegovine, 2015. - 254 str. ; 26 cm

Tekst na bos., hrv., srp. i engl. jeziku. - Lat. i  
ćir. - Bibliografija i bilješke uz tekst.

ISBN 978-9958-0389-1-4

I. International Conference Constitutional Court -  
between a Negative Legislator and Positive  
Activism (2014 ; Sarajevo) vidi Međunarodna  
konferencija Ustavni sud između negativnoga  
zakonodavca i pozitivnoga aktivizma (2014 ;  
Sarajevo)

COBISS.BH-ID 22389254  
-----