

USTAVNOSUDSKI AKTIVIZAM U CRNOJ GORI

Hamdija Šarkinović

The paper analyses the relation between law and policies with the aim to answer two questions: do the courts breach the principle of separation of powers and with their decision cross to the sphere of politics, and how developed is judicial activism in Montenegro?

Judicial activism occurs when courts, apart from deciding in legal disputes, also have the goal to create policies. This paper points to the importance of judicial activism for the purpose of increasing legal security, making sure that the legislative activity of the Parliament is not too narrow or limited, to the question if judicial activism in Montenegro is developed and the importance of constitutional courts in practising the principles of constitutionalism, legality and the rule of law as the highest values of the constitutional order in liberal-democratic states.

Rasprava o sudskom aktivizmu jedna je od najzanimljivijih tema savremene ustavnopravne teorije i prakse. Riječ je o problemu koji se tiče komplikovanog odnosa između prava i politike, ustavnog prava i rasprave o diobi vlasti, odnosa sudske prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti, sudija i sudskog procesa i načina njihovog odlučivanja.

Začetke sudskog aktivizma nalazimo i prije pisanih ustava, čak u antičko doba.¹ U rimskom pravu začetke aktivizma nalazimo u radu pretora, čija djelatnost predstavlja jedan od značajnih djelova rimske pravne historije. Kroz svoju pravosudnu djelatnost pretor je uvodio nove pravne ustanove, potiskivao iz primjene zastarjele i na taj način direktno uticao na razvoj rimskog pravnog poretka, stvarajući pritom jednu vrstu eksperimentalnog zakonodavstva u kojemu su dobra pravila „preživljavala“, a loša mijenjana ili napušтана u skladu s načelom pravičnosti.²

Pitanja ustavnosudskog aktivizma, granice do koje su sudije ustavnog suda spremne ići u sukobu s politikom, predstavlja predmet višedecenijskog proučavanja. Pravni teoretičari su napisali mnogo o sudskom aktivizmu u XX vijeku³, a iz tih rasprava može se zaključiti kako ovaj termin ima više značenja. Jedno od njih tiče se odnosa između zakonodavca i ustavnog suda u vezi s pitanjem može li ustavni sud u vršenju svojih nadležnosti zadirati u izvorni djelokrug zakonodavca, odnosno može li se njegova uloga tzv. negativnog zakonodavca, koju prati načelo sudskog samoograničavanja, transformisati u ulogu tzv. pozitivnog zakonodavca, koju prati sudski aktivizam. Afirmacija sudskog nadzora u SAD omogućila je definiciju sudskog aktivizma koja se fokusira na odnos između sudskog nadzora i tumačenja ustava⁴, pa se može zaključiti da je „opis sudskog ponašanja u pojmovima aktivizam protiv ograničenja

¹ Mauro Cappelletti, Wiliam Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis - New York 1979, 5-6.

² Arnold McNair, William W. Buckland, *Roman Law and Common Law*, Cambridge 1965, 3-4.

³ Kinan Kmiec, „The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’“, *California Law Review* 92/2004.

⁴ Cristopher Wolfe, *Judicial activism: Bulwark of Freedom Or Precarious Security?* Oxford 1997, 1.

takođe američki izum“.⁵

Sudski aktivizam nastaje onda kad se sudovi više ne brinu samo za presuđivanje pravnih sporova, već im je cilj stvaranje društvene politike, čime zahvataju mnogo više ljudi nego u rješavanju pojedinačnog slučaja. Sudski aktivizam nastao je u SAD, odakle je prešao nacionalne granice i nije bez interesa ni u Crnoj Gori.

Pojam ustavnog sudstva povezan je sa pojmom ustavne vladavine i ustava kao najvišeg pravnog akta iz kojeg proizlaze sve pravne norme i u kojem one nalaze svoje utemeljenje, koji je ujedno i politički dokument kojim se stvara („ustavljuje“) država, te osnovno i vrhovno mjerilo politike i prava. On ograničava politiku ostavljajući joj kriterijume koje mora da poštuje i stvara instituciju ustavnog suda koji primarno ocjenjuje saglasnost zakona s ustavom, čime ustavotvorac jednom nezavisnom tijelu daje velika ovlašćenja. U posljednjih pet godina u Crnoj Gori sudska vlast, a posebno Ustavni sud, povratila je kredibilitet i dignitet, jedan od najprestižnijih zadataka razvoja Crne Gore kao istinske ustavnodemokratske države, u kojoj će se neminovno s razvojem samosvijesti sudstva javiti i sudski aktivizam, a u okviru njega ustavnosudski aktivizam u pozitivnom i komparativnom značenju, uporediv sa pojmom koji već postoji u savremenim ustavnim demokratijama.

Radom se nastoji istaknuti važnost sudskog aktivizma za podizanje pravne sigurnosti, činjenica da je sudski aktivizam u Crnoj Gori veoma mlad i nerazvijen, te važnost ustavnih sudova u ostvarivanju načela ustavnosti, zakonitosti i vladavine prava kao najviših ustavnih i filozofskih ideala liberalno-demokratske države.

Pojam ustavnosudskog aktivizma

Sudije koje vjeruju da je legitimno svojim odlukama formirati socijalnu politiku zovu se u uporednom (ustavnom) pravu sud-

⁵ Tim Koopmans, *Court and political institution*, Cambridge 2003, 51.

skim aktivistima (*judicial activists*), njihove kolege koji pak smatraju da je zadatak sudova primjena zakonskih i drugih propisa na određene slučajeve, poznate su kao zagovornici sudskog ograničenja (*judicial restraint*).⁶

Jovan Đorđević naglašava da „sud ne stvara ‘slobodno pravo’, ali je slobodan u stvaranju prava ako je ono akt dešifrovanja stvarnih odnosa i sukobu prema normama ustava i zakona”⁷, a Ratko Marković navodi: „Sud je taj koji u posljednjem stepenu utvrđuje značenje (smisao) ustava.”⁸ Dragan Stojanović apostrofira da Ustavni sud „poslije određenog kolebanja napušta doktrinu rigidne uzdržljivosti, tražeći oslonac za vlastiti sudski aktivizam u interpretacionim figurama Suda u Strazburu”⁹, a da se „sudija mora samoograničiti (*judicial selfrestraint*) i paziti da ostane u granicama svoje pravne uloge”.¹⁰

Branko Smerdel smatra da *credo* sudskog aktivizma glasi: „Ako u zakonu postoji pravna praznina, ustavni suci su je dužni popuniti pravnim shvaćanjem utemeljenim na njihovom razumijevanju ustavnih odredbi i načela.“ Teleološka metoda, kao najvažnija metoda interpretacije, omogućava svakom službeniku koji primjenjuje zakon, pa i svakom onom na koga se zakon odnosi, da objektivno i u cjelosti procijeni usklađenost i unutaranju koherentnost zakonskih tekstova i očekuje socijalne učinke.¹¹ Petar Bačić definiše sudski aktivizam kao dio istorijski

⁶ Arsen Bačić, „O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova“, *Politička misao*, 3/95, 94.

⁷ Jovan. Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1967, 661.

⁸ Ratko Marković, „Ustavno pravo i političke institucije“, *Službeni glasnik*, Beograd 1995, 641.

⁹ Dragan Stojanović, „Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 72/ 2016, 44.

¹⁰ *Ibid*, 18.

¹¹ Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb 2013, 90.

uslovljene pojave posebnog pristupa realizaciji političkih i pravnih odnosa savremene države i društva da se sudski aktivizam ponekad opisuje kao sudsko zakonodavstvo (*legislation by justices*) kojima sudije „ostvaruju političke rezultate kompatibilne sa osobnim socijalnim prioritetima“. ¹²

Najšire postavljeno, sudski aktivizam predstavlja po Kinanu Kmiecu (Kinan Kmiec) svaku priliku gdje sud interveniše i ukine zakon koji je propisno donesen i stupio na snagu¹³, dok je po Kristoferu Volfu (Christopher Wolf) sudski aktivizam „sudsko obnašanje zakonodavnih ovlašćenja u ustavnim predmetima“, pri čemu razlikuje tradicionalni od modernog načina sudskog nadzora. Tradicionalni sudski nadzor ograničava se na jednostavno ostvarivanje razumljivih naredbi Ustava i predstavlja poziciju sudskog ograničenja, dok se moderni sudski nadzor zasniva na sudskom zakonodavstvu, tj. aktivnosti koju omogućavaju praznine koje ostaju u širokim i opštim odredbama Ustava – to je pozicija sudskog aktivizma.¹⁴ Aron Barak (Aharon Barak) smatra da se sudskim aktivizmom postiže prava ravnoteža između konfliktnih društvenih vrijednosti (kao što su individualna prava u odnosu na potrebe kolektiva, slobode jedne osobe u odnosu na slobodu druge, autoritet jedne grane vlasti protiv autoriteta druge)¹⁵. Ronald Dvorkin (Ronald Dworkin) smatra da postoje dvije filozofije o tome kako sudovi treba da rješavaju komplikovana ili sporna ustavna pitanja, i to „program sudijskog aktivizma“ i „program sudijske uzdržljivosti“. Prema programu sudijskog aktivizma sudovi treba da prihvate uputstva

¹² Petar.Bačić, *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Sveučilišna knjižnica, Split.

¹³ K. Kmiec, 146.

¹⁴ C. Wolfe, *Judicial activism – Bulwark of freedom or precarious security*, Lanham - Oxford, 1997, 30.

¹⁵ Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton University Press, Princeton - Oxford, 2006, 271.

takozvanih neodređenih ustavnih odredbi, da razviju principe zakonitosti i jednakosti, kao i ostale principe, da ih usavršavaju s vremena na vrijeme u skladu s onim što izgleda kao svježi moralni uvid Suda, i da u skladu s tim ocjenjuju akte Kongresa, federalnih jedinica i predsjednika SAD.¹⁶

Sudski aktivizam još nije određen opšteprihvaćenom definicijom. Za neke autore sama rasprava o temi sudski aktivizam je „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).“¹⁷

No, i ako nema opšteprihvaćene definicije ustavnosudskog aktivizma, on egzistira i primjenjuje se u velikom broju država u ustavnosudskim postupcima čiji su nosioci sudije i sudovi. Svaki put kada se sudije ustavnih sudova izdignu iznad krutih pravnih kvalifikacija sa željom da aktivnije utiču na politički život – govorimo o sudskom aktivizmu. Aktivizam suda mjeri se stupnjem njegove vlasti koju on vrši nad građanima, legislaturom i upravom.“¹⁸

Nastanak ustavnosudskog aktivizma

Sudski aktivizam nastao je u SAD djelovanjem sudija Vrhovnog suda, koji stvaraju pravo više od dvjesto godina, i odavno je prešao granice i proširio se na sudove drugih zemalja. Koncept američkog aktivizma počiva na „višem pravu“,

¹⁶ Ronald Dvorkin, *Sušтина individualnih prava*, CID, Podgorica 2001, 178.

¹⁷ Petar Bačić, *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Sveučilišna knjižnica, Split 2010, 104.

¹⁸ A. Bačić, 2/2008, 106.

polazeći od toga da treba izbjegavati legalistički pozitivizam. Doktrina sudske kontrole (*judicial review*) bavi se pitanjem nastanka jedne od najznačajnijih doktrina Vrhovnog suda SAD, a odnosi se na ovlaštenje suda koje nije predviđeno tekstom Ustava iz 1787. godine kao ni Zakonom o sudstvu iz 1789. godine, kojim je formiran ovaj sud, koji je osigurao ključnu ulogu u oblikovanju prava i društva i postao autentični tumač Ustava. Najbolji primjer za to je slučaj Dred Skot protiv Senforda (*Dread Scott vs. Sanford*) u kojem je Vrhovni sud SAD uspostavio nacionalnu politiku širenja ropstva na sva područja prema Zapadu, bez obzira na želje teritorijalnih legislatura, Kongresa i predsjednika SAD. Za vrijeme „progresivne ere“ sudovi su uspostavili politiku slobodnog tržišta i zabranili pokušaje države i federalnih legislatura da ograniče slobodu ugovaranja putem minimalne nadnice, maksimalnog radnog vremena i zabrane dječjeg rada.¹⁹

U ovom dijelu rada sudski aktivizam izlažemo na konkretnim primjerima iz ustavnopravne prakse Vrhovnog suda SAD, budući da je ustavno sudstvo ondje i rođeno, a ustavno pravo se ogleda kroz prizmu presuda Vrhovnog suda, preko kojih on odaje pravo značenje Ustavu SAD. Za razmatranje sudskog aktivizma, u analizu smo uzeli presude iz slučaja Vilijam Marburi protiv Džejmsa Medisona (*Marbury vs. Madison*) i Džordža Buša protiv Alana Gora (*Bush vs. Gore*). Obje presude su karakteristične jer pokazuju sve dobre i loše strane sudskog aktivizma.

Slučaj *Marbury vs. Madison*²⁰ je „ustav ustavnog sudstva“. Na predsjedničkim izborima 1800. godine pobijedio je Tomas Džeferson (*Thomas Jefferson*), predstavnik republikanske struje federalističkog predsjednika Džona Adamsa (*John Adams*), i

¹⁹ *Ibid*, 106.

²⁰ Jesse Choper at al, *Constitutional law: Cases – Comments and questions*, Minnesota 2016, 1–8.

trebalo da stupi na funkciju 4. marta 1801. godine. Prethodno je Džon Adams za predsjednika Vrhovnog suda predložio Džona Maršala (*John Marshall*), koji je stupio na dužnost 4. februara kao četvrti predsjednik Vrhovnog suda, ali je ujedno zadržao funkciju državnog sekretara do isteka mandata Džona Adamsa. Kongres je u februaru federalističkom većinom prihvatio tzv. *Circuit Court Act*, kojim se udvostručio broj federalnih sudija, i *Organic Act*, kojim je imenovao 42 sudije u penziji (*justices of the peace*) u Distriktu Kolumbija. Čitav proces imenovanja sudija završen je 3. marta, dan prije stupanja na dužnost Tomasa Džefersona. Odluke o imenovanju potpisao je Džon Adams, a zapečatio Džon Maršal. Drugog dana po stupanju na dužnost Džeferson je, s obzirom na to da Marburiju i još nekolicini sudija nije bilo uručene odluke o imenovanju, naredio državnom sekretaru Džejsmu Medisonu (*James Madison*) da stopira njihovu isporuku. Oni su pak od Vrhovnog suda zatražili izdavanje *writ of mandamus* kako bi prisilili Medisona da im dostavi odluke. Dok je slučaj čekao rješavanje u Vrhovnom sudu, novi Kongres sa republikanskom većinom nastojao je poništiti Adamsova imenovanja i donio Zakon o opozivu *Circuit Court Acta* donesenog 1802. godine.

Značaj slučaja *Marburi vs. Medison* je u tome što je Vrhovni sud svojom odlukom prvi put proglasio jedan akt Kongresa neustavnim i naredio državnom sekretaru obavljanje dužnosti na koju ga je obavezalo zakonodavno tijelo. Vrhovni sud je odlučio da Vilijam Marburi ima zakonsko pravo na imenovanje te da je *mandamus*²¹ prema državnom sekretaru odgovarajuće sredstvo, a ujedno i mjera kojom bi Sud razgraničio svoju dužnost da istražuje određene radnje izvršne vlasti. Vrhovni sud je na sebe

²¹ *Writ of mandmanus* je u američkom pravu vanredni sudski nalog kojim sud zahtijeva obavezno izvršavanje radnje koja se zakonski smatra obaveznom i koristi se samo kada se sva pravna sredstva pokažu neefikasna i nedjelotvorna.

preuzeo pravo da igra aktivniju političku ulogu u američkom političkom sistemu i od toga slučaja do danas ustavno sudstvo postaće samorazumljivi element svake države, a po Džonu Maršalu, predsjedniku Vrhovnog suda (*Chief Justice*) koji je napisao mišljenje, doktrina ustavnog sudstva po kojoj sud ima pravo ukinuti zakon ukoliko je nesaglasan s ustavom zove se Maršalova doktrina.

Jedna od najkontroverznijih odluka Vrhovnog suda SAD u istoriji američkog federalizma je presuda u slučaju Buš protiv Gora (*Bush vs. Gore*)²², kada je nakon sprovedenih predsjedničkih izbora u SAD 2000. godine, Al Gor osporio izbore, pa je Vrhovni sud Floride uvažio njegove zahtjeve i naredio ponovno ručno prebrojavanje glasova u četiri izborna okruga, ali je Vrhovni sud SAD zaustavio ručno prebrojavanje glasova i ukinuo presudu Vrhovnog suda Floride i *de facto* poklonio pobjedu Džordžu Bušu.

Evropske države su dugo bile protiv bilo kakvog nadzora ustavnosti zakona donesenih od strane izabranih zakonodavnih tijela, a još više protiv toga da taj nadzor bude u rukama sudskog aparata, pa neke i danas zabranjuju bilo kakvu kontrolu ustavnosti od strane sudova (Holandija, Luksemburg). Prvi pravi evropski ustavni sud osnovan je 1920. godine u Austriji, a idejni tvorac bio mu je istaknuti austrijski pravnik Hans Kelzen (*Hans Kelsen*)²³, po kojem se evropski model ustavnog sudstva naziva i kelzenovski, iako su se u XIX vijeku za uspostavljanje ustavnog suda zalagali Georg Jelinek (*Georg Jellinek*) i Adolf Merkl (*Adolf Merkl*). Ustavom Austrije iz 1920. godine, koji je pisao Kelzen, osnovan je Ustavni sud, što je u Evropi bio revolucionaran potez. Nadzor ustavnosti zakona donesenih od

²² Robert Podolnjak, „Američki Vrhovni sud kao politička institucija: Bush vs. Gore“, *Pravni vjesnik*, 1-2/2003, 285–324.

²³ Davor Krapac, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014, 9.

strane parlamenta povjeren je Ustavnom sudu, jer je jedan od glavnih razloga njegovog osnivanja bilo federalno uređenje tadašnje Austrije, a prema mišljenju Kelzena, Ustavni sud je bio neophodan za očuvanje takvoga ustrojstva.²⁴

Prelomna odluka ustavnosudskog aktivizma Saveznog ustavnog suda Njemačke jeste odluka iz 1951. godine koja je uz „aktivizam“ postavila grupu standardnih samoograničenja sudu koja je bitna za sve buduće izazove demokratskih načela. Ustavni sud je suspendovao izbore u Badenu, Virtenberg-Badenu (*Württemberg-Baden*) i Virtenberg-Hoencolernu (*Württemberg-Hohenzollern*) zbog neustavnosti posebnih prava koja Ustav dodjeljuje saveznoj vladi. Ova odluka je uspostavila princip po kome je cjelina Ustava superiornija u odnosu na bilo koji njegov posebni dio, po tome što identifikuje hijerarhiju ustavnih članova, definiše demokratske procedure i suverenost (Lander), i objašnjava nadležnost savezne države i promjene državne strukture. Sud je dao prednost principima demokratskih izbora koji su inherentni kompletnom ustavnom dokumentu i naglasio važnost suverenosti njemačkih pokrajina (Lander). Da se ustavno pravo mora primjenjivati u građanskim i krivičnim stvarima, pokazao je slučaj Lüth iz 1959. godine, gdje je producent filma čiji je režiser nekad bio blizak nacistima optužio Erika Luta (Eric Lüth) da zbog toga bojkotuje film. Ustavni sud je, uvidjevši očit konflikt između prva dva paragrafa u članu 5 Temelnog zakona, utvrdio primat slobode govora kada interferira sa drugim pravima.

Ustavnosudski aktivizam Ustavnog suda Crne Gore

Crna Gora je prihvatila Kelzenov model i slijedi germanski (njemačko-austrijski) koncept ustavnog suda kao „čuvara“ ustava

²⁴ Tim Öhlinger, „The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation“, *Ratio Juris*, 2/2003, 16.

i njegovog zaštitnika kao institucije koja jamči njegovo poštovanje i primjenu. U Ustavu se nalazi osnova, ali i obaveza, Ustavnog suda da kod njegove primjene i sprovođenja polazi od najvećih ustavnih vrijednosti ustavnog poretka Crne Gore kao temelj za tumačenje Ustava kao cjeline, jer je svaka ustavna vrijednost, odnosno „temeljna uvjerenja i stavovi na kojima počiva društvo ili djelatnost javnog ili tajnog udruženja“, prožeta kroz cijeli njegov sadržaj. To je ustavnopravna osnova koja dovodi do aktivističkog pristupa u praksi Ustavnog suda Crne Gore prilikom ispunjenja njegovih nadležnosti. Upravo zbog važnosti u ustavnosudskom poretku, značaju za njegovo ostvarivanje na načelima na kojima počiva ustavna država²⁵, vladavina prava i pravna sigurnost, Ustavni sud je odvojen od ostalih djelova državne vlasti, kao nezavisan organ, jer, „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“.²⁶ U demokratskoj državi odnos između parlamenta, koji vrši zakonodavnu vlast i ustavnog suda, koji predstavlja (ustavnu) sudsku vlast, jeste odnos između dva značajna organa državne vlasti utemeljen na načelu raspodjele ovlašćenja između zakonodavnog (odnosno izvršnog) i sudskog ogranka vlasti. Osim poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i slobodnih demokratskih izbora, načelo podjele ovlašćenja jedan je od značajnijih ustavnih elemenata zbog kojih se ustavna regulativa demokratske države Crne Gore razlikuje od ustavne regulative federalne jedinice Crne Gore u bivšoj zajedničkoj federalnoj državi Jugoslaviji, za koju je bilo karakteristično načelo jedinstva vlasti.

U Preambuli Ustava Crne Gore utvrđena su opredjeljenja građana Crne Gore da žive u državi u kojoj su osnovne vrijednosti sloboda, mir, tolerancija, poštovanje ljudskih prava i sloboda,

²⁵ A. Bačić, *Hrvatska i izazovi konstitucionalizma*, Split 2001, 78.

²⁶ Heinrich Schoeller, *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava*, Pravo, Zagreb 24/2000, 243.

multikulturalnost, demokratija i vladavina prava, čime je dato ustavno ovlašćenje za evolutivno tumačenje i aktivističko postupanje Ustavnog suda. Ustav Crne Gore čini cjelinu i u svakom njegovom segmentu koji se tumači radi rješavanja pojedinog ustavnog spora nužno je tumačiti i dio i cjelinu i uvijek ih sagledavati kroz osnovne vrijednosti ustavnog poretka, kroz primjenu evolutivne i teleološke metode tumačenja ustavnih vrijednosti, polazeći od toga šta o njegovom sadržaju u vrijeme tumačenja prihvataju moderna društva, realnost spoznaje i mogućnost njihove realizacije. Ustavni sud Crne Gore ima pravo i obavezu da prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti obavještava Skupštinu.²⁷ U prilog tome ide i stav Ustavnog suda izražen u odluci U- I br.15/12 i 17/12 od 2. oktobra 2012. godine:

„U postupku ocjene ustavnosti osporenih odredaba Zakona, Ustavni sud je pošao od sveobuhvatnog pristupa Ustavu, pa je odredbe o ličnim pravima i slobodama i odredbe o principima ekonomskog i socijalnog uređenja države, sagledao kao jedinstvenu cjelinu, odnosno kao jednakovrijedna Ustavom zaštićena dobra.“

Pravni osnov za aktivističko opredjeljenje Ustavnog suda Crne Gore, pored Ustava, nalazi se u Zakonu o Ustavnom sudu, koji ga utvrđuje kao čuvara Ustava jer jemči njegovo poštovanje i primjenu i pozicionira ga kao ustavno tijelo koje je nezavisno od svih grana državne vlasti. Odredbama člana 149, stav 1, tačka 1 i stav 2, Ustava propisano je da je Ustavni sud nadležan da odlučuje o saglasnosti zakona s Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, te o ustavnosti propisa koji je prestao da važi, samo ako je postupak već pokrenut a nijesu otklonjene posljedice njegove primjene. Nadalje, Ustavom je propisano da je odluka Ustavnog suda obavezna i izvršna, da izvršenje odluke Ustavnog suda, kada je to potrebno,

²⁷ Ustav Crne Gore, član 149, st. 3.

obezbjeduje Vlada (član 152 st. 3 i 4); da kad Ustavni sud utvrdi da zakon nije u saglasnosti s Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, odnosno da drugi propis nije saglasan s Ustavom i zakonom, taj zakon i drugi propis prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda (član 152 st. 1). Zakonom o ustavnom sudu propisano je da je svako dužan da poštuje odluke Ustavnog suda i da su stavovi o određenim pitanjima izraženi u odlukama Ustavnog suda obavezujući za sve državne organe, organe državne uprave, organe lokalne samouprave, pravna lica i druge subjekte koji vrše javna ovlašćenja (član 3); da su državni organi, organi državne uprave, organi lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i drugi subjekti koji vrše javna ovlašćenja dužni da, u okviru svoje nadležnosti, izvršavaju odluke Ustavnog suda i da Ustavni sud u odluci može odrediti rok i način izvršenja odluke, kao i organ koji ju je dužan izvršiti (član 52).

Odlukom U- I br. 6/16 od 19. aprila 2016. godine²⁸, koja je zaokupljala laičku i stručnu javnost u Crnoj Gori i regionu, Ustavni sud je ukinuo odredbe člana 4 (član 54a st. 2, 3 i 4 i član 54b stav 2) Zakona o dopunama Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti (Službeni list Crne Gore, broj 42/15) i utvrdio da odredbe člana 4 (član 54a stav 1 i član 54b stav 1) istog Zakona, koje u vrijeme važenja nijesu bile u saglasnosti s Ustavom, i odredio način i vrijeme izvršenje ove odluke.

„...Vlada Crne Gore je dužna da, u roku od tri mjeseca od dana objavljivanja ove odluke Ustavnog suda u Službenom listu Crne Gore, Skupštini Crne Gore podnese predlog zakona za izvršenje ove odluke, kako bi se pravni status korisnika prava na naknadu po osnovu rođenja troje ili više djece, koje im je priznato na osnovu neustavnih odredaba člana 4. (čl. 54a i 54b) Zakona o dopunama Zakona o socijalnoj i dječjoj zaštiti, uskladio s Ustavom, saglasno pravnim stavovima Ustavnog suda, izraženim u ovoj odluci.“

²⁸ *Službeni list Crne Gore*, broj 35/17.

Nadalje, u odluci U- III br. 50/17 od 21. jun 2017. godine, Ustavni sud je utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe, zbog nedjelotvorne istrage Osnovnog državnog tužilaštva u Podgorici, u predmetu Ktn. br. 656/15, formiranom povodom događaja od 24. oktobra 2015. godine, povrijeđeno pravo iz člana 28 Ustava Crne Gore i člana 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i naložio:

„Osnovnom državnom tužilaštvu u Podgorici da preduzme druge odgovarajuće mjere i radnje, radi sprovođenja temeljne, brze i nezavisne istrage, koja treba da osigura identifikovanje i krivično gonjenje policijskih službenika Uprave policije Crne Gore – Specijalne antiterorističke jedinice, za koje se osnovano sumnja da su, na štetu podnosioca, izvršili krivično djelo zlostavljanje, iz člana 166. a stav 2. u vezi stava 1. Krivičnog zakonika i da izvrši odluku Ustavnog suda, u roku od 3 (tri) mjeseca od dana objavljivanja u Službenom listu Crne Gore i da, nakon isteka tog roka, dostavi izvještaj Ustavnom sudu o izvršenju Odluke.“

Indirektna ovlašćenja Ustavnog suda za evolutivno tumačenje ustavnih odredbi i odredaba konvencijskog prava u vezi s aktivističkim pristupom proizlaze iz Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U Konvenciji nema odredaba koje uređuju evolutivno tumačenje njenog sadržaja, pa samim tim i sudski aktivizam. Ona to čini indirektno: članom 46 Konvencije o obaveznosti odluka Evropskog suda za ljudska prava određeno je da Visoke strane ugovornice preuzimaju obavezu da se povinuju pravosnažnoj presudi Suda, a pravosnažna presuda Suda dostavlja se Komitetu ministara koji nadgleda njeno izvršenje.²⁹

Evropski sud praktikuje i sprovodi sudski aktivizam na

²⁹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003 i 5/2005.

osnovu evolutivne interpretacije, koja proizlazi iz ustavno-pravnog položaja Konvencije u hijerarhijskoj strukturi pravnih propisa u pravnom sistemu Crne Gore, odnosa Ustavnog suda Crne Gore prema odlukama Evropskog suda koje se tiču rješavanja konkretnih predmeta iz Crne Gore, kao i odnosa Ustavnog suda Crne Gore prema bilo kojoj odluci Evropskog suda za ljudska prava kojom je pred njim riješen spor iz bilo koje članice Savjeta Evrope. Pravni status Konvencije u pravnom sistemu Crne Gore određen je članom 9 Ustava Crne Gore: „Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio međunarodnog pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva.“ Konvencija je sastavni dio pravnog sistema Crne Gore iako je međunarodni pravni akt, u hijerarhijskoj strukturi pravnih propisa je ispod Ustava Crne Gore, a iznad zakona, čime je dobila status „subustavnog ili tzv. kvaziustavnog akta“. Načelo dinamične i evolutivne interpretacije Konvencije Evropski sud je izrazio u presudama: Tajrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva (*Tyrer v. United Kingdom*, 1978), Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva (*Dudgeon v. United Kingdom*, 1981), Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva (*Christine Goodwin v. United Kingdom*, 2002), Džonston i drugi protiv Irske (*Johnston and Others v. Ireland*, 1986). Vodeća presuda oko evolutivne i dinamičke interpretacije, odnosno ograničenja sudskog aktivizma u praksi Evropskog suda jeste slučaj Šalk i Kopf protiv Austrije – pravo homoseksualaca na brak (*Schalk i Kopf gegen Österreich*, 2010).

Praksa Ustavnog suda važan je izvor prava ustavnog nadzora iako Ustavni sud ne primjenjuje doktrinu precedenta.³⁰ Ustavni sud u interesu pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti

³⁰ Danijel. A. Farber, Suzanne Shery, *Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009, 63–84.

pred zakonom slijedi svoje ranije odluke u istim ili sličnim slučajevima, a od njih može odstupiti iz važnih razloga, naravno uz dobro obrazloženje o promjeni stava. Na ovaj način Ustavni sud usvaja pravni stav Evropskog suda za ljudska prava koji ne slijedi doktrinu precedenta već svoje ranije odluke. Tako je Veliko vijeće ESLJP u presudi Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 11. VII 2002. istaklo (§1) da

„...iako Sud nije formalno obavezan slijediti svoje prethodne presude, u interesu je pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da on ne treba odstupiti, bez dobrog razloga, od precedenata ustanovljenih u prethodnim slučajevima... Međutim, budući da je Konvencija u prvom redu i prije svega sistem za zaštitu ljudskih prava, Sud mora imati obzira prema promijenjenim uslovima unutar tuženih država i država stranaka uopšteno odgovoriti na svaku razvojnu konvergenciju... Od ključne je važnosti da se Konvencija tumači i primjenjuje na način koji čini njena prava stvarnim i djelotvornim, a ne teoretskim i iluzornim. Propust Suda da održi dinamičan i evolutivan pristup zapravo bi doveo do rizika stvaranja prepreka reformama ili unapređenju.“

Aktivistički pristup Ustavnog suda Crne Gore izražen je u rješenju U- III br. 183/17 od 12. maja 2017. godine, kojim je odbačena ustavna tužba zbog odobrenja Skupštine za pokretanje krivičnog postupka i određivanje pritvora protiv A. M, poslanika u Skupštini Crne Gore, po zahtjevu Specijalnog državnog tužilaštva, zbog krivičnog djela – stvaranje kriminalne organizacije iz člana 401 stav 2 u vezi sa stavom 1 KZCG, uz obrazloženje:

„...Ustav ni mjerodavni zakoni ne propisuju izričito pravno sredstvo protiv akata skupštine o odobrenju za krivično gonjenje poslanika, niti propisuju krug ovlašćenih lica na podnošenje pravnog sredstva protiv njih. S druge strane, oni ga eksplicitno i ne isključuju. U tom smislu treba podsjetiti na novi pravni stav Evropskog suda za ljudska prava, prvi put izražen u presudi

Velikog vijeća u predmetu Vilho Eskelinen i drugi protiv Finske od 19. aprila 2007. (zahtjev br. 63235/00).“

Ograničenje i samoograničenje ustavnosudskog aktivizma

Deklaratorni aspekt sudske funkcije najbolje je opisao Frensis Bekon (*Francis Bacon*): „...sudije moraju imati na umu da je njihova dužnost *ius dicere*, a ne *ius dare*: tumačiti pravo, nego li stvarati ili davati. Inače, njihova vlast bi bila kao ona koju sebi prisvaja rimska crkva, koja se pod izgovorom da tumači Sveto pismo ne ustručava dodavati i mijenjati, i proglašavati ono čega nema i pod izgovorom starog uvoditi novo... neka sudije pamte da su lavovi pridržavali Solomonov prijesto, s obje strane; neka i oni budu lavovi, ali lavovi ispred prijestola, te paze da se ne suprotstavljaju pravima suvereniteta.“³¹ Međutim, afirmacija sudskog nadzora u SAD omogućila je definiciju sudskog aktivizma koja se fokusira na odnos između sudskog nadzora i tumačenja ustava³², pa se može zaključiti da je „opis sudskog ponašanja u pojmovima aktivizam protiv ograničenja takođe američki izum“.³³

Act of state doctrine kao limitator ustavnog sudstva

Ustavno sudstvo je prvi put ostvareno u Sjedinjenim Američkim Državama, pa su i mehanizmi ograničavanja sudova u ustavnosudskom postupanju originalno potekli iz američke ustavnopravne doktrine. Ustavnosudski postupak mora osigurati maksimalnu zaštitu ustava i paziti da zakonodavcu ne nameće ograničenja jer bi se time dovela u pitanje priroda i tok zakonodavnog postupka.

³¹ Frensis Bekon, *Eseji ili savjeti politički i moralni*, Nova Atlantida, Kultura, Beograd 1967, 184-185.

³² C. Wolfe, *Judicial activism*, Oxford 1997, 1.

³³ T. Koopmans, *Court and political institution*, Cambridge 2003, 51. fn. 5.

Pretjeranim ograničavanjem zakonodavca Vrhovni sud bi se doveo u položaj neke natparlamentarne vlasti, što ustavotvorcima svakako nije bila u namjera, pa se pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Američkih Država odmah nakon istorijskog Marburija postavilo pitanje gdje je granica sudske kontrole (*judicial review*). Praksa je postavila kriterijume i implementirala određene doktrine, ali je važno naglasiti da niko nikada nije propisao jasnu granicu između pravnih i političkih pitanja. Vrhovni sud u svakom pojedinom slučaju odlučuje predstavlja li neki slučaj političko pitanje (*political question*) ili ne. Jedna od prvih doktrina koje su istakle potrebu ograničavanja Vrhovnog suda prilikom sprovođenja sudskog nadzora ustavnosti pravnih akata jeste doktrina *act of state*, koja je imala za cilj da onemogući slabljenje moći izvršne vlasti koja je obavezna osigurati redovno funkcionisanje cijele države na način da joj sudovi nameću ograničenja.

Act of state doktrine ograničava se samo na zahtjev koji se upućuje sudovima da se suzdrže od odlučivanja u predmetima u kojima se ispituje ustavnost akata koje organi izvršne vlasti sklapaju s drugim državama, pravnim i/ili fizičkim licima. Pod ovom definicijom podrazumijeva se suzdržavanje od odlučivanja o ustavnosti međunarodnih ugovora.³⁴

Political question doctrine

Svaka ustavnosudska djelatnost sadrži političku konotaciju, i to se ne može izbjeći, ali moraju se postaviti kriterijumi koji će omogućavati zakonodavnoj i izvršnoj vlasti obavljanje svojih ustavom utvrđenih funkcija, a ustavnom sudu obavljanje osnovnog zadatka – zaštite ustava. Američka ustavnosudska judikatura je pokazala bit ove doktrine u slučaju Luter protiv Bordena (*Luther v. Borden*) iz 1849. godine, gdje se Vrhovni sud

³⁴ Robert T. Hill, *Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law*, 1/1982, 46.

doveo u poziciju da odlučuje o legitimnoj vladi države Rod Ajlend (*Rhode Island*). Martin Luter (*Martin Luther*) je tužio Luter M. Bordena (*Luther M. Borden*) i ostale zbog povrede svog posjeda, „pošto su tužene osobe provalile u kuću tužioca s namjerom da ga uhapsu jer je bio član grupacije poznate pod nazivom *Dorr Rebellion*, oružane formacije koja se kratko vrijeme početkom 40-ih godina XIX vijeka borila protiv legitimne vlasti države Rod Ajlend. Tužene osobe su opravdavale svoj upad na posjed činjenicom da su oni bili službenici države Rod Ajlend koja je bila u vanrednom stanju i službenici legitimne vlasti koji su trebali uhapsiti Martina Luteru zbog učestvanja u pobuni. Martin Luter je odbacio optužbe istakavši da je ulazak na njegov posjed nezakonit, budući da je narod države Rod Ajlend uskratio povjerenje vlasti prije nego što je on počinio djela koja mu se stavljaju na teret, pa on predstavlja građanina koji podržava zakonitu vlast Rod Ajlenda, a upravo su tužene osobe oružjem ustale protiv te zakonite vlasti. Stoga se iz običnog odlučivanja o povredi posjeda razvilo političko pitanje o zakonitoj vlasti Rod Ajlenda, a Vrhovni sud je pozvan da pruži odgovor. Predsjednik Vrhovnog suda Taney je napisao mišljenje većine sudija i istakao čl. 4 odjeljak 4 Ustava Sjedinjenih Američkih Država (tzv. *Guaranty Clause*) u kojem se ističe kako će Sjedinjene Države jemčiti svakoj državi-članici republikanski oblik vladavine i štititi svaku od njih protiv invazije, a na zahtjev zakonodavnog tijela ili tijela izvršne vlasti kad se zakonodavno tijelo ne može sastati, i protiv unutrašnjeg nasilja. Argumentovao je kako je u nadležnosti Kongresa da odluči koja je zakonita vlast u državi-članici i da je njegova odluka obavezujuća, te ne može biti predmet sudskog ispitivanja.

Luter protiv Bordena predstavlja početak razmatranja doktrine o političkim pitanjima koja će se u budućnosti još mnogo puta pojaviti u pravno-političkom sistemu Sjedinjenih Američkih Država. Možemo reći da svaki slučaj koji se pojavi pred

Vrhovnim sudom neminovno u sebi nosi političke implikacije, a na Vrhovnom sudu leži odluka hoće li primijeniti doktrinu o političkim pitanjima ili ne.

Sljedeći slučaj koji se pojavio pred Vrhovnim sudom a predstavljao je političko pitanje bio je slučaj Bejker protiv Kara (*Baker v. Carr*) iz 1962. godine, koji se odnosio na podjelu poslaničkih mjesta u parlamentu države Tenesi (*Tennessee*) između izbornih okruga. Tužilac je bio republikanac Čarls Bejker (*Charles Baker*) iz okruga Šelbi (*Shelby*) u kojem je smješten grad Memfis (*Memphis*) i u svojoj argumentaciji naglasio je kako je podjela poslaničkih mjesta u državi Tenesi izvršena prema zakonu iz 1901. godine, tako što glasovi ruralnih djelova „vrijede više“ nego glasovi urbanih djelova države, što predstavlja povredu XIV amandmana koji jemči jednaku zakonsku zaštitu svih građana. Tužen je bio *ex officio* Džo Kar (*Joe Carr*) državni sekretar jer, iako nije direktno napravio takve izborne okruge, odgovoran za sprovođenje izbora, a samim tim i za određivanje izbornih jedinica. Sudija Vilijam Džozef Brenan (*William Joseph Brennan*) napisao je mišljenje većine sudija istakavši kako Vrhovni sud smatra da ovaj slučaj predstavlja političko pitanje o kojem Vrhovni sud ne može odlučivati.

Zaključak

Granice između pravosuđa i politike tema je koja će i dalje pratiti ustavno sudstvo u vezi sa pitanjem da li sud previše sputava politiku ili da li politika sudu zadaje previše zadataka. Ovim radom smo osvijetlili aspekt položaja ustavnog sudstva u pravno-političkom poretku države definisanjem pojmova i pojmovne analize tri društveno-politička realiteta, američkog, njemačkog i crnogorskog, koji su emanirali u specifičnim slučajevima na koja su ustavni sudovi morali dati odgovor.

Na prvo pitanje, da li postojanje ustavnog sudstva i sudskog aktivizma može otežati zakonodavni proces i politički život, moramo odgovoriti negativno, jer je upravo Vrhovni sud SAD u izuzetnim situacijama spremno ulazio u političku sferu i uticao na javnu politiku i svojim tumačenjima nije kočio zakonodavni proces već ga je udopunio, a slična situacija je i sa Saveznim ustavnim sudom u Njemačkoj, koji je bio jedna od poluga kojom se osiguravala ustavna vladavina i vladavina prava, kroz poštovanje Osnovnog zakona. Znači, da ne postoje nikakvi direktni ni indirektni dokazi da bi ustavno sudstvo i sudski aktivizam mogli otežavati donošenje političkih odluka, već kvalitetno doziranim sudskim aktivizmom ustavni sudovi mogu biti jedni od odlučujućih faktora cjelokupnog razvoja države i osiguravanja vladavine prava. Sudski aktivizam ustavnih sudova je neophodan kada je potrebno zaštititi ljudska prava i osnovne slobode uz sudsko samoograničenje kao „sudsku tendenciju – svjesnu ili nesvjesnu – da se postigne odgovarajuća ravnoteža između konkretnih društvenih vrijednosti očuvanjem postojećeg prava, prije nego stvaranjem novog prava“.

Odgovor na drugo pitanje, granica sudskog aktivizma u Crnoj Gori, nameće se iz samog izlaganja presuda. Ustavni sud Crne Gore je imao svijetle trenutke, ali je u većini slučajeva pretjeranim samoograničavanjem propustio djelovati u vrlo važnim predmetima čime je pokazao kako se po pitanju spremnosti na preuzimanje aktivnije uloge u političkom životu nije odmakao od ustavnosudske filozofije osamdesetih godina prošlog vijeka, iako ga niko nije ograničavao jer je uživao potpunu Ustavom zajamčenu i zaštićenu slobodu i nezavisnost.

No, možemo istaći nadu da će budućnost donijeti pozitivne promjene kojima će Ustavni sud u Crnoj Gori, kao i u ostalim tranzicijskim državama u budućnosti u punoj mjeri biti pravi čuvar Ustava i tihi ustavotvorac koji će rješavati teške i složene ustavne konflikte proizišle iz raskoraka između „idealnog“

društva opisnog u ustavu i „stvarnog“ u kojima su ukorijenjene istorijske tradicije i tragovi komunističke prošlosti.

Njemačko ustavno sudstvo i njegova rješenja i aktivnosti mogu biti ideje vodilje za crnogorske prilike, kombinovano sa rješenjima drugih razvijenih zemalja zapadnih demokratija prilagođena crnogorskoj istoriji, tradiciji, mentalitetu.

Ustavni sud Crne Gore svojim aktivizmom treba da doprinese pojašnjavanju odnosa između demokratije i sudstva, načela diobe vlasti i ustavne zaštite prava i sloboda, kroz komponente sadržane u načelu vladavine prava, jer u XXI vijeku nema povratka u svijet u kojem „sudije ne stvaraju pravo“, u svijet u koji je „naglašeno legalistički“, jer takav svijet „striktnog i potpunog legalizma“ više nije moguć, a nije ni poželjan.

Literatura:

- Bačić A, *Hrvatska i izazovi konstitucionalizma*, Split 2001,
- Bačić P, *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Sveučilišna knjižnica, Split 2010,
- Bekon F, *Eseji ili savjeti politički i moralni*, Nova Atlantida, Kultura, Beograd 1967,
- Barak A, *The Judge i a democracy*, Princeton - Oxford 2006,
- Vorlander H, *Ustav, ideja i historija*, IRZ, Sarajevo 2012,

- Garlicki L, *Constitutional courts versus supreme courts*, 1/2007,
- Geoffrey. S, at al., *Constitution Law*, Wolters Kluwer, Eight Edition, Chicago 2007,
- Dvorkin R, *Suština individualnih prava*, CID, Podgorica 2001
- Đorđević J, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1967,
- Krapac D, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014
- Limbah J, *Savezni ustavni sud Njemačke*, IRZ, Sarajevo 2012
- Podolnjak R, „Američki Vrhovni sud kao politička institucija: Bush vs. Gore“, *Pravni vjesnik*,
- Capplletti M., Cohen W, *Comparative constitutional law*, Indianapolis - New York 1979,
- Farber D, Sherry S, *Judgment Calls : Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009,
- Keenan K. *The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'*. Rev. 92/2004,
- Koopmans T, *Court and Political Institution*, Cambrige, University Press, 2003,
- McNair A, Buckland W, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge: University Press 1965,
- Öhlinger T, “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional”, *Review of Legislation*, 16 Ratio Juris 2003,
- Rotunda R, Nowak J, Young N, *Treatise on Constitutional Law: Substance and procedure*, Oxford, 1986,
- Stojanović. D „Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*,
- Smerdel B, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb 201,

- Schoeller H, „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava“, *Pravo*, Zagreb 24/2000,

- Choper J, Fallon R, Yale K, Shiffrin S, *Constitutional Law : Cases Comments and Question*, 11th Edition, New York 2015,

- Wolfe C, *Judical activism: Bulwark of Freedom Or Precarious Security?* Oxford 1997.