

Мр Хамдија Шаркиновић*

УСТАВНОСУДСКИ АКТИВИЗАМ У ЦРНОЈ ГОРИ

У раду се анализира однос права и политика с циљем да се одговори на два питања: да ли судови крше начело диобе власти и својим одлукама прелазе у политичку сферу те колики је степен развијености судског активизма у Црној Гори.

Судски активизам настаје када судови поред пресуђивања правних спорова имају за циљ стварање политике. У раду се указује на важност судског активизма ради подизања правне сигурности, пажећи да се законодавна активност парламента превише не сужава и не ограничава, на питање да ли је судски активизам у Црној Гори развијен и на важност уставних судова у остваривању начела уставности, законитости и владавине права, као највиших вриједности уставног поретка у либерално-демократским државама.

Кључне ријечи: Диоба власти. – Судски активизам. – Уставно судство. – Врховни суд Сједињених Америчких Држава. – Уставни суд Црне Горе.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Расправа о судском активизму једна је од најзанимљивијих тема савремене уставноправне теорије и праксе. Ријеч је о проблему који се тиче компликованог односа између права и политике, уставног права и расправе о диоби власти, односа судске према законодавној и извршној власти, судија и судског процеса и начина њиховог одлучивања.

* Аутор је судија Уставног суда Црне Горе и студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, hamdija.sarkinovic@ustavnisud.me.

Зачетке судског активизма налазимо и прије писаних устава, чак у античко доба¹. У римском праву зачетке активизма налазимо у раду претора, чија дјелатност представља један од значајних дјелова римске правне историје. Кроз своју правосудну дјелатност претор је уводио нове правне установе, потискивао из примјене застарјеле и на тај начин директно утицао на развој римског правног поретка, стварајући притом једну врсту експерименталног законодавства у којему су добра правила „преживљавала“, а лоша мијењана или напуштана у складу с начелом правичности.²

Питања уставносудског активизма, границе до које су судије уставног суда спремне да иду у сукобу с политиком представља предмет вишедеценијског проучавања. Правни теоретичари су написали много о судском активизму у XX вијеку³, а из тих расправа може се закључити како овај термин има више значења. Једно од њих тиче се односа између законодавца и уставног суда у вези с питањем може ли уставни суд у вршењу својих надлежности задирати у изворни дјелокруг законодавца, односно може ли се његова улога тзв. негативног законодавца, коју прати начело судског самоограничавања, трансформисати у улогу тзв. позитивног законодавца, коју прати судски активизам. Афирмација судског надзора у САД омогућила је дефиницију судског активизма која се фокусира на однос између судског надзора и тумачења устава⁴, па се може закључити да је „опис судског понашања у појмовима активизам против ограничења такође амерички изум“.⁵

Судски активизам настаје онда кад се судови више не брину само за пресуђивање правних спорова, већ им је циљ стварање друштвене политике, чиме захватају много више људи него у рјешавању појединачног случаја. Судски активизам настао је у САД, одакле је прешао националне границе и није без интереса ни у Црној Гори.

Појам уставног судства повезан је са појмом уставне владавине и устава као највишег правног акта из којег произилазе све правне норме и у којем оне налазе своје утемељење, који је уједно и политички документ којим се ствара („устављује“) држава те основно и врховно мјерило политике и права. Он ограничава поли-

¹ Mauro Cappelletti, William 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 Christopher Wolfe, *Judicial activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Oxford 1997, 1.

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

тику остављајући јој критеријуме које мора да поштује и ствара институцију уставног суда који примарно оцјењује сагласност закона с уставом, чиме уставотворац једном независном тијелу даје велика овлашћења. У посљедњих пет година у Црној Гори судска власт, а посебно Уставни суд, повратила је кредибилитет и дигнитет, један од најпрестижнијих задатака развоја Црне Горе као истинске уставнодемократске државе, у којој ће се неминовно с развојем самосвијести судства јавити и судски активизам, а у оквиру њега уставносудски активизам у позитивном и компаративном значењу, упоредив са појмом који већ постоји у савременим уставним демократијама.

Радам се настоји истакнути важност судског активизма за подизање правне сигурности, чињеница да је судски активизам у Црној Гори веома млад и неразвијен те важност уставних судова у остваривању начела уставности, законитости и владавине права као највиших уставних и филозофских идеала либерално-демократске државе.

2. ПОЈАМ УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Судије које вјерују да је легитимно својим одлукама формирати социјалну политику зову се у упоредном (уставном) праву судским активистима (*judicial activists*), њихове колеге који пак сматрају да је задатак судова примјена законских и других прописа на одређене случајеве познате су као заговорници судског ограничења (*judicial restraint*).⁶

Јован Ђорђевић наглашава да „суд не ствара ‘слободно право’, али је слободан у стварању права ако је оно акт дешифровања стварних односа и сукобу према нормама устава и закона”⁷, а Ратко Марковић наводи: „Суд је тај који у последњем степену утврђује значење (смисао) устава.”⁸ Драган Стојановић апострофира да Уставни суд „послије одређеног колебања напушта доктрину ригидне уздржљивости, тражећи ослонац за властити судски активизам у интерпретационим фигурама Суда у Стразбуру”⁹, а да се „судија

⁶ Арсен Бачић, „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95, 94.

⁷ Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1967, 661.

⁸ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 1995, 641.

⁹ Драган Стојановић, „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 72/ 2016, 44.

мора самоограничити (*judicial selfrestraint*) и пазити да остане у границама своје правне улоге“.¹⁰

Бранко Смердел сматра да *credo* судског активизма гласи: „Ако у закону постоји правна празнина, уставни суди су је дужни попунити правним схваћањем утемељеним на њиховом разумијевању уставних одредби и начела.“ Телеолошка метода, као најважнија метода интерпретације, омогућава сваком службенику који примјењује закон, па и сваком оном на кога се закон односи, да објективно и у цјелости процијени усклађеност и унутарњу кохерентност законских текстова и очекује социјалне учинке.¹¹ *Петар Бачић* дефинише судски активизам као дио историјски условљене појаве посебног приступа реализацији политичких и правних односа савремене државе и друштва да се судски активизам понекад описује као судско законодавство (*legislation by justices*) којима судије „остварују политичке резултате компатибилне са особним социјалним приоритетима“.¹²

Најшире постављено, судски активизам представља по *Кинану Кмиецу* (*Kinan Kmiec*) сваку прилику гдје суд интервенише и укине закон који је прописно донесен и ступио на снагу¹³, док по *Кристоферу Волфу* (*Cristopher Wolf*) судски активизам је „судско обнашање законодавних овлашћења у уставним предметима“, при чему разликује традиционални од модерног начина судског надзора. Традиционални судски надзор ограничава се на једноставно остваривање разумљивих наредби Устава и представља позицију судског ограничења, док се модерни судски надзор заснива на судском законодавству, тј. активности коју омогућавају празнине које остају у широким и општим одредбама Устава – то је позиција судског активизма.¹⁴ *Арон Барак* (*Aharon Barak*) сматра да се судским активизмом постиже права равнотежа између конфликтних друштвених вриједности (као што су индивидуална права у односу на потребе колектива, слободе једне особе у односу на слободу друге, ауторитет једне гране власти против ауторитета друге)¹⁵. *Роналд Дворкин* (*Ronald Dworkin*) сматра да постоје двије филозофије о томе како судови треба да рјешавају компликована или спорна уставна питања, и то „програм судијског активизма“ и „програм судијске уздржљивости“. Према програму судијског активизма судови треба да прихвате упутства такозваних

¹⁰ *Ibid.*, 18.

¹¹ Бранко Смердел, *Уставно уређење еуропске Хрватске*, Загреб 2013, 90.

¹² Петар Бачић, *Конституционализам и судски активизам*, Свеучилишна књижница, Сплит 2010, 27.

¹³ К. Кмиец, 146.

¹⁴ Ch. Wolfe, 30.

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

неодређених уставних одредби, да развију принципе законитости и једнакости, као и остале принципе, да их усавршавају с времена на вријеме у складу с оним што изгледа као свјежи морални увид Суда, и да у складу с тим оцјењују акте Конгреса, федералних јединица и предсједника САД.¹⁶

Судски активизам још није одређен општеприхваћеном дефиницијом. За неке ауторе сама расправа о теми судски активизам је „мит“ (*Roosevelt III K*), док је „за друге она уграђена у саме темеље уставне револуције у појединим земљама“ (*Balkin J. M., Levinson S.*), за треће представља срж судбене методе *common law* (*Kirby M.*), за четврте израз креативне улоге судског законодавства (*MacCormick N.*), а „за неке тек обично развлачење палубних лежальки на Титанику (*Hammond K.J.*).“¹⁷

Но, и ако нема општеприхваћене дефиниције уставносудског активизма, он егзистира и примјењује се у великом броју држава у уставносудским поступцима чији су носиоци судије и судови. Сваки пут када се судије уставних судова издигну изнад крутих правних квалификација са жељом да активније утичу на политички живот – говоримо у судском активизму. Активизам суда мјери се ступњем његове власти коју он врши над грађанима, легислатуром и управом.¹⁸

3. НАСТАНАК УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Судски активизам настао је у САД дјеловањем судија Врховног суда, који стварају право више од двјеста година, и одавно је прешао границе и проширио се на судове других земаља. Концепт америчког активизма почива на „вишем праву“, полазећи од тога да треба избјегавати легалистички позитивизам. Доктрина судске контроле (*judicial review*) бави се питањем настанка једне од најзначајнијих доктрина Врховног суда САД, а односи се на овлашћење суда које није предвиђено текстом Устава из 1787. године као ни Законом о судству из 1789. године, којим је формиран овај суд, који је осигурао кључну улогу у обликовању права и друштва и постао аутентични тумач Устава. Најбољи примјер за то је случај Дред Скот против Сенфорда (*Dread Scott vs. Sanford*) у којем је Врховни суд САД успоставио националну политику ширења ропства на сва подручја према Западу, без обзира на жеље територијалних легислатура, Конгреса и предсједника САД. За

¹⁶ Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица 2001, 178.

¹⁷ П. Бачић, 104.

¹⁸ А. Бачић, 106.

вријеме „прогресивне ере“ судови су успоставили политику слободног тржишта и забранили покушаје државе и федералних легислатура да ограниче слободу уговарања путем минималне наднице, максималног радног времена и забране дјечијег рада.¹⁹

У овом дијелу рада судски активизам излажемо на конкретним примјерима из уставноправне праксе Врховног суда САД, будући да је уставно судство ондје и рођено, а уставно право се огледа кроз призму пресуда Врховног суда, преко којих он одаје право значење Уставу САД. За разматрање судског активизма, у анализу смо узели пресуде из случаја Вилијам Марбури против Џејмса Медисона (*Marbury vs. Madison*) и Џорџа Буша против Алена Гора (*Bush vs. Gore*). Обје пресуде су карактеристичне јер показују све добре и лоше стране судског активизма.

Случај *Marbury vs. Madison*²⁰ је „устав уставног судства“. На предсједничким изборима 1800. године победио је Томас Џеферсон (*Thomas Jefferson*), представник републиканске струје федералистичког предсједника Џона Адамса (*John Adams*), и требао да ступи на функцију 4. марта 1801. године. Претходно је Џон Адамс за предсједника Врховног суда предложио Џона Маршала (*John Marshall*), који је ступио на дужност 4. фебруара као четврти предсједник Врховног суда, али је уједно задржао функцију државног секретара до истека мандата Џона Адамса. Конгрес је у фебруару федералистичком већином прихватио тзв. *Circuit Court Act*, којим се удвостручио број федералних судија, и *Organic Act*, којим је именовано 42 судије у пензији (*justices of the peace*) у Дистрикту Колумбија. Читав процес именовања судија завршен је 3. марта, дан прије ступања на дужност Томаса Џеферсона. Одлуке о именовању потписао је Џон Адамс, а запечатио Џон Маршал. Другог дана по ступању на дужност Џеферсон је, с обзиром на то да Марбурију и још неколицини судија нијесу биле уручене одлуке о именовању, наредио државном секретару Џејмсу Медисону (*James Madison*) да стопира њихову испоруку. Они су пак од Врховног суда затражили издавање *writ of mandamus* како би присилили Медисона да им достави одлуке. Док је случај чекао рјешавање у Врховном суду, нови Конгрес са републиканском већином настојао је поништити Адамсова именовања и донио *Закон о опозиву Circuit Court Acta* донесеног 1802. године.

Значај случаја *Marbury vs. Madison* је у томе што је Врховни суд својом одлуком први пут прогласио један акт Конгреса неуставним и наредио државном секретару обављање дужности на коју га

¹⁹ *Ibid.*

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

је обавезало законодавно тијело. Врховни суд је одлучио да Вилијам Марбури има законско право на именовање те да је *mandamus*²¹ према државном секретару одговарајуће средство, а уједно и мјера којом би Суд разграничио своју дужност да истражује одређене радње извршне власти. Врховни суд је на себе преузео право да игра активнију политичку улогу у америчком политичком систему и од тога случаја до данас уставно судство постаће саморазумљиви елемент сваке државе, а по Џону Маршалу, предсједнику Врховног суда (Chief Justice) који је написао мишљење, доктрина уставног судства по којој суд има право укинути закон уколико је несагласан с уставом зове се Маршалова доктрина.

Једна од најконтроверзнијих одлука Врховног суда САД у историји америчког федерализма је пресуда у случају Буш против Гора (*Bush vs. Gore*)²², када је након спроведених предсједничких избора у САД 2000. године, Ал Гор је оспорио изборе, па је Врховни суд Флориде уважио његове захтјеве и наредио поновно ручно пребројавање гласова у четири изборна округа али је Врховни суд САД зауставио ручно пребројавање гласова и укинуо пресуду Врховног суда Флориде и *de facto* поклонио побједу Џорџу Бушу.

Европске државе су дуго биле против било каквог надзора уставности закона донесених од стране изабраних законодавних тијела, а још више против тога да тај надзор буде у рукама судског апарата, па неке и данас забрањују било какву контролу уставности од стране судова (Холандија, Луксембург). Први прави европски уставни суд основан је 1920. године у Аустрији, а идејни творац био му је истакнути аустријски правник Ханс Келзен (*Hans Kelsen*)²³, по којем се европски модел уставног судства назива и келзеновски, иако су се у XIX вијеку за успостављање уставног суда залагали Георг Јелинек (*Georg Jellinek*) и Адолф Меркл (*Adolf Merkl*). Уставом Аустрије из 1920. године, који је писао Келзен, основан је Уставни суд, што је у Европи био револуционаран потез. Надзор уставности закона донесених од стране парламента повјерен је Уставном суду, јер је један од главних разлога његовог оснивања било федерално уређење тадашње Аустрије, а према мишљењу Келзена, Уставни суд је био неопходан за очување таквога устројства.²⁴

²¹ *Writ of mandmanus* је у америчком праву ванредни судски налог којим суд захтијева обавезно извршавање радње која се законски сматра обавезном и користи се само када се сва правна средства покажу неефикасна и недјелотворна.

²² Роберт Подолњак, „Амерички Врховни суд као политичка институција: *Bush vs. Gore*“, *Правни вјесник* 1–2/2003, 285–324.

²³ Давор Крапац, *Поступак пред Уставним судом Републике Хрватске*, Загреб 2014, 9.

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

Преломна одлука уставносудског активизма Савезног уставног суда Њемачке јесте одлука из 1951. године која је уз „активизам“ поставила групу стандардних самоограничења суду која је битна за све будуће изазове демократских начела. Уставни суд је суспендовао изборе у Бадену, Вуртенберг-Бадену (*Wurtenberg-Baden*) и Вуртенберг-Хоенцолерну (*Wurtenberg-Hohenzollern*) због неуставности посебних права која Устав додјељује савезној влади. Ова одлука је успоставила принцип по коме је цјелина Устава супериорнија од било којег његовог посебног дијела, по томе што идентификује хијерархију уставних чланова, дефинише демократске процедуре и сувереност (*Lander*), и објашњава надлежност савезне државе и промјене државне структуре. Суд је дао предност принципима демократских избора који су инхерентни комплетном уставном документу и нагласио важност суверености њемачких покрајина (*Lander*). Да се уставно право мора примјењивати у грађанским и кривичним стварима, показао је случај *Lüth* из 1959. године, гдје је продуцент филма чији је режисер некад био близак нацистима оптужио Ерика Лута (*Eric Lüth*) да због тога бојкотује филм. Уставни суд је, увидјевши очит конфликт између прва два параграфа у члану 5 Темељног закона, утврдио примат слободе говора када интерферира са другим правима.

4. УСТАВНОСУДСКИ АКТИВИЗАМ УСТАВНОГ СУДА ЦРНЕ ГОРЕ

Црна Гора је прихватила Келзенов модел и слиједи германски (*њемачко-аустријски*) концепт уставног суда као „чувара“ устава и његовог заштитника као институције која јемчи његово поштовање и примјену. У Уставу се налази основа, али и обавеза, Уставног суда да код његове примјене и спровођења полази од највећих уставних вриједности уставног поретка Црне Горе као темељ за тумачење Устава као цјелине, јер је свака уставна вриједност, односно „темељна увјерења и ставови на којима почива друштво или дјелатност јавног или тајног удружења“, прожета кроз цијели његов садржај. То је уставноправна основа која доводи до активистичког приступа у пракси Уставног суда Црне Горе приликом испуњења његових надлежности. Управо због важности у уставносудском поретку, значају за његово остваривање на начелима на којима почива уставна држава,²⁵ владавина права и правна сигурност, Уставни суд је одвојен од осталих дјелова државне власти, као независан орган, јер, „као што је за остваривање правне државе потребно да управни судови судски контролирају управу, тако и за уставну државу мора јамчити посе-

²⁵ Арсен Бачић, *Хрватска и изазови конституционализма*, Сплит 2001, 78.

бан суд који надзире уставност закона“.²⁶ У демократској држави однос између парламента, који врши законодавну власт и уставног суда, који представља (уставну) судску власт, јесте однос између два значајна органа државне власти утемељен на начелу расподеле овлашћења између законодавног (односно извршног) и судског органа власти. Осим поштовања људских права и основних слобода, као и слободних демократских избора, начело подјеле овлашћења један је од значајнијих уставних елемената због којих се уставна регулатива демократске државе Црне Горе разликује од уставне регулативе федералне јединице Црне Горе у бившој заједничкој федералној држави Југославији, за коју је било карактеристично начело јединства власти.

У *Преамбули* Устава Црне Горе утврђена су одређена грађана Црне Горе да живе у држави у којој су основне вриједности слобода, мир, толеранција, поштовање људских права и слобода, мултикултуралност, демократија и владавина права, чиме је дато уставно овлашћење за еволутивно тумачење и активистичко поступање Уставног суда. Устав Црне Горе чини цјелину и у сваком његовом сегменту који се тумачи ради рјешавања појединог уставног спора нужно је тумачити и дио и цјелину и увијек их сагледавати кроз основне вриједности уставног поретка, кроз примјену еволутивне и телеолошке методе тумачења уставних вриједности, полазећи од тога шта о његовом садржају у вријеме тумачења прихватају модерна друштва, реалност спознаје и могућност њихове реализације. Уставни суд Црне Горе има право и обавезу да прати остваривање уставности и законитости и о уоченим појавама неуставности и незаконитости обавјештава Скупштину.²⁷ У прилог томе иде и став Уставног суда изражен у одлуци У– I бр.15/12 и 17/12 од 2. октобра 2012. године:

„У поступку оцјене уставности оспорених одредаба Закона, Уставни суд је пошао од свеобухватног приступа Уставу, па је одредбе о личним правима и слободама и одредбе о принципима економског и социјалног уређења државе, сагледао као јединствену цјелину, односно као једнаковриједна Уставом заштићена добра.“

Правни основ за активистичко одређивање Уставног суда Црне Горе, поред Устава, налази се у Закону о Уставном суду, који га утврђује као чувара Устава јер јемчи његово поштовање и примјену и позиционира га као уставно тијело које је независно од свих грана државне власти. Одредбама члана 149 став 1 тачка 1 и став 2 Устава прописано је да је Уставни суд надлежан да одлучује о сагласности закона с Уставом и потврђеним и објављеним међународним

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

²⁷ Устав Црне Горе, чл. 149 ст. 3.

уговорима те о уставности прописа који је престао да важи, само ако је поступак већ покренут а нијесу отклоњене посљедице његове примјене. Надаље, Уставом је прописано да је одлука Уставног суда обавезна и извршна, да извршење одлуке Уставног суда, када је то потребно, обезбјеђује Влада (члан 152 ст. 3 и 4); да кад Уставни суд утврди да закон није у сагласности с Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима, односно да други пропис није сагласан с Уставом и законом, тај закон и други пропис престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда (члан 152 ст. 1). Законом о уставном суду прописано је да је свако дужан да поштује одлуке Уставног суда и да су ставови о одређеним питањима изражени у одлукама Уставног суда обавезујући за све државне органе, органе државне управе, органе локалне самоуправе, правна лица и друге субјекте који врше јавна овлашћења (члан 3); да су државни органи, органи државне управе, органи локалне самоуправе, односно локалне управе, правна лица и други субјекти који врше јавна овлашћења дужни да, у оквиру своје надлежности, извршавају одлуке Уставног суда и да Уставни суд у одлуци може одредити рок и начин извршења одлуке, као и орган који ју је дужан извршити (члан 52).

Одлуком У– I бр. 6/16 од 19. априла 2016. године,²⁸ која је заокупљала лаичку и стручну јавност у Црној Гори и региону, Уставни суд је укинуо одредбе члана 4 (члан 54а ст. 2, 3 и 4 и члан 54б став 2) Закона о допунама Закона о социјалној и дјечјој заштити (*Службени лист Црне Горе*, број 42/15) и утврдио да одредбе члана 4 (члан 54а став 1 и члан 54б став 1) истог Закона, које у вријеме важења нијесу биле у сагласности с Уставом, и одредио начин и вријеме извршење ове одлуке.

„...Влада Црне Горе је дужна да, у року од три мјесеца од дана објављивања ове одлуке Уставног суда у *Службеном листу Црне Горе*, Скупштини Црне Горе поднесе предлог закона за извршење ове одлуке, како би се правни статус корисника права на накнаду по основу рођења троје или више дјеце, које им је признато на основу неуставних одредаба члана 4. (чл. 54.а и 54.б) Закона о допунама Закона о социјалној и дјечијој заштити, ускладио с Уставом, сагласно правним ставовима Уставног суда, израженим у овој одлуци.“

Надаље, у одлуци У-III бр. 50/17 од 21. јун 2017. године, Уставни суд је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе, због недјелотворне истраге Основног државног тужилаштва у Подгорици, у предмету Ктн. бр. 656/15, формираном поводом догађаја од 24. октобра 2015.

²⁸ *Службени лист Црне Горе*, бр. 35/17.

године, повријеђено право из члана 28 Устава Црне Горе и члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и наложио:

„Основном државном тужилаштву у Подгорици да предузме друге одговарајуће мјере и радње, ради спровођења темељне, брзе и независне истраге, која треба да осигура идентификовање и кривично гоњење полицијских службеника Управе полиције Црне Горе – Специјалне антитерористичке јединице, за које се основано сумња да су, на штету подносиоца, извршили кривично дјело злостављање, из члана 166. а став 2. у вези става 1. Кривичног законика и да изврши одлуку Уставног суда, у року од 3 (три) мјесеца од дана објављивања у *Службеном листу Црне Горе* и да, након истека тог рока, достави извјештај Уставном суду о извршењу Одлуке.“

Индиректна овлашћења Уставног суда за еволутивно тумачење уставних одредби и одредаба конвенцијског права у вези с активистичким приступом произилазе из Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У Конвенцији нема одредаба који уређују еволутивно тумачење њеног садржаја, па самим тим и судски активизам. Она то чини индиректно: чланом 46 Конвенције о обавезности одлука Европског суда за људска права одређено је да Високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правоснажној пресуди Суда, а правоснажна пресуда Суда доставља се Комитету министара који надгледа њено извршење.²⁹

Европски суд практикује и спроводи судски активизам на основу еволутивне интерпретације, која произилази из уставноправног положаја Конвенције у хијерархијској структури правних прописа у правном систему Црне Горе, односа Уставног суда Црне Горе према одлукама Европског суда које се тичу рјешавања конкретних предмета из Црне Горе, као и односа Уставног суда Црне Горе према било којој одлуци Европског суда за људска права којом је пред њим ријешен спор из било које чланице Савјета Европе. Правни статус Конвенције у правном систему Црне Горе одређен је чланом 9 Устава Црне Горе: „Потврђени и објављени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни су дио међународног правног поретка, имају примат над домаћим законодавством и непосредно се примјењују када односе уређују другачије од унутрашњег законодавства.“ Конвенција је саставни дио правног система Црне Горе иако је међународни правни акт, у хијерархијској структури правних прописа је испод Устава Црне Горе, а изнад за-

²⁹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003 и 5/2005.

кона, чиме је добила статус „субуставног или тзв. квазиуставног акта“. Начело динамичне и еволутивне интерпретације Конвенције Европски суд је изразио у пресудама: Тајрер против Уједињеног Краљевства (*Tyrer v. United Kingdom*, 1978), Даџон против Уједињеног Краљевства (*Dudgeon v. United Kingdom*, 1981), Кристин Гудвин против Уједињеног Краљевства (*Christine Goodwin v. United Kingdom*, 2002), Џонстон и други против Ирске (*Johnston and Others v. Ireland*, 1986). Водећа пресуда око еволутивне и динамичке интерпретације, односно ограничења судског активизма у пракси Европског суда јесте случај Шалк и Копф против Аустрије – право хомосексуалаца на брак (*Schalk i Kopf gegen Österreich*, 2010).

Пракса Уставног суда важан је извор права уставног надзора иако Уставни суд не примјењује доктрину прецедента.³⁰ Уставни суд у интересу правне сигурности, предвидљивости и једнакости пред законом слиједи своје раније одлуке у истим или сличним случајевима, а од њих може одступити из важних разлога, наравно уз добро образложење о промјени става. На овај начин Уставни суд усваја правни став Европског суда за људска права који не слиједи доктрину прецедента већ своје раније одлуке. Тако је Велико вијеће ЕСЛП у пресуди Кристин Гудвин против Уједињеног Краљевства од 11. VII 2002. истакло (§1) да

„...иако Суд није формално обавезан слиједити своје претходне пресуде, у интересу је правне сигурности, предвидљивости и једнакости пред законом да он не треба одступити, без доброг разлога, од прецедената установљених у претходним случајевима... Међутим, будући да је Конвенција у првом реду и прије свега систем за заштиту људских права, Суд мора имати обзира према промијењеним условима унутар тужених држава и држава странака уопштено одговорити на сваку развојну конвергенцију... Од круцијалне је важности да се Конвенција тумачи и примјењује на начин који чини њена права стварним и дјелотворним, а не теоретским и илузорним. Пропуст Суда да одржи динамичан и еволутиван приступ заправо би довео до ризика стварања препрека реформама или унапређењу.“

Активистички приступ Уставног суда Црне Горе изражен је у рјешењу У-III бр. 183/17 од 12. маја 2017. године, којим је одбачена уставна тужба због одобрења Скупштине за покретање кривичног поступка и одређивање притвора против А. М., посланика у Скупштини Црне Горе, по захтјеву Специјалног државног тужилаштва,

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

због кривичног дјела – стварање криминалне организације из члана 401 став 2 у вези са ставом 1 КЗЦГ, уз образложење:

„...Устав ни мјеродавни закони не прописују изричито правно средство против аката скупштине о одобрењу за кривично гоњење посланика, нити прописују круг овлашћених лица на подношење правног средства против њих. С друге стране, они га експлицитно и не искључују. У том смислу треба подсјетити на нови правни став Европског суда за људска права, први пут изражен у пресуди Великог вијећа у предмету *Vilho Eskelinen и други против Финске* од 19. априла 2007. (захтјев бр. 63235/00).“

5. ОГРАНИЧЕЊЕ И САМООГРАНИЧЕЊЕ УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Деклараторни аспект судске функције најбоље је описао *Френсис Бекон (Francis Bacon)*: „...судије морају имати на уму да је њихова дужност *ius dicere*, а не *ius dare*: тумачити право, него ли стварати или давати. Иначе, њихова власт би била као она коју себе присваја римска црква, која се под изговором да тумачи Свето писмо не устручава додавати и мијењати, и проглашавати оног чега нема и под изговором старог уводити ново... нека судије памте да су лавови придржавали Соломонов пријесто, с обје стране; нека и они буду лавови, али лавови испред пријестола, те пазе да се не супротстављају правима суверенитета.“³¹ Међутим, афирмација судског надзора у САД омогућила је дефиницију судског активизма која се фокусира на однос између судског надзора и тумачења устава,³² па се може закључити да је „опис судског понашања у појмовима *активизам* против *ограничења* такође амерички изум“.³³

5.1. *Act of State Doctrine* као лимитатор уставног судства

Уставно судство је први пут остварено у Сједињеним Америчким Државама, па су и механизми ограничавања судова у уставно-судском поступању оригинално потекли из америчке уставноправне доктрине. Уставносудски поступак мора осигурати максималну заштиту устава и пазити да законодавцу не намеће ограничења јер би се тиме довела у питање природа и ток законодавног поступка.

³¹ Френсис Бекон, *Есеји или савјети политички и морални*, Нова Атлантида – Култура, Београд 1967, 184–185.

³² Ch. Wolfe, 1.

³³ Т. Коопманс, 51 фн. 5.

Претјераним ограничавањем законодавца Врховни суд би се довео у положај неке натпарламентарне власти, што уставотворцима свакако није била намјера, па се пред Врховним судом Сједињених Америчких Држава одмах након историјског Марбурија поставило питање гдје је граница судске контроле (*judicial review*). Пракса је поставила критеријуме и имплементирала одређене доктрине, али је важно нагласити да нико никада није прописао јасну границу између правних и политичких питања. Врховни суд у сваком поједином случају одлучује представља ли неки случај политичко питање (*political question*) или не. Једна од првих доктрина које су истакле потребу ограничавања Врховног суда приликом спровођења судског надзора уставности правних аката јесте доктрина *act of state*, која је имала за циљ да онемогући слабљење моћи извршне власти која је обавезна осигурати редовно функционисање цијеле државе на начин да јој судови намећу ограничења.

Act of state доктрине ограничава се само на захтјев који се упућује судовима да се суздрже од одлучивања у предметима у којима се испитује уставност аката које органи извршне власти склапају с другим државама, правним и/или физичким лицима. Под овом дефиницијом подразумијева се суздржавање од одлучивања о уставности међународних уговора.³⁴

5.2. *Political Question Doctrine*

Свака уставносудска дјелатност садржи политичку конотацију, и то се не може избјећи, али морају се поставити критеријуми који ће омогућавати законодавној и извршној власти обављање својих уставом утврђених функција, а уставном суду обављање основног задатка – заштите устава. Америчка уставносудска јудикатура је показала бит ове доктрине у случају Лутер против Бордена (*Luther v. Borden*) из 1849. године, гдје се Врховни суд довео у позицију да одлучује о легитимној влади државе Род Ајленд (*Rhode Island*). Мартин Лутер (*Martin Luther*) је тужио Лутер М. Бордена (*Luther M. Borden*) и остале због повреде свог посједа, пошто су тужене особе провалиле у кућу тужиоца с намјером да га ухапсе јер је био члан групе познате под називом *Dorr Rebellion*, оружане формације која се кратко вријеме почетком 40-их година XIX вијека борила против легитимне власти државе Род Ајленд. Тужене особе су оправдавале свој упад на посјед чињеницом да су они били службеници државе Род Ајленд која је била у ванредном стању и службеници легитимне власти који су требали ухапсити Мартина

³⁴ Robert T. Hill, „Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law“, *The Rebel Journal of Comparative and International Private Law* 1/1982, 46.

Лутера због учествовања у побуни. Мартин Лутер је одбацио оптужбе истакавши да је улазак на његов посјед незаконит, будући да је народ државе Род Ајленд ускратио повјерење власти прије него што је он починио дјела која му се стављају на терет, па он представља грађанина који подржава закониту власт Род Ајленда, а управо су тужене особе оружјем устале против те законите власти. Стога се из обичног одлучивања о повреди посједа развило политичко питање о законитој власти Род Ајленда, а Врховни суд је позван да пружи одговор. Предсједник Врховног суда Танеј (*Taney*) је написао мишљење већине судија и истакао чл. 4 одјељак 4 Устава Сједињених Америчких Држава (тзв. *Guaranty Clause*) у којем се истиче како ће Сједињене Државе јемчити свакој држави-чланици републикански облик владавине и штитити сваку од њих против инвазије, а на захтјев законодавног тијела или тијела извршне власти кад се законодавно тијело не може састати, и против унутрашњег насиља. Аргументовао је како је у *надлежности Конгреса да одлучи која је законита власт у држави-чланици* и да је његова одлука обавезујућа те не може бити предмет судског испитивања.³⁵

Лутер против Бордена представља почетак разматрања доктрине о политичким питањима која ће се у будућности још много пута појавити у правно-политичком систему Сједињених Америчких Држава. Можемо рећи да сваки случај који се појави пред Врховним судом неминовно у себи носи политичке импликације, а на Врховном суду лежи одлука хоће ли примијенити доктрину о политичким питањима или не.

Сљедећи случај који се појавио пред Врховним судом а представљао је политичко питање био је случај Бејкер против Кара (*Baker v. Carr*) из 1962. године, који се односио на подјелу посланичких мјеста у парламенту државе Тенеси (Tennessee) између изборних округа. Тужилац је био републиканац Чарлс Бејкер (*Charles Baker*) из округа Шелби (*Shelby*) у којем је смјештен град Мемфис (*Memphis*) и у својој аргументацији нагласио је како је подјела посланичких мјеста у држави Тенеси извршена према закону из 1901. године, тако што гласови руралних дјелова „вриједе више“ него гласови урбаних дјелова државе, што представља повреду XIV амандмана који јемчи једнаку законску заштиту свих грађана. Тужен је био *ex officio* Џо Кар (*Joe Carr*) државни секретар јер, иако није директно направио такве изборне округе, одговоран је за спровођење избора, а самим тим и за одређивање изборних јединица. Судија Вилијам Џозеф Бренан (*William Joseph Brennan*) написао је мишљење већине судија ис-

³⁵ Ronald D. Rotunda, John E. Nowak, J. Nelson Young, *Constitutional law*, Minnesota 1986, 102–103.

такавши како *Врховни суд сматра да овај случај представља политичко питање о којем Врховни суд не може одлучивати.*³⁶

6. ЗАКЉУЧАК

Границе између правосуђа и политике тема је која ће и даље пратити уставно судство у вези са питањем да ли суд превише спутава политику или да ли политика суду задаје превише задатака. Овим радом смо освијетлити аспект положаја уставног судства у правно-политичком поретку државе дефинисањем појмова и појмовне анализе три друштвено-политичка реалитета, америчког, њемачког и црногорског, који су еманирали у специфичним случајевима на која су уставни судови морали дати одговор.

На прво питање, да ли постојање уставног судства и судског активизма може отежати законодавни процес и политички живот, морамо одговорити негативно, јер је управо Врховни суд САД у изузетим ситуацијама спремно улазио у политичку сферу и утицао на јавну политику и својим тумачењима није кочио законодавни процес већ га је допунио, а слична ситуација је и са Савезним уставним судом у Њемачкој, који је био једна од полуга којом се осигуравала уставна владавина и владавина права, кроз поштовање Основног закона. Значи, да не постоје никакви директни ни индиректни докази да би уставно судство и судски активизам могли отежавати доношење политичких одлука, већ квалитетно дозираним судским активизмом уставни судови могу бити једни од одлучујућих фактора цјелокупног развоја државе и осигуравања владавине права. Судски активизам уставних судова је неопходан када је потребно заштити људска права и основне слободе уз судско самоограничење као “судску тенденцију – свјесну или несвјесну – да се постигне одговарајућа равнотежа између конкретних друштвених вриједности очувањем постојећег права, прије него стварањем новог права”.³⁷

Одговор на друго питање, граница судског активизма у Црној Гори, намеће се из самог излагања пресуда. Уставни суд Црне Горе је имао свијетле тренутке, али је у већини случајева претјераним самоограничавањем пропустио дјеловати у врло важним предметима, чиме је показао како се по питању спремности на преузимање активније улоге у политичком животу није одмакао од уставносудске филозофије осамдесетих година прошлог вијека, иако га нико није ограничавао јер је уживао потпуну Уставом зајамчену и заштићену слободу и независност.

³⁶ Geoffrey R. Stone *at al.*, *Constitutional law*, New York 2001, 112–118.

³⁷ A. Barak, 271.

Но, можемо истакнути наду да ће будућност донијети позитивне промјене којима ће Уставни суд Црне Горе, као и у осталим транзицијским државама, у будућности у пуној мјери бити прави чувар Устава и тихи уставотворац који ће рјешавати тешке и сложене уставне конфликте произишле из раскорака између “идеалног” друштва описног у уставу и “стварног” у којима су укоријењене историјске традиције и трагови комунистичке прошлости.

Њемачко уставно судство и његова рјешења и активности могу бити идеје водиле за црногорске прилике, комбиновано са рјешењима других развијених земаља западних демократија прилагођена црногорској историји, традицији, менталитету.

Уставни суд Црне Горе својим активизмом треба да доприне се појашњавању односа између демократије и судства, начела диобе власти и уставне заштите права и слобода, кроз компоненте садржане у начелу владавине права, јер у XXI вијеку нема повратка у свијет у којем „судије не стварају право“, у свијет у који је „наглашено легалистички“, јер такав свијет „стриктног и потпуног легализма“ више није могућ, а није ни пожељан.³⁸

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Бачић, А., „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95. (Ваџић, А., „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95)
- Бачић, А., *Хрватска и изазови конституционализма*, Сплит 2001. (Ваџић, А., *Hrvatska i izazovi konstitucionalizma*, Split 2001)
- Бачић, П., *Конституционализам и судски активизам*, Свеучилишна књижница, Сплит 2010. (Ваџић, П., *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Sveučilišna knjižnica, Split 2010)
- Барак, А., *The Judge in a democracy*, Princeton – Oxford 2006.
- Бекон, Ф., *Есеји или савјети политички и морални*, Нова Атлантида – Култура, Београд 1967. (Bekon, F., *Eseji ili savjeti politički i moralni*, Nova Atlantida, Kultura, Beograd 1967)
- Сарплети, М., Коен, В., *Comparative constitutional law*, Indianapolis – New York 1979.
- Чопер, Ј. *at al.*, *Constitutional law: Cases – Comments and questions*, Minnesota 2016.
- Дворкин, Р., *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица 2001. (Dvorkin, R., *Sušтина individualnih prava*, CID, Podgorica 2001)

³⁸ М. Kirbi, *Judicial activism*, London 2004, 10.

- Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1967. (Ђорђевић, Ј., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1967)
- Farber, D., Sherry S., *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009.
- Hill, R. T., „Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law“, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1/1982.
- Коопманс, Т., *Court and Political Institution*, Cambridge 2003.
- Крапац, Д., *Поступак пред Уставним судом Републике Хрватске*, Загреб 2014. (Крапац., Д., *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014)
- Лимбах, Ј., *Савезни уставни суд Њемачке*, ИПЗ, Сарајево 2012. (Limbah, J., *Savezni ustavni sud Njemačke*, IRZ, Sarajevo 2012)
- McNair, A., Buckland W., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge 1965.
- Öhlinger, T., „The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation“, *Ratio Juris* 2/2003.
- Подолњак, Р., „Амерички Врховни суд као политичка институција: Bush vs. Gore“, *Правни вјесник* 1–2/2003. (Podolnjak, R., „Амерички Врховни суд као политичка институција: Bush vs. Gore“, *Pravni vjesnik* 1–2/2003)
- Rotunda, R., Nowak, J., Young, N., *Treatise on Constitutional Law: Substance and procedure*, Oxford 1986.
- Schoeller, H., „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava“, *Pravo, Zagreb* 24/2000.
- Смердел, Б., *Уставно уређење еуропске Хрватске*, Загреб 2013. (Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb 2013)
- Стојановић, Д., „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 72/2016. (Stojanović, D., „Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016)
- Stone, G. R. *at al.*, *Constitutional law*, New York 2001.
- Ворландер, Х., *Устав, идеја и историја*, ИПЗ, Сарајево 2012 (Vorlander, H., *Ustav, ideja i historija*, IRZ, Sarajevo 2012)
- Wolfe, C., *Judicial activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Oxford 1997.

Hamdija Šarkinović, MA

Judge of the Constitutional Court of Montenegro

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONAL JUDICIARY ACTIVISM IN MONTENEGRO

Summary

Work under the topic: „Constitutional judiciary activism in Montenegro“ analyzes the issue of relation among law and politics. Paper aims to give an answer on two questions which are considered as issues. First question, whether the existence of the constitutional judiciary and judicial activism complicates the legislative process and political life and second question where the limits of the judicial activism in Montenegro are? This paper attempts to highlight the importance of judicial activism for establishing legal security while emphasizing that the Parliament is limited in making decisions in accordance with the Constitution and the importance of the Constitutional Courts in achieving principles of constitutionality, legality and the rule of law.

Key words: *Separation of powers. – Judicial activism. – Constitutional judiciary. – The Constitutional Court of Montenegro. – The Supreme Court of America.*

Article history:

Received: 6. 9. 2018.

Accepted: 29. 11. 2018.