

УДК:
342.56:32

Прегледни
рад

ПОЛИТИЧКА РЕВИЈА
POLITICAL REVIEW
Година (XXIV) XI, vol=31
Бр. 1 / 2012.
стр. 67-77.

*Тијана Перић**

Институт за политичке студије, Београд

ПОЛИТИКА И СУДСТВО**

Сажетак

Наше истраживање се превасходно фокусира на питање да ли су судови политички актери и у чему се огледа улога политичког у европском и америчком моделу примене права. У страницама које следе аутор који изворно долази из правног домена, настојаће да објективно анализира импликације судске акције (примене права) на политику и политички систем и vice versa. У том правцу компаративно анализирамо англосаксонску и европску литературу и праксу о односу политике и судова, о интеракцији судова и законодавца и о утицају политичких интересних група на судовање. Наведене истраживачке јединице критички се осврћу на политичку и вредносну неутралност судске функције, судске професије и најзад, судске одлуке. У раду се испитују узроци непопуларности ове теме у европској литератури и, с друге стране, хиперпродукција чланака и студија на исту тему са друге стране Атлантика.

Кључне речи: политика, судство, политичка јуриспруденција, примена права

У савременој правној и политичкој теорији готово да нема детаљније критичке студије која разматра однос политике и правосудја или прецизније, утицај политике на процес доношења судских одлука. По својој природи тема је изузетно осетљива, будући да тангира питање судске независности која фунгира као доминантна

* Истраживач приправник, Институт за политичке студије, Београд

** Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179009 Института за политичке студије Београд, а финансира га Министарство просвете и науке Републике Србије.

парадигма и *sine qua non* принципа поделе власти на легислативу, егзекутиву и судство. Упркос обимној литератури о политичком аспекту стварања права, у Европи мањају истраживања на ту тему. Прво, истраживање правосуђа није институционализовано у европским научно-политичким професионалним организацијама. Друго, истраживања су лимитирана на проучавање контроле уставности и законитости од стране уставних судова (тзв. *judicial review*) која је најевидентнији доказ политичког судства које укључује укидање права које је прошло законодавну клупу.¹⁾ Поједини теоретичари потенцирају да су историјски посматрано европски правни системи показивали велику приврженост и везаност за доктрину о „сепарацији права и политике и визији судија као независних, неутралних примењивача права пре него креатора политике.“²⁾ Постоје и супротна гледишта актуелна у немачкој доктрини која потенцирају повећање интересовања за ову материју, услед повреде људских права у тоталитаристичким режимима која су тежиште пренела на проучавање судова као средстава за опомињање и контролу легислативне активности и заштиту индивидуалних права.³⁾ Европско интересовање за ову тематику је релативно новијег датума, будући да је контрола уставности (*judicial review*) послератни феномен. Питање проучавања судства на европском тлу било је ексклузивни јуристички домен будући да су политиколози устукнули пред овом тематиком због потребе да науче правнички дискурс који је врло комплексан.⁴⁾ Док су политиколози и правници пребацивали врућ кромпир једни другима, наука је остала ускраћена за нова сазнања. Једини коректив овој општој тенденцији дала је немачка социологија права оличена у делима Макса Вебера, Никласа Лумана и Јиргема Хабермаса.

Постојећа малобројна европска литература која третира ову проблематику оличена је у парадигми о *политичким ефектима*

- 1) Britta Rehder, „What is Political about jurisprudence?“, *MPfG Discussion Paper*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, 07/5, Köln, стр.6.
- 2) „separation of law and politics and to a vision of judges as independent, neutral law appliers rather than policymakers“... Martin Shapiro, Alec Stone, „The New Constitutional Politics of Europe“ in *Comparative Political Studies*, 26(4), 1994, стр. 398.
- 3) Torbjorn Vallinder, „The Judicialization of Politics: A World-Wide Phenomenon“, *International Political Science Review*, Vol 15, No 2, Sage Publications Ltd., 1994, New York, стр. 94-95.
- 4) Овај аргумент Shapiro и Stone формулишу као нужност политиколога да науче „други језик“ („a second language“) који додатно обесхрабрује политикологе у настојању да дубље истраже интеракцију политике и судства. О томе видети у: Shapiro, Stone, op. cit. 398.

судске акције и процесу јуридикације. Срж ове парадигме је, према наводима Кристине Лендфред, став да: „судска активност није продужена рука политичке акције путем неких других средстава већ да се она одвија на рачун политичке акције.“⁵⁾

У САД ситуација је видно другачија, те се логично намеће питање због чега је проучавање троугла право-политика-судови ексклузивно англосаксонски домен? Обимна литература која истражује ову релацију даје прегршт аргумената, који се у бити своде на традиционалну дистинкцију између англосаксонског права (common law) и европског кодификованог права (code law). Са друге стране Атлантика истражују се сви аспекти правосуђа. Оно се перцепира као незаобилазни сегмент политичког система док се примена права (судска акција) посматра као незаобилазна референца политичке акције и као један елемент знатно ширег политичког процеса. Судије се сматрају креаторима политике вођени партијским познанствима или политичким опредељењима. Судови су по овом становишту мете инересних стратегија, баш као и политичке партије или владе. Водећа парадигма англосаксонске теорије своди се на *политичке основе судске акције* односно политичке елементе у поступку примене права.⁶⁾ Док је европским јуристима била страна идеја о стварању и примени права као политичком процесу, дотле су њихове америчке колеге погледале истини у очи и схватиле да је судска методологија ништа друго до, како је слоковито приметно Херолд Спет: „плашт који треба да прикрије реалну основу судске одлуке коју чине политичке преференце или персоналне вредности и ставови.“⁷⁾

ЦРТИЦА О ПОЛИТИЧКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ

„Политиколози који настоје да удену политичко у политичку јуриспруденцију не смеју да сметну са ума да је она и даље јуриспруденција. Она подразумева судовање у политичком контексту али и даље судовање а судовање је нешто што се разликује од законодавства и управљања.“ Charles Pritchett

5) Christine Landfried, „The Judicialization of Politics in Germany“, *International Political Science Review*, Vol. 15, No 3, Sage Publications Ltd., New York 1994, стр.113.

6) Britta Rehder, op.cit. стр. 10.

7) Harold J. Spaeth, „The attitudinal Model“ In: Lee Epstein (ed.), *Contemplating Courts, Congressional Quarterly*, Washington, 1995, стр. 305.

Тема „политичка важност судова“ у америчкој литератури је била актуелна још у 19. веку у Токвиловим делима и у првој половини двадесетог века у делима протагониста америчког правног реализма који је пледирао за проучавање стварног учинка норми на друштво. Без сумње, политичку важност судова је на пиједестал подигла посебна дисциплина политичке науке, позната као политичка јуриспруденција која доживљава свој пуни сјај 50-их година 20. века. Камен темељац политичке јуриспруденције је визија судова као политичких агенција и судија као политичких актера.

У америчкој литератури дошло је до идејне деобе на два крила у оквиру политичке јуриспруденције: институционално крило које анализира судове као сегменте ширег институционалне структуре америчке Владе и као учеснике политичког процеса и бихевиорално крило које је фокусирано на процес доношења судских одлука.

У САД институционална анализа судске активности своди се на анализирање индивидуалних судских одлука, које се у бити ослањају на тумачење политичких преференција, вредности и ставова. Овај модел познат је као „модел о ставовима судија“ (*attitudinal model*).⁸⁾ Према овом моделу судије су независне и имају дискреционо овлашћење да у судским одлукама које доносе следе своје политичке преференције. Њихов простор за маневрисање гарантован је институционалним оквиром који осигурава њихову позицију. Отуда, када је судија једном именован на позицију у Врховном суду САД, институционална ограничења или партијска припадност више нису релевантни. Из овог разлога, институције су постепено почеле нестајати из вида у истраживачкој агенди која се постепено окретала ка бихевиорализму. Дискрециони елеменат, разуме се, није арбитран и заснива се на законом прописаном овлашћењу. Склони смо да дискрециони елеменат судског резонавања перципирамо као социолошки метод у примени права а не као пуку произвољност. Насупрот овом становишту, у америчкој политичкој литератури је уврежен став да се домен судијског резонавања исцрпљује у судијском спровођењу политике, што је нон-сенс јер је „политичка јуриспруденција“ и даље јуриспруденција. Она подразумева судовање у политичком контексту, што значи примену посебне судске методологије у решавању спорног случаја

8) Детаљније о моделу видети у студији Harold J. Spaeth and Jeffrey A. Segal, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

а не замену јуриспруденције политиком што би било анатемисање судијске професије.

Институционално крило политичке јуриспруденције питање односа политике и судова анализира у три облика: нови институционализам, институционализам рационалног избора и историјски институционализам.

Нови институционализам је настојао да докаже да политичке институције имају самосталну улогу у обликовању политичких исхода те су оне арене за борбу друштвених снага али су исто тако и збирке стандардних функционалних поступака и структура које одређују и бране интересе. Речју, оне су политички актери *per se*.⁹⁾ У оквиру новог институционализма развио се посебан нормативни приступ који је тврдио да политичке институције (у нашем разматрању то су судске инстанце) утичу на понашање актера (судије) обликујући њихове вредности, уверења, интересе и идентитете. Нормативни институционалисти тврде да правила и структуре одређују „прикладно“ понашање.

Институционализам рационалног избора политичке институције сматра системима правила и подстицаја у оквиру којих појединци покушавају да максимизирају своју корисност. Овим истраживачким пољем институционалисти рационалног избора оспоравају тезу да институционални фактори обликују понашање или преференције појединаца. Прецизнија је, према овом становишту тврдња да политичке институције утичу на понашање делујући на „структуру ситуације“ у којој појединци бирају стратегије за остваривање својих преференција.¹⁰⁾

У анализи политичког уплива у процес примене права, институционализам рационалног избора анализира стратегијски модел (*strategic account*) по ком судије настоје да реализују своје политичке преференције узимајући у обзир и преференције других актера, првенствено других судија, Конгреса, председника и јавног мњења.¹¹⁾ Институције су према овом гледишту битне јер утичу на формирање очекивања о исходима и вероватним преференцијама других актера. Судови се тиме јављају као калкулативни актери

9) О томе детаљније видети код: J. March and J. Olsen, „The New Institutionalism : Organizational Factors in Political Life“, *American Political Science Review* 78, 1994, стр. 738.

10) E. Ostrom, *Strategies of Political Inquiry*, Sage, London, 1982, стр. 5-7.

11) Britta Rehder, *op.cit.*, стр. 14.

који у судској акцији резонују у зависности од политичке констелације између легислативе и егзекутиве.¹²⁾

Историјски институционализам представља синтезу социолошког и историјског институционализма и он се фокусира на ожиљавање концепта владавине права (*rule of law*). Истраживачке студије у оквиру историјског институционализма истражују појединачну улогу и утицај неформалне хијерархије и интерних процедура на стварање судских одлука као и институционалне норме и организационе услове који имају утицај на судску одлуку.¹³⁾ Ова струја политичке јуриспруденције сматра да је правни систем релативно аутономан и да судска идеологија илуструје очекивања и интересе ширих друштвених група као и судијине личне преференције, његове вредносне оријентације и знање о друштву. Отуда, судска одлука се јавља као галиматијас вансудских, вредносних фактора али на темељу строго формализованих правила. Судије нису пуки политички извршиоци, већ креатори права који стварају правна правила на темељу сопственог знања о друштву.

Закључујемо да политика судске акције (примене права) функционира као зависна варијабла на коју утичу многи фактори (независне варијабле): капацитет индивидуалних актера који утичу на правну доктрину и мобилишу материјалне или интелектуалне ресурсе, интеракција интересних друштвених група и судова, вредносни судови судија, социјално порекло судија и перцепција судијске професије и судства као гране власти у политичком животу.

Перспектива америчке политичке јуриспруденције се исцрпљује на микро нивоу, анализирајући судију као политичког актера и на процес доношења одлуке као политичко делање. Интеракција правне и политичке сфере према овој визури је политизована и даје примат политичкој инвазији у правни домен. Правни систем се схвата као наставак политичког система, што је догматски и друштвено изводљиво али оно суштински доводи у питање парадигму о независном судству која је стожер концепта владавине права (*rule of law*). Ако прихватимо ово становиште долазимо до парадокса који ћемо означити као владавину политике у судовању, по ком је

12) Шире о теорији институционалног рационалног избора у контексту уставног судства: Пејковић Марко, „Улога Уставног суда у политичком систему Србије“ у зборнику *Противречности политичког система*, Институт за политичке студије, Београд, 2011, стр. 119-135.

13) Britta Rehder, op. cit., стр. 14.

примена права оденута у рухо политичког, које није нити може да буде гарант праведне судске одлуке.

In summa, у развоју америчке варијанте политичке јуриспруденције уочавамо две фазе. У првој фази научници су се кретали у границама примене права, фокусирајући се на значај ванправних елемената на процес доношења судске одлуке. У другој фази акценат је био стављен на нови институционализам који је процес судске акције усмерио на интеракцију судова и осталих политичких институција. Сматрамо да ове две фазе, у целини узев, побијају сваку могућност вредносно и политички неутралне примене права. Политичка јуриспруденција подвлачи да примена права никада није директна примена правног силогизма¹⁴⁾, будући да судијско логичко резонување и примена јуридикског метода нису кадри да формулишу недвосмислене одлуке те се политички и вредносни елементи јављају као корективни фактори.

УЛОГА ПОЛИТИЧКОГ У ЕВРОПСКОМ СУДСТВУ

Европски политичка и правна наука је била индиферентна према проблематици политичког у примени права све до 80-их година 20. века када је политичка јуриспруденција почела да привлачи пажњу континенталних политиколога и правника, додуше у знатно мањем обиму у односу на њихове америчке колеге. Истраживања о функционисању Европског суда правде више су била оријентисана на судијску независност у односу на политичке захвате и интервенције. Евроконтинентална традиција о овој проблематици исцрпљивала се на микро нивоу, анализирајући судове (за разлику од америчке варијанте која је проучавала судијску професију). Правни систем је у континенталној перспективи перципиран као аутономна сфера (*vice versa* је у САД) а интеракција правног и политичког система се прелама у концепту јуридикфикације по ком судска акција (или прикладније примена права) напада или дислоцира законодавну политику. Ерго, ниво анализе је усмерен

14) Правни силогизам је мисаона шема процеса супсумпције који настаје подвођењем конкретног чињеничног стања (*premissa minor*) под правно правило (*premissa maior*). Судска одлука је према овом дедуктивном моделу логички творевина укалупљена у оквире категоричког силогизма а судије су оријентисане на стварање логичке садржине правних принципа кроз ригидну дедукцију са циљем да се омогући сигурно предвиђање судских одлука, по могућству до најситнијих детаља. О правном силогизму детаљније код: Б. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица, 2008, стр. 244-249.

на ефекте политичког утицаја и функција на примену права а не на политички процес судске акције што су потенцирали поборници политичке јуриспруденције.¹⁵⁾

Европска перспектива пледира за судску цензуру због које законодавни актери жртвују политичке циљеве да би постигли консензус са судским актерима који примењују право. Са ове тачке резонавања, долазимо до нове парадигме коју формулишемо као *доминацију јуридичког наспрам политичког*, по којој правна аргументација и разматрања улазе у процес креирања политике чиме је државна регулација замењена регулацијом правосудних инстанци (подвлачи Т.П.).

Европски концепт јуридификације подразумева посебно разматрање и разумевање правног система. Док је политичка јуриспруденција схватала примену права као политичку активност, европска јуриспруденција полази од концепта релативне аутономије и особености правне сфере. У континенталној литератури која се бави овим разматрањима, политичка и судска активност се не преплићу, штавише оне се поимају идеалтипски: за судску акцију се истиче да је заснована на строго формалној примени правних правила за разлику од политичке акције која је утемељена на интересима и преференцијама креатора политичке воље. Према Валинтеровим наводима: „судије би требало да расуђују док политичари преговарају, судске одлуке су утемељене на разматрању док су политичке одлуке утемељене на већинском принципу.“¹⁶⁾

На овом месту учожавамо аналогију са историјско-интерпретативном парадигмом политичке јуриспруденције која је апострофирала значај концепта владавине права за политику. Полазна премиса ове парадигме била је релативна аутономија правне сфере како би се доказало да је на развој правне доктрине утицала политика, док европска истраживања према налазима Брите Рехдер: „имају тенденцију да овај аспект третирају као црну кутију и ограничавају анализу на ефекте владавине права на политику и јавне политике.“¹⁷⁾

Идеја о судској власти, посебно о моћи судија обликује физиономију европске правне сфере као аутономног ентитета. Извор судијске моћи потиче из правничког знања и професионалних ве-

15) Ову дистинкцију наводимо према табели датој у: Brettia Rehder, op.cit., 17.

16) Опширније о томе: Vallinder, op. cit., стр. 91-99.

17) Britta Rehder, op. cit., стр. 19.

штина а не из судијиних политичких преференци или партијске припадности. Судије се не доживљавају као политички активисти већ као политички релевантни епистемолошки експерти или као технократе. Судијска моћ се повећава у мери у којој је он кадар да политичка питања прогласи „техничким питањем“ које спада у домен примене права.¹⁸⁾ Подсетимо се да моћ англосаксонског судије извире из институционалног окружења које пружа судији могућност да следи свој вредносни оквир и политичке преференције (*attitudinal model*).

Теоријски оквири независног судства или аутономије судства у односу на легислативу и егзекутиву подвлаче значај принципа *autopoiesis* по ком се право и правни систем развијају по сопственој логици и интерним правилима која га штите од политичких захвата. Ова општа идеја отеловљена је у великом броју одлука европских судова.¹⁹⁾

Посебан истраживачки допринос изучавању релације судови-право, судској политици као и компаративним правосудним системима дала је Мери Волкансек. Њено истраживање је на појединим местима усмерено на покушај рецепције америчког стратегијског модела на судско одлучивање у европском контексту. За ову сврху она је модификовала овај модел концептом суда као вето играча, бирајући макро анализу и постављајући хипотетички оквир да су судови само једна карика у ланцу преговарача чији консензус је нужан да би се реализовала политичка воља.²⁰⁾ Овим методом ауторка је објаснила алтернативни начин на који судије расуђују: они или следе своје политичке преференце или преференце других учесника преговарачког процеса или су равнодушни према преференцама других политичких актера у циљу постизања правне јасноће и прецизности. Речју, судије произвољно бирају између различитих

18) Ibid. На овом месту ауторка се позива на неофункционалистички приступ Европског суда правде који је био властан да промовише интеграцију у оним областима које су биле изоловане и заштићене од политичке интервенције пре него што су постале техничке. Ово је довело до парадокса по ком политичка слобода судија варира од минималног степена поверења у материјално право и методолошка ограничења наметнута судијском резонувању (као парадигми правног резонувања). Константни захтеви да се заустави на инсистрању да се правна реалност разликује од политичке реалности, у суштини може да буде моћно политичко оружје.

19) О овој теорији и другим теоријским оквирима детаљније у: Britta Rehder, *ibid*.

20) Видети: Mary Volcansek, *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Special Issue of *Western European Politics*, Vol. 15, No 3, Frank Cass & Co. Ltd, 1992.

(политичких или правних логика) у зависности од политичких циљева и околности.²¹⁾

Политичка јуриспруденција сматра да правна јасноћа и прецизност никада не могу да се постигну али да судске одлуке, без преседана увек укључују политичке одлуке док су континенталне судије заузеле супротан угао посматрања.

Tijana Peric

POLITICS AND THE JUDICIARY

Summary

Our research is primarily focused on the question are judges political actors and how is political reflected in European and American model for law application. In the following pages, the author who originally comes from legal domain, will try to objectively analyze implications of the judicial action (application of law) on politics and political system and vice versa. In this direction, using comparative method we analyze American and European literature and practice about relationship between politics and courts, the judiciary and legislator and influence of interest groups. These research units critical refer to the valuable political neutrality of the judicial function, the judicial profession and finally a court decision. This paper examines the causes of the unpopularity of this theme in European literature and on the other hand, overproduction articles on the same subject on the other side of the Atlantic.

Key words: politics, judiciary, political jurisprudence, judicial action (application of law)

ЛИТЕРАТУРА

- Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, ЦИД, Подгорица, 2008.
- Christine Landfried, „The Judicialization of Politics in Germany“, *International Political Science Review*, Vol. 15, No 3, Sage Publications Ltd., New York 1994.
- James G. March, Johan P. Olsen, „The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life“, *American Political Science Review* 78, 1994.
- Elinor Ostrom, *Strategies of Political Inquiry*, Sage, London, 1982.

21) Ibid., 352-353.

- Марко Пејковић, „Улога Уставног суда у политичком систему Србије“ у зборнику *Противречности политичког система*, Институт за политичке студије, Београд, 2011.
- Rehder Britta, „What is Political about Jurisprudence?“, *MPIfG Discussion 07/5*, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, 2007.
- Martin Shapiro, Alec Stone, „The New Constitutional Politics of Europe“, *Comparative Political Studies* 26/4, 1994.
- Speath Harold, Jeffrey Segal, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, 1993.
- Torbjorn Vallinder, „The Judicialization of Politics: A World-Wide Phenomenon“, *International Political Studies Review*, Vol. 15, No 2, 1994.
- Volcansek, Mary, *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Special Issue of *Western European Politics*, Vol. 15, No 3, 1992.

Resume

In this paper the author analyzed two different perspectives in judicial decision-making process. In American model for law application, politics plays influence role. American scholars have investigated the linkage between of law, courts and politics challenging the idea of neutral legal reasoning. American research is focused on political base of judicial action paradigm. Political influence in continental courts is different for their american colleagues because continental courts had the capacity to declare a law unconstitutional. Causes of unpopularity of this topic in continental law systems the author explained in traditional distinction between common law and code law systems. European research investigate influence of judicial action on politics, emphasizing doctrine of judicial political neutrality and rule of law. Towards continental literature, judges are not regarded as politicians, they are legal experts who are supposed to argue while politicians bargain in political context. Idea of judicial power, especially power of judges shaping the physiognomy of the judiciary as an autonomous entity. Legal knowledge and professional skills are sources of European judicial power. In US literature, preferences of judges and party affiliation are crucial in judicial decision-making process.