

## ZUM PROBLEM DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS IN JUGOSLAWIEN

Dr. MIHAJLO DIKA, Professor, Universität Zagreb

UDK 347.962(497.1)

ALAN UZELAC, Assistent, Universität Rijeka

Originale wissenschaftliche Arbeit

*Die Frage des richterlichen Aktivismus ist in der jugoslawischen Theorie noch immer nicht explizite als Problem gestellt worden. In dieser Arbeit wird das Problem des richterlichen Aktivismus auf zwei Grundebenen betrachtet: auf der einen Seite wird versucht, es aus der Perspektive der Position des Richters im Verhältnis zu anderen Prozessteilnehmern zu elaborieren, und auf der anderen Seite mit Rücksicht auf das Verhältnis des Richters zum Recht, auf Grund dessen er seine Mission der Erledigung konkreter Fälle ausübt.*

*Diese zwei ausgelegten Ebenen müssen notwendigerweise in den breiteren theoretischen Rahmen der richterlichen Funktion überhaupt gestellt werden. Die Fragen, die dabei gestellt werden, sind: ist die richterliche Funktion bloss Funktion der reinen Rechtsanwendung, oder umfasst sie auch das Schaffen des Rechts; welche sind die legitimen Methoden der richterlichen Lösung von Streitigkeiten; sind in die richterliche Funktion auch Elemente des Sozialengineering mit eingeschlossen; woraus besteht die Mission des Richters als Wahrheitsentdeckers; usw.*

*Die Arbeit bemüht sich, dieses Thema sowohl vom theoretischen als auch vom normativen und praktischen Aspekt anzufassen.*

### 1 EINFÜHRUNG

Die Frage des richterlichen Aktivismus in der jugoslawischen Rechtstheorie ist noch immer nicht explizit als Problem gestellt. Deswegen ist es nicht möglich, ohne gewisse Schwierigkeiten die Bedeutung dieses Begriffs zu definieren. Ebenso schwierig ist die Bedeutung dieses Begriffs vom Aspekt seiner rechtlichen Impostation, theoretischen Elaboration und praktischen Manifestation zu problematisieren.

Vom Aspekt des jugoslawischen Rechts wäre es möglich, das Problem des richterlichen Aktivismus von zwei Ebenen zu betrachten. Auf der eine wäre die Stellung des Richters im Verfahren behandelt, d.h. die Stellung, die im Grunde durch einen Widerspruch zweier Paare antinomisch gestellter Grundsätze determiniert wäre: der Dispositionsmaxime und Offizialmaxime, und der Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime. Auf der anderen Ebene steht das Verhältnis des Richters zum materiellen und Prozessrecht, aufgrund dessen er seine richterliche Aufgabe des Entscheidens in konkreten Fällen erfüllt, weiterhin seine Verbundenheit zu Normen, die von anderen Organen der Staatsgewalt geschaffen wurden, seine Befugnis die richtige Bedeutung des so geschaffenen Rechts festzustellen,

dann auch selbst ein anzuwenden des Recht zu schaffen, und sich beim Entscheiden konkreter Streitfälle nach metajuridischen Kriterien zu richten usw.

Es ist im Übrigen notwendig, die vorhin dargelegten Ebenen des richterlichen Aktivismus in einen weiteren theoretischen Rahmen der richterlichen Funktion zu bringen. Es werden auch die Fragen gestellt: ob das nur die Funktion der reinen Rechtsanwendung oder auch die Funktion der Rechtsschöpfung ist, ob die Funktion in sich auch andere alternative Lösungsmethoden von Streitfällen umfaßt, ob sie auch Elemente des Sozialengagements einschließt, worin die Mission des Richters als Entdecker der Wahrheit liegt.

In Jugoslawien bestehen neben Gerichten im engeren Sinne des Wortes (Organe, die konkrete Fälle unter Anwendung des Rechts lösen, aufgrund des durchgeführten, in der Regel kontradiktoren Verfahrens) auch Verfassungsgerichte, welche die Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der allgemeinen Normativakten *in abstracto* prüfen. In dieser Abhandlung wird der richterliche Aktivismus aus der Sicht der Gerichtswirksamkeit im engeren Sinne betrachtet. Eine weitere Beschränkung bei der Bearbeitung des Problems würde darin bestehen, daß die zivilrechtliche Justiz, in welcher sich die gekennzeichneten Ebenen des richterlichen Aktivismus in viel ausdrucksvollerer Form manifestieren als in der strafrechtlichen, primär ins Auge gefaßt wird. Das Problem des richterlichen Aktivismus kann von verschiedenen Aspekten behandelt werden. Der eine Aspekt stellt das Verhältnis der geltenden Rechtsordnung (ihres normativen Ausdrucks) zu diesem Aktivismus dar - der richterliche Aktivismus von Rechts wegen, d.h. so wie es die geltende Rechtsordnung regelt, zuläßt, sanktioniert usw. Der zweite Aspekt wäre die Stellung der Theorie zum richterlichen Aktivismus. Relevant ist auch, auf welche Weise die Richter selbst den eigenen Aktivismus beurteilen. Im Rahmen dieser Abhandlung wird danach gestrebt, das Problem aus der Sicht dieser zwei Aspekten darzulegen. Für weitere Aspekte sind die bisherigen Untersuchungen unzureichend, so daß die weiteren Ausführungen darüber hauptsächlich impressionistischen Charakters wären.

Das Problem der Richterstellung in der modernen Gesellschaft ist durch die allgemeine Krise der Justiz aktualisiert. In Ländern, die das Regime des realen Sozialismus aufgeben, und ihre neue Identität als juristisch geregelte Gesellschaften finden müssen, muß das Problem der richterlichen Aktivismus mit der Stellung in Verbindung gebracht werden, die die Richter in dem System gehabt haben (und noch immer haben). Erst auf Grund der Erkenntnis dieser Stellung wird es möglich sein, entsprechende Modelle zu schaffen, die zur Überwindung der alten Modelle und zur "Genesung" der richterlichen Funktion führen. Deshalb wird im Rahmen dieser Abhandlung auch dieser Dimension des Problems reichlich Aufmerksamkeit geschenkt.

## 2. SOZIALPOLITISCHE VORAUSSETZUNGEN DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS - ZUR STELLUNG DES RICHTERSWESENS IN JUGOSLAWIEN

Die Annäherung an das Problem des richterlichen Aktivismus in Jugoslawien, als einem sozialistischen Staat, bzw. einem Staat im Übergang zum Postsozialismus, muß sich vom Zugang zu diesem Problem in anderen Staaten, die keine solche Erfahrung gemacht haben, unterscheiden. Den Aktivismus der Richter in Jugoslawien kann man auf zweierlei Weise erklären: als politischen und als juristischen Aktivismus. Die Richter in Jugoslawien befanden sich lange Zeit in einer besonderen, man könnte fast sagen einer schizophrenen Position: man verlangte von ihnen, daß sie gleichzeitig Kämpfer für die Interessen des herrschenden Regimes ("Revolutionskämpfer") und Kämpfer für das Recht sein sollten; sowohl politische Aktivisten als auch Rechtsaktivisten. Je nachdem welche von den beiden entgegengesetzten Tendenzen überwog, wurde auch die Auffassung der

Rolle und der Funktion des Richters in Jugoslawien bestimmt. Das jugoslawische Gerichtswesen hat sich in den letzten vierzig Jahren von einem reinen revolutionären zum juristisch disziplinierten Gerichtswesen fortentwickelt. Diese Entwicklung verlief jedoch unterschiedlich in verschiedenen Zeitabschnitten und Landesteilen. Einige Überbleibsel der Auffassung vom Gerichtswesen als einer Transmission politischer Entscheidungen sind, wie es scheint, auch in der aufkommenden postsozialistischen Phase nicht überwunden. Der Kampf um das streng professionelle und unabhängige Gerichtswesen wird, wie es scheint, in Jugoslawien noch lange aktuell bleiben.

## 2.1 Historischer Rückblick: das Gerichtswesen in der Zeit des kommunistischen Monopols

Wie in allen anderen sogenannten sozialistischen Ländern wurden auch in Jugoslawien nach dem Krieg, als die Herrschaft von der kommunistischen Partei übernommen wurde, einige grundlegenden Thesen der marxistischen Ideologie vorherrschend. Die Stellung des Gerichtswesens und des Rechts überhaupt wurde besonders durch einige Thesen der sogenannten sozialistischen Rechtstheorie beeinflußt.<sup>1</sup> Die marxistische Doktrin behauptete, daß der Staat ausschließlich ein Zwangsapparat sei, mit dessen Hilfe eine Klasse ihre Macht über die andere ausübt. Das Recht wurde als der "Willensausdruck der herrschenden Klasse" aufgefaßt. Unmittelbar nach dem Krieg haben die Richter unter dem Einfluß dieser Auffassungen die neuen "sozialistischen" Vorschriften unkritisch angenommen und dogmatisch interpretiert. Das alte "kapitalistische" Recht wurde andererseits als ideologisch verdächtig betrachtet, so daß die Richter verpflichtet waren, es mit den aktuellen politischen Forderungen in Einklang zu bringen. Die Richter, die sich nicht demgemäß verhielten, setzten sich der Gefahr aus, von den Trägern der politischen Macht mit Gewalt diszipliniert zu werden.

Das Gerichtswesen in Jugoslawien beeinflußte auch die marxistische These, wonach das Recht im Kommunismus absterben soll. Diese These wurde in Jugoslawien nach dem Streit mit Stalin als der Ausgangspunkt des Selbstverwaltungsexperiment benutzt. Von Gesichtspunkt des Rechts bestand die Grundidee der Selbstverwaltung darin, daß die Bürger selbst, ohne Vermittlung professioneller Juristen, in Gemeinden, Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen über Vorschriften beschließen, die sie sich freiwillig befolgen. Obwohl man die Rolle der Bürokratie einschränken wollte, führte das in letzter Konsequenz zum genauen Gegensatz. Weil das politische Regime den Menschen die Pflicht auferlegte, "autonome" Vorschriften zu verabschieden, entstand eine Überflut von "autonomen" Akten, und die dafür spezialisierten Bürokratien. Bei der Lösung von Streitfällen waren die Gerichte durch solche rechtstechnisch oft dilettantisch geschriebene Akten gebunden.

Am Anfang schien es, daß die Interpretation und Anwendung dieser oft unklaren und widersprüchlichen Akten die rechtsschöpferrische Aktivität der Gerichte anregen könnte. Obwohl dies manchmal auch der Fall war, führte die Selbstverwaltung doch öfters einerseits zum richterlichen Voluntarismus und andererseits - da auf die Entstehung einer Vielzahl kleiner Quasilegislativen auch die Entstehung vieler lokaler Machtzentren folgte - zum politischen Arbitrieren.

<sup>1</sup> Diese Theorie gründet sich vor allem auf einigen theoretischen Stichpunkten aus dem Werk des sogenannten "Klassiker des Marxismus"; sie wurde zuerst von den frühen sowjetischen Rechtstheoretikern PASUKANIS, VISINSKI und STUCKA entwickelt. Siehe VISINSKI, *Teorija sudskih dokaza u sovjetskom pravu* (Die Theorie der gerichtlichen Beweise im sowjetischen Recht), Beograd, 1948, wie auch DJINIĆ (Hrsg.), *Sovjetske teorije prava* (Die sowjetischen Rechtstheorien), Zagreb, 1984.

Die Vorherrschaft der Politik über das Recht ging aus der Tatsache hervor, daß sich die sozialistischen Ländern, und so auch Jugoslawien, lange Zeit als Staaten der "revolutionären Diktatur des Proletariats" legitimierten, die von Seiten der "Avantgarde der Arbeiterklasse", der kommunistischen Partei durchgeführt wurde. Das Kriterium der Richtigkeit von Gerichtsentscheidungen war nicht ihre Legalität, sondern ihre Übereinstimmung mit dem angeblich unfehlbaren Willen der kommunistischen Partei. Die Mehrzahl der Richter in Jugoslawien waren deshalb in dieser Zeit Mitglieder der kommunistischen Partei und als solche der internen Parteidisziplin unterworfen.

Die gespaltene Stellung der Richter zwischen Politik und Beruf äußerte sich darin, daß von ihnen verlangt wurde, die sogenannte "revolutionäre Gesetzlichkeit" zu befolgen. Mit anderen Worten, die Richter mußten je nach Bedarf einmal aufgrund des Legalitätsprinzips und das andere mal gemäß den "revolutionären Zwecken", also praeter oder auch contra legem entscheiden. Das strenge Befolgen des Legalitätsprinzips war niemals ein Merkmal der sozialistischen Justiz. Unmittelbar nach dem Krieg bezeichnete man dieses Prinzip in Jugoslawien als "den Kult der Form", und es wurden Thesen von Marx zitiert, wonach das Gesetz, indem es gleiche Maßstäbe für ungleiche Menschen vorschreibe, nur eine formale Gleichheit sichere, deren Hintergrund wirkliche Ungleichheit ausmache. Die Prozedur und besonders die prozedurale Garantien der Menschenrechte wurde als notwendiges Übel betrachtet. Noch in den siebziger Jahren verlangte Tito, der charismatische Chef des jugoslawischen Staates, die Ablösung einiger Richter, weil sie sich an das Gesetz "wie Betrunkene am Zaun" festhalten.

Die politische Kontrolle der Gerichte wurde theoretisch durch die These über die Einheit der Staatsgewalt als Ausdruck der Volksherrschaft gerechtfertigt. In Jugoslawien wurde deshalb nicht das Bestehen einer besonderen gerichtlichen Gewalt anerkannt, vielmehr waren die Gerichte verfassungsrechtlich den gesetzgebenden Organen untergeordnet. Legislative Körperschaften verschiedener Ebenen, in welchen Vertreter nur einer Partei saßen, wählten Richter in ihre Stellung für eine begrenzte Zeit von einigen Jahren, aber sie konnten sie, falls sie nicht mit ihrer Arbeit zufrieden waren, auch früher abberufen. Obwohl es in der Praxis relativ wenige Fälle von Abberufung der Richter gegeben hat, beeinflusste allein die Möglichkeit der Abberufung die Art und Weise der richterlichen Entscheidung.

## 2.2 Sozialpolitische Stellung des jugoslawischen Gerichtswesens heute

Einige der früher erwähnten Thesen wurden in Jugoslawien mit der Zeit überwunden. In letzter Zeit verzichteten sogar die Kommunisten auf Marxismus als Ideologie und begannen auf dem "Rechtsstaat" und der "Unabhängigkeit der Richter" zu insistieren. Trotzdem sind einige Spuren aus der Zeit der orthodoxen kommunistischen Herrschaft übriggeblieben. Der richterliche Beruf wird in Jugoslawien auch heute noch kaum geschätzt und schlecht bezahlt. In den Gerichten herrschte lange Zeit die negative personalpolitische Selektion, die auch heute noch fühlbar ist. Die Richterplätze besetzten entweder professionell weniger fähige Juristen oder Juristen, die wegen ihrer sozialen Stellung keine bessere Anstellung finden konnten. Aus demselben Grund wächst in Jugoslawien bedeutend die Zahl der Frauen auf richterlichen Positionen.

Trotz der schwachen Motivation der Richter kann man vom klassischen juristischen richterlichen Aktivismus in Jugoslawien reden. Der politische Druck auf Gerichte war im Bereich des Strafrechts und des Strafprozesses am stärksten. Im Bereich des materiellen Zivilrechts konnte man ihn ebenfalls fühlen, besonders im Wirtschaftsrecht (die Konstruktion des "eigentümerlosen" "gesellschaftlichen Eigentums"). Der Zivilprozeß entwickelt sich trotzdem autonom, indem er sich die Erkenntnisse der klassischen bürger-

lichen Wissenschaft aneignet. Die Rechtspraxis war ebenfalls niemals vollständig ideologisch durchtränkt, so daß den Richtern die Möglichkeit gegeben wurde, im begrenzten Maße aktiv, ja sogar rechtsschöpferrisch zu wirken.

### 3 DIE JUGOSLAWISCHE RECHTSTHEORIE ZUM PROBLEM DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS

#### 3.1 Zur Lage der jugoslawischen Rechtstheorie im Allgemeinen

Wegen ihrer isolierten Stellung in bezug auf die aktuellen internationalen Diskussionen hat sich die Mehrzahl der Rechtstheoretiker in Jugoslawien mit Grundfragen der europäischen Rechtstheorie des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts beschäftigt. Erst in den letzten Jahren kam es zum Durchbruch einiger neuen internationalen Diskussionen auf dem jugoslawischen Ideenmarkt. In der jugoslawischen Rechtslehre überwog lange Zeit der Einfluß des Rechtspositivismus, hauptsächlich kelsenscher Provenienz. Ein Teil der Theoretiker hat sich deshalb ausschließlich mit der dogmatischen Interpretation einzelner Rechtsinstitute beschäftigt. Andererseits haben einige Theoretiker globale Theorien geschaffen, die sehr wenig mit praktischen Problemen des juristischen Berufs zu tun hatten. Es fehlten Theorien der mittleren Reichweite, die die theoretische Reflexion mit der praktischen Anwendung verbinden könnten. Deswegen berücksichtigen die Rechtspraktiker kaum die theoretische Literatur, und beschäftigten sich überhaupt wenig mit dem theoretischen Nachdenken über die Probleme ihres Faches.

#### 3.2 Die Rezeption der ausländischen Diskussionen in der jugoslawischen Rechtstheorie

##### 3.2.1 Der Richter als "Subsumptionsmaschine" oder als "Rechtsschöpfer"

Einige international relevante Fragen in bezug auf das Thema des richterlichen Aktivismus behandelte die jugoslawische Rechtstheorie auch in der Zeit des am meisten ausgeprägten ideologischen Monopols. Das häufigste Diskussionsthema war die Frage nach der rechtsschöpfenden Rolle des Richters, und damit in Verbindung das Problem des richterlichen Urteils als Rechtsquelle. Der Begriff der "Rechtsquellen", übernommen meistens aus der französischen Rechtstheorie, ist selbst gewissermaßen umstritten. Für einige Autoren<sup>2</sup>, die den Begriff der Rechtsquellen nicht rechtsschöpfend sondern rechtserkennend definieren, stellt sich das Problem des richterlichen Urteils als Rechtsquelle überhaupt nicht. Auch die vollständigste Monographie über das Gerichtsurteil als Rechtsquelle<sup>3</sup> hebt hervor, daß "der Streit über das Gerichtsurteil als Quelle oder Autorität im Recht auf sich auch den Belag terminologischer Verwirrung trägt"<sup>4</sup>. In relativ umfangreicher Literatur über den Begriff der Rechtsquelle<sup>5</sup> ist es möglich, immer wieder verschie-

<sup>2</sup> PERIĆ zählt so zu formalen Quellen auch Rechtsakte, die keine Rechtsnormen beinhalten, und sogar Rechtsverhältnisse: siehe *Struktura prava /Die Struktur des Rechts/,* Zagreb, 1980, S. 114. VISKOVIĆ jedoch folgert nach der Analyse verschiedener Auffassungen, daß "die Unklarheit des Terminus 'Rechtsquellen' diesen meistens unbrauchbar macht"; Siehe auch ders. *Pojam prava /Rechtsbegriff/,* Split, 1981, S. 225 ff.

<sup>3</sup> KOŠUTIĆ, *Sudska presuda kao izvor prava /Das Gerichtsurteil als Rechtsquelle/,* Beograd, 1973.

<sup>4</sup> a. a. O., S. 153.

<sup>5</sup> Siehe PAVČNIK, *Pravni viri v jugoslovanskem pravu /Rechtsquellen im jugoslawischen Recht/,* Ljubljana, 1983; VISKOVIĆ, *O normativnoj djelatnosti sudaca /Ueber die normative Taetigkeit der Richter/,* in: *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 3/1965;* PUPIĆ, "Izvori prava /Rechtsquellen/" in: *Zbornik radova, Novi Sad, 7/1974;* LUKIĆ, "Izvori prava /Rechtsquellen/" in: *Izvori prava u samoupravnom socijalističkom*

dene Bestimmungen dieses Begriffs zu finden. Ähnliche terminologische Zweifel könnte man auch bei der Definition des Gerichtsurteils und des Justizakts<sup>6</sup> finden, die noch in der alten Diskussion über die Definition des Rechtsaktes überhaupt wurzeln<sup>7</sup>. Wenn man diese und ähnliche terminologische Fragen, die nicht für den Gegenstand dieses Werkes relevant sind, beiseite läßt, kann man doch behaupten, daß die Mehrzahl der jugoslawischen Theoretiker, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, ungefähr eine ähnliche Auffassung vertritt, die wir als Kompromiß zwischen zwei radikal entgegengesetzten Standpunkten bezeichnen könnten.<sup>8</sup> Der erste ist die klassische Auffassung des Gerichtsurteils als eines Aktes mechanischer Anwendung der Rechtsnormen und des Richters als "eines, die Wort des Gesetzes aussprechenden Mundes". Der zweite Standpunkt sieht das Gerichtsurteil als den einzigen Akt der Rechtsschöpfung. Im Gegensatz zu diesen beiden Auffassungen stimmen die jugoslawischen Theoretiker hauptsächlich darin überein, daß das Gerichtsurteil in sich das Moment der effektiven Schöpfung allgemeiner Rechtsregeln beinhalten kann. Gleichzeitig jedoch sind sie bemüht, die Stellung des Gerichtsurteils innerhalb der Hierarchie der allgemeinen Rechtsakte und Bedingungen, unter welchen die rechtsschöpferische Richterrolle zum Ausdruck kommen darf, genauer zu bestimmen. Ältere Strömungen der jugoslawischen Rechtstheorie haben deshalb nie den Primat der Gesetze und anderer allgemeinen Rechtsakte als Rechtsquellen von größerer rechtlicher Kraft im Vergleich zu Gerichtspraxis in Zweifel gezogen; bis vor kurzer Zeit herrschte in der Fachöffentlichkeit der Konsens darüber, daß der Richter nicht contra legem wirken darf.

Mit dem Eindringen einiger neuer ausländischer Theorien, aber gleichermaßen auch durch die Schwächung der ideologischen Kontrolle, haben sich besonders in den letzten zehn Jahren die Voraussetzungen einer geänderten Auffassung der Justiz gebildet. Durch die intensive Übersetzungsaktivität der letzten Jahre, wie auch durch immer weitere Übernahme einiger grundlegender liberaldemokratischer Prämissen der klassischen westlichen Demokratie entstanden Bedingungen für die Rezeption einiger Rechtstheorien, die dem Gerichtswesen und dem richterlichen Aktivismus einen mehr betonten Platz zuweisen. Hier muß man unter anderem die Reaffirmation der Schule des Naturrechts und die Theorie des Gesellschaftsvertrages, wie auch die Rezeption der Schule der juristischen Argumentation erwähnen.

### 3.2.2 Kritik des Rechtspositivismus und der naturrechtlichen Schule

Für die Frage des Richterlichen Aktivismus sind naturrechtliche Tendenzen in Jugoslawien unmittelbar nicht so wichtig, indirekt jedoch enthalten sie einige bedeutende Momente. Zum Teil durch theoretische Arbeiten<sup>9</sup> und zum Teil durch ihre konkreten Aktionen haben die Verfechter dieser Tendenzen bei (wenigstens einigen) Juristen zur Aufbre-

društvu /Rechtsquellen in der selbstverwaltenden sozialistischen Gesellschaft/, Beograd, 1976 usw. Das Problem der Rechtsquellen kommt in fast allen jugoslawischen Lehrbüchern der Rechtstheorie unbedingt vor.

<sup>6</sup> Siehe z. B. DIKA, "Osvrt na četiri koncepcije o pravnoj prirodi prvostupnog akta /Betrachtung ueber die vier Konzeptionen der Rechtsnatur des Justizakts/", in: Arhiv, 1-2/1989.

<sup>7</sup> Diese Frage haben in Jugoslawien KOŠUTIĆ, KRBEK, LUKIĆ, TASIĆ, STJEPANOVIĆ, STEFANOVIĆ und andere angesehene Rechtstheoretiker behandelt.

<sup>8</sup> Siehe z. B. PAVČNIK, a. a. O., 118ff. sowie KOŠUTIĆ, a. a. O., S. 153f.

<sup>9</sup> Siehe z. B. TADIĆ, *Filozofske osnove pravne teorije Hansa Kelsena. Prilog kritici "čiste teorije prava"*, /Philosophische Grundlagen der Rechtstheorie von Hans Kelsen. Zur Kritik der "reinen Rechtslehre", Sarajevo, 1962.

chung vorbehaltloser Verehrung des Buchstabens des Gesetzes und zur Erneuerung der alten Diskussion über Gerechtigkeit/Ungerechtigkeit des Gesetzes beigetragen. Die Diskussion über Legalität und Legitimität hat dazu geführt, daß man anfang, auch für Gesetze gewisse materielle und prozedurale Bedingungen zu suchen, was noch durch erneute Durchsetzung der Theorien vom Gesellschaftsvertrag und dem Insistieren auf Menschenrechte<sup>10</sup> potenziert wurde. Schließlich ist für unser Thema am bedeutendsten, daß die Fachausdrücke "Rechtsstaat" und "Unabhängigkeit der Richter" fast zu Phrasen im alltäglichen politischen Leben geworden sind, auf die die Vertreter der Staatsgewalt und die Vertreter der neu geschaffenen Opposition einen Eid schwören. Infolgedessen haben die Gerichte angefangen, sich auch den Rechtsvorschriften gegenüber aktiver zu verhalten, indem sie manchmal sogar *contra legem* vorgehen. Solches Verhalten der Gerichte war jedoch nicht immer ein Zeichen ihrer Selbstständigkeit, da sich wegen der Stärkung der Nationalismen und der Desintegrationsprozesse in Jugoslawien auch solche Handlungsweisen der Gerichte oft innerhalb des Interessenshorizonts einzelner föderalen Einheiten befanden.

### 3.2.3 Die Theorie der juristischen Argumentation

Weniger an die aktuelle Politik gebunden, verlief die Rezeption der Schule der juristischen Argumentation<sup>11</sup>, die gleichzeitig auch ernsthaftere und konkretere methodologische Prämissen für die Auffassung der Funktion und der Rolle der Richter gab.

Die kritische Haltung der Theorie der juristischen Argumentation stellte, sowohl dem Rechtspositivismus als auch dem Rechtsdogmatismus gegenüber, einen allgemeinen theoretischen Rahmen für das Begreifen der Notwendigkeit des richterlichen Aktivismus auf. Auch jugoslawische Verfechter der Theorie der juristischen Argumentation heben hervor, daß die praktische Urteilsbildung ihrer Natur nach dialogisch ist, deren Grundsatz *audiatur et altera pars* lautet. Die Topik und die neue Rhetorik haben den jugoslawischen Rechtstheoretikern somit die Aufmerksamkeit auf konkrete gesellschaftliche Streitfälle gelenkt, wo die Aktivität der Richter als eine besondere "Technik des Problemthinkens" in den Vordergrund tritt. Durch die Verneinung der einheitlichen und universellen rationellen Werten wird auch der metaphysische Begriff der "materiellen Wahrheit" in Frage gestellt und die Aufmerksamkeit auf die Rationalität des Entscheidungsprozesses als einziger Garantie für die korrekte Entscheidung gelenkt. Unter jugoslawischen Umständen war ein besonderer Verdienst der Theorie der juristischen Argumentation auch die Betonung des axiologischen und politischen Pluralismus als eines natürlichen Kontextes für das Wirken einer (unabhängigen) Justiz.

### 3.2.4 Andere rechtstheoretische Richtungen

In der jugoslawischen allgemeinen Rechtstheorie sind in den letzten Jahren einige theoretische Richtungen aufgetaucht, die, obwohl nur marginal, die Frage des richter-

---

<sup>10</sup> Unter anderen Werken die dieser Problematik gewidmet wurden, siehe JAMBREK, PERENIČ, URŠIČ, (Hrsg.), *Varstvo človekovih pravic /Garantie der Menschenrechte/*, Ljubljana, 1988; MRĐENOVIĆ (Hrsg.), *Temelji moderne demokratije /Fundamente der modernen Demokratie/*, Beograd, 1989; DEVETAK, Manjine, ljudska prava, demokracija /Minderheiten, Menschenrechte, Demokratie, Sarajevo, 1989; MATULOVIĆ (Hrsg.), *Ljudska prava /Menschenrechte/* Rijeka, 1989 usw.

<sup>11</sup> Von uebersetzten und Originalwerken siehe PÉREL'MAN, *Pravo, moral i filozofija /Recht, Moral und Philosophie/*, Beograd, 1983; FIVEG /VIEHWEG/, *Topika i jurisprudencija /Topik und Jurisprudenz/*, Beograd, 1987; HASANBEGOVIĆ, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika /Rechtslogik als neue Rhetorik nach Perelman/*, Beograd, 1988.

lichen Aktivismus behandeln und Voraussetzungen für ein anderes Verhältnis gegenüber den Richtern und dem Gerichtswesen im allgemeinen schaffen.

Auf die Wichtigkeit des richterlichen Aktivismus weist auch die verspätete Rezeption der Schule des freien Rechts von Hermann Kantorowicz, wie auch des Relativismus in der Jurisprudenz hin.<sup>12</sup> Diesbezüglich wächst auch das Interesse an der Systemtheorie und an der soziologischen Erforschungen des Rechts.<sup>13</sup> Auf die Besonderheit der Technik der Rechtsinterpretation und die schöpferische Rolle der Interpretationssubjekte (also auch Richter) weisen auch moderne linguistische, semantische und analytische Untersuchungen des Rechts und des rechtlichen Diskurses hin.<sup>14</sup>

### 3.2.5 Die jugoslawische Wissenschaft des Zivilprozeßrechts zum richterlichen Aktivismus

Die jugoslawische Wissenschaft des Zivilprozeßrechts hat sich implizit mit dem Problem des richterlichen Aktivismus beschäftigt, indem sie die Rolle der Gerichte im System der Staatsgewalt erforschte, und die Grundsätze des Organisationsprozeßrechts und des funktionellen Prozeßrechts theoretisch ausarbeitete, vor allem die Dispositions- und Offizialmaxime, sowie die Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime. Der Zugang zu dem Problem ist hauptsächlich durch die klassische Auffassung der richterlichen Funktion als Rechtsanwendung gekennzeichnet, so daß unter dem Einfluß der kelsenianischen Lehre Standpunkte über den rechtsschaffenden Charakter der richterlichen Entscheidung aufkommen. Zum Problem der Rolle der Richterpraxis in der Schaffung des abstrakten Rechts ist die zivilrechtliche Wissenschaft ziemlich reserviert, obwohl sie realistisch ihre Bedeutung konstatiert.<sup>15</sup>

## 4 AKTUELLE TENDENZEN DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS

### 4.1 Der Richter als Sprachrohr des Rechts

Die Auffassung der richterlichen Funktion als reiner Rechtsprechung, als "mechanischer" Rechtsanwendung, ist seit langem, wie schon gesagt, auch auf dem theoretischen und praktischen Plan überwunden. Nämlich, die Illusion, daß Zivilgesetzbücher präzise im voraus bestimmte Lösungen für jeden konkreten Fall enthalten und daß die Aufgabe des Richters nur darin besteht, diesen Fall unter im voraus gesetzte Kriterien der Rechtsnorm zu subsumieren, wurde schon seit relativ langer Zeit, falls sie je bestand, aufgegeben.<sup>16</sup> Trotzdem scheint es, daß die Spuren solch einer Auffassung der richterlichen Funktion in dem betont positivistischen und legalistischen Verhältnis der Richter zu Verfassung und Gesetzen enthalten sind. Das Begreifen der richterlichen Funktion als reiner Rechtsprechung kommt mittelbar auch in einem veränderten Sinne zum Ausdruck. Viele verstehen, nämlich, die richterliche Funktion als deklaratorisch, als Feststellung des vorexistenten (subjektiven) Rechts und nicht als Schöpfung der individuellen Norm für einen

<sup>12</sup> Siehe POKROVAC, "Hermann U. Kantorowicz i borba oko pravoznanstva /Hermann U. Kantorowicz und der Kampf um die Rechtswissenschaft/", in: *Filozofska istraživanja*, 19/1986, S. 1149-1166.

<sup>13</sup> Vgl. PUSIĆ, *Društvena regulacija /Die gesellschaftliche Regulierung/*, Zagreb, 1989.

<sup>14</sup> Siehe VISKOVIĆ, *Jezik prava /Rechtssprache/*, Zagreb, 1989.

<sup>15</sup> Vgl. TRIVA, BELAJEC, DIKA, *Građansko parnično procesno pravo /Zivilprozeßrecht/*, Zagreb, 1986, S. 1ff., 12f., 478ff.; POZNIĆ, *Građansko procesno pravo /Zivilprozeßrecht/*, 1973, S. 25 u. ä.; DIKA, *Pravo na tužbu /Das Klagrecht/*, 1987, str. 196ff.

<sup>16</sup> Siehe KOŠUTIĆ, a. a. O., S. 10f, 17ff.



konkreten Fall.<sup>17</sup> Solch eine Auffassung der richterlichen Funktion impliziert im Grunde die Meinung, daß mit den Normen des Zivilrechts die Kriterien für alle zivilrechtlichen Verhältnisse im voraus vorgeschrieben sind, und daß die Aufgabe des Gerichts darin besteht, die Existenz des subjektiven Rechts, welches schon besteht und auf Grund dieser im voraus gegebener Kriterien entstanden ist, festzustellen.

#### 4.2 Der Richter als Rechtsinterpret, Rechtsfinder und Rechtsschöpfer

In der gegenwärtigen jugoslawischen allgemeinen Rechtslehre, im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht gibt es kaum Zweifel darüber, daß der Richter bei der Feststellung der Rechtsmaterie der abstrakten Rechtsnorm, die auf den konkreten Fall anzuwenden ist, auch als Rechtsinterpret, Rechtsfinder und sogar auch als Rechtsschöpfer auftritt.

Das jugoslawische Recht kennt das Institut *denegatio actionis* nicht. Wenn es keine einschlägige Gesetzesbestimmung für den konkreten Fall gibt, hat das Gericht die Pflicht, eine entsprechende Norm durch Interpretation oder Analogieschluß zu finden, bzw. letztendlich diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten.<sup>18</sup> Einige Gesetze enthalten gerade Normen zur eigenen Interpretation, bzw. zur Bildung von Normen, die für den jeweiligen Fall anzuwenden sind.<sup>19</sup>

Der Umstand, daß nach dem zweiten Weltkrieg die Normen der Vorkriegsgesetze nur dann galten, wenn sie nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen der neuen (sozialistischen) Ordnung waren<sup>20</sup>, hat die Entwicklung der rechtskreativen Rolle der Gerichtspraxis wesentlich gefördert. Die Gerichte waren also befugt, die Vorkriegsquellen des Zivilrechts mit der neuen Ordnung in Einklang zu bringen. Solch eine Befugnis hat einerseits eine bedeutende kreative Rolle des Richters angeregt, aber andererseits wurde in sie eine Art kritischer Distanz zu Rechtsvorschriften überhaupt eingepflanzt. In der Judikatur waren nämlich am Anfang zwei Stellungen gegenüber den Rechtsquellen vorhanden. Gegenüber der neuen sozialistischen Gesetzgebung haben sich die Gerichte streng positivistisch, fast apologetisch verhalten, indem sie sie wortgetreu und rückhaltslos angewendet haben. Den Vorkriegsquellen gegenüber haben sich die Gerichte kritisch, mit Mißtrauen, ohne Gefühl der strengen Verbindlichkeit verhalten. Die in diesen Quellen enthaltenen Rechtsregeln wurden bisweilen nur als Denkvorlage über die Rechtsnorm behandelt, die erst zu bilden ist.

Deshalb war in einigen sehr wichtigen Segmenten des Zivilrechts die Gerichtspraxis die Hauptquelle des Rechts, bis Ende der siebziger Jahre grundlegende Zivilrechtsvorschriften verabschiedet wurden (Obligations- u. Eigentumsgesetz). Die Manier der kritischen Distanz in Bezug auf die Quellen des Zivilrechts wurde beibehalten, wenn auch in wesentlich reduzierter Form. Der Beginn der Rechtsanwendung wurde nicht durch die

---

<sup>17</sup> Vgl. POZNIĆ, a. a. O., S. 51ff; siehe auch DIKA, *Osvrt na četiri koncepcije o pravnoj prirodi pravodnog akta /Betrachtungen über vier Konzeptionen der Rechtsnatur des Justizaktes/*, 1987, S. 56ff.

<sup>18</sup> Vgl. TRIVA, BELAJEC, DIKA, a. a. O., S. 105. In dem Werk befinden sich auch Referenzen über die entsprechende Judikatur.

<sup>19</sup> Die jugoslawische Verfassung sieht vor, daß die Grundsätze dieser Verfassung die Basis und Richtlinie für die Auslegung des Gesetzes bilden. Das jugoslawische IPR-Gesetz aus dem Jahr 1982. (Art. 2.) enthält eine Vorschrift, nach der Bestimmungen und Grundsätze dieses Gesetzes, Grundsätze der Rechtsordnung Jugoslawiens und Grundsätze des internationalen Privatrechts, falls es in diesem Gesetz keine geeignete Norm besteht, angewendet werden.

<sup>20</sup> S. "Gesetz zur Regelung der Nichtigkeit der Vorschriften, die vor dem 6. April 1941 und während der Okkupation verabschiedet wurden". Dieses Gesetz wurde im Jahr 1946 verabschiedet.

apologetische Beziehung gekennzeichnet, die früher die "sozialistisch" gefärbte Gesetzgebung charakterisierte.<sup>21</sup>

Eine besondere Rolle bei all dem spielte und spielt noch immer der Umstand, daß die Kammer der Obersten Gerichtshöfe der Teilrepubliken und Provinzen bzw. Senate des Bundesgerichtshofs an Rechtsauffassungen ihrer allgemeinen oder Abteilungssitzungen gebunden sind.<sup>22</sup> Obwohl die unteren Gerichte nicht an diese Auffassungen gebunden sind, haben sie sich in der Praxis aufgrund der Autorität der obersten Gerichte daran gehalten, aber auch wegen der Möglichkeit, daß diese Gerichte sie als Rechtsmittel für den konkreten Fall aufzwingen. Ansonsten hat die Gerichtspraxis ihre Rechtsauffassungen in vielerlei Hinsicht modernisiert und damit das Terrain für ihre Kodifizierung bereitet.

Nach der Verabschiedung der grundlegenden Zivilgesetze kehrt die Gerichtspraxis damit zu den in der modernen Rechtsprechung normalen Verfahrensweisen zurück. Die Gerichte legen die Normen aufgrund der klassischen Interpretationsmethoden aus; sie füllen die Gesetzeslücken durch Analogieschlüsse aus; für jene Bereiche, die auch durch Analogie nicht abgedeckt werden können, schaffen sie die Normen selbst.<sup>23</sup>

### 4.3 Der Richter *contra legem*

Im Prinzip ist der Richter verpflichtet, seine Urteile aufgrund der Verfassung und der Gesetze zu fällen (Artikel 219. der jugoslawischen Verfassung). Daher müßte die Antwort auf die Frage nach der Rechtssprechungsmöglichkeit *contra legem* im Sinne des Rechts negativ sein. Allerdings war, wie überall so auch in Jugoslawien, die Gerichtspraxis gezwungen, sich manchmal gegen unvernünftige, unakzeptable oder unanwendbare Gesetzeslösungen aufzulehnen. Solche Interventionen werden regelmäßig auf politisch neutralen Gebieten vorgenommen, obwohl es in letzter Zeit auch andere Beispiele gibt.<sup>24</sup> Bisweilen wurde das dadurch erreicht, daß bestimmten Begriffen eine andere Bedeutung zugeschrieben wurde, als jene, die sie gewöhnlich haben, bzw. die ihnen der Gesetzgeber zugeordnet hat.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Ähnliches gilt auch für das Zivilprozeßrecht, da das echte Erkenntnisverfahrensgesetz erst im Jahr 1956, und das Vollstreckungsverfahrensgesetz erst im Jahr 1978 verabschiedet wurde.

<sup>22</sup> Sogenannte Hauptwirtschaftsarbitrage (die sich später zum Obersten Wirtschaftsgerichtshof Jugoslawiens umgewandelte) hat sogar im Jahr 1954, kraft gesetzlicher Vollmacht, sogenannte "Allgemeine Usancen für den Warenverkehr" verabschiedet. Diese Usancen waren, bis im Jahr 1978 das gegenwärtige Obligationengesetz in Kraft trat, die Hauptquelle des Schuldrechts.

<sup>23</sup> So hat die Gerichtspraxis begonnen, auch für die Prozeßkosten Zinsen anzuerkennen, obwohl die ZPO dies nicht vorsieht.

<sup>24</sup> Die hohe Inflation, die in den letzten Jahren das Land erschuettert hat, brachte die Gerichte dazu, daß sie in einer Reihe von Faellen das Prinzip des monetären Nominalismus gebrochen haben. Die Gerichte haben sich auf dem normativen Plan aktiv dem Überwindungsprozeß der Rechtloesungen des noch immer geltenden selbstverwaltendem Sozialismus angeschlossen. Dazu siehe 7. 4., bezüglich richterlich geänderter Auffassung der Möglichkeit der Hypothek auf Immobilien im gesellschaftlichen Eigentum.

<sup>25</sup> So wird z.B. der Syntagma Vollstreckung von auslaendischen Gerichtsentscheidungen in verschiedenen, aber auch in gleichen Gesetzen unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Beispielsweise, wenn in Kroatien die Vollstreckung vor dem Bezirksgericht beantragt wird, dann wird unter diesem Begriff die Anerkennung der Vollstreckbarkeit verstanden. Wenn die Vollstreckung vor dem Gemeindericht beantragt wird, dann bedeutet die Vollstreckung die Zwangsvollstreckung im echten Sinne des Wortes. Im zweiten Fall entscheidet das Gericht ueber die Anerkennung der Vollstreckbarkeit als Vorfrage. Vgl. GRBIN, Pravni lijekovi dužnika protiv rješenja o izvršenju /Die Rechtsmittel des Schuldners gegen den Exekutionsbeschuß/, Naša zakonitost, 3/85.

#### 4.4 Der Richter als Schlichter

Der mediatorischen (konziliatorischen) Funktion des Gerichtes wurde in der jugoslawischen Rechtstheorie und -praxis keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Ein ziemlich betonter negativer Standpunkt gegenüber dispositiven Befugnissen der streitenden Parteien in einigen Perioden der Entwicklung des Sozialismus wirkte sich auf die gesetzliche Bestimmung und Praxis der mediatorischen Tätigkeit des Richters aus. Und doch besteht der Prozeßvergleich als ein in der Praxis oft angewandtes Prozessinstitut. Einige Familiengesetze sehen ein besonderes Schlichtungsverfahren vor, das die Gerichte in Ehestreitigkeiten durchführen.

Im Prinzip dürfen die Richter die Urteile nicht gemäß den Prinzip der Billigkeit fällen (*comme amiables compositeurs*), außer wenn sie durch das Gesetz nicht ausdrücklich dazu befugt sind. Solche Fälle kommen jedoch sehr selten vor. Die Parteien können nicht vom Richter verlangen, auf diese Weise sein Urteil zu begründen. Trotzdem ist das Billigkeitsprinzip insofern vorhanden, als die Moral das allgemeine Rechtskorrektiv bei der Interpretation und Anwendung jeder Norm ist.

#### 4.5 Der Richter als Sozialingenieur

In der Theorie und der Praxis selbst, wurde die Richterrolle nicht explizit und bewußt in diesem Sinne konzipiert. Die Aufgabe des Richters wird als Sicherung des sozialen Friedens, der Gleichberechtigung, der gleichen Anwendung des Rechts, der Rechtssicherheit usw. verstanden. Und doch gibt es gesetzlich begründete Spuren der richterlichen Funktion als Sozialingenieur. So waren die Richter im Verfahren vor Gerichten der assoziierten Arbeit befugt, mit ihren Entscheidungen sogenannte allgemeine Selbstverwaltungsakten zu substituieren, wenn die Beschäftigte diese Akten nicht selbst verabschiedet haben, obwohl sie dazu verpflichtet waren. Diese Akten haben auf eine normativ abstrakte Art die Beziehungen zwischen den Selbstverwaltungssubjekten (Unternehmen, Beschäftigte usw.) geregelt. Deshalb unterlagen solche Entscheidungen der Gerichte der assoziierten Arbeit als spezifische allgemeine Rechtsakten der Kontrolle der Verfassungsgerichte ebenso wie die Gesetze.

Tatsächlich haben die Gerichte jedenfalls eine bestimmte sozialpolitische Funktion erfüllt, und haben diese immer noch. In der Entwicklung, Änderung und Stabilisierung einer bestimmten Praxis, besonders in jenen Bereichen, in denen es ihnen überlassen war, das Recht zu kreieren, haben die Gerichte eine bedeutende Rolle in der Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse gehabt. Sie haben diese ihre Rolle auch dann verwirklicht, wenn sie konsequent die ideologisch-politischen Implikationen bestimmter Gesetze befolgten, wie auch dann, wenn sie ihnen Widerstand geleistet haben, indem sie sie zu mildern oder zu amortisieren versuchten. In den Rahmen der richterlichen Rolle als Sozialingenieur fügt sich einigermaßen auch die ziemlich betonte monitorische Funktion der Gerichte im jugoslawischen Recht ein, wovon später mehr die Rede sein wird.

#### 4.6 Der Richter als Wahrheitsfinder

Die extreme Auffassung über den Richter als Wahrheitsfinder würde sich auf einer fast philosophischen Vorstellung über die Existenz einer objektiven Wahrheit gründen, die immer mit Hilfe entsprechender Erkenntnisinstrumente erreicht und als Entscheidungsprämisse benutzt werden kann. Nach dieser Auffassung wäre der Richter das einzige befugte Subjekt, das diese absolute, überparteiliche Wahrheit feststellen soll. Im Verhältniss zu anderen Subjekten, wäre der Richter nicht nur Wahrheitsfinder, sondern auch Wahrheits schöpfer. Als derjenige, der als einziger entsprechende Erkenntnisfähigkeiten

besitzt, hätte er fast die Stellung eines Demiurgen, des Welterschöpfers. In bezug auf den Zivilprozeß bestünde die Realisation solch einer Position in der vorbehaltlosen Bejahung der Untersuchungsmaxime und in der Unterordnung aller anderen Aspekte des Gerichtsprozesses unter diese Maxime.

Das jugoslawische Recht hatte in einer Periode, als die allgemeine Gültigkeit einer parteiischen Wahrheit proklamiert war, die Voraussetzung für das Einnehmen einer ähnlichen Position. In der Theorie äußerte sich dieser Zugang in der Überbetonung des Prinzips der materiellen Wahrheit. Obwohl in der Gesetzgebung und Rechtspraxis diese Konzeption niemals endgültig realisiert wurde, hat sie trotzdem wesentlichen Einfluß auf die Struktur einer Reihe von Prozeßinstituten gehabt. Vor allem, entscheidet der Richter über das Bestehen rechtserheblicher Tatsachen, und nicht die Vertreter der Bürger - die Geschworenen. Zwar wirken in einigen Prozeßinstanzen bestimmter Gerichtskammer auch Laien mit, jedoch ist ihre Rolle bei der Entscheidung praktisch minimal. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung ist das bestimmende Prinzip des Beweisrechts. Der Richter darf *ex officio* die Tatsachen feststellen, die von den Parteien nicht vorgebracht wurden, falls er den Verdacht schöpft, daß sie damit unzulässige Resultate zu verwirklichen beabsichtigen. Der Umstand, daß der Richter gleichermaßen die Tatsachen feststellt und Recht spricht, führte dazu, daß Richter in einigen (glücklicherweise seltenen) Fällen aus tagespolitischen Gründen den Sachverhalt bewußt fälschten, um eine politisch opportune Entscheidung treffen zu können.

Andererseits haben einige Prozeßvorschriften, und noch mehr die Realität der alltäglichen Gerichtspraxis, dazu beigetragen, daß die Richter selbst ihre Rolle auf die Feststellung der relativen, parteiischen Wahrheit begrenzt haben, insofern sie ihre Interventionen darauf beschränkten, den Parteien selbst bei der Erhellung des Sachverhalts zu helfen, und im Gespräch zwischen allen Teilnehmern (das Gericht eingeschlossen) die Feststellung der wahrscheinlichsten und annehmbarsten Darstellung des Vorfalles im Moment der Entscheidungsfindung zu ermöglichen.

In theoretischer Hinsicht wurde dieser Standpunkt erst in den letzten Jahren besprochen, nach der Erscheinung von Werken, die die Theorie der juristischen Argumentation im weitesten Sinne (Topik und neue Rhetorik eingeschlossen) bzw. die konsensuelle Theorie der Wahrheit thematisieren.

## 5 UMFANG DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS IM VERFAHREN

### 5.1 Allgemeines

Das Problem der (prozessualen) Aktivität des Richters betrifft seine Befugnisse hinsichtlich der Verfahrenseinleitung, der Bestimmung des Streitgegenstandes, des Verfahrensablaufs, der Wahrheitsfindung, der Beendigung des Prozesses der ersten Instanz, als auch Befugnisse in Verfahren hinsichtlich der Rechtsmittel. So lange im Erkenntnisverfahren die Dispositionsmaxime und Verhandlungsmaxime, korrigiert durch starke Elemente der Offizialmaxime und der Untersuchungsmaxime, dominant ist<sup>26</sup>, ist es schwierig, eine umfassende Bewertung über zahlreiche Außerstreitverfahren zu geben. Bei einigen von ihnen ist die Dispositivität charakteristisch betont, während die anderen wesentlich offiziös konzipiert sind.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Vgl. TRIVA, BELAJEC, DIKA, a. a. O., S. 99ff., S. 139ff.

<sup>27</sup> Vgl. dazu TRIVA, DIKA, *Izvanparnično procesno pravo /Außerstreitverfahrensrecht/*, 1982, S. 26f.

## 5.2 Prinzipien der Verfahrenseinleitung

Bei der Einleitung des Erkenntnisverfahren gilt die Dispositionsmaxime (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*). Andererseits gibt es viele personenständige aber auch vermögensrechtliche Außerstreitverfahren, die das Gericht von Amts wegen einleitet.

## 5.3 Richterliche Befugnisse bezüglich des Streitgegenstandes

In der jugoslawischen Prozeßtheorie und Judikatur besteht ein Streit darüber, was man als Gegenstand des Streitfalles betrachten soll. Es überwiegt die Meinung, daß das ein Klageantrag sein müßte<sup>28</sup>, d.h. ein Antrag, daß eine Entscheidung bestimmten Inhalts erlassen werden soll. Die Aufgabe des Gerichts ist es festzustellen, ob dieser Antrag begründet ist (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*). Die Ausnahme besteht in einigen personenrechtlichen Streitfällen, in welchen das Gericht befugt ist, über einige Fragen bezüglich der Kinder von Amts wegen zu entscheiden.

In der Theorie und der Judikatur ist es strittig, ob das Gericht irgendwelche offiziöse Befugnisse auch in sachrechtlichen Streitfällen hat. Es sieht so aus, daß die Meinung zugunsten des Dispositionsgrundsatzes immer mehr überwiegt.<sup>29</sup> Im Verfahren vor Gerichten der assoziierten Arbeit ist das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden.

In zahlreichen Außerstreitverfahren wird der Verfahrensgegenstand von den Parteien bestimmt; in denjenigen, die von Amts wegen eingeleitet werden, wird der Verfahrensgegenstand vom Gericht bestimmt.

## 5.4 Richterliche Befugnisse bezüglich des Verfahrensablaufs

Im jugoslawischen Erkenntnisverfahren wird die Klage bei dem Gericht angebracht, und danach stellt es sie dem Beklagten zu (Streitanhängigkeit). Nachdem die Klage bei dem Gericht angebracht wurde, wird das Verfahren in der Regel von ihm von Amts wegen bis zur Fällung des Urteils geleitet: das Gericht prüft die Klage, stellt sie dem Beklagten zu, bestimmt die Gerichtstermine, leitet das Beweisverfahren ein, usw. Ähnliches gilt auch für Außerstreitverfahren.

## 5.5 Richterliche Befugnisse bei der Wahrheitsfindung

Im jugoslawischen Prozeßrecht wird die Kombination des Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatzes, der Unmittelbarkeit und der Mittelbarkeit, der betont freien Beweiswürdigung und der begrenzt gesetzlichen Beweiswürdigung akzeptiert.

In bezug auf die Tatsachen ist im Erkenntnisverfahren der Verhandlungsgrundsatz dominant. Das Gericht darf die Tatsachen, die die Parteien nicht vorgebracht haben, *ex officio* nur dann feststellen, wenn er Verdacht schöpft, daß dieselben ein verbotenes Resultat damit erreichen wollen. In offiziösen Außerstreitverfahren und im Verfahren vor dem Gericht der assoziierten Arbeit ist das Gericht befugt, alle entscheidungserhebliche Tatsachen *ex officio* festzustellen. Der Richter ist jedoch verpflichtet, mit den streitenden Parteien die wesentlichen Elemente des Streits zu besprechen, und sie dazu zu bewegen, alle erhebliche Tatsachen vorzubringen (die richterliche Aufklärungspflicht).

<sup>28</sup> Vgl. dazu TRIVA, BELAJEC, DIKA, a. a. O., S. 15ff.

<sup>29</sup> Vgl. DIKA, Neki problemi procesne operacionalizacije Zakona o obveznim odnosima /Zu einigen Problemen der prozesualen Operationalisation des Obligationengesetzes/, S. 432.

Bezüglich der Beweiserhebung ist der Untersuchungsgrundsatz bestimmend. Dennoch ist er zu einer Erklärung verpflichtet, warum er die Beweisaufnahme abgelehnt hat. In der Praxis beschränken sich die Gerichte auf Beweisanträge der Parteien.

In bezug auf die Rechtssätze, ausländisches Recht eingeschlossen, gilt das Prinzip *jura novit curia*.

Einen besonderen Aspekt des richterlichen Aktivismus bezüglich der Wahrheitsfeststellung stellt der Grundsatz der offenen Justizgewährung dar: der Richter ist verpflichtet, den Parteien die Erörterung seiner Meinung über den gesamten Prozeßstoff, worauf er seine Entscheidung begründen wird, zu ermöglichen, und zwar so, indem er sie mit seiner vorläufigen Meinung bekanntmacht. Unter Anwendung dieses Grundsatzes sollten die Bedingungen dafür geschaffen werden, daß die Parteien den ganzen entscheidungserheblichen Prozeßstoff (Tatsachen, Beweise usw.) vorbringen. Diese Prinzip jedoch wird zur Zeit noch immer als theoretische Forderung gestellt, ohne größeren Anklang in der Praxis.<sup>30</sup>

### 5.6 Die Rolle des Richters bei der Beendigung des Prozesses

Im jugoslawischen Recht besteht die Entscheidungspflicht. Wenn der Tatbestand nicht klar ist (*non liquet*), werden die Regeln der Beweislast angewendet. Es wurde schon erwähnt, was das Gericht unternimmt, wenn keine ausdrückliche Norm für den konkreten Fall vorliegt.

### 5.7 Die Rechtsmittelverfahren

Das Verfahren bezüglich der Berufung, der Revision, des Gesetzlichkeitsgewährsantrags oder Wiederaufnahmeantrags wird immer auf die Initiative des interessierten Subjekts eingeleitet. In bezug auf alle Rechtsmittel werden die Entscheidungen nur im angefochtenen Teil geprüft. Allerdings kann im Fall einer Berufung und Revision die angefochtene Entscheidung aus verschiedenen Gründen von Amts wegen geprüft werden (unrichtige rechtliche Beurteilung, wie auch einige taxativ angegebene Verfahrensmängel).

Im Falle einer Berufung und Revision ist das obere Gericht bezüglich der zu fällenden Entscheidung nicht an den Antrag der Partei gebunden - die angefochtene Entscheidung kann trotz der Forderung nach ihrer Aufhebung von ihm abgeändert werden u. ä.

## 6. UMFANG DES RICHTERLICHEN AKTIVISMUS BEZÜGLICH DES MATERIELLEN RECHTS

### 6.1 Allgemeines

Die Grundmission der Gerichte würde darin bestehen, konkrete Streitfälle durch Anwendung von (im voraus gestellter) abstrakter Rechtsregeln zu lösen: die jugoslawische Verfassung besagt, daß die Gerichte ihre Urteile aufgrund der Verfassung, des Gesetzes und der sogenannten allgemeinen Selbstverwaltungsakten fällen. Um diese ihre Aufgabe zu verwirklichen, müssen die Gerichte zuvor den Inhalt der Regeln bestimmen, die von ihnen angewendet werden, sie müssen sie erklären. Da das System der Regeln, welche die normative Rechtsordnung schaffen, nicht vollkommen ist, und (zum Glück) nicht vollkommen sein kann, sind die Richter, wie schon erwähnt, oft gezwungen, die Normen zu schöpfen, die sie auf konkrete Fälle anwenden, indem sie diese in letzter Instanz aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten.

<sup>30</sup> Vgl. TRIVA, Eseg o otvorenom pravosuđenju /Essay zur offenen Rechtspflege/, in: TRIVA, BELAJEC, DIKA, Novo parnično procesno pravo /Neues Erkenntnisverfahrensrecht/, 1977.

Das Recht, das die Richter anwenden, ist in mehrere Stufen stratifiziert, wobei die Quellen der niederen Stufe im Einklang mit denen der höheren Stufe sein müssen, bzw. sie zu diesen nicht im Gegensatz sein dürfen. Aus der Sicht des richterlichen Aktivismus stellt sich hiermit die Frage, welche Befugnisse die Richter bezüglich der Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Vorschriften verschiedener Stufen haben? In Jugoslawien als einem föderativen Staat, in welchem sich einige föderale Einheiten gegen die Föderation "auflehnen", indem sie den Vorrang des Bundesrechts bestreiten, werden die Gerichte in naher Zukunft gezwungen sein, sich erneut mit der Erfahrung des politischen Aktivismus zu konfrontieren.<sup>31</sup>

## 6.2 Gerichte und andere Staatsbehörden

Im jugoslawischen Recht sind die Gerichte verpflichtet, die Vorschriften der Legislative und der Exekutive, wie auch das Recht der selbstverwaltenden Assoziationen anzuwenden. Falls in einem Gerichtsverfahren der Verdacht besteht, daß irgendein Gesetz oder ein anderer allgemeiner Akt nicht im Einklang mit der Verfassung bzw. dem Gesetz steht, sind die Gerichte verpflichtet, ein Verfahren vor Verfassungsgerichten einzuleiten, die befugt sind, die Verfassungsmäßigkeit und Gesetzlichkeit des Gesetzes und dieser Akten *in abstracto* zu kontrollieren. Ist das Verfahren wegen Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes eingeleitet, muß das Gericht das Verfahren bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtes unterbrechen. Wenn die Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit der übrigen Akten in Frage gestellt ist, wird das Gericht diese Akten nicht anwenden (*exceptio illegalis*), sondern es wird Recht sprechen, als ob diese Akten nicht bestehen.

Im jugoslawischen Recht ist besonders die sogenannte monitorische Funktion der Gerichte betont. Sie haben die Aufgabe, gesellschaftliche Erscheinungen und Verhältnisse zu überwachen, und entsprechenden gesetzgebenden Versammlungen Suggestionen und Berichte bezüglich der von ihnen angewendeten Gesetze und anderer Akten zu geben.

Im Prinzip sind die Gerichte an rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsorgane gebunden, durch die bestimmte Vorfragen erledigt sind. Grundsätzlich besteht im jugoslawischen Recht das sogenannte Präzedenzsystem, also die Gebundenheit der Gerichte an Rechtsauffassungen in früheren Entscheidungen, nicht. Und doch sehen die Gerichtsverfassungsgesetze vor, daß die Kammern der einzelnen Gerichte (in der Regel die obersten und die oberen) an Rechtsauffassungen gebunden sind, die diese Gerichte in ihren allgemeinen oder Abteilungssitzungen vertreten haben. Insofern haben diese Rechtsauffassungen einigermaßen den Status der verpflichtenden Interpretation der Gesetzesvorschriften. Obwohl diese Rechtsauffassungen für die unteren Gerichte nicht verbindlich sind, werden sie in der Regel von ihnen befolgt, wie sie auch sonst die Praxis der oberen Gerichte befolgen.<sup>32</sup>

Da nach der Verfassung die Gerichte nur aufgrund der Verfassung und der Gesetze Recht sprechen, wurde in der Theorie die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Vorschriften über den verpflichtenden Charakter dieser Rechtsauffassungen gestellt.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Die Nichtanwendung bestimmter Vorschriften aus politischen Gründen (aber auch wegen Unwissenheit), ist keine unbekannte Erscheinung im jugoslawischen Gerichtswesen. So haben die Gerichte lange Zeit die zahlreiche Menschenrechts- und Arbeitsrechtskonventionen nicht angewendet, indem sie den Umstand ignoriert, daß Jugoslawien sie ratifiziert hat.

<sup>32</sup> In Jugoslawien werden die Gerichtsentscheidungen leider nicht systematisch und organisiert veröffentlicht, was alles die Angleichung der Gerichtspraxis erschwert.

### 6.3 Die Rechtsinterpretation, Rechtsfindung und Rechtsschöpfung

Auf die rechtsschöpferische Tätigkeit der Gerichte hat sich im gewissen Sinne eine Hyperaktivität der Legislative ausgewirkt, zumindest auf einigen Rechtsgebieten. Allzu häufige Änderungen der Gesetze haben einerseits die Stabilität und Entwicklung der Gerichtspraxis vereitelt und andererseits den Gerichten keine Gelegenheit gegeben, durch ihre Praxis neue Rechtsgebiete zu erobern. Zur interpretativen und rechtsschöpferischen Aktivität der Gerichte siehe 4.2.

### 6.4 Die Intervention des Richters auf der kontraktuellen Ebene

Die Normen des materiellen Rechts ermächtigen manchmal die Richter in vertragliche Angelegenheiten der Parteien zu intervenieren und sie durch ihre Entscheidungen zu modifizieren. Das ist z.B. hinsichtlich der sogenannten "*clausula rebus sic stantibus*" vorgesehen.

Zu den Fällen, in denen die Gerichte der assoziierten Arbeit befugt waren, mit ihren Entscheidungen die sogenannten allgemeinen Selbstverwaltungsakten zu ersetzen, siehe 4.5.

Die Gerichte sind verpflichtet, *ex officio* auf die Nichtigkeit des Vertrages Rücksicht zu nehmen.

## 7. RECHTSFORTBILDUNG: PRO ET CONTRA

### 7.1 Allgemeines

Einzelne Aspekte, Dimensionen, Inhalte und Art und Weise der Manifestation des richterlichen Aktivismus sind zeitlich und räumlich relativisiert, historisch bedingt, von der Rechtstradition abhängig usw. Gerade deshalb könnte man kaum eine umfassende Beurteilung für alle Formen des richterlichen Aktivismus in verschiedenen Milieus und/oder zeitlichen Momenten geben. In Jugoslawien muß man beim Zugang zu diesem Problem den Umstand im Auge behalten, daß es nur stufenweise und ungleichmäßig aus der sozialistischen und postsozialistischen Phase seiner Entwicklung heraustritt.

### 7.2 Bindung an Gesetz und Recht

Darüber, daß die Gerichte an Gesetz und Recht gebunden sind, besteht unausweichlich die allgemeine Übereinstimmung der Theorie und Judikatur in Jugoslawien. Abweichungen von diesem Postulat werden als außerordentliche, im Grunde unerwünschte Notwendigkeit betrachtet. Das Gesetz wird noch immer ernsthaft aufgefaßt und man strebt danach, seine Rolle in der Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse zu verstärken. Die strenge Befolgung des Gesetzes in dieser Übergangsperiode scheint die einzig gerechtfertigte rechtspolitische Doktrin zu sein.

### 7.3 Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit

Die Rechtssicherheit wird als Grundprämisse der rechtlich geordneten Gesellschaft und des *rule of law*, als Voraussetzung der Gleichberechtigung, der erfolgreichen Orga-

<sup>33</sup> Vgl. DIKA, "Kontrola ustavnosti i zakonitosti obvezatnih pravnih shvaćanja usvojenih na općim odnosno odjelskim sjednicama određenih sudova /Die Kontrolle der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der verbindlichen Rechtsauffassungen der allgemeinen bzw. Abteilungssitzungen einzelner Gerichte/", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2/86, S. 277ff.



nisation und des Funktionierens der Gesellschaft aufgefasst.<sup>34</sup> Das Postulat der Rechtssicherheit ist eines der wichtigsten Gründe dafür, daß die unteren Gerichte die Auffassungen der oberen und anderen Gerichten befolgen.

Die Judikatur, die sich der Bedeutung der Rechtssicherheit bewußt ist, ist bemüht, diesem Umstand ihre rechtskreative Funktion anzupassen. Die Mitglieder der Obersten Gerichte besprechen deswegen oft unmittelbar nach der Verabschiedung neuer Gesetze, und ehe sie die Gelegenheit hatten, in konkreten Fällen darüber ihre Meinung zu bilden, diese Gesetze in ihren gemeinsamen Sitzungen, und erarbeiten Standpunkte zu vermeintlich strittigen Fragen, womit sie die Gerichtspraxis beeinflussen. In der Bemühung um bessere Lösungen oder aus anderen, manchmal sehr pragmatischen und problematischen Gründen ändern die Gerichte jedoch oft ihre Praxis. Dies wird noch durch den Umstand begünstigt, daß die Gerichtsentscheidungen ziemlich ungleichmäßig und unsystematisch veröffentlicht werden. Solche Situation beeinflußt negativ die Vorhersehbarkeit des Rechts, die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit. Das kommt besonders darin zum Ausdruck, daß auf diese Art und Weise "gerichtlich geschaffenes Recht" retroaktiv wirkt.

Unter Bedingungen der verstärkten politischen und damit hervorgerufenen rechtlichen Konflikten in den letzten Jahren, als mit Hilfe von politischer Aktion die verfassungsmäßigen Grundlagen der Gemeinschaft geändert werden, hört Jugoslawien nahezu auf, als einheitliches Rechtsgebiet zu existieren. Die Bundesgesetze verwandeln sich in spezifische Modellgesetze, weil es nicht möglich ist, ihre einheitliche Anwendung durch effektive Wirkung einer obersten gerichtlichen Autorität zu sichern (das Bundesgerichtshof besitzt praktisch keine Zuständigkeit in Zivilsachen).<sup>35</sup>

#### 7.4 Rechtspolitik und richterliche Aufgaben

In der Interpretation und Schaffung des Rechts sind und können die Richter nicht politisch neutral sein. Ihre Aktivitäten sind durch Werte gefärbt. Insofern realisieren sie auch eine bestimmte Politik. In der Nachkriegszeit hat das Gerichtswesen einen schweren Weg durchgemacht, vom rigorosen Beschützer der ideologisch-politischen Grundsätze des neuen Regimes, der Transmissionsrolle in der Realisation seiner Politik, bis zur Rolle von Organen die in ihrem Kampf für das Recht, die Schneide des politischen Voluntarismus der politischen Struktur abstupfen, indem sie ihren Druck amortisieren, bzw. die durch Reinterpretation der Gesetze diese mit den Anforderungen der modernen bürgerlichen Gesellschaft in Einklang bringen konnten. Das neueste Beispiel eines solchen richterlichen Aktivismus zeigt, daß sich die Gerichte offen für Reformbemühungen der Regierung einsetzten. Lange Zeit dominierte aufgrund der gültigen gesetzlichen Ordnung in Praxis und Theorie die Meinung, daß Immobilien im gesellschaftlichen Eigentum nicht durch eine Hypothek belastet werden können. Vor kurzem jedoch haben die Richter der Obersten Gerichte den Standpunkt eingenommen, daß eine solche Hypothek zulässig sei<sup>36</sup>, und haben damit radikal den Inhalt eines Rechtsinstituts geändert, indem sie die zukünftige gesetzgebende Intervention antizipierten.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Vgl. DIKA, "Građansko procesno pravo u Jugoslaviji i zaštita subjektivnih građanskih prava /Zivilprozeßrecht in Jugoslawien und die Gewährung der subjektiven Zivilrechte/", in: Naša zakonitost, 10-11/89, S. 24ff.

<sup>35</sup> Vgl. ebd., S. 21f.

<sup>36</sup> Gemeinsame Sitzung vom 25. u. 26. V. 1989.

<sup>37</sup> In jugoslawischer Rechtserfahrung kommt es nicht selten vor, daß, unter politischem Druck, als positives Recht diejenige Vorschriften angewendet werden, die erst in der Entwurfsphase sind, oder erst als Vorschlag gelten. Deshalb wird in der Theorie über dem Zugang *de lege larenda* (*de lege la- (fe) renda*) gesprochen.

## 7.5 Entscheidungszwang und Rechtsfortbildung

Nach dem jugoslawischen Recht ist der Richter verpflichtet, eine meritorische Entscheidung zu treffen, wenn alle dazu vorgeschriebene Prozeßvoraussetzungen enthalten sind (Art. 2 des Erkenntnisverfahrensgesetzes). Wenn es in einem konkreten Fall keine unmittelbar anwendbare Norm zu finden ist, ist das Gericht verpflichtet, wie schon erwähnt wurde, diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten. Insofern beeinflußt der Entscheidungszwang wesentlich den rechtsfortbildenden Aktivismus der Gerichte.

## 7.6 Richterrecht und Allgemeinverbindlichkeit

Verfassungsmäßig ist das Richterrecht in Jugoslawien nicht als verbindliches Recht vorgesehen. Es hat den Rechtscharakter und die verbindliche Kraft nur mittelbar, durch Praxis der Gerichte. In letzter Zeit jedoch verbreitet sich das Bewußtsein seiner Wichtigkeit, und es scheint, daß wir nicht weit von demjenigen Moment stehen, in dem das Richterrecht auch explizit von seiten des Gesetzgebers als Rechtsquelle anerkannt wird. Die vielen Fachseminaren, die meistens gerade von Richtern organisiert und geleitet werden, stellen den Beweis dafür dar, daß die Judikatur schon zu einer Rechtsquelle geworden ist. Die dort vorgetragene Referaten, wie auch die Darstellungen der einzelnen Instituten, werden oft auf Beiträge zur neuesten Wenden der Richterpraxis reduziert.

## 8. Kriterien der richterlichen Rechtsgewinnung

### 8.1 Sachliche Kriterien

#### 8.1.1 Allgemeine Wertordnung des Rechts

Die Richter sind in der Rechtsschöpfung nicht frei. Sie gestalten es im Rahmen der gegebenen Rechtsordnung, wobei sie in letzter Instanz die allgemeinen ideologisch-politischen, moralischen und rechtlichen Prinzipien beachten. Da die rechtsschöpferischen Interventionen der Gerichtspraxis in der Regel partiellen, fragmentarischen oder korrektiven Charakter haben, müssen sie sich notwendigerweise in die Struktur der Rechtsdisziplinen oder -institute, in denen sie ausgeübt werden eingliedern.

Die Richter gehören ihrer Ausbildung nach zu einer bestimmten Rechtsordnung und im Prinzip können sie über das Recht nur in Kategorien dieser Ordnung denken. In dem Maße wie das Recht auf transnationaler Ebene inhaltlich internationalisiert und harmonisiert wird, werden auch die allgemeinen Rechtsprinzipien der rechtlichen Weltgemeinschaft zu Kriterien der rechtsschöpferischen Aktivitäten der Richter. In der jugoslawischen internationalen wirtschaftsrechtlichen Praxis ist die Bestrebung bemerkbar, komparativen Entscheidungen Rechnung zu tragen.

#### 8.1.2 Wissenschaftliche Erkenntnisse

Die Rechtsliteratur ist nicht die formale Quelle des Rechts.<sup>38</sup> Sie hat jedoch einen großen faktischen Einfluß auf die Gestaltung und Entwicklung der richterlichen Praxis. Auch die verbreitete Praxis, daß angesehene Rechtswissenschaftler in die Arbeit der spezialisierten Gerichtskammern einbezogen werden (z. B. in Kroatien in Handelsgerichten), bzw. daß sie beratend in der Arbeit der Abteilungssitzungen oder allgemeinen

<sup>38</sup> Vgl. TRIVA-BELAJEC-DIKA, a. a. O., S. 38; VEDRIŠ, KLARIĆ, *Imovinsko pravo /Vermögensrecht/*, 1988, S. 17.

Sitzungen der obersten Gerichte mitwirken, trägt ziemlich dazu bei. Wenn auch damit erst begonnen wurde, so werden immer öfter Meinungen einzelner Wissenschaftler bei Rechtsentscheidungen zitiert.

Die Rechtswissenschaft spielt in der Anwendung neuer Gesetze eine besondere Rolle, da die theoretischen Kommentare die ersten Richtlinien für Richter und Rechtsanwälte sind, wie auch Anhaltspunkte zur Gestaltung der Praxis.

### 8.1.3 Gesellschaftliche Standarde

Die gesellschaftlichen Standarde sind wichtige Kriterien in der richterlichen Rechtsschöpfung. Sie dienen als rechtlich-politische Orientierungen, als Projektion der Ziele und Ausgangsprämissen in der Überlegungen der Richter. Sie stellen die Basis für die Interpretation gesetzlicher Texte und für die Feststellung der Bedeutung von Rechtsbegriffen dar, besonders deshalb, weil sich die Gesetzgeber in der Formulierung der eigenen normativen Ansprüchen immer mehr der Rechtsstandarde bedienen.

### 8.1.4 Juristenkonsens

Es ist schwer über diese Kategorie der materiellen Kriterien für die Schöpfung des Rechts aus jugoslawischer Sicht zu sprechen. Es gibt nämlich keine zuverlässigen Instrumente, durch welche man das Bestehen eines solchen Konsenses ermitteln kann; wie es übrigens auch keine entsprechenden Mechanismen für seine Gestaltung gibt. Man kann nur über allgemeine Standarde des rechtlichen Wissens und Begreifens einiger Institute sprechen, und über die Bemühung darum, daß sie auf bestimmte Weise transformiert werden. Der implizite Konsens könnte in Fällen vermutet werden, in welchen die Theorie und die Juristen (in erster Linie Rechtsanwälte), die mit Gerichten kommunizieren und so in der richterlichen Rechtsschöpfung mitwirken, bestimmte Standpunkte der Gerichtspraxis unterstützen bzw. erwarten, daß sie auf bestimmte Weise vorgeschrieben werden. Beispielsweise könnte die schon zitierte Änderung des Standpunkts der Judikatur bezüglich der Hypothek auf Immobilien im gesellschaftlichen Eigentum als Folgeerscheinung des allgemeinen Konsenses der Rechtsstrukturen darüber erklärt werden.

## 8.2 Methodologische Grundsätze

### 8.2.1 Ausschluß von Subjektivismen

Der Ausschluß von Subjektivismen geht schon aus der Verfassungsvorschrift über die Bindung der Richter an die Verfassung und das Gesetz hervor. Wenn sogar ihre Tätigkeit aufhört, reine Rechtsanwendung zu sein, und zur Rechtsschöpfung wird, realisieren die Richter diese ihre Tätigkeit im Rahmen der gegebenen objektiven Rechtsordnung. Die Gefahr des Subjektivismus kann damit natürlich nicht ausgeschlossen werden.

Die andere Art des Ausschlusses des richterlichen Subjektivismus kann im System der Nachprüfung von Gerichtsentscheidungen seitens der Gerichte höheren Stufen gefunden werden. Im Nachprüfungsprozeß entwickeln sich die Gerichtsentscheidungen zu intersubjektiven, im gewissen Sinne also zu überindividuellen und objektiven Entscheidungen.

### 8.2.2 Rationalität

Die Rationalität des Richterrechts geht aus der Tatsache hervor, daß es ein Produkt der rationalen Diskussion ist. Diese Diskussion wird auf verschiedenen Ebenen geführt: zwischen dem Gericht und den Parteien, den Gerichten verschiedener Stufen, und in der Öffentlichkeit im allgemeinen. Die jugoslawische Rechtstheorie und -praxis haben den Grundsatz *audiatur et altera pars* als eines der Grundprinzipien des Zivilverfahrens an-

genommen. Im jugoslawischen Prozeßrecht wird auch das Prinzip der Öffentlichkeit akzeptiert, obwohl seine Realisation nicht völlig zufriedenstellend ist.

Die Überprüfung der Rationalität wird weiterhin durch die Begründungspflicht der Gerichtsentscheidungen ermöglicht. Die Norm, die fehlerhafte und widersprüchliche Begründungen verbietet, müßte ein Minimum an Rationalität sichern. Der Rationalität des Richterrechts hilft auch das Institut der prinzipiellen Meinungen und der von Abteilungs-sitzungen der Gerichte beschlossenen Rechtsauffassungen, in denen oft intensive theoretische Diskussionen anläßlich der gestellten Frage geführt werden.

### 8.2.3 Generalisierbarkeit

Gerade die Tatsache, daß die Gerichtspraxis in Jugoslawien nicht offiziell als Rechtsquelle akzeptiert wird, treibt die Praxis dazu, einige Gerichtsurteile als Basis für das Vorgehen in anderen ähnlichen Fällen sehr selektiv anzunehmen. Eine besondere Rolle spielt dabei gerade die Generalisierbarkeit der Standpunkte, die sich in solchen Gerichtsakten ausdrücken. Indirekter Beweis dafür ist die Tatsache, daß ein Großteil der Entscheidungen, die die Gerichtspraxis hervorgebracht hat, auch vom Gesetzgeber *ex post* akzeptiert wurde. Und so haben die Richter in ihren Entscheidungen viele gesetzgebende Interventionen antizipiert, vor allem aber im Schuld- und Sachenrecht.

### 8.2.4 Akzeptabilität, Plausibilität, Konsensfähigkeit

Einer der Gründe der Plausibilität des Richterrechts ist die Tatsache, das es induktiv, durch Lösung konkreter Fälle, zustande gekommen ist. Das Richterrecht ist für den Parteienkonsens angemessener als das abstrakte gesetzliche Recht, da es den Ausdruck konkreter gesellschaftlicher Bedürfnisse darstellt. Man kann sogar behaupten, daß deshalb in Jugoslawien auch einige unverbindliche Meinungen, die die Gerichte vertreten, größere Autorität haben als manche geschriebene Vorschriften. Das Richterrecht, so betonen die jugoslawischen Theoretiker, ist schneller, flexibler und gerechter als das gesetzliche. Allein damit ist es für die meisten Bürger akzeptabler.

### 8.2.5 Begründung (rechtspolitisch)

In Urteilen der jugoslawischen Gerichte gab es lange nur politische, nicht aber auch rechtspolitische Begründungen. Wegen des vorherrschenden Geistes des Rechtspositivismus ließen sich die Richter ungern auf rechtsphilosophische und rechtssoziologische Betrachtungen ein. Einige Gerichtsentscheidungen hat das Recht gewissermaßen als Präzedenz angenommen, mehr wegen ihrer intuitiven Plausibilität, als wegen ihrer ausführlichen rechtspolitischen Begründungen. Rechtspolitische Betrachtungen waren für die Wirkung der Verfassungsgerichte reserviert.

Da es sich aber gezeigt hat, daß nicht einmal die Verfassungsgerichte und ihre Richter der Aufgabe der rechtspolitischen Begründung gewachsen waren, könnte man ein solches Verfahren der ordentlichen Gerichte eher guthießen als verurteilen.

## 9. Schlußfolgerung

In Jugoslawien wäre es doch möglich, über den aktiven Richter zu sprechen. Der aktivistische Richter als Ausdruck eines im Grunde politischen Engagements in der Ausübung der richterlichen Funktion würde angesichts unangenehmer Erfahrungen in der Vergangenheit, in der sich einige Richter primär als Revolutionskämpfer und erst dann als Richter betrachtet haben, unter heutigen postsozialistischen Übergangsbedingungen Mißtrauen erwecken. Es ist vorher notwendig, die klassische Funktion der Richter als

unabhängiger und unparteiischer Organe zu stabilisieren, die im gesetzlich geregelten Verfahren über die subjektiven Rechte der streitenden Parteien entscheiden, und die sich bemühen, das Recht gleichmäßig und sicher anzuwenden.

Der Richter dürfte weder Friedensengel noch Diktator sein. Er müßte als Garant für Menschenrechte, Rechtssicherheit und Gleichberechtigung auftreten, also als spezifischer Service, verantwortlich und kreativ, geehrt und geschätzt, der mit den Parteien auf der Suche nach der gerechten Entscheidung ihres Falles zusammenarbeiten würde.

Man könnte sagen, daß sich die Richter in Jugoslawien nicht als unantastbare Autoritäten oder eine Art von Diktatoren fühlen konnten. Ihre Funktion war den politischen Gewalten (der Legislative und Exekutive) unterstellt, oft marginalisiert und neutralisiert. Die Mehrheit von ihnen hat sich hauptsächlich als Sachverständige gefühlt, die trotz allem verantwortlich und engagiert die ihnen anvertraute Mission verrichten.

### S a ž e t a k

#### Dr. Mihajlo Dika i Alan Uzelać: Sudački aktivizam u Jugoslaviji

Problem sudačkog aktivizma u Jugoslaviji određen je činjenicom da se aktivnost sudaca dugo mogla promatrati iz dvije perspektive: iz perspektive politike i iz perspektive struke. S obzirom na to može se govoriti i o dva tipa aktivizma u Jugoslaviji - o političkom i o juridičkom aktivizmu. Jugoslavensko je sudstvo u posljednjih četrdeset godina evoluiralo iz sudstva u kojem su prevladavali politički ("revolucionarni") elementi do juridički discipliniranog sudstva. Čini se, međutim, da poimanje sudstva kao transmisije političkih odluka nije potpuno prevladano ni do danas te da će borba za strogo profesionalno i nezavisno sudstvo ostati u Jugoslaviji još dugo aktualna i u tzv. postsocijalističkom periodu.

\*\*\*

Neposredni zadatak s tim u vezi čini se prevladavanje nekih ideoloških premisa prihvaćenih ponajprije u doba komunističkog monopola, a koje bismo zbirnim imenom mogli, donekle neprecizno, nazvati *socijalistička teorija prava*. Riječ je: 1) o poimanju države isključivo kao aparata klasne prisile, a prava kao izraza volje isključivo jednog socijalnog sloja (društvene klase); 2) o tezi da pravo u (komunističkoj) budućnosti mora odumrijeti, odnosno biti zamijenjeno autonomnim (samoupravnim) načinima regulacije; 3) o legitimiranju državne prisile navodnom nepogrešivošću volje jednog privilegiranog političkog subjekta (komunističke stranke); 4) o reinterpetaciji, odnosno sadržajnom praznjenju nekih klasičnih pravnih pojmova, naročito pojma zakonitosti, te o njegovu zamjenjivanju proturječnim te time rastezljivim (manipulabilnijim) konstrukcijama (npr. "revolucionarna zakonitost"); 5) u vezi s prethodnom točkom, o negativnom odnosu spram elementa forme u sudskom postupku, a naročito prema "formalnim" (proceduralnim) jamstvima ljudskih prava; 6) o tezi o jedinstvu vlasti, kojom je prikrivana fakička koncentracija moći u rukama malog broja osoba te odsutnost svakog oblika političke kontrole.

Unatoč tome što se danas u pretežnom dijelu Jugoslavije u javnosti odstupilo od većine navedenih teza, njihovi se odjeci i dalje osjećaju te ih neće biti lako ukloniti. Deklaratorna opredjeljenja za "pravnu državu" i "nezavisnost sudstva" pritom mogu samo djelomice pripomoći. Iz prethodnog razdoblja preostalo je zatečeno stanje, karakterizirano

negativnom selekcijom kadrova, degradacijom pravnog obrazovanja i marginalizacijom pravne teorije. Također, kod određenog je dijela sudaca preostalo i uvjerenje o svemoći dnevno-političkih odluka, mogućnosti profesionalne promocije kroz politički angažman te prevladavajući pozitivistički duh, potenciran hipostaziranim mnoštvom pravnotehnički nerijetko slabo sastavljenih pravnih akata.

Pozitivna strana poslijeratnog razvoja sudstva u Jugoslaviji jest činjenica da se politički aktivizam sudaca očitovao pretežno u oblasti krivičnog prava i krivičnog postupka. U oblasti građanskog sudovanja često se upravo sudska praksa uspjela othrvati političkim pritiscima i navijestiti nova, profesionalno opravdana normativna rješenja. Utoliko se u Jugoslaviji može s pravom govoriti i o problemu i dosezima klasičnog, juridičkog aktivizma. Dalje u tekstu bit će riječi najprije o teoretskim, a potom o praktičkim i normativnim aspektima takvog, juridičkog aktivizma.

\*\*\*

O pitanjima juridičkog sudačkog aktivizma dijelom je, premda nesustavno, raspravljala i jugoslavenska pravna teorija. Najčešći predmet diskusije iz tog problemskog kompleksa bilo je pitanje pravnostvaralačke uloge sudaca, elaborirano ponajčešće kao problem sudske presude kao izvora prava. U vezi s tim, može se reći da je jugoslavenska pravna teorija jedinstveno zauzimala stav sličan stavu većine suvremenih svjetskih teoretičara, koji se može opisati kao kompromis između mehanicističke ("akustičke") i ultra-liberalne teorije. Jugoslavenski se pravni teoretičari naime najvećim dijelom slažu oko toga da sudska presuda može sadržavati u sebi i moment efektivnog stvaranja općih pravnih pravila, no postavljaju toj pravnostvaralačkoj ulozi sudaca relativno čvrste granice, nastojeći specificirati položaj sudske presude unutar hijerarhije općih pravnih akata, te uvjete pod kojima pravnostvaralački aktivizam sudova smije doći do izražaja.

Svoj posredni prilog temi sudačkog aktivizma dali su i jugoslavenski pravni teoretičari koje je bitno odredila recepcija škole prirodnog prava, iz čije perspektive naročito propagiraju kritički stav spram pravnog pozitivizma. Reafirmacija društvenougornih teorija vodila je inzistiranju na ljudskim pravima, pa tako i na njihovim proceduralnim i materijalnim jamstvima, od kojih je jedno od prvih upravo nezavisno pravosuđe. Obnavlja se i diskusija o ekstralegalnim kriterijima pravednosti zakona i drugih pravnih akata te se posredno ohrabruje sudstvo da češće postupa *praeter*, a ponekad čak i *contra legem*.

Na metodološkim premisama za poimanje funkcije i uloge sudaca radili su i jugoslavenski predstavnici škole pravne argumentacije, koji naročito snose zasluge za skretanje pažnje znanstvene zajednice na tehniku konkretnog rješavanja društvenih sporova i teorijska pitanja o zasnovanju racionalnosti procesa praktičkog (pa i sudske) odlučivanja. Ideja univerzalnog auditorija pritom je poslužila i kao poticaj za prihvaćanje teze da je vrijednost i politički pluralizam jedino prirodno okruženje za djelovanje (nezavisnog) pravosuđa.

Zajedno sa školom pravne argumentacije, neka su pitanja relevantna za problemski kompleks sudačkog aktivizma potakli i jugoslavenski sljedbenici i komentatori drugih pravnoteorijskih pravaca, kao što su škola slobodnog prava, teorija sistema i općenito sociologija prava te lingvistička, semantička i analitička istraživanja prava i pravnog diskursa. Jednako tako, konkretnom se razradom načela i instituta kroz koje sudački aktivizam dolazi do izražaja bavila i jugoslavenska znanost građanskog procesnog prava.

\*\*\*

U legislativnoj i sudskoj praksi sudački se aktivizam može u prvom redu promatrati u nekoliko međusobno suprotstavljenih tendencija.

Prva od njih, koja u biti predstavlja negaciju odnosno minimaliziranje sudačkog aktivizma, jest tendencija poimanja sudačke funkcije kao mehaničke supsumcije pod pravna pravila i svođenja sudaca isključivo na organe za izricanje prava (stroja za supsumaciju). Ta je tendencija na jugoslavenskom području bila prisutna u naglašeno pozitivističkom i legalističkom odnosu sudaca prema ustavu i zakonima. Posredno, ona je dolazila do izražaja i putem deklaratornog poimanja sudske funkcije kao utvrđivanja preegzistentnog (subjektivnog) prava, a ne kao stvaranja individualne norme za konkretni slučaj.

Druga tendencija, koja aktivizmu sudaca daje više prostora, jest tendencija poimanja zadaće sudaca kao jedinstva interpretacije, ustanovljavanja i stvaranja prava. U pravnoj praksi takvu je tendenciju promicalo odsustvo instituta *denegatio actionis* u jugoslavenskom pravu. Uslijed toga, u praksi su suci bili prisiljeni tražiti mjerodavnu normu interpretacijom pravnih pravila, zaključivanjem putem analogije, odnosno u krajnjem slučaju izvođenjem iz općih pravnih načela. Takvo stanje priznaju i neki zakoni koji sadrže norme o pronalaženju mjerodavnih pravnih pravila, a od kojih je prvi bio Zakon o nevažnosti prvih pravila, koji je potaknuo značajan val sudačke kreativnosti, praćen kritičkom distancijom spram (nažalost samo predsocijalističkih) propisa. Drugi važan faktor takve tendencije bila je i činjenica da do konca sedamdesetih godina nisu bili doneseni osnovni građanskopravni propisi, čime je iz nužde bila potencirana uloga sudske prakse kao izvora prava. Naročitu ulogu pritom je odigrao institut pravnih shvaćanja općih odnosno odjelskih sjednica, koji je, dijelom zbog vezanosti sudskih vijeća za njih, dijelom zbog autoriteta tih shvaćanja, pridonio ujednačavanju sudske prakse i pripremanju terena za kodifikaciju građanskog prava.

Još radikalnija tendencija na planu sudačkog aktivizma jest tendencija da se sucima prizna pravo da odlučuju čak i *contra legem*. Riječ je o nečemu što bi prema svim jugoslavenskim ustavima i zakonima trebalo biti zabranjeno, no čime se praksa sudova unatoč tome ipak ponekad služi. Prije svega, kao i svuda, tako i u Jugoslaviji, sudska se praksa bila prisiljena pobuniti protiv nekih nerazumnih, neprihvatljivih ili neprimjenjivih zakonskih rješenja (kao dobar primjer moglo bi se navesti da su u doba visoke inflacije sudovi u nizu slučajeva probili princip monetarnog nominalizma; također, najviši su sudovi u zemlji nedavno izrijekom derogirali zakonsku zabranu hipoteke na društvenom vlasništvu). Najnoviji slučajevi postupanja *contra legem* vezani su pak za aktualne dezintegracijske procese u Jugoslaviji, uslijed kojih pojedini republički sudovi odbijaju primjenjivati savezne zakone, odnosno izvršavati odluke sudova drugih republika.

U jugoslavenskoj pravnoj praksi prisutna je, premda tek u tragovima, i tendencija naglašavanja medijatorske (koncilijatorske) funkcije sudstva. Unatoč inače dosta naglašenom negativnom stavu prema dispozitivnim ovlaštenjima stranaka, procesni institut nagodbe u praksi se razmjerno često koristi kao instrument reguliranja stranačkih odnosa. Također, premda suci, sukladno zakonu, u načelu ne bi smjeli suditi po pravičnosti, pravičnost je u sudačkoj djelatnosti prisutna utoliko što je moral opći pravni korektiv u interpretaciji i primjeni svake norme. Vjerujemo da bi odgovarajuća istraživanja pokazala da su slučajevi suđenja prema pravičnosti (dijelom i zbog nedovoljnog poznavanja zakona od strane nekih sudaca) u praksi češći nego što bi se moglo činiti.

Tendencija koja možda najviše naglašava sudački aktivizam jest tendencija da se suce shvati kao svojevrzne "socijalne inženjere". Zakonski utemeljeni tragovi takve tendencije mogli bi biti pronađeni primjerice u ovlaštenju sudaca udruženog rada da svo-

jim odlukama nadomjeste samoupravne opće akte kad ih sudionici u samoupravnom odnosu nisu donijeli, čime su u tom segmentu suci gotovo bili izjednačeni sa zakonodavcem. I inače, uloga sudaca u razvijanju nekih pravnih instituta djelovala je kao značajan oblikotvorni čimbenik na društvene odnose, čak i onda kad su sudovi pokušavali do kraja slijediti ideološko-političke implikacije određenih zakona.

Posljednja od tendencija koju bismo mogli pronaći u jugoslavenskoj praksi bila bi tendencija hipostaziranja uloge sudaca pri traženju istine u sudskom procesu. Prema takvom shvaćanju osnovna bi se uloga sudaca sastojala u funkciji pronalazjenja (implicira se: jedne i objektivne) istine, čemu bi bili podređeni svi ostali aspekti procesa. Pojačana inkvizitorna ovlaštenja sudaca bila su u mnogim segmentima posljednjeg jugoslavenske povijesti opravdavana upravo tezom o monizmu istine. Mnogi procesni instituti jugoslavenskog prava, u usporedbi s pravnim sistemima drugih - naročito anglosaksonskih zemalja - išli su na suzbijanje stranačkih dispozicija te na prenaglašavanje načela materijalne istine. S druge strane, slijedeći realnost svakodnevnice sudske prakse, suci su ipak donekle kompenzirali tu tendenciju, utoliko što su sami svoju ulogu ograničavali na utvrđivanje relativne, stranačke istine.

\*\*\*

Sudački se aktivizam prema svojoj prirodi najviše i najčešće iskazuje kroz prizmu odgovarajućih odredbi procesnog prava (utoliko možemo govoriti i o procesnom sudačkom aktivizmu). Elementi procesnog aktiviteta u kojima aktivizam sudaca čas više, a čas manje dolazi do izražaja tiču se ovlaštenja sudaca s obzirom na pokretanje postupka, određivanje predmeta spora, toka postupka, ovlaštenja u pogledu utvrđivanja istine, okončanja prvostepenog postupka te ovlaštenjima u povodu pravnih lijekova. Evo nekih naznaka u pogledu tih elemenata.

U parničnom postupku za pokretanje postupka vrijedi načelo dispozitivnosti (*nemo iudex sine actore*). S druge strane, brojni su statusni, ali i imovinskopravni izvanparnični postupci koje sud pokreće po službenoj dužnosti.

Što se tiče ovlaštenja u pogledu predmeta spora, u jugoslavenskoj se procesnoj teoriji i judikaturi pojavio spor već oko određenja što je to predmet spora. Prevladava mišljenje da bi to trebao biti tužbeni prijedlog, a zadatak je suda da utvrdi da li je taj prijedlog osnovan (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*). Izuzeci postoje ipak u nekim statusnim sporovima, u kojima sud ima ovlaštenje da o nekim pitanjima koja se tiču djece odlučuje *ex offio*. Na sličan način sud nije vezan zahtjevom stranaka ni u postupku pred sudovima udruženog rada ni u nekim izvanparničnim postupcima.

Nakon što je tužba podnesena sudu, on u pravilu vodi postupak po službenoj dužnosti sve do donošenja presude: ispituje tužbu, dostavlja je tuženiku, određuje pripremnost ročište, ročište za glavnu raspravu, provodi dokazni postupak itd.

Kao metoda ustanovljavanja istine, u jugoslavenskom je procesnom pravu prihvaćena kombinacija raspravne i istražne maksime, neposrednosti i posrednosti, naglašene slobodne ocjene dokaza i ograničene zakonske ocjene dokaza. U pogledu činjenica u parničnom je postupku dominantno raspravno načelo, ograničeno oficijoznim suzbijanjem nedopuštenih stranačkih dispozicija. Sudac je ipak dužan raspravljati sa strankama o bitnim elementima spora i poticati ih da iznesu sve relevantne činjenice. S druge strane, u pogledu dokaza određuje je istražno načelo, tj. nevezanost suca za dokazne prijedloge stranaka, premda se u praksi sudovi ipak ograničavaju na dokazne prijedloge stranaka. Što se pak tiče utvrđivanja pravnih pravila (i stranih), vrijedi načelo *iura novit curia*. Ovdje treba spomenuti i načelo otvorenog pravosuđenja, prema kojem je sudac dužan omogućiti



strankama da raspravljaju o njegovim stavovima o svem procesnom materijalu na kojem će biti utemeljena njegova odluka.

Što se tiče okončanja prvostepenog postupka, sud je dužan donijeti odluku čak i ako mu činjenično stanje nije jasno (*non liquet*), u kojem se slučaju primjenjuju pravila o teretu dokazivanja.

Pokretanje postupka u povodu pravnih lijekova ponovno je u potpunosti prepušteno dispozitivu stranaka. Također, u pogledu svih pravnih lijekova, odluke se ispituju samo u pobijanom dijelu, pri čemu izuzetak čine ovlaštenja suda da u povodu žalbe i revizije ispituju pobijanu odluku zbog nekih razloga i po službenoj dužnosti. U povodu žalbe i revizije viši sud nije vezan za prijedlog stranke u pogledu tipa odluke koju bi trebao donijeti (može npr. pobijanu odluku preinačiti iako je traženo njeno ukidanje).

\*\*\*

Poseban aspekt sudačkog aktivizma sastoji se u ovlaštenjima sudova spram materijalnog prava, pri čemu se u to ne ubrajaju samo zakoni, već i propisi drugih državnih organa te autonomno (npr. ugovorno) pravo stranaka.

S obzirom na hijerarhiju pravnih izvora, posebno se pitanje postavlja oko ovlaštenja sudova da prosude sukladnost propisa različitog ranga. Ako u svom radu posumnjaju da neki zakon ili drugi opći akt nije u skladu s ustavom odnosno zakonom, sudovi imaju pravo i dužnost prekinuti svoj postupak i pokrenuti postupak preispitivanja zakonitosti/ustavnosti pred kojim od ustavnih sudova. Kad je u pitanju neki podzakonski akt, sud će primijeniti institut *exceptio illegalis*.

Još jedna funkcija sudova (nazvat ćemo je monitorna funkcija) sastoji se u njihovoj dužnosti da prate primjenu zakona i drugih akata s obzirom na aktualne društvene pojave i odnose te da pokreću odgovarajuće zakonodavne inicijative pred predstavničkim tijelima.

U pogledu ugovorno stvorenog prava, koje djeluje *inter partes*, sud je ponekad ovlašten intervenirati i modificirati sadržaj međusobnih odnosa stranaka - notomi je primjer *clausula rebus sic stantibus*.

\*\*\*

Sudački aktivizam u Jugoslaviji, njegove sadržaje i oblike teško je podvesti pod jednu jedinstvenu ocjenu, a još je teže jednoznačno odrediti perspektive njegovog željenog daljeg razvoja. Pojedini njegovi aspekti, dimenzije i načini manifestiranja povijesno su uvjetovani te vremenski i prostorno relativizirani. Imajući u vidu da je Jugoslavija zemlja koja tek postepeno i neujednačeno zakoračuje u svoju postsocijalističku fazu, ipak ćemo izdvojiti nekoliko osnovnih točaka kao polazišta za dalja razmišljanja.

Prije svega, ne čini se preporučljivim odstupanje sudova od postulata njihove veza-nosti za zakon i ostale pravne propise. Strogo poštovanje zakona u prijelaznom se periodu čini jedinom opravdanom pravno-političkom doktrinom. Jednako tako, u svakoj je pojedinoj manifestaciji sudačkog aktivizma potrebno imati na umu održavanje pravne sigurnosti, čemu bi mnogo pripomoglo sustavnije objavljivanje i proučavanje sudskih odluka. Nadalje, ne treba imati iluzije da su sudovi u interpretaciji i stvaranju prava politički neutralni. Njihove su aktivnosti vrijednosno obojene; pitanje je samo angažiraju li se sudovi na jednoj ili drugoj strani (npr. da li kao čuvari ideološko-političkih zasada komunističkog režima ili kao podrška - što je nedavno bio slučaj - reformskim stajalištima savezne vlade). Sudski stvoreno pravo treba zato umjereno dozirati, jer ono po svojoj

strukturi djeluje retroaktivno. Prirodni regulativ u nastanku sudskog prava jest činjenica da ono u pravilu nastaje iz nužde, primjerice kad nema odgovarajućeg propisa ili je ovaj proturječan, a sud ne može odbiti donošenje meritorne odluke jer su za nju ispunjeni svi procesni uvjeti. U slučaju da sudovi uistinu na pravi način odgovore na zahtjeve društvenog trenutka, trebalo bi osigurati pretpostavke da takvo sudsko pravo, ako već ne ustavnopravno, a onda barem faktički, bude priznato kao općobvezno (jedan od koraka k tome su brojna stručna savjetovanja, na kojima se referati često reduciraju na saopćenja o aktualnom stanju sudske prakse).

\*\*\*

Poseban korak prema razumijevanju sudačkog aktivizma u njegovu najvažnijem aspektu - kreiranju prava - sastojao bi se u ustanovljavanju i istraživanju kriterija na temelju kojih suci pravo kreiraju. Između ostalih kriterija, samo se sumarno mogu naznačiti najvažniji: sustav općih pravnih vrijednosti, znanstvene spoznaje, društveni standardi i pravnički konsenzus.

Suci po svom obrazovanju pripadaju određenom pravnom poretku i u pravilu mogu misliti o pravu samo u kategorijama toga poretka. U mjeri u kojoj se pravo na transnacionalnoj razini sadržajno internacionalizira i harmonizira, i opći pravni principi svjetske pravne zajednice postaju kriterijima pravnostvaralačke aktivnosti sudaca. I u jugoslavenskoj privrednopravnoj praksi primjetno je nastojanje da se vodi računa i o komparativnim rješenjima.

Pravna literatura ima veliki faktični utjecaj na formiranje i razvoj sudske prakse, čemu pridonosi i praksa uključivanja istaknutih pravnih znanstvenika u rad specijaliziranih sudskih vijeća te činjenica da su teoretski komentari prvi vodiči za formiranje prakse u primjeni novih pravnih propisa.

Društveni standardi služe kao istaknuti pravno-politički orijentiri u rezoniranju sudaca. Oni su osnova i za interpretaciju zakonskih tekstova, tim više što se zakonodavci u formuliranju svojih normativnih zahtjeva sve više služe pravnim standardima.

Pravnički konsenzus, iako ga je teško ustanoviti i detektirati, mogao bi se naslutiti u slučajevima u kojima teorija i pravnici (u prvom redu odvjetnici) koji komuniciraju sa sudovima podržavaju određene stavove sudske prakse (kao u slučaju već navedene promjene stava judikature o hipoteci na nekretninama u društvenom vlasništvu).

Uz sve to mogu se navesti i neka osnovna metodološka načela koja bi služila kao putokaz pri procjeni sudski stvorenog prava. To su: isključenje subjektivizma svake vrste (što bi moglo biti potpomognuto učinkovitim sustavom preispitivanja sudskih odluka), racionalnost (koju bi, uz ostalo, trebala omogućiti naročito javna kontrola rada sudova), poopćivost prihvaćenih rješenja (što je u jugoslavenskoj situaciji nažalost često veoma teško postići), njihova plauzibilnost (koja se najbolje postiže kroz niz praktičkih provjera u konkretnim slučajevima), pravno-politička obrazloženost (u nas često ipak više implicirana nego eksplicirana).

\*\*\*

S obzirom na sve navedeno, čini se da bi se za Jugoslaviju, u ovom trenutku njenog razvoja, prije moglo preporučiti aktivne negoli aktivističke suce. Aktivistički sudac, kao izraz jednog u bitu političkog angažmana u obavljanju sudačke funkcije, s obzirom na neugodna iskustva u prošlosti, sada bi nužno izazivao podozrenje. Nužno je prethodno stabilizirati klasičnu funkciju sudaca kao nezavisnih i nepristranih organa, koji će u zakonom uređenom postupku odlučivati o pravu stranaka te koji će nastojati da pravo ujednačeno i sigurno primjenjuju.