

Dr. sc. Arsen Bačić, redoviti profesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

USTAVNE PROMJENE I DILEME KONSTITUCIONALIZMA

UDK: 324.4

Primljeno: 1. 11. 2009.

Izvorni znanstveni rad

Potreba razvijanja ustavnih mehanizama kojima je svrha rješavanje temeljnih odnosa u društvu traži što širu participaciju društvenih aktera u raspravi o potrebi usvajanja ili reviziji ustavnog dokumenta. Otvaranje svakog novog kruga ustavnih promjena je od velike važnosti jer uvijek otvara određena nova i važna pitanja. Odgovore na ta pitanja trebali bi ponuditi politika i civilno društvo uključujući znanost i njene discipline. U tekstu autor dotiče nekoliko tema koje su od interesa u tekućoj raspravi o značaju aktualnih ustavnih promjena za perspektivu razvoja konstitucionalizma i demokracije u Republici Hrvatskoj. To su prije svega teme političkog i legalnog konstitucionalizma i prijedlozi povezani s jačanjem neovisnosti sudbene vlasti. Autor se zalaže za dosljednu primjenu ustavnih mehanizama kontrola i provjera koji isključuju svaku inzularnost sudbene vlasti u odnosu na demokratske kontrole.

Ključne riječi: *ustavne promjene, konstitucionalizam, dioba vlasti, neovisnost sudbene vlasti, odgovornost*

1. UVODNA NAPOMENA

U raspravama o značaju promjene ustava još su uvijek aktualni istupi pojedinih američkih *founding fathers* koji su sredinom lipnja 1787. godine, okupljeni u Philadelphiji, raspravljali potrebu da se stvori "još savršeniji savez" od onoga u obliku konfederacije američkih država. Na dan 11. lipnja 1787. godine diskusiju je otvorio **George Mason** izravnom tvrdnjom da će

plan na kojemu se sada radi sasvim izvjesno biti defektan, kao što se je takvim u životu pokazala i Konfederacija. Prema tome, amandmani će biti nužni pa bi zato bilo bolje predvidjeti jedan pristupačan, regularan i ustavan način njihovog korištenja nego se prepustiti sreći i nasilju¹.

G. Masonu, **George Washingtonu** i drugim utemeljiteljima suvremene ustavnosti je od početka bilo jasno da ni njihov dokument neće biti "slobodan

¹ G. Mason, u M. Farrand, THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, New Haven, 1937, cit. pr. RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, S. Levinson, Ed., Princeton University Press, New Jersey 1995, p. 3

od nesavršenosti” (*free from imperfections*), pa su za takav slučaj u Ustavu SAD ostavili otvorena vrata kako bi se *mutatis mutandis* moglo adekvatno odgovoriti na nesavršenosti ustavnog dokumenta. Takvo je stajalište bilo sasvim suprotno od pouke koju je za američke koloniste još 1669. godine imao **John Locke** kada je završio s nacrtom fundamentalnog ustavnog dokumenta Caroline i kada je na marginama svoje korespondencije zapisao da će – “ove temeljne ustavne odredbe ostati ... zauvijek sveti i nepromjenjivi oblik vladavine.”²

Od 1787. godine do danas pokazalo se je da problematika ustavnih promjena u generalnom smislu predstavlja jedan od najživljih elemenata teorije i prakse suvremene ustavnosti. Njena važnost nije samo povezana s teorijskim propitivanjem svekolikih temeljnih načela na kojima počiva jedno društvo i država, nego i s nužnošću da se ustavnim i parlamentarnim pravom omogući njihova egzistencijalna i kontinuirana prilagodba stalno promjenljivim uvjetima svekolikog nacionalnog i transnacionalnog političkog i ekonomskog procesa. Ni u Republici Hrvatskoj rasprava o promjenama Ustava nije novi fenomen. Od početka 2009. godine svjedočimo o otvaranju već četvrte runde demokratske javne rasprave o našem ustavu i ustavnosti Republike koja je u svoj novi demokratski život iskoračila usvajanjem Ustava 25. prosinca 1990. godine. Prva je runda te rasprave završila usvajanjem Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustava Republike Hrvatske od 18. prosinca 1997. godine. Druga je runda obuhvatila ustavne promjene od 9. studenog 2000. godine, a treća pak ustavne promjene od 28. ožujka 2001. godine.³

Treba imati na umu da je svaki krug ustavnih promjena ponovno i na drugačiji način aktualizirao pitanje *ustavne inercije* čiji stupanj uvijek reflektira specifičnu težinu koju pojedina država i društvo daju konstitucionalizmu.⁴ Otvaranje novog

² THE FUNDAMENTAL CONSTITUTIONS OF CAROLINAS, cit. pr. RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, S. **Imvinson**, Ed., Princeton University Press, New Yersey 1995, p. 3

³ Usp. **Branko Smerdel- Smiljko Sokol**, USTAVNO PRAVO, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 30.-45.

⁴ Ustavi su superiorniji od svih drugih postojećih pravila i akata, ali ta njihova kvaliteta ne dolazi do izražaja u odnosu na buduće generacijske, ideološke, političke i ekonomske promjene. Ustavi nisu nikada pokazivali imunitet prema testu vremena. Oni su, kao i drugi zakoni i općenito norme produkt ideoloških obveza i vrednota te sazrijevaju, odnosno stare zajedno s njima. Ustavi znači postupno postaju žrtve inercije. U suvremenoj literaturi naglašava se kako ustav i kao i svi drugi akti, imaju ugrađeno “zaostajanje” za stvarnošću što znači da ustav nije nikada u potpunosti fiksiran sa zbiljom. To znači da svaki pisani ustavi odmah postaje djelomično nepisani ustav jer se između formalnog i živog (djelatnog) ustava nalazi “siva zona”, ustvari granično područje unutar koje su forme samo parcijalno fiksirane i koje služe kao polazište novih formalnih promjena. No, takve formalne promjene nije uvijek lako ostvariti. Budući da ustavi otjelotvoruju najviše norme u državi one su najčešće zaštićene kvalificiranim revizijskim odredbama. U tom smislu najveći broj ustava pripada grupi rigidnih ustava što znači da je njihova promjena otežana. Rigidnost ustava je čimbenik koji akcentira problem inercije i potrebu da se takav problem riješi. No, ustave na neki način označuje i bezvremenost jer inkorporiraju nacionalni konsenzus o temeljnim vrednotama i strukturi vlasti koje se kao koncepcije ne mijenjaju tek tako. Ipak, i one se mijenjaju, a kad se to događa onda rigidnost postaje smetnja adaptaciji. Pojam *ustavne inercije* koristi **J.E. Lane**, CONSTITUTIONS AND POLITICAL THEORY, Manchester & New York, 1996, p. 114; **Dag Anckar**, EVADING CONSTITUTIONAL INERTIA: EXCEPTION LAWS IN FINLAND, Åbo Akademi <http://www.tidsskrift.dk/visning.jsp?markup=&print=no&id=95374>

kruga ustavnih promjena je od velike važnosti jer praktično - barem za sada – otvara neka nova i važna pitanja.⁵ Odgovore na ta pitanja trebali bi punuditi politika i civilno društvo uključujući znanost i njene discipline. Za pravnike tradicionaliste tekst Ustava je oduvijek predstavljao kritičnu datost, oni su najčešće raspravu povezivali, a to čine i danas, s formalnim konceptima i elementima Ustava kao što su suverenitet, jurisdikcija, temeljna prava, neovisnost sudstva. Za politologe središnja su pitanja pak mogućnost konflikta, moć i utjecaj, snage i procesi koji utječu na promjene. Ipak, suvremeno proučavanje ustava i njegovih promjena zahtijeva kombinirani multidisciplinarni pristup. Prednosti takvog pristupa ogledaju se upravo u potrebi da se široko sagledaju ontološki kvalitet, cilj, priroda i razmjeri promjene ustava kako kod nas tako i drugdje.⁶ U tekstu dotičemo nekoliko tema za koje mislimo da su od interesa u tekućoj raspravi o značaju ustavnih promjena za perspektivu razvoja konstitucionalizma i demokracije kod nas.

2. KONTURE I DILEME EVOLUCIJE SUVREMENOG KONSTITUCIONALIZMA

Tradicionalno shvaćanje konstitucionalizma tijekom XVIII. i XIX. st. inspirirano idejama američke i francuske revolucije⁷ oblikovalo se je unutar granica države-nacije westfalijskog postanja. Najvažnije obilježje takve države predstavljao je integrirani hijerarhijski pravni poredak kojemu su glavna načela bili vladavina prava i dioba vlasti kao središnji postulati države liberalnog konstitucionalizma; država-nacija i njene institucije bile su vodeći kreator, ali i objekt takvog pravnog poretka. Ciljevi slobode, pravde i dostojanstva čovjeka, učinkovitosti i sigurnosti primarno su se ostvarivali unutar okvira države nacije. Izvan nacionalne države postojalo je tek društvo suverenih država povezano međunarodnim pravom u kojemu nije bilo ustava i čija je glavna karakteristika bila dominacija *Realpolitike*

⁵ Usp. PRIJEDLOG ODLUKE O PRISTUPANJU PROMJENI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, S PRIJEDLOGOM NACRTA PROMJENE USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE; Vlada Republike Hrvatske, Zagreb rujan 2009.; IZVJEŠĆE ODBORA ZA USTAV, POSLOVNIK I POLITIČKI SUSTAV O PRIJEDLOGU ODLUKE O PRISTUPANJU PROMJENI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, S PRIJEDLOGOM NACRTA PROMJENI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, PREDLAGATELJI PEDESET DVA ZASTUPNIKA HRVATSKOG SABORA

⁶ Usp. **G. Anderson**, NEW CONSTITUTIONALISM, AND THE PROSPECTS FOR A NEW CONSTITUTIONAL KNOWLEDGE FOR THE GLOBAL AGE, Berlin, *The Law and Society Association*; TBA, Berlin, Jul 25, 2007; **L. Gönenç**, PROSPECTS FOR CONSTITUTIONALISM IN POST-COMMUNIST COUNTRIES, M. Nijhof Publishers, 2006, p. 456; **S.M. Griffin**, COSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL CHANGE IN AMERICAN COSTITUTIONALISM, *Tulane Public law Research Paper* No. 06-12; September 2006;

⁷ “Konstitucionalizam traži uspostavu granica državnoj vlasti, pristajanje uz vladavinu prava te zaštitu temeljnih prava”, usp. **M. Rosenfeld**, CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE AND LEGITIMACY, 1994. p. 4; slično **E.U. Petersman**, CONSTITUTIONALISM, CONSTITUTIONAL LAW AND EUROPEAN INTEGRATION, *Aussenwirtschaft* 46 (1991), p. 247 et passim; za U.K. Preussa “konstitucionalizam prije svega označuje ideju ograničene vlasti”, usp. **U.K. Preuss**, PATTERNS OF CONSTITUTIONAL EVOLUTION AND CHANGE IN EASTERN EUROPE, 1995, p. 95

i pravo jačega. Nacionalno ustavno pravo i međunarodno pravo bila su dva suštinski različita sistema.

Konstitucionalizam se je tijekom 19. i 20. stoljeća razvijao kao kompleksna sistematska ideologija o konstrukciji vladavine koju u najjednostavnijoj varijanti sačinjava pet elemenata koji je osvjetljavaju i omogućuju. Dakle, konstitucionalizam se razumije kao: (1.) klasifikacijski sustav za evaluaciju različitih etastičkih entiteta, (2.) prizma kojom se osvjetljavaju i definiraju ključne karakteristike ustava; (3.) determinacija legitimacije ustavnog sustava prema vani i prema unutra; (4.) temeljni postulat da je obnašanje političke vlasti podvrgnuto ograničenjima vladavine prava; (5.) spoznaja da su ta ograničenja utemeljena na vrednotama kojima je izvor izvan kontrole bilo kojega pojedinca. Tako shvaćen konstitucionalizam ne opravdava ideju da se novostvoreni državni aparat može legitimirati pukom sistematizacijom vladavine u pisanom ustavu. Prema tome temeljni oblik konstitucionalizma omogućuje sredstva kojima se utvrđuje razlika i podižu barijere između vladavine koja se temelji na institucionalnim vrednotama i akcijama čiji je cilj opće dobro, s jedne strane, i vladavine koja se temelji na osobnoj moći pojedinca ili vladajućih grupa koje su usmjerene zadržavanju personalne ili grupe vlasti, s druge strane.⁸

Međutim, tijekom 20. i početkom 21. stoljeća tradicionalni se temelji ustavne vladavine sučeljavaju s novim izazovima. Zbog jačanja međunarodne zavisnosti, globalizacije tržišta, širenja novih tehnologija i sredstava komuniciranja nacionalna se država, njeno pravo i konstitucionalizam u njenim okvirima sučeljavaju s novim izazovima. Iako državni ciljevi (sloboda, mir, prava čovjeka...) u novim povijesnim, političkim i ekonomskim okolnostima ostaju isti, suvremena je teorija konstitucionalizma uvažavajući promijenjene okolnosti krenula putem važnih promjena⁹. Te su modifikacije bile i ostale nužnost kako bi teorija konstitucionalizma i dalje bila u stanju osiguravati svoje tradicionalne funkcije i na taj način doprinositi procesu vladavine koji polako, ali sigurno prelazi granice nacionalne države i sve snažnije i beskompromisnije uvjetuje njen razvitak i budućnost.¹⁰

Ukupna politička i pravna zbivanja u svijetu u drugoj polovici 20. stoljeća (stvaranje OUN-a, institucija globalne trgovine - WTO-a, GATT-a, Vijeća Europe, Europske zajednice, usvajanje brojnih deklaracija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama univerzalnog i regionalnog karaktera, itd.) dala su podstrek

⁸ Usp. **L.C. Backer**, THE PARTY AS POLITY, THE COMMUNIST PARTY, AND THE CHINESE CONSTITUTIONAL STATE: A THEORY OF STATE-PARTY CONSTITUTIONALISM; *Journal of Chinese and Comparative Law*, Vol.16:1, p. 110-112; **L.C. Backer**, FROM CONSTITUTION TO CONSTITUTIONALISM: A GLOBAL FRAMEWORK FOR LEGITIMATE PUBLIC POWER SYSTEMS, *Penn State Law Review*, Vol. 113:3, 101-177; **M.S. Kuo**, (EM)POWERING THE CONSTITUTION: CONSTITUTIONALISM IN A NEW KEY, *Global Jurist*, Vol. 9, Issue 2, 2009, p. 1-18.

⁹ CONSTITUTIONALISM IN TRANSFORMATION: EUROPEAN AND THEORETICAL PERSPECTIVES, Ed. by **R. Bellamy & D. Castiglione**, Blackwell, Oxford 1996, p. 242

¹⁰ Usp. **T.Cottier & M. Hertig**, THE PROSPECTS OD 21ST CENTURY CONSTITUTIONALISM, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 7, 2003, p. 261-328

razvoju transnacionalnog konstitucionalizma.¹¹ Taj je razvitak potaknut različitim čimbenicima. Proces je djelomice refleks sve veće međuzavisnosti, djelomice je izraz nužne pomoći novim državama, ali se uglavnom pojavljuje zbog propusta koje država-nacija ima u zaštiti i promociji ljudskog blagostanja, mira i vlastite stabilnosti. Pojavljuje se novi sloj ustavnih “kontrola i provjera” koje ovoga puta ograničavaju vlast suverenih država. Bilateralna i multilateralna kooperacija u koju nacionalna država ulazi temeljem velikog broja međunarodnih ugovora počinju uvelike oblikovati nacionalno pravo. Regionalizacija i globalizacija opisuju se kao proces “legalne i de facto denacionalizacije” koja je rezultat opadajućeg regulatornog kapaciteta nacionalne države¹². A taj se proces sastoji u transferu mjera koje je tradicionalno rješavalo nacionalno pravo na međunarodne ili supranacionalne strukture ili režime vladavine. Sastavni dio toga procesa su promjene koje duboko utječu na strukturu prava uopće, a posebice na ustavno i međunarodno pravo. Česta konstatacija da “ustavno pravo sve više postaje međunarodno pravo, a međunarodno pravo sve više ustavno pravo” postala je uobičajena.¹³

Internacionalizacija ustavnog prava ima za posljedicu “parcijalno izvlaštenje” ustavnih funkcija nacionalne države. Zaštita temeljnih prava ili očuvanje mira nije više u ekskluzivnoj odgovornosti nacionalnih ustava, jer isto postaje važna zadaća međunarodnih i supranacionalnih organizacija¹⁴. Isto vrijedi i za ekonomske odnose. Prava pristupanja tržištu i nivou planskih područja osigurani su načelima temeljnih ugovora o ne-diskriminaciji¹⁵. Transfer ustavnih funkcija s nacionalne na međunarodnu razinu opisuje se pojmovima “internacionalizacije ustavnog prava”, “otvaranjem ustavne države” ili pojavom “međunarodnih paralelnih ustava”.

S druge strane, “konstitucionalizacija” međunarodnog prava otkriva postupni pomak paradigmi i to od one o međunarodnom društvu neovisnih, suverenih država na paradigmu međunarodne zajednice čime se stavlja naglasak na ideju međuzavisnosti, podijeljene odgovornosti i solidarnosti. Odmak od voluntarizma državno-centriranog koncepta međunarodnog prava i naglašavanje interesa zajednice država utječe na izvore i implementaciju međunarodnog prava. Ideja “višeg prava” koje obvezuje državu neovisno od njenog individualnog pristanka

¹¹ Usp. TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM – INTERNATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVES, Edited by **Nicholas Tsagourias**, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 1-15

¹² **C. Tietje**, GLOBAL GOVERNANCE AND INTER-AGENCY CO-OPERATION IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, cit. pr. **T.Cottier & M. Hertig**, op. cit., p. 268

¹³ **G. Biaggini**, DIE IDEE DER VERFASSUNG-NEUAUSRICHTUNG IM ZEITALTER DER GLOBASIERUNG, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 119 (2000), 445 et seq.

¹⁴ Usp. DEFINING THE FIELD OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW, u PRINCIPLES OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW, Ed. by **A. Von Bogdany & Jürgen Bast**, *Modern Studies in European Law*, Oxford Portland 2006, p. 1-226

¹⁵ **A. Hatje**, THE ECONOMIC CONSTITUTION, u PRINCIPLES OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW, Ed. by **A. Von Bogdany & Jürgen Bast**, *Modern Studies in European law*, Oxford Portland 2006, p. 585-632; **J. Drexel**, COMPETITION LAW AS PART OF THE EUROPEAN CONSTITUTION, u PRINCIPLES OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW, Ed. by **A. Von Bogdany & Jürgen Bast**, *Modern Studies in European Law*, Oxford Portland 2006, p. 633-674

reflektiraju koncepti “ius cogens”, “obligationes erga omnes” i “međunarodni zločin”. Svi su oni neovisno o ograničenosti njihovog dosega, rezultirali nastankom rudimentarne obvezujuće hijerarhijske strukture međunarodnog pravnog sustava koji više nije na dispoziciji nacionalnom pravu niti nacionalnoj državi. I upravo ta struktura koju predvode odvjetnici ljudskih prava omogućuje proces kojega se naziva “konstitucionalizacijom međunarodnog javnog prava”.¹⁶

Dakle, razvoj nacionalnog i internacionalnog konstitucionalističkog diskursa omogućio je konkretizaciju standarda vrednota – od kojih se najveći broj fokusira na ljudska prava i principe ograničene vlade. U tom smislu ultimativna svrha konstitucionalizma je stvaranje pretpostavki koje omogućuju razumijevanje granica koje se postavljaju određenoj konstrukciji (političke) vladavine i koje su temelj ocjene njegove (ne) legitimnosti. Istodobno kao imanentni program “moralne i političke regeneracije” konstitucionalizam i njegovi temeljni elementi (vladavina prava, demokracija, ljudska prava) u procesu su koji ih sučeljava s nizom izazova i dilema. Neki od tih izazova posebno se uočavaju u procesu formalne promjene svakog pojedinačnog nacionalnog ustava.

3. PROMJENE USTAVA U ZEMLJAMA POST-SOCIJALISTIČKE TRANZICIJE

Da promjene ustava mogu dovesti do velikih i značajnih promjena u svakoj državi to je više nego evidentno. One puku ustavnu vladu mogu pretvoriti u ustavnu demokraciju, kao što na isti način proces promjena može ustavnu demokraciju pretvoriti u neki drugi, manje vrijedan i u svakom slučaju različiti i regresivniji oblik političkog sustava. Ono što daje dodatnu i posebnu važnost tome procesu promjene jest činjenica da uz promjene ustava počesto dolazi i do preraspodjele raznih izvora društvenog bogatstva i moći u korist određenih društvenih grupa, tako da taj proces nikako nije niti može biti na društvenim marginama. Naprotiv, različite mogućnosti usvajanja novih prava, utvrđivanje novih restrikcija državnih organa, još šire definiranje pojedinih prava i sloboda nego što ih osigurava praksa, itd. - sve to pokazuje velike potencijale i perspektivu promišljene prilagodbe ustava promijenjenim društvenim okolnostima.¹⁷

Nakon rušenja socijalizma svi su ustavotvorci - od “Tirane do Talina” - kako su to saželi *S. Holmes* i *Cass R. Sunstein*, posebnu pažnju tijekom rada na novim ustavima posvetili pitanju revizijskog sustava. Razlog za to je činjenica da –

¹⁶ **F. Snyder**, GENERAL COURSE OF CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION, u ACADEMY OF EUROPEAN LAW (Ed.), COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW, Vol. VI, No. 1(1995), 41 et passim

¹⁷ **W.F. Murphy**, MERLIN'S MEMORY: THE PAST AND FUTURE IMPERFECT OF THE ONCE AND FUTURE POLITY, u RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, **S. Levinson**, Ed., Princeton University Press, New Jersey 1995, p. 163-199

“ovlast promjene nije pitanje puke pravne tehnike, već onaj dio ustavnog teksta koji može zauzvrat dati ton čitavom političkom procesu”.¹⁸

Važnost revizijskog sustava proizlazi odatle što se pravom promjene ustava dotiču središnja pitanja demokracije i suvereniteta. Neka od tih pitanja reflektirala su se i u ustavnoj politici postsocijalističkih zemalja. Usvajanje novih ustava te njihove kasnije promjene imale su sljedeće zadaće: (1.) ostvarivanje ekonomske reforme kroz programe privatizacije, deregulacije i restauracije privatnog vlasništva; (2.) redefiniranje uloge države kao i reorganizaciju njenih institucija; (3.) zaštitu individualnih prava od zadiranja države.

Na planu ekonomske reforme konstitucionalizirana je većina odredbi koje su bile nužne za privatizaciju. Sukcesivne modifikacije programa radikalne ekonomske reforme išle su uvijek usporedo s naglašavanjem stabilizacije, liberalizacije, poticanja tržišnih instrumenata i privatizacije. Pritom treba imati na umu da je proces konstitucionalizacije i legalizacije tih programa bio lakši dio posla od implementacije mjera koje su te programe nastojali i realizirati. Sve to daje za pravo zaključku o izuzetno teškim zadacima istodobne provedbe političke i ekonomske reforme, te spoznaji da će ekonomska transformacija nakon početnih koraka i uslijed svjetskih ekonomskih trendova još prolaziti kroz teška iskušenja.

Promjene ustava na planu definiranja funkcija države, njene organizacije i institucija također su bile prepune poteškoća. Njihovu važnost posebno podcrtava činjenica uske povezanosti ovog plana s uspjehom ekonomskih reformi i zaštitom individualnih prava. Tako se npr. očekivalo da će uspjeh privatizacijskih programa, a posebno privlačenje stranih investitora prije svega ovisiti o jasnoj i stabilnoj definiciji i organizaciji države, kako bi se je spriječilo da se upliće u politiku ekonomskih prava pojedinca i privatnih korporacija.

Treća reakcija u sklopu ustavnih promjena tiče se plana zaštite pojedinca i njegovih prava i sloboda. Svi su novi ustavi promijenili, odnos prema sve tri generacije prava, ali zbog evidentne neizvjesnosti – jer “zaštitu prava potkopava činjenica da su relevantne ustavne klauzule često okružene drugim klauzulama koje ih okružuju neizvjesnošću” - niz je prava u praksi ograničeno. Proces ustavnih promjena nakon 1989. godine donio je na ovome planu različite rezultate. Sve države prakticiraju bilo *ex ante* bilo *ex post* ustavnosudsku reviziju zakonodavstva, ali s različitim rezultatima. Nastupilo je vrijeme u kojemu fascinaciju formuliranjem i dizajniranjem povijesnih konstrukcija ustavnog inženjeringa te duhovima “starog režima” postupno zamjenjuje nužnost uspostave onog ustavnodemokratskog konstitucionalizma koji će osigurati operativni političkopравни sustav u najpotpunijem smislu te riječi.

¹⁸ Usp. **S. Holmes & C. R. Sunstein**, THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVISION IN EASTERN EUROPE, u RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, **S. Levinson**, Ed., Princeton University Press, New Jersey 1995, p. 275-323; **Ulrich K. Preuss**, PATTERNS OF CONSTITUTIONAL EVOLUTION AND CHANGE IN EASTERN EUROPE, u CONSTITUTIONAL POLICY AND CHANGE IN EUROPE, Ed. by **J.J. Hesse & N. Johnson**, Nuffield Studies, Oxford University Press, Oxford 1995, p. 67-94

4. ZNAČAJ PROMJENE USTAVA ZA TRANZICIJSKO USTAVNO PRAVO

Tranzicijske su države post-socijalizma uključujući i Republiku Hrvatsku otvorile dalekosežne pravne reforme. Te reforme obuhvatile su sva područja pravnog sustava od ustavnog do građanskog, trgovačkog do kaznenog prava. Komparativna istraživanja pokazuju da je najveći iskorak učinjen na području ustavnog, građanskog i trgovačkog prava. Na neki je način to i prirodno jer norme, prije svega ustavnog i trgovačkog prava, zapravo reflektiraju ono što se je smatralo temeljnim pitanjima tranzicije. A to je prije svega bila politička tranzicija s jednostranačkog na višestranački sustav s vladavinom prava, te ekonomska tranzicija s centralističke na tržišnu ekonomiju. Ipak, pravnu i ekonomsku reformu ovih zemalja muči jedan te isti problem: problem ostvarivanja prava. U većini postsocijalističkih tranzicijskih društava jalovost prava, odnosno njegovo neizvršavanje postalo je endemski problem. Riječ je o problemu koji je neposredno vezan uz pitanje potrebe i zahtjeva za ustavnim pravom, njegovim prihvaćanjem i izgradnjom efektivnih ostalih djelova pravnog sustava koji osiguravaju odgovore na zahtjeve za regulacijom, ali koji i dalje ostaje uglavnom neprimjenjen.¹⁹

Da bi ustav bio učinkovit on prije svega treba uspostaviti uvjerljivi okvir spajanja i rješavanja najvažnijih crta razdvajanja koje postoje u datom društvu. Sadržaj onoga što čini glavne točke razdvajanja razlikuje se od društva do društva. Otuda i različitost pravnih rješenja u različitim zemljama, otud potreba da ključni oponenti u procesu participiraju ili barem ne pružaju otpor, dakle daju podršku originarnom ili revizijskom ustavotvornom procesu. Ukoliko nema participacije nema ni legitimacije, pa će ustav propustiti priliku rješavanja točaka razdvajanja. Problem će se tada nastojati rješavati izvan ustava, čime se podrivaju uvažavanje učinkovitosti i vjera u formalni pravni okvir.

Nove se društvene i pravne norme usvajaju da bi bile odgovor na nove izazove. Međutim, da bi postale dio dominirajućeg normativnog sustava norme moraju biti široko prihvaćene. Promjene u normativnom sustavu zavise od autoriteta prvog pokretača, sličnosti novih starim normama, kao i pritisku socijalnih grupa koje se sučeljavaju s adaptacijom promjenjivoj okolini. Osnovna je karakteristika ustavne demokracije da u takvim režimima država izvlači svoj legitimitet iz formalnog pravnog sustava. U tom smislu konstitucionalizam i počiva na premisi da je država koliko subjekt toliko i objekt prava. Državna akcija nije neograničena, već se naslanja na formalne legalne principe koji uspostavljaju proceduru za transfer vlasti, alokaciju prava i odgovornost različitih grana državne vlasti, te zaštitu temeljnih

¹⁹ Usp. obimnu literaturu o ustavotvorstvu i procesima promjene ustava u zemljama postsocijalističke tranzicije, tako **S. Holmes & C. Sunstein**, THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVISION IN EASTERN EUROPE, u RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, **S. Levinson**, Ed., Princeton University Press, New Jersey 1995, p. 275-306; **Jon Elster et al.**, INSTITUTIONAL DESIGN IN POST-COMMUNIST SOCIETES – REBUILDING THE SHIP AT SEA, Cambridge 1998, p. 63 et passim; **K. Pistor**, THE DEMAND FOR CONSTITUTIONAL LAW, *Constitutional Political Economy*, 13/2002, p. 73 et passim;

prava. Zato konstitucionalizam i postavlja važna ograničenja za demokratsko načelo, odnosno reagiranja pravnog sustava na promjenjive zahtjeve društva. Načela koja su osvijetljena ustavom mogu se mijenjati samo "supervećinama", a neki ustavi određena ili tzv. fundamentalna načela državnog poretka stavljaju daleko izvan dosega zakonodavne vlasti. Prema tome, temeljna je važnost pravnog poretka u ustavnim demokracijama u tome što skreće pažnju prema ustavnom inženjeringu, dizajnu takvog poretka i na zahtjev prema učinkovitoj pravnoj regulaciji. Tamo gdje nema općeg konsenzusa o legitimnosti formalnog pravnog poretka, nema ni previše entuzijazma u dobrovoljnosti podvrgavanju pravu, čime se uvelike umanjuje respekt prema formalnom pravnom poretku. Zato je ključno pitanje što je zapravo potrebno za izgradnju legitimnog ustavnog poretka?

Danas gotovo sve zemlje u svijetu imaju razvijeni pravni sustav koji se sastoji od ustava i grupe zakona i drugih propisa koji reguliraju komercijalne i građanskopravne i druge odnose te sankcioniraju njihove povrede. Države se mogu podijeliti na one koje imaju originarne (*legal origins*) ili derivativne (*legal transplants*) pravne sustave. Već su notorne spoznaje da su pravne institucije u zemljama originalnih postignuća daleko učinkovitije nego u zemljama s derivativnim ustavima. U svakom slučaju usvajanje ustava obično signalizira pojavu neovisne države koja je osvojila ili stekla pravo da sama određuje i vodi svoje poslove. Usvajanje ustava obično po sebi ne znači da se s njime automatski prihvaća i određeni pravni poredak. Formalni ustavni poredak je od važnosti samo onda ukoliko raspodjela prava i odgovornosti u ustavu ima značajan utjecaj na raspodjelu i obnašanje prava i obveza u društvu. Važnost ustava ovisi o njegovoj sposobnost da utječe i rješava glavne sporove u društvu. Što je društvo podjeljenije po etničkim, religijskim, ideološkim crtama, po distribuciji bogatstva i socijalne moći, to se pred ustavom nalazi složenija zadaća. Ukoliko ustavni poredak propusti priliku da odgovori izazovima onda se s pravom može kazati da ustav nije ništa do "tigar od papira".

Potreba razvijanja ustavnih mehanizama kojima je svrha rješavanje glavnih sporova u društvu traži da politički čimbenici koji predstavljaju različite frakcije participiraju u procesu usvajanja ustava ili njegovoj reviziji. Javna podrška koju pokazuju predstavnici organiziranih socijalnih interesa mnogo je važniji od opće podrške koju bi izrazio svekoliki narod na referendumu. To je zbog toga jer dezorganizirani pojedinci mogu dati podršku formalnom poretku iz sebičnih osobnih razloga. U tom smislu od krucijalnog je značaja podrška koju ustavu daju organizirane elite jer se one prije svega obvezuju da će buduće konflikte rješavati korištenjem ustavnih, a ne ekstra-ustavnih mehanizama.

Procjena važnosti svakog ustavnog poretka traži ponajprije identifikaciju glavnih problema. Glavni se problemi definiraju kao ključna pitanja prolongiranih konflikata u konkretnom društvu. Primjeri uključuju etničke i religijske podjele ili konflikte između različitih regija u državi, čiji je izvor najčešće u etničkim, i/ili religijskim sukobima ili u značajnim razlikama koje postoje u njihovom pristupu bogatstvu ili političkoj kontroli. Brojni su pozitivni primjeri stvaranja uspješnih

formalnih ustavnopravnih okvira (SR Njemačka nakon 1949. godine, Južna Afrika nakon 1994 godine...). Važnost takvih uspješnih primjera jeste u tome da proces transmisije i internalizacije normi nije ograničen socijalnim normama. Postojanje općeprihvaćenog konsenzusa o važnoj ulozi institucija u rješavanju konflikata stvara obvezu korištenja tako prihvaćenih institucija u budućim konfliktima. To svakako podiže šanse za uspjeh poduhvata, što zauzvrat pojačava odnos i obveze prema institucionalnom ustroju.²⁰

5. PROMJENE USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE I NEKE DILEME KONSTITUCIONALIZMA

Nakon usvajanja Ustava iz 25. prosinca 1990. godine Republika Hrvatska je otvorila proces demokratske tranzicije. Temeljno pitanje tog puta je predstavljalo uspostavu konstitucionalizma. Konstitucionalizam naravno ima svoju inkarnaciju u pisanom ustavu, ali to nije mjerilo temeljem kojega se može zaključiti da konstitucionalizam postoji u svakoj državi koja ima ustav. Tema ustava bez ustavnosti posebno je pitanje teorije i prakse ustavnog prava. U svakom slučaju, ustav je “povezan s konstitucionalizmom jedino onda ukoliko ustavni mehanizmi osiguravaju suglasnost svih grana državne vlasti s temeljnim zakonom”.²¹ Politički sustav ne može biti zatvoren u dokumentu jer njegova realizacija ovisi o tome reflektiraju li njegove institucije stalne adaptacije koje se odvijaju u svakoj državi. U tom smislu politički sustav predstavlja kompleksni rezultat djelovanja raznih aktera kojima se interesi isprepliću i koji nerijetko zanemaruju pravo. Takva divergencija političke prakse može izobličiti prethodno definirana pravna pravila čime se šteti konstitucionalizmu koji pretpostavlja ostvarivanje ustavnih odredaba u proceduralnom smislu. Sve se to odvija zbog toga što pravo ne može ostati imuno na kulturne utjecaje. Konstitucionalizam je uvijek posljedica pokušaja da se s uspjehom realizira napor uložen u postizanje harmonije između prava i politike.

Prijedlog *Odluke o pristupanju promjeni Ustava Republike Hrvatske, s prijedlogom nacrtu promjene Ustava Republike Hrvatske* koju je na temelju ustavne ovlasti iz čl. 142. st. 1. Hrvatskom saboru 16. listopada 2009. godine podnijela Vlada RH i grupa zastupnika (52 zastupnika) sadrži tri skupine promjena. Prvu skupinu čine izmjene i dopune kojima se intervenira u postojeće ustavne odredbe, drugu čine dopune ustavnog teksta novim odredbama, a i

²⁰ Usp. **A. Bruno**, CONSTITUTIONAL DIALOGUE: FUNDAMENTAL CORE AND CULTURAL CHANGE, u RETHINKING THE BOUNDARIES OF CONSTITUTIONAL LAW, Workshop: *Limits on power to revise a Constitution*, VII World Congress of Constitutional Law, Athens 11th -15th June 2007; **P. Furlong**, CONSTITUTIONAL CHANGE AS POLICY TRANSFER; POLICY TRANSFER AS CONSTITUTIONAL CHANGE, 2000 *Annual Meeting of the American Political Science Association*, August 31-September 3, 2000., p.

²¹ Usp. **A. Arato**, CONSTITUTION AND CONTINUITY IN THE EAST EUROPEAN TRANSITION, Part I: CONTINUITY AND CRISIS, *Constellations*, Vol. 1 (1994), p. 92

treća skupina promjena odnosi se na uvođenje nove, posebne glave Ustava, pod nazivom "Europska unija".²² Prijedloge je na 39. sjednici održanoj 20. listopada razmatrao i saborski Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav. Vrijedi istaknuti optimizam i nadu u zaključcima Odbora jer se na nekoliko mjesta u njegovom Izvješću naglašava kako će se razlike u stajalištima između predlagača Vlade RH i prijedloga promjena s kojima operira skupina zastupnika u Sabor, "raspraviti u demokratskom dijalogu" koji će se zasigurno iznjedriti "optimalna rješenja". U Izvješću stoji i kratka rečenica da će se "dogovorom savladati sitne razlike i u prijedlozima glede neovisnosti sudbene vlasti".²³

Zaključak o tome što su razlike sitne omogućuje dakako prije svega uvid u prijedlog Vlade RH, odnosno u prijedlog zastupnika HS.²⁴ Ipak, neovisno o navedenim razlikama u pogledima na sudbenu vlast i njene elemente između dva prijedloga važno je istaći da je navedene promjene koje prema – obrazloženjima prijedloga – naglašavaju ustavno načelo neovisnosti sudbene vlasti i to kroz jačanje ustavnog položaja, samostalnosti i neovisnosti njihovih nositelja,²⁵ moguće sagledati i kroz drugu prizmu. Naime, bilo bi najmanje poželjno da zaboravljajući svekolike kronične probleme našeg pravosuđa ovu otvorenu priliku za ustavne promjene na planu sudbene vlasti iskoristimo isključivo kao još jedan prilog mitologiji o neovisnosti sudbene vlasti, nastavljajući propuštati priliku da se kritički konstruktivno sagleda stvarni konstitucionalni i politički smisao i granice ustavne postavke o neovisnosti sudstva te pokuša odgovoriti na pitanje mogu li aktualne promjene koje se tiču sudbene vlasti ako se razumiju jednostrano, odvesti, valjda ipak neće, u nekom drugom pravcu razvoja tog važnog segmenta državne vlasti? Recimo u pravcu sve evidentnije *juristokracije* koja je, prema mnogim istraživačima kompleksa diobe vlasti, a posebno položaja i uloge sudbene vlasti, danas već evidentna tendencija i formacija u okvirima suvremene ustavodemokratske države.

²² Usp. PRIJEDLOG ODLUKE O PRISTUPANJU PROMJENI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, S PRIJEDLOGOM NACRTA PROMJENE USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=30489&sec=2782&dm=2>, str. 4. (27.10.2009.)

²³ Usp. IZVJEŠĆE ODBORA ZA USTAV, POSLOVNIK I POLITIČKI SUSTAV O PRIJEDLOGU ODLUKE O PRISTUPANJU PROMJENI USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, S PRIJEDLOGOM NACRTA PROMJENE USTAVA REPUBLIKE HRVATSKE, PREDLAGATELJI PEDESET DVA ZASTUPNIKA HRVATSKOG SABORA, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=30489&sec=2782&dm=2>, str. 1 (27.10.2009.)

²⁴ Vladin prijedlog o sudbenoj vlasti sadrži ukupno sedam (7) članaka: Čl. 10., čl. 11., čl. 12., čl. 13., čl. 14., čl. 15. i čl. 16. S druge strane prijedlog (oporbenih) zastupnika Hrvatskog sabora sadrži također sedam (7) članaka: čl. 14., čl. 15., čl. 16., čl. 17., čl. 18., čl. 19., čl. 20. Tekstualna usporedba gore navedenih članaka pokazuje da se prijedlozi gotovo i ne razlikuju osim u onim člancima oba prijedloga koji zapravo mijenjaju čl. 123. Ustava o Državnom sudbenom vijeću. Naime, dok čl. 15. Vladinog Prijedloga ne govori ništa o tome tko bira predsjednika Državnog sudbenog vijeća već to prema stavku 8. toga članka rješavanje prepušta zakonodavcu, čl. 19. st. 6. Prijedloga (oporbenih) zastupnika Hrvatskog sabora izričito određuje da: "Predsjednika Državnog sudbenog vijeća biraju članovi između sebe". Ostalih nekoliko razlika je posljedica minorne jezične neusklađenosti. Tako npr. prema Vladi u čl. 15. DSV svoje ovlasti "vrši", a prema zastupnicima u čl. 19. njihovog Prijedloga DSV "svoja ovlaštenja... obavlja", itd.

²⁵ Oba prijedloga naglašavaju ustavno načelo neovisnosti sudbene vlasti i to kroz jačanje ustavnog položaja, samostalnosti i neovisnosti njihovih nositelja DSV-a i DOV, a posebno jačanja stalnosti sudačke i državnoodvjetničke dužnosti, te sudaca i zamjenika državnih odvjetnika.

Neraskidivost veze između neovisnosti i odgovornosti svake vlasti temelj je suvremenog demokratskog konstitucionalizma. Ako o tom vitalnom aspektu sudbene vlasti kao organskom elementu ustavnog mehanizma diobe vlasti danas intenzivno raspravljaju i oni koji se ponose s najjačom i najuglednijom sudbenom vlasti na svijetu, onda o tome iz još više razloga treba raspravljati i kod nas²⁶. Trebamo li se podsjetiti s koliko se problema susreće Republika Hrvatska u prezentaciji poglavlja o nacionalnom pravosuđu u našim razgovorima o pristupanju EU, te mislimo li stvarno ozbiljno da će se svi nagomilani problemi koji prate situaciju u pravosuđu razriješiti izmjenjenim ili novim ustavnim odredbama?

Dakle, ne osporavajući važnost sadržaja svih drugih odredaba Prijedloga nacрта promjene Ustava Republike Hrvatske posebno vrijedi razmotriti one dijelove prijedloga za promjenu Ustava RH koji na ovaj ili onaj način ukidaju ili mijenjaju postojeće ustavne odredbe od čl. 117. – 124. Ustava RH.

U obrazloženjima koja prate predložene izmjene čl. 122,123 i 124. Ustava²⁷ snažno se i s razlogom naglašava potreba daljnjeg osiguravanja neovisnosti sudbene

²⁶ Tijekom 2006. godine suci Vrhovnog suda SAD **Sandra O'Connor** i **Stephen Breyer** započeli su s kampanjom kojoj je cilj bio podizanje javne brige o neovisnosti američkog pravosuđa. Tako su tijekom 2006.-2007. oni predsjedavali na dvije velike pravne konferencije o potrebi zaštite sudaca od bilo kakvih neprikladnih inicijativa. Suci Breyer i O'Connor ponavljali su nebrojeno puta da je neovisnost sudstva neodvojiva od javnog povjerenja u integritet državne vlasti. Usp. **P.D. Carrington & R.C. Cramton**, *JUDICIAL INDEPENDENCE IN EXCESS: REVIVING THE JUDICIAL DUTY OF THE SUPREME COURT*, u *Cornell Law Review*, Vol. 94, 2009, p. 588 et passim

²⁷ **Iz Prijedloga Promjene Ustava Vlade RH**: Uz čl. 14. Prijedloga: Predloženom izmjenom u čl. 122. briše se stavak 2. kojim je propisana iznimka od pravila da je sudačka dužnost stalna tako da je utvrđeno da će se prigodom prvog stupanja na sudačku dužnost suci imenovati na vrijeme od 5 godina, a nakon ponovnog imenovanja obavljaju svoju dužnost stalno. Brisanjem stavka 2. ovog članka Ustava vezano je uz uspostavu Državne škole za pravosudne dužnosnike kojom će se osigurati prethodni odabir kandidata i obrazovanje budućih sudaca te zajamčiti transparentan i objektivčan način izbora sudaca. Iz navedenih razloga nije više potrebno da pri prvom stupanju na sudačku dužnost, suci budu imenovani na vrijeme od pet godina.

Uz čl. 15. Prijedloga: DSV je ključno i središnje mjesto neovisnosti i samostalnosti sudbene vlasti koja je prema čl. 4. Ustava ravnopravna ostalim vlastima. U tom smislu EU potiče institucionalno i organizacijsko jačanje tog tijela na način da bude neovisno od svakog utjecaja izvršne i zakonodavne vlasti. Predlaže se da postupkom imenovanja pravosudnih dužnosnika u potpunosti upravlja DSV, odnosno DVO, da svaku odluku o imenovanju sudaca i zamjenika državnih odvjetnika, uključujući imenovanja na upravljačka mjesta (predsjednici sudova i državni odvjetnici) usvaja nezavisno tijelo na temelju objektivnih kriterija koji uzimaju u obzir upravljačke, organizacijske sposobnosti i jasne postupke za imenovanje na upravljačka mjesta. Brišu se ovlasti Hrvatskog sabora u izboru članova Državnog sudbenog vijeća i Državnoodvjetničkog vijeća kao i ovlasti za davanje mišljenja u postupku imenovanja i razrješenja sudaca.

Iz Prijedloga Promjene 52 zastupnika Hrvatskog sabora: - Članak 123. i članak 124. Ustava (Državno sudbeno vijeće i Državnoodvjetničko vijeće): Državno sudbeno vijeće je ključno i središnje mjesto neovisnosti i samostalnosti sudbene vlasti koja je prema članku 4. Ustava ravnopravna ostalim vlastima. U tom smislu EU potiče institucionalno i organizacijsko jačanje toga tijela na taj način da bude neovisno od svakog dužnosnika u potpunosti upravlja Državno sudbeno vijeće, odnosno Državnoodvjetničko vijeće, da svaku odluku o imenovanju sudaca i zamjenika državnih odvjetnika, uključujući imenovanja na upravljačka mjesta (predsjednici sudova i državni odvjetnici) usvaja nezavisno tijelo na temelju objektivnih kriterija koji uzimaju u obzir upravljačke i organizacijske sposobnosti, te jasne postupke za imenovanje na upravljačka mjesta. Brišu se ovlasti Hrvatskog sabora u izboru članova Državnog sudbenog vijeća i Državnoodvjetničkog vijeća, kao i ovlasti za davanje mišljenja u postupku imenovanja i razrješenja sudaca.

vlasti. Potrebno je naglasiti da se sustav sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj temelji na nekoliko usko isprepletenih načela. Prvo takvo načelo je vladavina prava (čl. 3. Ustava) koje je potrebno radi ograničavanja arbitrarne državne vlasti. Vladavina prava postaje operativna preko ustavnog sustava u kojemu se državna vlast odvaja i uravnotežuje između tri grane vlasti (čl. 4. Ustava). Ovaj članak u st. 2. sadrži fundamentalno načelo prema kojemu:

Načelo diobe vlasti uključuje oblike međusobne suradnje i uzajamne provjere nositelja vlasti propisane Ustavom i zakonom.

U sustavu diobe vlasti sudbena je funkcija neovisna grana državne vlasti kako bi mogla ostvarivati vladavinu prava. Ipak, sudska neovisnost mora biti ublažena izvjesnim stupnjem odgovornosti sudstva. Neovisno sudstvo može na pravilan način ostvarivati vladavinu prava jedino ukoliko poznaje pravo i ukoliko ima kvalitete nepristranosti i integriteta.

Budući da se u prijedlozima za promjenu Ustava unisono brišu ovlasti Hrvatskog sabora u izboru članova Državnog sudbenog vijeća i Državnoodvjetničkog vijeća, kao i ovlasti za davanje mišljenja u postupku imenovanja i razrješenja sudaca, legitimno je postaviti pitanje na koji se način zapravo još potpunije može afirmirati čl. 4. st. 2 Ustava, odnosno hrvatsku varijantu glasovitih *checks and balances* američke ustavnosti?²⁸

Istraživanje dinamike neovisnosti sudaca i sudbene vlasti zasigurno je jedno od najzanimljivijih područja znanosti ustavnog prava. Bez namjere širenja ove preširoke teme pokušajmo aktualizirati neke povijesne reminiscencije koje nisu bez značaja za tekuću raspravu o neovisnosti sudova i sudaca. Brojni su primjeri koji pokazuju da napor prema osiguravanju neovisnosti sudova i sudaca u smislu osiguranja svekolike njihove zaštite u krajnju ruku uopće ne mora biti garancija njihovog odnosa prema pravu i Ustavu kakvog žele svi oni drugi koji nisu u njihovim redovima.

Sukobi i nesporazumi u vezi s prirodom i opsegom neovisnosti sudbene vlasti i sudaca su tradicionalni. Štoviše, još je zanimljivije da konflikata sa sucima ima i tamo gdje institucionalne zaštite sucima omogućuju nesumnjivo veliku slobodu nametanja svojih pogleda ostatku društva. Dileme o mogućim posljedicama takvog stanja po život moderne ustavodemokratske republike bile su izražene već u samom njegovom začetku. Poznati su učestali istupi suca **Robert Yatesa** koji je tijekom 1787. godine u debatama povodom ratifikacije saveznog Ustava u New Yorku bio jedan od najpoznatijih kritičara Ustava s antifederalističkih pozicija, a posebno ustavne koncepcije sudstva. Pod pseudonimom **Brutus** sudac je u više

²⁸ Iako su predlagači bili rezolutni u brisanju ovlasti demokratske kontrole Hrvatskog sabora oni ipak nisu dirali u čl. 118. st. 2. Ustava koji također govori o odnosu zakonodavne i sudbene vlasti, odnosno izboru Predsjedniku Vrhovnog suda: "Predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske, uz prethodno mišljenje Opće sjednice Vrhovnog suda Republike Hrvatske i nadležnog odbora Hrvatskoga sabora, na prijedlog Predsjednika Republike bira i razrješuje Hrvatski sabor. Predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske bira se na četiri godine."

navrata izražavao zabrinutost zbog činjenice da je Ustav stvorio isuviše neovisno (*much too independent*) sudstvo.²⁹

Pravi efekt takvog sustav vlasti medij sudbene vlasti prenijet će u domove i osjećaj naroda. Svoju totalnu neovisnost od naroda i zakonodavne vlasti oni će pokazati i u odnosu prema svojoj službi i plaći. Ma koliko grešaka budu počinili njih neće moći ispraviti nijedna viša vlast... nitko ih neće moći ukloniti iz službe ma koliko im presude bile pogrešne.³⁰

Brutus je – kako zaključuje **J. Ferejohn** – svoju zabrinutost ustvari izražavao zbog dva razloga. Prvo, radi oblikovanja procesa imenovanja koji bi maksimalno osiguravao da oni koje se imenuje za suce imaju ispravan karakter i duhovnu samostalnost. Međutim *ex ante* selekcija sudaca iako neizbježan i nesavršen proces ne može dati garanciju da će institucionalno zaštićeni suci ujedno imati i ispravnu privrženost pravu. Zbog toga su potrebni drugi i različiti oblici kontrole koje također treba osigurati kroz ustavnu strukturu. Drugo, predanost demokratskim vrednotama – koja je u slučaju SAD tijekom dva stoljeća rasla u kontinuitetu – traži da suci budu odgovorni bilo izravno bilo neizravno narodu ili njihovim predstavnicima.

Nesporno je, dakle da pitanje sudbene neovisnosti ima normativne (interne) i institucionalne (eksterne) aspekte. S normativnog stajališta suci bi trebali biti autonomni moralni zastupnici na koje se može prenijeti obnašanje javnih dužnosti neovisno od razmatranja koja ih povezuju s ideologijom ili potkupljivošću. U tom pogledu neovisnost je poželjan aspekt sučevog karaktera. No, suci su ljudi, a stvari o kojima moraju odlučivati uvelike se tiču drugih ljudi pa svi žele osigurati institucionalne štitove protiv bilo kakvih ugroza ili iskušenja koja bi im se mogla naći na putu. U ovome smislu sudska je neovisnost odlika institucionalnog okvira unutar kojega se događa suđenje. Dakle, sudska je neovisnost kompleksna u tolikoj mjeri da se ona ne može sagledavati kao vrednota za sebe već je treba promatrati kao instrument kojemu svrhu daju druge vrednote, a među ustavnim vrednotama to je prije svega vladavina prava.³¹

Zahtjev da državna vlast koja je predana zahtjevima vladavine prava na isti način bude obavezna čuvati neovisnost sudstva ne isključuje potrebu za balansiranom mjerom odgovornosti niti mogućnosti, a ponekad i nužnosti konzultacije između tri grane državne vlasti. Neovisnost sudstva i demokratska odgovornost nisu u nepomirljivoj tenziji jedno s drugim. Iako jesu kompetitivni ideali oni nisu ciljevi

²⁹ Usp. **V. Strickler**, "CONSTITUTIONAL CASSANDRA: VINDICATING BRUTUS, THE ANTI-FEDERALIST" *Paper presented at the annual meeting of the The Midwest Political Science Association, Palmer House Hilton, Chicago, Illinois*, <Not Available>. 2009-05-25 <http://www.allacademic.com/meta/p138572_index.html>

³⁰ THE ANTI-FEDERALIST PAPERS AND THE CONSTITUTIONAL CONVENTIONS DEBATES, ralph ketchum Ed., New York, Mentor 1986, p. 293, cit. pr. **J. Ferejohn**, DYNAMICS OF JUDICIAL INDEPENDENCE: INDEPENDENT JUFGES, DEPENDENT JUDICIARY, Stanford University, 1998, p. 2

³¹ Usp. **J. Ferejohn**, DYNAMICS OF JUDICIAL INDEPENDENCE: INDEPENDENT JUFGES, DEPENDENT JUDICIARY, Stanford University, 1998, p. 2

sami po sebi već prije sredstva koja su u funkciji još važnije svrhe, a ta je: uspješan i funkcionalan pravosudni sustav. Montesquieovu klasičnu rečenicu: *ces trois puissances [exécutive, législative et judiciaire], par le mouvement nécessaire des choses, sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert*³² **J.A. Ferejohn** i **L.D. Kramer** aktualiziraju na sljedeći način:

Ostvarivanje neovisnog sudstva leži koliko u rukama sudaca toliko i u rukama izvan sudstva. Način na koji sudovi definiraju svoju ulogu kroz doktrinarni razvitak je od krucijalnog značaja za pronalaženje i definiranje djelatne protuteže glede pritisaka popularne politike. Nametanje legalnih sankcija u ustavnoj demokraciji počiva na dvije ideje: - demokraciji i vladavini prava, koje reflektiraju dvije separatne koncepcije legitimiteta: demokratskog legitimiteta koji izvire iz otvorenosti politike prema volji naroda te legalnog legitimiteta koji izrasta iz činjenice da se sudske odluke mogu razumjeti i da se uklapaju u prihvaćenom postojećem pravnom sustavu. Budući da mi kao narod inzistiramo na obje vrednote, posebno smo osjetljivi u trenucima kada one vuku svaka za sebe u suprotnim pravcima. Tražimo od naših vođa da nas izvuku iz opasnosti, što ponekad zahtijeva komplicirano manevriranje. Naglašavali smo ...ulogu koju su imali suci Vrhovnog suda... ali mogli smo isto tako govoriti i o političkim vođama... koji prihvaćaju nepopularne sudske odluke kako bi izbjegli ustavnu krizu. Sudska neovisnost u stvarnosti na ultimativan način ovisi o interakcijama takvih vođa koji djeluju u prilagodljivom institucionalnom okviru koji ih ohrabruje na odgovorno ponašanje uz istodobnu zaštitu interesa svojih institucija.³³

Dakle, za ostvarivanje sudske neovisnosti bitno je priznanje i učinkovita primjena načela diobe vlasti (čl. 4. Ustava RH).³⁴ No, to načelo nije samoostvarujuće, niti su kategorije odvojenih državnih vlasti dovoljne same sebi, ili su međusobno isključive. Mogućnost da jedna grana vlasti svjesno ili nehotice zakorači u domenu druge vlasti uvijek postoji. Kao i drugdje tako i u Hrvatskoj svaka osnažena i aktivna izvršna vlast osvaja slobodni prostor i upada u prostor zakonodavne i sudbene funkcije vlasti, jer su jedna i druga spremni i dostupni instrumenti kojim ona želi ostvariti svoju političku ambiciju. Zato je i potrebno naglašavati čl. 4. stavak 2. Ustava RH, jer u suštini načelo diobe vlasti daleko više čini koordinacija funkcija negoli njihova stvarna ili apsolutna odjeljenost. Na koji god način podjela rada između grana državne vlasti bude iscertana, sve one radi ostvarivanja ravnoteže i kohezije državne vlasti trebaju znati što se radi u svakoj od njih zasebno. A potonje traži stalni i otvoreni proces kontrole, provjere i komunikacije. U odsustvu kontrola i provjera kao i komunikacije - koji uvijek omogućuju jačanje konstitucionalizma i to političkog i legalnog konstitucionalizma

³² Usp. **Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU**, Esp. XI, 6) http://littre.reverso.net/dictionnaire-francais/citation/comme_ces_trois_puissances_executive_legislative/4522

³³ **J.A. Ferejohn & L.D. Kramer**, INDEPENDENT JUDGES, DEPENDENT JUDICIARY: INSTITUTIONALIZING JUDICIAL RESTRAINT, *New York University Review*, Vol. 77/October 2002, p. 962

³⁴ **Članak 4. Ustava Republike Hrvatske**: U Republici Hrvatskoj državna je vlast ustrojena na načelu diobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu, a ograničena je Ustavom zajamčenim pravom na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Načelo diobe vlasti uključuje oblike međusobne suradnje i uzajamne provjere nositelja vlasti propisane Ustavom i zakonom.

istodobno - nastaju pretpostavke stvaranja *juristokracije*.³⁵ Taj - komparativno sve zamjetniji trend i posljedice zbiljski narušavaju intenciju ustavotvorca prema ostvarenju ustavne demokracije koja počiva na ravnoteži institucija čiji je krajnji cilj ostvarenje političke, socijalno-ekonomske i juridičke pravednosti.

6. ZAKLJUČAK

U kritičkoj analizi politike ustavnih promjena u zemljama postsocijalizma američki su konstitucionalisti *S. Holmes* i *C.R. Sunstein* iznijeli pregršt prihvatljivih i dalekosežnih opaski na račun aktualne politike koja vodi proces ustavnih promjena. Sažimamo one najrazumnije. Prvo, nedostatak čvrste ustavne tradicije doprinosi odsustvu jasne razlike između ustavnog i neustavnog procesa. Viša putanja ustavne politike često lako kolabira u nižu trasu ordinarne politike. Drugo, zakonodavna tijela svugdje obnašaju i ustavotvornu funkciju. Vrijeme i pažnja koje su one u stanju odvojiti za ustavna razmatranja i zahtjeve sasvim su ograničene. Treće u postojećim okolnostima ekonomske neizvjesnosti od posebne je važnosti imati stabilni ustav koji bi u procesu inaugurirao oštro razlikovanje između ustavnog i ordinarnog prava. U okolnostima koje se mijenjaju velikom brzinom, u kontekstu koji ugrožava tržišne odnose i demokratske procese, prijeko je potrebno koristiti konstitucionalizam kako bi se osigurala čvrsta podrška privatnim i javnim odnosima. Da bi se izbjegla konfuzija možda bi trebalo razumjeti da ponekad – “manje smeta činjenica kakva su pravila, nego činjenica da ista uopće postoje”.³⁶ Četvrto, u postsocijalističkim zemljama temeljni ustavni izbor režima je u najvećem broju slučajeva pao s neba. Tranzicija iz socijalizma u rudimentarne oblike demokratskog kapitalizma uza svu anticipaciju i euforiju društvenih elita ipak nije bila ostvarena masovnom mobilizacijom. Sva nabrojena i druga zapažanja moguće je prevesti u jedan jedinstveni zaključak. Ustavotvorstvo u zemljama postsocijalizma

treba biti dugi produženi politički akt. Jedino se na taj način revolucija koja je dana na pladnju može transformirati ili *ostvariti* u temeljni izbor samog režima ili same države. Temeljni izbor liberalne demokracije, ono što je palo s neba, mora se sada spustiti na

³⁵ U okolnostima suvremene teorije i prakse ustavnosti jačanje sudbene vlasti putem konstitucionalizacije ima za posljedicu transformaciju političkog diskursa. Krucijalni forum u kojemu se odvija rasprava o najvažnijim pitanjima o kojima razmišlja jedno demokratsko društvo - a to su pitanja temeljnog kolektivnog identiteta, izgradnja države i društva, jačanje pravde, kontroverze oko promjene režima - postaju sudovi, napose ustavni sudove. Globalni trend prema juristokraciji je dio šireg procesa, a njegovi su zagovornici povezani sa snažnim socijalnim, i ekonomskim interesima. Iskazujući verbalnu podršku demokraciji oni zapravo pokušavaju odvojiti političko odlučivanje od mjena demokratske politike. V. šire kod **P. Bačić**, KONSTITUCIONALIZAM I SUDSKI AKTIVIZAM – USTAVNA DEMOKRACIJA IZMEĐU VLADAVINE VEĆINE I PROTUVEĆINSKOG RAZLOGA, Split 2009., doktorska teza izrađena pod mentorstvom prof. dr. sc. B. Smerdela), u tisku.

³⁶ **S. Holmes & C. Sunstein**, THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVISION IN EASTERN EUROPE, u RESPONDING TO IMPERFECTION-THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMANDMENT, **S. Levinson**, Ed., Princeton University Press, New Jersey 1995, p. 284

zemlju i na tome treba raditi politički, pokušavati i griješiti, savjetovati se i raspravljati, tražiti javnu podršku ukoliko je potrebno.³⁷

Tekuća promjena Ustava Republike Hrvatske prilika je za osvjetljavanje brojnih i složenih aspekata konstitucionalizma. Prije svega onih koji afirmiraju *pozitivni konstitucionalizam* koji Ustav uvijek prezentira kao instrument vlasti u smislu da su njegove odredbe izvor funkcioniranja demokracije i mobilizacije kolektivnih resursa za rješavanje kolektivnih problema. U ovom pravcu njegovala je zadaća da kreira ograničenu vladu koja će biti u stanju vladati u novim okolnostima društvenopolitičkog razvoja koji nacionalnu državu stavljaju pred preteške zadatke prilagodbe zahtjevima novog međunarodnog poretka. Ali otvoreni proces promjene Ustava je ujedno i još jedna prilika za razumijevanje onog aspekta konstitucionalizma kojega teorija označuje kao *negativni konstitucionalizam* i koji ustav sagledava kao negativno sredstvo u smislu instrumenta koji služi sprječavanju zloupotrebe vlasti. Međutim, i tada treba imati na umu kreativnu prirodu odredaba ustava, i to zato jer ustavne norme – “organiziraju novu praksu i generiraju nove mogućnosti koje drugačije ne bi ni mogle postojati.”³⁸ Vjerujemo da će Hrvatski sabor na najbolji mogući način iskoristiti još jednu priliku ustavotvornog djelovanja. U konkretnoj situaciji u kojoj se s razlogom predlaže daljnje emancipiranje sudbene grane vlasti trebali bi se ipak prisjetiti da se dioba i ravnoteža vlasti između grana demokratske političke vlasti i sudbene grane ostvaruje u procesu afirmiranja međusobnih kontrola i provjera a ne u njihovom izbjegavanju. U tom smislu podsjećamo da je smisao čl. 4. Ustava Republike Hrvatske dopunjenog prije deset godina upravo u kreativnom potencijalu suradnje i efikasne demokratske kontrole bez koje nema zbiljske odgovornosti nositelja svih grana državne vlasti a time ni zbiljske vladavine prava.

³⁷ Idem, p. 287

³⁸ S. Holmes, PASSIONS AND CONSTRAINTS: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY, Chicago, 1995p. 163

CONSTITUTIONAL CHANGES AND THE DILEMMAS OF CONSTITUTIONALISM

The need to develop constitutional mechanisms whose aim is to resolve fundamental relations in society demands the widest possible inclusion of all of society's active participants in the discussion on the need to adopt or revise the Constitution. The opening of every new round of constitutional changes is of great importance because it always unlocks certain new and important questions. The answers to those questions should be offered by state authority (policy) and civil society including science and its disciplines. In this paper, the author mentions several topics which are of interest in the current discussion on the significance of current constitutional changes for the future of the development of constitutionalism and democracy in the Republic of Croatia. These are above all topics of political and legal constitutionalism and suggestions linked to strengthening the independence of judicial powers. The author advocates consistent application of constitutional control and check mechanisms which exclude all insularity of judicial powers in relation to democratic control.

Key words: *constitutional changes constitutionalism, separation of powers, independent judicial powers, responsibility*