

Dipl. iur. Milan Franić, znanstveni novak
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

Arsen Bačić & Petar Bačić:
USTAVNA DEMOKRACIJA I SUDOVI – O TEORIJI I PRAKSI
ARTIFICIJELNOG PRAVNOG RAZLOGA, Pravni fakultet u Splitu,
Split, 2009., str. 432.

Knjiga *Ustavna demokracija i sudovi – O teoriji i praksi artificijelnog pravnog razloga*, autora prof.dr.sc. Arsena Bačića i dr.sc. Petra Bačića, podijeljena je na uvodni dio (str. 7.- 73.) i hrestomatiju (str. 74.-425.). Posebnu pažnju posvećujemo uvodnom dijelu, nastojeći ukratko prikazati ideje obrađene u pojedinim točkama.

U točki *Uvodna napomena* pojašnjava se doktrina *Sir Edwarda Cokea* o artificijelnom pravnom razlogu, u političkom (konfrontiranje ojačalog građanstva autoritetu monarha) i pravnom (konfrontiranje samosvjesnog suca uplivu političkog razloga u uređeni proces sudovanja) smislu te u kontekstu hrvatske državnopravne povijesti nakon 1990. godine (interesantna i daljnje analize vrijedna teza o uzročnoj vezi između dominacije političkog nad pravnim razlogom i prednosti državom zaokupljenog germanskog modela *Rechtsstaata* pred individualistički orijentiranim angloameričkim modelom *rule of law*).

U točki *Demokracija i sudbena vlast* problematizira se legitimnost sudova u širem kontekstu legitimnosti demokratskog poretka. Primjećuje se kako zahtjevi za jačanje demokracije znače baš snaženje pravnog razloga, koji se tako pozicionira u središte modernog i demokratskog sudovanja. U komunikaciji s demokratskim okruženjem transformiraju se sudske procedure, propisivanjem i sudskim prakticanjem demokratski inspiriranih postupovnih načela (pravo pristupa sudu, javnost rasprave, *fair trial*). S tim je povezan i temeljeni demokratski princip neovisnosti sudstva, kako od utjecaja dužnosnika koji vladaju, tako i od fluktuacije javnog mnijenja.

Točka *O diobi vlasti, mjestu i ulozi sudstva u tripartizmu demokratske vlasti* započinje uvodnim prikazivanjem klasične *Montesquieove* doktrine podjele vlasti, a slijedi izlaganje o problemu odnosa suda i zakonodavca te o ograničenosti pojma diobe vlasti.

U pogledu odnosa pravosuđa i zakonodavstva, ističe se postojanje nemalih komparativnih razlika u suvremenoj i historijskoj perspektivi, što uz partikularne političke okolnosti datog vremena i društva u stvarnosti *de facto* determinira konvencionalni *de iure* princip neovisnosti sudstva o drugim granama vlasti. Na razlikovanje pravosuđa kao elementa tripartitnog sustava vlasti i kao profesionalne državne djelatnosti nadovezuje se razlikovanje političke i profesionalne naravi pravosudne funkcije. Dok se politička očituje u diskrecijskoj ovlasti i interpretativnim ovlastima pravosudnih dužnosnika, profesionalna narav pravosudne funkcije

prevenira zlouporabu ove političke, otklanjajući tako opasnost od pretakanja sučevih političkih preferencija u formu sudskih odluka.

U pogledu ograničenosti pojma diobe vlasti, ukratko se iznose osnovne ideje suvremene kritike tradicionalne teorije o diobi vlasti, od učenja o ograničenjima diobe vlasti (*G. Marshall*) preko propitivanja diobe vlasti u svjetlu pitanja ustavne pravde (*T. R. S. Allan*).

Točka, *Sudbena vlast kao politički neutralna zona?* referira se na problem nepristranog i zakonitog rješavanja sporova kao sadržaja pravosudne funkcije, na dva modela ustavnog odgovora na promjenjive političke i ekonomske prilike, na odnos suca i propisa te na ulogu sudova u olakšavanju i legitimiziranju promjena režima.

Zakonito rješavanje sporova pretpostavlja njihovu prethodnu pravnu normiranost. Nepristranost zahtijeva izostanak osobnog zanimanja ili predrasuda na strani suca, kao i isključenje mogućeg utjecaja «iracionalnih» čimbenika. Primjećuje se interesantan paradoks povezan s problemom sudske nepristranosti, odn. neutralnosti. Dok je, s jedne strane, sudbena vlast konstantno u središtu političke rasprave, s druge pak strane politička pitanja dolaze pred sudove i suce kao javne kontroverze (primjer privatizacijskih zlouporaba, «tajkunizacije», ...).

U pogledu ustavnog odgovora na promjenu političkih i ekonomskih prilika, prepoznaje se razlika francuskog i angloameričkog modela. Dok prvi preferira zakonodavni odgovor na nastale promjene, drugi karakterizira snažnija uloga suda, što se obrazlaže pravno-tradicijskim razlikama i razlikama obzirom na vrste formalnih izvora prava.

U pogledu odnosa suca i propisa, izložen je konvencionalni princip vezanosti suca pozitivnim pravom, ublažen iznimkom odbijanja primjene «nepravdenih» pozitivnih propisa (propisi uspostavljeni revolucijom, državnim udarom ili drugim nelegitimnim sredstvima i sl.) pozivom na ustav ili supraustavne standarde pravde i poštenja.

Uloga sudova u olakšavanju i legitimiziranju promjena režima ocrтана je na primjerima odluka Vrhovnog suda SAD-a o desegregaciji i međurasnim brakovima (pozivom na politološka istraživanja *Murphy* i *Tanenhause* s kraja šezdesetih godina XX. stoljeća) te uloge ustavnog i redovnog sudovanja u promociji vladavine prava u postsocijalističkim demokracijama.

U točki, *Od demokracije do sudokracije?* izložena je reaktualizacija *Lambertove* ideje juristokracije odn. sudokracije u djelu suvremenih autora (*Hirschl, Stone Sweet, Ramseyer, Rasmusen*). Ovodobni zamah sudskog aktivizma locira se prvenstveno na polje ustavnog sudovanja, a uzroci mu se prepoznaju u dosezima interpretacije pisanog ustava. Posebno se ističe uloga shvaćanja o pravnoj obvezivosti preambule, (ustavno)sudske interpretacije temeljnih odredbi i načela, otkrivanja supraustavnih načela, kao i priznavanje utuživosti i pristupanja (ustavnom) sudu u pogledu sve većeg broja (ustavnih) prava. Aktivističko sudstvo provocira napad političkih grana vlasti. No, shvaćeno kao obrana individualnih prava protiv nadiranja državne vlasti, uživa sve veću potporu naroda.

Točka, *Ustavna demokracija između legalnog i političkog konstitucionalizma*, otvorena je elaboriranjem razlike između legalnog i političkog koncepta konstitucionalizma. Konceptu legalnog konstitucionalizma, koji u suštini demokratskog poretka vidi ustav kao normativnopravni akt, s pripadajućim mu svojstvima nadređenosti nad zakonskim izvorima, složenosti izmjene, utuživosti i konstitutivnosti za pravni i politički sustav, suprotstavljen je koncept političkog konstitucionalizma, koji apstrahira normativnopravnu narav ustava i ulogu sudovanja u korist političkog demokratskog procesa. Iz ove razlike proizlazi i opreka dvaju principa, populizma i profesionalizma sudstva i sudskog procesa, izložena u historijskoj perspektivi, a zaključena navodom o suvremenom ustavnom sudu kao ustavnoj instituciji koja «*nije ordinarni sud, niti je samo sud*» te o ustavnoj tužbi kao točki susreta i konflikta ustavnog i ordinarnog sudovanja, u smislu pravno zagwarantirane mogućnosti ustavnosudskog preispitivanja odluka ordinarnih sudova.

Točka, *Ustavno sudstvo kao jamac ustavnosti i zakonitosti*, uvodno se poziva na *Hartleyevo* učenje o modernoj revoluciji ljudskih prava u okrilju ustavne demokracije 20. stoljeća, zaključkom kako je kombinacija ideje višeg prava (načelo ustavnosti i zakonitosti) s idejom sudbenog odn. ustavnosudbenog nadzora zakonodavca prouzrokovala premještanje ultimativne vlasti s legislature na (ustavno) sudstvo. Nastavno, izlaže se o historijatu ideje kontrole ustavnosti zakona i o razlikovanju dvaju teorijskih modela ove kontrole (američki model *in concreto* kontrole od strane ordinarnih sudova, europski model *in abstracto* kontrole od strane ustavnog suda) te o njihovim varijacijama (mješoviti model kontrole od strane najvišeg ordinarnog suda, razlikovanje prethodne i naknadne kontrole).

Točka, *Ustavni sudac između legalnog razloga i političkog konflikta*, u optici američke tradicije i postsocijalističkih tranzicijskih iskustava, razrađuje problem pozicioniranja temeljnih načela sustava vlasti. Pitanje je doživljavaju li ovi temeljni principi svoje ključne definirajuće momente u pravnoj odn. (ustavno) sudskoj ili pak političkoj sferi.

S aspekta američke tradicije, iznosi se učenje *Cass R. Sunstaina*. Tezom o tome kako sudovi daju razloge, ali su ta načela skromne i niske razine, dok se visoko načelo generira upravo unutar političkih grana vlasti, *Sunstain* je „preokrenuo“ uvriježeno uvjerenje o političkim odlukama kao „nekompletno teoretiziranim odlukama o partikularnim rezultatima“ i o ustavnom sudu kao „principijelnom forumu“.

S aspekta postsocijalističkih tranzicijskih iskustava, pozivom na sveobuhvatnu analizu *Zdeneka Küna*, ističe se problem nasljeđenosti socijalističke predominantne uloge pisanog prava i tradicionalnog shvaćanja zakonitosti i uloge suca, s posljedičnim deficitom kreativne sudske argumentacije i marginalizacijom drugih izvora prava. Nastavno se referira na *Robertsov* i *Pribanov* prikaz tranzicijskih pravosudnih sustava, rastrganih sukobom tekstualnih promjena i poteškoća u prevladavanju starih običaja i praksi u novom institucionalnom okviru. U dijelu

koji se odnosi na hrvatsko iskustvo, prepoznat je fenomen judicijalizacije politike, karakterističan za moderne demokracije, a riječ je o nastojanju da se sudovi postupno uključe u proces rješavanja političkih prijepora. Zaključno, razlozi ovog fenomena iznalaze se u općem opadanju povjerenja u političke institucije, pri čemu se težište prebacuje s političkih na profesionalne elite, uslijed čega demokratske procedure „gube bitku“, a njihovu funkciju preuzimaju vrijednosno neutralno tržište i sudstvo.

Točka, *Demokracija i sudovi u razdoblju tranzicijske pravde u Republici Hrvatskoj (1990.-2009.)*, otvorena je općenitim podvođenjem problema postsocijalističke tranzicije pod kategoriju posebnog diskursa. Pozivom na *Rudi Teitel*, ističe se transformativna uloga prava u tranzicijskom procesu, koja je najuočljivija na polju vladavine prava, kaznenog pravosuđa i ustavnog sudovanja, a općenito smjera liberalizaciji države i društva. Nastavno, ukratko se detektiraju glavni problemi hrvatske pravosudne zbilje u tranzicijskom momentu (ovisnost sudstva o politici, faktička lustracija pravosudnih kadrova potpomognuta politički instrumentaliziranim djelovanjem DSV-a), a zaključuje se kako je predominacija političko-koruptivnog razloga rezultirala slomom sudbenog legitimiteta, što općenito ukazuje na snažnu potrebu jačanja legitimiteta sudstva i njegove funkcije u Hrvatskoj. Posebno na polju ustavnog sudovanja, ukazuje se na veliki raskorak između ustavnog teksta i zbilje tog vremena. Pasivnost u redovima ustavnih sudaca, u vidu suzdržavanja od konflikta s političkim institucijama, nije opravdala vjeru koju je ustavni tekst poklonio institucijama pravosuđa, a posebno instituciji Ustavnog suda, oblikujući ju kao snažno obrambeno sredstvo protiv svih mogućih iskušenja pred kojima bi se mogla naći hrvatska mlada demokracija.

U podtočki, *Kako suci mogu pridonijeti demokraciji i vladavini prava?*, nastavlja se referiranje na hrvatsko tranzicijsko pravosudno iskustvo. Navod kako „suci govore politički“ ilustrira se profesionalnom sudbinom splitskog suca (tadašnjeg) Vojnog suda koji je „odbio progovoriti politički“, izrekavši 1994. godine relativno visoko pozicioniranom pripadniku HV-a jedanaestogodišnju kaznu zatvora. Nakon što je, po pravomoćnosti presude, uslijedilo pomilovanje osuđenika od strane Predsjednika Republike, dotični sudac 1996. nije bio imenovan za suca Županijskog suda u Splitu. Pošto mu je, usvajanjem ustavne tužbe i vraćanjem predmeta na ponovno odlučivanje DSV-u, pružena ustavnosudska zaštita, na koju je čekao dulje od pet godina, imenovan je sucem Županijskog suda u Splitu (tek) 2002. godine.

Nastavno se, u općoj intonaciji, daje kratak kronološki i sadržajni nacrt znanstvene rasprave o tome odlučuju li suci najviših sudova prema vladavini prava ili svojim političkim preferencijama. Kao polazište, uzeto je tradicionalno-dogmatsko „arhetipsko interno stajalište“ o dedukciji presude iz općih pravnih normi (*Landgell*). Ovom se, u prvoj polovici prošlog stoljeća, suprostavilo eksterno stajalište američkog pravnog realizma (*Holmes Jr.*) o presudi kao reakciji na iskustvene stimulanse koji nisu pravnog sadržaja, da bi u pravnim teorijama nakon Drugog svjetskog rata načelno ponovno prevladale inačice internog stajališta, a

problematiku veze sudačkog odlučivanja i političkih preferencija sudaca preuzele političke znanosti.

Na općem planu, zaključuje se kako apstrahiranjem razlika u komparativnoj analizi pravosudnih sustava ostaje mjesta nemalim sličnostima. Kao bitna sličnost, barem u domašaju suvremenih demokracija zapadnog tipa, ističe se zahtjev predanosti ciljevima koji demokratsko okružje upućuje pravosuđu. Evolucijom ovog zahtjeva, u procesu ustavne socijalizacije demokratskih ciljeva i vrijednosti, tradicionalni konzervativizam sudaca sve više ustupa mjesto sudskom aktivizmu.

Na planu hrvatskog tranzicijskog iskustva (1990.-2000., 2000.-2009.), zaključuje se kako je, po obrascu evolucije postsocijalističkog tranzicijskog pravosuđa, na djelu polagan i dugotrajan proces prevaljivanja puta od (uske) „ideologije tekstualnog pozitivizma“ do kreativnijeg (ustavno)sudskog tumačenja temeljnih ustavnih vrednota. Ovo je stavljeno u kontekst krucijalne važnosti i problematičnosti pregovoračkog poglavlja o pravosuđu i ljudskim pravima. Na važnosti ovom poglavlju ne daju samo problemi hrvatske pravosudne zbilje, nego i važnost sudskih institucija u EU. Iako je neprijeporno kako osobitom strukturom EU izmiče tradicionalnim kategorijama ustavnopravne znanosti i teorije države, jednako je neprijeporna i njena bezuvjetna upućenost i ovisnost o sudovima.

U točki *Autori i ideje hrestomatije* daju se osnovni biografski i bibliografski podaci te se ukratko izlažu najznačajniji znanstveni doprinosi autora zastupljenih u drugom dijelu knjige.

Drugi dio knjige hrestomatija je sačinjena od prijevoda tekstova koje navodimo prema izvorniku, redosljedom kojim se pojavljuju u hrestomatiji:

Martin Shapiro : *Courst*, u Handbook of Political Science – Governmental Institutions and Processes, Vol. 5. Reading, Massachusetts 1975, p. 321-371

Mauro Capelletti: *Judicial Review in Contemporary World*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co. Inc., 1971

Alec Stone Sweet: *The Politics of Constitutional Rewiev in France and Europe*, I CON, volume 5, number 1, 2007., p. 69-92

Michael Mandel: *A Brief History of the New Constitutionalism, or „How we changed everything so that everything would remain the same“*, Israel Law Review, vol. 32, p. 275.-300.

Alexander M. Bickel: *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, Ch.1. Establishment and General Justification of Judicial Review, t. 3. *The Counter-Majoritarian Difficulty*, p.16-23, The Bobs – Merril Company Ltd., Indianapolis – New York, 1957.

Antonin Scalia: *Modernity and Constitutions*, u Constitutional justice under old constitutions, ed. by. E. Smith, Kluwert Law International, The Hague, p. 313-318

Peter Häberle: *Uloga i utjecaj ustavnih sudova iz komparativne perspektive*, predavanje na skupu Međunarodne udruge za ustavno pravo, Berlin, studeni 2005.

Lech Garlicki: *Constitutional courts versus supreme courts*, I CON, 2007, 5(1), p. 44-68

Michel Rosenfeld: *Comparing constitutional review by The European Court of Justice and U.S. Supreme Court*, I CON 4/2006, p. 618-651

Zdenek Kühn: *Worlds Apart. Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement*. 52 American Journal of Comparative Law 531 - 567 (2004)

Knjiga sadrži autorski i predmetni indeks (str. 427.-432.)

Nemali je doprinos ovog djela hrvatskoj pravnoj književnosti, kako u znanstvenom smislu, tako i u smislu iskoristivosti u nastavi, a što prepoznajemo (barem) u sljedećem:

- općenito, uvodni dio kratka je, samostalna i cjelovita znanstvena studija o široko postavljenom rasponu tradicionalnih i suvremenih problema (ustavnog) pravosuđa, pri čemu se pretežno referira na najnovija djela i suvremene autore;

- poseban je doprinos uvodnog dijela u obradi tranzicijske problematike hrvatskog (ordinarnog i ustavnog) sudovanja (1990.-2009.). Dotiču se tako teme poticajne za daljnju znanstvenu obradu, prvenstveno problem izrazite prisutnosti političkog momenta u hrvatskom pravosuđu posljednjeg desetljeća prošlog stoljeća, sa svim popratnim reperkusijama. Procjena je pisca ovog prikaza kako je malo učinjeno u pravnoznanstvenoj obradi ovog problema (izuzme li se plodan znanstveni skup „Hrvatsko pravosuđe – pouke i perspektive, u organizaciji HHO-a, listopad 2001.), pa je pristup ostao (gotovo isključivo) na razini (manje ili više pouzdanog) istraživačkog novinarstva;

- hrestomatijski dio ističe se širokim rasponom problemskog obuhvata te zastupljenošću autora kako angloameričke, tako i europskocivilne pravne tradicije.

- istaknuta je i nastavna iskoristivost knjige u sklopu kolegija ustavnopravnog, procesnopravnog i teorijskoprnog sadržaja.

Zbog svega navedenog lako je zaključiti kako je prikazana knjiga vrijedna posebne pozornosti, ne samo znanstvene, već i stručne javnosti.