

Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava

Miloš, Matija; Haidinger, Erik

Source / Izvornik: **Ljudska prava i pitanje identiteta: Zbornik radova sa znanstvenog skupa Ljudska prava i pitanje identiteta održanog 9. prosinca 2022. godine, 2022, 27 - 49**

Conference paper / Rad u zborniku

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:290145>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-10**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

2. Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava

MATIJA MILOŠ*, ERIK HAIDINGER**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.565.2:342.7

SAŽETAK Potaknut nedavno ponovno oživljenim kontroverzama o smislu postojanja Ustavnog suda Republike Hrvatske u domaćem ustavnom poretku, ovaj rad istražuje problem autonomije funkcije ustavnog sudovanja i uloge Ustavnog suda u osiguravanju te autonomije. Aktualnim je kritikama hrvatskog ustavnog suda, uz medijsku eksponiranost, zajedničko to što preispituju upravo samostalnost tog tijela kao utjelovljenja ustavnosudske funkcije. Neki kritičari temeljem ocjene takve autonomije traže i radikalni zahvat ukidanja Suda i prenošenja funkcije čiji je nositelj na redovnu sudsku vlast. Svrha je ovog rada istražiti vezu između navedenih kritika ustavnog sudovanja i problema identiteta ljudskih prava, tvrdeći da upravo potonji može poslužiti kao jedno sredstvo pri promišljanju autonomije trenutne organizacije funkcije ustavnog sudovanja. U tom se smislu prvo raspravlja problem autonomije ustavnosudske funkcije i locira njezinu kritiku u postojećoj domaćoj literaturi. Zatim se usmjeravamo na pitanje identiteta temeljnih prava i razrađujemo ga kao okvir opisa i procjene ustavnosudske autonomije. Posljednji dio rada prikazuje kako utjelovljivanje ustavnosudske funkcije u Ustavnom sudu ulazi u odnos s tim identitetom i kako to može dodatno opravdati postojanje ustavnog sudišta kao zasebnog tijela te pružiti osnovu za njegovu kritiku.

KLJUČNE RIJEČI identitet, ljudska prava, ustavno sudovanje, ustavni sud, ustavna teorija

1. UVOD

Odluka Ustavnog suda o ustavnosti dviju građanskih inicijativa posvećenih pandemijskim mjerama¹ uzburkala je duhove. Ona je bila povodom radikalnih kritika upućenih Ustavnom sudu, uključujući i prijedloge, već ranije isticane u

* **Dr. sc. Matija Miloš**, docent na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: matija.milos@pravri.uniri.hr

** **Erik Haidinger**, student Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: ehaidinge@student.uniri.hr

¹ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-2180/2022 od 16. svibnja 2022., Narodne novine br. 61/2022/888.

javnom prostoru,² da bi Sud trebalo ukinuti uslijed njegove pretjerane politiziranosti.³ Jednim su dijelom ove kritike sasvim sigurno akademski periferne utoliko što nisu izrečene u sklopu neke teorijske rasprave niti posežu za izvorima na koje bi se takva rasprava trebala osvrnuti. Njih puno više oblikuje afektivna reakcija na rezoniranje Suda u određenoj kontroverznoj epizodi hrvatskog političkog života. To ipak ne čini ove kritike nevažnima niti bi samo po sebi trebalo poslužiti njihovom nekritičkom odbacivanju. One tvore jedan legitimni dio političkog života države jer niti jedna vlast, pa tako niti ona utjelovljena u Ustavnom sudu, ne smije dograbiti imunitet od preispitivanja svojeg djelovanja u tom istom političkom životu.

Drugim se pak dijelom ove kritike dotiču jednog općeg obilježja rasprave o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, a to je uglavljenost njegovog smisla u opću obranu *funkcije* ustavnog sudovanja.⁴ Ustavno je sudovanje neophodno, uči nas postojeća teorija, zbog toga što osigurava vladavinu ustava. Predstavljajući instancu koja je specijalizirana za tumačenje najvišeg pravnog i političkog akta, ustavni sud kao utjelovljenje ustavnosudske funkcije stvara prostor autonomije ustavne politike od one uvjetno rečeno redovne, koja bi bila sklona uzeti ustavna određenja instrumentalno i podrediti ih svojim parcijalnim projektima.⁵ Tako piše i korifej suvremenog hrvatskog ustavnog sudovanja, Jadranko Crnić, svojom poznatom formulacijom naglašavajući mjesto ustavnosudske vlasti naspram drugih vlasti. Ustavnosudska vlast prema njemu „nije hijerarhijski“ nadređena

² <https://www.vecernji.hr/vijesti/jasna-omejec-poigravanje-s-temeljnim-ustavnim-institucijama-prerasta-u-opasan-drzavni-eksperiment-1050698> [pristup: 20. srpnja 2022.].

³ <https://n1info.hr/vijesti/raspudic-ustavni-sud-treba-ukinuti-i-ovlasti-prebaciti-na-vrhovni-sud/> [20. listopada 2022]; <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/milanovic-napao-ustavni-sud-ukinimoga-nema-razloga-postojati-nakon-ovog-ovo-je-drzavni-udar-foto-20220516> [pristup: 20. srpnja 2022.].

⁴ O razlici između funkcije i tijela vlasti vidi Sokol, S., Razlikovanje funkcija u državi i organizacija vlasti, u: Sokol, S.; Smerdel, B. (ur.) *Organizacija vlasti. Političke ideje, ustavni modeli, zbilja*, Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 4-11.

⁵ Barić, S., Ustav, ali najljepši: Premise kvalitete funkcioniranja ustavnog poretka i potrebe tekstualnih izmjena Ustava Republike Hrvatske, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavne promjene i političke nagodbe: Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 192.

zakonodavcu, izvršnoj vlasti niti sudovima, „niti je njihov dio u smislu ustrojstva državne vlasti, a ni u kom drugom smislu“.⁶ Pretpostavlja se da je središnje obilježje ustavnog sudovanja, a onda i Ustavnog suda kao njegove inkarnacije, upravo autonomija prema drugim institucijama i prema njihovom načinu i sadržaju ustavnog rezoniranja. Ako možemo tvrditi da te autonomije nema ili je ugrožena, možemo zagovarati reforme Suda kojom bi se osiguralo vjernije vršenje funkcije koja mu je povjerena. Međutim, ovo postavlja pitanje kako prepoznamo autonomiju koja odvaja jednu vlast od drugih u organizacijskom i svakom „drugom smislu“ te kako znamo da je ona ugrožena.

Dok su pojmovi sudskog aktivizma i sudskog suzdržavanja od uplitanja u političke probleme predmetom bogate domaće literature, pitanje autonomije ustavnog sudovanja daleko je slabije istraženo. Ono ipak nije istovjetno dihotomiji aktivizam-suzdržavanje, već je pretpostavka takvom djelovanju (ustavnih) sudova. Tome je tako već ukoliko razumijemo aktivizam, odnosno suzdržavanje od njega, kao izbor u pitanjima u kojima je takav izbor moguć.⁷ Zbog toga je izlišno raspravljati o sudskom aktivizmu ako nema prostora da se sudovi pokrenu i postave nasuprot postojećem stanju stvari ili da ga svojim nečinjenjem potvrde. Osim što nam ovo pokazuje već i leksičko određenje pojma „aktivizam“, koji podrazumijeva određeno vlastito djelovanje,⁸ to slijedi i iz postojećih teorija ustavnosudskog aktivizma. U tim teorijama središnju ulogu igra koncept političkog pitanja. Ustavnosudski se forumi moraju suzdržati ili barem suzdržanije nastupati prema problemima koji nose izražene političke konotacije, ma koliko teško bilo odrediti koji su to problemi i koliko uzdržavanja oni traže.⁹ Pojam političkog pitanja stoga pretpostavlja interakciju već relativno samostalnih sfera

⁶ Jadranko Crnić, *Vladavina ustava. Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina ili kako pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Informator, Zagreb, 1994., str. 3.

⁷ Bačić, P., Suvremeni konstitucionalizam i „nova“ dioba vlasti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 46, br. 4, 2009., str. 777.

⁸ Vidi Klaić, B., *Rječnik stranih riječi*, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 38. Zahvaljujemo kolegi Luki Brajkoviću što nam je skrenuo pozornost na ovu poantu.

⁹ Sokol, S., Ustavna interpretacija ustavnog suda u kontroli ustavnosti zakona, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 20.

pravnog i političkog ili, kao što piše Arsen Bačić, „demokracije i konstitucionalizma“.¹⁰ Prema Petru Bačiću, bitno je „s koliko slobode suci koriste svoje diskrecijske ovlasti“.¹¹ Autonomija se i tu pokazuje kao specifična pretpostavka sudskog aktivizma, teren na kojem se aktivizam i njegova alternativa mogu odigravati i bez kojega nemaju smisla.

Autonomiju ustavnog sudovanja bitno je dodatno raspraviti iz dva razloga. Prvo, kao što ćemo pokazati, kritike upućene Ustavnom sudu u svojoj su suštini usmjerene na preispitivanje upravo s obzirom na njegovu ulogu u ostvarenju samostalnosti ustavnosudske funkcije.¹² Nju se smatra nedostatno cijepljenom na dnevno-politička zbivanja i volju trenutno vladajućih političkih aktera. Vidjet ćemo da su s opravdanjem snaženja tog jaza već bile predložene određene promjene u ustrojstvu Ustavnog suda, poglavito u sustavu izbora njegovih članica i članova. Agresivna politička reakcija na odluke Suda o referendumima spomenuta na početku ovog uvoda ujedno predstavlja ekstremni i praktično slabo vjerojatni projekt reformiranja vršenja funkcije ustavnog sudovanja ne bi li se, njezinim prenošenjem na redovitu sudsku vlast, utjecalo na kvalitetu ustavnosudske politike. Drugo, argument iz ustavnosudske autonomije može se zloupotrijebiti na

¹⁰ Bačić, A., Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 27. Takva je jasna razlika vidljiva, primjerice, iz Sokolovog nastojanja da razlikuje više i manje politička pitanja na koje ustavni sudovi vođeni vladavinom prava trebaju reagirati s većim, manjim ili nikakvim posebnim aktivizmom, Sokol, *op. cit.* (bilj. 9) str. 20-21. Zamišljene uloge „pozitivnog“ i „negativnog“ zakonodavca prate ovakve rasprave te se od ustavnih sudova očekuje da se u najmanju ruku klone uloge pozitivnog zakonodavca, to jest, predstavničkog tijela, Brewer-Cariás, A., *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011., str. 33.

¹¹ Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 776.

¹² Iz opsega ovog rada isključeni su prijedlozi reforme ustavnog sudovanja koji se dotiču preopterećenosti Suda pojedinim vrstama predmeta, odnosno neoptimalnog uređenja njegovih nadzornih ovlasti, vidi npr. Omejec, J., O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, u: Bačić, A. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2009., str. 46. Iako se i ti prijedlozi dotiču ostvarivanja autonomije funkcije ustavnog sudovanja, u ovom nas radu zanimaju prvenstveno oni prijedlozi i kritike koji za svoju metu imaju autonomiju kao temeljnu pretpostavku ustrojstva te funkcije. S druge strane, prijedlozi kojima se ovdje ne bavimo teže povećanju kvalitete njezinog vršenja.

način da se, pod egidom snaženja kvalitetnog djelovanja ustavnog sudišta, provede reforma kojom se može obesnažiti ustavno sudovanje kao funkciju. Iako takva nastojanja u vrijeme pisanja ovog rada nisu razvila utjecaj u Republici Hrvatskoj, to što ona predstavljaju sastavni dio djelovanja dominantnih političkih opcija u nekim drugim državama članicama Europske unije¹³ daje nam razloga za oprez. Jasno je da puka teorija ne može biti apsolutna brana takvim pojavnostima, čak i ako se ustavno sudište odluči „suprotstaviti nasilnicima“,¹⁴ ali ona ipak može poslužiti kao dodatno sredstvo razlučivanja utemeljenih kritika od onih koje, iako zakrivene naizgled opravdanim razlozima, dugoročno žele samo na scenu postaviti jednu političku arbitrarnost kako bi je mogle zamijeniti vlastitim viđenjem proizvoljnog. U tom je svjetlu bitno kako ustavnopravno artikulirati i omeđiti autonomiju funkcije ustavnog sudovanja tako da čim manje može poslužiti kao sredstvo arbitrarne političke manipulacije.

Naš je doprinos u ovom radu dvostruk. Prvo, neposredno skiciramo ustavnosudsku autonomiju kao specifičan problem ustavnog sudovanja. Drugo, razrađujemo pojam identiteta ljudskih prava kao heurističko sredstvo koje omogućuje opis i procjenu doprinosa Ustavnog suda samostalnosti ustavnosudske funkcije. Pokazat ćemo kako takva argumentacija može dodatno opravdati postojanje Suda i uz klasične argumente o važnosti očuvanja funkcije koju vrši. Osim toga, ovo čitanje autonomije može biti izvor utemeljene kritike ustrojstva i djelovanja ustavnog sudišta, uslijed čega se može razlučiti ustavnopravno utemeljene prigovore od onih kojima bi se, pod egidom snaženja kvalitetne ustavnosudske politike, zapravo moglo oduzeti žalac ustavnom sudovanju kao funkciji.

Prvi se dio rada posvećuje propitivanju ustavnosudske autonomije. Prikazujemo kritike koje su u domaćoj literaturi do sada upućene Ustavnom sudu i naglašavamo njihovu usku vezu upravo s problemom autonomije ustavnog sudovanja kao

¹³ Sajó, A., *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021., str. 67.

¹⁴ Yaniv, R., Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 29, br. 2, 2020., str. 327-366.

funkcije. Drugi se dio rada zatim usmjerava na koncept identiteta ljudskih prava te pruža razloge zbog kojih upravo iz njegove vizure možemo opisati i cijeliti djelovanje Ustavnog suda u očuvanju autonomije funkcije ustavnog sudovanja. Treći dio rada konačno daje čitanje hrvatskog ustavnog sudišta upravo iz te perspektive, pokazujući zašto identitet ljudskih prava podupire postojanje odvojenog ustavnosudskog foruma, ali i kako iz perspektive takvog koncepta možemo kritizirati ostvarenje ustavnog sudovanja. Time se zaključno pokazuje kako temeljna prava, osim što služe uređenju odnosa građana i vlasti, mogu informirati naše razmišljanje o strukturama vlasti.

2. PROBLEM AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Kao što smo istaknuli u uvodu, hrvatskoj literaturi nisu strane rasprave o sudskom aktivizmu. Literatura je posvećena kako aktivizmu u usporednoj perspektivi¹⁵ tako i ocjeni (nedovoljno) aktivističkog postupanja hrvatskog ustavnog suda u pojedinim primjerima ili u nizu slučajeva.¹⁶ U postojećim je raspravama slabije zastupljen problem autonomije, kojega smo uvodno branili kao specifično pitanje ustrojstva i djelovanja ustavnog sudovanja. Preciznije bi bilo tvrditi da se njega ne raspravlja direktno, već je podloga dijela domaće literature koji predlaže promjene u ustrojstvu i djelovanju Ustavnog suda Republike Hrvatske. U ovom dijelu rada

¹⁵ Primjerice, Arlović, M., Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 51, br. 1, 2014., str. 1-26.; Bačić, A., O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, *Politička misao*, Vol. 35, br. 2, 1998., str. 94-114.; Bačić, P., Parlamentarni suverenitet i izazovi sudskog aktivizma u Ujedinjenom Kraljevstvu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 60, br. 5, 2010., str. 1109-1134.; Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 747-779.; Bačić, P., Ustavna demokracija i sudska uzurpacija ustava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 46, br. 3., str. 585-600.; Bačić, P., Zakonodavna supremacija i sudski aktivizam u SAD-u, *Politička misao*, Vol. 25, br. 2, 2009., str. 7-30.; Podolnjak, R., Američki Vrhovni sud kao politička institucija: Slučaj Bush v. Gore, *Pravni vjesnik*, Vol. 19, br. 1-2, 2003., str. 285-324.

¹⁶ Primjerice, Gardašević, Đ., Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud Republike Hrvatske, u: Bačić, A. (ur.), *Konstitucionalizacija demokratske politike*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 85-110.; Horvat Vuković, A., Referendum narodne inicijative 2013. – ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma, u: Podolnjak, R.; Smerdel B. (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji*, Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb, 2014., 149-177.; Podolnjak, R., Ustavni sud, izborne jedinice za izbor zastupnika u Hrvatski sabor i načelo jednakosti biračkog prava, *Informator*, br. 5934, 2011., str. 6..

prvo ocrtavamo elementarne konture autonomije ustavnog sudovanja koristeći djelo Hansa Kelsena, a zatim pokazujemo kako takva autonomija figurira u domaćoj literaturi. Time ćemo pružiti jasnije određenje problema koji je predmetom ovog rada.

Autonomija čini važan dio Kelsenove obrane ustavnog suda, i to u dva smisla. Kelsen je očekivano vidi kao središnji preduvjet samostalnog značaja ustava. Primjećujući da vladajuće političke snage njegovog vremena ne dopuštaju snaženje institucija koje bi osiguravale ustavnost zakona i podzakonskih pravnih izvora,¹⁷ Kelsen brani ustavne sudove koji bi „dali zube“ tvrdnji da je ustav najviši pravni akt države.¹⁸ Tu bi autonomiju temeljnog akta ustavni sudovi osiguravali ovlašću ocjene apstraktne pravne norme, i to takvo odlučivanje koje će biti centralizirano i apstraktno, omogućujući odvajanje pitanja ustavnosti od pojedinačnih slučajeva u kojima bi sporne pravne norme mogle biti primijenjene.¹⁹ Ustav se na taj način ne čini autonomnim samo u odnosu na značenje koje mu pridaju druge grane vlasti ili bilo koji drugi subjekti koji su u mogućnosti tumačiti ga, već i u odnosu na činjenice konkretnih slučajeva, koje u glavnini ostaju ograničene na postupke pred pravosudnim tijelima. Da bi to bilo moguće, bitna je autonomija ustavnog sudovanja i u drugom smislu, odnosno neovisnost samog ustavnog suda od zakonodavne i izvršne vlasti.²⁰ Bez toga je i njegovo djelovanje u osiguravanju autonomije ustava potpuno iluzorno.

Usprkos svojoj važnosti, autonomija ustavnosudske funkcije igra krajnje ograničenu ulogu kao normativno mjerilo uređenja strukture ustavnog suda i njegovih ovlasti. Kelsen ne smatra da ona nameće posebna pravila vezana za izbor članova suda kao niti za sastav tog tijela općenito.²¹ Samo povjeravanje specifične uloge „negativnog zakonodavca“ ustavnom sudovanju čini praktički nebitnim način na koji se sud kao nositelj te uloge formira. Negativni je zakonodavac,

¹⁷ Kelsen, H., *The Nature and Development of Constitutional Adjudication*, u: Vinx, L. (ur.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015., str. 25.

¹⁸ *Ibid.*, 27-28, 69.

¹⁹ Kelsen, *op. cit.* (bilj. 17), str. 40.

²⁰ *Ibid.*, str. 47.

²¹ *Loc. cit.*

ustavni sud, „u vršenju svoje funkcije (...) sadržajno predodređen ustavom“.²² On, kao i svaki drugi sud, „uglavnom primjenjuje pravo“, vršeći „istinsko presuđivanje“, zbog čega ga treba organizirati kao i bilo koji drugi sudski organ.²³ Budući da je toliko vezan vlastitom funkcijom, ona će usmjeravati članove suda i bez obzira kako su imenovani. Autonomija tijela jednostavno slijedi iz obilježja funkcije koju vrši. Za razliku od ustavnog suda, pozitivni je zakonodavac, parlament, u pravilu ograničen samo postupkom usvajanja odluka, dok su sadržajna ograničenja rijetka te se svode na „opća načela, smjernice, i tome slično“.²⁴ (Ustavni) sudovi po samoj svojoj zadaći nisu u istoj situaciji.

Uloga negativnog zakonodavca kako je Kelsen zamišlja zapravo je rezultat izdvajanja ustavnosudske vlasti od one zakonodavne, što i sugerira sintagma koja pridjev „negativan“ postavlja između ustavnog sudovanja i usvajanja zakona. Ipak treba primijetiti da takvo podizanje zida između ustavnog sudovanja i zakonodavstva ne otklanja u potpunosti takozvanog pozitivnog zakonodavca. Kelsen na jednom mjestu tako tvrdi da se uloga pozitivnog zakonodavca kod ustavnih sudova „povlači jako daleko u pozadinu“.²⁵ Pitanje je koja je to pozadina naspram koje negativna zakonodavna uloga djeluje i što za nju znači to što pozitivna zakonodavna uloga ustavnog sudovanja zapravo nikada nije u cijelosti odsutna sa scene, već je smještena „daleko u pozadinu“. Iako se ovaj problem može promatrati kroz prizmu sudskog aktivizma, značajan je i za autonomiju stoga što pokazuje da je i Kelsen bio svjestan poroznosti razlike između ustavnog sudovanja i zakonodavne vlasti na kojoj je ipak gradio ostvarenje samostalnosti ustavnog sudovanja.

Za razliku od Kelsena koji je mogao samo nastojati predvidjeti kako će se ustavnosudska funkcija razvijati, suvremeni teoretičari, pa tako i oni hrvatski,

²² *Loc. cit.*

²³ *Loc. cit.* Kelsen je smatrao da vršenje zakonodavne vlasti nije čin stvaranja prava u odnosu na ustav, uslijed kojega bi zakon sam stvarao standarde vlastite valjanosti, već je primjena ustava. Zakon „stvara pravo“ samo u odnosu na podzakonske akte. Budući da je u Kelsenovoj perspektivi on u odnosu na ustav tek puka primjena postojećeg prava, moguće je zamisliti ustavni sud koji će moći provjeravati valjanost te primjene i istovremeno neće uzurpirati ovlasti predstavničkog tijela, *ibid.*, str. 24.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ *Ibid.*, str. 47.

uživaju bitno iscrpniju usporednu i vremensku perspektivu. Dok je Kelsen pretpostavljao da će ustavni sudovi primjenjivati pravne standarde koji će u najvećoj mogućoj mjeri biti predodređeni temeljnim aktom, suvremene institucije posvećene ustavnom sudovanju štite standarde čiji sadržaj nije iscrpno kodificiran. Nije tu riječ samo o temeljnim pravima, već i o konstruktima poput „osnovne strukture“ temeljnog akta, „ustavnog identiteta“ i srodnim konceptima koje nije jednostavno uklopiti u pozitivističku jurisprudenciju.²⁶ U tim uvjetima ustavni suci ne ostaju tek pri primjeni prava, već vrlo kreativno nastupaju u interpretaciji temeljnog akta, pravnim rasuđivanjem otkrivajući nove vrijednosno utemeljene standarde i aktivno sudjelujući u djelovanju pozitivnog zakonodavca.²⁷ Razlika između pozitivnog i negativnog zakonodavca postala je u bitnome problemom sudskog aktivizma te je veći naglasak stavila na autonomiju demokratskih procesa naspram nadzora ustavnosti,²⁸ a specifično pitanje autonomije ustavnog sudovanja ostavljeno je po strani. Podrazumijeva se da su njegovi zahtjevi zadovoljeni ukoliko se adekvatno uredi postupak izbora ustavnih sudaca kao i njihov položaj.

Autonomija ustavnog sudovanja u hrvatskoj se literaturi pojavljuje uglavnom u spomenutim suvremenim konturama, svedena na problem uređenja izbora sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske kao i na reguliranje njihovog položaja.²⁹ Ističe se pritom da je upravo proces imenovanja sudaca presudan za otklanjanje svakolikog interesnog pogodovanja koje bi moglo ugroziti autonomiju Ustavnog

²⁶ Horvat Vuković, A., „U ime ustava“ – materijalne granice promjene ustava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65, br. 3-4, 2015., str. 481-503.; Kostadinov, B., Ustavni identitet, u: Bačić, A. (ur.), *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske: okrugli stol održan 16. prosinca 2010. u palači HAZU u Zagrebu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2011., str. 305-337.; Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 12), str. 32.

²⁷ Primjerice, vidi Stone Sweet, A., *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

²⁸ Smerdel, B., Kriza Ustavnog suda: narav pogibelji i znanstveni odgovor – Prijedlog ustavno utemeljenog rješenja obnove Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Hrvatska pravna revija*, Vol. 16, br. 3, 2016., str. 5.

²⁹ Vidi, primjerice, Arlović, M., O nezavisnosti ustavnog suda i njegovih sudaca, *Pravni vjesnik*, Vol. 29, br. 3-4, 2013., str. 2-27.

suda.³⁰ Obično se kao središnji prostor upliva takvih pogodovanja naglašava otvorena mogućnost reizbora ustavnih sudaca i sutkinja, uslijed čega trenutni članovi Suda imaju poticaj odmjeravati svoja mišljenja kako se ne bi zamjerali političkim akterima o kojima im ovisi novi mandat.³¹ Kako tumačenje temeljnog akta definitivno nije tek primjena dobro razrađenih pravnih mjerila, Ustavni sud ima i prostor za takvo kalkuliranje kojim se zapravo ugrožava smisao autonomije Ustava kao i samostalnost Suda naspram drugih grana vlasti.

Problem reizbora prikazuje temu koja prožima i sve druge prijedloge za reformom načina popunjavanja sastava Suda, a to je problem osmišljavanja postupaka kojima bi se prostor političkih kalkulacija pri formiranju sastava Ustavnog suda sveo na ograničenu mjeru i time osnažilo autonomiju tog tijela. Dvotrećinska većina potrebna za izbor svakog pojedinog člana i članice Suda krunska je mjera u tom pogledu, jer prisiljava većinske i manjinske političke opcije na veći stupanj suglasnosti o popunjavanju svakog pojedinog mjesta pri ustavnom sudištu. Međutim, taj isti problem ograničavanja političke arbitrarnosti prepoznaje se i u drugim prijedlozima koji, za razliku od zahtjeva dvotrećinske većine, još nisu dijelom pozitivnog prava. Dostatno je osvrnuti se na Podolnjakov opširan popis poželjnih promjena u načinu izbora i položaju ustavnih sudaca. Namjeru otklanjanja prostora političkoj arbitrarnosti možemo pripisati mjerama poput osiguravanja ovlasti predlaganja sudaca koja bi pripala Ustavnom sudu slučajju da se u Hrvatskom saboru ne postigne dogovor, osiguravanje određene kvote za suce najviših sudova, kao i paran broj sudaca koje se može ravnomjerno rasporediti između političkih opcija i time barem donekle neutralizirati potrebu za prevagom jednih naspram drugih.³² Značajno je da se sve te mjere izvode iz usporednog

³⁰ Antić, T., Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 1, 2015., str. 50-51.

³¹ Lauc, Z., Novo uređenje statusa sudaca Ustavnog suda: od načina izbora do materijalnih osnova njihova rada, u: Bačić, A. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2009., str. 317.; Podolnjak, R., Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 57, br. 3, 2007., str. 556.

³² Podolnjak, R., Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske dvotrećinskom većinom zastupnika Hrvatskog sabora i promjena Ustava, *Informator*, br. 5818, 2009., str. 6-7.

iskustva, a usmjerene su upravo na osiguravanja autonomije ustavnog sudišta od suvišnih političkih utjecaja.

Kao što je u uvodu istaknuto, u vrijeme pisanja ovog rada pojedini su politički akteri i komentatori počeli isticati i ekstremne mjere preustroja ustavnog sudovanja kao funkcije. Njihovi argumenti, iako ustavnopravno uglavnom periferni, pokazuju slabosti autonomije kao čisto proceduralne ideje koju se može popuniti tek usporednim uzorima. U odsustvu vlastitog sadržaja, autonomiju je moguće odmaknuti od usporednog prava i popuniti političkim gledištima koja je ocjenjuju ugroženom i pružaju osnovu za radikalne mjere. Tako je i prema spomenutim kritičarima djelovanje Ustavnog suda toliko sklono politiziranju da bi Sud trebalo ukinuti i njegovu funkciju prenijeti redovnoj sudbenoj vlasti.³³ Jasno je da se naspram takvih prijedloga može inzistirati na potrebi očuvanja izbora kojemu je ustavotvorac bio privržen još prije osamostaljenja Republike Hrvatske, kada je ustavno sudovanje povjereno Ustavnom sudu kao zasebnom tijelu.³⁴ Ipak, sama ideja autonomije ustavnog sudovanja, kakvom je poznaje trenutna literatura, nije protivna prenošenju funkcije Suda na redovnu sudsku vlast sve dok je to prenošenje takvo da osigurava jamstva neovisnog ustavnog sudovanja. Bez obzira što se takav zahvat ne može izvesti jednim referendumskim pitanjem, kako to smatra Puhovski,³⁵ takva vrsta preustroja stoga nije niti sasvim nezamisliva.

Iako je Kelsen smatrao da zahtjev autonomije ne postavlja nikakve posebne zahtjeve pred ustrojstvo ustavnih sudova, držeći da je riječ o „političkim

³³ <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/milanovic-napao-ustavni-sud-ukinimo-ga-nema-razloga-postojati-nakon-ovog-ovo-je-drzavni-udar-foto-20220516> [pristup: 20. srpnja 2022.].

³⁴ Arlović, M., Međudnos između pozitivnog i negativnog zakonodavca u Republici Hrvatskoj, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 3-4, 2015., str. 244.; Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 12), str. 35.

³⁵ <https://net.hr/danas/hrvatska/moze-li-se-uopce-ukinuti-ustavni-sud-24ffa398-d766-11ec-b0b6-625f77fa319f> [20. srpnja 2022.]. Tome je tako jer nije moguće jednim zahvatom ukinuti Sud i prenijeti njegove zadaće, primjerice, Vrhovnom sudu. U najmanju je ruku potrebno predvidjeti koja će ustrojbeni jedinica u Vrhovnom sudu odlučivati o ustavnopravnim pitanjima i kako će se njezini članovi imenovati. To traži odlučivanje o nizu odvojenih pitanja i o različitim pravnim aktima koje niti uz najveću vještinu nije moguće uklopiti u jedno pitanje na koje se može odgovoriti s „da“ ili „ne“, odnosno „za“ ili „protiv“.

razmatranjima³⁶, vidimo da se danas i ta politička razmatranja nastoji staviti pod kontrolu ali da se ona u Hrvatskoj i kontinuirano nastoje oteti granicama. Pitanje je radi li se o problemu na koji se može nešto drukčije ustavnoteorijski intervenirati. Uostalom i sâm je Kelsen tvrdio kako bi se „specifičan dizajn ustavnog suda morao prilagoditi osobitostima ustava o kojima je riječ“.³⁷ Međutim, on ne objašnjava koje bi to „specifičnosti“ ovdje bile u igri. Nije jasno niti je li na umu imao samo formalni ustav u osnovnom smislu ili neko prošireno shvaćanje tog akta. U osnovnom bi smislu ustav uređivao tek pravila uređenja države, posebno zakonodavca i zakonodavnog postupka te, eventualno, vrhova izvršne vlasti.³⁸ Ustav u širem smislu može obuhvaćati i sadržajna predodređenja zakona, što uključuje i temeljna prava.³⁹ Nije moguće da je Kelsen mislio tek na pozitivističko viđenje ustava kao vrha piramide izvora prava, jer takav položaj temeljnog akta nikako ne predstavlja „specifičnost“ koja bi mogla posebno uvjetovati ustavne sudove u pojedinim jurisdikcijama. Naprotiv, Kelsen baš i određuje vrhovni položaj ustava kao karakteristiku koncepta koja ne ovisi o posebnostima jedne države i koja može eventualno varirati u svojem odnosu prema međunarodnom pravu.⁴⁰ Konačno, čak i ako zanemarimo ovaj problem određivanja relevantnih posebnosti, otvoreno je pitanje što bi one točno mogle zahtijevati od uređenja ustavnih sudova i tko je nadležan za utvrđivanje njihovog značaja. Dvostruki zahtjev autonomije ustava i ustavnog sudovanja možda bi mogao poslužiti kao nit vodilja u tome. U nastavku ćemo pokazati da se taj zahtjev može, osim usporednim iskustvom, konkretizirati i promišljanjem identiteta ljudskih prava.

3. IDENTITET LJUDSKIH PRAVA: INSTRUMENT PROMIŠLJANJA AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Faraguna pokazuje da je „identitet“ koncept kojemu se u javnom pravu posvećuje puno prostora.⁴¹ Za ustavnu je teoriju u tom smislu posebno bio bitan ustavni

³⁶ Kelsen, *op. cit.* (bilj. 17), str. 47.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, str. 28.

³⁹ *Ibid.*, str. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, str. 26.

⁴¹ Faraguna, P., Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?, *German Law Journal*, Vol. 18, br. 7, 2017., str. 1618.

identitet. U literaturi nalazimo dva osnovna pravca problematizacije tog koncepta. Jedan predstavljaju teoretičari kao što su Gary Jacobsohn i Michel Rosenfeld, koji ustavnom identitetu pristupaju poglavito deskriptivno, koristeći ga kako bi postavili teorije o ustavnom subjektu, odnosno o prepoznavanju i promjeni središnjih značenja ustava u pojedinim državama.⁴² Osim njih, postoje i teoretičari koji iz koncepta izvode izražene normativne posljedice, posebno u teorijama neustavnog ustavnog amandmana. Roznai je istaknuti primjer ove struje, koja u identitetskoj jezgri ustava nalazi pitanja koja se ili uopće ne može mijenjati promjenama temeljnog akta ili je promjena moguća samo pod iznimnim uvjetima.⁴³ U hrvatskoj literaturi dominira upravo ovaj drugi, poglavito normativni pristup, posebno razvijen pod utjecajem prakse hrvatskog ustavnog suda koji je i sâm usvojio ovlast neustavnog ustavnog amandmana.⁴⁴

Naš je cilj u ostatku rada koristiti obje struje literature o ustavnom identitetu kao inspiraciju za postavljanje dvaju užih pitanja vezanih za našu temu. Umjesto da se pitamo o odnosu (ustavnog) identiteta i ljudskih prava, prije svega želimo opisati što bi to bio identitet temeljnih prava u okviru hrvatskog konstitucionalizma. Zatim se, u sljedećem dijelu rada, oslanjamo na prikaz identiteta ljudskih prava kao normativni sadržaj za autonomiju ustavnog sudovanja i procjenu djelovanja Ustavnog suda Republike Hrvatske naspram te autonomije. Time ćemo pokazati kako se koncept autonomije može osloniti na posebnosti hrvatskog ustava na način koji pruža određene normativne okvire bez da istovremeno u cjelini istiskuje svaku kritiku i moguću promjenu u načinu na koji je ustrojeno vršenje ustavnog sudovanja.

Prije svega se čini važnim istaknuti zašto bi „identitet ljudskih prava“ uopće bio relevantan za autonomiju ustavnog sudovanja. Već smo ranije vidjeli da je Kelsen pretpostavljao kako će ustavni sudovi primjenjivati ustavom relativno dobro

⁴² Rosenfeld, M., *The Identity of the Constitutional Subject: Subject, Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Oxon, 2010.; Jacobsohn, G. J., *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Cambridge, 2010.

⁴³ Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017., str. 148-150.

⁴⁴ Vidi, primjerice, Gardašević, Đ., *op. cit.* (bilj. 16); Horvat Vuković, *op. cit.* (bilj. 26); Horvat Vuković, *op. cit.* (bilj. 16).

definirane pravne standarde. U suvremenim su ustavima neizostavni dio tih standarda temeljna prava koja se njima jamče. Konstitucionalizam je danas u bitnome vrijednosno orijentiran, toliko da se tvrdi kako su najviše vrednote ustavnog poretka „jezgra dobrog i ispravnog“ bez kojih bi pravo kao sredstvo uređenja međuljudskih odnosa postalo svrhom samo sebi, jezik moći načelno sposoban neograničeno djelovati na svoje subjekte.⁴⁵ Uslijed takvog usmjerenja, sudovi su u mnogim državama postali bitnim akterima u tumačenju temeljnih prava kao dijela vrijednosne jezgre ustava,⁴⁶ a rasprava o tome koliko je to poželjno pretače se u dobro poznati rasjed između pravnih konstitucionalista, sklonih angažiranim (ustavnim) sudovima te onih političkih, koji puno veću vjeru polažu u političke grane vlasti, posebno zakonodavno tijelo.⁴⁷ Budući da Kelsen nije pisao svoju razradu autonomije ustavnog sudovanja u uvjetima koje su karakterizirali ustavni sudovi toliko oslonjeni na vrijednosnu komponentu ustava, čini se uputnim promisliti kako se ideja autonomije odnosi baš prema temeljnim pravima kao redovitim izvorima argumentacije pred ustavnim sudištima. Hrvatski je slučaj dobra prilika za to zbog toga što naš temeljni akt daje izniman značaj upravo najvišim vrijednostima pravnog poretka, kodificiranim u njegovom trećem članku, kao i temeljnim pravima, koja dominiraju njegovim sadržajem.⁴⁸

⁴⁵ Tamanaha, B. Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006., str. 215.

⁴⁶ Petar Bačić tako ističe kako se smatra da su ljudska prava „sinonim modernih koncepcija ustavnodemokratske države“, Bačić, *op. cit.* (bilj. 7) str. 772.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 773.; Crnić, J., *Vladavina ustava. Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina ili Kako pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Informator, Zagreb, 1994., str. 104. i 109.; Bellamy, R., Political constitutionalism and the Human Rights Act, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, br. 1, 2011., str. 90.

⁴⁸ Ustav Republike Hrvatske, 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), Narodne novine br. 5/2014 Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (u daljnjem tekstu: Ustav RH), čl. 3 i glava III. O važnosti aksioloških osnova Ustava te temeljnih prava u hrvatskom konstitucionalizmu vidi Bačić, A., Prava izgubljena u tranziciji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 42, br. 1-2, 2005., str. 8.; Bačić, A., Ustav Republike Hrvatske i najviše vrednote ustavnog poretka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 49, br. 1, 2012., str. 10-17. Vidi i odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-III-1451/2015 od 9. travnja 2015., Narodne novine br. 44/2015-899, para 40.1.

Rasprava između pravnih i političkih konstitucionalista podsjeća nas da temeljna prava u sklopu vladavine ustava, neovisno o svojoj nedvojbenoj važnosti, nemaju nužno ulogu koju je moguće jednoznačno opisati. Ona mogu biti resursom sudskog djelovanja, ali isto tako i poticaj i okvir većinske politike, oblikovane u političkim granama vlasti.⁴⁹ Način na koji ih se poima ujedno se može razlikovati, ne samo od institucije do institucije, već i između građana i vlasti, kao i između pojedinih građana i skupina građana.⁵⁰ Njihova pretpostavljena univerzalnost stalno ostaje u odnosu napetosti s potrebom da ih se učini praktičnom stvarnošću u poprilično lokalnim kontekstima.⁵¹ Ona su politična te njihovo mjesto i uloga u ustavnom poretku ne moraju pratiti pravnu fiksiranost.⁵² Pravници na to nisu uvijek osjetljivi, jer u pravu se prvenstveno bavimo ograničenjima temeljnih prava. Ona pak uvijek moraju biti relativno strogo uređena kao iznimka od pravila.⁵³ Pravilo je u glavnini sloboda nositelja određenog prava da svojim djelovanjem konkretizira njegov sadržaj. Ovo djelovanje, sve dok ne potpadne u predmet ograničenja, može promaknuti pravnoj perspektivi.⁵⁴ Zato pravno viđenje prava

⁴⁹ Ova je tvrdnja samorazumljiva, a potvrđuju je i različiti standardi ustavnosudskog nadzora temeljnih prava, koji potvrđuju da se razrada sadržaja tih jamstava nikada ne svodi samo na djelovanje sudova ili političkih grana vlasti, već na njihov različito odmjeren međudnos. Osnovno o različitim standardima ograničenja u američkom pravu vidi u Gardašević, Đ., *Pojam temeljnih prava i Ustav Republike Hrvatske*, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavi i demokracija. Strani utjecati i domaći odgovori*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012., str. 297. Vidi i Tratar, B., *Objektivne funkcije ljudskih prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 2, 2015., str. 30.

⁵⁰ Nicholson, M., *Majority Rule and Human Rights: Identity and Non-Identity in SAS v France*, *Northern Ireland Quarterly*, Vol. 67, br. 2, 2016., str. 116.

⁵¹ Al Tamimi, Y., *Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law*, *Social & Legal Studies*, Vol. 27, br. 3, 2018., str. 286; Subotić, J., *Stories States Tell: Identity, Narrative, and Human Rights in the Balkans*, *Slavic Review*, Vol. 72, br. 2, 2013., str. 326.

⁵² Rodin, S., *Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu*, *Politička misao*, Vol. 34, br. 1, 1997., str. 113. Šire u Goodhart, M., *Human Rights and the Politics of Contestation*, u: Goodale, M. (ur.), *Human Rights at the Crossroads*, Oxford University Press, Oxford, 2013., str. 31-44.

⁵³ Tako vidi i čl. 16. te 17. Ustava RH.

⁵⁴ Tako su ustavni teoretičari iz perspektive republikanizma kritizirali pravna jamstva temeljnih prava zbog njihovog ograničenog kapaciteta da suzbiju odnose dominacije koji izazivaju gubitak slobode,

zajamčenih ustavom može biti zapravo relativno usko pa i svojim adresatima nametati unaprijed predviđene identitete.⁵⁵ Ipak, baš kao što niti ustavni identitet, ono što čini ustavom to što jest, nikada nije apsolutno fiksiran i potpuno jasan niti može biti sasvim univerzalan,⁵⁶ tako i identitet temeljnih prava može biti podložan mijenama i katkada suprotstavljenim interpretacijama koje ulaze u sraz.

Koncept identiteta ljudskih prava poziva nas da utvrdimo što je to što čini ljudska prava time što ona jesu u konkretnom ustavnom poretku. Nije pitanje pripadaju li temeljna prava samo pojedincima ili i skupinama ili koja se prava, kome i u kojem opsegu trebaju priznati, već po čemu prepoznamo temeljna prava uopće naspram ostalih ustavnih sadržaja te koja je njihova jezgra bez koje bi se ta prava suštinski izgubila. Promišljanje identiteta ljudskih prava omogućuje utvrditi i kako različite institucije i drugi akteri doprinose artikuliranju i primjeni temeljnih prava zajamčenih ustavom. Time ujedno možemo dobiti osnovu za prepoznavanje i kritiku propusta u djelovanju. Autonomija ustavnog sudovanja i doprinos Ustavnog suda toj autonomiji onda nije tek prostor učitavanja svakojakog poimanja onoga što ta autonomija traži, već se njezino značenje napaja upravo problemom identiteta ljudskih prava.

Osnovna metoda kojom se određuju konture identiteta ljudskih prava u hrvatskom ustavnopravnom poretku jest specifična interakcija forme i supstance. Znamo da su temeljna prava ono što se razlikuje od struktura vlasti predviđenih temeljnim aktom s jedne strane te postupcima promjene temeljnog akta s druge strane. To naznačuje i struktura ustavnog teksta, iako je zapravo ustaljeno ustavnopravno tumačenje ono što povlači razliku između ljudskih prava i drugih ustavnih sadržaja. Prava zajamčena Ustavom Republike Hrvatske tako se redovito dovodi u najbližu vezu s najvišim vrednotama našeg poretka koje se zapravo operacionaliziraju poglavito putem jamstava konkretnih ljudskih prava.⁵⁷ Ona trebaju voditi djelovanje institucija vlasti uspostavljenih Ustavom kao i sve ostale

Daly, E., Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 28, br. 2, 2015., str. 295.

⁵⁵ Nicholson, *op. cit.* (bilj. 50), str. 116-117.

⁵⁶ Rosenfeld, *op. cit.* (bilj. 42), str. 36.

⁵⁷ Vidi, primjerice, odluka Ustavnog suda u predmetu U-III-2000/2001 od 10. 7. 2002., para 8.

adresate ustavnih normi, a imuna su od ustavnih promjena koje bi ih mogle ograničiti ili u cjelini dokinuti. Strukture vlasti i sâm proces ustavotvorstva stoga su podložni ovoj jezgri temeljnih prava za koju se, po uzoru na njemačko ustavno pravo, tvrdi da je dijelom objektivnog poretka vrijednosti koji „obasjava“, „zrači“ ili „prožima“ svako pitanje koje uređuje temeljni akt i pravni poredak uopće.⁵⁸ Ustavom zajamčena prava se razlikuju od ustavnih struktura u smislu da im ne mogu biti podređena niti u njih u cijelosti uklopljena, ali su ih istovremeno u stanju prožeti. Ona su supstanca koja ulazi u kontinuiranu interakciju s ustavom predviđenim formama.

Metafore kao što su „zračenje“ i „prožimanje“ zapravo zavaravaju utoliko što u nama stvaraju predodžbu o radioaktivnoj tvari koja, poput kriptonita, dokida neograničenu vlast sasvim neovisno o bilo kakvom ljudskom djelovanju. Umjetnu tvorevinu vlasti ona u tom čitanju čini čovječnijom već samom svojom nazočnošću u ustavnom poretku, oduzimajući joj moći kojima bi ova inače mogla s lakoćom pokoriti obične građane. Ne bismo smjeli gubiti iz vida iluzornost takve ideje, jer sposobnost temeljnih prava da „ozračuju“ sve ostale ustavne strukture i njihovu primjenu podrazumijeva ljudsko djelovanje koje će osigurati da će temeljna prava zadržati svoju opstojnost kao prostori autonomnog djelovanja i istovremeno moći poslužiti kao jezik moći kojim se druge ustavne strukture stavlja pod kontrolu.⁵⁹ Tako je „zračenje“ i „prožimanje“ zapravo izuzetno ograničena metafora, za kojom se najčešće poseže u sudskom tumačenju temeljnog akta, posebno u naporima da se ustave protumači kao cjeline povezane suptilnim vrijednosnim nitima. Ona daje naznačiti nastojanje (ustavno)sudskih tijela da zaklone vlastito djelovanje i moć u tumačenju temeljnog akta. Ako vrijednosne komponente temeljnog akta „zrače“ i „prožimaju“, sudovi su poput kemičara koji promatraju tu reakciju i prijavljuju

⁵⁸ Horvat Vuković, A., *op. cit.* (bilj. 26), str. 490.

⁵⁹ Lohmann, G., Demokracija i ljudska prava, *Politička misao*, Vol. 41, br. 1, 2004., str. 115-125.; Rodin, *op. cit.* (bilj. 52), str. 117.

njezin tijek zainteresiranoj javnosti⁶⁰ i usprkos tome što zapravo vlastitim odlučivanjem definiraju značenje „zračenja“ i „prožimanja“.

Imajući ovo u vidu, ne čini nam se neispravnim odrediti identitet ljudskih prava u hrvatskom ustavnom poretku kao poziv na djelovanje kojim se sadržaj i značaj tih prava definira u odnosu prema drugim ustavnim strukturama. Pod „djelovanjem“ ne podrazumijevamo samo aktivnost političkih grana vlasti, zakonodavne i izvršne, nego takvo postupanje razumijemo u najširem mogućem smislu, tako da uključuje i aktivnost Ustavnog suda, odnosno njegovu ustavnosudsku politiku, kao i građane. Ovo gledište ne teži apriorno i apstraktno ocijeniti je li poželjno da Sud bude više ili manje aktivistički nastrojen naspram Sabora i Vlade, već priznaje sve relevantne aktere kao sudionike istog procesa. Autonomija ustavnog sudovanja u tom smislu nije tek odvojenost jedne institucije od drugih kojom bi se trebala zajamčiti cijepljenost temeljnog akta od redovne politike, već je vezana za identitet ljudskih prava kao prostora i sredstva preispitivanja *statusa quo*.

Ovo naše tumačenje identiteta ljudskih prava nalazi svoju idejnu podlogu u kritičkom pristupu međunarodnom pravu ljudskih prava. Baš kao što postojanje nadnacionalnih standarda temeljnih prava može „osnažiti građanske pokrete i savjesne tvorce javnih politika (...) u preispitivanju političkih praksi“,⁶¹ Ustavom zajamčena prava mogu biti sredstvom problematizacije ustaljenih odnosa moći i pravom zacrtanih identiteta. Jednostavan primjer nalazimo u predmetu o kojem je Ustavni sud odlučivao 2014. godine, kada je utvrdio da je zabrana korištenja pokrivala za glavu muslimanki zapravo ograničenje njezinog prava na slobodu savjesti i vjeroispovijedi. Već je prije odluke Ustavnog suda pozivanje na ovo temeljno pravo ishodilo promjenu relevantnog pravilnika i efektivno otklanjanje povrede, upravo stoga što temeljna prava nikada nisu u cjelini svediva na već

⁶⁰ Tako, prema Omejec, „Ustavni sud samo ocjenjuje „efekt zračenja“ temeljnih prava na privatno pravo i implementira vrijednosti koje čine nerazdvojni dio poimanja ustavnog prava“, Omejec, *op. cit.* (bilj. 12), str. 67.

⁶¹ Baxi, U., *Voices of Suffering and the Future of Human Rights, Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 8, br. 2, 1998., str. 126. Ispravno se utvrđuje i da „ljudska prava na najnevjerovatnije načine čine mogućim diskurs o ljudskoj patnji. Prakse moći, podržane nekom sveobuhvatnom društvenom teorijom, više ne smiju opravdati uvjerenja koja su osnova svojevolsnog nanošenja zla kao da je to obilježje suvereniteta ili dobrog društva“, *ibid.*, str. 137.

postojeće i pravom uređeno stanje.⁶² U biti je njihovog identiteta mogućnost da izazovu takve okvire i to je ono što ih čini specifičnima u odnosu na druge ustavne strukture, dajući im njihov identitet. Temeljna prava priznaju da postoje „široki mehanizmi moći“⁶³ koji uvjetuju pojedinca te u tom smislu nikada nisu potpuno zatvorena u postojeće stanje stvari.

4. IDENTITET LJUDSKIH PRAVA KAO SREDSTVO PROCJENE AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Imajući u vidu ranije skicirani koncept identiteta ljudskih prava, ovdje prije svega treba kratko prikazati njegov odnos s ustavnosudskom funkcijom i njezinom autonomijom, a onda naspram te podloge razmotriti slučaj Ustavnog suda Republike Hrvatske kao trenutnog nositelja funkcije ustavnog sudovanja. Time ćemo pokazati kako razmatranje problema autonomije iz vizure identiteta ljudskih prava pomaže isključiti reformske prijedloge koji su uglavljani na proizvoljnom tumačenju problema samostalnosti Ustavnog suda, ali i da se ovom perspektivom dodatno potvrđuju neki već ranije izneseni reformski prijedlozi.

Prije svega je potrebno ukratko se osvrnuti na odnos funkcije ustavnog sudovanja i identitet ljudskih prava. Utoliko što se potonjeg može izjednačiti s kapacitetom jamstava temeljnih prava da posluže kao sredstvo i prostor preispitivanja zatečenog stanja, funkcija ustavnog sudovanja može odigrati bitnu ulogu stoga što služi ostvarivanju autonomnog tumačenja temeljnog akta. Ona uvijek ima prostor pridati temeljnim pravima značenje koje može odudarati od onoga koje mu pripisuju drugi relevantni akteri. Ustavno sudovanje tako tvori jedan način na koji se može osigurati identitet ljudskih prava. Namjerno ističemo da je riječ o „jednom“ načinu. Ustavno sudovanje po prirodi svojeg zadatka ostaje funkcionalno ograničeni forum budući da je ovlašteno odlučivati o sporovima o ustavnosti.⁶⁴ Ti sporovi mogu uzeti različita oblića, kao što je pitanje zaštite pojedinačnih temeljnih prava u postupcima pokrenutima ustavnim tužbama ili pak problem ustavnosti zakona ili kakvog drugog izvora prava. Međutim, oni u

⁶² Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-III-3785/2009, Narodne novine br. 89/2014-1806, para 10.1.

⁶³ Al Tamimi, *op. cit.* (bilj. 51), str. 296.

⁶⁴ Sokol, *op. cit.* (bilj. 9), str. 18.

svakom slučaju pretpostavljaju postojanje kontroverzi o kojima treba odlučiti i izvan kojih ustavno sudovanje nema što tražiti. Proaktivno oživotvorenje identiteta ljudskih prava zato nužno traži angažman drugih aktera. Osim toga, utoliko što se ustavno sudovanje oslanja na pravno rezoniranje, njegovo djelovanje može dovesti do određene mistifikacije političkih problema, ali i do pravnog zatvaranja sporova koje ne mora dovesti do iskupljenja identiteta ljudskih prava.⁶⁵ Naprotiv, moguće je da ustavno sudovanje svojim izraženo pravničkim modusom djelovanja potvrdi postojeće stanje stvari i time suzi prostor njegovog izazivanja posredstvom temeljnim aktom zajamčenih prava. Odluke hrvatskog ustavnog suda o mjerama uvedenima za trajanja koronakrize mogu se kritizirati upravo iz tog gledišta.⁶⁶ U tom svjetlu funkcija ustavnog sudovanja može biti koristan prostor za oživotvorenje identiteta ljudskih prava te je stoga važna i njezina autonomija, ali ne smije postati jedina prilika za to.

Promatranjem odnosa identiteta ljudskih prava i funkcije ustavnog sudovanja možemo utvrditi da je riječ o perspektivi koja prije svega potvrđuje niz prijedloga koji su već izneseni u pogledu reformiranja hrvatskog ustavnog suda. Utoliko što se u izboru sudaca inzistira na kriteriju stručnosti, sve mjere koje bi osigurale da mjesta na Sudu zaista popune vrsni pravnici može se ocijeniti kao važnom barijerom od postupanja koje bi zanemarilo identitet ljudskih prava. Pretpostavka jest da će profesionalnost članica i članova suda priječiti politički arbitrarno odlučivanje i tako osigurati autonomno tumačenje jamstava temeljnih prava te njihovih posljedica po ostatak ustavne arhitekture.⁶⁷ Perspektiva iz identiteta ljudskih prava jednakom će odlučnošću podržati prijedloge kojima se smanjuje

⁶⁵ Balkin, J. M., *Critical Legal Theory Today*, u: Mootz, F. J. (ur.), *On Philosophy in American Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009., str. 64.; Brabazon, H., *Dissent in a juridified political sphere*, u: Brabazon, H. (ur.), *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, New York, 2017., str. 174.; Krever, T., *Law, development and political closure under neoliberalism*, u: Brabazon, H. (ur.), *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, New York, 2017., str. 37.

⁶⁶ Barić, S.; Miloš, M., *Mapping the Constitutional Terrain of Vulnerability in the Covid Pandemic: the Croatian case*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 43, br. 2, 2022., str. 431-451.

⁶⁷ Tako i Petar Bačić ispravno ističe kako autonomija ustavnog sudovanja traži određenu vrstu razboritosti, usmjerenu na interakciju principa i praktično-političkog promišljanja, u čemu potreba ponovnog izbora u sastav Suda ne igra nikakvu konstruktivnu ulogu, Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 756.

mogućnost da članovi Suda politički trže argumentima kako bi si osigurali dodatne mandate, kao i one prijedloge koji u postupku izbora sutkinja i sudaca stručnost podređuju arbitrarnosti političke stranke.⁶⁸ Svi ti prijedlozi nastoje zadržati protuvećinsku ulogu Suda te zato nisu sporni.

Ipak, perspektiva skicirana u ovom radu nije toliko široko otvorena reformama kao i klasično shvaćanje autonomije ustavnog sudovanja, koje je praktički u cjelini otvoreno „političkim prosudbama“. Ovo tumačenje ne pruža potporu promjeni koja bi ograničila djelovanje u ustavnom sudovanju isključivo na članice i članove sudbene grane vlasti. Ono ujedno ne može dati potporu ukidanju Ustavnog suda i utapanju njegovog djelovanja u redovito sudstvo. Tome je tako stoga što identitet ljudskih prava polazi od toga da se jamstva temeljnih prava, ma koliko u njima bilo bitno pravno rezoniranje, ne smiju svesti isključivo na usku pravnu perspektivu niti isključivo na perspektivu jedne grupacije unutar pravne struke. Kao što je ranije naznačeno, ljudska su prava neizostavno politična, a postojanje Ustavnog suda kao zasebnog tijela podsjeća nas upravo na političku dimenziju tumačenja Ustava. Osim što su postupci izbora sudaca politički kontroverzni, izdvojenost same institucije Suda, baš kao i postupci koji pred njime vode, naglašavaju da se ustavnosudsko tumačenje Ustava nikada ne svodi isključivo na pravničko rezoniranje lišeno politike niti svojih širih implikacija. Naprotiv, čak se i pojedinačni sporovi o povredi ljudskih prava mogu promatrati kao doprinos „konkretizaciji sadržaja temeljnih prava koja predstavljaju objektivni vrijednosni poredak“.⁶⁹ U tom je svjetlu odvojeno postojanje Ustavnog suda i popunjavanje

⁶⁸ Arlović navodi kako smatra da zabrana reizbora “nije jamstvo da će sudci biti nezavisni u obavljanju svoje funkcije”. Kao potporu svojem stavu u bilješci navodi mogućnost da će suci, pogotovo oni mlađi, pogodovati političkim silnicama kako bi si osigurali položaje izvan ustavnog suda nakon kraja njihova mandata, Arlović, *op. cit.* (bilj. 29), str. 22. Nedvojbeno je da zabrana reizbora nije *jamstvo*, ali ona svakako smanjuje vjerojatnost političke trgovine koja može štetiti autonomiji Suda. Takvom se zabranom sprječava da se pojedinci ušanče u sudu na račun svoje političke umješnosti i stručne inertnosti. Valjanost te dobrobiti ne može se pobiti time što možemo zamisliti scenarij u kojemu se integritet članica i članova Suda može izložiti kakvoj drugoj nemoralnoj ponudi. Možemo samo napraviti ono što je moguće kako bi se prostor tržišnog raspolaganja ustavnošću čim više smanjio.

⁶⁹ Rodin, S., Temeljna prava i dopuštenost ustavne tužbe, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 205., 219.

njegovog sastava specifičnim političkim postupkom zapravo i doprinos autonomiji ustavnog sudovanja. Taj se doprinos ne sastoji u tome što se njime, kao kod prije raspravljenih reformskih mjera, osigurava čim veći upliv stručnog pravnog rezoniranja. Da je autonomiju moguće svesti na to, što je i Kelsen isticao, bilo bi moguće tvrditi da se ustavno sudovanje treba prenijeti na jedan odjel Vrhovnog suda u kojem bi djelovali samo suci. Suprotno tome, utemeljenje Suda kao specifičnog nositelja ustavnog sudovanja ističe upravo neizbježna ograničenja u pravnom pristupu političkim sporovima. U isticanju tih ograničenja, Ustavni sud, pogotovo tamo gdje griješi, narušava našu pretjeranu vjeru u pravnu neutralnost i jasnoću te potiče druge aktere da se uključe u projekt tumačenja Ustava koji bi, u razvijenim republikama, trebao pripadati svima.

5. ZAKLJUČAK

Svrha je ovog rada bila razmotriti identitet ljudskih prava kao sredstvo popunjavanja inače čisto proceduralne ideje autonomije ustavnog sudovanja. Problematizacijom Kelsenove obrane ustavnih sudova pokazali smo kako je problem autonomije ostao nedostatno razvijen i kako ga u suvremenoj literaturi istiskuje pitanje sudskog aktivizma. Naspram te smo slike istaknuli iznimnu važnost temeljnih prava u suvremenom ustavnom sudovanju te u slučaju Republike Hrvatske utvrdili da specifičnost tih utjecajnih ustavnih jamstava leži u njihovom otporu prema svođenju na druge strukture predviđene Ustavom naše države. Ovu smo specifičnost zatim premjestili u kontekst autonomije ustavnog sudovanja. Pokazali smo kako je tako protumačena autonomija otvorena mnogim prijedlozima reforme hrvatskog ustavnog suda, ali ne i njegovom ukidanju. Osim inzistiranja na pravu, u zaštiti posebnosti ljudskih prava neizostavno je inzistirati i na ograničenjima pravnog rezoniranja. Ustavni sud ne utjelovljuje samo nadređenost Ustava svim ostalim izvorima prava, već i granice pravnog promišljanja u oživotvorenju temeljnog akta. Ideja autonomije u osnovi te institucije trajno je sporni i nedovršeni projekt već zbog toga što je odijeljenost prava od politike prijeporna. Ukidanje Ustavnog suda ili znatno smanjenje njegovih ovlasti ne bi dokinulo tu prijepornost, već bi je eventualno moglo učiniti manje vidljivom i manje podložnom legitimnim demokratskim sporovima. Ustav

M. Miloš & E. Haidinger

PROCJENA AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA IDENTITETOM LJUDSKIH PRAVA

se ne bi smjelo tumačiti kao put bijega od tih kontroverzi, već kao sredstvo konstruktivnog nošenja s njima.