

Načelo razumnosti u Italiji: ustavno sudovanje između interpretacije i kreacije

Barić, Sanja

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2013, 63, 127 - 154**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:584398>

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

Download date / Datum preuzimanja: **2024-11-28**

PRAVI

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

NAČELO RAZUMNOSTI U ITALIJI: USTAVNO SUDOVANJE IZMEĐU INTERPRETACIJE I KREACIJE

Prof. dr. sc. Sanja Barić *

UDK: 342.565,2(45)

340.114:342.

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: studeni 2012.

Izrastajući u jedan od osnovnih gradivnih elemenata ustavne strukture, svojevrсни "objektivni poredak vrijednosti" a l'italienne, načelo razumnosti nezaobilazan je koncept ozbiljnog proučavanja i razumijevanja ustavnog identiteta Italije. Principio di ragionevolezza zapravo je sukus modernog talijanskog ustavnog sudovanja, koje načelo, bez obzira na to kako ga zvali, možemo identificirati u općem smjeru razvoja ustavnosudske judikature en general. Njegovo poznavanje tako postaje relevantno i za poimanje hrvatske teorije i prakse na ovom području. Ono također rekontekstualizira poznatu napetost između pojmova "primjene prava" i "stvaranja prava" na najvišoj razini tijela koja u zemljama kontinentalnoeuropske tradicije bivaju nominalno svrstana u skupinu "primjenjivača prava". Načelo razumnosti operira kao pokušaj objektivizacije ustavnosudske interpretacije.

Ključne riječi: ustavno sudovanje, načelo razumnosti, načelo razmjernosti, ustavni sud, Italija

UVOD

Valja nam se zapitati zašto je talijanska ustavnosudska praksa uopće vrijedna razmatranja, odnosno podastrijeti *prima facie* dokaze o njezinoj relevantnosti za domaći ustavnopravni kontekst. Prvo i posve očito, u dinamičnoj pravnoj zajednici (EU) izgrađenoj na zajedničkoj pravnoj tradiciji njezinih sastavnih elemenata (država članica) poznavanje temeljnih konstitucionalnih doktrina i praksi imperativ je spoznavanja cjeline. Interes ustavnopravnog znatiželjnika

* Dr. sc. Sanja Barić, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

tim je veći kada su u pitanju izvorne države članice, koje su zbog vremenskog “seniorata” imale dugotrajniju mogućnost utjecaja na pravne konture zajednice. Drugo, načelo razumnosti talijanski je specifikum eksplikacije dvaju preklapajućih temeljnih načela modernih ustavnih država: načela jednakosti i načela razmjernosti (proporcionalnosti). Načelo razumnosti više je i različitije od spomenutih načela. Treće, ovo načelo nije izrijekom upisano u ustavni tekst susjedne nam države, razvijeno je isključivo praksom ustavnosudskog foruma. Izrastajući u jedan od osnovnih gradivnih elemenata ustavne strukture, svojevrsni “objektivni poredak vrijednosti” *a l’italienne*, načelo razumnosti nezaobilazan je koncept ozbiljnog proučavanja i razumijevanja ustavnog identiteta Italije. Uz to, ovo je načelo u nas slabo poznato.¹ Četvrto, hrvatski se Ustavni sud sve češće u svojim rješidbama poziva i na relevantnu ustavnosudsku praksu ne samo Europskog suda za ljudska prava već i pojedinih stranih država, posebice u tzv. *landmark* slučajevima (primjerice odluka o “kriznom porezu”, pravu na javno okupljanje i dr.). Logično je da izbor judikature ovisi o reprezentativnosti i kvaliteti pojedinih usporedivih ustavnih sudišta. Smatramo da iskustva Ustavnog suda Italije ne treba zanemariti. I peto, pokazat ćemo da je *principio di ragionevolezza* zapravo sukus modernog talijanskog ustavnog sudovanja, koje načelo, bez obzira na to kako ga zvali, možemo identificirati u općem smjeru razvoja ustavnosudske judikature *en general*. Njegovo poznavanje tako postaje relevantno i za poimanje hrvatske teorije i prakse na ovom području. Ono također rekontekstualizira poznatu napetost između pojmova “primjene prava” i “stvaranja prava” na najvišoj razini tijela, koja u zemljama kontinentalnoeuropske tradicije bivaju nominalno svrstana u skupinu “primjenjivača prava”. Argumentirat ćemo tezu da načelo razumnosti operira kao pokušaj objektivizacije ustavnosudske interpretacije, čija su svojstva gotovo kvantne prirode.² Drugim riječima, utvrđivanje sadržaja konkretnog ustavnog prava i

¹ Načelo razumnosti ovlaš je spomenuto samo u jednom radu. Vidi Kostadinov, B., *Ustavno sudovanje u Europi i ustavni Janus – načelo jednakosti*, Hrvatska pravna revija, sv. 9, br. 10, 2009., str. 1 – 3.

² Temeljne postavke kvantne fizike jesu, među ostalim, da energija i materija fluktuiraju i međusobno mijenjaju oblike te da nije moguće sa sigurnošću utvrditi svojstva određenog objekta promatranja jer on poprima određene vrijednosti upravo pod utjecajem procesa promatranja. Time se ruše paradigme klasične fizike, prema kojima postoji zadana objektivna stvarnost koju valja detektirati, jer se pokazuje da promatrač biva aktivnim sudionikom stvaranja/uzrokovanja promatranih svojstava. Smatramo nepotrebnim citirati djela pionira kvantne fizike (E. Schrödingera, W. Heisenberga, N. Bohra i W. Paulia), a o širokim implikacijama načela neodređenosti na poimanje svijeta u cjelini vidi Goswami, A.; Reed, R. E.; Goswami, M., *Svemir*

ustavnih vrijednosti u postupku njihove primjene ujedno je i njihova svakodobna ponovna (re)kreacija.

Materiju raščlanjujemo sljedećim redom. Na početku razmatranja upućujemo na podrijetlo načela razumnosti i njegovu apriornu poziciju u sustavu ustavnih načela. Drugo, centralno poglavlje, detaljno analizira primjenu načela razumnosti i identificira standarde koje ono zahtijeva. Ujedno upućuje i na nesustavnu praksu Ustavnog suda Italije (*Corte costituzionale*) u obrazlaganju svojih rješidbi na temelju načela razumnosti. Sud je kazuistički razvio i posebne ustavnosudske tehnike, koje izvorno nisu određene u relevantnim ustavnim i zakonskim odredbama. Tim posebnim tehnikama, čija uporaba može biti zanimljiva i našem Ustavnom sudu, posvećujemo treće poglavlje. U četvrtom, završnom poglavlju nudimo definitorni okvir načela razumnosti i tvrdimo da je riječ o hermeneutičkoj metodi. Kao takva ona je nužno ograničene etičke vrijednosti, no nipošto bezvrijedna.

1. USTAVNA NAČELA I PODRIJETLO NAČELA RAZUMNOSTI

U državama koje pretendiraju sebe nazivati ustavnima očekuje se da se pitanjima ustavnosti bave sva državna tijela (ukupnost državne i lokalne administracije) pri obavljanju poslova iz vlastite nadležnosti. Najosjetljivija je pri tome sama legislativna djelatnost; sudovi o ustavnosti u tom kontekstu usmjereni su na osiguranje sukladnosti, odnosno neproturječnosti ustavnim normama i načelima. I dok se sukob s jasnim ustavnim pravilom rješava eliminacijom protivne zakonske odredbe, a pitanje utvrđivanja primjenljive ustavne norme uobičajenim metodama interpretacije, ustavna načela djeluju složenije s obzirom na to da je riječ o “normiranju na visokoj razini općenitosti koja nije pogodna za izravnu primjenu”.³ Načela valja dodatno interpretirati, mogli bismo reći – ‘osadržajiti’. Ustavna načela pri tome često bivaju međusobno suprotstavljena, zahtijevaju odvagivanje u svakom pojedinom slučaju, a rezultat tog postupka vrijedi samo u tom pojedinom slučaju; u nekom drugom slučaju prednost će, moguće, dobiti neko drugo ustavno načelo.⁴ Načela dakle djeluju

svjestan sebe, TELEdisk, Zagreb, 2011.

³ U tom smislu Alexy, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998., str. 339 i dalje.

⁴ Sukob ustavnih načela ne razrješuje se po binarnoj formuli ‘sve ili ništa’ jer će “neko načelo u pojedinom slučaju prevladati, no to ne znači da ona koja su pala u drugi plan gube svoju vrijednost. (...) U svakom se pojedinom slučaju stvara drukčiji poradak konkretnih načela, a time se njihovo postojanje ne kompromitira *pro futuro*.”,

kao sustav vrijednosti koji čini ne samo ograničenje zakonodavne – i ine državne djelatnosti, no ovdje se usredotočujemo na legislativu – nego njezino ishodište, *raison d'être*, ali i kao uputa o pravcu djelovanja. Provedba ustava podrazumijeva realizaciju takvih vrijednosti potragom za opravdanjem pojedinog zakonodavnog rješenja. Sukladnost s ustavnim parametrima postaje ujedno i nadzor interne zakonske održivosti ili uvjerljivosti, jednom riječju – nadzor razumnosti ostvarenja ustavnih vrijednosti. Izvor načela razumnosti nalazi se u samoj formi suvremene ustavne državnosti.⁵ Najopćenitije rečeno, razumnost je mjerna jedinica zakonskog ostvarenja logike ustavnih vrijednosti.

Koncept *ragionevolezza* u Italiji je prvotno iznjedren u vrlo uskom kontekstu eksplikacije ustavnog načela jednakosti. Nadzor očuvanja načela jednakosti u striktno formalnom smislu i danas se uobičajeno smatra najnižim standardom razumnosti nekog zakona.⁶ Takvo početno iznimno samoograničavanje ustavnosudskog djelovanja u Italiji svodilo se na neprihvatljivost različite primjene zakona na činjenično jednake situacije⁷, kao i na zabranu razlikovanja na temelju enumeriranih osobnih svojstava iz čl. 3. st. 1. Ustava Italije⁸, uz opetovano

Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Guerini, Milano, 1996., str. 248.

- ⁵ Tako primjerice Baldassarre, A., *Costituzione e teoria dei valori*, Politica del diritto, sv. 22, br. 4, 1991., str. 639 – 658, str. 655, razlikuje logiku ustavne države od logike zakonodavne države: "(...) I dok u potonjoj dominira načelo zakonitosti i racionalnosti u odnosu na legislativni cilj, u prethodnoj [ustavnoj državi] primat odnosi pojam racionalnosti u odnosu na vrijednosti." U istom smislu Baldassarre, A., *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, Queste istituzioni, sv. 19, br. 3, 1991., str. 60 – 64, str. 64. O tome što uopće znači "dobar zakon" u RH popularno piše Smerdel, B., *Summum ius: što je to uopće dobar zakon?*, u: *O ustavima i ljudima. Uvod u ustavnopravnu kazuistiku*, Novi Informator, Zagreb, 2012., str. 113 – 116.
- ⁶ Cerri, A., *Ragionevolezza dei leggi*, u: *Enciclopedia giuridica Treccani*, sv. 25, Treccani, Roma, 1994., str. 14 – 16. U drugim državama često se govori o racionalnosti zakona. Tako, primjerice, vidi test temeljne racionalnosti u SAD-u (Kostadinov B.; Barić, S., *Sudski nadzor referendumskih odluka u savezним državama SAD-a*, Hrvatska javna uprava, sv. 6, br. 3, 2006., str. 57 – 84, posebno str. 72 – 78) te test razumnosti/racionalnosti kao tzv. pravilo *Wednesbury* u Ujedinjenom Kraljevstvu (Barić, S., *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim europskim državama*, Organizator i Pravni fakultet u Rijeci, Zagreb – Rijeka, 2009., str. 162 – 164).
- ⁷ Odluka br. 3/1957: "[Načelo jednakosti] mora svakome osigurati jednako postupanje u situacijama kada su objektivne i subjektivne okolnosti, relevantne za primjenu odgovarajuće pravne norme, u konkretnom slučaju jednake." Napomena: sve odluke Ustavnog suda Italije, od 1956. do danas, dostupne su na internetskoj stranici: <http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do> (7. studenoga 2012.).
- ⁸ Ustav Italije, čl. 3. st. 1., <http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/costituzione.htm> (7. studenoga 2012.).

naglašavanje kako zakonodavac može različito regulirati situacije koje smatra različitim⁹, ali istodobno isključivanje ustavnosudskog nadzora nad zakonodavnom procjenom korespondencije zakonske klasifikacije i njezine činjenične osnove (odnosno isključivanjem iz ustavnosudske procjene pitanja jesu li, izvan svojstava iz čl. 3. st. 1. Ustava Italije, skupine koje zakonodavac izdvaja doista relevantno različite).¹⁰ Proširenje dosega nadzora poštovanja načela jednakosti izvršeno je u pravcu ocjene objektivnosti zakonodavnih izbora¹¹, a zatim je i izrijeком uključena ocjena razumnosti zakonodavnih motiva.¹²

Nadzor ustavnog jamstva jednakosti (odnosno zabrana neustavnih razlikovanja) ostaje jedno od važnijih, ali i ograničenih područja primjene razvijajućeg ustavnosudskog standarda razumnosti. Naime, pri odlučivanju o načelu jednakosti ustavnosudska procjena nužno funkcionira u trilateralnoj shemi, uspoređujući regulaciju jedne skupine adresata s drugom (postojećom ili zamišljenom, a usporedivom) s obzirom na ustavno načelo. *Ragionevolezza strictu sensu* usmjerena je prema objektivnoj (ne)racionalnosti zakona, i to neovisno o subjektivnim pravima, verificirajući koherentnost, kongruenciju ili razmjernosti zakonodavnih izbora *per se*.¹³ U daljnjoj analizi izostavit ćemo pitanja specifična za funkcioniranje ustavnog načela jednakosti¹⁴ i koncentrirati se na

⁹ Odluka br. 3/1957: "Načelo jednakosti ne znači da zakonodavac ne smije određivati različitu regulaciju situacija koje smatra različitim (...); odluka br. 28/1957: "Zakonodavcu je dozvoljeno utvrđivati različite norme za situacije koje sam smatra različitim ako je pri tome objektivna, a norme se ne odnose na pojedino određene osobe."

¹⁰ Odluka br. 28/1957: "Svako daljnje istraživanje korespondencije različitih zakonskih odredbi i zakonom određenih relevantnih različitih situacija impliciralo bi ocjenu političke prirode ili, drugim riječima, nadzor nad diskrecijskim ovlastima Parlamenta, koji nadzor nije u nadležnosti Ustavnog suda."

¹¹ Odluka br. 53/1958: "Zakon koji bi na jednak način regulirao *objektivno različite situacije* povrijedio bi načelo jednakosti jer bi se očito protivio ponovljenim tvrdnjama ovog Suda kako je ustavno dozvoljeno različito regulirati različite situacije." (istaknula autorica).

¹² Odluka br. 15/1960: "Nije dovoljno utvrditi da zakonska odredba ne sadržava zabranjena razlikovanja iz čl. 3. (...) Ta se ustavna odredba mora smatrati povrijeđenom i kada zakon, *bez razumnog motiva*, predviđa različito postupanje s građanima koji se nalaze u jednakoj situaciji." (istaknula autorica).

¹³ Tako Odluka br. 81/1992 i 46/1993: "Zahtjev razumnosti govori o inherentnim karakteristikama zakona, bez potrebe pozivanja na usporedive situacije." Isto i Paladini, L., *Ragionevolezza (il principio di)*, u: *Enciclopedia del diritto*, sv. 1, Giuffrè, Milano, 1997., str. 899 – 915.

¹⁴ Razvoj ustavnosudske prakse i standarda u kontekstu načela jednakosti u Italiji iznimno je zanimljiv, pa ćemo mu posvetiti odgovarajuću pozornost u jednom od

samostojeći i autonomni ustavni standard razumnosti kako se razvio u suvremenoj praksi Ustavnog suda Italije. Potpunosti radi valja spomenuti da se standard razumnosti primjenjuje i kao parametar odnosa između države i pojedinih regija u kontekstu vertikalne podjele vlasti talijanskog regionalizma¹⁵, no njime se u ovom radu nećemo baviti.

2. PRIMJENA RAZUMNOSTI KAO STANDARDA USTAVNOSUDSKE INTERPRETACIJE

U najširem smislu pitanje (ne)razumnosti odnosi se na poželjno svojstvo koherentnosti pravnog poretka.¹⁶ Antinomije među pozitivnim pravnim normama rješavaju se na poznate načine¹⁷, no nekoherentnost može biti i samostalan razlog utvrđenja neustavnosti pojedinih zakonskih odredbi. Iz talijanske je prakse vidljivo da je riječ o slučajevima nekompatibilnosti ciljeva unutar istog zakona (interna nekoherentnost)¹⁸ ili nespojivosti rješenja nekog zakona s duhom pojedinog pravnog instituta ili s logikom normativnog okvira dotičnog predmeta regulacije (eksterna nekoherentnost).¹⁹

sljedećih radova.

- ¹⁵ Djelovanje “načela lojalne suradnje” zahtijeva od regionalnih vlasti da “u svojoj zakonodavnoj nadležnosti na adekvatan način ostvaruju ciljeve državnih zakona” (odluke br. 1031 i 1065/1988, 139/1990 i 417/1993), odnosno da država djelujući na temelju načela supsidijarnosti “koristi najmanje moguće upletanje u regionalnu zakonodavnu nadležnost” (odluke br. 14 i 272/2004). U svim slučajevima riječ je o, prema ocjeni Suda, temeljnim zahtjevima *ragionevolezze*.
- ¹⁶ Neka bude usput spomenuto, to je i jedno od načela dobre vladavine identificirano u *Bijeloj knjizi o vladavinskom sustavu* Europsko komisije iz 2001. godine, *White Paper on European Governance*, COM (2001) 428 final, http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2001/com2001_0428en01.pdf (7. studenoga 2012.).
- ¹⁷ O ovome smo već pisali, vidi Barić, S.; Švabić, D., *Organski zakoni i antinomije u hrvatskom pravnom poretku – primjer zabrane diskriminacije po osnovi spola i spolne orijentacije*, Ustavni vidici br. 4., Informator br. 5797 od 26. rujna 2009., str. 2 – 7.
- ¹⁸ Primjerice odluke br. 370/1985, 406/1994, 431/1987, 262/1998 i 476/2002.
- ¹⁹ Primjerice odluke br. 98/1998 (troškovi postupka osuđenih osoba ne mogu se više smatrati građanskopravnim obvezama s obzirom na to da je njihov karakter postao akcesoran kaznenim sankcijama; ukidanje odredbe o kategorizaciji obveze) i 27/2005 (ukinuta odredba o kaznenim bodovima koji se automatski pribrajaju vlasniku vozila ako u razdoblju od 30 dana ne dostavi podatke vozača koji je počinio prekršaj; zadržava se samo dosadašnja odredba o novčanom kažnjavanju vlasnika vozila).

Glavni primjeri sankcionirane interne nekoherentnosti uključuju nekoherentnost regulacije pojedinog prednormativnog pravnog odnosa s njegovom općom zakonskom kvalifikacijom, kontradikciju normativnih rješenja s *rationem* zakona (uključujući primjere zakonodavnog anakronizma po načelu *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*)²⁰ i kontradikciju između apstraktne regulacije i konkretne primjene.²¹ Čini nam se zanimljivim izdvojiti jedan primjer očite nerazumnosti (*manifesta irragionevolezza*) u smislu nekoherentnosti unutar istog zakona. Bila je riječ o zakonskoj odredbi koja je poklanjala jednako nizak stupanj vjere u iskaz optuženika, neovisno o tome je li međupresudom optuženik oslobođen sumnji ili nije. “Takvo je ograničenje vrijednosti iskaza *očito nerazumno* jer je očito protivno logici zbog koje je uvedeno u odnosu na optuženika kao takvog.”²² (istaknula autorica). Iako je Sud dodatno naglasio kako je ovakva odredba protivna i načelu jednakosti, nerazumnost se izdvaja kao primarna i samostalna osnova ukidanja. U odnosu pak na moguću eksternu nekoherentnost Ustavni je sud Italije vodio računa o tome kako svaki dublji proces pravne reforme nužno rezultira privremenom nekoherentnošću pravnog sustava, cijeneći postupnost normativne evolucije te relativno restriktivno tumačeći svoju ovlast intervencije u zakonodavne izbore.²³ Moguću eksternu inkoherenciju doktrina pronalazi i u srazu pozitivne regulative sa zahtjevima pravednosti i/ili pravičnosti. Naglašava se da “u konkretnim slučajevima zahtjevi pravednosti mogu imati veću vrijednost od zakonskih odredbi”.²⁴ Takve apriorne kriterije pravednosti legitimiraju dominantne društvene i kulturne paradigme. U slučaju kada ih ustavotvorac nije konvertirao u ustavne norme, jedino je (i to samo eventualno!) ustavni sud legitimiran uvrstiti ih među ustavne parametre. (Ovoj se temi vraćamo *infra*, u poglavlju 3., gdje raščlanjujemo tehnike koje Ustavni sud Italije upotrebljava u ovom kontekstu.) Dodatni se temelj eksterne koherencije može u rijetkim primjerima ustavnosudskih odluka nalaziti i u jusnaturalističkim argumentima “prirode stvari”, kada se protuustavnost obrazlaže kao “nelogičnost” ili “proturječje općepoznatim pojmovima i činjenicama”. Ovo je, međutim, slučaj očite neracionalnosti zakona i u tom ga smislu valja uvrstiti u kriterij *ragionevolezza* u smislu kongruentnosti, a koji dalje obrazlažemo, neovisno o tome je li ga sam Ustavni sud tu uvrstio ili nije.

²⁰ Odluka br. 291/1998.

²¹ Vidi detaljnije, *infra*, poglavlje 3.

²² Odluka 381/1996.

²³ Odluka br. 125/1998 i 219/1998.

²⁴ Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992., str. 183.

U praksi je bez sumnje najraširenija uporaba standarda *ragionevolezza* ocjenjivanjem tzv. kongruentnosti ili razmjernosti zakona u širem smislu. Talijanska doktrina, usporedivo s praksom drugih ustavnosudskih foruma nacionalne i supranacionalne razine te djelomično pod njihovim utjecajem²⁵, identificira tri gradivna elementa takvog analitičkog postupka talijanskog Ustavnog suda: 1) ocjena adekvatnosti mjere (*idoneità*), 2) ocjena njezine nužnosti (*necessarietà*) i 3) razmjernost u užem smislu, odnosno uravnoteženje legitimnog cilja i izabranog sredstva (*proporzionalità*).²⁶ Činjenica je, međutim, da odluke Ustavnog suda Italije, u kojima se odlučuje pozivanjem na *ragionevolezza*, ne sadržavaju izriječom sve navedene elemente u svakom pojedinom slučaju, a i pri njihovoj uporabi često ne slijede ni silogistički redosljed doktrinarnih objašnjenja. Veliki je broj odluka²⁷ u kojima se, primjerice, koristi i spominje isključivo pojam (ne)adekvatnost sredstva za postizanje određenog cilja (*il mezzo é (in)adeguato alla fine*), bez analize nužnosti ili razmjernosti u užem smislu. Nisu rijetki ni pravorijeci u kojima se razlog nerazumnosti (*irragionevolezza*) navodi kao jedini temelj ukidanja, bez daljnjeg pojašnjenja logičkog procesa koji dovodi do takvog zaključka.²⁸ Radi lakšeg razumijevanja koncepta načela razumnosti odlučujemo se raščlaniti ga u gore navedenim koracima, uz ogradu da je riječ o djelomičnoj aproksimaciji i generalizaciji, koju ćemo na odgovarajućim mjestima u ovom poglavlju te u poglavljima koja slijede dodatno pojašniti iznim-

²⁵ Vidi primjerice Emiliou, N., *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*, Kluwer Law International, London, 1996.; Rodin, S., *Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 50, br. 1 – 2, 2000., str. 31 – 53; Bortoluzzi, A., *The Principle of Proportionality: A Comparative Approach from the Italian Perspective*, 28. siječnja 2008., Working papers series, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084059 (7. studenoga 2012.).

²⁶ Brojni su autori identificirali ove korake, nazivajući ih slično ili isto, sa ili bez potkategorija. Vidi primjerice Scaccia, G., *Ragionevolezza delle leggi*, u: *Dizionario di diritto pubblico*, sv. 5, Giuffrè, Milano, 2006., str. 4805 – 4814; Modugno, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.; La Torre, M.; Spadaro, A. (ur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002., str. 5.

²⁷ Tako primjerice o adekvatnosti sredstava za postizanje cilja govore odluka br. 129/1975 (o nespojivosti lokalne predstavničke funkcije s članstvom u upravnom odboru tijela u vlasništvu jedinice lokalne samouprave zbog sprečavanja sukoba interesa) i odluka br. 330/1990 (o pravu upravnog tijela da nenajavljeno uzima uzorke vode od potencijalnih zagađivača), ne navodeći daljnje teorijske gradivne elemente načela razumnosti.

²⁸ Tako primjerice odluka br. 467/1991 (o nerazumnosti različitog kažnjavanja odbijanja vojne službe u ovisnosti o vremenu i razlozima odbijanja) i 57/1995 (o nerazumnosti propisivanja novčanih kazni za kršenje radne obveze prilikom štrajka u javnim službama).

kama, odnosno drugim karakteristikama talijanskog koncepta (ne)razumnosti *sui generis*.

2.1. Adekvatnost mjere

Pitanje odgovara li uopće predviđeno sredstvo navedenom zakonodavnom cilju, odnosno je li ono dostatno i adekvatno za njegovo ostvarenje, najčešće se razrješava u korist zakonodavnog izbora. Naime, u pravilu će samo očito neodgovarajuća sredstva biti proglašena neustavnima na temelju ovog potkriterija.²⁹ Postoji međutim slučaj kada se Ustavni sud Italije ne ograničava na *prima facie* karakteristike zakonodavne mjere, već promatra stvarni, praktični učinak pojedinih zakonskih odredbi. Riječ je o situacijama zadiranja u ljudska prava čiji najuži opseg na temelju ustavnih garancija ne može biti ugrožen. Takva jamstva čine dakle nepovredivu granicu koju zakonodavna mjera ne smije prijeći. Može se primijetiti da se u takvim slučajevima ne spominje nužnost, razmjernost u užem smislu ili koji drugi kriterij, već se *irragionevolezza* temelji isključivo na neadekvatnosti konkretnog sredstva. Tako je u odluci br. 341/2006, ukidajući zakonsku odredbu o nadležnosti *magistrato di sorveglianza*³⁰ za radne sporove zatvorenika, Sud naglasio kako su “postupovne odredbe *magistrata* neodgovarajuće (*inidonee*) jer ne osiguravaju minimalnu razinu kontradiktornosti postupka”. Uz to, “odredbe su neustavne jer je *sredstvo neodgovarajuće* ne samo zato što uvodi neopravdano razlikovanje između zatvorenika i drugih građana u pitanjima radnih sporova, već *upravo zato* što se ovim rješenjem vrijeđa najuža jezgra ljudskog prava u pitanju” (istaknula autorica). Kada Sud rabi samostalni test adekvatnosti, nema usporedbe s drugim sredstvima koje je zakonodavac eventualno mogao upotrijebiti. Sredstvo/mjera procjenjuje se samostalno u odnosu na određeni cilj, bez pozivanja na druge moguće mjere.

2.2. Nužnost mjere

Svojstvo nužnosti određenog zakonskog rješenja dokučivo je isključivo u srazu s drugim zamislivim i realno ostvarivim mjerama za koje se zakonodavac

²⁹ Vidi primjerice odluka br. 266/1993, 156/2000 i 190/2001.

³⁰ U talijanskom pravnom sustavu riječ je o posebnoj instituciji unutar sustava sudbene vlasti u čijoj je nadležnosti nadziranje izvršenja kaznenih sankcija. U drugim je državama ovo područje tipično u nadležnosti upravne vlasti. Institucija je uvedena zakonom br. 354 od 26. srpnja 1973. godine. Detaljnije vidi na: <http://www.giustizia.it/giustizia/it/homepage.wp> (7. studenoga 2012.).

u konkretnom slučaju nije odlučio. *A maiore ad minus* – sredstvo koje prolazi ovaj test svakako je odgovarajuće za postizanje zakonodavnog cilja, tj. svakako zadovoljava u prethodnom poglavlju identificirani kriterij. Nadzor nužnosti zapravo je utvrđivanje je li se koristilo najblaže, minimalno sredstvo kojim se postiže svrha. Nužnost je organski povezana s ocjenom utjecaja pojedinog zakonskog rješenja na ljudska prava, pa zato ne čudi da je u velikoj većini odluka Ustavnog suda Italije razmatrana u kontekstu utvrđivanja razmjernosti u užem smislu. Iznimno su rijetke, ali ipak postoje, odluke u kojima se spominje isključivo kriterij nužnosti³¹ bez daljnjeg ulaženja u ozbiljniji postupak utvrđivanja razmjernosti u užem smislu riječi. Nužnost je vrlo teško odvojiva od postupaka karakterističnih za treći i najvažniji korak primjene načela razumnosti.

2.3. Razmjernost u užem smislu

Centralni kriterij, razmjernost u užem smislu, uključuje složene postupke odvagivanja, uravnoteživanja i procjenjivanja valjanosti pojedinih zakonskih odabira pozicioniranjem relativne važnosti ustavnih vrijednosti, načela i prava u svakom pojedinom slučaju. Ujedno se ovim kriterijem ocjenjuju prednosti i mane, odnosno koristi i relativne žrtve takvih odabira. To je posebno slučaj s ustavnim normama koje sadržavaju ustavna načela, tj. onima koje “pozitiviziraju” temeljne vrijednosti. Takve su vrijednosti nužno i neizbježno međusobno antinomijski postavljene “ako ni iz kojeg drugog razloga, a onda zato što se vrijednosni koncepti različito tumače u ovisnosti o ideologiji interpretatora”.³² Osnovni je problem kako razriješiti konkurentne situacije i pravilno uravnotežiti u konkretnom slučaju suprotstavljena ustavna načela ili vrijednosti. Neki autori naglašavaju da postoje dvije moguće matrice pristupa rješavanju problema: “ili se ustavnim načelima, pri njihovoj primjeni, pristupa na diskrecijski način, a tumačenje je više odraz volje/stajališta nego ustanovljene razumnosti, ili se pak pretpostavlja da je sustav vrijednosti sadržanih u pojedinom poretku strukturiran i unaprijed hijerarhijski postavljen – dakle, pretpostavlja se da postoji utvrdiva razumna hijerarhija vrijednosti.”³³ Odgovor je ipak kompleksniji.

³¹ Primjerice odluka br. 463/1994 (o mogućnosti tajnog prisluškivanja privatnih komunikacija) navodi kako “sudbena odobrenja za takve radnje moraju biti ograničena samo na *nužne* slučajeve kojima se ostvaruje primarni cilj borbe protiv kriminala” (istaknula autorica).

³² Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992., str. 9.

³³ Fois, S., ‘*Ragionevolezza*’ e ‘*valori*’: *interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto*, u: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.

Riječima samog Ustavnog suda Italije³⁴ “suprotstavljena načela aspiriraju na apsolutni prioritet, no ne postoji predefinirana i apstraktna hijerarhija koja bi vrijedila u svakom pojedinom slučaju. Takvu je hijerarhiju moguće ustanoviti samo za najviša ustavna načela (...)”. Posve je logično da su to ona načela, odnosno one norme koje su izuzete iz svake ustavne revizije (poput samog postupka ustavne revizije, republikanskog oblika vladavine, poštivanja ljudskih prava, statusa međunarodnog prava i dr. navedenih u čl. 1. do 12. Ustava Italije) i koja čine neprobojnu granicu ulasku normi europskog prava u talijanski pravni poredak.³⁵ Postaje očito da je razvoj kriterija upotrebljivih pri postupku odvagivanja ili uravnoteživanja od presudne važnosti. Naime, njihovom uporabom konačna će procjena i dalje biti *diskrecijska*, ali *nikako potpuno slobodna*, odnosno *arbitrarna*. Izostanak kriterija odvagivanja pretvorio bi svakodobnog interpretatora i primjenjivača (zakonodavca, sudove, napose Ustavni sud Italije) u isključivo političkog aktera. Ovo je mjesto na kojem doktrina³⁶ identificira zadnji element načela razumnosti, tj. kriterij razmjernosti ili proporcionalnosti u užem smislu.

Uvodno kažimo da Ustav Italije ne sadržava opću klauzulu razmjernosti ili proporcionalnosti, kao što je to slučaj s našim Ustavom³⁷, iako pojedine ustavne odredbe spominju riječi “proporcionalno” ili “odgovarajuće”³⁸,

zionale (Atti del seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta, 13/14 ottobre 1992), Giuffrè, Milano, 1994., str. 104 – 132, str. 109.

³⁴ Odluka br. 149/1995 (o obliku prisega za ateiste).

³⁵ O postojanju najviših načela koja su nesumnjivo i *in abstracto* nadređena svim ostalim načelima Ustavni se sud Italije očitovao u odlukama br. 183/1973, 170/1984 i 1146/1988. Ovdje pripadaju još i odredbe o jednakosti, lokalnoj samoupravi, jezičnim manjinama, odnosima između države i Rimokatoličke crkve te statusu drugih vjera, odbacivanje ratovanja kao oblika rješavanja odnosa s drugim državama te odredbe o državnoj zastavi.

³⁶ Vidi npr. Scaccia, G., *Gli ‘strumenti’ della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000., str. 348 i dalje; Modugno, F., *op. cit.* u bilj. 26, str. 38 i dalje.

³⁷ Revidiran 2000. godine čl. 16. Ustava RH danas glasi: “(1) Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. (2) Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.” (Ustav RH, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001 i 76/2010). Zadnji pročišćeni tekst objavljen u Narodnim novinama br. 85/2010.

³⁸ Riječ je primarno o odredbama vezanim uz radna i socijalna prava, zaštitu obitelji i privatnog vlasništva. Primjerice čl. 36. st. 1.: “Radnik ima pravo na naknadu za rad *razmjerno* kvantiteti i kvaliteti svoga rada, a u svakom slučaju *dostatnu* za osiguranje slobodnog i dostojnog života sebi i svojoj obitelji.” (istaknula autorica).

što upućuje na neodređeno i elastično, ali ipak prisutno tekstualno izvorište i adekvatnosti i razmjernosti. Bez sumnje, test razmjernosti razvija se u svojoj punini upravo u odnosu na zadiranje zakonodavnih intervencija u pojedino ljudsko pravo. Riječima Ustavnog suda: “načelo razmjernosti predstavlja izravni izraz *općeg standarda razumnosti*”³⁹, a “izbor odgovarajućih i razmjernih mjera predstavlja opće ograničenje zakonodavnih djelovanja kojima se zadire u ljudska prava i koja se jedino mogu smatrati *razumnima*”⁴⁰ (istaknula autorica). Razmotrimo sada metodičke korake Ustavnog suda Italije koji se koriste u odvagivanju suprotstavljenih odredbi o ljudskim pravima.

Prvi zahtjev koji se postavlja pred zakonodavca pri pravilnom odvagivanju ustavnih odredbi o ljudskim pravima jest uputa da usvojena zakonska rješenja ne smiju u potpunosti žrtvovati (komprimirati, isključiti) niti jedno od primjenljivih primarnih ljudskih prava. To znači da srž prava, ona najmanja jezgra svakog prava, mora biti i ostati očuvana.⁴¹ Valja primijetiti da se ovaj zahtjev proteže i na Ustavom utvrđene dužnosti kada one sadržavaju primarne ustavne vrijednosti. Tipičan je primjer dužnost obiteljske solidarnosti.⁴² Neustavnim se smatra zakon koji oduzima pravo na utvrđenje zajedničkog prava stanovanja osobi koja je dulje vrijeme izbivala iz predmetnog stana, kada je razlog takvog ponašanja dugotrajna skrb o teško bolesnom roditelju.⁴³ Dok je s jedne strane stajalo načelo jednakosti, s druge se strane postavlja dužnost skrbi o članovima obitelji. Zakonodavac mora ponderirati svako od primjenljivih primarnih prava i obveza na način da očuva temeljnu jezgru onog prava (ili obveze) koje mora ustuknuti u konkretnom slučaju. Drugi zahtjev odnosi se na uporabu najblažeg sredstva, tj. “pravilo je da mora postojati razumna proporcionalnost i nužnost ograničenja nekog nepovredivog ljudskog prava (*diritto*

³⁹ Odluka br. 220/1995 (o nerazumnosti – zbog nerazmjernosti – brisanja iz matrikule pomoraca kao automatske posljedice određene kaznene osude bez evaluacije svakog pojedinog slučaja).

⁴⁰ Odluka br. 1/1997 (o nerazumnosti proširenja značajke kvalificiranosti kaznenog djela na treće osobe uključene u “šverc” ustanovljavanjem neoborive pretpostavke s obzirom na to da takvim osobama nije navedenim zakonskim odredbama omogućeno dokazivanje vlastite dobre vjere).

⁴¹ Detaljnije o samostalnoj teoriji “srži ljudskih prava” razvijenoj u praksi Saveznog ustavnog suda Njemačke pisali smo prije. Vidi Barić, S., *Zakonodavna delegacija i zakonski rezervat*, Hrvatska javna uprava, sv. 6, br. 1, 2006., str. 191 – 222; Barić, S., *op. cit.* u bilj. 6, te Barić, S., *Delegirano zakonodavstvo i Ustav RH*, u: Bačić, A. (ur.), *Zbornik radova povodom 20. obljetnice Ustava RH*, HAZU, Zagreb, 2011., str. 375 – 407.

⁴² Izvodi se iz čl. 30. i 31. Ustava Italije.

⁴³ Odluka br. 19/1994.

inviolabile dell'uomo) u odnosu na ispunjenje neke nepovredive ustavne obveze (*dovere costituzionale inderogabile*).⁴⁴ Takva su prava, primjerice, osobne slobode iz glave 1. dio 1. (građanska prava) Ustava, odnosno dužnost obrane države, vojne dužnosti i sl. iz glave 1. dio 4. (politička prava) Ustava. Spomenimo u ovom kontekstu i graduiranje pojma najblažeg sredstva, koje stupnjevanje donekle podsjeća na poznato razlikovanje *rational basis – strict scrutiny test* iz američke prakse. Tako primjerice odluka br. 63/1994 naglašava da se “ograničenje temeljnog ljudskog prava mora *strože* nadzirati” te valja “utvrđivati je li predviđeno ograničenje usmjereno prema ispunjenju ustavno relevantnog primarnog javnog interesa i, istodobno, sastoji li se od operacija *usko vezanih i nužnih* za zaštitu takvog javnog interesa” (istaknula autorica). Treći zahtjev sadržan u načelu razmjernosti u užem smislu nametnuo se već objašnjenjem prvih dvaju. Naime, riječ je o koesencijalnosti ograničenja, odnosno zahtjevu da ograničenje nekog temeljnog ljudskog prava mora proizlaziti iz ustavnog interesa, prava ili dužnosti, koji je jednake vrijednosti. Tako primjerice “iz ustavnog priznanja važnosti rada i prava na rad ne proizlazi nemogućnost postavljanja uvjeta i granica korištenja tog prava (...) [Takvi su uvjeti i granice dopustive] dok su god postavljeni radi zaštite drugih interesa i socijalnih zahtjeva, koji su također objekti ustavne zaštite [jednake vrijednosti].”⁴⁵

Zaključimo dakle da se ljudska prava upravo zbog njihova središnjeg položaja u ustavnoj organizaciji mogu razumno (legitimno) ograničiti samo ako je to neizbježno radi ostvarenja drugih interesa i vrijednosti jednakog ustavnog stupnja važnosti, no samo na način koji neće u potpunosti dokinuti ograničeno pravo te samo sredstvima koja su nužna i najblaža, a učinkovita u ostvarenju zakonodavnog cilja. Ipak, postupak odvagivanja sadržava neke specifičnosti kada je u pitanju kazneni sustav, odnosno ograničavanje ljudskih prava predviđanjem kaznenih sankcija te, posebice, u odnosu na socijalna prava i socijalne prestacije.

2.4. Posebnosti načela razumnosti vezane uz kaznene sankcije i uz ostvarenje socijalnih prava

U kontekstu kaznenopravnih odredbi *ragionevolezza* implicitno zahtijeva da kaznene sankcije i sigurnosne mjere budu određene i primjenjivane sukladno

⁴⁴ Prije spomenuta odluka br. 467/1991.

⁴⁵ Odluka br. 330/1999 (o ograničenju prava na rad slobodnih profesija kada su one ujedno uključene u nacionalni zdravstveni sustav).

načelu razmjernosti u užem smislu, tj. da “sankcije budu razmjerne štetnosti počinjenog protupravnog djela na način kojim kazneni sustav može ispuniti obje funkcije: zaštitu društva u cjelini i zaštitu individualnih prava čovjeka”.⁴⁶ Dodatno, “kazne moraju imati tendenciju reedukacije osuđenika (na temelju čl. 27. st. 3. Ustava)”, a takva pak funkcija “implicira trajni zahtjev razmjernosti između, s jedne strane, kvalitete i kvantitete sankcije te, s druge strane, značaja prekršaja/kaznenog djela”.⁴⁷ Konkretni primjer neproporcionalnog odvagivanja mjera vezanih uz osuđenike vidljiv je primjerice u zakonskim odredbama koje za osuđenike, na koje su se zbog dobrog vladanja već počele primjenjivati odredbe o nagrađivanju zatvorenika iz ranijeg zakona, proširuje primjenu novog, a restriktivnijeg sustava ocjene vladanja. Neovisno o općoj zabrani retroaktivne primjene otegotnih kaznenih sankcija, pod koje se načelo eventualno može podvesti opisani slučaj, Ustavni sud Italije naveo je kako je riječ o “intrinzično neracionalnom odvagivanju između svrhe generalne prevencije i resocijalizirajuće svrhe kaznenog sustava”.⁴⁸ Spomenut ćemo i poznatu, a još uvijek paradigmatičnu odluku Suda (br. 409 iz 1989. godine), čija detaljno elaborirana argumentacija sadržava temeljno stajalište ovog tijela o pitanju razmjernosti kaznenih sankcija. Bila je riječ o različitim kaznama predviđenim za odbijanje poziva u vojnu službu, uključujući i potpuno odbijanje alternativnih vidova izvršenja građanske obveze na temelju čl. 2. (opće vezivanje prava uz građanske dužnosti), 52. (vojna služba) i 97. (javna služba) Ustava Italije, dakle odbijanje i civilnih oblika obavljanja takve službe. Za građane koji bi poziv odbili pozivanjem na “prigovor savjesti” bila je propisana kazna od dvije do četiri godine zatvora, dok je za one koji bi počinili isto djelo bez navođenja razloga ili naveli beznačajne razloge, kazna zatvora iznosila od šest mjeseci do dvije godine. Odluka među ostalim navodi da “procjena koja bi kazna bila odgovarajuća za pojedino djelo, a imajući u vidu sve [prije spomenute] svrhe kaznenog sustava, svakako je dio diskrecijskih ovlasti zakonodavca (...) takve ovlasti Sud može nadzirati isključivo u slučajevima u kojima zakonodavac prelazi granicu *razumnosti*” (istaknula autorica). Dalje, utvrdivši da je počinjenje djela u tim dvama slučajevima nesumnjivo subjektivno različito motivirano, Sud naglašava da je “u obama slučajevima ugrožen isti ustavno zaštićeni državni interes, tj. interes zaštite države (...) Motiv objektivno ne

⁴⁶ Odluka br. 409/1989 (o sankcioniranju građana koji se ne odazovu pozivu u vojnu službu).

⁴⁷ Odluka br. 313/1990.

⁴⁸ Odluka br. 257/2006.

pridonosi težini kaznenog djela.” Iz toga pak slijedi da je “razlikovanje sankcija očito arbitrarno i nerazmjerno otegotno za osobe koje takvu dužnost odbijaju zbog vlastitih (religijskih) uvjerenja”⁴⁹ (istaknula autorica). Riječ je o razvidnoj neracionalnosti i nerazumnosti (*manifestamente irrazionale e irragionevole*) kaznenopravnih odabira zakonodavca.

Ipak, iz ukupne analiza odluka utemeljenih na primjeni načela (ne)razumnosti na kaznene sankcije vidljivo je da u kaznenopravnoj disciplini (u odnosu na samo određivanje kaznenih djela i u odnosu na izbor kaznenih sankcija) Ustavni sud poštuje široko polje slobodne (političke) volje zakonodavca, a intervenira samo u malobrojnim slučajevima očite nerazumnosti (poput gore prikazanog primjera). U takvim slučajevima mora biti riječ o “tako jasnoj neracionalnosti da doseže arbitrarnost”⁵⁰ ili o “razlikovanjima koja su posve očito nepravedna”.⁵¹ Isto stajalište Sud zauzima i na području određivanja poreznih i sličnih davanja vršeći nadzor “samo u slučajevima apsolutne arbitrarnosti ili neracionalnosti zakonskih odredbi”.⁵²

Kada analiziramo primjenu načela razumnosti na području realizacije socijalnih prava, ne čudi slično samoograničavanje Ustavnog suda Italije i više poštovanja prema zakonodavnim izborima. Razlozi takvog postupanja očekivano se razlikuju od argumentacije u kontekstu kaznenopravnog uređenja. Općenito rečeno, socijalne prestacije države čine točku najveće tenzije između zahtjeva za ostvarenjem ustavnih imperativa i demokratskog načela dužnog poštovanja diskrecijskih procjena zakonodavca.⁵³ Na strani potonjeg dodatno se nalazi i imperativ održanja stabilnosti državnih financija. Prisjetimo se

⁴⁹ U istom smislu s istom argumentacijom podsjećamo i na u ovom radu već spomenutu odluku br. 467/1991 (o razlikovanju sankcija za građane koji se ne odazovu vojnoj službi – pa ni u alternativnim oblicima – izjavljivanjem prigovora savjesti prije odaziva i onih koji se odazovu pa *naknadno* odluče ne obavljati takvu službu).

⁵⁰ Primjerice odluka br. 97/1968.

⁵¹ Primjerice odluka br. 132/1983 ili 256/1987.

⁵² Primjerice odluka br. 144/1972 ili 151/1982. U potonjoj odluci bila je riječ o granici priznatih poreznih odbitaka vezanih uz troškove liječenja člana uže obitelji: “u kompleksnim ekonomskim i socijalnim situacijama zakonodavni izbori ne mogu biti predmetom ustavnosudske procjene, osim u slučajevima apsolutne arbitrarnosti ili iracionalnosti zakonskih odredbi.”

⁵³ O tome je već u nas pisano, vidi primjerice Rodin, S., *Ustavni sud definira socijalnu državu*, Revija za socijalnu politiku, sv. 5, br. 2 – 3, 1998., str. 111 – 118, ili Barić, S.; Alijagić, A., *Normativna djelatnost kao izazov ostvarenju socijalnih prava*, u: Bodiropa Vukobrat, N.; Barić, S. (ur.), *Socijalna prava kao temeljna ljudska prava – Zbornik radova*, TIM Press i Zaklada Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2010., str. 30 – 55.

na ovom mjestu i činjenice da je i naš Ustavni sud u istom smislu obrazložio odbijanje zahtjeva i prijedloga za ocjenu ustavnosti tzv. “kriznog poreza”, gdje je većinsko mišljenje navelo kako mjeru smatra “razumno postavljenom” i utemeljenom na “razumnoj osnovi”.⁵⁴ Zanimljivo je primijetiti da suprotno izdvojeno mišljenje ne spominje izriječkom argument nerazumnosti (pa tako ni neracionalnost mjere) kao temelj zbog kojeg je valjalo utvrditi neustavnost navedenog zakona.⁵⁵

U odnosu, dakle, na nadzor vezan uz navodnu povredu socijalnih prava u Italiji najprije valja podcrtati važnu karakteristiku talijanskog Ustava iz 1948. godine, tj. izrazito socijalno određenje države uz veliki broj izriječkom enumeriranih socijalnih prava.⁵⁶ Posljedično, ustavnosudska praksa na ovom je području izrazito bogata. Međutim, nespornim nam se ukazuje da Sud prilazi kontroli ostvarenja i ograničenja socijalnih prava sa svojevrsnom “presumpcijom ustavnosti” koja će se urušiti isključivo u makroskopski nerazumnim slučajevima, poput primjerice zakona koji postavljaju “apsolutni teret nekom socijalnom pravu i u potpunosti uništavaju njegovu jezgru”.⁵⁷

No, pokušajmo usustaviti premise kojima se Sud vodi.

Moguće je izdvojiti tri zasebna elementa odvagivanja koji su specifikum u odnosu na u prijašnjim poglavljima opisanu logiku ustavnosudskog nadzora razumnosti: 1) prihvaćanje stupnjevitosti pri oživotvorenju socijalnih prava, posebice pri provođenju odgovarajućih reformi; 2) poštovanje ograničenja financijskih resursa državnog proračuna, osim u slučaju sruza sa zahtjevom za

⁵⁴ Odluka i Rješenje Ustavnog suda RH U-IP-3820/2009 i U-IP-3826/2009 i dr. od 17. studenog 2009., Izdvojeno mišljenje i Dodatak I, Narodne novine, br. 143/2009. Sukus obrazloženja izdvojen je u dijelu obrazloženja pod naslovom “K. SAŽETAK OCJENE USTAVNOG SUDA”. Izdvajamo ovdje samo točku d): “Posebno značenje koje Zakon o posebnom porezu na plaće, mirovine i druge primitke ima za stabilnost javnih rashoda Republike Hrvatske trenutno ima prednost pred zahtjevima za ostvarenjem apsolutne jednakosti i pravednosti u ubiranju posebnog poreza. Privremeno ubiranje posebnog poreza zasnovano je na kvalificiranom javnom interesu, pa pojedine razlike koje ZoPPPM stvara među svojim adresatima, iako podložne kritici, ne dosižu stupanj zbog kojeg bi se taj zakon u ovom trenutku mogao proglašiti nesuglasnim s Ustavom.”

⁵⁵ Razloge zbog kojih je navedeni zakon ipak valjalo ukinuti sveobuhvatno je argumentirao A. Bačić u svojem znanstvenom mišljenju, svojevrsnoj studiji o socijalnim pravima, priloženom spisu u spomenutom predmetu.

⁵⁶ Ustav Italije, glava I. dio 3. i 4.

⁵⁷ Odluka br. 304/1994 (nije nerazumno isključenje iz pokrića državnog zdravstvenog osiguranja onih zdravstvenih usluga koje pružaju privatne ustanove u slučajevima kada takve usluge pružaju i državne zdravstvene ustanove).

poštovanjem srži pojedinog prava i 3) prihvaćanje slobodne procjene zakonodavca, osim u slučajevima očite nerazumnosti. Postupnost u provođenju reformi i njihovu vremensku dimenziju Sud smatra “područjem koje zaslužuje veći prostor slobode zakonodavca, pod uvjetom da je riječ o racionalnoj mjeri”⁵⁸, odnosno smatra kako “nisu nerazumni zakonodavni izbori kojima se postupno i artikulirano odvija evolutivni proces s obzirom na to da je riječ o nužno dinamičnoj perspektivi promatranja relevantne materije”.⁵⁹ Isti se princip odnosi i na situacije kada zakonodavac uvodi nove obveze, odnosno umanjuje razinu ostvarenja pojedinog socijalnog prava. Zakonodavna procjena financijskih mogućnosti državne blagajne da (ne) pruži određena socijalna davanja ipak ima svoju granicu: njome se ne može do temelja kompromitirati pojedino pravo. Najpoznatija odluka u ovom pravcu (br. 309 iz 1999. godine) odnosi se na državnu obvezu snošenja troškova medicinskih postupaka u inozemstvu za siromašne osobe (prema definiranim kriterijima socijalnog statusa).⁶⁰ Riječima Suda, “zaštita prava na zdravlje *podliježe uvjetovanjima* s kojima je sam zakonodavac suočen pri distribuciji dostupnih mu financijskih sredstava”, ali “ograničenja koja [iz toga] proizlaze *ne mogu* u odvagivanju poprimiti takav opseg da *u potpunosti komprimiraju* temeljnu jezgru Ustavom zaštićenog prava na zdravlje kao nepovredivog djela ljudskog dostojanstva” (istaknula autorica). Izvan tako ekstremno utvrđenih slučajeva zakonodavac uživa široko polje diskrecije. Endemični su primjeri ustavnosudske korekcije zakonodavnih mjera, a uglavnom uključuju kumulativno povredu načela jednakosti⁶¹ i načela razumnosti. Tako

⁵⁸ Odluka br. 240/1994.

⁵⁹ Odluka br. 125/1998.

⁶⁰ Ovdje svjesno zanemarujemo raspravu o aspektima slobode pružanja usluga u kontekstu zdravstvene djelatnosti te prekograničnog tržišnog natjecanja na tom području. Danas je ovo pitanje, među ostalim, regulirano i Direktivom br. 2011/24 o pravima pacijenata u prekograničnom pružanju zdravstvenih usluga [2011] OJ L88/45, a detaljno se o ovim aspektima raspravljalo na međunarodnoj Jean Monnet konferenciji “Prekogranično pružanje zdravstvenih usluga”, na Pravnom fakultetu u Rijeci, 12. i 13. listopada 2012. Dvojezični (engleski i njemački jezik) Zbornik radova s te konferencije bit će objavljen tijekom 2013. godine u izdanju Verlag dr. Kovac, Hamburg.

⁶¹ Smatramo nepotrebnim posebno obrazlagati prevagu formalnog načela jednakosti nad ograničenjima fiska. Naime, svako razlikovanje u socijalnim prestacijama koje bi za temelj imalo različite naknade i prava za isti rad muškaraca i žena bilo bi neustavno ne samo na temelju čl. 3. st. 1. već i posebno na temelju čl. 37. Ustava Italije: “Zaposlene žene imaju jednaka prava, uključujući i pravo na jednaku plaću za jednaki posao, kao i zaposleni muškarci.” Na pitanja načela jednakosti osvrnut ćemo se detaljnije u jednom od sljedećih radova.

je primjerice talijanski Ustavni sud smatrao neprihvatljivim različito određenje datuma primjene povoljnijih formula za izračun iznosa mirovine u ovisnosti o statusu radnika (državna služba ili privatni poslodavci)⁶², kao i odredbu koja je zabranjivala kumulaciju socijalnih primanja s pozicije invalidske mirovine i doplatka za nepokretnost te su korisnici invalidske mirovine izgubili pravo na doplatku za nepokretnost (premda je u nekim slučajevima on bio viši od iznosa mirovine), a odredba ujedno nije omogućavala izbor primanja s obzirom na visinu iznosa, odnosno nije predviđala isplatu razlike do visine većeg od dvaju iznosa.⁶³ No, složna je talijanska doktrina⁶⁴, pravilo je da se uobičajeni instrumenti nadzora načela razumnosti (adekvatnost, nužnost sredstva i razmjernost u užem smislu) u materiji socijalnih prava aktiviraju na minimalnoj razini.

Konflikt ustavnih načela, vrijednosti, prava i obveza pogodno je tlo za primjenu posebnih oblika ustavnosudskih pravorijeka. Te tzv. *sentenze manipolative*, kao posebni oblici utvrđivanja posljedica neustavnosti zakona, predmet su sljedećeg poglavlja.

3. TEHNIKE USTAVNOG SUDA ITALIJE

Uvodno pojasnimo da talijanski *Corte costituzionale* u najvećem broju slučajeva vrši konkretnu ocjenu ustavnosti zakona nakon što se pitanje ustavnosti javi u nekom konkretnom sudskom sporu. Svaki sud može na prijedlog stranaka ili na vlastitu inicijativu zastati s postupkom i uputiti Ustavnom sudu pitanje ustavnosti nekog zakona.⁶⁵ Apstraktnu ocjenu ustavnosti, sukladno čl. 127. Ustava Italije, može pokrenuti samo: Vlada u ime države (kada smatra da neki regionalni zakon zadire u isključivu zakonodavnu nadležnost države) te

⁶² Odluka br. 1/1999.

⁶³ Odluka br. 218/1995. U srazu “zahtjeva za solidarnošću i oslobođenjem od potrebitosti” (čl. 38. Ustava Italije) s “potrebom održavanja uravnoteženosti javnih financija” (čl. 81. Ustava Italije) zakonodavna intervencija u socijalni sustav “mora zadovoljiti načelo jednakosti i načelo razumnosti iz čl. 3. Ustava Italije, a svakako imajući na umu da osobe koje su pogođene s više nepovoljnih okolnosti [invalidnost i mirovina] ne budu tretirane lošije u odnosu na one kod kojih je nastupila samo jedna takva okolnost.”

⁶⁴ Vidi primjerice Cerri, A., *op. cit.* u bilj. 6, str. 15; Modugno, F., *op. cit.* u bilj. 26, str. 41 – 46; Scaccia, G., *op. cit.* u bilj. 36, str. 354 – 359.

⁶⁵ Ustavni zakon br. 1/1948 od 9. veljače 1948., čl. 1. i Zakon br. 23/1953 od 11. ožujka 1953., čl. 23.

regije, odnosno provincije *Trento* i *Bolzano* (ako smatraju da državni zakon zadire u njihov zakonodavni djelokrug).⁶⁶ Bez obzira na to je li riječ o konkretnoj ili apstraktnoj ocjeni ustavnosti, odluka kojom *Corte costituzionale* utvrđuje neustavnost, a za razliku od precedentnog sustava, djeluje *erga omnes*. Međutim, Ustavni sud Italije ne može poništiti zakon (ili drugi akt s pravnom snagom zakona); njegova odluka djeluje *ex nunc*, moguće je samo ukidanje *pro futuro*.

Vratimo se pitanju ustavnosudskih tehnika.

Valja naglasiti da je odvagivanje ili uravnoteživanje različitih ustavnih načela (kojima se pozitiviziraju određene vrijednosti), a iz kojih proizlaze određena ustavom zajamčena prava i interesi, intrinzična zadaća i ovlast zakonodavne funkcije. Zakonodavac vrši izbore i prevodi ih u normativnu formu. Prostor za ustavnosudsku intervenciju otvara se samo ako zakonodavno odvagivanje u pretjeranoj mjeri privilegira jedno načelo (vrijednost, pravo, interes) na štetu drugog ili drugih. Sud tada vrši vlastitu procjenu uravnoteženja koja biva nadređena procjeni zakonodavca. Kao što smo već prethodno rekli, razmatranje talijanskog Suda odvija se od slučaja do slučaja u kontekstu – moglo bismo je tako nazvati – mobilne hijerarhije vrijednosti, tj. vrijednosti nemaju uvijek i u svakom slučaju jednaku apsolutnu poziciju u hijerarhiji ustavnog identiteta. Riječima samog Suda: “[U] prvom se koraku identificiraju [ustavna] načela i interesi suprotstavljeni u pojedinoj zakonodavnoj regulativi te se formalno određuje njihova relativna vrijednost.” Zatim se, u drugom koraku, “zakonodavni izbor procjenjuje mjerilom utvrđenim u prvom koraku”.⁶⁷ Riječ je, dakle, o metaodvagivanju ili metauravnoteživanju, odvagivanju nakon odvagivanja, procjeni uravnoteženosti postojećeg zakonskog uravnoteženja.

No što se zbiva kada Sud zaključi da zakonodavni izbor ne korespondira s pravilno utvrđenom ustavnim hijerarhijom vrijednosti, tj. kada utvrdi da je nekim zakonskim aktom predviđena nerazumna mjera ili rješenje (*irragionevolezza*)?

Ukidanje kao posljedica proglašenja neustavnosti, pokazuje se analizom odluka, samo je jedna od praktičnih mogućnosti. Talijanski je ustavni sud, osim meritornih odluka o prihvatanju ili odbijanju prijedloga za ocjenu ustav-

⁶⁶ Vertikalna podjela zakonodavnih nadležnosti s federalnom tendencijom sadržana je u čl. 117. Ustava Italije. Nabraja se isključiva ovlast države, zatim područja konkurentne nadležnosti države i regija (u kojim područjima državni zakoni utvrđuju samo temeljna načela), dok su sve ostale materije u isključivoj zakonodavnoj nadležnosti regija.

⁶⁷ Prije analizirana odluka br. 467/1991.

nosti, razvio i različite tipove odluka kojima izravno ili neizravno utječe na sadržaj zakona bez njegova formalna ukidanja (tzv. *sentenze manipolative*). Tu su najvažnije tzv. interpretativne odluke (*sentenze interpretative*) i uključujuće odluke (*sentenze additive*). Interpretativne odluke utvrđuju da je zakon ustavan, ali samo pod uvjetima tumačenja koje je odredio Sud. One se općenito primjenjuju na zakone koji sadržavaju previše neprecizne, neodređene i dvosmislene odredbe.⁶⁸ Uključujućim odlukama Ustavni sud Italije prvo utvrđuje neustavnost pojedinih odredbi u dijelu u kojem isključuju vlastitu primjenu na neke kategorije situacija u kojima bi, sukladno logici ustavnog normativnog sustava, trebale biti primijenjene. Zatim određuje proširenje njihove primjene na dotičnu kategoriju situacija, bilo ukidanjem dijela odredbe koji određuje ograničenje, bilo izravnim dodavanjem/uključivanjem takvog značenja koje se ni krajnje ekstenzivnim tumačenjem ne bi moglo izvesti iz teksta zakonskih odredbi u pitanju.

Razmotrimo takve postupke na dvama primjerima.

U odluci br. 307 iz 1990. pod ustavnosudskim povećalom našao se zakon br. 51 iz 1966. godine, čijim je odredbama uvedeno obvezno cijepljenje protiv dječje paralize. Otac cijepljenog djeteta nije bio prije cijepljen protiv te bolesti te se njome zarazio u fizičkom kontaktu s djetetom neposredno nakon cijepljenja. Zakonske su odredbe predviđale pravo na odštetu samo u izriječkom navedenim slučajevima, a ovo nije bila jedna od takvih situacija. *Corte costituzionale* ocjenjivao je zakon s obzirom na čl. 32. Ustava Italije.⁶⁹ Prvo je ustanovio da je uvođenje obveznog cijepljenja svakako zadiranje u temeljno pravo svakog čovjeka da odlučuje o medicinskom postupku kojem će se podvrgnuti. Ipak, suprotstavljeni interes javnog zdravlja preteže, pa je obvezatnost cijepljenja ocjenjena razumnom, pod uvjetom da se izvodi stručno, savjesno i uz razumne mjere opreza. U postupku pred redovnim sudom nesumnjivo je utvrđeno da je

⁶⁸ O interpretativnim rezervama i smjernicama vidi detaljnije u: Viala, A., *Les réserves d'interprétation: un outil de 'resserrement' de la contrainte de constitutionalité*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, sv. 15, br. 4, 1997., str. 1047 – 1068. One se često koriste i u kontekstu zakonodavne delegacije. Vidi odluku br. 427/2000 i komentar D'Elia, G., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella delegazione legislativa*, *Giurisprudenza costituzionale*, sv. 45, br. 5, 2000., str. 3245 – 3247.

⁶⁹ "(1) Republika skrbi o zdravlju kao temeljnom pravu pojedinca i kao interesu zajednice te jamči besplatnu skrb siromašnima. (2) Nitko ne može biti podvrgnut obveznim medicinskim postupcima, osim u slučajevima predviđenim zakonom. Zakon ni u kojem slučaju ne smije povrijediti granice poštivanja ljudskosti."

infekcija oca izravna posljedica cijepljenja. Ustavni sud je zatim utvrdio da je “zakon br. 51 neustavan u dijelu u kojem ne predviđa pravo na naknadu štete u slučajevima obveznog cijepljenja protiv poliomijelitisa, kada je šteta nastala kao posljedica zaraze ili druge bolesti bilo u djeteta bilo u osobe koja za dijete skrbi, a za koju se bolest utvrdi da je uzročno povezana s obveznim postupkom”. Dakle, Sud nije ukinuo obvezu cijepljenja ni postojeće pravo na odštetu, već je svojim tumačenjem proširio njegov doseg inkorporirajući situacije koje izvorno nisu bili upisane u predmetni zakon. Zanimljiv je i prije spomenuti slučaj razlikovanja kazni kod odbijanja vojne službe u ovisnosti o razlozima odbijanja (odluka br. 467 iz 1991., vidi *supra*, poglavlje 2.4.). Iako je ustanovljena “očita nerazumnost” (*palese irragionevolezza*) različito propisanih minimuma i maksimuma zatvorskih kazni, *Corte costituzionale* našao se u paradoksalnoj situaciji. Ukidanjem kazni doveo bi do neprihvatljive situacije dekriminalizacije djela koje evidentno treba kažnjavati, a odbijanjem prijedloga za utvrđenje neustavnosti podržao bi rješenje koje je, primjenom načela razumnosti u odvađivanju ustavom zajamčenih interesa, blatantno neustavno. Odgoda stupanja na snagu ukidajuće odluke također je smatrana neprihvatljivom: primjena bi se postojećih neustavnih kazni nastavila, a upitnom se smatrala i agilnost zakonodavca u usvajanju novog zakonskog rješenja. Sud je zbog toga pribjegao interpretativnom pravorijeku u kojem je jasno naglasio kako kazne ne smiju biti veće za slučajeve u kojima je vojna služba odbijena zbog prigovora savjesti, a sam postupak odvađivanja ili uravnoteženja, uz primjenu takvih interpretativnih smjernica, delegirao subjektima pozvanim na primjenu zakona, dakle redovitim sudovima. Brojni su daljnji slučajevi u kojima se krajnje uravnoteženje prebacuje na primjenjivače pravnih normi (*delega di bilanciamento al giudice ordinario*)⁷⁰, a zanimljivo je da se “potraga za najboljim jamstvom ustavnog prava u konkretnom slučaju” prepušta redovitim sudovima čak i u slučajevima pravnih praznina, naravno “uz pomoć interpretativnih smjernica koje daje sam Ustavni sud”.⁷¹ Iako se u nekim slučajevima proglašava nenadležnim, ipak Sud daje smjernice sudu *a quo* (redovitom sudu koji mu je izvorno uputio zahtjev za ocjenu ustavnosti) za rješavanje konkretnog spora. Usporedbe radi, Ustavni sud RH naglašava kako “nije nadležan ocjenjivati suglasnost zakona s Usta-

⁷⁰ Primjerice proglašenje neustavnima automatski primjenljivih sankcija bez mogućnosti individualizacije (odluke br. 220/1995, 253/2003 i 367/2004).

⁷¹ Vidi primjerice odluku br. 347/1998 (o mogućnosti pobijanja očinstva u slučaju umjetne oplodnje).

vom sa stajališta da je zakonodavac u zakonu nešto propustio propisati”.⁷² Pri tome ne daje smjernice kako bi rečenu prazninu trebali popuniti primjenjivači pravne norme, napose sudovi. U Italiji su poznate još i zamjenske ustavnosudske odluke (*sentenze sostitutive*), u kojima Ustavni sud ukida odredbu koja predviđa određene posljedice i zamjenjuje ih drugim posljedicama koje su sukladne ustavu te odluke-opomene (*sentenze-monito*), kojima upozorava zakonodavca da je potrebna izmjena određenog normativnog korpusa naglašavajući da će u slučaju zakonodavne neaktivnosti morati ukinuti postojeću regulativu.⁷³

Glavni argument u prilog *sentenzi manipolative* nalazi se u tezi da bi posljedice ukidanja bile mnogo gore jer bi u potpunosti uklonili regulaciju dotične materije. Zakonodavstvo je sporo, a jamstva valja pružiti odmah. S druge su strane opravdane kritike da Ustavni sud prelazi svoje ustavne nadležnosti, kao i uređene granice podjele vlasti.⁷⁴ Ovakve odluke čine izrazito aktivističko djelovanje Ustavnog suda Italije te ponekad u ozbiljnoj mjeri zadiru u djelokrug parlamenta. U posljednjem je desetljeću 20. stoljeća takvo djelovanje poprimilo važnost donošenja političkih odluka i stvorilo probleme u okviru državnog proračuna. Krajem 2001. i početkom 2002. godine sukob između parlamenta i Ustavnog suda dosegno je vrhunac. Tada je podnesen prijedlog ustavnog zakona koji je trebao ograničiti odluke Ustavnog suda na samo tri vrste: odluke o prihvaćanju, odbijanju i odbacivanju prijedloga za ocjenu ustavnosti zakona.⁷⁵ Ustavni zakon, međutim, nije dobio potrebnu većinu te se aktivistička praksa nastavlja, ali u nešto smanjenom opsegu.

4. INTERPRETACIJA I/ILI KREACIJA: NAČELO RAZUMNOSTI KAO HERMENEUTIČKA METODA

Nakon detaljne analize razvoja i funkcioniranja načela razumnosti u ustavnom poretku Italije, napose kroz djelovanje i interpretaciju Ustavnog suda,

⁷² Rješenje U-I-1108/1998 od 22. prosinca 2004., Narodne novine, br. 5/2005.

⁷³ Odluke koje pri tome navode smjernice i rokove kojih se zakonodavac mora pridržavati prilikom donošenja novih propisa poznate su pod nazivom *sentenze deleghe*. Petrosino, C. (ur.), *Lexikon – Diritto pubblico e costituzionale*, Edizione Simone, Napoli, 2002., str. 204 – 205.

⁷⁴ Politi, F., *Effetti di una sentenza additiva di principio (comportante maggiori spese) e giudizio di ragionevolezza: le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'esito del giudizio di costituzionalità*, *Giurisprudenza costituzionale*, sv. 41, br. 3, 1996., str. 2184 – 2203.

⁷⁵ Petrosino, C., *op. cit.* u bilj. 73, str. 436 – 437.

ostaje nam pokušaj davanja sveobuhvatne definicije ovog načela ili bar ocrta- vanja relevantnih karakteristika njegove prirode kako bismo ga mogli pojmiti u cjelini. Razumnost svakako podrazumijeva određenu logiku vrijednosti ili “au- tentičnu racionalnost u odnosu na vrijednosti”⁷⁶, no prije svega predstavlja dis- kurzivnu, argumentativnu i proceduralnu logiku koja polazi od “supstancijal- nih [ustavnih] vrijednosti”.⁷⁷ Iako je nesumnjivo utemeljena na svakodnevnom razumijevanju pojmova “razum” i “razumno djelovanje”, u ustavnopravnom kontekstu načelo razumnosti dobiva kvalificirano i stoga različito značenje.⁷⁸

Vratimo se podrijetlu načela razumnosti. Ono nije tekstualno spomenuto u Ustavu Italije. Izronivši dominantno u kontekstu načela jednakosti, danas se, pokazali smo, proširilo na sve teme ustavnog sudovanja. Jednom odvojeno od načela jednakosti, načelo razumnosti smješta se u međuprostor između za- konodavne i ustavne norme, tj. u prostor između objekta ustavnog sudovanja (zakona) i parametra kojim se on ocjenjuje (ustava). Kada Sud koristi opisane tehnike valutacije, zajedničkim imenom nazivajući ih *ragionevolezza*, zapravo se služi “elastičnošću i širinom granica u svojem djelovanju kojima se ne bi mogao koristiti primjenom uske interpretacije ustavnih klauzula”, a upravo ta elastič- nost formula u primjeni od slučaja do slučaja “u stvarnosti kali konkretno zna- čenje izraza ‘ragionevolezza’ u pojedinim sektorima društvenog života i pravne regulacije”.⁷⁹ Uza sve prije raščlanjene, spomenimo ovdje dodatno još nekoliko primjera. *Corte costituzionale* tako je podvrgnuo primjeni načela razumnosti za- konska određenja najdužeg trajanja pritvora⁸⁰, ograničenja slobode udruživa- nja⁸¹, sankcije u slučaju plagijata⁸², prava okrivljenika⁸³ i pitanje izvlaštenja.⁸⁴ Koliko je kazuistika, ocjena od slučaja do slučaja, centralna pojmu ustavnog poretka, pa time i pojmu načela razumnosti, najbolje opisuje Bin: “(...) jedina

⁷⁶ D’Andrea, L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005., str. 370.

⁷⁷ Habermas, J., *op. cit.* u bilj. 4, str. 264 i dalje, 276 i dalje te 285 i dalje.

⁷⁸ Neki autori koriste se vlastitim kovanicama za opis ovog fenomena. Tako Modu- gno, F., *op. cit.* u bilj. 26, str. 51 i dalje, govori o “moduliranom” ili “ublaženom razumu” (*ragione modulata* ili *ragione attenuata*) kao glavnoj sadržajnoj osnovi načela razumnosti u talijanskom ustavnopravnom poretku.

⁷⁹ Paladin, L., *op. cit.* u bilj. 13, str. 164.

⁸⁰ Odluke br. 39/1970 i 15/1982.

⁸¹ Odluka br. 417/1993.

⁸² Odluka br. 96/1981.

⁸³ Odluke br. 69/1994 i 257/1995.

⁸⁴ Odluka br. 155/1995.

postojana vrijednost upravo je vrijednost pluraliteta vrijednosti i načela, njihova jednakovrijednost; (...) jedina metodološka konstanta jest uporaba pluralističkog pristupa koji prihvaća postojanje sukoba među različitim ustavnim načelima, ali negira postojanje sveobuhvatne teorije kojom se on unaprijed i *in abstracto* razrješava” s obzirom na to da “nema ni jedne vrijednosti, ma kako visoko ona bila pozicionirana u pretpostavljenom aksiološkom poretku našeg Ustava, koja bar u jednom slučaju neće morati ustuknuti pred nekim drugim ustavnim interesom, ma kako on marginalan mogao izgledati u apstraktnom poimanju sustava.”⁸⁵

Iako dakle ne postoji jasno izrečeno ustavno načelo razumnosti kao sadržajno vrijednosno načelo, ono se razvidno materijaliziralo u obliku posebne vrste problemske, probabilističke i fleksibilne hermeneutičke metode. Budući da je riječ o juridičkoj hermeneutičkoj metodi, nju moraju moći kontrolirati drugi pravници, napose konstitucionalisti. Drugim riječima, Ustavni se sud pri njezinu korištenju uvijek mora oslanjati na ustavne parametre, makar i implicitne, sadržane u pisanom tekstu Ustava. Bilo bi važno *idealiter* utvrditi određeni “interpretativni protokol”⁸⁶ ili elaboraciju teorije načela razumnosti, a u svrhu predvidljivosti ustavnosudske procjene. *Supra*, u poglavlju 2., pokušali smo identificirati i logički strukturirati takve testove. Međutim, u konkretnom smo diskursu Ustavnog suda Italije utvrdili nezanemarive oscilacije⁸⁷ u smislu postojanja odluka koje detaljno i uredno razlažu razloge dispozitiva, kao i odluka u kojima se, čak i bez oslonca na neke ranije relevantne odluke, ovlaš i generalno spominje *irragionevolezza* kao glavni motiv ukidanja, bez daljnjih analiza ovog pojma.

Koje bi dakle bile definitorne odrednice načela razumnosti u juridičkom smislu?

Prije svega, razumnost predstavlja određen tip racionalnosti koji se od apodiktičke logike razlikuje stupnjem sigurnosti. Dok kod činjeničnih utvrđenja

⁸⁵ Bin, R., ‘*Al cuor non si comanda.*’ *Valori, regole, argomenti e il ‘caso’ nella motivazione delle sentenze costituzionali*, Working series 1994., § 3, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/cuor.htm> (7. studenoga 2012.).

⁸⁶ “[U našem je ustavnom sudovanju] poželjno formulirati protokol koji bi povezao logičke operacije u slijed sposoban za artikulaciju strukture sudbenog obrazloženja, koja bi ujedno predstavljala i oslonac za njezino kritičko propitivanje.”, Bartole, S., *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, u: *Il principio di ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 1994., str. 203 – 251, str. 249.

⁸⁷ Neki autori govore čak o “opskurnosti prakse” Ustavnog suda. Vidi La Torre, M., *Introduzione*, u: La Torre, M.; Spadaro, A. (ur.), *op. cit.* u bilj. 26, str. 3 – 7, str. 4.

produkt logičkog procesa može biti točan ili pogrešan, načelo razumnosti operira u svemiru vrijednosti koji dopušta fleksibilan sustav, odnosno stupnjevanje "istine". To ne znači da je razumno odlučivanje nesigurno, već da je kvaliteta sigurnosti različita i sastoji se u predvidljivosti bitno oslonjenoj na utvrđene relativne važnosti pojedine vrijednosti u srazu s drugom. (Od tuda naša uvodna usporedba s kvantnim svijetom.) Drugo, razumnost svakako uključuje ekonomsku, instrumentalnu ili strategijsku racionalnost, tj. logiku utemeljenu na kompromisu i društvenim *cost-benefit* procjenama (Koje je to sredstvo koje u najmanjoj mjeri limitira ljudska prava?, Što znači "u najmanjoj mjeri"?, Koliku "štetu" mora trpjeti adresat pravne norme? itsl.).⁸⁸ Ona je nužno hermeneutička metoda, a ne konkretno sadržajno načelo. Treće, razumnost uključuje i određene intersubjektivne komponente u smislu potrebnih opravdanja za donošenje odluke, koja opravdanja proizlaze ne samo iz racionalnosti poduzete mjere već i iz međuodnosa raznih subjektivnih interesa. U tom smislu razumnost je puno više od klasičnog pojma racionalnosti jer uključuje dodatno i pravilnu interpretaciju, poštovanje jednakosti i uvažavanje kritike. Pojasnimo, mjera je racionalna ako logički povezuje ostvarenje svrhe s konkretnim sredstvom kojim se – empirijski provjerljivo – ta svrha doista može i postići. Mjera je ne samo racionalna nego i razumna ako još i: a) predstavlja ispravno razumijevanje ili interpretaciju svih interesa, b) na jednak način uzima u obzir interes svih uključenih te c) omogućuje kritičku diskusiju o različitim interesima.⁸⁹

Imajući na umu sva tri definitorna elementa načela razumnosti ukazuje se iznimno poželjna kvaliteta koju ono donosi u ustavnosudski postupak. Naime, ono znači napuštanje sfere puke maksimizacije interesa jednog subjekta (pa bila to i država) i omogućava racionalni diskurs koji dovodi do rezultata prihvatljivih za mnoštvo. Takvi rezultati (ustavnosudski pravorijeci) utemeljeni su na "dobrim razlozima", a "takav konsenzus koji se temelji na ždobrim razlozima" ne nudi samo jamstvo veće ispravnosti [odluke] već predstavlja i osnovu

⁸⁸ O razumnosti djelovanja u ovisnosti o visini "društvenih troškova" vidi i u: R. Dworkin, *Shvaćanje prava ozbiljno*, KruZak, Zagreb, 2003., str. 95 – 146, a o primjeni teorije igara i odlučivanja na ustavnu jurisprudenciju vidi Alexy, R., *A Theory on Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁸⁹ Tako Alexy navodi kako "razumnost uključuje racionalnost, a razumnost ne uključuje razumnost", pa su stoga "svi kriteriji ocjene racionalnosti nužno i kriteriji ocjene razumnosti, no ocjena razumnosti uključuje i daljnje kriterije. Upravo zbog tih dodatnih kriterija ocjene razumnosti ona ima veću kvalitetu od racionalnosti.", Alexy, R., *Ragionevolezza nel diritto costituzionale, Otto osservazioni sulla discussione*, u: La Torre, M.; Spadaro, A. (ur.), *op. cit.* u bilj. 26, str. 151 – 157, str. 153 i dalje.

za trajnu društvenu stabilnost”.⁹⁰ No, na kraju se možemo upitati koje je to mjerilo “dobrih razloga”, odnosno nije li u pitanju mjerilo/konsenzus većine. Nisu li ujedno ti tzv. dobri razlozi smatrani ‘dobrima’ samo zato što se većina s njima slaže? Tu ujedno dolazimo i do inherentne granice vrijednosti samog načela razumnosti. Naime, ono je, kao što smo pokazali, primarno vezano uz proceduru odlučivanja, pa time zapravo ulazi u područje proceduralne etike. Ustavni sud obvezan je u svojim pravorijecima snalaziti se i balansirati u složenom sustavu ustavnih jamstava. Načelo razumnosti tako postaje argumentativni postupak kojim se opravdava zauzimanje određenog stajališta. U lancu premisa ustavnosudskog odlučivanja ne može se utvrditi trajno važeći slijed zaključaka s obzirom na to da uvijek postoji mogućnost iznošenja novih argumenata, informacija i razloga koji mogu dovesti do novog poimanja društvenog konsenzusa izraženog u odlukama Ustavnog suda. (Ovdje nalazimo i *ratio* postojanja instituta izdvojenih mišljenja.) Današnji zaključak vrijedi dok postoji konsenzus, a u nekom budućem odvagivanju moguće je da će prevladati drukčije stajalište. To je ujedno i jedna od najvrednijih karakteristika ustavnog sudovanja općenito s obzirom na to da omogućava adaptaciju izvornog ustavnog teksta svakodobnom razvoju društvene svijesti i time doprinosi definiranju ustavnog identiteta države u kojoj djeluje. Vrijednost načela razumnosti nije dakle neograničena, ali je takvo ograničenje inherentno biti ustavnog sudovanja. Načelo razumnosti doprinosi objektivizaciji, predvidljivosti i mogućnosti kontrole logičkog procesa kojim se primjenjuje ustavna norma. Interpretacija je počesto i kreacija, no legitimnost takve kreacije ocjenjuje se upravo praćenjem algoritama procesa interpretativne argumentacije. Ma kolika složenost teorijskog opisa postupka, praktična vrijednost nepobitno je prisutna.

ZAKLJUČAK

Instrumenti sadržani u načelu razumnosti nisu strukturirani na način inherentan klasičnoj logici, odnosno logici kako je ona tradicionalno razumijevana u pravu. Naime, uz tradicionalne hermeneutičke kriterije (logičko-gramatička interpretacija, sustavna interpretacija, traženje zakonodavne namjere i sl.) ono uključuje dodatne kriterije, različite po svojoj prirodi. Riječ je o procjeni sposobnosti konkretnih normativnih rješenja u ostvarenju proklamiranih zakonodavnih ciljeva, o razumnoj kongruenciji, koherenciji i izboru odgovarajućih sredstava za postizanje cilja (u značenju raščlanjenom *supra*, u poglavlju 2.),

⁹⁰ *Loc. cit.*

o procjeni posljedica i supstancijalne racionalnosti zakona, jednom riječju – o evaluaciji zakonodavne mjere sa stajališta “dobrih razloga” za njezino usvajanje. Pri tome valja razlikovati klasični pojam “neustavnosti zakona” od suvremenog i inkluzivnijeg pojma “zakona sukladnog s ustavom”. Posljedično, ustavno sudovanje nema više primarno negativan karakter, tj. ne sastoji se više dominantno od utvrđivanja (ne)postojanja izravne suprotnosti zakona s ustavom, već u pozitivnom metaodvagivanju ili metauravnoteženju kojim se potvrđuje “minimalna mjera razumnosti političke odluke sublimirane u formi pravnog propisa, mjere nužne da bi dotični propis mogao biti smatran legitimnom ekspresijom zakonodavne funkcije”.⁹¹ Takva jurisprudencijska evolucija u Italiji pokazuje kako je načelo razumnosti, shvaćeno kao hermeneutička metoda, postalo centralni model ustavnosudskog postupka ocjene ustavnosti. Nadzor ustavnosti zakona zapravo je nadzor njegove razumnosti.

Raščlanjena praksa svakako nije bez manjkavosti. *Corte costituzionale* nije stvorio jedinstvenu interpretativnu formulu. Kriteriji su promjenljivi i često ovise od slučaja do slučaja. Tu se ujedno krije i opasnost transformacije nadzora razumnosti u nadzor oportuniteti ili čak pravednosti i pravičnosti zakona u mjeri koja bi se mogla ocijeniti ne više kao ustavnosudski nadzor, već kao pravo ustavnosudsko zakonodavstvo. Istodobno, fleksibilnost kriterija, pokazali smo, u nekim je slučajevima dovela do kvalitetnijeg i ustavnim načelima “prijeteljskijeg” rješenja. Ovdje posebno podsjećamo na vrlo zanimljivo korištenje tzv. manipulativnih odluka kojima Sud intervenira aktivistički, ali korisno, u pravni poredak remedirajući situacije u slučajevima kada vrsta povrede načela ustavnosti ili očita sporost zakonodavne akcije čine uporabu uobičajene binarne strukture ustavnosudskih odluka (ustavnost–neustavnost, održavanje–ukidanje) nedostatnom, neučinkovitom ili naprosto većim zlom. Dužno cijeneći opasnosti pretjeranog zadiranja u izvorno zakonodavnu zadaću balansiranja ustavom utvrđenih interesa/vrijednosti i realnih mogućnosti društvene (napose ekonomske) stvarnosti, hrvatskom bi Ustavnom sudu bilo uputno pomnije razmotriti analiziranu praksu susjedne nam države u cilju dodatnog osnaživanja vlastita interpretativnog kapaciteta te smionijeg korištenja vlastitih ovlasti, a s posljedicom kvalitetnije zaštite ustavnog poretka RH, napose njegovih temeljnih vrednota.

⁹¹ Scaccia, G., *op. cit.* u bilj. 36, str. 387.

Summary

Sanja Barić *

THE REASONABLENESS PRINCIPLE IN ITALY: THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT BETWEEN INTERPRETATION AND CREATION

The reasonableness principle is a specific Italian feature pertaining to the explication of two overlapping basic principles of modern constitutional states: the equality principle and the proportionality principle. This principle is not specifically named in the text of the constitution of Italy, but was developed solely in the practice of the Constitutional Court. Becoming one of the basic building blocks of the constitutional structure, a sort of “objective order of values” in the Italian manner, the reasonableness principle is an unavoidable concept of serious analysis and understanding of the constitutional identity of Italy. In addition, this principle is little known in our country. In its rulings, the Croatian Constitutional Court increasingly tends to refer to the practice not only of the European Court of Human Rights, but also of courts of other countries, particularly in landmark cases (e.g. the decision regarding the “crisis tax”, the right of assembly, etc.). The paper attempts to show that the principio di ragionevolezza actually represents the essence of the modern practice of the Italian Constitutional Court, which can be identified, regardless of what we may call it, in the general direction of the development of constitutional court practice in general. Understanding this principle becomes important for the understanding of Croatian legal theory and practice in this area. It also recontextualises the well-known tension between the concepts of the “application of law” and “creation of law” at the highest institutional levels which in civil law European countries are nominally considered to be only “applying the law”. The paper provides arguments for the thesis that the reasonableness principle operates as an attempt at objectivisation of constitutional court interpretations, whose features are virtually of a quantum nature. In other words, the determination of the content of a concrete constitutional right and constitutional values in the process of their application constitutes in fact their (re) creation.

Key words: practice of constitutional courts, reasonableness principle, proportionality principle, constitutional court, Italy

* Sanja Barić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka