

Z 20. številko spreminjamo podnaslov revije *Revus*. Dosedanji podnaslov *revija za evropsko ustavnost* se v skladu z uredniško politiko in vsebino zadnjih nekaj let umika novemu: *revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*.

We are changing the subtitle of *Revus* from *European constitutionality review* to journal for constitutional theory and philosophy of law. We believe this captures better the editorial policy and the actual content of this journal.

journal for constitutional theory and philosophy of law



revus

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava
časopis za ustavnu teoriju i filozofiju prava
revija za ustavna teorija i filozofija na pravoto

Ljubljana, 2013

revus

VSEBINA

V tokratni številki so objavljeni prispevki v slovenščini, hrvaščini in angleščini.

7 Uvodnik

Ciril Ribičič

REVUSOV KANON

Michelangelo Bovero

21 Volitve in demokracija

Kritične pomisli o pravilu večine

KNJIGE

Luka Burazin

35 Posredno i neposredno vrednujuća teorija prava

Odgovor Julie Dickson

Silvia Zorzetto

47 Thinking of Impossibility in Following Legal Norms

Some Brief Comments About Bartosz Brożek's *Rule Following* (Cracow: Copernicus Press, 2013)

LOKALNA SAMOUPRAVA Hrvaška

Robert Podolnjak, Đorđe Gardašević

- 61** Neposredno izabrani gradonačelnik
i problem kohabitacije
Slučaj hrvatskog glavnog grada Zagreba

Robert Podolnjak, Đorđe Gardašević

- 79** Directly Elected Mayors and the Problem of
Cohabitation

The Case of the Croatian Capital Zagreb

- 97** **POVZETKI IN KLJUČNE BESEDE**

TABLE OF CONTENTS

In this issue, there are papers in English, Slovenian and Croatian.
For English synopses and key words, see pages 97-100.

7 Editorial

Ciril Ribičič

KEY PAPERS

Michelangelo Bovero

21 Elections and Democracy

Critical Remarks on the Majority Rule

BOOKS

Luka Burazin

35 Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory

A Reply to Julie Dickson

Silvia Zorzetto

47 Thinking of Impossibility in Following Legal Norms

Some Brief Comments About Bartosz Brożek's
Rule Following

(Cracow: Copernicus Press, 2013)

**LOCAL SELF-GOVERNMENT
Croatia**

Robert Podolnjak, Đorđe Gardašević

**79 Directly Elected Mayors and the Problem
of Cohabitation**

The Case of the Croatian Capital Zagreb

97 ENGLISH SYNOPSES AND KEYWORDS

Uvodnik

O presežkih Revusovega desetletja

Pred desetimi leti je bila sprejeta odločitev o izbrisanih,¹ ki je Ustavno sodišče Republike Slovenije uvrstila na zemljevid prepoznavnih in uglednih varuhov človekovih pravic. Ta odločitev ustavnih sodnic in sodnikov (dr. Dragica Wedam Lukić, dr. Janez Čebulj, dr. Zvonko Fišer, Lojze Janko, mag. Marija Krisper Kramberger, Milojka Modrija, dr. Ciril Ribičič, dr. Mirjam Škrk in Jože Tratnik) ima pomembno vlogo pri razvoju varstva človekovih in manjšinskih pravic na Slovenskem. Ob njenem sprejetju se ni zdelo tako. Prav nasprotno. Vrstili so se ugovori in diskvalifikacije, in to ne samo od zapriseženih šovinistov in političnih veljakov, ki ne poznajo prava človekovih pravic oziroma ga ignorirajo, zaradi česar se njihova zmerjanja ustavnih sodnikov niso mogla dotakniti, ker so prihajali od zapriseženih šovinistov in političnih veljakov, ki ne poznajo oziroma ignorirajo pravo človekovih pravic. Eden slednjih, Janez Janša, je uradnikom, ki bi si odločbo Ustavnega sodišča upali izvrševati, celo grozil s kazenskim pregonom. Bolj so skelele neodmerjene diskvalifikacije ustavnopravnih strokovnjakov, ki so se povezali v nekakšno alternativno sestavo ustavnih sodnikov. Kolikor vem, ni še nihče od njih preklical katerega od krivičnih očitkov, ki smo jih (drugače od današnjih ustavnih sodnikov) prenašali skoraj stoično in molče. Danes je jasno, da je šlo za odločitev, mimo katere ne bo mogel nihče, ki se bo kdaj poglobljeno ukvarjal z ustavno demokracijo in pozitivnim sodnim aktivizmom. Še zlasti ne more biti o tem nobenega dvoma, odkar je bila leta 2012 sprejeta v zadevi *Kurić in ostali v. Slovenija* sodba Velikega senata Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). V njej je soglasno ugotovil, da je šest pritožnikov treba šteti za žrtve zatrtih kršitev konvencijskih pravic in da sta bili kršeni njihovi pravici do zasebnosti in do učinkovitega pravnega sredstva ter prepoved diskriminacije; z devetimi glasovi proti osmim pa je razsodilo, da to ne velja za dva pritožnika, ker nista poskušala pridobiti dovoljenja za prebivanje.²

1 U-I-246/02, z dne 3. aprila 2003.

2 Seveda je izčrpanje pravnih sredstev pogoj za dostop na ESČP. Toda v primeru izbrisanih ta pravna sredstva niso bila učinkovita. Tako se dozdeva, da poprava krivic izbrisanim na podlagi sodbe ESČP ne bo dosegla tistih med njimi, pri katerih je bil izbris najučinkovitejši: obupali so nad državo, jo zapustili ali v njej živeli ilegalno, ne da bi sprožali kakšne pravne postopke zoper dejanja, ki so jih pahnila v takšen nečloveški položaj. Po pravniški logiki so sicer res opustili prizadevanje za to, da se kršitev pravic ugotovi pred nacionalnimi in mednarodnimi sodišči; po človeški plati pa jim ni mogoče ničesar očitati, saj jim je stala nasproti izvršilna

ESČP je po zatonu herojskega obdobja Vrhovnega sodišča ZDA postalo najpomembnejši varuh človekovih pravic v svetovnem merilu. Nadaljevalo je izročilo o živi ustavi, ki se na področju varstva človekovih pravic posodablja z ustvarjalno razlago, s katero prilagaja ustavno (konvencijsko) ureditev spremenjenim družbenim razmeram. Njegova praksa je prepričljiv dokaz, da je ustavna demokracija ob ustvarjalnih in aktiv(istič)nih sodnikih, ki ne ostajajo v varnih mejah teorij o tekstualizmu in negativnem zakonodajalcu, mogoča, da ni le utopični privid kakšnega nadarjenega mladega doktoranda (kakršen je bil pred desetimi leti mag. Andraž Teršek³). ESČP pravni akt, ki je podlaga njegovega delovanja, ustvarjalno dograjuje in prilagaja spremenjenim razmeram na področju varstva človekovih pravic in glede razvoja človeške civilizacije. Čeprav redko, se tudi evropskim sodnikom zgodi kakšen zdrs, ko preozko razlagajo konvencijske določbe o dostopu do sodišča, popustijo pritisku katere od petih najbolj vplivnih članic Sveta Evrope ali pomanjkanje volje za sprejem pravične sodbe prikrivajo s sklicevanjem na svobodno polje proste presoje držav članic Sveta Evrope.

Ko govorim o pozitivnem aktivizmu ESČP, mislim na vzpenjajoči se lok odločitev, ki se začnejo s primerom *Soering v. Združeno kraljestvo* iz leta 1989, s katerim je ESČP razglasilo za protikonvencijsko izročitev pritožnika državi, ki bi utegnila kršiti minimalne evropske standarde varstva človekovih pravic (na primer z nehumanim kaznovanjem, kot je večletno čakanje v celici na usmrtitev, ki ga omogočata ameriška ureditev in sodna praksa, prepoveduje pa 3. člen konvencije). S to sodbo je ESČP varstvo človekovih pravic razširilo na področje možnih prihodnjih, še ne storjenih kršitev in z evropskega kontinenta na vse druge celine, kjer bi se te kršitve po izročitvi lahko zgodile.

Druga enako pomembna stopnica, pri kateri je pomembno sodeloval evropski sodnik iz Slovenije dr. Boštjan M. Zupančič, je sodba v zadevi *Broniovski v. Poljska*, ki je kot prva pilotna sodba z enim samim vehementnim zamahom

oblast s celotnim represivnim aparatom. Zato se priključujem pomislekom iz ločenih mnenj evropskih sodnikov, ki so bili preglasovani. Menim celo, da se Slovenija ne bi smela čutiti vezano na ta del odločitve ESČP, ker to sodišče določa minimalne standarde varstva pravic, ki državi ne preprečujejo, da jih na podlagi nacionalne ustave razlaga in uresničuje širše. V nasprotnem primeru država privoli, da so minimalni evropski standardi širši kot varstvo pravic na podlagi preozke razlage slovenske ustave, kot se je to že zgodilo v primeru *Lukenda v. Slovenija*.

- 3 »Od ustavnega sodišča (postavljenega v razmerje z instancami rednega sodstva, upravnim aparatom, dnevno politiko in državljanji) pričakujemo ne le odgovorno, strokovno, prepričljivo argumentirano in ne nazadnje tudi politično modro varstvo ustave in ustavnosti, temveč tudi prebijanje golega ali grobega pravnega formalizma, še posebej pa zakonskega črkobralstva in sklicevanja na očitno nelegitimno ali nerazumno vsebino zakonskih določb /.../. Od ustavnega sodišča zato pričakujemo tudi občasni ustavnosodni aktivizem in odločno soustvarjanje prava, torej strokovno, skrbno in premišljeno ustavnosodno pravotvorje, utemeljeno z močjo in logiko prepričevalnega ustavopravnega argumenta, ki omejuje ali zavira uveljavljanje argumenta in logike moči.« Teršek (2007: 537, 538).

razrešila na desettisoče zadev hkrati, pa čeprav je šlo za kršitve, ki so trajale od spremembe državne meje med takratno Sovjetsko zvezo in Poljsko med drugo svetovno vojno, torej od časa, ko še ni bilo niti Sveta Evrope niti ESČP.

Dosedanji vrh tega loka je sodba, ki ni povsem nova, vendar izpričuje, da je kdaj tudi najvišja sodna oblast v Evropi hitrejša in daljnovidnejša od politike in postaja zaradi dogodkov okrog otoka Lampedusa iz dneva v dan bolj aktualna. V sodbi v zadevi *Hirsi Jamaa in drugi v. Italija* z začetka leta 2012 je bila tožena država v Strasbourgu obsojena zaradi kršitev vrste konvencijskih določb (prepoved mučenja, prepoved kolektivnega izгона tujcev, pravica do učinkovitega pravnega sredstva). Obsojena je bila zato, ker so njene ladje z vojaško posadko v mednarodnih vodah prestregle skupino beguncev, jih prepeljale v Tripoli in izročile oblastem Libije. Temeljna podlaga te sodbe je določba 1. člena EKČP, ki pravi, da morajo države članice Sveta Evrope priznavati konvencijske pravice »vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost«. ESČP jo razlaga tako, da konvencijske pravice uživajo tudi tisti, ki bi radi dosegli politični azil v državi članici Sveta Evrope, čeprav niso prebivalci nobene od članic in sploh še niso stopili na evropski kontinent! Tiste, ki se jim takšna razlaga EKČP ne zdi nič posebnega, velja spomniti, da obstaja in se v praksi uveljavlja tudi povsem nasprotno razumevanje eksteritorialnega učinkovanja določb o varstvu človekovih pravic. Najvplivnejša država na svetu zadržuje ujete sovražnike zunaj svojega ne ravno majhnega območja zato, da zanje ne bi veljale pravice, ki izhajajo iz njene ustave.

Diametralno nasprotna sta pristopa, od katerih prvi širi pravice, ki jih priznava vsem prebivalcem evropskega kontinenta, na ljudi, ki se znajdejo pod nadzorom katere od evropskih držav, drugi pa zunaj območja svoje države ubija svoje domnevne sovražnike brez sojenja in nedolžne žrtve, ki so kolateralna škoda ob takšnih usmrtitvah, na primer z brezpilotnih letal. Ta pristopa sta nedavno spet trčila v zadevi *El Masri v. Makedonija*, v kateri ESČP vztraja pri odgovornosti evropskih držav zaradi nečlovečnega ravnanja s komerkoli, ne glede na to, od kod prihaja. V omenjeni zadevi je bila tožena država pred ESČP obsojena tudi zato, ker je z izročitvijo pritožnika (ki je iz Nemčije prišel na počitnice v Skopje) ameriškim agentom omogočila oziroma dopustila, da so mu bile flagrantno kršene konvencijske pravice, najprej v Makedoniji in pozneje dolge tedne in mesece v Afganistanu (dokler ga niso odvrgli v Albaniji, ker so ugotovili, da gre za pomoto in da nimajo opravka s pripadnikom Al Kaide). Po mojem mnenju je opisani pristop ESČP glede eksteritorialnega učinkovanja EKČP globoko human in bo kmalu iz aktivističnega odpiranja vrat novim vidikom varstva človekovih pravic postal normalna sestavina odločanja rednih, ustavnih in evropskih sodišč, če seveda ne bodo zmagali tisti, ki rešitev vidijo v neprepustnem preprečevanju prihoda priseljencev na evropska tla.

Tudi ko analiziramo prakso ESČP glede slovenskih primerov, lahko ugotovimo, da distanca, s katere to sodišče presoja kršitve človekovih pravic v Sloveniji,

omogoča objektivnejši kritični pristop, pa naj gre za stanje v prenatrpanih zaporih (*Štrucl in ostali v. Slovenija* iz leta 2011 ter *Praznik v. Slovenija* iz leta 2012), (ne)učinkovitost pri ugotavljanju razlogov in odgovornosti za zdravniške napake (primer *Šilih v. Slovenija*, ki se vleče še iz časa pred ratifikacijo konvencije v Sloveniji), nadzor in sankcioniranje policijskega nasilja (*Rehbock v. Slovenija* in *Matko v. Slovenija*) itd. V vseh teh primerih, še zlasti pa v zadevah, vezanih na počasnost sojenja (primer *Lukenda v. Slovenija*), se slovensko pravosodje in Ustavno sodišče nista pokazala, da bi lahko bila enako kritična do kršitev človekovih pravic kot ESČP. Če je v sodbah ESČP poudarek na vsebinski presoji in iskanju pravične sodbe, so odločbe Ustavnega sodišča pogosto preobremenjene s formalizmom in logiko negativne selekcije zadev.⁴

Častna izjema so veličastne odločbe⁵ in še zlasti odločba o izbrisanih, čeprav je zaradi vpetosti v slovensko družbo ustavnim sodnikom težje zavzeti potrebno distanco, ki omogoča kritično presojo in pravično odločitev o storjenih kršitvah. Tudi zato je pomembno, da ustavna sodišča ne opuščajo proforskega pristopa pri reševanju ustavnih pritožb in pobud, tako pri kadrovske sestavi kot glede načina delovanja. Če že ne morejo biti v podobnem položaju kot ESČP, ki z varne razdalje, teritorialne in časovne, presoja skladnost delovanja slovenske države z evropskimi standardi, morajo biti ustavni sodniki v razmerju kritične distance vsaj do rednega sodstva. Ne smejo se spremeniti v nekakšno nadinstanco rednega sodstva; bolj morajo posnemati prakso ESČP kot vrhovnega sodišča. O tem prepričljivo govori dr. Boštjan M. Zupančič v pritrdilnem ločenem mnenju k sodbi Velikega senata ESČP v zadevi *Kurić in ostali*, kjer omenja nepomirljivost med pravnim formalizmom in občutkom za pravičnost, ki jo je nemogoče definirati, jo je pa mogoče zlahka prepoznati: »Da bi bili pošteni do domačega pravnega sistema, moramo upoštevati častno in pogumno stališče, ki ga je - postavljeno pred dolgotrajnost tega grozljivega stanja - dvakrat sprejelo slovensko ustavno sodišče. To vedno znova dokazuje, da je nacionalno varstvo ustavnih pravic najboljša predoba za tukajšnje varstvo človekovih pravic. Na odločbi ustavnega sodišča sta se v Ljubljani v tistem času osorno odzvali izvršilna in tudi zakonodajna veja oblasti. Ceno bo zdaj plačal slovenski davkoplačevalec.«

V oceni neustavnosti izbrisa so si bile edine vse generacije slovenskih ustavnih sodnic in sodnikov; prva se je še posebej izkazala, ko je zelo zgodaj aktivistično prepovedala zbiranje podpisov za referendum o odvzemu državljanstva tistim, ki so ga pridobili ob osamosvojitvi, žal pa se je precej počasneje odzvala na izbris, druga, v katero sem spadal tudi sam, ki je soglasno sprejela odločbo, o kateri pišem, in tretja, ki je leta 2010 z nekaj obotavljanja nekaterih sodnikov prepovedala referendum proti zakonu, ki naj bi uresničil odločbo Ustavnega

4 Več Wedam Lukić (2013: 469 in nasl.).

5 Več o tem Ribičič (2010: 50 in nasl.).

sodišča o izbrisanih. S to odločbo je dalo Ustavno sodišče ustavnim vrednotam (načela pravne države, enakost pred zakonom, pravica do dostojanstva, pravica od odprave kršitev pravic in avtoriteta Ustavnega sodišča) prednost pred pravico do referendumskega odločanja. Šlo je za ponovitev pobud za razpis referenduma, ki so se v obdobju po sprejetju sodbe iz leta 2003 vrstile skoraj vsak dan, in s tem do aktualiziranja vprašanja, ali je v Sloveniji (še vedno) v veljavi ustavna demokracija.⁶ Ustavna demokracija je ureditev, v kateri imata varstvo človekovih pravic in spoštovanje ustavnih vrednot prednost in prevlado nad odločitvami državnih organov, četudi te odražajo večinsko voljo, izraženo v parlamentu ali na vseljudskem referendumu.

Ustavno sodišče se je na ustavno demokracijo sklicevalo tudi v drugih zadevah, kadar je prepovedovalo izvedbo referendumov, ker bi lahko vodile do protiustavnih posledic. Svojo doktrino o ustavni demokraciji je utemeljilo in razvilo ravno v primerih, ko se je znašlo pred dilemo, ali dovoliti ali prepovedati razpis referenduma, če bi lahko bile z njim ogrožene človekove pravice in svobosčine ter druge ustavne vrednote. Odločitve ustavnih sodnikov, s katerimi so bili prepovedani referendumi, so med najboljše utemeljenimi, kar jih je nastalo za ovalno mizo na Beethovnovi 10, kar velja še zlasti za prepoved referenduma o gradnji džamije.⁷ Ko je bilo zaradi zamude roka v parlamentu Ustavno sodišče prisiljeno dopustiti razpis referenduma o pravicah izbrisanih,⁸ je zapisalo: »Z morebitno zavrnitvijo Zakona na naknadnem referendumu ne bo ugasnila dolžnost Državnega zbora, da izvrši odločbo Ustavnega sodišča, in ne bo ugasnila dolžnost Ministrstva za notranje zadeve, da takoj začne z izvrševanjem 8. točke odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-246/02.«

V Evropi obstajajo še drugi pogumni ustavni sodniki in ustvarjalne odločbe ustavnih sodišč, ki si zaslužijo oceno, da so prispevale k razvoju teorije o ustavni demokraciji in pozitivnem aktivizmu. Kljub temu je kaj malo odločb, kakršna je obravnavana odločba o izbrisanih, ki se nanašajo na večjo skupino prizadetih in zato spominjajo na pilotne sodbe ESČP, so sprejete v korist širšega varstva človekovih pravic in uveljavljene proti večinski volji ljudi, poslancev in ministrov.

6 Pri utemeljevanju ustavne demokracije v odločbi Ustavnega sodišča, s katero je bil prepovedan referendum o gradnji džamije, se ustavni sodniki sklicujejo na stališča dr. Hassemerja: »V pojmu ustavne demokracije pridevnik 'ustavna' ni le okrasni pridevek ali blaga sprememba samostalniškega pomena besede /.../. Pridevnik 'ustavna' v pojmu ustavne demokracije predstavlja pravi poseg v sam samostalnišnik. Določa nič manj in nič več kot mejo demokratičnega načela; izraža, da je presoja, ali so odločitve večine pravilne, odslej podvržena temeljnemu zadržku, namreč zadržku, ali so te odločitve v skladu z ustavo.« Tako podpredsednik Ustavnega sodišča ZRN Hassemer (2003: 214). Več o tem Ribičič (2012: 291 in nasl.).

7 Več Ribičič (2013).

8 U-II-3/03, z dne 22. decembra 2003.

Razprava o sodnem aktivizmu, ki naj varuje človekove in manjšinske pravice pred kršitvami vsakokratne politične večine, je aktualna na vseh straneh neba. Na Kitajskem sodstvo zaradi hitrih družbenih sprememb namesto formalističnega in pasivnega izvrševanja predpisov prevzema aktivno vlogo pri ustvarjanju novih pravnih pravil.⁹ V Indiji so se sodišča vključila v aktivistično reševanje nakopičenih družbenih problemov takrat, ko je bilo vsakomur omogočeno (neke vrste *actio popularis*), da pred njimi sproži postopek zaradi kršitve človekovih pravic.¹⁰ Ustavno sodišče Kolumbije usmerja svojo »napredno«¹¹ aktivistično usmeritev na področje socialnih pravic kot institucija, ki naj zapolnjuje programska ustavna načela, da ne ostajajo mrtva črka na papirju.¹² Sodišče Evropskih skupnosti oziroma Sodišče EU je s svojim aktivističnim pristopom pomagalo graditi trdnjšo Evropsko unijo¹³ zlasti v časih, ko se države članice niso mogle sporazumeti o njeni krepitvi na podlagi političnega sporazumevanja njihovih predstavnikov. Ta proces je skoraj prekinilo prizadevanje za sprejem Ustave za Evropo, ponesrečenega in preslabo pripravljenega velikega koraka, ki ga Evropska unija zaradi postopnega razvoja evropskih integracij ni navajena in ga vsaj nekatere države članice zavračajo. V Turčiji je pravo vojno med politiko in sodstvom sprožila odločitev tamkajšnjega ustavnega sodišča, da razveljavi ustavni amandma, ki naj bi privedel do svobodnega nošenja muslimanskih rut na državnih univerzah, ker da ni skladen z ustavnim načelom sekularizma.¹³

Precej pogumnih in daljnosežnih je med odločbami nemškega zveznega ustavnega sodišča, s katerimi se je pogumno uprlo zoževanju varstva pravic. Z odločbo v zadevi *Solange* je zavarovalo doseženo raven ustavnega varstva človekovih pravic v Nemčiji. Z drugo odločbo je razveljavilo nemški zakon, ki je implementiral evropski zaporni nalog oziroma postopek predaje lastnih državljanov drugim državam članicam Evropske unije. Prevladujočemu toku v času vojne s terorizmom se je uprlo tudi z odločbo, ki je ugotovila neustavnost predpisane možnosti sestrelitve letala, ki so ga prevzeli teroristi.

Skoraj vsako ustavno sodišče prej ali slej sprejme odločitev, s katero bistveno širše in bolj naklonjeno kot sicer obravnava pravice in svoboščine posameznikov ali skupin, ki so jim bile v posebnih zgodovinskih okoliščinah kršene temeljne človekove pravice. Takšna je odločba slovenskega Ustavnega sodišča o izbrisanih, podobno pogumna pa je tudi odločba Ustavnega sodišča Bosne in Hercegovine v zadevi št. U 9/11 iz leta 2011, v kateri je ugotovilo neustavnost zakonskih določb, po katerih bi prišlo do prenehanja državljanstva BiH za tiste,

9 Prim. Wang (2006: 524 in nasl.).

10 Več Verma (2001: 148 in nasl.).

11 Več Nunes (2010: 67 in nasl.).

12 Prim. Grimm (2012).

13 Več Tezcür (2010: 467 in nasl.).

ki so pridobili drugo državljanstvo, pa ne živijo v državah, s katerimi je BiH sklenila poseben sporazum o dvojnem državljanstvu. Odločba se je nanašala na ogromno število državljanov Bosne in Hercegovine,¹⁴ ki jih je največkrat vojna vihra odnesla v druge države, v katerih so mnogi pridobili novo državljanstvo. Ustavno sodišče je soglasno odločilo, da je zakonska ureditev neustavna, in naložilo parlamentarni skupščini, da jo spremeni v roku šestih mesecev in o tem obvesti Ustavno sodišče. Ustavno sodišče se je pri tem sklicevalo na določbo Ustave BiH, po kateri je njegova dolžnost, da podpira Ustavo BiH, in na ustrezne mednarodne sporazume. Ocenilo je, da je v interesu Bosne in Hercegovine, da ohranja državljansko vez z nosilci državljanstva BiH kot originalnega, izvirnega državljanstva in da je to še posebej pomembno za uresničitev ustavnih določb o pravici do vračanja vseh beguncev in izseljenih na njihove domove.

Tudi slovensko Ustavno sodišče prve pogumne odločitve ni sprejelo šele leta 2003. Poleg že omenjenih prepovedi zbiranja podpisov za referendum o odvzemu državljanstva in odločbe iz leta 1999 glede izbranih lahko med aktivistične uvrstimo tudi prvo odločbo o ustavni pritožbi v letu 1992.¹⁵ Z njo je omogočilo, da je na volitvah nastopila strankarska lista s spornim imenom, kandidatne liste katere niso dobile potrditve nekaterih volilnih komisij, namesto volilnih komisij je potrdilo kandidatne liste te stranke, deloma je spremenilo njeno ime itd. Kakšna veličastna odločba se najde tudi pred letom 1991, na primer v zadevi, pomembni za uveljavljanje enakopravnosti žensk pri zaposlovanju,¹⁶ kar je vredno omeniti tudi zato, ker v teh mesecih ustavna sodišča na območju nekdanje Jugoslavije drugo za drugim proslavljajo 50-letnico obstoja, medtem ko se v Sloveniji za to pristojni pretvarjajo, kot da je Ustavno sodišče nastalo šele z ustavo iz leta 1991, in s tem uvrščajo Slovenijo med države, ki so ustavno sodišče dobile šele po padcu berlinskega zidu.

Ena od veličastnih odločitev Ustavnega sodišča je povezana s prepovedjo izvedbe referenduma o gradnji džamije¹⁷ in se nanaša na večinsko odločanje o svoboščinah muslimanske manjšine. Ko je ocenjevalo, ali poseg v pravice pripadnikov Islamske verske skupnosti¹⁸ (do katerega bi prišlo, če bi večina glasov gradnjo džamije zavrnila) prestopi strogi test sorazmernosti, je ugotovilo, da se v obravnavanem primeru zatakne že na prvi stopnički tega testa, to je pri ugotavljanju, ali gre za legitimni poseg, za legitimno omejevanje svobode vere.

14 Pobudnik, član predsedstva BiH, Bakir Izetbegović je ocenil, da se učinki zakona nanašajo na približno milijon oseb, od katerih so se mnoge že vrnile v Bosno in Hercegovino, čeprav so med bivanjem v tujini pridobile drugo državljanstvo.

15 Up-16/92, z dne 25. novembra 1992.

16 U-I-37/76, z dne 6. januarja 1977.

17 U-I-111/04, z dne 28. aprila 2004.

18 Ustavno sodišče se sklicuje na poročilo komisarja za človekove pravice Sveta Evrope, ki je podprl gradnjo džamije in opozoril, da se je v Sloveniji pri popisu prebivalstva 48.000 ljudi opredelilo za muslimane.

Ugotovilo je, da gre samo navidezno za nestrinjanje z umeščenostjo objekta v prostor, v resnici pa gre za omejevanje takšnega izpovedovanja vere, ki je v svetu običajno (tradicionalno). Ker pri tem na drugi strani tehnice ni pravic drugih (kar je po 15. členu Ustave edina možna pravna podlaga za omejevanje pravic), temveč gre za golo omejevanje, poseg ni samo čezmeren, temveč ni legitimen in je zato nedopusten.

Odločba o izbrisanih v zadevi št. 246/02 iz leta 2003 izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-284/94 iz leta 1999 in jo dograjuje.¹⁹ Prva odločba je skušala spodbuditi zakonodajalca, da uredi položaj oseb, ki so izgubile stalno bivališče na neustaven način in so v času sprejetja te odločbe imele že sedem let neurejen status prebivanja v Sloveniji. Druga odločba gre korak dlje in najprej ugotavlja, da veljavna ureditev statusa izbrisanih oseb ni skladna z Ustavo, ker jim »ne priznava stalnega prebivališča za ves čas od dneva izbrisa«. Ustavno sodišče je določilo, da morajo izbrisani dobiti stalno bivališče za nazaj, od izbrisa, ki se je zgodil 26. februarja 1992. Pri tem poudarja, da se na stalno bivališče vežejo različne pravice, ki jih niso mogli uresničevati, njihov položaj pa je z izbrisom postal pravno neurejen in negotov in je v času sprejema odločbe trajal že deset let. Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da so odločbe o priznavanju stalnega bivališča deklaratorne, ker samo ugotavljajo dejanski položaj izbrisanih oseb.

Njihov retroaktivni učinek je utemeljen že po naravi stvari. V načinu izvršitve, ki ga je določilo Ustavno sodišče, je zapisalo, da mora ministrstvo za notranje zadeve »po uradni dolžnosti izdati dopolnilne odločbe o ugotovitvi njihovega stalnega prebivanja v Republiki Sloveniji od 26. 2. 1992 dalje«. Ravno ta določba, ki je omogočila neposredno izdajanje upravnih odločb na podlagi odločbe Ustavnega sodišča, je bila deležna v strokovni in širši javnosti najostrejših kritik, ki so zatrjevale, da je Ustavno sodišče preseglo svoje pristojnosti, čeprav je odločba prepričljivo utemeljila razloge za takšen način izvršitve (točka 20 obrazložitve odločbe): »Kot je bilo že obrazloženo, zakonodajalec vprašanja časovnega učinkovanja pravne ureditve ne bi mogel urediti drugače, kot da bi določil, da imajo navedene osebe, ki so pridobile dovoljenje za stalno prebivanje, priznано tudi stalno prebivanje za nazaj.« Iz te obrazložitve je jasno, da Ustavno sodišče ni hotelo prevzemati funkcije zakonodajalca, temveč je način izvršitve (kot že velikokrat prej) sprejelo iz razlogov racionalnosti in zato, ker je pravno neurejen status izbrisanih trajal že deset let. Iz odločbe pa jasno izhaja tudi, da bi bila vsaka drugačna rešitev protiustavna in prej ali slej soočena s tveganjem, da bi bila pred Ustavnim sodiščem razveljavljena. Kritiki te odločitve namreč pozabljajo, da ni šlo za povzročanje protiustavne neenakosti z odločbo Ustavnega sodišča, temveč za odpravljanje neenakosti.

¹⁹ U-I-284/94, z dne 4. februarja 1999.

Danes ne bi napisal enakega ločenega mnenja, kot sem ga leta 2003. V njem sem sicer skoraj jasnovidno napovedal, da bodo izbrisani ostali majhna packa na zgodbi o uspehu, povezanem z osamosvojitvijo in pridobivanjem državljanstva, samo, če bo država odločbo Ustavnega sodišča uresničila dosledno in hitro (kar se, kot vemo, še ni zgodilo niti do danes). Moja napaka, ki je takrat nisem znal predvideti, je bila drugje. Zapisal sem namreč, da smo se nekateri ustavni sodniki zavzeli za sprejem interpretativne odločbe, ki bi sama razrešila tisto, kar je sprejeta odločba naložila parlamentu, in bi se tako lahko izognili nepotrebnim zapletom in zastojem. Šele poznejši organizirani odpor zoper odločbo ter omahovanje in zavlačevanje izvršilne in zakonodajne oblasti z njeno uresnitvijo so pokazali, da bi bila interpretativna odločba preveč radikalna in bi do njene uresnitve prišli, če sploh, še pozneje in ob še večjih tveganjih za obstoj ustavnega sodstva v Sloveniji.²⁰ Ločeno mnenje je bilo zato nerealno in je slabilo sporočilo, ki ga je dalo Ustavno sodišče s soglasno sprejeto odločbo.

Ko se tisti, ki kritično presojujejo delovanje Ustavnega sodišča, sprašujejo, kaj je ostalo za odločbami Ustavnega sodišča v nekem obdobju, za neko sestavo Ustavnega sodišča in za posameznimi sodnicami in sodniki, ne morejo mimo spopada med pristopom, ki v ospredje postavlja pravice in pravičnost, ter pristopom, ki prisega na formalistično uveljavljanje in razvijanje procesnih omejitev; med pozitivističnim oziroma črkobralskim in aktivističnim pristopom; med pristopom, ki prisega na večinsko voljo ljudi in poslancev, ter drugim, ki poudarja primarnost ustavnih vrednot in človekovih pravic in svoboščin; med privrženci in nasprotniki ustavne demokracije in pozitivnega aktivizma.

O pozitivnem aktivizmu ustavnega sodišča in ESČP lahko govorimo takrat, kadar ustvarjalno in razvojno razlaga ustavo oziroma evropsko konvencijo in široko razlaga svoje pristojnosti v korist varstva človekovih pravic. Njegovo nasprotje je formalistično zidanje vse višjih ovir za dostop do ustavnega in evropskega sodišča, ki v ospredje postavlja neizpolnjevanje procesnih pogojev za sprejem v obravnavo kršitev človekovih pravic ter pravilnost odločitev nasproti pravičnosti. Primerov formalizma in pozitivizma kot načina razbremenjevanja ustavnega sodišča in ESČP je ogromno, zelo redko pa so posejane odločitve, ki si zaslužijo oceno, da izražajo pozitivni aktivizem sodišča.

Težko je razumeti motive takšnega delovanja ustavnih sodnikov, ki temeljno pozornost in energijo usmerja v širjenje in utemeljevanje vse strožjih pogojev in vse višjih pregrad za dostop do Ustavnega sodišča. Seveda je res, da so ustavni sodniki izjemno (pre)obremenjeni. Ko sem sam opravljal to funkcijo, sem moral vsak dan odločiti, vključno z nedeljami in prazniki, o petih zadevah. To

20 O tem, ali neuresničevanje odločbe Ustavnega sodišča o izbrisanih lahko ogrozi sam obstoj tega sodišča, v ločenih mnenjih k odločbi, s katero je bil leta 2010 prepovedan referendum o zakonu, ki naj bi uresničil odločbo, polemizirata sodnika mag. Miroslav Mozetič in Jan Zobec.

ogroža poslanstvo ustavnih sodnikov in uresničevanje ustavne vloge Ustavnega sodišča. Slovenija je bila razmeroma blizu sprejetja ustavne spremembe, ki bi negativno selekcijo zamenjala s pravico Ustavnega sodišča, da pozitivno izbira najpomembnejše zadeve, tako za pritožnika kot s systemskega vidika.²¹ Toda izogibanje vsebinskemu odločanju o najtežjih zadevah ni samo posledica ustavne ureditve in preobremenitve. Je tudi posledica subjektivnih slabosti v delovanju ustavnih sodnikov.

Kako je lahko ustavni sodnik prepričan, da najbolje uresničuje svoje poslanstvo, če svojo kreativnost namenja predvsem izogibanju odločanja o najbolj pomembnih ustavnopravnih vprašanjih? Bo pripovedoval svojim vnukom, da je vsako leto stotinam pritožnikov preprečil, da bi se pojavili pred njegovim obličjem, in štel za svojo zaslugo, da je veliko prispeval k samoomejevanju Ustavnega sodišča, odvrčal profesorje prava od kandidiranja za ustavne sodnike, češ da procesno niso dovolj usposobljeni za opravljanje te funkcije, vztrajal pri spoštovanju meja že precej zastarele teorije o ustavnem sodstvu kot negativnem zakonodajalcu in natikal plašnice, ki naj preprečujejo ne le pogled na levo in desno, temveč tudi navzgor, da se ne bi katera njihova odločba povzdignila na triglavske višave, kot se je v primeru izbrisanih? Gotovo so razlogi za takšna stališča, sicer se ne bi tako vztrajno ohranjala v praksi številnih ustavnih sodišč, vendar bodo o njih lahko bolj prepričljivo in avtentično spregovorili zlasti tisti, ki so prepričani, da je treba konservativno vztrajati pri vrednotah samoomejevanja, negativni selekciji in načelih t. i. negativnega zakonodajalca. Osebnostno menim, da gre za napačen odziv na preobremenjenost, katerega posledice čutijo tisti, ki so jim kršene pravice, in država, ki jo moralno in materialno sankcionira ESČP v zadevah, ki bi jih lahko pravično razrešilo že Ustavno sodišče samo.

Izbrisani so tisti pripadniki narodov nekdanje skupne države, ki so prišli v Slovenijo s trebuhom za kruhom in jim je nova država ob svojem nastanku obljubila, da se jim položaj zaradi osamosvojitve ne bo poslabšal in da bodo lahko pridobili državljanstvo na podlagi stalnega bivališča. To bivališče, ki je omogočilo pridobitev državljanstva, je bilo vezano na datum plebiscita za samostojno in neodvisno Slovenijo. Na njegovi podlagi so bili pred in med osamosvojitvijo izenačeni s slovenskimi državljani. Tako so na prvih večstrankarskih volitvah spomladi leta 1990 imeli volilno pravico in konec tega leta pravico glasovanja na plebiscitu. Zato jih lahko uvrstimo med soustanovitelje samostojne slovenske države. Tak privilegirani položaj so razumljivo izgubili vsi, ki niso zaprosili za slovensko državljanstvo ali jim ga ni uspelo pridobiti iz različnih razlogov, ki so bili na njihovi strani ali na strani slovenske države. Niso mogli pričakovati, da se v njihovem položaju ne bo nič spremenilo; vedeli so ali bi

21 Več Kaučič, Pavlin, Bardutzky (2011).

morali vedeti, da bodo prej ali slej postali tujci oziroma bodo po pravicah in dolžnostih izenačeni z drugimi tujci.

Vendar izbris ni izenačil izbranih s tujci, temveč jim je odvzel stalno prebivališče in s tem podlago za številne socialne in druge pravice, ki so neločljivo povezane s prebivališčem (zaposlitev, stanovanjska pravica, zdravstveno in socialno zavarovanje, pravica do socialne podpore, prosto gibanje prek državne meje, pa vse do nemožnosti podaljšanja vozniškega dovoljenja). Postali so brezpravni tujci, izenačeni s tistimi, ki bi na novo in ilegalno prišli v Slovenijo, čeprav so mnogi od njih v njej živeli desetletja, si tu ustvarili družine in opravljali z njihovega in širšega družbenega vidika koristno delo. Če je niso na hitro zapustili, so v Sloveniji začeli prebivati kot ilegalci, brez statusa, temeljnih človekovih pravic in veljavnih dokumentov za prebivanje. Nobenim drugim tujcem, ki so bili dotlej v bistveno slabšem položaju od njih, se ni zgodilo kaj podobnega. Ne glede na to, da so posamezne ocene izbrisa in primerjave tega dejanja z zločini zoper človečnost, etničnim čiščenjem in rasizmom pretiravanja, jih velja razumeti kot razumljiv odziv na dolgoletno zatiskanje oči pred grozotami, ki sta jih pomembnemu delu prebivalcev Slovenije povzročila izbris in zavlačevanje s popravilo storjenih krivic.

Je treba biti (daleč) zunaj države, kot je stotine kilometrov oddaljen Strasbourg, da bi lahko realno presodili storjene krivice in ugotovili okoliščine in odgovornost za njihovo povzročitev? Morda. Ustavno sodišče je dokazalo, da je tudi nacionalna institucija, če je resnično zavezana ustavnosti in varstvu človekovih pravic, sposobna presekati z neodgovornim ravnanjem državnih funkcionarjev, ki ga najbolj ilustrirajo t. i. depeše ministrstva za notranje zadeve.²² Ustavno sodišče je ugotovilo, da za izbris, ki je imel za prizadete nepredvidljive posledice, ni bilo niti ustavne ali zakonske podlage niti na parlamentarni ravni sprejete odločitve, ki bi ga spodbudila ali dopuščala. Sprejet je bil v nasprotju z Ustavo in z evropskimi demokratičnimi standardi, na katere je Slovenija že pred osamosvojitvijo prisegla in se zavezala, da jih bo spoštovala.²³

Znana sta nešteto krat ponovljeno stališče ESČP, da konvencijske pravice niso in ne smejo biti mrtva črka na papirju, temveč morajo biti učinkovite ne le v teoriji, temveč tudi v praksi, in stališče Ustavnega sodišča Slovenije, da ima pravni interes samo tisti, čigar pravni položaj se bo izboljšal, če bo uspel pred Ustavnim sodiščem. S tega vidika je jasno, da bo velik pomen odločbe Ustavnega sodišča o izbranih prepričljivo izkazan šele, ko bo uresničena, ko se bo prizadetim na njeni podlagi pravni, materialni in siceršnji položaj odločilno izboljšal. Kratkoročno je odločba položaj izbranih celo poslabšala, kolikor so

²² Več Kogovšek Šalamon (2012).

²³ Deklaracijo o spoštovanju temeljnih konvencij Sveta Evrope, v kateri sta izražena enostranska zaveza k spoštovanju teh konvencij in interes, da postane članica Sveta Evrope, je skupščina Republike Slovenije sprejela decembra 1990. Več Ribičič (1992: 38).

se odprle deloma že zarasle rane mednacionalnih nasprotij iz obdobja razpada skupne države. Dolgoročno pa bo privedla do pozitivnih sprememb za izbrisane. To je dobra stran razvoja dogodkov zadnjih let.

Slaba stran je v tem, da je slovenska država v popravo ugotovljenih krivic privolila šele takrat, ko to od nje ni več zahtevala le odločba Ustavnega sodišča, temveč tudi sodbi ESČP, ki so ju dosegli izbrisani s pomočjo italijanskih odvetnikov.

Druga slaba stran so aktualni zapleti in konflikti glede odškodnin izbranim. ESČP v svojih sodbah dosledno prisoja ob moralni obsodbi odgovornih za kršitve tudi pravično (materialno) zadoščenje, če je le izkazana materialna in nematerialna škoda. Gotovo na odločanje o odškodninah vpliva tudi gospodarska kriza. Toda zavedati se moramo, da ekonomske krize niso zakrivili izbrisani, temveč so tisti, ki so izbris povzročili in preprečevali popravo krivic, prizadeli Sloveniji veliko moralno škodo, ker so t. i. nacionalni interes razlagali neodvisno in proti interesom pomembnega dela prebivalcev Slovenije. Zato bi morali pri odločanju o odškodninah paziti, da se ne približamo miselnosti, ki je zakrivila izbris in je pozneje vodila v stališče, da so si izbrisani za svojo uso-do krivi sami. Ni res, za poslabšanje njihovega položaja je izključno odgovorna slovenska država, ki je odgovorna tudi za to, da v dveh desetletjih ni znala podati niti dostojnega opravičila, kaj šele, da bi storjene krivice kolikor mogoče popravila.

Kljub temu ne gre podcenjevati že doseženih velikih pozitivnih sprememb glede razumevanja izbrisa in položaja izbranih. Najpomembnejša je gotovo sprememba v dojemanju javnega mnjenja. Do nje je prišlo le postopoma, ko je med ljudmi izgubljala podporo nacionalistična politikantska kampanja, ki je skušala izbrisane prikazovati kot škodljiv in nevaren tujek v slovenskem narodnem telesu. To je bilo dolga leta zapeljano s sovražno propagando, ki je prikazovala izbrisane kot sovražnike slovenske osamosvojitve in izbris kot upravičeno sankcijo nove države zoper njene nasprotnike. Zasluga za to, da je danes več razumevanja in empatije do izbranih, gre širokemu krogu aktivistov iz vrst izbranih in njihovih združenj, iz institucij, kot so Mirovni inštitut, Helsinški monitor, varuhinja človekovih pravic in Amnesty International, ter uglednim pravnikom, kot so mag. Matevž Krivic, dr. Ljubo Bavcon, dr. Neža Kogovšek in velika večina ustavnih sodnikov.

Doseženo je realna podlaga za to, da lahko upamo, da bodo storjene krivice v praksi vsaj deloma popravljene. Kot si želimo, da bi sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in drugi v. Italija* privedla do drugačnega razumevanja položaja in spoštovanja pravic beguncev, ki v Evropi vidijo upanje za svoje preživetje in boljše življenje, tako naj bi tudi odločba Ustavnega sodišča o izbranih prispevala k utrjevanju strpnosti in razumevanja med vsemi prebivalci Slovenije, ne glede na njihovo poreklo. O vprašanju, koliko je k temu pripomogel svež pristop do

varstva človekovih pravic, kot se izraža v teoriji o ustavni demokraciji in pozitivnem aktivizmu, pa se bodo mnenja avtorjev verjetno kresala tudi v drugem desetletju izhajanja Revusa.

prof. dr. Ciril Ribičič,

*redni profesor za ustavno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
član Evropske komisije za demokracijo skozi pravo pri Svetu Evrope ter
soustanovitelj in prvi sourednik Revusa*

Seznam navedenk

- Andreas GRIMMEL, 2012: Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. *European Law Journal* 18 (2012) 4. 518-535. DOI: 10.1111/j.1468-0386.2012.00615.x.
- Winfried HASSEMER, 2003: Ustavna demokracija. *Pravnik* 58 (2003) 4-5. 207-226.
- Igor KAUČIČ, Peter PAVLIN & Samo BARDUTZKY (Eds.), 2011: *Ustavna reforma ustavnega sodstva. Zbornik gradiv*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ministrstvo za pravosodje.
- Neža KOGOVŠEK ŠALAMON, 2012: *Izbris in (ne) ustavna demokracija*. Ljubljana: GV Založba.
- Rodrigo M. NUNES, 2012: Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Latin American Politics and Society* (2010) 52. 67-97. DOI: 10.1111/j.1548-2456.2010.00090.x.
- Ciril RIBIČIČ, 1992: *Ustavnopravni vidiki osamosvajanja Slovenije*. Ljubljana: Uradni list RS.
- , 2010: Veličastnih sedem. In: *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Ljubljana: Študentska založba.
- , 2012: Constitutional democracy in the decisions of the Constitutional Court of Slovenia. In: *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija: zbornik ob 20-letnici Ustave Republike Slovenije*. Ed. Igor Kaučič. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- , 2013: Ustavnopravne granice referendumskog odločevanja. Collection of papers from a round table *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji - ustavnopravno uređenje, iskustva i perspektive*. Conducted in Varaždin on 4 July 2013. In print.
- Andraž TERŠEK, 2007: *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije*. Doctoral Dissertation. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Güneş Murat TEZCÜR, 2010: Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case. *Law & Society Review* (2010) 15. 305-336. DOI: 10.1111/j.1540-5893.2009.00374.x.
- Arvind VERMA, 2001: Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. *The Howard Journal of Criminal Justice* (2001) 40. 148-165. DOI: 10.1111/1468-2311.00198.
- Chenguang WANG, 2006: Law-making functions of the Chinese courts: Judicial activism in a country of rapid social changes. *Frontiers of Law in China* (2006) 3. DOI: 10.1007/s.11463-006-0000-0.
- Dragica WEDAM LUKIČ, 2013: Vpliv odločitev ESČP na odločanje Ustavnega sodišča Republike Slovenije. *Ustavnosodno odločanje*. Eds. Marijan Pavčnik & Aleš Novak. Ljubljana: GV Založba (Pravna obzorja; 45).
- *
- Bosnia and Hercegovina Court Decisions. Constitutional Court (www.ccbh.ba):
- U 9/11 from 28th September 2012.
- European Court of Human Rights Decisions (www.echr.coe.int):
- *Broniowski v. Poland*. App. no. 31443/96 from 22nd June 2004.
- *El Masri v. FYRM*. App. no. 39630/09 from 13th December 2012.
- *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. App. no. 27765/09 from 23rd February 2012.

- *Kurić and others v. Slovenia*. App. no. 26828/06 from 26th June 2012.
- *Lukenda v. Slovenia*. App. no. 23032/02 from 6th October 2005.
- *Matko v. Slovenia*. App. no. 43393/98 from 2nd November 2006.
- *Praznik v. Slovenia*. App. no. 6234/10 from 28th June 2012.
- *Rehbock v. Slovenia*. App. no. 29462/95 from 28th November 2000.
- *Soering v. United Kingdom*. App. no. 14038/88 from 7th July 1989.
- *Šilih v. Slovenia*. App. no. 71463/01 from 9th April 2009.
- *Štrucl and others v. Slovenija*. App. no. 5971/10 from 25th June 2013.

Slovenian Court Decisions. Constitutional Court
(www.us-rs.si):

- U-I-37/76 from 6th January 1977.
- Up-16/92 from 25th November 1992.
- U-I-284/94 from 4th February 1999.
- U-I-246/02 from 3rd April 2003.
- U-II-3/03 from 22nd December 2003.
- U-I-111/04 from 28th April 2004.

Michelangelo Bovero

Volitve in demokracija

Kritične pomisli o pravilu večine

Michelangelo Bovero*

Volitve in demokracija

Kritične pomisli o pravilu večine

V tem članku avtor izpodbija trditev, da je pravilo večine ključno pravilo demokratičnih volitev. Če je nujna in neposredna posledica oblike volilnega sistema parlamentarna večina, ki je vnaprej določena, nepremična in nespremenljiva za čas celotnega mandata, potem je politična igra izkrivljena. Naloga demokratičnih volitev ni v tem, da se neposredno poveri sprejemanje skupnih odločitev neki skupini državljanov, temveč da se opredeli sestava oblastnega telesa, ki bo sprejemalo skupne odločitve na takšen način, da bodo politični pogledi vseh državljanov zastopani sorazmerno in brez izključevanja. To nalogo pa je mogoče doseči z načelom sorazmernosti in ne s pravilom večine. Slednje ima v demokraciji osrednjo vlogo pri odločanju izvoljenih predstavnikov, ne pa pri njihovi izvolitvi. Pravilo večine ustreza formalnemu pogoju učinkovitosti političnega procesa in velja enako za vsak, tudi nedemokratečen kolegijski organ odločanja. Iz tega sledi, da pravilo večine ni nič bolj demokratično, kot je avtokratično. Razprava je bila prvotno objavljena v: Michelangelo Bovero, *Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza, Teoria politica* (2012) 2 (Nuova serie. Annali II).

Ključne besede: demokracija, volitve, večina, volilni sistemi, demokratične odločitve

1 SODOBNA DEMOKRACIJA

Kadar govorimo o demokraciji, je prva podoba, ki pride na misel, podoba volilnega dne z dolgo vrsto državljanov, ki čakajo, da v volilno skrinjico odvržejo svojo glasovnico. Se je po padcu diktature s tem vzpostavil demokratični režim? Kaj nam kažejo televizije po vsem svetu? Kažejo volišče in povprečnega državljana ali prvega med njimi, ki izpolnjujeta svojo pravico ali dolžnost, da izbereta tiste, ki ju bodo predstavljali.¹

Tako je leta 1987 pisal Bobbio v razpravi, posvečeni primerjavi antične in sodobne demokracije. Sodobna demokracija je predstavniška demokracija; njen najznačilnejši institut so volitve, na katerih državljanji volijo svoje predstavnike za položaje, kjer se sprejemajo politične odločitve.

* michelangelo.bovero@unito.it | Profesor politične filozofije na Univerzi v Torinu.

1 Bobbio (1999b: 323).

Po Bobbiu je splošna volilna pravica nujen pogoj, da je neki sodobni politični sistem lahko pripoznan kot demokratičen.² A institut volitev s splošno volilno pravico velja za dokaz demokratičnosti sistema le, če politična igra kot celota - začeni s pretežno konfliktno dimenzijo sodobne politične igre, tj. z volilnim bojem - poteka v skladu z določenimi pravili. Ta pravila predstavljajo (v logičnem smislu) pomen in vrednost pogojev demokracije: če so ta pravila kršena ali uporabljena nepravilno, *potem* igre ni mogoče označiti za demokratično. Na kratko: demokracija je enaka njenim pravilom. Je predvsem in v bistvu določen sklop pravil za oblikovanje pravil.

V preteklih letih sem se lotil oblikovanja teorije pogojev demokracije,³ za njeno izgradnjo pa sem kot izhodišče privzel seznam pravil igre, ki jih je v več svojih delih oblikoval (in večkrat preoblikoval) Bobbio. Zato bi jo rad predstavil kot neobobbijevsko teorijo demokracije. Z novo opredelitvijo demokracije kot (tipa) sistema politične enakosti in politične svobode, ki (samo) kot takšen dovoljuje skupinsko samoodločbo, sem identificiral deset pogojev, ki jih mora politični sistem izpolnjevati, da bi bil pripoznan kot demokratičen. Prvih pet pogojev je formalnih in zadevajo vprašanja »kdo« in »kako« - subjekte in načine (postopke) političnega procesa odločanja, začeni z volitvami pa vse do končnih odločitev izvoljenih predstavnikov. Preostalih pet pogojev je vsebinske narave (zadevajo vprašanje »kaj«) in vzpostavljajo omejitve vsebini odločitev - tj. »normativnim aktom« - organov politične oblasti. Nedavno⁴ pa sem svojemu dekalogu pravil dodal še enajsto pravilo - pogoj, ki sem ga poimenoval pogoj predstavništva in ki svoj normativni izraz najde v prepovedi prevlade organov izvršilne oblasti nad zakonodajnimi organi.

Na tem mestu želim ponovno premisliti in preoblikovati formalne pogoje demokracije, s (posrednim ali neposrednim) poudarkom na institutu volitev, pri čemer posebej opozarjam na pravilo večine.

2 SPLOŠNA VOLILNA PRAVICA, ENAKOVREDNOST GLASU, SVOBODNA IZBIRA

Ali lahko *volilno* igro štejemo za demokratično, je odvisno predvsem od tega, ali je zadoščeno *formalnim* pogojem, ki jih postavlja prvih pet pravil: tistih, ki določajo, *kdo* je udeležen v igri in *kako* naj igra poteka.

2 Glej Bobbio (1999a: 390): »To, kar italijansko republiko dela, vsaj v temelju, demokratično, je 48. člen Ustave, po kateri so 'volivci vsi državljani, moški in ženske, ki so dosegli polnoletnost'.«

3 Bovero (2008a: 309-336); Bovero (2008b: 217-226).

4 Bovero (2009); Bovero (2010: 11-30).

Volilna pravica mora biti, prvič, *splošna*. Takšna je le, če množico volivcev - to, čemur navadno pravimo »volilno telo« - sestavljajo vsi naslovniki odločitev, ki jih sprejemajo tisti, ki so za to izvoljeni (oziroma bodo izvoljeni). Poleg tega mora množica volivcev sovpadati z množico izvoljivih. Pri tem gre za pogoj inkluzivnosti, ki se je v zahodnih političnih sistemih postopoma uveljavil z razširjanjem volilne pravice, začeni z velikimi sodobnimi revolucijami (angleško, ameriško, francosko); gre za dolg proces, ki se ne imenuje zaman »proces demokratizacije«. Danes pa smo v mnogih državah z odrekanjem volilne pravice vedno večjemu številu stalnih prebivalcev - imigrantom, resničnim »sodobnim metoikom« - priča dejanskemu nazadovanju od splošne k omejeni volilni pravici, tj. procesu »dedemokratizacije«.

Volilna igra mora biti, drugič, *poštena* (angl. *fair*). Takšna je lahko le, če ima vsak volivec en glas - en in en sam -, tako kot vsi drugi, in če pri oblikovanju sestave zbora izvoljenih predstavnikov vsak glas šteje oziroma »tehta« toliko kolikor vsak drug. Gre za pogoj enakovrednosti (ekvipolence), ki mu je zadoščeno, ko ugotavljanje volilnega izida (določenega, seveda, na podlagi pravnega preštetja veljavnih glasovnic, brez prevar), upošteva način oblikovanja predstavniških teles, temelji na načelu sorazmernosti med odstotnimi deleži glasov, ki so jih pridobile različne skupine (liste) kandidatov, in številom njim dodeljenih mandatorov. Danes se večina veljavnih »volilnih sistemov« - množice pravil za preoblikovanje volilnih glasov v predstavniške mandate - v večjem delu držav s predstavniškim sistemom od tega načela oddaljuje, kar volilno igro dela nepošteno.

Tretjič, volilna igra mora biti *svobodna*, predvsem v smislu, da mora volilna odločitev - »politična izbira« - vsakega volivca dozoreti brez izkrivljajočih zunanjih vplivov oziroma v razmerah, ki omogočajo uravnoteženo primerjavo stališč, predlogov in programov (različnih skupin) kandidatov. Gre za načelo subjektivne svobode volivca, ki ga ni mogoče šteti za uresničeno, če nista zagotovljena vsaj množina virov političnih informacij (in njihova pluralnost) pa tudi prost dostop do njih. Danes so, v razmerah monopola ali oligopola ter siceršnje neuravnoteženosti pri nadzoru sredstev komuniciranja, politične izbire volivcev v veliki meri (nekje bolj, drugje manj) manipulirane in vodene od zunaj.

Igra mora biti, četrtič, *svobodna* tudi v tem smislu, da mora biti volivcu omogočeno izvršiti izbiro na podlagi resničnih alternativ, v okviru dovolj velikega razpona možnosti, ki vsakomur omogočajo poistovetenje s točno določeno politično usmeritvijo. Gre za pogoj objektivne svobode, ki ga ni mogoče šteti za izpolnjenega tam, kjer mnogoterost političnih strank in gibanj ni pravno zaščitena in tudi dejansko delujoča. Na splošno je mogoče reči, da je izbira volivcev toliko manj svobodna, kolikor manj je alternativ; konkretno, tam, kjer je število alternativ majhno, mora volivec pogosto izbrati med tem glasovanjem za politično opcijo, ki se ne sklada z njegovimi preferencami, in vzdržanjem. Če

dobro pomislimo, je situacija podobna tisti, ki se je v zgodovini večkrat ponovila v enostrankarskih sistemih, v katerih je nesmiselno govoriti o »svobodnih volitvah«. Danes stremljenje k »poenostavljanju« političnih sistemov - pogosto skrčenih na dvopolno, dvostrankarsko, dejansko tudi dvovoditeljsko obliko -, ki ga v nekaterih primerih podpirajo tudi takšni posegi v volilno zakonodajo, ki stranke in gibanja silijo k združevanju v raznorodne koalicije ali celo v umetne skupke, tako izkrivlja in krči to objektivno razsežnost volilne svobode, da jo skoraj izničuje. Od tod tudi porast volilne vzdržnosti in nezanimanja za delovanje institucij in politike na splošno.

3 VOLITVE IN PRAVILO VEČINE

Mnogo bolj problematično je peto pravilo igre, ki ga imajo mnogi za »kronsko pravilo« demokracije (ponekod tako tudi Bobbio). Pogosto se trdi, da se mora demokratična igra razrešiti - tj. ugotoviti, »kdo je zmagal« in »kdo izgubil« - z uporabo pravila večine. A je treba dobro razumeti pomen, domet in meje tega pravila v *specifičnem* okviru *volilne* igre. Pogoste zmešnjave in napake izhajajo iz posplošenega in popreproščenega enačenja (bistva) demokratičnega sistema z »močjo večine«: gre za enačenje, ki je pogosto izrecno poudarjeno ali vsaj tiho sprejeto kot nekakšen aksiom, pri čemer pa ni premisleka o tem, ali je večina, o kateri je govor, večina volivcev ali večina izvoljenih predstavnikov, oziroma obvelja predpostavka, da obstaja oziroma bi nujno moralo obstajati naravno in samodejno ujemanje med njima. Soočeni smo torej s spletom večumnosti.

Ker se zavedam, da sem tu trčil ob razširjena in globoko zakoreninjena prepričanja, ki jih sam štejem za predsodke, bom najprej oblikoval splošno tezo ter predstavil uvodno in posplošeno ilustracijo: »kracija« večine *ni*, kot taka, »demo«-»kracija«. Zamislimo si politični sistem, v katerem volitve članov parlamenta potekajo v skladu s splošno volilno pravico, vendar pa volilna zakonodaja določa, da se *vs*i mandati dodelijo skupini kandidatov - stranki ali koaliciji -, ki pridobi *večino* glasov. Verjamem, da bi bili le redki brez zadržkov pripravljeni priznati demokratičnost takega sistema. Tam, kjer bi bila vrhovna moč (čeprav seveda ne absolutna) sprejemanja skupnih odločitev - zakonodajna oblast, ki pripada parlamentu - dodeljena *enemu delu demosa* (njihovim predstavnikom) oziroma celote prebivalcev, pa čeprav njegovi *večini*, in bi bil drug, *manjšinski* del izločen iz oblikovanja »obče volje«, ker bi ostal brez predstavnikov v organu, v katerem se oblikujejo in sprejemajo odločitve, ki so zavezujoče za vse, tam bi ostal proces odločanja, ki sledi volitvam, brez dialektičnega demokratičnega soočanja različnih stališč. Če bi želeli primerno poimenovati naravo tega hipotetičnega sistema, bi predlagal, da ga označimo za neke vrste (posebno predrzno) *pleonokracijo*: s tem izrazom, ki sem ga sko-

val sam,⁵ želim označiti neke vrste *večinsko oligarhijo* (ne oligarhijo »maloštevilnih«, temveč oligarhijo »mnogoštevilnih«⁶), torej vrsto politike, ki spada v okvir avtokracije in ne demokracije.

Povedano ni zgolj neka abstraktna teoretična vaja, ki je namenjena sama sebi. Obstajajo resnični politični sistemi, v katerih volilna zakonodaja nagraduje zmagovalca tako, da omogoča preoblikovanje relativne večine glasov v absolutno večino mandатов, kar velja za veljavno italijansko zakonodajo,⁷ oziroma (ali tudi) vzpostavlja vstopne ovire, ki pomembnim političnim skupinam preprečujejo prisotnost v predstavniških telesih. Ti (in drugi) so torej sistemi, v katerih so pravila in pogoji demokracije načeti z večjo ali manjšo mero pleonokracije. V demokraciji pravimo, da igro z zmago dobi večina. - A kaj dobi? In koliko dobi?

V volilni igri, ki je demokratična oziroma spoštuje politično enakost (enako dostojanstvo političnih stališč) vseh državljanov, pravilo večine ni namenjeno dodeljevanju (celotne) moči večini, temveč opravlja le funkcijo splošnega kriterija, na podlagi katerega - rečeno z Bobbijeve besedami - »se za izvoljenega šteje kandidat ... ki prejme večje število glasov.«⁸ Oziroma: v splošnem je mogoče reči, da so v demokratičnem sistemu v parlament izvoljeni tisti kandidati, ki so prejeli večje število glasov kot njihovi protikandidati.

Vendar pa je ta kriterij težko prevesti v strogo pravilo. Naj takoj poudarim, da je takšno pravilo vendarle strogo spoštovano tam, kjer je uveljavljen večinski volilni sistem z enočlanskimi volilnimi okraji - v enokrožnih ali v dvokrožnih sistemih: v prvem primeru lahko prevlada že relativna večina, oziroma »večja manjšina« glasov, v drugem pa »večina druge izbire« -, vendar se to dogaja le v *vsakem* posameznem volilnem okraju; medtem pa dobro znani učinek izkrivljanja tega (tipa) volilnega sistema pogosto vodi do neuravnotežene sestave predstavniškega telesa (tj. parlamenta), tako da podeljuje večino mandатов stranki ali koaliciji, ki *ni* dobila večine vseh oddanih glasov.⁹ Zgodovina parlamentarnih volitev v Veliki Britaniji ponuja obilo takšnih primerov.

5 Grški srednji spol *tò pléon* (ali *pleion*) ustreza latinskemu *plus*; *oi pléones* (ali *pleiones*), v lat. *plures*, pomeni »tisti več«, številčno večji del.

6 Če so »tisti mnogi« in »tisti več« (*pleones*), ki imajo svoje predstavnike v parlamentu, manj številni od »vseh«, so z demokratičnega vidika »maloštevilni« (*oligoi*).

7 Tako imenovani goljufivi zakon iz leta 1953 je vseboval nagrado za preoblikovanje ozke, a vseeno absolutne večine glasov v precej večjo večino predstavniških mandатов. Če je bil ta zakon goljufiv, ne vem, kako bi potem poimenoval zakon, ki je trenutno v veljavi in ki ne predvideva niti, da bi morala »večja manjšina« preseči določen prag glasov, da bi se lahko pretvorila v večino mandатов.

8 Bobbio (1999a: 381).

9 Hkrati pa v tem sistemu ni zagotovljeno niti to, da bo večina pripadla tisti politični skupini, ki je pridobila relativno večino, tj. »večjo manjšino« vseh volilnih glasov.

Predvsem torej ne smemo pomešati pravila večine z večinskim volilnim sistemom, saj prav njegovi rezultati pogosto kršijo to pravilo. Opominjam, da bi morali tudi tisti, ki želijo (po mojem mnenju zmotno) demokracijo skrčiti na *pravilo večine*, biti nezaupljivi do večinskega sistema.

Krajša poglobitev. Apologetska teza, po kateri je ta volilni sistem (ta tip volilnega sistema) edini zmožen zagotoviti pravilen odraz »volje ljudstva«, ker daje oblast tistemu, ki je prejel večino glasov, je trikrat napačna: prvič, ker jo matematika in empirični dokazi (ali drugače: razum in izkušnje) postavljajo na laž; drugič, ker je volja ljudstva v najboljšem primeru *pravna fikcija* (lat. *fictio iuris*), saj volivci niso nekakšen makros subjekt z enotno voljo, temveč so volilni rezultati plod preprostega seštevanja različnih individualnih izbir; tretjič, ne le, da volja večine ni volja ljudstva (ki niti ne obstaja) - to je tautološka resnica -, temveč je v nekaterih primerih istovetnost večine razumno nedoločljiva, tj. v nekaterih primerih je na podlagi volilnih rezultatov nemogoče določiti, kolikšna je tista večina glasov (»najvišji seštevek«), ki ji mora ustrezati parlamentarna večina.

Vzemimo za primer britanske parlamentarne volitve iz leta 2010, na katerih nobena od treh (osrednjih) strank ni sama pridobila večine mandatorov, potrebnih za oblikovanje vlade.¹⁰ Spodnji dom parlamenta sestavlja 650 članov, pri čemer je torej za sprejem katere koli odločitve potrebna večina 326 glasov izvoljenih poslancev. Na podlagi zadnjih volitev je v Spodnjem domu zastopanih deset strank. Konzervativci so prejeli 306 mandatorov; laburisti 258 mandatorov; liberalni demokrati 57 mandatorov; druge manjše stranke pa 29 mandatorov. Izkrivljajoča narava britanskega volilnega sistema je znova očitna: konzervativci so s 36,1 % prejetih glasov poskočili na 47,1 % vseh mandatorov v Spodnjem domu; laburisti so si z 29 % glasov prislužili 39,7 % mandatorov; liberalni demokrati so bili s 23 % glasov najbolj kaznovani - kot se vedno zgodi »tretjim silam« v Veliki Britaniji - s tem, ko so prejeli zgolj 8,8 % mandatorov; končno so manjše liste z 11,3 % glasov prejele 4,7 % mandatorov. Vendar pa tokrat tega izkrivljenega rezultata ni spremljalo tisto, čemur apologeti pravijo temeljna »vrlina« britanskega sistema: tj. možnost takojšnje prepoznave »zmagovalcev«, torej vlade in njene parlamentarne večine. Na tej točki se vprašajmo: zakaj naj bi vsota *prejetih glasov* konzervativcev in liberalnih demokratov ($36,1 + 23 = 59,1$ %) *a priori* bolje predstavljala voljo »večine ljudstva« kot pa vsota prejetih *glasov* liberalnih demokratov in laburistov ($23 + 29 = 52$ %), glede na to, da tudi slednja predstavlja *eno od* absolutnih večin glasov? Ne le to. Zakaj naj bi seštevek *mandatorov* konzervativcev in liberalnih demokratov predstavljal »večino«, ne pa namesto tega morebiten seštevek mandatorov liberalnih demokratov in laburistov skupaj z mandati nekaterih poslancev, ki pripadajo manjšinskim skupinam (za oblikova-

10 Podatki izhajajo s spletne strani Britanske volilne komisije in so dostopni na: <<http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/uk-general-elections/2010-uk-general-election-results>>.

nje »minimalne« večine 326 poslancev bi zadostovalo že 11 od 29 mandatov)? Morda zato, ker je v obeh primerih prva vsota *večja*? Temu lahko ugovarjamo, da je še večja vsota (glasov in/ali mandatov) konzervativcev in laburistov, ki bi lahko, kot se je že dogajalo v Nemčiji, sestavili »veliko koalicijo«. Dejansko je večina, ki je posledica koalicije konzervativcev in liberalnih demokratov, in se vsiljuje kot edina prava večina (tj. *parlamentarna* večina, ki ustreza *eni od* možnih *volilnih* večin, ki so rezultat seštevka dveh volilnih manjšin), posledica oportunističnih razlogov in politične naklonjenosti ter je popolnoma tuja matematičnim razlogom, ki so povezani s pravilom večine.

Po drugi plati pa niti volilni sistem (tip volilnega sistema), ki je nasproten večinskemu, tj. sistem sorazmernega predstavnštva - ali bolje: vrsta volilnih sistemov, ki se navdihujejo po načelu sorazmernosti med številom prejetih glasov in dodeljenih mandatov - ne zagotavlja, da je *vsak* od v parlament izvoljenih kandidatov prejel večje število glasov od *vsakega* od tistih, ki niso bili izvoljeni. To pa predvsem zato, ker je težko, če že ne nemogoče, prepoznati glasove, ki so namenjeni konkretnemu kandidatu, če ti niso oddani v enočlanskih volilnih enotah, tj. povsod tam, kjer se glasuje za liste in ne za posameznike. A ne zgolj zato. Vzemimo (poenostavljen) primer sistema, ki predvideva glasovanje po listah, a dovoljuje možnost, da volivec izrazi svojo preferenco za posamezne kandidate (enega ali več). Torej: povsem mogoče je, da je poslanec, ki je bil v določenem okraju izvoljen na podlagi sorazmernega izračuna, prejel manjše število preferenčnih glasov kot pa kandidat, ki je bil v nekem drugem ali celo v istem okraju izločen.

Nasprotno pa volilni sistem sorazmernega predstavnštva (tip takega sistema) zagotavlja - po svoji naravi, po definiciji in v mejah izvedljivega -, da določenemu *večjemu* deležu volilnih glasov določene skupine kandidatov nasproti drugi skupini ustreza *večji* delež mandatov v parlamentu. Vendar pa takšnega rezultata ne zagotavlja prenos pravila večine na volilno igro - skladno z Bobbijevo formulo: »za izvoljenega se šteje kandidat, ki prejme večje število glasov« -, temveč upoštevanje načela sorazmernosti.

4 PRAVILO VEČINE V DEMOKRATIČNI IGRI

Pravilo večine torej *ni* »kronsko pravilo« demokratičnih *volitev*. To velja za dobršen del realnih demokratičnih sistemov; zagotoviti neizkrivljeno skladnost med večino glasov in večino mandatov mu ne uspeva niti (celo toliko manj) tam, kjer je v veljavi večinski sistem z enočlanskimi okraji. Vendar je bistvo v tem, da mu tega, zato da bi zagotovilo demokratično naravo volitev, *ni treba* storiti; vsaj ne na način in v obsegu, ki ga opredeljujejo nekateri njegovi goreči zagovorniki. Tam, kjer želijo, da pravilo večine resnično postane vrhovno pravilo in ga skušajo uveljaviti prek sistemov, ki jih navdihuje ideologija »večin-

ske demokracije«, tj. sistemov, ki težijo k takšnemu oblikovanju pravil volilne igre, da bi bila njihova nujna in takojšnja posledica oblikovanje politične večine izvoljenih v parlament - t. i. »vladne večine« -, ki bi bila vnaprej določena, nepremična in nespremenljiva za čas celotnega mandata, tam je politična igra izkrivljena. Povedano v mojem jeziku: volitve niso več demokratične, temveč pleonokratične in vzpostavljajo neke vrste izvoljeno tiranijo večine. »Vso moč *enemu delu* ljudstva« ni demokratično načelo. V demokraciji - po mojem pojmovanju - funkcija volitev ni v tem, da se moč sprejemanja skupnih odločitev podeli neposredno *enemu delu* prebivalstva (oziroma njihovim predstavnikom), kar trdijo zagovorniki t. i. »neposredne demokracije« (kar demokracija ni), temveč je funkcija volitev ta, da opredelijo sestavo oblastnega telesa, ki bo sprejemalo skupne odločitve na takšen način, da bodo politični pogledi *vseh* državljanov zastopani sorazmerno in brez izključevanja.¹¹ To nalogo pa je mogoče doseči z načelom sorazmernosti in ne s pravilom večine.

To seveda ne pomeni, da se nima smisla vprašati, kot to vsi običajno počnemo, »kdo je zmagal« in »kdo je izgubil« na volitvah, ter iskati odgovor v preračunavanju glasov, da bi ugotovili, ali je ta ali ona stranka ali koalicija prejela večje ali manjše število glasov kot na prejšnjih volitvah, predvsem pa, katera stranka ali koalicija je dosegla absolutno ali relativno večino glasov in ali ji to na podlagi veljavne volilne zakonodaje omogoča, da doseže večino mandatov v parlamentu (kar ji v parlamentarnem sistemu daje tudi pravico in moč sestaviti vlado). Toda vprašajmo se ponovno: *kaj* pridobi stranka ali koalicija, ki je zmagala na volitvah? V demokraciji - v sistemu, ki zadosti vsem (po moji teoriji enajstim) pogojem demokracije - stranka ali koalicija (oziroma zveza, ki je prejela večino volilnih glasov ali vsaj delež, ki je skladno z veljavnim volilnim sistemom nujen in zadosten za zagotovitev večine mandatov) »pridobi« politično moč oziroma številčno moč, da določi smer zakonodaje. To pa ne pomeni, da je bila tej stranki ali koaliciji *podeljena* moč političnega odločanja in da gre to moč razumeti kot neizpodbitno, nedotakljivo in nepreklicljivo za čas celotnega mandata, zgolj zato, ker je (v takem obsegu) »zmagala na volitvah«, tj. prejela večino volilnih glasov. To dokazuje tudi dejstvo, da *parlamentarna* večina (glasov, ki *odločajo*), ki je potrebna za potrditev ali zavrnitev predlaganega zakona, ni nujno enaka tisti večini, ki ji navadno pravimo »vladna« večina in ki izvira iz volišč oziroma alkimije volilnih sistemov: na primer, kadar parlamentarno glasovanje zavrne predlog »vladne večine« (kot se reče: ko vladni predlog »pade«) ali ko je potrjen opozicijski predlog, se takšno glasovanje gotovo ne šteje za neveljavno, ker je glas *parlamenta* potisnil *volilno* večino (ali kot pravijo demagogi: »voljo volivcev«) v manjšino. To se lahko zgodi zaradi več naključnih razlogov, pa tudi zaradi temeljnega pravila predstavniških demokracij, ki prepoveduje vezani

11 Parlament je telo demokratičnega predstavništva, če in v tistem obsegu, v katerem predstavlja neizkrivljen odraz raznovrstne politične identitete celotne družbe.

mandat. Zanihanje, da se to sme zgoditi, ali vzpostavitev posebnih pravil, s katerimi se takšna možnost prepreči - oziroma ob njeni ponovitvi povzroči ne le vladna kriza (v parlamentarnem sistemu), ampak celo avtomatična razpustitev parlamenta in prekinitev zakonodajnih dejavnosti -, pomeni spremembo pravil igre, izkrivljanje demokratične igre in vzpostavitev neke druge igre. Pomeni spremembo demokracije v pleonokracijo. To pa je vrsta izvoljene avtokracije.

5 ODLOČITI Z VEČINO, NE IZVOLITI Z VEČINO

Pravilo večine ne igra ključne vloge pri volitvah v predstavniška telesa, temveč pri odločitvah izvoljenih predstavnikov: gre za postopkovno pravilo, ki ga parlament kot kolegijski organ privzame zato, da bi izvršil svojo pravo funkcijo, tj. sprejemati skupne odločitve: predvsem zakone, a tudi imenovanja nosilcev monokratičnih funkcij (kot na primer v italijanskem sistemu funkcijo predsednika države), imenovanja posameznih članov drugih kolegijskih organov (kot na primer ustavnega sodišča), izrekanje zaupnice ali nezaupnice delu vlade. Vprašajmo se: ali je to pravilo *samo po sebi* demokratično? So politične odločitve demokratične *zato*, ker jih sprejme večina? Bojim se, da gre tudi tu za razširjen predsodek, ki odraža bolj splošno napačno enačenje demokracije z močjo večine oziroma izhaja iz njega. Oziroma, v mojem jeziku: gre za mešanje demokracije in pleonokracije. Na tak način pleonokratična ideologija, ki smo jo vrgli čez prag volitev, spet vstopi skozi okno odločanja.

Da bi razumeli, da gre dejansko za predsodek, velja znova omeniti nekatere Bobbijeve ugovore zoper »splošno stališče, da je v razmerju do avtokratičnih sistemov demokratični sistem opredeljen s pravilom večine, kot da gre pri demokraciji in pravilu večine za dva pojma z istim izvorom«, medtem ko obstajajo »nedemokratični politični sistemi, ki ... za sprejemanje najpomembnejših skupnih odločitev uporabljajo pravilo večine«. ¹² Bobbio podaja zgodovinsko relevantne primere, »kot so rimski senat, veliki zbor Beneške republike ali konklave za izvolitev papeža« - vsi so aristokratski, nedemokratični organi, v katerih se je (ali se še vedno, kot na primer v katoliški cerkvi) odločalo z večino. In poudarja: »Mussolini je padel zaradi nezaupnice, izrečene s strani večine Velikega fašističnega sveta, ki ni bil organ demokratičnega sistema, temveč temeljni ustavni organ sistema, ki je boj proti demokraciji označil za enega glavnih razlogov svojega obstoja in uspeha.« ¹³ Stara, ponavljajoča se razprava o pravilu večine ne zadeva - kot nas spominja Bobbio - problema oblik sistemov, kot da bi lahko to pravilo veljalo kot kriterij razlikovanja med demokracijo in nedemokracijo; zadeva pa (kot vedno) vprašanja »narave, funkcije in načina

¹² Bobbio (1999a: 383).

¹³ Bobbio (1999a: 384-385).

delovanja kolegijskih teles, katerih obstoj ni niti najmanj povezan z obliko političnega sistema in so popolnoma skladni tudi z nedemokracijskimi sistemi.¹⁴ Vrlina tega pravila ni v tem, da bi neko odločitev napravilo demokratično, temveč v tem, da »omogoča sprejem neke skupne odločitve med osebami, ki imajo različna mnenja«; je torej »koristen, celo nujen tehnični pripomoček«, ki ga je treba privzeti za odpravo problemov pri doseganju soglasja mnenj. Zaradi tega sem v nekaterih svojih preteklih delih pravilo večine preprosto enačil s formalnim pogojem učinkovitosti demokracije. Zdaj dodajam, da ta pogoj učinkovitosti velja enako za kateri koli kolegijski organ odločanja, torej tudi za vse nedemokracijske sisteme, v katerih sprejemajo skupne odločitve. Kot kaže Bobbijeve primer, to velja celo za fašizem.

Pravilo večine ni torej nič bolj demokratično, kot je avtokratično. Tistemu, ki bi želel ugovarjati - ker ostaja zasidran v prvotnem predsodku, da pravilo *postane* demokratično, če je večina, na katero se nanaša, večina prebivalstva, *demos*, ali (bolje) njegovih predstavnikov, izvoljenih na podlagi splošne volilne pravice, ki so pooblaščen za sprejemanje skupnih odločitev (ali vsaj njihovega večjega dela) -, odgovorjam na kratko takole: a) večina ni ljudstvo, volja večine ni volja ljudstva, tako kot en del ni celota; b) kadar ljudstvo (njihovo predstavnostvo) ni soglasno, je koristno šteti voljo večine kot »občo voljo«; c) to pa ne zanika, temveč potrjuje, da je pravilo večine tehnični pripomoček za preseganje nesoglasij in s tem za izogibanje paralizi odločanja, ki je posledica iskanja soglasja.

Kot tehnični pripomoček pravilo večine ni že kar demokratično (v nekem skrivnostnem pomenu, ki enači *demos* s *pleones*), temveč je preprosto racionalno glede na zasledovani cilj, ki je ključnega pomena za vsak kolektiv, tj. da lahko sprejema skupne odločitve. Tudi zato, ker bi bilo - kot dokaz *a contrario* - nerazumno in v celoti absurdno neko nasprotno hipotetično pravilo: tj. »pravilo manjšine«. Nobenega smisla ne bi imela ugotovitev, da je odločitev sprejeta, ko prejme manjšino glasov. To bi bilo tako kot trditi, da prevlada mnenje, ki ni prevladujoče; da je več vredna vsota (glasov), ki je (v matematičnem smislu) vredna manj. Vendar v vsakem primeru tisto, kar neko odločitev napravi demokratično, ni dejstvo, da je prejela soglasje večine, temveč to, da so v postopku odločanja, neposredno ali prek predstavnikov, sodelovali vsi člani *demos*.¹⁵

Se je pa zato mogoče vprašati, *katero* pravilo večine je združljivo s pogoji (v logičnem smislu) demokracije oziroma z njenimi zahtevami. Odgovor ni težak. Upoštevajoč, da je večinska odločitev nujna, in ker je, da bi ugotovili, ali neki predlog podpira večina, treba zgolj sešteti glasove, je edina večina, ki je skladna z načelom demokratične enakosti - enakega dostojanstva vsakega političnega

¹⁴ Bobbio (1999a: 386).

¹⁵ Glej Bobbio (1999a: 390): »Demokracijskega političnega sistema ne zaznamuje pravilo večine, temveč splošna volilna pravica.«

stališča, ki implicira enako težo glasu vsakega posameznika - *navadna* večina, enaka polovici vseh glasov, povečani za en glas. Kot je pokazal Kelsen,¹⁶ bi vsako drugačno pravilo odločanja, ki bi zahtevalo bolj kvalificirano večino (morda celo večina polovice vseh glasov, povečane za dva glasova) za sprejetje neke odločitve, povzročilo neenako vrednost posameznih glasov in sčasoma vzpostavilo neko nerazumno »manjšinsko načelo«. Seveda obstajajo številne vsebine, za sprejem katerih se zahtevajo kvalificirane večine, ki so večje od navadne, a so oblikovane kot izjeme od splošnega pravila in kot take zahtevajo posebno utemeljitev.

Tu se nisem niti dotaknil labirinta dobro znanih ugank in paradoksov, ki vedno spremljajo razprave o pravilu večine. Vseeno pa sem se poglobil v pravilo samo, z namenom zbuditi nekatere dvome o najbolj razširjenem pogledu, ki demokracijo pogojuje z močjo večine - volivcev, izvoljenih ali obojih.

*Iz italijanskega izvirnika prevedel
Matija Žgur.*

Seznam navedenk

- Norberto BOBBIO, 1999a: La regola di maggioranza: limite e aporie (1981). *Teoria generale della politica*. Ed. Michelangelo Bovero. Torino: Einaudi
- , 1999b: La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri) (1987). *Teoria generale della politica*. Ed. Michelangelo Bovero. Torino: Einaudi.
- Michelangelo BOVERO, 2008a: Isto é democracia? *Fronteiras do pensamento. Retratos de um mundo complexo*. Eds. Fernando Luis Schüler, Gunter Axt, Juremir Machado de Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- , 2008b: Qué no es decidible. Cinco razones del coto vedado. *Doxa* (2008) 31.
- , 2009: *La democrazia e le sue condizioni*. Modena: Notizie editrice.
- , 2010: La democracia y sus condiciones. *Revista de la Facultad de Derecho de México LX* (2010) 253.
- THE ELECTORAL COMMISSION: 2010 UK general election results. URL: <http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/uk-general-elections/2010-uk-general-election-results>.
- Hans KELSEN, 1966: *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945). Italian transl. by Sergio Cotta & Giuseppino Treves. Milano: Etas Kompass.

16 Glej Kelsen (1966: 291-292).

Luka Burazin*

Posredno i neposredno vrednujuća teorija prava

Odgovor Julie Dickson

S obzirom na svoj metodološki pristup teorija prava uobičajeno se dijeli na deskriptivnu, navodno nevrednujuću, i normativnu, tj. vrednujuću i opravdavajuću teoriju prava. U svojoj knjizi *Evaluation and Legal Theory* Julie Dickson takvu dihotomiju odbacuje. Tvrdi da je čitava teorija prava na ovaj ili onaj način vrednujuća. Zato uvodi dihotomiju između posredno vrednujuće i neposredno vrednujuće teorije prava. Dok je zadatak neposredno vrednujuće teorije prava pravo vrednovati moralno, posredno vrednujuća teorija prava donosi vrednujuće sudove o tome koja je obilježja prava najvažnije i najznačajnije objasniti. U ovome radu prvo izlažem Dicksoničin prikaz "vrednujućeg-ali-nemoralno-vrednujućeg" shvaćanja teorije prava te potom taj prikaz podvrgavam kritici. Naposljetku iznosim neke primjedbe glede korisnosti Dicksoničine dihotomije između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava. | Za englesku verziju ovog članka vidi Luka Burazin, *Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory. A Reply to Julie Dickson*, *Diritto & questioni pubbliche* (2012) 12, pp. 183-210.

Ključne riječi: metodologija, teorija prava, posredno vrednujuća teorija prava, Dickson, vrednovanje

1 OBMANJUJUĆA DISTINKCIJA IZMEĐU DESKRIPTIVNE I NORMATIVNE TEORIJE PRAVA

Deskriptivna se teorija prava tradicionalno shvaća kao teorija prava koja, nastojeći biti eksplanativno primjerena, za cilj ima točno odrediti i objasniti nužna ili bitna obilježja prava, tj. za cilj ima pružiti prikaz prava "kakvo ono jest", za razliku od normativne teorije prava koja, u cilju izgradnje eksplanativno primjerene teorije prava, moralno vrednuje i opravdava pravo (u skladu s načelima političkoga morala), tj. za cilj ima pružiti prikaz prava "kakvo bi ono trebalo biti".¹ S obzirom na svoj središnji zadatak - onaj određenja i objašnjenja bitnih (nužnih) obilježja prava (ili određenja i objašnjenja naravi prava) - kaže se da

deskriptivna teorija prava pravo samo opisuje, tj. da je po svojoj naravi posve deskriptivna ili vrijednosno neobilježena (vrijednosno neutralna).² S druge strane, normativna teorija prava, koja za svoje polazište uzima tvrdnju da ne postoji odgovarajući prikaz prava "kakvo ono jest" koji bi bio različit od prikaza prava kakvo bi ono "trebalo biti", pravo vrednuje (osobito moralno) i nastoji pokazati kada je pravo moralno opravdano te je se zato uzima kao vrijednosno obilježenu teoriju prava.³

Julie Dickson odbacuje dihotomiju deskriptivno/normativno. Smatra je problematičnom, nekorisnom i zbunjujućom iz nekoliko razloga.⁴

* lburazin@pravo.hr | Docent opće teorije prava i države na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

1 Vidi Priel (2008a: 644-649), Coleman (2001: 179), Hart (1997: 239-244), Dickson (2001: 4 i 30; 2009: 1-3) i Rodriguez-Blanco (2006: 26-28).

2 Vidi Dickson (2009: 1-2) i Priel (2008a: 644-646). Za primjer ovoga metodološkog gledišta, vidi Hart (1997: 239-244).

3 Vidi Dickson (2009: 2-3) i Priel (2008a: 645, 646 i 649). Za primjer ovoga metodološkog gledišta, vidi Finnis (1984: 3-22; 2003: 107-129) i Dworkin (2004: 1-37).

4 Za druge kritike korištenja dihotomije deskriptivno/

Prvo, dihotomija stvara utisak da isključivo dva metodološka tabora mogu pružiti odgovor na pitanje je li moguć odgovarajući prikaz prava "kakvo ono jest", koji bi bio različit od prikaza prava kakvo bi ono "trebalo biti".⁵ Drugo, ona "ne prikazuje vjerno složenost metateorijskih problema koje bi to pitanje trebalo dotaknuti te često vodi do iskrivljena prikazivanja gledišta nekih teoretičara prava".⁶ Treće, ona je "pretjerano pojednostavljujuća i ne uspijeva zahvatiti neke važne razlike između teorija i teoretičara s obzirom na njihova gledišta o ispravnoj metodologiji teorije prava".⁷ I četvrto, ona obmanjujuće navodi na pomisao "da je razlika između ta dva tabora razlika između vrijednosno neobilježene teorije prava, s jedne strane, i vrijednosno obilježene teorije prava, s druge strane".⁸

Stoga, Dickson predlaže drukčiji pristup metodološkim pitanjima u području teorije prava. Tim se pitanjima, kako tvrdi Dickson,

*najbolje može pristupiti putem teme uloge vrednovanja u teoriji prava, te određenije, putem pitanja: u kojoj mjeri i u kojemu smislu teoretičar prava mora donositi vrijednosne sudove o pojavama koje nastoji opisati kako bi izgradio uspješnu teoriju prava?*⁹

Međutim, u odnosu na ugaoni kamen Dicksoničina novoga pristupa metodološkim pitanjima - naime, ulogu vrednovanja kao "jedne osobite metateorijske teme"¹⁰ - već u ovome ranom stadiju treba postaviti pitanje može li "vrednovanje" predstavljati osnovu za određivanje različitih (i, u jačem smislu, možda nasuprotnih), nepreklapajućih metodoloških pozicija. Da bi

normativno u predstavljanju metodoloških pozicija u teoriji prava, vidi Coleman (2001: 175 ff).

5 Vidi Dickson (2001: 30).

6 Dickson (2001: 30; 2004: 137).

7 Dickson (2001: 31). "Primjerice, gledište o 'dva plemena' površno prelazi preko pitanja poput razlike između teza o moralnom vrednovanju i moralnom opravdanju te razlike između obiju ovih teza i teze o korisnim moralnim posljedicama, a može i ohrabriti zbunjujući mit glede toga da su neki pristupi teoriji prava - osobito pravni pozitivizam - pokušaji predstavljanja vrijednosno neobilježenog prikaza prava". Dickson (2001: 133-134).

8 Dickson (2001: 31).

9 Dickson (2001: 8).

10 Dickson (2001: 3).

"vrednovanje" moglo predstavljati takvu osnovu, ono bi trebalo biti nužan i dovoljan ili barem najvažniji uvjet za određivanje različitih metodoloških pravaca. Unatoč njezinu rasvjetljujućem naporu da istakne različite vrste vrednovanja u teoriji prava, o tome je li "vrednovanje" doista takav uvjet - a ja nipošto ovdje konačno ne tvrdim da nije - Dickson, čini se, ne kaže ništa.

2 (VRSTE) VRIJEDNOSTI U TEORIJI PRAVA

Kako je već istaknuto, polazište Dicksoničine rasprave o metodološkim pitanjima u teoriji prava pitanje je "u kojoj mjeri i u kojemu smislu teoretičar prava mora donositi vrijednosne sudove o pojavama koje nastoji opisati kako bi izgradio uspješnu teoriju prava?".¹¹ Nastojeći odgovoriti na to pitanje Dickson prvo utvrđuje tri vrste vrijednosti koje mogu biti primijenjene tijekom izgradnje odgovarajućega prikaza (naravi) prava: a) posve metateorijske vrijednosti, b) vrijednost važnosti i c) moralne vrijednosti.

Prva vrsta vrijednosti sastoji se od posve metateorijskih (ili epistemičkih) vrijednosti. Svaka teorija pojma, bilo u društvenim ili prirodnim znanostima, upravljana je nizom epistemičkih normi (vrijednosti, vrlina), poput jednostavnosti, koherentnosti, jasnoće, sveobuhvatnosti i objedinjenosti, a svaka ona teorija koja smjera biti uspješnom teorijom svoga predmeta tim je normama predana.¹² Budući da je tomu tako, teoretičar prava "isto toliko koliko i svaki drugi teoretičar, nužno mora donositi vrednujuće sudove u postupku izgradnje svoje teorije kako bi osigurao da se u njoj te vrijednosti očituju u najvišem mogućem stupnju".¹³ Te vrijednosti Dickson naziva "posve metateorijskima" jer se vrijednosti koje teoretičari pri izgradnji svojih teorija nastoje ostvariti "odnose samo na narav teorija općenito, a ne na narav konkretnih podataka ili predmeta objašnjenja s kojima se dana teorija ili vrsta teorije bavi".¹⁴ Zbog činjenice da se teorija prava, poput svake druge teorije, nužno upušta u to

11 Dickson (2001: 29).

12 Vidi Dickson (2001: 32; 2004: 125), Coleman (2001: xxii i 3) i Leiter (2003: 34-35).

13 Dickson (2001: 33).

14 Dickson (2001: 34-35).

posve metateorijsko (epistemičko) vrednovanje, Dickson tvrdi da teorija prava, barem u ovome prilično "banalnom smislu", ne može biti vrijednosno neobilježena.¹⁵

Druga vrsta vrijednosti, najvažnija za Dicksoničin novi metodološki pristup teoriji prava, sastoji se u samo jednoj vrijednosti, tj. u jednoj vrsti vrijednosti važnosti. Ta se vrijednost, prema Dickson, primjenjuje tijekom donošenja sudova o važnosti ili značaju u odnosu na *određenu društvenu praksu* koju izučavaju teorije o pravu.¹⁶

Baveći se pitanjem sudova o važnosti ili značaju Dickson prvo priziva Finnisovu tvrdnju prema kojoj se "teorijski zahtjev da se sud o *značaju* ili *važnosti* iznese ne može izbjeći ako teorija smjera biti više od golemoga smetišta raznolikih činjenica opisanih mnoštvom nesumjerljivih nazivlja".¹⁷ Iz ovoga je citata J. Finnisa očito da su u ovome smislu izneseni sudovi o važnosti i značaju tek jedan teorijski zahtjev koji se odnosi na svaku teoriju pojma koja nastoji biti uspješnom teorijom svoga predmeta. Zato Dickson tu vrstu sudova o važnosti naziva

*posve metateorijskim vrijednosnim sudovima, primjenjivima na sve teorije, bez obzira na njihov predmet, i koji nam još uvijek ništa osobito zanimljivo ne kažu o zadaći teorije prava. Zapravo, kao što je to u ovome odlomku predstavio Finnis, taj se zahtjev ne čini ničime drugim nego li razjašnjenjem što to znači da nešto uopće jest teorija, a ne prikaz 'smetišta' činjenica.*¹⁸

Međutim, Dickson ide dalje tvrdeći da Finnis razlikuje još jedan način na koji su sudovi o važnosti i značaju "zbog naravi podataka s kojima se teorija prava bavi, utkani u posebnu vrstu pothvata u koju se upuštaju teoretičari prava".¹⁹ U potporu svojem tumačenju Finnisova stajališta, citira sljedeći odlomak iz prvoga poglavlja Finnisova *Natural Law and Natural Rights*:

Stoga, kad kažemo da deskriptivni teoretičar (čije namjere nisu praktične naravi) u svojem neophodnom izboru i oblikovanju pojmova

*mora postupati usvajajući praktično gledište, pod time mislimo da on mora ocijeniti važnost ili značaj sličnosti i razlika unutar svoga predmeta istraživanja, pitajući se što bi to važnim ili značajnim u tome području smatrali oni čiji interesi, odluke i djelovanja taj predmet stvaraju ili tvore.*²⁰

Takvome stajalištu, prema Dickson, u prilog ide i sljedeći odlomak J. Raza:

*Teorija prava doprinosi /.../poboljšanom razumijevanju društva. Međutim, pogrešno bi bilo zaključiti, /.../, da se o uspjehu analize pojma prava treba suditi prema njezinoj teorijskoj sociološkoj korisnosti. Učiniti to znači ne shvatiti da je, za razliku od pojmova poput 'mase' ili 'elektrona', 'pravo' pojam koji ljudi koriste kako bi se razumjeli. Nemamo slobodu izabrati bilo koji koristan pojam. Glavni zadatak teorije prava pospješiti je naše razumijevanje društva, pomažući nam razumjeti kako se ljudi razumiju. Kako bi to postigla, ona se doista upušta u vrednujuće prosudbe jer takve su prosudbe neizbježne pri nastojanju da se razvrsta ono što je središnje i značajno u općem razumijevanju pojma prava.*²¹

Za Dickson, stoga,

*ono na što nam i Raz i Finnis nastoje skrenuti pozornost jest to da su podaci ili predmet kojim se teorija prava bavi već i sam prožet vrednovanjima glede onoga što je u pogledu njega važno i značajno jer se ti podaci djelomično sastoje od vjerovanja i stavova glede prava i radnji u svjetlu prava onih koji su mu podvrgnuti.*²²

Budući da je pravo vrsta pojma koji ljudi već koriste kako bi se razumjeli - za razliku od pojmova koji tu funkciju nemaju (poput pojmova prirodnih stvari, "mase" ili "elektrona" ili pojma "ritualizma" iz područja kriminologije) -

pri vrednovanju toga koja je obilježja prava najvažnije i najznačajnije objasniti, svaka eksplanativno odgovarajuća teorija prava mora biti dovoljno osjetljiva na ono što oni čija se vjerovanja, stavovi, ponašanja, itd., proučava-

15 Dickson (2001: 31-33). Za tu misao, vidi i Coleman (2001: 177-178).

16 Dickson (2004: 125-126).

17 Finnis (1984: 17). Vidi Dickson (2001: 38-39).

18 Dickson (2001: 39).

19 Dickson (2001: 39).

20 Finnis (1984: 12). Vidi Dickson (2001: 39).

21 Raz (1994: 237). Vidi Dickson (2001: 40).

22 Dickson (2001: 40).

ju, glede prava smatraju važnim ili značajnim, dobrim ili lošim.²³

"Teoretičar prava", kaže Dickson, zato ne samo da se upušta u vrednujuće prosudbe glede onoga što je važno i značajno u odnosu na njegove podatke, kao što to mora učiniti svaki teoretičar, nego donosi i vrednujuće sudove glede onoga što je važno i značajno u pogledu prava, a koji u obzir uzimaju i pokušavaju objasniti način na koji pravo shvaćaju oni koji pod njime žive.²⁴

A čineći to, on se ne svodi samo na "bilježenje i reproduciranje", nego "pri objašnjenju važnih i značajnih obilježja prava" vrednuje "samorazumijevanja sudionika".²⁵

Konačno, treća vrsta vrijednosti, primijenjenih u izgradnji nekih od teorija prava (naime, normativnih teorija prava) - teorija čijih sama Dickson nije zagovornica - sastoji se od moralnih vrijednosti, tj. "vrijednosti koje se tiču pitanja praktične razboritosti".²⁶ Neki pravni teoretičari, kaže Dickson, zagovaraju gledište prema kojemu nije dovoljno primijeniti isključivo metateorijsko vrednovanje kako bi se procijenilo koja su obilježja prava važna, te ih objasnilo, nego je pravo potrebno vrednovati i moralno.²⁷

3 NARAV VRIJEDNOSTI VAŽNOSTI

Kako uloga metateorijskih vrijednosti nije prijeporna, a u moralno se vrednovanje Dicksoničin novi metodološki pristup teoriji prava, takozvana posredno vrednujuća teorija prava, ne upušta, iznijet ću ovdje nekoliko opažanja o drugoj vrsti vrijednosti na Dicksoničinu popisu vrijednosti, odnosno o naravi vrijednosti važnosti.

Kao što smo vidjeli, vrijednost važnosti Dickson postavlja negdje između metateorijskih (epistemičkih) i moralnih vrijednosti.²⁸ Međutim,

kako je McBride ispravno primijetio, Dickson narav vrijednosti važnosti pobliže ne određuje.²⁹

Citirajući Finnisa i Raza, Dickson zaključuje da postoje dvije vrste sudova o važnosti - oni koji se odnose na svaku teoriju pojma, pa stoga potpadaju u krug općih metateorijskih zahtjeva, i oni koji se odnose isključivo na teoriju prava, s obzirom na to da se tiču naravi određenih podataka kojima se bavi upravo teorija prava. Međutim, ne čini se da taj zaključak proizlazi iz onoga što su rekli Finnis i Raz. U citatu koji Dickson preuzima od Finnisa, Finnis posebno ne naglašava narav podataka kojima se teorija prava bavi niti označuje navodnu narav podataka kao nešto svojstveno teoriji prava koja, prema Dickson, osim primjenjivanja vrijednosti važnosti kao metateorijske vrijednosti, rabi tu vrijednost i na drugi način, naime, kao sredstvo određivanja onoga što je važno sudionicima pravne prakse. Sasvim suprotno, čini se, proizlazi iz drugoga citata iz Finnissova *Natural Law and Natural Rights*:

Analitička filozofija prava osobito i (barem najveći dio) svih društvenih znanosti općenito ne mogu imati nikakve kritički opravdane kriterije za uobličenje općih pojmova svojstvenih određenim narodima i/ili određenim teoretičarima koji se tim narodima bave (isticanje dodano).³⁰

Slično, Dicksoničin zaključak ne proizlazi ni iz citata J. Raza, preuzeta iz istoga eseja (*Authority, Law and Morality*) iz kojega Dickson izdvaja gore citiranu Razovu tvrdnju: "Argument (ovoga eseja, L. B.)", kaže Raz, "doista je vrednujući, ali u smislu da je svaka dobra teorija društva zasnovana na vrednujućim razmatranjima na način da je njezin uspjeh u tome da ističe važne društvene strukture i procese, a svaki je sud o važnosti vrednujući" (isticanje dodano).³¹

Stoga, može se tvrditi da ne postoje dva različita smisla u kojima treba razumjeti vrijednost

23 Dickson (2001: 43).

24 Dickson (2001: 43).

25 Dickson (2004: 139). Vidi i Dickson (2011: 493-495).

26 Leiter (2003: 35).

27 Dickson (2001: 36 i 45-47). Za primjere toga gledišta, vidi Perry (1998: 462-466) i Finnis (1984: 3).

28 Za gledište prema kojem "postoji način vrednovanja koji nije ni 'posve metateorijski' ni oblik moralnoga vrednovanja"; vidi Burge-Hendrix (2003: 339). Za gledište prema kojemu sudovi o važnosti nisu

"tipične metateorijske, epistemičke vrijednosti" jer su "vrste vrijednosti koje leže u pozadini sudova o razmjernoj važnosti ili središnjosti obilježja prava /.../ bitna, ljudska dobra, praktične vrijednosti", vidi Postema (1998: 334).

29 Vidi McBride (2003: 664). Za istu misao, vidi Himma (2001: 569).

30 Finnis (1984: 18).

31 Raz (1994: 235).

važnosti kad se ona koristi u izgradnji teorije prava. Navodno drugo "značenje" vrijednosti važnosti ili drugi "način" određivanja važnih i značajnih obilježja analiziranoga pojma nije ništa drugo nego metateorijska vrijednost koju teoretičar primjenjuje tijekom razlučivanja svoga predmeta istraživanja od drugih sličnih pojava.³² I tomu je tako bez obzira na to govorimo li o pojmu koji ljudi koriste ili pojmu koji ljudi ne koriste za međusobno razumijevanje. Kao što svaki teoretičar koji želi dati odgovarajući prikaz pojma koji ljudi ne koriste za međusobno razumijevanje treba odrediti važna obilježja toga pojma izabirući iz mnoštva obilježja ona koja smatra važnima za koherentnost svoje teorije, tako i svaki teoretičar koji želi dati odgovarajući prikaz pojma koji ljudi za međusobno razumijevanje koriste mora odrediti važna obilježja toga pojma izabirući ona obilježja koja su za ljude na koje se pojam primjenjuje središnja i njima važna (u našem slučaju, važna onima koji su pravu podložni). Pojam prava zasigurno nije jedini koji ljudi koriste kako bi se razumjeli. Moral, religija i običaj, primjerice, ista su vrsta pojma.

Međutim, metateorijske vrijednosti (uključujući vrijednost važnosti ako je shvaćena kao metateorijska vrijednost) ne mogu biti dijelom klasifikacije čiji je cilj razlikovati između vrijednosnih sudova koje teoretičar donosi glede *pojava koje nastoji opisati* kako bi izgradio uspješnu teoriju prava. Kriteriji za tu klasifikaciju trebali bi uključiti način na koji teoretičar prava vrednuje svoj predmet istraživanja (pojave koje nastoji opisati), tj. način na koji on vrednuje pravo (i njegova obilježja), a ne način na koji bi trebalo vrednovati metodološku ispravnost same teorije.

32 Za sličan argument, vidi Leiter (2003: 32-37 i 40-43). Da je sud o važnosti metateorijska vrijednost, vidi Hart (1989: 39), McBride (2003: 664) i Himma (2001: 569). Za argument glede metateorijske naravi razmatranja (sudova) o važnosti ("Može li teorija biti sveobuhvatna ako ne uključuje sve što je za naš predmet istraživanja važno?"), ali i za moguću razliku između razmatranja o važnosti ("... na odluke o važnosti trebalo bi gledati kao na *izlaganje pitanja prije početka našega istraživanja*") i drugih razmatranja glede izgradnje teorije ("... njih se u obzir uzima (logički, ako ne praktično) tek nakon što izvedemo neke grube zaključke o našem predmetu istraživanja"), vidi Priel (2007: 192-193).

4 NEPOSREDNO I POSREDNO VREDNUJUĆA TEORIJA PRAVA

Vrijednost važnosti i moralne vrijednosti imaju središnju ulogu u onome što Dickson naziva posredno i neposredno vrednujućim proposicijama, koje su temelj njezine novopredložene metodološke dihotomije između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava.

Prema Dickson, neposredno su vrednujuće proposicije "one proposicije koje nečemu pripisuju vrijednost ili valjanost u temeljnome smislu smatranja toga dobrim".³³ Naravno, pod pretpostavkom da postoje druge osnovne kategorije vrijednosti, "tad će oblik te proposicije biti disjunkcija svih osnovnih kategorija vrijednosti, primjerice 'X je dobro ili ispravno ili obvezujuće' itd."³⁴ Neposredno vrednujuće proposicije, kaže Dickson, "one su koje imaju oblik ili za nužnu posljedicu imaju proposicije koje imaju oblik 'X je dobro'".³⁵ Kad se odnose na pravo, one uključuju, primjerice, sljedeće proposicije: "pokoravanje pravu je dobro"; 'postoji opća obveza pokoravati se pravu'; 'pravo prema svojim podanicima nužno ima legitimni moralni autoritet', i 'pravo je moralno opravdano'.³⁶ Druga vrsta proposicija tzv. su posredno vrednujuće proposicije. Tim se proposicijama, tvrdi Dickson,

izjavljuje da određeni X ima vrednujuća svojstva, ali one za nužnu posljedicu nemaju neposredno vrednujuće proposicije kojima se izjavljuje da je taj isti X dobar (ili loš). Posredno vrednujuća proposicija oblika 'X je važno obilježje prava' tako je proposicija koja tome obilježju pripisuje neko vrednujuće svojstvo, ali koja nema za nužnu posljedicu neposredno vrednujuću proposiciju prema kojoj je dotično obilježje prava dobro (ili loše). To bi se moglo izraziti na drugi način tako da se kaže da u slučaju proposicije 'X je važno obilježje', vrednovanje o kojemu je riječ ne ide u bit ili sadržaj predmeta te proposicije na isti način kao što je to slučaj s neposredno vrednujućom proposicijom. Ustvrdjujući da je 'X važno obilježje', mi postojanje nekoga X smatramo značajnim i zato

33 Dickson (2001: 51-52).

34 Dickson (2001: 52, n. 1).

35 Dickson (2001: 52).

36 Dickson (2001: 52).

*vrijednim objašnjenja, a ne vrednujemo neposredno dobrim ili lošim bit ili sadržaj toga X.*³⁷

Razlikovanje između neposredno i posredno vrednujućih propozicija, vjeruje Dickson, može riješiti sljedeću zagonetku:

*kako to teorija prava o svome predmetu može donositi vrednujuće sudove na način koji to mora da bi bila eksplanativno odgovarajuća, a ipak istodobno smatrati da se ne upušta u sudove o moralnim prednostima obilježja prava? (isticanje dodano).*³⁸

Međutim, kako proizlazi iz Dicksoničina razlikovanja između neposredno i posredno vrednujućih propozicija, neposredno vrednujuće propozicije su o *biti* predmeta teorije - stoga i propozicije o predmetu samome, dok su posredno vrednujuće propozicije propozicije o *postojanju* predmeta teorije - stoga ne i propozicije o predmetu samome. Tek reći da predmet istraživanja postoji i da je njegovo postojanje važno samo nam po sebi ne kaže ništa o tome što taj predmet doista jest, a što je, prema Dickson, glavna zadaća eksplanativno odgovarajuće teorije prava: "pokušaj da se odredi i objasni narav prava" tražeći i objašnjavajući "ona svojstva prava koja ga čine onime što ono jest".³⁹

Ostavljajući na trenutak po strani ovo početno opažanje glede razlike između dviju vrsta propozicija, razmotrimo prvo što su osnove na temelju kojih bi trebalo utvrditi da je nešto važno objasniti i na temelju kojih bi potom trebalo stvoriti posredno vrednujuću propoziciju glede prava.⁴⁰ Jer to je, kaže Dickson, "ključno za ispravno razumijevanje metodološkog pristupa" koji ona naziva *posredno vrednujućom teorijom prava*.⁴¹

Sukladno Dickson, "posredno vrednujuće propozicije poput one da je X značajno i važno objasniti *moгу* biti poduprte ili opravdane neposredno vrednujućim propozicijama glede toga istoga X".⁴² Primjerice, na temelju znanja da je neko obilježje prava dobro i opravdano možemo

zaključiti da je to isto obilježje važno objasniti. Međutim, kao što Dickson tvrdi, to nesumnjivo nije i *jedini* način zaključivanja o važnosti nekoga obilježja prava i određivanja onih "koja najbolje otkrivaju osobitu narav prava kao posebne metode društvenoga organiziranja".⁴³ Postoje još četiri načina podupiranja posredno vrednujućih propozicija, koje, u konačnici, čine temelj pothvata tzv. posredno vrednujuće teorije prava:

*posredno vrednujuće propozicije u kojima se navodi da je neko obilježje prava, X, važno objasniti mogu biti poduprte i činjenicom da je X obilježje koje pravo očituje redovito, i koje stoga otkriva osobit način djelovanja prava; zatim pretežnošću i posljedicama određenih vjerovanja glede X-a kod onih koji su pravu podvrgnuti, a koja naznačuju njegovu središnjost za naše samorazumijevanje; činjenicom da se dotični X tiče stvari koje su nam praktično važne; i/ili načinom na koji je X važan za razna neposredno vrednujuća pitanja glede toga jesu li on i društvena institucija koja ga očituje nešto dobro ili loše ili se tih pitanja tiču.*⁴⁴

Gradeći na razlici između neposredno i posredno vrednujućih propozicija, Dickson izlaže novu dihotomiju glede teorijskopравnih metodoloških pristupa, tj. dihotomiju između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava, nastojeći tako, u konačnici, pokazati da sve teorije o pravu *jesu* vrednujuće, iako možda na različite načine.

Neposredno vrednujuća teorija prava, prema Dicksoničinoj definiciji, ona je teorija "koja sadrži barem jednu propoziciju koja je neposredno vrednujuća propozicija glede obilježja prava (ili koja sadrži barem jednu propoziciju koja za nužnu posljedicu ima neposredno vrednujuću propoziciju glede obilježja prava)".⁴⁵ Kao primjer takvoga metodološkog pristupa uzima Finnissovu teoriju prava jer "njegov prikaz sadrži neposredno vrednujuće propozicije u kojima se, pri određivanju i objašnjavanju važnih obilježja prava, donose sudovi o kreposti prava i moralnim obvezama koje ono stvara".⁴⁶ S druge strane, posredno je vrednujuća teorija prava, prema Dickson,

37 Dickson (2001: 53).

38 Dickson (2001: 51).

39 Dickson (2001: 17-18 i 89).

40 Za kritiku Dicksoničina popisa osnova za utvrđivanje obilježja koja je važno objasniti, vidi Bayón (2013: 12-13).

41 Vidi Dickson (2001: 58).

42 Dickson (2001: 58).

43 Dickson (2001: 58).

44 Dickson (2001: 64).

45 Dickson (2001: 65).

46 Dickson (2001: 65).

*prikaz prava koji je poduprt posredno vrednujućim propozicijama glede važnosti i značaja određenih obilježja prava, ali koji se sam ne treba upuštati u donošenje neposredno vrednujućih sudova glede toga jesu li ta obilježja i društvena institucija koja ih očituje dobri ili loši, opravdani ili neopravdani.*⁴⁷

Kao primjer toga metodološkog pristupa Dickson navodi Razovu teoriju prava, s obzirom na to da se Razovo teorijskopravno istraživanje "prije svega bavi institucionalnim načinom djelovanja prava, a ne moralnim ili nemoralnim sadržajem i biti onoga što se pravom namjerava postići" te za svoj glavni zadatak ima

*izabrati i objasniti koja su to najvažnija obilježja takva načina djelovanja, uključujući institucionalne putove kroz koje pravo djeluje i osobite načine na koje se pravo nameće našim procesima praktičnoga rasuđivanja i oblikuje ih te se tiče nama praktično važnih pitanja.*⁴⁸

Stoga, razlikovati između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava znači razlikovati između teorije "koja izabire određena obilježja prava kao središnja našem društvenom iskustvu i zato važna objasniti, s jedne strane" i teorije "koja donosi moralni sud o kreposti, ili sličnom, tih obilježja prava", s druge strane.⁴⁹ Upuštanje u pothvat neposredno vrednujuće teorije prava samo po sebi od teoretičara zahtijeva da se upusti u neposredno ili moralno vrednovanje važnih obilježja prava. Međutim, prema Dickson, i od teoretičara prava koji se upušta u pothvat posredno vrednujuće teorije prava zahtijeva se donošenje vrijednosnih sudova, tj. upuštanje u "posredno vrednovanje važnosti određenih strukturnih obilježja prava i pravnih institucija koji su središnji našem samorazumijevanju".⁵⁰ I to je razlog zašto Dickson tvrdi da je "prilično jasno zašto je takav pristup potpuno netočno opisati kao 'vrijednosno neobilježen', a kao 'deskriptivan' u najboljem slučaju zbunjujuće".⁵¹

5 RAZMATRANJE DIHOTOMIJE NEPOSREDNO/POSREDNO VREDNUJUĆA TEORIJA PRAVA NANOvo

Pitanje koje proizlazi iz Dicksoničina razlikovanja između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava je sljedeće: koriste li se izrazi *neposredno* i *posredno* (vrednovanje) odnosno *neposredno* i *posredno* (vrednujuća teorija prava), u značenju koje im se navodno pridaje, kao pridjevi ili priložne oznake načina?

Ako ih Dickson koristi u značenju pridjeva, onda ona, koristeći riječi 'neposredno'/'posredno' (vrednovanje) ili 'neposredno'/'posredno' (vrednujuća teorija prava) pobliže opisuje (određuje) vrednovanje koje vrednovatelj izvršava. U tom slučaju, neposredno bi vrednovanje (npr., X je *moralno/opravdano* obilježje Y-a) bilo vrednovanje iza kojega se ne skriva nijedan drugi sud vrednovatelja o nekoj drugoj vrijednosti predmeta istraživanja. Nasuprot tomu, posredno bi vrednovanje (X je *važno* obilježje prava) bilo vrednovanje koje za nužnu posljedicu, uz sud o važnosti nekoga obilježja, ima i vrednovatelj sud o nekoj drugoj vrijednosti predmeta istraživanja ili toj istoj vrijednosti (npr. u smislu da su predmet istraživanja ili jedno od njegovih obilježja ujedno dobri ili loši, moralni ili nemoralni). Međutim, čini se da takvo tumačenje posrednoga vrednovanja Dickson ne zagovara.⁵²

Ako, s druge strane, riječi 'neposredno'/'posredno' koristi u značenju priloških oznaka načina, to onda znači da vrednovatelj vrednovanje predmeta istraživanja poduzima na posredan način, tj. da vrednuje posredno. Kad se na vrednovanje upućuje kao na 'posredno' u smislu priloške oznake načina, opstojе dva moguća tumačenja. Prvo, izričući sud o važnosti vrednovatelj posredno (na posredan način) izriče svoj sud o nekoj drugoj vrijednosti predmeta istraživanja ili nekoje njegovom obilježju (npr. da su predmet istraživanja ili neko njegovo obilježje ujedno dobri ili loši, moralni ili nemoralni). Mogućnost takva tumačenja Dickson izričito isključuje.⁵³ Drugo, vrednovatelj svoje sudove o važnosti donosi posredno (na posredan način), uzimajući kao njihovu osnovu vrednovanja koja su izvršili sudionici

47 Dickson (2001: 66-67).

48 Dickson (2001: 126).

49 Dickson (2001: 121).

50 Dickson (2001: 126).

51 Dickson (2001: 67).

52 Vidi Dickson (2001: 53).

53 Vidi Dickson (2001: 68-69).

vrednovane prakse. I to je tumačenje posredna vrednovanja na koje, čini se, Dickson cilja.⁵⁴ Međutim, nemaju svi načini podupiranja posredno vrednujućih propozicija s Dicksoničina popisa za nužnu posljedicu vrednovanja koja izvršavaju sudionici (primjerice, podupiranje posredno vrednujuće propozicije na temelju činjenice da pravo neko obilježje redovito očituje).

Iz gorenavedenoga proizlazi da Dickson izraze 'neposredno'/'posredno' (vrednovanje) i 'neposredno'/'posredno' (vrednujuća teorija prava) koristi kao priloške oznake načina, tj. s ciljem označavanja načina na koji teoretičar prava donosi sudove o vrijednostima svoga predmeta istraživanja ili nekome njegovom obilježju.⁵⁵

Međutim, ne može li teoretičar prava koji svojom zadaćom smatra vrednovati predmet svoje teorije kao moralan ili nemoralan, dobar ili loš, i kojega Dickson svrstava u okrilje neposredno vrednujuće teorije prava, sudove glede tih vrijednosti donositi i 'posredno' (npr. na temelju vrednovanja koja izvrše sudionici vrednovane prakse)? Odgovor na to pitanje može potvrditi citat J. Finnisa: "postupci, prakse, itd., u cijelosti mogu biti razumljeni jedino razumijevajući njihovu svrhu, tj. njihov cilj, njihovu vrijednost, njihov značaj ili važnost, u smislu kako je/ga shvaćaju ljudi koji ih izvršuju, u njih se upuštaju, itd..." (isticanje dodano).⁵⁶ Ili, *vice versa*, ne bi li teoretičar prava koji neko obilježje predmeta svoga istraživanja vrednuje kao važno i značajno objasniti, tako, prema Dickson, upuštajući se u pothvat posredno vrednujuće teorije prava, vrednovati mogao 'neposredno' (npr. na temelju introspekcije i svojih intuicija)?⁵⁷ To bi onda mogao biti branjiv

smisao u kojemu bi se teoretičarevo donošenje sudova o važnosti moglo tumačiti kao njegov vlastiti čin vrednovanja.⁵⁸ Jer posredno vrednovanje, kako ga izlaže Dickson, od teoretičara zahtijeva samo da opiše (a ne da vrednuje) ono što važnim smatraju oni koji su pravu podvrgnuli.⁵⁹

Nadalje, u smislu u kojemu je Dickson definirao, dihotomija posredno/neposredno vrednujuća teorija prava neodgovarajućom se čini iz nekoliko razloga. Prvo, nedostaje joj razlikovna snaga. Neki važni teoretičari prava (koje sama Dickson opisuje kao zagovornike određenoga metodološkog pristupa teoriji prava), poput Dworkina i Finnisa, prema ovoj bi dihotomiji bili pripisani kategoriji neposredno vrednujuće teorije prava. Međutim, prije nego započnu pravo vrednovati moralno ('neposredno'), oni prvo moraju utvrditi ('posredno') koja je obilježja prava važno objasniti.⁶⁰ Stoga, na metodološkoj ravni oni ispunjuju i kriterije posredno vrednujuće i kriterije neposredno vrednujuće teorije prava. Utoliko se čini da je dihotomija posredno/neposredno vrednujuća teorija prava neodgovarajuća jer, zapravo, predstavlja dva stupnja (koraka) metodološkoga pristupa s njihovim određenim slijedom (naime, 1. posredno, 2. neposredno), dijeleći tako teoretičare prava na one koji se zaustavljaju nakon prva koraka i one koji pri izgradnji svojih teorijskih shvaćanja naravi prava prolaze kroz oba koraka. Drugo, čini se da je dihotomija posredno/neposredno vrednujuća teorija prava zavaravajuća jer implicira postojanje dviju jasno razlučenih, u sebi jedinstvenih, uzajamno isključivih i nasuprotnih metodoloških pozicija, što, kako je već pokazano, nije slučaj.⁶¹ Treće, ne čini se da tzv. posredno vrednujuća teorija prava artikulira osobit metodološki pristup teoriji prava. Teoretičar prava koji se upušta u pothvat posredno vrednujuće teorije prava koristi posredno vrednovanje (tj. donošenje sudova o važnosti) kako bi odredio i razlučio predmet svoje teorije na isti način kao što to čini i svaki drugi, a ne isključivo *pravni* teoretičar. U objašnjenju predmeta svoje teorije (tj. u objašnjenju onih obilježja koja je vrednovao kao važna), on

54 Vidi primjer agnostičkoga promatrača koji želi razumjeti rimokatoličku misu kojoj nazoči, u Dickson (2001: 68-69).

55 O problematičnome i "nekorisnome nazivlju 'neposredno'/'posredno'" vidi Kramer (2003: 210-211). Za gledište prema kojemu bi posredno vrednovanje "bilo jednostavnije i točnije opisati kao neposredno vrednovanje prakse iz određenoga teorijskog položaja" jer "ono predstavlja to što taj teorijski pogled u praksi smatra vrijednim"; vidi Halpin (2006: 78-79).

56 Finnis (1984: 3).

57 O uporabi introspekcije i intuicije, prije nego li stavova (vjerovanja, sudova, gledišta) sudionika tijekom, primjerice, utvrđivanja pojavnih oblika prava, vidi Priel (2007: 178-179).

58 Za alternativno gledište, vidi Halpin (2006: 78-79).

59 Vidi Priel (2007: 186).

60 Vidi Dickson (2009: 2-3; 2004: 123-124).

61 Za isti argument glede dihotomije deskriptivna/normativna teorija prava, vidi Bayón (2013: 3).

ne koristi više vrednovanje, nego predmet samo opisuje.⁶² S druge strane, teoretičar prava koji se upušta u pothvat neposredno vrednujuće teorije prava neposredno vrednovanje (tj. moralno vrednovanje) koristi i onda kad objašnjava predmet svoje teorije. Četvrto, neopravdano je dihotomiju označiti priloškim oznakama načina na koji se vrednovanje provodi te potom jednu vrijednost (tj. važnost) pridružiti jednom polu dihotomije (tj. posredno vrednujućoj teoriji prava), a mnoštvo vrijednosti (moralno/nemoralno, dobro/loše, ispravno/neispravno, opravdano/neopravdano, ispravno/pogrešno, itd.) drugom polu dihotomije (tj. neposredno vrednujućoj teoriji prava). A da ne kažemo da dihotomija na taj način zavaravajuće na istu razinu stavlja vrijednost važnosti s vrijednostima kao što su moralnost, pravednost i ispravnost.⁶³

Međutim, čak i kad bismo prihvatili Dicksoničnu dihotomiju, preostaje nam problem uloge vrijednosti važnosti u okviru pothvata posredno vrednujuće teorije prava. Neki teoretičari ističu relativnost⁶⁴ i nedostatnu objektivnost sudova o važnosti,⁶⁵ drugi ukazuju na njezinu nesposobnost točna određivanja predmeta istraživanja.⁶⁶ Nadalje, s obzirom na to da se sudovi o važnosti oslanjaju na nedostatno objektivne standarde utvrđivanja što je važno, postoji i problem glede

odlučivanja u slučaju konkurirajućih sudova o važnosti.⁶⁷

6 KORISNOST DIHOTOMIJE NEPOSREDNO/POSREDNO VREDNUJUĆA TEORIJA PRAVA

Prema Dickson, problem s dihotomijom deskriptivno/normativno leži u činjenici da se *deskriptivno* uobičajeno shvaća u smislu da teoretičar prava "uopće ne treba donositi ikakve vrijednosne sudove glede onoga što svojom teorijom nastoji opisati" (prikaz prava "kakvo ono jest"), dok se *normativno* uobičajeno shvaća u smislu da će teoretičar prava "nužno biti uključen u donošenje sudova o moralnoj vrijednosti, svrsi ili funkciji prava kako bi ga opisao na odgovarajući način" (prikaz prava "kakvo bi ono trebalo biti").⁶⁸ Taj problem, tvrdi Dickson, proizlazi iz činjenice "da razlikovanje jest/treba zapravo obuhvaća nekoliko različitih pitanja koja se često miješaju i/ili neodgovarajuće shvaćaju".⁶⁹ Stoga, Dickson predlaže novi pristup razlikovanju jest/treba

*putem teme uloge vrednovanja u teoriji prava, te određenije, putem pitanja: u kojoj mjeri i u kojemu smislu teoretičar prava mora donositi vrijednosne sudove o pojavama koje nastoji opisati kako bi izgradio uspješnu teoriju prava?*⁷⁰

Na temelju svoje analize, Dickson zaključuje da i tzv. deskriptivisti moraju donositi vrijednosne sudove, odnosno, osim metateorijskih sudova (vrednovanje u banalnome smislu), donositi i sudove o važnosti promatranih obilježja prava koja, kad se njihova važnost utvrdi, postaju važni za utvrđivanje naravi prava kao predmeta teorije prava.

67 Prema Prielu, "ako je cilj filozofa prava pružiti prikaz naravi prava izlaganjem svih njegovih važnih obilježja, tad je nužno da će među filozofima doći do neslaganja glede važnih pitanja filozofije prava, i ako ne postoji načina kako razriješiti prijeopore glede pitanja o važnosti, tad su prijeopori među filozofima prava osuđeni na to da ne budu riješeni, i sve dok ne postoji standard ocjenjivanja važnosti, ne postoji ni način da razriješimo neslaganja glede naravi prava". Priel (2007: 195). Vidi, također, Priel (2013: 249-250).

68 Dickson (2001: 8-9).

69 Dickson (2001: 8).

70 Dickson (2001: 8).

62 Vidi Marmor (2006: 683-704).

63 Za gledište prema kojemu razlika između neposrednog i posrednog vrednovanja "daje za vjerovati da između tzv. neposrednog i posrednog vrednovanja nema nikakve bitne razlike"; vidi Priel (2008b: 439).

64 Prema Bixu, "ako se izgradnja teorije svede na sudove o 'važnosti' i 'značaju', teško da se to može činiti najpostojanijom ili najobjektivnijom osnovom za raspravu. 'Važnost' i 'značaj' čine se relativnim terminima - 'važno za koga?' 'značajno' u odnosu na koju svrhu? Čini se da su ta vrednovanja pitanja oko kojih bi se razumni promatrači mogli ne slagati - i ne slagati oštro". Bix (2003: 236).

65 Prema Bixu, "važnost se najbolje može pojmiti kao iskaz o korisnosti - prikladan odgovor na pitanje 'zašto je X važan?' jest 'zato što pomaže postići Y - iako još uvijek trebamo doći do nekoga slaganja glede toga koji su to pravi ciljevi. Ako se ne slažemo glede svrha prakse, vjerojatno se nećemo slagati ni glede toga koji su to aspekti prakse važni ili značajni (i zašto su takvi)". Bix (2006: 53). Vidi, također, Priel (2013: 249).

66 Vidi Priel (2007: 191; 2013: 250, n. 6).

Međutim, čini se da Dickson ne uzima u obzir razliku između dviju zadaća teoretičara prava: 1) odrediti (utvrditi) svoj predmet istraživanja (pravo) i 2) pružiti odgovarajući prikaz (objašnjenje) svoga predmeta istraživanja. Prva zadaća obuhvaća dvoje: a) odrediti pojavne oblike prava i b) utvrditi nužna, ili nužna i važna, ili važna ali ne nužna i nužna obilježja prava. Ta zadaća, u svojem drugom stupnju, od teoretičara prava, između ostalog, zahtijeva donošenje vrijednosnih sudova kakvi se donose pri izgradnji svake teorije, odnosno metateorijskih ili epistemički vrijednosnih sudova. Ti vrijednosni sudovi svakako uključuju vrijednosne sudove o važnosti određena obilježja predmeta istraživanja. S obzirom na činjenicu da sudovi o važnosti pripadaju kategoriji metateorijskih sudova, njih donose i tzv. deskriptivisti i tzv. normativisti. Razlika između deskriptivista i normativista pojavljuje se, međutim, tijekom bavljenja teoretičara prava njihovom drugom zadaćom, tj. tijekom pružanja odgovarajućega prikaza (naravi) prava kao predmeta njihovih teorija. Kod deskriptivista, odgovarajući prikaz (naravi) prava opis je i objašnjenje prava "kakvo ono jest", dok, kod normativista, odgovarajući prikaz (naravi) prava "kako ono jest" nužno uključuje zauzimanje stajališta "o moralnoj prednosti ili nedostatku prava".⁷¹

Dakle, kad je riječ o pružanju odgovarajućega prikaza predmeta istraživanja (za razliku od postupka njegova utvrđivanja/određivanja), deskriptivisti su i dalje deskriptivisti, dok normativisti ostaju normativisti čak i kad je riječ o pružanju odgovarajućega prikaza predmeta istraživanja (tj. naravi prava) jer pružajući taj prikaz oni o predmetu istraživanja moraju donositi i (u pravilu, moralne) vrijednosne sudove. To, stoga, ne znači da je deskriptivna teorija vrijednosno neobilježena. Međutim, niti je vrijednosno obilježena kad je riječ o njezinoj drugoj zadaći - pružanju odgovarajućega prikaza naravi prava. I to je ono što razlikuje deskriptivnu od normativne teorije prava.

Stoga, Dicksoničina je dihotomija između neposredne i posredne teorije prava neodgovarajuća jer je njezin prvi dio (posredno vrednujuća teorija prava) određen na temelju jednog elementa (tj., na temelju vrednovanja uključenoga u prvu zadaću teorije prava - utvrđivanje predmeta istraživanja, što je zajedničko svim teorija-

ma), a drugi dio (neposredno vrednujuća teorija prava) na temelju drugoga, različitoga elementa (tj. na temelju vrednovanja uključenoga u drugu zadaću teorije prava - pružanje odgovarajućeg prikaza prava, koja se razlikuje ovisno o tome izvršavaju li je deskriptivisti ili normativisti). Odgovarajuća bi dihotomija metodoloških pristupa, čak i ako je se želi uobličiti isključivo oslanjanjem na ulogu vrednovanja, trebala biti utemeljena samo na jednoj od spomenutih vrsta vrednovanja. Ona bi trebala polaziti bilo od vrste vrednovanja korištene pri izvršavanju prve zadaće teorije prava (tj. donošenja sudova o važnosti) ili od vrste vrednovanja koju se može koristiti pri izvršavanju druge zadaće teorije prava (tj. donošenja moralnih sudova). Međutim, kako se oba metodološka pristupa, tradicionalno označena kao "deskriptivni" i "normativni", pri izvršavanju prve zadaće teorije prava upuštaju u istu vrstu vrednovanja, ta se vrsta vrednovanja ne može smatrati odgovarajućim razlikovnim elementom spomenuta dva metodološka pristupa. Dakle, dihotomija između metodoloških pristupa koja je utemeljena na ulozi vrednovanja u teoriji prava moguća je jedino kao dihotomija s obzirom na ulogu vrednovanja u drugoj zadaći teorije prava, tj. u pružanju odgovarajućega prikaza prava.

Međutim, pod pretpostavkom prihvatanja te mogućnosti, Dicksoničina dihotomija između neposredno i posredno vrednujuće teorije prava čini se nekorisnom. Tijekom pružanja prikaza prava jedan metodološki pristup (normativna teorija prava) vrednovanje koristi, dok drugi (deskriptivna teorija prava) to ne čini. Zato bi ispravnije bilo govoriti samo o dihotomiji između vrednujuće i nevrednujuće teorije prava, no to u konačnici ne dodaje ništa nova u odnosu na ono što se već podrazumijeva dihotomijom deskriptivno/normativno.

Na kraju, može se zaključiti da je Leiter u pravu kada tvrdi da je posredno vrednujuća teorija prava "tek primjer deskriptivne teorije prava i njezina primjenjivanja onoga što Dickson naziva "metateorijskim /.../ vrijednostima" te da "pojmovni prostor između deskriptivne teorije prava (jednom kada se Banalna Istina prizna) i normativnoga shvaćanja teorije prava ne postoji".⁷²

72 Leiter (2003: 40). Za Dicksoničin odgovor Leiteru, vidi Dickson (2004: 134-139). Za Leiterov odgovor Dickson, vidi Leiter (2007: 194-196).

71 Dickson (2001: 7).

Bibliografija

- Juan Carlos BAYÓN, 2013: The Province of Jurisprudence Undetermined. *Neutrality and Theory of Law*. Eds. J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, D. M. Papayannis. Dordrecht: Springer. 1-16.
- Brian H. BIX, 2003: Book Review. *Australian Journal of Legal Philosophy*. (2003) 28. 231-236.
- , 2006: Conceptual Questions and Jurisprudence. *Philosophy of Law: Critical Concepts in Philosophy*. Vol. 1. Ed. Brian H. Bix. London and New York: Routledge. 48-62.
- Brian BURGE-HENDRIX, 2003: Two Perspectives on Legal Theory. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. (2003) XVI(2). 357-346.
- Jules COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- Julie DICKSON, 2001: *Evaluation in Legal Theory*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing.
- , 2004: Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. *Legal Theory*, (2004) 10. 117-156.
- , 2009: Descriptive Legal Theory. *IVR Encyclopedie*, http://ivr-enc.info/index.php?title=Descriptive_Legal_Theory, accessed 23 October 2011.
- , 2011: On Naturalizing Jurisprudence: Some Comments on Brian Leiter's View of What Jurisprudence Should Become. *Law and Philosophy*, (2011) 30(4). 477-497.
- Ronald DWORKIN, 2004: Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, (2004) 24. 1-37.
- John FINNIS, 1984: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- , 2003: Law and What I Truly Should Decide. *American Journal of Jurisprudence*, (2003) 48. 107-129.
- Andrew HALPIN, 2006: The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. (2006) 19. 67-105.
- Herbert Lionel Adolphus HART, 1989: Comment. *Issues in Contemporary Legal Philosophy - The Influence of H. L. A. Hart*. Ed. R. Gravison. Oxford: Oxford University Press. 35-42.
- , 1997: *The Concept of Law*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- Kenneth E. HIMMA, 2001: Book Review. *Law and Politics Book Review*. (2001) 11. 567-569.
- Matthew Henry KRAMER, 2003: Book Review. *Cambridge Law Journal*. (2003) 62. 207-209.
- Brian LEITER, 2003: Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, (2003) 48. 17-51.
- , 2007: *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- Andrei MARMOR, 2006: Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*. (2006) 26(4). 683-704.
- Mark MCBRIDE, 2003: Review. *The Modern Law Review*. (2003) 66(4). 661-664.
- Stephen PERRY, 1998: Hart's Methodological Positivism. *Legal Theory*, (1998) 4. 427-467.
- Gerald J. POSTEMA, 1998: Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, (1998) 4. 329-357.
- Dan PRIEL, 2007: Jurisprudence and Necessity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. (2007) 20. 173-200.
- , 2008a: The Boundaries of Law and the Purpose of Legal Philosophy. *Law and Philosophy*, (2008) 27. 643-695.
- , 2008b: Free-Floating from Reality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. (2008) 21. 429-485.
- , 2013: The Scientific Model of Jurisprudence. *Neutrality and Theory of Law*. Eds. J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, D. M. Papayannis. Dordrecht: Springer. 239-254.
- Joseph RAZ, 1994: *Ethics in the Public Domain*. Oxford and New York: Oxford University Press.
- Veronica RODRIGUEZ-BLANCO, 2006: The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited. *Ratio Juris*, (2006) 19(1). 26-54.

Silvia Zorzetto*

Thinking of Impossibility in Following Legal Norms

Some Brief Comments About Bartosz Brozek's *Rule-Following* (Cracow: Copernicus Press, 2013)

The starting point of this article is the recent publication *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind* by Bartosz Brozek. The main scope of this comment is to show the definite importance of linguistic categories in relation to legal language for comprehending, following, and even infringing legal rules. The purpose is to introduce the ancient legal maxim *impossibilium nulla obligatio est* giving a preliminary rough sketch of the problem of impossibility in following laws. In this respect, some passages of Brozek's book regarding rules as patterns of conduct will be examined which are very useful to elucidate the role of linguistic categories in comprehending legal rules and the afore-said problem of impossibility in law. In particular two general distinctions discussed in the book will be considered: the distinction between categorical and hypothetical rules on the one hand, and the distinction between the general criteria of rightness and correctness, on the other.

Key words: rules, language, rule-following, impossibility, ought, meaning, law

1 GOING BEYOND THE NORMATIVE MIND OF HUMANS

The recent publication *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind* by Bartosz Brozek (Copernicus Center Press, Cracovia, 2013) is a very readable book; and not just in the sense that it is clearly intelligible and really pleasant to read. It is enough to look through the table of contents of the book to appreciate the great effort rendered to elucidate quite all of the philosophical issues related to rule-following, from the genesis of the human attitude towards rules to the most complicated human capabilities related to logic and practical reasoning

Three general methodological merits of the book are (i) the unbiased approach, (ii) the disposition to discuss premises openly, and (iii) the systematic attention both to philosophical theories and common sense (see, for example, Brozek (2013), Introduction).

* silvia.zorzetto@unimi.it | Researcher at the University of Milan.

The book gives a multifaceted analysis of rule-following, making examples of rules specific to all human experience: everyday life, games, language, morals, law, etc. At any rate, *language*, *morality* and *mathematics* are the main domains examined in the book.¹

The Author describes its analysis as a 'journey through the philosophical and scientific theories connected to rule-following' in order to illustrate the most intriguing dimensions of the human mind.²

1 See e.g. Brozek (2013: 90)

2 In the book, the relation between language and rules is thoroughly examined, also with reference to the problem of the genesis of language and (rudimentary) rules. See especially Chapter 2 where *inter alia*, Merlin Donald's theory is recalled, according to which some forms of culture, based on mimetic skills, preceded language and enabled its evolution: see Donald (2005: 283-300). This theory, albeit not incompatible with the hypothesis that there would exist an innate language acquisition device, chiefly entails that language would emerge in group interactions and, hence, it would

The two main conclusions of the book are:³

- (i) *the human mind is not an exclusive product of our genes, but is co-constituted by our social interactions...it is not to say that the mind needs a social environment to flourish; rather there is no human mind without individual's participation in some communal practice;*
- (ii) *the human mind, at its roots, is normative... our descriptive abilities (story-telling, construction scientific theories, proving mathematical theorems) are ultimately based on what ought to be done, even if the 'ought' involved is rudimentary and conceptually poor. We are able to utilize and understand such descriptive notions as truth only because our theoretical discourse is firmly placed upon a system of (primitively) normative rudimentary rules. Altogether, this is where the road from imitation seems to lead: to a socially co-constituted and primarily normative mind.*

This brief comment is not the right place to go into detail and discuss all of the arguments rendered in the book in favour of these theses, *inter alia*, for instance, the interpretation of Wittgenstein's ideas,⁴ the inquiry into imitation and the explanation of the recent developments in neuroscience about rule-guided behaviour, etc.

My purpose is very narrow and is to reflect on a topic ultimately secondary to the book. I will make just a very few notes to show the definite importance of linguistic categories in relation to

be a phenomenon which is not individual, but co-created by humans within a community. On this topic see e.g. Schilhab et al. (2012).

3 See Brozek (2013: 224-225).

4 It is worth mentioning the analysis of rudimentary rules and abstract rules of Brozek (2013: 44 and sub.) and his conclusion that I subscribe to, that all our systems of rules, even the most sophisticated ones, form a network basically grounded on rudimentary rules. In brief, these rules depend on mental attitudes, but also on social interactions; they are independent of language (even if they involve some communication acts, they do not have to be formulated in language to work); they are simple and concrete, and followed unconsciously. While, abstract rules (including linguistic, legal and moral ones) depend on the system of rudimentary rules; they are followed consciously and formulated in language; they may be general and complex and are divided into types. On this topic see, in addition, e.g. Bix (1990: 107-121); Boghossian (2008: 9-50).

legal language for comprehending, following or, as the case may be, infringing legal rules.⁵ On top of that, I will allude to the ancient legal maxim *impossibilium nulla obligatio est* introducing a preliminary rough sketch of the problem of the impossibility in following laws.

This is a phenomenon fairly neglected in contemporary jurisprudence, but it is an intriguing topic to be mooted. In effect, according to many laws, impossibility is a relevant feature of legal norms, for instance, to excuse somebody from liabilities and/or punishments, to exclude a legal duty or to avoid established undertakings. In addition, legal doctrine and judges are acquainted with legal rules that appear fairly spurious as introduced only for a symbolic motive. Moreover, it is not rare to find in actual legal systems rules that seem unbreakable and/or prescribing something impractical, absurd or unreal. It happens also that legal rules seem to presuppose or depend on impossible requirements. Such impossibilities, according to the circumstances and the content of the rules involved, sometimes originate in logic and human intellectual faculties, while, other times, it is fundamentally related to facts and human capabilities of acting; besides, other times it is an outcome of the material situation in which peoples live. I will present and examine some paradigmatic examples at the end.

So, my analysis will be divided in two main parts: in sections 2, 3 and 4, I will examine some passages of Brozek's book that are very useful in elucidating the role of linguistic categories in comprehending legal rules and the aforesaid problem of impossibility in law. In the last section, I will present a very rough sketch of some cases of this broad phenomenon.

2 CATEGORICAL VS. HYPOTHETICAL RULES?

To begin, let us consider the first example discussed in the book⁶ where the Author com-

5 Thus, in this comment, I will consider only abstract rules, not rudimentary ones, using Brozek's lexicon. By the term 'rule(s)' I will indicate every legal prescriptions, distinguishing, only when needed, between legal rules *stricto sensu* and legal principles.

6 See Brozek (2013: 10).

parens the two following rules: (1) *One ought not to steal from other people*; (2) *One should apply the expression 'green' only to green objects*.⁷

The book explains that, according to an intuitive view, the rule (1) gives a justification for choosing a course of action and it is *categorical* to the extent that it 'is not merely an instruction of how one may act if one chooses or merely wishes so: it does not succumb to pure prudential (egoistic) motives'. This rule (1) is considered a typical moral rule, because 'while remaining *prima facie* (i.e. being prone to a defeat by some other moral rule), its normative force is not conditioned by some external normative criterion such as the precept to maximize one's gains and minimize one's losses'.

Incidentally, such a characterisation of morality is not plain; it indeed excludes egoism from ethics, tracing a basic distinction between moral reasons, on one hand, and prudential reasons, on the other hand.⁸ Of course, to discuss this issue goes beyond my analysis; and, above all, it is also not necessary in order to proceed, since the normative and the alleged categorical nature of a (moral) rule such as the rule (1) under consideration are thoroughly independent of the aforementioned conception of morality.

First, I fully agree with Brozek that the rule (1), as whatever moral rule, might be (a) in conflict with some other moral ones - such as the rule (3): *One ought not to let people starve*⁹ or, to make other examples, the rule (4): *One ought to avoid suffering in the world*, or the rule (5): *Everyone has the right to attain happiness*¹⁰ - and (b)

defeated by another prevailing rule. Which rule should prevail within a moral system depends on the content of the meta-criteria recognized by the system itself (this is true, of course, in relation not only to moral systems, but to whatever normative system).

Second, the occurrence of an antinomy does not challenge the nature of the rules under consideration. Each one remains categorical to the extent that it imposes a certain course of action, all things considered, and under whichever circumstances. Rather, the occurrence of an antinomy depends on (how we conceive) the specific content of rules; for instance, there is an antinomy between the rule (1) and the rule (4), assuming that stealing generates suffering in the victim, and between the rule (1) and the rule (5), assuming that the deprivation of the property of another person reduces his happiness and so is an action in violation of his right to happiness.¹¹

The rule (2): *One should apply the expression 'green' only to green objects*, is a typical linguistic

Happiness. - That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, - That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.

Ferrajoli affirms that to use the term 'right' in relation to the action of - not simple pursuing, but even - attaining happiness is not proper, since the latter outcome cannot be guaranteed by law on the strength of the principle *ad impossibilia nemo tenetur*: Ferrajoli (2006).

7 Incidentally, the latter presupposes a definition of greenness, and it is neither circular nor tautological, considering that it prescribes how to use words with reference to *objects* (of the real world where we live, as well of every possible world conceivable by human intellect).

8 This general view of morality has important defenders, but it is also under debate in contemporary moral philosophy. For an introduction see e.g. Sher (2012).

9 See Brozek (2013: 10).

10 The reference is of course the Declaration of Independence on July 4, 1776:

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of

11 These are conceptual assumptions, that is to say artificial definitions. In this respect, I agree with the Author in his criticism of expressivism: Brozek (2013: 11). Rules and normative concepts (including moral ones) are not only expressions of human emotions. When we say 'One ought not to steal from other people' we do not simply try to convey the message that we find stealing displeasing or repulsive. To prescribe is neither (reducing to) stimulating nor expressing feelings and emotions. This is the very core of the prescriptivism of Hare (1952). For a critical appraisal of expressivism see Gibbard (2013).

rule and, according to this view, it is *hypothetical*, rather than categorical in its nature.¹²

As Brozek explains, it 'may be rendered as saying that if one has (an external) obligation to speak correctly, or merely wishes so, one should use 'green' in relation to green objects only'. In this view, linguistic rules would not have an inner justificatory power since 'they cannot back the choice of the given course of action'. This idea of language springs from a particular concept of human action: using linguistic signs and words (speaking, describing, requesting, asking, etc.) would be 'actions only in a very broad sense', and anyway, they would 'have little in common with actions prescribed by moral rules' such as, going back to the examples, stealing, starving, etc.

Of course, the rule (2) is a linguistic one as it is related to the use of linguistic signs. Besides, it clearly gives linguistic instruction as a general prescription for the use of a certain word, namely 'green'. In this respect, it is as normative in nature as the four rules above mentioned.

Moreover, it is categorical too, given that, identically to those preceding rules, it prescribes the application of the expression 'green' only to green objects in any case, *i.e.* without considering any possible exception, such as, for instance, the case of blind people and/or of objects with non-green pigments or which are multi-coloured, included green.

Furthermore, the rule (2) is categorical also on account of its generality: I mean that it presupposes the general idea of greenness in the absence of any relevant criteria to define this concept. As it is well-known, the general term 'green' has different meanings in relation to the linguistic context in which it is used: for instance, the ordinary meaning of 'green' is not equivalent to the scientific technical meaning that belongs to optics.

In this respect, I wholly agree with Brozek that 'despite appearances, there are arguably no sharp theoretical distinctions between types of [rules]' and 'a given category of rules (e.g. moral or linguistic) may be characterized in various incompatible ways'.¹³

12 See Brozek (2013: 10).

13 Brozek (2013: 11-12).

All the rules being thought about may be rendered as hypothetical, rather than as categorical rules.

So, it is possible to say, with regard to the rule (2), that *if* one has the obligation to speak *correctly/rightly* (*i.e. in compliance with such a rule*), *then* one should use 'green' in relation to green objects only.

As well, nothing precludes saying, with respect to rules (1), (3), (4) and (5), that *if* one has the obligation to act *correctly/rightly* (*i.e. in compliance with such a rule*), then one ought - respectively - not to steal from other people, or not to let people starve, or, again, to avoid suffering in the world, or, finally, to respect the right to attain happiness.

As the example shows, the hypothetical formulation is somewhat redundant, and the point is not the categorical/hypothetical form or nature of rules, but the 'source' of the normativity of rules in general. Instead of making a distinction between the internal (*i.e. intrinsic*) normativity of moral rules and the external normativity of linguistic rules,¹⁴ it is fruitful to distinguish between the normative nature of rules that is, by definition, an essential feature of every rule, on one side, and the duty/obligation to observe a certain rule, that comes from a second distinct rule (*i.e.*, a meta-rule or a meta-criterion for individuating binding rules), on the other side. Then, every rule can be seen in isolation (as a categorical rule), or rather in relation and pertinent to a normative system (e.g., a linguistic system, namely a language, or a moral system whatever). For instance, if I am Lutheran I am not under the obligation to act in compliance with Islam (or Judaism), but the rule: *One ought to observe sharia (or Talmud)*, remains still a rule (of Islam and Judaism).¹⁵

14 This distinction is embraced in recent philosophical literature by some followers of *constitutivism* and presented as an offspring of a Kantian approach to normativity. On this topic see for a first introduction: Boghossian (2008: 95-108); Zlatev (2008); Finlay & Schroeder (2012).

15 To explain this point we can use also the distinction between the internal point of view and the external point of view originally elaborated by Hart (2012: 88-117). In short, a rule remains a rule even when it is seen from the external, rather than the internal point of view; the normative nature of a rule does not depend on the acceptance of anybody, and it is perfectly possible to describe rules.

In light of this distinction, I approve of the double way in which dictionaries are described in the book: it is definitely true that a dictionary is a collection of linguistic instructions (rules on how words have to be used); but, at the same time, 'it may be looked at as providing us not with norms, but rather with descriptions of how words are used, or what is the statistically prevalent way of speaking'.¹⁶

This is not exclusive to dictionaries, namely ordinary language. What is just said can be repeated, for instance, thinking of customs that may be looked upon as established rules originating in collective habits or, alternatively, as descriptions of traditional and widely accepted ways of behaving or doing something specific to a particular society, place, or time.¹⁷ To make another example, etiquette can be seen as a set of rules of polite behaviour or, alternatively, as a report of good manners that are widely accepted and followed by a predetermined social group.

Rather, what makes the rule (2) above mentioned different from the rules (1), (3), (4), (5) and (6) is basically its referential substance. In brief, to use the word 'green' only to green objects - as the rule (2) states - is not a moral issue, at least, according to the common sense and our common moral intuitions.

But, this is a matter of chance; let us consider, for instance, linguistic rules such as these: *One should apply the expression 'man' only to white Catholic human male*; or *One should apply the expression 'necessity defence' only in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible* (see Supreme Court of Canada, *re Morgentaler v. The Queen*, 1976, 1 S.C.R. 616). These rules do not purely deal with the use of signs.

As these examples show, the uses of a language may be neutral or value-free, at least in some artificial contexts, as well as value-oriented. In reality, moral, political, and even theological ideas and values are incorporated in linguistic rules

and usages; in this respect, ordinary language is a mirror of our ways of life and ideologies.

Law is very instructive as it is the domain par excellence where the meaning of words is systematically prescribed and governed by (linguistic) rules in order to guide human conduct, in the interest of political and social values.

As a further matter, legal rules show that speaking, reading, writing, etc. are all human actions, that, besides involving linguistic rules (for using signs and terms properly, making well-formed statements and texts), can be qualified by other kinds of rules - *i.e.* legal ones - as can stealing, walking, cooking, teaching, voting, and so on.

As the book emphasises,¹⁸ linguistic rules are 'rules of how to do things in social settings'. Using an expression for effect, *language is action* and, in some way, embedded in social interactions. As well, 'our language skills are a double-inheritance: they are brought about by both biological and cultural forces'.¹⁹ Going beyond the idea of John L. Austin, ordinary language is an *artefact* that embodies, at its bottom, more than 'the metaphysics of the Stone Age, namely...the inherited experience and acumen of many gen-

18 Brozek (2013: 104-112).

19 Brozek embraces "*the Embedded Thesis*" elaborated by Michael Tomasello (2003) that 'language is not a stand-alone product of evolution', but also a 'cultural-historical process'. This thesis is grounded in 'the so-called social-pragmatic approach to language acquisition' and the 'usage-based approach to linguistic communication' according to which 'meaning is use' and 'structure emerges from use'. See Tomasello (2009: 69 ss., spec. 70):

'Meaning is use' represents an approach to the functional or semantic dimension of linguistic communication. It originated with Wittgenstein (1953) and other pragmatically based philosophers of language, who wanted to combat the idea that meanings are things and instead focus on how people use linguistic conventions to achieve social ends. 'Structure emerges from use' represents an approach to the structural or grammatical dimension of linguistic communication. [that] want to combat the idea of a wholly formal grammar devoid of meaning and instead focus on how meaning-based grammatical constructions emerge from individual acts of language use.

16 Brozek (2013: 11).

17 In addition, see page 98, where Brozek rightly observes: 'one may distinguish between the 'internal' normativity of language, and the external criteria that justify our playing the meaning rules. Moreover, the same strategy may be used in relation to paradigmatically intrinsically normative rules, e.g. moral ones'.

erations of men...concentrated primarily upon the practical business of life'.²⁰

3 THE CRITERIA OF RIGHTNESS AND CORRECTNESS

For Brozek, 'Abstract rules - *i.e.* moral, legal, linguistic rules and similar - are linguistic entities expressing obligatory (forbidden, permitted) patterns of conduct' and 'at this level /.../ one may distinguish kinds of rules simply by *formulating a theory* of how to act morally, legally or in a linguistically correct way. /.../ These abstract (legal, moral, language) rules may be formulated in different ways, and so different theories of morality, law or language may be developed'.²¹

On the other hand, Brozek underlines that 'there are different, 'stronger' and 'weaker', normative criteria. A moral rule may justify an action if the prescribed action is considered just; a linguistic rule may prescribe that it is correct to use an expression in some particular way'.²²

This idea that normative criteria and rules may be put on an ideal scale is very common and intuitive and it has been developed by many theories, especially in ethics. It has also been established that many conceptions of normativity are biased in favour of certain normative criteria (e.g., *fairness*, *rightness*) and tend towards drawing a distinctive line in particular between *rightness* and *correctness*. Accordingly, while to act rightly would denote a stronger normative criterion (as directly related to justice and morality), instead to speak correctly would denote, at the most, a very weaker normative criterion to the extent that linguistic rules would not be genuinely normative.

As Brozek shows (see Chapter 3) this is not so: this alleged difference between correctness and rightness is only superficial and it has both a *moral theory* and a *picture of language* at the bottom.

In reality, we can (say to) speak *rightly* or *correctly*, in the same way as we can (say to) act *rightly* or *correctly*. In both cases, the point is the compliance with a more general system of rules:

20 Austin (1956-1957: 1-30).

21 Brozek (2013: 113).

22 Brozek (2013: 12-13).

a language, a system of moral rules or of religious precepts, a legal system etc.

It is not trivial to underline the fact that language expressions possess conditions of correct and, conversely, incorrect use. In this sense, meaning is normative and uses can be categorized into correct, incorrect or mistaken ones. A rule such as the aforesaid rule (2) *One should apply the expression 'green' only to green objects*, provides that if, at a certain time, 'green' means green, it is correctly applicable only to those things that are green.

But then, it is a logically distinct problem why we should apply such a rule and consequently 'green' to green things. This same problem occurs in all practical spheres: one thing is that a moral or a legal rule ought to do x, and another thing is to have the (moral or legal) obligation to follow and/or apply it.

Thus, I completely consent to the opinion that '[i]n the language, the rule 'One should apply the expression 'green' to green objects' may be deemed categorical in the sense that even if - due to some moral or prudential considerations - I do not follow it, I still break it. In other words, linguistic rules do have some autonomous standing vis-à-vis moral or prudential ones'.²³

In this regard, as the Author highlights, it is possible to understand and approach linguistic rules 'in two distinct ways: prescriptively and descriptively', as well it is demonstrated by facts that we can render this feature of language in various ways: we can say that 'there exist criteria for the correct use of linguistic expressions; or that there exist right and wrong (correct and incorrect) ways of using language; or that there is a way in which one should use words; or that 'what you mean by a word determines how you ought to use that word'.²⁴

Brozek discusses an interesting example of Hattiangadi²⁵ that is useful to review. So, let us consider the following three statements: (i) an application of 'rich' to a poor person is *incorrect*; (ii) an application of 'rich' to a poor person

23 Brozek (2013: 11).

24 Brozek (2013: 92).

25 See Hattiangadi (2009: 54-63) and Whiting (2007: 133-140).

is *wrong*, and (iii) 'rich' *should* not be applied to a poor person (emphases are mine).

Following Hattiangadi's view, these statements are 'ought-to-be' and not 'ought-to-do' statements and they do not express any genuine rules or obligations. The main argument is the so-called principle 'ought implies can' and its close version according to which 'ought implies can satisfy'. In other words, just as one cannot be obliged to do the impossible, one cannot be obliged to satisfy requirements that are impossible to satisfy. On the strength of this principle, 'If I have an obligation to perform action A, then it is possible to do A while being obligated to do A'. Clearly this is not merely a psychological or factual impossibility, but a logical impossibility;²⁶ we could say that it is analytical, due to it depends on a conceptual definition and a logical relation.

Brozek, going along with Hattiangadi, compares the aforementioned statements with the statement: *There should be no suffering!*; such a statement could be expressed in the same terms as the rule (4): *One ought to avoid suffering in the world*.

In the eyes of Hattiangadi, this statement does not express any duty or obligation since it is impossible to stop the suffering in the world. Similarly since it is impossible to apply 'rich' to rich people only, under all circumstances imaginable, then no obligation to do so would exist and, as a consequence, a linguistic rule should be considered not to be a genuine rule in the end. In the same way, 'if I mean *green* by 'green' then I ought to apply 'green' to every green thing there is. But since I can't do that and since *ought* implies *can*, it follows that I don't have such an obligation. The fact that I lack the obligation to apply 'green' to every green thing would in turn imply that, since there are green things, I don't mean *green* by 'green', which is absurd'.²⁷

Such a theory is clearly counterintuitive and goes down a slippery slope, insofar as it begins from the sound and plausible principle that one cannot be obliged to do the impossible, but in conclusion it denies the existence of whatever

general rule of whatever content. On account of this theory, since - under all circumstances imaginable - it would be impossible to impose an obligation to every human being, then all rules that impose a general behaviour upon everybody (so-called universal or very general prescriptions in the form of 'everybody ought to do x') would be impossible and not genuine rules. This is a deficient outcome to the extent that many fundamental social, moral and legal rules are such provisions. By way of exemplification, let consider the paradigmatic moral rule: *Everybody ought to tell the truth*; again, the social rule: *Everybody ought to follow etiquette according to the circumstances*; finally, the legal rules: *Everyone has the right to life, liberty and security of person* or *No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms*.²⁸

The basic fault of Hattiangadi's argument is to forget that the meaning of words and, hence, the content of rules, is a semiotic problem and not merely a logical-syntactic issue. Especially in law, it depends on legal semantics and pragmatics the possibility and, conversely, the impossibility in comprehending, following, and infringing rules. To make another example, the contractual clause according to which the debtor shall be responsible and accept unlimited liability for any risks undertaken is, beyond any doubt, a legal rule; and it is neither pointless nor worthless, although it seems unbreakable and/or impossible to be followed. In point of fact, it is a substantial rule typical of many commercial transactions and, it is currently implemented and enforced by the parties, as well as the courts and the arbitral tribunals around the world. How this may happen and rules as such are perfectly meaningful is explained by semiotics and numerous linguistic disciplines (this point is clearly stressed in the book).²⁹ in a word, the intelligibility of rules is a normative and context-dependent issue.

26 See also Bykvist & Hattiangadi (2007: 277-285). The correct use of a word, for Hattiangadi, depends on a set of conditions that are both necessary and sufficient for the word to refer to its extension.

27 See Elugardo (2008).

28 The latter legal rules are expressed at the articles 3 and 4 of Universal Declaration of Human Rights, adopted by United Nations General Assembly on December 10, 1948.

29 See e.g. Baker & Hacker (1986) and Laland & Brown (2011).

4 RULES AS PATTERNS OF BEHAVIOUR AND LANGUAGE

The book elucidates three aspects of rules which are fundamental to their intelligibility as patterns of behaviour.³⁰

First, rules 'must be based on a mechanism of recognizing the similarity between objects or states of affairs. To apply the word 'green' to the given object correctly, one needs to have the capacity to recognize 'greenhood' in any object, and so to establish that those objects are similar relative to the feature of being green'.³¹

This means that a first requirement to comprehend the rules mentioned hitherto (both linguistic and legal ones) is the capacity to recognize what is 'stealing', 'starving', 'suffering', 'happiness', 'manhood', 'greenness', 'richness; etc. This requires: (i) to grasp a definition of these concepts; (ii) to apply the definition to reality establishing relevant similarities among objects, events, situations, courses of action, etc.

General concepts are in fact the ultimate constituents of whatever (abstract) rules and, consequently, their comprehension involves human understanding: first, the human skills of discerning and categorizing.

Rules are reasons for action, as we just said; and, leading up to this normative function, they are the standard for qualifying objects (i.e. natural events, human actions, situations in general). Their enforcement and application requires criteria to establish some relevant similarity among single cases and to categorise each one (e.g., on January 1, 2012, at 10 a.m. Albert kills Alfred in a car crash, as premeditated the night before) into the abstract case described by the rule (i.e. the unlawful premeditated killing of one human being is deemed to be punished as murder).

In this respect, the problem of similarity is worth our attention. In the book, its recursive nature is appropriately emphasised:³²

when one claims that two things may be called 'great' because they are similar in virtue of a certain standard or measuring rod (the idea of greatness), one is forced to ask, what is the

criterion for establishing similarity between any great thing and the idea of greatness. The natural answer is that there must be another standard, over and above the idea itself, and so a kind of meta-idea. This generates an infinite regress - no matter what is our standard of comparison (idea, meta-idea, meta-meta-idea), there always is a tertium homo or third man, a higher criterion which enables one to establish that the given two objects are similar. The same problem of similarity is pervasive in the context of rules.

This infinite regress may be arrested by pragmatic rules and, hence, it is a variable of the concrete linguistic context in which rules are to be followed and/or applied.

Second, 'rules must be applicable to a potentially infinite number of cases', that is they 'must somehow 'contain' a potentially infinite number of its applications'.³³ This is another way of saying that rules have a degree of generality. Although many rules are addressed to a single individual or referred to a single case, in virtue of the principle of universalizability, any rule is equally applicable to every relevantly identical situation. According to prescriptivism, the aforementioned principle is a logical feature of any normative judgement and whatever rule; and, what is more, it is not unique to morality since it is related to the use of deontic terms such as 'right' and 'ought' and similar.

Furthermore, even highly specific rules such as legal privileges, individual orders and/or those rules that contain deictic or indexical terms (e.g., 'put a sock in it here and now!') are potentially general and, hence, genuine rules.

Overall, generality is a feature of language and, to be more precise, of whatever linguistic signs and terms, i.e. the relative concepts; and concepts - as we just said - are the basic constituents of rules. The feature of generality possessed by linguistic terms is demonstrated, to make an example, by proper names of a kind that 'David' that denotes not one single individual called David, but a class of individuals that have this particular feature of being called 'David'.

Thus, the rule: *One ought not to steal from David* and the rule: *One should apply the expres-*

30 Brozek (2013: 12-13).

31 For a further investigation see Gentner & Medina (1998: 263-297).

32 Brozek (2013: 15).

33 Brozek (2013: 12-13).

sion 'David' only to individuals named as 'David' are equally general.³⁴

Third, rules as patterns of conduct 'must be stable or projectable: they pick out as right or correct not only past or present, but also future courses of action'.³⁵ This point requires a further clarification. No one denies that rules may qualify - i.e. give a particular normative meaning to - foregoing situations recollecting normative effects to past actions and/or events: such rules, for instance in law, are currently called retrospective rules. By way of exemplification, let us consider the rule: *The Australia Taxation Office ought to tax the transfer pricing benefit allocated to an Australian entity or permanent establishment in relation to income commencing on or after July 1, 2004*,³⁶ and the rule: *The amendments made by subsections (1) to (3) are treated as always having had effect*.³⁷ But, even retrospective rules as such are related to the present and the future, inasmuch as they are applicable since their enacting until their repealing, is exactly the same as all other rules.

For the purpose of my analysis, this feature of rules is of utmost importance. The fact that rules have the possibility to qualify whatever they like, in time and/or in space, explains why we can conceive nonsense rules (for instance internal contradictory rules) and/or rules that prescribe impracticable actions (e.g. *One ought to open tin cans by means of a spoon*) and/or presuppose unreal situations (e.g. *Everyone has the right to a nationality*, as stated at the article 15 of Universal Declaration of Human Rights, adopted by United Nations General Assembly on 10 December 1948).

This is a common feature of all rules whatever domain they belong to (etiquette, games, morality, law, etc.) and, basically, of ordinary language. Poetry and literature are emblematic

of this virtue of human natural language: as it is well-known, in these spheres to make nonsense statements is even recognized as a main way of communicating feeling, emotions, beliefs, etc. By way of exemplification, let us consider the verse *Jabberwocky* of Lewis Carroll,³⁸ and the first line of Wordsworth's poem *England 1802: Milton! Thou shouldst be living at this hour*, while Milton actually died in 1674.

So, I completely agree with Brozek that the expression 'normative force' is metaphorical regarding rules and that 'a rule that has normative force is objective (i.e., independent of an individual's belief) and may serve to justify an action or a belief according to some normative criterion and given some facts'.³⁹

However, I am not entirely convinced that a thorough explanation of the metaphor of *normative force* is that 'rules are normative when they - under some factual circumstances - justify a course of action against some selected normative criterion, and that any normative criterion determines which rules have justificatory force'.⁴⁰ Surely, rules can justify a course of action only according to an established normative criterion; and a chaining in the normative criteria entails differing practical justifications. But then, normativity of rules does not depend on factual circumstances, unless this is required by the selected normative criterion. On the other hand, in the case of this, it is true that rules that have practicable results are recognized as genuine prescription or pattern of conduct, while those ones prescribing or presupposing something impossible to happen or to do are not rules at all.

5 THE 'OUGHT IMPLIES CAN' PRINCIPLE AND THE LEGAL MAXIM IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO EST

The book *Rule-following* can be interpreted as an investigation concerning the question of whether facts and, more precisely, 'the biological underpinning of humans, determine...in

34 Of course this thesis is discussed; see e.g. Monro (1967: 147-155; 155-169).

35 Brozek (2013: 12-13).

36 See the amendment introduced by Parliament on August 20, 2012 to Income Tax Assessment Act 1997 to include new Subdivision 815-A 'treaty-equivalent cross-border transfer pricing rules'.

37 See Retrospective taxation Section 58 of the Finance Act 2008 Standard Note no. 6361, August 28, 2013, www.parliament.uk.

38 See e.g. Lecercle (1994).

39 Brozek (2013: 13).

40 Brozek (2013: 13).

some way the content of rules, especially moral rules.⁴¹ The Author points out that

*[b]iological sciences such as evolutionary theory, experimental psychology, primatology or neuroscience do indeed explain, or are ever closer to explaining, human moral behaviour and the content of actual moral systems. However, they can never justify any course of action. This is not to say that facts - our biological constitution - have no bearing on the content of moral norms. The first insight is connected to the slogan 'ought implies can': if there is a moral norm, it should be practically realizable, otherwise it would be pointless. This is acknowledged in various normative contexts; for instance, lawyers usually claim that *impossibilium nulla obligatio est* or that what is impossible to do cannot constitute an obligation. /.../Therefore, facts...determine what may be called the field of the deontically possible. Its upper limit is well encapsulated in the 'ought implies can' slogan. The abstract rule we formulate - be they moral, legal, linguistic or other - must be practically realizable.⁴²*

This thesis is shortly enunciated saying that: 'There is no normativity if you cannot be wrong'.⁴³

There are three main situations where you cannot be wrong.

First, the rule itself is deemed as a nonsensical one (a paradigmatic instance is the rule: *One ought to paint the absolute blue*).

Second, the rule cannot be infringed or seems unbreakable because it prescribes something necessary for logical or conceptual and/or practical and/or factual reasons: for instance, in arithmetic ' $2 + 2 = 4$ '; for humans, it is impossible

not to follow the rule that imposes everyone not to control his unconscious emotions and to generally observe the laws of physics.

Third, it cannot be followed those rules prescribing something logically and/or practically impossible for the receivers or presupposing something impossible or unreal such as the rule: *Men ought not to interfere with the working of the evolutionary process*. In this respect, problematic cases are represented, for instance, by the rules: 'Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity', 'The arts and scientific research shall be free of constraint', 'Human dignity is inviolable. It must be respected and protected' (all these rules are stated, respectively, in articles 3, 13, 1 of the EU Charter of Fundamental Rights).

As these simple examples show, in this subject some preliminaries distinctions and clarification must be traced out. At least, first of all the context or domain to which the rules belong to or are to be used in must be identified. Moreover, it is fundamental to distinguish between conceptual/logical/linguistic constraints, on one side, and practical/empirical/factual restrictions, on the other. Then, it must be clarified if it is relevant for only an absolute impossibility, i.e. regarding whatever human agent, or, instead, even a relative or context-dependent impossibility and, accordingly, which are the material features to be deemed.

Let us consider the following rule '*Children are allowed to paint the town red during carnival*'. Though it could seem meaningless for non-native speakers of English, it is far from nonsense: it simply permits children to go out and enjoy themselves flamboyantly during the carnival period.

Furthermore, impossibility, as well as its opposite possibility, may be construed as an all-or-nothing concept: one thing is, alternatively, possible or impossible, *tertium non datur*. But it may also be construed as a more-or-less concept: in this perspective there is a sort of spectrum of infinite possibilities and everything is possible, or impossible, even in a certain degree unless at the extremes.

In logic, impossibility is an all-or-nothing concept, while in ordinary language (i.e. according to common-sense) and in law it is typically a relative and continuous concept. In spite of

41 Brozek (2013: 145).

42 Brozek explains that 'the lower limit of the field of the deontically possible pertains to the stability of the system of rudimentary rules, punctuating that 'neither the upper nor the lower limits are determined in a precise way': Brozek (2013: 145).

43 See Korsgaard (1996: 161) and (1997: 215-254). In this analysis I reject the realist theses that it is impossible to have any obligations unless we may say that some actions are in themselves right or wrong; and, consequently, that it is senseless to ask why we are obligated to do or to avoid some actions if they are intrinsically right or wrong.

that, practical impossibility in law is not normally measurable.

In addition, as it has been observed, we are able to conceptualize and express, by means of language, other possible worlds over and above the real one in which we live. This is demonstrated, for instance, by conditional and counterfactual sentences, such as 'If John commits theft, he will be punishable', and 'Even if Jane would have thrown a brick at the window, the window would still not have broken'. But, in the real world, a time constraint makes it impossible that a train arrives before it departed,⁴⁴ assuming the concepts of 'train', 'arrival' and 'departure' in their common meanings.

As said it has just been mentioned, in legal thinking a very well-known maxim was originally coined by the Roman jurist Celsus expresses this general idea *impossibilium nulla obligatio est* (Digest 50, 17, 185).⁴⁵ Similar versions of the same maxim are, for instance, *nemo potest ad impossibile obligari*,⁴⁶ *ultra posse nulla obligatio o nemo obligatur*, and *ad impossibilia nemo tenetur*. This legal maxim is usually seen as a corollary of the philosophical moral principle 'ought implies can'.⁴⁷ It is worth noting that in law the aforesaid implication is interpreted in the sense of Charles

I. Lewis' strict implication,⁴⁸ as a presupposition, rather than as it often happens in deontic logic as the so-called material implication. In other words, in the eyes of jurists, 'ought implies can' means that *it is necessary* that what it is prescribed is *possible* in order to be obliged. Where, of course, the point is in which sense we speak of *possibility* in this regard.

The range of applications of this maxim is very wide in actual legal systems; and its uses, both implicit and explicit, are uncountable and extremely various.

Sometimes legal categories are construed on the basis of certain assumptions of impossibility: for instance, the distinctive feature of aleatory contract is the uncertainty, at the moment of stipulation, of the economic outcomes related to the performance of the contractual relationship, as a consequence of the impossibility to evaluate a priori the allocation of risks among parties and the proportion between the advantages and the disadvantages that might result from this allocation.

Impossibility is also a constraint in drawing legal norms, as shown, for example, by the discipline of the invalidity of contracts: according to Italian law, a contract cannot be annulled if it is confirmed by the parties, but a void contract cannot be confirmed, unless a law allows it to be done (see art. 1423 Italian Civil Code). Legal doctrine explains that this limit to confirmation is in harmony with the rule that everybody is entitled to challenge a contract when it is void: the law excludes this power insofar as it would be practically impossible to delimit the class of persons that would be able to confirm the contract.

Another significant application of the idea *impossibilium nulla obligatio est* is represented by excuses toward offences and the corresponding liability (e.g. necessity defence).

The principle 'ought implies can' and its corollary *ad impossibilia nemo tenetur* has frequently been the implicit basis of legal principles and rules; to make some examples, considerations about what is possible and impossible for human beings are on the basis of the principle of reasonable care, the precautionary principle, and the legal presumptions called *homo homini presumpt-*

44 See Hage (2013).

45 See e.g. Zimmermann (1996: 687):

this maxim 'thus appears to be a rule, not only of venerable antiquity, but also of obvious and even axiomatic validity. It /.../ corresponds to the maxim "ought implies can" of modern moral philosophy. If we oblige somebody to do something, we presuppose in fact that he is able to do this act; anything else would be a kind of buffoonery ("*luisse tantum, et nihil egisse cense[m]ur*" in the words of Pufendorf). *Impossibilium nulla obligatio est* neatly encapsulates the idea that nobody can be obliged to perform what he cannot perform'.

See also Rabello (2010: 346-358).

46 *Regula iuris 6 Corpus Iuris Canonici*.

47 See e.g. Brecht (1941: 318): 'the Roman doctrine expressed a necessary, inevitable element of political and legal as well as of ethical thinking rather than an arbitrary statement of positive law. Just as we cannot expect someone to do what he cannot do, we cannot seriously bind or force him to do it. /.../ legal or moral duty, in the last analysis, can never go *ultra posse*'; Stockhammer (1959: 25-35); Conte (1988: 139); Di Lucia (2012) and Feis (2012).

48 See Murphey (2005).

tions, that are, exactly, common-sense presumptions. With regards the aforesaid principles, the maxim *impossibilium nulla obligatio est* plays a double role, on one hand, giving a justification as general legal rules, on the other hand, in relation to their concrete application to cases.

Then, laws give relevance to impossibility to a certain extent: for instance, both in civil and common law legal systems rules allow the termination of contracts when the performance undertaken by the debtor becomes (objectively) impossible. Such rules are currently interpreted and in fact applied by legal doctrine and judged as giving relevance not (only) to impossibility *stricto sensu* (in a logical sense or for everybody), but to a definitive material difficulty in performing obligations for every man being under the same circumstances of the debtor. So, a model of man is used, albeit, often implicitly, as a parameter for measuring the reasonable effort that can be pretended.

Besides this, from a certain view, legal norms (both rules and principles) should be interpreted according to a pragmatic general assumption that they should be followed when there are neither factual obstacles nor normative limitations (e.g., superior rules in the hierarchy of the legal system). The implicit conviction is that legal norms would be designed by the legislator taking into account normal factual conditions and the absence of legal limitations interfering with their realization.⁴⁹

As well, the principle 'ought implies can' and its corollary *ad impossibilia nemo tenetur* is implicit in many conceptions of legal rules as defeasible, or *prima facie* rules that should be applied under normal circumstances, but are open to exceptions.⁵⁰

This idea that legal rules are focused on normal situations often leads to the conclusion that all legal rules should be interpreted in light of the general principle that *ad impossibilia nemo tenetur*. As a result, for instance, legal norms concerning liability for damages caused by dangerous activities should be not applied when the

harm occurs, but not as a normal consequence of those dangerous activities.

The conviction that impossibility is a limit of law is also a common presumption of legal thinking and it is used in favour of a certain interpretation of a discipline and/or to individuate the purpose of a law or the alleged legislator. In particular, the idea that *ad impossibilia nemo tenetur* is very close to the argument of the reasonable or rational legislator.

According to some theories of legal argumentation, the principle *ad impossibilia nemo tenetur* is also a criterion of the rationality of legal reasoning. In addition, some theories of fundamental rights, for instance, Robert Alexy's theory defines principles as 'norms which require that something be realized to the greatest extent possible, given the legal and factual possibilities';⁵¹ incidentally, this definition of principles could also be applied to rules and it represents a very concept of law in general.

Furthermore, the principle 'ought implies can' and its corollary *ad impossibilia nemo tenetur* is commonly related to the avoidance of conflict in law (so-called legal antinomies). From an extreme point of view, no genuine prescription is able to exist if there is a conflict with someone else. In other words, since when there is an antinomy - two rules, one, that imposes to do x, and, the other one, that imposes *not* to do x or to do *non-x* - it would be impossible to follow them both, then a situation where two norms conflict with one another cannot exist. In this conception, consistency is an essential feature of law and, in general, of all normative domains.

Some rules can prescribe conduct to a class of persons that it is impossible to be performed by a sub-class. This situation of partial impossibility is usually named and discussed as over-inclusiveness: for instance, the rule 'Sons and daughters must obey their own parents' cannot be applied to orphans.⁵²

51 See Alexy (2003: 135).

52 I borrow this example from Gentili (2013: 172). Speaking of obedience towards parents is nonsensical in relation to orphans, unless one assumes a broad concept that includes obedience to the will expressed by the dead when they were still alive. On the contrary, the rule 'Sons and daughters must respect their own parents' is in any case applica-

49 See Brozek (2012: 223).

50 On this topic see Ferrer Beltran & Ratti (2012) and Kramer (2004: 249-294).

What it is more intriguing is that the over-inclusiveness is usually neutralized by re-interpreting the rule. By way of distinguishing between orphans and non-orphans, it creates one more specific rule that prescribes, uniquely non-orphans, to obey their own parents. However, it is open to debate whether a complementary rule concerning non-orphans is also generated or, to the contrary, the situation of non-orphans in relation to their parents becomes simply irrelevant (un-ruled).

Finally, a further case of impossibility is related to the so-called legal gaps and, precisely, the technical gaps, using Hans Kelsen's lexicon.⁵³ When a rule A presupposes the existence of another rule B, but this rule B indeed does not exist, following the rule A is impossible and/or rule A prescribes it-self something impossible. Amedeo G. Conte has coined the expression 'praxeological gaps' (another name is 'gaps of construction') to denote the absence within a normative order of a rule, whose validity is (for the same normative

ble even to orphans since respect towards ones parents includes taking care to their memory and body after death.

53 See Kelsen (1970: 127-128).

order) a necessary requirement for the efficacy of a second rule. For instance, there is such a gap when in a legal system some rules are addressed to elective judges, but in the same legal order any rule that governs the election of judges does not exist.⁵⁴

54 See Conte & Di Lucia (2012: 167-178) who quote at page 172 Zygmunt Ziembski, *Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler*, 1966, 41-42:

Selon l'article 50 de la Constitution de la République Populaire de Pologne du 22.VII.1952 les juges sont éligibles: la loi ordinaire déterminera le mode d'élection. Mais [...] aucune loi concernant l'élection des juges n'a été instituée depuis 1952 et les juges sont nommés par le Conseil d'état en application de lois instituées antérieurement. La Constitution a ordonné l'élection des juges, mais faute de règles d'organisation construisant cet acte, l'élection est impossible. Elle ne peut pas être organisée d'une façon quelconque, parce qu'elle doit être organisée selon les dispositions d'une loi, et cette loi n'existe pas. C'est un exemple typique d'une lacune de construction.

References

- Robert ALEXY, 2003: Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris* (2003) 16. 131-140.
- John L. AUSTIN, 1956-1957: A Plea for excuses. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series (1956-1957) 57. 1-30.
- Gary P. BAKER & Peter M.S. HACKER, 1986: *Language, Sense and Nonsense: A Critical Investigation into Modern Theories of Language*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Brian BIX, 1990: The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory. *Canadian Journal Law & Jurisprudence* (1990). 107-121.
- Paul BOGHOSIAN, 2008: The Rule-Following Consideration. *Content and Justification: Philosophical Papers*. Oxford: Oxford UP. 9-50.
- , 2008: Is Meaning Normative? *Content and Justification: Philosophical Papers*. Oxford: Oxford UP. 95-108.
- Arnold BRECHT, 1941: The Impossible in Political and Legal Philosophy. *Canadian Law Review* (1941) 29. 312-331.
- Bartosz BROZEK, 2013: *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind*. Cracovia: Copernicus Center Press.
- , 2012: Legal Rules and Principles: A Theory Revisited. *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale* (2012) 17. 205-226.
- Kristen BYKVIST & Anandi HATTIANGADI, 2007: Does Thought Imply Ought? *Analysis* (2007) 67. 277-285.
- Amedeo Giovanni CONTE, 1988: *Completezza. Digesto*, III. Torino: UTET. 138-141.
- Amedeo Giovanni CONTE & Paolo DI LUCIA, 2012: *Adynaton. Four Dichotomies for a Philosophy of Impossibility*. 167-178. URL: <http://www.phenomenologyandmind.eu>.
- Paolo DI LUCIA, 2012: Come disfare una norma: incompletezza incompiutezza inadempitezza. URL: <http://www.openstarts.units.it/>.

- Merlin DONALD, 2005: *Imitation and Mimesis. Perspective on Imitation, 2, Imitation, Human Development, and Culture*. Eds. Susan Huxley & Nick Chater. Cambridge MA: MIT Press. 283-300.
- Reinaldo ELUGARDO, 2008: Review of Anandi Hattiangadi, *Oughts and Thoughts: Scepticism and the Normativity of Meaning*. *Notre Dame Philosophical Reviews*. URL: <http://ndpr.nd.edu/>.
- Guglielmo FEIS, 2012: "Dovere implica potere" a tutela dei diritti? URL: <http://www.openstarts.units.it/>.
- Luigi FERRAJOLI, 2006: *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Risposta a Manuel Atienza e a Josep Juan Morero. URL: <http://www.fcje.org.es>.
- Jordi FERRER BELTRÁN & Giovanni Battista RATTI (Eds.), 2012: *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford UP.
- Stephen FINLAY & Mark SCHROEDER, 2012: Reasons for Action: Internal vs. External. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <http://plato.stanford.edu/>.
- Aurelio GENTILI, 2013: *Scienza giuridica e prassi forense. Il diritto come discorso*. Milano, Giuffrè. 139-182.
- Dedre GENTNER & José MEDINA, 1998: Similarity and the development of rules. *Cognition* (1998) 65. 263-297.
- Allan GIBBARD, 2013: *Meaning and Normativity*. New York: Oxford UP.
- Jaap HAGE, 2013: *Rules as Soft Constraints on Possible Worlds*. URL: www.jaaphage.nl/.
- Richard M. HARE, 1952: *The Language of Morals*. New York: Oxford UP.
- Herbert L.A. HART, 2012: *The Concept of Law* (with an introduction of Leslie Green). 3rd Ed. Oxford: Oxford UP.
- Anandi HATTIANGADI, 2009: Some More Thoughts on Semantic Oughts: a Reply to Daniel Whiting. *Analysis* (2009) 69. 54-63.
- Hans KELSEN, 1934: *Reine Rechtslehre. Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Italian trans. by Renato Treves, 1970: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Christine M. KORSGAARD, 1996: *The Sources of Normativity*. Cambridge MA: Cambridge UP.
- , 1997: The Normativity of Instrumental Reason. *Ethics and Practical Reason*. Eds. Garrett Cullity & Berys Gaut. Oxford: Oxford UP. 215-254.
- Matthew H. KRAMER, 2004: Moral Rights and the Limits of the "Ought"-Implies-"Can" Principle: Why Impeccable Precautions are No Excuse. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford UP. 249-294.
- Kevin N. LALAND & Gillian BROWN (Eds.), 2011: *Sense and Nonsense: Evolutionary Perspectives on Human Behaviour*. Oxford: Oxford UP.
- Jean-Jacques LECERCLE, 1994: *Philosophy of Nonsense: The Intuitions of Victorian Nonsense Literature*. London: Routledge.
- David H. MONRO, 1967: *Empiricism and Ethics*. Cambridge: Cambridge UP.
- Alfredo MORDECHAI RABELLO, 2010: The "Impossible Contract": From Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law. *Fundamina* (2010) 16. 346-358.
- Murray G. MURPHEY, 2005: *C.I. Lewis: The Last Great Pragmatist*. Albany: State University of New York Press.
- Theresa SCHILHAB et al. (Eds.), 2012: *The Symbolic Species Evolved*. Dordrecht: Springer.
- George SHER (Ed.), 2012: *Ethics: Essential Readings in Moral Theory*. New York: Routledge.
- Morris STOCKHAMMER, 1959: Ultra posse nemo obligatur. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1959) 36. 25-35.
- Michael TOMASELLO, 2009: The usage-based theory of language acquisition. *The Cambridge handbook of child language*. Ed. Edith L. Bavin. Cambridge: Cambridge University Press. 69-87.
- , 2003: *Constructing a Language: A Usage-Based Theory of Language Acquisition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Daniel WHITING, 2007: The normativity of meaning defended. *Analysis* (2007) 67. 133-140.
- Reinhard ZIMMERMANN, 1996: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon.
- Jordan ZLATEV (Ed.), 2008: *The Shared Mind: Perspectives on Intersubjectivity*. Amsterdam: John Benjamins B.V.

Robert Podolnjak*, Đorđe Gardašević**

Neposredno izabrani gradonačelnik i problem kohabitacije

Slučaj hrvatskog glavnog grada Zagreba

Novi sustav neposredno izabranih gradonačelnika, implementiran u Hrvatskoj 2009. godine, suočio se s najozbiljnijim teškoćama u jedinicama lokalne samouprave s podijeljenom vlašću, gdje gradonačelnik i većina u vijeću predstavljaju različite političke opcije. Zbog konfliktnog odnosa između gradonačelnika i Skupštine Grada Zagreba nova hrvatska Vlada predložila je promjene u zakonima koji reguliraju izbor i odnos predstavničkog i izvršnog tijela u sustavu lokalne samouprave godinu dana prije lokalnih izbora 2013. godine. Gradonačelnicima je dana izričita ovlast imenovanja i opoziva predstavnika jedinice lokalne samouprave u lokalnim ustanovama i trgovačkim društvima. Drugi najvažniji aspekt "mini reforme" hrvatskog sustava lokalne samouprave odnosi se na uvođenje mogućnosti istodobnog raspuštanja predstavničkog tijela i razrješenja izvršnog tijela, s novim prijevremenim izborima za oba tijela u slučaju neusvajanja proračuna jedinice lokalne samouprave.

Ključne riječi: gradonačelnik, vijeće, lokalna i regionalna samouprava, kohabitacija, Hrvatska

1 UVOD

U mnogim europskim državama u posljednjih 15 godina provedene su značajne reforme institucionalnog okvira njihovih jedinica lokalne samouprave.¹ Najvažnija među njima, prema našem mišljenju, uvođenje je neposrednog izbora gradonačelnika. To se priznaje i u Rezoluciji 139 Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti Europe, koja navodi da je "neposredni izbor gradonačelnika od strane naroda procedura koja se sve više koristi u državama članicama Vijeća Europe pri izboru šefa izvršne vlasti".² U drugom izvješću

konstatira se da "uzimajući u obzir sve čimbenike, čini se kako postoji jedna odlučna i doista rastuća sklonost neposrednijem izboru" lokalne izvršne vlasti u državama članicama Vijeća Europe.³ Skoro sve države u hrvatskom okruženju usvojile su ovaj ili onaj model neposredno izabrane lokalne izvršne vlasti.⁴

socijalističkim državama. Neposredni gradonačelnički izbori uvedeni su početkom 1990-ih u Slovačkoj, Bugarskoj, Rumunjskoj, Sloveniji, Albaniji i Ukrajini, 1994. u Mađarskoj, 1995. u Makedoniji i 2002. u Poljskoj. Ipak, u tri baltičke države (Latvija, Litva i Estonija), kao i u Češkoj Republici i Srbiji, lokalnu izvršnu vlast još uvijek biraju vijeća. Komparativnu analizu institucionalnog ustroja sustava lokalne vlade u državama bivše Jugoslavije vidi u Koprić (2009: 335-365).

* robert.podolnjak@pravo.hr ¹ Profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

** gardasevic_99@yahoo.com | Docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

1 Loughlin (2001) i Berg & Rao (2005: 1-14).

2 CLRAE, 2002: Rezolucija 139 o odnosima između javnosti, lokalne skupštine i izvršne vlasti u lokalnoj demokraciji (institucionalni okvir lokalne demokracije). Taj je trend prisutan ne samo u zapadnoeuropskim državama (Njemačka, Austrija, Italija, Španjolska, čak i Engleska), nego još više u bivšim

3 CLRAE, *Advantages and disadvantages of directly elected local executive in the light of the principles of the European Charter of Local Self-Government - CPL (11) 2 Part II*, izjavitelji Ian Micallef i Guido Rhodio (2004).

4 O različitim tipologijama sustava lokalnih vlada vidi Bäck (2005: 65-101), Bennett (1993: 1-27),

Donošenjem dvaju zakona prihvaćenih u listopadu 2007. (Zakona o izborima općinskih načelnika, gradonačelnika, župana i gradonačelnika Grada Zagreba i Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o lokalnoj i (područnoj) regionalnoj samoupravi) taj je sustav uveden i u Hrvatskoj, propisivanjem ukidanja poglavarstava kao kolektivnih izvršnih tijela biranih od lokalnog vijeća i uvođenjem umjesto njih neposredno izabrane lokalne izvršne vlasti. Riječ je, kako je priznala sama Vlada, o najfundamentalnijoj promjeni u sustavu lokalne samouprave u Hrvatskoj od njegova uvođenja 1992.-1993. godine. Novi sustav je implementiran 2009. s redovnim lokalnim izborima. Prema podacima Državnog izbornog povjerenstva sudjelovanje birača u tim izborima bilo je prosječno 10 posto veće nego 2005. godine i to se može povezati s provedbom novog sustava neposredno biranih gradonačelnika.

Nakon održanih neposrednih gradonačelničkih izbora 2009. imamo prva iskustva glede toga kako funkcionira novi sustav. Naši su preliminarni zaključci da su neposredni gradonačelnički izbori pridonijeli većoj legitimnosti gradonačelničke dužnosti, većoj identifikaciji građana s lokalnom vladom (mjereći to barem prema većem sudjelovanju u izborima) i većem stupnju kontinuiteta u funkcioniranju lokalne izvršne vlasti, jer nijedan gradonačelnik nije razriješen putem opoziva na referendumu. Međutim, pokazalo se da je glavni problem novog sustava bio u preklapajućim ili nejasnim ovlastima gradonačelnika i lokalnih vijeća naročito u situacijama kohabitacije, tj. kada gradonačelnik nema većinsku potporu u vijeću za donošenje svojih politika.

Kohabitacija je tijekom nekoliko godina bila prisutna u Zagrebu, glavnom gradu Hrvatske pa je taj Grad predstavljao neku vrstu testnog slučaja novog sustava, koji još uvijek ima mnogo protivnika. Sukob između gradonačelnika i Skupštine Grada Zagreba tijekom posljednjeg mandata između 2009. i 2013. otkrio je mnoge slabosti pravne arhitekture novog sustava. Očiti nedostaci novog sustava uvjetovali su donošenje izmjena Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi u prosincu 2012. godine. Promjena Zakona predstavljala je svojevrsnu "mini

reformu" sustava lokalne vlade, sa zacrtanim ciljem da se osigura "jača politička stabilnost u odnosima između predstavničkog i izvršnog tijela, veća učinkovitost u obavljanju poslova tih dvaju tijela i jasnije utvrđivanje njihovih prava, obveza i odgovornosti".⁵

U ovom radu analiziramo dva ključna sukoba između gradonačelnika i Gradske skupštine u Zagrebu. Prvi se odnosi na pitanje tko ima ovlast imenovanja članova skupština i nadzornih odbora trgovačkih društava koja su osnovala jedinice lokalne samouprave, a drugo se odnosi na pitanje tko ima posljednju riječ glede gradskog proračuna. U odjeljku 5. ukazujemo na to kako su ti sukobi doveli do najznačajnijih promjena Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi.⁶

2 PROBLEM KOHABITACIJE IZMEĐU GRADONAČELNIKA I LOKALNOG PREDSTAVNIČKOG TIJELA NAKON IZBORA 2009.

Protivnici novog sustava neposredno izabranih gradonačelnika često navode da bi najveći problem novog sustava mogao biti sukob između predstavničkog tijela i neposredno izabranoga gradonačelnika, u situaciji kada on/ona ne uživa povjerenje većine u vijeću i da bi to moglo vjerojatno voditi paralizi u funkcioniranju te jedinice lokalne samouprave.

Nakon lokalnih izbora 2009. u mnogim općinama i gradovima neposredno izabrani općinski načelnici i gradonačelnici bili su suočeni s činjenicom da nemaju većinsku potporu u vijeću.

5 Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, listopad 2012. URL: <http://www.vlada.hr/hr/content/download/229927/.../file/57.%20-%201.pdf> (28. studenoga 2013).

6 Naš je rad izvorno predstavljen na 22. IPSA World Congress u Madridu u srpnju 2012. pod naslovom "Institutional Reform in Croatian Local Government: From Cabinets to Directly Elected Mayors" u okviru panela RC05 "Mayors in Comparative Perspective". U prosincu 2012., prije dovršetka postupka recenzije rada, Hrvatski sabor donio je izmjene Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi. Te su izmjene izrazito značajne za temu našega rada te smo odlučili osvrnuti se na njih u posebnom odjeljku 5.

Heinelt & Hlepas (2006: 21-42), Hambleton (1998), Ivanišević (2008) i Podolnjak (2010).

Prema jednoj neobjavljenoj analizi GONG-a (hrvatska nevladina organizacija koja se bavi nadzorom izbora), izrađenoj nakon izbora 2009. godine, proizlazilo je da će, s obzirom na političku pripadnost izabranog čelnika lokalne izvršne vlasti, u 11 jedinica (svega 2 %) postojati kohabitacija, jer u njima apsolutnu većinu u predstavničkom tijelu ima politička opcija kojoj ne pripada izvršni čelnik. U 347 jedinica (60 %) izabrani čelnik lokalne izvršne vlasti imao je većinsku potporu u predstavničkom tijelu, zahvaljujući vijećnicima vlastite političke opcije ili koalicije koja ga je kandidirala. I na kraju, u 219 jedinica (38 %) izabrani čelnik lokalne izvršne vlasti nije imao zajamčenu većinu u predstavničkom tijelu jer je ona bila na strani političkih opcija koje nisu zastupljene u izvršnoj vlasti. To, međutim, ne znači da je u tim jedinicama postojala kohabitacija, jer je moguće da su u mnogim jedinicama neke političke opcije podržale u predstavničkom tijelu izvršnog čelnika, bez obzira na to što ne participiraju u lokalnoj izvršnoj vlasti.

U situaciji kada gradonačelnik može računati na potporu predstavničkog tijela novi sustav će vjerojatno funkcionirati kao i raniji "lokalni parlamentarni" sustav. Međutim, istinski test novog sustava bit će njegovo funkcioniranje u situacijama sukobljenog odnosa gradonačelnika i vijeća zbog kohabitacije. U nekim hrvatskim gradovima ta situacija se pojavila nakon izbora 2009. (gradovi Velika Gorica, Vrbovec, Beli Manastir i naročito Zagreb, uz mnoštvo malih općina). Stoga se sada okrećemo najistaknutijem i najvažnijem slučaju kohabitacije između gradonačelnika i vijeća koji se manifestirao u razdoblju između 2010. i 2013. u Gradu Zagrebu, glavnom gradu Hrvatske. Zbog političke, financijske i gospodarske snage toga grada funkcija gradonačelnika je druga najvažnija izvršna funkcija u državi.

3 SUKOB IZMEĐU GRADONAČELNIKA I GRADSKE SKUPŠTINE U ZAGREBU - TKO PREDSTAVLJA GRAD?

Problem kohabitacije u Zagrebu nastao je kao rezultat prilično posebne političke situacije. Kroz niz godina gradonačelnik Zagreba Milan Bandić bio je član Socijaldemokratske partije Hrvatske (SDP), koja ga je i nominirala kao kan-

didata za lokalne izbore u svibnju 2009. godine. Sukladno novom zakonodavstvu, koje je tada već bilo na snazi, Bandić je još jednom postao gradonačelnik Zagreba, nakon što je u drugom krugu izbora, održanih 31. svibnja 2009. godine, porazio drugog kandidata.

Nedugo nakon toga, u srpnju 2009. godine, SDP je organizirao unutarnje izbore za stranačkog kandidata na izborima za Predsjednika Republike Hrvatske. U oba slučaja, te izbore je dobio trenutačni hrvatski Predsjednik Ivo Josipović. Međutim, nezadovoljan takvim ishodom događaja, Bandić je odlučio djelovati samostalno te je u ranoj studenom 2009. godine najprije zamrznuo svoje članstvo u SDP-u, a potom objavio svoju odluku da se u svojstvu nezavisnog kandidata natječe u izboru za predsjednika države.⁷ Posljedično tomu, nakon što je u statutarim odredbama pronađena pravna osnova kojom su zabranjene nezavisne kandidature članova, SDP je odmah objavio kako je Bandićevo članstvo u SDP-u prestalo. Sve navedeno, prema tome, rezultiralo je situacijom u kojoj je Grad Zagreb trebao biti voditi nezavisni gradonačelnik, sada politički razdvojen od stranke koja ga je ranije kandidirala za tu poziciju, očito u potencijalno konfrontirajućoj poziciji s gradskom skupštinom.

Kao što je ranije već rečeno, problem kohabitacije na lokalnim razinama u Hrvatskoj nije bio ograničen samo na glavni grad. U određenom broju primjera, jedan od tipičnih problema koji je postupno nastao proizašao je iz sporova između gradonačelnika i vijeća u odnosu na ovlast imenovanja članova skupština i nadzornih odbora trgovačkih društava koja su osnovale jedinice lokalne samouprave.⁸

Ranija je praksa glede toga bila neujednačena - odlukama o osnivanju trgovačkih društava jedinice lokalne ili županijske samouprave predstavnička tijela su često prava i ovlasti osnivača, kao jedinog člana društva, povjeravala poglavarstvima jedinica, a ona su potom, zasjedajući u funkciji skupštine društva, imenovala upravu društva i članove nadzornog odbora. U određe-

7 Posljednji predsjednički izbori u Hrvatskoj održani su 27. prosinca 2009. (prvi krug) i 10. siječnja 2010. godine (drugi krug).

8 Drugi poseban problem koji se u tom kontekstu opisuje u ovom članku odnosi se na usvajanje proračuna jedinica lokalne samouprave.

nim su slučajevima i predstavnička tijela obavljala funkciju skupštine društva pa je, slijedom toga, predstavničko tijelo imalo ovlast imenovanja uprave i nadzornog odbora. No, u ranijem sustavu, bez obzira na neujednačenu praksu, do problema nije dolazilo jer su predstavnička tijela svojom odlukom o osnivanju trgovačkog društva povjeravala određene ovlasti izvršnom tijelu, a izvršno tijelo je imalo zajamčenu potporu većine u predstavničkom tijelu. U novom sustavu situacija se bitno mijenja, pa kada ne postoji političko suglasje izvršnog i predstavničkog tijela, u pravilu dolazi do spora i nastojanja da se određene ovlasti "prisvoje".

Imajući u vidu učestale upite oko nadležnosti imenovanja članova skupština trgovačkih društava u vlasništvu jedinica lokalne i županjske samouprave i različita postupanja pojedinih tijela u praksi Ministarstvo uprave je u rujnu 2009. godine dalo svoje mišljenje, koje je dostavljeno svim jedinicama.⁹

Upućujući na odgovarajuće odredbe Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi,¹⁰ gdje je propisano da predstavničko tijelo, između ostalog, "imenuje i razrješuje druge osobe određene zakonom, drugim propisom ili statutom" te da to tijelo osniva javne ustanove i druge pravne osobe za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne ili područne samouprave, Ministarstvo je zaključilo kako je nesporno da je upravo predstavničko tijelo ono koje je nadležno za sva imenovanja pa i ona koja se odnose na članove skupštine trgovačkih društava u vlasništvu jedinice. Istodobno, Ministarstvo je odbacilo tumačenje da ovlasti čelnika lokalne izvršne vlasti koje su navedene u članku 48. Zakona na neki način podrazumijevaju njihovu ovlast donošenja odluka o imenovanjima i razrješanjima. Štoviše, prema mišljenju Ministarstva,

"neposredno izabrani općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan ne može preuzeti više ovlasti nego što mu je dodijeljeno zakonom". Ministarstvo se u svom mišljenju pozvalo i na jednu odluku Vrhovnog suda RH u kojem je taj Sud zauzeo stajalište da je predstavničko tijelo u ime osnivača trgovačkog društva ovlašteno imenovati članove trgovačkog društva u vlasništvu jedinice.¹¹ Ministarstvo je na kraju iznijelo stajalište da je tu ovlast imenovanja predstavničkog tijela potrebno utvrditi statutom jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

Svega dan nakon dopisa ministra uprave uslijedit će reakcija Udruge gradova putem dopisa predsjednika te udruge Ministarstvu uprave, u kojem će se vrlo oštro odbaciti stajalište Ministarstva.¹² U tom se dopisu navodi da je Ministarstvo pogrešno protumačilo zakonske odredbe te neposredno izabranim gradonačelnicima umanjilo i u bitnome ograničilo ovlasti dodijeljene im čitavim nizom posebnih zakona koji su prije ljetne saborske stanke usklađeni sa Zakonom o lokalnoj samoupravi. U dopisu se iznosi stajalište da je temeljem članka 42. stavak 1. ZOLPRS koji propisuje da grad kao jedinicu lokalne samouprave zastupa gradonačelnik, odnosno po gradonačelniku ovlaštena osoba, nesporno da je upravo izvršno tijelo ono koje ima ovlast da zastupa jedinicu u skupštini trgovačkog društva. Upravo je to činjenica, kaže se u dopisu, koju "Ministarstvo uprave u spornom i pravno neutemeljenom mišljenju u potpunosti ignorira, dodjeljujući drugim, neovlaštenim tijelima, u pravilu gradskim vijećima, striktno propisane i definirane ovlasti neposredno izabranim gradonačelnika". U dopisu se ukazuje i na dosadašnje postupanje trgovačkih sudova i stajalište Radne skupine za pitanja sudskog registra pri Visokom trgovačkom sudu od 2. veljače 2006. da skupštinu društva s ograničenom odgovornošću čine njegovi osnivači, što se odnosi i na društva kojima je jedini osnivač lokalna samouprava, odnosno grad, koji zastupa gradonačelnik, a ne poglavarstvo, kako je to uređeno u nekim izjavama o osnivanju, odnosno društvenim ugovorima. Posebno nam je važno naglasiti

9 Nadležnost za imenovanje članova skupština trgovačkih društava u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave - mišljenje, KLASA: 023-01/09-01/283, URBROJ: 515-01-09-1 od 21. rujna 2009.

10 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi od 10. travnja 2001, *Narodne novine*, br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13. Članak 35. stavak 1/3 i stavak 1/5.

11 Revt 34/04-2, 27. listopada 2004.

12 Dopis je dostupan na internetskoj stranici Udruge gradova. URL: <http://www.udruga-gradova.hr/Default.aspx?art=145&sec=18>.

da je u dopisu Udruge navedeno kako mišljenje Ministarstva "u osnovi nije pravno obvezujuće, niti može predstavljati izvor prava" i kako je ono "u potpunosti suprotno svim odlukama predstojnika ureda državne uprave, profesionalaca čija je primarna zadaća briga o zakonitosti rada i akata svih lokalnih jedinica, te praksi trgovačkih sudova diljem Republike Hrvatske" te se Udruga nada da trgovački sudovi "svoje postupanje neće mijenjati temeljem mišljenja Ministarstva uprave".

Iznijeli smo širi prikaz stavova Ministarstva uprave i Udruge gradova¹³ jer smatramo da je riječ o vrlo značajnom pitanju nadležnosti tijela jedinica lokalne, odnosno županijske samouprave. U komparativnoj literaturi o lokalnoj izvršnoj vlasti smatra se da je jedna od bitnih značajki "jakog" gradonačelnika i ovlast imenovanja svih izvršnih dužnosnika, odnosno integracija svih upravnih odjela i pravnih osoba kojima je jedinica osnivač ili vlasnik pod nadzorom gradonačelnika.¹⁴ U tom smislu, jasno je da je pitanje nadležnosti imenovanja osoba u trgovačkim društvima u vlasništvu lokalne samouprave upravo pitanje koje u značajnoj mjeri definira hoćemo li imati "jakog" ili "slabog" čelnika lokalne izvršne vlasti. Nama je predmetni spor važan ne samo iz razloga različitog tumačenja zakonskih ovlasti tijela lokalne samouprave (je li mjerodavna ovlast imenovanja predstavničkih tijela ili ovlast zastupanja čelnika lokalne izvršne vlasti) već i uloga središnjih državnih tijela u rješavanju sporova o nadležnosti. Treba pritom reći da mišljenja Ministarstva nisu, u pravnom smislu, dobro rješenje. Činjenica je da mišljenje državnog tijela nije propis u smislu normativnog, općeobveznog pravnog pravila,¹⁵ pa se protiv mišljenja Ministarstva uprave ne bi mogao pokrenuti nikakav postupak ocjene ustavnosti ili zakonitosti. S druge strane, Ministarstvo nema na raspolaganju nikakvih in-

strumenata kojima bi moglo spriječiti donošenje, primjerice, odluke gradonačelnika o imenovanju članova nadzornog odbora trgovačkog društva u vlasništvu jedinice lokalne samouprave jer je riječ o pojedinačnom aktu koji ne potpada pod nadzor zakonitosti. Kao što je dobro poznato, u hrvatskom sustavu postoji samo nadzor zakonitosti općih akata predstavničkog tijela. Ne postoji nikakva zakonom propisana obveza čelnika lokalne izvršne vlasti da dostavi akte koje donosi nadležnom tijelu državne uprave, niti postoji mogućnost ocjene ustavnosti i zakonitosti tih akata. Protiv nekog pojedinačnog akta čelnika lokalne izvršne vlasti, temeljem članka 77.a Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, mogao bi se pokrenuti samo upravni spor.

S obzirom na takve pravne praznine, smatramo da bi najbolje rješenje bilo Zakonom precizno utvrditi nadležnosti tijela lokalne samouprave u svezi imenovanja osoba u pravnim osobama kojima je jedinica lokalne samouprave osnivač ili vlasnik. Što se aktualnog spora o imenovanjima u trgovačkim društvima tiče, naše je mišljenje da ta nadležnost pripada predstavničkom tijelu. Kako predstavničko tijelo odlučuje o osnivanju javnih ustanova i drugih pravnih osoba za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne ili područne samouprave to ono već u samoj odluci

o osnivanju može utvrditi tko će činiti, primjerice, skupštinu društva i tko će imenovati upravu 1 članove nadzornog odbora. Činjenica je da su u mnogim slučajevima predstavnička tijela izvršavanje osnivačkih prava povjerila poglavarstvima, ali to nedvojbeno govori da je riječ upravo o ovlasti predstavničkog tijela, a ne o nadležnosti koja bi se mogla iščitati iz funkcije zastupanja jedinice od strane izvršnog tijela. Jednako tako, Zakonom o ustanovama¹⁶ propisano je da ustanovom upravlja upravno vijeće ili drugi kolegijalni organ i da se način izbora odnosno imenovanja uređuje zakonom, aktom o osnivanju (koji donosi predstavničko tijelo) i statutom ustanove (koji se donosi uz suglasnost osnivača, a to je predstavničko tijelo), a što se tiče imenovanja ravnatelja ustanove to može biti u nadležnosti upravnog

13 Kada je riječ o Udruzi gradova, dopis je uputio predsjednik Udruge, inače gradonačelnik Grada Rijeke. U praksi, Udruga funkcionira i kao tijelo koje zastupa interese gradonačelnika pa to treba imati u vidu kod prosudbe njenih stavova.

14 Vidi u tom smislu, primjerice, definiranje ovlasti "jakog" neposredno izabranoga gradonačelnika u Sjedinjenim Američkim Državama u Zimmerman (1999: 171-177).

15 Ustavni sud Republike Hrvatske ovo je potvrdio još 1993. godine. Vidi Crnić (1994: 32).

16 Zakon o ustanovama od 5. kolovoza 1993, *Narodne novine*, br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08. Članci 35. i 38.

vijeća, a zakonom ili aktom o osnivanju može se odrediti da to na razini lokalne samouprave bude predstavničko tijelo. Dakle, ovlast zastupanja jedinice lokalne samouprave ni na koji način nije relevantna za imenovanja osoba u ustanovama jedinica lokalne samouprave. Zašto bi za trgovačka društva vrijedila drukčija logika?

Situacija istovjetna ovoj upravo opisanoj ubrzo se pojavila u Gradu Zagrebu, a rezultirala je formalnim donošenjem gradonačelnikove odluke kojom je suspendirana primjena dviju odredaba gradskog statuta, kao i donošenjem dvaju zaključaka gradske Skupštine koji su se odnosili na imenovanja predstavnika u skupštinama dvaju trgovačkih društava u vlasništvu Grada.¹⁷

U tom pogledu, odgovarajuće odredbe Gradskog statuta propisivale su kako je Skupština Grada imala ovlast odlučivati o sastavu skupština trgovačkih društava koja su bila u stopostotnom vlasništvu Grada, odnosno da je imala ovlast određivati tko bi bili predstavnici Grada u skupštinama takvih društava u kojima Grad ne bi imao stopostotno vlasništvo. Temeljem ovih statutar-nih odredaba, naknadni zaključci Gradske skupštine potom su definirali kako skupštine društava u kojima Grad ima stopostotno vlasništvo čine njihovi predsjednici (funkcija koja pripada gradonačelniku) te deset dodatnih članova (koje iz reda svojih predstavnika bira Gradska skupština).

Suprotno onome što je bilo propisano spornim odredbama Gradskog statuta te naknadnim zaključcima, gradonačelnik je temeljio svoje stajalište na nekoliko tvrdnji: prvo, da "član trgovačkog društva *ex lege* čini skupštinu trgovačkog društva"; drugo, hrvatski Zakon o trgovačkim društvima "vrlo jasno i nedvojbeno utvrđuje" da skupštinu društva s ograničenom odgovornošću čine članovi društva (jedan ili više njih); treće, da je jedini član dvaju društava povezanih s ovim slučajem Grad Zagreb; te, četvrto, da je slijedom svoje ovlasti zastupanja upravo gradonačelnik Zagreba praktično jedini član skupština dvaju društava.¹⁸

17 Zaključak gradonačelnika Grada Zagreba, 012-03/09-01/4; 251-02-01-09-1 (18. studenog 2009.). *Službeni glasnik Grada Zagreba*, br. 25. od 30. studenog 2009.

18 Nadalje, gradonačelnik se u svojem obrazloženju pozvao i na dva rješenja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske: XLIII Pž-2677/06-05 od 18. li-

Kao što je to jasno vidljivo iz ranijeg opisa događaja, ovaj poseban problem konfrontacije između gradonačelnika i gradskih vijeća, kao i Ministarstva uprave, postao je sasvim očit u posljednjim danima 2009. godine te je konačno završio donošenjem Rješenja od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske, u korist predstavničkih tijela.¹⁹ Premda se ovo Rješenje nije odnosilo na situaciju u hrvatskom glavnom gradu, već u gradu Belom Manastiru, njegove su posljedice primjenjive na sve slične slučajeve.

Ukratko, osporene odredbe Statuta Grada Belog Manastira, koje je gradsko vijeće usvojilo u srpnju 2009. godine, propisivale su ovlasti Vijeća da imenuje i razrješava članove upravnih vijeća, odnosno odbora javnih ustanova, tvrtki i drugih pravnih osoba osnovanih od strane Grada, kao i ovlasti Vijeća da obavlja izbore, imenovanja i razrješavanja predstavnika Grada Belog Manastira u skupštinama trgovačkih društava u kojima je Grad suvlasnik vlasničkih udjela te u upravnim vijećima ustanova kojih je Grad Beli Manastir osnivač.²⁰

U svojem prijedlogu za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom gradskog Statuta, predlagateljica je, kao i u ranijim sličnim slučajevima koji su već spomenuti, tvrdila da je Gradsko vijeće oduzelo izravno izabranom gradonačelniku njegovu pravnu ovlast zastupanja Grada (kako je ona izričito bila propisana člankom 42. stavkom 1. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi), obrazlažući pritom kako je sudjelovanje u skupštini trgovačkog društva u pravnom smislu zastupanje osnivača. Slično tome, predlagateljica je tvrdila kako Gradsko vijeće nije imalo ovlast usvajanja drugih ovdje opisanih statutar-nih odredbi, te je istaknula kako su one ne samo suprotne Ustavu, već i nizu zakona, aktima ureda državne uprave donesenim u postupku nadzora zakonitosti, kao i stajalištima različitih trgovačkih sudova.²¹

stopada 2006 i LVIII Pž-5961/09-3 od 20. listopada 2009.

19 U-II/38101/2009 od 17. ožujka 2010.

20 Statut Grada Belog Manastira od 2. srpnja 2009. *Službeni glasnik Grada Belog Manastira*, br. 4/09, 6/09.

21 Pored ustavnih odredaba u kojima su navedene najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, zajamčena načela ustavnosti i zakonitosti,

Potpuno odbacujući relevantnost ostalih zakona na koje se pozvala predlagateljica, Ustavni sud svoje je Rješenje bazirao isključivo na odredbama Ustava Republike Hrvatske i Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi. Na strogo ustavnopravnoj razini, Sud se usredotočio na one članke kojima su: zajamčena opća načela ustavnosti i zakonitosti te pravo na lokalnu i regionalnu samoupravu; navedeni određeni poslovi čije obavljanje je Ustavom rezervirano za jedinice samouprave, odnosno definirani načelni modaliteti njihova obavljanja; uspostavljena nadležnost jedinica lokalne i regionalne samouprave da svojim statutima uređuju vlastito unutarnje ustrojstvo, kao i djelokrug vlastitih tijela (članci 5., 132. stavci 1. i 2., 134., 135. i 136. Ustava Republike Hrvatske). U pogledu Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Sud je citirao one odredbe kojima su specificirana područja čije se daljnje pravno uređenje razrađuje statutima lokalnih i regionalnih jedinica te kojima su definirane specifične ovlasti predstavničkih i izvršnih tijela u takvim jedinicama, uključujući i najproblematičnije pravo zastupanja (članci 8., 35., 42. i 48. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi).

U relevantnom dijelu svojeg obrazloženja, Ustavni sud je razjasnio nekoliko bitnih pitanja.

Prvo, da je pravo zastupanja jedinica lokalne i regionalne samouprave koje imaju čelnici izvršne vlasti, iako je načelno uspostavljeno zakonom, usmjereno "prema trećim osobama" (primjerice, prema sudovima i drugim državnim i javnim tijelima) te da kao takvo ono ne uključuje "inherentno" pravo imenovanja članova i predstavnika jedinica lokalne samouprave u skupštinama ili upravnim vijećima trgovačkih društava i javnih ustanova kojih je osnivač jedinica lokalne samouprave.

Drugo, da pravo imenovanja članova i predstavnika jedinica lokalne samouprave u skupštinama ili upravnim vijećima prije svega pripada

uspostavljena ovlast jedinica lokalne i područne samouprave da u okviru zakona svojim statutima samostalno urede unutarnje ustrojstvo i djelokrug svojih tijela, predlagateljica se također pozvala i na odgovarajuće odredbe Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Zakona o ustanovama, Zakona o trgovačkim društvima i Zakona o proračunu.

lokalnim predstavničkim tijelima i to stoga što sam Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi ne sadrži specifične odredbe koje bi to pitanje precizno definirale, a pored činjenice da Zakon daje ovlast lokalnim predstavničkim tijelima da "imenuju i razrješuju druge osobe određene zakonom, drugim propisom ili statutom" (dakle, ostavljajući, s obzirom na to da je riječ o pitanju koje spada u područje samouprave, da se ono uredi statutom lokalne jedinice) te stoga što lokalna ili regionalna predstavnička tijela ionako imaju ovlast osnivanja različitih pravnih osoba (javnih ustanova, trgovačkih društava ili drugih pravnih osoba) za obavljanje djelatnosti i zadataka od lokalnog interesa.

I treće, međutim, da lokalna predstavnička tijela, a s obzirom na to da imaju pravo urediti to pitanje vlastitim statutima, na raspolaganju imaju dvije opcije: ili da pravo izbora priznaju čelniku izvršne vlasti ili da ga zadrže za sebe.

Rješenje Ustavnog suda konačno je riješilo prvi veliki sukob između gradonačelnika i Gradske skupštine u Zagrebu. Ovome bismo željeli dodati nekoliko posebnih komentara.

Na prvom mjestu, treba uočiti kako je Ustavni sud samo površno spomenuo potencijalno najvažniju odredbu Ustava Republike Hrvatske koja se odnosi na uređivanje lokalne i regionalne samouprave, konkretno, na onu koja izričito propisuje da se pravo na lokalnu i regionalnu samoupravu ostvaruje preko lokalnih i područnih (regionalnih) predstavničkih tijela (članak 132. stavci 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske). Uzimajući to u obzir, Sud je mogao znatno više naglasiti da određena vrsta "načelne prevlasti" u dvojbenim slučajevima, kao što je to bio ovaj predmetni, pripada onim granama lokalne vlasti koje su izričito uređene samim Ustavom, a ne onima koje svoje ovlasti temelje na određenom zakonu.²²

22 Ipak, treba priznati, kao što je to već istaknuto, da je Ustavni sud Republike Hrvatske također uputio na onu ustavnu odredbu koja se odnosi na ovlast jedinica lokalne i područne samouprave da u okviru zakona svojim statutima samostalno urede unutarnje ustrojstvo i djelokrug svojih tijela (članak 135. Ustava Republike Hrvatske). Ali osnova argumentacije Suda u nastavku je bila konstruirana prije svega na razini zakonskog, a ne ustavnog tumačenja.

Ovo je još važnije u svjetlu činjenice da se izvršna grana vlasti, u pravilu, često pozivala na argument da su, sukladno novom sustavu, gradonačelnici birani izravno te da, prema tome, uživaju ne samo posebnu političku legitimnost, već i veće ovlasti.²³ Ovakva linija argumentacije važna je, međutim, samo ukoliko se razmatra pitanje njihove moguće odgovornosti i opoziva. S druge strane, u državi vođenoj vladavinom prava (članak 3. Ustava Republike Hrvatske), osobit problem pojedinih ovlasti trebao bi biti precizno uređen pravnim normama, ostavljajući potencijalne priepore po strani koliko je god to moguće. Valja priznati kako taj cilj nije jednostavno postići, ali što je još zanimljivije, on može, barem za potrebe teorijske debate, biti povezan s jednom drugom vrstom pravnog tumačenja, što nas vodi na sljedeću točku.

Nastojanja izvršne vlasti da se gradonačelnička ovlast imenovanja kvalificira kao "inherentna" njegovoj funkciji Ustavni je sud, kao što je to ovdje i objašnjeno, odbacio, što je prema našem mišljenju bilo ispravno. Ta činjenica ne bi se smjela podcijeniti kada se razmišlja o ograničenjima lokalnih izvršnih ovlasti koja su uvedena hrvatskim zakonodavstvom iz 2009. godine, kojima je uređena lokalna i regionalna samouprava. Rješenje Ustavnog suda je, s druge strane, dopuštajući da kroz svoje statute lokalna predstavnička tijela mogu odlučiti žele li priznati pravo imenovanja gradonačelnicima ili ga zadržati za sebe, priznalo i određeni oblik "delegacije ovlasti". Na taj način Sud je praktično utvrdio da mogu postojati "jaki" i "slabi" gradonačelnici, ovisno već o tome kakve su im ovlasti delegirane statutima.

Nadalje, također treba naglasiti da je u svojem Rješenju Ustavni sud Republike Hrvatske odbacio prijedlog predlagateljice da se na predmet primijene i odgovarajuće odredbe drugih zakona (Zakona o ustanovama, Zakona o trgovačkim društvima i Zakona o proračunu). Mi smo u ovom članku već istaknuli kako određene pravne analogije u tom kontekstu, barem teorijski, ipak

23 U tom je kontekstu jedan od gradonačelnika izjavio sljedeće: "Prvi put smo imali neposredne izbore i po njima ne mogu imati manje ovlasti nego što sam ih imao kada sam biran iz redova vijeća." Vidi "Gradonačelnici: Neka Mlakar misli što hoće, mi ne damo ovlasti" *Novi list*, Rijeka (11. listopada 2009), str. 5.

mogu biti izvedene (npr. ranije spomenuta situacija imenovanja osoba u ustanovama jedinica lokalne samouprave). Bez obzira na to, čini se kako ovaj specifičan segment slučaja otvara jedan izrazito važan načelni problem odnosa između običnih i tzv. "organskih zakona".²⁴

4 TKO IMA POSLJEDNJU RIJEČ GLEDE GRADSKOG PRORAČUNA?

Drugi veliki sukob između gradonačelnika i Gradske skupštine odvijat će se oko ovlasti određivanja mjerila za naplatu usluga predškolskih ustanova Grada Zagreba od roditelja - korisnika usluga. Taj sukob je bio povezan s još važnijim pitanjem glede toga tko ima posljednju riječ oko gradskog proračuna.

Proračun je, zajedno sa statutom jedinice lokalne samouprave, najvažniji akt u nadležnosti lokalnog vijeća. Prema Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, prije no što je izmijenjen 2012. godine, ti su akti morali biti usvojeni većinom glasova svih članova predstavničkog tijela, a ako predstavničko tijelo u zakonom predviđenom roku nije donijelo proračun ili ako uopće nije donijelo odluku o privremenom financiranju, Vlada ga je mogla raspustiti. U ranijem "lokalnom parlamentarnom" sustavu u Hrvatskoj većina raspuštanja predstavničkih tijela dogodila se upravo zbog nedonošenja proračuna. Nedonošenje proračuna predstavljalo je neku vrstu izglasavanja nepovjerenja lokalnom izvršnom tijelu od strane vijeća, u kojem je postojala većina koja se ne slaže s gradonačelnikovim prijedlogom, ali ne i većina koja bi mogla izabrati novoga gradonačelnika. Raspuštanje predstavničkog tijela nudilo je stoga mogućnost da se na-

24 Ustavni sud Republike Hrvatske u gore spomenutom predmetu nije se bavio ovim posebnim problemom, ali ovdje je važno voditi računa o činjenici da su u hrvatskom ustavnom sustavu zakoni koji, između ostaloga, uređuju lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu kvalificirani kao "organski zakoni" koji se donose većinom svih zastupnika u Hrvatskom saboru (članak 83. Ustava Republike Hrvatske). S toga stajališta, u hrvatskoj je doktrini već istaknuto kako organski zakoni imaju veću pravnu snagu od običnih zakona te da ovi drugi stoga moraju biti u skladu s odredbama onih prvih. Vidi Barić (2009: 251-283).

kon izbora izabere novi gradonačelnik i njegovo poglavarstvo.

Neki analitičari novog sustava smatrali su da će neuspjeh pri usvajanju proračuna zbog sukoba između neposredno izabranog gradonačelnika i vijeća biti glavni razlog za raspuštanje vijeća. To su temeljili i na činjenici da je ovlast predlaganja proračuna vijeću, prema Zakonu o proračunu, dana isključivo gradonačelniku i da ne postoje propisane sankcije u slučaju ako on tu obvezu ne bi izvršio.

U nekim američkim gradovima sa sustavom "jakoga gradonačelnika" u procesu usvajanja proračuna gradonačelnik ima pravo veta nad amandmanima vijeća na njegov prijedlog proračuna, a vijeće može preglasati gradonačelnikov veto s dvotrećinskom većinom svih predstavnika. Slično tomu, gradonačelnik u Engleskoj predlaže proračun koji može biti izmijenjen ili odbačen samo dvotrećinskom većinom u vijeću.²⁵ Međutim, gradonačelnici u Hrvatskoj nemaju ovlast veta nad amandmanima vijeća i, kao što smo ranije napomenuli, za usvajanje proračuna potrebna je samo većina svih članova vijeća.

U nekim jedinicama lokalne samouprave u procesu donošenja proračuna u prvoj godini nakon uvođenja neposredno izabranog izvršnog tijela počeo se koristiti novi instrument gradonačelničkih ovlasti koji nije bio predviđen zakonom. U slučaju amandmana vijeća na njegov prijedlog proračuna načelnici (ili gradonačelnici) jednostavno su "povlačili" proračun iz procedure prije odlučivanja o njemu, odnosno amandmanima, ostavljajući vijeće u situaciji bez prijedloga o kojem bi moglo odlučivati. Gradonačelnici su koristili svoju ovlast isključivog predlagatelja proračuna, a također i superiorna sredstva i poznavanje svih relevantnih informacija koje su nužne u izradi složenog financijskog dokumenta kakav je proračun. Takvim ponašanjem gradonačelnici su apsolutno zlorabili svoje zakonske ovlasti, ali zakon nije propisivao da je takvo njihovo ponašanje zabranjeno i podložno sankcijama. Povlačenje prijedloga proračuna od strane pojedinih načelnika ili gradonačelnika, u slučaju amandmana vijeća, dogodilo se u određenom broju hrvatskih općina i gradova krajem 2009. godine. Našavši se na nepoznatom terenu, koji pravno nije bio definiran, vijeća su se

ponašala različito - neka su prihvatila prijedlog gradonačelnika, neka su izglasovala svoje amandmane na proračun, bez obzira na njegovo povlačenje predloženog proračuna i usvojila su izmijenjeni proračun, a neka jednostavno nisu znala kako postupiti pa nisu ni glasovala o proračunu, ostavljajući tako svoju jedinicu lokalne samouprave bez proračuna za narednu godinu.

Rezultat tih različitih akcija vijeća doveo je, naravno, do različitih posljedica. Ovdje ćemo se osvrnuti samo na dva različita završetka 'proračunske krize' u dvije jedinice. Prvi slučaj odnosi se na Grad Vrbovec, u kojem su većina u vijeću i gradonačelnik bili iz suprotstavljenih političkih stranaka. Suočen s amandmanima vijeća na svoj prijedlog proračuna, gradonačelnik ga je povukao iz procedure, pozivajući se na poslovničke odredbe prema kojima ovlašteni predlagatelj ima pravo povući svoj prijedlog prije no što je o njemu vijeće odlučilo. Suprotno mišljenju gradonačelnika, vijeće je interpretiralo poslovničke odredbe na način da je procedura prihvatanja proračuna započela s glasovanjem o amandmanima vijeća i u toj fazi procedure gradonačelnik više ne može povući svoj prijedlog. U skladu s takvim stajalištem, vijeće je prihvatilo u glasovanju podnesene amandmane i potom je izglasovalo proračun. Gradonačelnik je smatrao da proračun nije donesen u skladu sa zakonom i odbio ga je objaviti u službenom glasilu. Umjesto toga, zatražio je od Ministarstva uprave da Vladi RH predloži raspuštanje vijeća zbog nedonošenja proračuna. Ministarstvo je izvršilo inspekcijski nadzor u kojem je zaključeno da je vijeće proračun donijelo u skladu sa zakonom. Osobito je važno citirati obrazloženje takve odluke Ministarstva:

Povlačenje prijedloga proračuna, nakon zaključenja rasprave, u tijeku odlučivanja o amandmanima, na dan 29. prosinca tekuće godine predstavljalo bi uskraćivanje mogućnosti predstavničkom tijelu za donošenje proračuna u zakonom određenom roku (prije početka godine za koju se donosi) /.../

Važno je ukazati i na odredbe Europske povelje o lokalnoj samoupravi koja je donošenjem Zakona o potvrdi Europske povelje o lokalnoj samoupravi /.../ postala dio pravnog poretka Republike Hrvatske i čije odredbe (paragrafi) su stupile na snagu za Republiku Hrvatsku u

25 Vidi Copus (2009: 55).

cijelosti. Iz koncepcije lokalne samouprave utvrđene u članku 3. Europske povelje proizlazi da se pod lokalnom samoupravom podrazumijeva pravo i mogućnost lokalnih jedinica da, u okvirima određenim zakonom, uređuju i upravljaju, uz vlastitu odgovornost i u interesu lokalnog pučanstva, bitnim dijelom javnih potreba, a koje pravo će se provoditi preko vijeća ili skupština.

U konkretnom slučaju, uskraćivanje mogućnosti donošenja proračuna predstavničkom tijelu i eventualno stvaranje uvjeta za njegovo raspuštanje direktno utječe na pravo i mogućnost lokalne jedinice da u interesu lokalnog pučanstva upravlja bitnim dijelom javnih potreba.

U potpunosti se slažemo s navedenim mišljenjem - ono je napisano u skladu s duhom i slovom Europske povelje.

Međutim, slučaj Vrbovca i način kako je tamo riješena "proračunska kriza" mišljenjem Ministarstva uprave nisu u to vrijeme bili poznati široj javnosti.²⁶ Mnogo više pozornosti pridano je drugom slučaju, u kojem je Ministarstvo uprave predložilo Vladi da raspusti vijeće u jednoj maloj općini (Stari Mikanovci) jer nije donijelo proračun, a niti odluku o privremenom financiranju. Vijeće je raspušteno jer je načelnik povukao svoj prijedlog proračuna suočen s amandmanima vijeća. U toj situaciji vijeće nije usvojilo svoje amandmane i tako izmijenjeni proračun u cijelosti, kao što je bio slučaj u Vrbovcu, već je, umjesto toga, donijelo odluku o privremenom financiranju, ali ne na prijedlog načelnika. U postupku nadzora Ministarstvo uprave je zaključilo da je vijeće postupilo suprotno zakonu. Očito je da u dva navedena slučaju zaključci Ministarstva nisu bili sukladni. U "Vrbovečkom slučaju" Ministarstvo je zaključilo da gradonačelnik nije mogao povući prijedlog proračuna u procesu odlučivanja o njemu. U drugom slučaju (moguće druge inspekcije Ministarstva) konstatirano je da vijeće ne može usvojiti proračun ili odluku o privremenom financiranju ako ti akte nije predložio načelnik.

26 Zapisnik Ministarstva uprave o provedenom nadzoru bio je interni dokument Ministarstva i zbog toga nepoznat široj javnosti. Taj smo dokument dobili od predsjednika Gradskog vijeća Grada Vrbovca.

Na kraju je Vlada raspustila vijeće Općine Stari Mikanovci, a potom je tu odluku potvrdio i Upravni sud. Bio je to prvi slučaj raspuštanja vijeća nakon izbora 2009. i stoga je stvoren dojam u javnosti da gradonačelnik može prouzročiti raspuštanje vijeća jednostavno povlačeći svoj prijedlog proračuna, ako vijeće na njega podnese amandmane.²⁷ Na žalost, treba reći da tadašnje Ministarstvo uprave nije reagiralo na način da predloži promjene zakona koje bi spriječile takvu praksu. Stoga su nedorečenosti zakona i nedosljednosti u djelovanju Ministarstva uprave stvorile krivi utisak da gradonačelnici imaju *de facto* veto na amandmane vijeća na prijedlog proračuna.

Morali smo objasniti tu situaciju, stvorenu tijekom prve godine nakon izbora novih gradonačelnika i vijeća 2009. godine, jer je ona značajna za našu raspravu o sukobu između gradonačelnika i Gradske skupštine u Zagrebu.

Sukob oko proračuna Grada Zagreba nije se zbio 2009., jer je u to vrijeme pozornost bila usredotočena na nadolazeće predsjedničke izbore održane u prosincu te godine, u kojima su gradonačelnik Bandić i kandidat Socijaldemokratske partije Ivo Josipović bili glavni kandidati za Predsjednika. Kada je Bandić izgubio u drugom krugu predsjedničkih izbora u siječnju 2010., njegov odnos s Gradskom skupštinom, u kojoj je dominirao SDP, rapidno se pogoršao.

Treba naglasiti da je Bandić bio bez ikakve potpore u Skupštini - nije mogao računati da će ga poduprijeti bilo koja stranka. Također je važno primijetiti da je glavna oporbena stranka u Zagrebu, Hrvatska demokratska zajednica, u to vrijeme vladajuća stranka u Hrvatskoj, politički eksploatirala sukob između SDP i njegova bivšeg dugogodišnjeg člana u svoju korist. To je bilo posebno očito 2011., kada je izbio sukob između gradonačelnika i Skupštine glede mjerila za naplatu usluga predškolskih ustanova Grada Zagreba.

Sukob je započeo usvajanjem gradskog proračuna za 2011. godinu. U popratnom Programu javnih potreba u predškolskom odgoju i obrazovanju gradonačelnik je predložio da će roditelji

27 Sveukupno je 15 predstavničkih tijela u različitim jedinicama lokalne samouprave raspušteno nakon izbora 2009., a njih 12 zbog toga što nisu donijela proračun.

koji imaju djecu u predškolskim ustanovama Grada Zagreba plaćati naknadu prema novom kriteriju, naime, prema njihovom prosječnom obiteljskom dohotku. Dotad su roditelji plaćali naknadu bez obzira na prihode, što je, prema gradonačelnikom mišljenju, bilo suprotno načelu socijalne pravičnosti. U vrijeme gospodarske krize i manjih prihoda u gradskom proračunu on je smatrao da roditelji s većim prihodima trebaju sudjelovati s višom naknadom za predškolsku skrb o njihovoj djeci. Skupština je bila protiv gradonačelnikova prijedloga jer je većinski SDP smatrao da bi bilo politički pogrešno podići naknade za tisuće roditelja u glavnom gradu prije nadolazećih parlamentarnih izbora. Međutim, Skupština nije predložila i izmijenila gradonačelnikov prijedlog proračuna. Objašnjenje za takvo ponašanje može se naći u sljedećem odlomku iz zaključaka Skupštine: "Neprihvaćanjem programa javnih potreba koji je vezan uz proračun, Gradska skupština ne bi mogla prihvatiti i donijeti proračun, a to bi dovelo do raspuštanja Gradske skupštine."²⁸

Skupština je bila suočena s prijetnjom gradonačelnika da će povući svoj prijedlog proračuna u slučaju skupštinskih amandmana, a tada Skupština ne bi imala nikakav prijedlog proračuna o kojem bi mogla glasovati. SDP-ova većina u Skupštini bila je prilično uvjerena da bi Vlada HDZ-a iskoristila tu mogućnost da raspusti Skupštinu i da okriži Socijaldemokrate za uzrokovane troškove prijevremenih skupštinskih izbora, koji su rezultat unutarnjeg sukoba između SDP-a i njegova bivšeg dugogodišnjeg gradonačelnika.

Prihvaćajući proračun koji predložio gradonačelnik Skupština je privremeno odustala od toga da dovodi u pitanje gradonačelnikovo stajalište glede naknada za brigu o predškolskoj djeci. Međutim, to je pitanje ponovno iskrsnulo u travnju 2011., kada Skupština nije prihvatila gradonačelnikov Prijedlog odluke o načinu ostvarivanja prednosti pri upisu djece i mjerilima za sudjelovanje roditelja-korisnika usluga u cijeni

programa predškolskih ustanova Grada Zagreba, a koja odluka se temeljila na programu koji je usvojen zajedno s Proračunom. Umjesto toga, Skupština je usvojila svoju odluku, temeljenu na potpuno različitim kriterijima za naknadu za brigu o predškolskoj djeci. Dan kasnije gradonačelnik je obustavio od primjene tu odluku, tvrdeći da je ona suprotna Proračunu Grada i zatražio od Skupštine da otkloni uočene nepravilnosti odluke u roku od petnaest dana. Ta ovlast obustave akta vijeća pripada izvornim ovlastima gradonačelnika, ali je korištena vrlo rijetko. Ali sada, u situacijama kohabitacije, ta ovlast je dobrodošla gradonačelnicima suočenima s neprijateljskim vijećem. Ukoliko bi predstavničko tijelo propustilo otkloniti nepravilnosti gradonačelnik je dužan

O tome obavijestiti čelnika središnjeg tijela državne uprave nadležnog za nadzor zakonitosti rada tijela lokalne i regionalne samouprave u roku od osam dana.

Skupština je reagirala na gradonačelnikovu obustavu svoje odluke tvrdnjom da ima pravo donositi opće akte i naročito da se njena odluka temelji na Zakonu o predškolskom odgoju i obrazovanju, koji daje predstavničkom tijelu ovlast da odredi naknade i olakšice za roditelje s djecom u predškolskim ustanovama jedinice lokalne samouprave. U svojim zaključcima Skupština je konstatala da ako njena odluka nije sukladna gradskom Proračunu dužnost je i obveza gradonačelnika da predloži izmjenu Proračuna. Međutim, gradonačelnik je to odbio učiniti i umjesto toga obavijestio Ministarstvo uprave o svojoj obustavi skupštinske odluke. S druge strane, Skupština je zatražila mišljenje od Ministarstva znanosti, prosvjete i sporta glede zakonitosti svoje odluke. Tako je lokalni sukob između gradonačelnika i predstavničkog tijela podignut na državnu razinu.

Narednih su mjeseci čak tri državna ministarstva dala svoja mišljenja glede neslaganja između tijela lokalne samouprave u Zagrebu. Ministarstvo uprave, Ministarstvo znanosti, prosvjete i sporta te Ministarstvo financija konstatali su da Skupština ima zakonsko pravo usvojiti odluku glede naknada i olakšica za roditelje s djecom u predškolskim ustanovama. Međutim, Ministarstvo financija je također konstatalo, što je bilo očito od samog početka spora, da skupštinska odluka iz travnja 2011. nije sukladna gradskom

28 Obrazloženje Zaključka Skupštine povodom Zaključka gradonačelnika kojim se obustavlja od primjene Odluka o načinu ostvarivanja prednosti pri upisu djece i mjerilima za naplatu usluga predškolskih ustanova Grada Zagreba od roditelja-korisnika usluga od 17. svibnja 2011. URL: http://web.zagreb.hr/sjednice/sjednice_skupstine_nova.nsf/CPDNW?OpenFrameset (11. svibnja 2012).

proračunu jer su ta dva akta propisivala različite kriterije za naknade roditelja u financiranju predškolskog odgoja.

Stoga je Ministarstvo zaključilo da "ne postoje zakonske zapreke provođenja Odluke Gradske skupštine, ali ista mora biti popraćena izmjenama i dopunama Proračuna Grada Zagreba za 2011. i izmjenama i dopunama Programa (javnih potreba u predškolskom odgoju i naobrazbi te skrbi o djeci predškolske dobi)."²⁹

Nakon više mjeseci pravnih rasprava sukob nije bio riješen. Bio je, zapravo, tek započeo - Skupština je bila uvjerena da je djelovala u skladu sa Zakonom, a gradonačelnik je stajao iza vrijedećeg gradskog Proračuna, koji je donijela Skupština i nije htio predložiti njegove izmjene. Treba naglasiti da tijekom većeg dijela godine roditelji s djecom u gradskim predškolskim ustanovama nisu znali koju naknadu trebaju plaćati - je li to naknada prema njihovu dohotku, kakva je bila propisana u Proračunu Grada i popratnom programu ili prema odluci Skupštine, čije izvršenje je obustavio gradonačelnik. Oprečne izjave gradonačelnika i predsjednika Gradske skupštine bile su zbunjujuće za roditelje i čitava priča djelovala je poput noćne more. Činilo se da ne postoji nikakvo pravno rješenje kojim bi se razriješio sukob.

Zašto Skupština nije pokrenula proces gradonačelnikova razrješenja putem opoziva na referendumu? Predstavničko tijelo moglo je pokrenuti opoziv lokalnog izvršnog tijela u dva slučaja, a jedan među njima je i ako ono krši i ne izvršava odluke predstavničkog tijela. Stoga je sigurno postojao pravni temelj da se inicira referendum, a također i nužna većina u Skupštini koja bi mogla usvojiti takvu odluku. Problem s referendumom bio je u odredbi prema kojoj kod referenduma o opozivu gradonačelnika moraju biti ispunjena dva uvjeta - jedan je da većina glasača glasuje za opoziv, ali da također većina svih birača u jedinici lokalne samouprave mora sudjelovati na referendumu (tzv. kvorum sudjelovanja). I upravo je taj drugi uvjet smatran problematičnim za vođe Skupštine i SDP-a. U gradonačelničkim izborima 2009. godine sudjelovanje birača u prvog kru-

gu izbora iznosilo je svega 41,69 %, a u drugom krugu tek 33,62 %. Zbog prognoze da postoje mali izgledi da se ispuni taj kvorum sudjelovanja Skupština je odustala od ideje da inicira referendum. Treba naglasiti da je taj kvorum bio glavni uzrok što smo svjedočili samo jednom referendumu o opozivu gradonačelniku u Hrvatskoj u posljednje tri godine, a i taj je proveden u jednoj maloj općini. Čak i u njoj taj kvorum nije postignut, premda je većina glasača koji su sudjelovali na referendumu glasovala za opoziv gradonačelnika.

Sve se promijenilo krajem 2011. godine, nakon što je SDP pobijedio na parlamentarnim izborima 4. prosinca. U novoj situaciji, gradonačelnik je shvatio da ne može nastaviti svoj sukob sa Skupštinom (u kojoj je dominirala ta stranka), s obzirom da je sada postojala stvarna prijetnja da će parlamentarna većina, predvođena SDP-om, po hitnom postupku izmijeniti Zakon o lokalnoj i regionalnoj samoupravi i učiniti opoziv gradonačelnika mnogo lakšim, o čemu se već spekuliralo. U novim uvjetima gradonačelnik Bandić je odjednom postao kooperativan prema Skupštini - prihvatio je skupštinske amandmane na svoj Prijedlog proračuna za 2012. godinu, čak je prihvatio (konačno) i odluku Skupštine o naknadama i olakšicama za roditelje s djecom u predškolskim ustanovama (onu istu koju je odbio provesti u travnju 2011.). Zauzvrat, SDP je odustao od toga da pokrene referendum o opozivu gradonačelnika Bandića. Na kraju krajeva, već je bilo prošlo više od polovice redovnog gradonačelničkog mandata, a referendum bi donio značajne troškove i eventualne nove gradonačelničke izbore svega 15 ili 16 mjeseci prije redovnih izbora 2013.

5 IZMJENE I DOPUNE ZAKONA O LOKALNOJ I PODRUČNOJ (REGIONALNOJ) SAMOUPRAVI IZ 2012. (POSLEDICE "SUKOBA")

Novi sustav izravno biranih gradonačelnika koji je 2009. godine implementiran u Hrvatskoj suočio se s najvećim poteškoćama u gradovima s podijeljenom vlašću, tamo gdje su gradonačelnici i većine u vijećima predstavljali različite političke opcije. U takvim se slučajevima pravni okvir pokazao nedostatnim, osobito u pogledu pitanja gradonačelničke odgovornosti u vezi izvršenja

29 Priopćenje Ministarstva financija oko određivanja cijena u dječjim vrtićima. URL: <http://dalje.com/hr-zagreb/priopcenje-ministarstva-financija-oko-odredjivanja-cijena-u-djecjim-vrticima/368140> (11. svibnja 2012).

odluka vijeća te nadzora akata lokalne vlasti od strane središnje državne uprave.

Raniji opisi slučajeva koje smo ponudili na ovom mjestu otkrivaju da bi značajan dio problema kohabitacije, barem kao što je to bilo u hrvatskom glavnom gradu, mogao biti rezultat određene "expost emancipacije" gradonačelnika od političkih stranaka koje su ih nekada podržavale. Takvi "razvoji događaja" vjerojatno više ovise o konkretnim osobama i njihovim posebnim interesima ili sasvim karakterističnim političkim okolnostima trenutka nego o činjenici da novi sustav zamišlja odvojenu i neovisnu političku legitimnost izravno izabranih izvršnih čelnika. Drugim riječima, da bi se održala tvrdnja kako je takva opasnost političke emancipacije po definiciji inherentna i neizbježna, najprije bi trebalo dokazati da se ona redovito pojavljuje na svim razinama (primjerice, u slučaju izravno izabranih predsjednika države). To nije slučaj, ali predstavlja li ipak politička legitimnost izravno izabranih izvršnih čelnika u novom sustavu, da posudimo poznate riječi suca R. H. Jacksona, "napunjeno oružje"³⁰ koje se može koristiti u budućim slučajevima, tek treba vidjeti.

Zbog konfliktnog odnosa između gradonačelnika i zagrebačke Gradske skupštine, nova hrvatska Vlada je predložila promjene u zakonima koji uređuju izbor i odnos predstavničkog i izvršnog tijela u sustavu lokalne samouprave godinu dana prije lokalnih izbora 2013. godine. Kao što smo uvodno naznačili, Vladin službeni cilj "mini-reforme" sustava lokalne samouprave bio je da se osigura "jača politička stabilnost u odnosima između predstavničkog i izvršnog tijela, veća učinkovitost u obavljanju poslova tih dvaju tijela i jasnije utvrđivanje njihovih prava, obveza i odgovornosti". Međutim, prema našem mišljenju, promjena Zakona dovela je do mnogo snažnije sveukupne pozicije gradonačelnika u hrvatskom sustavu lokalne samouprave.

Hrvatski sabor usvojio je izmjene i dopune Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi u prosincu 2012. godine. Usredotočujući se na one članke Zakona koji su se prije pokazali važnima za izvođenje argumenata na koje

su se pozivale različite strane, kao i sam Ustavni sud, trebali bismo naglasiti dvije presudne stvari.

Prvo, u jednom od najvažnijih dijelova nove verzije Zakona, lokalni (i regionalni) izvršni čelnici dobili su, osim ako posebnim zakonom ne bi bilo drukčije određeno, izričito pravo imenovanja i razrješenja predstavnika jedinice lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave u tijelima javnih ustanova, trgovačkih društava i drugih pravnih osoba osnovanih za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave.³¹ Štoviše, to pravo nije ograničeno u pogledu samoga izbora, a jedina obveza izvršnih čelnika je da svoje odluke o imenovanju ili razrješenju dostave predstavničkom tijelu u roku od 8 dana od donošenja, odnosno da ih objave u službenom glasilu jedinice lokalne odnosno područne (regionalne) samouprave.³²

Na taj način gradonačelnicima je dan snažan instrument da utječu ne samo na odluke svih lokalnih ustanova i trgovačkih društava, nego i da osiguraju većinsku potporu u predstavničkom tijelu imenovanjem članova vijeća u različita upravna vijeća lokalnih ustanova i nadzorne odbore lokalnih trgovačkih društava. Logika Vlade za davanje tako velikih ovlasti lokalnom izvršnom tijelu bila je u tome da ga se učini odgovornijim za funkcioniranje lokalnih ustanova i trgovačkih društava. Međutim, s tom ovlašću lokalna izvršna vlast ima velike mogućnosti "korumpirati" lokalno vijeće, ne samo radi osiguranja potpore svojem programu, nego i radi eliminiranja, koliko je to moguće, nužne kontrole vijeća nad gradonačelnikovim politikama.

Izmjene i dopune Zakona nisu promijenile niti opće pravo zastupanja lokalnih i regionalnih jedinica koje pripada izvršnim čelnicima (članak 42. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi) niti opće odredbe kojima je definiran opseg ovlasti pripadajućih kako lokalnim predstavničkim tijelima, tako i lokalnim izvršnim čelnicima.³³

31 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi od 10. travnja 2001, *Narodne novine*, br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13. Članak 48.

32 Ibid.

33 U odnosu na predstavnička tijela, ovo se odnosi na njihovo pravo imenovanja i razrješenja "drugih

30 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 246 (1944) (R. H. Jackson, izdvojeno mišljenje).

Prema tome, s obzirom na to da trenutačna inačica Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi sada sadrži izričitu odredbu o tome tko ima pravo imenovanja i razrješenja predstavnika u trgovačkim društvima koja su osnovele jedinice lokalne i regionalne samouprave, čini se kako u tom posebnom segmentu općih odnosa između lokalnih izvršnih i predstavničkih tijela ne bi trebalo biti daljnjih sukoba. Ali, prema našem mišljenju, trenutačno vrijedeći Zakon također reafirmira jednu drugu prilično važnu „poruku”: konkretno, da široko pozivanje na "inherentne ovlasti" i široka tumačenja "ovlasti zastupanja" nisu legitimni te da vrlo konkretne pravne definicije posebnih ovlasti tijela lokalne i regionalne samouprave čine nezaobilazan uvjet čije ispunjenje zahtijeva sustav u kojem vrijedi načelo vladavine prava. Dodatno, čini se kako trenutačno vrijedeći Zakon potvrđuje i jedan vrlo važan načelni zaključak: da, a s obzirom na to da je sada cijeli problem uređen samim Zakonom i nije ostavljen uređenju od strane različitih lokalnih statuta, ne bi smjelo, barem u ovom specifičnom segmentu, biti razlikovanja između "jakih" i "slabih" lokalnih izvršnih čelnika. Takav se "uniformni" pristup, prema tome, čini kao dobro rješenje.

Ipak, ovdje moramo naglasiti kako smo u našim ranijim komentarima cijeloga problema ponudili normativno tumačenje koje je prilično drugačije od pristupa koji je zauzeo Hrvatski sabor. Stoga, moramo ponoviti kako smo se tada zalagali za rješenje prema kojemu bi pravo imenovanja i razrješenja predstavnika u trgovačkim društvima i drugim subjektima koje su osnovele lokalne jedinice trebalo pripadati predstavničkim, a ne izvršnim tijelima.³⁴

osoba", kao i na pravo osnivanja javnih ustanova i drugih subjekata za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave. S druge strane, u odnosu na lokalne izvršne čelnike, trenutačno vrijedeća inačica Zakona i dalje propisuje da oni obavljaju (druge) poslove kao što je to utvrđeno lokalnim statutima, u skladu sa zakonom (članci 35., 42. i 48. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi).

34 U cilju očuvanja legitimnosti našeg doktrinarnog pristupa, ovdje moramo naglasiti da su naši raniji komentari u tom smislu napisani kada smo cijeli

Naše je početno stajalište u tom pogledu bilo da bi, uzimajući u obzir vrlo značajne pravne praznine koje su postojale u vrijeme kada smo pisali te prethodne komentare, najbolje rješenje bilo da se zakonom precizno propišu ovlasti tijela lokalne samouprave koje se odnose na imenovanja osoba u pravnim subjektima koje su osnovele jedinice lokalne samouprave ili koji su u njihovu vlasništvu.³⁵

Nadalje, što se tiče konkretnog spora glede imenovanja vezanih uz trgovačka društva, naše je mišljenje bilo da takva ovlast imenovanja pripada predstavničkom tijelu. Mi smo svoje tumačenje u bitnome konstruirali tvrdeći sljedeće: s obzirom na to da predstavničko tijelo odlučuje hoće li osnovati javne ustanove i druge subjekte za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave, ono također može (već u svojoj odluci o osnivanju) odrediti tko će, na primjer, biti članovi skupštine društva te tko će izabrati članove uprave i nadzornih odbora.³⁶

Također smo naglasili kako je činjenica da su u brojnim slučajevima predstavnička tijela delegirala izvršavanje vlasničkih prava na poglavarstva te smo zaključili kako to nedvojbeno potvrđuje da takva ovlast pripada upravo predstavničkom tijelu, odnosno da se ne može tumačiti na način da ona proizlazi iz funkcije zastupanja koja inače pripada izvršnoj vlasti.³⁷

Konačno, upozorili smo na, prema našem mišljenju, dvije prilično relevantne moguće us-

problem razmatrali u vrijeme prije zadnjih izmjena i dopuna Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (usvojenih 2012. godine).

35 Kao što je to jasno vidljivo iz ranijeg opisa razvoja pravnog uređenja, Hrvatski sabor je 2012. godine zauzeo upravo ovaj smjer djelovanja te je precizno definirao te ovlasti.

36 Drugim riječima, mi smo, prema tome, manje ili više, tvrdili isto što je i Ustavni sud Republike Hrvatske protumačio u svojem Rješenju iz 2010. godine.

37 Ovdje ponovno valja naglasiti kako je i Ustavni sud Republike Hrvatske odbacio tvrdnju da izvršna "ovlast zastupanja" uključuje i pravo imenovanja i razrješenja članova i predstavnika jedinice lokalne samouprave u skupštinama i upravnim vijećima trgovačkih društava odnosno javnih ustanova kojih je osnivač jedinica lokalne samouprave.

poredbe sa Zakonom o ustanovama: prvo, da je taj Zakon propisao da ustanovom upravlja upravno vijeće ili drugi kolegijalni organ i da se način izbora, odnosno imenovanja uređuje zakonom, aktom o osnivanju (koji donosi predstavničko tijelo) i statutom ustanove (koji se donosi uz suglasnost osnivača, a to je predstavničko tijelo); i drugo, da imenovanje ravnatelja ustanove može biti u nadležnosti upravnog vijeća, a zakonom ili aktom o osnivanju može se odrediti da to na razini lokalne samouprave bude predstavničko tijelo.³⁸ U zaključku smo iznijeli mišljenje da, s obzirom na to da pravna (izvršna) ovlast zastupanja jedinice lokalne samouprave ni na koji način nije relevantna za imenovanja osoba u ustanovama jedinica lokalne samouprave, nema logike da se takav pristup primijeni kada se radi o trgovačkim društvima.³⁹

Uzimajući u obzir cjelokupan naknadni razvoj događaja u ovom području (izmjene i dopune Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi), te se naše ranije interpretacije danas čine zastarjelima. Ipak, ovdje bismo željeli dati jedan konačni komentar cijelog problema. Usprkos činjenici da trenutačno vrijedeći Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi sada izričito propisuje kako izvršni čelnik ima pravo imenovanja i razrješenja predstavnika jedinica lokalne i regionalne samouprave u tijelima "njihovih" ustanova, trgovačkih društava i drugih pravnih osoba, čini se kako takvo rješenje, barem na teorijskoj razini, samo po sebi provocira određenu nekonzistentnost u značenju. Ukoliko se, naime, "osnovni sadržaj" egzekutivne vlasti sastoji u tome da ona "izvršava", a "osnovni sadržaj" predstavničke vlasti da "predstavlja", čini se da bi logičniji pristup Zakona bio da se propiše kako predstavnička tijela lokalne i regionalne vlasti, a ne izvršni čelnici, imaju pravo imenovanja i razrješenja.⁴⁰ Ili, drugim riječima, čini se kako takvo

pravo logično i "inherentno" proizlazi iz sasvim načelne, a, što je još i važnije, i ustavne (članak 133. Ustava Republike Hrvatske) "ovlasti predstavljanja" građana na lokalnoj i regionalnoj razini te da su upravo predstavnička tijela ona koja takvu ovlast predstavljanja logički mogu "delegirati" dalje.

Drugi najvažniji aspekt 'mini-reforme' hrvatskog sustava lokalne samouprave je uvođenje mogućnosti istodobnog raspuštanja predstavničkog tijela i razrješenja izvršnog tijela, s prijevremenim izborima za oba tijela, u slučaju neusvajanja proračuna lokalne samouprave. To obostrano raspuštanje/razrješenje mogu izazvati obje strane: gradonačelniku je dana isključiva ovlast da predloži lokalni proračun, a i ovlast da povuče prijedlog proračuna prije nego što ga vijeće usvoji. S druge strane, vijeće naprosto može glasovati protiv gradonačelnikova prijedloga proračuna.

To istodobno raspuštanje predstavničkog tijela i razrješenje izvršnog tijela ima neke sličnosti s talijanskim modelom izglasavanje nepovjerenja vijeća prema gradonačelniku, s automatskim raspuštanjem obaju tijela i raspisivanjem novih izbora. Međutim, u talijanskom modelu takav scenarij moguć je bilo kada tijekom mandata. Lokalno ili regionalno vijeće može usvojiti obrazloženi prijedlog za izglasavanje nepovjerenja gradonačelniku apsolutnom većinom članova vijeća. S druge strane, ostavka gradonačelnika

osobe", već u njegovom političkom smislu, na način koji uključuje različite društvene, političke, gospodarske i druge interese koji se moraju reflektirati u sastavu samih predstavničkih tijela, bez obzira je li riječ o predstavničkim tijelima jedinica lokalne i regionalne samouprave ili o predstavničkim tijelima različitih trgovačkih društava, ustanova i drugih pravnih osoba koje "pripadaju" tim jedinicama. Međutim, također se čini točnim i to da bi se ovdje mogla napraviti jedna daljnja distinkcija, uzimajući u obzir činjenicu da trgovačka društva, ustanove i drugi subjekti također imaju svoja vlastita "predstavnička" i "izvršna" tijela te da bi stoga, možda, određene ovlasti imenovanja i razrješenja ipak mogle biti dane lokalnim izvršnim čelnicima, ali samo kada se to odnosi na imenovanja i razrješenja "izvršnih predstavnika" u takvim trgovačkim društvima, ustanovama i drugim pravnim osobama. Ovo posebno pitanje ostavljamo za neku buduću raspravu.

38 Zakon o ustanovama od 5. kolovoza 1993, *Narodne novine*, br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08. Članci 35. i 38.

39 Kao što se to jasno može iščitati iz Rješenja Ustavnog suda, takav argument nije uzet kao relevantan.

40 U tom smislu, termin "predstavljanje" ovdje ne koristimo u njegovom tehničkom smislu u kojem on svakako pripada izvršnim čelnicima i odnosi se na, kao što je to Ustavni sud pravilno istaknuo, "treće

podrazumijeva ne samo njegovo razrješenje, već i raspuštanje vijeća.⁴¹

Hrvatski model ima više nedostataka u usporedbi s talijanskim.⁴² Kao prvo, istodobno raspuštanje obaju tijela može se dogoditi samo kao posljedica neusvajanja lokalnog proračuna, a ta procedura se događa samo jednom godišnje. Drugo, u slučaju neusvajanja proračuna, raspuštanja obaju tijela i prijevremenih izbora jedinica lokalne samouprave bila bi paralizirana više mjeseci, a možda čak i duže.

Treće, i najvažnije prema našem mišljenju, gradonačelnički veto nad proračunom lokalne samouprave nije sukladan ne samo hrvatskom Ustavu, nego i nekim važnim dokumentima Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti. Prema hrvatskom Ustavu, pravo na lokalnu samoupravu ostvaruje se putem lokalnih predstavničkih tijela, a ne putem gradonačelnika (članak 133., st. 2.). Što se tiče dokumenata Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti, oni jasno pozicioniraju lokalno vijeće kao najviši organ odgovoran za sveukupne lokalne nadležnosti. Primjerice, u Rezoluciji 139 (2002) o odnosima između javnosti, lokalne skupštine i izvršne vlasti u lokalnoj demokraciji konstatira se da "u svim uvjetima i ma kako bili izabrani ili postavljeni, svi izvršni organi imaju obvezu da odgovaraju, u određenim vremenskim intervalima, za način na koji izvršavaju svoju vlast" i da "predstavničke skupštine moraju uživati jamstva prema unutarnjem pravu, koja osiguravaju učinkovit nadzor nad izvršnom vlasti sukladno članku 3., odjeljku 2., Povelje, naročito putem ovlasti da odobravaju lokalni proračun (podcrtali autori) i lokalne poreze, usvajaju izvješća o izvršavanju proračuna i projekata gradskog prostornog planiranja i odobravaju lokalne politike, za čitav njihov izborni mandat".

Međutim, naše je mišljenje da ta načela nisu ozbiljena, ne samo u praksi, već također i u samom Zakonu, jer prema Zakonu lokalna izvršna vlast ima svojevrsni apsolutni veto nad usvajanjem općinskog proračuna od strane vijeća.

6 ZAKLJUČAK

Teško je predvidjeti funkcioniranje novog sustava i odnos između gradonačelnika i lokalnog vijeća narednih godina. U vrijeme pisanja ovog članka (šest mjeseci nakon lokalnih izbora u svibnju 2013.) proces usvajanja prvih lokalnih proračuna još nije započeo i stoga nije moguće analizirati taj proces u samoupravama s podijeljenom vlašću. Međutim, uvjereni smo da će pozicija gradonačelnika u mogućem sukobu s lokalnim vijećem biti mnogo povoljnija nego u prošlom mandatu, poglavito zbog njegove goleme ovlasti imenovanja, koja mu daje kontrolu nad svim ustanovama i trgovačkim društvima lokalne samouprave.

Ironično je da je nova, pretežno socijaldemokratska Vlada, odgovorna za najnoviju reformu lokalne samouprave, dizajnirala novo "imperijalno gradonačelništvo" uvjerena da će SDP ponovno osvojiti lokalnu izvršnu vlast u najvažnijim hrvatskim gradovima, a posebno u Zagrebu, nakon lokalnih izbora 2013., ali ta očekivanja nisu ispunjena. Milan Bandić, aktualni gradonačelnik, pobijedio je na gradonačelničkim izborima u Zagrebu kao nezavisni kandidat, a Socijaldemokratska partija, prvi puta nakon 12 godina, izgubila je većinu u Gradskoj skupštini.

41 O talijanskom modelu vidi Fabbrini (2001: 47-70).

42 Vidi Podolnjak (2013).

Bibliografija

- Henry BÄCK, 2005: The Institutional Setting of Local Political Leadership and Community Involvement. *Urban Governance and Democracy: Leadership and Community Involvement*. Ur. Michael Haus, Hubert Heinelt and Murray Stewart. London: Routledge.
- Sanja BARIĆ, 2009: Organski zakoni i Ustavni sud Republike Hrvatske u usporednopravnoj perspektivi. *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*. Ur. Hrvoje Kačer, Hrvoje Momčinović in Mladen Žuvela. Zagreb: Novi informator.
- Robert J. BENNETT, 1993: Local Government in Europe: Common Directions of Change. *Local Government in the New Europe*. Ur. Robert J. Bennett. London: Belhaven Press.
- Rikke BERG & Nirmala RAO, 2005: Institutional Reforms in Local Government: A Comparative Framework. *Transforming Local Political Leadership*. Ur. Rikke Berg, Nirmala Rao. London: Palgrave Macmillan.
- CLRAE (Congress of Local and Regional Authorities in Europe), 2004: *Explanatory Memorandum on Advantages and Disadvantages of Directly Elected Local Executive In the Light of the Principles of the European Charter of Local Self-Government - CPL (11) 2 Part II*. Rapporteurs Ian Micallef and Guido Rhodio.
- , 2002: Resolution 139 on Relations between the Public, the Local Assembly and the Executive in Local Democracy (the Institutional Framework of Local Democracy).
- Colin COPUS, 2009: English Elected Mayors: Developing a New Form of Local Political Leadership in England, or Moving On in the Same Old Style?, *Local Political Leadership in Europe: Town Chief, City Boss or Loco President?*, Ur. Herwig Reynaert, Kristof Steyvers, Pascal Delwit & Jean-Benoit Pilet. Brugge: Vanden Broele.
- Jadranko CRNIĆ, 1994: *Vladavina Ustava: Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina*. Zagreb: Informator.
- Sergio FABBRINI, 2001: Features and Implications of Semi-Parliamentarism: The Direct Election of Italian Mayors. *South European Society and Politics* (2009) 6/2.
- Robin HAMBLETON, 1998: *Local Government Political Management Arrangements - An International Perspective*. Edinburgh: The Scottish Office Central Research Unit.
- Hubert HEINELT & Nikolaos K. HLEPAS, 2006: Typologies of Local Government Systems. *The European Mayor: Political Leaders in the Changing Context of Local Democracy*. Ur. Henry Bäck, Hubert Heinelt, Annick Magnier. Wiesbaden: VS Verlag.
- Stjepan IVANIŠEVIĆ, 2008: *Izvršne institucije u lokalnoj samoupravi*. Zagreb: Institut za javnu upravu.
- Ivan KOPRIĆ, 2009: Directly Elected Mayors on the Territory of the Former Yugoslavia: Between Authoritarian Local Political Top Bosses and Citizen-Oriented Local Managers. *Town Chief, City Boss or Loco President?, Comparing a Strengthened Local Political Leadership across Europe*. Ur. Herwig Reynaert, Kristof Steyvers, Pascal Delwit, Jean-Benoit Pilet. Brugge: Vanden Broele and Nomos.
- John LOUGHLIN (Ed.), 2001: *Subnational Democracy in the European Union: Challenges and Opportunities*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert PODOLNJAK, 2010: *Mayor and Council: New Institutional Framework of Croatian Self-Government in Comparative Perspective*. Varaždin: PIPROM.
- , 2013: O neustavnosti odredbe o povlačenju prijedloga proračuna od strane čelnika izvršnog tijela. *Informator* (2013).
- Joseph F. ZIMMERMAN, 1999: The Strong Mayor-Deputy Mayor Plan in the United States. *Representation* 36 (1999) 2.
- *
- Odluke hrvatskih sudova. Ustavni sud (www.usud.hr):
U-II/38101/2009 od 17. ožujka 2010.
- Odluke hrvatskih sudova. Vrhovni sud (<http://sudskapraksa.vsrh.hr/supral/>):
— Revt 34/04-2 od 27. listopada 2004.
- Odluke hrvatskih sudova. Visoki trgovački sud:
XLIII PŽ-2677/06-05 od 18. listopada 2006.
LVIII PŽ-5961/09-3, od 20. listopada 2009.
- Hrvatsko zakonodavstvo (www.nn.hr):
Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi od 10. travnja 2001. *Narodne novine*, Br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13.

Zakon o ustanovama od 5. kolovoza 1993. *Narodne novine*, Br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08.

Statut Grada Belog Manastira od 2. srpnja 2009. *Službeni glasnik Grada Belog Manastira* (<http://www.beli-manastir.hr/sgl.htm>), Br. 4/09, 6/09.

Odluke sudova SAD-a. Vrhovni sud (<http://www.supremecourt.gov/>):

— *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 246 (1944) (R. H. Jackson, odvojeno mišljenje).

Robert Podolnjak,* Đorđe Gardašević**

Directly Elected Mayors and the Problem of Cohabitation

The Case of the Croatian Capital Zagreb

The new system of directly elected mayors implemented in Croatia in 2009 faced its most severe difficulties in municipalities with divided power, where the mayor and council majority represent different political options. Due to the uneasy relationship between the Mayor and the City Assembly in Zagreb, the new Croatian government decided to propose changes in the laws regulating elections and the relationship between the representative and executive bodies in the local government system one year ahead of the 2013 local elections. Mayors were explicitly given the right to elect and revoke the representatives of units of local and regional self-government in local institutions and companies. The second most significant aspect of the 'mini-reform' of the Croatian local government system is the introduction of the possibility of the simultaneous dissolution of the representative body and dismissal of the executive body, with new early elections for both bodies, in cases of the non adoption of the municipal budget.

Keywords: mayor, council, local and regional self-government, cohabitation, Croatia

1 INTRODUCTION

In many European countries, significant reforms of the institutional framework of their local self-government units have occurred in the last 15 years.¹ The most important among them is, in our opinion, the introduction of the direct election of mayors in local government. That much is admitted also in the Resolution 139 of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe, which says that "direct election of mayors by the people is a procedure increasingly used in Council of Europe member states to appoint the head of the executive".² In another report it

is stated that "on balance, there would seem to be a decided and indeed growing preference for more direct election" of local executive in Council of Europe countries.³ Almost all of Croatia's neighbours have adopted one or the other model of a directly elected local executive.⁴ With

aly, Spain and even the United Kingdom), but even more in former communist countries. Direct elections of mayors were introduced at the beginning of 1990's in Slovakia, Bulgaria, Romania, Slovenia, Albania and Ukraine, in 1994 in Hungary, in 1995 in Macedonia, and in 2002 in Poland. However, three Baltic States (Latvia, Lithuania, and Estonia), as well as the Czech Republic and Serbia still elect their local executive by the council. For a comparative analysis of institutional design of local government systems in the countries of former Yugoslavia, see Koprić (2009: 335-365).

* robert.podolnjak@pravo.hr | Professor at the Faculty of Law, University of Zagreb.

** gardasevic_99@yahoo.com | Assistant professor at the Faculty of Law, University of Zagreb.

1 Loughlin (2001) and Berg & Rao (2005: 1-14).

2 CLRAE, 2002: Resolution 139 on relations between the public, the local assembly and the executive in local democracy (the institutional framework of local democracy). This trend is present not only in Western European countries (Germany, Austria, It-

3 CLRAE, *Advantages and disadvantages of directly elected local executive in the light of the principles of the European Charter of Local Self-Government - CPL (11) 2 Part II*, rapporteurs Ian Micallef and Guido Rhodio (2004).

4 On different typologies of local government sys-

two laws enacted in October 2007 - the Law on Elections of Municipality Heads, Mayors, County Governors and the Mayor of the City of Zagreb and the Law Amending the Law on Local and Regional Self-Government - this system has also been introduced in Croatia, specifying the abolition of cabinets, as collective executive bodies elected by the local council, and the introduction of a directly elected local executive instead. It was, as admitted by the Croatian Government, the most fundamental change of the local government system in Croatia since its introduction in the years 1992-1993. The new system was implemented in 2009 with regular local elections. According to the data of the State Electoral Commission, the turnout in these elections was on average 10 percent higher than in 2005, and this higher turnout could be attributed to the implementation of the new system of directly elected mayors.

After the first direct mayoral elections held in 2009 we have had the initial experience of the new system operates in practice. Our preliminary conclusions are that direct mayoral elections have brought greater legitimacy to the mayoral office, because of their direct election, greater identification of citizens with the local government (at least measured in terms of the higher turnout in elections), and a greater degree of continuity in the functioning of the local executive, because not one mayor has been dismissed by recall referendum. However, the main problem of the new system seems to be in the overlapping or ambiguous powers of mayors and local councils, especially in the situation of cohabitation, i.e. when mayor does not have majority support in council for the enactment of his/her policies.

Cohabitation was the case for several years in the Croatian capital Zagreb and the city represented a sort of test case for the new system, which still has many opponents. The conflict between the Mayor and the City Assembly in Zagreb in the last mandate between 2009 and 2013 has revealed many weaknesses of the legal architecture of the new system. The apparent

tems, see Bäck (2005: 65-101), Bennett (1993: 1-27), Heinelt & Hlepas (2006: 21-42), Hambleton (1998), Ivanišević (2008) and Podolnjak (2010).

shortcomings of the new system have been addressed in the amended Law on Local and Regional Self-Government passed in December 2012. The amended Law represented a sort of a 'mini-reform' of the local government system with the stated goal of securing "a stronger political stability in the relations between representative and executive bodies, greater efficiency in executing the tasks of these two bodies, and to define more clearly their rights, obligations and responsibilities".⁵

In this paper we analyse two crucial conflicts between the Mayor and the City Council in Zagreb. The first relates to the question of who has the power of appointing the members of assemblies and supervisory boards of the companies created by the self-government units, and the second relates to the question of who has the last word over the city budget. In the conclusions we point out that these two conflicts have led to the most significant changes in the Law on Local and Regional Self-Government.⁶

2 THE PROBLEM OF COHABITATION BETWEEN THE MAYOR AND THE LOCAL REPRESENTATIVE BODY AFTER THE ELECTIONS IN 2009

The opponents of the new system of directly elected mayors often argue that the greatest problem of the new system could be the conflict between the representative body and the directly elected mayor, in a situation when he/she does not have the confidence of majority in the council, and that this would probably lead to a pa-

5 Excerpt from the Government's proposal to amend the Law on Local and Regional Self-Government. URL: <http://www.vlada.hr/hr/content/download/229927/.../file/57.%20-%201.pdf> (November 28th, 2013).

6 Our paper was originally presented at the 22nd IPSA World Congress in Madrid in July 2012 under the title *Institutional Reform in Croatian Local Government: From Cabinets to Directly Elected Mayors* at RC05 panel Mayors in Comparative Perspective. Before the peer review process had been finished, the Croatian Parliament enacted amendments to the Law on Local and Regional Self-Government in December 2012. Those amendments are extremely relevant for the theme of our paper so we decided to address them in the conclusions.

ralysis in the functioning of the local government unit in question.

After the local elections of 2009 in many municipalities, cities and counties with directly elected mayors and county governors were confronted with the situation that they no longer had the support of the majority of those in the council. According to an unpublished analysis of GONG (a Croatian NGO dedicated to the supervision of elections) considering the political membership of the mayor after the elections of 2009 in 11 local government units (about 2%) there was cohabitation of mayor and council, because in these units the absolute majority of councillors belong to different political options to the mayor. In 347 units (about 60%) the directly elected mayor had majority support in the council based on his party and/or parties that had stood behind his or her candidacy. Finally, in 219 units (about 38%) the directly elected mayor didn't have majority support in council because the majority of councillors belonged to political options which didn't participate in the local executive. However, this situation did not automatically mean that in all of these local government units cohabitation would prevail, although it was not excluded.

In a situation when the mayor could count on the support of the representative body, the new system would probably function as before in the 'local parliamentary' system. However, the true test of the new system would be its functioning in situations of conflicting mayor-council relationship due to cohabitation. In some larger Croatian municipalities this situation emerged after the elections of 2009 (the cities of Velika Gorica, Vrbovec, Beli Manastir, and especially Zagreb, along with many more small municipalities). Therefore we turn now to the strongest and also the most important case of cohabitation between the mayor and the local council that was present in the period between 2010 and 2013, namely that in the City of Zagreb, the capital of Croatia. Because of the political, financial and economic power of this city, the function of the Mayor is the second most important executive function in the state.

3 THE CONFLICT BETWEEN THE MAYOR AND THE CITY ASSEMBLY IN ZAGREB - WHO REPRESENTS THE CITY?

The cohabitation problem in Zagreb came as a result of a rather peculiar political situation. For a number of years, the mayor of Zagreb, Milan Bandić, had been a member of the Social Democratic Party (SDP) which also nominated him as a candidate for local elections that took place in May of 2009. According to the new legislation already in force, Mr. Bandić became mayor of Zagreb once again, after defeating another candidate in the second round, on May 31st 2009.

Shortly after that, in July 2009, the SDP organized internal elections for a party candidate for the elections of the President of the Republic of Croatia, both of which were later won by the present President of the Republic, Ivo Josipović. However, having been dissatisfied with such an outcome, Mr. Bandić decided to take action himself and in early November 2009 he first suspended his membership of the SDP and then announced his decision to run for the state presidency office as an independent candidate.⁷ Consequently, having found a legal basis in its party statutory provision that precluded the independent candidacies of its members, the SDP immediately announced that Mr. Bandić's membership of the SDP ceased. All of this, therefore, resulted in a situation that the city of Zagreb was to be run by an independent mayor, now politically disconnected from the party that had once nominated him for the position, and obviously in a potentially confrontational position with the city council.

The problem of cohabitation on local levels in Croatia has, as we have said before, not been restricted to the capital. In a number of cities one of the typical issues that gradually evolved arose out from the dispute between mayors and councils in relation to the power of appointing the members of assemblies and supervisory boards of the companies created by the self-government units.⁸

7 The last presidential elections in Croatia were held on December 27th 2009 (the first round) and January 10th 2010 (the second round).

8 The other particular issue that this paper describes

Earlier practices in that respect have not been uniform - through decisions on the founding of companies of units of local and regional self-government, the representative bodies had often been given the rights and powers of a founder, as a single member of a company, to units' cabinets, which in turn, sitting in a function of a company's assembly, have elected the company's management and members of supervisory board. In some cases, the representative bodies themselves have performed the function of a company's assembly and, consequently, have also directly elected members of the management and supervisory boards. Notwithstanding those differences, such practices, however, have not been problematic, due to the fact that representative bodies, through their decisions on the founding of companies, have been giving particular powers to local executive bodies, which themselves had a guaranteed majority support in representative bodies. The newly established legal framework significantly changed the situation: the absence of a political consensus between the executive and representative bodies typically leads to a dispute and various attempts at the seizure of particular powers.

Bearing in mind the frequent requests related to the problem of the election of members of assemblies in companies owned by units of local and regional self-government, as well as differing practices thereof, in September 2009 the Croatian Ministry of Administration delivered and distributed to all local and regional units its own opinion on the issue.⁹

Pointing to the relevant provisions of the Law on Local and Regional Self-Government¹⁰ which prescribed that representative bodies, among other things, had the power of "electing and revoking other persons determined by law, regula-

in this context is the problem of a local self-governing unit's budget enactment.

9 Competence of election of assembly members in companies owned by units of local and regional self-government (Opinion: 023-01/09-01/283; 515-01-09-1, September 21st 2009).

10 [Law on Local and Regional Self-Government] Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi from 10th April 2001, *Narodne novine*, No. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13. Article 35 par. 1/3 and par. 1/5.

tion or statute", and that it was them who had a power of founding institutions and other juridical persons for performing the economic, social, communal and other activities in the interest of local and regional units, the Ministry stated that it was undisputable that representative bodies were also competent for all elections, including those pertaining to the members of assemblies in companies owned by local and regional units. On the other hand, the Ministry declined to interpret that the enumeration of powers of mayors in the article 48 of the Law on Local and Regional Self-Government in any way implied the mayors' powers of election and revocation. Moreover, according to the opinion, "a directly elected head of a municipality, city or a county cannot have more powers than it has been given to him by law". In its reasoning the Ministry also invoked one earlier decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia, where it stated that a representative body, acting in the name of a founder of a company, had the power of the election of members of a company owned by a local unit.¹¹ Finally, the Ministry stated that the power of election belonging to a representative body should also be specified in a statute of a local or regional self-government unit.

Only one day passed from when the Ministry delivered its opinion to when it was harshly disputed by the Association of Cities.¹² In substance, the Association claimed that the Ministry wrongly interpreted the Law and significantly restricted powers that the directly elected mayors were given by a number of other laws which, just before a parliamentary summer break, had been harmonized with the Law on Local and Regional Self-Government. In particular, the Association claimed that, by his legally conferred power of representation (contained in article 42 par. 1 of the Law on Local and Regional Self-Government), it was exactly the mayor who had the power to represent a city in the company assembly, a fact that "the Ministry in its disputable and legally unfounded opinion completely ignored, giving other, incompetent bodies (city councils), stric-

11 Revt 34/04-2, October 27th 2004.

12 The opinion of the Association of Cities (URL: <http://www.udruga-gradova.hr/Default.aspx?art=145&sec=18>, May 14th 2012) (in Croatian).

tly prescribed and defined powers of directly elected mayors". The Associations' opinion also pointed to the prevailing practices of Croatian commercial courts and a separate conclusion written by the Working Group for the Issues of a Judicial Registry with the High Commercial Court (dated February 2nd 2006), interpreting that the assembly of a limited liability company is composed of its founders, which itself also relates to those companies whose only founder is a self-government unit (city), represented by a mayor, and not its cabinet (as it has been regulated in some founding statements or company contracts). The Association also stressed that the opinion delivered by the Ministry of Administration "was not legally binding, nor could it be a source of law", that it was "completely contrary not only to all decisions of heads of state administration, professionals whose primary task was to see that the legality of work and acts of all local units is respected, but also to the practice of all commercial courts throughout the Republic of Croatia", and expressed hope that commercial courts "would not alter their procedures, so as to adjust them to the opinion of the Ministry".

Here, we have given a wider presentation of statements made by the Ministry and the Association of Cities¹³ because we think they are directly related to a very significant issue of the competencies of the units of local and regional self-government. The comparative literature on local executive bodies asserts that one of the important qualities of a "strong" mayor is his power of election of all executive officials, i.e. his power of integration of all administrative offices and juridical persons, whose founder or owner is a local unit, under his supervision.¹⁴ In that sense, it is obvious that the issue of the competence in electing persons in companies owned by the units of local self-government significantly determines

whether there is a "strong" or a "weak" head of local executive. The dispute that was described here is important to us not only because of the various interpretations of powers legally conferred to bodies of local self-government (whether the appropriate competence derives from the power of election belonging to representative bodies or from the power of representation belonging to the head of a local executive), but also because of the role performed by the central state bodies in resolving disputes of competence. It should be emphasized in this context that the opinions of the Ministry, in legal terms, are not a good solution. It is a fact that the opinion of a state body is not a regulation in a sense of a normative, generally binding legal act.¹⁵ Therefore, there is no legal possibility to request the review of constitutionality or legality of such an opinion. On the other hand, the Ministry does not dispose of any instruments through which it could prevent the adoption of a mayor's decision on, for example, electing the members of advisory board of a company owned by the unit of local self-government (taking into account that this would be done by an individual legal act which cannot be subject to the legality review). In the Croatian legal system, there exists only the possibility of a review of legality of general legal acts enacted by a representative body. There is no legally prescribed obligation of a local executive head to submit acts that he enacted to the competent state administration body, and no possible review of constitutionality or legality of such acts. The only legal solution to challenge an individual act of a local executive head is to, according to Article 77.a of the Law on Local and Regional Self-Government, request the administrative court proceedings.

Taking into account such legal gaps, we think that the best solution would be to precisely prescribe by law the competencies of the bodies of local self-government pertaining to the election of persons in juridical entities founded or owned by the local self-government unit. As far as the actual dispute on the issue of elections related to companies is concerned, it is our opinion that such a power belongs to a representative body.

13 It should be stressed here that on behalf of the Association of Cities the opinion was signed by its president, a person who otherwise holds the position of mayor of the city of Rijeka. In practice, the Association operates as a body which represents interests of mayors, a fact that should be taken into consideration when estimating its opinions.

14 In that respect, for definition of powers belonging to "strong"; directly elected mayors in the US, see Zimmerman (1999: 171-177).

15 This was confirmed by the Croatian Constitutional Court already in 1993. See Crnić (1994: 32).

Since a representative body decides on whether to establish public institutions and other entities for performing economic, social, communal and other activities in the interest of local and regional units, it can also (in its very decision on founding) determine who will, for example, be members of a company assembly and who will elect members of management and advisory boards. It is a fact that in numerous cases representative bodies delegated the execution of ownership rights to cabinets, but this unequivocally confirms that such a power belongs exactly to a representative body, and that it cannot be interpreted as deriving from the function of representation otherwise given to the executive branch. Equally, the Law on Institutions¹⁶ prescribes that the institution is governed by its administrative council or another collective body, whose mode of election or appointment is regulated by law, act of founding (enacted by a representative body) and an institution's statute (enacted with the consent of a founder and, that is, a representative body). At the same time, the power of electing an institution's administrative head can belong to its administrative council, while a law or an act of founding can determine that, on a local self-government unit level, this power belongs to a representative body.

In other words, the legal power of representation of a local self-government unit is in no way relevant for the appointments of persons in the institutions of local self-government units. Why should a different logic be applied to companies?

An identical situation to the one just described appeared in the City of Zagreb shortly afterwards, resulting in a mayor's formal decision to suspend the application of two provisions of the City Statute, as well as two other conclusions by the City Council related to the appointment of representatives in the assembly of two companies owned by the City.¹⁷

In this respect, the relevant provisions of the City Statute prescribed that it was within the City

Council's authority to decide on the composition of the assembly of companies which are 100% owned by the City and to determine the City's representatives in assemblies of such companies in which the City does not participate with a 100% of ownership. Based on these statutory provisions, the subsequent conclusions of the City Council then clarified that the assembly of companies which are 100% owned by the City is composed of its president (a function belonging to the mayor) and 10 additional members (elected by the City Council from its representatives).

Contrary to what was prescribed by the contested provisions of the City Statute and subsequent conclusions, the mayor founded his case on several claims: firstly, that "the member of the company is *ex lege* a member of its assembly"; secondly, that the Croatian Law on Companies "clearly and unequivocally determines" that the (limited liability) company assembly is composed of its members (one or more); thirdly, that the only member of two companies related to the case was the City of Zagreb; and fourthly, that it is exactly the mayor of Zagreb, by its authority of representation, who is practically the sole member of assemblies of two companies.¹⁸

As it can clearly be seen from the previous description of events, this particular problem of confrontation between mayors and city councils, as well as the Ministry of Administration, became obvious by the closing days of 2009 and it finally resulted in the Croatian Constitutional Court's decision in favour of representative bodies, delivered on March 17th 2010.¹⁹ This decision, however, was not related to the situation in the Croatian capital, but in the City of Beli Manastir, but its consequences are applicable to all other similar cases.

In short, the contested provisions of the City Statute of Beli Manastir, enacted by the City

16 [Law on Institutions] *Zakon o ustanovama* from 5th August 1993, *Narodne novine*, No. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08. Articles 35 and 38.

17 The decision of the Mayor of the City of Zagreb, 012-03/09-01/4; 251-02-01-09-1 (November 18th 2009). *Narodne novine*, No. 25 from November 30th, 2009.

18 Moreover, in his reasoning, the mayor also invoked two decisions of the Higher Commercial Court of the Republic of Croatia: XLIII Pž-2677/06-05 from 18th October 2006; LVIII Pž-5961/09-3, from 20th October 2009.

19 U-II/38101/2009 from 17th March 2010. This decision, however, was related to the situation not in the Croatian capital, but in the City of Beli Manastir, but its consequences were applicable to all other similar cases.

Council in July 2009, prescribed the authority of the Council to elect and revoke the membership of executive boards of institutions, companies and other juridical persons founded by the City, as well as its authority to elect, nominate and revoke the representatives of the City in the assemblies of those companies which are partially owned by it, and in the executive boards of those institutions which have been founded by the City.²⁰

In her motion for the review of constitutionality and legality of the City Statute, the applicant, as in previous similar cases already mentioned, claimed that the City Council deprived the directly elected mayor of their legal authority to represent the City (as explicitly prescribed in article 42 par. 1 of the Law on Local and Regional Self-Government), arguing that the representation in the company assembly is, in legal terms, representation of the founder of a company. Similarly, the applicant claimed that the City Council had no authority to enact other here described statutory provisions, having found them to be contrary not only to the Constitution, but also to a number of other laws, acts of state administration bodies delivered in the review of legality procedures, and opinions of various Croatian commercial courts.²¹

By completely ruling-out the relevancy of other laws invoked by the applicant, the Constitutional Court based its decisions solely on the relevant provisions of the Croatian Constitution and the Law on Local and Regional Self-Government. On the strictly constitutional level, the Court relied on those articles which guaranteed the general principles of constitutionality and

legality and the right to local and regional self-government, which described the particular local affairs that the Constitution reserved for the units of self-government as well as the general modalities of their conduct, and which established the authority of units of local and regional self-government to regulate by statute their internal composition and competencies according to law (articles 5, 132 par. 1 and 2, 134, 135 and 136 of the Constitution of the Republic of Croatia). As to the Law on Local and Regional Self-Government, the Court cited those provisions which specified domains to be further regulated by the statute of the local and regional units and which defined the specific powers of representative and executive bodies in such units, including the most problematic right of representation (articles 8, 35, 42, 44 and 48 of the Law on Local and Regional Self-Government).

In the relevant part of its reasoning, the Constitutional Court clarified several points. Firstly, the mayors' right of representation of units of local and regional self-government, although generally established by law, is principally directed to "third persons" (e.g. courts and other state and public bodies) and as such it does not include their "inherent" right to elect members and representatives of units of local self-government in assemblies or executive boards of companies and institutions founded by the local self-government unit.

Secondly, the right of the election of members and representatives in the assemblies and executive boards belongs primarily to the local representative bodies, this being so because the Law on Local and Regional Self-Government itself does not contain a specific provision that would regulate the matter specifically, apart from the fact it gives the power to local representative bodies to "elect and revoke other persons defined by law, other regulation or statute" (leaving thus the issue, designated as belonging to the self-government domain, in this case to be resolved by the local unit's statute), and because the local or regional representative bodies have the right anyway to establish various juridical persons (institutions, companies and other) for the fulfilment of activities and tasks of local interest.

Thirdly, however, having the power to regulate the issue by their statutes, local representa-

20 [Statute of the City of Beli Manastir] Statut Grada Belog Manastira from 2nd July 2009, *Službeni glasnik Grada Belog Manastira* (<http://www.beli-manastir.hr/sgl.htm>), No. 4/09, 6/09.

21 Apart from the constitutional provisions enumerating the "highest values" of the Croatian constitutional order, guaranteeing the principles of constitutionality and legality and establishing the authority of units of local and regional self-government to regulate by statute their internal composition and competencies according to law, the applicant also relied on the relevant provisions of the Law on Local and Regional Self-Government, the Law on Institutions, the Law on Companies and the Law on Budget.

tive bodies also have two options at their disposal: either to give a right of election to mayors or to retain it for themselves.

The decision of the Constitutional Court finally settled the first great conflict between the Mayor and the City Council in Zagreb. To this, we would like to make some additional comments.

In the first place, it should be noted that the Constitutional Court only briefly mentioned possibly the most relevant provision of the Croatian Constitution related to the regulation of local and regional self-government, namely the one explicitly prescribing that the right to local and regional self-government is to be exercised through local and regional representative bodies (Article 132 par. 1 and 2 of the Constitution of the Republic of Croatia). That being so, the Court could also have emphasized much more that a kind of an "overall precedence" in ambiguous cases, like the present one, belongs to those branches of local government which are explicitly regulated by the Constitution itself, and not to those that derive their authority from a particular law.²²

This is even more important in light of the fact that the executive stream, as a rule, often invoked the argument that, according to the new system, mayors were directly elected and therefore enjoyed not only a separate political legitimacy, but also more powers.²³ This line of reasoning, however, is relevant only insofar as their possible accountability and revocation is concerned. On the other hand, in a state governed by the rule of law (Article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia), the very problem of particu-

lar competencies should be precisely regulated by legal provisions, leaving potential controversies aside as much as possible. Admittedly, this is not an easily achievable task, but what is more interesting, it can, at least for the purposes of a theoretical debate, be linked to another separate kind of legal interpretation, which leads us to the next point.

The executive stream's attempt to qualify the mayors' power of election as "inherent" to their function was, as it was explained here, rejected by the Constitutional Court and, in our opinion, rightly so. That fact should not be underestimated when thinking of the boundaries imposed upon the local executive competencies through the 2009 Croatian legislation regulating local and regional self-government. The Constitutional Court's opinion, on the other hand, by allowing that through their statutes local representative bodies could decide whether to give the right of election to mayors or to retain it to themselves, sanctioned a particular form of "delegation of powers". Also, by doing this, the Court practically said that there could be 'strong' and 'weak' mayors, depending on the statutory powers delegated by council.

Moreover, it should also be stressed that in its opinion the Croatian Constitutional Court rejected the applicant's motion to apply the relevant provisions of other laws (the Law on Institutions, the Law on Companies and the Law on Budget). In this paper, we have already pointed out that certain legal analogies in that context, at least theoretically, could still be drawn (e.g. previously explained situation of appointments of persons in the institutions of local self-government units). Nevertheless, it seems that this particular segment of the case opens quite an important general problem of the relationships between ordinary and the so-called "organic laws".²⁴

22 However, it should be admitted, as it has already been pointed out, that the Constitutional Court also invoked another constitutional provision pertaining to the right of local and regional self-government units to regulate their "internal composition and competencies according to law" (article 135 of the Constitution of the Republic of Croatia). But the core of the Court's argument was from thereon construed mainly on the level of a legal, and not constitutional, interpretation.

23 In that context, one of the mayors stated the following: "For the first time we had direct elections and thus I cannot have fewer powers now than I had had after I had been elected by the council". See "Gradonačelnici: Neka Mlakar misli što hoće, mi ne damo ovlasti", *Novi list*, Rijeka (October 11th 2009), p. 5.

24 The Croatian Constitutional Court in the above mentioned case did not deal with this particular issue, but it is important to bear in mind that in the Croatian constitutional system the laws that, among other things, regulate the local and regional self-government are qualified as the "organic laws" which have to be enacted by a majority of all representatives in the Parliament (article 84 of the Constitution of the Republic of Croatia). From this point of view, in the Croatian doctrine it has already been stressed that the organic laws have a

4 WHO HAS THE LAST WORD OVER THE CITY BUDGET?

The second major conflict between the mayor and the city assembly was over the power to determine the criteria for charging for the services of preschool care for children in the institutions of the City of Zagreb. This conflict was connected to the more important issue of who has the last word over the city budget.

The budget is, along with the statute of the local government unit, the most important act in the jurisdiction of the local council. According to the Law on Local and Regional Self-Government, before it was amended in 2012, these acts must be adopted by the majority vote of all the members of the representative body. Moreover, the local council may be dissolved by the Croatian Government if it fails to adopt the budget in the legally defined deadline or if it fails to make the decision on temporary funding. In the former 'local parliamentary' system in Croatia most of the dissolutions of local councils had occurred because of a failure to adopt the budget. The failure to adopt the budget was a sort of a vote of non-confidence to the local executive cabinet by a council, which had a negative majority against the mayor's proposal, but not a positive majority to elect a new mayor. The dissolution of the representative body meant that there would be an opportunity after the election to elect a new mayor and his executive cabinet.

Some analysts of the new system thought that the failure to adopt the budget because of the conflict between the directly elected mayor and the council would be the major cause of council's dissolution. This was predicted because the power to propose a budget to the council had been exclusively given to the mayor according to the Budget Law, and there are no sanctions prescribed in case he fails to fulfil this obligation.

In some American cities with the system of a 'strong mayor', in the process of the adoption of the city budget the mayor has the right to veto the council's amendments to his budget's proposal, and the council has the power to overrule mayor's veto with the two-thirds majority of

all representatives. Similarly, English mayor proposes a budget which may be amended or overturned only by a two-thirds council majority.²⁵ However, mayors in Croatia don't have the power to veto the council's amendments, and, as we have said before, there is only a majority of all the council's representatives required for the adoption of the budget.

In some municipalities, the process of budget adoption in the first year after the introduction of the directly elected mayors witnessed the use of a new instrument of mayoral power not anticipated by the legislation. In case of council's amendments to the mayor's draft budget he simply withdrew his proposal before the voting on the amendments leaving the council in situation of not having any budget proposal to adopt or amend. Mayors had been using their exclusive right to propose the budget, and also their superior means of information required to propose this complex financial document. With such conduct mayors have completely abused their legal powers, but the law did not stipulate that such conduct is prohibited and thus sanctioned. The withdrawal of the draft budget by the mayor, in the case of the council's amendments, occurred in several Croatian municipalities in December 2009. Having found themselves in strange territory, not legally defined, the councils behaved differently - some of them agreed reluctantly to the mayor's proposal, some of them voted their amendments, despite the mayor's withdrawal of the draft budget, and thus adopted the amended budget, and some of them did not know what to do and simply left their municipality without a budget for the next year.

The results of the different actions of individual councils were also different, and it must be said that many contradictory statements could be heard or read at the time from one or the other side. Let me just point to two different endings of the budgetary crisis in two municipalities. The first case concerns the City of Vrbovec in which the council's majority and the mayor were of opposing political parties. Confronted with the council's amendments to his draft budget, the mayor withdrew it referring to the council's rules of procedure according to which the authorized

higher legal value than ordinary laws, and that the latter therefore should conform to the provisions of the former. See Barić (2009: 251-283).

25 Copus (2009: 55).

proposer has the right to withdraw its proposal before it is decided upon by the council. Contrary to the mayor's opinion, the council interpreted the disposition of the rules of procedure differently, considering that the procedure of adopting the budget had begun with voting on the council's amendments and that in this phase of the procedure the mayor has no authority to withdraw his proposal. Accordingly, the council finished with the voting, adopted all of the submitted amendments and finally voted on the amended budget. The mayor thought that the budget had not been adopted lawfully and refused to publish it in the official gazette of the municipality. Instead, he requested the authorized Ministry of Administration to recommend the disbandment of the council to the Government. The Ministry conducted an inspection which concluded that the council had lawfully adopted the city budget. The inspection gave the following explanation for its conclusion:

The withdrawal of the draft budget, after conclusion of the discussion, in the midst of deciding upon the amendments, on the 29th December, would represent the denial of the possibility for adopting the budget to the representative body in the lawfully prescribed time (before the beginning of the year for which the budget is adopted) /.../

It is important to point to the dispositions of the European Charter of Local Self-Government, which had by the adoption of the Law on confirmation of the European Charter of Local Self-Government /.../ become the part of legal order of the Republic of Croatia and which paragraphs had entered into force in relation to the Republic of Croatia in full. From the conception of the local self-government determined in the Article 3 of the European Charter follows that the local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population, and which right shall be exercised by councils or assemblies.

In the concrete case, the denial of the possibility of adoption of the budget to the representative body and possible creation of conditions

for its disbandment directly influences the right and the possibility of the local unit to manage the essential parts of its public needs in the interest of the local population.

We agree completely with this observation - it is written with full regard to the letter and the spirit of the European Charter.

However, the Vrbovec case and the opinion of the inspection of the Ministry of Administration were little noticed in public.²⁶ Much greater attention was given to another case in which the Ministry recommended the Government disband one council in a small municipality (Stari Mikanovci), because it had not adopted the budget and the decision on temporary funding. The council was dissolved because the mayor had withdrawn his draft when confronted with the council's amendments. In this situation the council did not adopt its amendments and the budget as amended, as was the case in Vrbovec. Instead, the council adopted the decision on temporary funding, but not on mayor's proposal. The inspection of the Ministry concluded that the council had been acted unlawfully. It is evident that in two different cases the Ministry's inspection conclusions were opposite. In the Vrbovec case, the inspection stated that the mayor could not withdraw the draft budget in the process of council's decision-making on the draft budget. In the other case, the (presumably different) inspection stated that the council could not adopt the budget or the decision on temporary funding if these acts had not been proposed by the mayor.

In the end, the council in the Municipality Stari Mikanovci was disbanded by the Government, and afterwards this decision was confirmed by the Administrative Court. It was the first case of the disallowance of a representative body after the election of 2009, and therefore the impression was, especially among the councilors in many municipalities, that the mayor could cause the disallowance of council simply by withdrawing his draft budget, if confronted with

26 The minutes of the inspection are an internal document of the Ministry, and therefore not available to the public. We obtained this document from the president of the City council of Vrbovec.

unwanted amendments.²⁷ Regretfully, it must be pointed out that the Ministry of Administration did not react in this situation by proposing changes to the Law on Local and Regional Self-Administration or to the Budget Law. Therefore, the ambiguities in the law and the inconsequential nature of the actions of the authorized Ministry created a false impression that mayors have a *de facto* veto on the council's amendments to their draft budget. We had to explain this situation, created in the first year after the 2009 election of new mayors and councils because it is of relevance for our discussion of the conflict between the mayor and the city assembly in Zagreb.

The conflict over the budget in the City of Zagreb did not occur in 2009, because at the time the attention was focused on the forthcoming presidential elections in December 2009, in which Mayor Bandić and the candidate of the Social Democratic Party Ivo Josipović were the favourites for the Presidency. When Bandić lost the election in the second round in January 2010, his relationship with the city assembly, dominated by the SDP, rapidly deteriorated.

It has to be emphasized that Bandić was without any support in the assembly - he could not count on any party to support him. It is also important to notice that the main opposition party in Zagreb, the Croatian Democratic Union, was also the governing party in Croatia at the time, and used the conflict between the SDP and its former long standing member to its advantage. This was especially visible in 2011, when the conflict between the assembly and the Mayor erupted over the issue of the compensation of services for the preschool care in Zagreb.

This conflict began with the adoption of the city budget for 2011. The mayor proposed in the accompanying program of public needs in the preschool upbringing and education and the care of children of preschool age that parents who have their children in the preschool institutions of the City of Zagreb would have to pay for daily care according to new criteria, namely according to their average family income. Up until

then the parents had paid compensation regardless of their income, which was, in the Mayor's opinion, contrary to the principle of social justice. In times of economic crisis and smaller revenues in the city budget he thought that parents with higher incomes should participate with higher compensation for their children. The assembly was against the mayor's proposal, because the leading SDP thought it would be politically wrong to raise the compensation for thousands of parents in the capital just ahead of forthcoming parliamentary election. However, the Assembly did not propose and voted amendments on the mayor's draft budget. The explanation for this behaviour could be found in the following passage from the assembly's conclusions: "By not accepting the program of public needs, which is connected to the budget, the City Assembly could not accept and adopt the budget, and that would lead to the disallowance of the City Assembly."²⁸

The Assembly was faced with the Mayor's threat of the withdrawal of his draft budget in case of the Assembly's amendments and then the Assembly would have no budget to vote upon. Politically, the SDP majority in the Assembly was pretty certain that the CDU Government would use this opportunity to disband the Assembly, and to blame Social Democrats for the ensuing costs of the premature Assembly election as a result of inner conflict between the SDP and its former long standing Mayor.

By accepting the budget proposed by the Mayor, the Assembly temporarily declined to challenge the Mayor's position on the issue of parental compensation for preschool daily care. However, in April 2011 this issue arose again because the Assembly did not approve the Mayor's draft decision concerning the criteria for the payment of compensation for preschool care and benefits for some parents, a decision which was based on the program adopted along with the budget. Instead, the Assembly adopted its decision based on completely different criteria for preschool compensation. The day after, the Mayor suspended this decision from execution,

27 Altogether, 15 councils in different municipalities were dissolved after the election of 2009 and 12 were because they had not adopted the budget.

28 The City Assembly conclusions of 17th May 2011 regarding the Mayor's suspension of the City Assembly Decision.

claiming that the decision was contrary to the City budget and requested the Assembly to remove the detected shortcomings within fifteen days. This power of suspension is among the longstanding powers of Croatian mayors, but it has been used extremely rarely. But now, in situations of cohabitation, this power was welcomed by mayors faced with hostile councils. As we have said before, if the representative body fails to remove shortcomings, the mayor is obliged to inform the head of the central body of the state administration competent for the supervision of the legality of work of the bodies of local or regional self-government units about it, within eight days.

The Assembly reacted to the Mayor's suspension of its Decision by claiming that it has the right to adopt general acts and specifically that its decision is based on the Law of preschool upbringing and education, which gives the representative body the power to determine compensation and benefits for parents with children in the preschool facilities of a local government unit. In its conclusions, the Assembly stated that if its decision was not consistent with the City budget, it is accordingly the duty and obligation of the Mayor to propose changes in the budget. However, the Mayor declined to do so and instead informed the Ministry of Administration of his suspension of the Assembly's decision. On the other side, the Assembly requested from the Ministry of Science, Education and Sport its opinion as to the legality of the Decision. So, the local conflict between the mayor and the representative body was raised to the state level.

In the following months, no fewer than three state ministries issued their opinions regarding the disagreement between the local government bodies in Zagreb. The Ministry of Administration, the Ministry of Science, Education and Sport and the Ministry of Finance stated that the Assembly had the legal right to adopt the decision regarding the compensation and benefits for parents with children in preschool facilities. However, the Ministry of Finance also stated, which was obvious from the beginning, that the Assembly's decision from April 2011, was not in agreement with the city budget, because these two acts prescribe different criteria for parental participation in the financing of preschool care. So, the Minis-

try concluded that "there are no legal obstacles for the implementation of the decision of the City Assembly, but this decision must be accompanied with changes to the city budget for 2011 and the changes of the program (of public needs in preschool care)".²⁹ After months of legal discussions, the conflict was still not resolved. It was, moreover, only at the beginning - the Assembly was convinced that it had acted lawfully, and the Mayor was supporting the valid city budget, which had been adopted by the Assembly and was unwilling to propose amendments to it. It has to be emphasized that during most of the year parents with children in the city preschool facilities didn't know what they would have to pay - was it to be according to their income, as proscribed in the City budget and the accompanying program, or according to the Assembly's decision, which was suspended by the Mayor. Conflicting statements from the Mayor and the president of the City Assembly confused parents and the whole story looked like a nightmare. It seemed that there was no legal solution for the impasse.

Why did the Assembly not initiate the process of the Mayor's removal through a referendum? As we have said before, the representative body could initiate a referendum for the dismissal of the local executive in two cases and one was if they violate or fail to execute the decisions of the representative body. So, there were certainly the legal grounds to initiate a referendum, and there was also the necessary majority in the Assembly which could have adopted this decision. The problem with the referendum was in the disposition that in the referendum on the Mayor's removal two conditions has to be fulfilled - one is that the majority of voters have to vote for dismissal, but also that a majority of all voters in the local government unit have to participate in the referendum (the so called quorum of participation). And precisely this second condition was seen as problematic by Assembly leaders and the SDP. In the mayoral election in 2009 the turnout in the first round was only 41, 69 %, and in the second round only 33,62 %. Because of the prog-

29 The opinion of the Ministry of Finance (URL: <http://dalje.com/hr-zagreb/priopcenje-ministarstva-financija-oko-odredjivanja-cijena-u-djecjim-vrticima/368140>, May 11th 2012 (in Croatian).

nosis that there was little chance of fulfilling this quorum of participation, the Assembly gave up the idea of initiating a referendum. It has to be pointed out that this quorum was the main reason why we have witnessed only one referendum on mayoral dismissal in Croatia in the last three years, and this had been implemented in a small municipality. Even there the quorum was not attained, although the majority of voters participating in the referendum voted for the mayor's dismissal.

All this changed at the end of 2011, after SDP won the parliamentary election held on 4th December. In the new situation, the Mayor grasped that he could not continue his conflict with the Assembly (dominated by the same party), as now there was real and imminent threat that the SDP-led parliamentary majority could quickly change the Law on Local and Regional Self-Government, making the dismissal of the mayor much easier, as had already been speculated. In the new circumstances, Mayor Bandić suddenly became co-operative with the Assembly - he accepted all of the Assembly's amendments to his draft budget for 2012, he even accepted (finally) the Assembly's decision on the compensation and benefits for parents with children in preschool facilities (the same one he refused to implement in April 2011). In return, SDP gave up initiating a referendum on the dismissal of Mayor Bandić. After all, more than half of the regular mayoral term had already passed and the referendum would bring excessive costs and eventually a new mayoral election just 15 or 16 months before the regular elections in 2013.

5 THE 2012 AMENDMENTS TO THE LAW ON LOCAL AND REGIONAL SELF-GOVERNMENT (THE AFTERMATH OF THE "CONFLICT")

The new system of directly elected mayors implemented in Croatia in 2009 faced its most severe difficulties in municipalities with divided power, where the mayor and council majority represent different political options. In those situations, the legal framework has proved insufficient, especially as to the questions of mayor's responsibility to execute the council's decisions

and the supervision of central state administration of local government acts.

The previous descriptions of the cases we offered here revealed that a significant part of the problem of cohabitation, at least as it was in the Croatian capital, could be a result of an "ex post emancipation" of mayors from the political parties who had once supported them. Such "developments" probably depend more upon the actual personalities involved and their particular interests or peculiar political circumstances of the day, than upon the fact that a new system envisages the separate and independent political legitimacy of directly elected executive officials. In other words, if a claim that such a danger of political emancipation is by definition inherent and unavoidable is to be sustained, one would first have to prove that it regularly appears on all levels (e.g. with directly elected state presidents). That is not the case, but whether the political legitimacy of directly elected executive officials in a new system nevertheless, to borrow the famous words of Justice R. H. Jackson, "lies about like a loaded weapon"³⁰ to be invoked in future cases, remains to be seen.

Due to the uneasy relationship between the Mayor and the City Assembly in Zagreb, the new Croatian government decided to propose changes in the laws regulating elections and relationship of representative and executive bodies in the local government system one year ahead of the 2013 local elections.

As we have mentioned in the introduction, the Government's officially stated goal of the local government system 'mini-reform' was to secure "a stronger political stability in the relations between representative and executive bodies, greater efficiency in executing the tasks of these two bodies, and to define more clearly their rights, obligations and responsibilities". However, in our opinion, the amendments to the Law have led to a much stronger overall position of the mayor in the Croatian local government system.

The Croatian Parliament enacted amendments to the Law on Local and Regional Self-Government in December 2012. Focusing thus

30 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 246 (1944) (R. H. Jackson, dissenting).

on those articles of the Law which previously appeared relevant for the arguments submitted by the various parties and the Constitutional Court itself, we should emphasize two crucial points.

Firstly, in one of the most important parts of the new version of the Law, local (and regional) executive heads were, unless otherwise prescribed by a special law, explicitly given the right to elect and revoke the representatives of units of local and regional self-government in bodies of institutions, companies and other juridical persons founded for performance of economic, social, communal and other activities in the interest of local and regional self-government units.³¹ Moreover, this right of election and revocation of executive heads is not limited in choice and their only obligation is to submit their decisions to local representative bodies within eight days of their enactment and to publish them in the local official gazette.³²

In this way mayors have been given a strong instrument to influence not only the decisions of all municipal institutions and companies, but also to secure majority support in the representative body by appointing the members of the council to various governing councils of municipal public institutions and supervisory boards of municipal companies. The government's logic for giving such great authority to the local executive has been to make it more accountable for the functioning of municipal institutions and companies. However, with this particular power the local executive has ample means to 'corrupt' the local council, not only to secure its support for his program, but also to eliminate the necessary control of the council over mayoral policies as much as possible.

The amendments to the Law changed neither the overall right of representation of local and regional units belonging to the executive heads (Article 42 of the Law on Local and Regional Self-Government) nor the general clauses defining the scope of powers belonging to both

the local representative bodies and local executive heads.³³

Therefore, in light of the fact that the present version of the Law on Local and Regional Self-Government now contains an explicit provision as to who has the right of election and revocation of representatives in companies founded by local and regional units of self-government, it seems that in this particular segment of general relationships between local executive and representative bodies there should be no further conflicts. But, in our opinion, the present Law also reaffirms another rather important "message": namely, that broad invocation of "inherent powers" and broad interpretations of a "power of representation" is not legitimate and that a very specific legal definition of particular prerogatives of bodies of local and regional self-government is an indispensable solution in a system governed by the rule of law. Additionally, it seems that the present Law also affirms another very important general conclusion: that, insofar as the whole problem is now regulated by the Law and not left to regulation by various local statutes, there should, at least in this particular segment, be no differences between "strong" and "weak" local executive heads. Such a "uniformity" approach thus seems a good solution.

However, we should also emphasize that in our previous commentaries to the whole problem, we offered a normative interpretation of the whole issue which was quite different from the approach taken by the Croatian Parliament. Therefore, we stress that we opted for a solution according to which the right of election and revocation of representatives in companies and other subjects founded by local units should belong to representative, and not executive bodies.³⁴

31 [Law on Local and Regional Self-Government] *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* from 10th April 2001, *Narodne novine*, No. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13. Article 48.

32 *Ibid.*

33 As this concerns the local representative bodies, this pertains to their right of election and revocation of "other persons" as well as their right to found institutions and other juridical persons for the performance of economic, social, communal and other activities in the interest of local and regional self-government units. On the other hand, in relation to local executive heads, the present version of the Law still prescribes that they perform (other) tasks as they are prescribed by local statutes and law (articles 35, 42 and 48 of the Law on Local and Regional Self-Government).

34 Here, and for the sake of legitimacy of our doctrinal approach, we emphasize that our previous

Our starting point in that respect was that, taking into account very important legal gaps that existed at the time we were writing our earlier commentaries, the best solution would be to precisely prescribe by law the competencies of bodies of local self-government pertaining to the election of persons in juridical entities founded or owned by local self-government units.³⁵

Furthermore, as far as the actual dispute on the issue of elections related to companies was concerned, it was our opinion that such a power belonged to a representative body. We essentially construed our interpretation by arguing the following: since a representative body decides on whether to found public institutions and other entities for performing the economic, social, communal and other activities in the interest of local and regional units, it can also (in its very decision on founding) determine who will, for example, be members of a company assembly and who will elect members of management and advisory boards.³⁶

We also stressed that it was a fact that in numerous cases representative bodies delegated the execution of ownership rights to cabinets, and concluded that this unequivocally confirmed that such a power belonged exactly to a representative body, and that it could not be interpreted as deriving from the function of representation, otherwise given to the executive branch.³⁷

Finally, we pointed to two, in our opinion, rather relevant possible comparisons to the Law on Institutions: first, that this Law prescribed that the institution is governed by its administrative

council or another collective body, whose mode of election or appointment is regulated by law, act of founding (enacted by a representative body) and an institution's statute (enacted with the consent of a founder, and that is a representative body); and second, that the power of electing an institution's administrative head could belong to its administrative council, while a law or an act of founding can determine that, on a local self-government unit level, this power belonged to a representative body.³⁸ In conclusion, we stated that since a legal (executive) power of representation of a local self-government unit is in no way relevant for appointments of persons in the institutions of local self-government units there was no logic to apply such an approach where companies were concerned.³⁹

Taking into account all of the further developments in the field (i.e. amendments to the Law on Local and Regional Self-Government), these earlier interpretations of ours nowadays seem obsolete. However, we would nevertheless like to make one final comment on the whole issue. Despite the fact that the present Law on Local and Regional Self-Government now explicitly prescribes that the executive head has a right of election and revocation of representatives of local and regional self-government units in bodies of "their" institutions, companies and other juridical persons, it seems that such a solution in itself, at least theoretically, provokes a kind of inconsistency in meaning. If the "core meaning" of executive branch is to "execute" and the "core meaning" of the representative branch is to "represent", it seems that a more logical approach of the Law would be to prescribe that local and regional self-government representative bodies, and not executive heads, have the right of election and revocation.⁴⁰ Or, in other words, it seems that such

commentaries in that respect were made when we discussed the whole problem in a period prior to the last relevant amendments to the Law on Local and Regional Self-Government (enacted in 2012).

35 As it is clearly seen from the previous description of developments of legal regulation, the Croatian Parliament in 2012 took exactly the same course and precisely defined these competencies.

36 In other words, we thus claimed more or less the same as the Croatian Constitutional Court argued in its 2010 Decision.

37 Again, the Constitutional Court also rejected the executive "power of representation" claim as including the right of election and revocation of members of and representatives in assemblies and boards in companies and institutions founded by local and regional units.

38 [Law on Institutions] Zakon o ustanovama from 5th August 1993, *Narodne novine*, No. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08. Articles 35 and 38 of the Law on Institutions.

39 As it could clearly be read from the Constitutional Court's Decision, such an argument was not seen as relevant.

40 In that respect, we are using the term "representation" not in its technical meaning as it surely belongs to executive heads and extends, as the Constitutional Court rightly pointed out, towards "third persons"; but in its political meaning, as

a right logically and "inherently" emerges from representative bodies' general, and even more importantly constitutional (Article 133 of the Croatian Constitution), "power of representation" of citizens on local and regional level and that it is exactly them who could logically "delegate" this power of representation further on.

The second most significant aspect of the 'mini-reform' of the Croatian local government system is the introduction of the possibility of the simultaneous dissolution of the representative body and the dismissal of the executive body, with new early elections for both bodies, in cases of the non-adoption of the municipal budget. This mutual dissolution/dismissal could be triggered from both sides: the mayor was given the sole authority to propose the municipal budget and also the power to withdraw the draft budget before its approval by the council; and the council, on the other hand, could simply vote against the mayor's budget proposal.

This simultaneous dissolution of the representative body and dismissal of the executive body has some resemblance to the Italian model of the non-confidence vote of the council against the mayor, with the automatic disbandment of two bodies and new elections. However, in the Italian model such a scenario is possible at any point during the mandate. The local or regional council may adopt a reasoned motion of no confidence against the executive that is adopted by roll call vote with an absolute majority of members. On the other hand, the voluntary resigna-

including various social, political, economic and other interests which are to be reflected in the composition of representative bodies themselves, be they representative bodies of local and regional self-government units or representative bodies of various companies, institutions and other juridical persons "belonging" to those units. However, it also seems true that an important further distinction could be made as far as it is a fact that companies, institutions and other subjects also have their own "representative" and "executive" bodies and that therefore, perhaps, some powers of election and revocation should still be given to local executive heads, but only when it comes to election and revocation of "executive representatives" in such companies, institutions and other subjects. We leave this particular issue for some future discussion.

tion of the executive implies not only his resignation, but also the dissolution of the council.⁴¹

The Croatian model has several shortcomings in comparison to the Italian one.⁴² Firstly, the automatic disbandment of two bodies could only occur as a consequence of the non-adoption of the municipal budget, and this procedure only occurs once a year. Secondly, in the case of the non-adoption of the municipal budget, the disbandment of two bodies and the following early election, the concerned municipality would be paralysed for several months, perhaps even longer. Thirdly, and most importantly in our opinion, the mayoral veto over the municipal budget is hardly compliant with not only the Croatian Constitution, but also with some major documents of the Congress of Local and Regional Authorities. According to the Croatian Constitution, the right to self-government is to be realized through local representative bodies and not through mayors (Article 133, par. 2). As to the documents of the Congress of Local and Regional Authorities they clearly position the local council as the highest organ responsible for overall local responsibilities. For example, in the Resolution 139/2002 on relations between the public, the local assembly and executive in local democracy it is stated that "at all events and however they are elected or appointed, all executive organs have an obligation to account, at regular intervals, for the way in which they exercise their authority" and also that "representative assemblies must enjoy safeguards under domestic law which provide for effective supervision of the executive in accordance with Article 3, paragraph 2 of the Charter, notably through powers to approve the local budget (underlined by the authors) and local taxes, adopt reports on the execution of the budget and town planning projects, and approve local policies, for the full term of their electoral office".

However, in our opinion, these principles have not been met, not only in practice, but also in the Law itself, because according to the Law the local executive has a sort of absolute veto over the council's adoption of the municipal budget.

41 On the Italian model see Fabbrini (2001:47-70).

42 See Podolnjak (2013).

6 CONCLUSION

It is difficult to predict the functioning of the new system and the relationship between the mayor and local council in subsequent years. At the time of the writing of this article (six months after the local elections of May 2013) the process of the adoption of the first municipal budgets has not even started, and therefore it is impossible to analyse this particular process in municipalities with divided power. However, we are convinced that the mayoral position in potential conflict with the local council would be much better than in the former mandate, chiefly because of its immense power of appointment, which

gives control over all municipal institutions and companies.

It is somewhat ironic that the new, predominantly Social - Democratic government which was for the latest local government reform had designed the new 'imperial mayoralty' convinced that it would regain local executive power in the major Croatian cities, and especially in Zagreb, after the local elections of 2013, but this expectation was not fulfilled - Milan Bandić, as incumbent, won the mayoral election in Zagreb as an independent candidate, and the Social Democratic Party lost its majority in the City Assembly for the first time in twelve years.

References

- Henry BÄCK, 2005: The Institutional Setting of Local Political Leadership and Community Involvement. *Urban Governance and Democracy: Leadership and Community Involvement*. Eds. Michael Haus, Hubert Heinelt and Murray Stewart. London: Routledge.
- Sanja BARIĆ, 2009: Organski zakoni i Ustavni sud Republike Hrvatske u usporednopravnoj perspektivi. *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*. Eds. Hrvoje Kačer, Hrvoje Momčinović and Mladen Žuvela. Zagreb: Novi informator.
- Robert J. BENNETT, 1993: Local Government in Europe: Common Directions of Change. *Local Government in the New Europe*. Ed. Robert J. Bennett. London: Belhaven Press.
- Rikke BERG & Nirmala RAO, 2005: Institutional Reforms in Local Government: A Comparative Framework. *Transforming Local Political Leadership*. Eds. Rikke Berg & Nirmala Rao. London: Palgrave Macmillan.
- CLRAE (Congress of Local and Regional Authorities in Europe), 2004: *Explanatory Memorandum on Advantages and Disadvantages of Directly Elected Local Executive In the Light of the Principles of the European Charter of Local Self-Government - CPL (11) 2 Part II*. Rapporteurs Ian Micallef and Guido Rhodio.
- , 2002: Resolution 139 on Relations between the Public, the Local Assembly and the Executive in Local Democracy (the Institutional Framework of Local Democracy).
- Colin COPUS, 2009: English Elected Mayors: Developing a New Form of Local Political Leadership in England, or Moving On in the Same Old Style? *Local Political Leadership in Europe: Town Chief, City Boss or Loco President?* Eds. Herwig Reynaert, Kristof Steyvers, Pascal Delwit & Jean-Benoit Pilet. Brugge: Vanden Broele.
- Jadranko CRNIĆ, 1994: *Vladavina Ustava: Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina*. Zagreb: Informator.
- Sergio FABBRINI, 2001: Features and Implications of Semi-Parliamentarism: The Direct Election of Italian Mayors. *South European Society and Politics* (2009) 6/2.
- Robin HAMBLETON, 1998: *Local Government Political Management Arrangements - An International Perspective*. Edinburgh: The Scottish Office Central Research Unit.
- Hubert HEINELT & Nikolaos K. HLEPAS, 2006: Typologies of Local Government Systems. *The European Mayor: Political Leaders in the Changing Context of Local Democracy*. Eds. Henry Bäck, Hubert Heinelt & Annick Magnier. Wiesbaden: VS Verlag.
- Stjepan IVANIŠEVIĆ, 2008: *Izvršne institucije u lokalnoj samoupravi*. Zagreb: Institut za javnu upravu.
- Ivan KOPRIĆ, 2009: Directly Elected Mayors on the Territory of the Former Yugoslavia: Between Authoritarian Local Political Top Bosses and Citizen-Oriented Local Managers. *Town Chief, City Boss or Loco President? Comparing a Strengthened Local Political Leadership across Europe*.

- Eds. Herwig Reynaert, Kristof Steyvers, Pascal Delwit & Jean-Benoit Pilet. Brugge: Vanden Broele and Nomos.
- John LOUGHLIN (Ed.), 2001: *Subnational Democracy in the European Union: Challenges and Opportunities*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert PODOLNJAK, 2010: *Mayor and Council: New Institutional Framework of Croatian Self-Government in Comparative Perspective*. Varaždin: PIPROM.
- , 2013: O neustavnosti odredbe o povlačenju prijedloga proračuna od strane čelnika izvršnog tijela. *Informator* (2013).
- Joseph F. ZIMMERMAN, 1999: The Strong Mayor-Deputy Mayor Plan in the United States. *Representation* 36 (1999) 2. 171-177.
- *
- Croatian Court Decisions:
Higher Commercial Court: XLIII Pž-2677/06-05 from 18th October 2006.
— LVIII Pž-5961/09-3, from 20th October 2009.
- Constitutional Court (www.usud.hr): U-II/38101/2009 from 17th March 2010.
- Supreme Court (<http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/>): Revt 34/04-2 from 27th October 2004.
- Croatian Legislation (www.nn.hr):
[Law on Local and Regional Self-Government] Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi from 10th April 2001, *Narodne novine*, No. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13.
— [Law on Institutions] Zakon o ustanovama from 5th August 1993, *Narodne novine*, No. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08.
— [Statute of the City of Beli Manastir] Statut Grada Belog Manastira from 2nd July 2009, *Službeni glasnik Grada Belog Manastira* (<http://www.beli-manastir.hr/sgl.htm>), No. 4/09, 6/09.
- US Court Decisions. Supreme Court (<http://www.supremecourt.gov/>):
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 246 (1944) (R. H. Jackson, dissenting).

*Synopsis***Michelangelo Bovero****Volitve in demokracija****Kritične pomisli o pravilu večine**

SLOV. | V tem članku avtor izpodbija trditev, da je pravilo večine ključno pravilo demokratičnih volitev. Če je nujna in neposredna posledica oblike volilnega sistema parlamentarna večina, ki je vnaprej določena, nepremična in nespremenljiva za čas celotnega mandata, potem je politična igra izkrivljena. Naloga demokratičnih volitev ni v tem, da se neposredno poveri sprejemanje skupnih odločitev neki skupini državljanov, temveč da se opredeli sestava oblastnega telesa, ki bo sprejemalo skupne odločitve na takšen način, da bodo politični pogledi vseh državljanov zastopani sorazmerno in brez izključevanja. To nalogo pa je mogoče doseči z načelom sorazmernosti in ne s pravilom večine. Slednje ima v demokraciji osrednjo vlogo pri odločanju izvoljenih predstavnikov, ne pa pri njihovi izvolitvi. Pravilo večine ustreza formalnemu pogoju učinkovitosti političnega procesa in velja enako za vsak, tudi nedemokratičen kolegijski organ odločanja. Iz tega sledi, da pravilo večine kot tako ni nič bolj demokratično, kot je avtokratično. | Razprava je bila prvotno objavljena kot: Michelangelo Bovero, Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza, *Teoria politica* (2012) 2 (Nuova serie. Annali II).

Ključne besede: demokracija, volitve, večina, volilni sistemi, demokratične odločitve

ENG. | *Elections and Democracy. Critical Remarks on the Majority Rule.* The author argues against the claim that the majority rule is the key rule of democratic elections. If the electoral system is designed so that it necessarily results in a pre-established, immovable and unchangeable parliamentary majority, then the political game is distorted. The function of elections in democracy is not to attribute the power of collective decision-making directly to a group of citizens, but to determine the composition of the body authorized to take such decisions so that political views of all citizens are represented, proportionally and without exclusions. This function can be fulfilled by adopting the proportionality criterion, and not the majority rule. The latter is essential in the decision-making of elected representatives. It corresponds to a formal condition of the efficiency of the political process, and applies equally to any collegial decision-making, even non-democratic. It follows that the majority rule is not, as such, more democratic than autocratic. | The Italian original of this text was first published in: Michelangelo Bovero, Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza, *Teoria politica* (2012) 2 (Nuova serie. Annali II).

Keywords: democracy, elections, majority, electoral systems, democratic decisions

Summary: 1. Modern Democracy. — 2. Universal Suffrage, Equal Vote, Free Choice. — 3. Elections and the Principle of Majority. — 4. The Majoritarian Rule in the Democratic Game. — 5. Decided, not Elected, by the Majority.

Michelangelo Bovero is a Professor of political philosophy at the University of Turin. | Address: Dipartimento di Studi Politici, Via Giolitti 33, 10123 Torino, Italy. E-mail: michelangelo.bovero@unito.it

*Synopsis***Luka Burazin****Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory****A Reply to Julie Dickson**

SLOV. | *Posredno in neposredno vrednotenjska teorija prava. V odgovor Julie Dickson.* Glede na metodologijo se pravno teorijo navadno deli na opisovalno, tj. nevrednotenjsko, in normativno pravno teorijo, ki vrednoti in utemeljuje. Julie Dickson v svoji knjigi *Evaluation and Legal Theory* takšno delitev zavrača. Trdi, da vsaka pravna teorija tako ali drugače vrednoti. Zato Dicksonova predlaga delitev na posredno in neposredno vrednotenjsko teorijo prava. Medtem ko je naloga neposredno vrednotenjske teorije prava ta, da pravo vrednoti moralno, posredno vrednotenjska teorija prava podaja vrednostne sodbe glede tega, katera značilnosti prava je najpomembneje razložiti. V tem članku avtor najprej predstavi »vrednotenjski, a ne moralno vrednotenjski« pogled na teorijo prava Dicksonove, ki ga tudi kritično ovrednoti. Nato pa podvomi v koristnost takšne razdelitve, kot jo predlaga Dicksonova. | Za angleška različico tega članka glej: Luka Burazin, *Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory. A Reply to Julie Dickson*, *Diritto & questioni pubbliche* (2012) 12, 183-210.

Ključne besede: metodologija, pravna teorija, posredno vrednotenjska teorija, Dickson, vrednotenje

ENG. | Owing to its methodological approach, legal theory is usually divided into descriptive, presumably non-evaluative, and normative, i.e. evaluative and justificatory, legal theory. In her *Evaluation and Legal Theory* Julie Dickson rejects this dichotomy. She argues that all legal theory is evaluative in one way or another. Therefore, she introduces a dichotomy between indirectly evaluative and directly evaluative legal theory. Whereas directly evaluative legal theory has the task of evaluating law morally, indirectly evaluative legal theory makes evaluative judgments as to what features of law are most important and significant to explain. In my paper I first set out Dickson's account of the 'evaluative-but-not-morally-evaluative' view of legal theory and then critically examine this account. Finally, I make some remarks concerning the fruitfulness of Dickson's dichotomy between indirectly and directly evaluative legal theory. | For the English version of this paper see Luka Burazin, *Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory. A Reply to Julie Dickson*, *Diritto & questioni pubbliche* (2012) 12, pp. 183-210.

Keywords: methodology, legal theory, indirectly evaluative legal theory, Dickson, evaluation

Summary: 1. Misleading Distinction between Descriptive and Normative Legal Theory. — 2. (Kinds of) Values in Legal Theory. — 3. Nature of the Value of Importance. — 4. Directly and Indirectly Evaluative Legal Theory. — 5. Dichotomy Directly/Indirectly Evaluative Legal Theory Reconsidered. — 6. Fruitfulness of Directly/Indirectly Evaluative Legal Theory Dichotomy.

Luka Burazin is an Assistant Professor at the Department for General Theory of Law and State, University of Zagreb, Faculty of Law. | Address: Gundulićeva 10, 10000 Zagreb, Croatia. E-mail: lburazin@pravo.hr

Synopsis

Silvia Zorzetto

Thinking of Impossibility in Following Legal Norms

Some Brief Comments About Bartosz Brożek's *Rule-Following*
(Cracow: Copernicus Press 2013)

SLOV. | *O nemogočem v zvezi s problemom ravnanja po pravnih normah. Nekaj kratkih komentarjev h knjigi Bartosza Brozka Rule-Following. From Imitation to Normative Mind. Članek izpostavlja pomembnost jezikovnih kategorij pri razumevanju pravil in njihovem (ne)spoštovanju. Z obravnavo stare pravne maksime *impossibilium nulla obligatio est* avtorica odpre vprašanje nemogočega v zvezi z ravnanjem po pravilih. Tiste dele Brožkove knjige, ki pravila obravnavajo kot vzorce ravnanja, uporabi za osvetlitev vloge, ki jo imajo jezikovne kategorije pri razumevanju pravnih pravil in vprašanju nemogočega v pravu. Posebna pozornost je namenjena dvema splošnima razlikovanjema, ki ju potegne Brožek: na eni strani je to razlikovanje med kategoričnimi in hipotetičnimi pravili, na drugi strani pa razlikovanje med splošnimi merili za to, kar je prav (angl. *right*) in kar je pravilno (angl. *correct*).*

Ključne besede: pravila, jezik, ravnanje po pravilih, nemogoče, najstvo, pomen, pravo

ENG. | The starting point of this article is the recent publication *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind* by Bartosz Brożek. The main scope of this comment is to show the definite importance of linguistic categories in relation to legal language for comprehending, following, and even infringing legal rules. The purpose is to introduce the ancient legal maxim *impossibilium nulla obligatio est* giving a preliminary rough sketch of the problem of impossibility in following laws. In this respect, some passages of Brożek's book regarding rules as patterns of conduct will be examined which are very useful to elucidate the role of linguistic categories in comprehending legal rules and the aforesaid problem of impossibility in law. In particular two general distinctions discussed in the book will be considered: the distinction between categorical and hypothetical rules on the one hand, and the distinction between the general criteria of rightness and correctness, on the other.

Keywords: rules, language, rule-following, impossibility, ought, meaning, law

Summary: 1. Going Beyond the Normative Mind of Humans. — 2. Categorical vs. Hypothetical Rules? — 3. The Criteria of Rightness and Correctness. — 4. Rules as Patterns of Behaviour and Language. — 5. The 'Ought Implies Can' Principle and the Legal Maxim *Impossibilium Nulla Obligatio Est*.

Silvia Zorzetto is a Researcher at the University of Milan. | Address: Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano, Via Festa del Perdono, 7 - 20122 Milano, Italy. E-mail: silvia.zorzetto@unimi.it

Synopsis

Robert Podolnjak and Đorđe Gardašević

Directly Elected Mayors and the Problem of Cohabitation
The Case of the Croatian Capital Zagreb

SLOV. | *Neposredno izvoljeni župani in problem kohabitacije. Primer hrvaškega glavnega mesta Zagreb.* Novi sistem neposrednih volitev župana, ki je bil na Hrvaškem uveljavljen v letu 2009, se je z največjimi težavami soočil v tistih lokalnih skupnostih, v katerih župan in večina v (mestnem) svetu zastopajo različne politične opcije. Zaradi konfliktnega odnosa med županom in skupščino mesta Zagreb je leto dni pred lokalnimi volitvami leta 2013 nova hrvaška vlada predlagal spremembe zakonodaje, ki ureja volitve in odnos med predstavniškim in izvršnim telesom v sistemu lokalne samouprave. Ta je županom dala izrecno pooblastilo za imenovanje in odpoklic predstavnikov lokalne skupnosti v lokalnih institucijah in podjetjih. Drugi najpomembnejši vidik »mini reforme« hrvaškega sistema lokalne samouprave zadeva uveljavitev možnosti istočasne razpustitve predstavniškega telesa in razrešitve izvršnega telesa in sicer z novimi predčasnimi volitvami v oba organa in sicer v primeru nesprejetja proračuna lokalne skupnosti.

Ključne besede: župan, mestni svet, lokalna in regionalna samouprava, kohabitacija, Hrvaška

ENG. | The new system of directly elected mayors implemented in Croatia in 2009 faced its most severe difficulties in municipalities with divided power, where the mayor and council majority represent different political options. Due to the uneasy relationship between the Mayor and the City Assembly in Zagreb, the new Croatian government decided to propose changes in the laws regulating elections and the relationship between the representative and executive bodies in the local government system one year ahead of the 2013 local elections. Mayors were explicitly given the right to elect and revoke the representatives of units of local and regional self-government in local institutions and companies. The second most significant aspect of the 'mini-reform' of the Croatian local government system is the introduction of the possibility of the simultaneous dissolution of the representative body and dismissal of the executive body, with new early elections for both bodies, in cases of the non adoption of the municipal budget.

Keywords: mayor, council, local and regional self-government, cohabitation, Croatia

Summary: 1. Introduction. — 2. The Problem of Cohabitation between the Mayor and the Local Representative Body After the Elections in 2009. — 3. The Conflict between the Mayor and the City Assembly in Zagreb - Who Represents the City? — 4. Who Has the Last Word Over the City Budget? — 5. The 2012 Amendments to the Law on Local and Regional Self-Government (The Aftermath of the "Conflict"). — 6. Conclusion.

Robert Podolnjak is a Professor at the University of Zagreb, Faculty of Law. | Address: Gundulićeva 10, 10000 Zagreb, Croatia. E-mail: robert.podolnjak@pravo.hr

Đorđe Gardašević is an Assistant Professor at the University of Zagreb, Faculty of Law. | Address: Gundulićeva 10, 10000 Zagreb, Croatia. E-mail: gardasevic_99@yahoo.com