

Ustavnosudski nadzor jasnoće referendumskih pitanja

Miloš, Matija

Source / Izvornik: **Hrvatska i komparativna javna uprava, 2020, 20, 761 - 793**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

<https://doi.org/10.31297/hkju.20.4.7>

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:966194>

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

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-21**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

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

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

Ustavnosudski nadzor jasnoće referendumskih pitanja

*Matija Miloš**

<https://doi.org/10.31297/hkju.20.4.7>

UDK

342.573.01

342.565:321.7

Original scientific paper / izvorni znanstveni rad

Received / primljeno: 20. 1. 2020.

Accepted / prihvaćeno: 11. 9. 2020.

Zahtjev da odluka iznjedrena neposrednom demokracijom bude „jasna“ jedan je od ključnih sastojaka suvremenoga izravnog odlučivanja. Svrha je rada preispitati prigovor teoretičara koji, tvrdeći da jasnoću nije moguće odrediti, smatraju da se takav standard ne smije ostaviti na milost politički neodgovornim (ustavnim) sudcima. To se ocjenjuje kao preopćenito odbacivanje (ustavno)sudskog djelovanja te se zamjenjuje istančanijom perspektivom. Poziva se na prezentističko viđenje neposredne demokracije i tako ocrtava djelovanje sudova u određivanju jasnoće. U tom se smislu ističe da sudski nadzor možemo utemeljiti kao sredstvo preispitivanja granica političke sadašnjosti. Usporedba primjera kontinentalnoeuropskog i američkog pristupa tumačenju jasnoće identificira pristupe tomu – pluralizaciju i poopćenje. Ističu se prednosti pluralizacije iako, zbog

* Matija Miloš, PhD, postdoctoral researcher, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia (polijedoktorand Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska, e-mail: mmilos@pravri.hr)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0248-4278>

problema demokratske legitimnosti (ustavnih) sudova, po-općenje nameće manje terete u primjeni. Utvrđuje se ipak da provođenje poopćenja sadašnjosti zapravo može dovesti do neprihvatljive arbitrarnosti sudova, dok je pluralizaciju sadašnjosti lakše razložno primijeniti. Time se pruža okvire (ustavno)sudskog djelovanja u nadzoru jasnoće neposredne demokracije.

Gljučne riječi: jasnoća referendumskog pitanja, neposredna demokracija, ustavno sudovanje, konstitucionalizam, prezentizam

1. Uvod

Neposrednu se demokraciju vezuje za vlast puka (Luciani, 2008, str. 158). U konačnici, potporu tomu daju neki ustavi, pa i Ustav Republike Hrvatske. Taj temeljni akt ne određuje narod samo kao izvor vlasti, iz kojega ona „proizlazi“ i kojemu „pripada“, već i čini puk djelatnim tako što predviđa da će birati „svoje predstavnike“ i imati prigodu vladati „neposrednim odlučivanjem“ (čl. 1/2. i 3. Ustava). Stoga je nesporno da izravnim odlučivanjem politički narod, odnosno puk, svojom odlukom izražava svoju volju.

Međutim, u suvremenim je uvjetima fizičko okupljanje puka otežano i nedovoljno da bi mogao neposredno vladati (Marangudakis, 2016). Stoga je nužno izgraditi strukture, pa i one pravne, koje omogućavaju definiranje i provedbu „volje naroda“. Neposredno odlučivanje zato je obilježeno formacijama koje, ako su legalne i legitimne, mogu združiti glasove pučanstva na način koji čini izravnu demokraciju mogućom. Izravno odlučivanje ili predlaganje odluke postaje moguće samo ako se može proizvesti posredovanjem, pa i onim pravnim.

Svrha je ovog rada problematizirati jednu posredničku strukturu, a to je zahtjev jasnoće. Njemu je do sada u našoj teoriji posvećen jedan rad (Kostadinov, 2015). Razradom rasprave koju on načinje želimo na tri načina doprinijeti ustavnopravnoj literaturi. Prvo, želimo pokazati da je jasnoću moguće promatrati na dva načina, kao ideal ili uvjet neposrednog. Drugo, želimo odbaciti pojednostavnjen stav autora koji, promatrajući jasnoću kao ideal, drže da (ustavno)sudska vlast uopće ne bi smjela definirati jasnoću kao uvjet. Prema njima je djelovanje (ustavno)sudske vlasti pretjerano samovoljna zapreka neposrednoj demokraciji jer drže da jasnoću kao uvjet nije moguće jednoznačno odrediti. Nasuprot tome, ističe se da

se sudovi u definiranju jasnoće mogu osloniti na dva različita argumentacijska instrumenta, poopćenje i pluralizaciju sadašnjosti, te da njihova primjena nije jednako problematična. Treće, time pojašnjavamo i granice u kojima se može kretati i Ustavni sud RH kada definira što „jasnoća“ jest. To je bitno jer ju sud u svojoj dosadašnjoj praksi još nije primijenio iako ju je naznačio u prijašnjim odlukama i iako su domaći teoretičari očekivali da će se na nju osloniti (Kostadinov, 2014b). Konceptualni okvir koji ovdje predložimo trebao bi pomoći u primjeni tih standarda.

U sljedećem dijelu rada ističe se što „jasnoća“ u neposrednom odlučivanju zapravo znači. Pokazuje se da je riječ o slojevitom konceptu koji možemo promatrati šire, kao ideal u prijeporima o tumačenju konstitucionalizacije neposredne demokracije, te uže, u jasnoći referendumskog pitanja. Posebnu se pozornost posvećuje drugom obliku te se ističe kako mu pojedini teoretičari prigovaraju zbog njegove neodređenosti. To, prema njihovu viđenju, sudovima otvara prostor za potiskivanje puka. Sljedeći dio rada zatim pruža osnovu za istančanje viđenje problema. Prije svega, ističe se da je kritika jasnoće kao uvjeta uglavljena u strogo prezentističkom tumačenju neposredne demokracije. Njime se nameće „vlast naroda“ kao sadašnje većine iako je ta većina uvijek ograničena i uvijek otvara pitanje koje se u neposrednoj demokraciji postavlja – zbog čega puk u okvirima neposrednog zapravo ima krajnje suženu i efemernu vlast. S obzirom na to, utvrđuje se da ustavno sudovanje možemo smatrati sredstvom preispitivanja obilježja i granica tako shvaćenog prezentizma. Jasnoća pitanja kao uvjet održavanja čina neposredne demokracije u tom je svjetlu jedno sredstvo u arsenalu (ustavnih) sudova, čija je primjena visokokontekstualna i kojoj se posvećuje zadnje poglavlje. U njemu se ističu dva nejednako problematična načina kojima (ustavni) sudovi posredstvom jasnoće mogu pristupiti određivanju opsega prezentizma, pluralizacije i poopćenja. Na taj se način omogućuje nijansiranije razmatranje (ustavno)sudske uloge u nadzoru izravne demokracije.

2. Slojevi jasnoće: konstitutivne i konstitucionalizirane dimenzije

U ustavnom pravu neposrednu demokraciju možemo razumjeti s barem dvaju gledišta. Prvo, moguće je poimati je kao ideal koji se može prizvati u političkoj borbi. Neposredno u tim uvjetima treba razumjeti kao „spekulativni prafenomen predstavničke doktrine“ (Loewenstein, 1964, str.

XXII). Ako tvrdimo da vlast nije dostatno „neposredna“, pozivamo se na određenu viziju udaljenosti puka i vlasti te njome nastojimo preoblikovati sustav predstavljanja. Primjer su toga i pokušaji snaženja instrumenata neposrednog odlučivanja u američkim kolonijama za odcjepljenja od britanske matice (De Grazia, 1951, str. 61). Njima se nastojalo uglaviti i određeno viđenje odnosa puka i vlasti unutar kolonija.

U takvim se situacijama neposredno pojavljuje u procesima ustavotvorstva ili barem u svojevrsnim pokušajima stvaranja „ustavnih trenutaka“ (McConnell, 1994) u kojima se, s pomoću ideje narodnog suvereniteta, neki oblik neposrednog želi predstaviti kao posebno jasan i uvjerljiv izraz stvarne volje puka. Kada se tijekom osamnaestog stoljeća u Sjedinjenim Američkim Državama i Njemačkoj tvrdilo da su predstavnička tijela iskvarena i da ne odražavaju mnijenje naroda, opravdalo se uvođenje jednog oblika neposredne demokracije, građanskih inicijativa, kao sredstva bistrenja onoga što se predstavljanjem gubilo (Rittinghausen, 1851; Sullivan, 1892). Ideal neposrednog tako se može postaviti nasuprot pravnim formama oblikovanja političke volje ili barem kao sredstvo njihova tumačenja.

Isticanje ideala neposrednog omogućuje i sam koncept predstavljanja na koji se mogu pozivati različiti akteri i tvrditi da predstavljaju interese neke javnosti (Brunet, 2004; Saward, 2005). Zbog toga se mogu razviti i različita shvaćanja neposrednog. Hrvatska kontroverzija o referendumu na temu izmjena i dopuna Zakona o radu ilustrira taj problem. Neki su teoretičari držali da čin neposredne odluke treba održati neovisno o djelovanju tijela predstavničke demokracije kojim se reagiralo na zahtjeve istaknute planiranim referendumom i odustalo od planiranih zakonskih promjena. (Podolnjak, 2013, str. 132–134). Drugi su smatrali da je neposrednost besmislena ako se može smatrati da je zahtjev koji je u njezinoj osnovi bio ispunjen prije referenduma. (Smerdel, 2014, str. 32–33). Time su se upustili u prijepor koji je, iako je za temu imao postojeći oblik neposredne demokracije, u svojoj biti imao neslaganje o tome što predstavljanje puka zapravo zahtijeva. Pitanje je bilo treba li neposrednu demokraciju smatrati samo ispravkom predstavljanja ili pak autonomnim oblikom vlasti naroda kao zajednice državljana čiji izričaj treba dopustiti i potpuno neovisno o predstavničkom procesu. O tome je ovisila i nužnost referenduma za predstavljanje biračkog tijela.

Prostor potencijalno dominantnog djelovanja neposrednog za predstavljanje sužava se tako što se izravno odlučivanje puka svodi na određeni konstituirani postupak koji treba proizvesti odluku ili barem njezin prijed-

log. U tom pogledu neposredna demokracija nije ideal, već pravom uspostavljen instrument koji je moguće aktivirati ako su za to ispunjeni uvjeti. Takva se neposrednost razlikuje od jedne do druge države. Ponegdje je nema ili je rudimentarna, dok drugdje uključuje izrazito razgranate forme koje je moguće primijeniti u različitim situacijama. Kada autori istražuju takve, konstituirane oblike neposrednog, bave se problemima u kontekstu individualnih pravnih i političkih poredaka ili nastoje izgraditi prekogranične paralele između poredaka koji utjelovljuju neposredno (Hamon, 2012; Heussner, 1994; Kostadinov, 2014a).

Bitna je specifičnost konstituirane neposrednosti u tome što je ona uvjetovana pravnim normama, baš kao i rasprava o njoj (Allegretti, 2006; Baldaassarre, 1978; Conlin, 2004). Tim se uvjetovanjem disciplinira očekivanja vezana za neposredno i određuju okviri njegova možebitnog ostvarenja u praksi. Nadalje, pravne norme omogućuju neposredno jer one ujedno čine mogućim ostvarenje onoga što se smatra izravnim utjecajem puka na vlast. Prema tomu, pravo istodobno omeđuje i omogućava. Njegov se jezik isprepleće s vizijama koje se neposrednom demokracijom želi oživotvoriti, dajući im oblik i postavljajući im granice.

Spomenuta kontroverzija o neuspjelome hrvatskom referendumu o Zakonu o radu pokazuje poroznost razdjelnice između neposrednosti kao ideala i kao konstituiranog oblika odlučivanja. Ideal se može poistovjetiti s konkretnim postupkom i time smanjiti ili barem usmjeriti političko značenje, ili ga se može odijeliti od postojećeg stanja stvari i time kritizirati konstituirane putove odlučivanja. Obje rasprave mogu na različite načine postavljati pitanje pojma i značenja neposrednog u političkoj zajednici.

Neovisno o svojoj poroznosti, razlika između neposrednog kao konstitutivne vizije i konstituiranog oblika korisna je jer pomaže identificirati dva poimanja jasnoće. Ako je neposredno ideal, jasnoća je njegov cilj. Izravna je demokracija poželjna jer će dati bistrinu političkom kontekstu, bilo zato što će razriješiti određen bitan politički problem ili, ambicioznije, zato što će pred vlastodržcima obznaniti „suverenu volju“ o bitnom pitanju (Daly, 2013, str. 41–42; Tierney, 2012, str. 15). Neposredna je demokracija korisna jer može stvoriti prostor za političku stvarnost koja će, po kriteriju zagovornika neposrednog, odgovarati „volji puka“.

To viđenje jasnoće traži da se definira što je „nejasno“ i tko treba pružiti adekvatno rješenje u vidu „jasnoće“. Riječ je o inherentno političkim pitanjima. Tomu svjedoči praksa Vrhovnog suda SAD-a, koji dosljedno odbija utvrditi da su građanske inicijative u američkom pravu protuustavne zato što mogu istisnuti predstavničko tijelo iz odlučivanja (Noyes, 2014, str.

28). Tu se neodređenost jasnoće pravno i politički obično presijeca tako što se u konačnici donosi odluka o pitanju koje se neposrednim postavlja te se time problem barem donekle smatra riješenim.

Jasnoća u konstituiranim oblicima neposrednog odlučivanja načelno ne postavlja nijedno navedeno pitanje. Pravom je određeno što je ona. Takva jasnoća nije cilj neposrednog, već njegov uvjet čije se postojanje provjerava prije dovršenja čina neposredne demokracije. Tomu obično kumuje (ustavno)sudska vlast. Upravo je takva jasnoća izložena kritici pojedinih teoretičara koji su držali da je riječ o nedovoljno određenom konceptu. Tomu je posvećen sljedeći dio ovog rada.

3. Problem konstituirane jasnoće: je li moguće odijeliti „jasno“ od „nejasnog“?

Kostadinov (2015) konstituiranu jasnoću opisuje u skladu sa standardima Venecijanske komisije. Riječ je o kvalitetama koje mora imati referendumsko pitanje da bi se o njemu mogla prihvatiti jasna odluka. Točnije, pitanje mora ispunjavati uvjete jedinstva forme, jedinstva hijerarhijskih razina te jedinstva materije. Prva dva zahtjeva traže jasnoću forme na koju se pitanje odnosi, a zahtjevom jedne materije traži se jasnoća u odnosu na sadržaj koji pitanje zahvaća.

Na ovom je mjestu uputno iz jedne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske izvesti uobičajeno tumačenje tih zahtjeva. Prije svega, „jedinstvo materije“ traži da pitanje ne obuhvaća više raznorodnih tema. Primjerice, jednim se pitanjem može pred birače staviti promjena više dijelova zakona ili prihvaćanje cijeloga novog zakona, što može značiti da birači potencijalno moraju odlučiti o više tema koje nisu povezane. Ako je tako, smatra se da je pitanje nejasno. Drugo, pitanje ne smije istodobno obuhvaćati načelne probleme i tehnička rješenja. Jedno pitanje mora odlučivati načela ili neke aspekte njihove primjene, a ne tražiti od birača da jednim odgovorom odlučuju o objema razinama. Konačno, svako pitanje mora biti smješteno na jednu stepenicu hijerarhije normi (Odluka Ustavnog suda RH u predmetu U-VIIR-4696/2010, para 22.1). Primjerice, jedan upit ne smije predviđati simultanu izmjenu ustava i zakona.

Tim se kriterijima jasnoće želi postići tri cilja. Prvo, biračkom se tijelu omogućava ispunjavanje njihova prava glasa. Smatra se da birači mogu razumjeti što se hoće postići prijedlogom ako je njegov sadržaj dovoljno jasno formuliran. Nadalje, glas koji pripadnici puka istaknu prema pred-

loženom ishodu ima smisla samo ako je pred njih stavljena jasna alternativa.¹ Drugo, jasnoća u ovom smislu treba spriječiti zloupotrebu instrumenta neposredne demokracije jer ne ostavlja prostora da se u istom pitanju ujedini više prijedloga koji međusobno nisu dovoljno povezani. Birači bi možda dali drukčiji odgovor da im se pojedini dijelovi pitanja predstave kao zasebne teme.² Konačno, zahtjev jasnoće treba osigurati veću autonomiju tumačenju koje se neposredno izražava. Jasnija odluka sužava broj alternativnih tumačenja, što znači da će njezino ostvarenje načelno biti manje izloženo manipulacijama.

Iako su oblici konstituirane jasnoće određeni i iako se čini da su njihovi ciljevi poželjni, neki autori smatraju da njihovom primjenom politički neodgovorni sudovi mogu „povremeno preemptivno odbaciti određene referendumske izričaje, *de facto* pretvarajući zahtjeve vezane za jasnoću glasa u oblik kvazikontrole oportunisti“. (Taillon, 2012, str. 174–175). Jednostavno rečeno, tvrdi se da sudovi jasnoćom toliko uvjetuju odluku da njome mogu procjenjivati je li neposredno odlučivanje prihvatljivo zbog svojega političkog sadržaja, a ne zbog formulacije pitanja.

Sustavno prikazujući raspravu na tu temu, Taillon opasnost prepoznaje u svim konstituiranim oblicima jasnoće. Prvo, ako se za jasnoću pitanja u njegovu sadržaju traži da to ne obuhvaća više od „jedne teme“, praktično je moguće, kao u Italiji i Njemačkoj, u izravnu demokraciju uputiti i pitanje koje istodobno zahvaća i u više odredbi. Tada mora postojati dovoljna veza između zahvaćenih dijelova materije.³ Budući da nije jasno što je „dovoljna veza“, sudsko tumačenje može biti prostorom samovolje i, eventualno, zakidanja neposrednog (Taillon, 2012, str. 203). Drugo, Taillon kritizira zahtjev formalne jasnoće naglašavajući da ni razlika između „načelnih pitanja“ i „detalja“ ni ona između različitih razina pravnih normi nije toliko očita da bi bila primjenjiva bez arbitrarnosti (Taillon, 2012, str. 188).

Zbog mogućnosti zloupotrebe Taillon predlaže da se ukine nadzor konstituirane jasnoće. Po njemu su birači najsposobniji utvrditi koje je značenje pitanja jasno, a koje nejasno te shodno tomu prihvatiti ili odbiti prijedlog koji se pred njih stavlja (Taillon, 2012, str. 216–217). Iskazujući njegov zaključak terminologijom ovog rada, možemo utvrditi da Taillon predlaže

¹ Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 27/1981, para 1/3.

² O tome je, posebno u kontekstu građanskih inicijativa, iscrpnije pisala Kostadinov (2015, str. 73).

³ V. odluku Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 16/78, Considerato in diritto, para 3 te odluku Ustavnog suda Bavorske u predmetu 10-VII-03/04-VII-05, t. I., para 1.

brisanje razlike između konstitutivne i konstituirane jasnoće. „Jasnoća“ je po tom shvaćanju isključivo cilj koji se osigurava robusnom referendumskom kampanjom i informiranim odlučivanjem svakoga pojedinog birača koje tu kampanju slijedi.

Taillon jednim dijelom nedvojbeno ima pravo time što atribut „jasnog“ u politici i pravu nije nesporan. Zaista, nejasnoća i dvosmislenost zapravo počivaju u srcu politike te omogućavaju sporove bez kojih političkog života ne bi ni bilo (Verrelli & Cruickshank, 2014, str. 212). U konačnici, „[p]olitizirati znači tvrditi da postoje i druge opcije, da može biti drugih objašnjenja, politika poziva aktere da osporavaju zadane ciljeve, predstave, simbole, odnose, uzročne veze i nužnosti.“ (Christodoulidis, 2001, str. 122). Kao sredstvo osporavanja neodređenosti, jasnoća ne može biti apolitična. Ona je „kontroverzna vrlina“, „politički fenomen“ koji „naturalizira svoje pretpostavke, čini ih naizgled neutralnima, transparentnima i nespornima. Ističe teorijske stavove koje neće i ne treba raspravljati ili braniti“ predstavljajući „motor političke moći“ (Harris II, 1993, str. 36). Stoga određivanje neke definicije „jasnog“ ni u neposrednoj demokraciji ne može biti lišeno političkog naboja.

Taillon ipak plošno pristupa problemu. Njegovo je poimanje zasnovano na pretpostavci da nejasnoća koju se činom neposredne demokracije želi razriješiti stoji u opreci prema „jasnoći“ koju se nameće djelovanjem sudske vlasti i da se zbog toga odlukom suda neopravdano zatvara prostor politici. Iz toga izvodi svoj krajnje normativan zaključak o neprihvatljivosti sudske nadzora jasnoće referenduma.

Podloga Taillonova zaključka nije opravdana iz dvaju razloga. Prije svega, ne postoji opreka koju zamišlja. Jasnoća je sama po sebi vrsta utjecaja koji izaziva nove nejasnoće. Ona je politički produktivna. Uzmimo za primjer ustavotvorstvo kao čin uređivanja disfunkcionalnoga političkog stanja i postavljanja pravila igre u manje ili više novom tekstu (Longo, 2017, str. 45; Sajó & Uitz, 2017, str. 68). Ono ipak ne tješi ljubitelje sigurnosti i jasnoće jer se ustavotvorstvom postavlja pitanje odnosa novog dokumenta i stanja u odnosu na koje je stvoren i na koje ga treba primijeniti. Taj je problem očit, primjerice, u definiranju „ustava“ u jeku Francuske revolucije (Baker, 1989, str. 478) i u mjestu Ustava Weimarske Republike naspram prijašnjeg ustrojstva i djelovanja njemačkog Reicha (Möllers, 2007, str. 91). Još je jedan primjer Ackermanova teorija o faktičkim ustavnim amandmanima (Oklopčić, 2017, str. 60). Njegovo nastojanje da pokaže kako „narod“ može mijenjati kruti američki savezni ustav i izvan uobičajenog postupka izloženo je kritici i zato što pruža samo jedno moguće tumačenje odnosa pisanog ustava i njegove društvene podloge (Barnett, 2014). Ackermanova

nova teorija stoga pokazuje kako jasno određenje puta ustavne promjene istodobno biva ispunjeno nejasnoćama kada ga treba oživotvoriti te je u tom smislu osnova novim sporovima, a ne puki prekid postojećih.

Nadalje, Taillonova kritika političkog djelovanja (ustavnih) sudova u kontekstu neposredne demokracije zapravo je poprilično priprosta verzija poimanja takvih tijela kao pukih „usta zakona“. Taillon potpuno odbacuje politički utjecaj (ustavnog) sudstva tražeći njegovo ograničenje na „stručne probleme“ i ne upuštajući se u nijansiranije razmatranje izazova s kojim se suočava. Slično postupaju i (Fatin-Rouge Stéfani, 2004) kada se u svojem iscrpnijem ispitivanju uloge sudova u neposrednoj demokraciji okreću pojednostavnjenoj teoriji društvenog ugovora da opravda mjesto (ustavno)sudske vlasti kao njegova „čuvara“. U obama se slučajevima sudsko djelovanje u kontekstu neposredne demokracije opisuje kao nešto što se može promatrati kao cjelinu koju se može uopćeno promicati ili osporavati. Međutim, uvjerljivo se ističe da odnos „sudske“ i „obične“ politike treba procjenjivati u kontekstu dvaju faktora, „ustavnog sadržaja“ te „ustavnog i političkog konteksta“ (Rosenfeld, 2018, str. 7). Stoga ne može biti jednostavnih i općih pravila o političkom utjecaju (ustavno)sudskog nadzora jasnoće neposrednosti.

Ipak ne možemo osporiti svu valjanost Taillonovim argumentima. Točno je da se kriterij jasnog potencijalno može zloupotrijebiti te zaustaviti neposredno zbog toga što u danom trenutku nije politički oportuno. Zaista, ta je opasnost istaknuta u ispitivanjima djelovanja talijanskoga Ustavnog suda (Gigliotti, 2009, str. 103; Salerno, 1992, str. 163). Usprkos tomu, treba se pitati može li ustavna teorija pružiti korisne konceptualne okvire kojima bi, radi ocjene nadzora jasnoće, utjecaj sudova objasnila, opravdala i bolje odredila, omogućujući prije svega definiranje (ne)prihvatljivosti sudske „političke oportunisti“. Pokazat ćemo da je to moguće te da nema potrebe u cjelini odbacivati (ustavno)sudski nadzor jasnoće.

4. Prezentističko viđenje neposredne demokracije u temelju kritike i opravdanja nadzora konstituirane jasnoće

Kada se ističe da trenutačno biračko tijelo mora odrediti prihvatljivo tumačenje pitanja i donijeti odluku, inzistira se na prezentističkom poimanju demokracije. Zaista, Taillon smatra da i u ocjeni neposredne demokracije općenito treba dominirati volja trenutne većine te da je pokušaj drukčijeg

teoretiziranja oblika izravnog odlučivanja ili predlaganja odluke zapravo samo potiskivanje važnosti volje puka, jedan oblik njezine „racionalizacije“ (Taillon, 2012, str. 77). To odgovara postojećem shvaćanju „prezantizma“ u ustavnoj teoriji u skladu s kojim u razmatranju demokracije treba prije svega cijeliti volju živeće većine (Rubinfeld, 2001, str. 43). Nasuprot poimanju narodnog suvereniteta koje bi „narod“ razumjelo kao kontinuitet generacija sa svojom poviješću ili kao apstraktni konstrukt koji obuhvaća i buduće građanstvo, prezantizam inzistira na primatu volje većine koja u ovom trenutku želi odlučiti. Demokracija je u tom svjetlu ahistorijska i odvija se nevezana budućnošću.

Nije problematično utvrditi vezu prezantizma i neposredne demokracije jer se potonju u literaturi upravo smješta u „vječnu sadašnjost“. Smatra se da odluke prihvaća većina u određenom trenutku i njih se načelno smatra nepromjenjivima ili barem teže promjenjivima od smjera koji zacrtu predstavničko tijelo (Linz, 1998, str. 27; Reyes, 2016, str. 24). Ujedno je nedvojbeno da se time ne postavlja samo apstraktnu demokraciju prema prošlosti i budućnosti već i puk koji neposredno odlučuje. U konačnici, pučki je kolektiv moguće razumjeti na različite načine te time oblikovati njegov politički i ustavni identitet, pa i definiranjem njegova odnosa prema vremenu (Paladin, 2008, str. 118; Rosenfeld, 2010; Spitz, 1984, str. 66; Wolin, 2016, str. 380). U tom se svjetlu prezantističkim definiranjem neposredne demokracije privilegira sadašnju generaciju, što, iako pojednostavnjuje puk, barem prigodu za samoupravljanje daje sada živućim građanima.

Ipak, kada se logika prezantizma ispreplete s oblicima neposredne demokracije, poput referenduma, nameću se dvije bitne posljedice. Prije svega, vrijeme je u tom slučaju poglavito granica. Budući da se prezantizmom nameće volja trenutne većine kao odlučujuće mjerilo, pitanja alternativna onomu koje se puku postavlja ostaju po strani, baš kao i sva razmatranja koja u pitanje ne potpadaju. Taj učinak prezantizma može biti posebno problematičan u kontekstu ustavotvorstva, čemu svjedoči i predmet *Schuette*, u kojem je većina neposrednim putem izglasala novu ustavnu odredbu jedne sastavnice američke federacije, zabranjujući njome uzimanje rase i spola u obzir u kontekstu „javnog obrazovanja, zapošljavanja u javnom sektoru te javnog ugovaranja“. (*Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. (2014)). Na taj se način nameće određeno poimanje određenih pojmova, ovdje rase (Bernstein, 2013), te njihove pravne i političke težine koju se ovdje može mijenjati samo ponovnim ustavotvorstvom.

Takva ograničavajuća uloga prezantizma nije jedino moguće viđenje političkog vremena. Dobro je poznato da vrijeme može biti i resurs (Schedler

& Santiso, 1998, str. 6). Primjer je kanadsko tumačenje ustava kao „živućeg stabla“ u kojem se ustavnopravni koncepti ne fiksiraju jednim svojim značenjem, već se prilagođavaju potrebama razvoja društva (Waluchow, 2011, str. 1001). Neposredna demokracija na to viđenje nije osjetljiva. Prošlost, utjelovljena u već izvršenim izborima, kao i budućnost, utjelovljena u alternativama koje bi tek trebale doći (Spitz, 1984, str. 90), padaju u drugi plan. Presudan je odgovor koji će većina sada dati na pitanje. Štoviše, u drugi plan pada i složenije viđenje sadašnjeg vremena. Dok je „sadašnjost“ u predstavničkoj demokraciji prostor alternativa isprekidan izbornim ciklusima (Sartori, 1987, str. 237; Spitz, 1984, str. 88), u neposrednoj je demokraciji ona sužena i fiksirana pitanjem koje se postavlja.

Osim u ograničavajućem utjecaju političkog vremena, inzistiranje na prezentizmu u neposrednoj demokraciji ima posljedicu i za njezin subjekt. Budući da na pitanje u neposrednoj demokraciji treba odgovoriti u sadašnjosti prisutan kolektiv, i to pristajanjem ili odbijanjem, većinu se svodi na onu numeričku.⁴ Kao što Spitz pokazuje u raspravi o takvu oblikovanju većinske volje, to reducira pojedince na dekontekstualizirane izražaje biračkog prava i potiskuje druge kolektive kojima oni inače pripadaju (Spitz, 1984, str. 48). Potonji bi u redovitim političkim procesima mogli istaknuti pitanja i viđenja alternativna onima koja se promiče neposrednim. Nasuprot njima, izravnom se demokracijom potencira jednu „većinu“ i jednu „manjinu“. Tako je referendum o izlasku Ujedinjenog Kraljevstva iz Europske unije (Brexit) istaknuo rasjed između pristalica (*Remainers*) i protivnika (*Brexiters*) članstva (Connelly & Connelly, 2018, str. 1–2). Takvim formuliranjem prisutnosti subjekta neposrednog ujedno se stvara prostor i za određeno viđenje političke sadašnjosti.

Referendumsko je pitanje nerazlučivo vezano za odmjeravanje opisanih učinaka prezentizma. Njime se određuje o čemu će se odlučivati te se tako pružaju sadržaj i granica prisutnosti sadašnje generacije koja se neposrednim izražava.⁵ Puk se, naime, uvijek izražava u ovisnosti o pitanju koje mu se postavlja (Böckenförde, 2000, str. 136–137). U tome „narod“ ostaje

⁴ Ilustracija je tog obilježja odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojoj se problematizirao broj potpisa potreban da bi se građanskom inicijativom uspješno potaknulo organiziranje referenduma. Iz te je odluke razvidno kako se prisutnost puka u neposrednoj demokraciji svodi na vrlo apstraktna kvantitativna mjerila koja se može obogatiti jedino tako da ih se vezuje za neke druge faktore kao što je teritorij. V. Odluku Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-7346/2014 od 10. prosinca 2014., NN 156/2014.

⁵ U konačnici, najopćenitija udžbenička definicija neposredne demokracije određuje je kao oblik odlučivanja u kojem se biračkom tijelu postavlja pitanje na koje se može odgovoriti s „da“ ili „ne“, „za“ ili „protiv“ (Smerdel, 2013, str. 164).

zapravo samo jedna verzija samoga sebe koja ovisi o onome tko postavlja pitanje kao i o samom pitanju. Narod u neposrednoj demokraciji izvan referendumskog pitanja efektivno i ne postoji. Ipak, postoje druga viđenja prisutnosti puka koja je moguće oblikovati izvan granica neposrednog, poglavito u strukturama predstavničke demokracije.

Ta veza referendumskog pitanja i prezentizma razvidna je iz prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske, koji se s temporalnim dimenzijama neposrednog suočio u nizu predmeta. Podsjetimo, sud u odnosu na neposrednu demokraciju raspolaže dvjema ovlastima. Prvo, on treba pratiti ustavnost i zakonitost referendumskog postupka u cjelini.⁶ Drugo, od njega se očekuje da, i to u pravilu na zahtjev Hrvatskog sabora, utvrdi je li „sadržaj referendumskog pitanja u skladu s Ustavom i jesu li ispunjene pretpostavke“ za raspisivanje referenduma koji proizlazi iz građanske inicijative.⁷ Te su ovlasti bile široko tumačene te su u konačnici poslužile kao osnova za nadzor ustavnosti ustavnih amandmana u hrvatskom pravu (Horvat Vuković, 2014, str. 158–159; Gardašević, 2014). Za taj je rad ipak dovoljno primijetiti da su one nekoliko puta primijenjene na nizu referenduma i da je time zahvaćeno u problem odnosa prezentizma i neposredne demokracije.

Hrvatski ustavni sud, osim ispunjenja pojedinih preduvjeta referenduma⁸, u nizu je odluka problematizirao ustavnost ishoda pojedinih referendumskih pitanja. Ta se njegova praksa s obzirom na odnos prema prezentizmu može podijeliti na dvije skupine. Prvu se skupinu slučajeva može nazvati vrijednosnim prezentizmom, a drugu onim prudencijskim. Te su dvije kategorije oblikovane po svojstvima koja je Ustavni sud pripisao prezentizmu sadržanom u pojedinim planiranim činovima neposrednog odlučivanja i koja je nastojao pretočiti u ustavnopravnu argumentaciju. Ovdje ćemo te kategorije skicirati kako bismo pokazali isprepletenost prezentizma i referendumskog pitanja te time položili osnove za razmatranja konstituirane jasnoće u tom kontekstu. Svakom je navedenom obliku prezentizma moguće posvetiti odvojeno istraživanje.

U slučaju vrijednosnog prezentizma Ustavni je sud ispitivao je li moguće referendumskim pitanjem potencirati određeni vrijednosni naboj prisutnosti „naroda“. U dvama je predmetima utvrdio da je takvo što moguće, ali je istodobno nastojao odijeliti takav vrijednosni predznak od neposred-

⁶ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN 99/99, 29/02, 49/02, čl. 87.

⁷ Ibid., čl. 95.

⁸ V., primjerice, bilj. 4 ovog rada.

nog pravnog učinka. Primjerice, u slučaju referenduma o definiciji braka sud je utvrdio da, iako pitanje nije neustavno⁹, provedeni referendum može u temeljni akt samo uglaviti termin „brak“ za zajednice muškarca i žene a da time onemogućiti priznavanje prava iz osobnog i obiteljskog života za istospolne parove.¹⁰ Tako je nastojao odijeliti simboličku dimenziju temeljnog akta od one pravno obvezujuće iako je krajnje dvojbena je li moguće povući takvu razliku u apstraktnome ustavnom korpusu.

S druge pak strane, sud nije priznao nikakav neposredni učinak inicijativi usmjerenoj na povećanje zakonskog praga za isticanje ploča s manjinskim pismom na tijelima javne vlasti u jedinicama lokalne samouprave.¹¹ Nedvosmisleno je i sasvim ispravno odlučio da je predloženo referendumsko pitanje neustavno jer nije opravdano „razlozima za koje se može reći da izviru iz demokratskog društva utemeljenog na vladavini prava i zaštiti ljudskih prava“.¹² Ipak, utvrdio je i da u Vukovaru, iz kojega je inicijativa i potekla, postoje posebni uvjeti prouzročeni Domovinskim ratom te da postoji i prostor postupnije i fleksibilnije primjene zakona.¹³ U tome mu je pomoglo i to što je stavljanje ploča na ćiriličnom pismu na zgrade tijela javne vlasti definirao kao „javnopravnu pozitivnu obvezu“¹⁴, a ne kao temeljno pravo koje bi bilo pripisano pripadnicima nacionalne manjine. Kumulativni je učinak takva tumačenja bio izgradnja barijere između političke sadašnjosti koju se iz Vukovara htjelo projicirati te kvaliteta političke sadašnjosti, što se pripisalo prisutnosti puka u cjelini.

⁹ Njegova je metodologija u tome krajnje sporna jer ne izvodi sukladnost definicije braka s Ustavom iz temeljnog akta, već to čini povezivanjem pitanja i više nepovezanih izvora. Točnije, poziva se na niz izvora međunarodnog prava i ne nastoji ući u interpretaciju određenja hrvatskog Ustava (Horvat Vuković, 2014, str. 166–167). Osim toga, utvrđuje da je Hrvatski sabor izglasao odluku o raspisivanju referenduma većinom koja nadilazi onu potrebnu za promjenu Ustava, što u očima suda snaži prihvatljivost referenduma. (Priopćenje o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013., NN 138/2013-2966, dalje: Priopćenje, 2013, para 11).

¹⁰ V. šire u Priopćenje, 2013, para 12. Kao što je dobro poznato, Hrvatski je sabor usprkos referendumu prihvatio i naknadno nadograđivao Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola (NN 92/14, 98/19).

¹¹ Odluka Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., NN 104/2014 (ispravak), para 13.2.

¹² Loc. cit.

¹³ Ibid., para 32. U tom je pogledu ta odluka obilježena problemima koje je moguće razmatrati iz gledišta kritičke pravne geografije, čemu će biti posvećen odvojeni rad.

¹⁴ Odluka Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., NN 104/2014 (ispravak), para 13.1.

Uz vrijednosni prezentizam, Ustavni je sud razvijao i temelj prudencijskog prezentizma. Dok onaj vrijednosni obuhvaća definiranje vrijednosti koje obilježavaju i mogu obilježavati političku sadašnjost, prudencijskim se prezentizmom političkoj sadašnjosti pripisuje razboritost koja je uvjetuje i postavlja joj granice. Iako se neposrednom demokracijom može razviti razumijevanje političke sadašnjosti koje konkuriira onomu što dominira zakonodavnom i izvršnom vlašću, ono mora biti usklađeno s modalitetima političke razboritosti koji, tvrdi se, slijede iz temeljnog akta.

Začetke prudencijskog prezentizma u manjoj mjeri nalazimo u odluci vezanoj za referendum o Zakonu o radu iz 2010. godine¹⁵, a bitno se razvija u dvjema kasnijim odlukama u kojima je Ustavni sud ocjenjivao ustavnost referenduma o izdavanju pomoćnih djelatnosti iz javnih službi (*outsourcingu*)¹⁶ te referenduma o monetizaciji autocesta.¹⁷ Sud je u tim odlukama razvio niz načela koja se može pripisati prudencijskom prezentizmu. Prvo, utvrdio je da, ako se može smatrati da je referendum građanske inicijative motiviran nekom politikom izvršne i zakonodavne vlasti, potreba za njime prestaje kada se tu politiku izmijeni te se time referendum učini suvišnim.¹⁸ Štoviše, u odluci o *outsourcingu* sud je čak utvrdio da referendum ne smije proizvoditi zabranjujući učinak ako se odnosi na politike koje se i ne nastoji mijenjati u tijekovima predstavničke demokracije.¹⁹ Time je učinke političke sadašnjosti sadržane u referendumu moćno vezao za Sabor i Vladu.

Drugo, u svojim je kasnijim odlukama Ustavni sud istaknuo da čin neposredne demokracije ne smije biti usmjeren samo na zabranu određene promjene, ističući da se time ograničava prostor legitimnog djelovanja javne vlasti.²⁰ U tom je pogledu sporno što je sud ustanovio da bi zabrana bila

¹⁵ Odluka Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010., NN 119/10.

¹⁶ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015., NN 43/15 (dalje: Odluka o *outsourcingu*).

¹⁷ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-1158/2015 od 21. travnja 2015., NN 46/2015 (dalje: Odluka o monetizaciji).

¹⁸ U odluci vezanoj za referendum o Zakonu o radu, to je načelo obuhvaćalo samo slučaj u kojem bi prijedlog zakona na koji se referendum odnosio bio povučen iz zakonodavnog postupka. U kasnijim je odlukama i promjena najavljene politike Vlade postala razlogom proglašavanja referenduma neustavnim.

¹⁹ Odluka o *outsourcingu*, para 44.

²⁰ Odluka o monetizaciji, para 59; Odluka o *outsourcingu*, para 42.1.

„trajnije“ naravi²¹ utvrđujući bez jasne pozitivnopravne osnove da ishod političke sadašnjosti definirane referendumom sam po sebi ima dulji vijek od onoga koji se definira u redovitome predstavničkom procesu.

Konačno, Ustavni je sud u odgovoru na planirani referendum o *outsourcingu* nastojao odrediti isključive ovlasti Hrvatskog sabora i Vlade Republike Hrvatske, posebno u pogledu proračuna, te je utvrdio da se neposrednom demokracijom u te ovlasti ne smije zadirati.²² Time je nastojao razdijeliti volju većine koju se razvija predstavničkim putem od one utjelovljene u neposrednom. Slično kao i kod pitanja „trajnije“ zakonske zabrane, sud je ovdje naznačio da prezentizam koji se razvija u neposrednoj demokraciji ne smije izazivati kapacitet političkih grana vlasti da raspolažu svojim ovlastima i time nastavljaju voditi autonomnu izgradnju političkog vremena.

Odluke Ustavnog suda u domeni prudencijskog prezentizma u najvećoj mjeri nisu sadržajno iznimne. U drugim je jurisdikcijama s uređenijim oblicima neposredne demokracije uobičajeno ucrtati neka fiksna ograničenja povlačenju granica sadašnje generacije posredstvom instrumenta neposrednog odlučivanja. Primjerice, i u Italiji i u Njemačkoj izričito se ističe da ovlasti predstavničkog tijela ne mogu biti potisnute oblicima izravne demokracije, već čak i u vrijeme referenduma predstavnici puka mogu raspolagati svim svojim redovitim ovlastima i svojim djelovanjem izići ususret zahtjevima koje se neposrednim putem ističe. (Chiappetti, 1974, str. 128; Salerno, 1992, str. 285; Odluka Ustavnog suda Hamburga u predmetu HVerfG 2/16 od 13. listopada 2016., para 100.). U Sjedinjenim Američkim Državama građanske inicijative ne smiju ni u kojem slučaju zamijeniti predstavničko tijelo. Primjerice, nije moguće inicijativom prisiliti predstavničko tijelo sastavnice da pokrene postupak promjene saveznog ustava (Hawke v. Smith (No. 1), 253 US 221 (1920)). Time se ne priznaje samo neposredna demokracija kao mjesto definiranja sadašnje generacije već i mogućnost, čak i ustavna nužnost, supostojanja različitih foruma na kojima se definira politički i ustavni identitet puka, pa i alternativne vizije onoga što bi sadašnja generacija htjela. Neustavno je stoga određivati neposrednu demokraciju kao jedino i privilegirano mjesto definiranja političke sadašnjosti.

²¹ Odluka o monetizaciji, para 58; Odluka o *outsourcingu*, para 42.

²² V. paragraf 33.3 Odluke o *outsourcingu*. U svojoj se odluci o monetizaciji autocesta sud također poziva na koncept isključivih ovlasti parlamenata iz *soft law* instrumenta Venećanske komisije.

Ipak, u hrvatskom se slučaju ne može govoriti o propisima uređenom obliku neposrednog, već ustavnosudskoj argumentaciji koja je već bila predmetom opravdane kritike teoretičara. Horvat Vuković tako je utvrdila da se njome omogućava prekomjerno sužavanje prostora za održavanje referenduma poticajem građanske inicijative (Horvat Vuković, 2016). Gardašević u svojem detaljnom ispitivanju cjelokupnog djelovanja Ustavnog suda naspram referenduma naglašava niz praznina i nedoumica koje su ostale za ustavnosudskim tumačenjem kao što je, primjerice, način na koji su konstruirane isključive ovlasti tijela predstavničke demokracije i njihova povreda (Gardašević, 2015, str. 36). Zbog toga je ponovno moguće mijenjati koncept isključivih nadležnosti ne bi li se tako odgovorilo na nalete neposrednog odlučivanja, po naravi epizodične.

Čini se, a to posebno vrijedi za prudencijski prezentizam, da se sud u svojem bavljenju političkom sadašnjošću posredstvom instrumenta ustavnosti barem jednim dijelom nije vodio temeljnim aktom kao suvremenim pisanim dokumentom, već je tumačio ustav kao kondenzaciju održivih političkih praksi koje u njemu nisu nužno u cjelini razrađene.²³ Primjerice, ideja da je odluka prihvaćena referendumom sama po sebi „trajnija“ ima smisla samo ako se smatra da referendum donosi „demokratski višak“ koji otežava izmjenu njegovih rezultata i obvezuje na provedbu jer se smatra da neposredna demokracija čini narod „prisutnim“.²⁴ To je, međutim, sociopolitički, a ne pravni argument. Tvrditi pak da referendum ne smije zabranjivati ako se ne odnosi na politiku koju se i nije htjelo mijenjati zapravo postavlja politički *fiat* ispred pravnog argumenta. To, naravno, otvara prostor arbitrarnosti i otežava razvoj koherentne ustavne teorije neposredne demokracije.

Usprkos problemima kojima je nedvojbena opterećena, praksa Ustavnog suda u pitanju neposredne demokracije pokazuje isprepletenost referenduskog pitanja i određivanja prezentizma. Iako između vrijednosnog i prudencijskog prezentizma nedvojbena postoje razlike, baš kao i između predmeta u svakoj od dviju kategorija, nedvojbena je da ih povezuje jedna nit, a to je usmjerenost na učinak prezentizma na pojedine segmente ustavne arhitekture. U biti se pitanje definiranja vrijednosti neposrednim putem, kao i političke razboritosti, svodilo na ispitivanje ustavnih transfor-

²³ O takvu, predmodernom shvaćanju ustava vidi (Loughlin, 2016, str. 28). Treba naglasiti da je takvo pozicioniranje suda možda i bilo očekivano ako se ima u vidu da je djelovao u okviru izrazito nepotpuna normativnog okvira. To je naznačio i sam sud (Odluka Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010., NN 119/2010, para 25.1.).

²⁴ Šire u Böckenförde, 1985, str. 321.

macija koje prezentizam može izazvati. Jasnoća se, međutim, ne uključuje u takvu izgradnju prezentizma jer ona je posvećena prethodnom pitanju definiranja neposredne demokracije, a ne određenju njezina utjecaja. Stoga se i prezentizam u okviru jasnoće pojavljuje kao problem opsega volje sadašnje generacije, čemu se posvećujemo u sljedećem dijelu rada.

5. Dvije strategije sudskog preispitivanja prezentizma u kontekstu konstituirane jasnoće: poopćenje i pluralizacija

Već smo naglasili da konstituirana jasnoća, u svojim različitim oblicima, zapravo čini dio preduvjeta neposredne demokracije. Nju se može staviti uz bok drugim komponentama oblika izravne vlasti puka koje uvjetuju postojanje „izravne vlasti puka“. Primjeri takvih elemenata uključuju kvorume izlaznosti i prihvaćanja kao i uređenje prikupljanja potpisa u građanskim inicijativama te reguliranje referendumske kampanje. Stoga, kada se pitamo mora li promjenu temeljnog akta poduprijeti određen broj birača²⁵ ili smije li izvršna vlast organizirati kampanju protiv referenduma²⁶, s time je isprepletano pitanje definiranja neposredne demokracije.²⁷ Samo suočavanjem s tim širim problemom možemo utvrditi zašto su kvorumi (ne) potrebni ili kako je potrebno urediti zagovaranje pojedinih ishoda referenduma. S druge pak strane, pružanje odgovora na takva pitanja ujedno uključuje razvijanje teorije izravnog odlučivanja ili predlaganja odluke.

Konstituirana je jasnoća posebno složen preduvjet zato što nije jedinstvena ni uniformna. Ona nije jedinstvena jer se sastoji od svojih formalnih i materijalnih komponenti kojima je moguće provjeravati i sadržaj i formulaciju pitanja. Nadalje, ona nije ni uniformna jer postoje razlike u njezinoj primjeni i unutar i izvan iste jurisdikcije. Oba obilježja otežavaju uopćenu raspravu za kakvom je posegnuo Taillon jer zapravo nije moguće procjenjiti

²⁵ Šire u Jung, 2009.

²⁶ V. Priopćenje za javnost Ustavnog suda Republike Hrvatske br. SuP-O-9/2019 od 9. svibnja 2019.

²⁷ Primjerice, kada je Ustavni sud Bavarske utvrdio da ustavotvorni referendum mora biti popraćen kvorumom, utvrdio je da se čin neposredne demokracije koji za predmet ima ustav ne može smatrati pravaoaljanim bez pojačane potpore biračkog tijela. Puko glasanje obične većine ne bi, po tom viđenju, moglo biti dovoljno da bi bila riječ o izravnoj odluci. Vidi odluku Ustavnog suda Bavarske u predmetu Vf. 12-VIII-98, Vf. 14-VII98, Vf. 15-VII-98 od 17. rujna 1999., para II.2.f.1.

vati način na koji se pristupa jasnoći izvan konteksta konkretnih slučajeva, a pogotovo po toj osnovi nije moguće zahtijevati da se kontrolu jasnoće u cijelosti napusti.

Imajući u vidu opisane komplikacije i ograničen opseg rada, ovdje se neće pružiti jedinstveno i iscrpno tumačenje konstituirane jasnoće, već skicirati različite pristupe iz vizure prezentizma te istaknuti nedostatke i prednosti svakog od pristupa. Perspektiva koja polazi od prezentizma omogućuje jasnije izricanje problema na koje sudsko tumačenje može naići te rizika koje je potrebno preuzeti kako bi se neko tumačenje oživotvorilo. Njome se tako otvara mogućnost kritike i eventualno odbacivanje pojedinih (ustavno)sudskih pristupa, a ne nadzora jasnoće u cjelini.

Dvije su komponente svake provjere konstituirane jasnoće pitanje te određena pretpostavka o njegovoj razumljivosti za biračko tijelo. Dok je samo pitanje unaprijed zadano i neovisno o sudovima, pretpostavku o razumljivosti (ustavni) sudovi mogu utvrđivati pozivanjem na dvije krajnosti. S jedne strane, moguće je pokušati utvrditi je li pitanje realno razumljivo biračkom tijelu. Samo ako je tema dovoljno razvidna, o njoj se može informirano odlučivati (Kostadinov, 2015, str. 56; Michael, 1983, str. 1221; Taillon, 2012, str. 174). S druge pak strane, moguće je potpuno zanemariti razumijevanje prosječna birača te standarde jasnoće izvući iz postojećeg prava na koje se odnosi pitanje. Za postojećim je pravom lakše posegnuti ako se provjerava odnosi li se pitanje isključivo na ustav ili zakon, iako i tada puno ovisi o tome kako se razumije odnos narodnog suvereniteta i prava.²⁸ Međutim, ako zadaća sudova nije vezana za određenu pravnu kategoriju, kao što je slučaj s ispitivanjem apstrakcije pitanja i, pogotovo, „jedinstva materije“, otvara se prostor (ustavno)sudskoj samovolji.

Niz sastavnica američke federacije utjelovljuje pristup jasnoći koji apostrofira realnu razumljivost pitanja biračkom tijelu. „Narod“ je taj koji mora moći razumjeti prijedlog i, ako se takvo razumijevanje može pretpostaviti, pitanje je jasno.²⁹ Sud se u tom pristupu može uvjeriti da takva jasnoća postoji ako se usmjeri na cilj čina neposredne demokracije.³⁰ Cilj inicijative može se učiniti lako dostupnim kampanjom, može se jedno-

²⁸ Primjerice, ako se smatra da je neposredna demokracija političko pravo, a referendumom se hoće uvesti neki njezin oblik, sudovi mogu, kao u Švicarskoj, utvrditi da je nebitno što se zakonom mijenja ustavna materija sve dok se ustavom zajamčeno pravo „razrađuje“ (Miloš, 2019, str. 297–298).

²⁹ *Larkin v. Gronna*, 69 N.D. 234 N.W. 59, 60 (1939), para 63.

³⁰ *Lockman v. Secretary of State*, 684 A.2d 415 (1996), para 420 (Vrhovni sud Mainea utvrđuje da jasnoća postoji jer je cilj cjelokupnog prijedloga „zaštita šuma“).

stavno politički artikulirati i birači ga mogu razumjeti potpuno neovisno o pravnom sadržaju referendumskog pitanja. Kalifornijski Vrhovni sud tako je redovito utvrđivao postojanje jasnoće pitanja koja su obuhvaćala širok spektar pravne materije samo zbog toga što je postojao njihov dovoljno širok i sveobuhvatan cilj.³¹ Vrhovni sud Missourija taj je pristup doveo do krajnjih granica kada je, ispitujući jasnoću, jednostavno utvrđivao je li naslov referendumske inicijative „pošten i nepristran“.³² U takvu je vidnju neprihvatljiv samo najapstraktnije određen cilj, kao „vlada“ ili „javna sigurnost“³³, čime je moćno sužen broj slučajeva u kojima jasnoća neće biti utvrđena.

Takav način razumijevanja jasnoće već i u kalifornijskom pravu nalazi svoju konkurenciju. U jedinoj iznimci od prevladavajućeg fokusa na „cilj“, Vrhovni sud Kalifornije utvrđuje da pravne promjene koje su posebno dalekosežne, kao što je prenošenje pitanja uređenja izbornih jedinica sudovima, moraju biti predmetom zasebne inicijative i neovisne o širini cilja.³⁴ Time odražava alternativan pristup jasnoći, prisutan u praksi drugih sastavnica američke federacije kao i u pojedinim jurisdikcijama kontinentalne Europe, ali i nekim drugim sastavnicama američke federacije. Vrhovni sud Floride tako je nejasnima proglašavao pitanja koja istodobno zahvaćaju u djelovanje više grana vlasti.³⁵ Odlučnim prestaje biti cilj, a razumijevanje birača zamjenjuje se osvrtnom na postojeće pravne granice materije na koju je neposredno usmjereno.

³¹ *Raven v. Deukmejian*, No. S016137. Dec 24, 1990 (dovoljno je jasno pitanje kojim se traži ukidanje različitih komponenti kalifornijskog kaznenog postupka zbog toga što se svi dijelovi pitanja odnose na kazneni postupak); *Manduley v. Superior Court*, 27 Cal. 4th 537, 544, 41 P.3d 3, 8 (2002), as modified (Apr. 17, 2002) (budući da cilj inicijative nije bio „smanjivanje zločina uopće“, već „nasilnih zločina čiji su počinitelji maloljetnici i bande“, postoji jasnoća inicijative usmjerene na niz raznorodnih normi kaznenog prava); *Brosnahan v. Brown*, 32 Cal. 3d 236, 250, 651 P.2d 274, 282 (1982) („očito je“ da to što se neposrednim zadire u niz u biti nepovezanih pitanja nije problem ako se time promiče „prava trenutnih ili potencijalnih žrtvi zločina“).

³² *Union Elec. Co. v. Kirkpatrick*, 606 S.W.2d 658 (Mo. 1980), para 660; *Missourians Against Human Cloning v. Carnahan*, 190 S.W.3d 451, 457 (Mo. Ct. App. 2006), para 457. Tako i Vrhovni sud Washingtona u predmetu *Amalgamated Transit Union Local 587 v. State*, 142 Wash. 2d 183, 11 P.3d 762 (2000), as amended (Nov. 27, 2000), opinion corrected, 27 P.3d 608 (Wash. 2001), para 209.

³³ *Legislature v. Eu*, 54 Cal. 3d 492, 816 P.2d 1309 (1991), para 1320.

³⁴ *Senate of State of California v. Jones*, 21 Cal. 4th 1142, 1146, 988 P.2d 1089 (1999), para 1168.

³⁵ *Advisory Opinion to the Attorney Gen. re Fla. Transp. Initiative for Statewide High Speed Monorail, Fixed Guideway or Magnetic Levitation Sys.*, 769 So. 2d 367 (Fla. 2000).

U njemačkim i talijanskim iskustvima s konstituiranom jasnoćom zapažamo baš tu praksu pozivanja na postojeće pravne okvire. Talijanski Ustavni sud odbio je zahtjev za referendumskim ukidanjem zakona koji je bio usmjeren na otklanjanje više desetaka članaka tamošnjega kaznenog zakona. Ističući da se inicijativom zadire u preširok spektar kaznenih djela, sud je odbacio tvrdnju da je pitanje jasno zato što se sva djela odnose na istu temu, izražavanje misli.³⁶ Tom je prigodom sud naglasio da konstituirana jasnoća zahtijeva istraživanje prava na koje bi se referendum odnosio.³⁷ Takav je pristup zauzelo i nekoliko njemačkih sudova koji su imali prigodu odlučivati o jasnoći referendumskog pitanja. U svojoj je odluci o referendumu kojim se htjelo korjenito reformirati bavarski parlament te katalog temeljnih prava iz bavarskog ustava Ustavni sud Bavarske utvrdio da pitanje nije jasno jer paralelno zahvaća u više nepovezanih pravnih instituta.³⁸ Ustavni sud Hamburga pratio je taj presedan kada je utvrdio da se referendum ne može reformirati istim prijedlogom ako se njime istodobno mijenja više aspekata njegova uređenja.³⁹ Za takav je pristup nebitno hoće li birači razumjeti pitanje, važno je kako se njegov sadržaj pretače u pravni kontekst.

Usporedbom tih dvaju pristupa konstituiranoj jasnoći moguće je utvrditi kako (ustavni) sudovi njezinoj konkretizaciji mogu pomoći naglašavanjem dvaju sadržaja, retorike demokratskog samoodređenja te jezika nacionalnog prava. Iz vizure prezentizma obje strategije dijele isti cilj, a to je nastojanje da se opiše opseg zahvata neposredne demokracije u postojeće pravo. Sudskim se nadzorom tako zapravo utvrđuje treba li konstituiranu

³⁶ Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 28/1981 (ECLI:IT:COST:1981:28) od 10. veljače 1981., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 48, 17. veljače 1981. Tako i odluke u predmetima 27/1981 (ECLI:IT:COST:1981:27), od 13. veljače 1981., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 48 od 17. veljače 1981. (nemoguće je ukinuti samo dio zakona na način da se ostavi mogućnost sankcioniranja prijestupnika na temelju dijela zakona koji više ne bi postojao); 27/1982 (ECLI:IT:COST:1982:27), od 8. veljače 1982., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 47 od 17. veljače 1982 (istim referendumom ne smiju se izglasavati tri pravno različite promjene, čak i ako je cilj uniforman); 28/1987 (ECLI:IT:COST:1987:28) od 16. siječnja 1987., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 7 od 11. veljače 1987. (nije moguće ukinuti samo dio jednog zakona zbog toga što ostatak propisa ne bi mogao biti ustavno primijenjen).

³⁷ *Ibid.*, para 6.

³⁸ Odluka Ustavnog suda Bavarske u predmetu 10-VII-03/04-VII-05, br. 20, ECLI:DE:BAYVERF:2005:1117.VF.10VII.03.0A od 17. studenoga 2005. Takvo tumačenje podupire i prijašnja odluka istog suda u predmetu *BayVerfGH*, Vf 112-IX 99 od 24. veljače 2000.

³⁹ Odluka Ustavnog suda Hamburga u predmetu 2/16 od 13. listopada 2016, para 79.

neposrednu demokraciju smatrati aproksimacijom demokratskog ideala koja može probiti granice prethodno postojećeg prava zato što je biračima navodno razumljiva ili je neposredna demokracija u svojem nastanku omeđena prethodno postojećim pravom koje joj ostavlja samo ograničen prostor čije razmjere vide poglavito sudovi.

Pristup koji naglašava demokratsko samoodređenje, dominantan u SAD-u, možemo nazvati poopćenjem sadašnjosti. To je tako jer zbog apostrofiranja cilja neposredne demokracije prethodno postojeće pravne strukture blijede u svojoj važnosti. One nisu nužno u cijelosti nebitne, ali primat nosi cilj koji biračko tijelo može razumjeti (Klapper, 2015, str. 779; Staszewski, 2003, str. 408–409; Uelmen, 2001, 999–1025). Apostrofira se ekspresivna dimenzija izravne demokracije koju se usko vezuje za volju puka.⁴⁰ Zbog toga volja sadašnje generacije, pripisana neposrednom, ima prevladavajuće značenje koje se uopćava i preko postojećih pravnih granica.

S druge pak strane, pristup koji postoji u nekim sastavnicama američke federacije, Njemačkoj i Italiji možemo odrediti kao pluralizaciju sadašnjosti. Sudovi usmjereni na njega nastoje artikulirati ograničen opseg volje sadašnje generacije utjelovljene u neposrednoj demokraciji. Da bi to učinili, posežu za postojećim pravnim strukturama koje suprotstavljaju prijedlogu sadržanom u planiranom činu neposrednog. Kada sudovi utvrđuju da postoje teme koje treba odijeliti od one referendumske, pozivaju se na rezultate prethodnih političkih procesa te njima nastoje odrediti opseg neposredne demokracije u konkretnom pravnom i političkom poretku.

Prednost je poopćenja njegova jednostavnost jer sudovi njome zapravo prepuštaju povećani slobodni prostor organizatorima inicijative da svojim djelovanjem utvrde opseg neposredne demokracije. Smatra se da je ustav u glavni agnostički nastojen prema definiranju legitimnog opsega prezentizma utjelovljenog u neposrednoj demokraciji. Nadalje, poopćenje će u pravilu biti lakše primjenjivo (ustavnim) sudovima koji redovito ne uživaju položaj izabranog zakonodavca. Oni obično nisu birani na izborima, a i postupci koji se na njima vode nisu u stanju osigurati političke procese istovjetne onima u političkom predstavništvu, posebno stoga što se od sudova očekuje da se vode kvalitetom stručne argumentacije, a ne političkim predstavljanjem interesa (Bellamy & Parau, 2013, str. 261). Budući da se zato obično od njih i ne očekuje da previše iscrpno istražuju osnovanost čina neposredne demokracije (Silvestri, 2000, str. 151), relativno im je

⁴⁰ Tako i Vrhovni sud Kalifornije u već citiranom slučaju *Raven v. Deukmejian* (vidi bilj. 31).

lakše zadržati se na provjeri cilja izravnog odlučivanja ili predlaganja odluke te tako pristati na potencijalno širok zahvat prezentizma.

Dva su problema primjene strategije poopćenja. Prvi je praktične naravi. Budući da poopćenje ovisi o razumijevanju koje o nekom problemu ima „biračko tijelo“, pitanje je kako utvrđujemo to razumijevanje. U starijim raspravama na tu temu, kojima je biljeg dala profesorica Schacter, isticalo se da je ključna zapreka u tome takozvana „obrnuta informacijska hijerarhija“. Sudovi se u svojim ocjenama nastoje voditi pravnim izvorima, a oni uopće ne pomažu utvrditi kako bi ih shvatili građani. Medijski izvori na koje se građani oslanjaju nisu pravno relevantni niti, ponovno, sudovima mogu pomoći u utvrđivanju namjere puka (Schacter, 1995). Zato Staszewski i predlaže da se treba voditi namjerama organizatora inicijative ne bi li se donekle olakšao zadatak sudova (Staszewski, 2003, str. 408–409).

Čak ni tada nije otklonjen drugi problem strategije poopćenja. Ako sudovi posegnu za njome, efektivno se povlače od nadzora jasnoće i prepuštaju popriličan prostor autonomije organizatoru čina neposredne demokracije koji njime može samovoljno definirati opseg svojeg viđenja sadašnje generacije puka. Takav je scenarij blizak Taillonovu zalaganju za cjelovito uklanjanje nadzora jasnoće. On ujedno pokazuje da primjena poopćenja nosi potencijalno neprihvatljive žrtve. Ako se neposrednim može zahvatiti širok spektar pravnog sadržaja samo na temelju dovoljno široka cilja, moguće je time nametati pojednostavnjeno viđenje sadašnje generacije i ograničiti njegove alternative. Primjerice, ako se dopusti istim referendumom ukinuti dva različita upravna tijela, jednom se odlukom obuhvaća dvije različite rasprave te se na taj način potencijalno preuranjeno prihvaća odluka koja je mogla biti predmetom zasebnog demokratskog prijedloga i konsenzusa.⁴¹ Sasvim je neodlučno jesu li birači ispravno shvatili cilj inicijative i je li on dovoljno širok jer narod, kao tvorevina pitanja, ne može utjecati na granice u kojima se pojavljuje. Sposoban je jedino odbiti prijedlog u cjelini iako bi se možda mogao složiti s jednim njegovim dijelom. S druge pak strane, pluralizacija je za sudove puno zahtjevnija strategija i nosi svoj niz opasnosti. Njome se zahtijeva od sudova da odrede neke standarde oblika konstituirane jasnoće. To je potencijalni problem zato što, u svojem rezoniranju, sudovi mogu utonuti u proizvodnju specijalizi-

⁴¹ Upravo je to bio scenarij koji je talijansko ustavno sudište odbilo potvrditi u predmetu 16/1997 (ECLI:IT:COST:1997:16) od 30. siječnja 1997., objavljeno u *Gazzetta Ufficiale* br. 7 od 12. veljače 1997.

ranog diskursa koji karakterizira pravo kao disciplinu. Riječ je o jeziku koji može mistificirati političke probleme i odluke čineći ih demokratski nedostupnima (Daly, 2018). Zaista, tom problemu u kontekstu neposredne demokracije svjedoči teško objašnjivo i nepredvidljivo umnažanje kriterija ocjene materijalne jasnoće u talijanskom pravu kao što su „racionalna jedinstvena matrica“, „jasnoća, jednoznačnost i nedvosmislenost“ i „intrinzični cilj“ (Miloš, 2019, str. 412). Razvijanjem tako kompleksnog jezika, nevezanog predvidljivom potkom, (ustavni) sudovi mogu stvoriti prostor arbitrarnosti i zaista zloupotrebljavati konstituiranu jasnoću. Središnja je snaga pluralizacije stoga ujedno i njezina najveća slabost jer samo oslanjanje na postojeće pravne strukture ne pokazuje nužno gdje i zašto povući granice između pojedinih njihovih dijelova. Zbog toga se (ustavno)sudski nadzor može saplesti u problem legitimnosti jer sudovi mogu biti optuženi da svojim djelovanjem opstruiraju volju pučkog suverena.

Nadalje, kao što nas uči talijanski slučaj, inzistiranje na pluralizaciji može dovesti do poistovjećenja nadzora jasnoće pitanja i nadzora ustavnosti pojedinih njegovih učinaka. U talijanskom je pravu Središnji ured Kasacijskog suda načelno nadležan za provjeru jasnoće, a Ustavni sud za prethodni i naknadni nadzor ustavnosti.⁴² Nadalje, postoji i u sudskoj praksi priznata granica između provjere prihvatljivosti referenduma i ustavnosti njegovih ishoda. Ipak, praksa čini sve te granice iznimno labilnima. Ustavni je sud razvio standarde konstituirane jasnoće koje je nametnuo Središnjem uredu Kasacijskog suda.⁴³ Iste je standarde Ustavni sud sam počeo primjenjivati tako da se razlika između prethodne prihvatljivosti nekog pitanja i ustavnosti njegova učinka u bitnome zamutila (Chiappetti, 1974, str. 98–99). Kada se Sud počeo oslanjati na postojeće pravne kategorije, više nije bilo jasno je li referendum neprihvatljiv zato što je pitanje nejasno ili zbog toga što njegovi učinci proizvode potencijalno neustavne ishode.

S druge strane, pluralizacija ipak nameće (ustavnim) sudovima teret adekvatne pravne argumentacije u suočavanju s opsegom prezentizma. Time ne samo da im određuje ograničenja koja ne ovise o organizatorima čina neposredne demokracije, već im i daje definirani identitet u nadzoru konstituirane jasnoće. Zbog toga (ustavno)sudsko djelovanje može

⁴² Legge 25 maggio 1970, n. 352. Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziative legislative del popolo, *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n. 147 del 15-06-1970, čl. 32. i 33.

⁴³ Vidi posebno Odluku Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 27/1981 (ECLI:IT:COST:1981:27), od 13. veljače 1981., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 48 od 17. veljače 1981.

postati korektiv političkog predstavništva i organizatora čina neposredne demokracije ako, kao u slučaju građanske inicijative, on dolazi iz civilnog društva. Zato je pluralizacija puno bliža duhu konstitucionalizma ako, kao Holmes, držimo da je riječ o projektu uspostave ograničene i učinkovite vlasti (Holmes, 2012, str. 204). Za razliku od nje, poopćenje vezuje sud za volju onoga koji definira cilj neposrednog, potpuno neovisno o njegovu sadržaju te, pomalo naivno, definira izravnu demokraciju dominantno kao pitanje izražavanja volje. U takvu se viđenju umanjuje važnost stvaranja prava koje proizlazi iz čina neposrednog.

Usprkos tim prednostima nedostaci su pluralizacije očiti i nije ih moguće definitivno otkloniti. To nije tako samo zato što pravni jezik uvijek može postati neprobojan, već i zato što epizodična narav neposredne demokracije može navesti (ustavne) sudove da ga sami počnu komplicirati ne bi li prilagodili kriterije jasnoće novim slučajevima, kao što nam je pokazao i talijanski primjer.

Ako se opredijele za pluralizaciju, sami sudovi trebaju povući granice između pojedinih dijelova referendumskog pitanja tako da pokažu zbog čega bi pojedini segmenti iste teme morali biti predmetom odvojenih rasprava, upravo naglašavajući štetu koja bi nastupila da se dopusti ujedinjeno odlučivanje o više tema koje bi tako postale vezane istim viđenjem prezentizma. Na taj bi način trebali pokazati kako pojedina pitanja zaslužuju više različitih demokratskih prijedora i činova odlučivanja. Tako je, primjerice, Vrhovni sud Kalifornije u već citiranom predmetu *Jones* istaknuo da je prenošenje zakonodavne vlasti toliko bitno pitanje za kalifornijsku demokraciju da se ne može kombinirati ni s kojom drugom temom.⁴⁴ Primjetno je da je Vrhovni sud polazio od važnosti pojedine teme za demokraciju omeđenu ustavom Kalifornije. Njegov je pristup stoga bio iznimno kontekstualan te je, iako izniman u cjelini njegove prakse, pokazao nastojanje da se s pomoću jasnoće zaštiti integritet različitih demokratskih rasprava koje nije moguće uklopiti u jedan čin odluke.

Važno je naglasiti da postoji bitna razlika između takva pristupa jasnoći te interakcije s temporalnošću koju smo pokazali na primjeru djelovanja Ustavnog suda Republike Hrvatske. Kada je Ustavni sud utvrdio da pojedini referendumi nisu dopušteni zbog tobožnje povrede isključivih proračunskih ovlasti Sabora i Vlade, bavio se supostojanjem različitih foruma artikulacije volje naroda, a ne raznorodnošću tema obuhvaćenih jednim referendumskim pitanjem. Jasnoća, ponovno, nije zabavljena učincima

⁴⁴ V. bilj. 34.

neposredne demokracije na ovlasti tijela predstavničke demokracije. Ako se na taj način izjednačuje s ustavnošću, stvara se upravo prostor neograničena širenja (ustavno)sudskih ovlasti te ispunjenja kritika koje je Taillon tom procesu uputio. Umjesto toga jasnoća je usmjerena na čuvanje složenosti demokratskog samoodređenja puka. Njome se priznaje da o pojedinim temama može postojati više rasprava koje se ne smije razriješiti jednim razumijevanjem demokratske sadašnjosti. Iako se na taj način indirektno onemogućuje arbitrarna vlast, a onda štiti i uredno djelovanje tijela uspostavljenih temeljnim aktom, jasnoća za svoj primarni cilj ima očuvanje narodnog suvereniteta te umnažanje čina odluke potrebnih da bi se neko područje uredilo u skladu sa svojim polazištima.

Takvim se pristupom priznaje da je konkretan čin neposrednog samo jedna vizija puka i njegove volje te ju se suprotstavlja potencijalnim dodatnim vizijama naroda. Iako je neposredna demokracija epizodična te jedan njezin čin ne mora imati nikakve veze s prošlim ili budućim, sudovi na taj način mogu razviti narativ o demokratskom samoodređenju koji će, primjereno njihovom kontekstu, naglašavati složenost puka koji se može izraziti o različitim pitanjima. Konstituirana jasnoća služi opisivanju i zaštiti tog pluralizma i sudovi se trebaju usmjeriti upravo na tu zadaću, a ne na tumačenje jasnoće usredotočeno isključivo na konkretan čin izravnog odlučivanja ili predlaganja odluke.

U tom smislu (ustavni) sudovi moraju, kao u poopćenju, priznati mogućnost puka da odlučuje posredstvom neposrednog i tako relativizirati strogo formalističko tumačenje jasnoće. Međutim, za razliku od poopćenja, moraju svojim argumentima pokazati da postoji pluralnost prigoda na kojima puk može formirati tu volju i koje se ne smije žrtvovati jednoj manifestaciji prezentizma. Razgraničenje materije, razine propisa i apstraktnosti treba shvatiti kao instrumente u tom pothvatu, a ne kao cjeline koje se može primijeniti same po sebi.

Konačno, treba napomenuti da teorijsko razlikovanje strategija poopćenja i pluralizacije svakako ne može sudski nadzor neposredne demokracije obraniti u vakuumu, apstraktno. Takvo što nije moguće baš kao što nije uvjerljiv ni apstraktan napad na nadzor konstituirane jasnoće uopće. Potonji se nužno odvija u kontekstu određenoga pravnog i političkog poretka te, još određenije, u kontekstu pojedinih slučajeva neposredne demokracije. Svrha je povlačenja razlika između dviju strategija stvaranje okvira za procjenu (ustavno)sudskog nadzora. Njima se može aproksimirati ono što (ustavni) sudovi rade i preciznije kritizirati njihovo djelovanje, a i sama ta tijela mogu u okvirima tih strategija razvijati vlastitu praksu. Osim toga, te

se kategorije mogu iskoristiti za detaljnije usporedno proučavanje nadzora konstituirane jasnoće.

6. Zaključak

Ustavni poredak koji odluči prihvatiti bilo kakvo viđenje neposredne demokracije suočava se s teškim zadatkom jer, uz predstavničku demokraciju koja je sama po sebi kompleksna, otvara još jedan prostor formiranja političke volje puka. Izazov u tom slučaju nije samo uređivanje odnosa između „predstavljanja“ i „neposrednosti“ već i osiguravanje artikulacije različitih, katkada potpuno suprotstavljenih vizija onoga što prisutnost naroda traži. Neposrednost u odlučivanju i predlaganju odluke postavlja poseban izazov u tom pothvatu jer njezin uspjeh ujedno označava svodenje dijela političkog konteksta na usku viziju predodređenu njezinom temom.

U ovom smo radu posebnu pozornost posvetili problemu jasnoće neposrednog, pokazujući kako njegova konstitucionalizacija ne zatvara problem utvrđivanja definitivnog značenja tog zahtjeva, ali i upućujući kritiku onima koji bi po toj osnovi (ustavnim) sudovima oduzeli ovlast nadzora izravne demokracije. Utvrdili smo da privilegiranje „trenutne većine“ kao bijega od tobožnje „racionalizacije“ neposrednog odlučivanja nije adekvatna perspektiva, posebno stoga što je „trenutna većina“ samo jedna moguća verzija. Ustavna teorija zato mora inzistirati na složenijim okvirima koji ne naglašavaju samo što bi „većina“ sada htjela već i ono što izostavlja. Pritom ne bi smjela zauzimati perspektivu u kojoj se različite vizije narodnog suverena međusobno istiskuju, već onu u kojoj je jasno njihovo supostojanje. Čak i ako se referendumom odlučuje o jednom pitanju, ono što je isključeno, mora moći opstati i ustrajati na političkoj borbi. U tom se svjetlu jedna vizija političke sadašnjosti ne smije tumačiti tako da se njome poništava prostor rasprave o srodnim pitanjima koji nadilaze efemeran i ograničen forum jednog čina neposredne demokracije.

U konačnici, kada (ustavni) sudovi utvrde da tema neposrednog odlučivanja ili predlaganja odluke nije „jasna“, ne obustavljaju djelovanje narodnog suvereniteta niti bi se smjeli voditi pretpostavkama o stupnju razumljivosti teme za prosječna birača. Sudska vlast potencijalno može obustaviti samo određenu formulaciju političke sadašnjosti koju se pitanjem što počiva u srži neposrednog želi oživotvoriti, i to zato što se zahvat prezentizma u njegov kontekst postavlja preširoko. Upravo zato djelovanje sudova treba cijeniti od slučaja do slučaja i ne može se generalno odbacivati samo na

temelju uopćenog pogleda na ulogu sudova u suvremenim ustavnim demokracijama.

Literatura

- Allegretti, U. (2006). Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti. *Democrazia E Diritto*, 1(3), 151–166.
- Baker, K. M. (1989). Constitution. U *A critical dictionary of the French revolution* (str. 474–478). Cambridge, SAD: Harvard University Press.
- Baldassarre, A. (1978). Il referendum abrogativo dopo la sentenza di ammissibilità. *Democrazia E Diritto*, 18(1), 67–81.
- Bellamy, R., & Parau, C. E. (2013). Introduction: democracy, courts and the dilemmas of representation. *Representation*, 49(3), 255–266, <https://doi.org/10.1080/00344893.2013.830479>
- Barnett, R. E. (2014). We the people: each and every one. *The Yale Law Journal*, 123(8), 2578–2606.
- Bernstein, D. E. (2013). Reverse Carolene Products, the end of the second reconstruction, and other thoughts on Schuette v. Coalition to defend affirmative action. *George Mason Law & Economics Research Paper* (15–21). Preuzeto s: <https://ssrn.com/abstract=2614654>.
- Böckenförde, E.-W. (1985). Democrazia e rappresentanza. *Quaderni costituzionali*, 5(2), 227–263.
- Böckenförde, E.-W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Španjolska: Editorial Trotta.
- Brunet, P. (2004). Vouloir pour la nation. Le concept de representation dans la théorie de l'État. Pariz, Francuska: LGDJ.
- Chiappetti, A. (1974). *L'ammissibilità del referendum abrogativo*. Milano, Italija: Giuffrè Editore.
- Christodoulidis, E. A. (2001). The aporia of sovereignty: on the representation of the people in constitutional discourse. *King's Law Journal*, 12(1), 111–135. <https://doi.org/https://doi.org/10.1080/09615768.2001.11427532>.
- Conlin, D. E. (2004). The ballot initiative in Massachusetts: The fallacy of direct democracy. *Suffolk University Law Review*, 37(4), 1087–1107.
- Connelly, R. Í., & Connelly, J. (2018). Brexit: We'll cross that bridge when we come to it. *Marmara Journal of European Studies*, 26(1), 1–8.
- Daly, E. (2013). A republican defence of the constitutional referendum. *Legal Studies*, 35(1), 30–54. <https://doi.org/https://doi.org/10.1111/lest.12038>.
- Daly, E. (2018). Transparency as a justification for legislative supremacy. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 23(7), 1–24. <https://doi.org/doi:10.1080/13698230.2018.1497247>.
- De Grazia, A. (1951). *Public and Republic*. Westport, SAD: Greenwood Press.

- Fatin-Rouge Stéfanini, M. (2004). *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. Pariz, Francuska: Economica.
- Gardašević, Đ. (2014). Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud Republike Hrvatske. U A. Bačić (ur.), *Konstitucionalizacija demokratske politike* (str. 85–110). Zagreb, Hrvatska: HAZU.
- Gardašević, Đ. (2015). Constitutional interpretations of direct democracy in Croatia. *Iustinianus Primus Law Review*, 7(1), 1–50.
- Gigliotti, A. (2009). *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*. Milano, Italija: Giuffrè editore.
- Hamon, F. (2012). *Le référendum. Étude comparative*. Pariz, Francuska: LGDJ.
- Harris II, W. F. (1993). *The interpretable constitution*. Baltimore, SAD: The Johns Hopkins University Press.
- Heussner, H. K. (1994). *Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland: Ein Vergleich der Normen, Funktionen, Probleme und Erfahrungen*. Bonn, Njemačka: Verlag KG.
- Holmes, S. (2012). Constitutions and Constitutionalism. U M. Rosenfeld & A. Sajó (eds.), *Comparative Constitutional Law* (str. 189–216). Oxford, UK: Oxford University Press, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0010>
- Horvat Vuković, A. (2014). Referendum narodne inicijative 2013. – ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma. U R. Podolnjak & B. Smerdel (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji* (str. 149–177). Zagreb, Hrvatska: Hrvatska udruga za ustavno pravo.
- Horvat Vuković, A. (2016). Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013. – 2015.: analiza i prijedlozi. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 37(2), 805–835, <https://doi.org/10.30925/zpfsr.37.2.2>
- Jung, O. (2009). Zur Problematik der Beteiligungsquorums. *Jahrbuch für direkte Demokratie*, 1(1), 40–65, <https://doi.org/10.5771/9783845223339-40>
- Klapper, R. (2015). The falcon cannot hear the falconer: how California's initiative process is creating an untenable constitution. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 48(3), 755–814.
- Kostadinov, B. (2014a). Referendum građanske inicijative. U R. Podolnjak & B. Smerdel (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji* (str. 119–147). Zagreb, Hrvatska: Hrvatska udruga za ustavno pravo.
- Kostadinov, B. (2014b). Ususret Odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske o referendumskoj promjeni izbornog sustava. *Informator*, 6331, 1–2.
- Kostadinov, B. (2015). Načelo jasnoće referendumskog pitanja u Europi i SAD-u. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 65(1), 55–85.
- Linz, J. (1998). Democracy's time constraints. *International Political Science Review*, 19(1), 19–37, <https://doi.org/10.1177/019251298019001002>
- Loewenstein, K. (1964). *Volk und Parlament*. Aalen, Njemačka: Scientia Verlag.
- Longo, A. (2017). Rivoluzione e costituzione: mitologie del “vecchio” e del “nuovo”. U G. Allegri & A. Longo (ur.), *Rivoluzione fra mito e costituzione* (str. 33–53). Rim, Italija: Sapienza Università Editrice.
- Loughlin, M. (2016). Political Jurisprudence. *Jus Politicum*, 16(1), 15–32.

- Luciani, M. (2008). Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza Italiana. *Revista Catalana de Dret Públic, 1(37)*, 157–182.
- Marangudakis, M. (2016). Visions of brotherhood: A comparative analysis of direct democracy in ancient and modern Greece. *Politica Y Sociedad, 53(3)*, 773–793, https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n3.50777
- McConnell, M. W. (1994). The forgotten constitutional moment. *Constitutional Commentary, 11(1)*, 115–122.
- Michael, D. C. (1983). Preelection judicial review: Taking the initiative in voter protection. *California Law Review, 71(4)*, 1216–1238. <https://doi.org/https://doi.org/10.2307/3480198>.
- Miloš, M. (2019). *Ustrojstvo i učinak građanskih inicijativa u kontekstu koncepta predstavljanja*. Zagreb, Hrvatska: Sveučilište u Zagrebu. Preuzeto s: <https://dr.nsk.hr/en/islandora/object/pravo%3A2153>.
- Möllers, C. (2007). “We are (afraid of) the people”: Constituent power in German constitutionalism. U M. Loughlin & N. Walker (ur.), *The paradox of constitutionalism* (str. 87–105). Oxford, UK: Oxford University Press. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552207.001.0001>.
- Noyes, H. S. (2014). *The law of direct democracy*. Durham, SAD: Carolina Academic Press.
- Oklopčić, Z. (2017). Constitutional theory and cognitive estrangement: beyond revolutions, amendments and constitutional moments. U R. Albert, X. Contiades, & A. Fotiadou (ur.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (str. 51–72). New York, SAD: Hart Publishing. <https://doi.org/https://doi.org/10.5040/9781509908288.ch-002>.
- Paladin, L. (2008). Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana. U S. Bartole (ur.), *Saggi di storia costituzionale* (str. 115–133). Bologna, Italija: Società editrice il Mulino.
- Podolnjak, R. (2013). Odgovornost neposredne demokracije: nužnost ustavnih checks & balances. U A. Bačić (ur.), *Ustavna demokracija i odgovornost* (str. 111–144). Zagreb, Hrvatska: HAZU.
- Reyes, M. A. (2016). Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. U P. Biglino Campos (ur.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa* (str. 19–34). Madrid, Španjolska: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Rittinghausen, M. (1851). La législation directe par le peuple, ou, La véritable démocratie. Pariz, Francuska: A la librairie Phalanstérienne.
- Rosenfeld, M. (2010). *The identity of the constitutional subject*. London, UK: Routledge. <https://doi.org/https://doi.org/10.4324/9780203868980>.
- Rosenfeld, M. (2018). The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Working Paper Series No. 36. Preuzeto s: <https://bit.ly/2msJQAL>.
- Rubinfeld, J. (2001). *Freedom and time*. London, Ujedinjeno Kraljevstvo: Yale University Press. <https://doi.org/https://doi.org/10.12987/yale/9780300080483.001.0001>.

- Sajó, A., & Uitz, R. (2017). *The Constitution of freedom. An introduction to legal constitutionalism*. Oxford, UK: Oxford University Press. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oso/9780198732174.001.0001>.
- Salerno, G. M. (1992). *Il referendum*. Padova, Italija: CEDAM.
- Sartori, G. (1987). *The theory of democracy revisited (Part one: the contemporary debate)*. Chatham, SAD: Chatham House Publishers Inc.
- Saward, M. (2005). Governance and the transformation of political representation. U J. Newman (ur.), *Peoples, politics and the public sphere* (str. 179–196). Bristol, UK: Policy Press, <https://doi.org/10.1332/policypress/9781861346407.003.0010>
- Schacter, J. S. (1995). The pursuit of „Popular Intent“: interpretive dilemmas in direct democracy. *The Yale Law Journal*, 105(1), 107–176, <https://doi.org/10.2307/797141>
- Schedler, A., & Santiso, J. (1998). Democracy and time: an invitation. *International Political Science Review*, 19(1), 5–18. <https://doi.org/https://doi.org/10.1177/019251298019001001>.
- Silvestri, G. (2000). Use e abuse del criterio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. U Capezzone, Daniele; Eramo, Marco, et al., (ur.), *Referendum e legalità. “Tornare alla costituzione”* (str. 151–161). Torino, Italija: Giappichelli Editore.
- Smerdel, B. (2014). Pregled (tužne) povijesti referenduma građanske inicijative u Hrvatskoj. U R. Podolnjak & B. Smerdel (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji* (str. 15–44). Zagreb, Hrvatska: Hrvatska udruga za ustavno pravo.
- Smerdel, B. (2013). *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb, Hrvatska: Narodne novine.
- Spitz, E. (1984). *Majority rule*. Chatham, SAD: Chatham House Publishers Inc.
- Staszewski, G. (2003). Rejecting the myth of popular sovereignty and applying an agency model to direct democracy. *Vanderbilt Law Review*, 56(2), 395–495, <https://doi.org/10.2139/ssrn.405520>
- Sullivan, J. W. (1892). *Direct legislation by the citizenship through the initiative and referendum*. New York, SAD: Twentieth Century Publishing Company.
- Taillon, P. (2012). Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé. Pariz, Francuska: Dalloz.
- Tierney, S. (2012). *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Oxford, UK: Oxford University Press. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199592791.001.0001>.
- Uelmen, G. F. (2001). Handling hot potatoes: judicial review of California initiatives after Senate v. Jones. *Santa Clara Law Review*, 41, 999–1025.
- Verrelli, N., & Cruickshank, N. (2014). Exporting the clarity ethos: Canada and the Scottish independence referendum. *British Journal of Canadian Studies*, 27(2), 195–216. <https://doi.org/https://doi.org/10.3828/bjcs.2014.13>.

Waluchow, W. J. (2011). Democracy and the living tree constitution. *Drake Law Review*, 59(4), 1001–1046.

Wolin, S. S. (2016). The People's two bodies. U N. Xenos (ur.), *Fugitive democracy and other essays* (str. 379–393). Princeton, SAD: Princeton University Press.
<https://doi.org/https://doi.org/10.23943/princeton/9780691133645.001.0001>.

Propisi

Legge 25 maggio 1970, n. 352. Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziative legislative del popolo, *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n. 147 del 15-06-1970.

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst] i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), NN br. 5/2014 Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014.

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN 99/99, 29/02, 49/02.

Sudska praksa

Advisory Opinion to the Attorney Gen. re Fla. Transp. Initiative for Statewide High Speed Monorail, Fixed Guideway or Magnetic Levitation Sys., 769 So. 2d 367 (Fla. 2000).

Amalgamated Transit Union Local 587 v. State, 142 Wash. 2d 183, 11 P.3d 762 (2000), as amended (Nov. 27, 2000), opinion corrected, 27 P.3d 608 (Wash. 2001).

Hawke v. Smith (No. 1), 253 US 221 (1920).

Larkin v. Gronna, 69 N.D. 234 N.W. 59, 60 (1939).

Legislature v. Eu, 54 Cal. 3d 492, 816 P.2d 1309 (1991).

Lockman v. Secretary of State, 684 A.2d 415 (1996).

Missourians Against Human Cloning v. Carnahan, 190 S.W.3d 451, 457 (Mo. Ct. App. 2006).

Odluka Ustavnog suda Bavarske u predmetu Vf. 12-VIII-98, Vf. 14-VII-98, Vf. 15-VII-98 od 17. rujna 1999.

Odluka Ustavnog suda Bavarske u predmetu BayVerfGH, Vf 112-IX 99 od 24. veljače 2000.

Odluka Ustavnog suda Bavarske u predmetu 10-VII-03/04-VII-05, br. 20, ECLI:DE:BAVVERF:2005:1117.VF.10VII.03.0A od 17. studenoga 2005.

Odluka Ustavnog suda Hamburga u predmetu HmbVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – HVerfG 2/16.49.

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010, NN 119/10.

- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., NN 104/2014 (ispravak).
- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-7346/2014 od 10. prosinca 2014., NN 156/2014.
- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-1158/2015 od 21. travnja 2015., NN 46/2015.
- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015., NN 43/15.
- Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 16/78.
- Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 27/1981 (ECLI:IT:COST:1981:27) , od 13. veljače 1981., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 48 od 17. veljače 1981.
- Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 28/1981 (ECLI:IT:COST:1981:28) od 10. veljače 1981., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 48, 17. veljače 1981.
- Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 28/1987 (ECLI:IT:COST:1987:28) od 16. siječnja 1987., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 7 od 11. veljače 1987.
- Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 16/1997 (ECLI:IT:COST:1997:16) od 30. siječnja 1997., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 7 od 12. veljače 1997.
- Odluka Vrhovnog suda Kalifornije u predmetu *Brosnahan v. Brown*, 32 Cal. 3d 236, 250, 651 P.2d 274, 282 (1982).
- Priopćenje o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013., Narodne novine broj 138/2013-2966.
- Priopćenje za javnost Ustavnog suda Republike Hrvatske br. SuP-O-9/2019 od 9. svibnja 2019.
- Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. ___ (2014).
- Senate of State of California v. Jones*, 21 Cal. 4th 1142, 1146, 988 P.2d 1089 (1999).
- Union Elec. Co. v. Kirkpatrick*, 606 S.W.2d 658 (Mo. 1980).

THE CONSTITUTIONAL COURT REVIEW OF THE CLARITY OF REFERENDA QUESTIONS

Summary

The paper explores the requirement of clarity of referenda questions. More specifically, it revisits the critique levelled against its enforcement by (constitutional) courts. Some scholars argue that clarity cannot be specified through apolitical reasoning and that politically unaccountable judges do not have the legitimacy to narrow down its meaning. While the paper does not dispute the indeterminacy of clarity, it does suggest an alternative to the complete rejection of judicial review. Such a rejection assumes that all cases of judicial oversight of clarity are of the same type. A more nuanced perspective, developed in the paper, strives to find ways to differentiate cases where judicial oversight was conducted in a manner that facilitates democratic processes from those where the legal argument is deployed as an obstruction. This is impossible to do outside each individual case. Having this in mind, the paper shows how judicial review of clarity may be understood as a project of describing different democratic processes that may co-exist in a constitutional democracy. This allows the courts to apply clarity in a context-specific manner and enables a more nuanced political response. The framework developed in the paper can be used to investigate individual disputes over the clarity of referendum questions.

Keywords: clarity of referendum questions, direct democracy, constitutional adjudication, constitutionalism, presentism