

Judikalizacija politike, izbornopravo i granice ustavnog sudovanja

Arsen Bačić

**Zašto se sudovi kao instrumenti
vladavine prava interpoliraju
u političku arenu i utječu na
afirmaciju, ishod ili reformu
izbornog prava kao realizacije
ustavnog i političkog izbora
demokratskih snaga?**

1. *Qu'est-ce que le Tiers État? – TOUT.*
2. *Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique? – RIEN.*
3. *Que demande-t-il? – A ÊTRE QUELQUE CHOSE.*
Opat Sieyès, 1789.¹

U predvečerje Francuske revolucije Emmanuel Joseph Sieyès (1748. – 1836.) u pamfletu "Qu'est-ce que le Tiers-État?" progovorio je o raznolikoj i heterogenoj višemilijunskoj masi naroda koja je krajem 18. stoljeća brojila već negdje oko 26 milijuna ljudi. Zajednički nazivnik te mase bio je Treći stalež (narod). Osim građanske klase, većina ljudi u tom staležu bila je politički nevidljiva utjecajnim političkim kroničarima toga vremena koji su se uglavnom bavili uglednicima iz Prvog i Drugog staleža. Naravno, les notables su bili svećenstvo i plemstvo (Edelstein 2014: 382, Pildes 2012). Sieyèsov pamflet imao je veliki utjecaj na formiranje koncepta ustavotvorne vlasti (pouvoir constituant). Kao teorijska infrastruktura i metafizička inspiracija procesa donošenja ustava, taj je koncept značio da je nacija sama kreator svoje ustavne egzistencije; usvajanje pisanog ustava predstavljalo je najvišu manifestaciju tada rođenog revolucionarnog narodnog suvereniteta. Ovu je ideju većina kasnijih ustavotvoraca izrazila u slavnoj rečenici: "Sva vlast pripada narodu!" Ustavotvorna vlast sebe je manifestirala u izbornom procesu koji je doveo do okupljanja ustavotvorne skupštine. Nužna transformacija "mističnog koncepta" ustavotvorne vlasti u politički upotrebljivu formulu, zapravo potreba praktične aplikacije ideologije izvorne ustavotvorne vlasti nacije, otvorila je prostor različitim izbornim procedurama koje u ovom ili onom

evolutivnom obliku traju do dana današnjeg u svim ustavnodemokratskim državama (Loewenstein 1963).

U više od stoljeća od pojave prvih demokratskih ustava koji su od 18. stoljeća počeli graditi predstavničku demokraciju, izbori prije svega određuju subjekte koji će stvarati državnu politiku. U tom smislu izorno pravo funkcionira kao neka vrsta metaprava, jer se u njemu uređuju uvjeti za izbor državnih dužnosnika koji će određivati druga državna pravila. Međutim, uspostava i ostvarivanje izbornih pravila igre mogu biti kritični za rezultat te igre, odnosno moguće rezultate tog političkog procesa. Pokazalo se, naime, da je ustavna demokracija komplicirana interakcija između narodnog suvereniteta, političkog natjecanja, stabilnih institucija države, aktivnih tijela civilnog društva i važnih političkih posrednika. Općenito, radi se o predanosti ideji da "današnji gubitnici imaju priliku regrupirati i možda se pojaviti kao sutrašnji pobjednici. Izbori su krajnji produkt demokratske selekcije, ali daleko od toga da budu definicija same demokracije. Najveći je izazov (...) kako da prvi izbori ne budu i posljednji" (Issacharoff 2014: 590).

Izorno pravo funkcionira kao neka vrsta metaprava, jer se u njemu uređuju uvjeti za izbor državnih dužnosnika koji će određivati druga državna pravila

Imajući, dakle, u vidu da su izorna pravila ujedno i temeljna strukturalna pravila koja određuju važna pitanja o kojima ovise rezultati izbora (određivanje izbornih jedinica, identifikacija birača, razne registracije itd.), o njima u slučaju njihova sudara s ostatkom pravnog sustava ne odlučuju oni koji su uključeni u sam izorni proces, već neutralni arbitri, najčešće sudovi.

U tekstu se ukratko dotičemo pitanja judikalizacije politike kao suvremenog fenomena, pod kojim prije svega podrazumijevamo "oslanjanje na sudove i sudbena sredstva kako bi se razriješili ključne moralne dvojbe, pitanja javne politike i političke kontroverze" (Hirschl 2008: 119), odnosno kao "infuzije sudačkog odlučivanja i sudskih procedura u političku arenu gdje ih ranije nije bilo" (Tate 1995: 27). Zašto se sudovi kao instrumenti vladavine prava interpoliraju u političku arenu i utječu na afirmaciju, ishod ili reformu izbornog prava kao realizacije ustavnog i političkog izbora demokratskih snaga? Predstavlja li trend judikalizacije samo drugo ime doktrine o političkim pitanjima? Na koji su način ustavno pravo, evolucija i reforme izbornog prava u Hrvatskoj odredili ulogu sudstva u izornoj areni?

Doktrina o političkim pitanjima i izorno pravo

Doktrinu o političkim pitanjima (*political question doctrine*) formuirao je početkom 19. stoljeća Vrhovni sud Sjedinjenih država u slučaju *Marbury protiv Madisona* (1803.), zaključkom

prema kojemu se "pitanja koja su po svojoj prirodi politička, ili su prema Ustavu i zakonima, dodijeljena izvršnoj vlasti, nikada ne rješavaju na ovom sudu" (Hall i Ely Jr. 2009: 203). Ovaj je lakonski i kriptični *dictum* postupno postao međunarodno priznata doktrina oko koje su suvremeni ustavni pravници još uvijek podijeljenih mišljenja. Za jedne je riječ o "teoriji interpretativnog povlačenja (...) koja traži da se sud suzdrži od vršenja jurisdikcije u određenom sporu zato što je slabo ekipiran ili zato što će političko tijelo pronaći bolje rješenje" (Hall i Ely Jr. 2009: 205). Doktrina o političkim pitanjima bila je nužni ishod širih posljedica odluke *Marbury protiv Madisona*. Opće je poznato da je ta odluka uspostavila kontrolu ustavnosti zakona (*judicial review*). Međutim, inherentni dio te radikalne sudske ovlasti bila je potreba ograničenja njezina dosega i primjene. Tako su nakon *Marburyja* američki sudovi počeli razvijati sudsku praksu koja je oblikovala formu i sadržaj doktrine o političkim pitanjima, a ona se prije svega odnosila na klasifikaciju zakonodavnih i izvršnih radnji koje su "političke" po svojoj prirodi i zbog toga izuzete od kontrole ustavnosti. Nakon 150 godina ta se sudska praksa djelomično kristalizirala u odluci *Baker protiv Carra* (1962.). U ovome slučaju američki vrhovni sud odlučio je da ima ovlast razmotriti pitanje je li razgraničavanje izbornih okruga u državi Tennesseeju povrijedilo ustavnu klauzulu jednake zaštite. U mišljenju koje je pisao sudac Brennan izraženo je sljedeće stajalište o odnosu Suda prema političkim pitanjima (Hall i Ely Jr. 2009: 21–22):

"Na površini svakog slučaja koji u sebi uključuje političko pitanje nalazi se tekstualno uočljivo ustavno stajalište prema pitanju koje koordinira politički dio vlasti; ili nepostojanje juridički prepoznatljivog ili praktičnog standarda za njegovo rješavanje; ili nemogućnost da se ono odluči bez inicijalne determinacije političkih mjera koja bi jasno predstavljala ne-sudbenu diskreciju; ili nemogućnost da sud poduzme neovisno rješenje bez da izrazi odsutnost respekta prema dužnom koordiniranju grana vlasti; ili neobična potreba da se neodgovaranjem zapravo pristaje na već donesenu političku odluku; ili potencijalna smetnja različitih odgovora na jedno pitanje."

Nakon *Bakera protiv Carra* Vrhovni sud ipak je bio prilično suzdržan u primjeni doktrine. No ipak, slučajevi kao što su *Powell protiv McCormacka* (1969.), gdje se odbio argument prema kojemu doktrina onemogućava Sud da postavlja pitanje zašto Kongres odbija dati mjesto izabranom zastupniku; *Giligan protiv Morgana* (1973.), gdje je izraženo stajalište da doktrina prevenira sudsku reviziju određenih aspekata funkcionalnih standarda i mjera Nacionalne garde; *Nixon protiv Sjedinjenih Država* (1993.), gdje je doktrina onemogućila Sud da prisvoji ovlast nad procedurama Senata glede kaznenih procedura progona dužnosnika; *Vieth protiv Jubelirera* (1969.), gdje je većina u Sudu zauzela stav da bi se doktrina primjenjivala tamo gdje ne postoje uočljivi pravni standardi, kao što je bio slučaj s pristranim prekrajanjem granica izbornih okruga (*gerrymandering*); *Zivotofsky protiv Clintona* (2012.), koji je pokazao da spor oko reguliranja putovnica u politički osjetljivom kontekstu nije političko pitanje, pokazuju snažnu pojavnost te doktrine.

Sve to vodi zaključku da doktrina o političkim pitanjima nije zamrznuta. Recentni slučajevi u američkom i komparativnom kontekstu nesumnjivo pokazuju živahnost te doktrine – odluka *Okrug Shelby protiv Holdera* (2013.) u kojoj je Sud stopirao odluku Kongresa od primjene dviju odredaba *Zakona o biračkom pravu* iz 1965. godine; odluka *Sjedinjene Države protiv Windsora* (2013.) u kojoj je Sud odbacio osnovu za obranu *Zakona o braku*; *Bush protiv Gorea* (2002.) kao otvoreno politički akt američkog vrhovnog suda u izbornoj problematici (Shane 2001).

Početak 21. stoljeća karakterizira snažan uzlet sudbene grane vlasti. Suci više nisu Montesquieuova nijema usta kroz koja progovara zakonodavac

Očito da je nakon odluke u slučaju *Baker protiv Carra* (1962.) Brennanov test postao važan standard u primjeni doktrine o političkim pitanjima. Naposljetku treba istaknuti da se ta doktrina pojavljuje u različitom kontekstu komparativnog ustavnog prava: u pitanjima izbornog procesa, vanjske politike, rada parlamenta i parlamentarnog prava, promjena ustava, federalnih odnosa, kaznenog progona državnih dužnosnika, ali i u materiji ekonomskih i socijalnih prava (Huefner i Foley 2014, Issacharoff 2014). Doktrina je u svakom slučaju jasno nagovijestila tendenciju judikalizacije politike, demokracije, uključivo i izbornog prava.

Judikalizacija politike kao izazov demokratskim načelima

Početak 21. stoljeća između ostaloga karakterizira snažan uzlet sudbene grane vlasti. Posljedice tog jačanja sudstva jesu judikalizacija politike i politizacija prava. Taj prijelaz autoriteta od zakonodavnog tijela prema sudovima i drugim pravnim institucijama globalne je i nadasve dinamične prirode. Suci više nisu Montesquieuova nijema usta kroz koja progovara zakonodavac. Najbolji recentni primjer naraslog autoriteta sudaca jest intervencija sudaca američkog vrhovnog suda u izbornu politiku, kada su svojom odlukom u slučaju *Gore protiv Busha* praktično izabrali predsjednika protiv volje naroda. Frank I. Michelman (2001: 123) tada se pita: "Suci postaju prinčevi. Zar to Amerikanci uistinu žele? Hoće li to održavati vjeru živom?"

Ran Hirschl govori o trendu juristokracije na svjetskom planu. Posvuda su ustavne reforme prenijele velike ovlasti s predstavničkih institucija na sudove. No, prema Hirschlu konstitucionalizacija prava i uspostava sudske revizije nema samo benevolentne i progresivne izvore te značajne redistributivne posljedice po diobu vlasti. Oslanjajući se na sveobuhvatno komparativno istraživanje političkih izvora i pravnih posljedica recentnih pravnih revolucija u Kanadi, Izraelu, Novom Zelandu i Južnoj Africi, Hirschl sumnja da je trend prema konstitucionalizaciji pokrenut zahvaljujući iskrenom odnosu političara prema

demokraciji, društvenoj pravdi ili univerzalnim pravima. Za Hirschla se takva konstitucionalizacija prije može razumjeti kao proizvod strateške međuigre hegemonijskih no ugroženih političkih elita, utjecajnih ekonomskih dionika i pravosudnih lidera. Takva samointeresna koalicija pravnih inovatora određuje tajming, granice i prirode ustavnih reformi. Jačanje sudstva putem konstitucionalizacije ima ograničen utjecaj na poticanje progresivnih pojmova o distributivnoj pravdi, ali i transformativni efekt na politički diskurs u društvu. Tako je globalni trend prema juristokraciji zapravo dio šireg procesa u kojemu političke i ekonomske elite, zagovarajući podršku demokraciji i održivom razvoju, zapravo pokušavaju odijeliti stvaranje politike od nestalnosti demokratske politike (usp. Hirschl 2007: 269).

Hirschl (2006: 723–724) nas podsjeća da judikalizacija politike ima tri značenja. Prvo, apstraktno značenje odnosi se na širenje pravnog diskursa, žargona, pravila i procedura u političku sferu i forume gdje se odlučuje politika i njezini postupci. Drugi, konkretniji aspekt judikalizacije politike odnosi se na ekspanziju prostora u kojemu sudovi i suci određuju rezultate javne politike, ponajviše kroz "običnu" sudsku praksu povezanu s ljudskim pravima i sudskim prekrajanjem granica između državnih tijela (na području podjele vlasti, federalizma i sl.). Treći oblik judikalizacije politike jest oslanjanje na sudove i suce kako bi se rješavali problemi "megapolitike". Ovdje spada nekoliko potkategorija: judikalizacija izbornog procesa; sudska kontrola prerogativa izvršne vlasti na planu makroekonomskog planiranja ili nacionalne sigurnosti; temeljne dileme restaurativne pravde, sudska potvrda transformacije režima; judikalizacija formativnog kolektivnog identiteta, te procesa izgradnje nacije.

Jedan od najžešćih kritičara juristokracije, Mark Tushnet (2001: 125), posebno govori o judikalizaciji kao fenomenu koji se širi u samu izbornu arenu. Ako je judikalizacija politike poremećaj ravnoteže između prava i politike u korist sudbenih institucija nauštrb predstavničkih i odgovornih, onda *Bush protiv Gorea* (2002.) predstavlja dramatičnu epizodu judikalizacije američke demokracije. Na istome je putu i odluka njemačkog ustavnog suda o postupanju Revizijskog izbornog suda u Hessenu iz 2001. godine (Kommers i Miller 2012). Ta dva primjera iz komparativnog ustavnog prava na dramatičan način pokazuju da su se sudovi u rješavanju recentnih izbornih izazova prije priklonili sudbenom (protuvećinskom) negoli političkom (demokratskom) mehanizmu. Doista, o kojoj je demokraciji ovdje više riječ?

U jednoj od najkontroverznijih odluka američkog vrhovnog suda određen je ishod predsjedničkih izbora između tekšaškoga guvernera Georgea W. Busha i potpredsjednika Ala Gorea. U odluci koja je usvojena većinom od sedam naprama dva, Sud je zaključio da se ponavljanje glasovanja do kojega je došlo u pojedinim izbornim okruzima u Floridi obustavi, jer za takav postupak nisu bili uspostavljeni "konzistentni standardi". U još jednoj odluci, koja je usvojena s pet glasova naprama četiri, suci su ustanovili da za utvrđivanje takvih standarda nema dovoljno vremena kojim bi se nadomjestio zaostatak u procesu izbora certificiranih elektora s područja države Floride. Odluka je faktički omogućila pobjedu kandidata Republikanske stranke, Georgea W. Busha.

Godinu nakon izbora u Hessenu pokrajinski je Revizijski izborni sud *sua sponte* otvorio postupak kontrole izbora, u kojemu je otkriveno da je Kršćansko-demokratska unija (CDU) tijekom izborne kampanje koristila neprijavljena financijska sredstva. Revizijski izborni sud to je opravdavao potrebom istraživanja možebitnih utjecaja takvih novčanih sredstava na ishod izbora. Međutim, CDU se kao stranka vladine većine u Hessenu nakon toga obratio Saveznom ustavnom sudu i zatražio kontrolu ustavnosti važećih izbornih procedura u Hessenu. Razmatrajući prigovor pokrajinske vlade, Ustavni sud najprije je otvorio pitanje o mješovitoj naravi institucije Revizijskog suda.

Zaštita prava nije rezervirana za suce, već o pravima trebaju voditi računa sami građani

Prema Temeljnem zakonu, sudbena vlast koja prema pravu donosi konačne, obvezujuće odluke povjerena je sucima. No, Ustavni je sud korijenje postojanja Revizijskog izbornog suda pronašao u Vajmarskom ustavu iz 1919. godine, koji je uporišta predstavničke demokracije nastojao raspršiti širom institucija javne vlasti, uključujući i sudove. Razlog se tražio u sprječavanju odvajanja takvih institucija od volje naroda. S obzirom na takvu njegovu "mješovitu" pravnu narav, Ustavni sud zaključio je da je ovlast Revizijskog izbornog suda neustavna, posebno ako se od njega traži da rješava sporna pravna pitanja.

Odluka Ustavnog suda o izborima u Hessenu predstavljala eksplicitnu, po nekima i konkluzivnu pobjedu judikalizacije. Ona je sadržavala nepriznavanje Revizijskog izbornog suda u Hessenu, kao jednog od posljednjih ostataka populizma koji je obilježavao nade kratkotrajnog Ustava iz crkve sv. Pavla, usvojenog u Frankfurtu 1849. godine, na kojega se uvelike naslanjao Ustav iz Weimara 1920. godine. U svim spomenutim ustavnim trenutcima izborni je proces pratila mogućnost populističke sankcije, ustvari mogućnost revizije izbora kao prava parlamentarne samodostatnosti (Miller 2004: 634).

Iako američki i njemački sud u navedenim predmetima snažno naglašavaju želju da razumiju, promiču i štite volju naroda, pogotovo kada se ona izražava glasovanjem, ipak su oba suda našla za shodno da uz hvaljenje vrlina i prvenstva narodne volje izuzmu iz te volje kontrolu izbornog postupka, a time i samu odluku o izboru.

Izborni sporovi i jurisdikcija ustavnog sudstva

Potaknut trendovima juristokracije, jedan od najistaknutijih američkih ustavnih pravnik, Mark Tushnet, suprotstavio se gotovo posvećenoj američkoj tradiciji sudske revizije i sudske supremacije, koje omogućuju invalidaciju različitih "neustavnih" političkih radnji. Istražujući široki spektar ustavnih prava američkih građana, uključujući i njihova izborna prava, Tushnet poziva građane da preuzmu odgovornost glede njihove zaštite. Zaštita prava nije rezervirana za suce, već o pravima trebaju

voditi računa sami građani. Ustav pripada građanima kolektivno, on je stvar dijaloga građana međusobno, bilo da se vodi preko glasačkih kutija bilo u predstavničkom tijelu u kojemu jedni predstavljaju druge. Populistički ustav, smatra Tushnet, može biti daleko efektivniji od dokumenta koji će braniti samo i isključivo sudovi. U vrijeme protukomunističke histerije koju je 1950-ih potpaljivao senator McCarthy, vjerovalo se da će sudbena grana vlasti prije ili kasnije utvrditi i spriječiti neustavnost njegovih pogromaških ispada protiv tisuća američkih građana. No, umjesto da ispuni očekivanja McCarthyjevih protivnika, Vrhovni sud dopuštao je senatorov križarski rat sve dok se ovaj nije ispuhao sam od sebe. Tushnet vjeruje da su se stvari odvijale na štetu građana upravo zbog postojanja sudske revizije: naime, narod je vjerovao da će upravo Sud stati u zaštitu Ustava, što je on propustio učiniti nauštrb naroda i njegovih predstavnika (Tushnet 2000). Tushnetova intervencija kojom otvara pitanje legitimnosti kontrole ustavnosti zakona tiče se niza značajnih pitanja suvremene demokratske države. Unutar toga odnos izbornog procesa i ustavne sudske nadležnosti samo je jedna od brojnih kontroverzi. Jedna od njih pripada i području izbornih sporova.

Srž suvremenog demokratskog procesa traži slobodu i puninu izražavanja demokratske volje naroda. U okvirima suvremene ustavnodemokratske države ti se zahtjevi ostvaruju preko izbornog postupka. U takvoj je državi sastavni dio prihvaćenog izbornog postupka i njegova zaštita od zloupotreba različitih oblika. Zato i nema primjedbi na načelno pravno opravdanje djelovanja sudbene vlasti u vezi s izbornim postupkom. Kako izborni proces nije u cijelosti reguliran ustavom, to znači da su izborni zakonodavstvo i prateći propisi, koji detaljiziraju ustavne odredbe, mogući izvor različitih sporova. Prva skupina mogućih sporova odnosi se na pitanja koja su ustavnog karaktera, glede toga reflektiraju li propisi pravilno ustavnu materiju (npr. je li izborni sustav dovoljno reprezentativan, poštuju li se temeljna ustavna prava političkog i drugog karaktera i sl.), dok drugu skupinu čine brojne odluke administrativnog karaktera koje su povezane s logistikom održavanja općih izbora (registracija birača, krojenje izbornih jedinica i sl.). To znači i mogućnost da o regularnosti izbornog prava i postupka odlučuju ne samo ustavni nego i drugi sudovi. Ipak, uloga ustavnih sudova od krucijalne je važnosti.

Niz je primjera iz komparativnog ustavnog prava u kojima se sudovi pojavljuju kao akteri koji na ultimativni način odlučuju o sporovima o rezultatima nacionalnih izbora. Tako je npr. bilo u Zimbabveu 2002., Tajvanu 2004., Ukrajini 2004., Italiji 2006. i Meksiku 2006. (Hirschl 2006).

Ustavna kontrola europskih izbora i granice sudske revizije

Ekspanzirajuća teorija i praksa "transnacionalnog poretka", "globalizacije i transnacionalne demokracije", "liberalnog internacionalizma", "radikalnog demokratskog pluralizma", "kozmo-politske demokracije", "diskurzivne demokracije", "demokratske globalne zajednice" (usp. Held i sur. 1999, Schaffer 2011, Dryzek 2002, Köchler 2005) upozorava, između ostaloga, i na pokušaje izgradnje pravila odlučivanja važnih za interakciju između

država kao suverenih entiteta. Iako nacionalna država ostaje *locus* demokracije, suvremeni trendovi judikalizacije politike nisu mimoišli ni ovaj aspekt postojanja jednog broja međunarodnih supraorganizacija. Tako je za Aleca Stonea Sweeta "konstitucionalizacija Europske unije" epohalni primjer judikalizacije politike na transnacionalnoj razini (Stone Sweet 2010). To, između ostaloga, pokazuje praksa sudske revizije izbora za Europski parlament te podjela jurisdikcije između Suda Europske unije u Luksemburgu i Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (Jacobs 2005).

Upozoravajući u vrijeme rada na Europskom ustavu na važnost procesa približavanja europskih sudova u Strasbourgu i Luksemburgu, Francis G. Jacobs, u to vrijeme neovisni odvjetnik pri Europskom sudu, posebno razmatra odluku *Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1999.) koja govori o izborima za Europski parlament. Sudu u Strasbourgu obratio se britanski državljanin s adresom na Gibraltaru. Nakon pristupanja Ujedinjenog Kraljevstva Europskoj zajednici 1973. godine Gibraltar je priključen kao jedan od europskih teritorija za čije je vanjske odnose odgovaralo Ujedinjeno Kraljevstvo. To znači da se *Ugovor o Europskoj zajednici* primjenjivao na Gibraltar, osim određenih dijelova koji su bili isključeni od primjene. Odlukom Europskog vijeća europski je propis iz 1976. omogućavao da se izbori za Europski parlament održavaju u Ujedinjenom Kraljevstvu, ali ne i na Gibraltaru. Denise Matthews je zbog nemogućnosti glasovanja u Ujedinjenom Kraljevstvu podnijela tužbu Sudu u Strasbourgu, koji je zaključio da je Ujedinjeno Kraljevstvo povrijedilo čl. 3. *Prvog protokola Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Sud je svojom odlukom odbio britanski argument da Europski parlament, iako je imao određene ovlasti unutar zakonodavnog postupka Europske unije, nije zakonodavno tijelo. Nakon analize nadležnosti Europskog parlamenta i njegova utjecaja na Gibraltar, Sud u Strasbourgu zaključio je da Parlament u svrhu čl. 3. *Prvog protokola* predstavlja "dio zakonodavnog tijela" Gibraltara te je potom Gibraltar od europskih izbora 2004. uključen u izbornu jedinicu Jugozapadne Engleske.

Iako nacionalna država ostaje locus demokracije, suvremeni trendovi judikalizacije politike nisu mimoišli ni ovaj aspekt postojanja jednog broja međunarodnih supraorganizacija

U predmetu *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (br. 2) Sud u Strasbourgu govori o standardu tolerancije koji ne sprječava demokratsko društvo od poduzimanja mjera zaštite protiv aktivnosti koje imaju za cilj umanjivanje prava i sloboda iz *Konvencije*. U tom smislu čl. 3. *Prvog protokola*, koji upućuje na kapacitet pojedinca da utječe na sastav zakonodavne vlasti, ne isključuje mogućnost ograničavanja biračkih prava pojedincu koji, primjerice, ozbiljno zloupotrebi javni položaj ili čije ponašanje ugrožava vladavinu prava ili demokratske temelje.

broj 21 - svibanj 2015.

Međutim, Sud je zaključio kako Ujedinjeno Kraljevstvo mora jasno dokazati kada i u kojoj je mjeri opravdano britanskim zatvorenicima uskratiti biračko pravo na izborima za britanski Donji dom te eventualne uskrate biračkog prava uskladiti s načelima sadržanima u *Prvom protokolu*.

U predmetu *Scoppola protiv Italije* (br. 3) iz 2012. godine o lišavanju biračkog prava nakon osude za počinjenje kaznenog djela, Europski sud za ljudska prava zaključio je da takva mjera talijanskog zakona nije opća, automatska i nediskriminirajuća mjera koja bi navela da se radi o povredi čl. 3. *Prvog protokola* iz ranijeg slučaja *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (br. 2). Talijansko zakonodavstvo vodilo je računa o tome da poduzete mjere odgovaraju posebnim okolnostima slučaja, posebno kad je riječ o dužini kazne.

Dosadašnja praksa pokazala je trend uspona europskog sustava sudske revizije i respektivnih funkcija unutar sustava koji s neskrivenim aktivizmom gradi Sud u Strasbourgu. Zato se sudska revizija izbora na europskoj, odnosno nacionalnoj razini može promatrati kao:

"(...) vitalna ustavna funkcija, koja jamči usuglašavanje izbora s ispravnim demokratskim standardima i potrebi da sustav pruži adekvatni izraz željama biračkog tijela. Ova je tema naravno od posebne važnosti za Venecijansku komisiju (...), budući da je njen predmet upravo 'demokracija putem prava'" (Jacobs 2005: 1049).

Drugi je europski sud, Sud Europske unije, korištenjem majoritarnog aktivizma bio u stanju ostvarivati proces "pravne harmonizacije" kao "pritisak na tijela EU na re-regulaciju na razini Europske unije (...)" (Stone Sweet 2012: 25), a te su mjere – "dijalozi" između sudaca i zakonodavaca – u samome središtu svih izučavanja judikalizacije. Široko je prihvaćeno da aktivizam Suda u Luksemburgu znači političke implikacije glede izbora mjera koje Sud afirmira činom tumačenja. Takav aktivizam nije ništa drugo nego oblik judikalizacije politike.

Ustavni sud i izborna problematika

Svaka potraga za novim političkim i ustavnim uređenjem uvijek otvara veliki broj pitanja. U svemu tome proces izgradnje demokratskih izbornih struktura, organizacije i kontrole izbora ima svoje posebno mjesto. Tu posebnost proces duguje prije svega složenom karakteru izborne ustavne materije kao središnjeg političkog pitanja demokratski uređene države. Riječ je o tome da su ustavni izbor i njegove posljedice na planu izbornog sustava čvrsto povezani s problematikom političkih ustavnih prava. Iako se najvažnije međunarodne konvencije o ljudskim pravima danas referiraju na demokratske principe i potrebu postojanja regularnih slobodnih i poštenih izbora, nijedna od njih ne propisuje jasne i striktno odrednice o tome što bi to bio najprihvatljiviji izborni sustav. Međutim, budući da izbor određenog izbornog sustava i plana izbornih jedinica omogućuje kalkulacije o mogućem pobjedniku, oni koji kreiraju ustavni i izborni inženjering moraju imati barem približno jasnu sliku o poželjnoj političkoj strukturi. Za racionalnu ustavnodemokratsku teoriju ti bitni zahtjevi jesu: razumijevanje teorije i prakse

svekolikih integrativnih, konsocijacijskih i saveznih struktura te sposobnost pregovaranja i primjenjivanja skupine izbornih procedura koje će pomoći postizanju željenih rezultata te su prihvatljive strankama u političkom natjecanju.

Nedavni predsjednički i predstojeći parlamentarni izbori u Hrvatskoj ponovno su upozorili na određena kritična mjesta postojećeg izbornog sustava i potrebu njegove primjene. O tome svjedoče tekuća javna rasprava i aktualni proces promjene sveukupnog izbornog zakonodavstva. U zaključku nas zanima je li i na koji je način u raspravi razmotren odnos demokracije i sudbene vlasti, odnosno koju ulogu sudovi imaju u izborima kao "festivalu demokracije". Jesu li dosadašnji izbori zbilja pokazali postojanje judikalizacije politike kod nas?

Judikalizacija hrvatske postsocijalističke demokracije

U značajnom isječku suvremenih komparativnih ustavno-pravnih studija, koje govore o razvoju postsocijalističkih zemalja i mogućim odnosima između sudstva i izabranih političara, govori se o tome da su reforma sudstva u europskim postsocijalističkim zemljama i njihovo pristupanje Europskoj uniji, između ostaloga, rezultirali i uključivanjem u globalni trend prema judikalizaciji politike. Tako Cristina Parau (2011: 9) smatra da je proces pristupanja postsocijalističkih zemalja Europskoj uniji u njima u biti uklonio gotovo sve sustave kontrole i provjere koje su izabrane (političke) vlasti imale nad sudstvom; sudstvo se jednostavno odvojilo od demokratske odgovornosti. Takav rezultat posljedica je specifičnih internih motiva i izvanjskih pritisaka, povezanih zapravo s jačanjem nacionalnih i transnacionalnih elita, mehaničkim prihvaćanjem zahtjeva Europske unije i politike uvjetovanja koju prakticira Europska unija.

U najvećem broju zemalja srednje i istočne Europe trend prema supremaciji sudstva (*judicial supremacy*) pojavio se neposredno nakon 1989. godine s institucijom ustavnog sudstva i autonomnih sudbenih vijeća. Takav su trend podupirali supranacionalni i transnacionalni akteri i institucije. Tako Parau (2011: 2) zaključuje da su:

"reformatori ukinuli ustavne kontrole i provjere sudskih odluka koje mogu biti nepravedne, brzoplete, *ultra vires*, kao što je npr. pravo parlamenta da poništi odluke viših sudova. Na razini institucionalnog formalizma sucima je ustupljen široki prostor diskrecije u stvaranju politike. U zemljama Srednje i Istočne Europe danas je norma da se odluke ustavnih sudova možda nikada ne ponište. Sudbena vijeća kojima dominiraju suci gospodare nominiranjem, disciplinom i karijerom te su potpuno izolirana od odgovornosti političkim granama vlasti."

Iako Hrvatska ima svoje posebnosti u odnosu na većinu drugih zemalja srednje i istočne Europe, ni ona nije izuzeta od globalnog trenda judikalizacije. Tako se i ustavni sudac Davor Krapac (2014: VII) osvrće na fenomen judikalizacije politike u postojećim odnosima Suda i političkih grana vlasti:

"U sve složenijim uvjetima današnjice, tekuća politika sve

češće ne može pronaći pravi kompromis pa se politički prijedori 'judikaliziraju' i iznose pred Ustavni sud. To je znak nedostatnog političkog potencijala za sučeljavanje sa sukobima i za njihovo rješavanje, koji je tipičan za postkomunističke zemlje."

Za Krapca (2014: 71) je judikalizacija politike kao "tendencija preodijevanja političkih prijedora u pravne sporove i njihovo podnošenje Ustavnom sudu" neprihvatljiva ne samo zato što se time formalno krši "načelo enumeracije nadležnosti Ustavnog suda" nego i zato što bi se time "pogodovalo prebacivanju težišta političkih rasprava legitimnih subjekata kao što su parlamentarna tijela, udruge civilnog društva i dr. na pravno tijelo kao što je Ustavni sud". Ipak, neovisno o subjektivnim impresijama i percepcijama judikalizacije politike, njezine stvarne aktivističke mogućnosti u tom pravcu organski su zapravo povezane s postojanjem same kontrole ustavnosti zakona. Judikalizacija politike u kojoj bi akter bio Ustavni sud stvarno ima svoj izvor u paradoksu, po kojemu hrvatski demokratski politički sustav koji počiva na slobodnim i redovnim izborima – čuva skupina sudaca. Suci s mandatom koji je duži od mandata saborskih zastupnika imaju ustavnu zadaću čuvanja hrvatskog demokratskog sustava u najširem smislu te riječi.

Kao i drugdje, tako i hrvatsko ustavno pravo angažira suce u rješavanju sporova o političkoj legitimnosti, slobodi i poštenju predstavničkih demokratskih izbora. U takvim slučajevima suci bi zapravo trebali balansirati između pragmatičkih ciljeva stabilne vladavine i potrebe da se apstraktna pitanja o pravima i ispravnosti biračkog natjecanja riješe u konkretnim okvirima prostora i vremena. Nije potrebno mnogo da bi se dokazalo da su takva pitanja već po samoj svojoj prirodi od velikog praktičnog značaja za temeljne ustavne odnose. Ipak, riječ je i o pitanjima koja nerijetko delimitiraju granice sudačke artikulacije vladavine prava i njihove aktivnosti unutar političke arene, koja prije svega pripada izbornim igračima.

Proces pristupanja postsocijalističkih zemalja Europskoj uniji u njima u biti uklonio gotovo sve sustave kontrole i provjere koje su izabrane (političke) vlasti imale nad sudstvom

Naravno da je Ustavni sud u svojoj dvadesetogodišnjoj praksi bio akter judikalizacije politike. Riječ je o razini specifičnog i kontinuiranog komuniciranja zakonodavca i ustavnog sudstva. Upravo je izborni zakonodavstvo primjer postojanja zakonskih odredaba koje su prije i nakon 2000. godine prisiljavale Ustavni sud da specifične pravne situacije rješava svojim odlukama.² Nadalje, Ustavni sud svoj *élan politique* iskazao je kompleksnim odlukama o svekolikom procesu političkog izbora i predstavljanja nacionalnih manjina u Hrvatskom saboru, koje su neuvijeno najavljivale mogućnost da Ustavni sud zbog zabrinjavajuće pasivnosti parlamenta "sam odredi način provedbe

svoje odluke”.³ Konstruktivni *raison politique constitutionnelle* Ustavnog suda u odnosu na demokratska pravila igre i podršku eventualnim promjenama izbornih pravila, koje se temelje na vladavini prava i afirmaciji Ustava, vidljiv je i u njegovim recentnim izvješćima Saboru.⁴ Upozorenje Ustavnog suda političkim

Predstojeći parlamentarni izbori bit će još jedna nova i važna etapa provjere kompatibilnosti hrvatskih ustavnopravnih aktera: naroda i predstavničkih institucija vlasti

granama vlasti (Sabor i Vlada) u povodu *Prijedloga Odluke o raspisivanju državnog referenduma Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora* primjer je izravnog i kritičkog korespondiranja s nositeljima zakonodavne i izvršne grane vlasti. Riječ je o aktu sudaca kojemu je pravi karakter zapravo politička lekcija bez presedana u odnosima između ustavnih institucija u Hrvatskoj. U toj beskompromisnoj artikulaciji ustavne politike, kakva bi trebala biti, suci zaključuju da je:

“(...) Ustavni sud dužan (...) pravodobno upozoriti sva tijela koja na bilo koji način sudjeluju u oblikovanju ili u provedbi narodne ustavotvorne inicijative ili je njihov rad s takvom inicijativom povezan odnosno na nju utječe, kao i sve sudionike referendumske procesa, na neposrednu odgovornost za odluke koje donose. Te odluke moraju biti usklađene s temeljnim vrednotama hrvatske ustavne države. Sporni dijelovi točke I. i točke III. stavka 4. Prijedloga odluke ne osiguravaju zaštitu tih vrednota jer otvaraju ustavnopravno neprihvatljivu mogućnost da Hrvatski sabor naknadno promijeni odluku birača izraženu na narodnom ustavotvornom referendumu. Odgovornost za pravne posljedice ustavnopravno neprihvatljivih odluka snose njihovi donositelji. (...) Ustav sadržava integrirani sustav za zaštitu ljudskih prava u kojemu ključnu ulogu imaju demokracija i vladavina prava. Logika referendumske procesa mora biti istovjetna toj ustavnoj logici jer su izborni i referendumske postupci najvažniji test privrženosti istinskoj političkoj demokraciji koja je utjelovljena u Ustavu.”⁵

Podsjećajući zapravo na dualističku prirodu ustava, ustavni suci šalju poruku o dvama tipovima odlučivanja u demokraciji (Ackerman 1989: 461). Prvi pripada (hrvatskom) narodu, a drugi vladi. U dualističkom konceptu ustava sudačka funkcija obrane političkih prava naroda apsolutno je bitan dio dobro uređenog demokratskog uređenja. Na krilima ustava sud kontrolira zakonske zahtjeve političke elite koji mogu ugroziti demokraciju. Međutim, sud, ma koliko se trudio, ne može svojim odlukama o ideologiji ili vlasti konstituirati državu kao što to mogu birači. Nije li Thomas Paine upozoravao da ustav jedne države nije akt njezine vlade, već naroda koji čini tu vladu? Zato su sudovi važni u zaštiti biračkog prava i ustavnosti izbornog postupka.

broj 21 - svibanj 2015.

Predstojeći parlamentarni izbori bit će još jedna nova i važna etapa provjere kompatibilnosti hrvatskih ustavnopravnih aktera: naroda i predstavničkih institucija vlasti. Nakon dvadeset i pet godina demokratskog pluralističkog iskustva ritam ustavnog života hrvatski građani prepoznaju u nizu starih i novih izbornih okršaja, posebnosti komunikacije između Sabora i Vlade prema Predsjednici ili, obratno, između nacije i države, politike i prava. U tom procesu poseban ton daje i Ustavni sud koji u potrazi za značenjima najvišeg izvora prava, usprkos više ili manje opravdanim kritikama, uporno i s osjećajem za ravnotežu održava vitalnost ustavnih ideala hrvatske demokracije.

Bilješke

- 1 Fr. "1. Što je to Treći stalež? – SVI. 2. Što je on dosada predstavljao u političkom poretku? – NIŠTA. 3. Što on zahtijeva? – BITI NEŠTO."
- 2 Tako je Ustavni sud u svojoj Odluci U-VIIA/2209/2005 od 22. svibnja 2005. poništio odgovarajuća rješenja Općinskog izbornog povjerenstva i Županijskog izbornog povjerenstva te odlučio da objema listama (HSS-a i HSP-a) pripada po jedan vijećnički mandat, te će Općinsko vijeće Nerežišća brojati 12 članova, a ne 11, koliko se biralo, u skladu sa Statutom općine Nerežišće. Vidjeti i Podolnjak (2008).
- 3 Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-1029/2007 i dr. od 7. travnja 2010., vidjeti i Ceranić (2011), Podolnjak (2011).
- 4 Primjeri takvih izvješća su *Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske u povodu inicijative Vlade Republike Hrvatske, Izvješće o pojavi propuštanja zakonskog uređenja ustrojstva i djelokruga Ureda predsjednika Republike Hrvatske, Izvješće o primjeni članka 5. Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske, Izvješće o javnoj raspravi u postupku promjene Ustava.*
- 5 Upozorenje u povodu *Prijedloga Odluke o raspisivanju državnog referenduma Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora.*

Literatura

- Ackerman, B. (1989). *Constitutional Politics / Constitutional Law. The Yale Law Journal.* 99 (3): 453–547.
- Ceranić, V. (2011). *Političko predstavljanje nacionalnih manjina u ustavnom poretku Republike Hrvatske: Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-3597/2010 i dr., br. U-I-3786/2010 i dr. i br. U-I-120/2011 i dr. Pravnika.* 45 (90): 163–178.
- Dryzek, J. S. (2002). *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations.* 1. izd. Oxford i New York: Oxford University Press.
- Edelstein, M. (2014). *The French Revolution and the Birth of Electoral Democracy.* Farnham: Ashgate.
- Hall, K. i Ely Jr., J. W. (2009) (ur.). *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.* 2. izd. New York: Oxford University Press.
- Held, D.; McGrew, A.; Goldblatt, D. i Perraton, J. (1999). *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture.* Redwood City, CA: Stanford University Press.

- Hirschl, R. (2006). The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*. 75 (2): 721–753.
- Hirschl, R. (2007). *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hirschl, R. (2008). The Judicialization of Politics. U: Whittington, K. E.; Kelemen, R. D. i Caldeira, G. A. (ur.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford i New York: Oxford University Press, str. 119–141.
- Huefner, S. F. i Foley, E. B. (2014). The Judicialization of Politics: The Challenge of the Ali Principles of Election Law Project. *Brooklyn Law Review*. 79 (2): 1915–1942.
- Issacharoff, S. (2014). Constitutional Courts and Consolidated Power. *The American Journal of Comparative Law*. 62 (3): 585–612.
- Jacobs, F. G. (2005). Constitutional Control of European Elections: The Scope of Judicial Review. *Fordham International Law Journal*. 28 (4): 1049–1061.
- Köchler, H. (2005). The European Constitution and the Imperatives of Transnational Democracy. *Singapore Year Book of International Law*. 9: 87–101.
- Kommers, D. P. i Miller, R. A. (2012). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. izd. Durham, NC: Duke University Press.
- Krapac, D. (2014). *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora*. Zagreb: Narodne novine.
- Loewenstein, K. (1963). Reflections on the Value of Constitutions in our Revolutionary Age. U: Eckstein, H. i Apter, D. E. (ur.). *Comparative Politics: A Reader*. London i Glencoe, IL: The Free Press, str. 149–163.
- Michelman, F. I. (2001). Suspicion, or the New Judge. *The University of Chicago Law Review*. 68 (3): 679–694.
- Miller, R. A. (2004). Lords of Democracy: The Judicialization of “Pure Politics” in the United States and Germany. *Washington and Lee Law Review*. 61 (2): 587–662.
- Parau, C. (2011). The Role of Courts in a Democracy: Alternatives to Judicial Supremacy. *Foundation for Law, Justice and Society, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford Policy Brief*. 1–8.
- Pildes, R. H. (2012). Elections. *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*. 12–63.
- Podolnjak, R. (2008). Hrvatsko izborna zakonodavstvo: moguće i nužne promjene. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 45 (2): 305–343.
- Podolnjak, R. (2011). Ustavni sud, izborne jedinice za izbor zastupnika u Hrvatski sabor i načelo jednakosti biračkog prava. *Novi Informator*. 5934: 5–6.
- Schaffer, J. K. (2011). The Boundaries of Transnational Democracy: Alternatives to the All-Affected Principle. *Review of International Studies*. 38 (2): 321–342.
- Shane, P. M. (2001). Disappearing Democracy: How Bush v. Gore Undermined the Federal Right to Vote for Presidential Electors. *Florida State University Law Review*. 29 (2): 535–585.
- Stone Sweet, A. (2012). The European Court of Justice and the judicialization of EU governance. *Living Reviews in European Governance*. 5 (2): 5–50.
- Tate, C. N. (1995). Why the Expansion of Judicial Power? U: Tate, C. N. i Vallinder, T. (ur.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, str. 27–37.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2001). Renormalizing Bush v. Gore: An Anticipatory Intellectual History. *Georgetown Law Journal*. 90 (1): 113–126. ■