

Dr.sc. Petar Bačić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

SUVREMENI KONSTITUCIONALIZAM I "NOVA" DIOBA VLASTI

UDK: 342.56

Primljeno: 10. 09. 2009.

Izvorni znanstveni rad

U suvremenoj teoriji ustavnog prava postoji nekoliko "verzija" odnosa između demokracije i konstitucionalizma. Riječ je o raspravi koja traje, a koju je u ovom radu važno prikazati jer je upravo u njoj (što je usko povezano s aktivističkom ulogom sudbene vlasti i sudaca) ponovno dotaknut problem ograničavanja vladavine većine i to posebno u razmatranju tzv. "protuvećinske poteškoće". Tako je ponovno naglašena problematika odnosa između političkih grana vlasti i sudaca, no ovaj put intenzivnije nego u razdoblju neupitne dominacije parlamenta kao predstavnika narodnog suvereniteta i nositelja zakonodavne vlasti. U tekstu autor ukazuje na poglede koji tvrde da su sudski afirmirana prava stvarna snaga društvene promjene što je dosada predstavljalo svojevrsni monopol političke vlasti. Sve više dolazi do "izdizanja visokih sudova i supranacionalnih tribunala u krucijalna politički odlučujuća tijela", koja aktivistički koriste instituciju sudbenog nadzora. Autor posebno ukazuje na kontradiktorni odnos između demokracije i konstitucionalizma, odnosno na potrebu novog sagledavanja međusobnog odnosa institucija pojedinih grana državne vlasti.

Ključne riječi: *suvremeni konstitucionalizam, nova dioba vlasti, protuvećinska poteškoća, sudski aktivizam*

1. UVODNA NAPOMENA

Kada govorimo o suvremenom ili modernom konstitucionalizmu, mislimo na skup pravnih i političkih ideja koje su se u zapadnom svijetu razvijale od pojave prosvjetiteljstva sve do današnjih dana. To su koncepti koji čine osnovu ustavnodemokratske političke i pravne teorije: dioba i ograničenje državne vlasti, priznavanje i zaštita određenih osobnih prava (npr. zaštita privatnog vlasništva), te predstavnička vlada. Te pojmove možemo promatrati i kao pokazatelje ustavnog razvoja svake suvremene države i društva. Stvarnu ustavnodemokratsku prirodu određenog sustava moguće je procijeniti upravo po mjeri u kojoj priznaje, štiti i razvija navedena temeljna načela. Povijest 20. stoljeća pokazala nam je i krajnje domete pojedinih sustava; to su jasno pokazali svi totalitarni sustavi.

Ipak, u proteklih dvije stotine godina (1800.-2000.) i više dokazano je da se najviše vrijednosti ustavnodemokratske vladavine mogu kvalitetno štititi upravo konstitucionalizmom i njegovim sredstvima.¹

Konstitucionalizam u gotovo svim svojim formulacijama² inzistira na ideji o postojanju dvije razine pravnog i političkog diskursa. Prva je ona koja u prvi plan ističe temeljni zakon ("više pravo") političke zajednice. Druga razina pretpostavlja postojanje niza podređenih zakona, koji predstavljaju derivaciju prve razine prava. Upravo ta hijerarhija daje modernom konstitucionalizmu njegovu osnovnu strukturu. No, za većinu je ljudi ta institucionalna struktura od drugorazredne važnosti. Ona naime u potpunosti ovisi o ideji da država može i treba funkcionirati u skladu sa strukturalnim ograničenjima koja su određena u ustavu kao temeljnom ili "višem" pravu. Ustavnodemokratska država je nastala radi osiguravanja individualnih prava, a ustavi takvih država stvarani su da bi primorali državu na poštivanje tih prava. Suvremeni zagovornici ustavnodemokratske vladavine ističu da je upravo tzv. *rights talk* virtualni sinonim modernih koncepcija ustavnodemokratske države.³ Naglašava se da su sudski afirmirana prava stvarna snaga društvene promjene koja je do sada bila svojevrsni monopol političke vlasti. Sve više dolazi do "izdizanja visokih sudova i supranacionalnih tribunala u krucijalna politički odlučujuća tijela",⁴ koja aktivistički koriste instituciju sudbenog nadzora. Konačno, takav razvoj je ukazao i na kontradiktorni odnos između demokracije i konstitucionalizma, odnosno na potrebu novog sagledavanja međusobnog odnosa institucija pojedinih grana državne vlasti.

U suvremenoj teoriji ustavnog prava postoji nekoliko "verzija" odnosa između demokracije i konstitucionalizma. Riječ je o raspravi koja traje, a koju je u ovom radu važno prikazati jer je upravo u njoj (što je usko povezano s aktivističkom ulogom sudbene vlasti i sudaca) ponovno dotaknut problem ograničavanja vladavine većine i to posebno u razmatranju tzv. "protuvećinske poteškoće". Tako je ponovno naglašena problematika odnosa između političkih grana vlasti i sudaca, no ovaj put intenzivnije nego u razdoblju neupitne dominacije parlamenta kao predstavnika narodnog suvereniteta i nositelja zakonodavne vlasti.

Prvu verziju odnosa između demokracije i konstitucionalizma izražava stajalište istaknutog pravnog teoretičara **Ronalda Dworkina**. On tvrdi da je "konstitucionalizam od presudne važnosti za kreiranje demokratske zajednice - za konstituiranje naroda, pa bez njega ne može ni biti zajedničke, kolektivne slobode".⁵

¹ Usp. **Grey T.C.**, CONSTITUTIONALISM: AN ANALYTIC FRAMEWORK, u: CONSTITUTIONALISM, Nomos XX /1979, str. 189.-209.; **Häberle P.**, THE CONSTITUTIONAL STATE AND ITS REFORM REQUIREMENTS, Ratio Juris, sv. 13, br. 1, 2000., str. 77.-94.

² O različitim značenjima konstitucionalizma v. **Bačić, A.**, HRVATSKA I IZAZOVI KONSTITUCIONALIZMA, Književni krug, Split, 2002., str. 9.-72.

³ Npr. **Dworkin R.**, SHVAĆANJE PRAVÂ OZBILJNO, Kruzak, Zagreb, 2003.

⁴ **Hirschl R.**, TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Harvard University Press, Cambridge (MA) & London, 2004., str. 1.

⁵ **Dworkin R.**, CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY, u: **Bellamy R.** (ur.), CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY, Ashgate, Dartmouth, 2006., str. 3.-35.

Demokracija ovisi o konstitucionalizmu. Demokratske institucije ugrađene su u aparat modernog konstitucionalizma. One su pozitivističke strukture koje omogućuju determinaciju osjećaja naroda. Te su institucije više "informativne", nego "formativne", što jasno pokazuje kontrole koje su demokraciji nametnuli američki "očevi utemeljitelji" koji nisu vjerovali "masama". Demokracija se, u smislu radikalno demokratske participacije i formiranja volje, smatrala destruktivnom i nezgodnom. Ali, ako se na demokratsku participaciju gleda kao na strukturiranu instituciju koja može utjecati na (ali ne još i kontrolirati) državni aparat, onda se ona može podvrgnuti pod pozitivistički, formalistički i institucionalizirani sustav konstitucionalizma. Na taj se način demokracija može sagledati kao korolar konstitucionalizma. Demokracija je sredstvo osmišljeno da uvuče narod u institucije konstitucionalizma.⁶

Drugu verziju odnosa između konstitucionalizma i demokracije izražava stajalište eminentnog političkog mislioca **Roberta Dahla**, koji tvrdi da su ta dva pojma u kontradiktornom odnosu. Temeljni argument za tu tvrdnju je da konstitucionalizam ograničava djelovanje pojedinca. Ograničenja se naime ne odnose samo na državne aktore, dakle na one koji obnašaju vlast, nego na sve članove društva. Pojedinci se primjerice ograničavaju kako ne bi ugrožavali prava drugih. S druge strane, demokracija je u biti većinsko načelo, a ono na čemu inzistira većina (narodna participacija, vladavina javnog mnijenja, glorifikacija "običnog, malog čovjeka", itd.) sukobljava se s racionalizmom i efikasnošću te s nepovjerenjem u glas naroda.⁷

Treća verzija nastoji pomiriti konflikt između konstitucionalizma i demokracije, a zastupa je **Jürgen Habermas**. Za njega su ti koncepti "ko-originalni", što znači da su i demokracija i konstitucionalizam od temeljnog značaja. Oba koncepta su nužna, međusobno upućena jedan na drugi; jedan funkcionira upravo zahvaljujući onom drugom, riječ je o recipročnom odnosu. Demokracija ovisi o snažnom konstitucionalizmu, a takav konstitucionalizam ovisi o radikalnom demokratskom projektu. Habermas tumači da se "međusobna ovisnost konstitucionalizma i demokracije reflektira u komplementarnom odnosu između privatne i građanske autonomije; svaka se strana napaja na izvorima onog drugog".⁸

Navedena tri stajališta na različite načine opisuju odnos između konstitucionalizma i demokracije, a kao najbliža stvarnosti čini nam se ipak Dworkinova verzija. Naime, ako se ustavnoj državi želi dati odgovarajuće mjesto, tada ni pojmovi demokratske akcije, odnosno djelovanja, ne smiju biti apsolutnog karaktera. Iako demokratske institucije igraju važnu ulogu, one su samo dio cjeline vladavine prava. To je i razlog zbog kojega su američki ustavotvorci toliko nastojali ograničiti vladavinu većine. Zato se tijekom vremena i oblikovala svijest o tome da

⁶ Dworkin R., op. cit., str. 8.-12.

⁷ Usp. Dahl R., DEMOCRACY AND ITS CRITICS, Yale University Press, New Haven, 1989., str. 28.-30.

⁸ Usp. Habermas J., CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: A PARADOXICAL UNION OR CONTRADICTORY PRINCIPLES? Political Theory 29/2001, str. 766.

je predstavnička demokracija svojevrsno priznanje prvenstva konstitucionalizma i formaliziranja i sužavanja institucija narodnog suvereniteta.⁹

Taj problem je posebno naglašavan u raspravi o Vrhovnom sudu SAD-a kao najistaknutijem izvoru protuvećinskog argumenta i najčvršćem temelju američkog konstitucionalizma. Upravo su se u toj raspravi i oblikovali pojmovi sudskog aktivizma (*judicial activism*), te sudskog samoograničenja (*judicial self restraint*) tj. sudske pasivnosti (*judicial passivity*) kao suprotnosti aktivizma. Takav zaključak sugerira i **John Hart Ely** (1938.-2003.). Istražujući “Odiseju” **Alexandera Bickela**, jednog od najistaknutijih teoretičara američkog ustavnog prava druge polovice 20. stoljeća, Ely je precizno ukazao na izvor aktivizma i pasivnosti kao suprotstavljenih teorija o ponašanju sudaca u tumačenju ustava: “Onaj tko započinje s Bickelovom premisom da je prava uloga Suda definicija i nametanje vrednota... zaključit će nakon dugog istraživanja... da se činiti ‘prave stvari’ na isti način može i nametanjem vlastitih vrednota”.¹⁰

2. SUD KAO “PROTUVEĆINSKA POTEŠKOĆA”: ALEXANDER BICKEL

U najvećem dijelu američke ustavnopravne literature uvriježeno je stajalište da je **A. Bickel** (1924.-1974.) možda i “najkreativniji ustavni teoretičar” druge polovice 20. stoljeća.¹¹ Njegovo tumačenje sudbenog nadzora kao “protuvećinske poteškoće” značilo je i rođenje svojevrsne “akademske opsesije”,¹² na koju nisu ostali imuni prvenstveno brojni američki pisci, ali ni mnogi drugi ustavnopravni teoretičari. Svi su oni zajedno taj interes pretvorili u dugogodišnju, a neki smatraju i trajnu “središnju opsesiju” ustavne teorije i ustavnog prava.¹³ U čemu se krije tajna ovakvog respekta koji se iskazuje prema Bickelovoj teoriji?

Bickel je nastojao objasniti kako se sudbeni nadzor, iako u biti nedemokratska institucija, ipak može opravdati u sustavu vladavine koji svoj legitimitet crpi iz vladavine većine. Konvencionalno je stajalište bilo sljedeće: sudbeni nadzor ugrožava politički legitimitet jednostavno zato što suci više žele realizirati

⁹ Usp. **Belamy R.** (ur.), *THE RULE OF LAW AND THE SEPARATION OF POWERS*, Aldershot, Ashgate Dartmouth., 2005., str. xi.

¹⁰ **Ely J.H.**, *DEMOCRACY AND DISTRUST - A THEORY OF JUDICIAL REVIEW*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980., str. 72.

¹¹ **Ely J. H.**, op. cit., str. 71.

¹² Usp. **Friedman B.**, *THE BIRTH OF AN ACADEMIC OBSESSION: THE HISTORY OF THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY*, Part Five, *The Yale Law Journal*, sv. 112, br. 2, 2002., str. 155.-259.; **Friedman B.**, *THE HISTORY OF THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY, PART FOUR: LAW’S POLITICS*, *University of Pennsylvania Law Review*, sv. 148, br. 4, 2000., str. 971.-1050.

¹³ Tako **Somin I.**, *POLITICAL IGNORANCE AND THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY: A NEW PERSPECTIVE ON THE ‘CENTRAL OBSESSION’ OF CONSTITUTIONAL THEORY*, George Mason University School of Law, Research Paper No. 03-47, SSRN Electronic Paper Collection, na: http://ssrn.com/abstract_id=457760

svoju volju nego volju naroda. Bickel je taj problem opisao kao "protuvećinsku poteškoću" (*countermajoritarian difficulty*), a ta je fraza zatim općenito prihvaćena u ustavnopravnoj literaturi. Bickel je svojom knjigom "The Least Dangerous Branch - The Supreme Court at the Bar of Politics" (1962.),¹⁴ koja naslov dijelom duguje Hamiltonovoj obrani sudačke dužnosti da se svaki akt koji je protivan ustavu proglasi ništavim,¹⁵ potaknuo pojavu novih teorijskih pravaca: proceduralizma **Johna H. Elya** i **Jeremy Waldrona**, republikanizma **Bruce Ackermana** i **Cass Sunsteina**, te originalizma **Raoula Bergera** i **Roberta Borka**. No, ono što je najvažnije za ovaj rad je kompleksnost i značaj njegove analize sudbenog nadzora. Kompleksnost Bickelovog shvaćanja se vidi i u tome što su ga jedni tumačili kao "odobranje sudskog aktivizma, dok su drugi u njemu vidjeli opravdanje osporavanog statusa *quo*".¹⁶

Jedan od analitičara "povijesti protuvećinske poteškoće", američki autor **Barry Friedman**, smatra da je središnja metafora Bickelove knjige zapravo fascinacija tzv. "Linkolnovom tenzijom" (*Lincolnian tension*) između načela (*principle*) i svrsishodnosti (*expediency*). Naime, Bickel je smatrao da Sud mora djelovati na temelju određenih načela. No, budući da uspjeh sudbenog nadzora na kraju ipak ovisi o tome je li prihvaćen u narodu, ponekad svrsishodnost tj. korisnost nužno mora nadjačati principijelno odlučivanje. Bickel sugerira da se rješenje tog problema krije u pažljivoj upotrebi tzv. "pasivnih vrlina" koje u biti označavaju korištenje doktrinalnih sredstava kako bi se izbjegla problematična pitanja sve dok društvo ne bude imalo vremena i snage da se s njima suoči.¹⁷

Frazu *countermajoritarian difficulty* Bickel uvodi i koristi u uvodnom poglavlju svoje "ingeniozne knjige".¹⁸ Prema piscu, Vrhovni sud opovrgava djelovanje aktera - subjekata izbornog procesa i na taj način "obnaša kontrolu, ali ne u ime prevladavajuće većine, već protiv nje... iz čega slijede i optužbe o nedemokratičnosti sudbenog nadzora. (...) Zbog toga je najmanje opasna grana

¹⁴ **Bickel A.**, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS, Indianapolis, New York, The Bobbs Merrill Company, 1962., str. 303. Zanimljivo je istaknuti da se ova knjiga, iako je nesumnjivo jedna od najutjecajnijih knjiga američkog konstitucionalizma, danas može naći - kako nas informira A.T. Kronman ("Alexander Bickel's Philosophy of Prudence", 1985) - "samo u skupim kolekcionarskim izdanjima". Ipak, Bickelova pravna škola na Yaleu objavila je 1986. godine izdanje LDB-a s predgovorom H. Wellingtona. Izvornik tj. izdanje iz 1962. godine koristili smo zahvaljujući međubibliotečnoj posudbi iz knjižnice LSE (oznaka KF8742 B57, Main Collection, 1st Floor).

¹⁵ "Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them". **Hamilton A.**, THE FEDERALIST No. 78, New York, 1937., str. 430., (podcrtao P.B.).

¹⁶ **Ward K.D. & Castillo C.R.** (ur.), THE JUDICIARY AND THE AMERICAN DEMOCRACY - ALEXANDER BICKEL, THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY (introduction), Albany, State University of New York Press, New York, 2005., str. 2.

¹⁷ Usp. **Friedman B.**, THE BIRTH OF AN ACADEMIC OBSESSION: THE HISTORY OF THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY, Part Five, The Yale Law Journal, sv. 112, br. 2, str. 201.

¹⁸ Tako **Howe M.D.**, BOOK REVIEWS, Harvard Law Review, sv. 77, br. 3, 1964., str. 579.

američke vlasti zapravo naj snažniji sud kojega je svijet ikada upoznao".¹⁹ Što je zapravo mislio Bickel i na koji način tumači položaj i ulogu sudbene vlasti?

2.1. Bickelova protuvećinska poteškoća i poticaj sudskom imperijalizmu?

Uloga sudbenog nadzora postala je omiljena tema proučavanja, ali istovremeno i problem za američku pravnu misao četrdesetih godina 20. stoljeća. Tome je glavni razlog bio sukob političkih grana vlasti s Vrhovnim sudom oko pitanja individualnih prava i kontrole zakonodavnih akata, a posebno glede ekonomskih prava. Taj sukob je potaknuo teorijskopravno promišljanje sudbenog nadzora, a posebno pitanje opravdanja sudbenog nadzora kao nedemokratske institucije u vladi koja izvodi svoj legitimitet iz vladavine većine.

Ulogu Vrhovnog suda SAD na poseban je način razmatrao A. Bickel, a o njegovom doprinosu razrješavanju odnosa između demokracije i konstitucionalizma još se vode rasprave u SAD.²⁰ Upravo je trajnost rasprave o protuvećinskom problemu navela **B. Friedmana** na zaključak da je ona postala svojevrsna "patologija američke ustavnopravne znanosti".²¹ Ipak, Bickelove ideje o ulozi Vrhovnog suda, prirodi demokratske vlasti i uopće tendencijama ustavnopolitičke misli nesumnjivo imaju veliku važnost za teoriju ustavnog prava, a posebno su značajne za razumijevanje sudskog aktivizma. Naime, upravo je Vrhovni sud, čiji je rad Bickel pažljivo analizirao, ujedno i najznačajniji akter sudskog aktivizma tijekom 20. stoljeća.

Najznačajniji element Bickelove ustavnopolitičke filozofije je vjera u vrijednost razboritosti. Bickel naglašava važnost razboritosti kao političke i pravne vrline. Ona postoji u političkom programu ili sudskoj odluci tek kada političari ili suci uzimaju u obzir svu složenost ljudskog života, institucionalnog okvira i društva. Upravo im razboritost omogućava da, unatoč "nepredvidivosti ljudskog ponašanja", osmisle uspješne strategije koje će omogućiti postupno ostvarivanje onih načela i ideala koji su im najvažniji. Razumno osobu krase i posebnost karaktera. Ona se primjerice očituje u respektu prema kompleksnim povijesnim institucijama te u umjerenosti pri njihovom reformiranju; visokom stupnju tolerancije za prilagodbu i odlaganje; prihvaćanju raskoraka između bilo kojeg sistema ideja i okrutnog

¹⁹ **Bickel A.**, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS, Indianapolis, New York, The Bobbs Merrill Company, 1962., str. i. Usp. **Nagel R.F.**, PRINCIPLE, PRUDENCE AND JUDICIAL POWER, u: **Ward K.D. & Castillo C.R.** (ur.), op. cit., str. 9.

²⁰ Vidi npr. **Ward K.D. & Castillo C.R.** (ur.), THE JUDICIARY AND THE AMERICAN DEMOCRACY - ALEXANDER BICKEL, THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY, Albany, State University of New York Press, New York, 2005.

²¹ **Friedman B.**, THE COUNTER-MAJORITARIAN PROBLEM AND THE PATHOLOGY OF CONSTITUTIONAL SCHOLARSHIP, Northwestern University Law Review, sv. 95, br. 3, 2001., str. 933.-954.

svijeta koji nas okružuje. Razborita osoba cijeni suglasnost, a nije demoralizirana iracionalnim kompromisom koji se često mora postići.

Bickel vjeruje da svako "dobro" društvo mora biti zasnovano na određenim načelima. Apstraktne teorije i moralni imperativi, međutim, imaju "tiransku tendenciju". Premda je "suicidalno" misliti da bez njih može postojati neka značajnija politika, jednako je "samodestruktivno" inzistirati na odanosti idealima koji uopće ne uzimaju u obzir zahtjeve stvarnosti koji mogu stajati na putu njihove realizacije. Zato politici ne trebaju "teorija i ideologija", nego razboritost. Razboritost je "dobra praktična mudrost", "sposobnost otpora zavodljivim iskušenjima moralnih imperativa" i "životu u neslaganju između želje i povijesnih okolnosti". Razboritost znači potragu za "ravnotežom i odlukom" glede rješenja koja omogućavaju postupno izmirenje naših načela i prakse. Razboritost zahtijeva sumnju u apstraktne argumente, te privrženost, ali ne i nekritički odnos prema misterijama postojećih institucija.²²

(i) Važnost načela u koncepciji sudbenog nadzora A. Bickela. Razlikovanje između razboritosti i njenih suprotnosti Bickel naglašava i u razmatranjima Vrhovnog suda i problematike sudbenog nadzora. Ono što pritom razlikuje Bickelovu teoriju sudbenog nadzora od brojnih drugih je njegovo naglašavanje političke funkcije Vrhovnog suda. Politika je pritom "skup razumnih tehnika koje omogućavaju otklon prema efikasnosti bez napuštanja načela", čime se omogućava "principijelna vladavina". To je temelj Bickelovog nastojanja da shvati prirodu Vrhovnog suda i njegovo mjesto u američkom sustavu vlasti.

Osnovni Bickelov argument je sljedeći: ustavna revizija koju Vrhovni sud obnaša u odnosu na djelovanja drugih grana vlasti je "protuvećinska sila" u američkom sustavu i prema tome "devijantna institucija" američke demokracije. Pod time Bickel smatra da Vrhovni sud utvrđivanjem protuustavnosti akata zakonodavne i izvršne vlasti zapravo "proturječi volji predstavnika naroda, ovdje i sada". Kontrola koju provodi Vrhovni sud stoga nije "u ime postojeće većine, nego protiv nje". U tom smislu Vrhovni sud putem sudbenog nadzora daje manjini efektivni veto nad postojećom većinom.

Zbog toga je prvo Bickelovo pitanje kako uopće opravdati protuvećinsku instituciju u režimu koji počiva na vladavini većine? Koja je to funkcija za koju su sudovi, a prije svega Vrhovni sud, tako jedinstveno kvalificirani? Njegov je zaključak da je potrebno tražiti onu funkciju "koja može (zapravo mora) uključiti stvaranje politike, ali koja se razlikuje od zakonodavne i izvršne funkcije... i koja je posebno skrojena za mogućnosti sudova".²³

Posebna je odgovornost Vrhovnog suda (a u manjoj mjeri i drugih nižih sudova), smatra Bickel, da djeluju kao "promotori i čuvari" trajnih vrednota (američkog) društva. Iste vrednote svakako zanimaju i zakonodavnu i izvršnu vlast, ali one preferiraju djelovati prema trenutačnoj koristi, a ne dugoročno.

²² Bickel A., op. cit. str. 64 et passim.

²³ Bickel A., op. cit., str. 25.

Kontinuirano i konzistentno oblikovanje društvenih vrednota mogu realizirati jedino sudovi. Sudovi nisu uključeni u sukobe glede trenutnih interesa, a suci "na način znanstvenika - bez žurbe, obučeno i izolirano ostvaruju ciljeve vlade". Zato se sudovima, odnosno Vrhovnom sudu, u tom pitanju mora dati glavna odgovornost.²⁴

Bickel daje važnost razlici između načela i koristi, ideala i potreba. Odluka Vrhovnog suda o neustavnosti neke radnje političkih grana vlasti ne smije se zasnivati na koristi; takva odluka smije počivati jedino na načelu. Odluke koje se donose zbog koristi tiču se "neposrednih rezultata", dok odluke temeljene na načelu naglašavaju "opće i stalne interese". U SAD-u se zakonodavna i izvršna grana vlasti uglavnom brinu o zadovoljavanju postojećih potreba, ali svaka na svoj način igra ulogu u oblikovanju samosvijesti američkog naroda. Važno je pritom istaknuti da djelovanje političkih grana vlasti koje je zasnovano na razlozima koristi Bickel nipošto ne smatra nelegitimnim. S druge strane, kada Vrhovni sud obnaša sudbeni nadzor on se prije svega bavi idealima i načelima.

Zašto je za Bickela važna razlika između načela i koristi, ideala i potreba? Ta razlika mu prvenstveno omogućava manevarski prostor u kojemu nastoji pronaći rješenje protuvećinske poteškoće. Vidjeli smo da poteškoća proizlazi iz toga što je sudbeni nadzor u neskladu sa "srcem demokratske vjere", tj. uvjerenjem da je legitimna vlast ona koju je izabrao narod i koja djeluje "u suglasnosti s narodom" te da je jedino njegova "samouprava" potpora angažiranju u "zajedničkom poduhvatu". Odanost samoupravi nije pritom suprotstavljena uvjerenju da "dobro društvo nije samo ono koje želi zadovoljiti neposredne potrebe najvećeg broja ljudi, nego i ono koje nastoji biti potpora trajnim općim vrednotama i njihovom ostvarenju".²⁵ Bickel tvrdi da američki narod ima dvije temeljne "vjere": (1) vjeru u vladavinu na temelju suglasnosti; (2) vjeru u proces kontinuirane moralne reforme, koja nastoji postojeći društveni poredak što bolje povezati i uklopiti u shemu "trajnih općih vrednota". Prva vjera se izražava kroz izborne institucije koje su utemeljene na ideji da većina treba imati odlučujuću riječ u raspoređivanju onih koji odlučuju, odnosno pri odbijanju bilo kojeg dijela njihove politike. Druga vjera je našla svoj izraz u instituciji sudske revizije, odnosno u prihvaćanju legitimnosti sudbenog nadzora.

Pokušavajući pomiriti sudbeni nadzor s teorijom o vladavini demokratske većine, Bickel gradi složenu koncepciju vlasti u kojoj postoji praktično bezgranična odanost demokratskoj samoupravi. Tako se sudbeni nadzor legitimizira isključivo u toj predanosti samoupravi. No i dalje nema odgovora na temeljno pitanje protuvećinske poteškoće. Narod može podržavati i vladavinu većine i potragu za "sustavom trajnih temeljnih vrednota", ali tenzija između sudbenog nadzora i vladavine većine i dalje postoji. Zbog toga je temeljni problem zapravo pitanje izmirenja sudbenog nadzora i vladavine većine. Bickel pokušava riješiti taj

²⁴ Bickel A., op. cit., str. 26.

²⁵ Bickel A., op. cit., str. 27.

problem te pritom daje originalni doprinos suvremenoj američkoj i komparativnoj ustavnoj teoriji.²⁶

(ii) Odnos sudbenog nadzora i vladavine većine - "Lincolnova tenzija" i njeno rješenje. Brojni ustavnopravni pisci su prihvaćali ideju o Vrhovnom sudu kao "promotoru i čuvaru" temeljnih vrednota, kao i potrebu da se njegove ustavne odluke temelje na načelima, a ne na koristi. Bickela dodatno zanima i proces prilagodbe idealističke potrage suda za trajnim vrednotama većinskim elementima u općoj ustavnoj shemi. Sudbeni nadzor je samo jedan element u toj shemi. Sud ima zadatak "izoštriti i promicati" sustav trajnih vrednota, a pritom ne mora nužno postojati nacionalni konsenzus. Potrebno je oblikovati moralnu viziju kojoj narod legitimno teži. Ta vizija mora biti ukorijenjena u postojećoj moralnoj i pravnoj tradiciji, ali ona nije nepromjenjiva. Naprotiv, ona mora na "principijelan način" gurati tradiciju naprijed, identificirajući moralnu putanju i ideale kojima se teži. Zbog toga Bickel opetovano ističe da je sud edukator. Misija suda je instruirati i uzdizati, iznositi ono najbolje u ljudima i pokazivati im kamo ih vode vlastita uvjerenja.

Tenzija između načela i suglasnosti (koju je Bickel nazvao "Lincolnovom tenzijom") nastaje onda kada su zahtjevi koji proizlaze iz načela u odluci Vrhovnog suda u opreci sa suglasnošću koja počiva na vladavini većine, te kada se odluka mora provesti protiv volje onih koji se s njom ne slažu ili je odbijaju priznati.²⁷ Unatoč tome, institucija sudbenog nadzora "mora igrati svoju ulogu". U procesu sudbenog nadzora sud definira i precizira načela "umješnošću mogućega", a u postupku njihove prilagodbe mora voditi ili educirati druge.²⁸

U umanjivanju "Lincolnove tenzije" veliku ulogu imaju "pasivne vrline" (*the passive virtues*); Bickel tu misli na tehnike, oblike praktične mudrosti, tj. modalitete razboritosti. Pomoću njih se kontinuirano usavršava prilagodba između zahtjeva načela i trajnih pritisaka institucija.

"Sud može odbaciti zakon jer je nekonzistentan s načelom. On ga može i potvrditi, ili ga - kako je to bolje izrekao Charles L. Black - može legitimirati u smislu njegove konzistentnosti s načelom. *Ili ne mora učiniti ni jedno ni drugo*. Sud ne mora učiniti ni jedno ni drugo i upravo u tome leži tajna njegove sposobnosti da se održi u tenziji između načela i koristi".²⁹

Pasivne vrline daju Sudu dodatno vrijeme za odlučivanje, pa su i one sredstva rješavanja "Lincolnove tenzije". Cilj je sudaca smanjiti tu tenziju pomažući društvu da kompletnije ostvari ideale kojima teži. Zbog toga suci moraju imati perceptivne i prosudbene sposobnosti kako bi procijenili situacije i ljude, odnosno

²⁶ Usp. Nagel R.F., op. cit., str. 12.; Brubaker S.C., op. cit., str. 113.

²⁷ "Iako je bio voljan respektirati specifičnu odluku Suda, Lincoln je postojano odbijao priznati *Dred Scott* kao političku odluku za Kongres ili za cijelu zemlju te je ustrajno radio na njenom uklanjanju". Usp. Golove D.M., DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM – THE BICKEL-ACKERMAN DIALECTIC, u: Ward K.D. & Castillo C.R. (ur.), op. cit., str. 78.

²⁸ Bickel A., op. cit., str. 68.

²⁹ Bickel A., op. cit., str. 70.

njihovu spremnost za različite ideje. Oni moraju procjenjivati djelovanje općih načela u punoj složenosti pojedinačnih slučajeva, te biti strpljivi i pripralni na postupnu prilagodbu jer se tek tako postižu zadovoljavajući aranžmani. Bez takvih umnih i karakternih osobina, koje zajedno čine vrlinu razboritosti, suci ne bi ni mogli pravilno koristiti pasivne vrline, niti prednosti vremena koje im je na raspolaganju. Stoga ne bi čudilo da griješe u potrazi za zadovoljavajućim izmirenjem između stvarnosti i ustavnog načela.

2.2. Protuvećinska poteškoća kao poticaj razvoju ustavnog prava.

Problem izmirenja sudbenog nadzora s demokratskom prirodom američkog režima postoji od usvajanja američkog Ustava. No, to je tek nakon Bickela i njegove teorije o protuvećinskoj poteškoći postala nezaobilazna tema američke i komparativne ustavne teorije. Bickel je svjestan da se ta poteškoća ne može negirati, pa je nastoji ublažiti i to naglašavajući da se sudbenim nadzorom obnaša jedinstvena funkcija američkog ustavnopravnog poretka.³⁰ Ona je "posebno skrojena" za sudove i "ne umanjuje kvalitetu izvedbe drugih grana vlasti".³¹

Treba naglasiti da se dio Bickelovih komentatora i kritičara još uvijek pita u kojoj je mjeri njegova misao, "prepuna ambivalencija i ponekad preteškog intelektualiziranja o sudbenom nadzoru", odgovorna za "četiri desetljeća sudskog imperijalizma" koja su uslijedila nakon publiciranja knjige "The Least Dangerous Branch".³² Zanimljiva je i **Dworkinova** interpretacija Bickela u kojoj ističe da njegova teorija predstavlja novinu jer:

"...pretpostavlja da je Sud pozvan intervenirati ako njegova intervencija proizvodi društveno poželjne rezultate. Ipak, ta je koncesija sudskog aktivizma iluzija, zato jer je njegov osjećaj o tome što je društveno poželjno u neskladu s pretpostavkom aktivizma prema kojoj pojedinci imaju moralna prava protiv države".³³

Bickelovo shvaćanje odnosa konstitucionalizma i demokracije, te uloge Vrhovnog suda kao protuvećinske institucije, svakako favorizira sudbeni nadzor.³⁴ Obrazlažući instituciju sudbenog nadzora Bickel je znao da se u njoj krije neizbježna protuvećinska poteškoća, no ipak je zagovarao njeno postojanje. To je radio s namjerom da je uklopi u ideju demokracije, bez obzira na karakteristike koje je od nje udaljuju. Bickel je vjerovao da je sudstvo na jedinstveni način kvalificirano prosuđivati akcije zakonodavne i izvršne vlasti i to zato jer je bilo

³⁰ **Brubaker S.C.**, op. cit., str. 105.

³¹ **Bickel A.**, op. cit., str. 24.

³² **Nagel R.F.**, op. cit., str. 18.

³³ **Dworkin R.**, A SPECIAL SUPPLEMENT: THE JURISPRUDENCE OF RICHARD NIXON, The New York Review of Books, sv. 18, br. 8, 1972., str. 12; na: <http://www.nybooks.com/articles/10204>

³⁴ Carrese tvrdi da Bickelovo shvaćanje predstavlja sastavni dio potrage za temeljnim ustavnim načelima koja su trebala obnoviti "posebnost i trajnost pravnih načela koja su govorila u prilog sudbene vlasti". **Carrese P.O.**, op. cit., str. 261.

“izolirano” od javnog mišljenja i pritisaka. Ta izoliranost sudbene grane vlasti od volje naroda (tj. od izbora) omogućava joj da ostane vjerna suverenoj volji (Ustavu). Bickel je tvrdio da će “pasivne vrline” štititi sudbenu vlast od uvlačenja u političke razmirice.

Prema tome, za Bickela je Vrhovni sud protuvećinska institucija u demokratskom procesu, ali je pritom ipak nemoćna pred otporom većine. Zato sud mora ostati otvoren prema “demokratskim pritiscima”, premda im se u pitanjima tumačenja Ustava ne smije prepustiti. Upravo je zbog toga Bickel razvijao uvjerenje o demokratskom licu sudbenog nadzora. Ovlast kontrole ustavnosti zakona je opravdavao ulogom suda u proklamiranju i čuvanju javnih vrednota na principijelan način, odnosno u izgradnji konsenzusa oko takvih vrednota. U nekim slučajevima Vrhovni sud se je odlučno umiješao i u politički proces, ali to je - prema Bickelu - bilo samo izuzetno. Premda je i u takvim slučajevima sud intervenirao na odgovarajući način, njegovo stajalište nije prevladalo jer je bilo previše različito od potreba i uvjerenja naroda, ili zato jer mu se je suprotstavila odlučna i važna manjina. No i tada je sudbeni nadzor bio konzistentan s demokracijom.

Možemo zaključiti da je za Bickelovu misao karakteristična jedna umjerenost u pristupu. Ipak, nakon što se je 1962. godine pojavila njegova knjiga “The Least Dangerous Branch”, lucidna analiza Vrhovnog suda kao protuvećinske poteškoće, sud je još više počeo utjecati na američko društvo. I tada je - kako to zaključuje S. Powers - “kocka pala u korist sudskog aktivizma”.³⁵

3. JURISTOKRACIJA I SUDSKI AKTIVIZAM - OBILJEŽJA “NOVOG KONSTITUCIONALIZMA”

U prethodnim dijelovima rada prikazali smo slabljenje klasičnog načela parlamentarnog suvereniteta, te prilagođavanje “starog” načela o diobi vlasti novim odnosima. U ustavnopravnoj teoriji se taj proces razmatrao i shvaćao na različite načine. Tako se sve češće govori o “novom konstitucionalizmu”,³⁶

³⁵ Bickela su uglavnom smatrali konzervativnim aktivistom. Na Sveučilištu Yale na kojem je radio brojni su profesori bili aktivisti i liberali, poznati po svojim zalaganjima za društvene i političke reforme. Bickel je bio aktivist poput većine svojih kolega. Sebe je smatrao liberalnim demokratom, bio je član tima Roberta Kennedyja te urednik časopisa “New Republic”. Ipak, Bickel je - kako se navodi u članku objavljenom u magazinu TIME - bio “*notable exception*” liberalnom stereotipu. Bickel je tako najviše upamćen po svom sudskom konzervativizmu. Usp. CONSERVATIVE ACTIVIST, Time, 17. kolovoza 1970.; Amar A.R., AMERICA’S CONSTITUTION AND THE YALE SCHOOL OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, Yale Law Journal, sv. 115, br. 8, 2006.; Keck T.M., THE MOST ACTIVIST SUPREME COURT IN HISTORY: THE ROAD TO MODERN JUDICIAL CONSERVATISM, Chicago University Press, Chicago, 2004.; Wright J.S., PROFESSOR BICKEL, THE SCHOLARLY TRADITION AND THE SUPREME COURT, Harvard Law Review, sv. 84, br. 4, 1971., str. 769.- 805.

³⁶ Tako Hirschl R., TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Harvard University Press, Cambridge (MA) & London, 2004., str. 1.-286.; Hirschl R., CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL REVIEW AND PROGRESSIVE CHANGE: A REJOINDER TO McCLAINN AND FLEMING, Texas Law Review, sv. 84, br. 2, 2005., str. 471.-507.

odnosno "novoj diobi vlasti",³⁷ ali i o proturječnostima koje su se pojavile u pokušajima tumačenja novog stanja u odnosima među državnim vlastima.³⁸ To "novo stanje" najčešće podrazumijeva situaciju u kojoj sudovi u ime ustavnih načela određuju ili redefiniiraju granice djelovanja političkih grana vlasti.³⁹ Riječ je o tendenciji sudske vlasti da korištenjem mehanizma kontrola i provjera poništi ili izmijeni, ili jednostavno na svoj način protumači zakone i druge akte političkih grana vlasti. U drugoj polovici 20. stoljeća ta tendencija konačno dobija jasno prepoznatljivi oblik - to je sudski aktivizam, kao volja suda da kontrolira akciju političkih vlasti.⁴⁰

Ipak, uz sudski aktivizam i dalje postoji sudska pasivnost, odnosno sudsko samoograničenje. Pokazat ćemo da su to dvije međusobno suprotstavljene teorije sudskog ponašanja prema tumačenju ustava. I jedno i drugo djelovanje temelji se na načelu diobe vlasti, odnosno na normativnoj teoriji o sudbenoj vlasti. Razlika se u najkraćim crtama može opisati na sljedeći način. Aktivizam je u teorijskom smislu konstitutivan, po koncepciji liberalan, a po svojoj biti teleološki; on polazi od toga da svaki zakon ima svoju svrhu, da je ustav socijalna povelja društva koje se razvija i koje se temelji na određenim ideološkim i filozofskim pretpostavkama. Kod tumačenja ustava sudski aktivizam traži načela na kojima on počiva i nastoji ih realizirati. Bit samog tumačenja je ostvarenje ustavnog cilja.

S druge strane, samoograničenje sudovima dodjeljuje pasivnu ulogu; u skladu sa strogim tumačenjem diobe vlasti sudovi samo deklariraju pravo (*legem dicere*), a ne stvaraju ga (*legem non facere*). Temeljno načelo sudske pasivnosti, odnosno sudskog samoograničenja je maksima: *ita scriptum est* (tako je, kako je napisano).

Na razlike između sudskog aktivizma i samoograničenja su posebno ukazale recentne teorije o ustavnodemokratskoj vladi. Kratka analiza tih teorija će nam pomoći da proučimo konfrontaciju između političkih grana vlasti u suvremenoj državi, te će nam omogućiti i čvršću definiciju sudskog aktivizma.

³⁷ Tako **Ackerman B.**, THE NEW SEPARATION OF POWERS, Harvard Law Review, sv. 113, br. 3, 2000., str. 633.-725.

³⁸ Tako npr. **Kramer L.D.**, THE PEOPLE THEMSELVES-POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW, OUP, Oxford, 2004., str. 1.-363.; **Tushnet M.**, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, Princeton University Press, Princeton - Oxford, 1999., str. 242.; **Lovel G.J.**, LEGISLATIVE DEFERALS - STATUTORY AMBIGUITY, JUDICIAL POWER AND AMERICAN DEMOCRACY, CUP, Cambridge, 2003., str. 290.

³⁹ **Lessig L.**, POST CONSTITUTIONALISM, Michigan Law Review, sv. 94, br. 6, 1996., str. 1424.

⁴⁰ Usp. **Manfredi C.**, THE CASE FOR VETTING THE SUPREMES; cit. pr. **Seeman N.**, TAKING JUDICIAL ACTIVISM SERIOUSLY, Fraser Forum, August 2003, str. 3., na: http://www.fraserinstitute.org/commerce.web/product_files/FraserForum_August2003.pdf

3.1. Recentne teorije o konfrontaciji ustavnodemokratske vizije i sudbenog nadzora i moguća rješenja

Pokazali smo da je središnja preokupacija suvremene ustavne teorije pojava koju je **A. Bickel** 1962. godine identificirao kao protuvećinsku poteškoću. Poteškoća je kako objasniti ulogu sudaca u kontroli i ukidanju zakona koje su u zakonodavnom tijelu usvojili demokratski izabrani predstavnici naroda. Bickelovim riječima:

“Kada Vrhovni sud proglašava zakonodavni akt ili radnju izabrane egzekutive neustavnim, on ovdje i sada onemogućava volju predstavnika naroda; on vrši kontrolu, ali ne u ime prevladavajuće većine, nego protiv nje”.⁴¹

Drugim riječima, ako je narod izvor političke vlasti (a tako određuje većina postojećih ustava), što onda zapravo rade suci kada odlučuju o tome mogu li predstavnici naroda u zakonodavnom tijelu donositi ovakav ili onakav zakon? Mnogi se slažu da sudovi pritom prekoračuju svoju ulogu, premda postoji neslaganje oko pitanja kada se to ustvari događa. Zadatak je moderne ustavnopravne teorije da pronade način kako sudbeni nadzor (tj. sudsku kontrolu ustavnosti zakona) pomiriti s vladavinom naroda, odnosno s voljom zakonodavnog tijela. O tom se pitanju možda najintenzivnije raspravlja u SAD, čiji je Vrhovni sud odavno predvodnik sudbenog nadzora i aktivističkog pristupa. Postoje dvije glavne teorije koje se konfrontiraju s Bickelovom “poteškoćom”. To su teorija ustavnog dualizma **B. Ackermana**, te teorija ustavnog populizma **L. D. Kramera**. Uz kratki pregled navedenih teorija, ovdje ćemo se osvrnuti i na doprinos **R. Hirschla** koji piše o “novom konstitucionalizmu”.

(i) Ustavni dualizam **B. Ackermana** i sudbeni nadzor. Teorija o ustavnom dualizmu **B. Ackermana** se temelji na uvjerenju da se američki konstitucionalizam sastoji od dva pravca.⁴² Prvi pravac predstavlja tekuću, normalnu politiku u kojoj su građani relativno neangažirani, pa se odlučivanje prepušta izabranim narodnim predstavnicima u zakonodavnom tijelu. Drugi pravac predstavlja ustavnu politiku, a tu se s vremena na vrijeme događa intenzivna mobilizacija građana; rezultat je stvaranje višeg prava, usvajanje novih načela temeljnog prava ustavnog statusa. To pravo zapravo ima status formalnih ustavnih amandmana o čemu govori članak V. Ustava SAD.⁴³

⁴¹ **Bickel A.**, op. cit., str. 16.-17.

⁴² Dualistička teorija **Brucea Ackermana** izložena je u dva rada: **Ackerman B.**, WE THE PEOPLE - FOUNDATIONS, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991., te **Ackerman B.**, WE THE PEOPLE - TRANSFORMATIONS, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998.

⁴³ Ustav SAD, Članak V. (1787.): “Kongres će, kad god dvije trećine oba doma budu smatrale nužnim, predložiti amandmane na ovaj Ustav, ili, na zahtjev zakonodavnih tijela dvije trećine svih država, sazvati ustavotvornu skupštinu radi predlaganja amandmana, koji će u oba slučaja biti valjanim za sve namjene i svrhe, kao dio ovog Ustava, kad ih odobre zakonodavna tijela tri četvrtine svih Država ili pak Ustavotvorne skupštine u tri četvrtine njih; s obzirom na to hoće li Kongres predložiti jedan ili drugi način potvrde; uz uvjet da nijedan amandman koji bi mogao biti donesen prije godine tisuću osamsto osme ni na koji način ne dira u Prvu i Četvrtu odredbu u Devetom odjeljku Prvog članka; i da nijednoj državi, bez njezine suglasnosti, neće biti uskraćeno pravo jednakog glasa u Senatu. USTAV SAD (preveo i uvodnu studiju napisao prof. dr. sc. B. Smerdel), PAN LIBER, Osijek, 1994.

Ackerman tvrdi da su se u Americi dogodila tri trenutka ustavne politike: trenutak utemeljenja Ustava SAD (*Founding*), trenutak rekonstrukcije (*Reconstruction*), te trenutak *New Deal*. U razdoblju normalne politike Vrhovni sud je, prema Ackermanu, "prezervacionistički" (*preservationist*).⁴⁴ Sud kontrolira zakonodavno tijelo tumačenjem i primjenom Ustava, a to je u skladu s voljom naroda izraženom u ranijim epizodama ustavne politike. Prema tome, sudbeni nadzor nije protudemokratska institucija, nego institucija koja čuva interese naroda i to sve dok se "*We, the People*" (Mi, Narod) ponovno ne angažira u ustavnoj politici.⁴⁵ Teorija ustavnog dualizma tako nudi sljedeće rješenje protuvećinske poteškoće: onemogućujući izabrane narodne predstavnike da zakonodavstveno djeluju preko granica svog mandata, Sud zapravo na pravi način čuva interese Naroda koje je on izrazio u prethodnim trenucima ustavne politike.⁴⁶

Kritičari Ackermanovog pristupa naglašavaju da se njime zapravo isključuje ogromna većina američke nacije. Naime, iz dualizma normalne i ustavne politike proizlazi da nijedan građanin rođen nakon 1936. godine (kada su se prema Ackermanu dogodili posljednji trenuci ustavne politike - *New Deal*) nije igrao nikakvu ulogu u američkom konstitucionalizmu. Isto vrijedi i za one američke građane koji su rođeni nakon prihvaćanja i utemeljenja američkog Ustava, te one koji su rođeni nakon Građanskog rata (1861.-1865.), a umrli prije 1936. godine. Jedini koji se mogu pozvati da su bili sudionici i da su djelovali kao dio Naroda bili su oni američki građani koji su dovoljno angažirano sudjelovali u nekom od tri ustavna trenutka.⁴⁷

Suci su međutim, prema dualistima, stalno angažirani u ustavnom projektu. Upravo njima pripada odgovornost da razumiju i primjene ustavne vrednote koje se pojavljuju u epizodama kada Narod stvara više (ustavno) pravo. Vrednovanjem i sintezom rezultata ustavne politike suci određuju hoće li se i kako "ustavna revolucija kodificirati u pojmovima Članka V. (Ustava SAD, op. P.B.)".⁴⁸ Ali tako se može i zaključiti, premda jednom ekstremno logičkom analizom, da su onda pravi revolucionari jedino suci, a ne građani (Narod). Takvim se razmišljanjem naime doista može doći do zaključka da je jedino sudbena vlast stvarno ovlaštena ispuniti zadaću širenja i nadograđivanja Ustava kako bi se ovaj uklopio u proces razvoja konkretne (američke) sredine.⁴⁹

⁴⁴ **Ackerman B.**, WE THE PEOPLE - FOUNDATIONS, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991., str. 109.

⁴⁵ Frazom "*We the People*" - "Mi narod", odnosno "Mi građani", započinje tekst Ustava SAD (1787.). Usp. Ustav SAD.

⁴⁶ **Ackerman B.**, WE THE PEOPLE - FOUNDATIONS, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991., str. 261.-262.

⁴⁷ Tako npr. **Justin Lipkin R.**, CONSTITUTIONAL REVOLUTIONS: PRAGMATISM AND THE ROLE OF JUDICIAL REVIEW IN AMERICAN CONSTITUTIONALISM, Duke University Press, Durham, 2000., str. 32.-76.

⁴⁸ **Ackerman B.**, WE THE PEOPLE-TRANSFORMATIONS, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998., str. 315.

⁴⁹ Usp. **Mazzone J.**, THE CREATION OF A CONSTITUTIONAL CULTURE, Tulsa Law Review, sv. 40, br. 4, 2005., str. 689.-690.

(ii) Popularni (narodni) konstitucionalizam L.D. Kramera i sudbeni nadzor. U knjizi "The People Themselves - Popular Constitutionalism and Judicial Review" (2004.),⁵⁰ koju je istaknuti američki konstitucionalist **Mark Tushnet** nazvao "najvažnijom knjigom ustavne teorije i povijesti jedne generacije",⁵¹ **Larry D. Kramer** zagovara aktivno sudjelovanje građana u ustavnom odlučivanju. Sljedbenici ove teorije tumače američku ustavnu povijest kao proces erozije narodne vlasti koji su prouzročili suci i političari udaljeni od naroda. Populistički komentatori, među kojima su pored L.D. Kramera najznačajniji **Akhil Amar** i **M. Tushnet**, zaokupljeni su potragom za najboljim načinom obnove političkog utjecaja običnih građana. **Akhil Amar** piše o pojavi koju naziva "pomak središta gravitacije", a koju su uzrokovali sami suci.⁵² Američki suci, posebno oni federalnih sudova, jednostavno su "izmjestili" građane koji su djelovali kao čuvari Ustava sudjelujući u porotama i drugim oblicima kontrole. Rješenje te situacije **A. Amar** i **Alan Hirsch** vide u obnovi i zaštiti različitih oblika narodne participacije, koja se danas zastuplja ili negira: pravo porotnika da tumače Ustav i ukidaju zakone; pravo svih građana da budu porotnici i vojnici; mogućnost građana da tuže zlostavljajuću vladu; pravo birača na plebiscitarno zakonodavstvo i promjenu Ustava putem nacionalnog referenduma.⁵³ Najradikalniji od svih je **Mark Tushnet** koji preporučuje da se Ustav "oduzme sudovima".⁵⁴

Larry D. Kramer smatra da će se u 21. stoljeću svijet podijeliti u dva različita područja: područje politike i područje prava. U politici vlada narod. Ali, narod ne vlada u pravu. Pravo je prepušteno obučenoj eliti sudaca i odvjetnika čiji je profesionalni zadatak implementacija formalnih političkih odluka. Prema modernom shvaćanju, Ustav je vrsta prava posebna jedino po tome što određuje granice političkog područja. Kao pravo, Ustav je također prepušten eliti. On je predmet najviše kontrole od strane Vrhovnog suda. Međutim, sadašnja situacija ne odgovara izvornoj koncepciji američkog konstitucionalizma niti najvećem dijelu američke povijesti. Američkim građanima je kroz povijest pripadala glavna uloga u implementiranju njihovog Ustava. Konačni interpretativni autoritet počiva u "samom narodu", pa su i sudovi kao i izabrani predstavnici podređeni odlukama naroda.

Istražujući razdoblja i razloge "prihvatanja", a zatim i "odbijanja" institucije sudbenog nadzora u američkoj povijesti, **L.D. Kramer** se opredjeljuje za sudbeni nadzor bez sudske supremacije (*judicial review without judicial supremacy*).

⁵⁰ **Kramer L.D.**, THE PEOPLE THEMSELVES - POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 364.

⁵¹ **Tushnet M.**, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1999.

⁵² **Amar A.**, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION, Yale University Press, 1998., str. 24.

⁵³ **Amar A. & Hirsch A.**, FOR THE PEOPLE: WHAT THE CONSTITUTION REALLY SAYS ABOUT YOUR RIGHTS, Free Press, New York, 1998., str. 3. et passim.

⁵⁴ **Tushnet M.**, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1999., str. 54-71.

Odgovarajući na retoričko pitanje kako zaustaviti suce, pisac ističe da:

“...Ustav SAD-a ostavlja prostor za nebrojene političke odgovore svojeglavom Sudu: suci se mogu kazneno procesuirati, proračun Suda se može smanjiti, Predsjednik može ignorirati njihove mandate, Kongres im može smanjiti ovlasti, ili im smanjiti opseg, ili im “spakirati” još novih sudaca, ili im dodati nove odgovornosti, ili im revidirati procedure. Sredstva su dostupna, a mogu se učinkovito iskoristiti u nuždi...”⁵⁵

Kramer je svjestan potencijalne koristi sudstva u shemi diobe vlasti i njegovih karakteristika na kojima počiva “visoki stupanj autoriteta koji se nema potrebu oslanjati na doktrinu supremacije”.⁵⁶ Zato zagovara sustav u kojemu će se institucija sudbenog nadzora temeljiti na sustavu “razgranate ili koordinirane konstrukcije”. U takvom sustavu više neće biti konstantnih sukoba između vlasti. Potencijalna mogućnost kažnjavanja “prekomjerno razigranog Suda” omogućava i pojavu nove ravnoteže: sud će postati svjestan rizika i moguće ranjivosti, te će “prilagoditi svoje ponašanje većoj osjetljivosti političkog vodstva drugih grana vlasti”.⁵⁷

Iako sve to neće donijeti velike promjene u svakodnevnom rješavanju predmeta, moguće je da dovede do promjene ponašanja sudaca i njihove koncepcije o sebi i svom djelovanju. Kramer zapravo traži sljedeće: suci Vrhovnog suda trebali bi imati odnos prema javnosti jednak onom kakav niži sudovi imaju prema Vrhovnom sudu. Oni su odgovorni za tumačenje ustava i to trebaju raditi najbolje što umiju, ali su pritom svjesni da iznad njih postoji viši autoritet koji može promijeniti njihovu odluku. Taj viši autoritet je za Vrhovni sud zapravo narod i to ne neki apstraktni “narod”, nego onaj koji je prije dvije stotine godina “nestao”. Iako je stvarna mogućnost da taj autoritet preokrene stvari možda neznatna, ipak:

“...stvoreni osjećaj odgovornosti bi, zajedno s prirodnom željom da se izbjegnju kontroverze i zaštititi institucija Suda, nužno promijenio dinamiku odlučivanja. To zapravo objašnjava kako je Vrhovni sud povijesno zagospodario svojim ovlastima čak i bez sudske supremacije, te zašto se kriza odvija samo onda kada jedan Sud, koji unatoč tome što mu se beskrajno vjeruje, zahtijeva supremaciju i gotovo uopće ne brine o tome kako na to gleda javnost”.⁵⁸

Kramerova interpretacija američke ustavne povijesti zapravo do krajnosti dovodi normativne zahtjeve popularnog konstitucionalizma (narodnog suvereniteta). Teorijom da narod može sam stvarati, tumačiti i primjenjivati Ustav, L.D. Kramer - smatraju neki - “više ‘buuu’ konačnom ustavnom autoritetu sudova, a kliče ‘živio’ populističkoj tradiciji koja ovlašćuje predsjednike da djeluju kao ‘narodni tribuni’, te uključuje čak i pravo mase na ustavno tumačenje...”⁵⁹

⁵⁵ Kramer L.D., op. cit., str. 249.

⁵⁶ Kramer L.D., op. cit., str. 252.

⁵⁷ Kramer L.D., op. cit., str. 253.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Alexander L. & Solum L.B., POPULAR? CONSTITUTIONALISM? - THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW by L.D. Kramer (Book Review), Harvard Law Review, sv. 118, br. 5, 2005., str. 1594.

Za razliku od Kramera, njegovi kritičari vjeruju da ne treba žaliti zbog "trijumfa sudske supremacije", koji se izjednačava s trijumfom vladavine prava. Vladavina prava omogućuje predvidljivost, izvjesnost i stabilnost. Time što se sucima daje mogućnost autoritativnog tumačenja ustava zapravo se služi vladavini prava i to na puno bolji način nego da se takva ovlast da samom narodu. Jer, vladavina mase može lako postati teror.⁶⁰

Ipak, poput dualizma i popularni konstitucionalizam se fiksira na aktivnosti naroda u formalnoj politici, ali pritom ne daje odgovor na važne i stvarne poteškoće koje su prvenstveno vezane uz "dugu tradiciju blažene ignorancije" koju veliki dio američke javnosti ima prema "ustavnom okviru".⁶¹ Politička participacija američkih građana je u silaznom trendu. Sve se više naglašava važnost onoga što se događa iza Ustava.

(iii) Novi konstitucionalizam R. Hirschla i instrumentalizacija sudova kao "najprosvjećenije grane vlasti". Uvjeren da su brojni problemi s kojima se suočavaju moderne ustavne demokracije vezani upravo uz tenzije između konstitucionalizma i demokracije, kanadski konstitucionalist **Ran Hirschl** u svojoj knjizi "Towards Juristocracy - The Origins and Consequences of the New Constitutionalism" (2004) izražava stajalište da u tom odnosu konstitucionalizam definitivno postaje dominantni partner. To izražava pojam novog konstitucionalizma, koji podrazumijeva "transformaciju odnosa između sudova i predstavničkih institucija, nakon što su u posljednjih nekoliko desetljeća deklaracije o pravima preplavile svijet".⁶² Za Hirschla proces konstitucionalizacije predstavlja reakciju političkih i ekonomskih elita na prijetnje demokracije da razbije ustaljenu društvenu hijerarhiju. Tako "konstitucionalizacija prava... nije refleksija izvorno progresivne revolucije u državi; ona je prije dokaz da su retoriku prava i sudbenog nadzora prisvojile ugrožene elite kako bi ojačale svoju poziciju u državi".⁶³

U Hirschlovoj komparativističkoj studiji možemo izdvojiti nekoliko važnih argumenata. Ta zapažanja nadilaze američki kontekst odnosa konstitucionalizma i demokracije koji smo do sada istraživali s uvjerenjem da su se upravo u njemu na najprikladniji način razvijale pretpostavke sudskog aktivizma. One su se međutim,

⁶⁰ **Alexander L. & Solum L.B.**, op. cit., str. 1629.

⁶¹ **Kammen M.**, A MACHINE THAT WOULD GO OF ITSELF: THE CONSTITUTION IN AMERICAN CULTURE, 1986.; cit. pr. **Mazzone J.**, op. cit., str. 692.

⁶² Tako **Hirschl R.**, TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Harvard University Press, Cambridge (MA) & London, 2004., str. 217., pozivajući se pritom na ideje R. Dworkina. Koristili smo i sljedeće radove: **Hirschl R.**, CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL REVIEW, AND PROGRESSIVE CHANGE: A REJOINER TO McCLAIN AND FLEMING, Texas Law Review, sv. 84, br. 2, 2005., str. 471.-507.; **Klabbers J.**, TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM by R. Hirschl (Book review), European Journal of International Law, sv. 16, br. 1, 2005., str. 160.-163.; **Perju V.**, TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Modern Law Review, sv. 68, br. 6, 2005., str. 1038.-1041.

⁶³ **Hirschl R.**, TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Harvard University Press, Cambridge (MA) & London, 2004., str. 12.

kao i sudski aktivizam, u međuvremenu pojavile i razvijale i u drugim sredinama. Upravo nas u to pokušava uvjeriti Hirschl:

1) Kraj 20. stoljeća svjedoči nevjerovatno ubrzanom tranziciji u juristokraciju. Od Kanade do Izraela i Europske unije, ustavna reforma je transferirala do tada nezabilježenu količinu ovlasti s predstavničkih institucija na sudstvo (bilo nacionalno ili nadnacionalno). Najveći broj država u kojima se događa takva ekspanzija sudbene vlasti nedavno je usvojio ustave ili je prošao kroz ustavne promjene koje su im donijele deklaracije o pravima i određeni oblik sudbenog nadzora. U tim se je državama (Kanada, UK, Novi Zeland, itd., uključujući i EU) otvorio dijalog o pravima koji je pun suprotnosti. Uvjerenje da su sudski afirmirana prava "samoostvarujuće snage društvene promjene" dobilo je nedodirljivo mjesto u javnim diskusijama. Najviši nacionalni sudovi i supranacionalni tribunali postali su gotovo najvažnija tijela političkog odlučivanja. Hirschl u svojoj knjizi tvrdi da taj globalni trend prema juristokraciji predstavlja najvažniji razvoj na planu ustavnog prava i politike na prijelazu iz 20. u 21. stoljeće.

2) Hirschlova sistematska analiza prakse sudačkog ponašanja prema pravima u četiri države (Izrael, Južna Afrika, Kanada, Novi Zeland) ukazuje na postojanje zajedničke tendencije usvajanja one koncepcije prava koja naglašava anti-etatističke aspekte ustavnih prava. Unatoč retoričkoj otvorenosti ustavnih deklaracija o pravima u Kanadi, Novom Zelandu, Izraelu i Južnoj Africi, najviši sudovi u tim državama nastoje kao cilj prava definirati zaštitu privatne sfere od uplitanja "kolektiva" (tj. države). U našem vremenu socijalnog i ekonomskog neoliberalizma, ustavna prava - ističe Hirschl - izgleda imaju ograničeni kapacitet prema unapređivanju socijalne pravednosti u područjima stanovanja, raspodjele prihoda, pristupa obrazovanju te okolinske zaštite, jer sva ta područja traže širu državnu intervenciju i promjenu prioriteta javne potrošnje.

3) Treći argument vezan je uz jedan od najvažnijih efekata jačanja sudstva putem konstitucionalizacije. To je transformacija najviših nacionalnih sudova širom svijeta u "glavna tijela političkog odlučivanja" i tome sukladna "judicijalizacija 'mega' politike".⁶⁴ Ustavni sudovi vodećih svjetskih demokracija dobili su široke ovlasti sudbenog nadzora. Stoga se sve češće izjašnjavaju o nizu temeljnih državnih i društvenih pitanja. Ta pojava je primjetna svugdje. Ona je stvarnost u SAD-u gdje sudovi već preko 200 godina imaju značajnu ulogu u političkom odlučivanju, ali i u mlađim i novim ustavnim demokracijama koje su tek nedavno izgradile mehanizme aktivnog sudbenog nadzora.

"Ipak, ekspanzija sudske sfere u određivanju političkih rezultata nije postala samo globalni fenomen; ona se je raširila i postala raznoliki i višestrani fenomen i na lokalnom planu. Preko jurisprudencije ustavnih prava ili sudske određivanja legislativnih granica između državnih tijela, taj fenomen se je znatno proširio preko sada 'standardnog' koncepta sudačkog političkog odlučivanja. Od post-autoritarne Latinske Amerike do post-komunističke Europe sudovi su postali konačno mjesto za rješavanje dilema političke vlasti

⁶⁴ Hirschl R., TOWARDS JURISTOCRACY - THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2004., str. 169.-170.

i kolektivnog identiteta. Samo u posljednjih nekoliko godina ustavne su sudove u preko dvadeset država pozivali da *impeachmentom* ili diskvalificirajućim sudovanjem odrede političku budućnost istaknutih političkih vođa. Pitanje rata u Čečeniji, državnog udara u Pakistanu koji je predvodio šef vojske general Musharraf, životnog standarda u Mađarskoj, mjesto Njemačke u Europskoj uniji - sva su ta pitanja rješavali sudovi. U tom smislu je i sudska borba preko predmeta *Bush v. Gore*, koja je odlučivala o sudbini američkog predsjedništva, predstavljala osebujni trenutak u recentnoj povijesti komparativne ustavne politike".⁶⁵

Primjeri koje navodi Hirschl ukazuju, međutim i na činjenicu da niti ustavni okvir koji pridonosi sudskom aktivizmu, niti nepopustljivi ustavni sud, nisu dovoljan uvjet za ekspanziju sudbene vlasti ili judicijalizaciju tzv. mega politike. Za Hirschla je "svakako potpuno nerealno pretpostavljati da su se temeljna politička pitanja kao što je spor oko prirode Kanade kao konfederacije s dva konstitutivna naroda ili nedoumice Izraela glede pitanja tko je Židov i statusa židovske i demokratske države, transferirala na sudove bez barem prešutne podrške zainteresiranih političkih snaga u tim državama".⁶⁶

4) Najznačajniji Hirschlov argument je sljedeći: konstitucionalizacija i njoj sukladna ekspanzija sudbene vlasti prije svega su politički, a ne pravni fenomeni. Ono najvažnije što objašnjava izvor konstitucionalizacije i jačanja sudstva su politički izbori i interesi. U tom je smislu institucija sudbenog nadzora u državama "novog konstitucionalizma" rezultat djelovanja hegemonih, ali ugroženih društvenopolitičkih grupa koje strahuju od gubitka svog utjecaja na vlast. Tim grupama, koje ostaju bez podrške naroda, jačanje sudstva osigurava efikasna rješenja za obranu vlastitih političkih ciljeva. Zato hegemonističke elite i njihovi politički predstavnici rado sudovima delegiraju ovlasti. Najčešće se to čini u sljedećim situacijama: (1) kada elite uvide da proces većinskog odlučivanja postaje strateška smetnja ili kad njihovi pogledi na svijet i političke preferencije postaju osjetljivi na izazove; (2) kada sudstvo zbog svog poštenja, profesionalizma i nepristranosti uživa veći ugled od političkog režima u državi; (3) kada društvenopolitičke elite koje sudovima delegiraju ovlasti imaju opću kontrolu nad pravnim obrazovanjem i imenovanjem sudaca; (4) kada sudovi nastoje suditi u skladu sa sekularnim ideološkim i kulturnim sklonostima.

Hirschl nadalje tvrdi da konstitucionalizaciju i uspostavu sudbenog nadzora ne potiče samo ili primarno sklonost političara prema naprednim pojmovima socijalne pravde ili prema uzvišenoj viziji općih prava. Njih potiču i pokušaji da se ostvari socijalni i politički status quo, ili blokada svih onih postupaka koji su prijatna tom statusu. U svakom slučaju, "politička sfera otvorena sudskom aktivizmu postaje (ako već i nije postala) ključna determinanta konstitucionalizacije i sudskog aktivizma".⁶⁷

⁶⁵ Hirschl R., CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL REVIEW, AND PROGRESSIVE CHANGE: A REJOINER TO McCLAIN AND FLEMING, Texas Law Review, sv. 84, br. 2, 2005., str. 476.

⁶⁶ Ibid., str. 477.

⁶⁷ Ibid., str. 479.

Hirschlovo istraživanje juristokracije pokazuje da sudbeni nadzor nije "pao s neba":

"On je politički konstruiran. Postojanje aktivnog, nepopustljivog ustavnog suda je nužni, ali ne i dovoljan uvjet za konstitucionalizaciju, ustrajni sudski aktivizam i judicijalizaciju mega-politike. Na isti način pro-konstitucionalističko stajalište grupa koje traže jednakost ne može po sebi doprinijeti... jačanju sudstva kroz konstitucionalizaciju. Sudska se supremacija ne može dogoditi, a još manje podnositi, bez (prešutne ili izričite) podrške utjecajnih nositelja političke vlasti. Politička sfera pogodna za konstitucionalizaciju i sudski aktivizam je jednako toliko značajna za njihovu pojavu i održanje koliko i doprinos sudova i sudaca".⁶⁸

Tako Hirschl kroz komparativistički pogled u političke izvore recentnih "ustavnih revolucija" u Kanadi, Izraelu, Novom Zelandu i Južnoj Africi dokazuje da se taj trend konstitucionalizacije teško može objasniti kao odanost političara prema demokraciji, socijalnoj pravdi ili univerzalnim pravima čovjeka. Taj je trend, prema Hirschlu, zapravo proizvod strateške međugre između vladajućih, ali ugroženih političkih elita, ekonomskih moćnika i sudačkih lidera. Zato takva "samointeresna tripartitna koalicija determinira vrijeme, granice i prirodu ustavnih reformi".⁶⁹

3.2. Sudski aktivizam u suvremenoj ustavnoj demokraciji

U dosadašnjem dijelu rada nastojali smo prikazati izvore te razvoj teorije i prakse ustavne demokracije, a posebno razvoj supremacije parlamenta, odnosno parlamentarnog suvereniteta. Tražeći kontekst koji pogoduje razvoju sudskog aktivizma posebno smo istraživali odnos zakonodavne i sudbene vlasti. Pokazalo se je da su teorija i praksa diobe vlasti, usporedno s razvojem parlamentarnog suvereniteta, uglavnom jačale deklaratorni aspekt sudske funkcije. Taj aspekt još je u 17. stoljeću precizno formulirao **Francis Bacon** (1561.-1626.):

"...suci moraju imati na umu da je njihova dužnost *ius dicere*, a ne *ius dare*: tumačiti pravo, a ne ga stvarati ili davati. Inače, njihova bi vlast bila kao ona koju sebi prisvaja rimska crkva, koja se pod izgovorom da tumači Sveto pismo ne ustručava dodavati i mijenjati, i proglašavati ono čega nema, i da pod izgovorom staroga uvodi novo... neka suci pamte da su lavovi pridržavali Solomonovo prijestolje, s obje strane; neka i oni budu lavovi, ali lavovi ispod prijestolja, te paze da se ne suprostavljaju pravima suvereniteta".⁷⁰

Iako je narodni suverenitet s revolucionarnom doktrinom diobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu transformirao načelo monarhijskog suvereniteta, doktrina o sucima koji primjenjuju, a ne stvaraju pravo, dugo je ostala netaknuta.

⁶⁸ Ibid., str. 482.

⁶⁹ **Hirschl R.**, THE POLITICAL ORIGINS OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, Indiana Journal of Global Legal Studies, sv. 11, br. 1, 2004., str. 71.

⁷⁰ **Bacon F.**, OF JUDICATURE, THE ESSAYS OR COUNSELS CIVIL AND MORAL, THE NEW ATLANTIS, APOPHTHEGMS; ESEJI ILI SAVJETI POLITIČKI I MORALNI, NOVA ATLANTIDA, APOFTEGME (prijevod B. Nedić), Kultura, Beograd, 1967., str. 184.-5.

U Europi je tome pridonio pravni pozitivizam **J. Benthama**, **A.V. Diceya** i **J. Austina**, prema kojem se pravo nalazi isključivo u ustavnim, zakonskim i drugim pravilima. Suci su deklarirali ono što je od njih zahtijevala pravna odredba; njihova funkcija uključuje samo analizu i primjenu. Temeljni kanon sudske funkcije je Baconovo načelo o "nesuprostavljanju pravima suvereniteta".

Razvoj ustavnodemokratske države je ipak stalno otvarao nove mogućnosti za sudbenu vlast, odnosno za širenje njene funkcije. Vidjeli smo da je američko ustavno pravo s težom o supremaciji ustava, a ne zakonodavnog tijela, te s institucijom sudbenog nadzora kojom se omogućavala kontrola zakona, početkom 19. stoljeća stvorilo mogućnosti za kreativniju sudbenu vlast. Upravo je afirmacija sudbenog nadzora u SAD-u omogućila definiciju sudske aktivizma koja se fokusira na odnos između sudbenog nadzora i tumačenja Ustava.⁷¹ Zato **T. Koopmans** s pravom zaključuje da je "opis sudske ponašanja u pojmovima 'aktivizam' protiv 'ograničenja' također američki izum".⁷²

Prema jednoj recentnoj tezi, iz 21. stoljeća više nema povratka u svijet u kojem "suci ne stvaraju pravo", u svijet koji je "naglašeno legalistički". Takav svijet "striktnog i potpunog legalizma" više nije moguć, a nije ni poželjan. Autor ove teze je **M. Kirby**, inače sudac australskog Vrhovnog suda.⁷³ Iako on aktualne odnose između sudova i političkih institucija tumači iz perspektive *common lawa*, njegove primjedbe imaju generalnu vrijednost. Prema tome, u povijesnom razvoju ustavnopravnih institucija stvaraju se novi, drugačiji odnosi i pojavljuju se nove mogućnosti. Na taj se način, smatra **A. Bickel**, zapravo izražava "posebna prilagodba... između autoritarnog sudovanja i demokratske prakse".⁷⁴ Sudstvo se razvija i prilagođava sukladno uvjetima i potrebama društva u razvoju. Imajući na umu da je pojava kontrole ustavnosti zakona (sudbenog nadzora) izazvala i njena ograničenja,⁷⁵ mi ćemo ipak pažnju posvetiti sudske aktivizmu i njegovoj vezi s ponašanjem sudbene vlasti i sudaca.

⁷¹ Usp. **Wolfe C.**, JUDICIAL ACTIVISM - BULWARK OF FREEDOM OR PRECARIOUS SECURITY?, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham - Oxford, 1997., str. 1.

⁷² **Koopmans T.**, COURTS AND POLITICAL INSTITUTIONS - A COMPARATIVE VIEW, CUP, Cambridge, 2003., str. 51.

⁷³ **Kirby M.**, JUDICIAL ACTIVISM - AUTHORITY, PRINCIPLE AND POLICY IN THE JUDICIAL METHOD, Sweet & Maxwell, London, 2004., str. 10.

⁷⁴ **Bickel A.**, op. cit., str. 244.

⁷⁵ Prema **T. Koopmansu** granice sudbenom nadzoru postavljaju politička pitanja, protuvećinska poteškoća, pitanje diskrecije i metode tumačenja. Navodimo ukratko: (1) **doktrina o političkim pitanjima** - sudovi odbijaju istraživati slučaj jer suci smatraju da se ne smiju baviti političkim institucijama, odnosno da politički proces treba biti slobodan od sudske nadgledanja; (2) **problem protuvećinske poteškoće** se odnosi na pitanje koliko se daleko sudske odlučivanje smije odmaknuti od onoga što većinski dio stanovništva smatra ispravnim; (3) **pitanje diskrecije** ukazuje da priroda određenih pitanja isključuje svaku sudske kontrolu, ne zato što su pitanja previše politička da ih sudstvo ne bi moglo riješiti, nego zato što ih sudovi zapravo uopće ne bi trebali rješavati; (4) **metode tumačenja** - kao aktivnost davanja značenja pravnom tekstu, tumačenje je racionalan te zato i složen postupak, pa se izbor najprikladnijeg sustava tumačenja kao rješenje odnosa između teksta (*verba*) i konteksta (*voluntas*) smatra jednim od najsloženijih postupaka u pravu. Usp. **Koopmans T.**, op. cit., str. 98.-123.

(i) Položaj i uloga sudbene vlasti u demokraciji. Najvažnije obilježje suvremene države je njen demokratski karakter. Demokracija još od 18. stoljeća počiva na teoriji o diobi vlasti kao "kralježnici ustavnopravnog sustava", unatoč pozivima na uspostavu neke "nove diobe vlasti".⁷⁶ Moderno shvaćanje diobe vlasti temelji se na tripartizmu (trodiobi) u kojemu se položaj i uloga svake od tri vlasti temelji na ustavu. Odnosi među vlastima su recipročni - svaka vlast kontrolira i provjerava onu drugu. Međutim, upravo se u kontekstu "kontrola i provjera" (*checks and balances*) ističe uloga sudbene vlasti koja kontrolira zakonodavnu i izvršnu vlast. Štoviše, postoje teze da baš suci štite diobu vlasti.⁷⁷ To sve više postaje stvarnost i u tradicionalnim parlamentarnim sustavima, za koje je inače bilo karakteristično stanje da:

"...sudske odluke nisu 'pogađale' parlament, ali su mogle utjecati na djelovanje izvršne grane vlasti. U razdoblju nakon Drugog svjetskog rata pojavio se novi trend koji pokazuje da politika više nije zadovoljna s tradicionalnom ulogom sudstva u smislu obične primjene zakona. Odvajajući se od Montesquieovog učenja, prema kojemu su suci usta zakona i koji suce postavlja na nižu razinu od zakonodavaca, različiti oblici kontrole ustavnosti zakona počeli su dovoditi u pitanje supremaciju parlamenta. Suci putem presedana stvaraju pravo, iako se nastoje od toga suzdržavati. Osim toga, suci danas imaju značajan utjecaj na zakonodavne trendove i na značenje ustava".⁷⁸

Postojanje različitih grana državnih vlasti, odnosno njihove različite uloge, uzrokuju i stalnu napetost među vlastima. Budući da je uloga sudbene grane vlasti nadzor nad djelovanjem drugih, političkih grana vlasti i procjena zakonitosti njihovog djelovanja, ona je izložena njihovoj kritici. To posebno dolazi do izražaja ukoliko sudstvo svojim odlukama frustrira druge grane vlasti, odnosno ako "ugrožava političke ciljeve kojima one teže".⁷⁹

Raspravljajući o sukobima između sudstva i drugih grana vlasti, izraelski sudac i pravni pisac **A. Barak** zaključuje da njihov intenzitet dijelom proizlazi iz ponašanja društva i sudstva prema samoj državi. To ponašanje je pak refleksija povijesti zajednice i načina na koji je ona formulirala svoj nacionalni identitet. Barak identificira tri osnovna modela društvenih odnosa (*primary societal models*). Prvi model je onaj u kojem društvo na državu gleda sa sumnjom. U državi se prvenstveno vidi sila koja ugrožava pojedinca, a manje suverena vlast koja štiti pojedinca i njegovu slobodu. Ustav i prava čovjeka ograničavaju državu, pa su njeni dijelovi (posebno sudovi u odnosu prema drugim granama vlasti) "gotovo

⁷⁶ Usp. **Ackerman B.**, THE NEW SEPARATION OF POWERS, Harvard Law Review, sv. 113, br. 3, 2000., str. 642.-725.; **Sajó A.**, DANGEROUS LIAISONS: CHECKS AND BALANCES AND THE SEPARATION OF POWERS (Ch. 3), u: LIMITING GOVERNMENT – AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONALISM, CEU PRESS, Budimpešta, 1999., str. 69.-102.

⁷⁷ Tako **Barak A.**, THE JUDGE IN A DEMOCRACY, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2006., str. 45. Usp. **Stevens R.**, A LOSS OF INNOCENCE? JUDICIAL INDEPENDENCE AND THE SEPARATION OF POWERS, Oxford Journal of Legal Studies, sv. 19, br. 3, Autumn 1999., str. 365.-402.

⁷⁸ **Sajó A.**, op. cit., str. 95.

⁷⁹ Usp. **Barak A.**, THE JUDGE IN A DEMOCRACY, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2006., str. 213. et passim.

prirodno u tenziji". Krizu odnosa olakšava i spriječava politička kultura te granice obnašanja vlasti, a jedna od njih je i sudbena vlast. Drugi je model onaj koji u državi, koju predstavljaju zakonodavna i izvršna grana vlasti, vidi ostvarenje nacionalnih težnji. Tu postoji minimalna tenzija između sudstva i drugih grana vlasti. Sudstvo jednostavno djeluje kao javna institucija koja predstavlja državu, a svoju svrhu vidi u stvaranju mogućnosti da država ispuni svoje nacionalne ciljeve i težnje. Treći model u državi vidi izvor dobra i zla. Intenzitet napetosti između sudbene i drugih grana vlasti u takvom društvu ovisi o ravnoteži između državnih radnji koje pogoduju ili štete pojedincu.⁸⁰

Uvažavajući različite modele, kao i različite uloge koje u ustavnoj demokraciji imaju zakonodavna, izvršna i sudbena vlast, slažemo se sa shvaćanjem da svaka od ovih vlasti mora obavljati svoju ulogu s dubokim poštovanjem prema drugim vlastima. Vlasti jedna drugoj nisu neprijatelji, jer su sve one zajedno angažirane na ostvarivanju ustavne demokracije i vladavine prava. Međutim, uvažavanje ustavne demokracije zahtijeva ujedno i priznavanje sljedeće činjenice: temelj demokracije čini predstavničko tijelo koje slobodno izabire narod, a bez vladavine većine koja se ogleda u ovlastima zakonodavnog tijela nema demokracije. Zbog toga prihvaćamo Barakovo stajalište da je prva svrha vladavine prava i diobe vlasti da "osiguravaju da sve grane državne vlasti djeluju unutar ustava i zakona. Jedino se tako može izgraditi javno povjerenje u parlament; jedino tako možemo sačuvati dignitet zakonodavstva".⁸¹

Navedeno stajalište podrazumijeva i da, osim tenzija, između grana vlasti postoji i dijalog. Posebno je značajan dijalog između zakonodavne i sudbene vlasti. On bi se trebao odvijati na način da svaka grana vlasti ostvaruje svoju ulogu. Ako je glavna uloga zakonodavne vlasti da donosi zakone, onda je glavni zadatak sudbene vlasti ustavna kontrola njihove zakonitosti te tumačenje njihovog značenja. Takav dijalog svakako koristi demokraciji. Slično se može zaključiti za odnos između sudbene i izvršne vlasti.

Postoje različiti modeli diobe vlasti (parlamentarni, predsjednički), no imperativ demokratskog društva uvijek je ostvarenje vladavine prava. U tome veliku ulogu imaju sudovi i suci, koji moraju: "zaštititi bogatstvo koncepta vladavine prava. Takva percepcija vladavine prava ima praktične implikacije s obzirom na metode koje su sucima dostupne za realizaciju njihove uloge i za njihov odnos prema drugim granama vlasti".⁸²

⁸⁰ Ibid., str. 217. et passim.

⁸¹ Barak A., op. cit., str. 226.

⁸² Barak A., op. cit., str. 56. Barak navodi da se dioba vlasti u demokratskom društvu čuva i štiti na više načina: (1.) Zakonodavno i administrativno djelovanje koje narušava načelo diobe vlasti je neustavno te se može proglasiti nevaljanim (primjerice, ako parlament usvoji zakon koji određuje da odluku o njegovoj ustavnosti donosi sam parlament, a ne sudovi); (2.) Pretpostavlja se da zakoni potvrđuju, a ne da krše diobu vlasti. Ako zakon sadrži odredbu koja negira ili ograničava diobu vlasti, sud to mora potvrditi svojom odlukom; (3.) Sudovi kojima je dodijeljena određena nadležnost, imaju i dužnost da je obnašaju. Sud koji izbjegava obnašanje svojih nadležnosti krši diobu vlasti; (4.) Načelo diobe vlasti daje sudovima ovlast obvezujućeg tumačenja ustava i zakona. Tako konačna riječ u tumačenju ustava i zakona pripada sudovima. Ibid., str. 45.-49.

Sud ima važnu ulogu u prevladavanju raskoraka koji postoji između prava i društva, te u zaštiti temeljnih vrednota suvremene demokracije, među kojima zaštiti prava čovjeka pripada posebno mjesto. Suci su glavni kreatori u *common law* sistemima; njihova uloga u tumačenju ustava i zakona, te u kontroli ustavnosti zakona (sudbenom nadzoru) je iznimna. Ta kreativna uloga suca u *common law-u* je činjenica koju se teško može osporiti. Upravo su suci stvorili i razvili temeljne vrednote na kojima počiva to pravo. Pritom su morali biti posebno pažljivi u odnosu prema ovlastima zakonodavnog tijela, ali i odlučni u svojoj obrani legitimnosti kontrole ustavnosti zakona. U razmatranjima o odnosima među vlastima i njihovom značaju za razvoj demokracije **A. Barak** zaključuje da je demokracija:

“...delikatna ravnoteža između vladavine većine i temeljnih vrednota društva koje vode većinu. (...) Kada većina uskraćuje manjini njihova prava, tada šteti demokraciji... Kada suci tumače odredbe Ustava i ukidaju štetne zakone, oni oživljavaju temeljne društvene vrednote koje su se razvijale tijekom povijesti tog društva. Na taj način oni štite ustavnu demokraciju i održavaju delikatnu ravnotežu na kojoj se ona temelji. Izmjestite li vladavinu većine iz ustavne demokracije oštetili ste njenu bit. Izmjestite li vladavinu temeljnih vrednota iz ustavne demokracije narušili ste samu njenu egzistenciju. Kontrola ustavnosti zakona (*judicial review of the constitutionality of statutes*) dopušta društvu da bude iskreno prema sebi i da respektira svoje temeljne postavke. To je osnova materijalne legitimnosti sudbenog nadzora... Preko sudbenog nadzora vjerni smo temeljnim vrednotama koje smo sebi nametnuli u prošlosti, koje reflektiraju srž naše sadašnjosti, i koje će nas voditi kao društvo u budućem nacionalnom razvoju”⁸³

U tom smislu moguć je i logičan zaključak da se sud i suci ne bore za osobnu poziciju i svoje ovlasti, nego su njihovi naponi usmjereni prema zaštiti ustava i njegovih vrednota. Zato **R. Dworkin** i zaključuje da su “sudovi stupovi carstva prava, a suci njegovi prinčevi...”⁸⁴ No, nas u ovom radu prvenstveno zanima odnos između vladavine većine i protuvećinskog argumenta, odnosno mogućnost sudbene vlasti da intervenira u demokratski proces. Stoga moramo pronaći odgovor na nekoliko pitanja glede sudskog aktivizma: Je li sudski aktivizam uopće legitiman? Što ga opravdava u okviru funkcije sudbene grane vlasti?⁸⁵ Je li sudski aktivizam sastavni dio prirode sudskog procesa ili je riječ o svojevrsnoj ekscentričnosti sudaca u obavljanju njihove funkcije?

(ii) Sudski aktivizam u ustavnodemokratskoj državi. Rasprava o sudskom aktivizmu je jedna od najzanimljivijih tema suvremene ustavnopravne teorije i prakse. Za jedne je tema o sudskom aktivizmu mit,⁸⁶ za druge je ona

⁸³ **Barak A.**, op. cit., str. 93.

⁸⁴ **Dworkin R.**, LAW'S EMPIRE, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1985., str. 407.

⁸⁵ Usp. **Cardozo B.**, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS, New Haven, 1921., str. 173.

⁸⁶ **Roosevelt III K.**, THE MYTH OF JUDICIAL ACTIVISM - MAKING SENSE OF SUPREME COURT DECISIONS, Yale University Press, 2006; **Sandefur T.**, THE WOLVES AND THE SHEEP OF CONSTITUTIONAL LAW: A REVIEW ESSAY ON KERMIT ROOSEVELT'S - THE MYTH OF JUDICIAL ACTIVISM, Program for Judicial Awareness, Working Paper 06-004, SSRN Electronic Paper Collection, na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=954029

ugrađena u same temelje ustavne revolucije u pojedinim zemljama,⁸⁷ za treće predstavlja "srž sudbene metode *common law-a*",⁸⁸ za četvrte "izraz kreativne uloge sudskog zakonodavstva",⁸⁹ za neke tek obično "razvlačenje palubnih ležaljki na Titaniku",⁹⁰ itd. U svakom slučaju, popularnost rasprave o sudskom aktivizmu u komparativnom ustavnom pravu pokazuje da nije riječ samo o "semantičkom kontrapunktu Bickelovim vrlinama pasivizma", niti o običnom "retoričkom manevru" kojega glede tumačenja i primjene prava koriste jedni za optužbe protiv drugih.⁹¹ Na samom početku ovog rada naznačili smo naše stajalište: u slučaju sudskog aktivizma riječ je o važnom pitanju koje se tiče odnosa prava i politike, ustavnog prava i rasprave o diobi vlasti, odnosa sudbene prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti, sudaca i sudskog procesa te načina njihovog odlučivanja. To potvrđuje i komparativni pregled suvremenih ustavnih demokracija, koji ćemo izložiti u sljedećim dijelovima rada. No, prvo želimo definirati sudski aktivizam.

Različiti su pristupi definiranju sudskog aktivizma. Prvi pristup polazi od stajališta da je sudski aktivizam kao oblik djelovanja sudaca tek pojačan pojavom i afirmacijom sudbenog nadzora, a inače je vezan uz odnos tumačenja i stvaranja propisa. Taj "esencijalistički" pristup pojavio se pod okriljem *common law-a*. Drugi pristup naglašava međusobne veze između prava i politike. Tako pri tumačenju, na kojemu sudbeni nadzor i počiva, dolazi do određenog političkog izbora između više pravnih načela koja se reflektiraju u različitim mogućim interpretacijama općenitih ustavnih fraza.

1.) Prvi pristup polazi od toga da je svaka ozbiljna rasprava o sudskom aktivizmu (pa tako i samoograničenju) znatno otežana bez postojanja teorije o dozvoljenim granicama sudačkog stvaranja prava (*lawmaking*). Na primjedbe kako bi suci trebali samo "primjenjivati", a ne i "stvarati" pravo, zagovornici ovog shvaćanja odgovaraju protupitanjem o prirodi prava: "Može li se ono izraziti bez ljudskog posrednika koji je prisiljen riječima utvrditi ideje koje su često puta dvosmislene ili neizvjesne, pa zato i uvjetuju proces izbora?"⁹²

U sklopu ovog pristupa ukazujemo na teoriju o sudskom aktivizmu australskog autora **Michaela Kirbya** (1939.), koja povezuje teoriju i praksu *common law-a* i pisanog ustava, što joj proširuje primjenjivost.⁹³

⁸⁷ **Balkin J.M. & Levinson S.**, UNDERSTANDING THE CONSTITUTIONAL REVOLUTION, Virginia Law Review, sv. 87, br. 6, 2001., str. 1062-63.

⁸⁸ **Kirby M.**, JUDICIAL ACTIVISM – AUTHORITY, PRINCIPLE AND POLICY IN THE JUDICIAL METHOD, Sweet & Maxwell, London, 2004., str. 43.

⁸⁹ **MacCormick N.**, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY, Clarendon Press, Oxford, 1978., str. 128.

⁹⁰ **Hammond K.J.**, JUDICIAL INTERVENTION IN A TWENTY-FIRST CENTURY REPUBLIC: SHUFFLING DECK CHAIRS ON THE TITANIC?, Indiana Law Journal, sv. 74, br. 2, 1999., str. 653.-710.

⁹¹ **Brown R.L.**, ACTIVISM IS NOT A FOUR-LETTER WORD, University of Colorado Law Review, sv. 73, br. 4, 2002., str. 1257.-1258.

⁹² **Kirby M.**, JUDICIAL ACTIVISM – AUTHORITY, PRINCIPLE AND POLICY IN THE JUDICIAL METHOD, Sweet & Maxwell, London, 2004., str. 65.

⁹³ **M. Kirby** (1939.) jedan je od najistaknutijih suvremenih australskih sudaca. Karijeru je započeo kao predsjedatelj Komisije za pravnu reformu (1984.), zatim je radio kao sudac Federalnog suda,

Kirby polazi od sljedećeg: da bi pravna pravila bila obvezujuća, ona u svakom društvu moraju imati legitimitet u nekom ustavnom izvoru. U najvećem broju modernih država taj je izvor pisani dokument - to je ili ustav ili neki drugi važni pisani dokumenti. Pritom činjenica da su u nekim državama (poput Ujedinjenog Kraljevstva) izvori ustavnog prava brojniji i složeniji, ne proturječi potrebi da se takva obvezujuća pravila identificiraju. Takva pravila u *common law* sistemima postoje i u prijašnjim odlukama visokih sudova i to kao pojmovi koji su nužni kao podrška pravnim pravoricima obvezujućima za stranke. Tako se među pravnim pravilima izraženim u ustavnim dokumentima, zakonima i podzakonskim propisima, može pojaviti i pravilo oblikovano u konkretnom sporu ako postane presedan, a koje će dalje primjenjivati niži ili po rangu jednaki sudovi, u slučajevima koji su isti ili slični. Zato se, tvrdi Kirby, u “naivnom” pristupu ustavnoj diobi vlasti ponekad ističe da bi suci trebali izbjegavati stvaranje propisa. Stvaranje propisa trebalo bi naime ostaviti parlamentu, jer neizabrani suci ionako ne mogu nikada uživati demokratski legitimitet parlamenta. Ipak, stvarnost je potpuno drugačija:

“U stvarnosti, u parlamentima koji su stvoreni prema Westminsterском modelu zakonodavci su nakon izbora egzekutive često stvarno podčinjeni njenoj vlasti. U našem složenom društvu egzekutiva je istovremeno često veoma ovisna o neizabranim dužnosnicima. Sudstvo tu igra ulogu posrednika. Ona uključuje izražavanje novih pravila *common lawa* za nove okolnosti koje su ostavljene otvorene zahvaljujući prazninama u pisanom pravu”.⁹⁴

Unutar ustavnih ograničenja parlament ima punu slobodu stvaranja zakona. Sudstvo međutim, za razliku od parlamenta, nema toliko slobode. Sudac mora djelovati unutar “kompliciranog svijeta pravila” koja su uglavnom stvorili drugi. U tom je smislu sudska funkcija uvijek vezana uz pravilo ili pravno načelo. Postojanje ogromnog broja pisanih i nepisanih pravila danas ograničava slobodu sudske akcije više nego ranije. S druge strane, “ubacivanje” pojmova temeljnih ljudskih prava uključilo je u *common law* sustave novi i legitimni poticaj kreativnosti pri sudskom stvaranju pravila. Bez obzira na svoje mjesto u hijerarhiji, suci su u

Žalbenog suda New Walesa, a danas je vjerovatno najistaknutiji među sedmoricom sudaca Vrhovnog suda Australije (High Court of Australia). Kirby je bio predsjednik Međunarodnog udruženja pravnika te istaknuti dužnosnik u različitim tijelima Ujedinjenih naroda. Njegovo predavanje o sudskom aktivizmu, održano u sklopu serije Hamlyn predavanja 2003. godine u Londonu, objavljeno je u poznatoj seriji “*The Hamlyn Lectures*” pod naslovom JUDICIAL ACTIVISM – AUTHORITY, PRINCIPLE AND POLICY IN THE JUDICIAL METHOD, Sweet & Maxwell, London, 2004., iz kojeg prikazujemo osnovne argumente u prilog sudskog aktivizma. Usp. još i Kirby M., JUDICIAL ACTIVISM: POWER WITHOUT RESPONSIBILITY? NO, APPROPRIATE ACTIVISM CONFORMING TO DUTY, Melbourne University Law Review, sv. 30, br. 2, 2006.; Kirby M., COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM - AN AUSTRALIAN PERSPECTIVE, Constitutionalism in the Middle East, University of Chicago - The Center for Comparative Constitutionalism, January, Vol. 23-25, 2004.; Kirby M., TRANSNATIONAL JUDICIAL DIALOGUE: STRENGTHENING NETWORKS AND MECHANISMS FOR JUDICIAL CONSULTATION AND COOPERATION - TO JUDGE IS TO LEARN; Harvard Law School, December 2006., na: http://www.hcourt.gov.au/speeches/kirbyj/kirbyj_2dec06.pdf;

⁹⁴ Kirby M., op. cit., str. 65.

sustavu *common law-a* svjesni "superiornog prava parlamenta i njegove posebne legitimnosti da stvara zakone unutar svojih ustavnih nadležnosti".⁹⁵

Iskustvo i potrebe međutim pokazuju i traže da suci igraju vitalnu ulogu u stvaranju prava (*making law*). Dogma "strogog i potpunog legalizma", kojega M. Kirby naziva "starim testamentom" pravne metodologije, nije realna. Nastupilo je doba "pravne Reformacije" koje priznaje poštenje i integritet sudaca te sudsku kreativnost u izgradnji *common law-a*. Put i metodologiju njegovih sudaca nije oblikovala samo "logika, već i iskustvo" (**O.W. Holmes**). Zato je to pravo "proizvod" prosudbi i kreativnog mišljenja sudaca kao nezamjenjivog dijela njihove tehnike. Upravo zato aktivizam sudaca čini samu srž pravne metode *common lawa*.⁹⁶

Najveći dio posla suvremenih *common law* sudaca sastoji se od tumačenja pravnog jezika, uključujući pisane ustave (tamo gdje postoje) te dokumente o ljudskim pravima koji su uključeni u domaće pravo. Ti se dokumenti moraju otkriti i objasniti u svakom posebnom slučaju. Premda u povijesti ovog tumačenja ima mnogo "sjena i varijanti" glede mjere sudačke slobode, ono što je bitno jest osjetljivost sudaca za ciljeve zakonodavca i njegovu konstrukciju. Omogućujući efekt ciljevima zakonodavca, sudac danas zakonsku zapovijed promatra kroz perspektivu ljudskih prava. Uloga suca je primijeniti zakon pravedno kako bi se izbjegla diskriminacija suprotna suvremenom poimanju ljudskog dostojanstva. U takvom tumačenju odbacuje se pristup "uske pravne logike" kao neadekvatan.⁹⁷

Tumačenje ustava dodatno proširuje pitanje slobode suca i njegovog izbora. Suci koji "žive u stvarnom svijetu" nužno se susreću s pitanjem tumačenja i otkrivanja pravog značenja ustavnog teksta. Oni ne mogu pobjeći od tumačenja starih načela u odnosu na novu okolinu, činjenice i vrijeme. Pravo treba shvaćati kao sredstvo ostvarivanja društvenih potreba.⁹⁸

Kirbyevi pogledi na tradiciju i suvremenost *common lawa* sukladni su onim pogledima koji u pravnoj tradiciji Velike Britanije, Australije i SAD-a vide stalno kretanje i prilagođavanje prava promjenjivim okolnostima i različitim

⁹⁵ U tom sustavu se ne smatra "normalnim" da se važna ili kontroverzna politička pitanja koja otvaraju složeni mozaik detalja, legalno mijenjaju putem tehnika elaboracije *common lawa*. Usp. **Kirby M.**, op. cit., str. 66. et passim

⁹⁶ Kirby naime tvrdi da su se i *common law* i načela *equitya* pojavili su se upravo iz sudske aktivnosti, te da stoga: "...središnje pitanje sudskog aktivizma nisu osobne preferencije i predrasude sudaca... nego istinsko i 'svjesno istraživanje' uvijek kada se postojeći legalni autoritet pokaže neadekvatnim glede 'stvarnih temelja njihovih dispozicija'. Bez otkrivanja temelja pravnog načela i legalne politike suci će biti ne samo manje poštenji, nego i još manje uvjerljivi. Razlozi će javnosti i drugim pravnicima biti još opskurniji, jer su relevantni zahtjevi prikriveni pretencioznošću pravnog formalizma". Usp. **Kirby M.**, op. cit., str. 28. et passim

⁹⁷ **Sunstein C.R. & Vermeule A.**, INTERPRETATION AND INSTITUTIONS, University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper, Public Law and Legal Theory WPS br. 28, str. 5., na: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

⁹⁸ "...ustavi nastavljaju s otvaranjem situacija u kojima suci moraju izabrati između jednako racionalnih zaključaka kojih nema u doktrini ili u presedanima. U vrijeme otvorene vlade važno je shvatiti da sudski zaključci - bez obzira što to znači novi legalizam - nisu obični izvodi različitih poimanja ili impresija, već ih treba propitivati kao posljedice odgovarajućih politika. Na taj se način pravo ne shvaća kao samo sebi svrha, nego kao sredstvo ostvarivanja društvenih potreba". **Kirby M.**, op. cit., str. 36. et passim.

vremenima. U tim pravnim sustavima suci su doista tvorci prava, ali ne poput drugih grana vlasti već u smislu kreativnosti i izbora koji pripada sudskoj funkciji. U tom smislu sudski aktivizam doista predstavlja srž velikog korpusa prava koji su začeli stari engleski suci. Aktivizam je u određenoj mjeri inherentan sudskoj funkciji. Za Kirbyja je pravi smisao rasprave o sudskom aktivizmu u pitanju što će napraviti sudac kada se suoči s neizbježnom potrebom izbora. Hoće li podržati ovo ili ono značenje? Koje će tumačenje prihvatiti? Zbog toga je i rasprava o sudskom aktivizmu dijelom lažna dilema u kojoj je aktivizam postao ključna fraza kojom konzervativci denunciraju i demoniziraju svoje protivnike. Tu je važno istaknuti da se od sudaca, kao predstavnika "najobrazovanije grane vlasti", ipak traži više. Naime, intelektualni pristup sudskoj funkciji jednostavno obvezuje suca na procjenu okolnosti u situaciji kada se neki novi iskorak u pravnoj doktrini opravdava s obzirom na pravni autoritet iz prošlosti, pravno načelo i politiku. To konačno znači, zaključuje M. Kirby, da će svaki sudac koji "traži značenje u kontekstu... biti optužen za aktivizam".⁹⁹

2.) Drugi pristup je uže povezan s američkom varijantom sudbenog nadzora. On otvara niz posebnih pitanja: (a) Na koji se način sudbeni nadzor uklapa u ustavnu zamisao američkih "očeva utemeljitelja"? (b) Koji su se ciljevi željeli postići i kojim se je sredstvima to trebalo osigurati? (c) Koja je posebna uloga bila namijenjena sudbenom nadzoru u takvoj shemi? (d) Je li se tijekom vremena sudbeni nadzor mijenjao s promjenama američkog Ustava? (e) Koje implikacije ima povijest sudbenog nadzora za sudski aktivizam? Budući da smo na neka pitanja već odgovorili, a na neka ćemo detaljnije odgovoriti u dijelu rada koji je posvećen sudskom aktivizmu u SAD, ovdje ćemo ukazati samo na posebne značajke tog drugog pristupa sudskom aktivizmu.¹⁰⁰

Institucija sudbenog nadzora je u SAD-u od početka bila sastavni dio pokušaja uspostave uspješne republikanske vlade kao izraza vladavine većine. No, s vremenom se je pokazalo da su tenzije između vladavine većine i institucije sudbenog nadzora postajale sve izraženije. **Christopher Wolfe** u istraživanju američke povijesti sudbenog nadzora otkriva i faze razvoja sudskog aktivizma. On smatra da upravo povijesne specifičnosti razvoja sudbene vlasti i njene promjene objašnjavaju "zašto se diskusija o suvremenoj ulozi sudstva može formulirati kao pitanje za i protiv 'moderne' sudbene vlasti ili aktivizma".¹⁰¹

Prvu fazu karakterizira "tradicionalni sudbeni nadzor", a ona obuhvaća period od prvih dana osnivanja SAD do kraja 19. stoljeća. Tu se fazu najbolje sagledava kroz pristup ustavnom tumačenju i s tim povezanim obnašanjem sudbenog nadzora. U tom tzv. herojskom dobu temeljna je pretpostavka bila da Ustav ima

⁹⁹ Kirby M., JUDICIAL ACTIVISM: POWER WITHOUT RESPONSIBILITY? NO, APPROPRIATE ACTIVISM CONFORMING TO DUTY, Melbourne University Law Review 16/2006, str. 6., na: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2006/18.html>

¹⁰⁰ Pitanja koje navodimo i dalje razmatramo izvode se iz studije **Christophera Wolfea**, JUDICIAL ACTIVISM - BULWARK OF FREEDOM OR PRECARIOUS SECURITY? (Rev. Edition), Rowman & Littlefield Publishers, Lanham - Oxford, 1997., str. 5.

¹⁰¹ Wolfe C., op. cit., str. 9.

svoje razumljivo značenje koje su mu dali njegovi autori i da je takvo značenje kao cilj ili predmet ustavnog tumačenja autoritativno. U odnosu na sudbeni nadzor po kojem zakoni koji nisu u suglasnosti s ustavom uopće nisu bili zakoni, pa su ništavi i nevažeći, postojala su dva nepomirljiva gledišta. Prvo je gledište legislativne supremacije (*legislative supremacy*), a drugo tzv. koordiniranog nadzora (*coordinate review*). Prvu poziciju je još 1825. godine zauzeo vrhovni sudac Pennsylvanije **John Gibson** inzistirajući na prvenstvu zakonodavnog tijela u tumačenju Ustava. Drugo gledište zastupao je **Thomas Jefferson** koji se je protivio da se sudbenoj vlasti daje uloga konačnog arbitra, jer se je takvim prvenstvom remetiо sustav kontrola i provjera (*checks and balances*).¹⁰² Ipak, najbolja obrana protiv argumenta o antidemokratizmu sudbenog nadzora nalazila se u konstitucionalizmu institucije za koju su zagovornici tvrdili da ne izražava supremaciju sudačke volje nad zakonodavnim tijelom, nego supremaciju temeljne narodne volje nad zakonodavnom i sudbenom vlasti.

Uvažavajući pretpostavku da je sudbeni nadzor ovlast izvedena iz temeljne zadaće sudbene vlasti da rješava sporove sukladno pravu, zagovornici sudbenog nadzora su priznavali pravilo udovoljavanja zakonodavnom tijelu (*legislative deference*). To je značilo da se sudbeni nadzor nije smio obnašati u spornim situacijama. Suci su mogli proglasiti zakon ništavim samo u slučaju njegove očite nepodudarnosti s Ustavom. Među zagovarateljima umjerenog sudbenog nadzora razvila se je i doktrina o političkim pitanjima.¹⁰³ Prema toj doktrini Ustav je određena pitanja rezervirao samo za političke grane vlasti. Poznati povijesni primjer iz ustavnog prava SAD bila je npr. odluka u predmetu *Luther v. Borden 7 Howard 1 (1849)* koja se temeljila na ustavnoj klauzuli o republikanskom obliku vladavine (prema kojoj je Kongres imao ustavnu ovlast odrediti nositelja legitimne vlasti u federalnim jedinicama). Najpoznatiji je primjer sadržan u odgovoru **Abrahama Lincolna** na odluku Vrhovnog suda i njegovog predsjednika **Rogera Taneya** u glasovitom predmetu *Scott v. Sandford 19 Howard (60 U.S.) 393*. Uvažavajući poziciju i funkciju Vrhovnog suda, Lincoln je nastojao dokazati da se ostale grane vlasti ne moraju osjećati vezanima baš svakom njegovom odlukom.¹⁰⁴

No, bez obzira na navedena protiviljenja i pokušaje ograničavanja sudbenog nadzora, bilo je sasvim jasno da je riječ o važnoj i moćnoj ovlasti. Wolfe također primjećuje da je već i u ovoj prvoj fazi, obilježenoj različitim pokušajima ograničavanja sudbenog nadzora, ustavna interpretacija sudaca uključivala njihove

¹⁰² **Quirk W.J. & Bridwell R.R.**, JUDICIAL DICTATORSHIP, Transaction Publishers, New Brunswick, 1996., str. 1.-27.

¹⁰³ Prema BLACK'S LAW DICTIONARY *political question doctrine* je sudsko načelo prema kojem sud odbija odlučiti o pitanju koje se tiče obnašanja diskrecijskih ovlasti izvršne ili zakonodavne grane vlasti; ili *political question* je pitanje o kojem sud neće raspravljati zato jer ono uključuje pitanje obnašanja diskrecijske ovlasti izvršne ili zakonodavne vlasti. *Political question* se također naziva i neučtivo pitanje (*nonjusticiable question*). Usp. BLACK'S LAW DICTIONARY (Eight ed.), odrednice *political question & political-question doctrine*, 2004., str. 1197.

¹⁰⁴ **Wolfe C.**, op. cit., str. 15. O odluci *Scott v. Sandford 19 How. (60 U.S.) 393 (1857)* ili skraćeno *Dred Scott Case v. THE OXFORD GUIDE TO UNITED STATES SUPREME COURT DECISIONS* (ur. Hall K.L.), OUP, Oxford, 1999., str. 277.-278.

osobne političke ideale i preferencije. Tako su sudbeni nadzor i tumačenje Ustava već tada postali “proces kreiranja novog značenja, a ne provjera i provedba već postojećeg ustavnog značenja”.¹⁰⁵

U razdobljima koja slijede (tranzicijsko razdoblje do kraja 19. stoljeća te moderna era) konačno se oblikuje “samosvjesna teorija sudskog aktivizma”. Njegova definicija je moguća upravo u okviru povijesti sudbenog nadzora. Sudski aktivizam se, tvrdi Wolfe, može definirati kao sudsko obnašanje zakonodavne ovlasti u ustavnim predmetima. Pritom je važno razlikovati tradicionalni od modernog sudbenog nadzora. Tradicionalni sudbeni nadzor ograničava se na jednostavno ostvarivanje razumljivih naredbi Ustava i predstavlja poziciju sudskog ograničenja (*judicial restraint*). Moderni sudbeni nadzor temelji se na sudskoj legislaciji, tj. aktivnosti koju zapravo omogućavaju praznine koje ostaju u širokim i općenitim odredbama Ustava - to je pozicija sudskog aktivizma.

Iz navedenog je jasno, tvrdi dalje Wolfe, da nije riječ tek o različitim stupnjevima ustavne ovlasti sudbenog nadzora, nego o dva njena različita oblika. Ipak, to ne znači da se oni nužno međusobno isključuju, kao što se to često tvrdi. I “tradicionalni suci” su svoju vlast obnašali “legislativno” kao i “moderni suci”. Bitno je uočiti vezu između sudbenog nadzora i Ustava kao mjerila koliko je sudbena vlast ograničavajuća ili aktivistička. Taj zaključak omogućava uključivanje obe pozicije. Ako se moderna sudbena vlast definira svojom relativnom slobodom od veza s dokumentom, onda se stupnjevi sudskog aktivizma mogu razlikovati prema tome s koliko slobode suci koriste svoje diskrecijske ovlasti. Tako se unutar modernog pristupa mogu razlikovati više ili manje aktivistički suci.¹⁰⁶

4. ZAKLJUČNO O USTAVNODEMOKRATSKOM ODREĐENJU SUDSKOG AKTIVIZMA

Vrijeme u kojem živimo obilježeno je brojnim kontroverzama vezanima uz sudstvo. O djelovanju sudova učestalo se piše se i govori. Sudbena vlast nalazi se u središtu zanimanja javnosti i medija, a i druge dvije grane vlasti s velikim interesom prate njeno djelovanje. Njihov međusobni odnos često obilježava određena sumnjičavost koja je povezana s različitim pogledima na ostvarivanje ustavnih načela. No, taj odnos postaje iznimno napet ukoliko je u pitanju sudski aktivizam. Postoji li prihvatljiva definicija sudskog aktivizma? Kakva je njegova legitimnost u ustavnopravnoj teoriji? Je li sudski aktivizam prihvatljiv kao efikasno sredstvo političkog razvoja? Koje su opasnosti sudskog aktivizma?

Imajući u vidu ulogu suca u demokratskom društvu, aktivizam i samoograničenje na tragu razmišljanja **A. Baraka** promatramo kao “dva ekstrema jednog kontinuuma”, a njihov odnos s obzirom na to koliko oni uspješno premošćuju jaz

¹⁰⁵ Wolfe C., op. cit., str. 17.

¹⁰⁶ Wolfe C., op. cit., str. 30. et passim.

između prava i promjenjive društvene stvarnosti te štite ustav i njegove vrednote. Ostvarivanje tih uloga traži "neprestano pronalaženje odgovarajuće ravnoteže između konfliktnih vrednota. Ipak, ta se ravnoteža ne može uvijek postići putem aktivizma, niti je ograničenje to što je uvijek frustrira".¹⁰⁷

Za razliku od brojnih jednostranih definicija sudskog aktivizma koje ga shvaćaju kao "ostvarivanje sudačkih uvjerenja",¹⁰⁸ ili kao "strukturno ograničenje",¹⁰⁹ A. Barak definira sudski aktivizam kao:

"Sudsku tendenciju - svjesnu ili nesvjesnu - da se promjenom postojećeg prava (ukidanjem neustavnog zakona, ukidanjem drugih propisa koji su u suprotnosti sa zakonom, promjenom sudskog presedana) ili stvaranjem novog prava koje do tada nije postojalo (putem tumačenja ustava ili zakona, kroz razvoj *common lawa*) postigne prava ravnoteža između konfliktnih društvenih vrednota (kao što su individualna prava u odnosu na potrebe kolektiva, sloboda jedne osobe u odnosu na slobodu druge, autoritet jedne grane vlasti protiv autoriteta druge)".¹¹⁰

S druge strane, sudsko samoograničenje može se definirati kao:

"Sudska tendencija - svjesna ili nesvjesna - da se postigne odgovarajuća ravnoteža između konfliktnih društvenih vrednota očuvanjem postojećeg prava, prije nego stvaranjem novog prava".¹¹¹

Razlika između aktivizma i ograničenja postoji u stupnju, a ne u vrsti. Iako granice aktivizma i samoograničenja određuje legitimitet sudbene vlasti, činjenica je da aktivistički suci nastoje promijeniti granice legitimiteta, ali pritom razvoj sudačkih tehnika (npr. novi sustavi tumačenja) mora biti legitiman.¹¹² To znači da se o aktivizmu i samoograničenju može raspravljati isključivo glede područja u kojima sudac ima slobodu izbora između različitih načina djelovanja. Definicije aktivizma i samoograničenja su usko vezane uz društvo i njegovu pravnu kulturu. Zbog toga i postoje razlike između npr. engleskog prava koje zbog parlamentarnog suvereniteta ne dopušta sucima kontrolu ustavnosti zakona, te američkog prava

¹⁰⁷ **Barak A.**, THE JUDGE IN A DEMOCRACY, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2006., 271.

¹⁰⁸ "Aktivistički suci su oni koji odlučuju slučajeve na način koji nema uvjerljive veze sa zakonom čiji bi sadržaj trebali primijeniti, ili ga rastežu ili mu čak proturječe. Oni dolaze do rezultata objavljujući načela o kojima pisci zakona i oni koji su ga izglasali nisu nikada promišljali". **Bork R.**, COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES, AEI Press, 2003., str. 9. Usp. Barak A., op. cit., str. 267.

¹⁰⁹ Poznati suvremeni američki sudac **Richard Posner** sudski aktivizam, s obzirom na diobu vlasti, vidi kao "strukturno ograničenje". Sudac se samoograničava kada pokušava "ograničiti sudsku vlast prema drugim vladinim institucijama", dok aktivistički sudac nastoji proširiti vlast sudstva na račun drugih grana vlasti. **Posner R.**, THE FEDERAL COURTS: CHALLENGE AND REFORM, Harvard University Press, 1996., str. 304. Usp. **Barak A.**, op. cit., str. 271.

¹¹⁰ **Barak A.**, THE JUDGE IN A DEMOCRACY, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2006., str. 271.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid., str. 272.-273.

koje je kreiralo načelo supremacije Ustava, a u kojemu se pravnici spore oko izvornog značenja ustavnih odredaba.

Koristeći se svojom diskrecijom sudac ne smije nametati osobne stavove o društvu u kojem sudi, jer tada djeluje izvan granica zakona. To bi značilo poticanje nelegitimne sudačke aktivnosti, jer se sudac ne kreće unutar ovlasti i vrijednosti koje mu društvo priznaje.¹¹³ Ipak, glede prostora diskrecije o kojemu govori A. Barak, teško bi bilo tvrditi da suci u svojim odlukama ne izražavaju osobne poglede. Naime, Barak koristi pojam “najuže subjektivnosti”, dakle one subjektivnosti koja pravi izbor u sustavu objektivnih komponenti i koja ih uravnotežuje. Riječ je, dakle o subjektivnosti koju usmjeravaju objektivna načela, no svejedno je teško odrediti jasnu granicu nakon koje počinju “osobni pogledi” suca. Naše je mišljenje da upravo naglašavanje “subjektivne note” čini razliku između suca koji pridaje značaj potrebi za promjenom i suca koji daje veći značaj sigurnosti i izvjesnosti pravnog odnosa. U tom se području onda i ocrta razlika između sudaca koji pridaju veći ili manji značaj (političkim) mjerama koje su stvorili drugi.

Upravo se tu zapravo otvara i dilema o uvažavanju psihologije sudaca, odnosno sudskog aktivizma. Moglo bi se reći da se suci tradicionalno protive slobodnom razvoju sudskog aktivizma. Suci općenito vjeruju da je njihova uloga tumačenje, a ne stvaranje prava. Oni su svjesni da posjeduju kapacitet stvaranja prava, ali su pritom iznimno oprezni. Njihov oprez temelji se na dva glavna razloga.

Prvi razlog je uvažavanje načela diobe vlasti i njegove važnosti. To načelo ne postoji samo da bi štitilo sudbenu vlast od zakonodavne i izvršne vlasti, nego i kako bi štitilo druge vlasti od sudbene. Međutim, iskustva *common lawa* te pisane ustavnosti dokaz su da je, uz uvažavanje načela diobe vlasti, tzv. “zakonodavna” djelatnost sudaca legitimno pitanje, tj. pitanje koje se “normalno” pojavljuje u ustavnim demokracijama.

Drugi razlog je noviji. Riječ je o porastu “samosvijesti sudaca”, pojavi koja može poprimiti i oblik tzv. sudskog trijumfalizma. Ključni element te pojave je sljedeća pretpostavka: suci bi se trebali osjećati slobodnima u preuzimanju kontrole nad pravom i njegovim razvojem u suglasnosti s osobnim poimanjima potreba i želja društva. Ta se pretpostavka temelji na brojnim drugim tvrdnjama (pozitivnim i negativnim) o pravu sudaca na takvo djelovanje. Pozitivne tvrdnje naglašavaju karakter sudaca - njihovo obrazovanje, samopouzdanje, nepristranost, sposobnosti analize društvenih trendova i predviđanja najboljih pravnih odgovora na nove trendove. Negativne tvrdnje naglašavaju da sudski aktivizam određenih sudaca prekoračuje tradicionalne ustavne granice institucija.

Dosadašnje istraživanje nam je pokazalo da legitimnost sudskog aktivizma ovisi o kontekstu. Prema tome, smatramo da je nemoguće osuđivati takvu aktivnost kao nelegitimnu bez potpunog shvaćanja okolnosti koje je potiču. Isključivo

¹¹³ Ibid.

shvaćanje cjelokupnog konteksta omogućuje određeniji odgovor o uvjerljivosti i opravdanosti sudskog aktivizma.

Kroz detaljnije istraživanje pojedinih ustavnih demokracija i međusobnog odnosa njihovih institucija otkriti ćemo koliko je aktivizam opravdan i koje su mu eventualne opasnosti. No, već sada možemo istaknuti našu sklonost prihvaćanju uravnoteženog pristupa u prevladavanju raskoraka između prava i društva, te sklonost zaštiti ustava i njegovih vrednota. Vjerujemo da samo takav pristup priznaje i štiti različite vrednote koje postoje u svakom pojedinom društvu, a posebno uravnotežuje načelo vladavine većine i vrednote koje ni većina ne smije ugrožavati. U svemu tome, riječima A. Baraka, sudac mora "štititi i ostvarivati takvu delikatnu ravnotežu, što zahtijeva koliko aktivizam, toliko i samoograničenje".¹¹⁴

MODERN CONSTITUTIONALISM AND THE 'NEW' SEPARATION OF POWER

In modern constitutional legal theory several 'versions' of the relation between democracy and constitutionalism exist. This debate continues and requires analysis. It is precisely within this debate, which is also closely related to the activist role of judicial authorities and judges, that the problem of limiting majority rule is again mentioned and, in particular, in the analysis of the so called 'anti-majority difficulty'. Thus, the problem areas of relations between political branches of power and judges are again emphasised. However, this time it is done more intensively than during the period of unquestionable dominance of parliament as the representative of national sovereignty and the bearer of legislative power. Furthermore, the author presents the viewpoints which claim that judicially affirmed rights are the real strength of social change which has until now represented its own type of monopoly of political power. 'Elevating high courts and supranational tribunals in crucially politically deciding bodies' which activistically use the institution of judicial supervision more and more often occurs. In particular, the contradictory relation between democracy and constitutionalism, that is, the need for a new approach to mutual relations among institutions of certain branches of state powers is presented.

Key words: *modern constitutionalism, new separation of power, anti-majority difficulty, judicial activism*

¹¹⁴ Barak A., op. cit., str. 281.