

Izvorni znanstveni rad

UDK 340.142(73)

342.4(73)

347.991(73)

Primljeno: 7. rujna 2009.

---

## Zakonodavna supremacija i sudski aktivizam u SAD-u

---

PETAR BAČIĆ\*

### *Sažetak*

Sukcesivne epizode razvoja ustavne demokracije u SAD-u, a posebno iskustvo “paradoksa sudbenog nadzora”, pokazuju nam da je Vrhovni sud SAD-a ostvarivao barem dvije različite funkcije: (1) potvrđivanje legislative (*norm enforcement*) i (2) stvaranje politike propitivanjem i tumačenjem Ustava i zakona u predmetima koji su dolazili pred Sud (*policy making*). Te i druge podjele među američkim pravnicima dokaz su da rasprave o sudskom aktivizmu ne prestaju. No i pristaše i kritičari sudskog aktivizma slažu se u tome da su suci važan dio američkog konstitucionalnog procesa od njegovih početaka. Predmet *Marbury v. Madison* (1803) afirmirao je instituciju sudbenog nadzora i označio postupan izlazak sudbene vlasti u područje javnog prava. To je omogućilo daljnje širenje i transformaciju sudbene vlasti. U tekstu autor povezuje sudski aktivizam i sudbeni nadzor te se priklanja stajalištu da “judicijalizirajući aspekt modernog liberalizma” zaslužuje jednaku pažnju kao i svaki drugi aspekt demokratizacije.

*Gljučne riječi:* dioba vlasti, zakonodavna supremacija, sudski aktivizam

### 1. Uvodna napomena

Najvažnije obilježje Sjedinjenih Američkih Država od njihova osnivanja jest demokratska tradicija s naglašenim liberalizmom i individualizmom. Ustav SAD-a (1787) povijesni je dokument kojim se veličaju individualna prava čovjeka i potreba za ograničenom vladom. Uvjerenje da “vladavina mnoštva može biti i gora od vladavine jednoga” od početka je utjecalo na to da američki ustavotvorci konstitucionaliziraju učenje o diobi vlasti. To učenje, prilagođeno na američki način mehanizma uzajamnih kontrola i provjera (*checks and balances*), trebalo je onemogućiti zloupotrebu svake vlasti, a prije svega ograničiti vlast većine (Smerdel, 2006: 339).

\* *Petar Bačić*, asistent na Pravnom Fakultetu Sveučilišta u Splitu na predmetu Ustavno pravo.

Tako su se Amerikanci rano odmakli od dominantnog europskog modela demokracije prema kojem je narodni suverenitet prije svega značio “monopol autoriteta za koji je zakon bio tek zapovijed vladajuće većine” (Bellamy, 1996: 37).

Pritom je sudbena grana vlasti u američkoj ustavnoj demokraciji dobila značajnu ulogu. Upravo su sudovi, prema utjecajnom tumačenju A. Hamiltona, trebali zadržati zakonodavnu vlast u granicama njezinih ovlasti (*The Federalist*, br. 78). Početkom 19. stoljeća, odnosno nakon odluke suca J. Marshalla u predmetu *Marbury v. Madison* (1803), sudbena vlast na čelu s Vrhovnim sudom pokazala je da neće bezrezervno podržavati predstavničko tijelo. Uvjereni da postojanje pisanog ustava traži supremaciju sudbene vlasti, suci su postupno postali stvarni nadzornici parlamenta i kontrolori primjene zakona, osjetljivi na svaku povredu osobnih prava zajamčenih Ustavom. Ta tendencija prema sudskoj supremaciji tijekom vremena se opravdavala razvojem tzv. “neutralnih” mjerila ustavnog tumačenja. Beskrajne teorijske rasprave o ustavnom tumačenju u SAD-u odvijaju se upravo radi potrebe da se postigne jasna distinkcija između prava i politike.<sup>1</sup> Suci su “čuvari” ustavnih prava (pritom se prvenstveno misli na suce federalnih sudova, a u ovom radu na suce Vrhovnog suda). Oni su zaduženi da definiraju granice legitimnog obnašanja vlasti. Međutim budući da suci djeluju u sustavu koji ustavnopravno proizlazi iz načela narodnog suvereniteta, autoritet i legitimitet sudbene vlasti da brani prava protiv “samovoljnih efekata demokracije” ovisi o shvaćanju Ustava kao skupa relativno jasnih načela koja obvezuju većinu građana. Za razliku od političara, koji su često kratkovidni i beskrupulozni, suci koji su institucionalno odvojeni od politike sposobni su rješavati sporove odbijajući brzinu u korist načela nepristranog odlučivanja. U tom razmišljanju, koje je dosta prisutno u SAD-u, zapravo je preokrenuta tradicionalna europska “demokratska pozitivistička perspektiva”: pravo i politika ostaju strogo odvojeni; sumnjivi su političari, a ne suci. Umjesto da budu ponizni prema vladavini većine, suci zapravo ograničavaju demokratsku politiku, a u tom je kontekstu sudski aktivizam samo jedan od oblika njihova djelovanja.

Ipak, epizode razvoja ustavne demokracije u SAD-u, a posebno iskustvo “paradoksa sudbenog nadzora” (Ball, 1980: 13),<sup>2</sup> pokazuju nam da je Vrhovni sud (kao i drugi federalni ustavni sudovi) ostvarivao barem dvije različite funkcije: (1) potvr-

<sup>1</sup> Vidi Smith (ur.), 1995: 402 (o interpretaciji starih ustavnih tekstova v. str. 161-190); Amselek (ur.) 1995: 245 (posebno: Gaudemet, str. 203-211).

<sup>2</sup> “Paradoks je u ovome: politički je sustav demokratski, a neizabrana doživotno postavljena grupa pravника normativno je i ustavno posvećena očuvanju okvira demokratskog sustava. Sistem federalnih sudova je oligarhijska institucija koja funkcionira unutar demokratskog okruženja. U nekim su sudovima suci duboko svjesni tog paradoksa, pa traže da se sudstvo suzdrži od prevelike aktivne uloge u procesu političkog odlučivanja. Druge pak taj paradoks manje ograničava, ali su ga svi svjesni.” Usp. Ball, 1980: 13.

đivanje legislative (*norm enforcement*) i (2) stvaranje politike propitivanjem i tumačenjem Ustava i zakona u predmetima koji su dolazili pred Sud (*policy making*).<sup>3</sup> Temeljna razlika između te dvije funkcije jest:

Sudsko stvaranje politike uključuje svjesnu namjeru federalnih sudaca da donose odluke koje će u budućnosti imati utjecaj na društvo. U toj aktivnosti *policy makinga* federalni sudac stvara, svjesno i namjerno, društvene norme ili “putokaze za buduće akcije”. Ustavnim tumačenjem federalni suci: (1) stvaraju potpuno novu javnu politiku s “dubokim socijalnim posljedicama”; (2) blokiraju temeljne društvene norme mijenjajući stare društvenopravne norme novom grupom takvih normi s istim dubokim socijalnim posljedicama; (3) razvijaju nove socijalne i političke norme i administriraju njima, primjerice kao kada je sud naredio i stvorio nove planove raspodjele biračkih jedinica, školskog autobusnog prijevoza, upravljanja zatvorima i psihijatrijskim ustanovama... (Ball, 1980: 23).

Praksa sudbenog nadzora, kao jedna od nužnih mjera “predostrožnosti” koje su autori *Federalističkih spisa* osmislili protiv zloupotreba političkih vlasti,<sup>4</sup> stvorila je u međuvremenu okvir i brojne primjere sudskog aktivizma.

## **2. Progresivna era i oblici sudskog aktivizma u Sjedinjenim Američkim Državama**

Početak 20. stoljeća u SAD-u se razbukkala progresivna era. Njezino bitno obilježje bilo je nastojanje da se sve staro, neučinkovito i beskorisno u društvu, ekonomiji i politici što efikasnije zamijeni “novim i boljim rješenjima”. Sastavni dio zamisli pristaša progresivizma obuhvaćao je i ustavnopolitička rješenja. Progresivisti su željeli ponovno osmisliti i iz temelja promijeniti Ustav SAD-a, smatrajući taj korak neophodnim radi stvaranja moderne administrativne, regulatorne i redistributivne države te ostvarenja što veće odgovornosti onih koji odlučuju o pravu i politici. Radi stvaranja moderne demokracije koja će imati oslonac u odlučivanju i sudjelovanju naroda, odnosno u otvorenosti prema inicijativama i promjenama koje dolaze “odozdo”, tražila se rekonstrukcija odnosa između državnih vlasti, rekonstrukcija uloge političkih stranaka te lakša procedura za promjenu Ustava. S ciljem što bržeg ostvarivanja progresivističkih ciljeva i s namjerom da se ponovno vrati u Bijelu kuću, Theodore Roosevelt (1858-1919) osniva 1912. godine Stranku pro-

<sup>3</sup> Usp. Dahl, 1957: 279-295; o odnosu prava i politike u djelovanju Vrhovnog suda SAD-a v. Friedman, 2000: 971-1050.

<sup>4</sup> “In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.” *The Federalist*, br. 51, str. 337.

gresu (*The Progressive Party*) koja je trebala biti nositelj ekonomskih, socijalnih i političkih reformi u američkom društvu. Središnje mjesto Rooseveltove kampanje za novi predsjednički mandat bila je vizija “Novog nacionalizma”: ustavna reforma, “čista demokracija” te stvaranje “moderne države” s programatskim strankama i “odgovornom vladom”.

Na stranačkoj konvenciji u Ohiju (*Ohio Constitutional Convention*) Roosevelt je pojašnjavao rješenja i institucije koje je trebao sadržavati progresivistički Ustav. Jedna od ključnih ideja njegovog izlaganja odnosila se i na sudbenu vlast. Tom prilikom Roosevelt je izložio stajalište prema kojem sudstvo ne bi trebalo imati posljednju riječ glede temeljnih političkih pitanja i ustavnih načela. Ako je američki narod sposoban za potpunu samoupravu, onda su Amerikanci sposobni ne samo za promjenu već i za “primjenu i tumačenje Ustava”. Narod treba biti “gospodar”, a ne “sluga” najvišeg suda u državi. Narod treba biti “konačni tumač Ustava”. Formulacije o pravima država i individualnim pravima koje su bile kreacija sudova potrebno je odbaciti (Forbath, 2006: 115 *et passim*).

Radikalna Rooseveltova kritika “monarhije Ustava”, “monarhije zakona” i “sudske supremacije”, koju je u pokušaju osvajanja još jednog (trećeg) mandata zagovarao ovaj bivši predsjednik, poznat i po tome što je za predsjednikovanja u razdoblju od 1901. do 1909. godine znatno proširio područje djelovanja izvršne vlasti, zapravo i nije za čuđenje. Pokazat ćemo da je Rooseveltova kritika sudbene vlasti umnogome rezultat jedne od najglasovitijih aktivističkih odluka Vrhovnog suda: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).<sup>5</sup> Nakon napuštanja Bijele kuće Theodore Roosevelt je, optužujući sudstvo da postavlja nepremostive prepreke na putu neophodnih društvenih reformi, ukazivao upravo na predmet *Lochner*. Roosevelt i njegovi istomišljenici bili su frustrirani činjenicom da je mišljenje jednog postavljenog suca moglo spriječiti i preokrenuti reforme koje su zagovarali izabrani predstavnici naroda. Zbog toga je predmet *Lochner* u sljedećim desetljećima za većinu kritičara simbolizirao zloupotrebu sudbene vlasti, odnosno neograničeni sudski aktivizam (Kens, 1999: 163).

### 2.1. *Lochner Case (1905) i razdoblje konzervativnog sudskog aktivizma*

Među velikim slučajevima Vrhovnog suda predmet *Lochner* je po mnogo čemu “dežurni krivac” američkog ustavnog prava (Choudhry, 2002: 3).<sup>6</sup> Riječ je o odluci koja je toliko snažno utjecala na američku ustavnopravnu znanost da se govori o

<sup>5</sup> Tekst odluke u predmetu *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) i detalje usp. na internetskim stranicama Cornell Law School, Legal Information Institute, Supreme Court Collection, dostupno na adresi: <http://www.law.cornell.edu/supct/>

<sup>6</sup> Dworkin, 1996: Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution, str. 82 (cit. prema: Choudhry, 2002: 3).

posebnoj “Lochnerovoj eri” u ustavnopolitičkoj povijesti SAD-a. *Lochner* je za neke “primjer opasnosti koje nosi sudbeni nadzor”, odnosno primjer razdoblja koje je potaknulo “uspon moderne protuveličinske poteškoće (problem pomirenja sudbenog nadzora s demokracijom)” (Friedman, 2001: 1390). U tom dugom razdoblju, koje započinje 1897. godine predmetom *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), a završava 1937. godine slučajem *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937), Vrhovni sud SAD-a ukinuo je oko 200 saveznih i državnih zakona koji su regulirali široko područje tržišnih odnosa. Ni u jednoj drugoj državi nije zabilježen tako uporan sudački otpor pokušajima afirmacije regulatorne, redistributivne i aktivističke države. Želimo ukazati na različita značenja predmeta *Lochner*, pa stoga ukratko izložimo osnovne činjenice o njemu.

U predmetu *Lochner* Vrhovni je sud ocjenjivao ustavnost odredbe Zakona o radu države New York koja je ograničavala trajanje radnog vremena u pekarskoj industriji. Zakonom je propisano maksimalno radno vrijeme od 60 sati na tjedan ili deset sati na dan. Vrhovni sud primijetio je da nije riječ o odredbi koja samo utvrđuje broj dopuštenih radnih sati na dan, već je u pitanju i apsolutna zabrana poslodavcu da se pod bilo kojim okolnostima u njegovoj pekari radi više od dopuštenog dnevnog maksimuma. Radnik može htjeti zaraditi više novca, što bi i mogao da radi duže nego što je propisano, navode suci Vrhovnog suda, ali zakon jednostavno zabranjuje poslodavcu da to radniku omogući. Tako se pravo, tj. ovlast države da donosi zakon suprotstavlja pravu pojedinca na osobnu slobodu i slobodu ugovaranja:

Zakon nužno zadire u pravo ugovaranja između poslodavca i radnika s obzirom na broj radnih sati koje radnik može provesti na radu u pekari kao posloprimac. Opće pravo sklapanja ugovora s obzirom na njegov posao dio je slobode pojedinca koja je zaštićena XIV. amandmanom saveznog Ustava (...) Prema toj odredbi nijedna država ne smije bez na zakonu zasnovanog postupka bilo koga lišiti života, slobode ili vlasništva. Pravo na kupnju ili prodaju rada dio je slobode zaštićene tim amandmanom, osim ako ne postoje okolnosti koje isključuju takvo pravo. Ipak, u suverenitetu svake države postoje određene ovlasti koje se ponekad široko nazivaju nadzornim ovlastima.<sup>7</sup> (...) Takve ovlasti, široko shvaćene i ovdje bez pokušaja

<sup>7</sup> U prijevodu odluke *Lochner v. New York* pojam “*police power*” preveli smo kao “nadzorna ovlast”, što, prema našem mišljenju, najviše odgovara sadržaju mjera koje se tiču očuvanja javne sigurnosti, reda, zdravlja, morala i pravde. Oslonac za takav prijevod nalazimo i u *The Constitutional Law Dictionary* (Vol. 2: *Governmental Powers*), str. 643, koji *police power* tumači kao “ovlast reguliranja privatnog ponašanja u interesu javnog zdravlja, sigurnosti i opće dobrobiti. Ona omogućuje državam i njihovim lokalnim jedinicama vlasti da donose i ostvaruju mjere koje odgovaraju cilju zadovoljenja javnog dobra. Svrha takvih mjera uključuje i stvaranje policijske sile”. *Black’s Law Dictionary* definira pojam *police power* (1) kao “inherentnu i plenarnu vlast suverena da donosi sve zakone potrebne za očuvanje javne sigurnosti, reda, zdravlja, morala i pravde. Riječ je o temeljnoj ovlasti od iznimnog značaja za vladu koje se legislatura ne

da im se odrede granice, odnose se na sigurnost, zdravlje, moral i opću javnu korist. Vlasništvo i sloboda jednako trpe takve opravdane okolnosti koje može uspostaviti državna vlast, a XIV. amandman nije stvoren da bi ih ometao (...) Prema tome, država ima ovlast spriječiti pojedinca pri sklapanju određenih vrsta ugovora, pa tim pojedincima Ustav ne pruža zaštitu. Ukoliko ugovor spada među one koje država donosi u legitimnom obnašanju svojih nadzornih ovlasti, ona ga ima pravo zabraniti, te nema zapreke da se zabrani XIV. amandmanom.

Postavlja se pitanje hoće li prevagnuti pravo države na obnašanje nadzornih ovlasti glede uređivanja konkretne zakonske materije ili pravo pojedinca na slobodu ugovaranja? Budući da Zakon o radu, prema mišljenju Suda, zasigurno ne uključuje pitanja sigurnosti, morala ni javne dobrobiti, posebno je razmatran eventualan štetan utjecaj rada u pekarskoj industriji na zdravlje radnika.<sup>8</sup> Zaključak je Suda da se pekarstvo nikada nije smatralo nezdravim zanimanjem, pa ni briga za zdravlje pekara u ovom slučaju ne može poslužiti državi kao opravdanje.<sup>9</sup> Propisivanje ograničenja radnog vremena stoga nije legitimno obnašanje nadzornih ovlasti države, već je “neopravdano, nepotrebno i arbitrarno miješanje u pravo i slobodu pojedinca, poslodavaca i posloprimaca glede sklapanja ugovora o radu”, što ne može biti učinjeno a da se pritom ne prekrši Ustav.

može odreći ili je nepovratno transferirati od vlasti; (2) prema X. amandmanu to je pravo države da podvrgnuta zakonitom postupku i drugim ograničenjima donosi i ostvaruje zakone za zaštitu javnog zdravlja, sigurnosti, opće dobrobiti ili da delegira to pravo lokalnim vlastima; (3) u najširem smislu ovlast države da intervenira u korištenje privatnog vlasništva podvrgavajući ga vlasti države (*eminent domain*).” V. nav. djelo, str. 1196.

<sup>8</sup> “Nema opravdane osnove za zadiranje u slobodu osobe ili u pravo na slobodu ugovora time da se određuju radni sati za pekarsko zanimanje. Nesporna je činjenica da su pekari kao klasa jednaki po inteligenciji i kapacitetu ljudima iz ostalih trgovina ili sličnih zanimanja, ili da su sposobni zagovarati svoja prava i brinuti se za sebe bez zaštitne ruke države koja se miješa u njihovu neovisnost prosudbe i djelovanja. Oni nikako nisu štitičnici države. Sagledan isključivo kao Zakon o radu, bez ikakvih referenci kad je u pitanju zdravlje, mislimo da zakon poput ovoga koji se nalazi pred nama ne uključuje ni sigurnost ni moral ni dobrobit javnosti te da interes javnosti uopće nije pogođen jednim takvim aktom. No Zakon se mora podržati ako se on po svemu odnosi na zdravlje pojedinca koji je angažiran u pekarskom zanimanju.” *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>9</sup> “Jedan od sudaca Apelacijskog suda izjavio je, podržavajući taj zakon... da unatoč tome što dokazi nisu uniformni, još uvijek može zaključiti da je zanimanje pekara ili slastičara nezdravo jer može rezultirati bolešću dišnih puteva (...) Mi mislimo da ne postoji prihvatljiva sumnja da je pekarstvo toliko nezdravo da bi to dopustilo zakonodavnom tijelu da zadire u radno pravo i pravo ugovaranja pojedinca, bio on poslodavac ili posloprimac... Prema općem znanju pekarstvo se nikada nije smatralo nezdravim zanimanjem...” *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

Odluka *Lochner v. New York* imala je dva izdvojena mišljenja (Smerdel, 2006: 344).<sup>10</sup> U izdvojenom mišljenju suca Johna M. Harlana (kojemu su se pridružili suci White i Day) navodi se da je sudska većina svoj pravorijek utemeljila na pogrešnoj pretpostavci. Naime sudac Harlan tvrdio je da se prilikom kontrole ustavnosti zakona pretpostavlja da je zakon valjan, što ide u prilog rješenju zakonodavca. Zakonske bi se odredbe trebale poštovati, “osim ako izravno i očito ne krše temeljno pravo iz Ustava” (Leonard, 2006: 3). Harlan nije smatrao da se na ovu situaciju može primijeniti sloboda ugovaranja niti da je jedino legitimno opravdanje Zakona o pekarsstvu briga za zdravlje i sigurnost radnika. Osim toga Harlan je više od sudske većine uvažavao dokaze koji su podupirali tužiteljjev zahtjev. Sama činjenica da je bilo prostora za raspravu navodila je na potrebu da se zanemare svi argumenti o protuustavnosti zakona. Na kraju Harlan je zaključio da je procjena zdravstvenih uvjeta u industriji pravo zakonodavne diskrecije.<sup>11</sup>

Zauzimajući sličnu poziciju kao i sudac Harlan, sudac Oliver Wendell Holmes smatrao je da treba podržati zakon države New York, osim u slučaju kad razumna osoba priznaje da on zadire u temeljna načela američkih zakona i tradicije. Ipak, Holmesovo glasovito odvojeno mišljenje kritizira stajalište većinske odluke jer ono širi slobodu ugovaranja i sužava nadzorne ovlasti države. Smatrajući da takve doktrine reflektiraju teoriju socijalnog darvinizma i ekonomiju *laissez-faire*, Holmes je izravno napao osnovnu premisu odluke: “Ustav nema namjeru utjeloviti neku posebnu ekonomsku teoriju... jer je napravljen za ljude temeljno različitih mišljenja o tim stvarima”. Za Holmesa je odluka sudske većine bila opasna zato što je značila neovlašteno uključivanje novog temeljnog prava u Ustav.<sup>12</sup>

Sudac R. Peckham zaključio je da presuda nema namjeru biti zamjena mjerama zakonodavca glede pitanja zaštite zdravlja u pekarskoj industriji. Međutim mnogi su mislili da je odluka Vrhovnog suda bila upravo to, jer je Zakon prethodno bio usvojen jednoglasno. Za određivanje gornje granice radnih sati glasovalo je 119 zastupnika. Od ukupno 12 apelacijskih sudaca koji su prethodno sudili u predmetu sedam ih je bilo na strani zakonskih rješenja. Kritičari su tvrdili da Sud nije imao nikakva posebna saznanja o industriji niti je mogao bolje od zakonodavnog tijela

<sup>10</sup> *Dissenting opinion* mišljenje je suca kojim se izražava neslaganje s većinom, dok je *concurring opinion* mišljenje suca u kojem se on slaže s odlukom većine, ali uz različito objašnjenje (Smerdel, 2006: 344).

<sup>11</sup> Usp. *Dissenting opinion* J. M. Harlan, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), Cornell Law School, Legal Information Institute, Supreme Court Collection: <http://www.law.cornell.edu/supct/>; vidi i Kens P., 1999: 163.

<sup>12</sup> Usp. *Dissenting opinion* O. W. Holmes, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), Cornell Law School, Legal Information Institute, Supreme Court Collection: <http://www.law.cornell.edu/supct/>; vidi i Leonard, 2006: 3 *et passim*.

procijeniti je li pekarstvo nezdravo. Osim toga stajalište o štetnosti rada u pekarskoj industriji podupirala je i opsežna statistička građa uključena u dokazne materijale priložene Vrhovnom sudu.

U kontekstu američkog ustavnog prava predmet *Lochner* ima nekoliko značenja. Prvo, ta odluka simbolizira sudski aktivizam u smislu konstitucionalizacije preferencija sudske politike; drugo, ona je sinonim za ekonomski liberalizam; treće, ona je pokazatelj tadašnje ustavne krize. Obrazložiti ćemo ukratko svako od navedenih značenja.

(i) *Lochner* kao simbol sudskog aktivizma. Prema ovom tumačenju središnji je interes zapravo teorija ustavnog sudovanja Vrhovnog suda, a ne toliko liberalna teorija političke ekonomije kao moguće nadahnuće jednom broju njegovih sudaca. Temeljni je argument da su suci, pod krinkom ustavnog tumačenja, osobne političke preferencije postavili iznad rješenja demokratski izabranog predstavničkog tijela.

(ii) *Lochner* kao sinonim ekonomskog liberalizma. Ovo tumačenje ne kritizira toliko "Lochnerovu" teoriju ustavnog sudovanja koliko stvarnu političku teoriju sudaca Vrhovnog suda. Suci su izrazili predanost načelima slobode ugovaranja i slobode vlasništva te strogim granicama državne intervencije u tržišnim odnosima. Riječ je zapravo o filozofiji *laissez-faire* (ekonomskog liberalizma), koja je u tom vremenu te kasnije za vrijeme Rooseveltova *New Deal*a bila značajna ustavna prepreka prijelazu države i društva u novu etapu razvoja. Njegove su komponente danas transformirane u neoliberalizam te i dalje imaju velik utjecaj, što se ogleda u nepriznavanju zahtjevnije zaštite ekonomskih prava i uopće u odnosu prema socijalnom zakonodavstvu.

(iii) *Lochner* kao refleks ustavne krize. Konačno, *Lochner* se povezuje s ustavnim krizom te je sinonim za dugotrajni sukob između sudova i demokratski izabranih institucija. Taj sukob između političkih vlasti (zakonodavne i izvršne) i sudbene vlasti nakon *Lochner*a došao je do vrhunca kada je predsjednik Franklin D. Roosevelt (1882-1945) s namjerom da slomi otpor Suda predložio tzv. *Court-packing plan*, tj. povećanje broja sudaca kako bi se eventualno nadglasala "Lochnerova većina" u sudu. U jednom govoru od 9. ožujka 1937. godine F. D. Roosevelt snažno je zagovarao taj plan ovim riječima:

... američki oblik vlade opisao sam kao tri konja koja američkom narodu osigurava Ustav kako bi mu se omogućilo da mu polja budu zaorana. Ta su tri konja, naravno, tri grane vlasti – Kongres, egzekutiva i sudovi. Međutim danas zajedno vuku tek dva konja, treći to ne čini (Friedman, 2000: 1004).<sup>13</sup>

Procedura ostvarivanja plana predviđala je i njegovo prihvaćanje u Senatu, ali je usred te situacije Sud jednostavno izmijenio svoj način sudovanja i time sam

<sup>13</sup> Roosevelt, F. D., *A Fireside Chat*, 1937 (cit. prema: Friedman, 2000: 1004).



zaključio *Lochnerovu* eru (Choudhry, 2002: 16; Friedman, 2000: 976).<sup>14</sup> Ta nagla promjena smjera djelovanja Suda (*switch of the Court*) istodobno se shvaćala kao “vjetar u prsa sudskom aktivizmu” (Wolfe, 1997: 21).

(iv) Zaključno o *Lochneru* kao primjeru konzervativnog sudskog aktivizma. Za ustavnopravnu i političku analizu sudskog aktivizma “*Lochnerov sud*” i sam predmet *Lochner* i danas ostaju neiscrpan izvor rasprava o konstitucionalizmu i njegovim sredstvima.<sup>15</sup> Prije svega, tzv. *Lochnerov sud*, kojim je u vrijeme usvajanja odluke predsjedao Mellville Weston Fuller (1833-1910), ostao je zapamćen u ustavnoj povijesti SAD-a kao neosporno aktivistički sud. Upravo je za vrijeme trajanja tzv. *Lochnerove* ere sudbeni nadzor dobio svoja moderna obilježja, na način da je ustavna kontrola zakonitosti od strane Vrhovnog suda postala rutinska operacija i sastavni dio američkog ustavnopolitičkog sustava. Iako je sudbeni nadzor postojao i ranije, upravo je situacija nakon predmeta *Lochner* stvorila potrebu da se utvrdi odgovarajući pojam koji bi se povezivao s praksom suda da “nulificira” (*nullification*), tj. poništava zakone. Prihvaćen je ili, bolje rečeno, zadržao se naziv sudbeni nadzor (*judicial review*), iako su suvremenici predlagali i druge: “judicial supremacy”, “judicial veto”, “judicial nullification”, “judicial paramountcy” itd. (Whittington, 2005: 821). Napokon, u vrijeme *Lochnera* formuliran je i danas prihvaćeni pojam “protuvećinske poteškoće”. Populistički zahtjevi progresivista da je kritika ustavnih odluka sudstva potrebna ne samo sa stajališta prava nego i sa stajališta politike (jer Sud djeluje protiv izražene volje naroda, pa je stoga riječ o antidemokratskoj instituciji) danas su opće mjesto ustavnopravnih rasprava (Seipp, 2005: 671-676).

## 2.2. *Brown Case (1954) i razdoblje progresivnog sudskog aktivizma*

Početak 20. stoljeća u SAD-u počinje ekonomska i socijalna revolucija koja je na poseban način utjecala na odnos između političkih vlasti i Vrhovnog suda. Reformistički potezi progresivista bili su usmjereni prema usvajanju zakonodavnih akata kojima se regulirala ekonomska aktivnost, snižavali porezi, usmjeravala nacionalna monetarna politika, poboljšavali uvjeti rada u industriji, uvodilo biračko pravo žena, zatim prohibicija, porez na prihod itd. Brojni progresivistički zakoni stvorili su

<sup>14</sup> U literaturi se i dalje raspravlja što je zapravo navelo Sud na drastičnu promjenu smjera. Dok jedni smatraju da je izravni razlog upravo Rooseveltov *Court-packing plan*, drugi smatraju da je odluka o promjeni načina djelovanja bila dogovorena među sucima i prije Rooseveltova plana. B. Friedman zaključuje međutim da se na to pitanje jednostavno ne može odgovoriti. Usp. Choudhry, 2002: 16; Friedman, 2001: 976.

<sup>15</sup> Tako je primjerice 2005. godine u povodu stogodišnjice *Lochnera* održan simpozij pod nazivom “*Lochner Centennial Conference*” u organizaciji Bostonskog sveučilišta, a radovi su objavljeni u *Boston University Law Review*, sv. 85, br. 3, 2005.

i prilikom Vrhovnom sudu za sudbeni nadzor, a Sud je u nizu odluka iz tog razdoblja demonstrirao naglašeni ekonomski i socijalni konzervativizam. Usko tumačeći ustavne zaštite osobnih prava, Sud je svojim odlukama prvenstveno štitio interese poslovnog svijeta i kapitala, a protiv zahtjeva za boljom organizacijom rada. Između 1920. i 1923. godine Vrhovni je sud ukinuo dijelove desetak zakona, što je izazvalo republikanskog vođu senatskog pravnog odbora da optuži Sud da je postao “ekonomski diktator”. Možda je najbolju kritiku Vrhovnog suda izrazio Robert M. La Follette (1855-1925), kandidat Progressivne stranke na predsjedničkim izborima 1924. godine:

Današnji je vladar američkog naroda Vrhovni sud SAD-a. Zakon je ono što oni kažu da jest, a ne ono što usvaja narod preko Kongresa. Da, čak ni Ustav SAD-a nije ono što on jednostavno kaže, nego ono što devet ljudi kaže da bi trebalo biti (cit. prema: Baker, 1995: 62).

I Roosevelt je tvrdio da je napad Suda na legislativni program stvorio “*no-man's land*” (ničiju zemlju) na kojoj vlast (državna i federalna) ne može funkcionirati. No napadi sudaca na zakonodavni program *New Deal*a nisu uznemiravali samo nositelje političke vlasti. Zanimljivo je istaknuti da je na popuštanje Kongresu pozivao istaknuti sudac Louis D. Brandeis (Baker, 1995: 65).<sup>16</sup> Već smo istaknuli da je ponašanje sudske većine bilo glavni razlog Rooseveltova *Court-packing* plana. Iako taj plan nije uspio, ponovna pobjeda republikanaca na izborima 1936. godine, kao i promjene u sastavu Suda nakon 1937. godine, otvorile su novo razdoblje u radu Vrhovnog suda (Ely, 1978: 454-455).<sup>17</sup> U sljedećih dvadeset godina

<sup>16</sup> Sudac Brandeis pozivao je na zakonodavno-sudski sklad predlažući niz pravila koja su trebala ograničiti Sud: “(1) Sud neće glasovati o neustavnosti zakona u tzv. prijateljskom postupku zato što je odlučivanje o takvim pitanjima ‘legitimno jedino kao posljednje rješenje... Nikada se nije mislilo da bi stranka koja je prethodno poražena u parlamentu mogla sredstvima prijateljske parnice sudu prebaciti ispitivanje ustavnosti zakonodavnog akta...’; (2) Sud neće ‘anticipirati neko pitanje ustavnog prava unaprijed u nužnosti da ga riješi...’; (3) Sud neće ‘formulirati pravilo ustavnog prava šire nego što zahtijevaju činjenice na koje se ono ima primijeniti...’; (4) Sud neće odlučivati o ustavnom pitanju iako je prijedlog podnesen pravilno ako postoji neka druga osnova za rješavanje pitanja; (5) Sud neće odlučivati o valjanosti zakona ‘ako žalitelj propusti ukazati da su mu djelovanjem takvog zakona osobno povrijeđena prava...’; (6) Sud neće odlučivati o zakonu ‘na poticaj onoga koji u tome vidi osobnu korist...’; (7) Kada se pojavi pitanje valjanosti akta Kongresa, a s njime i ozbiljna sumnja o ustavnosti, temeljno je načelo da ovaj Sud prvo utvrdi je li konstrukcija zakona omogućila da se to pitanje izbjegne”. Usp. 297 U.S. 345-348 (1936), cit. prema: Baker, 1995: 65.

<sup>17</sup> Moderniji pristup sudbenom nadzoru označava odluka *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 114 (1938), poznata po fusnoti 4, kojom je prema ekonomskoj regulaciji primijenjena minimalna kontrola (*rational review*). U mišljenju suca H. Stonea daje se podrška federalnom zakonu koji zabranjuje međudržavnu prodaju mlijeka, i to tako da se prvo ističe ka-

Sud je izmijenio gotovo sve odluke o ustavnosti *New Deal*-zakonodavstva. Taj je proces dosegnuo vrhunac 1941. godine, kada je Sud jednoglasno podržao zabranu dječjeg rada te odredio raspon tjedne plaće (*Fair Labor Standard Act*). Vrhovni je sud u tom razdoblju proglasio neustavnim dijelove samo 4 kongresna zakona, s tim da nijedan od njih nije bio od velikog značaja. Može se reći da je konzervativni sudski aktivizam zamijenila politika sudskog samoograničenja (*restraint*). Ipak, u procesu transformacije američke nacije nakon Drugog svjetskog rata ponovno će se postaviti pitanje odnosa između političkih vlasti i Vrhovnog suda. Tada će se ponovno pojaviti sudski aktivizam, ali ovog puta imat će liberalni, odnosno progresivni predznak.

(i) *Brown Case* (1954) i zaokret Vrhovnog suda prema liberalnom sudskom aktivizmu. Izborom novog predsjednika Vrhovnog suda Earla Warrena (1891-1974) početkom 1953. godine započelo je novo razdoblje djelovanja Suda. Warren je obnašao funkciju *Chief Justicea* od 1953. do 1969. godine. U vrijeme njegova predsjednikovanja Sud se preobrazio u krajnje angažiranu instituciju čije su odluke doticale sva područja života američke nacije. Politički sporovi oko građanskih prava, obrazovanja i zakonodavne zastupljenosti postali su glavna područja ustavne borbe. Transformacija Suda započela je jednoglasnom odlukom u predmetu *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954). U sljedećim godinama Vrhovni je sud postao ona "grana vlasti koja se ne boji rješavati teška socijalna pitanja, ne oklijeva poticati društvenu promjenu, koja ne pokazuje neodlučnost da se uključi u kontroverzna pitanja. S druge strane, zakonodavna i izvršna vlast bile su dvosmislene i malodušne" (Baker, 1995: 72).<sup>18</sup>

Ukratko ćemo navesti sadržaj i mišljenje jedne od najznačajnijih odluka Vrhovnog suda, koja je uslijedila kao reakcija na više sličnih slučajeva u različitim državama (Kanzas, Virginia, Južna Karolina, Delaware te District of Columbia) kojima je zajedničko to što su crnačka djeca, preko svojih pravnih zastupnika, tražila pomoć sudova kako bi im bio omogućen upis u lokalne javne škole koje pohađaju djeca bijelaca.<sup>19</sup> U predmetu iz Kanzasu *Brown v. Board of Education* tužitelji su

ko je zakon racionalan, ali se zatim u fusnoti 4 sugerira da samo racionalnost ne mora uvijek biti dovoljna. Fusnota uvodi ideju o različitim razinama sudske kontrole. Stroži oblik kontrole Sud je primijenio u predmetu *Korematsk v. U.S.* (1944). Usp. Ely, 1978: 454-455.

<sup>18</sup> White, G. E., Warren Court, u: *Encyclopedia of the American Constitution*, vol. 4, str. 2024 (cit. prema: Baker, 1995: 72).

<sup>19</sup> U pitanju su bili ovi predmeti: *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kansas, et al.*; *Harry Briggs, Jr., et al. v. R. W. Elliott, et al.*; *Dorothy E. Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*; *Spottswood Thomas Bolling et al. v. C. Melvin Sharpe et al.*; *Francis B. Gebhart et al. v. Ethel Louise Belton et al.* Vrhovni je sud 1952. godine odlučio da će sve slučajeve razmatrati zajedno.

bili crnačka djeca osnovnoškolske dobi s prebivalištem u mjestu Topeka.<sup>20</sup> Oni su se zajedno žalili Područnom sudu Kanzasa radi ostvarivanja kanzaškog zakona koji dopušta, ali ne postavlja obvezu da se u gradovima s više od 15.000 stanovnika ostvare odvojene školske pogodnosti za crne i bijele učenike. Prema tom zakonu uprava za obrazovanje u Topeki odlučila je osnovati segregirane osnovne škole. Međutim druge su javne škole u zajednici djelovale na nesegregacijskoj osnovi. Razmatrajući slučaj, tročlani je područni sud zaključio da segregacija u javnom obrazovanju ima štetan učinak na crnačku djecu, ali je odbio zahtjev tužitelja tako što je utvrdio da su crne i bijele škole u biti jednake ako se uzmu u obzir zgrade, transport, školski program i obrazovne kvalifikacije učitelja. Njihova odluka bila je utemeljena na tzv. doktrini “odvojeni, ali jednaki”, prema kojoj jednakost postupanja postoji kada su rasama osigurane jednake pogodnosti, premda su te pogodnosti odvojene. Tužitelji su, naprotiv, tvrdili da segregirane javne škole nisu i ne mogu biti “jednake” te da klauzula “odvojeni, ali jednaki” krši XIV. amandman (tj. klauzulu o jednakosti).<sup>21</sup>

Vrhovni je sud zauzeo stajalište da se njihova odluka ne može usmjeriti prema usporedbi izjednačenosti škola kad je riječ o infrastrukturi, školskom programu i sl., već je nužno razmotriti efekte same segregacije na javno obrazovanje, koje pritom “mora biti razmotreno u smislu njegova punog razvoja i njegova današnjeg mjesta u životu američke nacije”. Osnovno je pitanje, smatra sud, uskraćuje li segregacija bijele i obojene djece u javnim školama isključivo na temelju rase, bez obzira na to što konkretni faktori mogu biti jednaki, djeci manjinske grupe jednake obrazovne mogućnosti:

Mi vjerujemo da uskraćuje. (...) Odvajati ih od ostale djece njima slične dobi i sposobnosti samo zbog njihove rase stvara osjećaj inferiornosti, pa im njihov status u zajednici može utjecati na um i srce onako kako se ne bi smjelo. Učinak takvog odvajanja s obzirom na njihove obrazovne mogućnosti dobro je utvrđen u slučaju iz Kanzasa, gdje sud nije nikako bio prisiljen odlučiti protiv crnih tužitelja. Segregacija bijele i obojene djece u javnim školama ima štetan učinak na obojenu djecu. Utjecaj je još veći kada ga sankcionira pravo, pa se politika segregiranja rasa

<sup>20</sup> *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kansas et al.* (1954). Odluka ima 14 fusnota. Ovdje prevodimo i prikazujemo samo 1. fusnotu jer se u njoj spominje slučaj iz države Kanzasa koji je u naslovu odluke Vrhovnog suda. Usp. Cornell Law School, Legal Information Institute, Supreme Court Collection, <http://www.law.cornell.edu/supct/>

<sup>21</sup> Amandman XIV (1868), odj. 1: “Sve osobe rođene ili prirodene u Sjedinjenim Američkim Državama i podložne njihovoj vlasti državljanji su Sjedinjenih Država i Države u kojoj prebivaju. Nijedna Država neće donijeti ili provoditi neki zakon koji bi ograničio povlastice ili zaštitu državljanima Sjedinjenih Država niti će koja Država oduzeti kojoj osobi život, slobodu ili imetak bez pravičnog zakonitog postupka; niti uskratiti bilo kojoj osobi pod njezinom vlašću jednaku zaštitu pred zakonom”. V. *Ustav SAD-a*.

obično tumačila u smislu obilježavanja inferiornosti crnačke grupe. Osjećaj inferiornosti utječe na motivaciju djece u učenju. Segregacija s pravnom sankcijom ima dakle tendenciju da unazadi edukacijski i mentalni razvoj crnačke djece i da je liši nekih povlastica koje bi primila u rasno integriranom školskom sustavu.

Odluka Suda u predmetu *Brown v. Board of Education of Topeka* kronološki je prvi uradak E. Warrena, a možda i njegova najznačajnija ostavština. Ta je odluka važna jer je njome učinjen “presudan iskorak u ekspanziji sudske vlasti” (Wolfe, 1997: 23). Drugim riječima, ponovno je zakoračeno u razdoblje ekstenzivnog sudskog aktivizma. Odlučen jednoglasno, predmet *Brown* bio je “diplomatski trijumf *Chief Justicea* Warrena” (Pritchett, 1984: 261) kojim je inicirana pravna i društvena revolucija u rasnim odnosima. Predmet *Brown* bio je početak temeljitih promjena u strukturi američkog društva, ali i promjena prirode i očekivanja od sudskog tumačenja Ustava (Hutchinson, 1999: 34-36).

U odluci su dotaknuta dva važna pitanja: (1) povijesno shvaćanje klauzule o jednakosti (*Equal Protection Clause*) koje je za Sud bilo neuvjerljivo; (2) ranija odluka Vrhovnog suda *Plessy v. Ferguson* kao izvor segregacije s argumentom da segregacija nije štetna.

Rasno pitanje nakon američkoga Građanskog rata (1861-1865) i ustavnih amandmana (XIII, XIV i XV) koji su pozivali na izgradnju društva rasne jednakosti (Ehrlich, 1999: 277-279)<sup>22</sup> bilo je obilježeno odlukom Vrhovnog suda *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Tom je presudom utvrđeno da su “odvojene, ali jednake” pogodnosti kompatibilne s jednakom zakonskom zaštitom. U praksi se međutim pokazalo da odvojen znači nejednak. Crnačko je stanovništvo u južnim državama u odnosu prema bijelcima tretirano kao inferiorna rasa. Zahvaljujući naporima crnačkih i liberalnih civilnih i profesionalnih udruga Vrhovni je sud odlučio pitanje raspraviti i riješiti u predmetu *Brown*. Međutim u istraživanju problema segregacije Sud se nije bavio prošlošću, već aktualnim stanjem u američkom obrazovanju. Umjesto u povijesnim okolnostima Sud je oslonac pronašao u rezultatima

<sup>22</sup> Američki povjesničari dokazali su da je odluka Vrhovnog suda *Scott v. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857) suca Rogera B. Taneya imala izravan utjecaj na akcije koje su dovele do Građanskog rata. Taneyovo je mišljenje “primjer naopakog sudačkog umijeća i promašenog sudačkog državljanstva”. Trebao je proći Građanski rat (1861-1865) i biti usvojeni Amandmani Građanskog rata da tu odluku promijene. Tako je Amandman XIII. (1865) ukinuo ropstvo, Am. XIV. dodijelio državljanstvo svima koji su rođeni u SAD-u, i to bez obzira na boju kože i prijašnje stanje ropstva, a Am. XV. (1870) dodijelio je pravo glasa državljanima bez obzira na rasu, boju kože i eventualno ranije ropstvo. Odluka *Dred Scott* jedna je od najvažnijih odluka u američkoj ustavnoj povijesti jer je osigurala osnovu za dalekosežno tumačenje klauzule materijalnog zakonitog postupka (*substantive due clause*), a posebno je probudila krizu u rasnim odnosima. Usp. Ehrlich, 1999: 277-279.

istraživanja društvenih znanosti koja su potvrdila svu štetnost segregacije i sustava bjelačke supremacije koji je na njoj izgrađen.

Odluka *Brown* ubrzo je izazvala negativnu reakciju političkih vlasti, što je bilo i očekivano s obzirom na tradiciju rasnih odnosa u SAD-u. U Kongresu se tako 1956. godine pojavila "Deklaracija o ustavnim načelima" (tzv. *Southern Manifesto*) kojom je 96 južnjačkih senatora i zastupnika osporavalo ustavnost odluke.<sup>23</sup> Tadašnji predsjednik D. Eisenhower (1890-1969), koji je u početku izrazio načelnu podršku ostvarivanju prava na obrazovanje, uporno je oklijevao čvršće podržati ostvarivanje odluke o uklanjanju segregacije. U državama "starog Juga", koje su naročito podupirale *Jim Crow*-društvenu strukturu,<sup>24</sup> predstavnička tijela brzo su usvojila cijeli niz novih zakona s ciljem sprečavanja desegregacije. Konzervativni mediji su za suca Warrena tražili *impeachment*. Osim pravnih prepreka desegregacija je izazvala i niz nasilnih događaja. Tako je Vrhovni sud za događaje u Little Rocku 1957. godine izravno prozvao guvernera Arkanzasa i predstavničko tijelo te države (v. *Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1* [1958]) (Freyer, 1999: 62-63).

Odlukom u predmetu *Brown* Vrhovni je sud zabranio rasnu segregaciju, uključujući posebno slučajeve u kojima je bila poticana od same vlasti. Ipak, trebalo je vremena da sudska odluka postane stvarnost. To se konačno dogodilo 1964. godine usvajanjem Zakona o građanskim pravima (*Civil Rights Act, 1964*) kojim je Kongres "ratificirao" i proširio načelo zabrane diskriminacije. Krajem šezdesetih godina uslijedile su nove odluke Suda o pitanju rasnih odnosa, no sada su bile usmjerene na nove oblike diskriminacije u društvu. Naime dok je odlukom *Brown* zabranio rasnu diskriminaciju, Sud je u predmetu *Green v. County School Board, 391 U.S. 430* (1968) potaknuo određene mjere kako bi povećao integraciju društva. Radilo se o ovome. Ubrzo nakon uspjeha s usvajanjem *Civil Rights Acta* došlo je do smanjenja zakonski poticane rasne segregacije, ali bez velikih rezultata. Takva situacija potaknula je suce Vrhovnog suda na novu akciju, pa je Sud učinio pomak od zabrane segregacije na mnogo ambiciozniji plan "iznude" integracije. Tako je sudac William J. Brennan (1906-1997), koji je u Sudu proveo 44 godine (1956-1990) i kojega je *Chief Justice* Warren prijateljski zvao *Deputy Chief*, u jednoglasno prihvaćenom mišljenju u predmetu *Green* (9:0) ponovio ustavni zahtjev za eliminacijom rasne segregacije. Međutim budući da je školski sustav još uvijek bio neustavan, tj. nedo-

<sup>23</sup> Tekst i opširnije o tzv. *Southern Manifestu* vidi na: [http://www.milestonedocuments.com/document\\_detail.php?id=126](http://www.milestonedocuments.com/document_detail.php?id=126)

<sup>24</sup> Pojam *Jim Crow* dolazi iz popularne pjesme s uličnih priredbi koje je 1828. godine počeo izvoditi Thomas Dartmouth "Daddy" Rice, engleski useljenik u SAD i prvi popularizator glumaca s licem obojenim u crno. Pjesma i obojeno lice bili su u svoje vrijeme veliki hit, a od 1837. godine ovaj se primjer shvaća kao metafora rasne segregacije.

voljno integriran, dopuštaju se tzv. “afirmativne tužbe” u prilog manjine kada je to neophodno da bi se ostvarilo povećanje rasne integracije u školama.<sup>25</sup>

Napore Suda da potakne široku društvenu reformu pokazuju i kasnije odluke, posebno *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962). Tu je odluku sam *Chief Justice* Warren označio kao “najznačajniju odluku” usvojenu za vrijeme njegova predsjednikovanja. Ta odluka ima prvenstveno politički značaj. Predmet *Baker* snažno je utjecao na uvažavanje interesa i političke snage urbanih središta i njihove populacije. Naime bez obzira na porast i sve veću ulogu urbane populacije zakonodavci u savezним državama dugo su oklijevali s promjenama izbornih jedinica koje bi reflektirale promjene u populaciji (*reapportionment*), a čime bi omogućili veći utjecaj biračkog tijela u urbanim središtima. Budući da je odluka u predmetu *Baker* inicirala velik broj tužbi, politička mapa nacije bila je znatno izmijenjena (Pealtson, 1999: 17-20).

Na kraju možemo zaključiti da je upravo tzv. Warrenov sud pridonio oblikovanju “protuvećinske poteškoće”, koja je od A. Bickela i drugih kasnijih autora formulirana kao “dilema legitimiranja imenovanih sudaca u demokraciji” (Friedman, 2002: 247). Iako je sudac Warren svojim aktivizmom zapravo intenzivirao tu poteškoću, njegov je Sud u analima američke ustavnosti ostao zapamćen prije svega kao institucija koja je svojim intervencionizmom potvrdila svoju prevažnu “ulogu zaštitnika pojedinca od vlasti Levijatana i zaštitnika manjina od pritiska većine” (Friedman, 2002: 250).<sup>26</sup> Zbog toga je djelovanje Vrhovnog suda u razdoblju pod predsjedavanjem suca Warrena primjer sudskog aktivizma u njegovu najboljem izdanju (Friedman, 2002: 251).<sup>27</sup>

<sup>25</sup> “Afirmativne tužbe – niz tužbi stvorenih kako bi se elimirala postojeća i trajna diskriminacija, omogućilo ispravljanje trajnih učinaka diskriminacije iz prošlosti te stvorio sustav i procedure izbjegavanja nove diskriminacije”; v. *Black's Law Dictionary*, odrednica “*affirmative action*”, str. 64.

<sup>26</sup> Kurland, P. B., 1969: *Toward a Political Supreme Court*, 37 *University of Chicago Law Review* (cit. prema: Friedman, 2002: 250).

<sup>27</sup> Takva bi ocjena bila prikladna i s obzirom na izvore i duh američkog konstitucionalizma. Nastojanje da se ostvari “demokratska vlada pod zakonom” (*democratic government under law*) te razdvajanje tih vrednota (demokracije i vladavine prava) kroz američku je povijest poticalo namjere da se na sličan način razdvoje i funkcije. Međutim “privrženost Amerikanaca narodnom suverenitetu i temeljnom zakonu osigurala je” – prema riječima Roberta McCloskeya u poznatom djelu o Vrhovnom sudu SAD-a – “javnu podršku svakoj instituciji koja je te vrednote predstavljala. Upravo taj dualizam... pomaže da se shvati ono što se, čini se, u povijesti kasnije zapetljalo...” Usp. McCloskey, R., 1960: *The American Supreme Court*, str. 13 (cit. prema: Friedman, 2002: 251).

### 3. Obilježja suvremenog američkog sudskog aktivizma

Razvoj američkog sudskog aktivizma obilježava stalna izmjena smjera djelovanja sudaca Vrhovnog suda. Pedesetih i šezdesetih godina 20. stoljeća brojni pravni pisci (A. Bickel i drugi) kritizirali su članove Warrenova suda zbog njihove ambicije da rješavaju politička pitanja. Isti argument koristila je kasnije i konzervativna društvena (pravna) kritika koja je s protuvećinskog argumenta prešla na osudu sudačkog liberalnog “socijalnog inženjeringa”. Nakon što je 1968. godine za predsjednika SAD-a izabran R. Nixon, koji je u svojoj kampanji stalno kritizirao liberalne odluke Warrenova suda, konzervativci su uspjeli ponovno zagospodariti Sudom. To je označilo početak razvoja nove konzervativne ustavne jurisprudencije (Swindler, 1970: 671).<sup>28</sup> Tako se razvoj američkog sudskog aktivizma zapravo nalazi u stalnoj izmjeni smjera, odnosno aktivizama različite orijentacije. Warrenov aktivizam liberalnog tipa zamijenio je aktivizam umjerenog konzervativizma nakon što je na čelo Suda 1969. godine došao W. E. Burger (1907-1995), koji je tu funkciju obnašao do 1986. godine.

Sredinom osamdesetih godina prošlog stoljeća Vrhovni je sud ušao u novu fazu svog djelovanja. U to je vrijeme za predsjednika SAD-a ponovno izabran Ronald Reagan, koji je u Bijeloj kući ukupno proveo dva mandata (od 1981. do 1989. godine). No i Vrhovni je sud dobio novog predsjednika – bio je to William H. Rehnquist (1924-2005), koji je kao *Chief Justice* služio od 1986. do 2005. godine. Vrhovni je sud u tom periodu, prema T. M. Kecku, postao “najaktivističkiji sud u povijesti” (Keck, 2004).

U jednoj analizi djelovanja Suda koji je predvodio W. H. Rehnquist navedene su tri mogućnosti djelovanja, tj. tri uloge koje su suci mogli usvojiti. Prva je mogućnost bila da Sud usvoji popustljiv položaj prema izabranim granama vlasti. Suci su međutim odbili tu poziciju. Tim su stajalištem suci i konzervativnog i liberalnog opredjeljenja zapravo nastojali omogućiti Sudu prostor za što efikasniju zaštitu individualnih prava (Keck, 2004: 181).<sup>29</sup> Druga opcija bila je usvajanje pozicije konzervativnog aktivizma, koju je u osnovi zagovarao *Chief Justice* Rehnquist te suci Scalia i Thomas (pa i O’Connor i Kennedy). Oni su zagovarali “kategoričnu

<sup>28</sup> “Izborom Richarda M. Nixona za predsjednika SAD-a 1968. godine uloga Vrhovnog suda u američkom političkom procesu postala je predmet rasprave koja je bila daleko strastvenija od bilo koje druge vođene nakon krize s *New Dealom* tridesetih godina”, Swindler, 1970: 671. Usp. i Dworkin, 1972; Keck, 2004: 143.

<sup>29</sup> T. M. Keck tvrdi da to oslikava “karakter ustavnog konzervativizma koji počiva na pravima”. Na to ukazuju odluke iz ekonomskog područja koje su se temeljile na ograničenju vlasti (trgovinska klauzula, X. amandman, vlasnička prava), odluke koje se tiču građanskih sloboda i prava u slučajevima koji su se suprotstavljali afirmativnim tužbama te mjere kojima se odbijala državna pomoć vjerskim grupama itd. Usp. Keck, 2004: 181.



distinkciju između onih situacija u kojima izvorni ustavni tekst određuje granice i koje bi Sud trebao aktivno podupirati, te situacija u kojima je tekst 'nijem', pa time poziva na ograničavanje" (Keck, 2004: 201). To je značilo angažman sudske vlasti u zaštiti vlasničkih prava, ograničavanje državnih napora u reguliranju poduzetništva i uspostavi socijalne i ekonomske jednakosti te popuštanje političkim vlastima u pitanjima smrtne kazne, molitve u školama i ograničenjima prava na abortus. Treća je opcija bila nastaviti s liberalnim aktivizmom i nju su zagovarali preostali suci.

U svakom slučaju, većina sudaca opredijelila se za usvajanje nove konzervativne ustavne jurisprudencije, uz nastavljanje određenih liberalnih mjera Warrenova i Burgerova suda. T. M. Keck brani svoju tvrdnju da je Rehnquistov sud "najaktivističkiji u povijesti" posebno naglašavajući tri faktora. Prvi pokazuje da je Sud od 1994. godine ukinuo više federalnih zakona nego u bilo kojem drugom razdoblju u svojoj povijesti. Drugo, Sud je potvrdio svoj autoritet na jedan samosvjestan način, a najistaknutiji suci snažno su podupirali koncepciju supremacije sudstva. Treće, Sud je pokazivao spremnost da intervenira u brojnim važnim područjima prava i politike. Zadnji je takav poznati slučaj *Bush v. Gore* kao još jedan dokaz snažne interakcije između prava i politike (Powell, 2001: 333-350).<sup>30</sup> Odnosno, kako je to zaključio Sanford Levinson:

Jedna od stvari koje su neki od nas naučili 12. prosinca 2000. jest da su petorica republikanskih sudaca – drugim riječima sudaca koji su politički naklonjeni Republikanskoj stranci i koje su imenovali republikanski predsjednici – bila spremna učiniti sve što je potrebno za blokadu izbornog procesa u Floridi u kontekstu koji je značio da će republikanski kandidat G. W. Bush neizbježno zauzeti Bijelu kuću (Levinson, 2002: 11).

<sup>30</sup> Sudac R. A. Posner u djelu *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, Constitution and the Courts* (2001) brani odluku Vrhovnog suda u predmetu *Bush v. Gore* jer smatra da je većina (7) sudaca "politički" odlučila ono što je najbolje za zemlju. Odluka je primjer "pragmatičnog pristupa pravu", pod kojim sudac Posner zapravo razumijeva ovo: "Pragmatično sudovanje... ono je koje se vodi usporedbama posljedica alternativnih rješenja za svaki slučaj, a ne algoritmom koji suce vodi logičkim ili nekim drugim postupkom do Jedne Prave Odluke, koristeći se pritom materijalima kao što su zakonski ili ustavni tekst i prethodna sudska mišljenja. Pragmatičar ne vjeruje da postoji ili da bi trebao postojati bilo kakav algoritam te vrste. Na sudovanje, a posebno na ustavno sudovanje, on gleda kao na praktično oruđe za socijalno uređenje te vjeruje da treba izabrati onu odluku koja ima bolje posljedice za društvo" (str. 341). Pragmatični bi zahtjevi u ustavnom sudovanju trebali imati snažniju ulogu od, primjerice, povijesti i presedana, smatra Posner: "Starost i kratkoća Ustava, trenutačni karakter niza predmeta u kojima se presuđuje prema tom Ustavu te praktična konačnost većine odluka Vrhovnog suda... pozivaju, omogućuju, pa čak i prisiljavaju suce da velik broj svojih ustavnih odluka temelje na osporivim osobnim vrednotama i ideološkim preferencijama" (str. 347); cit. prema: Powell, 2001: 333-350.

Sažeta ocjena Rehnquistova dugogodišnjeg vodstva Vrhovnog suda jest sud-ska supremacija Suda i aktivizam, odnosno “supremacija sudaca nad suverenitetom Kongresa i demokratskim vrednotama” (Sullivan, 2003: 116).

### 3.1. Razlike između konzervativnog i progresivnog sudskog aktivizma u SAD-u

Američki konstitucionalizam uvijek je obilježavao pluralizam pravnih filozofija i metodologija. Ta se različitost reflektirala i na sudski aktivizam kao sastavni dio američke ustavnosti. Tako primjerice K. Roosevelt smatra da je rasprava o sudskom aktivizmu u biti “debata o prirodi američkog Ustava”, odnosno o sudbenom nadzoru.<sup>31</sup> Sudbeni nadzor naime kao sredstvo kontrole vladavine većine potiče “nepovjerenje” (*distrust*) sudaca u proces većinske vladavine te brigu za očuvanje Ustava, a ona mora biti trajna.<sup>32</sup> Ipak, dok je za jedne (prije svega za utemeljitelje SAD-a) Ustav utemeljen na zaštiti individualne slobode (ovdje je sloboda “pravo svakog čovjeka da čini ono što mu je po volji”), za druge je Ustav uvijek bio usredotočen na pitanje kako poticati demokraciju (kao “slobodu za neke da čine što žele s drugim ljudima i proizvodom njihova rada”) (Sandefur, 2006: 3).<sup>33</sup>

Kraj 20. i početak 21. stoljeća u SAD-u je obilježio “trijumf konzervativne sud-ske ideologije” (Chemerinsky, 2004: 54).<sup>34</sup> Takva ocjena temelji se na prosudbi da je za vrijeme mandata *Chief Justice* Rehnquista (1986-2005) Vrhovni sud značajno ograničio federalne ovlasti u vezi s klauzulom o trgovini (*Commerce Clause*),<sup>35</sup> kao i odjeljak peti XIV. amandmana,<sup>36</sup> odnosno da je proširio područje imuniteta suve-

<sup>31</sup> Usp. Sandefur, 2006: 3.

<sup>32</sup> Jedna od najpoznatijih knjiga posvećenih pitanju sudbenog nadzora i njegova opravdanja glede nepovjerenja koje suci imaju prema vladavini većine djelo je J. H. Ely (1980); u toj knjizi John Hart Ely zaključuje da “ustavno pravo egzistira na pravi način samo u onim situacijama gdje se predstavničkoj vladi ne može vjerovati...”. Usp. Ely, 1980: 183.

<sup>33</sup> Polemika između T. Sandefura i K. Roosevelta, koju smo iskoristili kao povod za uočavanje razlika između konzervativnog i progresivnog sudskog aktivizma, temelji se na tumačenju govora A. Lincolna 18. travnja 1864. godine u kojem on govori o različitim shvaćanjima slobode i napominje da se “ovca i vuk sasvim sigurno nikada neće složiti oko definiranja riječi sloboda. Kada pastir odvlači vuka s vrata ovce, ovca mu zahvaljuje kao svom osloboditelju, dok ga vuk za isti čin osuđuje kao destruktora slobode”. Usp. Sandefur, 2006: 1.

<sup>34</sup> Riječ je zapravo o razlici, kako to ispravno zaključuje E. Chemerinsky, između konzervativnog i progresivnog konstitucionalizma koju uvijek obilježava aktivizam ili pasivnost ustavnih grana vlasti. Usp. Chemerinsky, 2004: 54. Ovim se tekstom služimo i u prikazu ideoloških razlika između sudaca Vrhovnog suda SAD-a.

<sup>35</sup> “Kongres će imati ovlasti... uređivati trgovinu sa stranim državama, te između pojedinih država, i s indijanskim plemenima”. Čl. I., odj. 8., st. 3. Ustava SAD-a. Usp. *Ustav SAD-a*.

<sup>36</sup> “Kongres će imati ovlast provedbe odredbi ovog članka putem odgovarajućeg zakonodavstva”. Amandman XIV, odj. 5. Ustava SAD-a. Usp. *Ustav SAD-a*.

renosti država, obustavio naredbe o desegregaciji škola, ograničio pristup sudovima podnositeljima tužbi glede povreda građanskih prava te znatno smanjio ograničenja u pružanju državne pomoći vjerskim institucijama. Posljednja dva desetljeća djelovanja Suda i konzervativno sudsko odlučivanje omogućuju konačno i zaključak o razlikama između suvremenog konzervativnog i progresivnog sudskog aktivizma u SAD-u (Chemerinsky, 2004: 53-54). Za naš su rad posebno zanimljiva (ideološka) obilježja koja je moguće uočiti u odlukama Vrhovnog suda, što je svojevrsni lakmus papir aktivizma njegovih sudaca.

1) Prva je razlika između konzervativnih i progresivnih sudaca u tome što prvi ograničavaju prostor djelovanja federalne vlasti i štite prava država (*United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 [1995]), odnosno *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 [2000]),<sup>37</sup> dok potonji nastoje zadržati široke kongresne ovlasti koje su prevladavale od 1937. do početka 1990-ih godina. Ta podjela između konzervativaca i progresivista nije novost. Konzervativci su se kroz cijelu američku povijest pozivali na federalizam kako bi ograničili vlast savezne države. Najbolji je primjer svojedobno pozivanje na prava država (*state's rights*) s ciljem suprotavljanja ukidanju ropstva, programima *New Deal*a, desegregaciji te saveznim zakonima o građanskim pravima.

2) Druga je razlika vezana uz nastojanja konzervativnih sudaca da ograniče pristup sudovima, posebno u slučajevima koji su povezani s građanskim pravima (*Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 105 [2001]).<sup>38</sup> Progresivisti su u istim predmetima zagovarali dostupnost pravnim sredstvima zaštite. I to je tradicionalna podjela: progresivisti su uvijek bili zagovornici građanskih prava, a konzervativci su im se uvijek suprotstavljali.

3) Treća je razlika vezana uz nastojanja konzervativaca da povećaju državnu pomoć crkvama, odnosno istovremene napore progresivista da se održi čvrsta podjela između države i crkve. Konzervativci zagovaraju i dopuštaju molitvu u školama i pomoć vjerskim školama,<sup>39</sup> dok se liberali tome tradicionalno protive i traže sekularnu vladu koja je strogo ograničena u svojoj podršci crkvi.

4) Četvrta razlika postoji u odnosu prema individualnim pravima. Za razliku od konzervativaca koji nastoje ograničiti prostor individualnih prava, progresivisti

<sup>37</sup> U oba primjera mišljenje suca Rehnquista ograničava ovlast Kongresa da djeluje na temelju klauzule o trgovini.

<sup>38</sup> Sud je presudio da se ne može uložiti privatna tužba za ostvarivanje odredbi iz poglavlja VI. *Zakona o građanskim pravima* (1964) koje zabranjuju primateljima federalnih fondova da obavljaju praksu koja je rasno diskriminirajuća.

<sup>39</sup> U odluci *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002) Sud je podržao program za vjerske i sekularne privatne, ali ne i javne škole.

nastoje ostvariti i proširiti osobne slobode, bez obzira na to jesu li one konstitucionalizirane. Rasprave o pravu na abortus ukazuju na velike razlike među njima. Dok bi konzervativci ukinuli možda i svaku zaštitu tog prava, liberali ga svakako nastoje održati.<sup>40</sup>

5) Između konzervativnih i liberalnih sudaca uočavaju se i temeljne razlike u odnosu prema pravima optuženika za kaznena djela. Prvi više naglašavaju pitanje sigurnosti, dok potonji naglašavaju potrebu zaštite optuženika od državne represije.<sup>41</sup>

6) Konzervativni suci nastoje eliminirati afirmativnu tužbu kao diskriminaciju, dok liberalni suci putem tih tužbi nastoje osigurati različitost i pronaći odgovor na brojne nepravde počinjene na temelju rasne diskriminacije.<sup>42</sup>

Prema tome, postoji zajednički “nazivnik” i konzervativnog i liberalnog političkog mišljenja. To je funkcija sudbenog nadzora, odnosno služenje najснаžnijom ovlašću Vrhovnog suda da tumači Ustav te odlučuje o valjanosti akata i postupaka zakonodavne i izvršne vlasti. Ta funkcija pritom ima i dvije političke posljedice. Prva je posljedica da sudsko tumačenje ustavnog teksta neizbježno ovisi o ustavno-pravnoj filozofiji pojedinog suca, koja je povezana s trajnom raspravom o “uskoj” ili “širokoj” konstrukciji ustavnog teksta. Druga je posljedica vezana uz prvu: ukoliko je prevladavajuće sudsko tumačenje ustavnog teksta politički nepopularno, tada političke grane vlasti (zakonodavna i izvršna) nastoje promijeniti situaciju koristeći se sredstvima kojima raspolažu (Swindler, 1970: 674).

Razlike na koje smo ukazali dovoljan su temelj za zaključak o postojanju evidentnog aktivizma Vrhovnog suda SAD-a. Aktualna i važna društvena pitanja (abortus, smrtna kazna, afirmativna tužba, odnos države i vjere itd.) zbog kojih do-

<sup>40</sup> Više o glasovitom predmetu *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) i povijesti političkih borbi između tzv. *pro life* i *pro choice* grupa usp. Tushnet, M. (u: Hall, 1999: 262-265).

<sup>41</sup> Tako je primjerice u odluci *McKune v. Lille*, 536 U.S. 24 (2002) Vrhovni sud odlučio da zatvorski službenici nisu povrijedili V. amandman (samooptuživanje – “nijedna osoba... neće biti ni u jednom kaznenom slučaju prisiljena svjedočiti protiv sebe”) kada su ukinuli određene privilegije zatvoreniku koji tijekom programa o seksualnom nasilju nije želio otkriti neke detalje iz svoje seksualne prošlosti.

<sup>42</sup> Predmet *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) povezan je s prvim poznatim slučajem ustavnog testa afirmativne akcije – *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), koji je također riješen u kontekstu širenja rasne i socijalne različitosti studentskog tijela. Tužiteljica Grutter je bjelkinja koja je svojim rezultatima konkurirala za upis na Michigan Law School, ali u tome nije uspjela. Zato je podigla tužbu tvrdeći da su je fakultetske vlasti diskriminirale na temelju rase, čime su povrijedile XIV. amandman te gl. VI. Zakona o građanskim pravima, i 42 U.S.C. § 1981, otvarajući tako vrata određenim manjinskim grupama za upis na fakultet sa sličnim ocjenama. V. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>

lazi do podjela u Sudu usmjerila su u ovom razdoblju njegovu (konzervativnu) većinu u pravcu konzervativnog sudskog aktivizma.<sup>43</sup>

### 3.2. Dioba vlasti u SAD-u i sudski aktivizam na prijelazu stoljeća

Iako neki od najpoznatijih američkih konstitucionalista predlažu “novu diobu vlasti” (Ackerman, 2000),<sup>44</sup> tradicionalna ideja o diobi vlasti te ograničavanju i uzajamnoj kontroli grana vlasti i dalje je najznačajnije obilježje američkog Ustava. Ako pritom i zanemarimo teorije koje još nisu zaživjele (uključujući ideju “ograničenog parlamentarizma”), ipak u tim razmišljanjima postoje ideje koje otkrivaju bit problema. Prema B. Ackermanu, bit suvremenog konstitucionalizma i ustavnog prava u SAD-u i drugdje jest nastojanje da se pronađu odgovori na tri velika izazova modernog doba:

... potrebno je postići da ideal narodnog suvereniteta postane uvjerljiva stvarnost moderne vlade, ponovno osmisliti ideal birokratske ekspertize i integriteta na prihvatljivoj osnovi te očuvati temeljna liberalna prava garantirajući temeljne izvore samostalnog razvoja svakom građaninu (Ackerman, 2000: 725).

Uz dužnu počast Montesquieuu i Madisonu, Ackerman ipak zaključuje da do pravog odgovora na te probleme vode nove ustavne forme kojima bi se navedeni

<sup>43</sup> Napominjemo da cjelovito istraživanje pitanja sudskog aktivizma traži još širi pristup koji bi, osim ustavne interpretacije, obuhvatio i tumačenje zakona te djelovanje nižih saveznih sudova. Međutim poput pristupa većine istraživača sudskog aktivizma i naš je pristup svjesno ograničen, no smatramo da to ne utječe na konačne zaključke. Time se pridružujemo onima koji, poput C. Wolfea, zaključuju da su od svih slučajeva ipak najvažniji oni “Vrhovnog suda u kojima je prakticiran sudbeni nadzor... koji se *mutatis mutandis* primjenjuju na zakonsko tumačenje i niže federalne i državne sudove”, Wolfe, 1997: 32.

<sup>44</sup> Aludiramo prvenstveno na tekst poznatog američkog profesora ustavnog prava Brucea Ackermana “The New Separation of Power”. Za razliku od onih koji veličaju američki doprinos razvoju ustavnosti u svijetu “izvozom” njegovih izuma (pisani ustav, deklaracija o pravima, dioba vlasti i sudbeni nadzor), Ackerman smatra da tradicionalna dioba vlasti (“But the separation of powers?”, str. 635) zahtijeva promjene. Danas “dioba vlasti uključuje ne samo predsjednike i parlamente već i ustavni status sudova i administrativnih agencija”. Odbijajući Westminster (zapravo se misli na klasični parlamentarizam) i Washington (odnosno predsjednički sustav), Ackerman zagovara model “ograničenog parlamentarizma” (*constrained parliamentarism*). Ograničeni parlamentarizam najbolje je rješenje za budući razvoj diobe vlasti (str. 640). Odbijajući natjecanje između kongresnih domova i predsjednika, Ackerman smatra da se zakonodavna vlast parlamenta može ograničiti: (1) institucijama demokratskog samoupravljanja – referendumom, oblicima predstavnništva provincijalnih vlasti u federalnom sustavu; (2) profesionalizmom u sudstvu i birokraciji; (3) uspostavom vrhovnog suda za zaštitu temeljnih prava kao bitnog elementa ograničenog parlamentarizma, ali i jedne nesudske institucije koja bi se brinula o efikasnijoj zaštiti prava demokratske participacije. Usp. Ackerman, 2000: 634-729.

izazovi svladali “čak i po cijenu prevladavanja poznatih formulacija o trodiobi vlasti” (Ackerman, 2000: 725).

Nastojeći shvatiti sudski aktivizam, pratili smo najznačajnije isječke djelovanja Vrhovnog suda i porast sudske supremacije. Povijest odnosa između Vrhovnog suda i političkih vlasti (posebno Kongresa) duga je i raznolika. Pritom je važno ukratko se osvrnuti na reakcije, odnosno na odgovore Kongresa sudbenoj vlasti i aktivizmu njezina najznačajnijeg tijela – Vrhovnog suda.<sup>45</sup> Želimo naime pokazati da se preko sudske aktivizma, odnosno kroz odnos između Vrhovnog suda i Kongresa (ali i predsjednika), potvrđuje istina da “dioba vlasti u SAD-u nije samo ustavna shema, već dio političke prakse” (Koopmans, 2003: 168).

Najveći napad sudbene vlasti na Kongres dogodio se početkom osamdesetih godina 20. stoljeća nakon odluke *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Sud je tada praktički jednim potezom poništio velik broj zakonskih odredbi nad kojima je Kongres još od 1932. godine prakticirao kongresni (legislativni) veto (Smerdel, 1986).<sup>46</sup> Naime još od administracije predsjednika Herberta Hoovera (1929-1933), a u dogovoru s Kongresom, prakticirala se osebujna zakonodavna procedura. Dvije grane vlasti dogovorno su pripremale takve zakonske tekstove koji su svojim formulacijama dopuštali predsjedniku da reorganizira izvršnu granu vlasti, dok je Kongresu bilo omogućeno da nadglasa šefa države ako bi jedan od domova (Predstavnički dom ili Senat) bio nezadovoljan načinom na koji bi se trebali ostvariti ciljevi zakona. U razdoblju od šezdesetak godina (do odluke *Chadha*) Kongres je ugradio odredbe o vetu u više od 200 zakona. Vrhovni je sud u odluci *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) (Craig, 1999: 132-134)<sup>47</sup> utvrdio da je takva praksa povreda doktrine o diobi vlasti,

<sup>45</sup> O odnosima među vlastima više u Swindler, 1970: 671-692.

<sup>46</sup> Kongresni veto: sredstvo kojim Kongres može kontrolirati i eventualno ograničiti naredbe ili regulativu izvršne grane vlasti za implementiranje zakona. To je sredstvo kojim Kongres može izravno nadzirati egzekutivnu funkciju ili funkciju izvršavanja zakona. Veto se sve češće počeo primjenjivati nakon što je uveden 1930-ih godina. Primjenjivao se u brojnim prigodama i na različite načine, ali je najpoznatiji primjer *Rezolucija o ratnim ovlastima* koja određuje da predsjednik SAD-a ne može u inozemstvo poslati oružane snage bez odobrenja Kongresa. Više o kongresnom vetu u Smerdel, 1986: 1.

<sup>47</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983): J. Chadha, rođen u Keniji od roditelja Indijaca s britanskom putovnicom, došao je sredinom 1960-ih na studij u SAD. Nakon što mu je istekla viza, povratak su mu uskratili i Velika Britanija i Kenija, pa se Chadha prijavio za stalni boravak u SAD-u. Nakon dugog postupka provjera njegovu je molbu pozitivno riješio Ured za imigraciju (INS). Međutim dvije godine nakon toga Predstavnički dom Kongresa izglasao je “veto” nad odlukom INS-a, što je za Chadhu značilo da ga čeka deportacija. Mišljenje je za Sud napisao *Chief Justice* Warren Burger. Prema njegovu mišljenju, Ustav SAD-a omogućuje “jedinstvenu, pažljivo izrađenu i temeljito promišljenu proceduru” obnašanja zakonodavne vlasti savezne države. “Eksplicitne i nedvosmislene odredbe Ustava propisuju i

s obrazloženjem da jedan dom Kongresa nema ustavno pravo veta nad odlukom Ureda za imigraciju i naturalizaciju da strani student može ostati u SAD-u nakon isteka vize. Tako je Sud zapravo potvrdio nesporno pravo Kongresa da donosi zakone, ali ne i njegovo pravo da sudjeluje u izvršavanju tog zakona. Sudac W. Burger u svom mišljenju je zaključio da se “Kongres mora pridržavati delegiranih ovlasti sve dok se ta delegacija zakonodavno ne promijeni ili ne opozove” (*ibid.*). Zato su sva veta bila povreda ustavnog članka I., odjeljak 7., ili tzv. *presentment klauzula*,<sup>48</sup> dok su veta izglasana u jednom domu bila povreda ustavnih zahtjeva bikameralizma.<sup>49</sup>

definiraju funkcije Kongresa i izvršne vlasti u zakonodavnom procesu.” Svaka akcija koju poduzme bilo koji dom Kongresa, ukoliko “sadrži pitanje koje se po prirodi i efektu smatra zakonodavnim”, mora biti usuglašena s Ustavom propisanim zakonodavnim postupkom koji uključuje bikameralni postupak i očitovanje predsjednika. Kongresni je veto napor jednog ili drugog kongresnog doma da “korak po korak izokrenu polagani i promišljeni postupak” zakonodavstva o kojem govori Ustav, pa je zato neustavan. Usp. Craig, 1999: 132-134.

<sup>48</sup> “Svi zakonski prijedlozi za prikupljanje prihoda potjecat će od Doma zastupnika; ali Senat će moći podnositi prijedloge ili sudjelovati amandmanima kao kod drugih prijedloga.

Svaki prijedlog koji je prošao Dom zastupnika i Senat bit će, prije nego što postane zakon, podnesen predsjedniku Sjedinjenih Država; ako je on suglasan, potpisat će ga, ali ako nije, vratit će ga, sa svojim prigovorima, onome domu od kojeg je potekao, a taj će prigovore unijeti u cjelini u svoj zapisnik i nastaviti s ponovnim razmatranjem. Ako se nakon ponovnog razmatranja dvije trećine doma suglase usvojiti prijedlog, on će se poslati, zajedno s prigovorima, drugom domu, koji će ga na sličan način ponovno razmotriti, a ako ga usvoji dvije trećine toga doma, on će postati zakon. No u svakom takvom slučaju glasovanje će se u oba doma utvrditi sa ‘da’ ili ‘ne’, a imena osoba koje su glasovale za ili protiv prijedloga unijet će se u zapisnik svakog od domova. Ako predsjednik ne vrati neki prijedlog unutar deset dana (izuzevši nedjelje) nakon što mu je podnesen, on će postati zakon, jednako kao da ga je potpisao, osim ako Kongres nije prekidom zasjedanja spriječio povrat, u kojem slučaju neće postati zakon.

Svaki nalog, odluka ili glasovanje za koje je nužna suglasnost Senata i Doma zastupnika (osim u pitanju prekida zasjedanja) podnijet će se predsjedniku Sjedinjenih Država; i prije nego što stekne učinak, bit će od njega potvrđen ili će u slučaju njegove nesuglasnosti biti ponovno usvojen od dvije trećine Senata i Doma zastupnika, u skladu s pravilima i ograničenjima propisanim u pitanju zakonskog prijedloga.” *Ustav SAD-a*, čl. I., odj. 7.

<sup>49</sup> “Svaki će dom prosuđivati o izboru, dolascima i sposobnosti svojih članova, a većina svakog činit će *quorum* za obavljanje posla; ali manji broj može odgađati dan za danom i s pravom zahtijevati nazočnost odsutnih članova, na takav način i pod prijetnjom takvih kazni kakve propiše svaki od domova.

Svaki dom može utvrditi pravila svojeg postupanja, kažnjavati svoje članove zbog protivnog ponašanja te, odlukom dviju trećina, isključiti člana.

Svaki će dom voditi zapisnik o svojem djelovanju i povremeno ga objavljivati, osim dijelova za koje sudi da zahtijevaju tajnost; i glasovanje sa ‘da’ ili ‘ne’ članova svakog od domova bit će, po želji jedne petine nazočnih, uneseno u zapisnik.

Nijedan od domova neće, tijekom zasjedanja Kongresa, bez suglasnosti drugog odgoditi sjednicu za više od tri dana niti je premjestiti na mjesto različito od onog gdje će zasjedati oba doma.” *Ustav SAD-a*, čl. I., odj. 5.

Praksa je pokazala da je u odnosu Kongresa i izvršne vlasti nakon odluke *Chadha* i dalje nastavljeno s neformalnim shvaćanjem o potrebi da agencije prije poduzimanja odgovarajućih radnji imaju pismeno dopuštenje odgovarajućih odbora Predstavničkog doma i Senata. Izvršna je vlast bila voljna prihvatiti takvu *ex post facto* kongresnu kontrolu jednostavno zato što je cijena bila raspolaganje većim diskrecijskim ovlastima od onih koje bi Kongres inače dopustio.

Dugotrajna praksa diobe vlasti pokazala je da vlasti raspoložu snažnim sredstvima međusobne kontrole. To je posebno vidljivo iz međusobnog odnosa Kongresa i Vrhovnog suda.<sup>50</sup> Vrhovni sud može putem sudbenog nadzora postaviti definitivne granice autoritetu Kongresa. No i kongresnici imaju na raspolaganju različita sredstva protiv sudbene vlasti: najsnažnije takvo sredstvo svakako je promjena Ustava; druga je mogućnost *impeachment* sudaca; treća je mogućnost da Kongres iskoristi svoju “vlast novčanika” (*power of the purse*) kojom određuje proračun i plaće sudaca; četvrta je mogućnost ograničenje apelacijske jurisdikcije Suda. Veoma je važna mogućnost djelovanja Kongresa i ustavno pravo Senata da “savjetuje” te daje suglasnost predsjedniku prilikom imenovanja novih sudaca Vrhovnog suda. Upravo je to pravo Senata i najbolja mogućnost za “raščišćavanje” odnosa između zakonodavne i sudbene vlasti.<sup>51</sup>

Ipak, iz američkog iskustva možemo zaključiti da su kontrole nad sudbenom vlasti “više lajale nego grizle”. To dokazuje veoma oskudna praksa *impeachmenta* sudaca, zatim neki pokušaji da se sudstvo isključi iz rješavanja određenih pravnih pitanja iz političkih i institucionalnih razloga,<sup>52</sup> kao i neočekivane promjene pravne filozofije sudaca nakon njihova izbora u Vrhovni sud<sup>53</sup> itd. Sve navedeno pogodovalo je učvršćivanju teorije i prakse sudskog aktivizma u Sjedinjenim Američkim Državama.

<sup>50</sup> O problematičnim odnosima između sudova i predstavničkih tijela vidi primjerice: Justice in Jeopardy – Report of the American Bar Association Commission on the 21<sup>st</sup> Century Judiciary, Philadelphia, 2002, str. 40, <http://supreme.state.az.us/ajc/Publications/justiceinjeopardy.pdf>

<sup>51</sup> Najpoznatiji slučaj u kojem je Senat odbio potvrditi imenovanje predsjednikova kandidata za suca Vrhovnog suda onaj je Roberta H. Borka (1927), kojega je 1987. godine za Vrhovni sud predlagao R. Reagan. Međutim senatorska debata o njegovoj konzervativnoj sudačkoj filozofiji, koju je predvodio senator E. Kennedy, uspjela je spriječiti da Bork postane novi sudac Vrhovnog suda SAD-a.

<sup>52</sup> Konzervativni su republikanci nakon izbora R. Reagana pokušavali predložiti mjere kojima bi se znatno ograničila mogućnost federalnih sudova da istražuju slučajeve koji se odnose na određena pravna pitanja (abortus, molitva u školama itd.).

<sup>53</sup> Tako se primjerice iz navedenog razloga imenovanje sudaca E. Warrena i W. Brennana smatra “greškama” predsjednika D. Eisenhowera, imenovanje D. Soutera “greškom” predsjednika Georgea Busha itd.



#### 4. Zaključno o sudskom aktivizmu u Sjedinjenim Američkim Državama

Najnovija zbivanja u pravnim i političkim odnosima u SAD-u svjedoče o važnosti ali i kontinuitetu sudskog aktivizma. Ilustrativan je primjer rasprava koja se tijekom 2004. i 2005. godine vodila u Pododboru za ustav, građanska i imovinska prava Pravnog odbora američkog Senata, a povodom odluke Vrhovnog suda Massachusettsa u predmetu *Goodridge*, koja je kritizirana kao pokušaj sudskog obezvređivanja tradicionalnih zakona o braku. Teksaški senator John Cornyn u uvodnoj je raspravi iznio niz karakterističnih opaski na račun aktivističkih sudaca:

U rukama aktivističkih sudaca, poput onih koji su činili većinu u Massachusettsu, Kaliforniji i drugdje, dio obrazloženja odluke *Lawrence*, inače potpuno nepotrebnog što se tiče potrebe ostvarenja ciljeva, neposredna je opasnost [*clear and present danger*, op. P. B.] za tradicionalne zakone o braku (...) Tako zaključuju pravni stručnjaci, ustavni pravnici te kroničari Vrhovnog suda (...) Jedini razlog zašto se danas održava ovo ispitivanje jesu agresivni pravnici i grupa aktivističkih sudaca (...) Suci i neki lokalni političari pokušavaju radikalno redefinirati brak (...) Jedini način da spasimo zakone od toga da ih aktivistički suci proglase neustavnim jest ustavna promjena. Već smo ratificirali brojne amandmane kao dio demokratskog odgovora na sudske odluke (XI, XIV, XVI, XIX, XXIV. i XXVI. amandman).<sup>54</sup>

Teoretičar popularnog konstitucionalizma Larry Kramer smatra da se i u navedenoj, kao i u brojnim drugim prigodama, ponovno pojavilo osnovno pitanje: “Tko ima posljednju riječ glede značenja Ustava?” Pritom ispravno primjećuje da je upravo Vrhovni sud odgovorio na brojna temeljna pitanja američkog društva. Ono što se naziva “sudskom supremacijom” zapravo je ideja prema kojoj suci oblikuju konačnu odluku o tome što Ustav znači:

Naravno, i drugi akteri mogu reći svoje. Predsjednik, Kongres, države i obični građani, svi oni mogu izraziti svoje mišljenje o značenju Ustava. Ali suci odlučuju je li takvo mišljenje ispravno ili pogrešno, njihove odluke uređuju pitanja za svakoga, a podložne su jedino praktično nemogućem procesu formalnog ustavnog amandmana (Kramer, 2004: 1).

Dilema na koju ukazuje protuvećinska poteškoća jednostavna je: suci, kao ljudska bića, svjesno ili nesvjesno preferiraju jednu političku (pravnu) filozofiju

<sup>54</sup> Usp. *Judicial Activism v. Democracy. What are the National Implications of the Massachusetts Goodridge Decision and the Judicial Invalidation of Traditional Marriage Laws – Hearing Before the Subcommittee on the Constitution, Civil Rights and Property Rights of the Committee on the Judiciary United States Senate, Second session, March 3, 2004, Serial No. J-108-159, US Government Printing Office, Washington, 2005, str. 1 et passim*, na: <http://www.access.gpo.gov/congress/senate/pdf/108hr/96924.pdf>

u odnosu na drugu. Naš nam svakodnevni život pokazuje da uključivanje osobnih vrednota u postupak sudskog odlučivanja može imati različite posljedice. Upravo je to crta razdvajanja između konzervativnog i liberalnog aktivizma.

Američko iskustvo nudi brojne argumente za aktivizam, ali i za njegovo ograničenje. Za pravne tradicionaliste zakon je još uvijek poput naredbe suverena. Oni vjeruju da sud mora odlučivati u sporovima prema pravilima koja je usvojilo zakonodavno tijelo. Pritom je nužno osigurati nepristranost. Suveren sucima mora osigurati stalni mandat i zaštićene prihode. U slučajevima kada je pravo jasno, i suđenje je rutinski proces. Situacija se mijenja kada sudac mora tumačiti pravo. Tumačenje je u najjednostavnijem smislu nastojanje da se identificira namjera zakonodavca. Kod ustavnog sudovanja pravila tumačenja su ista – suci tumače Ustav prema njegovu tekstu i namjerama njegovih donositelja. Razlikovanje sudskog aktivizma i ograničenja za pravne tradicionaliste gotovo da i nema smisla, jer je sudac uvijek ograničen voljom zakonodavca. Tradicionalisti često ističu da bi suci trebali izbjegavati “stvaranje propisa”. Sudovanje je poseban oblik odlučivanja čiji je cilj nepristrano rješavanje spora među strankama, a ne oblikovanje općih pravila koja zatim utječu na velik broj ljudi.

Ideje tradicionalista o nelegitimnosti sudskog stvaranja prava u SAD-u oslabjele su s pojavom pravnog realizma (*legal realism*). Pravni realisti smatraju da je pravo prvenstveno akcija (*action, activism*). Stvarni zakonodavac nije predstavničko tijelo, nego sudac, tužitelj, dakle akteri koji odlučuju o dokazima i kaznama. Vodeći zagovornik te teorije bio je sudac Oliver Wendell Holmes (Carrese, 2003: 242).<sup>55</sup> Za realiste je sudac poput suverena, nesputan bilo kakvim ograničenjima. Naravno, nisu svi američki suci koji su prihvaćali filozofske osnove pravnog realizma smatrali da se trebaju slobodno angažirati u stvaranju prava. Zbog toga se i realisti dijele u dvije grupe: aktiviste i pasiviste. Aktivisti su uvjereni da se povijesne okolnosti mijenjaju, pa sukladno tome oblikuju svoje odluke s obzirom na moralna shvaćanja novog doba. Takav je sudac primjerice bio Earl Warren (1891-1974). S druge strane, pasivisti dijele uvjerenje o nužnosti moralnog napretka, ali smatraju da su zakonodavci u povoljnijoj poziciji da tumače “duh vremena” (*Zeitgeist*) nego konzervativnije i izoliranije sudstvo. To omogućava ovaj zaključak. Zagovornik sudskog ograničenja zapravo je pravni realist koji razmišlja ovako: ako i postoji bilo kakvo ograničenje sudskog izbora, onda ono mora biti posljedica sudačkog samograničavanja. S druge strane, aktivist je – prema K. Hollandu – također realist, ali koji sudstvo doživljava kao progresivnije od zakonodavnog tijela, pa zato ne prihvaća ograničenja (Holland, 1983: 706).

<sup>55</sup> Veliki američki pravnik i sudac Oliver W. Holmes izrazio je to ovako: “Proročanstva o tome što će raditi sudovi tiču se, zapravo i bez ikakvih pretenzija, onoga za što ja smatram da je pravo”. Holmes, O. W., *Mind and Faith of Holmes* (cit. prema: Carrese, 2003: 242).

Metodologija koju suci odaberu u tumačenju Ustava također određuje njihov odnos prema aktivizmu. Opseg ovog rada jednostavno ne dopušta izlaganje brojnih mogućih sredstava i njihovih varijacija. Zato ćemo spomenuti zagovaratelje tek dviju suprotstavljenih teorija: (a) originaliste (*originalists, interpretativists, textualists*) i (b) antioriginaliste (*non-originalists, non-interpretativists*). Originalisti smatraju da se tumačenje Ustava treba što više osloniti na tradiciju i već utvrđeni smjer suda, neovisno o osobnom stajalištu sudaca prema javnoj politici. Tako primjerice Robert H. Bork zaključuje da “samo pristup originalnog shvaćanja zadovoljava kriterije koje svaka teorija ustavnog sudovanja mora zadovoljiti ako želi imati demokratski legitimitet” (Hammond, 1999: 653).<sup>56</sup> Antioriginalisti međutim naglasak stavljaju na moderne vrednote koje ne moraju nužno biti dio ustavnog teksta ili ustavne povijesti, ali su dio temeljnih načela pravednosti i morala. Oni se protive uskom tumačenju namjera ustavotvoraca jer se na taj način prava i slobode “zamrzavaju” u određenom povijesnom trenutku, što rezultira posljedicama koje javnost ne prihvaća. C. Sunstein iznosi kritiku originalističkog stajališta:

Posljedice Borkova originalizma su jasne. Kod njega ne postoji pravo privatnosti... Svaka će se diskriminacija održati, počevši od diskriminacije na temelju spola... Izborni su porezi dopušteni, kao i povrede načela jedan čovjek – jedan glas... Obvezna sterilizacija nekih kriminalaca također bi bila prihvatljiva. Mnogi federalni programi iz razdoblja *New Deal*a i nakon njega bili bi neustavni (Sunstein, 1993: 97).

Te i druge podjele među američkim pravnicima dokaz su da rasprave o sudskom aktivizmu ne prestaju. No i pristaše i kritičari sudskog aktivizma slažu se u tome da su suci važan dio američkog konstitucionalnog procesa od njegovih početaka. Predmet *Marbury v. Madison* (1803) afirmirao je instituciju sudbenog nadzora i označio postupan izlazak sudbene vlasti u područje javnog prava. To je omogućilo daljnje širenje i transformaciju sudbene vlasti. Tumačeći Montesquieua i njegov značaj za suvremeni (američki) konstitucionalizam na novi način, P. O. Carrese pažljivo povezuje sudski aktivizam i sudbeni nadzor. On smatra da “judicijalizirajući aspekt modernog liberalizma” zaslužuje jednaku pažnju kao i svaki drugi aspekt demokratizacije:

Recentne analize pokazuju različitost između “sudskog aktivizma” i “sudbenog nadzora”, ali i širenje aktivizma među sucima pod utjecajem američkog modela [sudbenog nadzora, op. P. B.]. Suci su “postali važni igrači u procesu formiranja politike u više država”, počevši od SAD-a i Kanade, pa do Izraela i Japana. Dok komparativni dokazi pokazuju da sudski aktivizam – općenito govoreći – služi ciljevima liberalizma, oni također sugeriraju da sudski aktivizam smjera erozi-

<sup>56</sup> Bork, R. H., *The Tempting of America*, 1990, str. 143 (cit. prema: Hammond, 1999: 653).

ji koliko parlamentarnog sustava toliko i većinske demokracije (Carrese, 2003: 261).

Ipak, upravo su Montesquieuove ideje o umjerenosti, koje je zatim, među ostalima, prihvatio i Hamilton, omogućile izbjegavanje problema koje je “stoljeće Holmesova pravno realizma” donijelo američkom ustavnom pravu i njegovoj jurisprudenciji. Suci mogu rješavati sukobe između političkih vlasti, odnosno težiti boljem osiguranju prava pojedinaca jedino ako im intervencije ostanu “postupne i neprimjetne” (Carrese, 2003: 263). U tom smislu američka ustavnopravna teorija govori u prilog umjerenom sudskom aktivizmu (Wolfe, 1997: 110)<sup>57</sup> te nastojanju da se ograniče one mogućnosti koje omogućuju njegovu zloupotrebu. Ta su ograničenja upravo kontrole i provjere koje proizlaze iz otvorenog dijaloga i politike ravnoteže između demokratskih ustavnih vlasti i “protuvećinske” sudbene vlasti.

## LITERATURA

- Ackerman, Bruce, 2000: *The New Separation of Powers*, *Harvard Law Review*, sv. 113, br. 3, str. 634-729.
- Amselek De P. (ur.), 1995: *Interprétation et droit*, Bruxelles, (posebno: Gaudemet, Y., *Fonction interprétative et fonction législative: aménagements juridiques de leurs rapports*, str. 203-211).
- Ball, Howard, 1980: *Courts and Politics: The Federal Judicial System*, Prentice Hall, New Jersey.
- Baker, Richard A., 1995: *The United States' Congress Responds to Judicial Review – The Twentieth Century Experience (From Pollock to Chadha, 1895-1983)*, u: Smith, Eivind (ur.), *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, Kluwer Law International, The Hague.
- Bellamy, Richard, 1996: *The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, u: Bellamy, R. & Castiglione, D. (ur.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford University Press, Oxford.

<sup>57</sup> “Američko političko iskustvo u posljednjih devedeset godina pokazuje da sudska intervencija u određenim područjima nije umanjivala uspjehe političke aktivnosti našeg društva. Činjenica je da su u brojnim slučajevima suci iznijeli ili stimulirali političku aktivnost, posebno razbijanjem blokada u kanalima političke promjene. To se u nekim slučajevima postizalo širenjem ‘proceduralnih’ prava (biračkog prava, slobode govora). Suci su i u drugim područjima pomogli artikuliranju novih prava puno jasnije olakšavajući njihovu zamjenu s obzirom na zastarjelo zakonodavstvo koje više nije imalo pravu potporu većine. U cjelini je dakle sudska aktivizam češće bio poticaj političkoj aktivnosti nego što mu je bio prepreka.” Wolfe, 1997: 110.

- Black's Law Dictionary* (8. izd.), 2004: Thomson West, St. Paul (MN).
- Carrese, Paul O., 2003: *The Cloaking of Power – Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Chemerinsky, Erwin, 2004: Progressive and Conservative Constitutionalism as the United States Enters the 21st Century, *Law & Contemporary Problems*, sv. 67, br. 3, str. 53-62.
- Choudhry, Sujit, 2002: The Lochner Era and Comparative Constitutionalism, University of Toronto Faculty of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 02-22, dostupno na: [http://ssrn.com/abstract\\_id=363220](http://ssrn.com/abstract_id=363220)
- Craig, B., 1999: Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919, u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, OUP, Oxford.
- Dahl, Robert A., 1957: Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, Role of the Supreme Court Symposium, *Journal of Public Law*, sv. 6, br. 2, str. 279-295.
- Dworkin, Ronald, 1971: A Special Supplement: the Jurisprudence of Richard Nixon, *The New York Review of Books*, sv. 18, br. 8, na: <http://www.nybooks.com/articles/10204>
- Ehrlich, W., 1999: Scott v. Sandford (Dred Scott Case) 60 U.S. 393, u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford University Press, Oxford.
- Ely, John H., 1978: Toward a Representation – Reinforcing Mode of Judicial Review, *Maryland Law Review*, sv. 37, br. 3, str. 454-455.
- Forbath, William E., 2006: Popular Constitutionalism in the Twentieth Century: Reflections on the Dark Side, the Progressive Constitutional Imagination, and the Enduring Role of Judicial Finality in Popular Understanding of Popular Self-Rule, The University of Texas School of Law, Public Law Research Paper br. 105, str. 101-125, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=927797>
- Freyer, T., 1999: Cooper v. Aaron 358 U.S. 1, u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, OUP, Oxford.
- Friedman, Barry, 2000: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics, *University of Pennsylvania Law Review*, sv. 148, br. 4, str. 971.
- Friedman, Barry, 2001: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner, *New York University Law Review*, sv. 76, br. 5, str. 1390.
- Friedman, Barry, 2002: The Birth of an Academic Obsession – The History of the Countermajoritarian Difficulty (Part Five), *The Yale Law Journal*, sv. 112, br. 2, str. 247.
- Hall, K. L. (ur.), 1999: *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, OUP, Oxford – New York.

- Hammond, Kristofor J., 1999: Judicial Intervention in a Twenty-first Century Republic: Shuffling Deck Chairs on the Titanic, *Indiana Law Journal*, sv. 74, br. 2, str. 653-711.
- Holland, Kenneth, 1983: Judicial Activism vs. Restraint: McDowell, Miller and Perry – Reconsider The Debate, *American Bar Foundation Research Journal*, sv. 1983, br. 3, str. 706.
- Hutchinson, D. J., 1999: Brown v. Board of Education (1) 347 U.S. 483, u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, OUP, Oxford.
- Keck, Thomas M., 2004: *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago University Press, Chicago.
- Kens, P., 1999: Lochner v. New York 198 U.S. 45 (1905), u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, OUP, Oxford.
- Koopmans, Tim, 2003: *Courts and Political Institutions – A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kramer, Larry, 2004: We the People – Who Has the Last Word on the Constitution?, *Boston Review – A Political and Literary Forum*, str. 1, dostupno na: <http://bostonreview.net/BR29.1/kramer.html>
- Leonard, Gerald, 2006: Holmes on Lochner Court, Boston University School of Law, Working Paper Series, Public Law & Legal Theory, Working Paper No. 06-38, str. 3; dostupno online na: <http://bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/2006.html>
- Levinson, Sanford, 2002: Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List of Some Early Lessons, *Law & Contemporary Problems*, sv. 65, br. 3, str. 7-40.
- Pealtson, J. W., 1999: Baker v. Carr, 396 U.S. 186 (1962), u: Hall, Kermit L. (ur.), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford University Press, Oxford.
- Powell, Jefferson H., 2001: Overcoming Democracy: Richard Posner and Bush v. Gore, *Journal of Law & Politics*, sv. 17, br. 2, str. 333-352.
- Pritchett, Herman C., 1984: *Constitutional Civil Liberties*, Prentice Hall, New Jersey.
- Sandefur, Timothy, 2006: 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, str. 3, na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=954029](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=954029)
- Seipp, David J., 2005: Symposium: Lochner Centennial Conference – Introduction, *Boston University Law Review*, sv. 85, br. 3, str. 671-676.
- Smerdel, Branko & Sokol, Smiljko, 2006: *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb.
- Smerdel, Branko, 1986: Kongresni veto kao oblik kongresnog nadzora nad izvršnim organima u SAD, *Zbornik PFZ*, br. 1.

- Smith, Eivind, 1995: *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law Int'l, The Hague-London-Boston.
- Sullivan, Thomas E., 2003: *Judicial Sovereignty: The Legacy of the Rehnquist Court*, University of Minnesota Law School, Public Law and Legal Theory, Research Paper No. 03-06, str. 116.
- Sunstein, Cass R., 1993: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- Swindler, William F., 1970: *The Supreme Court, the President and Congress*, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 19, br. 4, str. 671-692.
- The Federalist*, 1937: The Modern Library, New York.
- Ustav SAD-a*, 1974: PAN Liber, Osijek (prijevod i uvodna studija prof. dr. B. Smerdel).
- Whittington, Keith E., 2005: *Congress Before the Lochner Court*, *Boston University Law Review*, sv. 85, br. 3, str. 821-858.
- Wolfe, Christopher, 1997: *Judicial Activism – Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham – Oxford.

Petar Bačić

LEGISLATIVE SUPREMACY AND JUDICIAL ACTIVISM  
IN THE USA

*Summary*

The successive stages of development of constitutional democracy in the USA, in particular the experience of “judicial supervision paradox”, show us that the U.S. Supreme Court performed at least two different functions: (1) norm enforcement, and (2) policy-making through re-examination and interpretation of the Constitution and the laws in cases brought before the Court. Dissent among American legal experts related to this and other matters prove that debates on judicial activism are not a thing of the past. Still, both advocates and critics of judicial activism share the view that judges have been an important part of the American constitutional process since its inception. The *Marbury v. Madison* case (1803) affirmed the institution of judicial supervision and denoted a gradual shift of judicial power into the field of public law. Thus further expansion and transformation of judicial power was made possible. In this article, the author establishes a connection between judicial activism and judicial supervision, and adheres to the standpoint that the “judicialising aspect of modern liberalism” deserves as much attention as any other aspect of democratisation.

*Keywords:* separation of powers, legislative supremacy, judicial activism

Kontakt: **Petar Bačić**, Pravni fakultet Split, Domovinskog rata 8, 21000 Split.  
E-mail: pbacic@pravst.hr