

Pregledni rad
UDK 342.4(41-44)
342.53(1-41)
321.011
Primljeno: 21. listopada 2009.

Novi commonwealthski model konstitucionalizma (Kanada, Australija i Indija)

PETAR BAČIĆ*

Sažetak

Na tradicionalno britansko načelo nepovredivosti parlamentarnog suvereniteta posebno je utjecala emancipacija zemalja Commonwealtha. Od 1931, kada se temeljem *Westminsterskog akta* imperijalni parlament odrekao unilateralnog obnašanja zakonodavne vlasti za dominione, do danas teorija parlamentarnog suvereniteta kao neograničene zakonodavne vlasti mijenjala se pod pritiskom političke realnosti. Taj je proces bio posebno naglašen između 1982. i 1998. godine, kada su Ujedinjeno Kraljevstvo i pojedine članice Commonwealtha, kao "zadnje demokratske utvrde tradicionalne zakonodavne supremacije", usvojili različite dokumente kojima se jamče ljudska prava. Autor ukazuje na odlike novog, commonwealthskog modela konstitucionalizma u kojem je konstitucionalizacija temeljnih prava omogućila ne samo specifične oblike sudbenog nadzora već i porast sudskog aktivizma.

Ključne riječi: suverenitet parlamenta, federalizam, sudski aktivizam

1. Uvodna napomena

Načela su engleskog ustava kroz dugi vremenski period bila primjenjivana u državama koje su postale članice Commonwealtha (međunarodna organizacija osnovana 1931. kao *British Commonwealth of Nations*). *Westminsterskim statutom* iz 1931. godine formalno je priznata neovisnost dominiona (samoupravnih područja poput Kanade i Australije) te je proglašena jednakost država članica Commonwealtha s Velikom Britanijom. Poveznica Britanije i drugih članica Commonwealtha bila je izražena vjernošću britanskoj Kruni. No većina država članica s Britanijom je dijelila zajednička ustavna načela još od ranije, dakle još od vremena širenja britanskog kolonijalnog carstva. Tako G. Marshall napominje:

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

Kada je *British North America Act* iz 1867. godine određeno da bi Kanada trebala imati ustav koji je u načelu sličan onome Ujedinjenog Kraljevstva, nije bilo nikakve sumnje da se pod tim smatralo da bi se njezina izvršna vlast i parlamentarni sustav zapravo trebali temeljiti na onome što se uobičajeno nazivalo – ma koliko to bilo neprecizno – Westminsterским modelom. (Marshall, 2000: 11)

Početak 20. stoljeća odvijala se tako “trgovina” političkim institucijama, i to u smislu izvoza westminsterskog modela. No u drugoj polovici istog stoljeća bilježi se povratni proces. Ustavni razvoj Kanade, Novog Zelanda, Australije i Južne Afrike počeo je utjecati na elemente britanskog ustavnog uređenja: na suverenitet parlamenta, ustavne konvencije i vladavinu prava. Ustavni razvoj tih država zapravo je snažno i na različite načine utjecao na današnji oblik britanskog “ustava”.¹

Štoviše, može se reći da neke istaknute članice Commonwealtha (Kanada, Novi Zeland, Južna Afrika) danas predvode svojevrsnu “ustavnu revoluciju” (Hirschl, 2004: 4 *et passim*). U tim državama oblikovao se “novi commonwealthski model konstitucionalizma” (Gardbaum, 2001: 706-760). Taj model obilježava traženje šire zaštite temeljnih prava od one koja je bila pružana u sustavu tradicionalne supremacije parlamenta. Najznačajnija odlika tog modela zapravo je pomirenje tradicije parlamentarne supremacije sa zaštitama koje omogućuje sudbeni nadzor. U tekstu želimo pokazati kako je taj okvir u nekim državama omogućio i novu aktivističku ulogu sudaca. Najznačajnije su predstavnice tog “trećeg” modela konstitucionalizma, koji se nalazi negdje između “potpuno konstitucionalizirane deklaracije o pravima i pune zakonodavne supremacije” (Gardbaum, 2001: 719), Kanada, Australija i Indija.

2. Kanada

Kanadska je ustavnost sve do polovice 20. stoljeća bila pod stvarnom kontrolom parlamenta u Londonu. Ustavni dokument za Kanadu (*British North America Act* iz 1867) bio je zapravo manifestacija suverene volje imperijalnog parlamenta, a ne kanadskog naroda (Leclair, 2004: 543). Kanadsko pravo, baš kao i prava svih drugih britanskih kolonija, bilo je gotovo do 1960. godine podložno nadzoru Pravnog odbora Privy Councila, što je značilo da je trebalo biti u suglasnosti s imperijalnim zakonima koji su se primjenjivali u dominionima.²

¹ Marshall u tom kontekstu posebno navodi značajne odluke južnoafričkog Vrhovnog suda iz 1950. godine koje su definirale suverene ovlasti tamošnjeg parlamenta, zatim sudske odluke o definiranju zakonodavnih ovlasti u Australiji koje su “potaknule reviziju tradicionalne teorije o suverenitetu u britanskom parlamentu” itd. Usp. Marshall, 2000: 13 *et passim*. Vidi i Saunders, 1995: 67-94.

² “Pravni odbor Privy Councila (*The Judicial Committee of the Privy Council*) prizivni je sud zadnjeg stupnja za UK prekomorska područja i Krunske zavisne zemlje, kao i za one države

Kanadski je federalni parlament tijekom 1960. godine usvojio Zakon o pravima (*Bill of Rights Act*) koji je sadržavao ovu odredbu:

... svaki će se kanadski zakon, ukoliko kanadski parlament izričito utvrdi da djeluje protivno kanadskom Zakonu o pravima, tumačiti i primjenjivati tako da ne ukida, ne uskraćuje ili ne krši... bilo koje pravo ili slobodu zajamčenu tim zakonom.

Zakon koji je obvezivao samo federalnu vladu, ali ne i kanadske provincije bio je prvi u nizu eksperimenata kojima se tražio način kako pomiriti parlamentarni suverenitet i zaštitu temeljnih prava.³ Taj je zakon imao sužen prostor primjene i ograničavajući tekst, pa nije bio poticajan za sudstvo i kreativnost sudaca u pokušaju zaštite prava Kanadana. Tako je i on bio razlog potrage za radikalnijom promjenom u kanadskom konstitucionalizmu (Manfredi, 1992: 213). Vjerovalo se da će tek nova povelja (*charter*) omogućiti efikasno funkcioniranje federalnih institucija, odnosno da će pridonijeti “ujedinjenju” Kanade koju je u drugoj polovici 20. stoljeća sve ozbiljnije počeo ugrožavati “nacionalizam francuskih Kanadana iz potencijalno neovisnog Quebeca” (Weiler, 1984: 51). Edward McWhinney, jedan od vodećih kanadskih konstitucionalista, taj je problem u kontekstu moguće značajnije uloge sudstva vidio ovako:

Ako konflikt između partikularističkih, regionalno utemeljenih, etničko-kulturalnih ponašanja i vrednota s jedne strane te cjelokupnog ili većinskog nacionalnog ponašanja i vrednota s druge ne bude toliko ekstremno, nema nikakve sumnje da bi se na federalističkoj osnovi mogla pronaći uzajamno zadovoljavajuća prilagodba... i uvažavanje odluka i stajališta regionalnih vrhovnih sudova ili drugih tribuna... (McWhinney, 1967)

Za premijerskog mandata Pierrea Trudeaua (1919-2000) započeo je proces tzv. patrijacije (*patriation*) kanadskog Ustava.⁴ Najjednostavnije rečeno, to je proces uspostave takvog pravnog uređenja u kojem bi se sva ustavna pitanja rješavala u Kanadi, a ne u Londonu kao ustavnopravnom središtu Commonwealtha.⁵ Uvjeren

Commonwealtha koje su zadržale mogućnost žalbe Njegovu Veličanstvu u Vijeću, odnosno ako je riječ o republikama, onda Pravnom odboru. Pravni je odbor ujedno i sud konačnog priziva za određivanja ‘devolucijskih pitanja’, i to na temelju UK Zakona o devoluciji (1998), a unutar UK ima i određenu domaću jurisdikciju.” Usp. <http://www.privvy-council.org.uk/>

³ Opširnije o razvoju kanadskog Zakona o pravima vidi: Fowler, 1973: 712-746.

⁴ Pierre Trudeau, inače profesor Ustavnog prava na Sveučilištu u Montrealu, bio je premijer u dva navrata: od 1968. do 1979. godine te od 1980. do 1984. godine.

⁵ “Kanada je stekla punu pravnu neovisnost (suverenost) u odnosu na Veliku Britaniju 1949. godine, kada je Britanska zajednica naroda (*British Commonwealth of Nations*) postala Zajednica naroda bez prefiksa (*Commonwealth of Nations*). Otada su pravni odnosi između Kanade i Velike Britanije regulirani međunarodnim pravom – pravom između suverenih država, a ne kao

da pravilno funkcioniranje ustavnog sustava zahtijeva pisani ustav koji će kontrolirati kanadski narod, Trudeau je mislio da će tzv. patrijacija ustava olakšati i usvajanje povelje o pravima. Ta bi povelja trebala trajno riješiti i jezično pitanje u Kanadi, koje je bilo izvor stalnih nesuglasica između anglofonskog i frankofonskog stanovništva. Trudeauov projekt naišao je međutim na suprotstavljanje opozicije. Politički lideri kanadskih provincija bili su uvjereni da Trudeau želi uvesti ustav samo da bi ojačao središnju vlast. Iz istog su razloga bili sumnjičavi i prema povelji o pravima. Nakon dugotrajnih političkih pregovora i odlukama Vrhovnog suda ipak je dogovorena promjena ustava⁶ te usvajanje kanadske Povelje o pravima i slobodama.

(i) *Charter of Rights and Freedoms* (1982) i poticaj sudskom aktivizmu. Povelja o pravima i slobodama (CRF) usvojena je kao prvi dio Ustavnog akta iz 1982. godine te predstavlja integralni dio Ustava Kanade.⁷ Ustavnopravno taj je postupak izveden Zakonom o Kanadi (*The Canada Act*) koji je 29. ožujka 1982. godine usvojen u britanskom parlamentu. Navedeni zakon je u t. 2. sadržavao ovu odredbu:

Nijedan zakon koji usvoji Parlament Ujedinjenog Kraljevstva i koji stupi na snagu nakon Ustavnog akta iz 1982. neće se proširiti na Kanadu kao dio njezina prava.

Poveljom je Vrhovni sud Kanade (VSK) zadužen za nadzor nad poštovanjem zajamčenih prava. Unatoč tome što se težilo usvajanju američkog modela sudbenog nadzora, u tekst CRF-a ipak su uključeni i neki mehanizmi koji otežavaju da suci djeluju kao konačni arbitri ustavnosti zakona. Zbog toga se Povelja shvaća kao pokušaj očuvanja parlamentarne supremacije uz istodobno uvođenje sudbenog nadzora. Nameće se zaključak da su zastupnici svjesno pokušali spriječiti da se Sud previše uključuje u politiku. Dokaz za to dvije su ključne odredbe u tekstu CRF-a koje su zapravo dva važna ograničenja prava zajamčenih tim dokumentom.

dotada (imperijalnim) ustavnim pravom. Ustavni akt iz 1982. godine (*patriation package*), koji je zagovarala Trudeauova vlada, u tom je kontekstu jednostavno uklonio neke zadnje fusnote preostale iz imperijalne ustavne prošlosti". Usp. *The Canadian Encyclopedia*, odrednica *sovereignty*, dostupno na: <http://canadianencyclopedia.ca/>

⁶ Pregovori o kojima je riječ vođeni su od 1980. do 1982. godine. Što se Vrhovnog suda tiče, posebno je značajna odluka *Re: Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753*, od 28. 9. 1981. Riječ je o opširnoj presudi u kojoj su suci zaključili da je za "ustavno usvajanje prijedloga rezolucije kojom će se Njezino Veličanstvo Kraljica obratiti glede pitanja kanadskog Ustava potreban sporazum kanadskih provincija u kojem izražena gledišta neće biti kvantificirana, dok će usvajanje te rezolucije bez takvog sporazuma biti neustavno u konvencionalnom smislu". Odluke Vrhovnog suda Kanade koje smo u tekstu analizirali dostupne su na adresi: <http://sec.lexum.umontreal.ca/>

⁷ Kanađani nemaju kodificirani pisani ustav u smislu američkog ili nekog drugog sličnog ustava. Prije se može govoriti o nizu pisanih akata ustavnog karaktera. O Ustavu i Povelji v. šire McWhinney, 1982; tekst *Constitution Act* v. na: <http://www.solon.org/>

Prva je takva odredba tzv. *limitation clause* u t. 1. CRF-a. Tom se odredbom utvrđuje da su garancije prava zaštićenih Poveljom podvrgnute “onim razumnim ograničenjima koja se mogu jasno opravdati u slobodnom i demokratskom društvu”. O čemu se radi? Riječ je o ovome: ukoliko se zajamčena prava ograniče, vlada mora uvjeriti Sud da se ta ograničenja mogu opravdati u slobodnom i demokratskom društvu. VSK je u predmetu *R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103* odlučio da će takvo rješenje biti opravdano ukoliko određeni zakon mora ostvariti važan cilj te ako je ograničenje s tim ciljem racionalno povezano na način da su mjere kojima se cilj želi ostvariti pažljivo osmišljene, da ne derogiraju prava iz Povelje više nego što je nužno i da su prema intenzitetu proporcionalne cilju koji se želi ostvariti.

Drugu ključnu odredbu sadrži t. 33. CRF-a. To je tzv. *notwithstanding clause* koja omogućuje demokratski izabranim političarima u federalnom ili provincijskim parlamentima da zakonom ograniče prava i slobode zajamčene u t. 2. (temeljne slobode) te u t. 7. do 15. (na zakonu zasnovan postupak i prava jednakosti) Povelje. Takvi zakonski propisi mogu se usvojiti na razdoblje od maksimalno 5 godina. Parlament (federalni, provincijski) je dakle suveren u tim pitanjima. Prema S. Choudhryu, radi se zapravo o *non-obstante*⁸ mehanizmu. To je:

... specifični kanadski doprinos protuvećinskoj dilemi, koji je izazvao velik komparativni interes. Ponudivši alternativu institucionalnom aranžmanu marburyevske sudske supremacije, nadglasavanje uspostavlja različitu ravnotežu između sudbenog nadzora i zakonodavnog suvereniteta. To nadglasavanje omogućuje predstavničkim tijelima provincija i saveznom parlamentu da usvoje zakone koji bi inače bili neustavni zato što neopravdano ograničavaju određena prava iz Povelje. Deklaracije koje omogućuju nadglasavanje usvajaju se i efektivne su za razdoblje do 5 godina, ali mogu se i obnavljati. (Choudhry, 2002: 48)

Navedene odredbe Povelje upućuju na zaključak da u Kanadi zapravo postoji posebni, “treći model” sudbenog nadzora, čiji je cilj “dijalog” između predstavničkog tijela i Suda. U literaturi se zagovara tumačenje da taj posebni oblik sudbenog nadzora postoji upravo zato da bi se izbjegle poteškoće protuvećinskog argumenta. Teorija o dijalogu između parlamenta i Suda zapravo ističe ovo: ako Sud ukine određeni zakon, parlament može ponovno usvojiti drugi zakon sa sličnim ciljevima, ali s različitim sredstvima (t. 1. CRF); odnosno parlament jednostavno može ponovno usvojiti zakon unatoč spornim odredbama (t. 33. CRF). Tvrdi se da taj postupak međusobnog davanja i uzimanja čvršće povezuje Sud i parlament. Tu koncepciju

⁸ “*Non obstante* (lat. ‘usprkos’): 1. *Hist.* Doktrina koju je koristila engleska Kruna da bi primjenjivala određene dokumente unatoč njihovoj suprotnosti određenim zakonima; doktrinu je ukinuo Bill of Rights; 2. Fraza koja se koristi u dokumentima kako bi se spriječilo svako tumačenje suprotno utvrđenom cilju ili svrsi; 3. *Non obstante veredicto*”. Usp. Black’s Law Dictionary, 2004: 1082.

razmatrao je VSK u predmetu *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493. Tom je prigodom zaključeno: “Velika vrijednost sudbenog nadzora i dijaloga između grana vlasti jest u tome što svaku od grana vlasti čini odgovornom onoj drugoj vlasti”.⁹ U toj koncepciji dijaloga Sud nema “posljednju riječ”, pa se time uklanja antidemokratska opasnost.¹⁰

Međutim praksa je ubrzo postala najveći izazov teoriji dijaloga. Kritičari su počeli dokazivati da se Sud u stvarnosti, unatoč demokratskoj retorici, ponaša upravo kao da ima “posljednju riječ”. Prema t. 1. CRF-a Vrhovni je sud ovlašten kontrolirati i ponovno usvojeni zakon, pa se dijalog zapravo temelji na premisi da su ciljevi zakonodavne politike legitimni ili “ustavni”. To znači da predstavničko tijelo ne može usvojiti nijedan zakon koji je po svojoj prirodi “neustavan”, jer će mu sukladno t. 1. biti “vraćen” (tada bi predstavničko tijelo moglo pribjeći rješenju iz t. 33, tj. “nadglasati” Sud). Sud će popustiti predstavničkom tijelu jedino kada ono djeluje na legitiman način. U tom smislu t. 1. ne omogućava dijalog na način da predstavničko tijelo i Sud dalje djeluju zajedno prema ostvarivanju zajedničkog cilja. Nadglasavanje (*override*) koje predviđa t. 33. CRF-a također ne omogućava stvaranje pravnog dijaloga. Teoretski, “posljednja riječ” prepuštena je predstavničkom tijelu. Međutim više od dvadeset godina prakse pokazalo je da se to rješenje ne primjenjuje. U svakom slučaju, postojanje te klauzule, uz korisno ograničenje iz t. 1. CRF-a, obilježava kanadski model sudbenog nadzora. Karakterizira ga jaka i kreativna sudska uloga i njoj primjeren aktivizam.¹¹ To najbolje pokazuje stajalište Vrhovnog suda u već spomenutoj odluci *Vriend v. Alberta*: “Demokratske vrednote i načela Povelje zahtijevaju od zakonodavne i izvršne vlasti da se o njima brinu; ukoliko one to ipak previde, sudovi će biti spremni intervenirati kako bi na odgovarajući način zaštitili te demokratske vrednote”.

Kao dokaz aktivizma navodimo i odluku Vrhovnog suda *Re Secession Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217. Ta je odluka posebno značajna za djelovanje Suda u kontekstu kanadskog federalizma i pokazuje njegova nastojanja da doprinese nacionalnom jedinstvu zemlje. Na postavljena pitanja o mogućnostima koje kanadski Ustav i međunarodno pravo daju Quebecu glede prava na unilateralnu secesiju, VSK je u predmetu *Re Secession Quebec* odgovorio negativno, naglasivši da bi takav čin doveo u opasnost “tjesne veze međuovisnosti naroda provincija i teritorija (ekonomske, socijalne, političke i kulturne) koje se temelje na zajedničkim vrednotama koje uklju-

⁹ Usp. *Vriend v. Alberta* [1998], 1 S.C.R. 493; u odluci o provincijskom zakonu o ljudskim pravima u kojoj je VSK izrazio svoj pogled na diobu vlasti proglašeno je neustavnim izostavljanje seksualne orijentacije kao zabranjenog područja diskriminacije. Usp. De Coste, 1999: 232-253.

¹⁰ Usp. Beatty, 1997: 481-509; Roach, 2006: 347-370.

¹¹ U toj su ocjeni suglasni brojni autori. Usp. Choudhry & Hunter, 2003: 527-558; Choudhry, 2003: 379-403; Roach, 2002.

čaju federalizam, demokraciju, konstitucionalizam, vladavinu prava i poštovanje manjina”. Secesija neke od kanadskih provincija, smatra Sud, ne može se provesti unilateralno, odnosno bez prethodnih pregovora s ostalim članovima konfederacije unutar postojećeg ustavnog okvira (par. IV, t. 149. odluke).

Takvo djelovanje Vrhovnog suda Kanade, odnosno odlučivanje o nizu temeljnih državnih i društvenih pitanja R. Hirschl naziva “judicijalizacijom mega-politike” (Hirschl, 2004: 178-182). Vrhovni je sud od usvajanja CRF-a postao jedno od najvažnijih tijela u borbi protiv zahtjeva francuskih Kanađana za širom političkom, kulturnom i jezičnom autonomijom. U brojnim važnim odlukama glede pitanja federalizma VSK je odlučno podržao antisecesionistička nastojanja savezne vlasti.¹²

(ii) Suvremena rasprava o konstitucionalizmu i sudskom aktivizmu u Kanadi. Usvajanje Povelje o pravima i slobodama 1982. godine pokrenulo je raspravu o sudskom aktivizmu koja još uvijek traje. Kanađani su, tvrdi K. Roach, u postupku konstitucionalizacije tog akta na jedan “tipično samozatajan, tih i kompromisan način pronašli novi pristup dilemi sudskog aktivizma koja Amerikance prati preko dvije stotine godina” (Roach, 2001: 55).¹³ Suvremenu raspravu o sudskom aktivizmu u Kanadi podjednako potiču politički, akademski i drugi akteri društvenog života. U početku je kritika sudskog djelovanja dolazila uglavnom s lijevice, koja je Vrhovnom sudu zamjerala udar na socijalna i ekonomska prava te jačanje intervencionističke regulatorne države. Zatim je kritika došla s desnice, koja Vrhovnom sudu ponajviše zamjera to što je u kanadsku politiku uveo brojna složena pitanja o manjinskim pravima (homoseksualnost, feminizam, kanadski starosjedilački narodi itd.).¹⁴

Istraživači kanadskog konstitucionalizma ističu da je CRF izvršio gotovo “revolucionarni” utjecaj na porast sudskog aktivizma. Navodimo neke kvantitativne pokazatelje: (1) prije usvajanja CRF-a na Vrhovnom je sudu bilo samo 2,4% ustavnih predmeta. Nakon usvajanja CRF-a taj je postotak u razdoblju od deset godina (od 1981. do 1991. godine) porastao na 21,3%; (2) od 1982. do 1991. godine po-

¹² Aktivističku antisecesionističku politiku Vrhovnog suda Kanade oblikuju odluke u ovim predmetima: *Blakie Cases* (1979-1981), *Patriation Reference* (1981), *Quebec Veto Reference* (1982), *Quebec Protestant School Board* (1984), *Manitoba Language Rights Reference* (1985), *Quebec Protestant School Board Case* (1988); usp. Hirschl, 2004: 179 *et passim*.

¹³ No Roach dalje navodi da je praksa sudskog aktivizma od početka bila suprotna postupku kojim se nastojao riješiti odnos između parlamenta i sudbene vlasti, odnosno njihova uloga u ostvarivanju federalnog ustava i njegovih vrednota. Njegova je ocjena, naravno, racionaliziran pogled koji ne otkriva svu dinamičnost zbivanja u pregovorima između federalista P. Trudeaua i nacionalista R. Levesquea. O tome šire kod Hirschl, 2004: 77-82; Tushnet, 1995: 245-301; Beatty, 1997: 481-512.

¹⁴ Opširnije vidi Choudhry, 2003: 379 *et passim*.

rastao je broj zahtjeva za zaštitu ustavnih prava građana u odnosu na broj građansko-pravnih tužbi, i to za 120%; (3) od 1982. do 2002. godine više od 20% odluka Vrhovnog suda (440 od ukupno 2.195) odnosilo se na CRF; (4) od usvajanja CRF-a Vrhovni je sud pozivanjem na njegove odredbe ukinuo ukupno 36 federalnih i 32 zakona provincija, bilo u cijelosti bilo djelomično. Određene odluke natjerale su zakonodavce na usvajanje brojnih zakonodavnih promjena (Hirschl, 2004: 19-20).

Ipak, ubrzan razvoj sudskog aktivizma u Kanadi ne može se pripisati samo usvajanju CRF-a. Taj bi razvoj zapravo bio nemoguć bez postojanja “volje nacionalnih političkih aktera da premjeste ovlast političkog odlučivanja iz političke sfere na sudove te volje sudova da pozitivno odgovore na zahtjeve za aktivizmom” (Hirschl, 2004: 20). Hirschl ističe još nekoliko faktora koji su olakšali porast sudskog aktivizma u Kanadi. Prvo, zakonom je znatno proširena diskrecijska ovlast Vrhovnog suda da odlučuje o predmetima koji će se naći na njegovu dnevnom redu. Drugo, prema decentraliziranom modelu sudbenog nadzora, gotovo svi sudovi u Kanadi imaju mogućnost kontrole ustavnosti. Osim toga, za razliku od SAD-a sudbeni nadzor u Kanadi nije ograničen na kontrolu unutar konteksta konkretnog spora. Tzv. *reference procedure* omogućava drugi način da predmet dođe pred Sud. Treće, nakon usvajanja CRF-a Vrhovni je sud postupno liberalizirao pravila o pristupu Sudu i intervencijama u postupku (*locus standi, amicus curiae*). Tako je 1981. godine osigurano pravo pristupa Sudu pojedincima, a 1983. godine državnim je odvjetnicima omogućeno automatsko pravo intervereniranja u ustavnim predmetima. Te su promjene omogućile predstavničkim tijelima, sucima i različitim udruženjima za zaštitu prava čovjeka da u najvećoj mogućoj mjeri potaknu i “oslobode judicijalizirajući kapacitet Povelje” (Hirschl, 2004: 21 *et passim*).

(iii) Zaključno o kanadskom doprinosu komparativnom ustavnom pravu. Kanadski doprinos komparativnom ustavnom pravu započinje usvajanjem Zakona o pravima 1960. godine, odnosno uvođenjem ideje da zaštita prava ne ovisi samo o sudbenom nadzoru. Tim je zakonom naime uvedena obveza saveznog ministra pravosuđa da provjeri suglasnost svih vladinih zakonskih prijedloga sa zakonskim tekstom te da obavijesti savezni parlament o svakoj mogućoj neusklađenosti. Izvorna ideja tog svojevrsnog oblika nadzora (*political rights review*) bila je namjera parlamenta da ojača položaj u odnosu prema vladi i da utvrdi njezinu odgovornost prema narodnim predstavnicima. Dvadeset godina nakon usvajanja Zakona o pravima u Kanadi je usvojena Povelja o pravima i slobodama, kao akt ustavne prirode koji je znatno proširio doseg sudbene vlasti.¹⁵ Sudbena je vlast iskoristila tu mogućnost

¹⁵ “Ustav iz 1982. godine zapečatio je razvoj eksplicitno određujući da je Ustav vrhovni zakon zemlje i da svaki zakon koji nije u suglasnosti s njim neće biti valjan niti će proizvoditi učinke. Tako je kanadski ustavni sustav i formalno odbacio svaku povezanost s doktrinom suvereniteta Parlamenta”. Usp. Koopmans, 2003: 23.

i u vrlo kratkom razdoblju započela provoditi strogu kontrolu vladinih zakonskih mjera, u čemu je svakako prednjačio savezni Vrhovni sud.

Postoje međutim i mišljenja da je takvim aktivizmom “kanadski sudski sustav izgubio svoj put te nepromišljeno srlja u politički pakao”, odnosno da je VSK kao glavni nositelj sudskog aktivizma djelovao intervencionistički, kao krajnje politizirana institucija (Hutchinson, 2004: 278). Ipak, VSK je danas najaktivnija institucija zaštite kanadske demokracije i njezinih temeljnih ustavnih vrednota. Velike mogućnosti koje je dobio nakon uvođenja Povelje o pravima i slobodama VSK je pokušao iskoristiti na najbolji mogući način. Pozivajući se na američko iskustvo, kanadski su suci odbili argument da će ustavno sudovanje prema Povelji pretvoriti Vrhovni sud u “superparlament” (*superlegislature*) te su formulirali stajalište da zadatak sudaca u sustavu sudbenog nadzora nije “dovoditi u pitanje mudrost zakonodavstva... nego mudrost zakonodavstva mjeriti u odnosu na garancije koje postoje u Ustavu” (Koopmans, 2003: 249).

3. Australija

Westminsterski je model sigurno jedan od najutjecajnijih ustavnopolitičkih modela u razvoju suvremene demokracije. To potvrđuje razvoj ustavnosti u državama koje su u prošlosti bile pod britanskom upravom. Tako jedan od vodećih svjetskih politologa A. Lijphart dokazuje da je od ukupno 36 postojećih modernih demokracija do kraja 20. stoljeća njih 12 izgrađeno na westminsterskim načelima.¹⁶ U toj grupi država nalazi se i Australija, koja svojim složenim ustavnopolitičkim sustavom izaziva veliku pažnju u komparativnom ustavnom pravu. Interes za australski sustav velikim dijelom postoji upravo zbog aktivizma australskih sudaca. Australski su sudovi posebno utjecali na pojavu nove “juridičke forme konstitucionalizma” u inače tradicionalnom području supremacije parlamenta (Hiebert, 2006: 8). Za takav je razvoj u komparativnoj perspektivi od posebne važnosti bilo postupno usvajanje deklaracija o pravima, prvo u Kanadi 1982. godine, zatim u Novom Zelandu 1990. te konačno u Ujedinjenom Kraljevstvu 1998. godine, koje su dale posebnu notu konstitucionalizmu u tim zemljama. Stephen Gardbaum govori o “novom commonwealthskom modelu konstitucionalizma”, čija je karakteristika:

... nova mogućnost u kontinuumu koji se proteže od apsolutne zakonodavne supremacije do američkog modela pune konstitucionalizacije povelje o pravima... Premda sve tri commonwealthske povelje o pravima odbijaju američki model time što traže takvu zaštitu prava koja bi bila usklađena s njihovom tradicionalnom

¹⁶ Prema Lijphartu to su: Australija, Bahami, Barbados, Bocvana, Kanada, Indija, Jamajka, Malta, Mauricijus, Novi Zeland, Papua Nova Gvineja, Trinidad i Tobago (te UK). Usp. Lijphart, 1999.

konceptijom demokracije i parlamentarnog suvereniteta, svaka od njih to čini na poseban način, zauzimajući tako različito mjesto između dva pola tog kontinuuma. (Gardbaum, 2001: 710)

Zanima nas kako je u Australiji, u kojoj je prvi kodificirani dokument o pravima čovjeka usvojen tek 2004. godine, tekao proces uvođenja “juridičkog konstitucionalizma”.

(i) Ustavni temelji Australije i tradicionalni odnos zakonodavne i sudbene vlasti. Australski Ustav usvojen je 1900. godine u britanskom parlamentu. To je dokument pod nazivom *Commonwealth of Australia Constitution Act* (CACC), kojim se šest britanskih kolonija (New South Wales, Victoria, South Australia, Tasmania, Queensland, Western Australia) ujedinilo u australsku federaciju s britanskim monarhom na čelu.¹⁷ Ustavopolitički sustav Australije se tijekom 20. stoljeća uglavnom razvijao po uzoru na britanski i američki sustav, pa ga među ostalim posebno obilježavaju parlamentarna demokracija i federalizam (Gageler, 1987: 164). Sukladno CACC-u, Australija je ustavna monarhija u kojoj je vlast podijeljena prema britanskom modelu. Postoji dvodomni federalni parlament koji obnaša zakonodavnu vlast, a čiji se članovi biraju na neposrednim izborima. Izvršnu vlast obnaša generalni guverner kao predstavnik britanske Krune, a sudbena je vlast dodijeljena Vrhovnom sudu (*High Court*).¹⁸ Na ustavotvornom referendumu 1999. godine odbijena je promjena Ustava kojom se tražila nova preambula i uspostava australske republike (Flint, 2000: 213-222).

Australski ustavni dokument usvojen na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće obilježava tradicionalna koncepcija legalizma. Suci Vrhovnog suda Ustav su trebali tumačiti isključivo prema striktnom, doslovnom značenju njegovih odredaba. Zbog toga su brojni kritičari pokušavali dokazati da su ustavne odredbe u velikoj mjeri postale irelevantne glede problema suvremenog australskog društva.¹⁹ Osnovna obilježja tog društva krajem 20. stoljeća i danas prvenstveno su jačanje središnje vlasti na

¹⁷ Tekst *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1900) usp. na adresi: <http://fedlaw.gov.au>

¹⁸ “*High court* može biti Vrhovni sud, ili sud iznad ili ispod Vrhovnog suda. Ujedinjeno Kraljevstvo ima High Court of Chancery, High Commission Court, High Court of Justice, High Court of Parliament. Podaci o *high courts* kaznene jurisdikcije mogu se naći još u 15. st.; prema W. Blackstoneu, radilo se o High Court of Parliament... Brojni ustavi, posebno oni u bivšim dominionima ili kolonijama Ujedinjenog Kraljevstva, sadrže odredbe o sastavu, nadležnostima i položaju *high courts* u hijerarhiji sudbene vlasti”; Maddex, 1996: 131. U federalnom sustavu Australije High Court se shvaća kao Vrhovni sud, institucija koja je u žalbenom postupku najviši sud u odnosu na sve druge, federalne i državne sudove; usp. <http://www.hcourt.gov.au/>

¹⁹ O legalizmu i njegovoj ulozi u radu High Courta v. polemiku J. Goldsworthyja i B. Galligana u *Federal Law Review*: Goldsworthy, 1989: 27-39; Galligan, 1989: 40-49; Goldsworthy, 1989: Reply, 50-52.

račun federalnih jedinica te širenje ustavnopravne zaštite prava, unatoč činjenici da australski Ustav ne sadrži posebnu povelju o pravima. Nedavno usvajanje Zakona o ljudskim pravima (2004) za područje australskog metropolitanskog područja (*Australian Capital Territory*) te brojne odluke Vrhovnog suda o ljudskim pravima zbog toga treba promatrati kao značajan napredak u rasvjetljavanju odnosa između legalizma i realnosti u toj državi.

Odnos između zakonodavne i sudbene vlasti u Australiji kroz povijest je imao osnovne značajke westminsterskog modela. Australski suci dugo su prakticirali tradicionalnu sudačku ulogu u sustavu parlamentarnog suvereniteta. Stoga je glavno obilježje australskog sudstva bila politika samoograničenja, a ne aktivizma. Suci su deklarirali, a ne stvarali pravo. Sudska se funkcija uglavnom shvaćala kao funkcija “verbalne analize i primjene teksta” (Kirby, 2003: 2). Možda najilustrativniji primjer takve politike australskog Vrhovnog suda (VSA) nalazimo u njegovoj odluci *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd [1920] 28 CLR 129*. U njoj su suci izrazili svoju odanost doktrini parlamentarnog suvereniteta kao vodećem načelu australskog režima, a time su ujedno opravdavali i samouspostavljena ograničenja u pravnim pitanjima (Lynch, 2001: 298).²⁰

Glavni zastupnik i najutjecajnija figura striktnog legalizma u Australiji bio je *sir* Owen Dixon (1886-1972). Dixon je bio predsjednik VSA-a (1952-1962), član *Privy Councila*, te slovi za jednog od najuglednijih *common law* sudaca 20. stoljeća. U svom prvom obraćanju sucima VSA-a Dixon je ovako obrazložio filozofiju funkcije *common law* suca:

Sve nas ta funkcija vodi prema uvjerenju da je jedini način pridobivanja povjerenja svih strana u federalnim konfliktima što tješnje pristajanje uz pravni razlog. Možda se stoga misli da je Sud ekcesivno legalistički. Bilo bi mi žao da je drugačije. Nema sigurnijeg vodiča do sudskih odluka u velikim sporovima od striktnog i potpunog legalizma.²¹

Vrhovni je sud pod njegovim vodstvom stekao velik ugled, pa je i samoograničenje dugo ostalo glavno obilježje teorije i prakse velikog broja australskih pravnika (sudaca, odvjetnika, profesora prava). No situacija se znatno promijenila nakon Dixonova odlaska 1972. godine, odnosno otvaranjem procesa ustavne reforme osamdesetih godina 20. stoljeća. Prema riječima suca VSA-a *sir* Anthonya Masona, ta je reforma bila:

²⁰ Prema H. Patapanu, “neutralno i naturalno čitanje teksta polazilo je od političke i teorijske koncepcije parlamentarne i progresivne demokracije”; cit. prema Lynch, 2001: 298.

²¹ “Swearing in of Sir Owen Dixon as Chief Justice” *CLR*, 85 (1952), xiv; cit. prema Bingham, 2005: 59.

... izravno isprovocirana metodama ustavnog tumačenja koje su koristili sudovi; jer ako sudovi primjenjuju prije statična, a ne dinamična načela tumačenja, razlog za reformu još je snažniji. Način tumačenja koji koristi Sud u bliskoj je vezi sa sudskim shvaćanjem svoje uloge. (Mason, 1986: 2)

Australski sustav tada se počeo otvarati prema aktivizmu u pitanjima ustavnog prava i tumačenja zakona. Tradicionalisti su tvrdili da se radi o sasvim različitom pristupu, a njegovi su zagovaratelji tvrdili da on ima opravdanje u postojanju pisanog ustava i njegovoj prirodi. Kao i svi slični dokumenti i australski je Ustav izražen u “općim pojmovima kako bi se mogao prilagoditi promjenjivim okolnostima, pa sudovi u tumačenju moraju uzimati u obzir vrednote zajednice” (Mason, 1986: 5). Dinamično i progresivno tumačenje posebno je zagovarao *Chief Justice A. Mason*. Tako je došlo do zaokreta u shvaćanju parlamentarnog suvereniteta kao tradicionalnog temelja australskog ustavnopolitičkog sustava.

(ii) Aktivizam Vrhovnog suda. Iako u australskom Ustavu ne postoji izravna odredba o sudbenom nadzoru, australski ustavotvorci jasno su iskazali namjeru da kontrola rada zakonodavne i izvršne vlasti bude povjerena Vrhovnom sudu. Ubrzo nakon Ustava (1900) usvojen je i Zakon o sudstvu (1903) kojim je određena nadležnost Vrhovnog suda: to su sva pitanja koja se “odnose na Ustav ili njegovo tumačenje”.²² U predmetu *Federal Commission of Taxation v Munro [1926] 38 CLR 153*, suci J. Issacs i J. Rich precizno definiraju cilj sudbenog nadzora:

Uvijek je ozbiljna i odgovorna dužnost proglasiti nevažećim, ne uzimajući u obzir posljedice, ono što je nacionalni parlament kao predstavnik cijelog australskog naroda smatrao nužnim ili poželjnim za opće dobro... Ne treba olako uvoditi poništavanje propisa i miješanje u javne poslove. Prema tome, osim ako u pitanju nije propis za koji je očigledno da prelazi granice koje postoje u organskom zakonu Ustava, istom mora biti omogućeno da opstane jer predstavlja pravi izraz nacionalne volje.²³

Prijelaz VSA-a na sustav sudbenog nadzora koji poklanja više pažnje vrednotama zajednice nije prolazio bez otpora.²⁴ Za konzervativne suce, primjerice D.

²² Tekst Zakona o sudstvu (1903) dostupan na: <http://www.comlaw.gov.au/>

²³ *Federal Commission of Taxation v Munro*; cit. prema Gageler, 1987: 188.

²⁴ Tako je savezni parlament nakon odluke Vrhovnog suda *Australian Communist Party v The Commonwealth* (1951) pokušao osporiti određene aspekte ovlasti Suda da nadzire ustavnost njegovih akata. Međutim suci su tada zauzeli odlučan stav da je u australskom sustavu – “*Marbury v. Madison* prihvaćen kao aksiomatsko načelo”. Tako sudac Fullagar u *Australian Communist Party v The Commonwealth [1951] HCA 5; (1951) 83 CLR (9 MARCH 1951)*; dostupno na: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/. O značaju te odluke v. Kirby, 2004: *Comparative Constitutionalism*; Kirby, 2006: *Judicial Activism*.

Heydona, aktivistički je pristup Suda djelovanje koje zapravo smjera destrukciji vladavine prava:

Sudski aktivizam... označava upotrebu sudbene vlasti u svrhu koja je različita od one za koju joj je ovlast dodijeljena, a to je ostvarivanje pravde u konkretnom slučaju prema zakonu. On služi nekim funkcijama koje su drugačije od onih koje su nužne za donošenje odluke u konkretnom sporu između stranaka. Često je takva nelegitimna funkcija zagovaranje određenog političkog, moralnog ili socijalnog programa: zakon nije temelj na kojem se treba riješiti određeni slučaj, već moguće početno mjesto ili katalizator za razvoj novog sustava za rješavanje cijelog niza drugih slučajeva. Još je češće riječ o diskurzivnom i neodlučnom krivudanju kroz različita područja znanja radi ostvarivanja osobnih ciljeva. (Heydon, 2003: 133)

Jedan od najznačajnijih primjera sudskog aktivizma Masonova suda jest odluka u predmetu *Mabo v. Queensland (No.2) [1992] 175 C.L.R.*²⁵ Suci su se u slučaju *Mabo* suprotstavili tradicionalnom shvaćanju australskog *common lawa* i britanskog prava o raspolaganju australskom zemljom koje je u potpunosti ignoriralo prava Aboridžina. Ta je odluka zapravo "uskrisila" pravo domorodaca na njihovu zemlju i pravne interese s njom u vezi te u potpunosti izmijenila temelje australskog zemljišnog prava. Nova doktrina o domorodačkoj zemlji (*native land*) napokon je zamijenila doktrinu *terra nullius* iz 17. stoljeća na temelju koje su Britanci dugo ostvarivali svoje pravo na australski teritorij.

U obrazloženju odluke *Mabo* suci su se prvo referirali na predmet *Attorney-General v. Brown* u kojem je utvrđeno da je "Kruna, nakon što je ostvarila suverenitet nad australskom kolonijom, postala univerzalni i apsolutni vlasnik zemlje" te da su se "interesi prvih stanovnika na kolonijalnoj zemlji (Aboridžina, op. P. B.) ugasili naseljavanjem britanskih podanika u koloniju". To je rješenje u odluci *Mabo* proglašeno nepravednim "prosudujući prema bilo kojem civiliziranom standardu", a doktrina prema kojoj su se prava i interesi Aboridžina tretirali kao nepostojeći nepravednom i diskriminirajućom, te joj kao takvoj "nije mjesto u suvremenom pravu" Australije (par. 28, 29, 42). U vezi s predmetom *Mabo* navodimo još i riječi istaknutog aktivističkog suca VSA-a Michaela Kirbyja:

Svaka država ima važne sudske slučajeve koji ukazuju na velike mogućnosti izbora sudaca najvišeg suda u državi. U Australiji su takvi slučajevi bili *Communist Party Case*, zatim *Mabo*, koji je afirmirao pravo domorodaca... Suočeni s takvim predmetima, suci ne mogu pobjeći od obveze izbora i odluke. Referiranje

²⁵ *Mabo & others v. Queensland, No. 2, HCA 23; (1992) 175 CLR 1. F.C. 92/014* od 3. siječnja 1992. O značaju odluke usp. primjerice Documenting a Democracy – National Archives of Australia, dostupno na: <http://www.foundingdocs.gov.au/item.asp?dID=33>; Action for Aboriginal Rights: The High Court Recognition of Native Title – The Mabo Judgment and its Implications, dostupno na: <http://home.vic.net.au/~aar/aarmabo.htm>

na “obvezujuće vrednote suvremenog društva” kao objašnjenje za reformulaciju prethodno utvrđenog prava ostavlja suce koji su koristili takve riječi otvorenima prema kritici da su promašili postojeće vrednote društva. Ili da im je intuicija pogrešna. Ili da im je iskustvo ograničeno. Ili da je njihovo djelovanje nelegitimno. Odnosno da su “sudski aktivisti”. (Kirby, 2004: 82)

(iii) Doktrina o parlamentarnoj supremaciji u Australiji i *Human Rights Act* (2004). Naglasili smo već da je australski Ustav osmišljen po uzoru na westminsterski sustav (naravno, u okvirima federalnog sustava koji sam po sebi postavlja određene granice institucijama vlasti). Australija je dugo prakticirala britansku tradiciju koja je omogućavala efikasna sredstva za zaštitu temeljnih prava i bez postojanja posebne deklaracije o pravima. No za razliku od britanskog primjera australski Ustav određuje da će se prava utvrđivati zakonima koje će usvajati parlament. Treba međutim naglasiti da je riječ o odredbama (*rights provisions*) čiji je cilj ograničavanje saveznog parlamenta (*Commonwealth Parliament*), a ne o nekoj posebnoj deklaraciji o pravima.²⁶ Ipak, samo postojanje takvih odredbi o ograničavanju parlamenta suprotno je tradicionalnom (Diceyevu) pristupu koji parlament smatra “apsolutno suverenim”.²⁷ To je omogućilo razvoj posebne australske varijante parlamentarizma, uključujući i odnos aktivističkih sudaca prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti. Za mandata predsjednika A. Masona (1987-1995) VSA je dosljedno zastupao ovo stajalište:

Ustav daje pravni i politički okvir za demokratsko, a ne za apstraktno australsko društvo. Kroz tu prizmu mi moramo dati smisao našem pisanom Ustavu, pretvarajući ga iz literarnog teksta u živi Ustav... u kojem možemo pronaći implikacije za demokratska prava, prava čovjeka i vladavinu prava... Za sudove je problem kako u praksi implementirati ono što pravo proklamira teoretski. Uspjeh sudaca Vrhovnog suda prosuđivat će se po tome u kojoj su mjeri implementirali velike ideale pravde i ljudskih prava. (Hocking, 2000: 250)

Zahvaljujući djelovanju sudova koji su tijekom osamdesetih i devedesetih godina 20. stoljeća na području zaštite ljudskih prava “presijekali gordijski čvor tamo

²⁶ Australski Ustav zapravo samo sporadično ukazuje na osobna i politička prava. Tako se sloboda vjeroispovijesti jamči u t. 116., pravo na suđenje pred porotom u t. 80., pravo vlasništva u t. 52. (xxx), biračko pravo u t. 41. Na temelju prakse Vrhovnog suda, posebno pod predsjedanjem A. Masona, zaključuje se da je polazno stajalište Suda uvjerenje da Ustav autorizira sustav predstavničke demokracije, odakle je moguće izvesti zaključak o postojanju različitih implicitnih prava. Načelo da ustavna implikacija zabranjuje usvajanje zakona koji bi nepotrebno otežavao uživanje političkih i ekonomskih prava jednoglasno je prihvaćeno stajalište Vrhovnog suda i sada izražava pozitivno australsko pravo. Usp. Kirby, 2004: *Comparative Constitutionalism*.

²⁷ O utjecaju načela parlamentarnog suvereniteta na odluke Vrhovnog suda usp. Mason, 1986: 1-28.

gdje su to često propuštali učiniti parlament i egzekutiva” (M. Kirby)²⁸ te nastojanjima da se prekine izolacija Australije glede međunarodnog prava o pravima čovjeka, Australija se postupno otvorila utjecaju međunarodnih ugovora kojima se štite ljudska prava. Dokaz je upravo odluka *Mabo*, u kojoj je Vrhovni sud naglasio da se razvoj australskog prava odvija u harmoniji s načelima međunarodnog prava: “Međunarodno pravo legitimno i snažno utječe na razvoj *common lawa*, posebno onda kada međunarodno pravo deklarira postojanje univerzalnih ljudskih prava” (par. 42).

Australski su suci tradicionalno polazili od pretpostavke da zakonodavno tijelo djeluje tako da poštuje temeljna prava i dostojanstvo osobe. Navedeno, uostalom, vrijedi i za suce u svim drugim *common law* državama. Čak i u onim slučajevima u kojima je takvo stajalište zakonodavca bilo dvojbeno, sudovi su parlamentarne akte tumačili u duhu poštovanja ljudskih prava. Svojevrsna prekretnica u primjeni međunarodnih ugovora o ljudskim pravima bila je Međunarodna konferencija održana u Bangaloreu 1988. godine.²⁹ Konferencija je okupila velik broj sudaca iz država Commonwealtha, a bila je posvećena uključivanju međunarodnih pravnih normi kojima se štite ljudska prava u nacionalne pravne okvire. Jedno od najvažnijih usvojenih načela (tzv. *Bangalore principles*) bilo je: u slučajevima kada je zakonski akt dvosmislen ili je opće pravo nejasno, sudac može kao vodič u tumačenju zakona ili primjeni općeg prava koristiti međunarodno pravo o zaštiti prava čovjeka (Kirby, 2006: 4).

Usvajanje tog načela bilo je od velike važnosti za Australiju, u kojoj je devedesetih godina pokrenuta snažna inicijativa za usvajanje posebnog dokumenta o pravima, ali i za sve druge države koje nisu imale slične pisane povelje. Ipak, unatoč brojnim pokušajima da se na saveznoj i na državnim razinama usvoje takve povelje, do danas je usvojen samo Zakon o ljudskim pravima (*Human Rights Act – HRA*), i to za metropolitansko područje Canberre (tj. *Capital Territory*).³⁰ Pretpostavlja se da bi usvajanje tog dokumenta moglo biti katalizator promjene u drugim dijelovima države.

U australski HRA usvojen 2004. godine uvrštene su ideje koje nalazimo i u drugim poveljama država ustrojenih prema modelu novog commonwealthskog

²⁸ Cit. prema Pitty, 2003: 19.

²⁹ First Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms: Bangalore, India, 24-26 February 1988.

³⁰ Australska savezna vlada preuzela je 1911. godine od države New South Wales područje od 2357 km² kako bi na njemu oformila Australian Capital Territory (ACT) s Canberrom kao glavnim gradom Australije. Za sjedište glavnog grada australske federacije, koja je osnovana 1901. godine, sve do osnivanja ACT-a natjecali su se Sydney i Melbourne. Diplomatsko rješenje pronađeno je 1908. godine, kada je odlučeno da će australska prijestolnica postati Canberra, koja je inače smještena između ta dva najveća australska grada. Usp. <http://www.act.gov.au/>

konstitucionalizma.³¹ U australskom HRA-u politički nadzor prava proizlazi iz zahtjeva da državni odvjetnik za sve zakone sastavi izjavu o tome je li prijedlog zakona usklađen sa zaštićenim pravima. U slučaju da određeni zakon ne odgovara tom uvjetu, državni odvjetnik o tome izvještava parlament (dio V. čl. 37. HRA). S druge strane, HRA zahtijeva postojanje stalnog parlamentarnog odbora koji prati i izvještava parlament o pitanjima ljudskih prava koja se pojavljuju u zakonskim prijedlozima (dio V. čl. 38.). HRA poznaje i *non obstant* odnosno *notwithstanding* klauzulu. Izvješća o inkompatibilnosti, kao potencijalno snažan izvor političke kontrole i pokretač kontroverzi, imaju ulogu kao i kod kanadske *notwithstanding* klauzule. Štoviše, HRA izražava očekivanje da parlament ukloni nedostatke u zakonskim tekstovima prije mogućeg sudskog utvrđivanja inkompatibilnosti (čl. 33-39.).

Nakon što Vrhovni sud usvoji deklaraciju o inkompatibilnosti, ona se mora dostaviti državnom odvjetniku (čl. 32. st. 4.). Državni odvjetnik mora o toj deklaraciji obavijestiti parlament u roku od 6 dana nakon primitka. Zatim je u roku od 6 mjeseci dužan pripremiti i prezentirati parlamentu pisani odgovor na deklaraciju (čl. 33. st. 2. i 3.). Ta je obveza očit pritisak na državnog odvjetnika, koji mora objasniti kako je vlada tumačila zakon i koje su joj bile namjere. Ipak, "dijaloški potencijal" HRA-a ograničen je činjenicom da se ne predviđa neka daljnja akcija Vrhovnog suda niti neki poseban pravni lijek.

Usvajanje *Human Rights Acta* prvi je pokušaj da se u jednu australsku jurisdikciju formalno inkorporira posebna povelja prava. Unatoč svim njegovim ograničenjima³² sigurno je da će taj akt omogućiti intenzivniji sudački doprinos razvoju kulture prava, zasada na području za koje je usvojen (*Capital Territory*), a kasnije možda i u drugim dijelovima australske federacije.

(iv) Zaključno o konstitucionalizmu i sudskom aktivizmu u Australiji. Australija je od svog formiranja početkom 19. stoljeća bila i ostala jedna od najodanijih članica britanskog Commonwealtha. U takvu ocjenu uklapa se i dugotrajno ponašanje australskih pravnika koji nisu dovodili u pitanje Diceyevu teoriju parlamentarne supremacije. U slikovitom opisu D. Kinley primjećuje da je Diceyeva teorija u Australiji dugo zadržala oblik "ogromnog, ružnog viktorijanskog spomenika koji dominira nad pravnim i ustavnim pejzažem, izazivajući hipnotički efekt na pravnu percepciju" (Kinley, 1994: 195).³³ Tako su tijekom 19. i većim dijelom 20. stoljeća

³¹ *Human Rights Act* (2004), na: <http://www.legislation.act.gov.au/>

³² Tako C. M. Evans identificira i upozorava na različita ograničenja i slabosti HRA-a (uočljivo je, primjerice, da nema nikakve indikacije o tome na koje se osobe zakon primjenjuje, zatim nedostaju detaljne odredbe o tome na koji se način tim aktom kontrolira djelovanje administracije itd.). Usp. Evans, 2004: 309.

³³ O britanskom sustavu koji neki konstitucionalisti u Australiji žele očuvati v. Flint, 2000: 213-222.

“striktni i potpuni legalizam” (O. Dixon) i samoograničenje bili glavna obilježja australskog sudstva.

U moderno vrijeme ipak jača varijanta konstitucionalizma koja naglašava vrijednosti vladavine prava i vezanosti institucija za druga ustavna načela, prije svega aktivniju sudsku zaštitu prava i sloboda. Temelj takve tendencije nalazi se u australskom Ustavu koji definira diobu vlasti između zakonodavne, izvršne i sudske grane te određuje granice federalne strukture australske državne zajednice, a njezin je sastavni dio aktivistička emancipacija australskih sudova na čelu s Vrhovnim sudom. Upravo je djelovanje Vrhovnog suda omogućilo da pitanje sudskog aktivizma posljednjih godina postane jedna od “najomiljenijih tema razgovora u Australiji” (Craven, 1997: 103). Čini se da u Australiji prevladava realistički pristup u shvaćanju diobe vlasti i uloge pojedinih grana vlasti, među kojima sudstvu pripada posrednička i aktivnija uloga. O tome jedan od najuglednijih sudaca australskog Vrhovnog suda M. Kirby zaključuje:

U stvarnosti, u parlamentima koji su stvoreni prema westminsterskom modelu zakonodavci su često podređeni vlasti egzekutive nakon što je izaberu. U našem složenom društvu egzekutiva pak često znatno ovisi o neizabranim dužnosnicima. Sudstvo igra svoju posredničku ulogu. Ona uključuje izražavanje novih pravila *common lawa* za nove okolnosti koje su otvorene prazninama pisanog prava. (Kirby, 2004: 65)

4. Indija

Od svih južnoazijskih država članica Commonwealtha koje su nakon razdoblja britanske imperijalne uprave krenule putem ustavnopolitičkog osamostaljenja od kolonijalne vlasti Indija je prva započela s “inovativnim korištenjem ustavnih ideologija” (Coomeraswamy, 1993).³⁴ Tradicionalna obilježja britanske imperijalne uprave bila su, između ostalih, nedodirljivost imperijalnog parlamenta, veoma ograničena uloga predstavničkih tijela dominiona, sudski ekcesivni legalizam i verbalni formalizam itd. Nakon oslobođenja i usvajanja demokratskog Ustava 1950. godine Indija je postala pravi “laboratorij za testiranje teških pitanja ustavnog prava... pisanog ustava, ustavnih sloboda koje štite sudovi, ustavne supremacije” (Sripati, 1999: 417).

Videnja ustavnopravne povijesti Indije različita su. Neki je opisuju kao “priču o uzastopnim pokušajima Parlamenta da nadjača sudsko tumačenje Ustava” (Na-

³⁴ “U južnoazijskim društvima Indije, Pakistana i Šri Lanke politički legitimitet ima dva izvora: legitimitet koji je deriviran iz liberalnog ustavnog poretka i legitimitet koji se pripisuje političkim snagama nacionalizma i etniciteta. Ta su dva izvora u stalnoj tenziji; dijalektički konflikt između njih odgovoran je za većinu ideoloških sukoba u tim društvima. Oba se ‘koriste i uzurpiraju’ i u poticanju političke reforme i u angažiranju političke represije. Proces varira zavisno od pitanja i okolnosti.” Usp. Coomeraswamy, 1993: 159-171.

rain, 1968: 882), dok je za druge to priča o Vrhovnom sudu koji na temelju Ustava pokušava “harmonizirati zakonodavne, izvršne i sudbene funkcije kako bi se ostvarila vladavina prava i služilo pravdi” (Anand, 2000: 392). U svakom slučaju, aktivistički pristup Vrhovnog suda Indije dokaz je da sudbena grana vlasti ima jednu od “temeljnih uloga u razvoju indijskog društva” (Woolf, 2003).

(i) Indijski konstitucionalizam i odnosi između ustavnih grana vlasti. Prvi demokratski Ustav Indija je dobila 26. siječnja 1950. godine. U Ustavu je posebna pažnja posvećena osnovnim pravima (čl. 5-35.) i tzv. direktivnim načelima (*directive principles*, čl. 36-49.), koja su obilježila i usmjerila razvoj Indije. Ustavom je država uređena kao federacija s parlamentarnim sustavom organizacije vlasti. Središnju zakonodavnu vlast obnaša dvodomni parlament. Izvršnu vlast obnašaju predsjednik republike i prvi ministar, koji predvodi Vijeće ministara, a sudbena vlast pripada sudovima na čelu s Vrhovnim sudom Indije (VSI) kao najvišim sudskim tijelom u federaciji (Dio V. Ustava, čl. 52-148). Pisci indijskog Ustava upravo su u sudbenoj grani vlasti vidjeli “bastion prava i pravde”. Sredstvo koje neovisno sudstvo koristi za ostvarenje tog cilja jest ovlast sudbenog nadzora, pa su indijski sudovi na čelu s VSI-em postali prvi čuvari Ustava.³⁵ VSI je ocjenjivao ustavnost zakona, postupke izvršne vlasti te ustavne amandmane. VSI ima konačnu riječ u tumačenju Ustava, pa je svojim odlukama znatno utjecao na određivanje granica javne politike i uopće na uspostavu konstitucionalizma i vladavine prava u Indiji.³⁶

Posebno je zanimljiva analiza sada već polustoljetne “borbe” između VSI-a i Saveznog parlamenta. Povijest tog odnosa zapravo je povijest ustavnih promjena u Indiji nakon osamostaljenja. O stalnim sukobima između parlamenta i Suda svjedoči i recentna odluka Vrhovnog suda Indije *I. R. Coelho (dead) by L.Rs. v. State of Tamil Nadu & Others* (2007). Tom je odlukom VSI ponovno potvrdio svoje pravo da kontrolira i proglašava neustavnim sve zakone koji ne poštuju ili narušavaju temeljnu strukturu Ustava. Odluka dakle podržava pravo na sudbeni nadzor i prven-

³⁵ “Samim Ustavom nije Vrhovnom sudu bilo kojom odredbom izričito dato pravo ocjene ustavnosti. Međutim, indijski autori, polazeći od toga da su Ustavom precizno utvrđena prava i dužnosti svih organa i da bi prekoračenje ovlaštenja recimo Parlamenta značilo nepoštovanje Ustava, smatraju da bi takav zakon Parlamenta bio nevažeći i da su sudovi – u krajnjoj liniji Vrhovni sud – ovlašteni da to konstatiraju. Sudovi dakle ocjenjuju isključivo da li je zakon (ili drugi propis) u skladu s Ustavom utvrđenim nadležnostima i postupkom i samo po ovom osnovu mogu odbiti primjenu nekog zakona ili drugog propisa kao nevažećeg. Odluka Vrhovnog suda o neustavnosti nekog zakona obvezuje sve ostale sudove. Međutim, formalno, Vrhovni sud nema pravo ukidanja, odnosno nepoštivanja zakona (...)”. Usp. Jovičić, 1984: 319.

³⁶ Tekst indijskog Ustava koristili smo sa stranice CONSTITUTION FINDER (India), dostupno na: <http://confinder.richmond.edu/>; u izvodima tekst navodi i Jovičić, 1984: 591-668. Odluke Vrhovnog suda Indije koje smo u tekstu analizirali dostupne su na: <http://supremecourtfindia.nic.in>

stvo VSI-a u tumačenju zakona, što je i predmet njegova kontinuiranog sporenja s Parlamentom od dana usvajanja Ustava. Borbu za prevlast otkriva činjenica čestih ustavnih promjena, odnosno velik broj naknadno usvojenih ustavnih amandmana. Oni se najvećim dijelom odnose na zaštitu temeljnih prava, a zanimljivo je da je sukob započeo oko prava vlasništva.

Iako je indijski Ustav afirmativno govorio o socijalizmu, njegove su odredbe na više načina osiguravale pravo vlasništva.³⁷ Ipak, razvoj socijalizma u Indiji nije bio moguć bez raspodjele zemlje, pa je privatno vlasništvo ubrzo postalo prepreka uvođenju tog društvenog modela. Indijski je parlament prvi put izglasao promjene Ustava nakon što je Visoki sud (*High Court*) države Bihar odlukom u predmetu *Kameshwar v. State of Bihar* (1951) proglasio neustavnim Zakon o zemljišnoj reformi te države. Parlament je usvajanjem amandmana pokušao izbjeći sukob zakona s temeljnim ustavnim pravima. Time je započelo odmjeravanje snaga između Parlamenta i sudova.

Od 1951. do 1975. godine parlamentarna je većina višekratno mijenjala Ustav, a sudovi su odgovarali svojim odlukama. Jedan od najpoznatijih takvih slučajeva započeo je 1971. godine, kada je Kongres usvajanjem ustavnog Amandmana br. 24 pokušao nadjačati odluku Suda o neustavnosti zakona. Ustavnim Amandmanom br. 24 određeno je da se eventualna povreda temeljnih prava ne može podvesti pod sudbeni nadzor. VSI je tijesnom većinom (7 sudaca za naprema 6 protiv) poništio to rješenje u znamenitoj odluci *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 (1973).³⁸ U svojoj kompleksnoj izreci Sud je konstruirao tzv. doktrinu o temeljnoj strukturi, odnosno dao je sebi za pravo da kontrolira i ustavne amandmane ako su *ultra vires* u smislu da predstavljaju povredu same strukture Ustava. Pritom nije osporeno pravo Parlamenta da na temelju čl. 368. Ustava mijenja odredbe o temeljnim pravima, a utvrđeno je i da se ustavnost tih amandmana

³⁷ Od J. L. Nehrua pa do I. Gandhi ističe se indijska inačica socijalizma. I. Gandhi to je objašnjavala ovako: "Uvijek smo govorili da imamo naš tip socijalizma. Mi ćemo nacionalizirati sektore tamo gdje osjetimo da je nužno. Međutim sama nacionalizacija nije naš tip socijalizma" (*Statesman*, od 20. 10. 1976). "Socijalistička demokratska republika" spominje se u Preambuli Ustava, a odredbe o privatnom vlasništvu u čl. 19. (1) (f), čl. 31. (1) i čl. 31 (2) Ustava. Usp. Ambwani, 2007: 1 *et passim*.

³⁸ Predmet *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 ogroman je dokument koji sadrži preko 700 stranica teksta, ili oko 566 stranica tiskanih u *All Indian Reporteru*. Odluku je pisalo 11 od 13 sudaca, a rasprava se odvijala 67 dana uz sudjelovanje 93 odvjetnika. Sudac Chandrachud čak je i protestirao da zbog opsega slučaja i nenadanog umirovljenja *Chief Justicea* nije bilo vremena za pripremu zajedničke odluke. Postoje brojne analize te velike i značajne odluke VSI-a. Tužitelji su u *Kesavanandi* zatražili provjeru ustavnosti Zakona o zemljišnoj reformi države Kerala iz 1963. godine, izmijenjenog 1969. i 1971. Usp. Baxi, 1974; Morgan, 1981: 307-337.

ne može ocjenjivati u odnosu na pitanje povrede tih prava. Dakle VSI je potvrdio pravo Parlamenta da mijenja Ustav, ali samo do trenutka dok ne počne narušavati njegove “temeljne značajke” ili vrednote. Utvrđeno je da se temeljnom strukturom, tj. temeljnim vrednotama Ustava smatraju:

(a) supremacija Ustava; (b) vladavina prava; (c) načelo diobe vlasti; (d) ciljevi naznačeni u Preambuli Ustava; (e) sudbeni nadzor; čl. 32. i 226. Ustava; (f) federalizam; (g) sekularizam; (h) suverena, demokratska, republikanska struktura; (i) sloboda i dostojanstvo pojedinca; (j) jedinstvo i integritet nacije; (k) načelo jednakosti (ali ne svaka odlika jednakosti, već jednakost u pravima); (l) “bit” drugih temeljnih prava u Dijelu III. Ustava; (m) ideja socijalne i ekonomske pravednosti u izgradnji države blagostanja; Dio IV u potpunosti; (n) ravnoteža između temeljnih prava i direktivnih načela; (o) parlamentarni sustav; (p) načelo slobodnih i poštenih izbora; (q) ograničenja ovlasti za promjenu Ustava određena čl. 368. Ustava; (r) neovisnost sudstva; (s) efektivni pristup Sudu; (t) ovlasti Vrhovnog suda prema čl. 32., 136., 141. i 142. Ustava. (par. 292)

Parlament je odgovorio usvajanjem Amandmana br. 25 (u kojem je riječ “kompenzacija” – za oduzetu zemlju – zamijenjena izrazom “iznos”). Zatim je ponovno reagirao VSI potvrdivši pravo intervencije putem sudbenog nadzora (naglašavajući pritom da fiksni iznos odštete treba utvrditi Parlament, ali ne arbitrarno, već principijelno, što je jedino značajno prilikom stjecanja vlasništva). Sukladno odluci *Kesavananda*, sudbeni je nadzor jedna od bitnih odlika indijskog ustava, tj. ovlast koja se ne može oduzeti niti putem ustavnog amandmana.

Sukob između Parlamenta i Suda kulminirao je 1975. godine. Tada je VSI dobio novu priliku da pojasni i potvrdi doktrinu o temeljnoj strukturi Ustava. Za vrijeme izvanrednog stanja usvojen je Amandman br. 39 kojim je Parlament pokušao osporiti presudu Visokog suda u Allahabadu i spriječiti saslušanje premijerke Indire Gandhi (1917-1984) zbog utvrđene zloupotrebe izbora te njezino eventualno svrgavanje s vlasti. Parlament je zatim usvojio i više amandmana kojima je nastojao ograničiti temeljna prava i održati svoju supremaciju. Međutim VSI je te amandmane poništavao tvrdeći da su protivni koncepciji temeljne strukture Ustava u kojoj su temeljna prava jedan od najvažnijih elemenata. Amandmanom br. 42 Parlament je pokušao poništiti posljedice *Kesavanande* i potvrditi poziciju suverenog ustavotvornog tijela. Utvrđeno je da ustavotvorna vlast Parlamenta glede usvajanja amandmana “nema granica” te da niti jedan sud nema pravo revizije takvih parlamentarnih odluka (čl. 386. t. 4. Ustava). Odlučan u namjeri da obrani doktrinu o temeljnoj strukturi, VSI je u odluci *Minerva Mills Ltd. & others v. Union of India & others*, AIR 1980 SC 1789 (1980) proglasio amandmane neustavnima. Odredbe amandmana su, prema mišljenju Suda, predstavljale povredu čl. 386. Ustava jer su uklanjale sve granice u pravu Parlamenta na mijenjanje Ustava, a što je zapravo

negacija prava na sudbeni nadzor kao temeljnog obilježja Ustava, tj. narušavanje njegove temeljne strukture.³⁹ Tako je VSI svojim aktivističkim pristupom zapravo stalno zagovarao koncepciju supremacije Ustava nasuprot koncepciji parlamentarnog suvereniteta.⁴⁰ Odnos sudaca prema Ustavu ilustrirat ćemo i citatom iz odluke *Kesavananda*:

Učeni državni odvjetnik istaknuo je da je bitna svaka odredba Ustava; da nije tako, ne bi se ni nalazila u Ustavu. To je istina. Ipak, čak ni to ne postavlja svaku odredbu Ustava u istu poziciju. Istina je u tome da svaka odredba Ustava može biti promijenjena ako i dalje omogućuje da temeljna osnova i struktura Ustava ostane ista. (...) Navedena je struktura izgrađena na temeljnoj osnovi, odnosno na dostojanstvu i slobodi pojedinca. To je od najveće važnosti. To ne smije uništiti nijedan oblik promjene. (...) Naš Ustav nije samo politički dokument. On se temelji na socijalnoj filozofiji, a svaka socijalna filozofija, kao i svaka religija, ima dvije grupe osobina – glavne i sporedne. Prva je stalna, a druga je podložna promjeni. Srž religije uvijek ostaje stalna, a samo se praksa koja je s njom povezana može mijenjati. Slično je i s Ustavom poput našeg, koji ima određene odlike koje su toliko bitne da se ne mogu mijenjati ili uništiti. (par. 292 i 293)

(ii) Politika aktivizma sudbene vlasti. Za vrijeme kolonijalne uprave u Indiji suci su imali tradicionalnu ulogu neovisnih arbitara koji presuđuju sporove ne upuštajući se u moguće (političke) rasprave o slučaju. Tako su zapravo slijedili teoriju i praksu britanskog sudstva. Situacija se mijenja nakon stjecanja neovisnosti i usvajanja pisanog ustava. Sudstvo u demokratskoj Indiji uglavnom je krenulo smjerom sudskog aktivizma, napuštajući pasivnost uloge neutralnog suca. Temelji za aktivističko djelovanje sudbene vlasti pronađeni su u tekstu Ustava. Prema riječima indijskog ustavnog pravnika Upendra Baxia:

Opširni indijski Ustav nužno je proširio mogućnosti interpretativne ovlasti sudstva. Vrhovni je sud, primjerice, postao prvi postkolonijalni najviši sud koji je oblikovao i uspostavio ustavnu disciplinu putem doktrine o temeljnoj strukturi koja je zaustavila parlamentarnu ovlast promjene Ustava, doktrine koja je snažno utjecala na razvoj jurisprudencije u Južnoj Aziji i šire... s obzirom na njegovu apelacijsku sudsku nadležnost i tekući proces političkog razvoja u Indiji mi zaista shvaćamo sudbenu vlast kao političku vlast. (Baxi, 2006: 5)

Sudski je aktivizam fenomen koji je obilježio indijsku demokraciju. Primjeri aktivističkog djelovanja indijskih sudaca postoje u različitim područjima društve-

³⁹ Usp. Morgan, 1981: 307-337.

⁴⁰ Većina je sudaca u duhu *Kesavanande* ustrajno podržavala ideju da su supremacija Ustava i dioba vlasti temeljna obilježja indijskog Ustava te da ih treba i održati njegovim vitalnim dijelom. O razlozima i argumentima koje su imali u vidu pojedini suci v. Baxi, 1974.

nog života i pravne prakse: zaštiti povijesnih indijskih gradova od zagađenja, zaštiti od seksualnog uznemiravanja na radnom mjestu, reguliranju postupaka usvajanja djece od strane stranih državljana, zaštiti djece od seksualnog i radnog ropstva, kažnjavanju korupcije na različitim razinama vlasti, afirmaciji prava optuženika na besplatnu pravnu pomoć, zaštiti prava na slobodno i obvezno primarno obrazovanje, zaštiti prava na informacije itd. Suci su jednostavno napustili pasivnu poziciju i počeli djelovati inovativno, ulazeći često u politička pitanja kojima se inače bave druge institucije i grane vlasti. Sve je to doprinijelo da se sudbena vlast s pravom naziva rukom socijalne revolucije.⁴¹

Sudski se aktivizam u Indiji razbuktao u razdoblju nakon uvođenja izvanrednog stanja 1975. godine. Suci su aktivističkim djelovanjem nastojali sačuvati svoju ustavnu poziciju i vratiti povjerenje naroda u sudske institucije. To aktivističko djelovanje razvijalo se kroz nekoliko etapa, a započelo je stvaranjem doktrine o temeljnoj strukturi (predmet *Kesavananda*). Zatim je razvoj nastavljen inzistiranjem na poštovanju načela zakonom propisanog postupka, integriranim tumačenjem temeljnih prava i direktivnih načela, liberalizacijom materijalnih i postupovnih zahtjeva povezanih s *locus standi*, obranom prava na sudbeni nadzor. Indijski je narod istovremeno doživljavao Sud kao zaštitnika osiromašenih i obespravljenih. Osim toga jačanju sudskog aktivizma svakako je doprinijelo slabljenje središnje izvršne vlasti nakon 1989. godine te sve veći raskorak između ustavnih obećanja i životne zbilje. Među mnogobrojnim aspektima sudskog aktivizma u Indiji posebnu pažnju zaslužuje liberalizacija uvjeta vezanih uz pravo podnošenja sudskih tužbi (*locus standi*). Promjene tradicionalnih uvjeta vezane su uz pojavu Pokreta za socijalnu sudsku akciju (*Social Action Litigation Movement – SAL*), odnosno uz parnice u javnom interesu (*Public Interest Litigation – PIL*).⁴² Pojava Pokreta za socijalnu sudsku akciju bila je od ogromnog značaja za milijune obespravljenih Indijaca koji nisu bili upoznati sa svojim pravima ili su bili isuviše siromašni da bi mogli pristupiti Sudu. Pokret su inicirali ugledni znanstvenici, novinari te niz društveno aktivnih organizacija. VSI je prihvaćanjem strategije PIL-a zapravo prihvatio politiku koja je ispunjavala nade velikog dijela indijskog stanovništva. Sud je zauzeo stajalište da svaki član indijskog društva koji djeluje *bona fide* i ima odgovarajući interes ima pravo pristupiti Sudu kako bi ukazao na zloupotrebu prava. Važno je dodati da se to posebno odnosi na situacije kada stvarni tužitelj ili oštećenik nije u mogućnosti iskoristiti svoje pravo ili trpi povredu kolektivnog prava. Da bi potaknuo efikasnost

⁴¹ Usp. Krishnan, 2003: 91-124; Balakrishnan, 2008: 1-25.

⁴² Taj fenomen uglavnom se vezuje uz pojam Public Interest Litigation (PIL). Neki autori međutim, a među njima i jedan od najistaknutijih aktera i vodećih teoretičara pokreta, profesor Upendra Baxi (koji je sam pokrenuo više parnica, uglavnom u ime mentalno oboljelih osoba), preferiraju pojam Social Action Litigation Movement (SAL).

tzv. postupka u javnom interesu, Sud imenuje povjerenike za utvrđivanje činjeničnog stanja, služi se sredstvom *amicus curiae* te razvija tzv. epistolarnu jurisdikciju, tj. praksu da se tužbe zaprimaju putem pisama odnosno telegrama. Naravno, predviđaju se i kazne kako bi spriječile zloupotrebe postupka liberalizacije pristupa Sudu i sudskog postupka. U svakom slučaju, u pitanju je pokret koji “simbolizira politiku oslobađanja: upravljani i obespravljani dobili su u svojoj borbi protiv bezbrojnih ispada vlasti moćnu pomoć tihog digniteta konstitucionalizma” (U. Baxi).⁴³

Na osnovni smisao PIL-a ukazao je sudac Krishna Iyer u predmetu *Mumbai Kangar Sabhha v. Abdulbhai, A.I.R. 1976 S.C. 1455* (1976): “... *pro bono publico* i slične otvorene forme pravnog postupanja u skladu su s aktualnom potragom za pravdom za običnog čovjeka, odnosno s neophodnim obeshrabrenjem onih koji žele zaobići stvarna pitanja oslanjanjem na periferne proceduralne propuste... Javni interes promovira se širokim tumačenjem načela *locus standi* u našim društveno ekonomskim prilikama i konceptualnom otvorenosti koja omogućuje korištenje prava na pristupanje višim sudovima gdje se pravni lijek dijeli s mnogima, posebno ako je riječ o slabima”. Početkom osamdesetih godina 20. stoljeća zagovornici PIL-a bili su koncentrirani na borbu protiv ropstva i ropstvu sličnih odnosa, dječjeg rada, na radne ugovore stranih radnika, olakšavanje uvjeta rada vozača rikši, na poboljšanje položaja sirotinje i djece po zatvorima, mentalnih bolesnika u specijalnim ustanovama itd. U današnje vrijeme PIL je još uvijek snažan instrument kontrole javnih dužnosnika, otkrivanja zloupotrebe vlasti te korupcijskih veza između političara, birokrata i poslovnog svijeta. Aktivistička uloga Vrhovnog suda tako pridonosi odgovornosti nositelja vlasti na najvišim razinama, odnosno predstavlja svojevrsni vodič za pošteno i zakonito obnašanje funkcija vlasti.

Naravno da su sudski aktivizam i tzv. postupci u javnom interesu otvorili i nove probleme. Neki od njih bili su neočekivano opterećenje viših sudova, nedostatak sudske infrastrukture, zloupotrebe procesa, jaz između obećanja i stvarnosti, razlaz i konfrontacija s drugim granama vlasti, kao i opasnosti koje nosi sudski populizam. Indijsko je sudstvo svakako svjesno većine tih problema te ih nastoji riješiti kako se s vremenom ne bi pretvorili u nesavladive prepreke obavljanju njihove funkcije.

(iii) Zaključno o konstitucionalizmu i sudskom aktivizmu u Indiji. Fenomen socijalne sudske akcije možda je najbolji primjer inovativnog korištenja ustava i ustavnog prava, odnosno pozitivne “upotrebe” konstitucionalizma. Indijski su sudovi zahvaljujući tom pokretu mogli reagirati na specifičnosti indijskog društva. Tako je zapravo razvijena strategija promicanja kolektivnih prava, posebno onih koja se povezuju s ostvarivanjem ekonomske i socijalne pravde. Sudski je aktivi-

⁴³ Baxi, U., *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, str. 45; cit. prema Sripathi, 1998: 481.

zam u Indiji shvaćen kao svojevrsni “lijeak protiv oskudice prava”. Inzistiranje na zaštiti ljudskih prava i kontroli državnog bezakonja, a ponajviše svijest o stvarnim potrebama društva, transformirali su “Vrhovni sud Indije u Vrhovni sud za Indijce”, a indijsko sudstvo pretvorili u najintervencionističkije sudstvo na svijetu (Robinson, 2006).

Moguća je, naravno, i negativna “upotreba” konstitucionalizma. Do nje dolazi kada društvene grupe koriste ustav i ustavni proces za pristrane političke ciljeve ili za sprečavanje progresivnih reformi. Indija nam pruža primjer i takvog djelovanja. Dugogodišnji spor između Parlamenta i Vrhovnog suda oko prava vlasništva rezultirao je zapravo jednom od najzanimljivijih epizoda suvremenog konstitucionalizma. Pokazali smo već da je 1973. godine VSI u slučaju *Kesavananda* reagirao na usvajanje 25. amandmana na Ustav Indije kojim je Parlament želio onemogućiti sudbeni nadzor u određenim slučajevima glede prava vlasništva. Vrhovni je sud tada, iako tijesnom većinom, oblikovao inovativnu doktrinu o temeljnoj strukturi ustava. Prema toj doktrini Parlament ne smije mijenjati Ustav ako time narušava njegovu temeljnu strukturu. Negiranje prava na sudbeni nadzor parlamentarnih akata koji se odnose na temeljna prava zapravo znači (nedopuštenu) promjenu temeljne ustavne strukture. Zanimljivo je da su progresivne društvene grupe koje su tražile podjelu zemlje tada optuživale VSI za aktivizam konzervativnog tipa, ali doktrina je ubrzo proširena i na područja izvan vlasničkih prava. Tada je uslijedilo razdoblje tzv. novog aktivizma, odnosno usvajanje sudskih odluka glede zloupotreba izbornog prava i izvanrednog stanja.⁴⁴

Aktivizam Vrhovnog suda u Indiji nailazi i na velike kritike zbog njegova protuvećinskog djelovanja protiv parlamentarne većine i izvršne vlasti.⁴⁵ Tvrdi se i da indijsko sudstvo, u pokušaju da odgovori na neke nove izazove (npr. procesi globa-

⁴⁴ U razdoblju nakon izvanrednog stanja, piše S. P. Sathe, sudski aktivizam bio je inspiriran filozofijom “... ustavnog tumačenja koja je Ustav shvaćala ne kao obični katalog pravila, već kao niz izjava o načelima ustavnog upravljanja. Odredbe Ustava trebale su se tumačiti u skladu s načelima za koja se pretpostavljalo da čine temelj formalno usvojenih pravnih pravila, a koja istodobno omogućuju i njihovo transcendiranje. Prava koja je sadržavala deklaracija o pravima omogućavala su maksimum prostora za stvarne izraze slobode, jednakosti i pravde. Preambula Ustava nije ostala tek dekoracija, već je postala izvor temeljne strukture Ustava, pa se državna akcija kontrolirala ne samo s obzirom na njezinu usklađenost s posebnim ustavnim odredbama nego i s obzirom na njezinu kompatibilnost sa širokim načelima konstitucionalizma kao što je npr. sekularizam. Temeljna struktura Ustava, kao neartikulirana premisa Vrhovnog suda Indije, u svojoj je artikulaciji tražila referencu prema Preambuli i načelima koja su iz nje proizlazila”. Sathe, S. P., *Judicial Activism in India – Transgressing Borders and Enforcing Limits*, OUP, Oxford, 2002; cit. prema Iyer: 2002.

⁴⁵ Za argumente kritike sudskog aktivizma v. Srikrishna, 2005; Dam, 2005: 239-248; Dam & Tewary, 2005: 383-393.

lizacije, internacionalizacije ljudskih prava itd.), pokazuje tendenciju tzv. strukturalnog podešavanja. U tom kontekstu navode se ovi primjeri: (1) Indija je pristupanjem WTO-u povrijedila ne samo odredbe o temeljnim pravima u Dijelu III. Ustava već i njegovu temeljnu strukturu. No za razliku od nekih drugih stranih sudova (Ustavni sud Južne Afrike, Vrhovni sud Filipina) koji su iznudili provjeru takvih sporazuma s temeljnim načelima nacionalnog Ustava, VSI se ovdje ponio kao “pomoćnik zakonodavca” (*deputy legislator*); (2) nakon katastrofe u Bhopalu VSI je, osim što je smanjio odštetne zahtjeve prema multinacionalnoj korporaciji “Union Carbide” čija su postrojenja prouzročila gubitak ljudskih života i jedno od najvećih zagađenja prirodnog okoliša, istoj dodijelio i puni imunitet od kaznenog progona; (3) jurisprudenciju VSI-a u području radnog prava danas obilježava proces rejudicijalizacije kolektivnih prava radnika, što očito govori o jačanju utjecaja neoliberalnog te slabljenju utjecaja socijalističkog argumenta u odlukama sudaca; (4) odluka VSI-a o nastavku radova na velikom projektu izgradnje brane Narmada Dam ne ukazuje samo na političke dimenzije takvog stajališta, već i na krivudanje (*meandering*) njegovih odluka u kontekstu stvarnih političkih odnosa između državnih vlasti; (5) recentne odluke glede regulacije urbanih cjelina koje su usmjerene protiv gradske sirotinje predstavljaju tip sudske akcije koji je potpuno suprotan politici VSI-a tijekom osamdesetih godina.⁴⁶

Konačno, smatramo da indijsko iskustvo sudske aktivizma najbolje otkriva njegovu dvostruku prirodu. Unatoč velikim razlikama koje postoje u svim aspektima indijskog društva, u razdoblju pune afirmacije sudske aktivizma (SAL, PIL) pokazalo se ogromno povjerenje Indijaca u sudove. Velika većina stanovnika Indije više vjeruje sucima nego političarima, pa i unatoč nezadovoljstvu i razočaranju pojedinim odlukama ili smjerom djelovanja. Sudski aktivizam svakako odgovara ogromnom broju siromašnih Indijaca, ali s druge strane i političkom *establishmentu*. Možda je najznačajnija pouka koja se može izvući iz analize djelovanja indijskog sudstva ta da sudbena vlast, premda najčešće najslabija karika državne vlasti, postaje uistinu moćna kada osvoji povjerenje naroda – upravo to povjerenje daje legitimitet sudovima i sudske aktivizmu.

⁴⁶ Usp. Baxi, 2006: 23 *et passim*; Cotrell, 1990: 433-451.

LITERATURA

- Ambwani, S., 1997: *Coelho v. State of Tamil – A Case Study*, Advocates Association, SAMVAAD, predavanje održano 9. veljače, dostupno na: <http://districtcourtallahabad.up.nic.in/>
- Anand, A. S., 2000: Protection of Human Rights Through Judicial Review in India, u: *Judicial Review in International Perspective*, vol. 2 (ur. Andenas M.), Kluwer Law International, The Hague, str. 381-394.
- Balakrishnan, K. G., 2008: *Constitutional Control Praxis in the Present Day*, Brazilian Supreme Court – Lecture on 15. 8, na adresi: <http://www.supremecourtfindia.nic.in/speeches/>
- Baxi, U., 1974: *The Constitutional Quicksands of Kesavananda Bharati and the Twenty-Fifth Amendment*, Eastern Book Company, dostupno na: <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/74v1a3.htm>
- Baxi, U., 2006: Structural Adjustment of Judicial Activism, Inaugural Lecture, West Bengal National Academy of Juridical Sciences, Kolkatta, 10. 6. 2006; dostupno na: <http://www.hks.harvard.edu/hauser/>
- Beatty, D., 1997: The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments, *Modern Law Review*, sv. 60, br. 4, str. 481-509.
- Bingham, lord of Cornhill, 2006: The Judges: Active or Passive, *Proceedings of the British Academy*, British Academy, sv. 139, str. 55-72.
- Black's Law Dictionary* (8. izd.), 2004: Thomson West, St. Paul (MN).
- Choudhry, S., 2002: The Lochner Era and Comparative Constitutionalism, *University Of Toronto Faculty of Law Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2-22, dostupno na: http://ssrn.com/abstract_id=363220
- Choudhry, S., 2003: Review: Manfredi C. P., Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism (Toronto, 2001), *International Journal of Constitutional Law*, sv. 1, br. 2, str. 379-390.
- Choudhry, S. & Hunter, C. E., 2003: Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. Nape, *Mc Gill Law Journal*, sv. 48, br. 3, str. 527-558.
- Coomeraswamy, R., 1993: Uses and Usurpation of Constitutional Ideology, u: *Constitutionalism and Democracy – Transitions in the Contemporary World* (ur. Greenberg D. et al.), OUP, Oxford, str. 159-171.
- Cotrell, J., 1990: Indian Judicial Activism, the Company and the Worker: A Note on National Textile Worker's Union v. Ramakrishnan, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 39, br. 2, str. 433-451.
- Craven, G., 1997: Reflections on Judicial Activism: More in Sorrow than in Anger, *Samuel Griffith Society Proceedings*, Samuel Griffith Society, str. 103-112; dostupno na: <http://www.samuelgriffith.org.au/>

- Dam, S., 2005: Vineet Narain v Union of India: "A court of law and not of justice" – Is the Indian Supreme Court Beyond the Indian Constitution, *Public Law*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=969976>
- Dam, S. & Tewary V., 2005: Polluting Environment, Polluting Constitution: Is a 'Polluted' Constitution Worse Than a Polluted Environment?, *Journal of Environmental Law*, sv. 17, br. 3, str. 383-393.
- De Coste, F. C., 1999: The Separation of Powers in Liberal Polity: Vriend v. Alberta, *McGill Law Journal*, sv. 44, br. 1, str. 232-253.
- Evans, C. M., 2004: Responsibility for Rights: The ACT Human Rights Act, *Federal Law Review*, sv. 32, br. 2, str. 309.
- Flint, D., 2000: The Australian Crown, u: *Judicial Review in International Perspective*, vol. 2 (ur. Andenas, M.), Kluwer Law International, The Hague, str. 213-222.
- Fowler, D. B., 1973: The Canadian Bill of Rights – A Compromise Between Parliamentary and Judicial Supremacy, *American Journal of Comparative Law*, sv. 21, br. 4, str. 712-746.
- Gardbaum, S., 2001: The New Commonwealth Model of Constitutionalism, *American Journal of Comparative Law*, sv. 49, br. 4, str. 707-760.
- Gageler, S., 1987: Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review, *Federal Law Review*, sv. 17, br. 3, str. 164.
- Galligan, B., 1989: Realistic 'Realism' and the High Court's Political Role, *Federal Law Review*, sv. 18, br. 1, str. 40-49.
- Goldsworthy, J., 1989: Realism About the High Court, *Federal Law Review*, sv. 18, br. 1, str. 27-39.
- Goldsworthy, J., 1989: Reply to Galligan, *Federal Law Review*, sv. 18, br. 1, str. 50-52.
- Hamer, D., 2004: Cattanach v. Melchior: Principle, Policy and Judicial Activism, *University of New England Law Journal*, sv. 1, br. 2.
- Heydon, D., 2003: Judicial Activism and the Death of the Rule of Law, *Australian Bar Review*, br. 2, str. 133.
- Hiebert, J. L., 2006: Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?, *The Modern Law Review*, sv. 69, br. 1, str. 7-28.
- Hirschl, R., 2004: *Towards Juristocracy – the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA) & London.
- Hocking, J., 2000: *Lionel Murphy – A Political Biography*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Hutchinson, A. C., 2004: Judges and Politics: An Essay From Canada, *Legal Studies*, sv. 24, br. 1-2, str. 275-293.
- Iyer, K. V. R., 2002: Judicial Review in Democracy – Book Review: Judicial Activism in India (S. P.), *The Hindu*, 11. 6, dostupno na: <http://www.hinduonnet.com/>

- Jovičić, M., 1984: *Veliki ustavni sistemi*, Svetozar Marković, Beograd.
- Kinley, D., 1994: Constitutional Brokerage in Australia: Constitutions and the Doctrines of Parliamentary Supremacy and the Rule of Law, *Federal Law Review*, sv. 22, br. 1, str. 195.
- Kirby, M., 2003: *Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, Speech of 19. 11, University of Exeter, dostupno na: <http://www.hcourt.gov.au/>
- Kirby, M., 2004: *Judicial Activism – Authority, Principle and Policy in Judicial Method*, The Hamlyn Lectures, Sweet & Maxwell, London.
- Kirby, M., 2004: *Comparative Constitutionalism – an Australian Perspective*, The Center for Comparative Constitutionalism: Constitutionalism in the Middle East – January 23-25, University of Chicago.
- Kirby, M., 2006: Judicial Activism: Power Without Responsibility? No, Appropriate Activism Conforming to Duty, *Melbourne University Law Review*, sv. 30, br. 2.
- Kirby, M., 2006: *To Judge Is To Learn*, Transnational Judicial Dialogue: Strengthening Networks and Mechanism for Judicial Consultation and Cooperation, December 2, Harvard Law School.
- Koopmans, T., 2003: *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Krishnan, J. K., 2003: Social Policy Advocacy and the Role of the Courts in India (21), *American Asian Review*.
- Leclair, J., 2004: Judicial Review in Canadian Constitutional Law: a Brief Overview, *George Washington International Law Review*, sv. 36, br. 3.
- Lijphart, A., 1999: *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven.
- Lynch, A., 2001: The High Court – Legitimacy and Change: Review Essay: Haig Patapan, Judging Democracy – The New Politics of the High Court of Australia, *Federal Law Review*, sv. 29, br. 2.
- McWhinney, E., 1967: Federal Supreme Courts and Constitutional Review, *Canadian Bar Review*, sv. 45, br. 3, str. 578-607; cit. prema: Fowler, D. B., 1973: 714.
- McWhinney, E., 1982: *Canada and the Constitution 1979-82: Patriation and the Charter of Rights*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London.
- Maddex, R. L., 1996: *Dictionary of Constitutional Concepts*, Routledge, London.
- Manfredi, C. P., 1992: The Canadian Supreme Court and American Judicial Review: United States Constitutional Jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, *American Journal of Comparative Law*, sv. 40, br. 1.
- Marshall, G., 2000: *Re-Making the British Constitution*, John Tait Memorial Lecture, The Faculty of Law, McGill University, Montreal, Quebec, str. 1-44; dostupno na: <http://www.justice.gc.ca/>

- Mason, A., 1986: The Role of a Constitutional Court in a Federation – A Comparison of the Australian and United States Experience, *Federal Law Review*, sv. 16, br. 1.
- Morgan, D. G., 1981: The Indian ‘Essential Features’ Case, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 30, br. 2.
- Narain, J., 1968: Constitutional Changes in India – An Inquiry into the Working of the Constitution, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 17, br. 4.
- Pitty, R., 2003: *Michael Kirby’s Ideas of Cosmopolitan Justice*, Australasian Political Studies Association (APSA) Conference, 29 September – 1 October, University of Tasmania, Hobart.
- Roach, K., 2001: *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto.
- Roach, K., 2002: American Constitutional Theory for Canadians (and the Rest of the World), *Toronto Law Journal*, sv. LII, br. 4.
- Roach, K., 2006: Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and United States, *I-CON*, sv. 4, br. 2, str. 347-370.
- Robinson, S., 2006: For Activist Judges, Try India, *Time*, November 8, dostupno na: <http://www.time.com/>
- Saunders, C., 1995: Evolution and Adaptation of the British Constitutional System, u: *Constitutional Policy and Change in Europe* (ur. Hesse, J. J. & Johnson, N.), Oxford University Press, Oxford/New York.
- Srikrishna, B. N., 2005: *Skinning a Cat*, Practical Lawyer, Eastern Book Company, dostupno na: <http://www.ebc-india.com/>
- Sripati, V., 1998: Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking Back to See Ahead (1950-2000), *American University International Law Review*, sv. 14, br. 2, str. 415-495.
- Tushnet, M., 1995: Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty, *Michigan Law Review*, sv. 94, br. 2.
- Weiler, P. C., 1984: Rights and Judges in a Democracy: a New Canadian Version, *University of Michigan Journal of Law Reform*, sv. 18, br. 1.
- Woolf, lord of Barnes, 2003: *International Role of the Judiciary*, referat na Commonwealth Law Conference, Melbourne, April 2003, dostupno na: www.lcd.goc.uk/judicial/speeches/

Petar Bačić

THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM
(CANADA, AUSTRALIA AND INDIA)

Summary

The emancipation of the Commonwealth countries had a particular impact on the traditional British principle of inviolable sovereignty of the Parliament. Ever since 1931, when the Imperial Parliament, through the Westminster Act, renounced the unilateral exercise of legislative power in the Dominions, the theory of parliamentary sovereignty as unlimited legislative power has been subject to alterations under the pressure of political reality. The process was most pronounced in the 1982-1998 period, when the United Kingdom and several member-countries of the Commonwealth, as “the last democratic strongholds of traditional legislative supremacy”, adopted various documents in which human rights are guaranteed. The author elucidates the characteristics of the new, Commonwealth model of constitutionalism, wherein the constitutionalisation of fundamental rights has made possible not only specific forms of judicial supervision, but also an increase of judicial activism.

Keywords: sovereignty of Parliament, federalism, judicial activism

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