

Др Миша Ђурковић*

РОБЕРТ БОРК И ПРОБЛЕМ СУДСКЕ ДИКТАТУРЕ**

Аутор овог чланка се бави проблемом судске диктатуре. У питању је тенденција судске власти у западним земљама, а пре свега у Сједињеним Америчким Државама (САД), да узурпира и нелегално преузима ингеренције законодавне власти. Судије то раде да би промовисале антитрадиционалне левичарске вредности. Аутор посебно издваја рад судије Роберта Борка који је показао како се истовремено одвијају оба та процеса и како велику улогу судије имају у такозваним културним ратовима. Детаљно се обрађују методи и случајеви у којима је Врховни суд САД у последњих седамдесет година мењао вредности, политички па и уставни систем САД, доношењем неуставних одлука. На крају се представља и тзв. оригиналистичко тумачење судске праксе за које се Борк залагао.

Кључне речи: *Судије. – Судска диктатура. – Левица. – Роберт Борк. – Оригиналizam.*

1. СУДСТВО У СЛУЖБИ ПОЛИТИКЕ

Ако покушамо да нађемо простор у коме се данас одвијају најбрже и најдинамичније промене у друштву, вероватно би биоетика и биомедицина биле међу најозбиљнијим кандидатима. Захваљујући изванредном напретку биомедицинске технологије, али и променама перцепције и схватања, убрзано се редефинишу неки од фундаменталних феномена и појмова као што су зачетак, особа, смрт, родитељ, мајка или брак. Нажалост, упут нестају традиционални морални и

* Аутор је научни саветник и директор Института за европске студије, *md-jurkov@gmail.com*.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије 179014. Краћа верзија чланка објављена је у часопису *Политеиа*, који издаје Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци.

правни оквири, што се дешава супротно вољи већине народа. Елите делују сасвим одвојено од обичног света и за њих је много важније шта кажу финансијери и други припадници елите него бирачи које политичари уредно варају на свим изборима.

Како се ти процеси одвијају? Ствара се општа друштвена атмосфера посредством академске заједнице, корпорација и њихових фондација, невладиних организација, контролисаних медија, образовних институција и других инструмената за превредновање традиционалних вредности и за *глајхшталтовање* јавног простора. У том процесу огромну и најмање запажену улогу има судство. Да унапред сажмемо тезу коју овде износим и браним: судови су од контролора и заштитника демократије и владавине права, те субјекта који се пре свега води процедуралним узусима, постали политички инструменти за реконструкцију друштва супротно вољи народа и за наметање онога што они виде као садржинску (супстантивну) правду.

Упечатљив пример из нашег окружења су највише судске инстанце два протектората, Босне и Херцеговине и Косова. У оба суда седе и судије које су странци, недржављани ентитета у којима суде. Њихова улога је јасно политичка, што је било очигледно, на пример, у одлуци о укидању празника Дана Републике Српске. Но исти процеси се дешавају и у мање драстичном окружењу па су сада већ по злу чувени Врховни суд САД или Израела.

Са тим проблемима први пут сам се сусрео пре седам, осам година када сам покушавао да реконструишем развој деснице у другој половини 20. века.¹ Тада сам први пут приметио како су заправо САД темељито измењене током пола века у вредносном смислу, пре и изнад свега захваљујући деловању њиховог Врховног суда. Судија Ерл Ворен је најважније име тог подухвата, али је временом добијао све већи број значајних настављача који су додатно развијали његов левичарски судски активизам. Као и у многим другим случајевима, тог ултралибералног судију номиновао је републикански председник Двајт Ајзенхауер.

Тада сам такође био шокиран деноминацијским саставом те институције, која заправо има улогу неке врсте вредносног диктатора у САД. Троје судија су били Јевреји, а шесторо римокатолици. Дакле, у земљи коју су створили тзв. WASP-овци, данас нема ниједног ко би седео у телу у коме се очигледно доносе најважније одлуке о будућем вредносном и друштвеном усмерењу њихове домовине. Судија Сотомajor је, уз то, по мајци такође Јеврејка и занимљиво је да су све четворо судија са јеврејским пореклом радикални леви либерали који увек гласају у правцу насилне измене вредносног

¹ Вид. Миша Ђурковић, *Идеологија, партије и међународни односи*, ИПС, Београд 2012.

система Америке. Дакле, чак и у погледу представника јеврејске заједнице, очигледна је дискриминација конзервативних Јевреја који су веома заступљени у својој верској и етничкој заједници.

Тако сам најпре наишао на феномен, а затим и на идиом „судска диктатура“ (*judicial dictatorship*).² У овом раду представићемо сам феномен судске диктатуре и посебно се осврнути на рад недавно преминулог судије и правног теоретичара Роберта Борка, који је најпознатији критичар тог насилног, неограниченог и веома опасног³ судског активизма. Борг је дао изванредан допринос десној мисли у 20. веку, тиме што је скренуо пажњу на то како се грамшијевски марш кроз институције одвијао у судству и како је судство, као темељна институција либералне демократије, деградирано и претворено у инструмент друштвеног *глајхиалтунга* у левом смеру.

2. РАСПРОСТИРАЊЕ СУДСКЕ ДИКТАТУРЕ

Као што је познато из правне и судске теорије, англосаксонска правна традиција почива на идеји прецедентног права у коме су судије увек имале истакнуто место. Но, за разлику од Велике Британије, САД су одмах након оснивања добиле писани, кодификовани Устав који је у великој мери бар за сто педесет година ограничио фундаменталистичке претензије судског активизма. Александар Хамилтон је тада одредио судство као „најмање опасну грану власти“.⁴ Треба додуше поменути да се већ 1803. године, одлуком суда у случају *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), којом је суд себе овластио да врши судску оцену и ревизију законодавних одлука, отворио простор за будуће проблеме.⁵ Постоје

² У Француској се за исти феномен користи нешто блажи израз *gouvernement des juges*, који је изумео Едуард Ламбер. Вид. Cesare Pinelli, „Gouvernement des Juges“, *Petite Histoire du Terme*, 2009, www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf, 12. фебруар 2018. Борг, а и други критичари користе и друге сличне изразе као што је „судски активизам“, који је 1947. увео Артур Шлезингер Јуниор.

³ Још Алексис Токвил је у свом најпознатијем делу упозоравао на потенцијалне проблеме таквог истакнутог положаја судства, чије неодговорне судије могу да изазову озбиљне поделе у друштву и чак грађански рат. Чини се да је данас Америка, пре свега због тог насиља тзв. нове класе и судија над традиционалним вредностима у које већина верује, веома близу озбиљних унутрашњих сукоба, па чак и некаквих облика грађанских ратова.

⁴ То је наслов класичне Бикелове књиге из 1962. године која се бави историјом и улогом Врховног суда у систему САД. Вид. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962.

⁵ Осим у том случају, Врховни суд је само још једном пре Грађанског рата интервенисао у законодавни процес, у контроверзном случају *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 1857. године. Међутим, за само десет година, између 1990. и

теоретичари који сматрају да је та одлука не само проблематична него и неуставна.⁶

Лино Граља подсећа на расправу о положају судија у америчком уставу која је претходила ратификацији. Антифедералиста који је писао под именом Брут упозорио је на то да је устав судијама дао веома проблематично место. Изнад њих нема никакве друге моћи да их контролише, нема ауторитета који може да их уклони и не могу да се контролишу законима легислатуре. Укратко, тврдио је Брут, они су независни од народа, законодавства и од било које друге моћи под небесима. А као такви, брзо ће осетити да су независни и од самих небеса.

У одговору у есеју (данас познатом као „Федералист 78“), Хамилтон је наивно тврдио да се сигурно неће десити мешање судства у рад законодавства и да они не могу да имају моћ да стварају политике. Те своје тврдње заснивао је на тези да суд нема ни мач ни кесу, за разлику од Конгреса, и сматрао је да је моћ импичмента потпуно обезбеђење против могуће узурпације судске моћи. Граља подсећа да је већ Џеферсон као председник 1805. године, након неуспешног покушаја импичмента судије Семјуела Чејса, закључио да је то фарса, да институт импичмента чак не може да се користи против судија ни за застрашивање.⁷

У теорији се дуго води расправа о стварном положају судства у западној правној држави, односно касније либералној демократији. Континентална теорија, у којој доминира традиција писаних устава и доминације легислативе, инсистира на идеји о судијама као простим примениоцима закона, покушавајући да ограничи сваку могућност њиховог активизма.⁸ Но чак се и у англосаксонском праву очекивало да судија буде ограничен законима и обичајима државе у којој врши правосудну власт, да и приликом постављања прецедената буде посвећен примени принципа и правила која стварно постоје и

2000, суд је оборио чак 28 закона Конгреса. Keith E. Whittington, „The Death of the Legalized Constitution and the Spectre of Judicial Review“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 27.

⁶ Вид. Christopher Wolfe, „From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America“, The Heritage Foundation Report 2006, <http://www.heritage.org/node/16876/print-display>, 18. март 2018; Robert Bork, *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges*, AEI, 2003.

⁷ Lino Graglia, „Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's remaking of America“, *A Country I do not Recognize* (ed. Robert Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005, 6 и 7.

⁸ Подсетимо се само спора између Карла Шмита и Ханса Келзена о томе ко треба да буде „чувар устава“. Вид. Карл Шмит, „Чувар устава“ и Ханс Келзен, „Ко треба да буде чувар устава?“, у Карл Шмит, *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*, Филип Вишњић, Београд 2001.

функционишу у укупном уставноправном и моралном оквиру друштва и државе.

Током последњих пола века догодила се, међутим, радикална промена и у судској пракси и у образложењима пресуда, што посебно у последњих неколико деценија прате и нови теоријски трендови у тумачењу положаја судске власти у либералним демократијама.

Хиршл подсећа да су до 1942. године само у две државе на свету, САД и Норвешкој, судови имали право да националне законе прогласе неуставним. Када је он писао књигу пре петнаестак година, број држава у којима је то данас могуће и у којима су судови фактички преузели значајан део законодавне моћи од парламената попео се на преко осамдесет.⁹ Оно што је раније деловало као незамислив хибрис, а затим се опрезно примењивало уз одбијање да се именује, данас се отворено примењује и теоријски брани као легитимно, неопходно и наводно једино могуће у либералним демократијама.

Тако је већ средином претпрошле деценије увелико почело да се говори о феномену судске диктатуре, судског активизма, судске олигархије, о јуристократији, односно судократији, џудикализацији политике итд. Укратко ту појаву коју, следећи Борка, називамо судском диктатуром одређујемо на следећи начин: у либералнодемократским државама судије су временом почеле да отимају законодавну функцију од легитимних и изабраних представника народа. Уместо да укидају неуставне законе, оне су отворено почеле да шире своје ингеренције и да саме доносе правне и друштвене норме иако знају да за њих често не постоје никакве основе у уставу. Штавише, услед своје идеолошке агенде, привилеговану судску позицију користе за политички активизам, сматрајући да су њихово право и обавеза да реформишу друштво, односно да по свом нахођењу доносе правила и норме за које јасно знају да су противзаконите и да је против њих огромна већина грађана. Дакле, док су раније судије биле ограничене на примену писаног устава и спречавање доношења неуставних закона и норми, чувајући наслеђени морал, обичаје и узусе, данас судије сматрају да је њихов задатак управо да мењају све оно што је наслеђено и да у ту сврху делају као псеудозаконодавци.¹⁰

За тај феномен Роберт Борк користи и израз „америчка болест“. Проблем је у томе што се та америчка болест шири у све већи број

⁹ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2004.

¹⁰ „Традиционално схватање је било да је подела власти учинила законодавство и извршну власт одговорним за промену, а Суд чуваром континуитета и стабилности. Суд је, међутим, током последњих тридесет година од себе направио главног промотера промене – оног који делује без демократске контроле да би остварио циљеве који не би могли да се реализују у демократском процесу.“ William Quirk, Randall Bridwell, *Judicial Dictatorship*, Transaction Publishers, New Jersey 1995, xv.

земаља, укључујући и правне системе који су јасно били утемељени у традицији континенталног права. То полако ствара идеолошко и струковно братство између глобалне судске олигархије, која, лишена контроле, почиње да примењује антидемократски и антизаконодавни модел одлучивања по истом рецепту. У том оквиру глобализације судског активизма треба посматрати све распрострањенију моду да судије у једној држави примењују одлуке судија из других држава или необавезујуће одлуке и мишљења судија међународних судова. Та нова пракса би за судије пре пола века била сасвим неразумљива. Свака судска пресуда морала би да води рачуна о узусима, навикама, традицијама и моралним схватањима заједнице у којој се доноси. Какве везе има одлука донета у Израелу са, на пример, канадским уставноправним системом?¹¹

Као што ћемо видети, то разуларено понашање судства које је добило нову врсту самопоуздања може се видети у разним областима права, од породичног до грађанског и кривичног права. Најразорније је, међутим, тамо где је уочљиво настојање да се превреднују наслеђене вредности, дакле, да се елиминишу религија и морал, да се разори и редефинише породица итд.

Случај *Roe v. Wade*, 410 U.S, којим је 1973. године легализован, односно насилно наметнут абортус на територији целокупних САД, типичан је пример одлуке за коју је свима јасно да нема никакве основе у уставу. Право на абортус конструисано је и изведено из конструкције некаквог права на приватност које такође не постоји у Уставу САД. Та одлука већ 45 година дели америчко друштво на пола, изазива бројне сукобе, радикално је повећала број абортуса у Америци, а и даље је једна од кључних тема у културном рату и свакој председничкој кампањи.

Феномен судске диктатуре је посебно обележио САД које су од педесетих година 20. века, од времена Врховног суда Ерла Ворена до данас, темељно измењене у правном, друштвеном и вредносном смислу, пре свега захваљујући активистичком деловању судија левичара. Ако се погледају најважније друштвене промене које су се одвијале у тој држави после Другог светског рата, види се да оне нису дошле ни од извршне ни од законодавне већ управо од судске гране

¹¹ Борка су посебно забрињавали та интернационализација правног хаоса и покушаји међународних активиста да врше притисак на САД да промене регулативу којом се уређују смртна казна, положај жена, деце и мањина и Други амандман (право на поседовање и ношење оружја). У Уводу за *Земљу коју не препознајем* каже како ти активисти уз помоћ америчких истомисљеника покушавају да наметну политичку коректност као ново међународно право. Вид. Robert Bork (ed.), *A Country I do not Recognize*, Hoover Institution Press, Stanford 2005, 36. Он говори и о правницима који тврде да су њихова мишљења на стручним конференцијама валидни документи међународног права итд.

власти. Све кључне промене, од укидања расне сегрегације (па њеног поновног враћања путем посебног права гласа), легализације абортуса, увођења афирмативне акције односно позитивне дискриминације, избацивања религије из јавних школа и са јавних места, до недавне легализације хомосексуалних „бракова“, урађене су путем одлука судова. Парадоксално, на снази је све време био исти уставни документ (уз један број амандмана), тако да је очигледно да су судије давале сасвим нова, врло широка и најчешће незаснована тумачења којима су фактички конструисале нова, дотад непозната права и мењале законски и нормативни оквир у држави.

То се међутим шири и на друге културе и земље. На пример, Европска економска заједница, данас Европска унија, заснована је на две кључне, крајње контроверзне одлуке Европског суда правде: *Costa v. ENEL* (1964) *Case 6/64* (успостављање надређености комунитарног права) и претходне одлуке *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) *Case 26/62* (успостављање директног дејства европског комунитарног права у појединачним државама). Парадоксално је да се у свим прегледима развоја Уније шездесете године узимају као доба евраосклерозе када наводно ништа није урађено у процесу евроинтеграција, иако је фактички тим двама одлукама заједница суштински успостављена као јединствен правни оквир.

После тога је почело да се шири и на друге појединачне земље. Данас је, рецимо, посебно Израел чувен по томе. Све више се говори о „глобализацији судског активизма“. Још 1991. године Кенет Холанд је приредио пионирски зборник *Судски активизам у компаративној перспективи*¹², у коме је још на почетку ширења те праксе показао како се амерички модел преузима и етаблира у још десетак земаља, укључујући и оне са јасном континенталном традицијом (Италија, Немачка, Француска), или чак и Јапан и простор бившег СССР-а.

Већ 1997. године Нил Тејт и Торбјорн Валиндер¹³ направили су одличан преглед масовног тренда ширења судске власти и по дубини и по ширини. У зборнику који има преко 500 страна под називом *Глобално ширење судске власти* дали су теоријски и историјски преглед појаве све веће судске доминације, а затим и велики број појединачних случајева у којима је обрађена судска узурпација моћи у петнаестак држава, од САД и чланица Комонвелта, до Скандинавије, држава континенталног права, Израела, бивших комунистичких земаља и на крају Филипина и Намибије.

¹² Kenneth Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, London 1991.

¹³ Вид. Neal Tate, Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1997.

У књизи која је објављена две године раније, Вилијам Кирк и Рандал Бридвел су први за тај феномен и његове последице употребили термин *судска диктатура*. Књига се управо тако и зове.¹⁴ Они су напали саму идеју судске ревизије као изразито антидемократску и узурпаторску, подсећајући да је још Џеферсон 1810. године указивао на проблеме које отргнута судска власт може да донесе држави. Врло детаљно су описали настанак и развој самог феномена судске диктатуре.

Наредне, 1996. године, познати амерички конзервативни часопис *Најважније ствари* у два наврата се бавио тим проблемом. Најпре је у мајском издању објављен уводник који је указао на недавно проблематично судско легализовање асистираниог самоубиства. У новембарском броју је објављен веома важан тематски број часописа под називом *Крај демократије? Судска узурпација политике*. Пет угледних правника и политиколога указало је на све арогантније понашање судија у Америци, које су посебно у већ озлоглашеном образложењу одлуке у случају *Кејси* из 1992. године отворено почеле да омаловажавају демократску свест грађана САД, а себе поставиле изнад свих осталих инстанци у држави. Уредништво је на емфатичан начин поставило тезу да амерички режим почиње отворено да ради против воље и интереса народа. Они кажу:

„У следећим чланцима се испитује следећи предмет: Влада САД више не управља уз сагласност оних којима влада. Што се тиче америчког народа, правосуђе је заправо изјавило да су најважнија питања о томе како треба да уредимо наш заједнички живот изван опсега ‘ствари њиховог знања’. Не зато што судије нужно захтевају веће знање; оне једноставно захтевају и користе моћ да одлуче. За грађане те демократске републике судије сматрају да немају компетенције за самоуправу. Сам Врховни суд, нарочито у одлуци у предмету *Кејси* из 1992. године, активирао је аларм због питања легитимитета закона у садашњем режиму. Њихово предложено решење је да грађани треба да се препусте одлукама Суда. Наши аутори не пристају на то решење. Дванаести главни судија Врховног суда Харлан Фиск Стоун (1872–1946) изразио је своју забринутост: ‘Док је неуставно вршење власти од извршне или законодавне власти Владе подложно судском ограничењу, једина провера нашег сопственог практиковања моћи је наш властити осећај уздржавања.’ Судови се нису, а можда се и не могу уздржавати, а можда је и то тако да у садашњем режиму нема ни других ефективних ограничења за њихов рад. Ако је тако, сведоци смо краја демократије.’¹⁵

¹⁴ W. Quirk, R. Bridwell.

¹⁵ Richard John Neuhaus *et al.*, „The End of Democracy? Introduction“, *The First Things Magazine* 9/1996. Читалац ће приметити како је десна мисао нарочито у другој

Међу петорицом учесника тог подухвата био је, разумљиво, и судија Роберт Борк.¹⁶ Он је најпознатији промотер идиома *судска диктатура* и њен најпознатији критичар. Тај човек је и пре тога у својим списима истицао тај проблем и до краја живота се борио против њега.

3. РОБЕРТ БОРК – СУДСТВО У КУЛТУРНОМ РАТУ

Роберт Борк је непознат на овим просторима, но у САД је једна од личности које су обележиле последњих тридесетак година јавног живота. Случај из 1987. године, када је био номинован за судију Врховног суда, па је одбијен након страховите бруталне јавне кампање дефамације коју су против њега водили његови идеолошки непријатељи, озбиљно је потресао САД. У речнику енглеског језика чак постоји израз „бити боркован“ (*being Borked*) који значи „дискредитовати кандидата за неко место тако што ће се брутално дефамирати његова каријера и веровања“, односно „систематски нападати кандидата или јавну личност, нарочито у медијима“.¹⁷ Широка јавност и познаваоци популарне културе сетиће се лика судије Роја Снајдера из *Симпсонових* који је рађен управо према моделу Роберта Борка.

Борк је чувени судија, правни теоретичар и практичар који је током свог живота обављао велики број различитих послова повезаних са правном професијом. Између осталог, био је заменик министра правде задужен за изношење случајева пред Врховни суд, вршилац дужности државног тужиоца, судија Апелационог суда за дистрикт Колумбија, професор на Универзитету Јејл, професор на Универзитету Џорџ Мејсон. Сарађивао је са Институтом „Хадсон“ и Америчким институтом за предузетништво, а био је и саветник председничког кандидата Мита Ромнија 2012. године.

половини 20. века пригрлила демократију на начине који су били незамисливи у 19. веку. Конзервативци су постали последњи истински браниоци народних традиција и стварне једнакости људи пред законом. Леве либералне елите суштински данас презиру демократију и са јакобинско-бољшевичким жаром приступају задатку „просветљења и реформе“ народа, наводно за његово добро. Основна идеологија владајућих левих либералних структура је заправо троцкизам у комбинацији са фундаменталистичким феминизмом.

¹⁶ Тај пројекат са свим својим контроверзама остао је један од најпознатијих интелектуалних подухвата у последњих неколико деценија. Треба поменути да је због тако тврдог и упозоравајућег става о губитку легитимитета америчког режима сам Борк осетио потребу да у наредном јануарском броју укаже на опасност довођења целокупног америчког „режима“ у питање. Због тог едиторијала Гертруда Химелфарб се повукла из уредништва. Вид. <https://www.firstthings.com/article/1997/01/january-letters>, 15. април 2018.

¹⁷ <http://www.dictionary.com/browse/borked>, 13. март 2018.

Његов теоријски рад обухвата неколико монографија, зборника радова и чланака које је објављивао у различитим зборницима и часописима. Веома је познат његов бестселер из 1996. године *Прокли-завати ка Гомори: модерни либерализам и америчко опадање*. Иако се и ту делимично дотиче деструктивне улоге судства, књига је пре свега посвећена анализи штетних појава у популарној америчкој култури и ширења корозивног и токсичног система вредности који је захватио све поре америчког друштва. Он показује како се преко левог радикализма од шездесетих година ширило одбацивање целокупног наслеђа америчке традиције и како је либерализам узроковао културно опадање и дегенерацију. То је и до данас остала култна књига у круговима америчке конзервативне интелектуалне елите, заједно са Блумовим *Сумраком америчког ума* (1987) и књигом Харвија Мејнсфилда *Мушкост* (2006).

Позната је и његова прва књига о *Антитраст парадоксу* која је доживела два издања. Но први прави бестселер и почетак озбиљне списатељске каријере била је његова исповедно-теоријска књига *Искушавање Америке: политичко завођење права* из 1990. године. У другој половини те књиге описао је читав свој случај, као илустрацију политизације правне и правосудне струке у Америци. Но, у првом делу је дао вредан преглед целокупног развоја америчке правне и правосудне праксе у претходних век и по, показујући како је политика постепено зајახала и инструментализовала право и правосуђе.

Од каснијих правних списа за нас су посебно значајни и монографија *Утеривање врлине* (2003) и зборник *Земља коју не препознајем* (2005). То су кључни списи у којима развија и истражује идеју судске диктатуре. Учествовао је прилозима и у другим таквим подухватима, као што је зборник Бредлија Вотсона *Судови и културни ратови* (2002). Пред крај живота ИСИ му је објавио волуминозну збирку чланака под именом *Време да се говори: изабрани чланци и аргументи* (2008), а постхумно је изашао спис његових сведочења *Спасавање правде* (2013) о дешавањима током афере Вотергејт. Било би вероватно занимљиво сакупити и мишљења која је писао у појединим пресудама или стручна мишљења која је износио током спорова поводом најважнијих правно-политичких питања у последњих четрдесетак година. Од дела посвећених његовом раду треба издвојити посебан број *Харвардског часописа за право и јавне политике* (2008) и књигу Виере и Гроса (1998), која се детаљно бави случајем Боркове неуспеле номинације.¹⁸

¹⁸ Norman Vieira, Leonard Gross, *Supreme Court Appointments, Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Illinois 1998.

Борк је уз *Гамору* пре свега остао важан за савремену десну и конзервативну мисао по својој анализи употребе судства за разарање традиције и наметање левичарске агенде. Треба, међутим, напоменути да је он био самосвојан мислилац чији се ставови нису увек уклапали у очекивања мејнстрим деснице у САД. Он, на пример, није био заклет бранилац Другог амандмана и залагао се за делимично пооштравање контроле дистрибуције оружја.

Борк је, дакле, један од првих мислилаца који је указао на разорну улогу судова у тзв. културним ратовима у САД. Као што је познато, од почетка деведесетих, интензивирала се нарација о културним ратовима у Америци.¹⁹ Постхладноратовски тријумфализам није донео конзензус већ је услед појачаног левичарског месијанског активизма дубоко поделио америчко друштво. Изразито су интензивирани спорови између два основна идеолошка пола по питањима абортуса, хомосексуализма, брака, Другог амандмана (слободе набавке оружја), имиграције, односа цркве и државе, климатских промена, смртне казне итд.

Фокус десне критике с правом је усмерен на универзитете, медије, корпоративне фондације, индустрију забаве, Холивуд и сличне моћне сегменте друштва који су злоупотребљавали своје позиције моћи да промовишу одређене вредности и потискују традиционалну културу и навике. Борк је, међутим, као инсајдер који правосуђе познаје изнутра, инсистирао да су судови потпуно неоправдано остали ван ракурса, иако су, штавише, кључни инструмент наметања вредности такозване нове класе, односно спровођења мирне револуције. У уводу за *Утеривање врлине*, реферирајући на веома важну Кимбалову књигу *Дуги марш* из 2000. године, Борк истиче да је аутор пропустио да укључи право јер је оно заштићено аутом објективности.²⁰ У ствари, судије активисти пресуђују широко, без везе са својом материјом, шире или побијају значење закона. Судије су, тврди он, увиле политику у маску права, постале су законодавци, нека врста олигархије: неизабрани, неодговорни комитети правника који само примењују своју вољу.

Судије примењују идеологију тзв. нове класе, тврди он.²¹ Сви су либерали јер су правни факултети, правна струка, медији, популарна култура и укупна атмосфера у којој се развијају обележени антитра-

¹⁹ Вид. James D. Hunter, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, Basic books, New York 1992.

²⁰ R. Bork (2003), 8; L. A. Graglia, 11, указује на имагинативни и психолошки значај устројства судства у америчком друштву одакле они црпу своју готово магичну ауру објективности: они носе помпезне одежде и једини своје одлуке износе у зградама које личе на храмове. Испред судова су често фигуре слепе правде. Испред Уставног суда Канаде стоје фигуре Правде и Истине итд.

²¹ Борк цитира Роберта Низбета који на једном месту каже да је Врховни суд суверена моћ за „перманентну револуцију“.

диционалним вредностима. Борк цитира слоган: „Спасите Америку, укините Правни факултет Јејла!“ (други говоре то исто за Правни факултет Харварда). Судије промовишу културни социјализам, тврди он. У уводу за *Земљу коју не препознајем*, он цитира Дербишајра који тврди да судије систематски разарају фундаменталне америчке институције: брак, породицу, религију и једнакост пред законом.²²

Граља пореди понашање Врховног суда са позицијом коју у Ирану има Савет ајатолаха, али, за разлику од мула које штите конзервативне вредности, амерички ајатоласи брутално промовишу леву либералну идеологију.²³ У сваком случају реч је о владавини олигархије која свесно промовише вредности за које зна да су супротне вољи америчког народа. За то је посебно илустративно образложење у случају *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), у коме су судије отворено говориле да народ није довољно зрео и да оне морају да штите одређене вредности супротно грађанима²⁴. То је очигледна злоупотреба судске функције, свесно кршење устава и мешање у ингеренције законодаваца (незрелих!?).

У својим радовима Борк детаљно обрађује бројне случајеве и феномене који илуструју судску диктатуру: конструисање права на приватност, легализовање опсцености и порнографије у јавном простору неуставним тумачењем слободе говора, протеривање религије из јавног простора (забрана молитви, истицања крстова и десет заповести у школама и сл.), увођење тзв. афирмативне акције и разних других области сегрегације раса, насилно наметање абортуса и хомосексуалних бракова свим државама, протеривање морала из јавне сфере и позивања на морал у судским споровима, промовисање феминистичких вредности, увођење супстантивне уместо процедуралне правде итд.

Списак метода којима судије спроводе диктатуру веома је дугачак. Неки од њих сматрају да устав уопште не треба читати, па га дакле отворено игноришу. Други говоре о живом уставу који еволуира, при чему они треба да буду та инстанца која тумачи како и у ком правцу норматива, принципи и правила треба да се крећу. Трећи се позивају на устав, свесно га кршећи.

Борк је, на пример, сматрао да је *Браун*²⁵ редак добар пример судског активизма²⁶, али је упозоравао да начин на који је мера донета

²² *Ibid.*, x.

²³ L. A. Graglia, 3.

²⁴ Неизбежне су паралеле са Комунистичком партијом или Савезом комуниста као „авангардом народа“ или пролетаријата која боље зна од њега шта је у његовом интересу.

²⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), чувени је случај којим је укинута расна сегрегација у САД (одвојени школски аутобуси за белу и црну децу).

²⁶ Вид. R. Bork (ed.) (2005), x.

није адекватан и да је под окриљем те одлуке Врхови суд провукао бројне револуционарне неуставне одлуке које су направиле огромну штету. Како су и други приметили, кад год се неко побуни против судског активизма, противодговор је: „Аха, а ви сте против *Брауна*, дакле ви сте расиста.“²⁷

Овде ћемо истаћи и илустровати само неколико примера како бисмо показали моделе судског империјализма. При томе треба истаћи важан метод – мењање изворног, односно оригиналног значења уставних провизија и амандмана. То се односи, рецимо, на два веома важна сегмента. Четрнаести амандман који говори о једнакости донет је 1868. године, после Грађанског рата, како би заштитио новоослобођене робове. Данас (2003), писао је Борк, он се злоупотребљава, на пример, за нормализацију хомосексуалности.²⁸ На основу њега је конструисано такозвано право на приватност у случају *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), какво не постоји у уставу, али је на основу тога легализован абортус 1973, а 2015. године хомосексуални бракови на целокупној територији САД.

У случају односа државе и религије, Борк подсећа да је оригинално идеја о тзв. клаузули о неустављању значила само одлуку да се спречи усвајање једне религије, односно деноминације као званичне државне. Либерални, пагански и доминантно антихришћански судови су у другој половини 20. века од тога извели тумачење о радикалном раздвајању цркве и религије и отпочели прогон из јавног простора и јавних школа било чега религиозног, односно свих ствари које имају изворну везу са религијом. Тако се већ дуго времена воде зилотске акције и борба да се Божић преименује или, још боље, избаци из празничног календара.²⁹

Мекдауел³⁰ подсећа да су Ворен и Брандајз 1890. године објавили чланак у коме су, говорећи о „праву на приватност“, имали у виду искључиво потрагу за начином да се људи позивањем на Први амандман одбране од таблоидног новинарства. Од шездесетих година

²⁷ На то указује и Граља. Вид. L. A. Graglia, 27.

²⁸ Вид. R. Bork (2003), 73.

²⁹ То је још један показатељ како брзо западне земље клизе ка левом тоталитаризму. Нама је познато како су овдашњи комунисти одвојили Божић Бату од Божића, преименовали га у Деда Мраза и везали за Нову годину као секуларни празник. О таквим тенденцијама у Америци детаљно пише Бил О’Рајли, показујући како Америчка унија за грађанске слободе (ACLU) води сталан фундаменталистички рат против Божића који је у Америци званичан празник још од 1870. године. Они, међутим, непрестано измишљају нову секуларну терминологију која би требало да замени и истисне божићну: празнично дрво, зимски одмор, фестивал светла. Вид. Bob O’Reilly, *Culture Warrior*, Broadway Books, Portland 2006, 75, 77.

³⁰ Gary L. McDowell, „The Perverse Paradox of Privacy“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005, 61.

то право је, међутим, исконструисано на сасвим другачији начин и искористићено за потпуну вредносну револуцију у Америци.

Исте те 1890. године Врховни суд је пришао формалном конструисању доктрине о супстантивном правичном суђењу. Разлог је био одбрана економских слобода од закона појединих држава. Мекдауел³¹ наводи Хамилтонове јасно изнесене тезе да је цела прича о правичном суђењу требало да има искључиво технички значај, да је требало да се односи само на поступање суда, а нипошто на законе које доноси законодавац. Међутим, даљом разрадом те клаузуле, посебно од 1937. године када се са нивоа економских права одлуком суда прешло на лична права, направљен је потпуни хаос у америчком правном и вредносном систему. Доктрина о супстантивном правичном суђењу у САД има онај положај који је у Канади добила доктрина о фундаменталној правди, а у Израелу о разумности. Борк, дајући пример како је израелски Суд оборио одлуке владе само уз образложење да је „неразумна“³², показује да су то суштинске основе ауторитарног и антидемократског деловања поменутих судова, у којима се судије позивају фактички на свој осећај, на своју идеологију и на нешто слично природној правди односно природном праву, а што су очеви оснивачи свакако хтели да забране. У *Искушавању Америке* он са одобравањем цитира анегдоту у којој је судија Холмс објашњавао да је његов посао да примењује закон, а не да дели правду.³³

Можда је најиндикативнији пример потпуног претумачивања основних идеја случај паљења америчке заставе. Дакле, у доба када је доношен Први амандман (1791) и када су очеви оснивачи на сваки начин покушавали да изграде консензус и поштовање за тек ослобођену и конституисану младу републику, никоме није падало на памет да дозволи омаловажавање и рецимо паљење њене заставе. Но, крајем 20. века Врховни суд САД је, супротно вољи народа и вољи народних представника, у два случаја одлуком 5 према 4 поставио основу за слободу скрнављења тог симбола државе. Реч је о случајевима *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), и *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). У другом поменутом случају судија Бренан, који је писао мишљење, окарактерисао је паљење државне заставе под којом грађани ратују као „изражавање идеје које се не сме сузбијати само зато што је за друге неприхватљиво или увредљиво“. Конгрес је затим донео посебан федерални закон којим је забрањено обешчашћивање заставе, али га је Врховни суд одмах оборио у случају *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990). Од тада је било

³¹ *Ibid.*, 64.

³² R. Bork (2003), 121, 122.

³³ R. Bork (1990), 6.

неколико покушаја да се у Конгресу изгласа посебан уставни амандман који би забранио скрнављење заставе. Последњи пут је 2006. године иницијатива пропала за само један глас у Сенату.

Још један важан метод је чекање да се направи либерална већина и да се онда обара одлука коју је свега неколико година раније донео исти суд. То је случај са *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), у коме је заустављен антисодомитски закон Колорада, што је отворило врата за одлуку *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), која је оборила познату антисодомитску пресуду *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Најупечатљивији је случај калифорнијског Уставног суда, о чему пише Едвард Елдер.³⁴ Суд је 1996. године у случају *American Academy of Pediatrics v. Lungren* донео одлуку којом је потврдио калифорнијски закон из 1987. и неопходност да малолетне девојчице могу да обављају абортус само уз пристанак родитеља или суда. Чим су наредне године именоване нове судије на два места и захваљујући републиканском гувернеру фомирана ултралиберална већина, суд је оборио своју одлуку донету само годину и по дана раније, односно закон из 1987. године, и омогућио да малолетне девојчице могу да обављају абортус без пристанка родитеља.

Борк уз многе друге критичаре наглашава чињеницу да је Суд брутално преузимао овлашћења која припадају законодавној власти. На пример, одлука у случају *Ро* питање абортуса је извукла из подручја законодавног деловања Конгреса и држава где се пре увек налазило. Тако је у многим случајевима Суд једнострано, без утемељења у уставу, почео да лишава појединачне државе овлашћења за која је било јасно да немају везе са федералним нивоом (на пример, религија, абортус, хомосексуални бракови или покушаји да се забрани смртна казна). Као што је познато, све оно што није могло да се прогура кроз неуспели ЕРА амандман, односно Амандман о једнаким правима (предложен 1972), који је након дуге демократске расправе одбачен у Конгресу осамдесетих година, судије су накнадно увеле у амерички правни систем својим одлукама.³⁵

Борк указује на то да су, осим вредносних штета по друштво, са тим процесима повезане и две веома опасне политичке тенденције: једна је даља централизација уз лишавање држава нових овлашћења, а друга је подривање фундаменталне поделе власти у Америци и механизма кочница и равнотеже које су поставили очеви оснивачи.

³⁴ Edward J. Erler, „The California Supreme Court in the Culture Wars: A Case Study in Judicial Failure“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 139–150.

³⁵ Robert Bork, „Courts and the Culture Wars“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 7.

Према његовом мишљењу, САД су услед деловања судске олигархије озбиљно угрозиле своју демократску основу, као и владавину права.³⁶

Борк се посебно бави протеривањем религије на основу лажног тумачења првог амандмана. Он подсећа да су очеви оснивачи били изразито религиозни људи и да су и преко државних празника као што је Дан захвалности признавали улогу и значај религије у америчком друштву. Штавише, први сазив конгреса је инсистирао да религија, морал и знање буду подстицани у друштву и имао је свог капелана који је изговарао молитве пред почетак рада.

Но доласком левичарске превласти почео је квазикрсташки прогон религије из јавне сфере и јавних школа. Реч је о серији случајева попут *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992), којим је укинута молитва у јавним школама, или *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000), којом је студентима забрањено да изговоре молитву пре почетка утакмице. У исто време судови су, на пример, дозволили да голи људи могу слободно да играју у јавности. Тери Истланд и Грејем Вокер³⁷ су у публикацијама које је Борк саставио или инспирисао објавили два изванредна есеја у којима дају детаљан преглед постепеног протеривања религије из јавне сфере након Другог светског рата, али су навели и неке победе у скорашње време, у којима су конзервативци успели да очувају нека религиозна права за грађане. Кључно је да после Другог светског рата Медисонов десети Федералист почиње да се тумачи у либералном кључу, па се укидају неке праксе које су старе по 150 и више година, као што је религиозни тест за запошљавање у државној администрацији у Мериленду.

Ти аутори указују на то да су скоро све одлуке Врховног суда о верским питањима неуставне будући да Устав јасно оставља појединачним државама право да одлуче како ће регулисати положај религије и црква на својој територији. Врхови суд је узурпирао право да им наређује шта по том питању да раде. Такође се примећује како се само гура норма о одвајању цркве и религије од државе, док се други налог Првог амандмана о слободном испољавању и практиковању религије сасвим игнорише. Као што су неке судије примећивале у својим издвојеним мишљењима, није више реч о томе

³⁶ Још у *Искушавању* је указао на смишљену судску ароганцију као начин да боље продају своје у основи погрешне и неуставне одлуке. Борк примећује да су одлуке суда све компликованије и да се образлажу све сложенијим дискурсом, док је устав изворно био замишљен да буде једноставан и да обични људи могу да га разумеју и примењују. Вид. R. Bork (1990), 6.

³⁷ Вид. Terry Eastland, „A Court Tilting against Religious Liberty“, *A Country I do not Recognize* (ed. Robert Bork), Hoover Institution Press, Stanford, 2005; Graham Walker, „Religious Freedom without Religious Neutrality: Our Once and Future Constitutional Common Sense“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

да се спречи насилно наметање једне религије свима, већ о систематском наметању секуларности као нове квазирелигије чије норме у јавној сфери морају да поштују сви, без обзира на своја уверења. Чињеница да су хришћани већина људи који плаћају порез за државне школе не омогућује им никаква права у избору градива којима ће се школовати њихова деца.

Суштина прогона религије, сматра Борк, јесте у прогону моралних основа друштва, пристojности и достојанства, а тиме и самог права: права нема без морала, а морала нема без религије.

4. СУДСКО ПОДРИВАЊЕ МОРАЛА

Борк с правом инсистира на томе да судови бране тотални релативизам и морални нихилизам³⁸, да су забранили борбу за јавни морал и заједничке вредности и да је гушећа вулгарност популарне културе и индустрије забаве резултат управо њиховог рада на сузбијању воље народа да одбрани своје наслеђе и пристojно друштво. Судије су максимално подигле радикалну моралну аутономију у моралним питањима како би забраниле друштву да поставља било какве општеморалне норме. Уместо да морал постепено еволуира, насилно се намеће морал мањине и очекује се да се већина традиционалних грађана просто прилагоди систему и антивредностима које је одувек сматрала неморалним. Судије у бројним случајевима већ отворено постављају захтев за неосуђивањем (нонџаџментализам) било каквог понашања, ма колико оно иритирало људе и подривало елементарни осећај морала. Својим пресудама обарале су законе који забрањују псовање, омогућиле су да се у суду изговарају псовке и носе јакне са скарадним написима³⁹, да људи играју голи на јавним местима итд. Све је то наводно слобода изражавања и не сме да вређа никога, док пак изговарање молитве и практиковање религиозних чинова угрожава друге, па се стога мора забранити на јавним местима. У образложењима пресуда може се наћи и да је „нечија псовка другоме поезија“. Узгред, као што прогоне било какву идеју о објективним стандардима морала, тако је и са стандардима истине и лепоте. Култура се, каже Борк, брутализује, нема више хијерархије укуса, интелекта, нема дискриминације између вредног и не вредног и нема лепоте и ауторитета.

Он такође подсећа да судови прогоном религије подривају и морал без кога нема права и правног система (стр. 69). И то очигледно

³⁸ R. Bork (2003), 64.

³⁹ Случајеви *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), и *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

и јесте циљ идеологије која их води. Право је дубоко политизовано, морал се протерује из јавног простора, а друштво заиста клизи ка Гомори.⁴⁰ У уводу за *Земљу...* он наводи отрешњујућа истраживања Лешека Колаковског о улози табуа у једном друштву и о проблемима који настају кад се друштво лиши онога што је свето и табуисано. Подсећа да су од старих табуа који су чинили основу западне цивилизације данас преживели само инцест и педофилија, који су такође на удару.⁴¹

Најважнији извори злоупотребе, каже Борк, јесу Први, Четрнаести, Петнаести амандман и тзв. клаузула о одговарајућем судском процесу (*due process*) односно правичном суђењу које није само процедурално већ и супстантивно.

Зашто се све то дешава? Левица (тзв. нова класа) држи све важне пунктове у друштву, стварајући атмосферу у којој опстаје вера у наводну објективност и узвишеност правосуђа, посебно Врховног суда у САД. Исто важи и за судове, а посебно највише судске инстанце и у другим либералним демократијама. У све већем броју земаља ту веру забранама одржавају и сами судови, који често забрањују парничарима да излазе у јавност са коментарима односно притужбама на њихов рад. С друге стране, ко год их критикује бива разапет у јавности. Борк, на пример, даје случај израелског конзервативног листа *Хаарец*, који се једини усудио да изађе у јавност са анализама очигледних узурпација Врховног суда Израела. Против њих се повела брутална кампања, у којој се тражило чак и да кривично одговарају због подривања вере у правни поредак. У напад је кренуо цео естаблишмент, мејнстрим медији, правни факултети и удружења, па чак и политичари из Кнесета, чије су право у основи ти новинари бранили. Од тога су имали огромне штете, а друштво је послало поруку о томе како пролази свако ко се усуди да преиспита положај и рад тих „светих крава“.⁴² У Америци је АБА предложила да се из коморе избаци сваки адвокат који би јавно критиковао рад суда.

На крају, доста говори и чињеница да чак и републикански председници у САД номинују либералне правнике у Врховни суд, иако је питање њиховог избора очигледно постало врхунско поли-

⁴⁰ Ерлер подсећа да је то све фундаментално супротно са свим изворним идејама очева оснивача, који су дубоко веровали у објективно постојећи морални поредак, обавезујући за све грађане САД. Сви они су били верујући људи, деисти или верници у откронење, који су сматрали да је правни систем јасно заснован на моралу и религији. Вид. Е. Ј. Erler, 147. Данас, међутим, од учитеља у школама па надаље сви шире нихилизам и морални релативизам. Све мора да се остави личном избору и сваки од њих је наводно „подједнако вредан“.

⁴¹ R. Bork (ed.) (2005), 28.

⁴² R. Bork, 133, 134.

тичко питање. Велики број судија које су номиновали републикански председници гласао је за изразито антирепубликанске мере.

У лето 2015. године, сенатор и један од потенцијалних републиканских кандидата за председника Тед Круз јавно је изразио бесповодом гласања „републиканских“ судија у случајевима геј брака (Реганов кандидат Кенеди, који је обезбедио кључни пети глас) и субвенција за здравство (Кенеди и Робертс).⁴³ Џеф Гринфилд је поводом тога направио леп преглед понашања судија и јасно показао да се од друге Кенедијеве номинације сви демократски кандидати јасно држе либералног консензуса и гласају очекивано. „Слика је драматично другачија на републиканској страни клупе“, с правом тврди он. Ајзенхауерови кандидати Ерл Ворен и Вилијам Бренан су суштински променили Америку у либералном правцу својим одлукама из шездесетих година. Затим је Ричард Никсон 1968. године велики део своје победничке кампање засновао на критици либерализма Врховног суда, да би номиновао Харија Блекмуна, касније једног од најлибералнијих судија икада, и Ворена Бургера, који је заједно са Блекмуном подржао легализацију абортуса у случају *Ро*.

Затим је Роналд Реган именовано Сандру Деј О’Конор, која је мењала стране, али и помогла очувању легалности абортуса у случају *Кејси*, као и Ентонија Кенедија, каснијег апостола права на приватност – узгред Кенеди је номинован након неуспеле номинације Борка, па је то очигледно један од најуспешнијих послова либералне Америке у последњих пола века. Џорџ Буш је номиновао Дејвида Саутера, који је доследно гласао у корист либералних одлука. Треба приметити да је константно померање мејнстрима ка левици допринело томе да либералне судије немају дилему како да гласају, а да републиканске судије оклевају, често се плашећи да не иду превише против мејнстрима.

Још један од великих парадокса помоћу којег лева либерална агенда напредује јесте то што се и такозване конзервативне судије често држе правила односно доктрине *stare decisis*⁴⁴, па у крајње

⁴³ Вид. <http://observer.com/2015/07/jeff-greenfield-why-gop-appointed-justices-jilt-conservatives/>, 16. април 2018. Занимљиво је да је том приликом предложио и неколико решења за такво преварно понашање судија; углавном мере које су и Борк и разни други критичари годинама помињали, о чему ћемо детаљније говорити на крају чланка: уставни амандман који ће јасно државама омогућити да саме дефинишу брак, закон који би федералном суду одузео право да одлучује о таквим питањима и укидање доживотног постављења судија.

⁴⁴ У питању је основа англосаксонског права, правило које води порекло из 13. века, а које је у својим *Коментарима закона Енглеске* овековечио Вилијам Блекстон. Комплетна латинска фраза гласи *Stare decisis et non quieta movere*, што значи држати се онога што је или како је одлучено и не ометати оно што је мирно. Блекстон је тврдио да је реч о установљеном правилу да се треба држати претходних прецедената када се у некој парници поново појави иста ствар.

проблематичним случајевима остају везане за јасно неуставни прецедент, уместо да га обарају и да се врате изворном значењу уставне клаузуле. Борк је о том проблему писао још у *Искушавању Америке*. Тврдио је да је за оригиналистичку теорију устава кључна идеја када је судија обавезан претходном одлуком а када није. Указао је на то да *stare decisis* није механички, монолитни принцип и да је дужност судије да у неким случајевима преиспита принцип претходне одлуке. Он је наравно признавао да се увек мора поћи од потреба за стабилношћу и да је *stare decisis* у том смислу основно правило. Тачно је, каже Борк, и да се неке уставно проблематичне одлуке, попут увођења папирног новца, више не могу обарати јер би то изазвало потпуни хаос у систему. Но, с друге стране, *Po* и право на приватност, тврди он, увек могу да се оборе јер осим што нису уставно засновани нису ни прихваћени.⁴⁵

Уз Борка, о том проблему је одлично писао Џон Истман. Он је тврдио да је велики проблем у томе што је та доктрина изворно конзервативна, па се судије конзервативци ње држе и кад не треба.

Као кључни пример он наводи помињани случај *Кејси* из 1992. године. Тада се очекивало да ће након доласка судије Томаса у Суд бити формирана конзервативна већина способна да обори прецедент из случаја *Po*. Међутим, на велико изненађење јавности, посебно републиканског и конзервативног дела Америке, судије О'Конор, Кенеди (Реганови кандидати) и Сутер (Бушов кандидат) обезбедиле су већину којом је сачувана суштина одлуке у случају *Po*. Њихово образложење је било засновано на *stare decisis* и обезбеђењу установљених очекивања те заштити институционалног интегритета Суда.⁴⁶

5. БОРКОВ ОРИГИНАЛИЗАМ

Када говори о могућим лековима за сузбијање или евентуално укидање судске диктатуре, Борк издваја неколико могућности. 1. Идеја да конгрес ограничи суд и да нађе начин да обори оне одлуке суда које су очигледно погрешне и противуставне. У Канади таква могућност постоји делимично, када поједине државе могу да примене клаузулу о непримењивању која им омогућава да током пет наредних година не примењују односну одлуку суда, то јест да фактички примењују пропис који им је суд оборио. 2. Идеја о усвајању уставног амандмана на основу кога би Представнички дом и Сенат

⁴⁵ R. Bork (1990), 156 и даље.

⁴⁶ John Eastman, „Stare decisis: Conservatism's One Way Ratchet Problem, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 132.

заједно могли да преиначе одређене одлуке суда. 3. Бирати судије оригиналисте, што је готово немогућа мисија с обзиром на целу описану атмосферу. 4. Убедити суд да исправи своје грешке.⁴⁷

Граља је тврдио да је за промену најпре неопходно да се Конгрес стварно побуни против таквог деловања суда. Он је као лекове помињао могућност да Конгрес донесе амандман којим би се функција у врховном суду ограничила на 12 или 16 година, затим да се тражи једногласје од судија, да се Четрнаестом амандману врати изворно значење и да Конгрес јасно добије последњу реч о уставним питањима.⁴⁸ Дакле, да устав може да се мења само амандманима, а не судским одлукама.

Борк генерално није био велики оптимиста да ће се те његове идеје остварити будући да је видео да атмосфера све више иде у супротном правцу и да се судска диктатура наставља без ограничења, ширећи своје претензије на све веће сегменте друштва. Сматрао је да се једино можемо надати у самоограничавање судија, што углавном није реално.

Он сам, као судија и правни теоретичар, заступао је такозвано оригиналистичко тумачење устава, које супротставља судском активизму.⁴⁹ Оно се углавном своди на то да треба поштовати намере, дух и слово писаца устава, не одбијајући да се успут прилагођава захтевима времена. Борк сматра да је легитимно поништавати пресуде у складу са реалним захтевима времена, но он истовремено критикује неограничен, широк судски активизам који злоупотребљава систем прецедентног права.

Еволуциона перцепција права битна је, међутим, и за теорије са којима је Борк у директном сукобу. Посебно треба издвојити теорију Роналда Дворкина, изнету у књизи *Узимати права озбиљно*. Читалац може погледати његове ставове и у домаћим преводима те књиге (*Суштина индивидуалних права*) и књиге *Царство права*. То је, између осталог, и тематика моје прве књиге *Поредак, морал и људска права*, у којој сам се бавио Дворкиновом јуриспруденцијом. Дворкин је конструисао нормативни лик суперсудије Херкула, који је способан да доноси одлуке у тешким случајевима мерећи тежину моралних и правних принципа, правила и индивидуалних права (адута).⁵⁰

⁴⁷ R. Bork (2003), 81.

⁴⁸ L. A. Graglia, 48 и даље.

⁴⁹ Вид. R. Bork (1990), 143 и даље. Судија треба да примењује Устав у складу са принципима на које су мислили они који су ратификовали документ.

⁵⁰ Миша Ђурковић, *Поредак, морал и људска права*, Институт за европске студије, Београд 2001. Посебно ваља погледати поглавље „Како Херкул просуђује појединачна права“, 114–127.

У *Искушавању* је тврдио да је одбацивање оригинализма пут да се у устав читају принципи либералне културе који нису могли да се убаце демократским путем.⁵¹ На саслушању пред Сенатом демократе су га напаале због тврдње да судија треба да се ограничи на принципе актуелног устава, а Бајден је томе супротставио тезу да „има права зато што постоји“. У уводу за *Земљу* Борк своје оригиналистичко тумачење супротставља еволуционистичким погледима на устав. У питању су идеје о сталном ширењу и измишљању права, које полако постају нови устав. Еволуционисти често инсистирају на томе да није важно шта пише у уставу већ како друштво сада гледа на одређени проблем. Како је један аутор приметио, то је захтев да се правна и судска професија прилагоде моделима и вредностима које пропагирају актуелни ситкоми и друге серије.⁵²

Ти напади на оригинално читање онога што су писци устава стварно мислили да кажу има пандане у свим областима академског живота где је неограничени конструктивизам завладао. Борк наводи одличан коментар Гертруде Химелфарб који вреди пренети у целини: „Управо је таква ситуација и у литератури и историји – доминира апстрактно, опскурно, методолошко – чија је поента да у потпуности релативизују дисциплину. Свака методологија постаје прихватљива (осим, наравно, традиционалне) и свако читање текста постаје легитимно (осим, наравно, оног које је хтео аутор). Циљ није само да се формира нова привилегована мандаринска класа, која је једина компетентна да интерпретира текст, већ да се цела дисциплина прекреира од почетка како би се лакше политизовала, да се створи табула раза на коју било шта може да се напише. Оригинално разумевање је заправо оно што је традиционална, чињеничка, документарна историја за историчара.“⁵³

6. ЗАКЉУЧАК

Људи на овим просторима, захваљујући Хашком трибуналу и деловању правосуђа у протекторатима, већ имају идеју о тзв.

⁵¹ R. Bork (1990), 9.

⁵² Bradley C. S. Watson (ed.), *Courts and the Culture Wars*, Lexington Books, Minneapolis 2002, xviii. Ако се тај модел прихвати, судећи према телевизијским серијама, ускоро би могао да се декриминализује и укине инцест као недозвољено понашање. Савремене серије су преплављене примерима инцестног понашања у најпопуларнијим пројектима као што су *Игра престола*, *Табу*, *Бинг бенг теорија* или прва сезона *Истинских детектива*. Сада је тај модел у фази навикавања публике, односно шире јавности на природност постојања инцеста у менталном окружењу. Према моделу Овертоновог прозора, следећа фаза ће бити приказивање позитивних примера инцеста итд.

⁵³ Према R. Bork (1990), 137.

политичкој правди односно злоупотребама правосуђа у политичке сврхе. Новост о којој треба да размишљамо јесте то што та мода *америчке болести* уз подршку страних сила све више почиње да се пробија и као теорија и као пракса у наше државе и правне системе. На тај начин ће и наше судије левичари све више почети, уз правнике помодаре, да заступају моделе, решења и поступке које налазимо описане у Борковим вредним радовима.⁵⁴

Он је говорио да се сва техничка, политичка и правна питања своде на два основна на која људи увек морају да одговоре: ко смо и како живимо? Положај судија може бити или положај диктаторске олигархије која народу намеће одговоре на горња питања или положај стварних чувара слободе који народу омогућују да поштује оно што је он изабрао за себе.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962.
- Bork, R., *The Tempting of America*, A Touchstone Books, New York 1990.
- Bork, R., „Courts and the Culture Wars“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.
- Bork, R., *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges*, AEI, Washington 2003.
- Bork, R. (ed.), *A Country I do not Recognize*, Hoover Institution Press, Stanford 2005.
- Ђурковић, М., *Поредак, морал и људска права*, Институт за европске студије, Београд 2001. (Ђурковић, М., *Poredak, moral i ljudska prava*, Institut za evropske studije, Beograd 2001)
- Ђурковић, М., *Идеологија, партије и међународни односи*, ИПС, Београд 2012. (Ђурковић, М., *Ideologija, partije i međunarodni odnosi*, IPS, Beograd 2012)
- Eastland, T., „A Court Tilting against Religious Liberty“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.

⁵⁴ Судија Милан Благојевић из Бања Луке скренуо ми је пажњу на одлуку судова Републике Српске којима је грађанима у Српској омогућено да туже државу и траже материјалну надокнаду због тога што су током рата ратовали у Војсци Српске или на неки други начин били оштећени. То право је на своју срамоту искористио један број грађана који је тужио свој ентитет. Тиме судови директно подривају одбрамбену моћ, морал и финансије Републике Српске.

- Eastman, J., „Stare Decisis: Conservatism’s One Way Ratchet Problem“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.
- Erler, E. J., „The California Supreme Court in the Culture Wars: A Case Study in Judicial Failure“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.
- Graglia, L. A., „Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court’s remaking of America“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.
- Hirschl, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2004.
- Holland, K. (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, London 1991.
- Hunter, J. D., *Culture Wars: The Struggle to Define America*, Basic books, New York 1992.
- McDowel, G. L., „The Perverse Paradox of Privacy“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.
- Neuhaus, R. J. *et al.*, „The End of Democracy? Introduction“, *The First Things Magazine* 9/1996.
- O’Reilly, B., *Culture Warrior*, Broadway Books, Portland 2006.
- Pinelli, C., „Gouvernement des Judges“, *Petite Histoire du Terme*“, 2009, www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf, 12. фебруар 2018.
- Quirk, W., Bridwell, R., *Judicial Dictatorship*, Transaction Publishers, New Jersey 1995.
- ШМИТ, К., *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*, Филип Вишњић, Београд 2001. (Šmit, K., *Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd 2001)
- Tate, N., Vallinder, T. (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1997.
- Vieira, N., Gross, L., *Supreme Court Appointments, Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Illinois 1998.
- Walker, G., „Religious Freedom without Religious Neutrality: Our Once and Future Constitutional Common Sense“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.
- Watson, B. C. S. (ed.), *Courts and the Culture Wars*, Lexington Books, Minneapolis 2002.

Whittington, K. E., „The Death of the Legalized Constitution and the Spectre of Judicial Review“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Wolfe, C., „From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America“, The Heritage Foundation Report 2006, <http://www.heritage.org/node/16876/print-display>, 18. март 2018.

Miša Đurković, PhD

Principal Research Fellow

Director of the Institute for European Studies

ROBERT BORK AND THE ISSUE OF JUDICIAL DICTATORSHIP

Summary

The people in this region, thanks to the ICTY Tribunal and the functioning of the judiciary in the protectorates (Bosnia and Herzegovina, Kosovo), already have the idea of the so-called “political justice” or the abuse of the judiciary for political purposes. The novelty to be considered is that this mode of “American illness” with the support of foreign powers is increasingly beginning to enter into both theory and practice in our countries and legal systems. In this way, our leftist judges will increasingly begin to work with politically correct lawyers to implement the models, solutions and procedures we find in Bork’s valuable works. Bork emphasized that all technical, political and legal issues always get reduced to two basic ones that people must always ask: Who are we? And how do we live? The position of the judge may be either the position of a dictatorial oligarchy that imposes on the people the answers to the above questions, or the position of real freedom keepers, which enable the people to be respected what he has chosen for himself.

Key words: *Judges. – Judicial dictatorship. – Left wing. – Robert Bork. – Originalism.*

Article history:

Received: 18. 1. 2018.

Accepted: 29. 6. 2018.