

## AMERIČKI EGZEKUTIVNI UNILATERALIZAM I “RAT PROTIV TERORIZMA”

Dr. sc. Đorđe Gardašević \*

UDK 355.01(73)“200”

341.312.5(73)“200”

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: svibanj 2011.

*Nastupanje izvanrednih stanja na ustavnopravnoj razini karakteristično rezultira kriznim poremećajem nadležnosti između temeljnih ustavnih institucija (predstavnička, izvršna i sudbena tijela). U tom smislu, komparativna praksa i doktrina upućuju na zaključak kako se ovaj proces uobičajeno odvija u korist koncentracije ustavnih ovlasti na strani izvršnih tijela, uz istovremeno potiskivanje krizne uloge zakonodavca i sudstva, što se najčešće formulira kao zahtjev zakonodavnog i sudbenog „samo-ograničavanja“. U modernoj američkoj doktrini izvanrednih stanja, takav se normativni zahtjev određene izvršne supremacije naziva „egzekutivni unilateralizam“. Predmet ovoga rada je analiza teorijskih stajališta nekoliko relevantnih, suvremenih američkih autora (J. Yoo, R. Posner, E. Posner i A. Vermeule) koji se uobičajeno svrstavaju u okvire egzekutivnog unilateralizma. U tom smislu, u cilju znanstvene provjere njihovih teza i zaključaka, dodatno se analiziraju specifične odredbe Ustava Sjedinjenih Američkih Država čija je primjena izravno relevantna za načine postupanja u kontekstu izvanrednih stanja (deklaracija rata, suspenzija povlastice naloga habeas corpus, inherentne predsjedničke ovlasti), zatim zaseban normativni prijedlog da se moderni američki “rat protiv terorizma” kvalificira kao izvanredno stanje sui generis za koje ne postoji odgovarajući povijesni ili teorijski presedan, kao i određene konkretne izvanredne mjere poduzete u tom smislu u zadnjih desetak godina. Zaključak rada je da niti jedna od temeljnih tvrdnji suvremenog američkog egzekutivnog unilateralizma nije u potpunosti prihvaćena, kao niti teorijski originalna, obzirom da su sve od njih doktrinarno i praktično potpuno artikulirane u ranijoj povijesti američkih kriznih stanja.*

*Ključne riječi: izvanredna stanja, stanja nužde, krizna stanja, terorizam, deklaracija rata, habeas corpus, inherentne ovlasti*

---

\* Dr. sc. Đorđe Gardašević, viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

## I. "Rat protiv terorizma" kao izvanredno stanje *sui generis*

Drugoga svibnja 2011. godine sve svjetske novinske agencije objavile su vijest kako su američke specijalne snage, nakon višemjesečne pripreme, u brznoj akciji locirale i likvidirale najtraženijeg svjetskog terorističkog vođu Osamu bin Ladena. Time je na određen način "zaokružena" jedna duga dekada koju je obilježio čitav niz razornih terorističkih napada, dva iznimno velika i opsežna rata (Irak, Afganistan), kao i tisuće mrtvih, ranjenih i nestalih. Gotovo deset godina prije, međutim, okolnosti su se činile potpuno nepredvidivima. U obliku neposredne reakcije na napade od 11. rujna, Sjedinjene Američke Države reagirale su brzim slanjem vojske na strana ratišta, užurbanim prilagođavanjem "kriznog" zakonodavstva potrebama novonastalih okolnosti i, općenito, najavom opširnih mjera institucionalne i funkcionalne naravi koje su trebale osigurati provedbu onoga što je ubrzo postalo poznato kao "rat protiv terorizma". Osuda terorizma, kao i odgovarajuće mjere zaštite u tom smislu, poprimile su globalne razmjere.

Istodobno, činilo se kako 21. stoljeće na taj način nesretno počinje događajem koji nitko nije mogao predvidjeti niti zamisliti. Činjenica da je u jednom danu živote izgubilo više tisuća ljudi, na teritoriju države na kojem se praktično nije ratovalo gotovo 150 godina, djelovala je apsolutno zastrašujuće i kao da je najavila početak jedne nove epohe straha, kojoj se u svjetskoj povijesti ne može pronaći odgovarajući presedan. U smislu ustavnog prava, time je najavljen početak jednog novog tipa izvanrednog stanja. Ilustrativna stajališta u tom pogledu, među ostalim, nudi **R. Posner**, koji tvrdi sljedeće: "Sada, u ranim godinama 21. stoljeća, nacija je suočena s prepletenim prijetnjama globalnog terorizma te proliferacijom oružja za masovno uništenje. Grad može biti uništen atomskom bombom veličine lubenice koju, ako je obložena olovom, neće biti moguće detektirati ... Naši teroristički neprijatelji imaju volju da učine takve stvari kao i obilje mogućnosti ... Uskoro će imati i sredstva. Problem proliferacije je ozbiljniji danas nego što je bio u vremenu najtežih dana Hladnog rata; on će biti još ozbiljniji sutra ... **Prijetnja globalnog terorizma ... je novina.**"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vidi Posner, A., *Not a Suicide Pact – the Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, New York, 2006., str. 2 i 28. U istom je tom smislu **B. Ackerman**, primjerice, istaknuo sljedeće: "Teroristički napadi bit će uobičajeni dio naše budućnosti. Balans tehnologije se promijenio, omogućavajući maloj grupi fanatika da izvrše devastaciju tamo gdje to najmanje očekujemo – sljedeći put ne u avionu, već otrovnim plinom u podzemnoj željeznici ili biološkim otrovom u vodovodu. Napad od 11. rujna je prototip mnogih događaja koji će zagaditi 21. stoljeće. Na

Pojam izvanrednih stanja u povijesnoj perspektivi, dakako, nije stran niti ustavnoj praksi niti ustavnoj teoriji, i o njemu se artikulirano raspravlja barem od vremena Rimske republike, čija institucija diktatora i danas u određenoj mjeri služi kao odgovarajuća teorijska paradigma uređenja odnosa i ovlasti ustavnih institucija suočenih s krizom. Predmet ovoga rada, međutim, nije povijesna analiza, već prosudba osnovnih argumenata jednog dijela suvremene američke teorije izvanrednih stanja, kako se ona ocrtava u radovima nekoliko relevantnih autora. Kao uzorak analize u tom smislu uzima se onaj pravac doktrine koji izričito tvrdi da u situacijama krize nema mjesta primjeni uobičajenih, redovitih ustavnopravnih rješenja te da nastupanje tzv. "Kriznog ustava" u tom smislu podrazumijeva odgovarajuću ustavnu realokaciju ovlasti među predstavničkim, izvršnim i sudbenim tijelima. S obzirom na to da se taj zahtjev na normativnom nivou predstavlja kao izričita tvrdnja o "supremaciji" izvršne grane vlasti, navedeni se teorijski pravac prikladno naziva "**egzekutivnim unilateralizmom**".

Opće ustavno-teorijske osnove egzekutivnog unilateralizma suštinski su povezane sa samim pojmom izvanrednog stanja i izravno proizlaze iz mogućih posljedica koje ustavni dokumenti uobičajeno predviđaju za krizne situacije. Suvremeni američki teorijski diskurs na tom načelnom nivou ne donosi ništa novo.<sup>2</sup> Ono što je, međutim, od neposrednog interesa za ovaj rad, odnosi se na

---

njega moramo gledati u dijagnostičkom duhu: što možemo naučiti kako bi sljedeći puta mogli odgovoriti inteligentnije?" Vidi Ackerman, B., *The Emergency Constitution*, 113 Yale Law Journal 1029 (2004), str. 1029. Na istoj je liniji i J. Yoo: "...pravna pitanja otvorena ratom protiv terorizma su nova, kompleksna i bez presedana ... Svijet nakon 11. rujna 2001. godine je, međutim, bitno drugačiji. Više nije jasno da Sjedinjene Države moraju nastojati ograničiti količinu ratnih djelovanja i sigurno nije izvjesno da ustavni sustav mora biti toliko fiksiran da bi otežao korištenje sile. Umjesto da nestaje, prijetnja od rata u svijetu vjerojatno se povećava. Prijetnje danas dolaze iz najmanje tri primarna izvora: lake dostupnosti znanja i tehnologije za proizvodnju oružja za masovno uništenje; nastanka krnjih država (rogue nations); i povećavanja međunarodnog terorizma one vrste koju predstavlja teroristička organizacija Al Qaeda ... Teroristički napadi od 11. rujna 2001. godine, međutim, pokazuju kako štete od nedjelovanja mogu biti ekstremno visoke – mogućnost izravnog napada na Sjedinjene Države i smrt tisuća civila." Vidi Yoo, J., *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2006., str. vii te ix-x.

<sup>2</sup> U tom se smislu moguće pravne posljedice izvanrednih stanja općenito protežu na vertikalnu i horizontalnu koncentraciju ovlasti ustavnih institucija (poremećaj nadležnosti) te na ograničenja ustavno zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda. U relevantnoj literaturi često se navode i druge dodatne vrste posljedica, kao primje-

inicijalnu tvrdnju kako "rat protiv terorizma" predstavlja stanje "sui generis", koje se definicijski ne može podvesti niti pod klasičnu kategoriju "rata" niti pod uobičajene situacije provođenja antiterorističkih mjera koje se provode u okvirima kaznenog prava.<sup>3</sup> Posljedično tome, osnovna je vrijednosna tvrdnja modernog egzekutivnog unilateralizma kako nastupanje takvog novog stanja stvari ujedno zahtijeva i primjenu originalnih mjera zaštite, pri čemu, naravno, inicijativa njihove kreacije, kao i temeljna ovlast njihove implementacije, pripadaju upravo izvršnoj grani vlasti.

Da bi se provjerila osnovanost takvih tvrdnji, potrebno je provesti odgovarajuću analizu. U sljedećem podnaslovu (**II. Američki "Ustav krize" i pojam egzekutivnog unilateralizma**) prikazana je uvodna teorijska definicija pojma egzekutivnog unilateralizma koja se može zasnivati na dikciji Ustava Sjedinjenih Američkih Država, praksi njegova kriznog provođenja, kao i odgovarajućim

---

rice zabrane ustavnih izmjena u vrijeme krize ili zabrane raspuštanja zakonodavnog tijela u periodu izvanrednog stanja. O ovim pitanjima vidi: Gross, O.; Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006., str. 58 – 62; Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948., str. 289; Akande, J., *States of Emergency*, The new constitutional law, Ed. Univ. Fribourg Suisse, 1991., str. 199 – 210. Citirano prema Bačić, A., *Odredbe o "stanju nužnosti" u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine (rekapitulacija)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 34, br. 45-46, 1997., str. 41, bilj. 9.

<sup>3</sup> Literatura u kojoj se razmatra ovo ishodišno pitanje iznimno je bogata. U tom smislu, na primjer, vidi: Feldman, N., *Choices of Law, Choices of War*, 25 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 457 (2002), str. 457 – 485; Fletcher, G. P., *The Law of War and Its Pathologies*, 38 Columbia Human Rights Law Review 517 (2007), str. 517 – 546; Franck, Th. M., *Criminals, Combatants, or What? An Examination of the Role of Law in responding to the Threat of Terror*, 98 Am. J. Int'l Law 686 (2004), str. 686 – 688.; Kretzmer, D., *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions of Legitimate Means of Defence?*, 16 European Journal of International Law no. 2. (2005), str. 171 – 212; Michaelsen, C., *Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric*, 29 UNSW Law Journal 2 (2006), str. 1 – 21; Minow, M., *The Constitution as Black Box During National Emergencies: Comment on Bruce Ackerman's Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, 75 Fordham L. Rev. 593 (2006-2007), str. 593 – 605; Scheuerman, W. E., *Rethinking Crisis Government*, Constellations, Vol. 9, No. 4, 2002., str. 492 – 505; Tribe, L. H.; Gudridge, P. O., *The Anti-Emergency Constitution*, 113 Yale Law Journal 1810, no. 8 (2004), str. 1801 – 1870; Waldron, J., *Security and Liberty: The Image of Balance*, The Journal of Political Philosophy, Vol. 11, No. 2, 2003., str. 191 – 210; Fiss, O., *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26., No. 2 (2006), str. 235 – 256; Roach, K.; Trotter, G., *Miscarriages of Justice in the War Against Terror*, 10 Penn. St. L. Rev. 967 (2005), str. 967 – 1041.

normativnim stajalištima u pogledu te prakse. Zatim slijedi (**III. Egzekutivni unilateralizam u doktrini**) prikaz osnovnih argumenata četvorice modernih, istaknutih američkih autora koji teorijska stajališta egzekutivnog unilateralizma nastoje obrazložiti analizom karakterističnih odredaba američkog Ustava, koje koriste kao paradigme teze o opravdanosti izvršne supremacije. U četvrtom dijelu ovoga rada (**IV. Procjena karakterističnih argumenata**) daje se prikaz ustavnog konteksta iz kojeg “egzekutivni unilateralisti” izvode svoje tipične argumente, kao i kraći prikaz relevantnih konkretnih rješenja koja su prihvaćena u kontekstu “rata protiv terorizma”, a na osnovi kojih se dalje može i procijeniti jesu li temeljne teze egzekutivnog unilateralizma bile prihvaćene ili nisu.

## II. Američki “Ustav krize” i pojam egzekutivnog unilateralizma

Situacija u ustavnopravnom poretku Sjedinjenih Američkih Država u objema temeljnim dimenzijama izvanrednih stanja (izvanredna alokacija ovlasti i pozicija ljudskih prava i sloboda) kompleksna je i u velikoj mjeri različita od ostalih suvremenih komparativnih sustava. Poseban položaj američkog Ustava očituje se prije svega u nedostatku specifičnih odredaba o izvanrednom stanju. Jedina striktno pravna, ali zato veoma bitna, iznimka jest mogućnost **suspenzije povlastice naloga *habeas corpus***. Odluku o suspenziji mogu donijeti i Kongres i Predsjednik, a ona rezultira izostankom provođenja sudbenog nadzora. Takva je situacija relativno jasna jer izravno dovodi do eksplicitnog poremećaja u nadležnostima najviših ustavnih institucija: isključujući sudstvo, provođenje i nadzor nad izvanrednim mjerama ostavljeni su na dispoziciju političkim granama vlasti, pri čemu Kongres nastupa kao jedina “kočnica i ravnoteža” egzekutivnoj izvanrednoj ovlasti.

Izostanak odluke o suspenziji, međutim, rezultira time da u kontekstu izvanrednog stanja sve tri temeljne grane vlasti zadržavaju svoje redovite kompetencije. Ovo je točno barem na formalnoj razini s obzirom na to da se tada u praksi najčešće pojavljuje drugi tip argumenta, koji zahtijeva određeno **samoograničavanje**, ponajprije od strane sudbene vlasti, a u ekstremnim slučajevima i od strane Kongresa. Pritom je jedna od osnovnih postavki u prilog tome sadržana u postulatu da u kontekstu krize odluku treba prepustiti tijelima koja su najbolje pripremljena za njezino donošenje.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Vidi Lawson, G., *Ordinary Powers in Extraordinary Times: Common Sense in Times of Crisis*, 87 B. U. L. Rev. 289 (2007), str. 291. Najbolje objašnjenje ovog problema

U ovome se ujedno može uočiti i esencijalna strukturalna odrednica američkog ustavnog sustava u kontekstu izvanrednih stanja općenito – ona, naime, koja sustav "kočnica i ravnoteža" sagledava kroz **mehanizam diobe vlasti** ili kroz **mehanizam sudbenog nadzora**.<sup>5</sup> Prema tome, ishodište razmimoilaženja u stajalištima američke doktrine i prakse prema izvanrednim stanjima prvenstveno treba tražiti u okvirima institucionalnih nadležnosti iz kojih proizlaze i odgovori na pitanja tko, kako i kada može regulirati ili nadzirati provođenje izvanrednih mjera.<sup>6</sup>

nude E. Posner i A. Vermeule, koji obrazlažu kako osnova pozivanja na samooograničavanje nije sadržana u ustavnom tekstu, već u funkcionalnim i institucionalnim prednostima egzekutive pred ostalim ustavnim institucijama vlasti: "Osnova ovog samooograničavanja nije niti jedna eksplicitna odredba u Ustavu. Iako članak I. odjeljak 9. Ustava Sjedinjenih Američkih Država autorizira Kongres na suspenziju privilegije habeas corpus "kad bi to u slučaju pobune ili napada zahtijevala javna sigurnost", ova je izvanredna ovlast specifično bila dodijeljena zakonodavnoj, prije nego izvršnoj grani vlasti, a u svakom je slučaju rijetko bila prizivana u formalnom obliku. Pravi razlog popuštanja vladi u vrijeme izvanrednog stanja je institucionalan: i Kongres i sudstvo u vrijeme izvanrednih stanja popuštaju egzekutivi zbog njezinih institucionalnih prednosti u brzini, tajnosti i odlučnosti." Vidi Posner, E. A.; Vermeule, A. *Terror in the Balance – Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007., str. 16.

<sup>5</sup> U vezi s time, Mark Tushnet upućuje na osnovnu razdiobu između **mehanizma diobe vlasti** i **mehanizma sudbenog nadzora**: "Kako – ili kako bi trebao – američki Ustav regulira izvršavanje vlasti u odgovoru na prijetnje nacionalnoj sigurnosti, u cilju osiguranja njezinog mudrog korištenja? Općenito govoreći, na raspolaganju su dva mehanizma nadzora: mehanizam diobe vlasti i mehanizam sudbenog nadzora ... Prema **mehanizmu diobe vlasti**, skoro cijeli posao oko reguliranja ovlasti čini se prema načelu da Predsjednik može raditi samo ono što Kongres autorizira. **Njegova primarna briga je** ono što profesori Bradley i Goldsmith nazivaju **unilateralizam egzekutivne grane**, strah da predsjednici koji djeluju samostalno mogu donijeti neosnovane odluke, upuštajući se previše (ili premalo) u vojnu akciju ili ograničavajući slobode previše (ili premalo). Prema **mehanizmu sudbenog nadzora**, sudovi primjenjuju dva seta načela: načela koja alociraju ovlasti između Predsjednika i Kongresa te načela koja štite individualne slobode, kao što su one sadržane u IV. i V. amandmanu. **Njegova primarna briga je** da vlada u cjelini može djelovati neoprezno. **Da bi se izbjegla unilateralna egzekutivna (ili kongresna) akcija**, mehanizam sudbenog nadzora osigurava da razlozi na kojima se temelji mehanizam diobe vlasti budu procijenjeni od strane sudova." Vidi Tushnet, M., *Controlling Executive Power in the War on Terrorism*, 118 Harv. L. Rev. 2673 (2005), str. 2673 – 2674. Podjelu na navedene mehanizme koju nudi M. Tushnet prihvaćaju i O. Gross i F. Ní Aoláin. Vidi Gross i Ní Aoláin, op. cit. u bilj. 3, str. 63. Članak C. A. Bradleya i J. L. Goldsmitha na koji referira M. Tushnet jest: Bradley C. A.; Goldsmith, J. L., *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, 118 Harv. L. Rev. 2047 (2004-2005).

<sup>6</sup> Ovakva podjela na navedene "mehanizme" jasno korespondira osnovnim kriterijima



**Egzekutivni unilateralizam** u kontekstu izvanrednih stanja pojavljuje se kao jasna normativna struja koja na funkcionalnoj razini podrazumijeva primat izvršne vlasti u odnosu na ostale ustavne institucije. Taj se primat, nadalje, očituje u zahtjevu široke egzekutivne diskrecije kojoj korespondira **izostanak kongresnog i sudbenog nadzora**. Na tehničkoj razini, to je moguće opisati kao zahtjev kongresnog i sudbenog samoograničavanja, odnosno kao zahtjev odbacivanja realnog provođenja mehanizama diobe vlasti i sudbenog nadzora.<sup>7</sup> Osim toga, egzekutivni unilateralizam ne isključuje potrebu određenog balansiranja između zahtjeva nacionalne sigurnosti i zahtjeva ustavno zajamčenih prava i sloboda, ali tvrdi da to balansiranje ima pravo prvenstveno provoditi izvršna grana vlasti.<sup>8</sup>

Egzekutivni unilateralizam nije jedini normativni pravac koji se može detektirati u američkoj ustavnoj doktrini izvanrednih stanja i ponuđeni odgovori u tom smislu nude se u okvirima teorijskih struja poznatih kao “**civilni libertarijanizam**”, “**demokratski formalizam**”, “**procesno bazirani institucionalni pristup**” te razni oblici “**izvanpravnog djelovanja**”.<sup>9</sup>

---

koje postulira komparativna doktrina. U tom smislu, o podjeli i razradi mogućih modela nadzora (“kontrola sudskih ili političkih organa”) kod **A. Bačića** i **G. Camusa**, vidi Bačić, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 47 – 49; Camus, G., *L’État de nécessité en démocratie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965., str. 337 i dalje.

<sup>7</sup> Ključna određenja u smislu realne inkompatibilnosti egzekutivnog unilateralizma i navedenih mehanizama nudi **M. Tushnet**. Prema njemu, iako “mehanizam diobe vlasti odbacuje egzekutivni unilateralizam”, u praksi, koju u kriznom kontekstu često karakterizira visok stupanj suglasnosti između Kongresa i Predsjednika, cijela će situacija najvjerojatnije rezultirati “funkcionalnim egzekutivnim unilateralizmom u okviru forme sustava diobe vlasti”. S druge strane, mehanizam sudbenog nadzora, prema Tushnetu, najvjerojatnije će biti uvjetovan visokim stupnjem sudskog samoograničavanja, što će rezultirati “egzekutivnim unilateralizmom u novom obliku”. Vidi Tushnet, M., *op. cit.* u bilj. 6, str. 2675 – 2680.

<sup>8</sup> **E. Posner** i **A. Vermeule** tako tvrde kako “...teza o popuštanju (“deference thesis” – drugi naziv koji ovi autori, uz pojam “akomodacijskog pristupa”, koriste u opisu egzekutivnog unilateralizma – op. Đ. G.) smatra da bi egzekutivna grana, a ne Kongres ili sudovi, trebala provoditi balansiranje između sigurnosti i slobode.” Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 5.

<sup>9</sup> U suprotnosti egzekutivnom unilateralizmu, **civilni libertarijanizam** pojavljuje se kao zahtjev striktnog poštovanja načela diobe vlasti u okviru kojeg donošenje odluke o ograničenjima prava i sloboda pripada svim institucijama, uz dodatno isticanje posebne uloge sudova, koje jedne prema drugima nastupaju kao “kočnice i ravnoteže” kao i u redovnim okolnostima. Osim toga, ne samo da **zahtjev sudbenog nadzora** čini njegov bitan element, već se i taj sudbeni nadzor ovdje pojavljuje kao specifičan zahtjev izravnog sudskog balansiranja između potreba zaštite nacionalne sigurnosti

s jedne te potreba zaštite ustavnih prava s druge strane. Predstavnici ovog smjera su, među ostalim, **D. Cole** i **G. R. Stone**. Vidi Cole, D., *Enemy Aliens*, 54 Stan. L. Rev. 953 (2001-2002), str. 953 – 1004; Cole, D., *Judging the Next Emergency: Judicial review and Individual Rights in Times of Crisis*, 101 Mich. L. Rev. 2565 (2002-2003), str. 2565 – 2595; Cole, D., *No Reason to Believe: Radical Skepticism, Emergency Power, and Constitutional Constraint*, 75 U. Chi. L. Rev. 1329 (2008), str. 1329 – 1364; Cole, D., *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, 38 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 1 (2003), str. 1 – 30; Cole, D., *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 Yale Law Journal 1753 (2004), str. 1753 – 1800; Cole, D., *What Bush Wants to Hear - The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11 by John Yoo*, 52 The New York Review of Books 18 (November 17, 2005); Stone, G. R., *Civil Liberties in Wartime*, 29 Journal of Supreme Court History 3 (2003), str. 215 – 251; Stone, G. R., *Civil Liberties v. National Security in the Law's Open Areas*, 86 B. U. L. Rev. 1315 (2006), str. 1315 – 1334; Stone, G. R., *National Security v. Civil Liberties*, 95 Cal. L. Rev. 2203 (2007), str. 2203 – 2212; Stone, G. R., *Perilous Rimes – Free Speech in Wartime (From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism)*, W. W. Norton & Comp. Inc., New York, 2004.; Stone, G. R., *War Fever*, 69 Missouri Law Review (2004), str. 1131 – 1155.

Osnovni postulati egzekutivnog unilateralizma s jedne te civilnog libertarijanizma s druge strane na funkcionalnoj se razini pojavljuju kao zahtjevi davanja određenog primata egzekutivnoj ili sudbenoj vlasti. Pozicionirani između njih nalaze se oni doktrinarni pristupi koji rješenje traže prvenstveno u pravilnoj "izvanrednoj" koncepciji mehanizma diobe vlasti te primat u tom smislu daju zakonodavnom tijelu. Upravo u tom kontekstu nalazi se "**procesno-bazirani institucionalni pristup**", koji također podrazumijeva provođenje sudbenog nadzora, ali taj je nadzor ovdje ograničen samo na ispitivanje proceduralnih pitanja, odnosno procjenu postoji li u kontekstu izvanrednog stanja valjana koordinacija između Kongresa i Predsjednika. Samo balansiranje između zahtjeva nacionalne sigurnosti i zahtjeva ustavno zajamčenih prava nije prepušteno sudovima, već upravo političkim granama vlasti. Na taj način, ovaj pravac karakterizira ograničeno djelovanje mehanizma sudbenog nadzora i veća uloga mehanizma diobe vlasti. Predstavnici ovog pravca su, među ostalim, **S. Issacharoff** i **R. H. Pildes** te **C. R. Sunstein**. Slično tome, **demokratski formalizam** zahtijeva kriznu ulogu svih grana vlasti, ali određeni primat u tom smislu pripada zakonodavnom tijelu od kojeg se očekuje što veća mjera primjerene pravne anticipacije i regulacije uzroka i posljedica izvanrednih stanja. Suvremeni prijedlog u tom smislu ističe **B. Ackerman**. Vidi Issacharoff, S.; Pildes, R. H., *Emergency contexts without emergency powers: The United States' constitutional approach to rights during wartime*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 2 (2004), str. 296 – 333; Sunstein, C. R., *Minimalism at War*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 231 (2d series), Public Law and Legal Theory Working Paper No. 80, University of Chicago (2004); Ackerman, B., *Before the Next Attack (Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism)*, Yale University Press, New Haven & London, 2006.; Ackerman, B., *The Emergency Constitution*, 113 Yale Law Journal 1029 (2004), str. 1029 – 1091.



Egzekutivni unilateralizam sam po sebi nije invencija suvremenog doba i taj je pojam duboko ukorijenjen u povijesni kontekst. Osnovni problem s američkim povijesnim iskustvom vezan je, međutim, upravo uz činjenicu njegova iznimno dugotrajnog slijeda iz koje proizlazi i bogatstvo različitih “povijesnih presedana” u kojima, kroz različite interpretacije, predstavnici različitih normativnih struja pronalaze osnove svojih doktrinarnih argumentacija.<sup>10</sup>

U toj domeni, međutim, situacija je iznimno složena jer povijesno iskustvo navodi na neizbježnu činjenicu da su na logična i očekivana egzekutivna izvanredna presizanja Kongres i Vrhovni sud u različitim historijskim fazama reagirali različito. Kongres je tako, s jedne strane, u određenim fazama izvršnoj vlasti bio sklon popuštati, dok je u drugim fazama izravno pokušavao ograničiti njezinu vlast. Primjeri različitih kriznih zakona usvojenih od rata s Francuskom nadalje jasno ilustriraju prvu<sup>11</sup>, dok, na primjer, **Zakon o nacionalnim stanjima nužde** (*National Emergencies Act* – NEA) iz 1976. godine<sup>12</sup>, **Zakon**

---

U posebne teorijske kategorije mogu se uvrstiti oni autori koji izravno zagovaraju izvanpravnu mogućnost izvanrednog djelovanja (u modernoj perspektivi, primjerice, **O. Gross** i **F. Ní Aoláin**) te **M. Tushnet**, koji je specifičan po isticanju stajališta da u kontekstu suvremenih izvanrednih stanja rješenja koja nudi Ustav Sjedinjenih Američkih Država nisu prikladna, te zagovara njegovu reviziju. Vidi Gross i Ní Aoláin, F., op. cit. u bilj. 3; Tushnet, M., *Controlling Executive Power in the War on Terrorism*, 118 Harv. L. Rev. 2673 (2005), str. 2673 – 2682.

<sup>10</sup> Vidi Michaelson, C., *Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric*, op. cit. u bilj. 4, str. 2.

<sup>11</sup> Primjeri različitih kriznih zakonodavnih delegacija u tom kontekstu sežu na same početke američke državnosti, pa se kao inicijalni primjeri (s kraja 18. stoljeća) mogu uzeti usvajanja Zakona o naturalizaciji, Zakona o strancima, Zakona o podanicima neprijateljskih država i Zakona o pobuni. Vidi: *1 Stat. 566* (puni naziv Zakona glasi: *An Act supplementary to and to amend the act, intituled “An act of establish an uniform rule of naturalizations; and to repeal the act heretofore passed on that subject”*; usvojen je 18. lipnja 1798. godine); *1 Stat. 570* (puni naziv Zakona glasi: *An Act concerning Aliens*; usvojen je 25. lipnja 1798. godine); *1 Stat. 577* (puni naziv Zakona glasi: *An Act respecting Alien Enemies*; usvojen je 6. srpnja 1798. godine); *1 Stat. 596* (puni naziv Zakona glasi: *An Act in addition to the act, entitled “An act for the punishment of certain crimes against the United States.”*; usvojen je 14. srpnja 1798. godine). Ista praksa nastavljena je i u idućim razdobljima, a bitna ograničenja kriznih ovlasti izvršne vlasti od strane Kongresa učinjena su tek u drugoj polovici 20. stoljeća.

<sup>12</sup> *National Emergencies Act*, Pub. L. No. 94-412, 90 Stat. 1255 (1976); 50 U. S. C. 1601-1651. Za listu proklamacija stanja nužde slijedom ovoga Zakona vidi: Relyea, H. C., *National Emergency Powers*, CRS Report for Congress 98-505 GOV, Congressional Research Service, Washington, 2007.; Relyea, H. C., *Terrorist Attacks and National Emergencies Act Declarations*, CRS Report for Congress RS21017, Congressional Research Service, Washington, 2005.

o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde (*International Emergency Economic Powers Act* – IEEPA) iz 1977. godine<sup>13</sup> te **Zakon o ratnim ovlastima** iz 1973. godine<sup>14</sup> jasno ilustriraju drugu kongresnu poziciju.

Slično je i u vezi s relevantnim stajalištima Vrhovnog suda, čije su odluke također varirale od potvrđivanja samostalnih i plenarnih egzekutivnih ovlasti do njihovih ograničenja postuliranjem različitih shema podijeljenih kongresnih i predsjedničkih ovlasti, pri čemu je jasan primjer prvog slučaja odluka u predmetu **United States v. Curtiss-Wright Export Corp.**<sup>15</sup>, a primjer drugog slučaja odluka u predmetu **Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer.**<sup>16</sup> Koliko ove dvije odluke jasno upućuju na historijski oprečna stajališta Vrhovnog suda u domeni izvanredne preraspodjele institucionalnih odnosa, toliko i ostale njegove odluke isto potvrđuju u domeni koja se striktno odnosi na ustavno zajamčena prava i slobode. Upravo u vezi s ovim posljednjim u američkoj je doktrini moguće uočiti relativno koherentna slaganja o tome kada je i kako Vrhovni sud nastupao kao zaštitnik prava i sloboda, a kada kao institucija koja je potvrđivala opravdanost njihova ograničavanja, pa se u tom smislu kao ilustracija prve situacije često navodi odluka u predmetu **Ex parte Milligan**<sup>17</sup>, a kao ilustracija druge situacije odluka u predmetu **Korematsu v. United States.**<sup>18</sup> Pritom se kao osnova takvih ocjena, s jedne strane, uzima činjenica da je Vrhovni sud u predmetu *Ex parte Milligan* osudio mogućnost suspenzije po vlastite naloga *habeas corpus* u situacijama u kojima su redovni sudovi sposobni redovno zasjedati<sup>19</sup>, dok je, s druge strane, osnova ocjene predmeta *Korematsu*

<sup>13</sup> *International Emergency Economic Powers Act*, Pub. L. 95-223, 91 Stat 1625 (1977); 50 U. S. C. 1701-1706.

<sup>14</sup> *War Powers Resolution*, Pub. L. No. 93-148; 50 U. S. C. 1541-1548.

<sup>15</sup> *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U. S. 304 (1936).

<sup>16</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952).

<sup>17</sup> *Ex parte Milligan*, 71 U. S. 2 (1866).

<sup>18</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944). O tendencijama američke ustavne doktrine da poziciju Vrhovnog suda u tom kontekstu sagledava upravo s aspekta odluka u predmetima *Ex parte Milligan* i *Korematsu v. United States*, koje se slijedom toga koriste kao paradigme dvaju izrazito oprečnih povijesnih stajališta, vidi u: Epstein, L.; Ho, D. E.; King, G.; Segal, J. A., *The Supreme Court during Crisis: How War Affects only Non-War Cases*, 80 New York University Law Review 1 (2005), str. 3 – 8.

<sup>19</sup> Centralna tvrdnja američkog Vrhovnog suda u predmetu *Ex parte Milligan* sadržana je pritom u ocjeni kako je "...Ustav Sjedinjenih Država zakon i za vladaoce i za građane, jednako u ratu kao i u miru, koji svojim oklopom zaštite pokriva sve klase ljudi, u sva vremena i pod svim okolnostima." Vidi: *Ex parte Milligan*, 71 U. S. 2, 120-121 (1866). Vidi također Epstein *et al.*, *op. cit.* u bilj. 19, str. 2.

v. *United States* vezana uz činjenicu da je odluku o privremenom premještanju velikog broja japanskih Amerikanaca, kao odgovor na očekivanu japansku invaziju na zapadne obale Sjedinjenih Američkih Država, Vrhovni sud opravdao unatoč tome što je primijenio najjači oblik sudskog nadzora (test tzv. **stroge kontrole** – *strict scrutiny*), čime je ujedno pokazao i presudnu mjeru sudbenog samoograničavanja u odnosu na ostale ustavne institucije.<sup>20</sup>

Tako određeno američko povijesno iskustvo provođenja izvanrednih stanja – obilježeno izrazitim “dihotomijama” potencijalnih rješenja – u sebi ujedno sadržava i mogućnost sasvim kontrarnih normativnih interpretacija.<sup>21</sup> U vezi s time, u relevantnoj je američkoj doktrini istaknuto da se u modernom američkom teorijskom diskursu o izvanrednim stanjima mogu locirati dva oprečna pogleda prema povijesnom iskustvu koji rezultiraju stajalištem da to povijesno iskustvo predstavlja primjer “**političkog i ustavnog neuspjeha**” (“political and constitutional failure”) ili stajalištem da ono predstavlja primjer “**političkog i ustavnog uspjeha**” (“political and constitutional success”).<sup>22</sup> Osnovu prvog stajališta pritom čini procjena kako američka povijest izvanrednih stanja predstavlja relativno kontinuirani niz egzekutivnih represija, uzrokovanih

<sup>20</sup> Centralni dio obrazloženja Vrhovnog suda pritom je bio sadržan u sljedećoj izjavi: “Mi potvrđujemo odluku o premještanju ... Čineći to, mi nismo nepromišljeni u pogledu nevolja koje takva odluka nameće velikoj grupi američkih državljana. Ali, nevolje su dio rata i rat je skup nevolja. Svi državljani jednako, u i izvan odore, osjećaju utjecaj rata u većoj ili manjoj mjeri. Državljanstvo ima svoje odgovornosti, isto kao i privilegije i u vrijeme rata teret je uvijek teži. Prisilno premještanje velikih grupa državljana iz njihovih domova, osim u okolnostima najteže krize i opasnosti, nije sukladno s našim temeljnim vladavinskim institucijama. Ali, kada pod uvjetima modernog ratovanja našim obalama prijete neprijateljske snage, ovlasti zaštite moraju biti razmjerne opasnosti koja prijete.” Vidi *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 219-220 (1944). Vidi također Epstein *et al.*, *op. cit.* u bilj. 19, str. 2 – 3.

<sup>21</sup> U vezi s ovako postuliranim odnosom između odluka u predmetima **Ex parte Milligan** i **Korematsu v. United States**, L. Epstein, D. E. Ho, G. King i J. A. Segal daju sljedeće obrazloženje: “Čini se da suci Vrhovnog suda sugeriraju kako njihova institucija u vremenima “izvanrednog stanja i rizika” mora igrati drugačiju ulogu nego “kada mir prevladava”. Ali naprijed citirani slučajevi predstavljaju **fundamentalno različite prijedloge o toj ulozi**. Milligan implicira da suci u vrijeme “meteža” moraju postati posebno obazrivi u zaštiti prava i sloboda. **Korematsu** preporučuje upravo suprotno: da suci moraju biti posebno voljni podrediti prava i slobode kada se Americi “prijeti”. Ako je **Korematsu** svjedočanstvo kontinuiranoj održivosti Ciceronove maksime **inter arma silent leges** (“u vrijeme rata pravo šuti”), kao što to mnogi sugeriraju, tada **Milligan** pruža protuudarac: **u vrijeme rata pravo govori glasno.**” *Ibid.*, str. 3 – 4.

<sup>22</sup> Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 3 – 4.

panikom i pretjeranom reakcijom državnih vlasti, dok osnovu drugog stajališta prvenstveno čine opravdanja represivnih egzekutivnih akcija koje, upravo s obzirom na to da su poduzete u nesređenim i neočekivanim okolnostima izvanrednog stanja, ne mogu biti kvalificirane kao pretjerane ili nerazumne.<sup>23</sup>

No, još važnije od toga, također je istaknuto da zauzimanje stajališta o "političkom i ustavnom neuspjehu" izvanrednih djelovanja u američkoj povijesnoj

---

<sup>23</sup> Iznimna važnost ocjene koju u tom smislu iznose E. Posner i A. Vermeule opravdava da ih se na ovom mjestu citira u potpunosti: "Dvije suprotstavljene lekcije mogu se izvesti iz te povijesti. Znatan dio akademskog komentara argumentira da je ta povijest primjer **političkog i ustavnog neuspjeha** ("**political and constitutional failure**"). Izvanredno stanje uzrokuje paniku; javnost karakteristično pogrešno tumači izvor krize, krivi lokalne grupe koje su prikladno u dosegu represivnog aparata, ali su u osnovi bezopasne, u isto vrijeme koristi krizu kao izgovor da ugrabi vlasništvo tih grupa, te zahtijeva odlučnu akciju, uključujući i simboličnu akciju, od vlasti. Politički vođe također su u panici i primjenjuju iracionalna politička rješenja bez potrebnog prosuđivanja; ili, ukoliko to i ne čine, oni koriste konfuziju javnosti kako bi primijenili politička rješenja koje ta javnost odbacuje kada je mirna i bez straha. Svatko podcjenjuje politike i vrijednosti o kojima na dugi rok ovisi zdravlje nacije – jednakost pred zakonom, demokratsko prosuđivanje, pravedan zakoniti postupak, političku slobodu – i pretjeranu težinu pridaje sigurnosti. Politike opravdane na osnovi izvanrednog stanja se utvrđuju i uporno ostaju na snazi i kada ono završi, što dugoročno rezultira gubitkom slobode za Amerikance. Drugačiji pogled, međutim, podrazumijeva da je povijest u velikoj mjeri primjer **političkog i ustavnog uspjeha** ("**political and constitutional success**"). Esencijalna osobina krize je da postoji prijetnja nacionalnoj sigurnosti; obzirom da je egzekutiva jedino tijelo vlade koje ima sredstva, snagu i fleksibilnost da odgovori na prijetnje nacionalnoj sigurnosti, prirodno je, neizbježno i poželjno da se moć prilije u tu granu vlasti. Kongres se racionalno slaže; sudovi se racionalno samoograničavaju. Građanske slobode su kompromitirane obzirom da interferiraju s učinkovitim odgovorom na prijetnju; ali građanske slobode nikada nisu eliminirane obzirom da ostaju važne za blagostanje građana i za učinkovito djelovanje vlade. Ljudi mogu paničariti i vlada mora izabrati politička rješenja koja podižu moral isto kao što odgovaraju na prijetnju, ali u tome nema ništa loše. Egzekutiva implementira loša politička rješenja isto kao i ona dobra, ali pogreška je neizbježna, isto kao što je pogreška neizbježna u uobičajenom donošenju odluka u normalnim vremenima. Politike koje se provode u vrijeme izvanrednih stanja nikada ne mogu biti oslobođene rizika pogreške; dovoljno je ako političko odlučivanje nije sistematski pristrano u određenom smjeru, tako da su greške u biti slučajne pa nestaju kroz niz odluka ili protekom vremena. I Kongres i sudovi shvaćaju da nemaju niti dovoljno ekspertize niti dovoljno sredstava da bi u izvanrednom stanju ispravili egzekutivu. Tek kada izvanredno stanje nestane ove se institucije ponovno potvrđuju, ali to samo pokazuje kako je osnovna ustavna struktura ostala nedirnuta krizom. U Sjedinjenim Državama, za razliku od mnogih drugih zemalja, ustavni sustav u vrijeme izvanrednog stanja se nikada nije urušio." *Ibid.*, str. 3 – 4.

perspektivi izravno dalje vodi prema opredjeljenju za civilni libertarijanizam, dok zauzimanje stajališta o “političkom i ustavnom uspjehu” izravno vodi prema prihvaćanju različitih oblika egzekutivnog unilateralizma.<sup>24</sup>

Izričito suprotstavljene normativne interpretacije povijesnog iskustva provođenja izvanrednih stanja u američkom primjeru, dakle, u jednoj su bitnoj mjeri logična posljedica dugotrajnosti i bogatstva tog iskustva. Osim toga, ova je okolnost dodatno ojačana činjenicom da se proponenti različitih vrijednosnih pravaca lako mogu pozivati na historijske presedane koji su, barem formalno, i dalje na snazi.<sup>25</sup> Ipak, egzaktna pravna razina analize zahtijeva da se, osim povijesnih i čisto normativnih, u obzir uzmu i striktno pravni argumenti kojima se karakteristično koristi određeni teorijski pravac. Stoga će u narednom podnaslovu biti prikazani tipični argumenti kojima se koriste zagovornici egzekutivnog unilateralizma.

### III. Egzekutivni unilateralizam u doktrini

#### III.1. Opći kriteriji procjene

Sumiranje tih tipičnih argumenata po prirodi stvari najprije mora obuhvatiti raspravu o poziciji i dosegu **mehanizama diobe vlasti**, odnosno **sudbenog nadzora**. S obzirom na to da definicija egzekutivnog unilateralizma pretpostavlja načelnu supremaciju izvršne grane vlasti, bitno je utvrditi na koji način njegovi predstavnici gledaju na moguću kriznu ulogu ostalih ustavnih institucija (Kongresa i Vrhovnog suda, odnosno federalnog sudstva općenito).

Nadalje, ta se uloga može promatrati dvojako. S jedne strane, pristup procjeni krizne uloge pojedinih grana vlasti podrazumijeva analizu njihovih

<sup>24</sup> E. Posner i A. Vermeule u tom smislu navode: “**Dva pogleda na povijest imaju oprečne normativne implikacije**. Oni koji pristaju uz prvo stajalište posvećuju svoju energiju kako bi Kongres i sudove uvjerali da temeljito razmotre egzekutivna djelovanja u izvanrednim stanjima. Najjednostavniji pristup, koji mi označavamo kao **civilni libertarijanizam**, smatra da bi sudovi trebali biti voljni osporiti izvanredne mjere koje prijete građanskim slobodama u istoj mjeri kao što to čine sa sigurnosnim mjerama u normalnim vremenima ... Drugi pogled na povijest sugerira da je tradicionalna praksa **sudskog i zakonodavnog samoograničavanja** Amerikanima služila dobro te da ne postoji razlog da se ona mijenja...” *Ibid.*, str. 4 – 5.

<sup>25</sup> Ovaj zaključak osobito vrijedi u kontekstu relevantne prakse Vrhovnog suda SAD-a određene već spomenutim odlukama u predmetima *Ex parte Milligan*, *Korematsu v. United States*, *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* i *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*.

institucionalnih prednosti i nedostataka, pa se teza o "kriznoj superiornosti" egzekutive naspram predstavničkog i sudbenih tijela javlja u formi diskursa "funkcionalističkog" karaktera koji se na ovom mjestu može označiti kao "ekspertni argument".<sup>26</sup> S druge strane, jasno je da su uloge pojedinih institucija ipak određene ustavnim dokumentom, odnosno vladavinom prava. To ujedno podrazumijeva potrebu egzekutivnog unilateralizma da zauzme određeno stajalište o onim normama američkog Ustava koje uređuju izvanredne ovlasti. Problem se u tom smislu proteže na nekoliko relevantnih razina.

Prvo, kao što je već spomenuto, jedina izričita odredba Ustava SAD-a koja neizostavno dovodi do izvanrednog poremećaja nadležnosti jest odredba koja omogućuje suspenziju **povlastice naloga *habeas corpus***. Na taj način provedeno isključenje sudbenog nadzora, međutim, otvorenim i dalje ostavlja pitanje tko ima pravo proglasiti suspenziju. S obzirom na to da dosadašnja američka praksa u tom smislu nije dala jednoznačan odgovor, logika upućuje na to da egzekutivni unilateralizam podržava tvrdnju kako tu ovlast ima Predsjednik, a ne Kongres. Drugo, američki Ustav ovlast **deklaracije rata** eksplicitno dodjeljuje Kongresu, a ne Predsjedniku. Time se ujedno otvara problem same definicije izvanrednog stanja, odnosno primjene ustavne kategorije "rata" na situaciju "rata protiv terorizma". Sagledana iz rakursa modernog egzekutivnog unilateralizma, potreba obrazloženja supremacije egzekutive na taj način se predstavlja argumentom da "rat protiv terorizma" ne predstavlja klasično ratno stanje pa Predsjednik može relativno samostalno djelovati kao ustavno definirani "vrhovni zapovjednik oružanih snaga" i u tom mu smislu nije niti potrebna odgovarajuća kongresna deklaracija. Treće, Ustav SAD-a Kongresu tipično dodjeljuje određene "enumerirane" funkcije, dok Predsjednik raspolaže širokim "**inherentnim**" **ovlastima**, uključujući i one izvanredne, koje se pogodno mogu povezati s njegovom ulogom vrhovnog zapovjednika. Ta se činjenica sama po sebi potpuno uklapa u tezu o ustavnoj supremaciji egzekutive u situacijama krize.

Konačno, arsenal odgovarajućih argumenata kojima se služe određeni doktrinarni pravci svakako u obzir mora uzeti i relevantnu praksu američkog Vrhovnog suda. U tom pogledu, egzekutivni unilateralizam logički referira na presedane u predmetima **Korematsu v. United States** te **United States v.**

<sup>26</sup> Osnova tog argumenta sadržana je u tvrdnji funkcionalne superiornosti egzekutive te, analogno tome, funkcionalne subordiniranosti ostalih grana vlasti. Na taj su način, na primjer, brzina, učinkovitost, tajnost ili primat u raspolaganju kritičnim informacijama koje kvalificiraju izvršnu vlast suprotstavljene sporosti u odlučivanju ili nedostatku ekspertnih znanja relevantnih za procjenu valjanosti izvanrednih mjera, što u biti predstavlja odlike ostalih grana vlasti.



**Curtiss-Wright Export Corp.**, uz istodobno relativiziranje dosega odluka u slučajevima **Ex parte Milligan** i **Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer**.<sup>27</sup>

Na taj način locirani ključni pojmovi normativne prosudbe američkog ustavnog sustava u kontekstu izvanrednih stanja (*habeas corpus*, deklaracija rata, inherentne ovlasti, ekspertni argument, mehanizmi diobe vlasti i sudbenog nadzora te relevantna praksa Vrhovnog suda SAD-a) poslužit će na ovom mjestu kao osnovni kriteriji procjene temeljnih teza četvorice modernih autora koji se uobičajeno smatraju tipičnim predstavnicima egzekutivnog unilateralizma (J. Yoo, R. Posner, E. Posner i A. Vermeule). Pritom, međutim, treba naglasiti da se ti autori do određene mjere razlikuju u metodološkom pristupu, pa za dokazivanje svojih postavki ne koriste uvijek sve, već samo određene odabrane parametre, ali im je zajedničko to što u konačnici uvijek nastoje dokazati tezu o kriznoj supremaciji izvršne vlasti.

### III.2. Prikaz doktrinarnih stajališta

Egzekutivni unilateralizam u verziji koju nudi **John C. Yoo** primarno je izveden iz postavke o “**fleksibilnosti**” američkog Ustava u domeni vanjskih poslova, uključujući tu i ovlast vođenja rata.<sup>28</sup> Na toj razini, Yoo argumentira

<sup>27</sup> Prikladnu tezu o mogućoj klasifikaciji tipičnih egzekutivno unilateralističkih argumenata – iz koje ujedno proizlazi i ovaj argument vezan uz relevantnost određenih sudskih presedana – nude **Epstein, Ho, King i Segal**, koji tvrde da oni koji zahtijevaju odgovarajuće “sudsko popuštanje egzekutivi i legislativi u vremenima međunarodnih kriza” – što paradigmatički označava odluka Vrhovnog suda u predmetu *Korematsu v. United States* – osnove svojih obrazloženja nalaze najprije u interpretacijama “ratnih ovlasti izabranih grana vlasti” koje polaze od činjenice da “Ustav eksplicitno dodjeljuje izvanredne ovlasti egzekutivi i legislativi, dok u pogledu sudstva šuti”, zatim u ocjenama kako su “izabrane grane, a ne sudovi, najbolje opremljene da se suprotstave s konkretnim izvanrednim stanjem” te u oslanjanju na “doktrinu o političkim pitanjima” ili na odluku Vrhovnog suda u predmetu *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* Sasvim suprotno tome, prema ovim autorima, zagovornici “**Milligan teze**” – koji odbijaju prihvatiti postulat **sudskog popuštanja** – skloni su naglašavati “ulogu koju je Sud imao u dodjeljivanju ratnih ovlasti prema ustavnom načelu diobe vlasti, radije nego da je jednostavno popuštao vladi” te “u prilog tome, oni upiru na **Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer**.” Vidi Epstein *et al.*, *op. cit.* u bilj. 19, str. 22 – 26.

<sup>28</sup> U svojem kapitalnom djelu u ovom području, knjizi pod naslovom *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, John Yoo općenito se bavi ovlastima u domeni vanjskih poslova u koje, osim ratnih ovlasti, pripadaju i ovlasti zaključenja, ratifikacije i interpretacije međunarodnih ugovora. U ovom tekstu prikazuju se samo ona njegova stajališta koja su vezana uz ratne ovlasti.

da je "federalna vlada od svojih početaka koristila različite ustavne metode ulaska u rat" te tvrdi kako "u području vanjskih poslova, Ustav ne uspostavlja striktni, legalizirani postupak donošenja odluka", već "radije ... fleksibilan sistem koji dopušta niz procedura."<sup>29</sup> Ovako postavljen problem nadalje vodi prema konstataciji da, u "nedostatku sudske presedane", relevantne kriterije procjene treba tražiti u "dugoj povijesti interpretacija i interakcija između grana vlasti", koja otkriva da je u domeni vanjskih poslova uobičajeno "inicijativa bila koncentrirana u predsjedništvu, dok je Kongres najčešće imao *ex post* ulogu odobravanja kroz ovlast financiranja ili usvajanja zakona".<sup>30</sup>

Ilustraciju praktične diobe vlasti između ustavnih institucija u kontekstu rata Yoo nudi na primjeru **deklaracije rata**. Na toj razini, on tvrdi: "U pitanju rata, fleksibilnost znači da ne postoji jedinstvena ustavno ispravna metoda vođenja rata. Predsjednik ne mora imati deklaraciju rata prije nego što uputi oružane snage Sjedinjenih Država u neprijateljstva."<sup>31</sup> Taj svoj zaključak Yoo temelji na konstataciji kako su Sjedinjene Američke Države u svojoj povijesti najviše oružanih sukoba vodile bez ikakvog kongresnog odobrenja, pri čemu je "Predsjednik preuzimao primarnu ulogu u odlučivanju kada i kako inicirati neprijateljstva", "Kongres je dozvoljavao egzekutivnoj grani preuzimanje vodstva i ratne inicijative te za sebe odabrao ulogu odobravanja vojnih akcija nakon što su one poduzete kroz deklaracije o podršci te dodjeljivanje financijskih sredstava", dok su se "u isto vrijeme, sudovi pozivali na doktrinu o političkim pitanjima kako bi izbjegli uplitanje u pitanja ratnih ovlasti."<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Yoo, *op. cit.* u bilj. 2, str. 3 i 11.

<sup>30</sup> *Ibid.*, str. 9 – 10.

<sup>31</sup> *Ibid.*, str. 8.

<sup>32</sup> *Ibid.*, str. 12 – 13. U ovom je kontekstu potrebno primijetiti kako **J. Yoo** ignorira relevantnost temeljnog izvora u domeni uređenja institucionalnih odnosa u pitanju počinjanja neprijateljstava – **Zakona o ratnim ovlastima iz 1973. godine** – kroz konstataciju da "predsjednici nikada nisu priznali ustavnost toga Zakona, a njihove kasnije akcije su ignorirale njegove odredbe." *Ibid.*, str. 13. Ovaj njegov argument valja prihvatiti samo parcijalno, s obzirom na to da eventualni spor o ustavnosti Zakona o ratnim ovlastima, kako navodi **B. Smerdel**, proizlazi samo iz one njegove odredbe "po kojoj bi sama pasivnost Kongresa u roku 60 dana stvarala obvezu povlačenja jedinica". Vidi Smerdel, B. i Sokol, S., *Ustavno pravo*, četvrto neizmijenjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2009., str. 350. Vidi također Stone, G. R.; Seidman, L. M.; Sunstein, C. R.; Tushnet, M. V., *Constitutional Law*, 4th ed., Aspen Law & Business, New York, 2001., str. 413 – 415. S druge strane, Kongres se na Zakon o ratnim ovlastima pozvao i u Autorizaciji za korištenje vojne sile (AUMF) od 18. rujna 2001. godine.

Unatoč tome, Yoo ipak zaključuje kako je ustavna ovlast Kongresa da deklarira rat od presudne važnosti kada je riječ o “**totalnom ratu**”. Polazeći od postavke da “egzekutivna grana ne može voditi totalni rat bez kongresne deklaracije”, on se dalje upušta u opsežnu analizu ustavnog teksta i strukture te navodi kako “je očito da kongresna ovlast ‘deklaracije rata’ nije sinonim za ovlast za započinjanje vojnih neprijateljstava” te konstatira da “ta definicija sugerira da deklariranje rata predstavlja priznanje postojećeg stanja stvari – kroz pojašnjenje pravnog statusa odnosa nacije prema drugoj državi – radije nego što predstavlja autorizaciju njegova nastanka.”<sup>33</sup> Egzekutivni unilateralizam u verziji J. Yooa na ovom mjestu zapravo nudi kritično opravdanje mogućnosti zaobilaženja precizne ustavne odredbe, a obrazloženje tome jest distinkcija između “totalnog rata” i svih ostalih sukoba “nižeg intenziteta”, pri čemu se u ovu drugu kategoriju jasno uvrštavaju svi oblici borbe protiv suvremenog terorizma, shvaćenog kao kvalitativno nova pojava.<sup>34</sup>

Daljnja argumentacija koju izvodi J. Yoo konkretnije je vezana uz interpretaciju ustavnog teksta, uz izravno pozivanje na **predsjedničke inherentne ovlasti** iz članka II. Ustava Sjedinjenih Američkih Država. Na toj razini, on polazi od analize enumeriranih kongresnih i plenarnih egzekutivnih ovlasti, kako su one definirane ustavnim tekstom te, slijedeći **Hamiltonovu** logiku inherentnih ovlasti, konstatira kako dikcija članka II. podrazumijeva da sve izvršne ovlasti budu dodijeljene Predsjedniku. Suprotno tome, tvrdi Yoo, “članak I. odjeljak 1. daje Kongresu samo one zakonodavne ovlasti ‘ovdje dodijeljene’”, dok “članak III. dodjeljuje ‘nespecificiranu’ ‘sudbenu vlast’ Sjedinjenih Država Vrhovnom sudu i nižim federalnim sudovima.”<sup>35</sup> Potpuno u skladu s logičnom linijom razmišljanja svojstvenom teoriji koja se zalaže za primat egzekutive, njegov ključni argument u ovom segmentu završava pozivom na odluku Vrhovnog suda u predmetu **United States v. Curtiss-Wright Export Corp.**<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Yoo, *op. cit.* u bilj. 2, str. 22. i 144 – 145. J. Yoo ovome dodaje i sljedeću konstataciju: “Deklaracije rata služe svrsi, iako ne onoj koja dosiže isključivu ovlast iniciranja neprijateljstava. Deklaracije jednostavno čine ono što kažu da čine: one deklariraju.” *Ibid.*, str. 151.

<sup>34</sup> Problem teorije koju nudi J. Yoo u ovom kontekstu vezan je međutim, kako primjećuje D. Cole, uz činjenicu da ona ne definira pojam “totalnog rata”: “U najbolju ruku, ističe Yoo, klauzula koja Kongresu daje ovlast “deklaracije rata” predstavlja zahtjev kongresnog odobrenja za “totalni rat”, pojam koji Yoo nikada ne definira, ali ona Predsjedniku ostavlja unilateralnu odluku da se upusti u sve manje oblike neprijateljstava.” Vidi Cole, *What Bush Wants...*, *op. cit.* u bilj. 10.

<sup>35</sup> Yoo, *op. cit.* u bilj. 2, str. 18.

<sup>36</sup> *Ibid.*, str. 21.

J. Yoo svoje obrazloženje dodatno izvodi i iz povijesnih te funkcionalnih argumenata na kojima temelji svoju postavku o tome da su ovlasti u domeni vanjskih poslova prirodno egzekutivne naravi, što u biti predstavlja izravno pozivanje na "ekspertni argument". Rezonirajući kako su "vođenje i nadzor nad vanjskom politikom inherentno 'egzekutivni' po svojoj prirodi", on nadalje iznosi niz funkcionalnih prednosti egzekutive koja djeluje kao "jedinstven, racionalan akter" čije se prednosti očituju u "jedinstvu ureda, njezinoj sposobnosti za tajnost, žurnost, kao i u činjenici da raspolaže superiornim izvorima informacija, čemu se može pridodati i okolnost da je ona uvijek spremna za akciju, dok su domovi Kongresa većinu vremena raspušteni."<sup>37</sup>

Prema ovome, opravdanje specifičnog položaja izvršne vlasti i tvrdnja njezine ekspertne superiornosti dalje vode prema koncepcijama egzekutive koja djeluje kao "racionalan akter" koji u okolnostima izvanrednog stanja ne čini sistematske pogreške i na tome, osim J. Yooa, jednako ustraju i druga dva predstavnika egzekutivnog unilateralizma, **E. Posner** i **A. Vermeule**, koji u tom pogledu nude znatno opsežniju analizu te u osnovi obrazlažu kako "racionalna" i "dobro motivirana" egzekutiva u vrijeme krize ne čini više pogrešaka nego u normalnim stanjima, a u svakom slučaju odbijaju prihvatiti da sudbeni nadzor može dovesti do sistematskog poboljšanja njezina izbora odluka.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> **J. Yoo** ovome dodaje i sljedeće: "Bilo kroz ustavnu intenciju ili kroz svoju funkcionalnu superiornost u mogućnostima brzog, tajnog i jedinstvenog djelovanja, egzekutivna grana kontrolira svakodnevno provođenje američke vanjske politike." Vidi *ibid.*, str. 15 te 19 – 21. U ovom segmentu **J. Yoo** slijedi i citira **E. Corwina** te **A. Hamiltona**. Vidi Corwin, E. S., *The President – Office and Powers 1787-1957 – History and Analysis of Practice and Opinion*, New York University Press, New York, 1957.; Federalist No. 70 (*A. Hamilton*), *The Executive Department Further Considered*, March 18, 1788; Federalist No. 74 (*A. Hamilton*), *The Command of the Military and Naval Forces, and the Pardoning Power of the Executive*, March 25, 1788.

<sup>38</sup> **E. Posner** i **A. Vermeule** ovom problemu posvećuju čitavo jedno poglavlje pod nazivom "Teorija panike" (*The Panic Theory*). Vidi Posner i Vermeule, op. cit. u bilj. 5, str. 29 – 31 te 59 – 86. **J. Yoo** tvrdi kako "zahtjevi međunarodnog sustava promoviraju dodjeljivanje provođenja vanjskih poslova unitarnom racionalnom akteru" koji "može identificirati prijetnje, razviti odgovore, procijeniti troškove i koristi te tražiti načine kako postići nacionalne strateške ciljeve kroz politike i akcije koje dovode do povećanja vrijednosti". Pojam "racionalnog aktera", naravno, odnosi se na egzekutivu, ponovno uz objašnjenje utemeljeno na ekspertnom argumentu. Vidi Yoo, op. cit. u bilj. 2, str. 20 – 21. O istom problemu vidi također Tushnet, M., *Issues of Method in Analyzing the Policy Response to Emergencies*, 56 Stan. L. Rev. 1581 (2003-2004), str. 1581 – 1592. Za suprotno stajalište vidi: Wells, C. E., *Questioning Deference*, 69 Mo. L. Rev. 903 (2004), str. 903 – 949.

Na taj način Yoo zapravo kombinira dva temeljna argumenta: prvo, kako ovlasti u domeni vanjskih poslova po samoj prirodi stvari pripadaju egzekutivi (ekspertna i racionalno motivirana izvršna vlast) te, drugo, kako su te ovlasti, koje su u osnovi inherentne, potencijalno neograničene (članak II. Ustava SAD-a i odluka u predmetu *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*). Time on ujedno otvara put najčišćem obliku egzekutivnog unilateralizma.<sup>39</sup>

Osim poštovanja obveze proglašenja “totalnog rata”, Yoo u kontekstu primjerenog nadzora nad provođenjem izvanrednih egzekutivnih mjera ipak nudi dvije dodatne mogućnosti primjene **mehanizma diobe vlasti**. Prema njemu, Kongres i dalje zadržava pravo odobrenja financijskih sredstava te zakonodavnu ovlast “podizanja i održavanja vojske”.<sup>40</sup> S druge strane, u pogledu primjene **mehanizma sudbenog nadzora**, Yoo postulira kako je on u potpunosti isključen kada je riječ o odluci o počinjanju neprijateljstava, a obrazloženje za to ponovno nudi na razini tekstualne interpretacije: “Ustav federalnim sudovima ne daje nadzornu ulogu nad odlukom o započinjanju neprijateljstava, obzirom da je tu ovlast izravno dodijelio političkim granama. Dajući Kongresu pravo ‘deklaracije rata’, Ustav je zakonodavnom tijelu, a ne sudovima, dodijelio juridičku ovlast utvrđenja pravnog statusa konflikta s drugom nacijom ... Nema mjesta ulozi sudbenog nadzora, obzirom da ne postoji jedinstveni, ustavno zahtijevani postupak vođenja rata.”<sup>41</sup>

Sudbeni nadzor prema Yoo, međutim, nije u potpunosti isključen kada je riječ o mjerama koje imaju “domaći učinak, pogotovo kada rat kao neprijateljstvo uključuje američke državljane ili kada se operacije vode unutar teritorija samih

<sup>39</sup> U tom je segmentu važno primijetiti da ovakav način rezoniranja kritizira i **R. A. Posner**, koji inače također pripada skupini teoretičara koji inkliniraju egzekutivnom unilateralizmu. Posner, na primjer, navodi da interpretacija članka II. američkog Ustava, koji dodjeljuje Predsjedniku naslov vrhovnog zapovjednika vojske, ne može značiti i njegovu neograničenu vlast u kontekstu rata, a argument koji ističe tome u prilog jest odluka Vrhovnog suda u predmetu *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. Vidi Posner, *op. cit.* u bilj. 2, str. 67 – 68. Kritika ne izostaje, naravno, niti od strane teorije koja se kvalificira kao civilni libertarijanizam. Tako, na primjer, **D. Cole** navodi sljedeće: “Yoo rezonira kako obzirom da Ustav Predsjednika čini ‘vrhovnim zapovjednikom vojske’, niti jedan zakon ne može ograničiti akcije koje on može poduzeti u vrijeme rata. Prema ovom razmišljanju, Predsjednik bi bio ovlašten Ustavom posegnuti za genocidom, ukoliko bi to htio.” Vidi Cole, *What Bush Wants...*, *op. cit.* u bilj. 10.

<sup>40</sup> Yoo, *op. cit.* u bilj. 2, str. 22.

<sup>41</sup> Vidi Yoo, J., *Judicial Review and the War on Terrorism*, 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 427 (2003-2004), str. 428 te 430 – 440.

Sjedinjenih Država", ali u tim situacijama sudovi bi trebali primjenjivati snižene kriterije procjene i Yoo se u tom smislu zalaže za metodu **sudskog samooograničavanja** (*deferential approach*).<sup>42</sup> Problem s ovakvim stajalištem, dakako, nalazi se u činjenici što "rat protiv terorizma" podrazumijeva upravo suprotno: osim što se vojne operacije očito vode izvan teritorija države, sudbeni je nadzor prema ovome bitno ograničen, odnosno isključen, baš kada je riječ o stranim državljanima protiv kojih se određeni "kazneni" postupci vode na posebnim područjima. Ilustrativan primjer takvoga slučaja upravo su "neprijateljski borci" i postupci koji su protiv njih vođeni na teritoriju američke mornaričke baze Guantanamo na Kubi.

Drugi relevantni predstavnik suvremenog američkog egzekutivnog unilateralizma, **R. Posner**, svoja određenja u pogledu odbacivanja valjanosti primjene **mehanizma sudbenog nadzora** u kontekstu izvanrednih stanja također temelji na postavkama izvedenima iz "ekspertnog argumenta". Posner tako tvrdi da "suci, znajući malo o potrebama nacionalne sigurnosti, vjerojatno neće svoju vlastitu procjenu suprotstavljati onoj egzekutivne grane, koja je odgovorna za obranu nacije" te da će "kada se nalazi u sumnji u pogledu stvarnih ili mogućih posljedica (izvanredne) mjere, pragmatični, empiristički će sudac *inklinirati preputiti* rješenje ostalim granama vlasti", obrazlažući to konstatacijom kako suci "nisu eksperti za nacionalnu sigurnost niti generalno niti u vezi konkretne terorističke prijetnje."<sup>43</sup>

Osim toga, osnovu Posnerove argumentacije u ovom kontekstu treba sagledati i kroz njegovu dodatnu tvrdnju kako u izvanrednim stanjima presudnu ulogu pri donošenju ključnih odluka ima vrijeme, pa potreba brzog i promptnog reagiranja na novonastalu prijetnju jednako težište ovlasti daje egzekutivi, kao što ju otklanja od ostalih ustavnih institucija. Na iznimno važnoj normativnoj razini ovaj se argument fokusira na kritiku tzv. "**beneficije naknadne procjene**", uz obrazloženje da Predsjednik i sudovi u izvanrednim

<sup>42</sup> *Ibid.*, str. 428 te 440 – 451.

<sup>43</sup> **R. Posner** ovome dodaje i zaključak kako "sudstvo, za razliku od izvršne i zakonodavne vlasti, nema logistiku za sistematsku studiju problema" te dodaje da su "suci, uključujući suce Vrhovnog suda, generalisti" pri čemu "predmeti koji se odnose na pitanja nacionalne sigurnosti čine samo mali dio njihovog posla" i "oni ne mogu dopustiti da im posvete previše vremena." Vidi Posner, *op. cit.* u bilj. 2, str. 9, 27 i 35 i dalje. Slično stajalište u tom kontekstu izriču i **E. Posner** te **A. Vermeule**: "Suci su generalisti i politička izolacija koja ih štiti od tekuće politike također ih lišava informacija, posebno informacija u vezi novih sigurnosnih prijetnji te nužnih odgovora na te prijetnje." Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 31.



stanjima nastupaju s bitno drukčijih pozicija. Naime, dok se od egzekutive traži djelovanje koje je po prirodi stvari hitno – jer podrazumijeva potrebu jasne reakcije na prijetnju – sudovi načelno postupaju tek nakon toga, često i uz bitan vremenski razmak, što im ujedno daje i prednost spomenute “beneficije naknadne procjene”.<sup>44</sup> Ovdje treba naglasiti određenu koherentnost u stajalištima autora koji pripadaju intelektualnom krugu zagovornika egzekutivnog unilateralizma.<sup>45</sup>

Zaključujući u osnovi kako ovakvo stanje stvari izravno navodi na potrebu **sudskog samoograničavanja**, Posner nadalje naglašava da mehanizam sudbenog nadzora ima dovoljno snažnu i valjanu alternativu sadržanu u **mehanizmu diobe vlasti**. U prilog tome on navodi četiri bitna obrazloženja: prvo – postoji dovoljno razloga za zaključak da Kongres i Predsjednik u pogledu ocjene opravdanosti izvanrednih mjera nisu uvijek u suglasju; drugo – Kongres u odnosu na sudove ipak raspolaže s više “ekspertnog znanja” o pitanjima nacionalne sigurnosti; treće – “suci koji su skloni popustiti egzekutivi u pitanjima nacionalne sigurnosti mogu utjehu naći u činjenici, kada to jest činjenica, da se Kongres suglasio u autorizaciji osporavane sigurnosne mjere – da to nije

<sup>44</sup> “Točno je da kada smo iznenađeni i pogođeni, nastojimo reagirati pretjerano. Ali, samo uz **beneficiju naknadne procjene** reakcija može biti odvojena u svoje pravile i ekscesivne slojeve. Iz perspektive naknadne procjene, znamo da pritvaranje japanskih Amerikanaca nije skrtilo Drugi svjetski rat. Ali, je li to bilo poznato u to vrijeme?” Vidi Posner, R. A., *Security Versus Civil Liberties*, 288(5) *Atlantic Monthly* 46-7 (2001).

<sup>45</sup> Na identičan način rezoniraju upravo i **E. Posner** i **A. Vermeule**, koji procjenjujući povijesne primjere ograničavanja prava i sloboda tvrde: “Na nesreću, iznimno je teško procijeniti jesu li te mjere bile opravdane ili ne; uz **beneficiju naknadne procjene**, mi gubimo sposobnost da te događaje sagledamo očima onih koji su donijeli te odluke. Također je teško procijeniti mjere donesene nakon 11. rujna. Ocjena o tome da li vlada opravdano pritvara osumnjičene pripadnike Al Qaeda bez optužnice i suđenja, u velikoj mjeri ovisi o opsegu prijetnje, važnosti tajnosti i ostalim faktorima koje malo ljudi koji se nalaze izvan vlade mogu procijeniti.” Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 9. U ovom je kontekstu potrebno uočiti kako, suprotno ovim navodima predstavnika egzekutivnog unilateralizma, civilni libertarijanci “beneficiju naknadne procjene” smatraju upravo prednošću u analizi prikladnosti pojedinih izvanrednih mjera. **G. R. Stone** tako se, na primjer, oslanja na činjenicu da je logika jednog znatnog dijela izvanrednih mjera usvojenih u kontekstu velikih američkih kriza u naknadnim razdobljima osporena ukidanjem ranijih sudskih presedana ili različitim oblicima naknadne političke isprike. Vidi Stone, G. R., *National Security v. Civil Liberties*, 95 *Cal. L. Rev.* 2203 (2007), str. 2205 – 2211. Vidi također Cole, D., *Judging the Next Emergency: Judicial review and Individual Rights in Times of Crisis*, 101 *Mich. L. Rev.* 2565 (2002-2003), str. 2571 – 2572.

bila samo egzekutivna inicijativa.”; te četvrto – opravdanje sudskog samooograničavanja izravno treba povezati s činjenicom da “učinkovitost – posljedice općenito – sigurnosnih mjera usvojenih u cilju borbe protiv originalne prijetnje ne može biti determinirana ukoliko je mjera prerano blokirana ustavnom interpretacijom.”<sup>46</sup>

Od navedenih četiriju argumenata posebnu pažnju valja posvetiti onom trećem, koji se odnosi na mogućnost eventualne pravne koordinacije između Kongresa i Predsjednika, a razlog je tome činjenica da ga Posner izravno povezuje s izdvojenim mišljenjem suca **R. H. Jacksona** iz predmeta **Youngstown Sheet & Tube C. v. Sawyer**. Ova je okolnost od osobite važnosti s obzirom na to da Posner kroz nju izražava stajalište o potrebi uvažavanja određene sheme podijeljenih ovlasti i na taj se način egzekutivni unilateralizam u njegovoj verziji na sistematskoj razini bitno razlikuje od verzije koju nudi J. Yoo, odnosno u tom se dijelu predočava kao “blaža verzija” krizne egzekutivne supremacije. Problem je, ipak, znatno složeniji s obzirom na to da Posner ne završava na tome i osnova njegova obrazloženja nije predmet **Youngstown**, već, baš kao i kod J. Yooa, upravo **United States v. Curtiss-Wright Export Corp.** S obzirom na to da je poznato što predstavlja odluka u predmetu Curtiss-Wright, ne začuđuje niti činjenica da R. Posner u tom kontekstu ponavlja upravo najvažniji dio te odluke – naime, da su “Sjedinjene Države stekle poziciju suverene nacije putem uspješne revolucije protiv Velike Britanije, a ne kroz Ustav”, kao i to da “nacionalna obrana, koja nije ograničena na pitanje obrane protiv ljudskih neprijatelja, predstavlja srž suverene vlasti, a njezino izvršenje tradicionalno je vezano uz izvršnu granu vlasti” – što sve izravno vodi upravo u egzekutivni unilateralizam.<sup>47</sup> Posner tome dodaje i sljedeće: “Konkretan kontekst slučaja Curtiss-Wright bili su nacionalni međunarodni odnosi. Ali načelo slučaja – da nacionalne ovlasti nisu ograničene na ovlasti izričito navedene u Ustavu – je

<sup>46</sup> Ovaj argument egzekutivnog unilateralizma uperen protiv sudova predstavlja karakteristično dodatno objašnjenje o tome kako pitanja nacionalne sigurnosti treba prepustiti političkim granama vlasti. **R. Posner** u tom smislu navodi: “Na sreću, kada se o mjerama nacionalne sigurnosti usuglase i Kongres i Predsjednik, potreba sudske intervencije se umanjuje. Legislativna i egzekutivna grana su u rivalitetu čak i kada ih nominalno kontrolira ista stranka; republikanski Kongres nije automatski davao suglasnost nacionalno sigurnosnih inicijativama Bushove administracije. Do određene mjere koju ne priznaju libertarijanci, Sud se može povući i prepustiti ostalim granama da riješe problem, jer kada se kompetitivne grane usuglase o mjeri, vjerojatnost da će ona predstavljati pretjerani odgovor na percipiranu opasnost je znatno manja.” Vidi Posner, *op. cit.* u bilj. 2, str. 10 te 36 – 37.

<sup>47</sup> *Ibid.*, str. 4.

šire, a naši glavni teroristički neprijatelji su ionako strane nedržavne grupe koje predstavljaju prijetnju naciji veću nego većina stranih država.”<sup>48</sup> Štoviše, on u tom smislu zaključuje: “Možda (Predsjednik – op. Đ. G.) može učiniti bilo što, ako je izvanredno stanje dovoljno teško – na to upućuje načelo iz predmeta *Curtiss-Wright*...”<sup>49</sup>

U razradi ove posljednje postavke Posner koristi primjer povlastice naloga **habeas corpus** te zaključuje kako, unatoč tome što Ustav “nigdje ne spominje da Predsjednik ima pravo njezine suspenzije”, “postoji argument da se prizna implicitna predsjednička ovlast suspenzije *habeas corpusa* kada Kongres nije u mogućnosti da to učini, ali javna sigurnost zahtijeva da to bude učinjeno.”<sup>50</sup>

Ovaj segment Posnerove analize paradigma je potrebe egzekutivnog unilateralizma da opravda samostalna izvanredna postupanja izvršne vlasti koja su suprotna eksplicitnom tekstu Ustava i na taj se način njegova obrazloženja u vezi sa suspenzijom povlastice naloga *habeas corpus* mogu dovesti u izravnu vezu s primjerom deklaracije rata koji koristi J. Yoo. Kriična točka te analize, nadalje, upravo je situacija izravne konfrontacije između Kongresa i Predsjednika, što Posner i priznaje: “Ali, pretpostavimo da je Kongres bio u zasjedanju i da je odbio suspendirati *habeas corpus*, a Predsjednik je ipak postupio i sam to učinio.”<sup>51</sup> U vezi s time, on nastavlja: “Lincoln je sam tvrdio da ima inherentnu ovlast prekršiti jednu ustavnu odredbu (suspenzivnu klauzulu) kako bi očuvao Ustav u cjelini, tako da zapravo nije kršio Ustav. Ali, obzirom da takva ovlast Ustavom nije dodijeljena, to je bio samo pravnički način da se kaže kako je u redu kršiti Ustav ukoliko je potreba dovoljno snažna, što nije pravni argument.”<sup>52</sup>

Rješenje ovog problema Posner pronalazi u koncepciji “**izvanpravnog prava nužnosti**” (*non legal law of necessity*) čija je osnova sadržana u “moralnim i političkim, ali ne i pravnim opravdanjima djelovanja u suprotnosti s Ustavom”<sup>53</sup>

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*, str. 39.

<sup>50</sup> Ovo obrazloženje R. Posner ipak povezuje s okolnostima najtežih kriza, pa opravdanje Lincolnove odluke o suspenziji, koju na ovom mjestu koristi kao primjer, izravno vezuje uz činjenicu da u vrijeme njezina donošenja “Kongres nije bio na zasjedanju” te rezonira kako bi “argument bio i jači kada se Kongres ne bi mogao sastati, na primjer, zbog nuklearnog ili biološkog napada na Washington.” Vidi *ibid.*, str. 39.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*, str. 40.

<sup>53</sup> *Ibid.*, str. 12.

On nadalje koncepciju "izvanpravnog prava nužnosti" na teorijskoj razini izravno povezuje s pojmom "građanske neposlušnosti" (*civil disobedience*)<sup>54</sup>, i upravo u tom segmentu njegova teorija izvanrednog postupanja dosiže ključni moment tvrdnjom kako je normativno "vjerojatno bolje priznati diskreciju javnih dužnosnika da u ekstremnim slučajevima zanemare zabranu torture, ili diskreciju Predsjednika da u takvim slučajevima suspendira habeas corpus iako na to nije ovlašten Ustavom, nego pokušati kodificirati instance na kojima je takvo postupanje dopušteno."<sup>55</sup> Opravljanje ovakvom rješenju, koje dakle odbacuje valjanost preciznog pravnog reguliranja, Posner nalazi u trima bitnim argumentima: prvo – nije moguće "specificirati okolnosti u kojima bi suspenzija bila prikladna, a da se pritom ne stvore negativne implikacije koje bi mogle hendikepirati dužnosnike u trenutku nastupanja neočekivanog"; drugo – takvim bi rješenjem "dužnosnici bili u iskušenju testirati vanjske granice tako izvanredno dodijeljenih ovlasti"; te treće – izostanak bi pravne regulacije, koji "dužnosnicima uskraćuje sigurnu luku i na taj ih način tjera da preuzmu pravne i političke rizike nepoštivanja prava kako bi izvršavali izvanrednu ovlast, trebao djelovati kao kočnica (bez sumnje nesavršena) na takvo izvršavanje."<sup>56</sup>

Odbacujući na taj način zahtjev prikladnih izmjena i dopuna Ustava kojima bi Predsjedniku eksplicitno bilo dano pravo suspenzije povlastice naloga *habeas corpus*, uz jednostavno objašnjenje kako je postojeći sustav "funkcionirao sasvim dobro kroz više od dva stoljeća", Posner konstatira: "Moj pristup sadrži strukturu pravilo – izuzetak, ali jedini izuzeci su ad hoc izuzeci koje predsjednici 'kupuju' plaćajući političku cijenu kršenja prava."<sup>57</sup> Sagledan iz ovog po-

<sup>54</sup> U tom smislu, **R. Posner** tvrdi kako je "**Lincoln** posegnuo za građanskom neposlušnošću kada je u vrijeme Građanskog rata na temelju vlastite ovlasti suspendirao habeas corpus" te kako je takvo njegovo postupanje bilo "moralno opravdano ... ne samo stoga što je u ključnim državama postojala snažna podrška Konfederaciji ... već i zato što je Unija bila u teškoj opasnosti." *Ibid.*, str. 85 i 153. Da kategorija "građanske neposlušnosti" ima neposredan utjecaj na opće teorijsko poimanje izvanrednih stanja uočava i **G. Agamben**, koji "pravo otpora" (*ius resistendi*) dovodi u izravnu vezu s koncepcijom stanja izuzetka. Osim ove poveznice, međutim, Agambenova analiza ne daje konkretnije korisnije primjedbe koje bi se mogle primijeniti na razmatranja koja nudi **R. Posner**. Vidi Agamben, G., *State of Exception*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2005., str. 2 te 10 – 11.

<sup>55</sup> Vidi Posner, *op. cit.* u bilj. 2, str. 86.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, str. 154 – 155. U vezi s ovim stajalištima **R. Posnera**, na ovom je mjestu prikladno uočiti kako njegov pristup koncepciji "izvanpravnog prava nužnosti" koje vodi u stanje izuzetka pokazuje osobite sličnosti s "liberalnom pozicijom" **J. Lobela**. Vidi Lobel, J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 Yale. L. J. 1385

sljednog konteksta, dakle, R. Posner ipak se prikazuje kao oštrij predstavnik suvremenog američkog egzekutivnog unilateralizma od J. Yooa.

Na sličnoj liniji kao i John Yoo te R. Posner nalaze se i **E. Posner** te **A. Vermeule**. U pogledu institucionalnih ovlasti za provođenje izvanrednih mjera ova dva suvremena američka autora razvijaju svoju “tezu popuštanja” (*deference thesis*) u okvirima koje brane funkcionalne prednosti egzekutive pred ostalim granama vlasti. I oni u tom kontekstu polaze od “**ekspertnog argumenta**” te tvrde da se “u vrijeme izvanrednih stanja, institucionalne prednosti egzekutive povećavaju”, što posljedično dovodi do toga da “obzirom na važnost tajnosti, brzine i fleksibilnosti, sudovi, koji su spori, otvoreni i rigidni, manje mogu doprinijeti formulaciji nacionalne politike nego što to čine u normalnim vremenima”, čemu dodaju i sljedeću postavku: “Teza popuštanja ne smatra da sudovi i zakonodavci uopće nemaju nikakvu ulogu. Stajalište je sadržano u tome da bi sudovi i zakonodavci morali biti popustljiviji nego što su to u normalnim vremenima; koliko popustljiviji je uvijek teško pitanje i ono ovisi o opsegu i tipu izvanrednog stanja.”<sup>58</sup> Prema tome, njihova varijanta egzekutivnog unilateralizma u tom je smislu blaža i od opcije koju razlaže J. Yoo, i od opcije koju nudi R. Posner, jer čitav problem pozicionira ne toliko u izravno isključenje

---

(1988-1989), str. 1385 – 1433. S druge strane, Posner u zaključku svoje knjige nudi tri dodatna normativna kriterija prema kojima bi se eventualno moglo prosuđivati valjanost predsjedničkih izvanrednih postupanja. Sumirajući ih kroz kategoriju “ustavnih protuustavnih akcija” (“constitutional unconstitutional actions”), on navodi kako: “Prvo, djelovanje izvan, a nekada i protiv Ustava je jedino ustavno kada je sama ustavna unija pod rizikom ... drugo, Ustav bi trebalo shvatiti drugačijim u izvanrednim vremenima, nego u redovnim vremenima” pri čemu bi “diskrecijska djelovanja mogla biti poduzeta samo u izvanrednim okolnostima i trebalo bi ih shvatiti kao izvanredne” te analogno tome “obzirom da je jedino uzrokovana krizom, akcija ne bi trebala imati učinak na postojeće pravo”; treće, mora postojati “linija koja odvaja osobne osjećaje nositelja egzekutivne vlasti i njegovu službenu dužnost” pri čemu bi “on mogao poduzeti samo one akcije koje ispunjavaju njegovu službenu dužnost, očuvanje Ustava...” Vidi Posner, *op. cit.* u bilj. 2, str. 157. U teorijskom smislu ove je Posnerove premise u bitnome iznio već **C. L. Rossiter**. Vidi Rossiter, *op. cit.* u bilj. 3, str. 5 – 7. i 298 – 306.

<sup>58</sup> Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 5 – 6. Analogno tome, tvrde **Posner** i **Vermeule**, u vrijeme kriza “Kongres i sudovi jednako popuštaju egzekutivi obzirom na njezine institucionalne prednosti sadržane u brzini, tajnosti i odlučnosti.” *Ibid.*, str. 16. Osim toga, oni navode: “Stajalište o popuštanju smatra da bi sudbeni nadzor vladinih djelovanja, u ime Ustava, morao biti relaksiran ili suspendiran u vrijeme izvanrednih stanja. U vrijeme izvanrednog stanja, važno je da se vlast koncentrira. Vlast bi se od država trebala pomaknuti prema federalnoj vladi, a unutar federalne vlade, od zakonodavca i sudova prema egzekutivi.” *Ibid.*, str. 15 – 16.

ostalnih grana vlasti na korist predsjedničkih ovlasti, koliko u tezu o potrebi njihova popuštanja egzekutivi. Ipak, kako je vidljivo iz ovog citata, u konačnici sve ovisi o naravi krize, a tu su i dalje prisutna potencijalno ekstremna rješenja.

Svoja osnovna razmatranja u vezi s prikladnošću primjene **mehanizma diobe vlasti**, Posner i Vermeule razvijaju u kontekstu onog što nazivaju "**zahtjevom autorizacije**" (*authorization requirement*), koji kritiziraju s dvaju aspekata: normativnog i deskriptivnog. S normativnog aspekta, oni u osnovi tvrde kako nema osnove za zaključak da bi kongresna autorizacija smanjila rizike od pretjerane egzekutivne diskrecije i za to nude nekoliko obrazloženja. Potencijalne prigovore kako Kongres u odnosu na egzekutivu predstavlja više pluralnu instituciju u kojoj je vjerojatnije da će kroz demokratsku raspravu određene mjere biti odbačene kao pretjerane, Posner i Vermeule odbacuju uz objašnjenje da i unutar izvršne vlasti postoji određena znatna mjera političkog neslaganja.<sup>59</sup> U tom smislu, prema njima "autorizacija jedino čini razliku u malo vjerojatnom slučaju kada je egzekutiva duboko panična ili opresivno većinska, dok se Kongres opire stampedu prema lošoj politici i štiti interese potlačenih manjina."<sup>60</sup> Ipak, i u takvoj situaciji "...ukoliko se unutar Kongresa i provodi više rasprave, jedan rezultat toga će biti sprječavanje grupnog razmišljanja i usporavanje stampeda prema usvajanju loših političkih rješenja, ali drugi rezultat će biti odgađanje nužnih izvanrednih mjera i usporavanje stampeda prema usvajanju dobrih političkih rješenja", pri čemu ova posljednja "moraju biti usvojena hitro ukoliko se želi da budu učinkovita."<sup>61</sup>

S deskriptivnog aspekta Posner i Vermeule izražavaju izrazito skeptična stajališta u pogledu postojeće "kongresne prakse" te tvrde: "Zakonodavci sami znaju da Kongres nije u dobroj poziciji procjenjivati izvanrednu akciju. Radije nego da pokušavaju usvajati izvanredne zakone u vrijeme izvanrednih stanja, zakonodavci djeluju unaprijed, autorizirajući Predsjednika i izvršne agencije na djelovanje ukoliko izvanredno stanje nastupi i dajući im općenito masovnu diskreciju. Zakonodavna akcija u vrijeme izvanrednih stanja sastoji se prevladavajuće u ratifikacijama onoga što je egzekutiva učinila, autorizacijama svega onoga što ona tvrdi da se mora učiniti te u davanju financijskih sredstava kako bi ona mogla nastaviti činiti ono što smatra ispravnim. Svjesni mnogih

<sup>59</sup> U tom kontekstu **Posner** i **Vermeule** tvrde: "...u praksi, egzekutiva su oni, a ne on. Predsjednički nadzor nije sposoban potpuno ujediniti politiku egzekutivne grane, što znači da se i unutar nje pojavljuju neslaganja..." *Ibid.*, str. 46.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*, str. 47.



svojih institucionalnih nedostataka – nedostataka informacija o tome što se događa, nedostatka nadzora nad policijom i vojskom, nemogućnosti brzog i jedinstvenog djelovanja – zakonodavci se ograničavaju na izraze podrške ili zabrinutosti.”<sup>62</sup> U osnovi ovog argumenta, dakle, nalazi se ponovno pozivanje na klasični “ekspertni argument”.

S druge strane, u vezi s prikladnošću primjene **mehanizma sudbenog nadzora**, Posner i Vermeule razlikuju situacije kada postoji određena koordinacija između Kongresa i Predsjednika u vezi s primjenom izvanrednih mjera od situacije kada egzekutiva djeluje samostalno, ali u obama slučajevima postuliraju da sudovi nužno popuštaju i trebaju popuštati odluci političkih grana vlasti.

U pogledu prve situacije, oni, slično kao i R. Posner, tvrde da je sudovima jednostavnije popuštati kada za to postoji određena zakonska osnova te navode: “...masivan broj i opseg zakonodavnih delegacija od vremena New Deala, posebno u područjima koja se odnose na nacionalnu sigurnost i vanjsku politiku, znači da se u slici uvijek negdje nalazi sakriven neki zakon. Suci imaju značajnu diskreciju tumačiti zakone manje ili više široko, na višim ili nižim razinama općenitosti, kako bi sugerirali da je Kongres autorizirao egzekutivnu akciju.”<sup>63</sup> I u tom slučaju oni se u ključnom obrazloženju oslanjaju upravo na valjanost “ekspertnog argumenta”, koji opravdava sudsko samoograničavanje: “Ako su sudovi skloni u vremenima izvanrednih stanja tražiti zakonsku autorizaciju egzekutivne akcije, zašto to oni čine? ... postoji institucionalna dilema s kojom se suočavaju suci koji moraju razmotriti egzekutivne izvanredne politike; problem je u tome što sucima nedostaje kompetentnosti da procjene te politike.”<sup>64</sup>

<sup>62</sup> *Ibid.*, str. 47. Argument o tome da Kongres u kriznim stanjima uobičajeno egzekutivi dodjeljuje “masovnu diskreciju” zahtijeva dublju analizu relevantnog zakonodavstva i u tom je kontekstu važno primijetiti kako se **E. Posner** i **A. Vermeule** u vezi s time pozivaju na niz zakona za koje smatraju da podupiru njihove tvrdnje. Kao primjere takvih zakonodavnih delegacija oni navode: *Autorizaciju za korištenje vojne sile* (AUMF) iz 2001. godine, *Zajedničku rezoluciju o Zaljevu Tonkin* iz 1964. godine, *Zakon o nacionalnim stanjima nužde* (NEA) iz 1976., *Zakon o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde* (IEEPA) iz 1977. godine te *Zakon o pritvoru u izvanrednim stanjima* iz 1950. godine. *Ibid.*, str. 280. (bilj. 53). Ovakav pristup izrazito je partikularan s obzirom na to da neki od navedenih zakona (osobito *Zakon o nacionalnim stanjima nužde* i *Zakon o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde*) predstavljaju upravo kongresne pokušaje ograničenja egzekutivne vlasti.

<sup>63</sup> Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 48.

<sup>64</sup> Cjelovito obrazloženje ovog argumenta koji navode **Posner** i **Vermeule** vidljivo je iz teksta koji slijedi: “Pronalaženje zakonske autorizacije, koliko god bilo napre-

Identično obrazloženje izvedeno iz ekspertnog argumenta Posner i Vermeule nude i u pogledu druge situacije, kada naime Kongres nije djelovao: "Kao alternativu hipotezi da kongresno odobrenje potvrđuje egzekutivnu akciju i opravdava sudsko popuštanje, dok kongresna šutnja opravdava 'sudsku kontrolu' (judicial scrutiny), mi predlažemo hipotezu da sudovi i Kongres u vrijeme izvanrednih stanja popuštaju egzekutivi upravo stoga što su njihove institucionalne prednosti koje imaju u normalnim vremenima, u vrijeme izvanrednih stanja prevladane egzekutivnim prednostima."<sup>65</sup>

Štoviše, prema njima, u takvim je situacijama problem u kongresnom nedjelovanju, a ne u izvršnom izvanrednom presizanju: "Kada egzekutiva djeluje bez zakonske autorizacije, to može više reći o kongresnoj nesposobnosti, nego o egzekutivnom presizanju i sudovi prema tome nemaju razloga kongresnu šutnju tretirati kao signal da je egzekutivna akcija sumnjiva."<sup>66</sup>

Od iznimne je važnosti primijetiti da se upravo u ovom kontekstu Posner i Vermeule suočavaju s odlukom Vrhovnog suda u predmetu **Youngstown Sheet & Tube C. v. Sawyer**. S obzirom na to da je Sud u toj odluci konstruirao argument kontraran onom koji nude oni – naime, da je egzekutivna akcija supstancijalno ograničena mogućim kongresnim djelovanjem – Posner i Vermeule objašnjavaju kako Youngstown ne može predstavljati autoritativno tumačenje jer je riječ o odluci koja je donesena nakon krize, a ne u trenutku njezina najjačeg učinka. Osnova njihova obrazloženja stoga nije odluka u predmetu Youngstown, već odluka u predmetu **Korematsu v. United States**.<sup>67</sup>

---

gnuto, u velikoj je mjeri za suce besplatno, ono smiruje javnost kroz poricanje da se egzekutiva kreće uokolo bez uzice te održava načelo zakonske autorizacije za budućnost u kojoj ga suci mogu primijeniti ozbiljnije ... Ulozi su previsoki, a informacije kojima raspolažu suci su presiromašne." Vidi *ibid.*, str. 49.

<sup>65</sup> *Ibid.*, str. 53.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Činjenica da na ovom mjestu E. Posner i A. Vermeule razrješavaju metodološki ključno pitanje odnosa među ustavnim institucijama, zahtijeva dodatno obrazloženje. Kako je vidljivo iz prijašnjeg teksta, ostali predstavnici egzekutivnog unilateralizma (J. Yoo i R. Posner) isti problem razmatraju s aspekta odluka Vrhovnog suda u predmetima *Youngstown Sheet & Tube C. v. Sawyer* i *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* Posner i Vermeule ne pozivaju se izravno na *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, ali zato odbacuju relevantnost odluke u predmetu Youngstown, relativizirajući njezinu poruku upravo konstatacijom da je riječ o odluci koja nije donesena u vrijeme najteže krize. U tom smislu oni navode: "Postoji također vrlo malo slučajeva u kojima se čini da je Vrhovni sud zapravo preuzeo rizik kroz odluku da je Predsjednik usvojio izvanredne mjere bez zakonske (ili ustavne) ovlasti. Slučaj Youngstown, u kojem je Sud poništio odluku H. S. Trumana o preuzimanju nacio-

Tu činjenicu ponovno treba povezati s prije istaknutom načelnom kritikom egzekutivnog unilateralizma u pogledu opravdanosti i normativne valjanosti mehanizma sudbenog nadzora, koji je s obzirom na “beneficiju naknadne procjene” u bitnoj prednosti u odnosu na egzekutivu.

Konačno, izlaganje moderne američke doktrine izvanrednih stanja na ovom se mjestu može završiti relevantnim stajalištima E. Posnera i A. Vermeulea o prikladnoj mjeri sudskog popuštanja, odnosno samoograničavanja. Njih dvojica u tom smislu tvrde da u vrijeme izvanrednih stanja suci mogu primijeniti ili metodu “**visokog**” popuštanja (*high deference*) ili metodu “**niskog**” popuštanja (*low deference*). Prema njima, primjer primjene metode “visokog popuštanja” može se, nadalje, pojaviti u dvama slučajevima: “**Visoko popuštanje** može se primijeniti kroz bazični test: sudovi će primijeniti test **stroge kontrole** (strict scrutiny), ukoliko prije toga ne utvrde postojanje izvanrednog stanja, u kojem slučaju će oni dozvoliti bilo koju egzekutivnu akciju koja ima **racionalnu bazu** (rational basis). Visoko popuštanje može se također implementirati kroz relaksiranu verziju uobičajenog **testa prevladavajućeg interesa** (compelling-interest test), u okviru kojeg suci utvrđuju kako vladin interes postaje više prevladavajući kada god nastupi izvanredno stanje, bez obzira na to postoji li ili ne postoji formalna deklaracija (od strane sudova ili ostalih dužnosnika) postojanja izvanrednog stanja.”<sup>68</sup> S druge strane, Posner i Vermeule tvrde kako primjena metode “**niskog popuštanja** može rezultirati iz odbijanja da se ustavna prava u vrijeme izvanrednih stanja tretiraju drugačije

---

nalnih čeličana kako bi se spriječila prijetnja štrajkom predstavlja mogući primjer, ali on je ponešto mutan, obzirom da je odluka donesena u kasnoj fazi bezizlaznog stranog rata (rata u Koreji) koji je vodio duboko nepopularan Predsjednik, a ne u vrijeme vrhunca izvorne krize. Youngstown prema tome ovisi o neuobičajenom skupu faktora; u krajnjoj liniji, Youngstown ilustrira našu raniju opasku da će, kako se ciklus krize bliži kraju i potencijalni sigurnosni troškovi sudske intervencije nestaju, suci ponovno otkriti svoju hrabrost.” Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 50. S druge strane, Posner i Vermeule se oslanjaju na odluku Vrhovnog suda u predmetu *Korematsu v. United States* iz 1944. godine u onom njezinu dijelu u kojem je zaključeno da je Kongres, ratificirajući izvanredne predsjedničke mjere, zapravo popustio egzekutivi: “Iako je odluka F. D. Roosevelta o pritvaranju (japanskih Amerikanaca – op. Đ. G.) kasnije ratificirana zakonom, te iako je Sud taj zakon u prolazu spomenuo, Sud je bio iskren u tome da je osnova popuštanja jednostavno bila sadržana u zaključku kako uvjeti pod kojima je odluka o pritvaranju izdana nije dopuštala drugačiji smjer djelovanja.” *Ibid.*, str. 49 – 50.

<sup>68</sup> Vidi Posner i Vermeule, *op. cit.* u bilj. 5, str. 17.

nego u normalnim vremenima, ili može rezultirati iz korištenja **testa striktno prevladavajućeg interesa** (strict compelling-interest test)."<sup>69</sup>

Ovako izloženo razlaganje o prikladnoj mjeri sudskog popuštanja, odnosno samoograničavanja, koje nude Posner i Vermeule, slaže se i s opažanjima drugih relevantnih američkih autora koji nastoje objasniti strukturu djelovanja u domeni provođenja sudbenog nadzora. Kao dodatni primjer takvog zaključivanja mogu se navesti **Epstein, Ho, King i Segal**, koji tvrde da zagovornici egzekutivnog unilateralizma svoje argumente primarno pronalaze u činjenici da "Ustav eksplicitno dopušta Kongresu da suspendira povlasticu naloga habeas corpus", a kada suspenzije nema, ti zagovornici ili preporučuju sudsko popuštanje izvanrednim mjerama "jednom kada (sudovi – op. Đ. G.) utvrde da izvanredno stanje postoji", pri čemu "vlada ne bi trebala opravdati svoju politiku referiranjem na bilo kakav interes, prevladavajući ili drugačiji", ili preporučuju određenu relaksaciju uobičajenih standarda ili testova primjenljivih na procjenu valjanosti ograničenja konkretnog ustavno zajamčenog prava ili slobode.<sup>70</sup>

#### IV. Procjena karakterističnih argumenata

Nakon prikaza osnovnih teza koje u smislu podrške normativnoj valjanosti modernog američkog shvaćanja pojma egzekutivnog unilateralizma nude J.

<sup>69</sup> Posner i Vermeule u ovom se segmentu također pozivaju na odluku Vrhovnog suda u predmetu *Korematsu v. United States*. Vidi *ibid*.

<sup>70</sup> Vidi Epstein *et al.*, *op. cit.* u bilj. 19, str. 26 – 27. Ovakva struktura izravno korespondira onome što je već rečeno na početku izlaganja. Prema toj strukturi, naime, primarna je razina ustavne procjene američkih izvanrednih stanja utvrđenje činjenice je li ili nije došlo do formalne suspenzije povlastice naloga *habeas corpus*. Ako do suspenzije nije došlo, pojavljuje se druga razina argumentacije koja poziva na sudsko popuštanje i ona se, kako primjećuju **L. Epstein, D. E. Ho, G. King i J. A. Segal**, zatim formulira na dva načina. Prvi se način pojavljuje kao zahtjev da sudovi procjenjuju samo je li nastupilo izvanredno stanje, uz prepuštanje daljnje ocjene opravdanosti konkretnih izvanrednih mjera ostalim granama vlasti. Drugi način ide dalje od toga, pa sudovi izravno procjenjuju i konkretnu opravdanost izvanrednih mjera, ali uz primjenu sniženih standarda, što izravno vodi prema relaksaciji tereta dokazivanja "opravdanog" ili "prevladavajućeg interesa" (*compelling governmental interest*) prema XIV. amandmanu, standarda "razborite pretrage i zapljene" (*reasonable search and seizure*) prema IV. amandmanu ili standarda "jasne i izravne opasnosti" (*clear and present danger*) prema I. amandmanu. Štoviše, u pogledu relevantnosti povijesnih presedana koji potvrđuju ove navode, kao eksplicitan primjer postupanja u kojem je Vrhovni sud primijenio "relaksiranu verziju" testa stroge kontrole (*strict scrutiny*), Epstein, Ho, King i Segal navode upravo odluku u predmetu *Korematsu v. United States*. *Ibid*.

Yoo, R. Posner, E. Posner i A. Vermeule, prikladno je prijeći na sljedeću razinu analize u ovom radu. Zadatak je te razine analize procijeniti ustavne osnove ili ustavni kontekst iz kojeg “egzekutivni unilateralisti” izvode svoje karakteristične argumente. Tome je također prikladno dati i kraći prikaz relevantnih konkretnih rješenja koja su prihvaćena u kontekstu “rata protiv terorizma” u periodu nakon 2001. godine, a na osnovi kojih se dalje može i procijeniti jesu li temeljne teze egzekutivnog unilateralizma bile prihvaćene ili ne.

#### IV.1. Suspenzija povlastice naloga *habeas corpus*

Kako je vidljivo iz prijašnjih izlaganja, primjer moguće suspenzije povlastice naloga *habeas corpus* – kao paradigmu izvanrednog ustavnog poremećaja nadležnosti – koristi **R. Posner**. Također, on u tom kontekstu tvrdi da, ako je situacija nužde ekstremna, pravo suspenzije pripada Predsjedniku Sjedinjenih Američkih Država na temelju njegovih “implicitnih ovlasti”, i to bez obzira na to što takva njegova nadležnost nije izričito definirana američkim Ustavom. Na višoj razini, nadalje, ovaj argument Posner opravdava postojanjem “izvanpravnog prava nužnosti” (*non legal law of necessity*), što je zapravo čisto pozivanje na tzv. “**stanje izuzetka**”, pa su po tome i mjere koje on predlaže u bitnome dalekosežnije od mjera koje zastupaju drugi autori.

Osnove ovakvog Posnerova razlaganja duboko su povezane s metodom tekstualne interpretacije američkog Ustava, a svoje dodatno opravdanje izravno izvode i iz relevantne prakse ustavnih institucija. Problem vezan uz tekstualno tumačenje proizlazi iz činjenice da se jedina ustavna referenca na instituciju *habeas corpus* nalazi u dikciji članka I. američkog Ustava, ali ne u onom njegovu odjeljku koji Kongresu daje eksplicitne (izravne) ili implicirane (klauzula o nužnosti i prikladnosti) ovlasti<sup>71</sup>, što se posljedično može interpretirati upravo na dva načina: da pravo suspenzije ima Kongres, ali da ga može imati i Predsjednik.<sup>72</sup> S druge strane, relevantna je povijesna praksa u američkom kriznom

<sup>71</sup> Ustav Sjedinjenih Američkih Država, članak I. odjeljak 8. Vidi Smerdel, B. (prijevod i uvodna studija), *Ustav Sjedinjenih Američkih Država*, Pan Liber, Osijek, 1994.

<sup>72</sup> U tom smislu, američki Ustav definira samo sljedeće: “Povlastica naloga *habeas corpus* neće biti ukinuta, osim kad bi to u slučaju pobune ili napada zahtijevala javna sigurnost.” Ustav Sjedinjenih Američkih Država, članak I. odjeljak 9. Općenito, problem valjane interpretacije odnosa između kongresnih “enumeriranih” i predsjedničkih “inherentnih”, odnosno “plenarnih” ovlasti, kako se on može pojaviti u vezi s tumačenjem dikcije članka I. i II. Ustava Sjedinjenih Američkih Država, otvorili su još A. Hamilton i J. Madison.

postupanju opravdala obje solucije<sup>73</sup>, pa se na taj način ovakva Posnerova argumentacija koristi presedanom definiranim još u vrijeme američkog Građanskog rata<sup>74</sup> i prema tome nije njegova originalna invencija.

U pogledu konkretne primjene suspenzije **povlastice naloga *habeas corpus*** valja naglasiti kako je u okvirima "rata protiv terorizma" u striktnom smislu za tom ekstremnom mjerom posegnuto tek u posljednjoj fazi, ali ne u formi samostalne predsjedničke odluke (što bi u biti predstavljalo konzekventno provođenje jednog od osnovnih postulata egzekutivnog unilateralizma), već odlukom Kongresa sadržanom u Zakonu o vojnim komisijama iz 2006. godine.<sup>75</sup> Tu je mjeru, međutim, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država odlučno proglasio neustavnom u predmetu **Boumediene v. Bush** iz 2008. godine.<sup>76</sup> Kako je prije istaknuto, suspenziju povlastice naloga *habeas corpus* u kontekstu američkog ustavnopravnog sustava treba sagledavati kao najočitiiji prikaz kriznog poremećaja nadležnosti koji čitavu jednu ustavno definiranu granu vlasti – federalno sudstvo – isključuje iz nadzora provođenja izvanrednih mjera. Osobitost moderne američke prakse u tom pogledu očitovala se, međutim, ne toliko kroz formalnu suspenziju *habeas corpusa*, koliko kroz alternativne oblike egzekutivnog presizanja utemeljene na tvrdnji da u kontekstu "rata

<sup>73</sup> U tom se smislu navodi kako je, osim u periodu Građanskog rata, *habeas corpus* u povijesti suspendiran u "...devet okruga Južne Karoline u cilju borbe protiv Ku Klux Klan-a, temeljem Zakona od 20. travnja 1871. godine ... na Filipinima 1905. godine te ... na otočju Hawaii u vrijeme Drugog svjetskog rata...", ali te su suspenzije "...naložene na temelju više ili manje eksplicitne autorizacije Kongresa." Vidi Killian, J. H.; Costello, G. A.; Thomas, K. R. (ur.), *The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation*, Congressional Research Service, Library of Congress, Washington, 2004. (suppl. 2004. i 2006.), str. 363 – 364.

<sup>74</sup> Relevantni primjeri samostalnih predsjedničkih odluka o suspenziji povlastice naloga *habeas corpus* vezani su uz A. Lincolna, pri čemu je bitno istaknuti da su one dobile kongresnu ratifikaciju, ali tek znatno kasnije. Vidi *12 Stat. 755*. Puni naziv Zakona glasi: *An Act relating to Habeas Corpus, and regulating Judicial Proceedings in Certain Cases*. Osim što je time, dakle, Kongres praktično odustao od tumačenja svoje ekskluzivne nadležnosti u tom pogledu, ovaj se slučaj dodatno može sagledati i kao klasičan primjer kongresnog "popuštanja", odnosno "samoograničavanja".

<sup>75</sup> Zakon o vojnim komisijama (Military Commissions Act of 2006), Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600. Općenito o Zakonu vidi Elsea, J. K., *The Military Commissions Act of 2006: Analysis of Procedural Rules and Comparison with Previous DOD Rules and the Uniform Code of Military Justice*, CRS Report for Congress RL33688, Congressional Research Service, Washington, 2007.; Elsea, J. K., *The Military Commissions Act of 2006: Background and Proposed Amendments*, CRS Report for Congress R40752, Congressional Research Service, Washington, 2009.

<sup>76</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U. S. 723 (2008).



protiv terorizma” civilni federalni sudovi nemaju nadležnost (ili moraju “popuštati” egzekutivnim procjenama u vidu “samoograničavanja”) kada je riječ o “neprijateljskim borcima” (*enemy combatants*<sup>77</sup>) koji su zatočeni izvan teritorija Sjedinjenih Američkih Država (područje vojne mornaričke baze Guantanamo na Kubi) i kojima trebaju suditi vojne komisije, a ne redovita sudbena tijela. No i te su tvrdnje u konačnici osporene odlukama Vrhovnog suda u seriji odluka između 2004. i 2006. godine (**Hamdi v. Rumsfeld, Rumsfeld v. Padilla, Rasul v. Bush, Hamdan v. Rumsfeld**).<sup>78</sup>

#### IV.2. Deklaracija rata

Za razliku od R. Posnera, ključni argument koji u normativnom opravdanju svoje teorije izvanrednih stanja koristi **J. Yoo** odnosi se na problem **proglašenja ratnog stanja**. Kao što je prikazano, Yoo u tom smislu u bitnome zaključuje kako američki predsjednik raspolaže ustavnom ovlašću zapovjediti oružana djelovanja čak i kada nema formalne deklaracije rata. Niti ta teza nije osobito originalna, a razlozi tome su i praktični i teorijski.

U pogledu prakse, poznato je da tendencije samostalnih predsjedničkih ratnih djelovanja ponovno sežu u daleku američku povijest, pri čemu se kao najrelevantnije iskustvo prikazuje ono vezano uz Lincolnovu odluku o blokadi luka konfederativnih država u prvoj fazi Građanskog rata. S obzirom na to da je na taj način egzekutivno počinjanje ratnog sukoba poslije dobilo kongresnu ratifikaciju<sup>79</sup>, a što je još važnije potvrđeno je i od strane Vrhovnog suda u poznatom slučaju **the Prize cases**<sup>80</sup>, za taj se “presedan” sasvim sigurno može

<sup>77</sup> Vidi, među ostalim, Derenčinović, D., *Koncept “Neprijateljskog borca” (Enemy Combatant) i međunarodno humanitarno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 55, br. 1, 2005.

<sup>78</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U. S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006).

<sup>79</sup> Vidi 12 Stat 326. Puni naziv Zakona glasi: *An Act to Increase the Pay of the Privates in the Regular Army and in the Volunteers in the service of the United States, and for other Purposes*. Zakon je usvojen 6. kolovoza 1861. godine.

<sup>80</sup> Bez obzira na činjenicu da je u ovom slučaju bila riječ o “građanskom”, a ne “klasičnom” ratu, američki Vrhovni sud ponudio je vrlo ekstenzivnu interpretaciju predsjedničkih ratnih ovlasti: “Ako rat nastane kao posljedica invazije strane nacije, predsjednik je ne samo ovlašten već je i vezan silom oduprijeti se sili. On ne inicira rat, ali je vezan prihvatiti izazov bez čekanja bilo kakvog specijalnog kongresnog ovlaštenja. I bez obzira je li neprijatelj strani osvajač ili države organizirane u pobu-

zaključiti da je primjer ustavno verificiranog (ili, bolje rečeno, konvalidiranog) stanja stvari, a samim time i potpuno zaokruženog argumenta.<sup>81</sup>

Iz teorijskog rakursa, intelektualna osnova opravdanja samostalnih ratnih akcija američkog Predsjednika može se locirati već kod **A. Hamiltona**<sup>82</sup>, ali i u nizu poslije razrađenih normativnih teorija poznatih kao *teorija o iznenadnom napadu* (*Sudden Attack Theory*) ili *teorija o samoobrani* (*Self-defense Theory*), zatim *teorija o neutralnosti* (*Neutrality Theory*) te *teorija o kolektivnoj sigurnosti* (*Collective Security Theory*).<sup>83</sup>

S druge strane, nakon terorističkih napada od 11. rujna 2001. godine nije došlo do formalne kongresne **deklaracije rata**, što je do određene mjere logična

---

nu, to je svejedno "rat" iako je njegova deklaracija unilateralna." Također i sljedeće stajalište Vrhovnog suda iz iste odluke: "Ovaj najveći od svih građanskih ratova nije se postupno razvio iz narodnog meteža, buntovnih okupljanja ili neorganiziranih lokalnih pobuna. Koliko god se ranije dugo mogao smišljati, on je svejedno odjednom proizašao iz izvornog uma, Minerve u punoj ratnoj opremi. Predsjednik je bio obvezan suprotstaviti mu se u obliku u kojem se predstavio, bez čekanja da ga Kongres krsti imenom." Vidi *The Prize cases*, 67 U. S. (2 Bl.) 635, 668-669 (1863).

<sup>81</sup> Dakako, i u ovome se može uočiti izraziti primjer kongresnog i sudbenog "popuštanja", odnosno "samoograničavanja" izvršnoj vlasti. Kasniji američki povijesni razvoj također je pružio niz primjera tendencije unilateralnih predsjedničkih postupanja i općenito i u ovoj domeni, ali i primjerenu kongresnu reakciju koja se u kontekstu ustavnih ratnih ovlasti očitovala kroz donošenje Zakona o ratnim ovlastima iz 1973. godine. Za pregled razvoja događaja do donošenja tog Zakona, osnovne tenzije u vezi s njegovim usvajanjem, tumačenje teksta te praktičnu primjenu, vidi: Smerdel, B., *Evolucija predsjedničke vlade u Sjedinjenim Američkim Državama: kongresni veto*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1984., str. 209 – 241. Također u: Smerdel, B., *Suvremeni američki Kongres i politika oružanih intervencija – Ustavopravni problemi i politička zbilja*, Naša zakonitost, 37/1984(4), str. 435 i dalje; Smerdel, B., *Predsjednik, Kongres, Ustav i rat – Ratna ovlaštenja američkog Kongresa u svjetlu intervencije u Libanonu i Granadi*, Pogledi 14/1984(1), str. 5 – 10.

<sup>82</sup> Relevantno Hamiltonovo stajalište u tom smislu jest sljedeće: "...u slučaju kada strana nacija deklarira ili otvoreno ratuje protiv Sjedinjenih Država, one su tada samom tom činjenicom već u ratu; i bilo koja deklaracija od strane Kongresa je bezvrijedna; u najmanju ruku ona je nepotrebna." Vidi *7 Works of Alexander Hamilton 745-747* (J. C. Hamilton ed., 1851); citirano prema: Fisher, L., *Presidential War Power*, University Press of Kansas, Lawrence, Kansas, 1995., str. 26.

<sup>83</sup> Vidi o tome u: Nowak, J. E.; Rotunda, R. D.; Young, J. N., *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 3<sup>rd</sup> edition (1986), str. 213 – 214; Lockhart, W. B.; Kamisar, Y.; Choper, J. H.; Shiffrin, S. H., *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 6<sup>th</sup> edition, 1986., str. 215; Notes, *Congress, the President and the Power to Commit Forces to Combat*, 81 Harvard Law Review, 1771 (1968), str. 1778 – 1790.

posljedica činjenice da definicija “rata protiv terorizma” ne podrazumijeva striktnu situaciju sukoba između dviju suverenih država, kao što je to slučaj općenito za ratno stanje. U tom smislu, valjana supstitucija izvedena je iz kongresnog akta poznatog kao “Autorizacija za korištenje vojne sile” (*Authorization for Use of Military Force*), od 18. rujna 2001. godine<sup>84</sup>, uz pozivanje na Zakon o ratnim ovlastima iz 1973. godine. Ispunjenje proceduralnih uvjeta u tom smislu (suglasnost Kongresa na predsjedničko oružano djelovanje), otklonilo je i drugi važan argument egzekutivnog unilateralizma – onaj, naime, koji tendira opravdanju samostalnog kriznog djelovanja Predsjednika – ali razloge za to ponajprije treba tražiti u okolnostima konkretnog perioda, odnosno činjenice gotovo potpunog konsenzusa američke javnosti i svih institucija kako u pogledu novonastale prijetnje treba reagirati zajednički i koordinirano.<sup>85</sup>

### IV.3. Inherentne predsjedničke izvanredne ovlasti

Osnovna ustavnopravna struktura problematike inherentnih predsjedničkih ovlasti ponajprije proizlazi iz teksta Ustava Sjedinjenih Američkih Država, odnosno iz centralnog dijalektičkog odnosa njegova članka I. (Kongres) i II. (Predsjednik). U tom smislu, naime, za razliku od Kongresa, koji raspolaže samo “enumeriranim” ovlastima do određene mjere “pojačanim” tzv. “klauzulom o nužnosti i prikladnosti” (*necessary and proper clause*), američkom Predsjedniku dodijeljena je plenarna izvršna vlast (članak II. odjeljak 1. Ustava u tom smislu propisuje kako će “Izvršna vlast biti povjerena predsjedniku Sjedinjenih Američkih Država”). Problem teorijske interpretacije mogućih i ustavno valjanih granica egzekutivnih ovlasti u tom su kontekstu otvorili već **A. Hamilton** i **J. Madison** na samim počecima američke državnosti, i

<sup>84</sup> *Authorization for Use of Military Force*, September 18, 2001, Public Law 107-40, 115 Stat. 224. O zakonodavnom postupku u vezi s AUMF-om vidi Grimmett, R. F., *Authorization For Use Of Military Force in Response to the 9/11 Attacks (P. L. 107-40): Legislative History*, CRS Report for Congress, RS22357, Congressional Research Service, Washington, 2007. Za komparaciju između ove i drugih prijašnjih kongresnih autorizacija vidi Bradley i Goldsmith, *op. cit.* u bilj. 6.

<sup>85</sup> U tom bi se smislu dalje moglo analizirati i pravne osnove američkih oružanih djelovanja u kontekstu suglasnosti s normama međunarodnog prava, ali ta analiza, s obzirom na prirodu ovoga teksta, koji se primarno bavi ustavnopravnim pitanjima, prelazi okvire ove rasprave.

to predlaganjem izričito suprotstavljenih stajališta.<sup>86</sup> Prenesena u striktnu domenu razdiobe tzv. "ratnih ovlasti" (*war powers*), ova je debata zatim vođena i u narednim desetljećima kroz više relevantnih slučajeva iz prakse američkog

---

<sup>86</sup> A. **Hamilton** svoj je argument o inherentnim predsjedničkim ovlastima koje proizlaze iz generalne klauzule sadržane u članku II., odjeljak 1., američkog Ustava izložio na sljedeći način: "Drugi članak Ustava Sjedinjenih Država, odjeljak 1., uspostavlja ovu načelnu propoziciju, da će 'Izvršna vlast bit će povjerena predsjedniku Sjedinjenih Američkih Država.' Isti članak u sljedećem odjeljku nastavlja u smjeru razgraničenja pojedinih slučajeva egzekutivne vlasti. On deklarira, između ostalih stvari, da će predsjednik biti vrhovni zapovjednik vojske i Ratne mornarice Sjedinjenih Država kao i policije država kad je pozvana u službu Sjedinjenih Država; da će imati ovlast, uz savjet i suglasnost Senata, zaključivati međunarodne ugovore; da će njegova dužnost biti primati veleposlanike i druge visoke diplomatske službenike i da će voditi brigu o vjernoj provedbi zakona. **Ne bi bilo sukladno s pravilima jasne konstrukcije kada bi se smatralo da ova enumeracija konkretnih ovlasti derogira sveobuhvatnu ovlast danu u općoj klauzuli ...** Teškoće kompletne enumeracije svih slučajeva egzekutivnih ovlasti prirodno bi diktirale korištenje općih termina što bi činilo nevjerovatnim da je specifikacija određenih pojedinosti bila zamišljena kao nadomjestak za ove pojmove ... Različiti načini izražavanja primijenjeni u Ustavu, u odnosu na dvije vlasti, zakonodavnu i izvršnu, služe za potvrdu ovom zaključku. U članku koji vladi daje zakonodavne ovlasti, izraženo je **'Sve zakonodavne ovlasti ovdje dodijeljene povjerit će se Kongresu Sjedinjenih Država.'** U onom koji dodjeljuje izvršnu vlast, izraženo je **'Izvršna vlast bit će povjerena predsjedniku Sjedinjenih Američkih Država.'** Enumeracija se stoga mora razmatrati samo kao namjera da se specificiraju osnovne ovlasti implicirane u definiciji egzekutivne vlasti, ostavljajući da ostatak proizlazi iz načelnog dodjeljivanja te ovlasti, protumačenog u suglasnosti s drugim dijelovima Ustava, kao i načelima slobodne vladavine. Opća je doktrina našeg Ustava stoga ta da je izvršna vlast nacije povjerena predsjedniku; samo uz one izuzetke i kvalifikacije koje su izražene u tom instrumentu." Vidi *7 Works of Alexander Hamilton* 76, 80-81 (J. C. Hamilton ed., 1851); citirano prema: Killian, Costello i Thomas, *op. cit.* u bilj. 74, str. 436 – 437. U odgovoru na ovako postavljeno tumačenje **J. Madison** iznio je sljedeću interpretaciju: "Kada bi se jednom ustanovilo da su ovlasti rata i međunarodnih ugovora u svojoj prirodi egzekutivne; da one, toliko koliko striktnom konstrukcijom nisu premještene zakonodavstvu, zapravo pripadaju izvršnoj vlasti; da naravno sve ostale ovlasti koje u svojoj prirodi nisu manje egzekutivne od ovih, ukoliko nisu dodijeljene zakonodavcu, mogu biti zatražene od egzekutive; a ukoliko su dodijeljene, da se moraju uzeti striktno, s pravom ostatka koji pripada izvršnoj vlasti; ili se ... možda smatraju paralelnim pravom izvršne vlasti; **i tada niti jedan građanin više ne bi mogao pogoditi karakter vlade pod kojom živi; i najdetalniji pravnik ne bi bio u mogućnosti ispitati doseg konstruktivne prerogative.**" Vidi *1 Letters and Other Writings of James Madison* 621 (1865); citirano prema: Killian, Costello i Thomas, *op. cit.* u bilj. 74, str. 437.

Vrhovnog suda<sup>87</sup>, da bi u konačnici bila “zaokružena” kroz odluke tog istog Suda u dvama ključnim predmetima iz perioda sredine 20. stoljeća.

U tom smislu, osnovna je tvrdnja Vrhovnog suda, u najkraćim crtama, u predmetu **United States v. Curtiss-Wright Export Corp.** iz 1936. godine da ovlasti federalne vlade u domeni vanjskih poslova (uključujući ovdje, dakako, i izvanredne ovlasti) u biti ne ovise o eksplicitnoj dodjeli od strane ustavnog teksta, već su po svojoj prirodi inherentne i plenarne, a primat u tom kontekstu svakako pripada nositelju vrhovne izvršne vlasti.<sup>88</sup> Suprotno tome, Vrhovni je sud u predmetu **Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer** iz 1952. godine u bitnome zaključio kako su predsjedničke izvršne ovlasti poduzete u cilju provođenja mjera zaštite nacionalne sigurnosti na unutrašnjem planu, osim zbog nužnosti restriktivnog tumačenja članka II. američkog Ustava<sup>89</sup>, bitno ograničene konkurentnim kongresnim zakonodavnim nadležnostima, i u tom se kontekstu kao najautoritativniji predložak odluke Vrhovnog suda do danas citira specifična “tripartitna shema” podijeljenih ovlasti koju je u izdvojenom mišljenju izložio sudac R. H. Jackson.<sup>90</sup>

U vezi s time potrebno je dati nekoliko osobito važnih napomena. Prvo, obje navedene odluke Vrhovnog suda do danas čine važeće presedane, pa se time i predstavnici različitih teorija o doseg i širini kriznih ovlasti američkih ustavnih institucija mogu koristiti argumentima koji su u njima sadržani. Drugo, u neposrednoj vezi s prethodnim, teza o inherentnim i plenarnim predsjedničkim ovlastima (Curtiss-Wright) logički se i prikladno nadovezuje na samu definiciju egzekutivnog unilateralizma, i stoga ne čudi njezino rašireno korištenje u tom kontekstu (kao što to jasno svjedoče primjeri J. Yooa i R. Posnera). I treće, valja uočiti jednu iznimno bitnu distinkciju: dok je odluka u predmetu Curtiss-Wright razrađivala izvanredne ovlasti u domeni vanjskih poslova, ona

<sup>87</sup> Zauzimanje teorijski oprečnih stajališta u tom je smislu izvedeno najprije u predmetima *McCulloch v. Maryland* i *Penhallow v. Doane*, a zatim i u odlukama *Hamilton v. Dillin* te *Ex parte Milligan* (izdvojeno mišljenje suca Salmona P. Chasea). Vidi: *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819); *Penhallow v. Doane*, 3 U. S. (3 Dall.) 53 (1795); *Hamilton v. Dillin*, 88 U. S. 21 Wall. 73, 86-88 (1874); *Ex parte Milligan*, 71 U. S. 2, 139 (1866); vidi o tome Killian, Costello i Thomas, *op. cit.* u bilj. 74, str. 324 – 326.

<sup>88</sup> U tom smislu vidi: *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U. S. 304, 315-319 (1936).

<sup>89</sup> Vidi *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 587-589 (1952). Ovaj je predmet poznat i kao *The Steel Seizure case*.

<sup>90</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 635-638 (1952) (Jackson, R. H., concurring).

u predmetu *Youngstown Sheet* bavila se njihovim dosegom na unutrašnjem, dakle domaćem planu. Sukladno tome, inzistiranje zagovornika izvršne supremacije da je u kontekstu "rata protiv terorizma" riječ o svojevrsnom fenomenu stanja "sui generis" koji primarno valja tretirati iz rakursa vanjskih poslova, izravno se nadovezuje na praktične poteze egzekutivnog unilateralizma, a kao neposredan primjer u tom smislu mogu poslužiti, ponovno, pokušaji da se "neprijateljskim borcima" sudi pred vojnim komisijama koje je osnovala upravo egzekutiva, ali bez odgovarajuće zaštite normi međunarodnog (Ženevske konvencije) i domaćeg prava (kongresno zakonodavstvo koje uređuje položaj i nadležnost vojnih sudova), i to na teritoriju koji izmiče regulatornim i nadzornim ovlastima Kongresa i federalnih civilnih sudova (Guantanamo).

Iako su ovi praktični pokušaji, međutim, snažno opovrgnuti odlukama američkog Vrhovnog suda u posljednjih desetak godina<sup>91</sup>, u njima je zapravo sadržana tvrdnja kako pojam suvremene terorističke prijetnje nije moguće jednostavno podvesti pod neku od postojećih ustavnopravnih kategorija (tzv. "War-Crime Debate"). Time se ujedno čitav problem vraća na ono što je navedeno u samom uvodu ovoga rada, ali prije samih zaključaka potrebno je još nešto dodati i o već više puta spominjanom pojmu tzv. "ekspertnog argumenta".

#### IV.4. "Ekspertni argument"

Kao što je razvidno iz prijašnjih izlaganja, jedna od uobičajenih teza predstavnika egzekutivnog unilateralizma sadržana je u tvrdnji kako, u komparaciji s predstavničkim i sudbenim tijelima, izvršna vlast nastupa iz kvalitativno bitno bolje pozicije. Ipak, s obzirom na to da ju je jasno artikulirao već **A. Hamilton**, postulacija "ekspertnog argumenta" nipošto nije originalni produkt suvremene američke teorije izvanrednih stanja. Hamilton tako u *Federalistu* br. 70 navodi: "Energija egzekutive je vodeća osobina dobre vlade. Ona je od esencijalnog značaja za obranu zajednice od stranog napada ... Odlučnost, aktivnost, tajnost i žurnost općenito će karakterizirati postupanje jednog čovjeka na znatno istaknutijem stupnju nego postupanja bilo kojeg većeg broja; i u razmjeru s povećanjem tog broja, ove kvalitete će se umanjivati." Također, u *Federalistu* br. 74, ponovno u tonu izvršne supremacije, nastavlja: "Vođenje rata podrazumijeva upravljanje zajedničkom snagom; a ovlast

<sup>91</sup> Vidi općenito: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U. S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 553 U. S. 723 (2008).



upravljanja i primjenjivanja zajedničke snage čini uobičajeni i esencijalni dio definicije egzekutivne vlasti.”<sup>92</sup>

Sama je tvrdnja o vrijednosnoj valjanosti “ekspertnog argumenta”, dakako, održiva, ali ne na način koji bi dopuštao primjenu nekog metajuridičkog ili “izvanustavnog” pojma. Rješenje ovog specifičnog problema trebalo bi tražiti u samoj logici ustavnih rješenja predviđenih za izvanredno stanje, koja u velikoj mjeri – upravo na temelju “ekspertnog argumenta” – “Kriznom ustavu” dopušta poremećaj nadležnosti i koncentraciju ovlasti na strani egzekutive, nezamislivu u vrijeme mira. Odbacivanje teze o samostalnoj poziciji argumenta zasnovanog isključivo na funkcionalno-komparativnim prednostima izvršne vlasti na taj se način predstavlja kao minimum zahtjeva vladavine prava.

## V. Zaključak

U uvodnom dijelu ovoga članka citirano je nekoliko autora u čijim su navodima sadržane teorijske tvrdnje kako “rat protiv terorizma” u svjetskim sigurnosnim razmjerima predstavlja novinu, odnosno određenu vrstu izvanrednog stanja *sui generis*. Također, prije je u ovom tekstu istaknuto kako je, posljedično tome, osnovna vrijednosna tvrdnja modernog egzekutivnog unilateralizma utemeljena u prijedlogu da nastupanje takvog novog stanja stvari ujedno zahtijeva i primjenu originalnih mjera zaštite u čijoj kreaciji i implementaciji izvršna vlast mora imati superioran položaj. U neposrednoj vezi s time na ovom se mjestu može navesti nekoliko bitnih završnih napomena.

Najprije, u praktičnom smislu, osnovne su teze egzekutivnog unilateralizma – onako kako su one artikulirane na striktno ustavnopravnoj razini – u posljednjih desetak godina doživjele jasan neuspjeh.<sup>93</sup> Osnovne zasluge u tom kontekstu ponajprije pripadaju volji američkog Vrhovnog suda da se izravno

<sup>92</sup> Vidi Federalist No. 70 (A. Hamilton), *The Executive Department Further Considered*, March 18, 1788; Federalist No. 74 (A. Hamilton), *The Command of the Military and Naval Forces, and the Pardoning Power of the Executive*, March 25, 1788.

<sup>93</sup> Na ovom mjestu nisu pobliže razmatrane sve izvanredne mjere poduzete u kontekstu “rata protiv terorizma”, što se posebno odnosi na cijeli jedan pravni korpus modernog kriznog zakonodavstva (čija je osobita paradigma tzv. “Patriot Act”). Dva osnovna razloga tome metodološke su naravi. Prvo, analiza provedena na ovom mjestu fokusirala se na moguću interpretaciju i kriznu primjenu specifičnih odredaba američkog ustavnog dokumenta (*habeas corpus*, deklaracija rata, inherentne ovlasti), što je i primarni zadatak ustavnopravne procjene. Drugo, o primjeni ovih ustavnih normi izravno je raspravljao i američki Vrhovni sud, čime je sudbena vlast u biti dala praktične odgovore na neke od postavljenih teza egzekutivnog unilateralizma.

upusti u nadzor određenog broja predloženih izvanrednih mjera čime je ujedno izravno reafirmirana uloga i važnost **mehanizma sudbenog nadzora**, a podredno i **mehanizma diobe vlasti**. Osim toga, na sasvim načelnom nivou, time je zapravo istaknuto kako ustavno načelo vladavine prava prevladava nad tvrdnjom da se izvanredne mjere po prirodi stvari mogu definirati jedino u odnosu na karakter prijetnje.<sup>94</sup>

Nadalje, u smislu argumentacije, tj. tvrdnje o tome da suvremeni "rat protiv terorizma" s obzirom na svoje konzekvence, doseg i razmjere predstavlja svojevrstu novinu bez presedana, odnosno fenomen *sui generis*, nipošto nisu originalan izum. One svoje podrijetlo zasnivaju na višestoljetnoj praksi sagledavanja problema koja u osnovi tvrdi kako se sve moguće posljedice izvanrednih stanja po prirodi stvari ne mogu unaprijed predvidjeti i ta se misao jednako snažno provlači kroz djela takvih autoriteta kao što su, primjerice, **J. J. Rousseau**<sup>95</sup>, **C. Schmitt**<sup>96</sup>, **C. L. Rossiter**<sup>97</sup>, **C. J. Friedrich**<sup>98</sup> te, u američkom okruženju

<sup>94</sup> J. Madison u tom je smislu izveo sasvim suprotan argument: "Kako priprema za rat može sigurno biti uskraćena, ukoliko na jednak način ne možemo zabraniti pripreme svake druge neprijateljske nacije? Oblici sigurnosti jedino mogu biti regulirani načinima i opasnostima od napada. Oni će, u stvari, uvijek biti određeni ovim pravilima, i nikakvim drugim. Beskorisno je impulsu samoodržanja suprotstavljati barijere Ustava." Vidi: Federalist br. 41 (J. Madison).

<sup>95</sup> J. J. Rousseau tako tvrdi: "Krutost zakona, koja će ih spriječiti da se pokore zbivanjima, može ih u stanovitim slučajevima učiniti pogubnim i uzrokom propasti države u trenucima njezine krize. Ustaljeni red i tromost propisanih oblika iziskuju određeno vrijeme koje okolnosti katkada ne omogućavaju. Može se dogoditi tisuće slučajeva za koje se zakonodavac nije pobrinuo, a najbolja smotrenost za to jest predvidjeti da se sve ne može predvidjeti." Vidi: Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Les éditions du cheval ailé, Genčve, 1947., str. 348. Također u: Rousseau, J. J., *O diktaturi*, u: Bačić, A., *Ustav i ustavna diktatura*, Književni krug, Split, 1992., str. 205 – 206.

<sup>96</sup> C. Schmitt navodi sljedeće: "Jer, opća norma, onako kako ju predstavlja normalno važeći pravni propis, nikada ne može obuhvatiti neki apsolutni izuzetak te zato ne može niti potpuno obrazložiti odluku da je dat pravi slučaj izuzetka" ... "Niti se s jasnoćom koja se da supsumirati može navesti kada postoji slučaj nužde niti se sadržajno može navesti što se u nekom takvom slučaju smije dogoditi, ako je zaista riječ o ekstremnom slučaju nužde i o njegovom otklanjanju. Pretpostavka i sadržaj nadležnosti ovdje su nužno neograničene." Vidi Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Verlag von Duncker und Humblot München und Leipzig (1934), u: Samardžić, S. (ur.), *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, prijevod: D. Basta, Filip Višnjić, Beograd, 2001., str. 91.

<sup>97</sup> Vidi Rossiter, C. L., op. cit. u bilj. 3, str. 300 – 302.

<sup>98</sup> Vidi Friedrich, C. J., *Constitutional Government and Democracy – Theory and Practice in Europe and America*, str. 580 – 581. Ovdje je važno napomenuti da **C. L. Rossiter** i **C. J. Friedrich**, iako uvažavaju valjanost postavke o nepredvidivosti izvanrednih

kao najvažnija referentna točka, **A. Hamilton**, čije misli u tom smislu djeluju gotovo paradigmatiski:

“...ovlasti od presudnog značaja za zajedničku obranu ... moraju se izvršavati bez ograničenja, jer nemoguće je predvidjeti ili definirati opseg i raznovrsnost nacionalnih nuždi ili opseg i raznovrsnost sredstava koja mogu biti potrebna da bi se te nužde riješile. Okolnosti koje ugrožavaju sigurnost naše nacije su beskonačne i zbog tog razloga niti jedno ustavno ograničenje ne može se mudro postaviti pred vlasti kojima je povjerena briga nad njima.”<sup>99</sup>

Prema tome, uzete u cjelini, osnovne sastavnice argumentacije modernog američkog doktrinarnog diskursa u polju egzekutivnog unilateralizma (mogućnosti valjanih izvršnih presizanja u pogledu suspenzije povlastice naloga *habeas corpus*, samostalnog izvršnog počinjanja i vođenja ratnih operacija, ekstenzivnog tumačenja inherentnih ovlasti i “ekspertnog argumenta” te, dakako, tvrdnje o nastupanju izvanrednog stanja *sui generis*) zapravo nisu novina, niti u teorijskom, a niti u praktičnom smislu. Međutim, koliko god na taj način bile neoriginalne, činjenica je da su i dalje prisutne, što jasno govori o kontinuiranom i trajnom tragu koji iskustvo izvanrednih stanja ostavlja na ustavnopravni poredak općenito.

---

stanja, u okvirima koncepcije “ustavne diktature” nude bitno drugačije solucije od, primjerice, **C. Schmitta**. Daljnje analize u tom smislu mogle bi biti tema nekog idućeg rada, ali na ovom je mjestu bitno istaknuti kako je teza o određenoj pravnoj nepredvidivosti uzroka i posljedica izvanrednih stanja formulirana davno prije nastanka modernog američkog egzekutivnog unilateralizma. O tom problemu piše i niz relevantnih hrvatskih autora (**B. Smerdel**, **A. Bačić**, **S. Šegvić**, **V. Ivančević**, **J. Omejec**). Vidi Smerdel i Sokol, *op. cit.* u bilj. 33, str. 128; Bačić, A., *op. cit.* u bilj. 3, str. 44; Šegvić, S., *O ratnim ovlastima predsjednika SAD nakon terorističkog napada 11. rujna 2001.*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, br. 6, 2002., str. 1234 – 1235; Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Knjiga I, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 109; Omejec, J., *Izvanredna stanja u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja*, Pravni vjesnik, 12 (1-4), 1996., str. 173; isto u: Omejec, J., *Ograničavanje sloboda i prava čovjeka i građanina u izvanrednim stanjima*, Društvena istraživanja, vol. 5, br. 2(22), 1996., str. 348.

<sup>99</sup> Vidi Federalist No. 23 (A. Hamilton), *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union*, December 18, 1787. Za sličnu poziciju, vidi također: Federalist No. 34 (A. Hamilton), *The Same Subject Continued: Concerning the General Power of Taxation*, January 4, 1788.

## Summary

Đorđe Gardašević \*

AMERICAN EXECUTIVE UNILATERALISM AND THE  
"WAR ON TERROR"

*States of emergency at the constitutional level typically result in a critical disruption of competences between the fundamental constitutional institutions (representative, executive and judicial bodies). In that regard, comparative practice and doctrine suggest that this process usually leads to a concentration of constitutional powers in executive bodies, while suppressing the role of the legislative and the judiciary in crisis situations, which is typically formulated as the requirement of legislative and judicial "self-restraint". In modern American state of emergency doctrine, a normative requirement of this kind, effecting supremacy of the executive, is termed "executive unilateralism". The article presents an analysis of the theoretical viewpoints expressed by several relevant contemporary American scholars (J. Yoo, R. Posner, E. Posner and A. Vermeule), commonly placed within the framework of executive unilateralism. So, with a view to a scientific verification of their theses and conclusions, an analysis is carried out of specific provisions of the Constitution of the United States of America whose application has direct relevance to procedures related to states of emergency (declaration of war, suspension of habeas corpus, inherent powers of the president). In addition, the author analyses a separate normative proposal to qualify the modern American "War on Terror" as a sui generis state of emergency, with no historical or theoretical precedent, as well as certain concrete emergency measures undertaken in the last decade. The author concludes that none of the fundamental statements of the contemporary American executive unilateralism are either fully accepted or original in the theoretical sense, considering that they were all articulated in the early history of American crisis situations, in terms of both doctrine and practice.*

*Key words: state of emergency, emergency situations, crisis situations, terrorism, declaration of war, habeas corpus, inherent powers*

---

\* Đorđe Gardašević, Ph.D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

## Zusammenfassung

Đorđe Gardašević \*

## DER AMERIKANISCHE EXEKUTIVE UNILATERALISMUS UND DER „KRIEG GEGEN DEN TERRORISMUS“

*Der Eintritt von Ausnahmezuständen führt auf der verfassungsrechtlichen Ebene zu charakteristischen krisenbedingten Zuständigkeitsverzerrungen zwischen den grundlegenden (repräsentativen, vollziehenden und rechtsprechenden) Verfassungsorganen. Diesbezüglich legen die komparative Praxis und Doktrin den Schluss nahe, dieser Prozess vollziehe sich gewöhnlich zugunsten der Konzentration von Verfassungsermächtigungen auf der Seite der vollziehenden Gewalt, während die Rolle von Gesetzgeber und Judikative in der Krise zurückgedrängt wird, meist formuliert als Forderung nach legislativer und judikativer „Selbstbeschränkung“. In der modernen amerikanischen Doktrin der Ausnahmezustände wird eine solche normative Forderung nach einer Art Vormachtstellung der Exekutive als „exekutiver Unilateralismus“ bezeichnet. Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist es, die theoretischen Positionen einiger maßgeblicher zeitgenössischer amerikanischer Autoren (J. Yoo, R. Posner, E. Posner und A. Vermeule) zu analysieren, die gewöhnlich dem exekutiven Unilateralismus zugeordnet werden. Im Rahmen einer wissenschaftlichen Überprüfung ihrer Thesen und Schlussfolgerungen werden zusätzlich einige besondere Bestimmungen der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, deren Anwendung auf Handlungsweisen im Zusammenhang mit Ausnahmezuständen (Kriegserklärung, Aufhebung des Habeas-Corpus-Privilegs, inhärente Präsidentenermächtigungen) von unmittelbarer Relevanz ist, desweiteren eine gesonderte Normierungsinitiative, den modernen amerikanischen „Krieg gegen den Terrorismus“ als Ausnahmezustand sui generis ohne historischen oder theoretischen Präzedenzfall zu qualifizieren, sowie bestimmte in den letzten etwa zehn Jahren diesbezüglich unternommene konkrete außerordentliche Maßnahmen einer Analyse unterzogen. Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass keine der fundamentalen Behauptungen des modernen amerikanischen exekutiven Unilateralismus auf uneingeschränkte Akzeptanz gestoßen ist oder theoretische Originalität für sich beanspruchen kann, da allesamt in der Vorgeschichte der amerikanischen Krisenzustände doktrinär und praktisch zur Gänze artikuliert wurden.*

*Schlüsselwörter: Ausnahmezustände, Notstände, Krisenzustände, Terrorismus, Kriegserklärung, Habeas corpus, inhärente Ermächtigungen*

---

\* Dr. Đorđe Gardašević, Oberassistent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

