

STABILNOST I TRAJNOST USTAVA U REDOVNIM I IZVANREDNIM OKOLNOSTIMA

Izvorni znanstveni rad

UDK 342.4(091)

340.131:342.4

342.77

Primljeno: 8. veljače 2022.

Dr. sc. Đorđe Gardašević*

Dr. sc. Vedran Zlatić**

U ovome radu razmatra se očuvanje ustava, njegova trajnost i stabilnost tijekom vremena, i to kako u redovnim tako i u izvanrednim okolnostima. U prvome poglavlju ovoga rada govori se o važnosti očuvanja stabilnosti i trajnosti ustava kao najvišeg pravnog akta u državi. Potreba za očuvanjem ustavne stabilnosti i trajnosti pojavljuje se još od vremena prvih modernih pisanih ustava, a jednaku važnost ima i danas. Međutim da bi se ustav očuvao u promjenjivoj okolini, potrebno je omogućiti njegovu prilagodbu na nove okolnosti. Upravo u drugom i trećem poglavlju obrađuje se pitanje odnosa ustavne promjene i ustavne stabilnosti te trajnosti. Autori pokazuju kako upravo promjene ustava pridonose očuvanju njegove stabilnosti i trajnosti. Naposljetku, posebno je važno razmotriti procese ustavnih modifikacija u okolnostima izvanrednih stanja. Stoga se upravo u četvrtom poglavlju ovoga rada razmatra na koji način izvanredna stanja utječu na ustavne modifikacije te očuvanje stabilnosti i trajnosti ustava.

Ključne riječi: ustav, ustavne promjene, stabilnost ustava, izvanredna stanja

1. UVOD

Stabilnost ustava i njegova trajnost predstavljaju nesumnjivo jedan od temeljnih preduvjeta normalnog i učinkovitog funkcioniranja svakog ustavnog, pa tako i pravnog poretka. Upravo u prvoj cjelini ovoga rada govorit će se o važnosti očuvanja stabilnosti i trajnosti ustava kao najvišeg pravnog akta u državi. Međutim takvu stabilnost i trajnost, uči nas iskustvo, nije moguće postići izoliranjem ustava od okoline u kojoj se nalazi i promjena koje su u njoj događaju. Drugim riječima kazano, mora se postići optimalan način uspješnog koegzistiranja ustava s okolinom u kojoj se nalazi, na koju je neizbježno upućen i od čije se sudbine ne može odvojiti. Stoga je nužno omogućiti ustavu njegovu prilagodbu na nove uvjete okoline putem njegovih periodičnih promjena kako bi ustavna rješenja ostala učinkovit regulator najvažnijih državno-političkih procesa u društvu. Naravno, toga su bili svjesni još i prvi moderni ustavotvorci, pa su već u samim ustavima

* Izvanredni profesor na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Asistent na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

predviđali mogućnost prilagodbe ustava putem procesa njegove promjene, a takva praksa unošenja klauzula o promjeni u ustave zadržala se do danas, tako da gotovo svaki ustav predviđa i mogućnost svoje promjene. Druga i treća cjelina ovoga rada bave se upravo pitanjem odnosa ustavne promjene s njegovom stabilnosti i trajnosti.

Međutim, pokatkada promjene okoline izlaze izvan redovitog razvoja društva i države tijekom vremena uslijed pojave nenadanih, nepoželjnih, ali svakako neizbježnih izvanrednih okolnosti i događaja koji uvjetuju prilagodbu cijelog ustavno-pravnog poretka na nove okolišne uvjete. Primjer pojave takvih izvanrednih okolnosti koje iziskuju brz i učinkovit odgovor ustavnopravnog sustava predstavlja svakako i pojava novog koronavirusa, koji se brzo proširio cijelim svijetom te je najprije doveo do ugroze zdravlja cjelokupnog svjetskog stanovništva, a potom je nanio nesagledive posljedice za svjetsku ekonomiju, čije negativne učinke već osjećamo, bez naznake do kada će i do koje mjere takvi učinci dosezati. Naravno, pandemijski uvjeti zahtijevali su brzu prilagodbu i cijelog ustavnog i pravnog poretka na drastično izmijenjene uvjete okoline. Upravo u četvrtoj cjelini ovoga rada izlaže se o očuvanju ustava, njegove stabilnosti i trajnosti i u takvim izvanrednim okolnostima.

2. VAŽNOST OČUVANJA TRAJNOSTI I STABILNOSTI USTAVA KAO TEMELJNOG I NAJVIŠEG PRAVNOG AKTA¹

Ustav u hijerarhiji pravnih propisa predstavlja najviši pravni akt. Njime se određuju temeljna pravna pravila kada je posrijedi reguliranje najvažnijih pravnih, političkih, ali i društvenih odnosa uopće u određenoj državi i društvu.² Dakle ustav se nalazi ne samo na vrhu hijerarhije pravnog poretka nego je istovremeno ishodišna točka kada je posrijedi organiziranje državno-pravnog poretka i stoga se samorazumljivom čini potreba za osiguravanjem njegove trajnosti i stabilnosti kroz vrijeme. Naime osiguravanjem trajnosti ustavnih rješenja koja zapravo predstavljaju pravni izraz temeljnih društvenih konsenzusa osigurava se nužna pretpostavka za daljnji razvoj ne samo pravnog poretka nego i cijele države i njezinih institucija. Uostalom, svaki pravni, pa tako i ustavni poredak i uspostavlja se s ciljem definiranja osnovnih pravila kojima se reguliraju najvažniji društveni procesi i odnosi, pa je stoga potrebno očuvati i njihovu trajnost i stabilnost kroz vrijeme. U tome smislu možemo navesti i razmišljanja B. Perića, koji navodi da svaki „svaki pravni poredak nosi u sebi duboko uvriježeni nagon za stabilizacijom... i u tu svrhu stvaraju se ustavi... kao pravne forme stabilizacije“.³ Nadalje, ustavi se pokatkada portretiraju i kao „stabilizacijski element pravnog i političkog sustava“.⁴ Upravo zato

¹ Više o očuvanju stabilnosti i trajnosti ustava kroz njegovu promjenu, vidi, između ostaloga, i u: Zlatić, V., *Modifikacije i stabilnost ustava*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet, 2021.

² Usp. Bačić, A., *Ustavno pravo Republike Hrvatske – Praktikum*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2017, str. 28.

³ Perić, B., *Struktura prava*, Narodne novine, Zagreb, 1964, str. 130.

⁴ Vidi: Mratović, V., Smerdel, B., Bačić, A., Crnić, J., Filipović, N., Lauc, Z., *Radna skupina Predsjednika Republike Hrvatske za izradu stručne podloge mogućeg prijedloga ustavnih promjena*, Zbornik PFZ, 50 (3), 2000, Zagreb, str. 374. Preuzeto s:

razumljivo je da se ustavi i stvaraju s namjerom da traju kroz vrijeme i da na taj način zapravo usmjeravaju daljnji razvoj kako pravnog poretka tako i države u cijelosti, to više što se ustavima, kako se to pokatkada navodi, uspostavljaju „pravila igre“ kojima se pravom reguliraju temeljni politički i društveni odnosi u određenoj državi.⁵ Drugim riječima, kako navodi A. Busch, ustavima se polažu pravni temelji određene države te im je stoga imanentna težnja za dugovječnošću te oni i predstavljaju „institucionalni odgovor“ kada su posrijedi zahtjevi pravnog poretka za stabilnošću i trajnošću.⁶

Stoga, kad se uzme u obzir njegova važnost i uloga u funkcioniranju države i društva, i ne čudi što je u povijesti ustavotvorstva uvijek bila prisutna i želja za očuvanjem postojećeg ustava. Takvu težnju samih ustavotvoraca da ustave usmjere prema (dugo)vječnosti možemo pratiti još od antičkih vremena. Jedan od najglasovitijih svakako je primjer spartanskog zakonodavca i ustavotvorca Likurga, koji je u zamjenu za očuvanje trajnosti svojega ustava i zakona bio spreman žrtvovati i svoj život.⁷ U kasnijim vremenima ustavotvorci su također bili skloni držati se uvjerenja o poželjnosti i nužnosti osiguranja trajnosti i stabilnosti ustava i ustavnog poretka. Tako je primjerice J. Locke, koji je bio autor fundamentalnog ustavnog dokumenta sjevernoameričke kolonije Caroline u drugoj polovini 17. stoljeća, za navedeni ustavni dokument ustvrdio kako će „ove temeljne ustavne odredbe ostati... zauvijek sveti i nepromjenjivi oblik vladavine“.⁸ Težnja za očuvanjem trajnosti ustava bila je imanentna i piscima prvih modernih pisanih ustava. Tako su i američki očevi utemeljitelji bili svjesni potrebe da se osigura trajnost i stabilnost ustava. Spomenimo razmišljanja J. Madisona, koji je bio svjestan da upravo trajnost i opstojnost kroz vrijeme svemu, pa tako i državnoj vlasti uspostavljenoj ustavom, pridaju određeno poštovanje i vrijednost.⁹

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/zboprpfaz50&div=25&start_page=373&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults – 15. 1. 2022.

⁵ Albert, R., *Amending constitutional amendment rules*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, issue 3, 2015, str. 656, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=cow&handle=hein.journals/injcl13&id=664&men_tab=srchresults – 27. 1. 2022.

⁶ Busch, A., *The Grundgesetz after 50 years: Analysing changes in the German constitution*, *German Politics* 9(1), 2000, str. 8, dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/232911327_The_grundgesetz_after_50_years_Analysing_changes_in_the_German_constitution/download – 26. 6. 2019.

⁷ Usp. *Plutarch, Plutarch's Lives: vol. I (of IV)*, Life of Lykurgus, chapter XXVIII, e-izdanje knjige priredio: The Project Gutenberg eBook, *Plutarch's Lives, Volume I (of 4)*, by Plutarch, et al, Translated by Aubrey Stewart and George Long. E-text prepared by Jonathan Ingram, Linda Cantoni, and the Project Gutenberg Online Distributed Proofreading Team, with special thanks to Thundergnat; preuzeto s: https://www.gutenberg.org/files/14033/14033-h/14033-h.htmLIFE_OF_LYKURGUS – 12. 1. 2022., Zlatić, V., *Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova ustava*, *Zagrebačka pravna revija* 9 (1) 2019, str. 25, dostupno na: <http://revija.pravo.unizg.hr/index.php/zpr/article/view/230> – 12. 1. 2022.

⁸ Navedeno prema: Bačić, A., *Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 4/2009, str. 650. Usp. Fundamentalni ustavni dokument Caroline iz 1669. godine, dostupno na: http://avalon.law.yale.edu/17th_century/nc05.asp – 12. 1. 2022.

⁹ Hamilton, A., Jay, J., Madison, J., *The Federalist*, The Gideon Edition, Carey, G. W., McClellan, J. (ur.), Liberty Fund, Indianapolis, 2001, no. 49, str. 262, dostupno na: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/788/0084_LFeBk.pdf – 12. 1. 2022. Pored toga i sama Preambula Ustava SAD-a govori o tome da narod navedeni ustav donosi ne samo za sadašnju generaciju nego i za svoje potomstvo, a to

Naravno, usmjerenost ustavotvoraca prema očuvanju ustava prisutna je i u kasnijim epohama razvoja modernog ustavotvorstva te u mnogim ustavima možemo pronaći mehanizme koji služe prvenstveno osiguranju stabilnosti i trajnosti ustava. Tako primjerice neki ustavi zabranjuju donošenje novoga ustava u određenom razdoblju nakon stupanja na snagu postojećeg ustava. Primjer je za to svakako paragvajski ustav, koji propisuje mogućnost donošenja novog ustava tek nakon proteka vremena od deset godina od donošenja postojećeg ustava.¹⁰ Pored toga u ustavima puno češće možemo pronaći zabranu njihove promjene ili od dana stupanja na snagu postojećeg ustava, gdje opet možemo uzeti za primjer paragvajski ustav, koji propisuje rok od tri godine za takvu zabranu svoje promjene,¹¹ ili pak od dana zadnje ustavne promjene, za što su primjeri portugalski¹² te grčki¹³ ustav, koji u tome smislu propisuju rok od pet godina. S druge strane postoje i oni ustavi, poput austrijskog,¹⁴ švedskog,¹⁵ belgijskog,¹⁶ rumunjskog,¹⁷ estonskog,¹⁸ španjolskog¹⁹ ili pak brazilskog²⁰ ustava, koji propisuju zabranu svoje promjene u vrijeme izvanrednih ili ratnih okolnosti, naravno ponovno prvenstveno vođeni idejom očuvanja stabilnosti samog ustava u kriznim vremenima. Na sličan način mogu se tumačiti i zabrane promjene ustava u slučajevima teritorijalne ugroženosti države, kao što je to slučaj sa francuskim²¹ te gabonskim ustavom.²²

nedvojbeno sugerira kako su *očevi utemeljitelji* svakako imali na umu trajnost ustava koji su stvorili i donijeli. Tekst Ustava SAD-a dostupan na: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm – 12. 1. 2022.

¹⁰ Čl. 289. paragvajskog Ustava, dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf?lang=en – 14. 1. 2022. Naravno, sasvim je drugo pitanje, s obzirom na prirodu same konstituirajuće vlasti preko koje se novi ustav donosi, učinkovitost takvih zabrana koje se odnose na (ne)mogućnost i/ili zabranu donošenja novih ustava.

¹¹ Čl. 290. paragvajskog Ustava.

¹² Čl. 284. portugalskog Ustava, dostupno na: <https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf> – 14. 1. 2022.

¹³ Čl. 110. grčkog Ustava, dostupno na: <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agliko.pdf> – 12. 7. 2019.

¹⁴ Čl. 18. stavak 5. austrijskog Ustava, dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en – 21. 1. 2022.

¹⁵ Odjeljak 15., članak 5. stavak 2. Ustava Švedske, dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012?lang=en – 21. 1. 2022.

¹⁶ Čl. 196. belgijskog Ustava, dostupno na: https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf – 14. 1. 2022.

¹⁷ Čl. 152. rumunjskog Ustava, dostupno na: http://www.cdep.ro/pls/dic/site2015.page?den=act2_2&par1=7&idl=2 – 14. 1. 2022.

¹⁸ Čl. 161. estonskog Ustava, dostupno na: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide> – 14. 1. 2022.

¹⁹ Čl. 169. španjolskog Ustava, dostupno na: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_ingl.pdf – 20. 11. 2019.

²⁰ Čl. 60. brazilskog Ustava, dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=en – 14. 1. 2022.

²¹ Čl. 89. francuskog Ustava, dostupno na: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf – 14. 1. 2022.

²² Čl. 116. gabonskog Ustava, dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Gabon_2011.pdf?lang=en – 14. 1. 2022. Na ovome mjestu nismo obrađivali posebne slučajeve zabrane promjene određenih dijelova ustava koje mogu biti izričito predviđene samim tekstom ustava u tzv. „klauzulama vječnosti“ jer ćemo toj vrsti ograničenja ustavnih promjena više pozornosti posvetiti u nastavku teksta, kada budemo govorili o granicama ustavnih promjena.

3. OČUVANJE USTAVA KROZ NJEGOVU PROMJENU

Trajnost i stabilnost ustava spadaju sasvim sigurno među najvažnije vrijednosti određenog ustavnog poretka i o njima je potrebno uvijek voditi računa. Tome je tako jer bi bez stabilnog ustavnog poretka i ustavnih rješenja koja su dizajnirana da traju kroz vrijeme te tako jamče ostvarenje zahtjeva pravne izvjesnosti i sigurnosti bilo nemoguće postići učinkovit i održiv državno-pravni sustav. Naprosto trusni ustavni sustavi uvijek i neizbježno produciraju krhke, nestabilne i fragilne sustave vlasti i upravljanja, koje zbog urođene im institucionalne nestabilnosti i nestalnosti nije moguće održati na dulje vrijeme niti je moguće za vrijeme njihova trajanja osigurati ostvarenje temeljnih zahtjeva ustavne demokracije i vladavine prava.

Međutim uvijek se mora voditi računa i o činjenici da ustavi postoje u dinamičnoj okolini, koja je podložna stalnom i kontinuiranom gibanju i promjeni. Stoga ustavi, da bi ostali učinkovit regulator najvažnijih pravno-političkih odnosa u državi, moraju i sami imati mogućnost pravovremeno reagirati na promjene okoline kako bi se adaptirali i uskladili s novim uvjetima države i društva u kojem egzistiraju.²³ Na taj se način postiže da ustavi u svome razvoju ne kasne za razvojem samog društva i odnosa u njemu, a pored toga se omogućava i poboljšanje onih ustavnih rješenja koja su se možda u praksi pokazala neodgovarajućim ili pak nedostatnim da ispune ono što se od njih očekivalo u trenutku pisanja i donošenja ustava. Naposljetku, radi se o tome da se ustav kao temeljni pravni okvir određene države ne može distancirati od događaja i kontinuiranog gibanja same države i njezina društva i stoga kao takav mora biti u mogućnosti adekvatno pratiti društvene mijene tijekom vremena i pravovremeno te valjano odgovoriti na sve izazove s kojima će se tijekom svoga trajanja neizbježno suočiti. Zato u jednakoj mjeri i za ustave vrijedi ono što je Pound kazao za pravo, koje „mora biti stabilno, ali ipak ne može stajati mirno“.²⁴ Upravo zato i ne čudi što je ideja za potrebom ustavne promjene tijekom vremena bila prihvaćena istovremeno kada i zahtjev za očuvanjem ustavne stabilnosti i trajnosti. Toga su bili svjesni i prvi moderni ustavotvorci, pa su tako već i sami *očevi utemeljitelji* bili svjesni da pored zahtjeva za očuvanjem stabilnosti i trajnosti ustava treba predvidjeti i mogućnost njegove promjene.²⁵ Naposljetku, ustavi su, kako to napominje

²³ Nemogućnost ustava da se prilagodi novim uvjetima okoline može dovesti i do svojevrsne „zastare“ samih ustavnih odredbi, a to predstavlja zapravo nemogućnost primjene starih ustavnih rješenja na nove odnose i uvjete koji su se tijekom vremena razvili i pojavili u državi i društvu. U takvim slučajevima politički akteri i drugi subjekti koji primjenjuju ustav na konkretne situacije zapravo takva neodgovarajuća ustavna rješenja jednostavno izbjegavaju primjenjivati u praksi. Više o tome vidi u: Albert, R., *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, American Journal of Comparative Law, vol. 62, issue 3, 2014, str. 641–646, dostupno na: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amcomp62&id=661&collection=journals&index=14>. 1. 2022., Albert, R., *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, Boston University Law Review, vol. 94, issue 3, 2014, str., 1071–1072, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/bulr94&div=40&start_page=1029&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults – 14. 1. 2022.

²⁴ Pound, R., *Interpretations of Legal History*, The Macmillan Company, New York, 1923, str. 1.

²⁵ Naravno, takva razmišljanja *očeva utemeljitelja* o potrebi za promjenom ustava svoj su izraz našla i u odredbama Ustava SAD-a, konkretno u njegovu čl. V., kojim se propisuju postupci za promjenu ustava. Naravno, ne treba posebno isticati da je unošenje u ustav postupaka i procedura za njegovu promjenu postalo standardna praksa i u gotovo svim kasnijim pisanim ustavima.

Kotzur, u podjednakoj mjeri sredstva za stabilizaciju kao i mehanizmi za tranziciju²⁶ i prijelaz između različitih epoha u razvoju države i društva.²⁷

O korelaciji ustavne trajnosti i stabilnosti s njegovom promjenom pisao je još krajem 18. stoljeća Burke ustvrdivši da je upravo mogućnost i sposobnost prilagodbe na nove okolnosti temeljni uvjet opstanka same države, a u slučaju izostanka odgovarajućih procedura preko kojih se može provesti promjena ustava dovodi se u opasnost cijeli ustav, pa i oni dijelovi koje je država „najpobožnije htjela očuvati“.²⁸ Takvo razmišljanje možemo pronaći i u suvremenih autora, pa tako primjerice Elkins i Ginsburg navode kako upravo mogućnost ustava da se prilagodi novim uvjetima u okolini doprinosi njegovoj trajnosti i očuvanju.²⁹ Slično razmišlja i Häberle, koji smatra da je za očuvanje ustava i ustavne države nužno predvidjeti načine putem kojih se mogu promijeniti i prilagoditi na nove uvjete okoline u kojoj ustav egzistira, ali istovremeno se mora voditi računa i o tome da se očuvaju njihove temeljne značajke i načela.³⁰ Dakle taj autor ide i korak dalje te s punim pravom napominje kako za očuvanje ustava, iako jest nužno, ipak nije dovoljno tek predvidjeti mogućnost njegove promjene, nego je pri tome potrebno voditi računa o tome da takva promjena zapravo uvijek ima određene granice koje u postupku ustavnih promjena ne mogu biti prekoračene. Takvo poimanje ustavnih promjena kao ograničenih zahtjevom za očuvanjem postojećeg ustava u skladu je s Cooleyevim razmišljanjima, koji je smatrao kako ustavna promjena mora biti sukladna ustavu koji se mijenja, a posebice njegovu „općem duhu i svrsi“.³¹ Važnost očuvanja postojećeg ustava i njegovih temeljnih načela u procesu njegove promjene uviđa i Rawls, koji smatra da bi u slučaju „opoziva i poništenja“ temeljnih značajki Ustava SAD-a putem amandmana posrijedi bio „ustavni slom i revolucija“, a ne promjena ustava.³² Sve to jasno upućuje na postojanje granica ustavnih promjena, o kojima će biti više riječi u nastavku teksta.³³

²⁶ Kotzur, M., *Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany*, Contiades, X. (ur.), *Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2013, str. 125.

²⁷ Dakle može se zaključiti, kako to čini McKay, da je nužno postići određenu ravnotežu između zahtjeva za stabilnošću ustava i njegovom promjenom tijekom vremena. Usp. McKay, R., B., *Stability and Change in Constitutional Law*, *Vanderbilt Law Review* 17 *Vand. L. Rev.* 1963–1964, str. 203, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanlr17&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals – 27. 1. 2022. Štoviše, prema Hesseu, zahtjev za stabilnošću s jedne strane te istovremeno zahtjev za prilagodljivošću s druge strane predstavlja i temeljnu ulogu ustava jer se na taj način omogućuje razvoj i prilagodba ustava novim uvjetima okoline, usp. Kotzur, M., op. cit. (*Constitutional Amendments...*), str. 125.

²⁸ Burke, E., *Reflections on The Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event in a Letter Intended to have been sent to a Gentleman in Paris*, 1790, str. 18.

²⁹ Elkins, Z., Ginsburg, T., Melton, J., *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, str. 207. Vidi i: Mastor, W. i Icher, L., *Constitutional Amendment in France*, u: Contiades, X. (ur.), *Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2013, str. 115.

³⁰ Navedeno prema Kotzur, M., op. cit. (*Constitutional Amendments...*), str. 141.

³¹ Cooley, T. M., *The Power to Amend the Federal Constitution*, 2 *Mich L. J.* 109, 1893, str. 118, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/mlj2&div=26&start_page=109&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults – 17. 1. 2022.

³² Rawls, J., *Politički liberalizam*, preveo Grgić, F., KruZak, Zagreb, 2000, str. 214.

³³ Ovdje je potrebno podsjetiti na suštinsku razliku koja postoji između dva temeljna oblika ustavnih modifikacija: promjene ustava te donošenja novog ustava. Sažeto, može se kazati kako postupak ustavne promjene uvijek i

4. GRANICE USTAVNIH PROMJENA

Kada govorimo o odnosu koji postoji između ustavne promjene s jedne strane te zahtjeva za očuvanjem njegove stabilnosti i trajnosti s druge strane, nužno moramo uzeti u obzir razmatranje o granicama ustavnih promjena. Naime tek ispravnim razumijevanjem ustavnih promjena kao uvijek ograničenih zahvata u postojeću ustavnu strukturu³⁴ postaje nam razvidna njihova uloga u očuvanju samoga ustava te njegove stabilnosti i trajnosti.

Kada govorimo o granicama ustavnih promjena, one mogu biti predviđene od strane ustavotvorca već u trenutku stvaranja ustava i kao takve su eksplicitno navedene u samome tekstu ustava. Međutim potrebno je uvijek voditi računa o tome da čak i u onim slučajevima kada u ustavima ne pronalazimo eksplicitno navedene granice ustavnih promjena to ne znači da takvi ustavi ne poznaju granice svoje promjene. Naime svaki ustav u sebi sadrži implicitno ograničenje promjene, ali prije negoli prijedemo na razmatranje takvih implicitnih ograničenja ustavnih promjena, prikazat ćemo najvažnije odrednice eksplicitnih granica ustavnih promjena navedenih u „klauzulama vječnosti“.

4. 1. Izričite zabrane promjene određenih dijelova ustava

Odredba čl. 79. st. 3. njemačkog Temelnog zakona³⁵ predstavlja zasigurno daleko najpoznatiji primjer izričito u ustavu navedene zabrane promjene određenih dijelova

nužno mora smjerati nadogradnji, a time i očuvanju postojećeg ustava, za razliku od, naravno, postupka donošenja novog ustava, kada je posrijedi zamjena dotada važećeg ustava novim ustavom. Odnosno, ustavom ovlaštena tijela za promjenu ustava nemaju ovlast zamijeniti postojeći ustav novim ustavom, kako je to utvrdio kolumbijski Ustavni sud sukladno svojoj doktrini o „zamjeni ustava“ u svojoj odluci *Sentencia C-1040/05 (2005)*, dostupno na: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm> – 28. 1. 2022., sažetak navedene Odluke dostupan na: <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9203> – 28. 1. 2022. Vidi: Colón-Ríos, J., *Carl Schmitt And Constituent Power In Latin American Courts: The Cases Of Venezuela And Colombia*, Victoria University of Wellington Legal Research Papers, volume 2, issue 6, 2012, str. 24-25, dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621930 – 28. 1. 2022., Colón-Ríos, J. I., *Weak Constitutionalism – Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge, London i New York, 2012, str. 135–137, Espinosa, M. J. C., Landau, D., *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, 2017, str. 340–345, Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, issue 3, 2013, str. 683, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/amcomp61&div=26&start_page=657&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults – 10. 7. 2019.

³⁴ Tako primjerice prema Albertu sve ustavne promjene moraju biti sukladne postojećem ustavu i njegovim temeljnim značajkama, u suprotnome se ne bi uopće radilo o ustavnim promjenama, vidi: Albert, R., *Constitutional Amendments – Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019, str. 82, Albert, R., *Constitutional Amendment and Dismemberment*, *Yale Journal of International Law*, volume 43, issue 1, 2018, str. 2–4, dostupno na: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1685&context=yjil> – 27. 1. 2022. Na sličan način razmišlja i Murphy, koji ističe kako se preko ustavnih promjena ne može provesti modificiranje ustava koje bi u suštini značilo dokidanje njegovih temeljnih načela te time i njegovu zamjenu nekim novim ustavom. Vidi: Murphy, W. F., *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity*, u: Levinson, S. (ur.), *Responding to Imperfections – The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995, str. 177. U nastavku teksta opširnije ćemo se baviti granicama ustavnih promjena.

³⁵ Tekst Temelnog zakona dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0415 – 14. 1. 2022.

ustava,³⁶ pa stoga i ne čudi što se za takvo navođenje nepromjenjivih dijelova ustava uobičajio naziv „klauzula vječnosti“, prema njemačkom izrazu *Ewigkeitsklausel*. Međutim valja imati na umu da se u ustavnoj praksi takve odredbe o zabrani promjene određenih dijelova ustava pojavljuju puno ranije i sežu u vrijeme prvih pisanih modernih ustava. Navedimo primjer Ustava SAD-a, koji je poznao, istina vremenski ograničenu do 1808. godine, zabranu promjene dijelova ustava koji su se odnosili na uređenje emigracije i imigracije, kao i na oporezivanje (prva i četvrta klauzula st. 9. čl. I. Ustava SAD-a).³⁷ Drugi primjer predstavlja jedan od najstarijih europskih pisanih ustava, norveški Ustav, koji je donesen još 1814. godine i koji predviđa izričitu zabranu ustavnih promjena koje bi bile proturječne načelima i duhu Ustava.³⁸ Praksa unošenja eksplicitnih zabrana promjene određenih dijelova ustava nastavila se kroz cijelu povijest modernog ustavotvorstva, tako da klauzule vječnosti i danas možemo pronaći u mnogim ustavima. Štoviše, kako navodi Roznai, broj ustava koji poznaju klauzule vječnosti kontinuirano se povećavao tijekom vremena.³⁹

Kada govorimo o ulogama koje navedene klauzule vječnosti imaju u okviru ustavnog sustava, tu možemo spomenuti razmišljanja Alberta,⁴⁰ koji navodi kako te klauzule prvenstveno imaju ulogu očuvati od promjene, odnosno zaštititi, najvažnija načela i značajke postojećeg ustava. Na taj način ustavotvorci klauzule vječnosti koriste u svrhu očuvanja identiteta postojećeg ustava i njegovih temeljnih karakteristika. U tu skupinu ovaj autor ubraja ponajprije one klauzule vječnosti kojima se štite određeni oblici ustrojstva i organiziranja vlasti unutar ustavnog okvira neke države (federalizam, unitarizam, republikanizam, monarhizam i sl.).⁴¹ S druge strane, navodi Albert,

³⁶ Čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona zabranjuje promjene ustava koje bi se odnosile na podjelu države na pokrajinske zemlje, zatim pravo sudjelovanja pokrajinskih zemalja u zakonodavnom postupku, načela zaštite ljudskog dostojanstva i temeljnih prava, načela narodnog suvereniteta, ustavnosti i zakonitosti te određenja SR Njemačke kao demokratske, socijalne i savezne države.

³⁷ Čl. V. Ustava SAD-a, dostupno na: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm – 14. 1. 2022.

³⁸ Čl. 121. norveškog Ustava, dostupno na: <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/english/constitutionenglish.pdf> – 14. 1. 2022. Opširniji prikaz klauzula vječnosti sadržanih u ustavima i ustavnim dokumentima iz 18. i 19. stoljeća vidi u: Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017, str. 18–20.

³⁹ Vidi Roznai, Y., op. cit. (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 20–21.

⁴⁰ Za pregled dolje navedene klasifikacije klauzula vječnosti prema Albertu vidi i Zlatić, V., op. cit. (*Razvoj, značaj i uloga...*), str. 27–28.

⁴¹ Albert, R., *Constitutional Handcuffs*, 42 Ariz. St. L. J. 663 (2010), str. 678–685, preuzeto s: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/arzjl42&id=689&men_tab=srchresults – 15. 1. 2022. Kao jedan od očitih primjera takve zaštitne funkcije klauzula vječnosti, Kostadinov navodi njemačku klauzulu vječnosti sadržanu u čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona. Vidi: Kostadinov, B., *Ustavni identitet*, u: *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, ur. Bačić, A., Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2011, str. 330. Nadalje, Omejec napominje kako su neki istočnoeuropski tranzicijski ustavi upravo po uzoru na njemački Temeljni zakon u svoje odredbe uvrstili klauzule vječnosti kojima se žele zaštititi određene ustavne vrijednosti i načela novih ustava. U tome smislu Omejec govori o „konstitucionalizaciji straha“, odnosno o „odredbama straha“ koje sadrže ti ustavi, a odnose se na različite mehanizme kojima je cilj spriječiti ponavljanje antidemokratskih i totalitarističkih povijesnih iskustava. Vidi Omejec, J., *Istine i zablude o ulozi Ustavnog suda u svjetlu europeizacije hrvatskog prava*, Informator, br. 6189–6190, 2013, str. 1–2.

ustavotvorci pokatkada klauzule vječnosti koriste ne toliko u smislu očuvanja postojećih značajki ustavnog sustava nego se njima koriste u svrhu postizanja određenih ciljeva. Tako u tu skupinu navedeni autor ubraja one klauzule vječnosti koje streme očuvanju ustavnih odredbi kojima se jamče temeljna prava i slobode, ali i različiti mehanizmi koji bi trebali osigurati razvoj slobodnog političkog sustava, ustavne demokracije i vladavine prava, kao što su ustavne odredbe koje se odnose na organiziranje izbornog sustava ili pak mandata različitih državnih tijela.⁴² Naposljetku, prema Albertu, treća uloga klauzula vječnosti jest da budu sredstvo pomirenja, rekoncilijacije između donedavno suprotstavljenih i sukobljenih rivalskih skupina u određenom društvu. Takva vrsta klauzula vječnosti najrjeđa je i srećemo je tek u ponekim ustavima, a u ustave se unose nakon završetka sukoba unutar neke države i prvenstveno za cilj imaju osigurati pomirbu, onemogućiti ponovnu eskalaciju sukoba među različitim opcijama u državi i pokušati prebroditi, pa i potisnuti tešku prošlost zarad bolje budućnosti, te se stoga često u ustave unose zabrane promjena onih dijelova ustava koji se odnose na dodjeljivanje imuniteta, amnestije ili pomilovanja određenim skupinama u društvu.⁴³

Naravno, gore navedena klasifikacija ciljeva kojima služe klauzule vječnosti svakako jest valjana, ali nužno uvijek treba imati na umu kako klauzule vječnosti sve gore navedene ciljeve ostvaruju zapravo tek u slučaju da su uspješne u ispunjenju svoje temeljne svrhe, a to je postizanje stabilnosti i trajnosti određenog ustavnog poretka. Naime bez osiguranja stabilnosti te trajnosti ustava i ustavnog poretka kao takva nijedan od gore proklamiranih ciljeva naprosto nije moguće postići jer, podrazumijeva se, u slučaju urušavanja ustava nije moguće postići ni njegove ciljeve, bili oni obuhvaćeni samim klauzulama vječnosti ili ne. Upravo zato klauzule vječnosti prvenstveno imaju temeljnu ulogu i cilj očuvanja trajnosti ustava, jer to je nužna pretpostavka za ostvarenje svih drugih ciljeva proklamiranih kako klauzulama vječnosti tako i ustavom u cjelini.

Dakle primarna uloga klauzula vječnosti sastoji se u tome da posluže kao jamac da promjene ustava koje tijekom vremena postaju nužne kako bi se ustav uskladio s novim zahtjevima okoline neće biti takve naravi da ugroze značajke i načela postojećeg ustava koje je sam ustavotvorac smatrao tako važnim da je ustavom propisao da moraju opstati i preživjeti svaku ustavnu promjenu. Shvaćanje takve uloge klauzula vječnosti kao sredstva za osiguranje opstojnosti i stabilnosti ustava možemo pronaći još u samim počecima modernog ustavotvorstva. Naime vidjeli smo da takvo određenje o zabrani provođenja ustavnih promjena koje bi narušavale načela i duh ustava, dakle samu njegovu bit, pronalazimo u prethodno spomenutoj klauzuli vječnosti, sadržanoj u čl. 121. norveškog Ustava. Vidimo da ovdje nije posrijedi tek puki pokušaj petrificiranja određenih dijelova ustava, nego se radi o promišljenom i sustavnom mehanizmu, koji može jamčiti da se provedbom ustavnih promjena, koje vremenom postaju nužne kako bi se ustavima omogućila prilagodba na promjene u okolini, neće ugroziti ni stabilnost ni opstojnost samoga ustava. Na sličan način rezonira i Kotzur kada navodi kako se zabrane

⁴² Albert, R., op. cit. (*Constitutional Handcuffs*), str. 685–689.

⁴³ Ibid., str. 693–698.

ustavne promjene sadržane u klauzuli vječnosti njemačkog Temelnog zakona ne odnose tek na zabranu promjene ustavnih članaka i njihova teksta, štoviše članci navedeni u klauzuli vječnosti mogu biti predmetom ustavne promjene, ali ono što ne može biti ugroženo takvom promjenom jest suština i bit načela sadržanih u njima.⁴⁴ Sukladno tome, kako navodi Kotzur, to znači da je nedopuštena promjena i svih drugih članaka i odredbi Temelnog zakona koja bi bila nesukladna i protivna temeljnim načelima obuhvaćenima zaštitom klauzule vječnosti.⁴⁵

Posljedica postojanja određenih dijelova ustava čija je promjena zabranjena direktno je utjecala na postojanje i razvoj doktrine o „neustavnim ustavnim amandmanima“, koja je formulirana u SR Njemačkoj početkom pedesetih godina prošloga stoljeća. Posrijedi je ustavnosudski nadzor nad materijalnom ustavnošću ustavnih promjena te mogućnost da ustavna promjena, ukoliko se utvrdi njezina nesuglasnost s temeljnim načelima i značajkama postojećeg ustava, bude oglašena neustavnom. Tako je njemački Savezni ustavni sud u predmetu *BverfGE 1, 14 Südweststaat-Streit (1951)*⁴⁶ utvrdio kako ustav posjeduje unutarnje jedinstvo, pa se stoga nijedan njegov dio ne može promatrati odvojeno, nego ga je nužno sagledavati u kontekstu ustavne cjeline koja odražava pojedine ustavne vrijednosti i načela (u slučaju Temelnog zakona ona su sadržana u prethodno spomenutom čl. 79. st. 3.) s kojima moraju biti suglasne pojedine ustavne odredbe. Iz toga razloga njemački Savezni ustavni sud potvrđuje stajalište Bavarskog ustavnog suda, koji je u svojoj presudi iz 1950. godine već bio utvrdio mogućnost da i same ustavne odredbe, ukoliko proturječe temeljnim ustavnim načelima, mogu biti oglašene neustavnim.⁴⁷

Njemački Savezni ustavni sud otada je u više navrata ocjenjivao ustavnost pojedinih ustavnih promjena, posebice kada je u pitanju njihova suglasnost s čl. 79. st. 3. TZ-a. Nadalje, upravo je taj sud u svojoj praksi razvio i definirao koncept njemačkog ustavnog identiteta, za koji je u predmetu *BVerfGE 134, 366 - OMT-Beschluss (2014)*⁴⁸ utvrdio kako je to zaseban i njemačkom ustavnom pravu inherentan koncept, a u presudi *BVerfGE 154, 17 - PSPP-Programm der EZB (2020)*⁴⁹ njemački Savezni ustavni sud izričito je povezao njemački ustavni identitet sa samom klauzulom vječnosti. Nadalje, upravo kroz svoju praksu taj je sud odredio i sadržaj ustavnog identiteta, odnosno nepromjenjiva područja

⁴⁴ Kotzur, M., op. cit. (*Constitutional Amendments...*), str. 131.

⁴⁵ Ibid., str. 131.

⁴⁶ Tekst navedene presude dostupan na: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html> – 16. 1. 2022. Usp. Roznai, Y., op. cit. (*Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success...*), str. 676.

⁴⁷ *BverfGE 1, 14 Südweststaat-Streit (1951)*, 32. Vidi i: Omejec, J., *Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda*, str. 21–23, dostupno na: https://bib.irb.hr/datoteka/792156.OMEJEC_-_GRUNDGESETZ_-_Zbornik_PRAVO_I_PRAVDA_2015_PFBgd.pdf – 16. 1. 2022., Gözler, K., *Judicial Review of Constitutional Amendments a Comparative Study*, Ekin Press, Bursa, 2008, str. 84–86, dostupno na: http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm#_ftn118 – 16. 1. 2022., Murphy, W., Tanenhaus, J., *Comparative Constitutional Law – Cases and Commentaries*, The McMillan Press, New York, 1977, str. 208–212.

⁴⁸ Tekst navedene presude dostupan na: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv134366.html> – 16. 1. 2022.

⁴⁹ Tekst navedene presude dostupan na: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html;jsessionid=BDDA3BB47458196D51276A9F37746285.1_cid329 – 16. 1. 2022.

njemačkog ustava, te u njih, kako navodi Kostadinov, ulazi, između ostalog: zaštita ljudskog dostojanstva, minimum temeljnih prava koja jamče privatni prostor, federalizam, primat ustava, načelo zakonitosti postupanja uprave, dioba vlasti itd.⁵⁰

Međutim valja voditi računa, kao što smo već dali naznačiti, da takvo ograničenje ustavnih promjena u smislu nemogućnosti promjene same temeljne strukture i temeljnih načela postojećeg ustava nije karakteristika samo onih ustava koji poznaju klauzulu vječnosti, nego takvu granicu svojih promjena poznaju svi ustavi. Dakle takva je granica implicitno sadržana u temeljnim značajkama, odnosno identitetu svakog ustava, neovisno o postojanju izričito navedenih zabrana ustavnih promjena u samome ustavnom tekstu.

4. 2. Implicitne granice ustavnih promjena

Svaki ustav ima svoje određene značajke i načela koji čine samu njegovu bit, a u literaturi pojedini autori te temeljne značajke određenog ustava nazivaju ustavnim identitetom.⁵¹ Nadalje, za nas na ovome mjestu nije toliko zanimljiva teoretska rasprava o temeljnim značajkama određenog ustava, odnosno njegovu identitetu, koliko je zanimljivo obratiti pozornost na ulogu tih temeljnih značajki koju imaju u procesima ustavnih promjena shvaćenih kao sredstava za očuvanje postojećeg ustava putem njegove promjene. Dakle posrijedi je shvaćanje kako i same ustavne promjene mogu biti neustavne ukoliko proturječe temeljnim ustavnim postulatima i ukoliko dovode do ugroze njegovu samu srž, bit i identitet. Stoga su i u državama čiji ustavi ne poznaju izričite granice ustavnih promjena u vidu klauzula vječnosti sudovi nadležni za nadzor ustavnosti, polazeći od svoje uloge koju imaju u zaštiti ustava,⁵² zauzeli stajalište da ustavne promjene mogu biti neustavne ukoliko bi proturječile temeljnim značajkama postojećeg ustava neovisno o tome što ustavi tih država ne poznaju klauzule vječnosti, odnosno izričitu zabranu promjene određenih dijelova ustava. Na taj su način upravo temeljne značajke ustava, odnosno ustavni identitet, poslužili navedenim sudovima kao sredstvo za postavljanje definitivnih granica ustavnim promjenama neovisno o tome jesu li ili ne takve granice izričito postavljene samim ustavom i njegovim klauzulama vječnosti.

Među najpoznatije primjere takve prakse svakako ulazi indijski Vrhovni sud, koji je još od sedamdesetih godina prošloga stoljeća u više navrata u svojoj praksi potvrđivao kako indijski Ustav, iako ne poznaje klauzule vječnosti, ipak poznaje granice svoje promjene. Riječ je o doktrini „*basic structure*“, prema kojoj je navedeni sud najprije u predmetu *Kesavananda Bharati ... vs State Of Kerala And Anr (1973)*⁵³ ustvrdio kako tijela ovlaštena za provedbu ustavne promjene raspolažu s konstituiranom, ustavom im dodijeljenom

⁵⁰ Kostadinov, B., op. cit. (*Ustavni identitet*), str. 333.

⁵¹ Rosenfeld, M., *Constitutional Identity*, u: Rosenfeld, M., Sajó, A., (ur.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 756–759.

⁵² Naposljedku, o Ustavnom sudu kao zaštitniku i čuvaru ustava razmišljao je i sam Kelsen, idejni tvorac institucije ustavnog sudstva. Više o tome vidi u: Vinx, L., *The Guardian of the Constitution – Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2015, str. 7–8, 174–221.

⁵³ Tekst navedene presude dostupan na: <https://indiankanoon.org/doc/257876/> – 16. 1. 2022.

ovlašću te ona kao takva ne može biti iskorištena za dokidanje postojećeg ustava i njegovih temeljnih značajki ni za njegovu zamjenu novim ustavom. Drugim riječima, indijski Vrhovni sud ustvrdio je kako promjena ustava uvijek nužno sadrži zahtjev za očuvanjem postojećeg ustava, njegovih temeljnih značajki, odnosno njegova identiteta, te stoga promjena ustava nikada ne može rezultirati donošenjem novog ustava.⁵⁴ Taj je sud ponovno u predmetu *Minerva Mills Ltd. & Ors vs Union Of India & Ors (1980)*⁵⁵ utvrdio kako ovlasti Parlamenta u postupku provedbe promjene ustava nisu neograničene te da navedene ovlasti stoga ne mogu biti iskorištene za dokidanje postojećeg ustava i njegovih temeljnih značajki.⁵⁶ Na taj je način indijski Vrhovni sud razvio doktrinu „*basic structure*“, prema kojoj je ustavom dodijeljena ovlast pojedininim tijelima da izvrše promjenu ustava nužno uvijek ograničena zahtjevom za očuvanjem postojećeg ustava i njegovih temeljnih značajki. Prema navedenoj doktrini u nepromjenjive dijelove indijskog ustava spadaju: vladavina prava, supremacija ustava, dioba vlasti, slobodni i pošteni izbori, sudbeni nadzor ustavnosti, ljudsko dostojanstvo, federalizam, sekularizam, neovisnost sudstva,⁵⁷ ali i sama ograničenost ovlasti za promjenu ustava.⁵⁸

Doktrina „*basic structure*“, koja govori o tome da svaki ustav ima određene temeljne značajke koje tvore njegov identitet i bit te stoga kao takve ne mogu biti dokinute u postupku ustavne promjene budući da je ovlast za promjenu ustava uvijek ustavom ograničena i ne može biti iskorištena za njegovo dokidanje, proširila se i u druge ustavne sustave.⁵⁹ Na taj način otvara se put svim onim sudovima koji su nadležni za nadzor ustavnosti i zaštitu ustava da ocjenjuju materijalnu ustavnost ustavnih promjena i njihovu usklađenost s temeljnim ustavnim načelima i strukturom neovisno o tome predviđa li navedeni ustav eksplicitne zabrane i granice svoje promjene. Slično utvrđenje možemo pronaći i u pravorijeku talijanskog Ustavnog suda *Sentenza 1146/1988 (1988)*,⁶⁰ gdje je talijanski Ustavni sud naveo kako, pored izričito ustavom navedenih načela koja ne mogu biti predmetom promjene, u ustavu možemo pronaći i druga načela koja zapravo čine njegovu nepromjenjivu i esencijalnu bit te ni ona kao takva ne mogu biti predmetom ustavne promjene.⁶¹

Budući da ni naš Ustav ne poznaje izričite granice svoje promjene, Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) isprva je u svojoj praksi odbijao mogućnost nadzora

⁵⁴ *Kesavananda Bharati ... vs State Of Kerala And Anr (1973)*, 1480–1481.

⁵⁵ Tekst navedene presude dostupan na: <https://indiankanoon.org/doc/1939993/> – 16. 1. 2022.

⁵⁶ *Minerva Mills Ltd. & Ors vs Union Of India & Ors (1980)*, 215.

⁵⁷ Roznai, Y., op. cit. (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 46–47.

⁵⁸ *Minerva Mills Ltd.*, 215.

⁵⁹ Više o recepciji doktrine „*basic structure*“, odnosno shvaćanju da je svaka ustavna promjena nužno ograničena temeljnim značajkama i načelima postojećeg ustava vidi u: Roznai, Y., op. cit. (*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of...*), str. 46–70, Roznai, Y., op. cit. (*Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success...*), str. 681–699.

⁶⁰ Tekst navedene presude dostupan na: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=1146#> – 16. 1. 2022.

⁶¹ Navedeno prema: Kostadinov, B., op. cit. (*Ustavni identitet*), str. 324.

materijalne ustavnosti propisa ustavnog ranga, pa tako ni ustavnih promjena,⁶² što je u suprotnosti s razmišljanjima hrvatskih ustavnopravnih stručnjaka koji zastupaju gledište kako i naš Ustav poznaje načela i vrijednosti koji čine njegov identitet te stoga ne mogu biti derogirani u postupku ustavnih promjena.⁶³ Međutim zaokret kada je u pitanju stajalište Ustavnog suda o njegovoj nadležnosti glede materijalne ustavnosti ustavnih promjena dogodio se u Priopćenju o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj: SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013. godine (NN 138/2013) iz 2013. godine, kada je Ustavni sud utvrdio da temeljem svojih nadležnosti da jamči poštovanje Ustava i nadzire ustavnost državnog referenduma sadržanih u čl. 129. alineji 9. Ustava RH i čl. 2. st. 1. u vezi s čl. 87. alinejom 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN 49/02) (dalje: Ustavni zakon) raspolaže „općim nadzornim ovlastima“ kada je u pitanju nadzor nad ustavnosti državnog referenduma. Jednako tako, navodi dalje Ustavni sud, navedenim ovlastima služiti će se samo iznimno, i to ako je u pitanju ugroza „strukturnih obilježja hrvatske ustavne države, to jest njezina ustavnog identiteta“.⁶⁴ Na taj je način, kako to primjećuje Gardašević, u hrvatski ustavni sustav „ uvedena teorija tzv. 'neustavnog ustavnog amandmana'“. ⁶⁵ Dakle Ustavni je sud tim Priopćenjem utvrdio kako će provoditi nadzor nad ustavnošću državnog referenduma i sadržaja referendumskog pitanja, pa tako i onoga koji se odnosi na promjenu Ustava RH, čak i bez prethodnog zahtjeva Hrvatskog sabora po čl. 95. Ustavnog zakona, ali tek u slučaju ukoliko utvrdi da navedeni referendum predstavlja prijetnju po „strukturna obilježja hrvatske ustavne države“, odnosno po njezin ustavni identitet. Drugim riječima, Ustavni je sud Priopćenjem prihvatio svoju nadležnost kada je posrijedi materijalni nadzor ustavnih promjena koje bi bile provedene putem ustavotvornog referenduma.

Nadalje, u Rješenju U-I-1523/2011 od 12. kolovoza 2014. godine (NN 101/14) Ustavni je sud, pored iznošenja svoga načelnog stajališta kako nije ovlašten ocjenjivati materijalnu ustavnost odredbi ustavnoga ranga, naveo i iznimku od toga pravila, i to u slučaju kada bi ustavna promjena prijetila „narušavanjem strukturnih obilježja hrvatske ustavne države, to jest njezina ustavnog identiteta, uključujući najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske“.⁶⁶ Dakle, u ovome slučaju čini se kako je Ustavni sud dao naznačiti da je nadležan ocjenjivati materijalnu suglasnost svih ustavnih promjena, neovisno o tome

⁶² Vidi: Rješenje U-I-597/1995 i dr. od 9. veljače 2000. godine, Rješenje U-I-1631/2000 od 28. ožujka 2001. godine (NN 27/2001), Rješenje U-I-699/2000 od 14. lipnja 2000. godine, Odluka U-I-729/2001 od 6. lipnja 2001. godine, Rješenje U-I-778/2002 od 10. srpnja 2002. godine, Rješenje U-I-2860/2009 od 13. travnja 2010. godine.

⁶³ Vidi Kostadinov, B., op. cit. (*Ustavni identitet*), str. 320–321, Horvat Vuković, A., 'U ime ustava' – *Materijalne granice promjene ustava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 65, 3–4/2015, str. 488–492, Omejec, J., op. cit. (*Veliki njemački ustav...*), str. 28.

⁶⁴ Priopćenje, t. II.5.

⁶⁵ Gardašević, Đ., *Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud Republike Hrvatske*, u: *Konstitucionalizacija demokratske politike*, Bačić, A. (ur.), Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2014, str. 89. Gardašević, Đ., *Constitutional Interpretations Of Direct Democracy In Croatia*, Iustinianus Primus Law Review, vol. 7, issue 1, 2016, str. 18, dostupno na: [https://heionline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/iusplr7&div=8&start_page=\[1\]&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults](https://heionline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/iusplr7&div=8&start_page=[1]&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults) – 17. 1. 2022.

⁶⁶ Rješenje U-I-1523/2011, t. 5.1.

tko ih i u kojem postupku provodi. U svojoj daljnjoj praksi Ustavni je sud ostao pri svome načelnom stavu da nije ovlašten provoditi materijalni nadzor nad odredbama ustavnog ranga, ali važnu iznimku u tome predstavlja slučaj kada bi posrijedi bile ustavne promjene koje bi predstavljale ugrozu za „strukturalna obilježja hrvatske ustavne države“, odnosno promjene koje bi smjerale ugroziti identitet našeg Ustava.⁶⁷

4. 3. Granice neformalnih ustavnih promjena

Kada govorimo o promjenama ustava u cilju njihove prilagodbe na nove uvjete okoline, nužno se moraju uzeti u obzir i neformalni oblici ustavnih promjena, koji se događaju mimo ustavom predviđenih postupaka ustavnih promjena. Kako ističu pojedini autori, najčešće se takav vid promjene događa uslijed nemogućnosti da se potrebne adaptacije ustava izvrše formalnim putem, zbog složenosti i zahtjevnosti formalnih postupaka predviđenih za ustavnu promjenu.⁶⁸ Kada su posrijedi neformalne ustavne promjene, tu se radi o tome da tekst ustava i njegovih odredbi ostaje nepromijenjen, ali uslijed promijenjenih okolnosti tekst dobiva drugo značenje, odnosno tumači se na način koji je sukladan promijenjenim okolnostima. Dakle tijela koja primjenjuju ustavne odredbe na konkretne slučajeve svojim tumačenjem prilagođavaju postojeće odredbe aktualnim uvjetima i okolnostima, jer u suprotnom sam ustav i njegove odredbe ne bi bilo moguće primijeniti, a to bi vrlo lako moglo dovesti do takve situacije da ustavne odredbe jednostavno uslijed protoka vremena postanu neprimjenjive na postojeće društvene, političke i pravne odnose, što bi imalo fatalne posljedice po samu egzistenciju ustava. Stoga neformalne ustavne promjene, istina, predstavljaju odstupanje od redovitog i poželjnog načina prilagodbe ustava na nove uvjete putem formalnih postupaka, koji, ako su kvalitetno formulirani i korektno primjenjivani, osiguravaju u velikoj mjeri društveni konsenzus glede poželjnosti određenih ustavnih rješenja. Ipak, u određenim su situacijama neformalne ustavne promjene nužne jer omogućavaju da se ustav, uslijed nemogućnosti njegove prilagodbe formalnim putem, ipak neformalnim načinima, prvenstveno tumačenjem postojećih odredbi u duhu novih društvenih okolnosti, prilagodi novoj okolini.

Međutim kada su u pitanju o neformalne ustavne promjene, moramo voditi računa o tome da je njihov manevarski prostor, kada govorimo o opsegu njihova utjecaja na postojeći ustav, zaista prilično skučen. Naime za neformalne ustavne promjene vrijede i dodatna ograničenja njihove primjene, naravno pored prethodno navedenih ograničenja koja

⁶⁷ Vidi Rješenje U-I-453/2015 od 17. veljače 2015. (NN 27/15), Odluka U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015. godine (NN 43/15).

⁶⁸ Lutz, D. S., *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, u: Levinson, S. (ur.), *Responding to Imperfections- The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995, str. 245, Besso, M., *Constitutional Amendment Procedures and the Informal Political Construction of Constitutions*, *The Journal of Politics*, vol. 67, no. 1 (Feb., 2005), str. 70, dostupno na: https://www.jstor.org/stable/10.1111/j.1468-2508.2005.00308.x?seq=1#metadata_info_tab_contents – 17. 1. 2022., Gerken, H., K., *The Hydraulics of Constitutional Reform: A Sceptical Response to Our Undemocratic Constitution*, *Drake Law Review*, 2007, str. 103, dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015884 – 17. 1. 2022.

vrijede za sve oblike i načine ustavnih promjena. U tome smislu važno je imati na umu da, kada govorimo o neformalnim ustavnim promjenama, tu prije svega mislimo na tumačenje postojećih ustavnih odredbi sukladno novim uvjetima ustavne okoline kako bi se omogućila primjena postojećih (starih) ustavnih odredbi na konkretne slučajeve. Naravno, podrazumijeva se da takvo tumačenje nužno mora biti sukladno cjelini i duhu postojećeg ustava, neovisno o tome koji subjekt tumači ustavne odredbe.⁶⁹ Drugim riječima, tumač nužno jest ograničen postojećim ustavom, njegova djelatnost sastoji se od tumačenja postojećih ustavnih odredbi i ne može prerasti u njihovo dokidanje niti u stvaranje novih. Naime ustavom ovlaštene subjekti za primjenu ustava na određene konkretne situacije, iako će se nerijetko naći u potrebi da protumače određene ustavne odredbe kako bi ih ispravno primijenili, nikada ne mogu prekoračiti ustavom im dodijeljene ovlasti te pod egidom „tumačenja“ zapravo prijeći u sferu stvaranja novih ustavnih pravila, što izlazi izvan okvira njihove nadležnosti.⁷⁰

Dakle možemo zaključiti kako neformalne ustavne promjene koje se provode prvenstveno tumačenjem postojećih ustavnih odredbi prilikom njihove primjene na konkretne okolnosti daju mogućnost ovlaštenicima da prilagode ustav novim uvjetima okoline i izvan formalnih procedura promjene. Međutim nikada se ne smije iz vida izgubiti temeljna svrha svih ustavnih promjena, a to je prilagodba ustava novim uvjetima okoline u svrhu očuvanja njegove stabilnosti i trajnosti kroz vrijeme, pa je i samu djelatnost tumačenja ustavnih odredbi radi njihove primjene nužno sagledavati te naposljetku i provoditi u tome duhu. Nadalje, neformalne promjene ustavnih odredbi u smislu njihova tumačenja mogu imati izrazito važnu ulogu u ustavnom sustavu, jer promjene ustavne okoline mogu biti izrazito dinamične i česte, pa u tim slučajevima katkada nije ni razborito da se za svaku od tih promjena, koje uz to mogu biti i razmjerno manjeg opsega i značaja, pokreće u pravilu složen i zahtjevan proces formalnih ustavnih promjena. Za prilagodbu takvim manjim promjenama, koje se redovito mogu očekivati, sasvim je dostatno omogućiti primjenjivačima ustavnih normi određenu slobodu u njihovoj primjeni, koja se ogleda u tumačenju odredbi kako bi se primijenile na različite konkretne slučajeve, naravno uz nužno poštovanje svih gore navedenih ograničenja.

⁶⁹ Kada govorimo o tumačenju Ustava i njegovih odredbi, moramo imati na umu da to nije isključivo djelatnost tijela sudbene vlasti, razmjerno će se često i drugi subjekti naći u poziciji da moraju protumačiti neku od ustavnih odredbi kako bi je mogli primijeniti na konkretne slučajeve. Naravno, ponajprije se to odnosi na državna tijela, ali djelatnost tumačenja ustava može obuhvatiti i puno širi krug subjekata, pa u tome smislu Häberle govori o „otvorenom društvu tumača ustava“ jer u krug tumača po tome autoru ne ulaze samo pravni stručnjaci, političari i državna tijela nego je to i djelatnost za „sve javne potencije, sve građane i skupine“. Vidi

Häberle, P., *Ustavna država*, Politička kultura, Zagreb, 2002, str. 107.

⁷⁰ Već je sudac Marshall u slučaju *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) ustvrdio kako tijela uspostavljena ustavom ne smiju u svome djelovanju izaći izvan svojih ustavnih nadležnosti. Vidi *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 176–180, dostupno na: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> – 17. 1. 2022. Naravno, odsutnost neograničenog i arbitrarnog vršenja vlasti nužan je uvjet ostvarenja vladavine prava, kako su to već ustvrdili Dicey i Hayek. Usp. Dicey, A. V., *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis 1982 (Reprint. Originally published: 8th ed. London: Macmillan, 1915), str. 110, dostupno na: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf – 17. 1. 2022., Hayek, F. A., *Put u ropstvo*, KruZak, Zagreb, 2001, str. 101.

Međutim tijekom vremena može se dogoditi da promjene u ustavnoj okolini izlaze iz okvira redovitog razvoja te se društva i države u tim situacijama suočavaju s izvanrednim okolnostima. Takve izvanredne okolnosti od ustava i njegovih rješenja zahtijevat će učinkovitost pri njihovu reguliranju kako bi se društvo i država što uspješnije nosili s okolnostima nastupajuće krize. Iako se u tim izvanrednim okolnostima radi o posebnim uvjetima egzistiranja države i njezina ustava, ipak se mora voditi računa da i takva izvanredna stanja ostaju unutar ustavnog okvira. U izvanrednim okolnostima različitim se tijelima ustavom mogu dodijeliti posebne i proširene ovlasti kakve nemaju u redovitim okolnostima. Međutim valja uvijek voditi računa o tome da njihove ovlasti čak i tada moraju imati svoje utemeljenje u postojećem ustavu te stoga ni rezultat njihovih akcija, potrebnih i nužnih kako bi se društvo uspješno suočilo s trenutnim ugrozama, ne može biti derogiranje njegovih temeljnih značajki i načela, tj. njegova identiteta, a posljedično ne mogu rezultirati ni dokidanjem postojećeg ustava.

5. USTAVNE MODIFIKACIJE I PROBLEM IZVANREDNIH STANJA

Izvanredna stanja mogu utjecati i na procese donošenja novih ustava i na procese mijenjanja onih postojećih.⁷¹

Što se tiče prvog scenarija, utjecaj izvanrednih stanja možda je najjasnije vidljiv u kontekstu revolucionarnih prevrata, a klasični američki i francuski primjeri zorno pokazuju kako iz kriznih stanja izazvanih revolucijama uobičajeno slijede procesi donošenja novog ustava (ili barem akta sličnog karaktera). Slično tome usvajanje novog ustava možda i ne mora biti provedeno striktno u okolnostima izvanrednog stanja kao takva, ali ipak može biti pod njegovim očitim i neposrednim utjecajem. Globalno svakako najpoznatiji primjer takve situacije nalazimo u Njemačkoj, čiji je moderni Temeljni zakon iz 1949. godine pisan i kao jasna reakcija na iskustva Weimarske Republike.⁷² Drugi

⁷¹ Za šira razmatranja u vezi pozicije teorije izvanrednih stanja (osobito J. Locke, C. Schmitt, C. J. Friedrich, C. L. Rossiter, J. Lobel i J. E. Finn, ali i suvremeniji autori) vidi šire, između ostaloga, u: Gardašević, Đ., *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb (2014.).

⁷² Naime upravo je revolucionarno vrijeme američkog Rata za neovisnost (1775.–1783.) najvećim dijelom koincidiralo s „desetljećem utemeljenja“ (1776.–1787.), kada su u brojnim tadašnjim američkim državama kolonijama doneseni novi ustavi. Nadalje, upravo će to iskustvo stvaranja novih ustava i samim „očevima utemeljiteljima“, od kojih su mnogi već i bili sudjelovali u procesu stvaranja pojedinih ustava država kolonija, dati važne smjernice i u donošenju samog Ustava SAD-a 1787. godine. Vidi Kostadinov, B., *E pluribus unum: Ustavnost država članica američke federacije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 57, 2/2007, str. 291–293, Williams, R. F., *The State Constitutions of the Founding Decade: Pennsylvania's Radical 1776 Constitution and Its Influences on American Constitutionalism*, Temple Law Review, vol. 62, issue 2, 1989, str. 541–548, dostupno na: https://heinonline.org/HgardaOL/Page?public=true&handle=hein.journals/temple62&div=27&start_page=541&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults – 28. 1. 2022., Williams, R. F., *Experience Must Be Our Only Guide: The State Constitutional Experience of the Framers of the Federal Constitution*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 15, issue 3, 1988, str. 403–416, dostupno na: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hascq15&id=423&men_tab=srchresults – 28. 1. 2022. Naravno, sličnu situaciju imamo i u Francuskoj, gdje je Velika francuska revolucija 1789. godine iznjedrila Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina, koja je postala sastavni dio prvog pisanog francuskog Ustava iz 1791. godine, u čijem su stvaranju veliku ulogu imala i razmišljanja Sieyèsa, u prvome redu iznesena u njegovu glasovitom pamfletu „Što je Treći stalež?“ („*Qu'est-ce que le Tiers état?*“), koji je napisan u osvit revolucije. Vidi

relevantan primjer za istu vrstu situacije nalazimo u usvajanju Ustava francuske Pete Republike iz 1958. godine.⁷³

S druge strane odnos ustavnih modifikacija i kriznih stanja javlja se i u onim situacijama kada modifikacije nisu usmjerene na usvajanje novog, već na transformaciju postojećeg ustava. Za potrebe razmatranja problema očuvanja ustava prilikom provođenja postupaka ustavnih modifikacija to se pitanje ipak značajno razlikuje od prethodnog primjera vezanog uz donošenje sasvim novog ustava. Naime za razliku od tog prethodnog primjera, u kojem novi ustav zamjenjuje onaj raniji, ovdje se radi o tome da izvanredne situacije dovode do čitavog niza posljedica u području zamišljenog funkcioniranja modela ustavnog sustava predviđenog za redovna stanja, ali ipak na način koji ne zahtijeva donošenje sasvim novog ustavnog dokumenta. Drugim riječima, smisao postojanja institucija izvanrednih stanja, kako se to najčešće shvaća, nalazi se ne u cilju donošenja novog ustava, već upravo u očuvanju onog postojećeg.⁷⁴ Na taj način postojeći se ustav brani od nadošle krize, koja mu egzistencijalno prijeti.

U nastavku ovog dijela rada bavimo se upravo problemom zabrane mijenjanja postojećeg ustava koje bi se moglo dogoditi kao posljedica kriznih situacija. U tom smislu tekst koji slijedi podijeljen je u dva osnovna dijela.

García López, L. F., *Sieyès: The Spirit of Constitutional Democracy*, u: Albert, R., Contiades, X. i Fotiadou, A. (ur.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, str. 121–126. Kada govorimo o donošenju njemačkog Temelnog zakona 1949. godine, razvidno je kako se cijeli proces njegova donošenja zapravo odvijao u kontekstu savezničke okupacije njemačkog teritorija nakon Drugog svjetskog rata, pa je tako Temeljni zakon prije stupanja na snagu morao biti odobren od strane savezničkih okupacijskih snaga, što dovoljno govori o neobičajenom, pa i faktično izvanrednom kontekstu stvaranja toga ustava. Vidi: Feldkamp, M. F., *Der Parlamentarische Rat und das Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland 1948 bis 1949*, Berlin/Sankt Augustin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, str. 52–53, dostupno na: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=7978fafa-b9da-f5ba-816c-935a34a57660&groupId=252038 – 28. 1. 2022. Upravo kako bi se izbjeglo ponavljanje tragične povijesti glavne karakteristike Temelnog zakona, prema Bumkeu i Voßkuhleu (u pitanju su antikarizmatička orijentacija TZ-a, institut „konstruktivnog“ izglasavanja nepovjerenja saveznom kancelaru, uloga Saveznog ustavnog suda kao „čuvara“ TZ-a te sveobuhvatna zaštita temeljnih prava i sloboda građana), predstavljaju odgovor njegovih tvoraca na prethodna iskustva njemačkog ustavnog uređenja. Usp. Bumke, C., Voßkuhle, A., *German Constitutional Law-Introduction, Cases, and Principles*, Oxford University Press, 2019, str. 6–12.

⁷³ U tom je pogledu poznata činjenica kako je aktualni francuski Ustav, onaj Pete Republike iz 1958. godine, nastao pod jakim utjecajem izvanrednih okolnosti vezanih uz rat u Alžiru, odnosno uz potrebu rekonstrukcije sustava organizacije vlasti tim povodom. O. Gross i F. Ni Aoláin tako navode da je fokusiranje na instituciju Predsjednika Republike prema tom Ustavu bilo kombinirani rezultat „očutih poteškoća inherentnih stranačkoj politici Četvrte Republike, percipiranih nužnosti alžirske krize i jedinstvene osobnosti generala de Gaullea“. Isti autori ovome dodaju sljedeće: „Problem Alžira, promatran u kontekstu produžene nesposobnosti da se zbog političkih šizmi poduzmu odlučna djelovanja, doveo je do osjećaja da je 'u cilju rješenja alžirskog kaosa neka vrsta diktature bila nužna“. Vidi Gross, O. i Ni Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006, str. 195–196. U tome smislu i Kostadinov navodi kako su glavne karakteristike procesa donošenja novoga Ustava “brzina, tajnost i uloga vlade posljedica konkretnog političkog okruženja 1958., povratka na vlast generala De Gaullea zbog alžirske krize“. Vidi Kostadinov, B., *Suvremeni francuski parlamentarizam*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2004, str. 12.

⁷⁴ Kako pokazujemo malo kasnije, o ovom pitanju ne postoji potpuno slaganje. Klasično shvaćanje, utemeljeno na iskustvima rimske republikanske institucije diktatora, polazi od toga da je smisao izvanrednih mjera očuvanje postojećeg ustava i povratka na stanje kakvo je vladalo prije nastupanja izvanrednog stanja. Postoje međutim i autori koji iznose kako je, osobito u okolnostima ekstremnih kriza, nemoguće, a možda čak i neprikladno inzistirati na očuvanju ranijeg ustava.

U prvom od ta dva dijela pokazujemo i obrazložimo činjenicu potencijala izvanrednih stanja da svojim pravnim posljedicama utječu na obje temeljne sastavnice sadržaja ustavnog prava općenito: kako na ovlasti ustavno definiranih tijela vlasti tako i na ustavno zajamčena temeljna ljudska prava i slobode. Ta činjenica dovoljno govori o zamahu koji izvanredna stanja općenito imaju na ustavni život neke države. U praktičnom smislu, nadalje, ta činjenica govori i o mogućnosti da krizne modifikacije ustavnog sadržaja u zbilji zapravo promijene ustav izvan prihvaćenog postupka njegove promjene, što postaje to ozbiljnije koliko izvanredno stanje u zbilji traje duže ili postoji mogućnost da postane trajno.⁷⁵ Proces prilagodbe ustava novonastalim kriznim okolnostima međutim nije isto što i proces njegove redovne promjene. Stoga u drugom dijelu ove glave rada izlažemo stajališta kako onih pisaca koji smatraju da se u izvanrednim stanjima ustav ne smije mijenjati tako i onih koji tvrde da je to, ako je kriza ekstremnog karaktera, zapravo neizbježna.

a. Utjecaj izvanrednih stanja na sadržaj ustavnog prava

U analizi ovog posebnog segmenta potrebno je podsjetiti kako izvanredna ili pak njima vrlo slična stanja⁷⁶ praktično dovode do iznimno širokog spektra izvanrednih (ustavnih)

⁷⁵ Na ovom mjestu ne analiziramo dalje pitanje do koje mjere izvanredna stanja konkretno, dakle komparativno i empirijski, mijenjaju ustav. Naime stajalište da ona zaista mijenjaju ustav u teoriji je danas ozbiljno prihvaćeno i razmatra se u okviru problema „neodvojivosti“ izvanrednih stanja od onih redovnih (isti se problem javlja pod različitim nazivima, poput na primjer „nove normalnosti“, „transformirane normalnosti“ ili „normalizacije ekscelencije“). O tome vidi općenito Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 171–243; Levinson, S., *Preserving Constitutional Norms in Times of Permanent Emergencies*, *Constellations*, col. 13, no. 1, 2006, str. 59–73; Scheppele, K. L., *Small Emergencies*, 40 *Georgia Law Review* 835 (2006), str. 835–862; Ackerman, B., *The Emergency Constitution*, 113 *Yale Law Journal* 1029 (2004), str. 1029–1091; Arato, A., *The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship*, *Constellations*, volume 9, no. 4 (2002), str. 457–476. Ono što nas ovdje zanima međutim jest pitanje smije li se u izvanrednim okolnostima mijenjati ustav ili je normativni cilj krizne akcije povratak na ustav kakav je vrijedio prije nastupanja izvanrednog stanja. Kako smo naveli u prethodnoj bilješci, tom pitanju ovdje pristupamo kroz prikaz više stajališta najrelevantnijih autora.

⁷⁶ Stanje postojeće pandemije (epidemije) izazvano pojavom bolesti COVID-19 u tom je smislu u teoriji izazvalo različite reakcije, pa su neki autori iznijeli kako to stanje treba definirati kao izvanredno stanje, dok su drugi argumentirali da mu se treba suprotstaviti kroz uporabu redovnih institucija. Kao paradigme ta dva oprečna stajališta vidi Greene, A., *States Should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to Confront the Coronavirus Pandemic*, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/> – 21. 1. 2022.; Scheinin, M., *COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?*, dostupno na: <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/> – 21. 1. 2022. Slična se razmimoilaženja javljaju i kod hrvatskih autora. O tome na primjer vidi Omejec, J., 2020, *Primjena Europske konvencije o ljudskim pravima u doba koronavirusa*, *Informator – tjednik za pravna i ekonomska pitanja*, 68, no. 6622, str. 1–14; Gardašević, Đ., *Izvanredna stanja, “velike prirodne nepogode” i promjene Ustava Republike Hrvatske*, u: *Ustavne promjene i političke nagodbe – Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, Bačić, A. (ur.), 2021, Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, str. 249–275. Ustavni je sud Republike Hrvatske međutim odbacio nadležnost razmatranja tog pitanja, a većina u Hrvatskom saboru odlučila se da stanje aktualne pandemije regulira kroz članak 16. Ustava Republike Hrvatske. Vidi Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-1372/2020 i dr., 14. rujna 2020. Slično tome, kada je riječ o aktualnoj pandemiji, i konkretne su reakcije na novo stanje varirale od države do države, pa su neke proglasile izvanredno stanje koristeći ustavne institute, dok su druge krenule u smjeru usvajanja novih ili dopuna i izmjena postojećih zakona. Za jedan od relevantnih komparativnih prikaza stanja stvari prema pojedinim državama vidi Grogan, Joelle: *Power and the COVID-19 Pandemic – Introduction & List of Contributions: #PowerandPandemic*, *VerfBlog*, 2021/2/22, <https://verfassungsblog.de/power-and-the-covid-19-pandemic/>, DOI: 10.17176/20210222-

mjera, koje potencijalno zahvaćaju cijeli sadržaj ustavnog prava. Posljedice u tom smislu vidljive su dakle i u polju krizne preraspodjele ovlasti ustavno definiranih tijela i u polju ustavno zaštićenih temeljnih ljudskih prava i sloboda.⁷⁷ Uz to obje su vrste posljedica logično povezane s prirodom izvanrednih stanja, koja s jedne strane najčešće dolaze nenadano i nepredviđeno te se, s druge strane i kao rezultat prvog, vrlo često unaprijed ne mogu u potpunosti valjano normirati, već zahtijevaju dodatne prilagodbe pravnog sustava novonastalim okolnostima, osobito ako je prijetnja sasvim egzistencijalna.⁷⁸

Što se tiče izvanredne (re)alokacije ovlasti ustavno definiranih tijela, ona se kreće u smjeru jačanja ovlasti izvršne grane vlasti, koja se tradicionalno shvaća kao ona grana koja je u najboljoj poziciji odgovoriti na konkretne zahtjeve trenutka. Jačanje i koncentracija ovlasti izvršne grane vidljivi su na tri značajne razine. Na teorijskom planu već se tradicionalno ističe kako upravo egzekutiva ima karakteristike koje nisu inherentne drugim dvjema granama, a pokazuju se ključnima baš u trenucima najvećih opasnosti za

154018-0. Za raniju verziju istog komparativnog pregleda vidi Grogan, Joelle: Introduction & List of Country Reports, VerfBlog, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/>, DOI: 10.17176/20200417-182630-0. U svakom slučaju, i neovisno o tome kako se formalno kvalificira, stanje pandemije izazvane bolešću COVID-19 nesumnjivo je dovelo do znatnih posljedica kako na planu funkcioniranja državnih i javnih tijela tako i na planu ograničenja ustavno zajamčenih ljudskih prava i sloboda.

⁷⁷ O tome da posljedice izvanrednih stanja zadiru i u ovlasti ustavno definiranih tijela i u područje ljudskih prava i sloboda u ustavnopravnoj teoriji danas postoji konsenzus. Tako na primjer C. L. Rossiter konstatira da izvanredna stanja karakteriziraju „tri fundamentalne činjenice“: prvo, da „redovne“ institucije ustavnog ustrojstva nisu pogodne za izvanredna stanja; drugo, da nužno proširenje državnih ovlasti u krizi izravno dovodi do smanjenja opsega ljudskih prava i sloboda; i treće, da jedina legitimna svrha ustavne diktature može biti očuvanje države i njezina ustavnog poretka te upravo konačna zaštita tih istih ljudskih prava i sloboda. Vidi Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, na str. 5–7. Isto u: Gross, O, i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 58–60. Vidi također: Bačić, A., *Odredbe o „stanju nužnosti“ u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine (rekapitulacija)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 34/45–46, 1997, str. 41.

⁷⁸ Elementi nepredvidivosti i težine prijetnje u teoriji ustavnog prava uobičajeno se smatraju sastavnim dijelovima definicije izvanrednih stanja. U tom smislu A. Bačić na primjer navodi: „Da bi opasnost predstavljala temeljni razlog podizanja stanja nužnosti, ona po karakteru mora biti „teška“ i „neposredna“. I ovdje je doktrina mnogo jasnija negoli su to ustavni tekstovi. Opasnost mora imati određeni stupanj težine kako bi se legitimiralo pozivanje na stanje nužnosti. No, njezino precizno i ex-ante fiksiranje gotovo da je nemoguće.“ Vidi Bačić, A., *Odredbe o „stanju nužnosti“ u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine (rekapitulacija)*, op. cit., str. 44. Slično tome iznosi i J. Omejec, koja piše: „Nedvojbeno je da bi metappravna doktrina (ili politički ideal) vladavine prava, kao najviša vrednota ustavnopravnih poredaka većine suvremenih zemalja, bila najdosljednije provedena kada bi se normativnim putem unaprijed regulirali društveni odnosi koji nastaju u izvanrednim stanjima... Međutim, praktični pravni život jasno je pokazao da je opsežno zakonodavno normiranje pojedinih izvanrednih stanja, utemeljeno na predvidljivosti njihovog konkretnog društvenog sadržaja opterećeno rizikom neučinkovitosti: lako je moguće da pravna norma ne uspije adekvatno predvidjeti i urediti sve situacije koje u izvanrednim stanjima stvarno nastupaju.“ Vidi Omejec, J., *Izvanredna stanja u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja*, op. cit., str. 173. Isto u: Omejec, J., *Ograničavanje sloboda i prava čovjeka i građanina u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 348. Komparativno gledano, te se postavke javljaju već kod J. J. Rousseaua i A. Hamiltona. Rousseau u tom smislu piše: „Ali samo najveće opasnosti mogu se mjeriti s opasnošću remećenja javnog reda i nikada ne treba obustaviti svetu vlast zakona osim ako nije posrijedi spas domovine.“ Vidi Rousseau, J. J., *Du Contrat Social, Les éditions du cheval ailé, Genève (1947)*, na str. 348. S druge strane A. Hamilton navodi: „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.“ 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.

ustavnopravni poredak ili stanovništvo neke države.⁷⁹ Na istom se tragu kriznog jačanja egzekutive nalaze i normativna rješenja na razini konkretnih ustavnih dokumenata.⁸⁰ Konačno, i krize same u praksi vrlo jasno dokazuju kako u izvanrednim okolnostima upravo izvršna grana vlasti dobiva nove, dodatne ovlasti, koje ranije nije imala.⁸¹ Uz sve navedeno, u pogledu pitanja krizne organizacije vlasti može se dodati i to da ona djeluje i na horizontalnoj (jačanje ovlasti egzekutivne grane vlasti), ali i na vertikalnoj razini, što dodatno pojačava uvjerenje kako izvanredna stanja u iznimno velikoj mjeri modificiraju norme pravnog poretka predviđene za redovne situacije.⁸²

Što se pak tiče položaja ustavno zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda, izvanredne situacije već po prirodi stvari, a što jednako potvrđuju i teorija i povijesno iskustvo, dovode do njihovih izvanrednih ograničenja. I aktualno stanje izazvano pojavom bolesti COVID-19 govori tome u prilog. Vjerujemo da na ovom mjestu nije potrebno detaljnije ulaziti u širi komparativni prikaz primjera ograničenja ljudskih prava i sloboda koja su nastala kao rezultat pojave bolesti COVID-19, dakle prema pojedinim državama.⁸³ No ovdje se ipak čini prikladnim istaknuti jedan vrlo ilustrativan i vrlo obuhvatan primjer, koji možemo izvesti iz trenutnog stanja stvari na razini Vijeća Europe. Naime prema dostupnim podacima koje izdaje Europski sud za ljudska prava u Strabourgu okolnosti pandemije izazvane bolešću COVID-19 prouzročile su veći broj pritužbi podnesenih tom Sudu, i to u vezi s vrlo značajnim brojem prava i sloboda zajamčenih Europskom konvencijom. Ti podaci naime govore da se pred Europskim sudom, u različitim fazama postupka, nalaze predmeti koji se odnose na sljedeća konvencijska prava: pravo na život (čl. 2.), zabranu mučenja ili nečovječnog postupanja (čl. 3.), pravo na slobodu i sigurnost

⁷⁹ U sasvim zaokruženoj formi, argument o funkcionalnim prednostima izvršne grane vlasti u izvanrednim stanjima iznio je već A. Hamilton, koji 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.“ Vidi *Federalist* No. 70 (A. Hamilton), *The Executive Department Further Considered*, March 18, 1788. Tome je u *Federalistu* br. 74. dodao i sljedeće: „Vođenje rata podrazumijeva upravljanje zajedničkom snagom; a ovlast upravljanja i primjenjivanja zajedničke snage čini uobičajeni i esencijalni dio definicije egzekutivne vlasti.“ *Federalist* No. 74 (A. Hamilton), *The Command of the Military and Naval Forces, and the Pardoning Power of the Executive*, March 25, 1788.

⁸⁰ Za vrlo precizan komparativni prikaz u tom smislu vidi Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 59–60.

⁸¹ U tom pogledu kao nama najbliži primjer, a vezano uz okolnosti aktualne epidemije, može poslužiti primjer jačanja ovlasti Stožera civilne zaštite Republike Hrvatske, odnosno Vlade Republike Hrvatske, kroz novele Zakona o sustavu civilne zaštite te Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti.

⁸² Vrlo zoran primjer u tom pogledu predstavlja i jačanje ovlasti Stožera civilne zaštite Republike Hrvatske prema stožerima nižih razina, što je uvedeno novelom Zakona o sustavu civilne zaštite iz ožujka 2020. godine. Vidi Zakon o dopuni Zakona o sustavu civilne zaštite od 18. ožujka 2020. godine (NN 31/20), članak 22.a. Takva vertikalna koncentracija ovlasti predvidiva je za krizna stanja i vidljiva je i na primjerima drugih država, i u povijesnim i u suvremenim situacijama, a davno je uočena i u klasičnoj ustavnopravnoj misli. Tako na primjer već C. L. Rossiter tvrdi kako „federalizam i lokalna samouprava... predstavljaju posebne barijere učinkovitoj kriznoj akciji i u velikoj krizi one će biti slomljene“. Vidi Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, str. 289. Za vertikalnu koncentraciju ovlasti kao moguću očekivanu posljedicu izvanrednih stanja vidi i Gross, O., i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 60.

⁸³ Za prikaz stanja u Republici Hrvatskoj vidi općenito odluke Stožera civilne zaštite Republike Hrvatske za sprečavanje širenja zaraze koronavirusom na: <https://civilna-zastita.gov.hr/odluke-stozera-civilne-zastite-rh-za-sprecavanje-sirenja-zaraze-koronavirusom/2304> (17. siječnja 2022.).

(čl. 5.), pravo na pošteno suđenje (čl. 6.), pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.), slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi (čl. 9.), slobodu izražavanja (čl. 10.), slobodu okupljanja i udruživanja (čl. 11.), zaštitu vlasništva (Protokol 1., članak 1.) i slobodu kretanja (Protokol 4., članak 2.).⁸⁴

Istovremeno, sukladno praktičnoj potrebi kriznih ograničenja ljudskih prava i sloboda, u ustavnim tekstovima pokušavaju se precizirati i norme prema kojima bi takva ograničenja trebalo provoditi. Ustav Republike Hrvatske na primjer u tom pogledu predviđa da o takvim ograničenjima odlučuje Hrvatski sabor, dok god se može i faktički sastati, a tek u suprotnom slučaju da ovlasti ograničenja prelaze zajednički na predsjednika Republike i Vladu, odnosno predsjednika Vlade. Uz to kao dodatni posebni kriteriji eksplicitno su predviđeni i primjena načela razmjernosti, zabrana diskriminacije prema posebnim konkretnim osnovama te zabrana ograničenja primjene odredaba Ustava za najosjetljivija prava i slobode.⁸⁵ Slična se nastojanja *ex ante* reguliranja mogu pronaći i u onim dijelovima ustavnih tekstova koji reguliraju kriznu realokaciju ovlasti. U slučaju Ustava Republike Hrvatske, osim članka 17., ovdje je najrelevantniji članak 101., koji uređuje pitanje donošenja uredbi sa zakonskom snagom.

Takav tip rješenja zapravo predstavlja pokušaj da se u izvanrednim stanjima pitanja ograničenja ljudskih prava i sloboda ili ovlasti ustavnih tijela ne ostave na potpunu dispoziciju onome tko u izvanrednom stanju odlučuje. Odnosno, kroz takav model zapravo se promiče ideja po kojoj je redovni ustav sposoban usmjeriti izvanredna djelovanja te da već unaprijed sadrži kriterije nužnih postupanja. To dakle isključuje ili barem umanjuje potrebu da se u krizi ustav dopunjuje ili mijenja, ili da se poduzimaju akcije izvan ustava sâmog.⁸⁶

⁸⁴ Za aktualne podatke (periodično ažuriranje) o tome vidi: Factsheet – COVID-19 health crisis, European Court of Human Rights (January 2022), dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf (17. siječnja 2022.).

⁸⁵ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine 85/2010 – pročišćeni tekst; 5/2014 – odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.), članak 17. Za komparativni prikaz u tom smislu vidi Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 58–59.

⁸⁶ J. Lobel taj problem izvrsno predstavlja kroz razdiobu na „apsolutističku poziciju“, „relativističku poziciju“ i „liberalnu poziciju“. Prema Lobelu „apsolutistička pozicija smatra da vlada nema izvanredne ovlasti kojima bi rješavala krizu osim onih koje su specifično navedene u Ustavu“ te je normativno oslonjena na retoričko pitanje „je li vrijedno sačuvati Ustav i zemlju gaženjem osnovnih sloboda na kojima je društvo osnovano?“ S druge strane „relativistička pozicija“ smatra „da je Ustav fleksibilan dokument koji dozvoljava Predsjedniku da poduzme bilo koje mjere koje su nužne u kriznim situacijama“, a osnova njegovih djelovanja i ovdje je sadržana u ustavu sâmom, no one nisu specifično navedene, već se izvode iz njegovih inherentnih ovlasti. Konačno, u „liberalnoj poziciji“ je „očuvana dihotomija između redovitih i izvanrednih ovlasti kroz postavljanje granice koja odvaja i štiti normalni ustavni poredak od tamnog svijeta krizne vlade“, što „rezultira odvojenim pravnim režimima“, a ta pozicija nadalje služi kao opravdanje za poduzimanje čak i nužnih izvanustavnih mjera, podložnih naknadnoj ratifikaciji. Prema toj bi shemi proizlazilo da je cilj očuvanja redovnog ustava jasan u prva dva slučaja jer se krizna djelovanja poduzimaju upravo u okvirima onoga što takav redovan ustav za njih i propisuje. Suprotno tome liberalna pozicija dopušta izvanpravno djelovanje, a time, moguće, i priznaje da redovni ustav (bez odgovarajuće dopune ili promjene) ne može odgovoriti zahtjevima izvanrednog trenutka. To bi moglo biti jedno gledište, ali taj je problem ipak znatno ozbiljniji jer Lobel upravo za liberalnu poziciju dalje tvrdi i sljedeće: „Klasični liberalni odgovor nije da se oslabi univerzalno pravilo tako što će se predvidjeti izuzeci za specijalne izvanredne situacije, a razlog tome je što bi kreiranje bilo obilja pravnih izuzetaka bilo inherentnih egzekutivnih ustavnih ovlasti kako bi se odgovorilo na svaku pojmljivu krizu potkopalo distinkciju između izvanredne i neizvanredne akcije. Radije, liberalizam traži

b. Teorijske postavke o potrebi očuvanja ustava u kontekstu izvanrednih stanja

U ranijem tekstu već smo naznačili kako pozitivno ustavno pravo nipošto nije „imuno“ na taj specifičan problem moguće promjene ustava u kontekstu izvanrednih okolnosti. To je i razlog zbog kojeg u ustavnim dokumentima možemo naći više ili manje eksplicitne zabrane mijenjanja njih samih u razdobljima krize ili barem neke vrlo značajne kočnice koje bi u tom smislu trebale pridonijeti istom cilju.⁸⁷ No ovdje nipošto nije riječ o novini: ideja zabrane krizne promjene ustava ima dug historijski slijed i javlja se kako u teoriji tako i u praksi.⁸⁸

Začeci relevantnih novovjekovnih teorijskih razmatranja u ovom se kontekstu mogu jasno uočiti već kod J. Lockea, koji u svojoj viziji ovlasti prerogative otvara, između ostaloga, i pitanje cilja izvanrednih djelovanja vladara. Naime Locke, usprkos tome što postulira kako prerogativa ima iznimno široke izvanredne ovlasti, vrlo jasno navodi i kako u tome postoje sasvim jasna ograničenja. Ta se ograničenja najprije zrcale kroz njegovo shvaćanje dobrog i lošeg vladara. U tom smislu on piše: „Tako slab i zao vladar, koji bi tvrdio da vlast koju su izvršavali njegovi prednici bez utemeljenja u pravu, kao prerogativa koja mu pripada pravom njegovog položaja, koju on može izvršavati po svojoj volji, da bi stvarao ili promicao interes različit od onoga javnosti; daje narodu priliku da zahtijeva svoje pravo i da ograniči takvu vlast.“⁸⁹ Interes javnosti, eksplicitno uobličen u dodatnoj Lockeovoj tvrdnji da „svi članovi društva moraju biti zaštićeni“,⁹⁰ na taj način postaje temeljni cilj kriznih djelovanja, pa vladar ima neograničenu vlast dok god se kreće u okviru činjenja javnog dobra.⁹¹ Svjestan međutim da između interesa javnosti s jedne te interesa vladara sâmog s druge strane može doći do kolizije, Locke pokušava naći rješenje kroz standard primjerenog ponašanja vladara te navodi sljedeće: „Ova vlast, dok se koristi za dobro zajednice... nikada nije upitna; jer su ljudi... daleko od toga da ispituju prerogativu, dok

razdvajanje izvanrednog pravila od normalnog ustavnog poretka i na taj način čuva Ustav u njegovom originarnom obliku dok se u isto vrijeme egzekutivi daje ovlast, ali ne i pravna osnova, djelovanja u izvanrednom stanju.“ Vidi Lobel, J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, op. cit., str. 1386–1390.

⁸⁷ O. Gross i F. Ní Aoláin na primjer navode kako u izvanrednim stanjima pojedini ustavi sadrže različite „kočnice“ kojima je cilj „zabraniti, tijekom krize, bilo kakvu promjenu ili modifikaciju ustava samog ili barem bilo kakvu promjenu ili modifikaciju prirode (ustavnog – op. autori) režima i njegovih temeljnih ustavnih normi“. Isti autori u ovom kontekstu ističu i to kako pojedini ustavi sadrže i druge vrste zabrana primjenjivih tijekom kriza, poput one da „zakonodavno tijelo ne smije biti raspušteno tijekom izvanrednog stanja“ ili pak da se u takvim okolnostima „vrijeme mandata zakonodavnog tijela automatski produžuje“. Vidi Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 61.

⁸⁸ Pored teorije ovdje valja navesti da se očuvanje ustavnog sustava javlja kao cilj izvanrednih djelovanja i u praksi, a to je vidljivo i u historijskoj perspektivi. Uobičajena početna točka razmatranja u tome jest rimski institut diktatora. I klasični i suvremeni autori suglasni su da se pritom cilj diktature, striktno ograničene na trajanje od šest mjeseci, sastojao u „očuvanju ustavnog poretka, a ne u njegovoj izmjeni ili zamjeni“. Vidi Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 18. Za isto stajalište vidi i Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, op. cit., str. 19–26; Friedrich, C. J., *Constitutional Government and Democracy – Theory and Practice in Europe and America*, Fourth Edition, Blaisdell Publishing Company (A Division of Ginn and Company), Waltham, Massachusetts – Toronto – London, 1968, str. 559.

⁸⁹ Vidi Locke, J., *The Works of John Locke in Nine Volumes*, 12th ed., Rivington, London, 1824, vol. 4, par. 164.

⁹⁰ Ibid., par. 161. J. Locke također navodi kako „Bog i priroda nikada ne dopuštaju čovjeku da napusti samog sebe, da zanemari svoje vlastito očuvanje“. Ibid., par. 168.

⁹¹ Ibid., par. 163. i 164.

god se ona u bilo kojem snošljivom stupnju koristi za ciljeve kojima je namijenjena: to znači, za dobro naroda, a ne očito protiv njega: ali, ako dođe do pitanja između izvršne vlasti i naroda, o stvari za koju se tvrdi da je prerogativa, težnja izvršavanja ovakve prerogative za dobro ili povredu naroda lako će odlučiti ovo pitanje“.⁹² No iako Locke nudi relativno jasne supstancijalne elemente procjene o tome što vladar u krizi može činiti (prerogativa se mora „u bilo kojem snošljivom stupnju koristi(ti) za ciljeve kojima je namijenjena“), njegovu raspravu i dalje obilježava centralna postavka kako „prerogativa nije ništa drugo nego moć činjenja javnog dobra bez pravila“.⁹³ A to bi, drugim riječima, značilo da vladar ipak nije vezan pozitivnim pravom,⁹⁴ odnosno da ga može mijenjati ili stvarati ukoliko je to korisno za dobro zajednice.

U sasvim krajnjem, povijesno dakako potpuno neprihvatljivom obliku problem odnosa izvanrednih djelovanja prema očuvanju ustava kakav je postojao prije krize nadalje nalazimo u Političkoj teologiji C. Schmitta.⁹⁵ Schmitt, za kojega „opća norma, onako kako je 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“⁹⁶, ultimativno tvrdi da je suveren „onaj koji odlučuje o izvanrednom stanju“,⁹⁷ a ta je kratka definicija za njega ujedno i jedini sadržaj koji pozitivno pravo (ustav) može valjano ponuditi za potrebe izvanrednog stanja uopće.⁹⁸ Posljedice su takva stajališta to da suveren u krizi djeluje neograničeno,⁹⁹ a njegova se ovlast proteže i na mogućnost

⁹² Ibid., par. 161.

⁹³ U sasvim zaokruženoj formi, J. Locke prerogativu definira na sljedeći način: „Ova ovlast činjenja prema diskreciji, za javno dobro, bez utemeljenja u pravu, a ponekad čak i nasuprot njemu, jest ono što se naziva prerogativom“. Ibid., par. 160. i 166.

⁹⁴ Misaoni utjecaj J. Lockea u tom se pogledu, u smislu koncepcije nevezanosti ustavnim normama u okolnostima krize koja zahtijeva djelovanja u obrani, proteže i do sasvim suvremenog doba. Štoviše, ona je jasno vidljiva u okvirima američke, dakle zapadne misli. Tome svjedoči izlaganje Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* iz 1936. godine: „Unija je postojala prije Ustava... Iz toga proizlazi da dodjeljivanje ovlasti vanjske suverenosti vladi nije ovisilo o afirmativnoj potvrdi Ustava. Ovlasti objave i vođenja rata, zaključenja mira, sklapanja ugovora, održavanja diplomatskih odnosa s drugim suverenima, sve da i nikada nisu bile spomenute u Ustavu, bile bi dodijeljene federalnoj vladi kao nužno prateći dio nacije.“ Vidi *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 317-318 (1936). Za još aktualnije oslanjanje na odluku američkog Vrhovnog suda u predmetu *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* kod suvremenih američkih autora (J. Yoo, R. Posner) vidi Gardašević, Đ., *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 123-133.

⁹⁵ Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, u: Samardžić, S. (ur.), *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari* (prijevod: D. Basta), Filip Višnjić, Beograd (2001), na str. 91-96.

⁹⁶ Još detaljnije, Schmitt u istom smislu navodi: „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.“ Ibid., na str. 91.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Schmitt ovdje navodi sljedeće: „Stoga u smislu pravne države uopće nema nikakve kompetencije. U najbolju ruku, ustav može navesti tko u takvu slučaju smije djelovati. Ako to djelovanje nije podvrgnuto nikakvoj kontroli, ako nije, kao u praksi ustava pravne države, na neki način raspodijeljeno na različite instance koje se uzajamno obuzdavaju i uravnotežuju, onda je bez daljnjeg jasno tko je suveren.“ Ibid., str. 91-92.

⁹⁹ Schmitt naime navodi kako suveren „odlučuje kako o tome postoji li ekstremni slučaj nužde tako i o tome što treba učiniti da bi se on otklonio. On se nalazi izvan normalno važećeg pravnog poretka, a ipak mu pripada, jer je nadležan za odluku o tome može li ustav in toto biti suspendiran“. Ibid., str. 92.

suspenzije pravnog sustava u cjelini,¹⁰⁰ i to zato što se u odnosu na cilj održanja države pravo praktično povlači.¹⁰¹

No u tom pravnom vakuumu, formuliranom kroz koncepciju „stanja iznimke“, ipak se može uočiti veza prema pravu, pa Schmitt navodi kako je „svom apsolutnom obliku izvanredni slučaj nastupio onda kada se tek mora stvoriti situacija u kojoj pravni propisi mogu vrijediti“.¹⁰² A ovlast procjene je li do takve situacije zaista i došlo pripada upravo i jedino suverenu.¹⁰³ Schmitt međutim ne pojašnjava trebaju li krizna djelovanja suverena stremiti ponovnoj uspostavi upravo onog ustava koji je vrijedio prije nastupanja izvanrednog stanja ili ne, no povijesno iskustvo u njemačkom slučaju u tom je pogledu, nažalost, sasvim jasno.¹⁰⁴

Upravo u tom povijesnom iskustvu valja sagledati i razloge reakcije na Schmittovu misao, koju su najranije formulirali klasici poput C. L. Rossitera i C. J. Friedricha. Rossiter tako piše da je jedina legitimna svrha ustavne (dakle prihvatljive, dopuštene) diktature očuvanje države i njezina ustavnog poretka, pri čemu se „u vrijeme kriza demokratska, ustavna vladavina mora privremeno prilagoditi do kojeg god je to stupnja potrebno da bi se prevladala opasnost i obnovili normalni uvjeti“.¹⁰⁵ Ili, još eksplicitnije, prema njemu, jedan od jedanaest temeljnih kriterija koncepta ustavne diktature jest upravo taj da „završetku krize mora slijediti koliko je god moguć potpun povratak na političke i vladavinske uvjete koji su postojali prije aktivacije ustavne diktature“.¹⁰⁶ Za C. J. Friedricha ustavna je diktatura skup metoda tek „privremene koncentracije ovlasti“,¹⁰⁷ a osnovni kriterij njezina razlikovanja prema „neustavnoj diktaturi“ jest u tome što ona smjera upravo očuvanju ustavnog poretka, a ne njegovu razaranju. Uz to za Friedricha u okviru legitimne primjene izvanrednih mjera, koje moraju ciljati učvršćenju ustava, ulazi i

¹⁰⁰ U tom smjeru Schmitt piše: „Jer, nije svako izvanredno ovlaštenje, nije svaka policijska mjera za stanje nužde ili uredba iz nužde već i izvanredno stanje. Naprotiv, u ovo spada ovlaštenje koje je načelno neograničeno, odnosno koje je suspenzija cjelokupnog postojećeg poretka.“ Ibid., str. 94.

¹⁰¹ U tom dijelu naime Schmitt tvrdi sljedeće: „Ako je takvo stanje nastupilo, onda je jasno da država i dalje postoji, dok se pravo povlači. Pošto je izvanredno stanje uvijek još i nešto drugo nego anarhija i kaos, u pravnom smislu još uvijek postoji poredak, iako ne pravni poredak. Egzistencija države ovdje potvrđuje nesumnjivu nadmoć nad važenjem pravne norme. Odluka se oslobađa od svake normativne vezanosti i u pravom smislu postaje apsolutna. U izvanrednom slučaju država suspendira pravo, na osnovu samoodržanja...“ Ibid., str. 94.

¹⁰² Ibid., str. 95.

¹⁰³ U tom smislu Schmitt navodi: „Ne postoji norma koja bi bila primjenjiva na kaos. Poredak mora biti uspostavljen kako bi pravni poredak imao smisla. Mora se stvoriti normalna situacija i suveren je onaj tko definitivno odlučuje o tome vlada li doista to normalno stanje.“ Ibid.

¹⁰⁴ C. Schmitt je međutim teorijski razlikovao pojmove „komesarske diktature“ i „suverene diktature“, pri čemu je osnovu razlikovanja nalazio u tome vodi li „diktatura“ prema očuvanju postojećeg poretka (komesarska diktatura) ili prema njegovu rušenju, odnosno transformaciji (suverena diktatura). Vidi Schmitt, C., *Dictatorship*, Polity Press, 2014. U tom pogledu O. Gross i F. Ní Aoláin komentiraju da „takva ovlast, ovlast suverena, omogućuje suverenu da ignorira i suspendira bilo koje ustavne norme, kao i da ih izmijeni, modificira, dopuni ili potpuno zamijeni“. Vidi Gross, O. i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, op. cit., str. 169.

¹⁰⁵ Vidi Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, op. cit., str. 5–7.

¹⁰⁶ Za navedenih jedanaest kriterija Rossiterove „ustavne diktature“ vidi ibid, str. 298–306.

¹⁰⁷ Vidi Friedrich, C. J., *Constitutional Government and Democracy – Theory and Practice in Europe and America*, op. cit., str. 558.

mogućnost „pravodobnih promjena“, ako je to potrebno, no ipak „ono što nikada ne može biti pravodobno jest promjena u osnovama konstitucionalizma samog“.¹⁰⁸

Od sada već klasika misli teorije izvanrednih stanja spomenimo ovdje i Johna E. Finna. Taj je autor međutim nešto rezerviraniji prema stajalištima o potrebi očuvanja ranijeg ustava kako je iznose Rossiter i Friedrich. Ono što Finna čini relevantnim jest vrlo utemeljeno obrazloženje koje on iznosi kao podlogu svojeg skeptičnog stajališta. Finn naime tvrdi kako normativni cilj povratka na raniji ustav može imati smisla primjerice u scenarijima velike ekonomske depresije ili vanjske invazije. No upozorava da su stvari bitno drugačije ako se radi o slučajevima kao što su građanski nemiri i pobune, odnosno primjeri „domaćeg političkog terorizma“, dakle slučajevi gdje „dijelovi stanovništva više ne pristaju na postojeći ustavni poredak, odnosno izravno ga odbacuju“.¹⁰⁹ U takvim situacijama, prema Finnovu mišljenju, „već i sama politička mudrost, kao i predanost ideji ustavne održivosti, zahtijevaju ne ponovnu uspostavu ustava čija se legitimnost osporava, već radije uspostavu uvjeta koji omogućavaju bolje rezoniranje o valjanosti rekonstrukciji ustavnog poretka“.¹¹⁰ U procesu takve očekivane i legitimne rekonstrukcije ipak postoji određeni minimalni, zaštićeni sadržaj. Finn se ovdje oslanja na koncepciju „konstitutivnih“ ili „predustavnih načela“, koja reguliraju stvaranje ustava, njihovo održavanje i poništavanje,¹¹¹ ali pritom ne daje njihovu iscrpnu listu. Umjesto toga centralni pojam koji tu koristi jest pojam „artikuliranog razuma“. Taj artikulirani razum naime služi kao osnova opravdanja izvanrednih mjera,¹¹² a u tom smislu, kao podloga obrazloženom postupanju vlasti, ulogu igraju načelo diobe vlasti, nadzor ustavnosti i zakonitosti, uvažavanje geografskih i kulturnih različitosti, pojedinačna prava građana te osobito poštivanje ljudskog dostojanstva.¹¹³

¹⁰⁸ Ibid., str. 581.

¹⁰⁹ Finn, J. E., *Constitutions in Crisis – Political Violence and the Rule of Law*, Oxford University Press, New York, 1991, str. 40.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid., str. 7 i 26. Finn ta pitanja razmatra kao opća pitanja konstitucionalizma, a izvanredna stanja uzima kao najbolji primjer ugrožavanja poimanja trajnosti ustava. U tom kontekstu Finn piše: „Kada ustavi prestaju obvezivati zajednice koje su ih usvojile? Svako napredno shvaćanje konstitucionalizma mora ponuditi neki odgovor na to pitanje jer nijedno poimanje ustavne vlasti ne može biti potpuno ako ne postoji uvažavanje ograničenja konstitucionalizma kao temelja političke zajednice.“ Ibid., str. 15.

¹¹² Finn u tom smislu piše sljedeće: „Barem što se tiče pitanja ustavnih kriza, konstitucionalizam treba sagledavati ne u okviru pojma ograničene vlasti, već kao predanost javnom životu temeljenu na javnoj artikulaciji razloga koji podupiru poduzimanje određenih djelovanja u cilju javnog blagostanja. Prema takvu shvaćanju, iznošenje razloga omogućuje vladi da izvršava određene tipove političke vlasti i utjecaja. Vladin neuspjeh da iznese razloge predstavlja neuspjeh vladanja na način koji bi bio sukladan s 'dubljom strukturom' ustavnog poretka“. Ibid., str. 30.

¹¹³ Ibid., str. 32 i 33 te str. 36–37.

6. ZAKLJUČAK

U ovome radu prikazano je kako se ustavi nalaze u iznimno dinamičnoj okolini, koja gotovo kontinuirano tijekom vremena prolazi kroz određene promjene. Naravno, da bi održali korak s promjenama svoje okoline, ustavi i sami moraju imati mogućnost pravovremeno se prilagoditi novim društvenim uvjetima. Toga su, kako smo vidjeli, bili svjesni već i prvi moderni ustavotvorci, pa tako već i u prvim pisanim ustavima modernog doba u nalazimo različite postupke kojima se propisuju pravila za provedbu ustavnih promjena. Ipak, s obzirom na to da su ustavi temeljni i vrhovni pravni akti kojima se polažu osnove određenog državnog i društvenog uređenja, sasvim se razumljivom čini i potreba da se osigura njihova stabilnost te trajnost kroz vrijeme. Drugim riječima, javlja se potreba da se uravnoteži nužnost ustavne promjene tijekom vremena u svrhu osiguranja učinkovitosti ustava s imanentnim im zahtjevom za osiguranjem njihove stabilnosti i trajnosti. Iako se navedena dva zahtjeva mogu činiti suprotavljenima, ipak u slučaju ispravnog razumijevanja ustavne promjene kao takve te njezina pravilnog provođenja u praksi postaje razvidnim ne samo nepostojanje nesklada između nužnosti ustavne promjene sa zahtjevom očuvanja njegove stabilnosti i trajnosti, nego nam postaje jasnim kako između njih postoji sukladnost, štoviše, vidimo kako upravo ustavna promjena služi kao mehanizam za osiguranje stabilnosti i trajnosti ustava.

Da bismo shvatili na koji način ustavna promjena služi svrsi očuvanja stabilnosti i trajnosti određenog ustava, nužno je, ponovimo, ispravno razumjeti ustavnu promjenu. U tome smislu ne samo što smo pokazali teoretska promišljanja brojnih autora koji su uvidjeli da ustavna promjena uvijek i nužno obuhvaća samo one intervencije u ustav koje su sukladne sa suštinom i biti postojećeg ustava nego smo i vidjeli da u praksi brojni sudovi nadležni za zaštitu ustava i ustavnog poretka u postupcima nadzora materijalne ustavnosti ustavnih promjena polaze od shvaćanja kako svaki ustav sadrži određena temeljna načela koja određuju njegovu bit i identitet te kao takva ne mogu biti narušena u postupcima promjene ustava. Ovdje se ne radi, kako smo i pokazali u radu, samo o izričito predviđenim ograničenjima ustavne promjene u tzv. klauzulama vječnosti, nego je riječ o tome da svaki ustav nužno ima svoja određena načela i značajke koji sačinjavaju njegov identitet i bit te kao takvi ne mogu biti narušeni u postupku ustavnih promjena. Dakako, navedena ograničenja ne odnose se samo na formalne, ustavom izričito propisane postupke za promjenu ustava nego jednako tako, a i više, i na neformalne promjene ustava koje se događaju prilikom tumačenja ustavnih odredbi radi njihove primjene na konkretne situacije.

Naravno, tijekom svoga postojanja ustavi se ne susreću uvijek samo s promjenama okoline koje su prirodne i manje više očekivane, pokatkada takve promjene izlaze izvan redovitog stanja stvari i ustave suočavaju i s izvanrednim okolnostima. Mogući utjecaj izvanrednih stanja na procese promjene ustava nikako ne smije zanemariti, a takav zaključak proizlazi već i iz činjenice da izvanredna stanja u svojem dosegu utječu na obje temeljne sastavnice sadržaja ustavnog prava: kako na ovlasti ustavno definiranih tijela tako i na poziciju ljudskih prava i sloboda. Stoga je ovdje, u kontekstu teme našeg rada,

ključno pitanje smiju li izvanredna stanja služiti kao povod za promjene ustava ili se krizna djelovanja moraju ograničiti na to da se, jednom kada kriza prođe, osigura povratak na ustav kakav je vrijedio prije nastupanja krize same. U tom smo smislu prikazali suprotstavljena stajališta doktrine, uključujući i vjerojatno najizgledniji scenarij da se u izvanrednim okolnostima vrlo lako može očekivati neka vrsta krizne ili postkrizne rekonstrukcije ustava.

STABILITY AND DURABILITY OF THE CONSTITUTION IN NORMAL CIRCUMSTANCES AND IN A STATE OF EMERGENCY

This paper discusses the preservation of the constitution and its durability and stability over time, both in normal circumstances and during a state of emergency. The first part of the paper discusses the importance of preserving the stability and durability of the constitution as the highest legal act of the state. The need to maintain constitutional stability and durability emerged from the time of the first modern written constitutions, and it is of equal importance today. However, in order to preserve the constitution in a changing environment, it is necessary to enable it to adapt to new circumstances. The second and third parts of the paper deal with the relationship between constitutional change and constitutional stability and durability. The authors show that constitutional change contributes to preserving constitutional stability and durability. Ultimately, it is of great importance to consider the processes of constitutional modifications in a state of emergency. The fourth part of this paper discusses how states of emergency affect constitutional modifications and the preservation of the stability and durability of the constitution.

Keywords: constitution, constitutional changes, constitutional stability, states of emergency

Đorđe Gardašević, PhD, Associate Professor at the Chair of Constitutional Law of the Faculty of Law of the University of Zagreb

Vedran Zlatić, PhD, Research Assistant at the Chair of Constitutional Law of the Faculty of Law of the University of Split