

Egzekutivni unilateralizam u američkoj ustavnoj teoriji i praksi Vrhovnog suda

Bilušić, Josip

Master's thesis / Diplomski rad

2024

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:136336>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-13**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Pravni fakultet u Zagrebu

Katedra za ustavno pravo

Josip Bilušić

Egzekutivni unilateralizam u američkoj ustavnoj teoriji i praksi Vrhovnog suda

DIPLOMSKI RAD

mentor: prof. dr. sc. Đorđe Gardašević

Zagreb, 2024.

Sažetak:

Egzekutivni unilateralizam je pravna teorija ustavnog prava Sjedinjenih Američkih Država koja tvrdi da predsjednik SAD-a ima primat pred ostalim granama vlasti i široke ovlasti u postupanju u određenim situacijama ili resorima, a nauštrb ovlastima Kongresa i uz suzdržavanje sudske grane vlasti. Praktična primjena ove doktrine dovodi do poremećaja mehanizma diobe vlasti, kao i mehanizma sudbenog nadzora. Ovaj rad daje prikaz temelja i izvora doktrine, i pregled suvremenog stajališta američkih ustavnih stručnjaka koji su pristaše teorije. Predstavljene su i ostale najvažnije teorije o odnosima moći grana vlasti u SAD-u – civilni libertarijanizam, procesno-bazirani institucionalni pristup i modeli izvanpravnog djelovanja. Rad također predstavlja najvažnije predmete Vrhovnog suda SAD-a koji su relevantni za egzekutivni unilateralizam. To su predmeti *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (Steel Seizure case)*, *Hamdi v. Rumsfeld*, *Dames & Moore v. Regan* i *Korematsu v. United States*.

Ključne riječi: *egzekutivni unilateralizam, Predsjednik SAD-a, Kongres, Vrhovni sud, mehanizam diobe vlasti, mehanizam sudbenog nadzora*

Summary:

Executive unilateralism is a legal theory of the constitutional law of the United States of America which asserts that the President of the United States has primacy over other branches of government and broad authority in acting in certain situations or departments, to the detriment of the authority of Congress and with the restraint of the judicial branch of government. The practical application of this doctrine leads to disruption of the mechanism of separation of powers, as well as the mechanism of judicial control. This paper provides an account of the foundations and sources of the doctrine, and an overview of the contemporary position of American constitutional experts who are supporters of the theory. The other most important theories about the power relations of the branches of government in the USA are also presented - civil libertarianism, process-based institutional approach and models of extralegal activity. The paper also presents the most important US Supreme Court cases relevant to executive unilateralism. These are *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (Steel Seizure Case)*, *Hamdi v. Rumsfeld*, *Dames & Moore v. Regan*, and *Korematsu v. United States*.

Keywords: *executive unilateralism, President of the USA, US Congress, Supreme Court, mechanism of separation of powers, mechanism of judicial control*

Izjava o izvornosti

Ja, Josip Bilušić, pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristio drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Josip Bilušić

SADRŽAJ

UVOD.....	I
1. EGZEKUTIVNI UNILATERALIZAM.....	1
2. OSTALE TEORIJE.....	12
2.1. Civilni libertarijanizam.....	12
2.2. Procesno-bazirani institucionalni pristup.....	13
2.3. Modeli izvan-pravnog djelovanja.....	14
3. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA.....	15
3.1. United States v. Curtiss-Wright Export Corp.....	15
3.1.1. Većinsko mišljenje i odluka.....	16
3.1.2. „Curtiss-Wright“ i egzekutivni unilateralizam:.....	18
3.2. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer.....	19
3.2.1. Većinsko mišljenje i odluka:.....	21
3.2.2. Mišljenje suca Jacksona:.....	22
3.2.3. „Youngstown“ i egzekutivni unilateralizam:.....	26
3.3. Hamdi v. Rumsfeld.....	28
3.3.1. Većinsko mišljenje i odluka:.....	31
3.3.2. Mišljenje suca Scalie:.....	35
3.3.3. Mišljenje suca Thomasa:.....	37
3.3.4. Mišljenje suca Soutera:.....	39
3.3.5. Hamdi v. Rumsfeld i egzekutivni unilateralizam.....	40
3.4. Dames & Moore v. Regan:.....	42
3.4.1. Većinsko mišljenje i odluka:.....	43
3.4.2. „Dames & Moore“ i egzekutivni unilateralizam.....	45
3.5. Korematsu v. United States.....	47
3.5.1. Većinsko mišljenje i odluka:.....	47
3.5.2. Mišljenje suca Murphyja:.....	48
3.5.3. Mišljenje suca Jacksona:.....	49
3.5.4. „Korematsu“ i egzekutivni unilateralizam.....	49
4. ZAKLJUČAK.....	51

UVOD

Egzekutivni unilateralizam je pravna teorija ustavnog prava Sjedinjenih Američkih Država koja tvrdi da predsjednik SAD-a ima primat pred ostalim granama vlasti i široke ovlasti u postupanju u određenim situacijama ili resorima, a na štetu ovlastima Kongresa i uz suzdržavanje sudske grane vlasti. U najopćenitijem smislu to je teorija o tome kome pripada najveća moć među granama vlasti definiranim Ustavom i primjenom mehanizma diobe vlasti. Praktična primjena ove doktrine dovodi do poremećaja mehanizma diobe vlasti, kao i mehanizma sudbenog nadzora.

Prvi dio ovog rada posvećen je definiranju teorije egzekutivnog unilateralizma kroz pregled najvažnijih predstavnika teorije. U prvom dijelu daje se i prikaz temelja i izvora doktrine, i pregled suvremenog stajališta američkih ustavnih stručnjaka koji su pristaše teorije. Na kraju prvog dijela predstavljene su i ostale najvažnije teorije o odnosima moći grana vlasti u SAD-u – civilni libertarijanizam, procesno-bazirani institucionalni pristup i modeli izvanpravnog djelovanja.

Drugi dio rada predstavlja najvažnije predmete Vrhovnog suda SAD-a koji su relevantni za egzekutivni unilateralizam. To su predmeti *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (Steel Seizure case), *Hamdi v. Rumsfeld*, *Dames & Moore v. Regan* i *Korematsu v. United States*. U predmetu *Curtiss Wright* Sud je raspravljao o ovlastima predsjednika u resoru vanjskih poslova, dok je u *Steel seizure* slučaju definirao ovlasti predsjednika u resoru unutarnjih poslova. U predmetu *Hamdi v. Rumsfeld* sporno pitanje se odnosilo na zadiranje predsjednika u ustavna prava američkih građana. Kroz predmet *Dames & Moore v. Regan* vidjet ćemo kako je Vrhovni sud priznao široke ovlasti predsjednika i praktički pristao uz stajalište doktrine egzekutivnog unilateralizma. U posljednjem predmetu u prikazu sudske prakse, *Korematsu v. United States*, biti će prikazan jedan od najozbiljnijih zahvata predsjednika i izvršne vlasti u prava američkih državljana profiliranjem na rasnoj osnovi.

1. EGZEKUTIVNI UNILATERALIZAM

Doktrina egzekutivnog unilateralizma je usko vezana uz problematiku odnosa između suprotstavljenih interesa očuvanja ustavnih prava i očuvanja nacionalne sigurnosti u vremenima izvanrednih stanja u američkom ustavnom pravu. Debata nastala oko toga odnosa se tiče odgovora na pitanja koja grana vlasti bi trebala donositi izvanredne mjere u vrijeme izvanrednih stanja, na koji način i tko bi trebao provoditi nadzor nad tim izvanrednim mjerama. Mark Tushnet tvrdi kako američki Ustav nudi dva osnovna rješenja – mehanizam diobe vlasti i mehanizam sudbenog nadzora. On navodi: „Prema mehanizmu diobe vlasti, skoro cijeli posao oko reguliranja ovlasti čini se prema načelu da Predsjednik može raditi samo ono što Kongres autorizira,“... „Prema mehanizmu sudbenog nadzora, sudovi primjenjuju dva seta načela: načela koja alociraju ovlasti između Predsjednika i Kongresa te načela koja štite individualne slobode.“¹ Tushnet ovdje dodaje kako je primarna briga obaju mehanizama baš unilateralizam egzekutivne grane, a mehanizam sudbenog nadzora bi morao osigurati i da razlozi na kojima se temelji mehanizam diobe vlasti budu procijenjeni od strane sudova.²

Problematiku odnosa ustavnih prava i nacionalne sigurnosti u američkom ustavnom pravu produbljuje i nedostatak odredaba o izvanrednim stanjima u Ustavu. Prema Gardaševiću, jedina odredba koja se tiče izvanrednih stanja je ona o suspenziji povlastice naloga habeas corpus. Tu izvanrednu mjeru mogu odrediti Kongres i Predsjednik, s posljedicom totalnog isključenja sudske grane vlasti iz procesa provođenja i nadzora nad izvanrednim mjerama. Ovakva situacija je jasna i znači poremećaj u nadležnostima grana vlasti, isključenje mehanizma sudbenog nadzora i isključivu primjenu mehanizma diobe vlasti u okviru kojeg Kongres ostaje jedina provjera i ravnoteža izvanrednim ovlastima egzekutivne grane vlasti. Međutim, u slučaju da odluka o suspenziji ne bude donesena, sve tri grane vlasti zadržavaju svoju nadležnost u izvanrednim stanjima.³ Gardašević navodi da se tada u praksi pojavljuje drugi tip argumenta koji zahtijeva određeno samo-ograničavanje, ponajprije od strane sudbene vlasti, a u ekstremnim slučajevima i od strane Kongresa. Temelj tog argumenta je u postulatu kako u kontekstu krize odluku treba prepustiti tijelima koja su najbolje pripremljena za njezino

¹ Tushnet, M., Controlling Executive Power in the War on Terrorism, 118 Harv. L. Rev. 2673, 2005., str. 2673.-2674.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Zagreb, Hrvatska Udruga za Ustavno Pravo, 2014., str. 98.

² Ibid.

³ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Zagreb, Hrvatska Udruga za Ustavno Pravo, 2014., str. 96.

donošenje.⁴ Pristalice egzekutivnog unilateralizma tvrde kako je to isključivo izvršna grana vlasti i unutar nje Predsjednik kao glava izvršne vlasti.

Što se tiče normativne strane ove problematike, Gardašević navodi da se u slučaju suspenzije habeas corpora analiza problema svodi na odnose između političkih grana vlasti, a samim time je vrijednosna stajališta doktrine moguće podijeliti na one koji zagovaraju relativno neograničenu diskreciju egzekutivne vlasti te one koji zahtijevaju njezino ograničenje kroz određeni oblik kongresnog nadzora. S druge strane, ako suspenzije nema, otvara se još širi prostor interpretacijama koje moraju definirati i poziciju političkih grana vlasti i ulogu sudova.⁵

Pokušaji rješavanja ove problematike proizveli su nekoliko doktrinarnih pravaca, od kojih se na jednom polu nalazi egzekutivni unilateralizam, na drugom civilni libertarijanizam, a između njih procesno bazirani institucionalni pristup. O posljednja dva pravca nešto više poslije prikaza egzekutivnog unilateralizma.

Gardašević tvrdi da su ovu podjelu prvi uveli Samuel Issacharoff i Richard H. Pildes i dali svoj opis egzekutivnog unilateralizma: „Na jednoj su strani egzekutivni unilateralisti. Rezonirajući s pravilne startne točke da domena sigurnosti iziskuje veći stupanj posebnih kvaliteta koje posjeduje egzekutivna grana – brzina, tajnost, fleksibilnost i učinkovitost s kojom se ne može mjeriti niti jedna druga vladina institucija – ovi zagovornici zaključuju da je potrebna unilateralna egzekutivna diskrecija koja nije predmetom nadzora od strane ostalih institucija.“⁶ Michael Rosenfeld definira ovu doktrinu kroz prizmu sudskog balansiranja kao sredstva rješavanja konflikta između slobode i sigurnosti (odnosno individualnih prava i važnih socijalnih ciljeva): „egzekutivni unilateralizam, koji favorizira prepuštanje potpune diskrecije egzekutivnoj grani bez bilo kakvog nadzora od strane bilo koje druge institucije.“⁷

Iz ovih opisa, nastavlja Gardašević, slijedi da je egzekutivni unilateralizam doktrina koja smatra da u vrijeme izvanrednih stanja primarnu ulogu treba dati izvršnoj vlasti. Ta primarna

⁴ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Zagreb, Hrvatska Udruga za Ustavno Pravo, 2014., str. 96.

⁵ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit, 2014., str. 99.

⁶ Issacharoff, S. i Pildes, R. H., Emergency Contexts Without Emergency Powers: The United States' Constitutional Approach to Rights during Wartime, u: The Constitution in Wartime - Beyond Alarmism and Complacency, u Tushnet, M. (ed.), Duke University Press, Duke & London, 2005., str. 161.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., 2014., str. 100.

⁷ Rosenfeld, M., Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror, 27 Cardozo Law Review 2079, 2006., str. 2081.-2082.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit, str. 101.

uloga se očituje u zahtjevu široke egzekutivne diskrecije kojoj korespondira izostanak kako kongresnog, tako i sudbenog nadzora. Izvršna vlast trebala bi imati široke ovlasti, isključivu diskreciju donošenja mjera i biti slobodna od nadzora nad mjerama i postupanjem.⁸ Gardašević navodi da na tehničkoj razini, taj izostanak nadzora znači zahtjev kongresnog i sudbenog samograničavanja, kao i odbacivanje provođenja mehanizma diobe vlasti i mehanizma sudbenog nadzora. Ipak, Gardašević nastavlja, egzekutivni unilateralizam ne isključuje potrebu balansiranja zahtjeva nacionalne sigurnosti i zahtjeva ustavno zajamčenih prava i sloboda, već smatra da to balansiranje ima pravo provoditi samo izvršna vlast.⁹ Po tome, egzekutivni unilateralizam pripada u modele izvanredne ustavne akomodacije, prema raspodjeli modela odgovora na stanja nacionalne krize autora Grossa i Ni Aolain. Taj model pretpostavlja opuštanje, pa čak i suspenziju ustavnih odredbi kako bi izvršna vlast mogla učinkovito reagirati na krizu i održati vladavinu prava, a mogući rizik zbog tako širokih ovlasti izvršne vlasti opravdava interesima nacionalne sigurnosti.

Osnova egzekutivnog unilateralizma je „ekspertni argument“, kako ga naziva Gardašević, koji znači nadređenost izvršne vlasti, odnosno podređenosti ostalih grana vlasti. Ranije spomenute osobine izvršne vlasti – brzina, tajnost, fleksibilnost, učinkovitost i „primat u raspolaganju kritičnim informacijama“ – suprotstavljaju se osobinama ostalih grana vlasti - sporosti u odlučivanju i nedostatku ekspertnih znanja za poduzimanje izvanrednih mjera. Ekspertnim argumentom se tako zastupa stajalište egzekutivnog unilateralizma da je izvršna vlast stručnija, sposobnija, spremnija, opremljenija alatima od ostalih grana vlasti za djelovanje u izvanrednim stanjima. Tako A. Hamilton piše da je energija egzekutive vodeća osobina dobre vlade i da se navedene osobine izvršne vlasti polako gube što se povećava broj osoba uključenih u donošenje izvanrednih mjera. Hamilton također ocjenjuje i da je ovlast upravljanja i primjenjivanja zajedničke snage u vođenju rata, koji predstavlja primjer izvanrednog stanja, uobičajeni i esencijalni dio egzekutivne vlasti.¹⁰

Široko tumačenje drugog članka američkog Ustava u temelju je doktrine egzekutivnog unilateralizma. Takvo tumačenje se bazira na stajalištu da klauzula izvršne vlasti iz drugog članka Ustava daje Predsjedniku sve ovlasti koje je imao britanski kralj u 18. stoljeću. To je teza o kraljevskom ostatku.¹¹ Julian Mortenson u članku „The Executive Power Clause“ navodi

⁸ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 108.

⁹ Ibid., str. 108.

¹⁰ Ibid., str. 123.-124.

¹¹ Mortenson, Julian Davis, The Executive Power Clause, University of Pennsylvania Law Review, vol. 168, no. 5, April 2020, str. 1271.

da bi najmanje agresivan oblik kraljevskog ostatka bila ovlast u resoru vanjskih poslova ili nacionalne sigurnosti koja bi se mogla preispitivati i poništiti ako bi bila u suprotnosti s Ustavom ili zakonima. Najagresivniji oblik bi bila ovlast koju bi upotrijebio britanski monarh i koja se nikako ne bi mogla preispitivati, osim ako je u suprotnosti sa samim Ustavom.¹² Takvim tumačenjem kraljevskog ostatka Predsjednik bi bio iznad zakona, a time i Kongresa, i unilateralno ovlašten činiti sve ono u čemu nije ograničen Ustavom. Kraljevski ostatak je izdanak kraljeve prerogative, teze da britanskom monarhu pripadaju sve ovlasti koje nisu dane narodu, to jest parlamentu.¹³ Kraljevska prerogativa, se u vrijeme pisanja Ustava sastojala od odvojenih i posebnih pravnih ovlasti u dobro definiranom okviru engleskog ustavnog prava. Nije se razvila teorija o prerogativi koja bi ju objašnjavala, već se odnosila na „stvari“ koje kralj može raditi, sve dok mu Parlament to ne zabrani.¹⁴ U oba svoja članka o temi Mortenson tvrdi da drugi članak Ustava koji daje izvršne ovlasti Predsjedniku, namjerno i uspješno krivo tumačen od strane zagovornika veće predsjedničke moći. Izvršna vlast se po njemu u vrijeme stvaranja Ustava odnosila prvenstveno na ovlast provođenja zakona. Pristalice doktrine egzekutivnog unilateralizma su proširili tumačenje izvršne vlasti da uključuje skup ovlasti u domeni nacionalne sigurnosti i vanjskih poslova. Time je opisana teza o klauzuli o dodjeli ovlasti („vesting clause thesis“),¹⁵ a koja je praktički jednaka tezi o kraljevskom ostatku.

Doktrina egzekutivnog unilateralizma kao svoje opravdanje dala je i ustavne ratne ovlasti Predsjednika. Problematika je nastala zbog toga što Ustav dijeli ratne ovlasti između Predsjednika i Kongresa. Kongres ima ustavne ovlasti objave rata, podizanja i održanja vojske, uređivanja vojske i donošenje zakonodavnog okvira kako za svoje ratne ovlasti, tako i Predsjednikove. Predsjednik, s druge strane, je po Ustavu vrhovni zapovjednik vojske i ima ostale tradicionalne izvršne ovlasti koje se tiču vođenja rata, što također proizlazi iz teze o kraljevskom ostatku koja je ranije spomenuta. Razvoj i ulogu ratnih ovlasti u stvaranju doktrine egzekutivnog unilateralizma u domeni vođenja rata prezentiraju Barron i Lederman u eseju „The Commander in Chief at the Lowest Ebb, Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding“. Oni tvrde da je kongresna šutnja na predsjedničke mjere u vođenju rata tijekom povijesti upravo dovela do uspostave prekluzivnih ratnih ovlasti Predsjednika i da je time Kongres sam sebe isključio iz sudjelovanja u vođenju rata. Problem je najteži u drugoj

¹² Mortenson, Julian Davis, The Executive Power Clause, University of Pennsylvania Law Review, vol. 168, no. 5, April 2020, str. 1272.

¹³ Ibid., str. 1352.

¹⁴ Mortenson, Julian Davis, Article II Vests the Executive Power, Not the Royal Prerogative, Columbia Law Review, vol. 119, no. 5, June 2019, str. 1228.

¹⁵¹⁵Ibid., str. 1169.

kategoriji ovlasti iz predmeta *Youngstown* po tripartitnoj shemi suca Jacksona, u kojoj Predsjednik i Kongres dijele ovlasti, a ne slažu se u konkretnim mjerama koje treba primijeniti. Neutralnost Kongresa u toj kategoriji je praktički dovela do ratifikacije bilo kojeg poteza kojeg je Predsjednik smatrao prikladnim. Jedan od glavnih razloga za takvo stajalište Kongresa, po Barronu i Ledermanu, je „kult izvršne stručnosti“ u vođenju rata, to jest ekspertni argument izvršne vlasti kojeg zastupa egzekutivni unilateralizam. Predsjednici, s druge strane, a pogotovo Bush, su to objeručke prihvatili.¹⁶ Autori članka smatraju i da formulacija Ustava kojom se Predsjedniku daje uloga vrhovnog zapovjednika vojske i mornarice, potvrđena i povijesnom praksom, predstavlja oblik egzekutivnog unilateralizma u resoru oružanih snaga.¹⁷

Gardašević prikazuje sljedeću liniju opravdanja specifičnog položaja izvršne vlasti i njene ekspertne nadređenosti, a to je da izvršna vlast u izvanrednim stanjima nastupa kao racionalan akter koji ne čini sistematske greške. Ovu tvrdnju zastupaju glavni teoretičari egzekutivnog unilateralizma E. Posner, A. Vermeule i J. Yoo. Oni smatraju da racionalna i dobro motivirana egzekutiva u izvanrednim stanjima ne čini više pogrešaka nego u redovnim stanjima, a odbijaju argument da sudbeni nadzor može dovesti do poboljšanja izbora odluka izvršne vlasti.¹⁸

Gardašević, ipak, smatra da je osnovni zadatak egzekutivnog unilateralizma opravdanje nadređenog položaja izvršne vlasti na sustavnoj razini, a ne samo deskriptivnoj. Gardašević piše da se baš na toj razini ključni argumenti vezani uz primjenjivost mehanizama diobe vlasti i sudbenog nadzora.¹⁹ On u nastavku nudi prikaz stavova četvorice najistaknutijih predstavnika egzekutivnog unilateralizma u pogledu mogućnosti primjene spomenutih mehanizama. Ti egzekutivni unilateralisti su John Yoo, R. Posner, E. Posner i A. Vermeule i njihova opravdanja doktrine će biti prikazana i u ovom radu.²⁰

Gardašević navodi da se egzekutivni unilateralizam Johna Yooa temelji na fleksibilnosti američkog Ustava u domeni vanjskih poslova, uključujući vođenje rata kao izvanrednog stanja. Yoo argumentira da Ustav izričito ne uspostavlja postupak donošenja odluka u području vanjskih poslova, već uspostavlja fleksibilan sistem koji dopušta niz procedura, i da je izvršna grana vlasti koristila razne metode ulaska u rat. Slijedom toga, Yoo smatra da u nedostatku

¹⁶ Barron, David J., Lederman, Martin S., *The Commander in Chief at the Lowest Ebb, Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*, Harvard Law Review, vol. 121, no. 3, January 2008, str. 698.-699.

¹⁷ Ibid., str. 769.

¹⁸ Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 124.

¹⁹ Ibid., str. 124.

²⁰ Ibid., str. 123.-137.

sudskog presedana za postupanje u tim područjima, kriterije procjene treba tražiti u povijesnim tumačenjima i međudjelovanju grana vlasti. Taj povijesni aspekt pokazuje da je u domeni vanjskih poslova inicijativa bila koncentrirana u predsjedništvu, a da je Kongres imao najčešće imao ex post ulogu odobravanja kroz ovlast financiranja ili usvajanja zakona.²¹

Sljedeća linija Yooove argumentacije je vezana uz interpretaciju samog Ustava. On tvrdi da dikcija Ustava o enumeriranim kongresnim ovlastima i plenarnim egzekutivnim ovlastima znači da su sve moguće izvršne ovlasti dodijeljene Predsjedniku, za razliku od ovlasti Kongresa koje su izričito propisane Ustavom. Yoo se izričito poziva i na odluku Vrhovnog suda u predmetu *US v. Curtiss-Wright Export Corp.*, u kojoj Sud praktički priznaje neograničene ovlasti Predsjednika u resoru vanjskih poslova u vrijeme izvanrednih stanja. O tom predmetu više riječi kasnije u tekstu u prikazu relevantne prakse Vrhovnog suda. Yoo se zaključkom da su ovlasti koje se tiču vanjskih poslova prirodno egzekutivne naravi pristaje i uz Hamiltonovu teoriju o inherentnim ovlastima Predsjednika. U prilog tome Yoo navodi prednosti izvršne vlasti nasuprot ostalim granama vlasti koje su navedene ranije u ovom tekstu, i pridodaje okolnost da je izvršna vlast uvijek spremna za akciju, dok su domovi Kongresa većinu vremena raspušteni.²²

Gardašević zaključuje kako ovim argumentima - supstancijalnom pripadnošću ovlasti u domeni vanjskih poslova izvršnoj vlasti i potencijalnom neograničenošću tih inherentnih ovlasti - Yooov oblik egzekutivnog unilateralizma predstavlja najčišći oblik te doktrine.²³

Fleksibilnost Ustava i opravdanje egzekutivnog unilateralizma Yoo vidi i u primjeru deklaracije rata. On tvrdi da ne postoji jedinstvena ustavno ispravna metoda vođenja rata i da rat ne mora biti deklariran da bi Predsjednik mogao poduzimati ratne poteze. Temelj takvog zaključka je povijest oružanih sukoba SAD-a koji su se vodili bez kongresnog odobrenja, a u kojima je Predsjednik preuzimao vodeću ulogu u odlučivanju kako i kada inicirati neprijateljstva. Yoo dodatno opravdava ovaj zaključak analizom postupanja Kongresa i sudova u ovim slučajevima. Kongres je tijekom povijesti, u takvim situacijama implicitno ili eksplicitno dozvoljavao predsjedničko preuzimanje inicijative, a sebe ograničio na ex post odobravanje vojnih akcija kroz deklaracije o podršci ili dodjeljivanje financijskih sredstava.

²¹ Yoo, J., *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2006., str. 7. i 11.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 125.

²² *Ibid.*, str. 15. i 18.-21.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op.cit., str. 125.-126.

²³ Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op.cit., str. 126.

Sudovi su isto tako izbjegavali uplitanje u pitanja ratnih ovlasti pozivanjem na doktrinu o političkim pitanjima koja nalaže sudovima da se ne upliću i ne odlučuju o pitanjima koja se tiču vođenja državne politike.²⁴ Ta doktrina drži da su neka pitanja po svojoj naravi politička, a ne pravna, i da se sudovi stoga ne bi trebali miješati u rješavanje tih pitanja.

Yoo je u svom radu postavio i granice doktrini egzekutivnog unilateralizma. U razmatranju ratnih ovlasti postavlja prvu granicu u slučaju deklaracije totalnog rata i smatra da egzekutivna grana ne može voditi totalni rat bez kongresne deklaracije.²⁵ Gardašević tvrdi da je ovo Yooovo razlikovanje zapravo otvaranje mogućnosti zaobilaženja ustavnih odredaba u cilju podvođenja svih oblika borbe protiv terorizma pod kategoriju sukoba nižeg intenziteta, a ne totalnog rata, u kojem bi Predsjednik imao neograničene izvanredne ovlasti da se obračuna s terorističkom ugrozom.²⁶

Yoo definira i granice doktrine koje se tiču primjene mehanizama diobe vlasti i sudbenog nadzora. Nadzor nad provođenjem izvanrednih mjera izvršne vlasti putem mehanizma diobe vlasti se odnosi na kongresno pravo odobrenja financijskih sredstava i zakonodavnu ovlast podizanja i održavanja vojske.²⁷ Što se tiče mehanizma sudbenog nadzora, Yoo smatra da je njegova primjena u jednom aspektu u potpunosti isključena, a u drugom samo djelomično isključena. Primjena je u potpunosti isključena kada se radi o odluci o započinjanju neprijateljstava. Obrazloženje takvog zaključka Yoo nalazi u tekstu Ustava, koji federalnim sudovima ne daje nadzornu ulogu nad odlukom o započinjanju neprijateljstava, već tu ovlast izričito daje političkim granama vlasti. Dodatno, sudbeni nadzor se ne primjenjuje jer ne postoji jedinstveni ustavno zahtijevani postupak vođenja rata. S druge strane, Yoo tvrdi da sudbeni nadzor nije u potpunosti isključen kada izvanredne mjere imaju domaći učinak, kada su neprijatelji američki državljani ili kad se operacije vode na teritoriju SAD-a. Međutim, u tim slučajevima bi sudovi trebali primjenjivati snižene kriterije procjene i metodu sudskog samograničavanja.²⁸

²⁴ Yoo, J., *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, op.cit., str. 8. i 12.-13.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 126.-127.

²⁵ Ibid. str. 22. i 144.-145.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op.cit., str. 127.

²⁶ Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 128.

²⁷ Yoo, J., *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, op. cit., str. 22.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 128.

²⁸ Yoo, J., *Judicial Review and the War on Terrorism*, 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 427 (2003-2004), str. 428. i 430.-451.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 128.-129.

R. Posner također odbacuje primjenu mehanizma sudbenog nadzora pravdajući to također ekspertnim argumentom da će „kada se nalazi u sumnji u pogledu stvarnih ili mogućih posljedica izvanredne mjere, pragmatični, empiristički sudac inklinirati prepustiti rješenje ostalim granama vlasti“ i da suci „nisu eksperti za nacionalnu sigurnost niti generalno niti u vezi konkretne terorističke prijetnje.“²⁹ Shodno tome, i Posner se zalaže za primjenu sudskog samo-ograničavanja, i smatra da mehanizma sudbenog nadzora ima prikladnu alternativu u mehanizmu diobe vlasti. Gardašević prenosi četiri obrazloženja tog Posnerovog stajališta. Prvi razlog je povijesno neslaganje Kongresa i Predsjednika u pogledu ocjene opravdanosti izvanrednih mjera. Drugi je ekspertno znanje Kongresa o pitanjima nacionalne sigurnosti, koje je ipak šire i dublje od sudskog. Treće obrazloženje je da se potreba sudske intervencije u izvanredne mjere nacionalne sigurnosti smanjuje kada su se o njima usuglasili Kongres i Predsjednik, jer se time smanjuje i vjerojatnost da će mjera biti pretjerana. I četvrti razlog je da se učinkovitost izvanrednih mjera ne može ocijeniti ako mjera bude blokirana ustavnom interpretacijom.³⁰

Gardašević u trećem argumentu vidi najveću razliku između Yooovog i Posnerovog oblika egzekutivnog unilateralizma. Gardašević tvrdi da mogućnost eventualne pravne koordinacije Kongresa i Predsjednika, koju Posner povezuje s mišljenjem suca Jacksona iz predmeta „Steel seizure“, izražava njegovo stajalište o potrebi uvažavanja određene sheme podijeljenih ovlasti između Kongresa i Predsjednika u vrijeme izvanrednih stanja.³¹ Posner se kao i Yoo poziva i na odluku u predmetu US v. Curtiss-Wright i tvrdi da ta odluka vodi upravo u egzekutivni unilateralizam. Posner ide i dalje s razmatranjem i tvrdi načelo slučaja da nacionalne ovlasti nisu ograničene na ovlasti izričito navedene u Ustavu znači da možda Predsjednik može učiniti bilo što, ako je izvanredno stanje dovoljno teško. Posner tome dodaje i argument u korist priznanja implicitne predsjedničke ovlasti suspenzije habeas corpora kada Kongres to ne može učiniti, a javna sigurnost to zahtijeva, iako ta ovlast nije izričito dana Predsjedniku u Ustavu.³²

²⁹ Posner, R., *Not a Suicide Pact – the Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, New York, 2006., str. 9., 27. i 35.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 129.

³⁰ Ibid. str. 10. i 36.-37.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 129.-130.

³¹ Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 130.

³² Posner, R., op. cit., str. 4. i 39.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 130. i 131.

Posner je rješenje problema samostalnih izvanrednih postupanja izvršne vlasti koja su suprotna tekstu Ustava, a koja su inherentna doktrini egzekutivnog unilateralizma, predstavio koncepcijom izvan-pravnog prava nužnosti. Osnova koncepcije su moralna i politička, a ne pravna opravdanja postupanja suprotno Ustavu. To znači zaobilazanje Ustava pri postupanju u izvanrednim stanjima, pravdajući takvo postupanje moralnim ili političkim razlozima. Posner povezuje tu koncepciju s pojmom građanske neposlušnosti i prezentira svoju teoriju izvanrednog postupanja: „vjerojatno (je) bolje priznati diskreciju javnih dužnosnika da u ekstremnim slučajevima zanemare zabranu torture, ili diskreciju Predsjednika da u takvim slučajevima suspendira habeas corpus iako na to nije ovlašten Ustavom, nego pokušati kodificirati instance na kojima je takvo postupanje dopušteno.“³³ Građanska neposlušnost bi u tim slučajevima bila primjena torture od strane nekog dužnosnika ili suspenzija naloga habeas corpus od strane Predsjednika. Posner opravdava odbacivanje pravnog reguliranja postupanja u izvanrednim stanjima trima argumentima. Prvo, Posner smatra da nije moguće specificirati okolnosti prikladnog postupanja u izvanrednim stanjima, a da se time ne hendikepira dužnosnike u tom postupanju. Drugo, da bi takvim reguliranjem dužnosnici došli u napast testirati vanjske granice dodijeljenih ovlasti, tj. da bi došlo do zloupotreba. Konačno, treći argument je da bi baš izostanak pravne regulacije trebao funkcionirati kao kočnica na izvršavanje izvanrednih ovlasti, jer dovodi dužnosnike u pravni i politički rizik izvan-pravnog djelovanja.³⁴

Posljednji predstavnici egzekutivnog unilateralizma koje Gardašević prikazuje su E. Posner i A. Vermeule: „U pogledu institucionalnih ovlasti za provođenje izvanrednih mjera, ova dva suvremena američka autora razvijaju svoju „tezu popuštanja“ (deference thesis) u okvirima koje brane funkcionalne prednosti egzekutive pred ostalim granama vlasti.“³⁵ Temelj njihove teorije je također ekspertni argument kojemu dodaju bitnu novu tvrdnju da se institucionalne prednosti egzekutive povećavaju u vrijeme izvanrednih stanja, a da mane sudbene vlasti postaju posebno vidljive. Tezu popuštanja Posner i Vermeule dodatno kvalificiraju navodeći da ona ne znači totalno isključenje legislative i sudstva, već da bi oni

³³ Posner, R., op. cit., str.86.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 132.

³⁴ Ibid. str. 86.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 132.

³⁵ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 133.

trebali biti popustljiviji egzekutivi nego u normalnim vremenima, ovisno o opsegu i tipu izvanrednog stanja.³⁶

Što se tiče mehanizma diobe vlasti, Gardašević izlaže da Posner i Vermeule prikladnost njegove primjene kritiziraju putem kritike deskriptivnog i normativnog aspekta takozvanog zahtjeva autorizacije. S normativnog aspekta, nastavlja Gardašević, oni tvrde kako kongresna autorizacija ne bi smanjila rizike koji nastaju pretjeranom egzekutivnom diskrecijom. Odbacuju prigovore benefita pluralnog karaktera Kongresa, koji bi kroz demokratsku raspravu trebao odbaciti pretjerane mjere, argumentirajući da i u izvršnoj vlasti postoji određena mjera političkog neslaganja koje dovodi do istog učinka. Autorizacija po njima ne predstavlja toliki pozitivni učinak da bi se propisala kao obavezna u svakom slučaju poduzimanja izvanrednih mjera. Iako priznaju da parlamentarna rasprava ima prednosti, sprječava grupno razmišljanje i usporava donošenje loših političkih rješenja, ipak smatraju da negativni aspekti odgađanja poduzimanja nužnih mjera i usvajanja dobrih političkih rješenja pretežu. S deskriptivnog aspekta, Posner i Vermeule kritiziraju aktualnu kongresnu praksu u vrijeme izvanrednih stanja i smatraju da sam Kongres zna da nije u dobroj poziciji procjenjivati izvanredne mjere. Kritiziraju praksu donošenja zakona prije nastupa izvanrednih stanja, masovnu diskreciju koja je dana izvršnoj vlasti tim zakonima, svođenje aktivnosti Kongresa u izvanrednim stanjima na ratifikaciju izvanrednih radnji izvršne vlasti i davanje financijskih sredstava na diskreciju egzekutivi. Alternativa ovome bi po njima trebala biti usvajanje izvanrednih zakona tijekom izvanrednih stanja. Posner i Vermeule poentiraju tvrdnjom da je Kongres svjestan svojih institucionalnih nedostataka – „nedostataka informacija o tome što se događa, nedostatka nadzora nad policijom i vojskom, nemogućnosti brzog i jedinstvenog djelovanja“ - i zbog toga se ograničavaju na izraze podrške ili zabrinutosti.³⁷

Sljedeće što Gardašević izlaže je stav Posnera i Vermeulea o mehanizmu sudbenog nadzora. U razmatranju prikladnosti primjene mehanizma sudbenog nadzora oni razlikuju dvije situacije - situaciju koordinacije između Kongresa i Predsjednika u vezi izvanrednih mjera i situaciju kada egzekutiva djeluje samostalno. Ipak, u oba slučaja smatraju da sudovi trebaju popuštati odlukama političkih grana vlasti. U pogledu situacije koordinacije smatraju da je sudovima jednostavnije popuštati kad postoji zakonska osnova kao izričita suglasnost Kongresa

³⁶ Posner, E. A. i Vermeule, A., *Terror in Balance – Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007., str. 5.-6.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 133.

³⁷ Posner, E. A. i Vermeule, A., op. cit., str. 46.-47.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 134.-135.

za poduzimanje izvanredne mjere od strane egzekutive. Takvi zakoni su mnogobrojni, posebno u odnosu na nacionalnu sigurnost i vanjsku politiku i podrazumijevaju zakonodavnu delegaciju izvanrednih ovlasti izvršnoj vlasti. Posner i Vermeule u ovoj situaciji ističu i ekspertni argument da opravdaju sudsko samo-ograničavanje i tvrde da sucima nedostaje kompetentnosti da procjene egzekutivne izvanredne politike kad se susretnu s njima u svom radu, i zato se oslanjaju na traženje zakona kojima je Kongres odobrio takvu politiku. Ekspertni argument oni koriste i za opravdanje svoje hipoteze u drugoj situaciji. Njihova hipoteza je ova: „sudovi i Kongres u vrijeme izvanrednih stanja popuštaju egzekutivi upravo stoga što su njihove institucionalne prednosti koje imaju u normalnim vremenima, u vrijeme izvanrednih stanja prevladane egzekutivnim prednostima.“ Idu čak i korak dalje u tvrdnji da je egzekutivno djelovanje bez zakonske autorizacije više rezultat nedjelovanja Kongresa nego želje za egzekutivnim presizanjem. Sudovi prema tome nemaju razloga kongresnu šutnju tretirati kao signal da je egzekutivna akcija sumnjiva.³⁸ Ovdje Posner i Vermeule kritiziraju i odluku Vrhovnog suda u predmetu Steel seizure, koja je suprotna njihovom argumentu i ograničava djelovanje izvršne vlasti mogućim djelovanjem Kongresa. Oni smatraju da ta odluka ne može predstavljati autoritativno tumačenje jer se radi o odluci koje je donesena nakon krize, a ne u trenutku njezina najjačeg učinka.³⁹

Michael Stokes Paulsen u članku „The Constitution of Necessity“ predstavlja teoriju o nad-ustavnom pravilu, kojeg prihvaća i sam Ustav, koje u izvanrednim stanjima nužde isključuje ustavna pravila. Postojanje takve konstrukcije nastaje iz potrebe Ustava i ustavnog poretka za samo-održanjem, koje zahtijeva da se određene odredbe Ustava ukinu da bi se Ustav i ustavni poredak mogli održati. Paulsen to slikovito predstavlja tvrdnjom da Ustav nije pakt o samoubojstvu. Paulsen smatra da Ustav odluke o ustavnom tumačenju, prioritetima i nuždi daje u ovlast Predsjedniku, a temelj toga je u tekstu predsjedničke zakletve o dužnosti održanja, zaštite i obrane Ustava SAD-a. Dakle, teza je da Ustav stvara ili priznaje „ustavno pravo nužnosti“ i daje Predsjedniku primarnu dužnost primjene tog prava i procjene stupnja nužde s obzirom na okolnosti.⁴⁰ Iako Paulsen tvrdi da Predsjednikove ovlasti u ovom slučaju nisu nužno automatski plenarne i bez nadzora, jer ni Kongres niti sudovi nisu bez uloge u izvanrednim stanjima⁴¹, ipak je mogućnost punog praktičnog ostvarivanja doktrine egzekutivnog

³⁸ Posner, E. A. i Vermeule, A., op. cit., str. 48.-49. i 53.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 135.-136.

³⁹ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 136.

⁴⁰ Paulsen, Michael Stokes, The Constitution of Necessity, Notre Dame Law Review, vol. 79, no. 4, July 2004, str. 1257.-1258.

⁴¹ Ibid., str. 1259.

unilateralizma povećana ukidanjem određenih ustavnih odredaba i guranjem Predsjednika u prvi plan.

2. OSTALE TEORIJE

2.1. Civilni libertarijanizam

Na krajnjoj točki suprotno egzekutivnom unilateralizmu je doktrina civilnog libertarijanizma. Michel Rosenfeld definira poziciju ove doktrine o tome kako rješavati konflikte između slobode i sigurnosti u vremenima krize ovako: „civilni libertarijanski maksimalizam, koji u vremenima krize zahtijeva isto sudsko balansiranje kao i u redovnim stanjima.“⁴² Gardašević tvrdi kako ova doktrina zahtijeva striktno poštovanje načela diobe vlasti u okviru kojeg donošenje odluke o ograničenjima prava i sloboda pripada svim institucijama koje jedne prema drugima nastupaju kao kočnice i ravnoteže kao i u redovnim okolnostima, , uz dodatno isticanje posebne uloge sudova. Dalje Gardašević navodi da sudbeni nadzor u ovoj doktrini znači i specifičan zahtjev izravnog sudskog balansiranja između potreba zaštite nacionalne sigurnosti s jedne te potreba zaštite ustavnih prava s druge strane.⁴³ Ako egzekutivni unilateralizam primat u situacijama izvanrednih stanja daje izvršnoj grani vlasti, civilni libertarijanizam taj primat daju sudbenoj vlasti. Po svemu navedenom, civilni libertarijanizam pripada u modele redovitog stanja, prema raspodjeli modela odgovora na stanja nacionalne krize autora Grossa i Ni Aolaina. Taj model zastupa ideju ustavnog apsolutizma, brani izmjenu Ustava radi prilagodbe potrebama izvanrednih stanja i smatra da bi Ustav u izvanrednim stanjima trebao biti isti kao u redovnim. Glavni predstavnici ovog smjera su D. Cole i G. R. Stone.⁴⁴

2.2. Procesno-bazirani institucionalni pristup

Procesno-bazirani institucionalni pristup, kao srednji pristup između dva ranije navedena, Rosenfeld opisuje kao onaj koji zahtijeva koordinaciju između Kongresa i Predsjednika. Po Rosenfeldu, jedna od razlika između doktrina je što civilni libertarijanizam uključuje sudsko balansiranje, a ostale dvije doktrine ga ne podrazumijevaju. Dalje Rosenfeld navodi da ga egzekutivni unilateralizam potpuno isključuje, a procesno-bazirani institucionalni pristup možda ne isključuje potpuno, ali se prvenstveno oslanja na ne-sudbeno balansiranje, na kočnice i ravnoteže između zakonodavne i izvršne vlasti.⁴⁵ Issacharoff i Pildes izlažu mišljenje

⁴² Rosenfeld, M., op. cit., str. 2081.-2082.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 101.

⁴³ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 108.-109.

⁴⁴ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 135.-145.

⁴⁵ Rosenfeld, M., op. cit., str. 2081.-2082.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 101.

da su kroz procesno-bazirani institucionalni pristup sudovi nastojali odgovornost za teške odluke u vrijeme izvanrednih stanja prebaciti sa sebe na zajedničku akciju demokratskih grana vlasti.⁴⁶ Gardašević smatra da pristalice ove doktrine rješenje traže prvenstveno u pravilnoj izvanrednoj koncepciji mehanizma diobe vlasti te primat u tom smislu daje zakonodavnom tijelu. Dalje Gardašević navodi da sudbeni nadzor unutar ove doktrine ograničen je na ispitivanje postupovnih pitanja, odnosno procjenu postoji li valjana koordinacija između Kongresa i Predsjednika u vrijeme izvanrednog stanja. Balansiranje između zahtjeva nacionalne odgovornosti i zahtjeva ustavnih prava i sloboda nije dano sudovima, već političkim granama vlasti, Predsjedniku i Kongresu.⁴⁷ Po tome, procesno-bazirani institucionalni pristup pripada u modele izvanredne ustavne akomodacije, kao i egzekutivni unilateralizam. Glavni predstavnici ove doktrine su B. Ackerman, S. Issacharoff i R. H. Pildes i C. R. Sunstein.⁴⁸

2.3. Modeli izvan-pravnog djelovanja

Gardašević navodi da je pri prikazu ovih modela bitno uočiti karakteristiku koja ih spaja s egzekutivnim unilateralizmom. Ta karakteristika je njihova zajednička kritika kako mehanizma diobe vlasti tako i sudbenog nadzora. Zbog te karakteristike je nekad teško odrediti strogu granicu između ova dva smjera, pa Gardašević smatra da je u tom cilju nužno primijeniti razlikovanje između relativističke i liberalne pozicije, koje je ponudio J. Lobel. Gardašević tvrdi da se ovi modeli svojim razmatranjima najviše približavaju poimanju izvanrednih stanja kao stanja izuzetka. Teorija stanja izuzetka tvrdi da je cjelinu izvanrednih mjera i ovlasti potpuno nemoguće unaprijed pravno regulirati, i da stoga titular izvanrednog stanja u ekstremnim situacijama nužde mora djelovati izvan prava ili Ustava.⁴⁹ Najznačajniji model postupanja u izvanrednom stanju putem izvan-pravne ili izvan-ustavne mogućnosti izvanrednog djelovanja razvili su O. Gross i F. Ni Aolain. Gardašević ističe kako oni izravno kritiziraju i mehanizam diobe vlasti i mehanizam sudbenog nadzora. Mehanizam sudbenog nadzora kritiziraju zbog sklonosti sudskog podržavanja vladine pozicije kroz pozivanje na doktrinu o političkim pitanjima i nedostatak prava na aktivnu legitimaciju da ne bi morali

⁴⁶ Issacharoff, S. i Pildes, R. H., op. cit., str. 161.-162.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 100.-101.

⁴⁷ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 109.

⁴⁸ Ibid., str. 145.-152.

⁴⁹ Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, op. cit., str. 152.-153.

meritorno odlučivati na postavljeno pitanje, ili kroz podržavanje vladine pozicije kao meritorne odluke. Dodatna kritika je da je sudsko popuštanje ili samo-ograničavanje dodatno istaknuto dok izvanredno stanje traje. Mehanizam diobe vlasti kritiziraju prvenstveno zbog neučinkovitosti s nekoliko stajališta. Prvo, efektom okupljanja oko zastave kojeg odlikuje zajedništvo u vrijeme izvanrednog stanja se stvara nacionalni konsenzus oko način reakcije na izvanredno stanje, a time i konsenzus legislative i egzekutive koji rezultira davanjem širokih i ekspanzivnih autorizacija i ovlasti izvršnoj vlasti i to bez odgađanja. Drugo, važnost ekspertnog argumenta o superiornosti egzekutive u izvanrednim stanjima može navesti Kongres na značajno popuštanje. Treće, s aspekta stranačke politike, obična stranačka politika i konflikti iz redovnog stanja se stavljaju po strani u vrijeme izvanrednog stanja i neizbježno vode do usvajanja političkih prijedloga koje predlaže egzekutiva. Gardašević diferencira Grossa i Ni Aolain od egzekutivnog unilateralizma zbog njihovog opravdavanja izvan-pravnog djelovanja bez pozivanja na inherentne ovlasti, i zbog određene, iako ograničene uloge legislative i sudstva prema egzekutivi. Gross i Ni Aolain smatraju da model izvan pravnog djelovanja „uvodi mogućnost prema kojoj javni dužnosnici mogu djelovati izvan-pravno kada vjeruju da je takva akcija nužna za očuvanje nacije i javnosti suočene s propašću,“... „pod uvjetom da pritom otvoreno i javno priznaju prirodu svojih akcija.“⁵⁰

3. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA

3.1. United States v. Curtiss-Wright Export Corp.⁵¹

⁵⁰ Gros, O. i Ni Aolain, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006., str. 63.-65., 134.-142. i 111.-112.; navedeno prema Gardašević, Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, op. cit., str. 153.-155.

⁵¹ *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936)

Curtiss-Wright Export Corporation je tvrtka koja se prije ovog spora bavila izvozom vojnih vozila, opreme i oružja. Konkretno, ono što je bitno za slučaj je prodaja vojne opreme Boliviji koja je bila uključena u Chaco rat. Chaco rat se vodio od 1932. do 1935. između Bolivije i Paragvaja za sjeverni dio regije Gran Chaco, za koji se pretpostavljalo da je bogat naftom.

Protiv Curtiss-Wright korporacije je podignuta optužnica od strane SAD-a, u kojoj se navodi da je spomenutom prodajom prekršila proglas Predsjednika Franklina Delana Roosevelta o embargu na prodaju vojne opreme zaraćenim stranama. Proglas je donesen 1934. na temelju zajedničke rezolucije Predstavničkog doma i Senata Kongresa SAD-a. Zajednička rezolucija je dala Predsjedniku ovlast određivanja embarga na isporuku oružja zaraćenim stranama, ako utvrdi da bi to moglo pridonijeti uspostavi mira među njima. Proglas o embargu je ukinut nakon rata novim predsjedničkim proglasom.⁵²

Predstavnici Curtiss-Wright korporacije su osporavali legitimitet zajedničke rezolucije Kongresa i proglaša Predsjednika. Argumentirali su da optužnica nije prezentirala dovoljno činjenica koje ukazuju na kršenje ikojeg zakona SAD-a, a da proglas i zajednička rezolucija nisu više na snazi, niti su primjenjivi. Dodatno tvrde da ukidanje prvog predsjedničkog proglaša koji određuje embargo kasnijim proglasom predstavlja i ukidanje mogućnosti snošenja odgovornosti zbog kršenja prvog proglaša. Sljedeći smjer argumentacije je bio da uopće nisu postojale činjenične okolnosti da Predsjednik na temelju zajedničke rezolucije donese proglas. Podnositelji zahtjeva su kao zadnji argument naveli da je Kongres zajedničkom rezolucijom prekršio načelo diobe vlasti i doktrinu ne-delegacije, koja zabranjuje delegaciju zakonodavnih ovlasti izvršnoj vlasti.⁵³

3.1.1. Većinsko mišljenje i odluka

U prvoj točki odluke Vrhovnog suda navedeno je da zajednička rezolucija Kongresa nije protu-ustavna delegacija ovlasti zakonodavca izvršnoj vlasti. Vrhovni sud smatra da se ovlasti federalne vlade u resoru vanjskih poslova razlikuju u prirodi i podrijetlu od ovlasti u resoru unutarnjih poslova. Ta se razlika odnosi na način ustavne dodjele ovlasti u tim resorima. Što se tiče ovlasti u resoru unutarnjih poslova, federalna Vlada može upotrebljavati samo one ovlasti koje su Ustavom enumerirane i izričito dodijeljene, kao i ovlasti koje su potrebne i prikladne za realizaciju enumeriranih ovlasti. Svrha takve enumeracije u vrijeme stvaranja

⁵² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/304/>

⁵³ Ibid.

Ustava bila je prijenos određenih poželjnih zakonodavnih ovlasti s pojedinih država na Vladu. Sve ovlasti koje nisu oduzete državama i izrijekom dane u federalnu nadležnost, ostaju i dalje državama. Odvajanjem američkih kolonija od Velike Britanije, ovlasti vanjske suverenosti nisu prešle na kolonije pojedinačno, nego skupno, u njihovom svojstvu Sjedinjenih Američkih Država. To su ovlasti objave i vođenja rata, zaključivanja mirovnih ugovora, sklapanja međunarodnih ugovora, održavanja diplomatskih odnosa s drugim suverenim entitetima. Davanje vanjske suverenosti Vladi nije ovisilo o tekstu Ustava, već je Ustav samo kvalificirao upotrebu vanjske suverenosti. Unija američkih država je postojala i prije Ustava. Slijedom toga, Vrhovni sud tvrdi da države pojedinačno nikada nisu posjedovala međunarodne ovlasti, i u pogledu vanjskih poslova se smatraju jedinstvenom zajednicom. Predsjednik je jedini organ federalne Vlade zadužen za međunarodne odnose, on je ustavni predstavnik SAD-a u odnosima s drugim državama. Priroda tih odnosa zahtijeva oprez i jednoobraznost, a njihov uspjeh nerijetko ovisi i o tajnosti koju može pružiti samo izvršna grana vlasti. S obzirom na prirodu resora i svojstvene ovlasti Predsjednika u vanjskim poslovima, Kongres bi u svakom zakonskom uređivanju ovog resora trebao osigurati Predsjedniku visoki stupanj diskrecije i slobode, koji ne bi bilo dopušten u unutarnjim poslovima. Vrhovni sud posebno napominje da Predsjednik u ovom slučaju svoje ovlasti ne crpi samo iz zakonodavne delegacije, već i iz svojoj funkciji svojstvenih plenarnih i isključivih moći osiguranih u Ustavu. Razlika između vanjskih i unutarnjih poslova vlade je prepoznata i u odnosima obaju domova Kongresa s odjelima izvršne vlasti. Neprekinuta zakonodavna praksa davanja Predsjedniku ovlasti koje se tiču uređivanja izvoza i embarga od osnutka federalne vlade podržava zaključak da osporavana zajednička rezolucija nije protu-ustavna delegacija ovlasti.⁵⁴

Zaključno, Vrhovni sud utvrđuje da ukidanje Predsjednikovog proglašenja nakon Chaco rata nema učinak poništavanja zajedničke rezolucije, niti poništavanja kaznenog progona i kažnjavanja zbog djela kojima je prekršen proglas za vrijeme dok je bio na snazi. Prije proglašenja, zajednička rezolucija je bila latentan zakon, čekajući situaciju i uvjete koji bi ga aktivirali. Predsjednik svojim činjenjem ili nečinjenjem nije mogao poništiti potencijalni učinak rezolucije. To je mogao učiniti samo Kongres. Stvarni razvoj događaja i Predsjednikov proglas, nisu stvorili zakon, već su mu dali pravni učinak. Učinak drugog Predsjednikovog proglašenja bio uklanjanje uvjeta koji omogućuje izvršenje tog latentnog zakona, zajedničke rezolucije.⁵⁵

⁵⁴ United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S., 305-306, 315-316, 320 (1936)

⁵⁵ United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S., 330-333 (1936)

3.1.2. „Curtiss-Wright“ i egzekutivni unilateralizam:

Roy Brownell u članku „The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence“ predstavlja kritiku odluke Vrhovnog suda. Pitanja na koja je Sud trebao dati odgovor su legitimitet kongresne delegacije i širina delegacije u resoru državne sigurnosti. Brownell smatra da je Sud nepotrebno išao dalje od tih pitanja i upustio se u raspravu o ustavnoj teoriji.⁵⁶ Argumentaciju Vrhovnog suda o prelasku vanjske suverenosti s britanskog monarha na Predsjednika SAD-a smatra pravno neutemeljenom, a pokušaj opravdanja političkim faktorima neprikladnim.⁵⁷ Što se tiče teorije inherentnih ovlasti, Brownell smatra da je odluka u ovom predmetu dala izričito priznanje teoriji inherentnih ovlasti Predsjednika.⁵⁸ Druga čvrsta točka odluke Suda, uz priznanje teorije inherentnih ovlasti, je priznavanje dihotomije između resora državne sigurnosti i unutarnjih poslova.⁵⁹ Oba instituta su do donošenja odluke bila utvrđena u američkoj ustavnoj teoriji. Najznačajnija kritika Sudu je upućena zbog tvrdnje o Predsjedniku kao jedinom organu i plenarnim ovlastima u području državne sigurnosti, koja je u suprotnosti s ustavnim tekstom. Ustav daje i Kongresu mnoge ovlasti u tom resoru, a Sud je to zanemario i dao Predsjedniku neproporcionalno široke ovlasti nauštrb Kongresa.⁶⁰

Vrhovni sud je u odluci u ovom predmetu jasno definirao razliku između predsjedničkih ovlasti u resoru vanjskih poslova i u resoru unutarnjih poslova. Predsjedniku su ovlasti iz resora vanjskih poslova Ustavom dodijeljene u nadležnost. Ovdje je očita primjena mehanizma diobe vlasti kako bi se uredilo poduzimanje odluka u izvanrednim stanjima. U resoru vanjskih poslova je egzekutivni unilateralizam u određenoj mjeri ostvaren. Vrhovni sud je priznao mogućnost zakonodavne regulacije resora, ali ju je snažno ograničio zahtjevom osiguranja široke diskrecije Predsjedniku u donošenju odluka. Vrhovni sud koristi i ekspertni argument egzekutivnog unilateralizma da bi potvrdio takav status Predsjednika u ustavnoj podjeli ovlasti. Odlukom je Sud praktički utvrdio da bi Predsjednik mogao poduzeti mjeru (proglašenje embarga) i bez zajedničke rezolucije, jer mu ta ovlást pripada po Ustavu, pa čak i da nije propisana Ustavom.

⁵⁶ Brownell, Roy E. II., *The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence*, *Journal of Law & Politics*, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline, str. 16.-17.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 27.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 39.

⁶⁰ Brownell, Roy E. II., *The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence*, *Journal of Law & Politics*, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline, str. 40.-41.

Pošto Predsjednik uz svoje ovlasti u ovom resoru ima i podršku Kongresa, ovaj slučaj se svrstava u prvu kategoriju podjele suca Jacksona iz Steel Seizure slučaja. Sud tako u odluci pokazuje i sklonost priznanja inherentnih ovlasti Predsjednika u vanjskim poslovima stajalištem da su te ovlasti izvršne vlasti postojale i prije Ustava. Time Vrhovni sud pristaje uz široko tumačenje drugog članka Ustava o dodjeli plenarnih izvršnih ovlasti Predsjedniku. Ključno je primijetiti kako i većina sudaca Vrhovnog suda pristaje uz teoriju kraljevskog ostatka, putem argumentacije o prelasku izvršnih ovlasti s britanskog monarha na izvršnu granu vlasti SAD-a.

3.2. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer⁶¹

Godine 1952., Predsjednik Truman je izdao izvršnu uredbu kojom je naredio ministru trgovine preuzimanje upravljanja nad većinom pogona za proizvodnju čelika. Razlog uredbe je bio sprječavanje nacionalnog štrajka radnika u čeličanama, za koji je Predsjednik smatrao da će ugroziti obranu federacije zbog mogućnosti posljedičnog nedostatka čelika. Spor između

⁶¹ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952)

radnika i čeličana je nastao oko uvjeta koji su trebali biti uključeni u novi kolektivni ugovor. Uredba nije bila utemeljena na posebnom zakonskom ovlaštenju, već u općim ustavnim i zakonskim ovlastima kao Predsjednika SAD-a i vrhovnog zapovjednika oružanih snaga. U izvršavanju uredbe, ministar je izdao uredbu o preuzimanju čeličana i naredio njihovim predsjednicima da, u skladu s njegovim odredbama i uputama, upravljaju njima kao izvršni menadžeri u službi SAD-a. Predsjednik je o ovim događajima obavijestio Kongres, koji je izostankom reakcije faktički odbio odobriti uredbu.⁶² Kongres je predsjedniku osigurao više posebnih zakonskih opcija za rješavanje ovakvih situacija, a on ih nije odlučio iskoristiti.⁶³

Vlasnici čeličana su tužili ministra trgovine pred federalnim okružnim sudom zbog ilegalnog preuzimanja privatnog vlasništva. Vlada je u obranu Predsjednika i ministra navela da bi zaustavljanje proizvodnje čelika toliko ugrozilo sigurnost države da Predsjednik ima inherentnu ovlast da izda spornu uredbu. Ta ovlast, po Vladi, je poduprta Ustavom, povijesnim presedanima i odlukama sudova. Drugi argument Vlade je da prethodna zabrana mora biti odbijena, jer preuzimanjem nije učinjena nepopravljiva šteta vlasnicima čeličana. Isto tako, Vlada smatra da su postojali drugi pravni lijekovi kojima bi se mogla nadoknaditi šteta koja bi možda nastala. Okružni sud je odredio zabranu preuzimanja, što je žalbeni sud u drugostupanjskom postupku i potvrdio.

Vrhovni sud je odlučio razmatrati ovaj slučaj prvenstveno zbog pitanja ustavne valjanosti izvršne uredbe o preuzimanju privatnog vlasništva. U svojoj odluci Vrhovni sud je potvrdio stajalište prvostupanjskog suda, pravo vlasnika čeličana da preuzmu svoje protupravno preuzeto vlasništvo, kao i pravo na naknadu uzrokovanih troškova.⁶⁴

Vrhovni sud smatra da izvršna uredba nije autorizirana ni od Ustava niti zakona SAD-a, i da je stoga neodrživa. Ne postoji zakon koji eksplicitno ili implicitno ovlašćuje Predsjednika na preuzimanje vlasništva kao u ovom slučaju. Sud se poziva na razmatranje Taft-Hartley zakona u Kongresu, i izričito odbijanje državnog preuzimanja vlasništva kao metode sprječavanja štrajka ili rješavanja radnih sporova. Ovlast Predsjednika na izdavanje ovakve uredbe u okolnostima ovog slučaja nije implicirana u članku 2. Ustava koji navodi njegove ustavne ovlasti. Sporna ovlast, također, ne može biti izvedena niti iz Predsjednikovog statusa vrhovnog zapovjednika oružanih snaga. Vrhovni sud smatra da je ovlast na koju Predsjednik pretendira u ovom slučaju u svojoj biti zakonodavna, i da pripada Kongresu i u vrijeme mira i

⁶² Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952)

⁶³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/>

⁶⁴ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579-580 (1952)

u izvanrednim stanjima opasnosti. Čak i da su ranije predsjednici preuzimali posjed privatnih kompanija bez kongresnog odobrenja, to ne bi značilo da je Kongres izgubio svoju isključivu ustavnu ovlast stvaranja zakona za provedbu ustavnih ovlasti vlade SAD-a, kao i njezinih odjela ili ureda.⁶⁵

3.2.1. Većinsko mišljenje i odluka:

U mišljenju se prvo opisuje činjenično stanje koje je navedeno u početku prikaza ovog slučaja, a zatim pravno razmatranje i obrazloženje odluke. Sudac Black navodi dva ključna pitanja koja su nastala u ovom slučaju. Prvo je pitanje treba li se pitanje ustavne valjanosti Predsjednikove uredbe ispitivati u ovom slučaju u kojem je uredba blokirana već prethodnom zabranom potvrđenom od strane žalbenog suda. Drugo pitanje je spada li izvršna uredba o preuzimanju u ustavne ovlasti Predsjednika, ako se uzme da je odgovor na prvo pitanje potvrđan.⁶⁶

Vrhovni sud smatra da su pitanja naknade štete vlasnicima čeličana gotovo identična. Preuzimanje i vladino upravljanje bi, po mišljenju Vrhovnog suda, rezultiralo velikom štetom koja bi se mogla izmjeriti teško ili nikako. S obzirom na to, kao i na činjenično stanje, Vrhovni sud se slaže s odlukom prvostupanjskog suda i navodi da je bilo ispravno odlučivati o ustavnoj valjanosti izvršnih uredbi.⁶⁷ Time je Vrhovni sud potvrdno odgovorio na prvo pitanje.

Argumentirajući svoje rješenje drugog pitanja, Sud je tumačio da predsjedničke ovlasti izdavanja uredbi moraju biti utemeljene u kongresnom aktu ili samom Ustavu. Međutim, ne postoji ni zakon koji bi ovlastio, niti koji bi implicirao ovlast Predsjednika na preuzimanje privatnog vlasništva na način prisutan u ovom slučaju. Postoje dva zakona koja ovlašćuju Predsjednika na rješavanje sličnih situacija pod određenim uvjetima. Vlada priznaje da ti uvjeti nisu bili ispunjeni, i da Predsjednikova uredba nije utemeljena ni u jednom od tih zakona. Vlada se nije pozvala na Zakon o obrambenoj proizvodnji, smatrajući da je previše nespretna, zapetljan i da zahtijeva previše vremena za primjenu s obzirom na predstojeću krizu. Vlada se nije pozvala ni na Taft-Hartley akt (Zakon o uređivanju radnih odnosa). Kongres je u svom razmatranju amandmana na taj zakon izričito odbio odobriti predloženo državno preuzimanje

⁶⁵ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 580 (1952)

⁶⁶ Ibid., 584

⁶⁷ Ibid., 584-585

vlasništva kao metodu sprječavanja štrajka ili rješavanja radnih sporova.⁶⁸ Time je riješeno pitanje daje li zakon Predsjedniku ovlasti preuzimanja nadzora nad privatnom imovinom.

S obzirom na navedeno, ako je Predsjednik imao ovlast na izdavanje izvršne uredbe, ona bi morala biti navedena u Ustavu. Konkretno, Vlada je argumentirala da je ta ovlast implicirana u članku 2. Ustava koji sadrži skup predsjedničkih ovlasti. Vrhovni sud smatra da se uredba ne može smatrati izvršavanjem ovlasti Predsjednika kao vrhovnog zapovjednika oružanih snaga. Vlada je pokušala argumentirati suprotno, navođenjem slučajeva upotrebe širokih ovlasti vojnih zapovjednika u svakodnevnim sukobima na ratištu, što je Vrhovni sud ocijenio neodrživim. Iako je ratište široko-obuhvatan koncept, Sud smatra neustavnim njegovo korištenje za opravdanje preuzimanja privatnog vlasništva kao sredstva sprječavanja negativnog utjecaja radnih sporova na proizvodnju, u ovom slučaju, čelika. Ta ovlast spada u nadležnost zakonodavca, a ne vojnog zapovjedništva. Takva predsjednička vlast ne može biti izvedena niti iz odredbi Ustava o davanju izvršnih ovlasti Predsjedniku. Po Ustavu, ovlasti Predsjednika kao izvršitelja zakona, isključuju njegove možebitne ovlasti kao stvaratelja zakona. Sporna uredba ne upućuje na izvršavanje politike Kongresa na način određen od Kongresa, već na izvršenje politike Predsjednika, na način određen od samog Predsjednika. Uredbu izdanu na opisan način mogao je izdati samo Kongres svojom zakonodavnom djelatnošću u obliku zakona.⁶⁹

Sudac Douglas u svojem mišljenju navodi mišljenje suca Brandeisa iz predmeta *Myers v. United States*: Doktrina diobe vlasti nije unesena u Ustav da bi se promovirala efikasnost, nego da bi se spriječilo arbitrarno izvršavanje ovlasti i spasilo narod od autokracije.⁷⁰

3.2.2. Mišljenje suca Jacksona:

Iako je posebnost ovog slučaja da su svi suci napisali svoja posebna mišljenja, mišljenje suca R. Jacksona je najrelevantnije i jedno je od najvažnijih za tumačenje problematike odnosa Kongresa i Predsjednika SAD-a. Iako nije većinsko mišljenje, s vremenom je postalo glavno mišljenje u ovom predmetu.⁷¹ Sudac u početku navodi da sveobuhvatne i nedefinirane

⁶⁸ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 585-586 (1952)

⁶⁹ *Ibid.*, 587-589

⁷⁰ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 629 (1952), (Douglas, W., concurring)

⁷¹ Brownell, Roy E. II., *The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence*, *Journal of Law & Politics*, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline, str. 43.

predsjedničke ovlasti predstavljaju ujedno i praktične prednosti i ozbiljne opasnosti za državu. Smatra da su korisna i nedvosmislena rješenja primjenjiva na problematiku izvršne vlasti jako rijetka i teška za tumačenje, a da sudske odluke ne daju odlučna rješenja jer pokušavaju dati odgovore na najšira pitanja na najuži način. Upravljanje državom po Ustavu ne može se regulirati po sudskim definicijama ovlasti pojedine grane vlasti temeljenima na izoliranim slučajevima ili člancima Ustava izvučenima iz konteksta. Ovlasti pojedine grane moraju postojati u međuovisnosti kao i u odvojenosti, u autonomiji, kao i u reciprocitetu. Predsjedničke ovlasti nisu fiksirane nego fluktuiraju ovisno o njihovoj povezanosti ili nepovezanosti s ovlastima Kongresa.⁷² Sudac Jackson daje prikaz svoje tripartitne sheme predsjedničkih ovlasti u praktičnim situacijama u odnosu s Kongresnim ovlastima.

Prva situacija je kad Predsjednik djeluje uz izričito ili implicirano ovlaštenje Kongresa. Njegove ovlasti su tada na svom maksimumu, jer uključuju sve one ovlasti što ih on sam kao Predsjednik posjeduje uz sve one što mu Kongres može delegirati. Samo u tim okolnostima se može reći da on personificira federalnu suverenost. U slučaju da se njegove radnje u ovim okolnostima proglašavaju protu-ustavnim, to obično znači da federalnoj Vladi, kao cjelini, nedostaje političke moći. Da je u ovom slučaju Predsjednik preuzeo čeličane nakon izričitog akta Kongresa, bio bi podržan najjačom pretpostavkom i najširim opsegom sudbene interpretacije, a teret dokazivanja bio bi na onome koji bi napadao preuzimanje.⁷³

Druga situacija se odnosi na radnje Predsjednika bez odobrenja Kongresa ili bez izričitog odbijanja autorizacije na tu radnju. U tom se slučaju on može osloniti samo na svoje neovisne ovlasti, ali tada postoji situacija zone sumraka u kojoj možda postoji istovremena nadležnost Kongresa, ili situacija u kojoj je dioba vlasti neodređena. Tako ravnodušnost ili šutnja Kongresa mogu omogućiti neovisnu predsjedničku odgovornost u pojedinim situacijama. U tom području, ispitivanje ovlasti ne ovisi o apstraktnim pravnim teorijama, već o činjenicama samog slučaja i procjenama u stvarnom vremenu.⁷⁴

Treća situacija predstavlja Predsjednikovo poduzimanje radnji koje su u suprotnosti s izričitim ili impliciranim voljom Kongresa. Tada je moć Predsjednika na svom najslabijem položaju, jer se oslanja samo na svoje ustavne ovlasti, bez podrške koje nude ovlasti Kongresa. Sudovi onda mogu omogućiti isključivu predsjedničku kontrolu samo onemogućavanjem

⁷² *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 634-635 (Jackson, R., concurring) (1952)

⁷³ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 635-637, (Jackson, R., concurring) (1952)

⁷⁴ *Ibid.*, 637

Kongresa da postupa u istom slučaju. Pretenzija Predsjednika na postupanje u ovoj situaciji mora biti oprezno ispitana, jer o tome ovisi balans ustavnog sustava SAD-a.⁷⁵

Federalna Vlada je izričito priznala da Predsjednik nije imao potporu Kongresa za spornu uredbu u ovom slučaju, pa preuzimanje čeličana ne može nikako spadati u prvu grupu situacija. Nadalje, situacija ne može spadati nikako ni u drugu grupu, jer Kongres nije preuzimanje privatnog vlasništva ostavio neuređenim, nego je propisao tri zakonska puta koja ga isključuju u ovoj situaciji. U slučaju da je potrebno osiguranje opskrbe same Vlade, postoje dva načina: prvi je preuzimanje tvornice koja odbija postupati po uredbama Vlade; drugi je oduzimanje pogona i privremena upotreba putem instituta izvlaštenja. Treći zakonski put je relevantan u slučaju kad je ugrožena cjelokupni ekonomski sustav države. Niti jedan od navedenih puteva nije iskorišten. Predsjednik ne može time što je odabrao drukčiji put tvrditi da je on na to bio primoran ili pozvan izostankom zakonskih mogućnosti.⁷⁶

Ovakva situacija ostavlja samo mogućnost da se predmetno preuzimanje podvede pod treću grupu, u kojoj bi ga podržao samo ostatak izvršnih ovlasti nakon eliminacije Kongresnih ovlaštenja. To bi značilo da je preuzimanje tvornica pred štrajkom isključivo u nadležnosti Predsjednika, a izvan nadležnosti Kongresa. Time je Predsjednik najranjiviji i najotvoreniji napadima na ustavnost njegovih radnji.⁷⁷

Jackson, nadalje, smatra da članak treći Ustava ne daje Predsjedniku sve moguće izvršne ovlasti slične prerogativi britanskog kralja, nego samo one generične izvršne ovlasti koje su spomenute u članku. Sama dikcija Ustava koja navodi određene izvršne ovlasti pobija, po Jacksonu, tezu o svim mogućim izvršnim ovlastima Predsjednika. To, naravno, ne znači da Predsjednik ima samo rigidne enumerirane izvršne ovlasti, nego da na tako određene ovlasti treba razumno primijeniti određeni interpretativni elasticitet.⁷⁸

Sudac Jackson odbacuje i argument da je Predsjednik imao ovlast za preuzimanje čeličana po svom Ustavom definiranom položaju vrhovnog zapovjednika oružanih snaga. Široke nekontrolirane ovlasti Predsjednika u vanjskim poslovima nikako se ne protežu na područje unutarnjih poslova. Ustav nije ovlastio Predsjednika da bude i zapovjednik države, njene industrije i stanovnika. Predsjednik nema monopol ratnih ovlasti. Kongres mu ne može oduzeti ulogu vrhovnog zapovjednika vojske i mornarice, ali mu jedino Kongres može dati

⁷⁵ Ibid., 637-638

⁷⁶ Ibid., 638-639

⁷⁷ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 640, (Jackson, R., concurring) (1952)

⁷⁸ Ibid., 640

mornaricu i vojsku da njima zapovijeda, po svojim ustavnim ovlastima. Ratne ovlasti Predsjednika, također, ni u kojem slučaju ne znače da je on ovlašten istisnuti Kongres u području unutarnjih poslova, što je očito i iz Ustava i same povijesti. Time je određena bitna granica predsjedničkih ovlasti. Jackson ovdje daje za primjer Treći amandman Ustava, koji zabranjuje vojnicima da, kako u vrijeme rata tako i mira, bez pristanka vlasnika borave u kući civila, osim ako je tako propisano zakonom. To znači, da čak i u vrijeme rata, Kongres ograničava Predsjednika u području unutarnjih poslova. Kongres, a ne Predsjednik, bi trebao kontrolirati upotrebu ratnih ovlasti kao sredstva nacionalne politike. Svrha Predsjednika kao vrhovnog zapovjednika je civilna kontrola vojske, a ne podređivanje predsjedničkog ureda vojsci. Široko korištenje neograničenih ratnih ovlasti bi moglo dovesti do zaobilaska načela diobe vlasti.⁷⁹

Treća klauzula u kojoj Vlada pronalazi ovlast na preuzimanje tvornica čelika je u ovlastima Predsjednika na brigu o pravilnom izvršavanju zakona. Ta ovlast, Jackson tvrdi, mora biti povezana s tekstem Petog amandmana na Ustav koji kaže da niti jedna osoba neće biti lišena života, slobode ili vlasništva bez zakonskog postupka. Bilo koja mjera mora biti utemeljena u zakonu. Iz ovoga se vidi princip vladavine zakona, vladavine prava i sistem u kojem se građani SAD-a podčinjavaju vladarima koji su sami ispod zakona.⁸⁰ Kao što je ranije navedeno, u ovom slučaju taj uvjet nije ispunjen.

Vlada je posljednje utočište za opravdanje preuzimanja pronašla u teoriji o inherentnim ovlastima koje nikada nisu izričito dane Predsjedniku, nego ih je on prikupio kroz običaje prethodnih administracija. Tvrdnja Vlade je da ta inherentna ovlast znači ovlast nošenja s krizama i izvanrednim stanjima u skladu s nužnostima slučaja, uz to da nužnost ne poznaje pravo, da je pravo isključeno nužnošću. Jackson odbacuje i ovaj smjer opravdanja preuzimanja. Po Jacksonu, usporedba okolnosti ovog slučaja i Rooseveltova preuzimanja iz 1941., na kojeg sugerira Vlada, ne može dovesti do zaključka da taj slučaj predstavlja ni presedan, niti autorizaciju za preuzimanje o ovom slučaju.⁸¹

Jackson uspoređuje primjere izvanrednih ovlasti u drugim državama i zaključuje kako su te ovlasti sukladne slobodnoj Vladi samo kad kontrola nad njima pripada drugom tijelu, a ne tijelu izvršne vlasti koje ju izvršava. To osiguranje bi bilo poništeno kad bi prihvatili koncept inherentnih ovlasti. Jackson se ovdje osvrće na svoje iskustvo i zaključuje kako rizici do kojih

⁷⁹ Ibid., 641-646

⁸⁰ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 646, (Jackson, R., concurring) (1952)

⁸¹ 646-650

bi dovelo takvo tumačenje inherentnih ovlasti, nije opravdano niti jednom stvarnom nužnošću, već bi samo bilo pogodnost za izvršnu granu vlasti. U praksi Vlade SAD-a, već je evoluirala tehnika unutar ustavnog okvira kojom redovne izvršne ovlasti mogu biti proširene u slučaju krize. Kongres može, a i dodijelio je izvanredne ovlasti koje su latentne u redovnom stanju, ali ih izvršna vlast može aktivirati u vrijeme rata ili stanja nacionalne nužde. Ovime se osigurava vladavina prava. Jackson se ne slaže s mišljenjem da bi takve ovlasti trebale biti dostupne izvršnoj vlasti bez zakonske delegacije. Izvršna radnja ovog slučaja, preuzimanje tvornica, je utemeljena samo u individualnoj volji predsjednika, i predstavlja vršenje vlasti bez zakona. Predsjednik nema ovlast koju prisvaja od Kongresa. Jedine legislativne ovlasti koje on ima su prijedlog zakona i predsjednički veto i nema ovlaštenje da ide preko njih.⁸²

3.2.3. „Youngstown“ i egzekutivni unilateralizam:

Michael Stokes Paulsen u članku „Youngstown Goes to War“ predstavlja koliki je značaj i utjecaj ove odluke. Sud je odlučio da Predsjednik kao glava izvršne vlasti ne smije izvršavati zakone koje je sam donio izvršnim uredbama, ne smije zakonski razraditi svoje ustavne ovlasti i nema zakonodavnih ovlasti osim onih navedenih na kraju posljednjeg paragrafa.⁸³ Paulsen navodi da ništa od ovoga nije u to vrijeme bilo očito ili neizbježno. Sud je možda prvi put u povijesti odlučio protiv Predsjednika u pitanjima njegovih ustavnih ovlasti⁸⁴ i ukinuo izvršnu uredbu u vrijeme rata, a najznačajnije je možda što je to predsjednik Truman prihvatio i poslušao.⁸⁵ Paulsen smatra da je Youngstown visoko relevantan u pitanjima ratnih ovlasti, konkretno u podjeli i odnosu tih ovlasti između Predsjednika i Kongresa.⁸⁶ Odluka je utvrdila da predsjedničke ovlasti kao glave izvršne vlasti i vrhovnog zapovjednika ne predstavljaju egzekutivni unilateralizam za donošenje zakona u vrijeme rata. Ustav je brana takvog preuzimanja ovlasti od strane Predsjednika, a sudbena grana vlasti ga u tu svrhu primjenjuje i aktivira kao branu.⁸⁷

Roy Brownel uzima u analizi ovog predmeta mišljenje suca Jacksona kao glavno, i navodi da su prednosti mišljenja, u odnosu na predmet Curtiss-Wright, u tome što je sukladnije

⁸² Ibid., 650

⁸³ Paulsen, Michael Stokes, Youngstown Goes to War, Constitutional Commentary, vol. 19, no. 1, Spring 2002, HeinOnline, str. 216.

⁸⁴ Ibid., str. 217.

⁸⁵ Ibid., str. 218.

⁸⁶ Paulsen, Michael Stokes, Youngstown Goes to War, Constitutional Commentary, vol. 19, no. 1, Spring 2002, HeinOnline, str. 221.

⁸⁷ Ibid., str. 257.

tekstu Ustava u pogledu podjeli ovlasti između Predsjednika i Kongresa u resoru državne sigurnosti.⁸⁸ Podbačaj Jacksonova mišljenja je u tome što je u njemu propustio inkorporirati dobre strane odluke u Curtiss-Wrightu u tripartitnu shemu odnosa Kongresa i Predsjednika, konkretno dihotomiju između državne sigurnosti i unutarnjih poslova i inherentne ovlasti Predsjednika.⁸⁹

U ovom slučaju je Vrhovni sud obradio drugu stranu problematike koja je bila tema u slučaju US vs. Curtiss-Wright, konkretno ovlasti Predsjednika koje se tiču unutarnjih poslova i delegaciju zakonodavnih ovlasti s Kongresa na Predsjednika. Sud je u većinskom mišljenju ovog slučaja odredio čvrstu granicu egzekutivnom unilateralizmu. Kao ograničenje u ovom slučaju se pojavljuje mehanizam diobe vlasti. Sudac Black u tom smislu navodi da je doktrina diobe vlasti unesena u Ustav baš da bi se spriječio egzekutivni unilateralizam, to jest, arbitrarno izvršavanje ovlasti i time spasilo narod od autokracije. Izričito je odbačena tvrdnja o inherentnim ovlastima Predsjednika u resoru unutarnjih poslova, kao i implicirane ovlasti u tom resoru koje bi izvirale iz širokog tumačenja članka drugog Ustava o ovlastima Predsjednika. Vrhovni sud je odluku o preuzimanju privatnog vlasništva, tvornica u ovom slučaju, ocijenio kao isključivo zakonodavnu djelatnost. Predsjednik može poduzimati takve mjere jedino ako mu je zakonom izričito delegirana takva ovlast. Presuđeno je i da takva ovlast Predsjednika ne može proizlaziti niti iz njegovog statusa vrhovnog zapovjednika oružanih snaga. Kongres je Predsjedniku delegirao takve ovlasti pod određenim uvjetima u zakonima koje on u ovom slučaju nije iskoristio, već se odlučio oslanjati na svoje ustavne ovlasti u izvanrednom stanju nacionalne nužde. Takav egzekutivni unilateralizam je rezolutno odbačen od strane Vrhovnog suda. Dodatno, određene odluke Predsjednika je Kongres u prošlosti naknadno ratificirao, a u ovom slučaju je to odbio učiniti, jer je zadiranje u mehanizam diobe vlasti ocijenjeno preznačajnim.

Suglasno mišljenje suca Jacksona je posebno relevantna ostavština Steel seizure slučaja, a tiče se i doktrine egzekutivnog unilateralizma. Trodioba odnosa Kongresa i Predsjednika koji se tiču podijeljenih ovlasti između tih institucija je najvažniji dio toga mišljenja. Ta trodioba predstavlja prikaz praktične situacije primjene mehanizma diobe vlasti, i ograničenje egzekutivnog unilateralizma. Egzekutivni unilateralizam je ograničen jer, kako kaže Jackson,

⁸⁸ Brownell, Roy E. II., *The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence*, *Journal of Law & Politics*, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline, str. 47.-48.

⁸⁹ *Ibid.*, 48.-49.

predsjedničke ovlasti nisu fiksirane nego fluktuiraju ovisno o njihovoj povezanosti ili nepovezanosti s ovlastima Kongresa. Što je manja povezanost između domena ovlasti dviju institucija, to je potencijal egzekutivnog unilateralizma u postupanju veći. S druge strane, što se postupanje Predsjednika približava domeni ovlasti Kongresa, to je on ograničeniji u postupanju, i treba mu zakonska podloga takvog postupanja, ili barem implicitno pristajanje Kongresa na takvo postupanje. U situacijama kad Predsjednik postupa u suprotnosti s voljom Kongresa, njegov unilateralizam može održati na snazi samo mehanizam diobe vlasti, konkretno sudovi mogu dati odluku u isključivu nadležnost Predsjednika, a a onemogućiti postupanje Kongresa. Egzekutivni unilateralizam se, i po Jacksonu, ne može opravdati ni ratnim ovlastima Predsjednika. Ovdje Predsjednika ponovno koči mehanizam diobe vlasti koji je pretpostavljen ratnim ovlastima i one ga ne mogu zaobići. Konačna granica doktrine egzekutivnog unilateralizma izvršne vlasti je vladavina prava, koja znači podređivanje i same izvršne vlasti Ustavu i zakonima.

3.3. Hamdi v. Rumsfeld⁹⁰

Godine 2001. Yaser Esam Hamdi je zarobljen u Afganistanskom ratu i predan vojsci SAD-a. Hamdi je bio građanin SAD-a, rođen u Louisiani, ali od 1980. je živio u Saudijskoj Arabiji. Klasificiran je i pritvoren kao neprijateljski borac zbog sumnje za suradnju s Talibanima, prvo u Afganistanu, a onda u zaljevu Guantanamo. Kad se saznalo njegovo državljanstvo, Hamdi je prebačen u mornaričke zatvore u Virdžiniji i Južnoj Karolini. Podloga za klasifikaciju neprijateljskog borca je Autorizacija o upotrebi vojne sile, zakon donesen nakon terorističkih napada 11. rujna 2001. Predsjednik je njime dobio ovlasti korištenja sve nužne i prikladne prisile protiv nacija, organizacija ili osoba za koje smatra da su planirali, odobrili, počinili ili pomogli u izvođenju terorističkih napada 11. rujna 2001. Vlada je tvrdila da status neprijateljskog borca opravdava neograničen pritvor bez formalne optužbe ili postupka sve dok traje sukob. Vlada je priložila i Mobbsovu deklaraciju. Sastavljač tog dokumenta, Michael

⁹⁰ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)

Mobbs, je službenik Ministarstva obrane. Deklaracija navodi detalje na osnovi kojih je Hamdi klasificiran kao neprijateljski borac, razgovore s njim i okolnosti uhićenja.⁹¹

Nakon toga njegov otac, u Hamdijevo ime, podnosi prijedlog za izvršenje naloga za zaštitu prava. Pravo čija se zaštita osigurava tim nalogom je pravo uhićenika da u određenom roku bude optužen i predan sudu, ili oslobođen. U prijedlogu je osporena zakonska utemeljenost pritvora, uz tvrdnju da kao američki državljanin, Hamdi uživa punu zaštitu Ustava i da taj izvan-sudski pritvor bez optužbe, bez pristupa nepristranom sudu i odvjetniku krši odredbe Petog i Četrnaestog amandmana na Ustav. Osparava se i Mobbsova deklaracija, tvrdnjom da je to dokaz tipa „rekla-kazala“. Traži se: 1. dodjela odvjetnika, 2. uredba o prestanku ispitivanja pritvorenika, 3. objava da je sporni pritvor kršenje Petog i Četrnaestog amandmana, 4. zakazivanje dokaznog ročišta, ako Vlada osporava činjenice iz prijedloga i 5. uredba o puštanju na slobodu. Jedna od činjenica koja se navodi u prijedlogu je ta da je Hamdi u Afganistanu sudjelovao samo u „pomoćnom radu“, a ne u aktivnim sukobima i da je tamo boravio samo dva mjeseca, što znači da nije mogao proći vojnu obuku.⁹²

Prvostupanjski okružni sud je ocijenio da Mobbsova deklaracija sama ne može opravdati Hamdijevo pritvaranje i naredio je Vladi da dostavi dodatne dokumente na pregled. Sud je dao do znanja da su ovi materijali nužni provođenje razboritog sudskog nadzora o zakonitosti pritvora i o tome je li proveden pravedan zakoniti postupak.⁹³

Žalbeni sud je ukinuo odluku prvostupanjskog suda, istaknuvši da je nesporno da je Hamdi uhićen na području aktivnog sukoba na stranom ratištu, i da stoga ispitivanje činjenica i saslušanje pritvorenika nisu nužni ni prikladni. Istaknuto je da prvostupanjski sud nije dovoljnu pažnju dao interesima Vlade i obavještajnih službi koji se tiču nacionalne sigurnosti. Žalbeni sud nije izričito odlučio o tome je li Mobbsova deklaracija dovoljni temelj za ustavnost pritvora. Ocijenio je da činjenične tvrdnje iz deklaracije, ako su točne, predstavljaju dostatni temelj za zaključak da je Predsjednik pritvorio Hamdija sukladno svojim ustavnim ratnim ovlastima. Shodno tome, prijedlog za izvršenje naloga za zaštitu prava je odbačen. Naglašeno je da je svrha ovlasti pritvaranja neoptuženih neprijateljskih boraca sprječavanje njihovog ponovnog priključivanja neprijateljskim redovima i olakšavanje tereta suđenja vojnim vlastima. Nadalje, žalbeni sud navodi da je ta ovlast izvedena izravno iz ratnih ovlasti članaka prvog i drugog Ustava. Pošto takve ratne ovlasti nisu posebno spomenute u trećem članku Ustava,

⁹¹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 507 (2004)

⁹² Ibid., 511-512

⁹³ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 512-513 (2004)

žalbeni sud smatra da načelo diobe vlasti priječi federalne sudove da preispitavaju Hamdijev status neprijateljskog borca i uhićenje. Tako je ispitivanje prvostupanjskog suda, po mišljenju drugostupanjskog, otišlo preko prikladnog stupnja sudbenog nadzora.⁹⁴

Što se tiče općenitijeg pitanja o postojanju legalnog ovlaštenja za pritvor građana proglašanih neprijateljskim borcima, žalbeni sud je odbio Hamdijev argument protupravnosti takvog pritvora utemeljen na članku 4001(a) Zakonika SAD-a i članka 5. Ženevske konvencije. Sud je u razmatranju tog pitanja ocijenio da izričito kongresno odobrenje nije niti potrebno za pritvor, ali i da je tekst Autorizacije o upotrebi vojne sile o „nužnoj i prikladnoj prisili“ u skladu sa zahtjevom iz članka 4001(a) Zakonika SAD-a da niti jedan građanin ne smije biti zatvoren ili pritvoren, osim ako je to propisano aktom Kongresa. Također, ocijenjeno je da Ženevska konvencija nije automatski primjenjiva, a i da je, to ne bi ukinulo ovlast izvršne vlasti na pritvaranje Hamdija do prestanka neprijateljstava.⁹⁵

Hamdi je argumentirao da kao američki državljanin ima pravo na veći stupanj ustavnopravne zaštite u pogledu pritvora i postupka povezanog s njim. Suprotno tome, sud drugog stupnja zauzeo je stajalište da povlastica državljanstva daje pravo na ograničeni sudbeni nadzor nad zakonitošću pritvora prema ratnim ovlastima političkih grana vlasti, a ne i pravo tražiti preispitivanje činjeničnih utvrđenja koji su vodili do pritvora.⁹⁶

Vrhovni sud je na slučaj primijenio test iz predmeta *Mathews v. Eldridge* i zaključio pravo na zakonski postupak uključuje pravo pritvorenika na osporavanje dodijeljenog statusa neprijateljskog borca. Razmatrao je poziciju Vlade i njenih interesa, poziciju individualnih prava koja su ugrožena i stupnja do kojeg bi dodatno postupanje u predmetu poboljšalo šanse postizanja pravednog ishoda. Problematika slučaja se svela na balans između individualnih sloboda i nacionalne sigurnosti. Suci su priznali značaj interesa objiju stranaka. Pokušali su postići kompromis smanjivanjem dokaznih zahtjeva neprijateljskog borca za Vladu, dopuštanjem korištenja „rekla-kazala“ dokaza (Mobbove deklaracije) i prilagodbom tereta dokazivanja. Odluka je zahtijevala i osnivanje sudova za ocjenu dodijeljenog statusa neprijateljskog borca. Odlukom je naglašena važnost sudova u nadzoru izvršne vlasti, čak i tijekom rata, da bi se zaštitila individualna prava.⁹⁷

⁹⁴ Ibid., 514-515

⁹⁵ Ibid.,

⁹⁶ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 515-516 (2004)

⁹⁷ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/>

3.3.1. Većinsko mišljenje i odluka:

Autor mišljenja je sutkinja O'Connor. Vrhovni sud se prvo ogradio od razmatranja argumenta Vlade o postojanju plenarne predsjedničke ovlasti određivanja pritvora po članku 2. Ustava, jer se slaže s drugim argumentom Vlade, koji drži da je Kongres ovlastio Hamdijev pritvor putem Autorizacije za upotrebu vojne sile. Vrhovni sud se slaže i sa stajalištem drugostupanjskog suda o sukladnosti teksta AUMF-a i Zakonika SAD-a što se tiče pritvora u ovom slučaju. U prilog tome, navodi se i da su zarobljavanje, pritvor i suđenje neprijateljskim borcima, po univerzalnemu pristanku i praksi, osnovni ratni događaji i da ne postoji prepreka držanju u pritvoru državljana SAD-a klasificiranih neprijateljskim borcima. Opravdana svrha tog pritvora je sprječavanje povratka neprijateljskih boraca u aktivnu borbu. O'Connor se ovdje poziva na predmet *Ex Parte Quirin*, u kojemu je određeno da su građani koji surađuju sa neprijateljskim vladama, po ratnom pravu, neprijateljski borci.⁹⁸

Vrhovni sud se slaže Hamdijevim argumentom da AUMF ne daje ovlaštenje na određivanje neograničenog pritvora s ciljem ispitivanja pritvorenika. Međutim, tekst nužne i prikladne prisile iz AUMF tumače tako da daje ovlast pritvora sve dok traje sukob. Sud tvrdi da to tumačenje podržavaju i principi ratnog prava.⁹⁹

Sljedeće pitanje je ono ustavnog prava na postupak kojim pritvorenik, kad mu je već legalno utvrđen status neprijateljskog borca, osporava taj status. Vrhovni sud razmatra pitanje s dva stajališta – naloga za zaštitu prava, s kojim Hamdi traži aktivaciju mehanizma sudbenog nadzora, i klauzule pravednog zakonitog postupka, utvrđene 5. i 14. amandmanom, koja propisuje procesni okvir tog mehanizma.¹⁰⁰

Nesporno je da je nalog za zaštitu prava dostupan svim osobama pritvorenima u SAD-u (osim ako nije suspendiran u izvanrednim stanjima), kao i da nalog nije suspendiran u ovom slučaju. Stoga je nesporno da se podnositelju zahtjeva za zaštitu prava, po klauzuli o pravednom zakonitom postupku, mora dati barem osnovni pravni okvir postupka pokrenutog zahtjevom. Konkretno, pritvoreniku se mora omogućiti da pod prisegom osporava ili navodi činjenične tvrdnje. Vlada priznaje tu temeljnu postupovnu zaštitu, ali traži od Vrhovnog suda da, zbog fleksibilnosti mehanizma naloga za zaštitu prava i zbog okolnosti slučaja, prizna dostatnost

⁹⁸ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 516-519(2004)

⁹⁹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 521(2004)

¹⁰⁰ Ibid., 524-525

Mobbsove deklaracije za utvrđenje činjeničnog stanja o statusu neprijateljskog borca. Vlada smatra da je ispunjen zahtjev pravednog zakonitog postupka i predlaže dva razloga zašto je daljnji proces nepotreban.¹⁰¹

Vlada predlaže potvrdu odluke drugostupanjskog suda da su okolnosti Hamdijevog uhićenja na području aktivnog sukoba nesporne i dovoljan razlog za klasifikaciju neprijateljskog borca. Vrhovni sud odbacuje taj argument, i smatra da se okolnosti uhićenja nikako ne mogu smatrati nesporne, prvenstveno jer Hamdi nije dobio priliku očitovati se o njima, ni sam niti preko odvjetnika. Vrhovni sud dalje navodi kako okolnost boravka u državi aktivnog sukoba i zarobljenje u istoj, ne mora nužno značiti da je zarobljenik dio neprijateljskih oružanih snaga.¹⁰²

Drugi argument Vlade je da bi daljnje utvrđivanje činjenica bilo nepotrebno i neprikladno s obzirom na izvanredne ustavne interese slučaja. Vlada je argumentirala da načelo diobe vlasti i ograničene ustavne ovlasti sudova u pogledu donošenja vojnih odluka pretpostavlja primjenu načela sudskog samoograničavanja. Sudovi se moraju ograničiti na utvrđivanje postojanja pravnog ovlaštenja za određivanje pritvora. Za sudsko preispitivanje statusa neprijateljskog borca, Vlada smatra da je dovoljan njoj veoma pristran standard izvjesnog dokaza. Ovaj standard ne zahtijeva odmjeravanje dokaza, nego procjenu postoje li ikakvi dokazi u spisu koji podržavaju doneseni zaključak izvršne vlasti. Sud bi trebao pretpostaviti točnost činjeničnih tvrdnji Vlade koje tvore osnovu za pritvor, predstavljenih u Mobbsvoj deklaraciji, i procijeniti samo je li ta osnova legitimna.¹⁰³

Vrhovni sud je u nastavku razmatrao suprotstavljene interese u slučaju - interes Vlade za efektivnim postizanjem određenog vojnog cilja i interes za pravednim zakonitim postupkom osobe kojoj su uskraćena ustavna prava. Mehanizam koji Vrhovni sud inače primjenjuje u balansiranju takvih interesa je test iz predmeta *Mathews vs. Eldridge*. Test nalaže da prikladan postupak u pojedinom slučaju mora biti određen odmjeravanjem privatnog interesa koji bi bio ugrožen službenom radnjom Vlade, i interesa Vlade, i uključene funkcije, te tereta koji bi Vlada snosila omogućavanjem opsežnijeg postupka. Sudsko postupanje onda uključuje balansiranje navedenih stavki, kroz analizu rizika pogrešne uskrate osobnih prava ako se postupak reducira, i vjerojatne koristi od dodatnih ili zamjenskih osigurača prava.¹⁰⁴

¹⁰¹ Ibid., 525-526

¹⁰² Ibid., 526-527

¹⁰³ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S., 527-528 (2004)

¹⁰⁴ Ibid., 528-529

Vrhovni sud smatra da obje pozicije imaju veliki značaj. Klauzula pravednog zakonitog postupka u svojoj srži ima zaštitu od arbitrarno određenog pritvora od strane Vlade. U američkom društvu, Vrhovni sud navodi, sloboda je norma, a pritvor bez suđenja je pažljivo ograničena iznimka. Okolnosti rata ili optužba za izdajničko ponašanje ne mogu umanjiti značaj tih prava. Ovdje sud navodi tekst iz predmeta Jones v. US da bilo kakav pritvor predstavlja značajnu uskratu slobode i tako zahtijeva zaštitu putem pravednog zakonitog postupka. Koliko god bili značajni interesi Vlade za određivanjem pritvora onima koji tvore prijetnju nacionalnoj sigurnosti, povijest i zdrav razum ukazuju na to da sustav određivanja pritvora bez nadzora nosi sa sobom opasnost ograničavanja prava onima koji ne predstavljaju takvu prijetnju. Vrhovni sud odlukom u ovom slučaju potvrđuje temeljno građansko pravo na pravedni zakoniti postupak u slučaju određivanja pritvora. Na suprotnoj strani mu je isto tako značajan i osjetljiv interes Vlade da spriječi povratak neprijateljskog borca u aktivan sukob. Vrhovni sud potvrđuje da Ustav daje ovlasti vođenja rata grani vlasti koja je za to najbolje pozicionirana i najviše politički odgovorna – izvršnoj vlasti.¹⁰⁵

Vrhovni sud završava ovo razmatranje ocjenom da ni proces kojeg je predložila Vlada, niti proces kojeg je zamislio prvostupanjski okružni sud nisu postigli ustavnu ravnotežu potrebnu u situaciji pritvora američkog državljanina klasificiranog kao neprijateljski borac. Sud dalje pojašnjava da je nedostatak Vladinog procesa neprihvatljivo visok rizik pogrešne uskrate slobode, a da su dodatni ili zamjenski postupovni osigurači, koje je predložio prvostupanjski sud, neopravdani s obzirom na njihovu ograničenu vrijednost i terete koje bi nametnuli vojsci u takvim slučajevima. Stoga, sud drži, pritvoreni građanin koji želi osporiti svoju klasifikaciju neprijateljskog borca mora dobiti obavijest o činjeničnoj osnovi te klasifikacije, i priliku osporavanja činjeničnih tvrdnji Vlade pred neovisnim sudom.¹⁰⁶

No, Sud je u daljnjem razmatranju ostavio mjesta upotrebi dokaza „rekla-kazala“ kao najpouzdanijeg dostupnog dokaza u postupcima protiv neprijateljskih boraca. Razlog tome je hitnost koju zahtijevaju tekuće ratne okolnosti. Sud smatra da ta presumpcija u korist dokaza Vlade nije protu-ustavna, sve dok je osumnjičenicima osiguran postupak za njeno obaranje. Shodno tome, kad Vlada ponudi vjerodostojan dokaz za klasifikaciju podnositelja zahtjeva za zaštitu prava kao neprijateljskog borca, teret dokazivanja suprotnog prelazi na podnositelja zahtjeva. Po testu iz Mathews vs. Eldridge slučaja ovakva vrsta postupka bi dostatno zadovoljila rizik pogrešne uskrate pritvorenikove slobode, a uz to i eliminirala postupanja koja bi imala

¹⁰⁵ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 529-531 (2004)

¹⁰⁶ Ibid., 532-533

upitnu vrijednost s obzirom na teret koji bi nametnula Vladi. Sud se ne slaže s mišljenjem Vlade da će ovako uređen postupak imati poguban utjecaj na osnovne funkcije vođenja rata. Zahtjevi traženi postupkom predstavljaju minimalan teret Vladi, i ne utječu na vođenje rata i strategiju.¹⁰⁷

Sud odbacuje i Vladinu tvrdnju da načelo diobe vlasti pretpostavlja primjenu načela sudskog samo-ograničavanja. Takvo stajalište bi dovelo do koncentracije moći u jednoj grani vlasti. Sud ovdje ponavlja mišljenje iz Steel seizure slučaja da rat nije bjanko ček Predsjedniku na prava stanovnika SAD-a. Ustav daje široke ovlasti izvršnoj vlasti u odnosima s drugim državama i neprijateljskim organizacijama u vrijeme rata. Suprotno tome, ovlasti u području zaštite osobnih sloboda imaju sve tri grane vlasti. Sve dok nije iskorištena ustavna mogućnost suspenzije naloga za zaštitu prava, sudbena vlast igra nužnu ulogu održanja ustavne ravnoteže između grana vlasti i nadzora nad diskrecijom izvršne vlasti u određivanju pritvora.¹⁰⁸

S obzirom na ovaj zaključak Suda, ranije spomenuti standard izvjesnog dokaza je neprikladan. Svaki postupak u kojemu činjenične tvrdnje Vlade uopće ne mogu biti osporene, ili se pretpostavljaju istinitima bez prilike za dokazivanje suprotnog, nije sukladan Ustavu. Standard izvjesnog dokaza kojeg je Vlada predložila, Sud je ranije upotrebljavao kao standard nadzora, a ne kao standard dokazivanja. Sudovi su ga koristili za pregled zapisnika već provedenog postupka, postupka za koji sud baš ovom odlukom drži da se po Ustavu mora osigurati građanima osumnjičenim kao neprijateljskim borcima. Dakle, Hamdiju u ovom slučaju, smatra Sud, nije osiguran postupak na koji ima pravo po klauzuli o pravednom zakonitom postupku.¹⁰⁹

Na kraju većinskog mišljenja, sutkinja O'Connor navodi da bi standardi koji su artikulirani odlukom mogu biti osigurani prikladno ovlaštenim i pravilno ustanovljenim vojnim sudovima.¹¹⁰ Vlada je nakon toga osnovala posebne žalbene sudove za neprijateljske borce, kao tribunale pred kojima bi građani klasificirani kao neprijateljski borci mogli osporavati tu klasifikaciju.

¹⁰⁷ Ibid., 533-536

¹⁰⁸ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 535-537 (2004)

¹⁰⁹ Ibid., 537-538

¹¹⁰ Ibid., 539

3.3.2. Mišljenje suca Scalia:

Scalia, u svom suprotstavljenom mišljenju kojemu se pridružuje i sudac Stevens, dijeli nelagodu većine i razumije teškoće u balansiranju Vladinog interesa nacionalne sigurnosti i prava građanina SAD-a na osobnu slobodu, ali se ne slaže s rješenjem konflikta koje je donijela većina u svojoj odluci. On smatra da Autorizacija o upotrebi vojne sile ne predstavlja implementaciju klauzule o suspenziji prava habeas corpus.¹¹¹

Scalia se poziva na jednu od temeljnih sloboda koju osigurava anglo-saksonski sistem diobe ovlasti, a to je sloboda građana od arbitrarnog pritvaranja na neodređeno vrijeme od strane izvršne vlasti. Ta sloboda u anglo-saksonskom sistemu podrazumijeva dvije komponente. Prva je pravo na pravedan i zakonit postupak koje mora biti osigurano u zakonodavstvu. Druga je institut habeas corpus putem kojeg se postupak primjenjuje na nezakonito pritvorene građane. Obje su definirane u ustavnim klauzulama o pravednom i zakonitom postupku i o suspenziji prava na habeas corpus. Nalog habeas corpus je ustavna zaštita građana od zadiranja izvršne vlasti u pravo na osobnu slobodu i može se suspendirati samo u slučajevima i na način predviđen u Ustavu. Podrazumijeva i pravo da se pritvorenicima omogući suđenje u određenom roku od pritvaranja i otpust ako ne bude optužen.¹¹²

Sutkinja O'Connor u većinskom mišljenju tvrdi da su zarobljeni neprijateljski borci tradicionalno uvijek bili pritvoreni do završetka sukoba i tek onda pušteni. Scalia odbacuje tu tvrdnju u ovom slučaju, jer se ovdje ujedno radi i o američkom građaninu. Takvi neprijateljski borci su se povijesno u anglo-saksonskom sistemu tretirali kao počinitelji kaznenog djela izdaje i bili podvrgnuti suđenju u kaznenom postupku, a ne postupku pred vojnim sudovima. Scalia smatra da je to primjenjivo i u Hamdijevom slučaju.¹¹³

Scalia navodi i da Ustav daje rješenje i za slučajeve u kojima vojna nužda čini provođenje kaznenog postupka nepraktičnim. Tada Ustav osigurava mogućnost suspenzije naloga habeas corpus na određeno vrijeme. U to vrijeme je izvršna vlast slobodna od sudbenog nadzora nad svojim postupanjem.¹¹⁴

Scalia, prema navedenome, smatra da postoje dva sigurna načina za postupanje u ovom slučaju, a to su provođenje kaznenog postupka ili suspenzija naloga habeas corpus. No, iako su ova dva načina tradicionalno korištena protiv građana neprijateljskih boraca, Scalia smatra da

¹¹¹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 554 (2004), (Scalia, A., dissenting)

¹¹² Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 554-556 (2004), (Scalia, A., dissenting)

¹¹³ Ibid., 558-559

¹¹⁴ Ibid., 561, 563-564

je teoretski moguće da Ustav ne zahtijeva izbor između ta dva puta. Ipak, Scalia drži da postoje značajni razlozi koji pobijaju tu mogućnost i ne daju iznimke za postupanje u ovom slučaju. Prvi razlog za to je Akt o habeas corpusu iz 1679. koji jasno navodi da neodređeni pritvor osumnjičenih za pomaganje neprijatelju nije moguć, ako nalog za habeas corpus nije suspendiran. Drugi razlog je odluka Vrhovnog suda u predmetu *Ex parte Milligan*. U tom slučaju je sud izdao nalog habeas corpus američkom državljaninu protiv kojeg je vođen postupak pred vojnom komisijom. Sud je time izričito otklonio Vladinu tvrdnju o valjanosti vojne nadležnosti. Sud je ocijenio da pravo rata ne može biti primijenjeno na državljane u državi u kojoj su redovni sudovi dostupni i normalno funkcioniraju. Scalia smatra da je razmatranje u *Milliganu* primjenjivo i na ovaj slučaj. Vlada opravdava Hamdijev pritvor pravom rata, i priznaje da ne bi imala pravo pritvora da nema rata. Koristeći razmatranje iz *Milligana*, Hamdijevo pritvaranje bez provođenja kaznenog postupka, jednako je protupravno kao i suđenje optuženiku u *Milliganu* pred vojnom komisijom. Vrhovni sud je u *Milliganu* ocijenio kazneni postupak kao primarno sredstvo (a i jedino ako nema suspenzije habeas corpora) za kažnjavanje i onemogućavanje izdajnika.¹¹⁵

Vlada je svoje postupanje s Hamdijem branila oslanjanjem na slučaj *Ex parte Quirin*, u kojem je jedan građanin SAD-a, Hans Haupt, osuđen na smrtnu kaznu zbog izdaje pred vojnom komisijom. U *Quirinu* je Vlada argumentirala da Haupt može biti osuđen pred vojnom komisijom po pravilima ratnog prava. Scalia smatra da je Vrhovni Sud pogrešnom revizijom obrazloženja predmeta *Milligan* u obrazloženju predmeta *Quirin* pokušao opravdati svoju odluku. Sud je pokušao argumentirati da optuženik u predmetu *Milligan* nije bio aktivan borac u ratu, pa se zato ratno pravo nije primjenjivalo na njega. Time su ignorirali poziciju da pravo rata ne može biti primijenjeno na državljane u državi u kojoj su redovni sudovi dostupni i normalno funkcioniraju. Ali i da je Sud u predmetu *Quirin* pravilno protumačio predmet *Milligan*, ili ga pravilno revidirao, to svejedno ne opravdava odbijanje naloga habeas corpus u ovom slučaju. U predmetu *Quirin* počinitelji su priznali svoje kazneno djelo, stoga je klasifikacija neprijateljskog borca bila nesporna. To je prema mišljenju Suda razlog zašto je opravdana nadležnost vojne komisije slučaju *Quirin*. Pošto je u slučaju Hamdi klasifikacija osporena, Hamdi je, smatra Scalia, morao biti osuđen kroz kazneni postupak ili pušten na slobodu.¹¹⁶

¹¹⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S., 563-568 (2004), (Scalia, A., dissenting)

¹¹⁶ *Ibid.*, 569-572

Scalia osporava i stajalište da Autorizacija o upotrebi vojne sile predstavlja kongresnu suspenziju naloga habeas corpus. Suprotno stajalištu većine, on tvrdi da Autorizacija ne ovlašćuje izvršnu vlast na određivanje pritvora građana s dovoljnom jasnoćom da bi bila u skladu s Ustavom. Scalia ide i dalje i kaže da on ne bi ni u slučaju da Autorizacija ispunjava taj kriterij, dopustio da ona nadvlada Hamdijevo pravo na habeas corpus. Smatra da bi se suprotnim postupanjem, umanjila vrijednost ustavne klauzule o suspenziji naloga, a time i sam integritet Ustava.¹¹⁷

Scalia smatra da je odlukom u ovom slučaju, ovom ustavnim improvizacijom, kako on piše, većina išla za tim da Vrhovnom Sudu prisvoji veće ovlasti. Scalia stavlja većini da teret da su pronašli odobrenje za pritvor građana tamo gdje ga nema, da su odbacili zahtjeve ustavne suspenzivne klauzule i da su pod krinkom klauzule zakonitog postupka odredili postupak za koji oni sami smatraju da je prikladan. Scalia također smatra da test iz predmeta *Matthews v. Eldridge* nije prikladan za rješavanje ovog slučaja kad Ustav i sam common law već daju rješenje. Scalia kritizira većinu zbog preuzete uloge popravljča situacije koja je nastala i odbacivanja, po njegovom mišljenju, stvarne uloge Vrhovnog Suda kao donositelja odluka o posljedicama koje nastaju kada grane vlasti zadiru u individualna prava građana.¹¹⁸

3.3.3. Mišljenje suca Thomasa:

Thomas se ne slaže s mišljenjem većine i smatra da je izvršna vlast pravilno klasificirala Hamdija kao neprijateljskog borca i odredila mu pritvor, koristeći predsjedničke ustavne ovlasti i uz izričito kongresno odobrenje kroz Autorizaciju o upotrebi vojne sile. Po njemu, te odluke spadaju u ratne ovlasti federalne Vlade, a sudovi nemaju ni znanja ni sposobnosti preispitivati ih. Stoga bi Hamdijev zahtjev za izdavanjem naloga trebao biti odbijen i nema potrebe za preispitivanjem slučaja. Thomas smatra da većina nije pravilno primijenila test iz predmeta *Matthews v. Eldridge*, i da Vrhovni sud ne može balansiranjem interesa ukloniti ratne ovlasti federalne Vlade. Također, piše Thomas, Sud ne bi smio tjerati Kongres na donošenje dodatnih postupovnih pravila. Kritizira i ignoriranje važnih Vladinih interesa nacionalne sigurnosti.¹¹⁹

Thomas najveći značaj daje interesu nacionalne sigurnosti. Ona je primarna odgovornost i svrha federalne Vlade. Ovlast zaštite nacije je po njemu bez ograničenja, prvenstveno zbog beskonačne količine okolnosti koje ju mogu ugroziti. Ustavom je ovlast obrane nacionalne sigurnosti konkretno dana Predsjedniku zbog strukturnih prednosti te

¹¹⁷ Ibid., 573-575

¹¹⁸ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S., 575-577 (2004)

¹¹⁹ Ibid., 579, (Thomas, C., dissenting)

institucije, koje su utemeljitelji Ustava smatrali suštinskima za taj resor. Thomas se ovdje poziva na ekspertni argument o prednostima egzekutive nad ostalim granama vlasti. Thomas smatra da su neke odluke po svojoj prirodi političke, posebno odluke koje se tiču rata i vanjske politike, i da sudska grana vlasti nema znanja ni sposobnosti da se miješa u donošenje takvih odluka. Predsjednik u nekim slučajevima ima pravo i dužnost ne otkrivati izvore svojih informacija koje su razlog pojedinih odluka, što čini njihovo preispitivanje od strane sudova dodatno otežano. Kongres ne može zakonom predvidjeti sve moguće odluke koje bi Predsjednik mogao donijeti ili situacije u kojima bi bio prinuđen donositi odluke. Stoga, po Thomasu, nepostojanje takvog zakonodavnog okvira za odluke ne znači kongresno neodobravanje poteza Predsjednika. Konkretno, pritvor određen od Predsjednika u svojstvu vrhovnog zapovjednika se ne bi mogao poništiti bez jasnog dokaza da o protuustavnosti ili protuzakonnosti pritvora. Većinsko mišljenje drži da je pritvor Hamdija zakonit ako je on stvarno neprijateljski borac. Thomas, ponovno koristeći ekspertni argument argumentira da Sud ne bi smio odlučivati o klasifikaciji Hamdija kao neprijateljskog borca, jer sudovi ne mogu znati svu informacijsku pozadinu koja je dovela do te odluke. Time Thomas praktički zastupa stajalište da Sud ne bi trebao uopće preispitivati odluku Predsjednika o klasifikaciji mogućih neprijateljskih boraca, već samo zakonitost pritvora.¹²⁰

Iako se Thomas priklanja stajalištu da Predsjednik ima inherentne ovlasti određivanja pritvora neprijateljskih boraca, on se slaže i sa većinskim mišljenjem da se to pitanje ne treba preispitivati jer je i Kongres odobrio tu ovlast Autorizacijom o upotrebi vojne sile. Ipak, ne slaže se s primjenom odredbi Ženevske Konvencije o ograničenom trajanju pritvora do završetka sukoba. On smatra da se ratne ovlasti federalne Vlade ne bi smjele ograničavati međunarodnim ugovorima, a pogotovo onima koji nisu primjenjivi na ovaj slučaj.¹²¹

Thomas u sljedećem dijelu svog mišljenja navodi prijašnju praksu Vrhovnog suda kao argument da u izvanrednim stanjima interes nacionalne sigurnosti mora biti pretpostavljen individualnim pravima. Thomas stoga smatra da Vladina ovlast pritvora kojeg je Predsjednik odredio osobi klasificiranoj kao neprijateljski borac, barem dok traje sukob, ne krši zahtjeve klauzule zakonitog postupka. Ta odluka o pritvoru, također, ne bi trebala biti podvrgnuta sudskom preispitivanju. Preispitivanjem, makar i klasifikacije neprijateljskog borca, bi se potkopale važne karakteristike funkcije vođenja rata - jedinstvo u donošenju odluka i tajnost.¹²²

¹²⁰ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 580-585 (2004), (Thomas, C., dissenting)

¹²¹ Ibid., 587-588

¹²² Ibid., 589-592

Thomas zaključuje da je Vladin pritvor Hamdija kao neprijateljskog borca u skladu s Ustavom, i da je Predsjednik, u vođenju rata i ovlašten od Kongresa, djelovao unutar svojih ovlasti. Hamdi je prema tome dobio sva postupovna prava na koja je imao pravo s obzirom na okolnosti, i stoga Thomas smatra da uopće nema potreba za balansiranjem suprotstavljenih interesa testom kojeg je većina upotrijebila.¹²³

Thomas ide i korak dalje, argumentirajući da je većina i pogrešno primijenila test iz predmeta *Matthews v. Eldridge*, a da su ga pravilno primijenili, došli bi do istog zaključka kao on. Po njemu, većina nije pri balansiranju pravilno odredila značaj Vladinog interesa nacionalne sigurnosti, koji je potvrđen kao interes najveće važnosti u predmetu *Moyer*. Thomas smatra da su u ovom slučaju prisutni i veći interesi koje je većina Suda ignorirala. To su interesi sprječavanja ponovnog pridruživanja Hamdija neprijateljskoj vojsci i prikupljanja informacija o neprijatelju. Dodatno provođenje postupka bi posebno ugrozilo interes prikupljanja informacija o neprijatelju, i onemogućilo obavljanje bitnijih vojnih poslova vojnim službenicima tijekom postupka. Postupak bi otvorio i opasnost odavanja povjerljivih informacija, koje bi Vlada možda morala otkriti u postupku. Većina je propustila uzeti u obzir rizik kojim bi nastao za SAD u ratu zbog odavanja povjerljivih informacija. Thomas smatra uhićenje i pritvaranje neprijateljskih boraca jednim od osnovnih i najbitnijih elementa u vođenju rata. Thomas se ovdje ponovno poziva na ekspertni argument u korist egzekutive, argumentirajući ponovno da sudovi nemaju, niti mogu imati, iste informacije kojima raspolaže izvršna vlast, a ni sposobnosti ocjenjivati odluke koje se tiču vođenja rata. Hitnost koju po svojoj prirodi zahtijevaju akcije vođenja rata nekada znače uskratu prava osiguranja zakonitog postupka neprijateljskim borcima. Thomas zaključuje da ovi interesi moraju imati primat ispred individualnih prava.¹²⁴

3.3.4. Mišljenje suca Soutera:

Sudac Souter se samo dijelom slaže s većinskim mišljenjem. Dio s kojim se ne Souter ne slaže je da Autorizacija o upotrebi vojne sile predstavlja kongresno odobrenje ovlasti izvršne vlasti za određivanje pritvora. Souter smatra da Autorizacija ne predstavlja odobrenje pritvora u ovom slučaju čak ni ako su činjenice koje je Vlada predstavila istinite. Slijedom toga, prema Aktu o nepritvaranju Hamdi bi trebao biti pušten.¹²⁵

¹²³ Ibid., 594

¹²⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S., 594-598 (2004), (Thomas, C., dissenting)

¹²⁵ Ibid., 541 (Souter, D., concurring/dissenting in part)

Souter je stajališta da Autorizacija o upotrebi vojne sile nije dovoljno jasna niti izričita da bi se zadovoljila odredba Zakonika SAD-a 4001(a) koja zahtijeva niti jedan građanin ne bude pritvoren bez akta Kongresa. Nadalje Souter tvrdi da Autorizacija nije ni u vrijeme donošenja zamišljena da širi ovlasti Predsjednika u postupanju prema teroristima građanima SAD, s obzirom na to da su već bile dostupne zakonske opcije i definirana kaznena djela kojima bi se s njima obračunalo.¹²⁶

Souter sumnja da je federalna Vlada počinila i povredu Ženevske konvencije, iako se izričito opredjeljuje od takve kvalifikacije. S obzirom na pretpostavku Vlade da je Hamdi surađivao s Talibanima, za koje su SAD već ranije priznale da se na njih primjenjuje Ženevska konvencija, prema Hamdiju je trebalo postupati kao prema zarobljeniku rata. Međutim, pritvorivši ga bez mogućnosti komunikacije, Vlada je prekršila tu odredbu o postupanju prema ratnim zarobljenicima. Vlada je time prekršila i zakon kojim je prevela Ženevsku konvenciju u svoje zakonodavstvo. Tretman ratnog zarobljenika je Hamdiju trebao biti osiguran sve dok mu se ne odredi status pred neovisnim tribunalom.¹²⁷

Dodatni argument protiv Autorizacije kao odobrenja Kongresa za pritvor je tekst Patriot Act-a, koji kaže da uhićeni stranci teroristi ne smiju biti pritvoreni duže od 7 dana bez podizanja kaznene optužnice ili pokretanja postupka za deportaciju. Souter stoga smatra da je vrlo teško protumačiti da Autorizacija daje pravo na neograničeni pritvor građana bez prava na komunikaciju. Shodno svemu navedenom, Souter smatra da izvršna vlast nije imala pravo pritvoriti Hamdija.¹²⁸

3.3.5. Hamdi v. Rumsfeld i egzekutivni unilateralizam

U ovom slučaju bi doktrina egzekutivnog unilateralizma u praksi dovela do značajnog zadiranja u individualna ustava prava i sloboda američkih državljana tijekom izvanrednih stanja. Konkretno, Predsjednik bi po tumačenju Vlade imao ovlasti određivanja pritvora građanima bez osiguranja prava na zakoniti postupak. Egzekutivni unilateralizma se u ovom predmetu očituje u dva smjera, određivanjem pritvora američkom državljaninu pružanjem minimalnog temelja za njegovu klasifikaciju kao neprijateljskog borca i zanemarivanjem osiguranja prava na zakoniti postupak tako pritvorenom državljaninu. Pokušaj opravdanja egzekutivnog unilateralizma u ovom slučaju je bio poseban interes nacionalne sigurnosti i vođenja rata. Vrhovni sud je također priznao Autorizaciju o upotrebi vojne sile kao kongresno

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S., 549-550 (2004), (Souter, D., concurring/dissenting in part)

¹²⁸ Ibid., 551

odobrenje određivanja pritvora od strane izvršne vlasti, čime je pristao uz Vladino tumačenje Autorizacije. Sud se tako nije niti upuštao u interpretaciju članka Ustava o plenarnim izvršnim ovlastima Predsjednika. Kao brana egzekutivnom unilateralizmu se ovdje javlja mehanizam sudbenog nadzora. Vrhovni sud je ipak ograničio Predsjednika u djelovanju odlukom da državljanima ipak treba biti osiguran sudski postupak, čak i u vrijeme izvanrednih stanja, iako u manjem opsegu da bi se sačuvali interesi vođenja rata. Time je egzekutivni unilateralizam ograničen i prema ustavnim pravima tijekom izvanrednih stanja. Vrhovni sud je unatoč takvom stajalištu ostavio snažno oruđe Predsjedniku za primjenu egzekutivnog unilateralizma u tumačenju dokazne snage Mobbsove deklaracije. Sud je odredio da presumpcija u korist takvog dokaza nije protu-ustavna, sve dok je pritvorenicima omogućen postupak za njegovo obaranje.

Mišljenje suca Scalie je relevantno jer prikazuje na koji način bi egzekutivni unilateralizam mogao ograničiti ustavna prava državljana kao u ovom slučaju, a to je mogućnost suspenzije načela habeas corpus. Suspenzija načela habeas corpus bi praktički ukinula mehanizma sudbenog nadzora nad potezima izvršne vlasti i pravo na zakoniti postupak. Konkretno, Hamdijev pritvor bi za vrijeme suspenzije mogao biti neodređen i ne bi mu trebao biti omogućen pristup sudu da osporava klasifikaciju neprijateljskog borca.

Mišljenje suca Thomasa je čisti primjer stajališta doktrine egzekutivnog unilateralizma. On odbacuje mehanizam sudbenog nadzora u ovom slučaju. Sudovi ne bi smjeli preispitivati ni odluku o statusu neprijateljskog borca niti odluku o pritvoru. U ovom slučaju, Predsjednik ima ratne ovlasti određivanja pritvor neprijateljskim borcima, uz bonus kongresnog odobrenja za to u Autorizaciju o upotrebi vojne sile. Thomas podržava stajalište Vlade o visokom statusu interesa nacionalne sigurnosti koji legitimira egzekutivni unilateralizam. Thomas u svom mišljenju koristi i ekspertni argument u korist egzekutivnog unilateralizma i time dodatno uklanja uplitanje mehanizma sudbenog nadzora u donošenje odluka u vrijeme rata. Egzekutivni unilateralizam po njemu ide do granice dok se jasno ne dokaže protuustavnost ili protuzakornost pritvora. Thomas pristaje i uz teoriju inherentnih ovlasti Predsjednika koje uključuju i određivanje pritvora neprijateljskim borcima.

3.4. Dames & Moore v. Regan:¹²⁹

Predsjednik Carter je, u svrhu odmazde na Iransku talačku krizu u američkoj ambasadi u Teheranu, a koristeći ovlasti iz Zakona o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde, 1979. godine proglasio stanje nacionalne nužde i blokirao promet imovine u vlasništvu iranske vlade pod jurisdikcijom SAD-a. Ministarstvo financija je tim povodom izdalo provedbene propise kojima poništava sav pravni promet koji se tiče imovine Irana ili imovine na kojoj postoji interes Irana.¹³⁰

Tvrtka Dames i Moore je krajem 1979. godine podnijela tužbu federalnom okružnom sudu protiv vlade Irana, Organizacije za atomsku energiju Irana i određenih iranskih banaka, kojom je tražila naknadu za već izvršene usluge iz ugovora s Organizacijom za atomsku energiju. Taj ugovor, kojeg je jednostrano otkazala Organizacija, je uključivao izgradnju nuklearne elektrane u Iranu. Okružni sud nakon razmatranja naređuje zapljenu vlasništva tuženih, a imovina tuženih iranskih banaka je zaplijenjena kao osiguranje za moguće presude donesene protiv njih.¹³¹

Početkom 1981. taoci su pušteni nakon zaključenja izvršnog sporazuma SAD-a i Irana. Sporazumom se SAD obvezao, između ostalog, prekinuti sve pravne postupke koje se tiču potraživanja građana SAD-a protiv Irana, poništiti sve odluke koje su donesene u tim

¹²⁹ Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981)

¹³⁰ Dames & Moore v. Regan, 453 U.S., 654 (1981)

¹³¹ Ibid.

postupcima, i ukinuti ta potraživanja putem obvezujuće arbitraže pred, istim sporazumom predviđenim, Sudom za potraživanja SAD-a i Irana. Istovremeno, Predsjednik Carter je izdao provedbene izvršne uredbe kojima su povučene sve dozvole koje dopuštaju iskorištavanje prava, ovlasti ili privilegija u iranskim fondovima, poništeni svi interesi koji nisu iranski na imovini koja je blokirana 1979., a bankama koje drže iransku imovinu naređeno je da tu imovinu predaju Banci federalnih rezervi na upravljanje ministra financija.¹³²

Predsjednik Reagan je, poslije preuzimanja vlasti u veljači 1981. godine, još jednom izvršnom uredbom ratificirao uredbe predsjednika Cartera i suspendirao sva potraživanja koja bi mogla biti podnesena Sudu za potraživanja. Međutim, propisano je i da suspenzija pojedinog potraživanja prestaje ako Sud za potraživanja utvrdi da nije nadležan za to potraživanje.¹³³

U međuvremenu, Okružni sud je donio skraćenu presudu u korist tužitelja (tvrtka Dames and Moore) i dodijelio im traženi iznos uz kamate, ali je blokirao ovrhu presuda dok traje žalbeni postupak i naredio prekidanje postupaka zapljene i daljnje postupanje protiv tuženih banaka. Takav razvoj situacije je izravna posljedica zaključenja izvršnog sporazuma SAD-a i Irana. Dames and Moore s potom pokrenuli postupak protiv SAD-a i ministra financija za sprječavanje primjene izvršnih uredbi i propisa za primjenu izvršnog sporazuma s Iranom. U tužbi se navodi da su radnje Predsjednika i ministra financija izvan njihovih zakonskih i ustavnih okvira i da su u svakom slučaju protu-ustavne u smislu da negativno utječu na konačnu presudu, ovrhu te presude, zapljenu imovine i na mogućnosti nastavka parnice protiv iranskih banaka.¹³⁴

Okružni sud je odbacio tužbu jer nije naveden zahtjev po kojem bi sud mogao pružiti pomoć i poboljšati situaciju za tužitelja, a usto je tijekom žalbenog postupka zabranio SAD-u da zahtijeva prijenos iranske imovine koja je predmet zapljene u korist tužitelja. Vrhovni sud je odobrio zahtjev za revizijom i donio odluku.¹³⁵

3.4.1. Većinsko mišljenje i odluka:

Autor većinskog mišljenja je sudac Rehnquist. U početku mišljenja sudac se osvrće na okolnosti ovog slučaja navodeći riječi suca Jacksona kojima lamentira o nedostatku korisnih i

¹³² Ibid., 654-655

¹³³ Dames & Moore v. Regan, 453 U.S., 655

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

nedvojbenih rješenja konkretnih problema izvršne vlasti u praksi. Vrhovni sud neće ni ovom odlukom promijeniti ovakvu situaciju jer sudbena vlast nije nadzornik američke Vlade. Ograničava se samo na rješavanje nastalog spora koji mu je predstavljen. Zbog prirode slučaja i opasnosti kršenja izvršnog sporazuma s Iranom do kojeg bi došlo sporom akcijom Vlade, Vrhovni sud se odlučio na ubrzani postupak, informiran o okolnostima od strane Glavnog odvjetnika. Odluka je utemeljena na najužem mogućem temelju kojim se može riješiti slučaj, a nikako ne znači sudski nalog i mišljenje odluke ne daje naputke za rješavanje sličnih situacija.¹³⁶

Kao što je utvrđeno u Steel seizure slučaju, ovlast Predsjednika da izda izvršnu uredbu mora proizlaziti iz akta Kongresa ili izravno iz Ustava. Vrhovni sud ovdje ponavlja argumentaciju tripartitne sheme odnosa ovlasti Kongresa i Predsjednika suca Jacksona iz ranije navedenog slučaja. Iako Sud smatra da je ta podjela korisna za analizu pojedine izvršne radnje, uzima u obzir i da granica između klasifikacija nije jasno, crno-bijelo određena, već predstavlja spektar. Ekstremi spektra su izričito kongresno odobrenje i izričita kongresna zabrana. Ključni problem ovog slučaja je što se radi o međunarodnoj krizu prirodu koje Kongres realno nije mogao predvidjeti i ovlastiti Predsjednika na postupanje.¹³⁷

U prvoj točki odlučeno je da je Predsjednik Carter bio ovlašten poništiti zapljene i narediti prijenos iranske imovine po Zakonu o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde (IEEPA). Ta ovlast uključuje prisilu, poništavanje ili zabranu prijenosa imovine, ili ikakve transakcije vezane uz imovinu za koju neka strana država ima interese, a koja je pod jurisdikcijom SAD-a. Korištenje navedene ovlasti zamrzavanja imovine je alat koji Predsjednik koristi kao žeton za pregovaranje u stanjima proglašene nacionalne nužde u odnosima s neprijateljskim državama. Vrhovni sud je zastupao stajalište da je takav „žeton“ prevažan alat u stanjima međunarodne krize da bi ga se ukinulo. Sud ovdje koristi tekst suca Jacksona iz Steel seizure slučaja i smatra da je Predsjednik s obzirom na izričito kongresno odobrenje (IEEPA), podržan najjačom pretpostavkom i najširim opsegom sudbene interpretacije, a teret dokazivanja bio bi na onome koji bi napadao izvršne uredbu. Podnositelji zahtjeva za revizijom, po sudu, nisu podnijeli taj teret i dokazali suprotno.¹³⁸

U drugoj točki Vrhovni sud navodi da Predsjednik Reagan nije bio ovlašten suspendirati potraživanja izvršnom uredbom, i da se IEEPA ne može tako protumačiti. Sud smatra da ta

¹³⁶ Ibid., 659-661

¹³⁷ Dames & Moore v. Regan, 453 U.S., 668-669 (1981)

¹³⁸ Ibid., 672

ovlast ne proizlazi ni iz Zakona o taocima. Vrhovni sud stoga zaključuje kako ne postoji izričita kongresna suglasnost za suspenziju potraživanja pred američkim sudovima, pa se okreće prema analizi mogućeg kongresnog prešutnog pristanka.¹³⁹

Zaobilazak ustavne odredbe o sklapanju međunarodnih ugovora uz izričitu suglasnost Senata od strane Predsjednika, Vrhovni sud opravdava prijašnjom praksom nagodbi uređenih izvršnim sporazumima. Implicirano kongresno odobrenje prakse nagodbi o potraživanjima putem izvršnog sporazuma, najbolje se očituje u Zakonu o nagodbama međunarodnih potraživanja iz 1919., kojim je osnovana Komisija za međunarodna potraživanja, s jurisdikcijom donošenja konačnih i obvezujućih odluka u postupcima potraživanja građana SAD-a prema nagodbenim fondovima. Kongres je, također, tijekom postupka donošenja Zakona o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde izričito izrazio da taj zakon neće ograničiti ovlasti Predsjednika da suspendira potraživanja građana SAD-a prema stranim državama. Sud se poziva i na prijašnje predmete pred Sudom u kojima je priznata ovlast Predsjednika sklapanja izvršnog sporazuma bez uključivanja Senata u taj postupak.¹⁴⁰

Iako nije evidentno da Predsjednik ima plenarne ovlasti u postizanju nagodbi, u ovom slučaju je nagodba bila jedino sredstvo za rješavanje značajnih političkih nesporazuma između dviju država, a usto je i Kongres prešutno pristao, svojom zakonodavnom praksom, na takvu rezoluciju situacije. Vrhovni sud drži da se stoga nikako ne može tvrditi da Predsjednik nema takve ovlasti.

3.4.2. „Dames & Moore“ i egzekutivni unilateralizam

Ovaj slučaj je jedan od rijetkih koji se tiču i odnosa između odluka u predmetima Curtiss-Wright i Youngstown. Iako je Sud u početku mišljenja odlučio da Predsjednik nema ovlasti suspendirati potraživanja, time odbacivši stav o plenarnim ovlastima Predsjednika iz predmeta Curtiss-Wright, u nastavku je protumačio zakonsku šutnju i zakonodavnu prošlost u korist Predsjednika. Time je odlučio suprotno i predmetu Youngstown, u kojem je spomenuto protumačio na štetu Predsjednika.¹⁴¹

¹³⁹ Ibid., 675-679

¹⁴⁰ Dames & Moore v. Regan, 453 U.S., 679-683 (1981)

¹⁴¹ Brownell, Roy E. II., The Coexistence of United States v. Curtiss-Wright and Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer in National Security Jurisprudence, Journal of Law & Politics, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline, str. 67.

Vrhovni sud je u ovom slučaju dao široke ovlasti Predsjedniku i dijelom narušio mehanizam diobe vlasti u korist egzekutivnog unilateralizma. Svojom interpretacijom Zakona o ovlastima u stanjima međunarodne gospodarske nužde priznao je ovlast Predsjednika da utječe na sudske postupke koji se tiču imovine Irana ili imovine na kojoj Iran ima interes. Time je Predsjedniku dana ovlast blokiranja cijele jedne grane vlasti, iako u uskom području samo određenih postupaka. Ako usporedimo ovaj slučaj sa Steel seizure slučajem u kojem je Sud odbacio neovlašteno zadiranje Predsjednika u ovlasti Kongresa, u ovom je slučaju Sud dopustio predsjedničko zadiranje u sudsku granu vlasti, blokiranjem određenih postupaka. Tumačenjem mišljenja suca Jacksona iz slučaja Steel seizure i zakonodavne prakse Kongresa, Vrhovni sud je situaciju u ovom slučaju ocijenio kao kongresno odobrenje postupanja Predsjednika i time najsnažnije zaštitio egzekutivni unilateralizam. Sud je odlukom ovlasio Predsjednika i na preuzimanje zakonodavne ovlasti Kongresa da uređuje sudski postupak, a i na ograničenje pravo svojih građana na zakoniti postupak i pristup sudovima. Vrhovni sud je isto tako izuzeo postupke koji kao predmet imaju iransku imovinu iz nadležnosti sudova svoje države i prenio ih u nadležnost međunarodnog tribunala. Egzekutivni unilateralizam Predsjednika je odobren i tumačenjem ustavne odredbe o međunarodnim ugovorima. Stajalište da su se nagodbe o potraživanjima morale sklapati u obliku međunarodnih ugovora, a time i uz suglasnost Senata, odbačeno je i zaključeno da se takve nagodbe mogu sklapati u obliku izvršnog sporazuma.

3.5. Korematsu v. United States¹⁴²

Tokom 2. svjetskog rata, nakon što su Sjedinjene Države objavile rat protiv Japana, predsjednik Roosevelt je izdao izvršnu uredbu kojom je dao ovlast vojnim zapovjednicima da odrede vojne zone iz kojih bi sve ili pojedine osobe mogle biti evakuirane, i u kojima bi vojni zapovjednik mogao odrediti ograničenja izlaska, ostanka ili prebivanja. Kongres je osigurao zakonski okvir za tu uredbu kriminaliziranjem kršenja mjera određenih od strane vojnog zapovjednika. Na osnovu ta dva akta, zapovjednik obrane zapada je naredio uvođenje policijskog sata za sve osobe japanskog podrijetla koje obitavaju na zapadnoj obali SAD-a. Vrhovni sud je raspravljao o ovoj mjeri u predmetu Hirabayashi v. United States, potvrdio njenu ustavnost. Isti vojni zapovjednik je kasnije naredio evakuaciju osoba japanskog podrijetla iz određenih područja, neovisno o tome jesu li američki državljani, uz obvezu da se prijave takozvanim Sabirnim centrima. Neke osobe su odmah bile puštene uz uvjet da se ne vraćaju u zabranjena vojna područja, dok su druge bile poslane u Centre za preseljenje, koje su mogle napustiti samo uz dozvolu vojnog zapovjednika. Fred Korematsu, američki državljanin japanskog podrijetla, se oglušio na te naredbe i odbio napustiti svoj dom na zapadnoj obali, i zbog toga je optužen i osuđen od strane SAD-a. Žalbeni sud je potvrdio presudu, poslije čega je Korematsu podnio je zahtjev Vrhovnom sudu za preispitivanje svoje presude i same vojne mjere koja je dovela do presude, jer zaobilazi ustavnu odredbu o zakonitom postupku.¹⁴³

3.5.1. Većinsko mišljenje i odluka:

Sudac Black je autor većinskog mišljenja u ovom predmetu. Većina je prepoznala rasnu problematiku u ovom slučaju. Smatraju da problem rase u ovakvim slučajevima treba

¹⁴² Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)

¹⁴³ Korematsu v. United States, 323 U.S., 215-217 (1944)

podvrgnuti najstrožem ispitivanju. No, ipak argumentiraju da hitna javna potreba može opravdati donošenje mjera koje je u ovom slučaju donio vojni zapovjednik. Pošto je Sud već potvrdio ustavnost mjere određivanja policijskog sata u predmetu Hirabayashi, i stoga smatraju da ne mogu u ovom slučaju proglasiti da sporne mjere ne spadaju u ratne ovlasti Kongresa i Predsjednika i time ih poništiti. Samo najveća i neposredna ugroza javne sigurnosti može ustavno opravdati sporne mjere, a procjena je li došlo do takve ugroze je u nadležnosti vojnog zapovjedništva. Provođenje takvih mjera protiv cijele jedne zajednice je opravdano dokazanim postojanjem pojedinaca japanskog podrijetla koji su odani Japanu, a ne SAD-u. Pošto segregacija zajednice na one odane SAD- u i na one Japanu ne bi mogla biti efektivno provedena (prema argumentaciji vojnog zapovjedništva, koju je Sud prihvatio), Vrhovni sud smatra da je evakuacija cijele zajednice prikladna alternativa i spada u domenu ratnih ovlasti. Mjere opravdava i moguća opasnost od invazije na zapadnu obalu, koju je prepoznalo vojno zapovjedništvo, i stoga Sud tvrdi da se ne može argumentirati da je temelj mjera rasna netrpeljivost.¹⁴⁴

3.5.2. Mišljenje suca Murphyja:

Sudac Murphy smatra, suprotno većini, da mjera evakuacije ide preko ustavnih ovlasti i prelazi u rasizam. Pošto nije bilo proglašeno izvanredno ratno stanje (martial law), ratna potreba ne može opravdati ovakav zahvat u individualna ustavna prava. Odluke vojnog zapovjedništva koje ograničavaju individualna ustavna prava bez čvrstog opravdanja, pogotovo ako izvanredno stanje nije proglašeno, moraju biti podvrgnute sudbenom nadzoru. Murphy drži da i opasnost od invazije, sabotaze i špijunaže ne može opravdati tako žestoke mjere, jer sadrže presumpciju da sve osobe japanskog podrijetla imaju tendenciju za počinuti takve radnje da bi pomogle neprijatelju SAD-a. Takvo što, prema Murphyju, nije utemeljeno u činjenicama, već u rasnim i socio-ekonomskih predrasudama prema američkim Japancima. Murphy odbacuje i argument o radnjama protiv SAD-a osoba koje su odane Japanu, a borave na zapadnoj obali, jer nelojalnost pojedinaca ne može značiti nelojalnost cijele zajednice.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Korematsu v. United States, 323 U.S., 218-220, 223 (1944)

¹⁴⁵ Ibid., 234-242 (Murphy, F., dissenting)

3.5.3. Mišljenje suca Jacksona:

Sudac Jackson pristaje uz stajalište da radnje vojnog zapovjedništva tijekom aktivnih ratnih operacija ne mogu biti podvrgnute redovnom ispitivanju ustavnosti. Mjerilo po kojem se ratne mjere trebaju ocjenjivati mora biti njihova uspješnost, a ne zakonitost. No, Jackson argumentira da pošto se po navedenom ratne mjere ne mogu podvesti pod Ustav, tako se ni Ustav ne bi smio prilagođavati tako da opravda ratne mjere za koje zapovjedništvo smatra da su svrhovite. Jackson smatra da većina baš to u ovom slučaju pokušava napraviti. Sud donosi odluku bez da zna podlogu, stupanj stvarne potrebe donošenja takvih mjera vojnog zapovjedništva i bez ikakvih dokaza, a opravdava ih time. Vojna mjera, koliko god možda neustavna bila, traje do završetka sukoba ili dok je zapovjednik ne povuče. Problem nastaje kad Vrhovni sud potvrdi ustavnost takve mjere i ona postane temelj za poduzimanje sličnih mjera u budućnosti. Jackson drži da sudovi ne bi smjeli funkcionirati kao instrument vojne politike i legitimirati mjere koje krše ustavne granice, što on smatra da Sud u ovom slučaju čini. Po njegovom mišljenju, uloga Suda nije da ispituje političke, moralne i vojne aspekte pojedine ratne mjere. Stoga se Sud ne bi smio miješati u vođenje rata i ukinuti spornu mjeru, ali isto tako se od Suda ne bi smjelo tražiti da legitimira mjeru koja nema temelja u pravu i Ustavu. Jackson naposljetku tvrdi da je presuda trebala biti poništena, a Korematsu pušten na slobodu.¹⁴⁶

3.5.4. „Korematsu“ i egzekutivni unilateralizam

Jamal Greene u članku „Is Korematsu Good Law?“ piše da je Vrhovni sud u predmetu Trump v. Hawaii ocijenio da je odluka u Korematsu bila pogrešna već u to vrijeme, da je poništena „na sudu povijesti“ i da nema mjesta u pravu i pod Ustavom. Greene smatra da je taj potez Suda prazan jer je neodređen i ne specificira se koji se dio odluke poništava.¹⁴⁷

Vrhovni sud je u ovom predmetu legitimizirao egzekutivni unilateralizam predsjednika Roosevelta i dopustio mu širok zahvat u individualna ustavna prava državljana. Težina zahvata je pojačana time što se on temeljio na profiliranju osoba na bazi njihove rase. Cijeloj zajednici američkih Japanaca narušena su ustavna prava, evakuirani su ih svojih domova i internirani u koncentracijske logore, iako je Sud smatrao da je to preteška riječ za te institucije. Time je diskriminatorno jednoj zajednici američkih državljana oduzeto pravo na zakoniti postupak i nisu mogli pred sudom dokazati svoju odanost SAD-u ili da ne sudjeluju u operacijama protiv

¹⁴⁶ Korematsu v. United States, 323 U.S., 244-248 (1944) (Jackson, R., dissenting)

¹⁴⁷ Greene, Jamal, Is Korematsu Good Law?, Yale Law Journal Forum, 128, 2018-2019, HeinOnline, str. 629.-630.

SAD-a. Isključen je mehanizam sudbenog nadzora bez da je nalog habeas corpus suspendiran. Egzekutivni unilateralizam je podržan i od strane Kongresa koji je kriminalizirao odbijanje postupanja po vojnim mjerama. Opravdanje primjene unilateralizma u ovom slučaju je ugroza nacionalne sigurnosti, a Vlada je argumentirala da ratne ovlasti dopuštaju provođenje takvih mjera. Vrhovni sud argumentira da egzekutivni unilateralizam opravdan jer je u nadležnosti izvršne vlasti da procjeni stupanj ugroze nacionalne sigurnosti, i postupanje slijedom toga, a miješanje u postupanje u takvim situacijama je izvan nadležnosti Suda. Sudac Jackson odbacuje ovo stajalište, smatra da postupanje nije u skladu s Ustavom, i da se od Suda ne može tražiti ustavno legitimiranje egzekutivnog unilateralizma, pogotovo ako je neutemeljena u Ustavu. Sudac Murphy također smatra da postupanje Predsjednika nije utemeljeno u Ustavu već na rasizmu, i na nacionalnom stavu prema Japancima u to vrijeme. Murphy implicira da su se sporne mjere možda mogle primijeniti da je proglašeno izvanredno ratno stanje koje bi imalo učinak suspenzije vladavine prava i mehanizma sudbenog nadzora, i omogućilo vladavinu vojne vlade, a time i egzekutivni unilateralizam u svojoj punoj moći.

4. ZAKLJUČAK

Doktrina egzekutivnog unilateralizma je jedna od temeljnih doktrina američkog ustavnog prava i njena praktična primjena je priznata i česta u američkoj politici. Kritičari doktrine ističu da u praksi ona dovodi do samovlasti predsjednika i da može prouzročiti nekontrolirano kršenje Ustava, pogotovo u vrijeme izvanrednih stanja. U prvom dijelu navedeni su temelji teorije egzekutivnog unilateralizma. Najvažniji argument teorije je ekspertni argument o superiornosti izvršne vlasti pri postupanju u izvanrednim stanjima. Pravna podloga teorije je tumačenje Ustava, konkretno članka drugog Ustava i ustavnih odredbi o predsjedniku kao vrhovnom vojnom zapovjedniku. U pregledu teorije navedeni su i autori koji zastupaju stajalište da je tumačenje drugog članka Ustava utemeljeno na pogrešnim pretpostavkama i da osnivači Ustava („founding fathers“) nisu namjeravali osigurati širenje ovlasti predsjednika u domene ovlasti ostalih grana vlasti i koje mu ne bi trebale pripadati. Tushnet navodi da su ustavni mehanizmi diobe vlasti i sudbenog nadzora utemeljeni baš da bi se ograničila praktična primjena doktrine egzekutivnog unilateralizma. Međutim, čini se da je stremljenje izvršne vlasti ka što širem krugu ovlasti jednostavno činjenica i neizbježna realnost te grane vlasti. Jedina odredba američkog ustava koja bi bez primjedbe i osnovane protuargumentacije mogla ostvariti egzekutivni unilateralizma je odredba o suspenziji načela naloga habeas corpus koja izričito propisuje način na koji bi se mogla uskratiti ustavna prava građana.

Mehanizam diobe vlasti bi trebao držati izvršnu vlast pod kontrolom Kongresa. No, u ovom tekstu predstavljeno je i stajalište da je baš Kongres, nekad šutnjom a nekad zakonodavnom akcijom, omogućio postupanje Predsjednika po doktrini egzekutivnog unilateralizma i postavio tu doktrinu u temelj američkog pravnog i političkog sustava. Autorizacija za upotrebu sile, primjerice, je izričito priznanje širokih ovlasti predsjednika u svrhu borbe protiv terorizma. Time je Kongres dao najjaču presumpciju u korist

predsjednikovih radnji koje bi mogle biti izvan njegovog kruga ovlasti. Takve predsjednikove radnje su prebačene u prvi razred tripartitne sheme suca Jacksona imaju najveće šanse da ostanu na snazi. Kongres je pogotovo u vremenima krize, tijekom ratova i nakon terorističkih napada davao podršku širokom tumačenju predsjedničkih ovlasti nauštrb ustavnim pravima građana.

Isto tako, i mehanizam sudbenog nadzora je u nekim slučajevima rezultirao priznanjem prakse primjene egzekutivnog unilateralizma. Na kraju krajeva, sudovi su oni koji tumače je li predsjednikovo postupanje u skladu s njegovim ovlastima. Time se sudovi znali potvrditi postupanja predsjednika koja bi kršila ustavna prava ili ustavnu podjelu ovlasti. Potvrdu su davali kako i najniži sudovi, tako i Vrhovni sud. Posebno značajna potvrda se dogodila u vrijeme drugog svjetskog rata kad je predsjednik kao vrhovni zapovjednik dao ovlast nižim vojnim zapovjednicima da odrede internaciju američkih državljana japanskog podrijetla. Naknadno na taj potez Predsjednika je došla i potvrda od strane Kongresa, što je primjer popuštanja zakonodavne vlasti izvršnoj vlasti. To je primjer ružne strane do koje može otići praktična primjena predmetne doktrine. Osnovna ljudska, a ne samo ustavna prava su uskraćena državljanima slobodne demokratske države odlukom izvršne vlasti, a instrumenti nadzora te odluke su zakazali. Zadnji instrument nadzora, Vrhovni sud, je potvrdio tu odluku, a danas odbacuje valjanost te odluke i poništava je.¹⁴⁸ U ovoj situaciji se vidi do kojeg stupnja može doći egzekutivni unilateralizam kad je proglašeno izvanredno stanje.

Čak i da je ekspertni argument pristalica doktrine valjan i da je on apsolutna istina, to ne znači da se izvršnoj vlasti moraju dati odriježene ruke u vremenima krize. Strah američke javnosti koji je davao snagu egzekutivnom unilateralizmu u prošlosti, u budućnosti i danas je faktički proširio ovlasti predsjednika, i to ne samo u vrijeme krize. Naravno da je sada lakše označiti neke odluke u prošlosti kao pretjerane, ali teško je naći primjera u američkoj povijesti gdje su toliko agresivne mjere i postupanja bile u punoj mjeri opravdane s obzirom na situaciju.

Teza o klauzuli o dodjeli ovlasti i teza o kraljevskom ostatku, povezane su i nalaze se u temelju teorije egzekutivnog unilateralizma. Egzekutivni unilateralisti su tijekom povijesti tim pogrešnim tumačenjem opsega ovlasti britanskog monarha, a onda i prijenosom tih ovlasti na američkog predsjednika nakon neovisnosti, uspješno postavili egzekutivni unilateralizam kao jednu od temeljnih teorija predsjedničkih ovlasti.

¹⁴⁸ Trump v. Hawaii, 585 U.S. ____ (2018)

Najveći dio ovog rada je posvećen pregledu sudske prakse Vrhovnog suda koja se tiče egzekutivnog unilateralizma. Cilj pregleda je pokazati tko je zapravo tumač Ustava i tko određuje kome i kada pripadaju kakve ovlasti. Pregledom su predstavljene granice teorije, onako kako ih tumači Vrhovni sud, ali i to kako Sud može proširiti te granice. Najbolji primjer je usporedba odluke Vrhovnog suda u predmetima *Youngstown* i *Dames & Moore*. U prvom slučaju Sud je ograničio egzekutivni unilateralizam Predsjednika zbog zadiranja u resor unutarnjih poslova, a u drugom slučaju u donekle sličnoj situaciji je odlučio u korist Predsjednika i omogućio zadiranje u resor. Prema tripartitnoj shemi suca Jacksona iz predmeta *Youngstown*, u trećem razredu odnosa između Predsjednika i Kongresa, u kojem su oni suprotstavljeni, Vrhovni sud je taj koji ultimativno odlučuje kome zapravo pripada ovlast na koju Predsjednik pretendira. Taj treći razred sheme je onaj u kojemu bi granica između podijeljenih ovlasti trebala biti najočitija, a Vrhovni sud je u nekim slučajevima odlukama u korist Predsjednika proširio njegove ovlasti na račun ovlasti Kongresa i time zamutio granice ovlasti. Pregled sudske prakse nam pokazuje kako zapravo ne postoji resor ni područje na koje se predsjednička moć, putem praktične primjene doktrine egzekutivnog unilateralizma, nema potencijal širiti. Pod opravdanjem izvanrednih stanja taj zahvat se posebno širi. Mišljenje suca Thomasa u predmetu *Hamdi* je primjer kako bi Sud sastavljen od egzekutivnih unilateralista presudio taj slučaj. Pošto je sastav Vrhovnog suda pod velikim utjecajem Predsjednika koji ga želi popuniti pristašama stranke i ideologije kojoj pripada i on, scenarij u kojem bi mišljenje suca Thomasa bilo većinsko mišljenje, nije nezamisliv. Pogotovo republikanski Predsjednici imaju poriv za što većom koncentracijom moći u svojim rukama. Takvom praksom se Vrhovni sud polako pretvara u oruđe vladajuće stranke i njenog faktičnog vođe, Predsjednika SAD-a. Tolika nekontrolirana moć u rukama čovjeka koji i bez toga raspolaže najsnažnijim instrumentom prisile, otvorila bi mogućnost nezamislivih kršenja ljudskih prava i suverenosti drugih država. Rečenica spomenuta u prvom dijelu, da Predsjednik u vrijeme izvanrednih stanja može učiniti bilo što, time postaje realna mogućnost.

POPIS LITERATURE

1. Barron, David J., Lederman, Martin S., The Commander in Chief at the Lowest Ebb, Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding, *Harvard Law Review*, vol. 121, no. 3, January 2008
2. Brownell, Roy E. II., The Coexistence of *United States v. Curtiss-Wright* and *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer* in National Security Jurisprudence, *Journal of Law & Politics*, vol. 16, no. 1, Winter 2000, HeinOnline
3. Gardašević, Đorđe, Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Zagreb, Hrvatska Udruga za Ustavno Pravo, 2014.
4. Greene, Jamal, Is *Korematsu* Good Law?, *Yale Law Journal Forum*, 128, 2018-2019, HeinOnline
5. Gros, O. i Ni Aolain, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
6. Issacharoff, S. i Pildes, R. H., *Emergency Contexts Without Emergency Powers: The United States' Constitutional Approach to Rights during Wartime*, u: *The Constitution in Wartime - Beyond Alarmism and Complacency*, u Tushnet, M. (ed.), Duke University Press, Duke & London, 2005.
7. Mortenson, Julian Davis, Article II Vests the Executive Power, Not the Royal Prerogative, *Columbia Law Review*, vol. 119, no. 5, June 2019.
8. Mortenson, Julian Davis, The Executive Power Clause, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 168, no. 5, April 2020.
9. Paulsen, Michael Stokes, The Constitution of Necessity, *Notre Dame Law Review*, vol. 79, no. 4, July 2004.
10. Paulsen, Michael Stokes, *Youngstown Goes to War*, *Constitutional Commentary*, vol. 19, no. 1, Spring 2002., HeinOnline
11. Posner, R., *Not a Suicide Pact – the Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, New York, 2006.
12. Posner, E. A. i Vermeule, A., *Terror in Balance – Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007.
13. Rosenfeld, M., Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror, *27 Cardozo Law Review* 2079, 2006.
14. Tushnet, M., Controlling Executive Power in the War on Terrorism, *118 Harv. L. Rev.* 2673, 2005.

15. Yoo, J., *The Powers of War and Peace – the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2006.

Pravni izvori:

1. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936)
2. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981)
3. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)
4. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)
5. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)