

Prof. dr. sc. Biljana Kostadinov

Katedra za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

USTAVNI IDENTITET

*Dans le sort de chaque être humain, dans sa dignité sauvegardée
ou perdue, se joue l'idée de l'Humanité toute entière.*

Robert Badinter

1. UVODNO O TRI RASPRAVE O USTAVNOSTI USTAVNIH PROMJENA

Istraživanje materijalne kontrole ustavnih zakona pripada modernizmu¹ u ustavnopravnoj znanosti jer odražava kraj jednog razdoblja u povijesti političkih sustava, započetog krajem velike Francuske revolucije. Riječ je o razdoblju tradicionalno shvaćene demokracije kao sustava utemeljenog na narodnoj suverenosti, u kome je vladalo nepovjerenje revolucionara prema sucima iz Parlamenata *Ancien Régime* (koji su se suprotstavljali suverenu – kralju pozivom na vrijednosti prirodnog zakona, zahtijevajući pravo nadzora i poništavanja njegovih zakona). Danas upotrebljavamo isti pojam *demokracija* za zaštitu temeljnih prava, ali je značenje pojma drugačije i vraćamo se na tu istu situaciju samo što sustav vrijednosti nije više vjerski sustav vrijednosti, već se temelji na temeljnim pravima. Čuvar tih univerzalnih načela je nužno sudac. Na kraju, u nekom smislu, zatvaramo zgradu demokracije, koja je bila jako kratka u povijesti naših političkih sustava, kako bi došli do novoga, boljeg ili barem drukčijeg sustava (možemo ga, ako se to želi, isto nazvati “demokracija” kao što nazivamo “stolac” stolom, kako karikaturalno iznosi predsjednik Francuske udruge za ustavno pravo *Bertrand Mathieu*).²

Kakva će biti uloga ustavnih sudaca u demokraciji? Bivši predsjednik Vrhovnog suda Izraela *Aharon Barak* odgovara da je budućnost nemoguće predvidjeti, ali ne

¹ Prema slavnoj američkoj anegdoti pitali su osobe koje su izlazile s Konvencije u Philadelphiji: Što tamo rade? Odgovor je bio: *A machine that will go by itself*. Dakle, ne treba ga kontrolirati. Zašto su to mislili? Ustav se shvaćao kao mehanizam (prema Newtonovoj mehanici) čiji su zupčanci tako regulirani da ne mogu povrijediti Ustav čak i ako to žele. Ustav se smatrao nepovredivim i nije bilo potrebe za kontrolom ustavnosti. Danas mislimo da mehanizmi nisu dovoljni i da je kontrola potrebna. Znanost ustavnog inženjeringa izuzetno je nesavršena znanost. Navod iz: *Écrire une Constitution*, D. Maus, B. Francois, M. Troper, RFDC, no 79, Juillet 2009., P.U.F., str. 562.

² Bertrand Mathieu, rasprava: Table ronde 24.-25. 04., AIDC, Jeruzalem, 2010., <http://www.iacl-aidc.org/>, pristup 1. 7. 2010.

teba dopustiti terorizmu da promijeni ispravnu percepciju sudaca o temeljnim pravima. Ako ustavni suci promaše u svojoj ulozi zaštitnika prava čovjeka u vrijeme rata i terorizma, postat će nesposobni ispuniti svoju ulogu u vrijeme mira. Suprotstavljanje društva agresoru temelji se na priznavanju da se ono bori za očuvanje najviših vrednota, pravna država je među njima: *“Mi kao suci imamo svoju Sjevernjaču koja nas vodi: vrednote i temeljne principe ustavne demokracije. Teška odgovornost je na našim ramenima. Ali u teškim vremenima, trebamo ostati vjerni sebi.”*³

Tema asocira na ikonoklastički pokret i spaljivanje slika svetaca: kako ustavni sud koji je ovlašten jamčiti poštivanje ustava, može nadzirati norme ili izmjenu normi koje je obvezan poštivati? Nakon Drugog svjetskog rata raste broj ustava koji sadrže zabranu mijenjanja nekih ustavnih normi.⁴ Pravno problem neustavnosti ustavnih promjena postoji od donošenja prvih ustava, no danas je odgovor na njega drugačiji nego u 19. i 20. stoljeću.

O toj aktualnoj i važnoj temi vode se tri glavne rasprave:

- a) o djelotvornosti nepromjenjivih ustavnih normi (potaknuta francuskim primjerom iz 1884. godine);
- b) rasprava o teoriji implicitnih ograničenja ustavotvorca kod izmjene ustava koja napušta tradicionalni binarni odnos između ustavnih i zakonskih normi i predlaže novu normativnost;

³ Aharon Barak, Le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, RFDC, no 66, avril 2006, P.U.F., str. 302. Autor navedeno iznosi opisujući kako se suprotstavio zahtjevu za izvanredne mjere ispitivanja terorista – bombaša. Terorizam će pobijediti ako uspije izmijeniti prirodu ustavne demokracije prema smjeru napada na prava čovjeka. Nije dopuštena uporaba torture u ispitivanju terorista, čak iako bi se učinkovito spasili životi ljudi sprječavanjem terorističkog napada.

⁴ Primjerice, članak 79. st.3. njemačkog Temelnog zakona iz 1949. godine, članak 288. Ustava Portugala iz 1976. (14 nepromjenjivih područja uključenih u poglavlje pod naslovom “materijalne granice Ustava”), brazilski Ustav, Ustav Grčke (“The provisions of the Constitution shall be subject to revision with the exception of those which determine the form of government as a Parliamentary Republic and those of articles 2 paragraph 1, 4 paragraphs 1, 4 and 7, 5 paragraphs 1 and 3, 13 paragraph 1, and 26”), Ustav Turske (“The provision of Article 1 of the Constitution establishing the form of the state as a Republic, the provisions in Article 2 on the characteristics of the Republic, and the provision of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed” (Article 4).)

Ustav Rumunjske (“The provisions of this Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian State, the Republican form of government, territorial integrity, independence of the judiciary, political pluralism and official language shall not be subject to revision” (članak 148 (1)), i članak 148 (2) “Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens’ fundamental rights and freedoms, or the safeguards thereof”). Ističemo da Ustav Norveške (1814., članak 112.) zabranjuje promjenu ustava koja bi bila u opreci sa ustavnim principima i duhom ustava što je najstarija “klauzula vječnosti” (10 principa su se izvorno odnosila na, između ostalog, diobu vlasti, narodnu suverenost, neovisno sudstvo). Članak 139. Ustava Italije (republikanski oblik vladavine), članak 9. (2) Ustava Češke “Any changes in the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law are impermissible”.

c) rasprava uspostavljena na temeljima prethodnih, ispituje mogućnost materijalne kontrole ustavnih promjena oslanjajući se na postojanje najviših ustavnih vrednota i ustavnih principa, razvitak metoda tumačenja ustava i širenje nadležnosti ustavno-sudbene vlasti.

2. SUDBENI COUP D'ÉTAT

2.1. Postoji li nešto iza ili iznad Ustava?

U posljednjoj raspravi otvoreno je pitanje postoji li nešto *iza* (*lat. retro*)⁵ ili *iznad* ustava? Kakav je odnos između ustavnog poretka i etičkog poretka vrednota? Aharon Barak ističe: "Uloga suca je dati učinak demokraciji odlučivanjem prema demokratskim vrednotama i temeljnim principima. U mojim očima, temeljni principi (ili vrednote) ispunjavaju normativni svemir demokracije. Oni opravdavaju pravne norme. Oni su razlozi za njihovu izmjenu. Oni su *l'esprit* (*voluntas*) koji ujedinjuje supstancu (*verba*). Svaka norma stvorena u demokraciji, stvorena je s tim vrijednostima u pozadini."⁶

Pisci ustava i sudovi često upućuju na društveno vrijednosne prosudbe, ustavi i njihova primjena odražavaju selektivni i pristrani izbor vrednota. Recentna istraživanja pokazuju⁷ neslaganje doktrine i sudaca o značenju, prirodi vrednota i širini obvezivanja na vrednote u ustavnom sudovanju.

Savezni ustavni sud Njemačke 1958. godine presedanom u tom pogledu, presudom *Lüth* (7BVerfGE 198, 1958) 7, 198⁸ određuje da Temeljni zakon nije vrijednosno neutralan dokument.⁹ Alec Stone Sweet tumači da prema presudi *Lüth* "sustav vrijednosti" iz Temelnog zakona (danas se govori o principima), posebice sustav prava "prožima sva područja prava". Kao rezultat "svaka odredba privatnog prava mora biti u skladu s tim sustavom"...i svaka takva odredba mora biti tumačena u tom duhu"¹⁰. Obveza je svih sudova osigurati sukladnost svih odredbi privatnog

⁵ *lat. retro* (*prij.*): nazad, unazad, natrag, straga, opet.

⁶ Aharon Barak, Le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, RFDC, no 66, avril 2006, P.U.F., str. 241.

⁷ Constitutional topography: values and constitutions, Ed. by András Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, Predgovor.

⁸ BVerfGE 7, 198 (1958), Engleski prijevod u: DONALD KOMMERS/RUSSELL MILLER, THE JURISPRUDENCE OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT, 3RD ed. 2007.

⁹ Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 242.: Presuda Prvog senata od 15. siječnja 1958. - 1 BvR 400/51 - : "Isto tako je točno da ustav nije želio uređenje koje je vrijednosno neutralno (BverfGE 2, 1 (29; 5, 85 (134) i dalje, 197 i dalje); 6, 32 (40 i dalje)), da je u dijelu s ljudskim pravima uspostavio objektivno ustrojstvo vrijednosti i da upravo ovdje dolazi do izražaja principijelno osnaženje važenja osnovnih prava(...)."

¹⁰ Alec Stone Sweet, The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority, German Law Review, vol. 08, br. 10, 2007., str. 920.: "Želio bih naglasiti sljedeće u njemačkom primjeru. Prvo, u privatnom

prava s ustavnim pravima. Ako suci privatnog prava ne uspiju u tome, tvrdi Savezni ustavni sud, ili ako ne uspiju utvrditi odgovarajuću ravnotežu primjenom načela razmjernosti, oni čine povredu “objektivnog ustavnog prava”, a time i prava pojedinca. Riječ je o *sudbenoj revoluciji*, presuda je stvorila novi razlog za tužbu protiv sudaca privatnog prava o kojoj Savezni ustavni sud može odlučivati putem ustavnog žalbenog postupka. Autori Temelnog zakona nisu ustanovili da bi temeljna prava mogla imati učinak između privatnih osoba i njihovih pravnih odnosa, nakon presude *Lüth* navedeno je konstitucionalizirano.

Iako je ljudsko dostojanstvo neotuđivo pravo u Temeljnem zakonu (članak 1.), koncepcija da ljudsko dostojanstvo stoji u centru objektivnog poretka vrednota nije navedena u ustavnom tekstu, proizvod je ustavnog sudovanja. Savezni ustavni sud Njemačke 2006. godine (BVerfGE tom 115, str. 118., Luftsicherheitsgesetz, Zakon o sigurnosti zračnog prometa) tumači: “*Ljudski život kao noseći ustavni princip i najviše ustavno dobro predstavlja vitalni temelj ljudskog dostojanstva. Svaki čovjek posjeduje kao osoba ovo dostojanstvo, bez obzira na svoje osobine, svoje tjelesno ili duhovno stanje, svoje sposobnosti i svoj socijalni status. Ono ne može biti oduzeto ni jednom čovjeku. Međutim, može biti povrijeđeno pravo na njegovo poštivanje.*”¹¹ Odlučujući o ustavnoj žalbi protiv pravne norme o davanju ovlasti oružanim snagama Zakonom o sigurnosti zračnog prometa da neposrednom uporabom oružane sile smiju srušiti letjelice koje se upotrebljavaju kao oružje za izvršenje kaznenih djela protiv ljudskih života, Savezni ustavni sud zaključuje da odredbe navedenog zakona nisu u skladu s člankom 1. st. 1. Temelnog zakona jer rušenjem letjelice mogu biti povrijeđena prava žrtava otmi-

sporu, pojedinci ne samo da mogu zastupati svoja prava; oni ponekad imaju pravo na postupak – proporcionalnu analizu – kojim će se odrediti djelokrug njihovih prava u kontekstu građanskog prava. Drugo, prigovor pojedinca je transformiran: nakon parnice *Lüth*, on postaje **mehanizmom za praćenje i provođenje novog ustavnog poretka Saveznog ustavnog suda**. Treće je neophodna posljedica prva dva navoda. Jednom kada prava uđu u neki postupak, sudac građanskog suda mora rasuđivati i odlučiti vrlo slično ustavnom sucu. SUS, što se njega tiče, može samo pravilno izvesti svoj zadatak – revidirati u kojoj mjeri je građanski sud uravnotežio prava i ostale zakonske vrijednosti – namećući svoje mišljenje ulozi suca koji presuđuje.“

- ¹¹ Presuda Prvog senata od 15. veljače 2006. - 1 BvR 357/05- Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 176.; Savezni ustavni sud Njemačke 1970. godine u presudi BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil) iznosi da u odnosu na načelo nepovredivosti ljudskog dostojanstva, koje prema čl. 79. st. 3. Ustava ne smije biti predmet ustavnih promjena, sve ovisi od pitanja pod kojim okolnostima može biti povrijeđeno ljudsko dostojanstvo. Sud navodi da se svaki put mora promatrati konkretan slučaj povrede, tretman čovjeka od strane javne vlasti koja izvršava zakon mora biti izraz omalovažavanja vrijednosti koje mu pripadaju snagom činjenice da je on osoba, da bi došlo do povrede ljudskog dostojanstva. Međutim, u izdvojenom mišljenju suci Geller, dr. v. Schlabrendorff i dr. Rupp navode da se gore navedenim mišljenjem Suda značenje ljudskog dostojanstva iz čl. 79. st. 3. Ustava reducira na zabranu ponovnog uvođenja metoda zlostavljanja iz Trećeg Reicha. Takvo bi ograničenje bilo suprotno duhu Ustava i stoga traže da državne vlasti štite i poštuju čovjeka u njegovoj vlastitoj vrijednosti, on ne smije biti tretiran kao predmet čak i kad se to ne događa zbog nepoštivanja osobe već i u najboljoj namjeri. Vidi: Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 98.

ce, posade i putnika, i time ih se lišava poštivanja koje im pripada snagom ljudskog dostojanstva.

Kada usmrćivanje ljudi postaje sredstvo za spas drugih, ljudi bivaju opredmećeni i istodobno obespravljani ako se njihovim životima raspolaže jednostrano, radi države (putnicima i posadi se kao žrtvama oduzima vrijednost koja pripada svakome čovjeku kada sam donosi vlastite odluke). Država izbor sredstava za izvršavanje obveze zaštite života ljudi može izvršiti samo između onih čija je upotreba u skladu s Ustavom, odnosno sa zabranom ubijanja koja iz članka 1. st. 1. Temelnog zakona slijedi za državu. Ustavni sud Njemačke iznosi da se ništa ne mijenja činjenicom da postupak treba poslužiti za zaštitu i održavanje života drugih ljudi.¹²

Europski sud za prava čovjeka u predmetu *Pretty v. United Kindom*, suočen s istim tekstualnim nedostatkom, navodi da je: "čista esencija Konvencije poštivanje ljudskog dostojanstva i slobode".¹³

2.2. Retroustavne koncepcije i pravni pozitivizam

Navedeno upućuje na potrebu lociranja mjesta ustavnih vrednota, njihovog odnosa s ustavnim tekstom i njihove funkcije u rasuđivanju sudaca kada presuđuju. Razmatrajući problem iz perspektive ustavnog teksta *Otto Pfersmann*, ističe da bi pozitivan odgovor na pitanje postoji li nešto iza ili izvan ustava značilo da je čak i ustav ograničen obvezom poštivanja nekih fundamentalnijih vrednota ili normi, ili da su određeni kontekstualni elementi jači od samog ustava.¹⁴ Tumači da se takva koncepcija redovito pojavljuje u ustavnim raspravama kada neki politički subjekti u političkoj areni žele nametnuti ustavne promjene koje ostali ne žele prihvatiti (i obrnuto), a služi za promaknuće ili zaustavljanje ustavnih promjena. Pozitivan odgovor na postavljeno pitanje daju pristalice navedene koncepcije, odnosno *retroustavnog pristupa*.

Otto Pfersmann polazi od premisa pravnog pozitivizma (za koji drži da ga je teško nadvladati), problemu prilazi određujući što je pravno ustav: Ako je ustav ono što ultimativno postavlja prvi normativni element pravnog sustava, tada očigledno ne može biti drugdje nešto što pripada istom pravnom sustavu i postavlja prvo elemente tog samog sustava. Prema pozitivističkoj teoriji, *koncepcije retroustavnosti* ideološki su pokušaji mijenjanja prava izvan pravnih postupaka osiguranih za tu svrhu,

¹² O materijalnom sadržaju njemačke klauzule vječnosti (čl. 79. st. 3. Temelnog zakona) šire iznosimo u posebnom poglavlju rada.

¹³ *Pretty v. United Kingdom*, EctHR Application no. 2346/02. 29. 04. 2006., (65). Vidi šire: Biljana Kostadinov, *L'euthanasie au Canada et en Europe*, Conseil international d'études canadiennes, *Le vieillissement des sociétés: La dynamique de l'évolution démographique au Canada*, 2010.

¹⁴ Otto Pfersmann, *The Only constitution and Its Many Enemies*, *Constitutional topography: values and constitutions*, Ed. by Andrés Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 45.

a teoretska opravdavanja takvih nastojanja ostaju na konfuznim pretpostavkama (kojima je i namjera proizvesti konfuziju). Formula da je nešto iza ili izvan ustava - *retro-ustav*, može značiti da je neki određeni prethodni povijesni datum nadmoćan nad ustavom ili da sadašnja situacija zahtijeva stalno aktualiziranje jednom donesenog ustavnog teksta (u oba slučaja poziva se na *ustavni kontekst*).

Zbog opsega rada, iznosimo samo razmatranje o *sudbenoj revoluciji*. Alec Stone Sweet određuje sudbeni državni udar: "By the phrase *juridical coup d'état*, I mean, a *fundamental transformation in the normative foundations of a legal system through the constitutional lawmaking of a court*."¹⁵

Sud može reći da ustav obuhvaća nešto što faktički nije u ustavu ili da postoji nešto na drugom mjestu, što prema mišljenju suda, može imati odlučan pravni utjecaj na ustav (agresivniji pristup bio bi u prizivanju hiper-ustavnih entiteta). Stvarni problem sastoji se u utjecaju uporabe takvog argumenta na pravni sustav u cjelini. Francusko Ustavno vijeće je 1971. godine uključilo Povelju prava u Ustav V. Republike, iako su znali da su ustavotvorci izričito odbacili uključivanje takve povelje. Potez je uništio ostatke svetog republikanskog principa parlamentarne suverenosti. Autori Ustava Francuske V. Republike (1958.) željeli su naglasiti u Proslovu da je Peta Republika unutar određenog političkog kontinuiteta vrijednosti, a "prava" spomenuta u Proslovu nisu smatrana *pravima* u smislu ustavnih normi na koje se može pozvati kako bi se napalo zakonodavstvo. Ustavno vijeće Francuske je u slavnoj Odluci o slobodi udruživanja od 16. lipnja 1971. godine (44 DC) pozivom na Proslov, do tada smatran čistom političkom deklaracijom,¹⁶ stvorilo *nov ustav*: "Ta je odluka potpuno promijenila bit formalnog ustavnog prava, uključujući u njega članke Proslova kao pravno obvezatne norme – i stoga i sve objekte na koje se Proslov referira, naročito osnovna načela priznata zakonima Republike, takav potez je proizveo retroaktivnu konstitucionalizaciju zakonodavstva donesenog prije 1946. godine pod republikanskom vladavinom. Budući da Ustavno vijeće nije ovlašteno mijenjati formalno ustavno pravo uz svu širinu imaginacije, to predstavlja ništa manje nego revoluciju u pravnom značenju riječi."¹⁷

Suci su uspjeli nametnuti svoje mišljenje kao obvezujuće pravo, a znanstvena zajednica je složno ukazala da je odluka osnovana. Time se u Francuskoj, s nekoliko ustavno zaštićenih prava, došlo do novog ustava sa širokim katalogom prava, koji

¹⁵ Alec Stone Sweet, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, *German Law Review*, vol. 08, br.10., 2007.

¹⁶ Naglašavamo da je prethodni francuski Ustav iz 1946. godine izričito izuzeo Proslov i Deklaraciju o pravima čovjeka iz 1789. kao osnovu za kontrolu ustavnosti zakona od strane Ustavnog Komiteta. Vidi: *Droit constitutionnel*, Georges Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper., 25 ed., L.G.D.J., 1997., str. 383.

¹⁷ Otto Pfersmann, *The Only constitution and Its Many Enemies*, *Constitutional topography: values and constitutions*, Ed. by Andrés Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 60.

se može pronaći u *temeljnim principima priznatim zakonima Republike*.¹⁸ Riječ je o prekidu kontinuiteta i prihvaćanju novog ustava putem sudbenog odlučivanja, dakle, o ustavnoj promjeni.

Pravnopozitivistička koncepcija određuje:

- a) Za svaki pravni sustav, Ustav je funkcionalno definiran kao skup normi koje određuju valjanost drugih normi;
- b) Ako nešto iza, pored, inherentno ili što bilo, ima funkciju određivanja valjanosti normi unutar datog pravnog sustava, tada će taj retro ili hiper-ustav biti Ustav sam;
- c) Pravno, nema ničeg izvan Ustava, osim pretpostavke da ono što se pokazuje kao formulacija ustava faktički jest ustav;
- d) Argumenti koji pokazuju da retro-ustavni entiteti mogu zaista biti pravni entiteti, predstavljaju želju za izmjenom ustava bez poštivanja pravnih pravila određenih za tu svrhu;
- e) Revolucionarni uspjeh takvih pokušaja ne dokazuje da je nešto bilo retro-ustavno, već da u svrhu uključivanja tih entiteta, netko mora primijeniti extra- pravne promjene.¹⁹

Pozitivistička koncepcija od pristalica materijalne kontrole ustavnosti ustavnih amandmana traži dokaz u obliku postojanja logičke poveznice između zabrane donošenja normi i produkcije polimorfni ustavnih normi (normi višeg ustavnog ranga, klauzule vječnosti) s pravom nadzora i poništavanja normi koje nisu u suglasnosti s tim ustavnim normama.

Otto Pfersmann u izlaganju na Okruglom stolu AIDC-a u Jeruzalemu (2010.) navodi: "Rekao sam da je izraz neustavni ustavni amandman u biti bez značenja, te ga želim izraziti na neki drugi način. Ne smatram ga besmislenim, već ga se treba restrukturirati. Ono što on u biti podrazumijeva je da li u nekom pravnom sustavu postoje supra-legislativne, neekvivalentne polimorfne norme, bilo pozitivne²⁰

¹⁸ Ustavno vijeće je u svojim daljnjim odlukama konkretiziralo temeljne principe primjerice, pravo na štrajk, pravo na slobodu komuniciranja, slobodu poučavanja, neovisnost sveučilišnih profesora. *Droit constitutionnel*, Georges Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper, 25 ed., L.G.D.J., 1997., str. 700.

¹⁹ Otto Pfersmann, *The Only constitution and Its Many Enemies*, Constitutional topography: values and constitutions, Ed. by Andrés Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 68.: "Revolucije putem sudbenog retro-ustavnog pristupa u liberalnim demokracijama, pod određenim su uvjetima, moralno dobra stvar. "

²⁰ Pozitivne neekvivalentne ustavne norme: sve ustavne norme možemo mijenjati, ali se postupak izmjene razlikuje obzirom je li riječ o ustavnim odredbama za koje se traži postupak za potpunu izmjenu ustava ili ustavnim normama koje se mogu mijenjati djelomičnom revizijom ustava (primjer, Švicarska, Španjolska, Austrija, čl.145 Ustava Bugarske (1991)).

ili negativne.²¹ No, ako takvo nešto i postoji, pravi problem leži u činjenici da li ta razlika u načinu strukturiranja norme, pozitivno ili negativno, implicira mogućnost da sudovi ili drugi organi uspoređuju niže naspram viših normi. Moja je teza da ne postoji logička poveznica između diferencijacije procedure donošenja normi ili zabrane donošenja normi i same mogućnosti provjeravanja istih. To je, dakle, glavni problem koji još nismo razriješili.²²

Većina ustava poznaje različite postupke za izmjenu ustava ili isključuje neke elemente od bilo kakve izmjene. Pristalice ideje o hiper-ustavnosti ili retro-ustavnosti mogu reći da je stoga najviša razina ustavnog prava "iznad ustava", ali to je samo terminološki trik. Ono što se događa je da sve više pravnih sustava prihvaća hijerarhijski kompleksnu diferenciranu strukturu. Međutim, ništa u tim slučajevima ne predviđa ustavnu kontrolu nižih u odnosu na hijerarhijski više norme (koja se vrši primjerice, u Indiji, Austriji i Izraelu).

Navedeno pitanje nije moguće riješiti samo unutar okvira pozitivističke teorije, stvarni problem je problem teorije interpretacije (s otvorenom Pandorinom kutijom mogućih odgovora na pitanje): Tko je ovlašten odlučivati o tumačenju ustava?²³

U suvremenoj doktrini javnog prava slabi tendencija priklanjanja pozitivizmu, prihvaćene su ideje da neki elementi opće političke odluke na kojoj je ustav oblikovan prevladavaju nad izričitim tekstom ustava, primjerice, u Italiji neki drže da ustavne promjene ne mogu izmijeniti pravni sustav preko granica velikog ustavnog kompromisa snaga otpora fašizmu²⁴ ili da iza Ustava SAD-a stoji volja očeva utemeljitelja koja određuje sadržaj i evoluciju ustava. Slično, neki autori prihvaćaju da evolucija političkog društva određuje sadržaj ustava što god bi, usprkos tomu, ustav o promjenama mogao reći.²⁵

²¹ Negativne neekvivalentne ustavne norme: zabranjena je izmjena nekih ustavnih odredbi (primjer, Francuska 1884. i danas, Portugal, Njemačka (klauzula vječnosti), Italija, Grčka).

²² Prof. Otto Pfersmann, Sveučilište Pariz 1, Rasprava: Table ronde 24.-25-04., AIDC, Jeruzalem, 2010., op. cit. bilj. 2.

²³ Interpretacija nije problem koji se bavi činjenicom tko odlučuje. Time se bavi problem normativne hijerarhije koja daje ovlasti određenim organima. Problem interpretacije je što točno "formuliranje preskriptivnih odredbi" znači. To je problem analitički primijenjene filozofije jezika i jezikoslovlja. To je semantički problem, problem značenja. Odgovor na to pitanje može se pronaći u određenim odredbama, a naš je problem interpretacije njihova značenja.

²⁴ Vidi.: L. Favoreu, O. Pfersmann, (Ed.), *La révision de la constitution*, 1993., str.117.

²⁵ Šira literatura o raspravi: R. Berger, *Government By Judiciary* (1977); R. H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L.J.* 1(1971); J. Rakove (Ed.), *The Debate Over Original Intent* 197 (1990); A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997); T. Marshall, *The Constitution: A Living Document*, u J.C. Smith (Ed.), T. Marshall, *Supreme Justice: Speeches and Writings* 281 (2003); M. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 *Harv. L. Rev.* 781, i 793-804 (1983); R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American constitution* (1996), M. Rosenfeld, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics* (1998).

2.3. O ustavnom identitetu

2.1. U istraživanju neustavnosti ustavnih promjena polazimo od određenja nerazdvojive biti Ustava, onog što nazivamo *nepromjenjivim ustavnim identitetom*. Ponovno se otvara rasprava i pitanje postoji li nešto *iza* ili *iznad* ustava? U definiranju što bi to "nešto" značilo može se poći od političke ili društvene stvarnosti. *Michel Troper* tumači da je *Hans Kelsen* pisao u tom smislu raspravljajući o "vječnom pitanju što stoji iza pozitivnog prava".²⁶ Drugi odgovor može biti sila, ekonomske snage ili moralna načela, no to ne pomaže pravnim znanstvenicima koji žele znati je li to nešto iza ustava pravne prirode. Može se odgovoriti da iza nekog određenog ustava stoji određena ideologija, primjerice, iza postkomunističkih ustava je ideologija vladavine prava. Međutim, iako sudovi mogu tumačiti ustav u svjetlu te ideologije, to ideologiju ne će učiniti pravno obveznom. Praksa se može promijeniti, ono što obvezuje zakonodavca nije ideologija već Ustav sam. U navedenoj Odluci o slobodi udruživanja u Francuskoj Ustavno vijeće 1971. godine utvrđuje da se sloboda udruživanja mora uključiti u temeljne principe priznate zakonima Republike i reafirmirane u Proslavu Ustava.²⁷ Ustavno vijeće Francuske je rekonstitucionaliziralo, dalo značaj ustavne odredbe slobodi udruživanja, navedena temeljna načela priznata zakonima Republike jasno vidi kao ustavne norme, one nisu iza ili izvan Ustava, već su Ustav sam.

Didier Maus tumači da datum 16. 7. 1971. godine ima simboličnu vrijednost, tada je prvi put u povijesti Francuske Ustav postao stvarno najviša pravna djelatna norma. Međutim, zbog europske evolucije neće to dugo i ostati.²⁸

Primjer sudbene revolucije ili sudbenog državnog udara, uz gore navedenu francusku Odluku o slobodi udruživanja ili njemačku presudu *Lüth*, svakako je i presuda *Costa* ECJ 6/64, ECR (1964), 585. u kojoj je Europski sud pravde objavio doktrinu o nadređenosti europskog prava koja u je kombinaciji s doktrinom neposrednog učinka iz predmeta *Van Gend en Loos* ECJ 6/64, ECR (1964), 585. poslužila "konstitucionalizaciji" Rimskog ugovora. Države članice nisu propisale nadređenost Ugovora,

²⁶ Michel Troper, Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France, u: Constitutional topography: values and constitutions, Ed. by András Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 189.:

"For Kelsen: Whoever seeks the answer will find, I fear, neither an absolute metaphysical truth nor the absolute justice of natural law. Who lifts the veil and does not shut his eyes will find staring at him the Gorgon head of power."

Michel Troper citat navodi iz: D. Dyzenhaus, Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar 154 (1999).

²⁷ Prvo poglavlje Proslava Ustava Republike Francuske (1958):

Francuski narod svečano proglašava privrženost pravima čovjeka i načelima narodnog suvereniteta kako su ona utvrđena Deklaracijom iz 1789. te potvrđena i dopunjena u Proslavu Ustava iz 1946.

Citat iz: Vladavina prava, Zagreb (1997), god.1, br. 4-5-6, str. 123.

²⁸ Ecrire une Constitution, D. Maus, B. Francois, M. Troper, RFDC, no 79, Juillet 2009, P.U.F., str. 569.

niti neposredan učinak Ugovora ili direktiva Europske zajednice. U predmetu *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965) Vrhovni je sud SAD-a utvrdio da Ustav SAD-a sadrži pravo na privatnost (barem za odluke o reproduktivnom zdravlju) usprkos činjenici da takve odredbe u njemu nema. Razmatajući konstitucionalizaciju općih načela prava EU Siniša Rodin utvrđuje da Europski sud u predmetu C-555/07 *Küçükdeveci* od 19. siječnja 2010. godine ima pravno rasuđivanje slično Vrhovnom sudu SAD-a u predmetu *Griswold v. Connecticut*, gdje u prvom jednakost, a u drugom sloboda predstavljaju predustavne liberalne vrednote koje pozitivno pravo (ustav, ugovor ili direktiva) ne konstituiraju, već tek deklariraju: “U biti, shvaćanje ES-a uvelike podsjeća na shvaćanje Vrhovnog suda SAD-a, vezano uz doktrinu *substantive due process* kojom je Vrhovni sud SAD-a proširio svoju nadležnost. Vrhovni sud, temeljem te doktrine, primjenjuje ustavna prava na situacije koja su u regulatornoj nadležnosti država. Također, VS od regulatorne intervencije država štiti određena prava koja smatra “fundamentalnim“ u tolikoj mjeri da se na njih može pozivati i bez izravne ustavne osnove.”²⁹ Zaključuje da u oba slučaja pravo države, odnosno države članice, mora ustuknuti kao neustavno, odnosno, suprotno pravu EU s posljedicom širenja sudske nadležnosti Vrhovnog suda SAD-a i Europskog suda na područja koja se tradicionalno smatraju nadležnošću država članica.

2.4. Ustavni identitet Francuske

Ustavno vijeće je u borbi za ograničavanjem nadređenosti europskog prava u Odluci 2006-540 DC od 24. srpnja 2006. godine oblikovalo koncepciju francuskog ustavnog identiteta.³⁰ Zaštita državne suverenosti glavni je tzv. “skriveni ulog u igri” prigodom promjene Ustava Francuske 2008. godine, značajniji od novih prava građana i zaštite temeljnih ustavnih prava. Prema *Marthe Fatin-Rouge Stéphanini* ustavotvorci su morali izabrati između dva scenarija: “Ili će Francuska usvojiti kontrolu *a posteriori* i moći obraniti svoja temeljna ustavna prava od europskog utjecaja, ili će

²⁹ Siniša Rodin, Konstitucionalizacija općih načela prava u novijoj praksi Europskog suda, Informator, br. 5847 od 20. 3. 2010., str. 2. Vrhovni sud SAD-a je oglosio neustavnim Zakon države Connecticut kojime se inkriminira davanje medicinskih savjeta bračnim parovima o kontracepciji: “...specifična jamstva Povelje prava imaju polusjene, koje čine izvor tih jamstava koji im pomaže dati život i sadržaj. Riječ je o pravu na privatnost koje je starije od Povelje prava – starije od naših političkih stranaka, starije od našeg školskog sustava...”

³⁰ Biljana Kostadinov, Prethodno pitanje ustavnosti, Liber amicorum Petar Klarić, PFZ, Zagreb, u tisku. Promjenama Ustava Francuske od 23. srpnja 2008. godine uvedena je konkretna naknadna ustavna kontrola zakonskih normi putem prethodnog pitanja ustavnosti. Prihvatanjem prioriteta prethodnog pitanja ustavnosti i ocjene ustavnosti zakona u odnosu na ocjenu suglasnosti zakona s međunarodnim i europskim pravom i prethodno pitanje prema članku 234. Ugovora o EZ Francuska i Belgija osiguravaju ustavni instrument za arbitriranje u odnosu s Europskim sudom i usmjerenje razvoja prava EU u smjeru zaštite ustavnih vrednota i ustavnog identiteta država.

se dati pobijediti od njega, uz rizik gubitka svog slavnog *ustavnog identiteta*.³¹ Ustav Francuske V. Republike (1958.) i njezini prošli ustavi nemaju odredbe o ustavnom identitetu, a ne nalazimo ga ni u ustavima drugih država, francuska znanost i pravosuđe ga od nedavno ističu. U Odluci br. 2006-540 DC od 27. srpnja 2006. godine Ustavno vijeće se izričito poziva na ustavni identitet Francuske, ocjenjujući na zahtjev 60 članova Nacionalne skupštine suglasnost nacionalnog zakona za provedbu direktive Europske Unije s Ustavom prije njegove promulgacije (čl.61-2 Ustava).³²

Ustavno vijeće je odlučilo da implementacija direktiva Europske Unije³³ ne može ići protiv pravila ili načela koja su sastavni dio ustavnog identiteta Francuske, osim ako je ustavotvorac na to pristao.³⁴ Ustavno vijeće navodi da zbog ustavnog roka od mjesec dana u kojem mora donijeti svoj pravorijek (čl.61-3 Ustava) ne može uputiti prethodno pitanje o interpretaciji direktive Europskom sudu (temeljem čl. 234 UEZ, odnosno čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske Unije).³⁵

Predsjednik Ustavnog vijeća *Pierre Mazeaud* tumači godinu dana prije navedene odluke: "Europsko pravo, koliko god daleko išla njegova primat i izravnost, ne može

³¹ Valérie Bernaud, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, *La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question? Réflexion autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposé par le comité Ballardur*, *Revue française de Droit constitutionnel*, no hors-série, 2008., str. 190.

³² Odluka br. 2006-540 DC od 27. srpnja 2006. (Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.), Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>, (pristup:1. 7. 2009.) Ustavno vijeće je ponovilo stav (iz Odluke br. 2006-535 DC od 30. 3. 2006.): Ako zakonske norme za provedbu direktive europskog prava očito nisu u skladu s direktivom, Ustavno vijeće ih mora proglasiti neustavnim temeljem čl. 88. - 1 Ustava (" Republika (Francuska) članica je Europskih zajednica i Europske unije koju čine države koje su, temeljem ugovora koje su prihvatile, slobodno izabrale zajedno obavljati određene svoje ovlasti.").

³³ Direktive su jedan od osnovnih izvora sekundarnog prava Europske Unije. One su obvezujuće za države članice kojima su upućene u odnosu na rezultat koji je potrebno ostvariti, ali ostavljaju državama izbor oblika i metoda ostvarivanja tih ciljeva. Čapeta, Rodin, *Osnove prava Europske unije*, Gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika, Prvo PDF izdanje, Zagreb, 2009., str.11.

³⁴ Navedeni dio Odluke br. 2006-540 DC na franc.:19. Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti;

³⁵ Temeljem čl. 234 UEZ, Europski sud nadležan je odlučivati o interpretaciji Ugovora, valjanosti i interpretaciji akata institucija EZ i akata Europske središnje banke i interpretaciji propisa koja donose tijela osnovana nekim aktom Vijeća, kada ti propisi tako propisuju. Kada se takvo pitanje interpretacije ili valjanosti pojavi pred sudom neke države članice, taj sud *može* zatražiti od Europskog suda da o tom pitanju odluči kao o prethodnom pitanju. Nacionalni sud može od Europskog suda zatražiti da odluči o takvom prethodnom pitanju ako smatra da mu je odluka o tom pitanju nužna kako bi mogao donijeti presudu u sporu koji rješava. Međutim, ako je riječ o nacionalnom sudu protiv čije odluke više nema pravnog sredstva, takav sud mora od Europskog suda zatražiti takvu odluku. Više: *Rodin S., i Čapeta T. (ur.), Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008., str. 10.*

dovesti u pitanje ono što je izričito upisano u našim ustavnim zakonima i što je naše. Ovdje govorim o svemu što je sastavni dio našeg ustavnog identiteta, u dvostrukom značenju riječi *“inherentno“*: odlučujuće i distinktivno. Drugim riječima: esencijalno za Republiku.³⁶ Sadržaj ustavnog identiteta francuskog ustavnog prava možemo naći u nekim stalnim značajkama svih francuskih republikanskih ustava,³⁷ riječ je o načelima koja čine francuski doprinos općoj teoriji države i prava i navedena su u jednom od najvažnijih djela francuskog javnog prava 20. stoljeća klasika ustavne misli *Carré de Malberga*.³⁸ Načelo nije u potpunosti istovjetno nacionalnom identitetu iz Lisabonskog ugovora³⁹ koji određuje da Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihov nacionalni identitet, koji je sastavni dio njihovih temeljnih političkih i ustavnih struktura, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Europski pravni poredak drži da su ustavna načela koja nisu vezana isključivo za određeni nacionalni identitet (primjerice, dioba vlasti ili prava čovjeka) dovoljno zaštićena europskim pravom. Francuska temeljna ustavna prava i slobode nisu uvijek istovjetna sa analognim europskim pravima, nemaju isti sadržaj i ne potječu iz iste ustavne tradicije, stoga je zaštita nacionalnih ustavnih prava bila prioritet prigodom izmjene Ustava iz 2008. godine.

Ono što je Ustavno vijeće imalo na umu određujući da implementacija direktiva EU ne može ići protiv pravila ili načela koja su sastavni dio ustavnog identiteta Francuske, osim ako je ustavotvorac na to pristao, bile su odredbe specifične za Ustav Francuske i za koje nema ekvivalenta u europskom pravu.⁴⁰

Riječ je, ponajprije o *načelu laïcité*. Ustavno vijeće Francuske je imalo 2006. godine, prigodom oblikovanja ustavnog identiteta, jasan politički cilj: zaštitu jezgre nacionalne suverenosti. Pretpostavka je bila da *svaki ustav koji je podređen nekom eksternom pravnom pravilu ne može biti podređen u cijelosti i mora očuvati neka esencijalna načela*.

³⁶ Voeux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République, 3. janv. 2005., http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/cccc18.pdf, str.15., (pristup: 1.7.2009.)

³⁷ Primjerice, nacionalna suverenost, predstavnička vladavina i dioba vlasti temelj su velikog broja ustavnih i zakonskih normi iako nisu izričito navedeni u Ustavnim zakonima iz 1875. Michel Troper, *Identité constitutionnelle, Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*, dir. B. Mathieu, Dalloz, 2008., str. 130.

³⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920., novo izdanje: Dalloz, 2003.

³⁹ Članak 4. st. 2. Konsolidirane verzije ugovora o Europskoj uniji izmijenjenog i dopunjenog Ugovorom iz Lisabona, u: *Reforma Europske unije, Lisabonski ugovor*, ur. Rodin, Čapeta, Goldner-Lang, NN, Zagreb, 2009., str.364.

⁴⁰ Naveden je dio Odluke br. 2006-540 DC.: *“ Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti”*

Takva je pretpostavka, ustavni identitet, metaforički “iza ustava”, jer ima pravnu snagu iako nije propisana već samo pretpostavljena.⁴¹

Moramo naglasiti da je tema ustavnog identiteta u perspektivi razmatranja o europskom pravu nedvojbeno izuzetno aktualna tema, poštivanje ustavnog identiteta već je dobilo konkretizaciju u nizu presuda Europskog suda.⁴² Prvo neposredno pozivanje Europskog suda na ustavni identitet pojavljuje se 7. rujna 2006. u presudi u predmetu C-53/04 *Marrosu* gdje nezavisni odvjetnik Poiars Maduro navodi: “Bez sumnje trebamo priznati nacionalnim vlastima, i naročito *ustavnim sudovima*, odgovornost određivanja prirode nacionalnih posebnosti koje mogu opravdati takvu razliku u tretmanu. Oni su, zapravo, najbolje smješteni za određivanje ustavnog identiteta država članica Europske unije kojeg ona ima zadaću poštivati.”⁴³

2.5. Narodni identitet u odnosu na Ustav

Michel Troper naglašava: “Izraz “ustavni identitet” ne nalazi se u Ustavu Francuske, niti tako i izraz “identitet”; ne nalazimo ga ni u starim francuskim ustavima, niti u stranim ustavima; u doktrini i jurisprudenciji nije bio upotrebljavan do nedavno.”⁴⁴ Ipak, ideja o ustavnom identitetu nije nova i može imati višestruke teoretske i praktične implikacije. U stvarnosti može poprimiti različita značenja. Po-najprije, može značiti poseban oblik narodnog identiteta. Narodni identitet, zajednica svjesnih i nesvjesnih elemenata koji čine pripadnost kolektivitetu, psihološki je i sociološki fenomen. Možemo pojmiti narodni identitet u odnosu na ustav kada ustav doprinosi stvaranju ili jačanju identiteta. Riječ je o revolucionarnoj američkoj ili francuskoj koncepciji.

Ustav SAD-a treba uspostaviti savršeniju zajednicu, Proslav Ustava SAD-a započinje riječima: “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union...do ordain and establish this Constitution for the United States of America.*”

Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine u članku 16. određuje: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*”

Dakle riječ je o društvu, a ne samo javnim vlastima, koje treba konstituirati. Ustavni identitet Francuske je, za razliku od narodnog identiteta stvorenog usta-

⁴¹ Michel Troper, Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France, u: Constitutional topography: values and constitutions, Ed. by András Sajó, Renáta Uitz, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 203.

⁴² M.-C. Ponthoreau, “Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe a l'épreuve des identités constitutionnelles nationales”, *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* 2007, str. 1576-1588.

⁴³ CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu*, C-53/04, Rec. p. I-7213., zaključak odvjetnika Poiars Maduro, pt. 40.

⁴⁴ Michel Troper, Identité constitutionnelle, u: Cinquantième anniversaire de la Constitution française, sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz, 2008., str. 123.

vom kao sociološkog i psihološkog koncepta, čisto pravni koncept. Ovaj se koncept osniva na ustavnim načelima - temeljnim elementima samog ustava. Ovdje je riječ o strukturalnim načelima, konstitutivnim zato što su oni ti koji određuju ne narod ili njegovu kulturu, već sam ustav. U slavnoj odluci Vrhovnog suda Indije *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, 1973 SC 1461(1973), 1624 poništava se ustavni amandman zato što postoje granice izmjene ustava, granice postavljene "njegovom temeljnom strukturom", njegovim "identitetom" koji mora ostati nepromjenjiv.⁴⁵

2.6. Ustavni identitet i materijalna kontrola ustavnosti ustavnih amandmana i zakona u Austriji, Češkoj i Hrvatskoj

Iz mora gledišta o ustavnom identitetu (doktrine, ustavnih i nadnacionalnih sudova), za polaznu točku uzimamo određenje *Ulricha Preussa*:

*"S logičkog i teleološkog stanovišta jedini dio Ustava kojeg valja zaštititi jest integritet ustavotvorca, prava naroda na odabir i donošenje Ustava slobodnim i demokratskim načinom. Pretpostavka za donošenje Ustava je da je narod slobodan iskoristiti svoje pravo na samoodređenje. Bilo da se radi o federalizmu, monarhiji ili republici, to pravo donošenja Ustava bi trebalo biti vječno, dok se uređenja mogu mijenjati tijekom povijesti. Ovo pitanje uključuje i podrazumijeva i dignitet ljudskog bića, budući je nerazdvojni dio ideje donošenja Ustava, koji ujedno uključuje i inherentne logičke i teleološke implikacije, činjenica da ljudi žele živjeti u uvjetima slobode samoodređenja."*⁴⁶

Prvu odluku jednog europskog ustavnog suda o poništavanju (formalno ustavne) ustavne odredbe zbog materijalne neustavnosti donio ju je Ustavni sud Austrije 2001. godine, VfGH 11 October 2001, G 12/00 et al.⁴⁷

Za razumijevanje presude nužno je istaći da austrijsko ustavno pravo ima fragmentiranu strukturu, ustavne norme se nalaze u Ustavu Austrije (1945.), ustavnim zakonima, starim monarhijskim ustavnim odredbama, međunarodnim ugovorima i u ustavnim odredbama koje se nalaze u ordinarnim zakonima (što je ovdje bio i slučaj). Istodobno je ustavno pravo strukturirano na dvije razine, na prvoj se za izmjenu ordinarnih ustavnih normi traži 2/3 većina u Austrijskom parlamentu, a za izmjenu jezgre temeljnih načela ("potpunu reviziju") potreban je ustavotvorni

⁴⁵ O slučaju šire u nastavku rada. Vidi: Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity, The Review of Politics*, 68(2006), str. 361-397.

⁴⁶ Ulrich Preuss se protivi ideji da unutar samog Ustava postoji hijerarhija. Ako postoji ustavotvorna vlast, onda je Ustav utjelovljenje te ustavotvorne vlasti te interna hijerarhija ne može postojati. Rasprava na: *Table ronde AIDC*, Jeruzalem, 2010.

⁴⁷ Official Collection of Judgments of the Austrian Constitutional Court (VfSlg) 16327/2001. *International Constitutional Law*, 2008, 2/2008.; *Harald Eberhard & Konrad Lachmayer, Constitution alReform2008inAustriaAnalysisandPerspectives*, <http://www.internationalconstitutionallaw.net/index.php?id=146,754,0,0,1,0,0>, pristup 1. 7. 2010.

državni referendum. Problem je ustavnih normi u zakonima što ih vlada i parlamentarna većina koriste u svrhu dnevne politike, zbog jednostavnosti u postupku donošenja (dovoljno je da parlament određenu odredbu u zakonu proglasi ustavnom i da dosegne potrebnu većinu) služe za stvaranje iznimaka unutar ustavnog sustava.⁴⁸

Austrijski Ustavni Sud donosi sljedeću presudu: "Članak 1. stavak 126a Saveznog zakona o javnoj nabavi iz 1997. godine smatra se neustavnim i poništava se, te se slijedom toga njegove ništavne odredbe više neće primjenjivati." Prema mišljenju Ustavnog suda: "Odredba Stavka 126a⁴⁹ zamišljena je tako da se sve državne zakonodavne akte koji se odnose na kontrolu postupaka javne nabave oslobodi utjecaja federalnog ustavnog prava. Drugim riječima, zamišljen je tako da se federalni ustav ne primjenjuje u bilo kojoj takvoj odredbi. Bilo koja odredba državnog zakona o osnivanju i djelokrugu institucija kontrole postupaka javne nabave koja bi se primijenila 1. siječnja 2001. godine, ne bi se trebala smatrati neustavnom. Slijedom toga, federalni bi Ustav trebao izgubiti svoju ograničavajuću funkciju za državne zakonodavce."

Ustavni sud Austrije iznosi da je navedena ustavna norma iz Saveznog zakona o javnoj nabavi u suprotnosti s temeljnim ustavnim načelom demokracije i pravne države. Navedena odredba izuzima cijeli dio prava o javnoj nabavi od kontrole Saveznog ustavnog suda, te je stoga suprotna načelu pravne države. Sud upozorava da bi time austrijski narod mogao izgubiti svoju legitimnu ulogu u postupku potpune izmjene Ustava prema čl. 44. st. 3. Ustava Austrije⁵⁰ (obvezatni ustavotvorni referendum) za izmjenu jezgre temeljnih načela Ustava (demokracija, federalizam, pravna država, dioba vlasti, temeljna prava, oblik vladavine), te ustavnu odredbu poništava.

Češki Ustavni sud donio je 10. rujna 2009. godine *Odluku o poništavanju Ustavnog zakona 195/2009 o skraćivanju mandata Petog saziva Zastupničkog doma zbog materijalne*

⁴⁸ Ustavnim promjenama iz 2008. godine oko 1000 takvih odredbi izgubilo je važnost, no problem nije u potpunosti riješen, niti je zabranjeno njihovo donošenje.

⁴⁹ Navedena odredba tog Zakona kaže sljedeće: "Ustavna odredba: Zakonske odredbe na snazi 1. siječnja 2001. godine, a koje se odnose na organizaciju i djelokrug rada organa kojima je cilj pružanje pravnog lijeka vezanog za postupke javne nabave, nisu neustavni."

⁵⁰ Ustav Austrije engl.: Art. 44. (1) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws can be passed by the National Council only in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast; they shall be explicitly specified as such ("constitutional law", "constitutional provision").

(2) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws restricting the competence of the Laender in legislation or execution require furthermore the approval of the Federal Council which must be imparted in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast.

(3) Any total revision of the Federal Constitution shall upon conclusion of the procedure pursuant to Art. 42 above but before its authentication by the Federal President be submitted to a referendum by the entire nation, whereas any partial revision requires this only if one third of the members of the National Council or the Federal Council so demands.

neustavnosti, suprotnosti s temeljnim načelom demokratske države i vladavine prava iz članka 9. stavka 2. Ustava Češke (1992).⁵¹ U odluci se izričito poziva na praksu ustavnih sudova Njemačke i Austrije (u gore opisanom slučaju) u materijalnoj kontroli ustavnosti ustavnih amandmana i zakona.

Držimo da se ustavni identitet Republike Hrvatske, vlastita strukturalna načela Ustava RH, nisu iza ili iznad već *unutar Ustava RH*. Riječ je o obvezi poštivanja ljudskog dostojanstva (pravo na život, zabrana mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja), esenciji sadržaja načela vladavine prava (pravna određenost kaznenih djela i kazni) i načela slobodnoga demokratskog poretka (sloboda misli, savjesti i vjeroispovijedi).

Ustavni identitet Hrvatske inherentno je određen u ustavnom tekstu kao logična posljedica odredbe o apsolutnoj granici za ograničenje primjene Ustava RH (članku 17. stavku 3. Ustava RH) :

“Niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovijedi.”

Poštivanje zabrane ograničavanja primjene prava, čak i u stanjima neposredne pogibelji za opstanak države iz članka 17. st. 3. Ustava RH, logički i teleološki nužno uključuje nepovredivu ustavnu zabranu ukidanja tih prava, ustavnog identiteta Republike Hrvatske. Ljudsko dostojanstvo ne može biti relativizirano na način da će prema načelu razmjernosti u sudbenim postupcima biti uspoređeno s državnim interesima održavanja života drugih ljudi ili ukinuto pravnim propisima. Zabranu ograničavanja primjene, a time i ukidanja, obveze poštivanja ljudskog dostojanstva, esencije načela vladavine prava i slobodnog demokratskog poretka nepromjenjiva je norma u našem Ustavu. Ona je konkretizacija najviših ustavnih vrednota Ustava RH (članak 3.), temelja za tumačenje našeg Ustava: slobode, vladavine prava i demokratskog višestranačkog sustava.

⁵¹ http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-27-09.php, Constitutional Act no. 195/2009 Coll., on Shortening the Fifth Term of Office of the Chamber of Deputies, is annulled as of 10 September 2009. U obrazloženju Odluke Ustavni sud se poziva na praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke i na gore objašnjenu Odluku Ustavnog suda Austrije. Sud postavlja pitanje što je to ustavni zakon (engl.): Under the Constitution, what definitional, conceptual elements define the category of constitutional acts? Is an act automatically a constitutional act if it is labeled as such by the Parliament of the Czech Republic and is adopted by a procedure under Art. 39 par. 4 of the Constitution? Or must it also meet other conditions: the condition of competence (authorization) under Art. 9 par. 1 of the Constitution or another express constitutional authorization (Art. 2 par. 2, Art. 10a par. 2, Art. 11, Art. 100 par. 3), and the substantive condition provided in Art. 9 par. 2 of the Constitution?

Ustavni sud odgovara (engl.): The Constitutional Court's position is that the validity of a constitutional act comes from meeting all three of these conditions: the procedural condition, the competence (authorization) condition, and the substantive condition (consistency with the non-changeable principles of a democratic state governed by the rule of law).

Ustavno prihvaćanje obveze poštivanja ljudskog dostojanstva kao temeljnog ustavnog principa i najviše vrednote Ustava RH, uz nepovredivost temelja načela vladavine prava i slobodnoga demokratskog poretka (iz članka 17. stavak 3.), razlog je da naš Ustav pripada zajednici ustava slobodnih država Europe i svijeta. U Republici Hrvatskoj članak 17. st. 3. Ustava RH osnova je za tumačenje Ustava i odlučivanje o materijalnoj ustavnosti ustavnih promjena. Kontrolu materijalne ustavnosti ustavnih promjena Ustavni sud Republike Hrvatske može vršiti pozivom na članak 17. st. 3. Ustava RH i interpretacijom svojih nadležnosti prema Ustavu RH i u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH, na način kako postupaju Savezni ustavni sud Njemačke u gore navedenom primjeru.

Kada će korak prema kontroli materijalne ustavnosti ustavnih promjena i na čiji zahtjev (na vlastitu inicijativu ustavnih sudaca ili na zahtjev Hrvatskog sabora) učiniti naš Ustavni sud ostaje današnja hrvatska enigma.⁵²

Isti ćemo da europski ustavni sudovi (primjerice, Italije, Njemačke, Austrije i Češke), nadziru materijalnu ustavnost ustavnih promjena, iako takva ovlast nije izričito određena u ustavima tih država.

Što točno članak 17. stavak 3. Ustava RH znači? Interpretacija ustava nije interpretacija teksta, već značenja normi, one moraju biti protumačene u kontekstu. Riječ o zaštiti ljudskih prava i sloboda, ona se mogu ograničiti zakonom u redovnom stanju prema članku 16. i izvanrednim stanjima prema članku 17. st. 1. i 2. od čega ustavotvorac u članku 17. st. 3. izuzimanjem štiti nepovredivu bit Ustava, "materijalnu jezgru ustava". Ustavna odredba usmjerena je prema određenom cilju: zaštititi ustavnog identiteta Republike Hrvatske.

Držimo da je svrha "materijalne jezgre ustava", uz koju se vezuje "zapovijed nepromjenjivosti" kao *pravni i politički jamac Ustava*, otežavanje taktičke izmjene ustava u svrhu dnevne politike od strane trenutne parlamentarne većine i predstavlja ustavni identitet čija je zaštita u ustavnoj demokraciji, za razliku od tradicionalno shvaćene demokracije, povjerena upravo Ustavnom sudu. Ustavni identitet Republike Hrvatske utvrđen je u Ustavu RH i ne ovisi o shvaćanju i poimanju Ustava od strane Hrvatskog sabora kada on donosi ustavne promjene.

Ne možemo se pozivati na ustavnopravnu tradiciju Hrvatske u otklanjanju takve kontrole, jer suvremena ustavna doktrina navodi, što smo u uvodu rada i po-

⁵² Vidi suprotno mišljenje: Jasna Omejec, Promjene Ustava Republike Hrvatske 2009., Informator, 5818, str. 3. J. Omejec na pitanje treba li Ustavni sud RH imati ovlast kontrole materijalne ustavnosti ustavnih odredaba s pravnom snagom ustava, tj. ustavnih amandmana i ustavnih zakona iznosi: " ...naš bi odgovor bio niječan, jer ocjena materijalne ustavnosti bilo koje ustavne norme nije inherentna ustavnopravnoj tradiciji u našoj zemlji niti supstancijalna kontrola ustavnosti ustavnih normi ulazi u korpus "općeprihvaćenih pravila" europskog ustavnog poretka". Predsjednica Ustavnog suda RH tumači da Ustav Republike Hrvatske ne poznaje izričitu "klauzulu vječnosti" koja bi "materijalnu jezgru Ustava" štitila od "neustavnih promjena", pa nema ni ustavnopravne mogućnosti ustanovljavanja ustavnosudske kontrole "neustavnih" ustavnih amandmana.

kazali, da je materijalna kontrola ustavnosti ustavnih promjena rezultat modernog razvitka političkih sustava: demokracije shvaćene kao zaštita temeljnih prava čiji je prirodni zaštitnik ustavno sudstvo.

Ovlast autentične interpretacije Ustava i ustavnog identiteta omogućava nameatanje određenog političkog pogleda na razvoj Ustava i cjelokupne politike. *Venecijanska komisija* u Izvješću od 19. siječnja 2010. godine upozorava da materijalna kontrola ustavnosti ustavnih promjena može u državama koje nemaju razvijen demokratski sustav i vladavinu pravu prouzročiti problematične učinke i stoga se ne preporuča za takve demokracije (primjerice, države nastale raspadom Sovjetskog Saveza koje Venecijanska komisija redovito savjetuje i o tome). Snažno se protivimo tezi da je u tu skupinu svrstana Hrvatska i da nema uvjeta, niti hrabrosti, zakoračiti prema sučeljavanju s logikom ustavne države i njezinim granicama: kontroli ustavnosti ustavnih promjena i ustavnih zakona. Taj su put prešle predvodnice, europske države nastale nakon sloma totalitarnih režima nakon Drugog svjetskog rata, primjerice, Njemačka, Austrija i Italija, ali ga slijede i Češka i Turska i druge.⁵³

3. MOŽE LI USTAVOTVORAC POGRIJEŠITI? MATERIJALNA KONTROLA USTAVNOSTI USTAVNIH PROMJENA U INDIJI I ITALIJI

U raspravi u modernoj ustavnoj doktrini postavlja se pitanje do nedavno smatrano nezamislivim: Može li narod kao ustavotvorac pogriješiti? Odvažan ustavni sud, a takvih ima, može odlučiti da poštivanje formalnog revizijskog postupka ne opravdava uništenje ustavnog identiteta.

Indija nije jedna od zemalja koja je sudovima omogućila kontrolu ustavnih amandmana, bilo na materijalnom, ili proceduralnom temelju, Ustav Indije (1951.) ne sadrži dijelove izričito određene nepromjenjivima. No, indijski su sudovi otišli puno dalje od bilo kojeg drugog suda i to bez eksplicitne ustavne ovlasti. Usvajanjem pisanog ustava Indija se odmakla od britanske tradicije, ustavotvorna skupština je tri godine radila na izradi ustava i priklonila se američkom primjeru s Vrhovnim sudom⁵⁴ koji može staviti izvan snage neustavne zakone i sa sličnim revizijskim

⁵³ 19 Jan 2010, *REPORT. ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT. Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session. (Venice, 11-12 December 2009)* Vidi: http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29001-e.asp#_ftn160 (235. On this basis the Commission considers that substantive judicial review of constitutional amendments is a problematic instrument, which should only be exercised in those countries where it already follows from clear and established doctrine, and even there with care, allowing a margin of appreciation for the constitutional legislator.)

⁵⁴ Prvi Vrhovni sud ustanovljen je u Kalkuti 26. 3. 1776. godine, a spajanjem s takvim sudovima u Bombayu i Madrasu osnovan je Vrhovni sud Indije 1861. godine. Sud 1936. postaje Federalni sud, a 1951. godine (nakon neovisnosti Indije) postaje Vrhovni sud Indije. U sastavu ima 30 sudaca i predsjednika Suda, na vrhu je piramidalne strukture koju u Indiji čini 21 redovni sud i skoro 15 000 nižih sudova (u Indiji ima 1.2 milijarde stanovnika). Vrhovni sud je nadležan za tumačenje Ustava i najviši

postupkom (potrebna je 2/3 u oba doma Indijskog parlamenta i pristanak obične većine parlamenata u državama). U stalnom sukobu zakonodavne i izvršne vlasti s Vrhovnim sudom Indije, Sud je 1967. godine u predmetu *Golak Nath* započeo oblikovanje *basic structure doctrine* koja je zaslužna za obranu indijske demokracije.⁵⁵

Teksaški prof. Gary Jacobsohn tumači: "Odredbe za izmjenu ustava formirane su eksplicitno kako bi se prilagodile Jeffersonovom idealu koji kaže da svaki naraštaj ima pravo na izmjenu ustava tako da on odgovara specifičnim potrebama i uvjetima tog vremena, a o čemu mogu posvjedočiti i transkripti sjednica Indijskog parlamenta. I praksa je doista slijedila taj zaključak, oko 80 amandmana je dodano Ustavu Indije u razdoblju od 50-tak godina (94. amandman je donesen 2006. godine, op. aut.). Uzevši u obzir to prihvaćanje izmjena, ukorijenjenost indijske pravne kulture u britansku pravnu tradiciju, prirodno je da su postojale određene neprijateljske tendencije spram shvaćanja ustavnih ograničenja u Indiji. Stoga, nije čudno da je jedan sudac donio presudu da je ovlast donošenja amandmana u suštini dodatak suverenitetu, te kao takva nije podložna bilo kakvim ograničenjima. To je jedno od ranih gledišta izraženih u Indiji koje je, pretpostavljam, u skladu s očekivanjima ustavotvoraca u Indiji."⁵⁶

Indira Gandhi nakon izborne pobjede 1971. godine (kao reakciju na stavljanje izvan snage Zakona o nacionalizaciji banaka od strane Vrhovnog suda 1970.) podupire usvajanje 24. amandmana na Ustav Indije (1951.) prema kome se u članku 368. određuje da Parlament može izmijeniti sve članke Ustava.

Vrhovni sud je odlučivao o tom amandmanu (povodom Zakona o crkvenom vlasništvu, izuzetom od sudbene kontrole) u predmetu *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, 1973 SC 1461(1973), 1624.⁵⁷ Indijska ustavna doktrina drži taj slučaj najve-

je redovni sud. Predsjednik Republike imenuje suce na osnovu mišljenja predsjednika Suda koje je u praksi obvezatno za imenovanja.

⁵⁵ Na Chief Justice je utjecalo predavanje koje je u Indiji u to vrijeme održao prof. Dieter Conrad o njemačkoj klauzuli vječnosti.

⁵⁶ Gary Jacobsohn, rasprava na: Table ronde AIDC, Jeruzalem, 2010. Bogata je indijska povijest povezana s pitanjem donošenja amandmana, no možemo razlikovati dvije glavne priče. Prva se tiče privatnog vlasništva u Indiji i pitanja povezanih s istim koja su se potezala desetljećima, dok se druga odnosi na otegnutu priču povezanu s Vrhovnim Sudom i njegovim nastojanjima da učvrsti vlastit kredibilitet i neovisnost unatoč opetovanim pokušajima potkopavanja njegove uloge kao jednog od ključnih igrača na političkoj pozornici Indije. Te su priče usko povezane i isprepletene, te se mogu razlikovati isključivo po tome koja se njihova tema želi naglasiti. No, u obje priče dominantna je prisutnost Indire Ghandi.

Zanimljivo je da je njemačko iskustvo sucima u Indiji poslužilo kao vodilja pri razrješavanju dugotrajnog problema konfrontacije s Indiom Ghandi. Ironija leži u činjenici da su i sama premijerka, kao i suci u osobi Carla Schmitta pronalazili idejni izvor za svoje suprotstavljene argumente. Kao što znamo, Carl Schmitt se istodobno smatra svojevrsnim "guruom" izvanrednih ovlasti, kao i zagovornika ideje koja se temelji na fundamentalnim principima ograničavanja ovlasti za donošenje amandmana.

⁵⁷ Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity*, *The Review of Politics*, 68(2006), str. 361-397.

ćim doprinosom Republike Indije na području ustava i ustavne filozofije. U njemu su postavljene osnove *basic structure doctrine*, 7 od 13 sudaca Vrhovnog Suda Indije (uključujući i predsjednika Suda koji je za dva dana trebao u mirovinu) potvrdilo je ustavnost 24. amandmana, ali i odredilo da članak 368. ne ovlašćuje Parlament za izmjenu temeljne strukture Ustava Indije, što će se odnositi na sve ustavne amandmane donesene nakon 24. 4. 1973. godine. Mišljenja sudaca o sadržaju nepromjenjivih ustavnih normi nisu bila ista, jedni su iznijeli da je riječ o temeljnim pravima (npr. pravo vlasništva, *Golak Nath*), drugi⁵⁸ su ih vidjeli u temeljnim načelima, demokraciji, svjetovnoj državi i *judicial review*.

Sukob Vrhovnog suda s Indirom Gandhi (nakon proglašavanja izvanrednog stanja 26. lipnja 1975. godine i usvajanja 38. i 39. amandmana (zabrana sudske kontrole zakonitosti akata donesenih u izvanrednom stanju; zabrana kontrole zakonitosti izbora predsjednika vlade kako bi se zaštitilo pojedinca (!), usvojen zbog korupcije koja je premijerku dovela ponovno na vlast) i 42. amandmana (zabrana kontrole ustavnosti ustavnih amandmana, 1976.)) rezultirao je reakcijom na Vrhovnom sudu Indije. U predmetu *Minevra Mills* iz 1980. godine (o nacionalizaciji tekstilne tvornice) Vrhovni sud poništava 42. amandman tumačenjem da suprotan esencijalnom karakteru Ustava i uništava njegovu temeljnu strukturu.⁵⁹ Danas možemo utvrditi da je navedena doktrina u potpunosti zaživjela u ustavnom sustavu Indije.⁶⁰

Ustavni sud Italije je 1988. godine (Odluka 1146, 1988.) prvi put dodirnuo u srce nadležnosti za izmjenu ustava. Izričito utvrđuje da ustavni zakoni i zakoni za promjenu ustava mogu biti proglašeni neustavnim zbog materijalne neustavnosti: "Talijski Ustav sadrži neka najviša načela, koja ne mogu biti dovedena u pitanje niti izmijenjena u njihovom esencijalnom sadržaju, zakonima za izmjenu ustava ili drugim ustavnim zakonima... Neizmjenjiva su ne samo ustavna načela izričito određena kao apsolutna granica ovlasti izmjene ustava: republikanski oblik vladavine (čl. 138. Ustava Italije iz 1947.), već i druga načela, koja, iako nisu izričito navedena u

⁵⁸ Sudac Khanna napisao je: "Riječ amandman sama po sebi pretpostavlja očuvanje starog Ustava tako da on ne gubi svoj identitet usprkos izmjenama, te da kao takav nastavlja svoj život uz novo inkorporirane promjene. Drugim riječima, riječ amandman ne podrazumijeva unošenje takvih preinaka koje bi narušile ili uništile osnove Ustava."

⁵⁹ G. Jacobsohn, *Table ronde*, Jeruzalem, 2010., citira jednog sudaca u tom predmetu: "Donosite amandmane kakve god želite na svečani dokument kojeg su vam Osnivači podarili na čuvanje jer vi najbolje znate potrebe vlastitog naraštaja, no Ustav je vrijedno naslijede, stoga ne smijete uništiti njegov identitet."

Sudac Bhagwati, jedan od posljednjih protivnika ovog stajališta, dugo se godina opirao ovom stajalištu, no naposljetku je i on morao popustiti. Kazao je: "Ako bi Ustavni amandman Parlamentu omogućio neograničenu moć donošenja amandmana, on bi prestao biti autoritetom pod Ustavom, već bi stajao iznad Ustava budući da bi imao mogućnost izmijeniti čitavi Ustav, uključivši i njegovu osnovnu strukturu, te ga potpuno uništiti izmjenama njegovog identiteta."

⁶⁰ Vidi šire: Ramachandran (R.) "The Supreme court and basic structure doctrine", u: Kirpal (B. N.) et alii (ed.), *Supreme but not infallible. Essays in honour the Supreme court of India*, New Delhi, Oxford University Press, 2000., str. 108.

područja koja ne mogu biti podnesena na reviziju, pripadaju esenciji najviših vrednota na kojima se temelji Ustav Italije.⁶¹ U drugim odlukama talijanski Ustavni sud potvrđuje izneseno (Odluka 203 iz 1989., 35 iz 1997., 132 iz 2002.), no samo je u jednom predmetu 2004. godine odlučivao o materijalnoj ustavnosti zakona za izmjenu ustava (o članku 4. Ustavnog zakona br. 1 iz 1999., zamjeni starog teksta članka 126. st. 3. Ustava; Odluka 2 iz 2004.). Tada je utvrdio da parlamentarni oblik ustrojstva vlasti (za regiju Kalabrija) nije nepovredivo organizacijsko načelo ustavnog sustava Italije.

4. ŽELI LI USTAV VJEČNOST? O DJELOTVORNOSTI NEPROMJENJIVIH USTAVNIH NORMI

Čemu služi izučavanje apsolutno obvezatnih granica ustavnih promjena? Putem njega možemo precizno odrediti trenutak tranzicije jednog pravnog poretka u drugi (primjerice, od Weimarske Republike do nacional-socijalizma u Njemačkoj), ono je glavni element teorije prekida i ustavne tranzicije. Istodobno, nepromjenjiva načela kao granice ustavnih promjena otežavaju taktičke izmjene ustava u cilju dnevne politike, daju pobornicima ustava legitimitet za obranu ustavne stabilnosti i tako djeluju ne samo kao pravni, već i politički jamac ustava.

Kod pitanja o djelotvornosti nepromjenjivih ustavnih normi, podsjećamo na klasičnu raspravu o zabrani mijenjanja republikanskog oblika vladavine u Francuskoj,⁶² između onih koji su u njoj vidjeli imperativnu normu i onih koji su, suprotno tomu, smatrali da je tu odredbu usvojila ustavotvorna skupština, a druga ju ustavotvorna skupština može izmijeniti ili ukinuti. *Leon Duguit* 1929. godine tumači da ustavotvorna skupština ne može promijeniti oblik vladavine ako zabrana postoji u ustavnom tekstu, ali može ukinuti tu odredbu i nakon toga promijeniti oblik vladavine.⁶³ *Georges Vedel* zaključuje da ustavna zabrana izmjene nekih odredbi određeno vrijeme ili na neki drugi način ima isključivo političku, ali ne i pravnu vrijednost: "Ustavotvorna vlast kao najviša vlast u državi ne može biti vezana čak ni sama sobom."⁶⁴ *Otto Pfersmann* problem karikaturno iznosi: "Što se tiče zabrane donošenja izmjena ustava, bit je u razlikovanju normativnog pitanja od toga želi li ustav biti vječan. A tko to ne želi? Sve nam religije govore da smo vječni. No, zamisao da će to sprije-

⁶¹ Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 27, 2009., Dalloz, str. 30.

⁶² Članak 2. Zakona od 14. kolovoza 1884. godine, novi stavak članka 8. Ustavnog zakona od 25. veljače 1875.

⁶³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. V, Paris, de Boccard, 3e éd., 1929., rééd. CNRS, 1972., str. 540. Vidi: Barthelemy (J.) et Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, rééd. 2004., str. 231.

⁶⁴ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949., rééd. Dalloz, 2002., str. 117.

čiti eventualnu revoluciju je kriva. To je činjenični problem. Ono što pravna struka može ponuditi jest definicija onoga što se može okvalificirati revolucijom u pravnom smislu, tj. da se ne povezuje s odredbama o načinu mijenjanja odredbi.⁶⁵ Ni jedan ustav se ne može suprotstaviti revoluciji samo snagom normativiteta, niti spriječiti nositelja suverenosti da oblikuje potpuno novi ustavni poredak.

O teoriji o dvije uzastopne revizije vodila se slavna francuska polemika 1993. godine između L. Favoreaua i G. Vedela. Može li se ustavnim zakonima usvojenim od strane izvedene ustavotvorne vlasti (redovnog zakonodavnog tijela) nametnuti poštovanje državnih supraustavnih normi koje potječu iz ustava, kako bi se zaštitila narodna suverenost?⁶⁶ Prema G. Vedelu, ideja supraustavnosti opasna je za demokratski pravni poredak i otvara alternativu između oligarhije i vladavine sudaca. Pojam supraustavnosti dovodi do diskreditiranja kontrole ustavnosti ustavnih zakona u Francuskoj krajem prošlog stoljeća i stoga odgovor na naše pitanje o neustavnosti ustavnih zakona moramo potražiti u poredbenom ustavnom pravu Njemačke, Italije, Austrije i Češke gdje se nalaze pristalice te ideje.

Međutim, moramo iznijeti da su se stavovi francuske doktrine promijenili u 21. stoljeću, danas postoje suprotna gledišta. Članica Znanstvenog vijeća Francuske udruge za ustavno pravo Anne Levade nada se da će i zbog europskog prava Ustavno vijeće Francuske znati naći legitimitet i ustavni temelj za kontrolu ustavnosti ustavnih zakona. Slično zahtijeva, snažno kritizirajući Odluku Ustavnog vijeća od 26. ožujka 2003. godine (2003-469 DC) Guy Carcassone ocijenivši ju "krivom do u sitnice" i "stvarno kontradiktornom", a Olivier Beaud odobrava preventivnu materijalnu kontrolu ustavotvornog referenduma u svrhu pojašnjavanja revizije biračkom tijelu prije neposredne narodne odluke.⁶⁷ Time bi se naknadna kontrola referendumskih zakona isključila.

5. O PRETHODNOJ MATERIJALNOJ KONTROLI USTAVOTVORNOG REFERENDUMA GRAĐANSKE INICIJATIVE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Možemo se opravdano zapitati je li hrvatski ustavotvorac 2000. godine, a da toga nije bio svjestan, otvorio put materijalnoj prethodnoj kontroli ustavnih promjena? Hrvatska nakon ustavnih promjena u studenome 2000. godine prihvaća ustavnu koncepciju referenduma kao sredstva građana. Hrvatski sabor će raspisati referendum o prijedlogu za promjenu Ustava, o prijedlogu zakona, o drugom pitanju iz svog djelokruga ili o nekom pitanju važnom za neovisnost, jedinstvenost i opstojnost Re-

⁶⁵ O. Pfersmann, Table ronde AIDC, Jeruzalem, 2010.

⁶⁶ Favoreu (L.), Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs no 67, 1993., str. 71. i Vedel (G.), Souveraineté et supraconstitutionnalité Pouvoirs no 67, 1993., str. 92.

⁶⁷ Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 27, 2009., Dalloz, str. 43.-51.

publike Hrvatske, ako to zatraži 10% od ukupnog broja birača u Republici Hrvatskoj (članak 86. stavak 3. Ustava).⁶⁸ Nadzorna uloga Ustavnog suda određena je u članku 95. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH (pročišćeni tekst NN 49/2002): (1) *Na zahtjev Hrvatskog sabora Ustavni sud će, u slučaju kad deset posto od ukupnog broja birača u Republici Hrvatskoj zatraži raspisivanje referenduma, utvrditi je li sadržaj referenduskog pitanja u skladu s Ustavom i jesu li ispunjene pretpostavke iz članka 86. stavka 1. do 3. Ustava RH za njegovo raspisivanje.*⁶⁹ Nakon takvog ustavnog rješenja, gdje su granice da istu logiku ne prihvatimo i za prijedloge ustavnih promjena od strane drugih predlagatelja, primjerice, ako su u suprotnosti s međunarodnim obvezama Hrvatske ili s ustavnim identitetom države? Postaje li tako prethodna materijalna kontrola ustavnosti ustavnih promjena racionalna nužnost u Hrvatskoj?

6. POLITIČKO RAZUMIJEVANJE TEORIJE IMPLICITNIH OGRANIČENJA USTAVOTVORCA ZA IZMJENU USTAVA

6.1. Weimarska Republika i *Teorija ustava* Carla Schmitta

Teorija implicitnih ograničenja ustavotvorca za izmjenu ustava napušta tradicionalni binarni odnos između ustavnih i zakonskih normi i predlaže novu normativnost. Oblikovana je u Weimarskoj Republici u djelu *Teorija ustava* Carla Schmitta iz 1928. godine.⁷⁰ Prema Weimarskom Ustavu iz 1919. godine (članak 76.) ustavni amandman je zakonski akt kao i bilo koji zakon, uz jednostavnu razliku da za promjenu Ustava mora postojati dvotrećinska većina u Reichstagu. U Weimarskoj Republici vlade nisu bile uspostavljane oko političkih vođa većinskih stranaka, programi vla-

⁶⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o referendumu (NN 92 /2001) u članku 8.h proširio je ovlasti Ustavnog suda Republike Hrvatske (!), članak je ukinut 2006. godine.

Čl. 8.h:Hrvatski sabor može u roku od 30 dana zatražiti da Ustavni sud utvrdi *je li referendumsko pitanje, odnosno način izjašnjavanja birača o potrebi da se zatraži raspisivanje referenduma u skladu s Ustavom i zakonom. Ako Ustavni sud utvrdi suprotno referendum se neće raspisati.*

Odluka USRH, br. U-I-177/2002 od 20. travnja 2006. (Nar. novine, br. 58/06) - Ustavni sud RH pokrenuo je postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o referendumu i drugim oblicima osobnog sudjelovanja u obavljanju državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave (Narodne novine, broj 92/01.) u dijelu koji se odnosi na odredbe novog članka 8.h, te je novi članak 8.h ukinuo.

U Odluci se navodi: "Ustavni sud utvrđuje da nadležnost Ustavnog suda u odnosu na državni referendum, propisana člankom 9. ZID Zakona o referendumu u dijelu koji se odnosi na novi članak 8.h, nije u suglasnosti s člankom 128. Ustava Republike Hrvatske."

⁶⁹ Držimo da je takva prethodna materijalna kontrola ustavnosti primjerena za ustavotvorne referendume, svrha joj je osvijetliti ustavne posljedice referenduma biračkom tijelu prije glasovanja. Ne vidimo kako bi naknadna kontrola u ovom slučaju bila moguća. Naglašavamo i da zabrane raspisivanja referenduma, ako Ustavni sud utvrdi suprotno (čl. 8.h Zakona o referendumu, kasnije ukinut Odlukom USRH, br. U-I-177/2002, (NN br. 58/06)) u Ustavnom zakonu o USUD-u nema.

⁷⁰ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, (1928), P.U.F., 1993.

da ovisili su o uvjetima iz prethodnih dogovora različitih stranaka. Stalna politička značajka weimarskog parlamentarizma jest nedjelotvornost parlamenta, rastrganog na suprotstavljene političke skupine.⁷¹ *Georges Burdeau* vidi glavni razlog neuspjeha njemačkog parlamentarizma u posljedicama Prvog svjetskog rata: uništenju srednje klase intelektualaca i industrijalaca.⁷² Ostaci srednje klase se u strahu od revolucije priklanjaju ekstremnim desnim strankama u čijem je programu spašavanje kapitalizma silom. S druge strane, socijalistička stranka nije pokazivala nikakav napor za uključivanjem u parlamentarni sustav. U parlamentu su prevladavali zastupnici sa antidemokratskim stavom, u državi nije bilo parlamentarne tradicije, nikakav parlamentarizam nije se mogao razviti u takvom političkom okružju.

Budući su arbitrarne koalicije mogle dvotrećinskom većinom izmijeniti samu bit Ustava, *Carl Schmitt* iznosi ideju očuvanja Ustava od ljevičarskih ili desničarskih revolucionarnih izmjena, za koje je vidio mogućnost u parlamentu. Formulira svoju čuvenu podjelu na Ustav kao zakonodavni akt koji proizlazi iz ustavotvorne vlasti naroda i samu esenciju Ustava s druge strane. Razlikuje pravilo dvotrećinske većine i mogućnost donošenja ustavnih amandmana, koji se odnosi na Ustav kao zakonski akt od mijenjanja same biti Ustava, onoga što danas zovemo ustavni identitet. Međutim, moramo istaknuti da je *Carl Schmitt* držao da su ustavi rezultat trenutnog kompromisa. Iznad Ustava nema puno, samo slabo, neartikulirano nesigurno zajedništvo. Ako je kontekst slab, slab je i Ustav (ovdje je riječ o kompromisu između socijalizma i liberalne demokracije u Weimaru).⁷³ Istodobno, Ustav je određen kao izraz temeljnog političkog jedinstva naroda i u tom smislu je jak (franc.: "la constitution au sens absolu"). Prema *Ottu Pfersmannu*, u oba navedena slučaja, ustav nema normativnu vrijednost, ili stoga što nema ničega iza ili što je nešto tako snažno iza njega da je nužno podčiniti ga zato da bi ga se prilagodilo stvarnoj retro - odluci.⁷⁴

⁷¹ Biljana Kostadinov (Tomljanović), Pravo raspuštanja parlamenta, Zbornik PFZ, 48, 1998., str. 159. Primjenom prava raspuštanja parlamenta neuspješno se pokušavalo proizvesti koherentnu parlamentarnu većinu (šest puta u razdoblju od 1924 -1932). Zastupnički mandat trajao je u prosjeku dvadesetak mjeseci, s izuzetima od četiri ili pet mjeseci. Budući da parlament nije mogao podržati niti jednu vladu, izvršna vlast počinje vladati bez njega. Parlamentarizam je suspendiran. Ustavna ravnoteža zakonodavne i izvršne vlasti ne će se ostvariti jer Reichstag nije mogao, niti bio spreman, izvršiti povjerenu ustavnu ulogu.

⁷² *Georges Burdeau*, Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre, Ed. Internationales, 1932.

⁷³ *Carl Schmitt*, Théorie de la Constitution, (1928). P.U.F., 1993. Vidi poglavlje: 3.2. La constitution comme décision, str. 154. i poglavlje: La notion absolue de constitution, str.131-139.

⁷⁴ Autor u poglavlju rada pod nazivom *Shifting Coctails* ističe: "What seems to prevail instead is a mixture of naturalism and non-naturalism, i. e., the idea that norms are as such determined by their factual context, but they are norms nonetheless, at least in certain respects."

Otto Pfersmann, The Only constitution and Its Many Enemies, Constitutional topography: values and constitutions, Ed. by *András Sajó*, *Renáta Uitz*, Eleven international publishing, 2010, The Hague, The Netherlands, str. 50.

Dvosmislenost u konstruiranju koncepcije može objasniti i njezinu podatnost za sofisticiranu zlouporabu (što je proizvod tehnike “miješanja koktela” od naturalizma i normativizma u oblikovanju njegove koncepcije).

Ulrich Preuss iznosi da Carl Schmitt nije tvrdio da dvotrećinska većina u parlamentu nije dovoljna za izmjenu biti Ustava, nije tvrdio da je Ustav vječan u svojoj biti, jer ne bi 1933. godine aplaudirao fundamentalnim izmjenama koje su Weimarsku Republiku pretvorile u fašistički režim:⁷⁵ “Osnovna je zamisao bila pronaći instituciju koja bi mogla interpretirati političku bit Ustava. Pitanje je koja je to institucija koja se identificira s političkom biti Ustava, te koja ima autentičnu i autorativnu snagu interpretacije istog. Carl Schmitt je ponudio svoj prvi odgovor u pogledu “čuvara Ustava” prije 1933. godine, te ustvrdio da je to predsjednik Republike. Stoga je vidljivo da njegova namjera nije bila zaštititi Weimarski Ustav, nego pomaknuti ravnotežu s parlamenta na predsjednika Republike. To je bila vrlo uvjerljiva interpretacija tog dvojnog tumačenja Ustava kao zakonodavnog akta s jedne, i njegove biti s druge strane, koju danas nazivamo identitetom.”⁷⁶

Politički promatrano, C. Schmitt kao njemački konzervativac nije vjerovao da bi parlament s pluralizmom političkih stranaka ikada mogao biti stvarni predstavnik naroda. Njegovo tumačenje oduzima moć parlamentu i daje ju predsjedniku Republike. Međutim, nakon 1933. godine C. Schmitt identificira novog “čuvara Ustava”, a to je onaj koji može ustvrditi da utjelovljuje njemački narod i ustavotvornu vlast naroda (dakle, Führer i nacistički pokret koji se identificirao s njemačkim narodom, ne tvrdeći da su oni predstavnici naroda, već da su narod sam i da imaju legitimno pravo preuzeti vlast). Povijesni događaji pokazat će razorne političke posljedice takve formulacije koja pomiče ravnotežu s onih koji prema ustavu imaju legitimno i legalno pravo na one, koji prema nekoj filozofskoj ili teoretskoj interpretaciji, utjelovljuju pravo čuvanja i interpretacije same biti Ustava.

6.2. Obrambena demokracija

Nakon Drugog svjetskog rata Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke u članku 79. st. 3. zabranjuje izmjenu temelja Ustava koji bi zadirali u članke 1. i 20., čime se zabranjuje i donošenje nekih amandmana. Taj članak ima drugačiju namjenu od Schmittove interpretacije: cilj je sprječavanje ponavljanja legalne promjene režima, pretvaranja ustavne demokracije u totalitarni poredak. Ta je namjena dovela do novih shvaćanja njemačkog i drugih ustava diljem svijeta na tragu obrambene

⁷⁵ Carl Schmitt podržava izmjene u svom komentaru Zakona o punim ovlastima (za Hitlera), kasnije se opravdavajući da je to tada bila dominirajuća teorija. Ovdje vidimo slab karakter velikog ustavnopravnog autora.

⁷⁶ Ulrich Preuss, Table ronde AIDC, Jeruzalem, 2010.

demokracije⁷⁷ koja podrazumijeva da je demokracija ne samo sustav vladanja, već i utjelovljenje nekih vrijednosti koje valja očuvati putem institucionalnih mehanizama (primjerice, putem zabrane rada političkih stranaka prema čl. 21. Temeljnog zakona). Obrambena demokracija je politička i pravna struktura čiji je glavni cilj zaštita demokracije od elemenata koji ju žele srušiti iznutra ili onih koji ju otvoreno žele uništiti izvana korištenjem demokratskih struktura kao i potpore stanovništva.⁷⁸ Naziv *obrambena demokracija* potekao je od međuratnih razmatranja *Karla Loewensteina*,⁷⁹ koji se požalio na slabost demokratskih režima u usporedbi s rastućim fašizmom i nacionalnim socijalizmom, dok su neki autori razmatrali problem uništavanja demokracije iznutra. Nakon kraha nacionalnog socijalizma, a u svjetlu suočavanja s prijetnjom komunističke subverzije, u njemački su Ustav 1949. godine unesene odredbe koje bi se mogle smatrati “militantnima”, “defanzivnima” ili čak i “ofanzivnima”.⁸⁰ Riječ je o članku 18. (Gubitak temeljnih prava): “*Onaj tko zloupotrijebi slobodu izražavanja mišljenja, osobito slobodu tiska (čl.1.st.5.), slobodu poduke (čl.5. st. 3.), slobodu okupljanja (čl. 8.), slobodu udruživanja (čl. 9.), tajnost dopisivanja, pošte i telekomunikacija (čl. 10.), vlasništvo (čl. 14.) ili pravo na utočište (čl. 16.a) radi borbe protiv temelja slobodnoga demokratskoga poretka, gubi ova temeljna prava. Gubitak i opseg gubitka prava izriče Savezni ustavni sud.*” Sloboda kretanja može se ograničiti zakonom ili temeljem zakona te samo kad je to nužno radi zaštite od prijeteće opasnosti za opstojnost ili temelje slobodnoga demokratskog poretka Saveza, odnosno jedne od zemalja (prema čl. 11. st. 2.). Prema čl. 21. st. 2. TZ, protuustavne su političke stranke koje su po ciljevima i ponašanju svojih pristaša usmjerene na podiranje ili rušenje temelja slobodnoga demokratskoga poretka. O protuustavnosti odlučuje Savezni ustavni sud. U čl. 20. st. 4. TZ određeno je: “*Ako druga sredstva pomoći nisu moguća, svi Nijemci imaju pravo oduprijeti se svakome tko smjera srušiti ovaj ustavni poredak.*”

7. SAVEZNA REPUBLIKA NJEMAČKA: MISTERIJ KLAUZULE VJEČNOSTI

7.1. O klauzuli vječnosti

Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke od 23. svibnja 1949. godine može se mijenjati samo zakonom kojim se njegov tekst izričito mijenja ili ga se nadopunjuje (čl. 79. st. 1. TZ). Ova postupovna odredba ima zaštitnu funkciju, onemogućava potpunu izmjenu ustavnog teksta ustavnim promjenom.

⁷⁷ Militant democracy, Andrés Sajó, Eleven International Publishing, 2004.

⁷⁸ Otto Pfersmann, *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*, u: *Militant democracy*, Andrés Sajó, Eleven International Publishing, 2004., str. 47.

⁷⁹ Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I,II, 31 *Am. Pol. Sci. Rev.* 417, 638 (1937).

⁸⁰ Otto Pfersmann, *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*, u: *Militant democracy*, Andrés Sajó, Eleven International Publishing, 2004., str. 48.- 49.

Za donošenje takvog zakona potrebna je dvotrećinska većina članova Narodnog vijeća i dvotrećinska većina članova Saveznog vijeća (čl. 79. st. 2. TZ). Prema članku 79. stavku 3. Temelnog zakona nedopustiva je ustavna izmjena kojom se zadire u podjelu Saveza na zemlje, u pravo sudjelovanja zemalja u zakonodavstvu ili u načela utvrđena u odredbama čl. 1. i 20. Temelnog zakona. Takva ustavna promjena je zabranjena.

Riječ je o *jamstvu ustavne vječnosti* (Ewigkeitsgarantie, čl. 79. st. 3.). Jamstvo se odnosi na: 1. federalizam, tj. opstojnost Saveza i zemalja (Länder); 2. sudjelovanje zemalja u saveznom zakonodavnom postupku posredstvom Bundesrata prema postupku iz čl. 77. TZ; 3. načela utvrđena u odredbama 1. i 20. Ustava: obvezu poštivanja ljudskog dostojanstva (članak 1. st. 1.) i temeljnih prava (članak 1. st. 2.) od državne vlasti te poštivanje ustavne odredbe da temeljna prava, kao neposredno važeće pravo, obvezuju izvršnu, zakonodavnu i sudbenu vlast (članak 1. st. 3.); načelo demokratske države (članak 20. st. 2.), načelo socijalne države i republikanskog oblika vladavine (članak 20. st. 1.), načelo diobe vlasti (članak 20. st. 2.) te načelo ustavnosti i zakonitosti prema kome je zakonodavna vlast podređena ustavnom poretku, a izvršna i sudbena vlast zakonu i pravu (članak 20. st. 3.) što sve čini temelje pravne države.

Ustavotvorci su oblikujući ustavni tekst u Bonnu 1948./49. godine željeli *jamstvom ustavne vječnosti* spriječiti dekompenzaciju ustava i razaranje ustavnog poretka prema modelu propasti Weimarske Republike 1933. godine (jednostranačje, nepoštivanje temeljnih prava, nepoštivanje ovlasti zemalja). Povijesno iskustvo Weimarske Republike odredilo je pisce Temelnog zakona iz 1949. godine, konkretan politički cilj ustavotvorca prigodom oblikovanja članka 79. st. 3. bio je onemogućavanje uništenja temelja ustavnog sustava putem formalno ustavnog revizijskog postupka promjene ustava, a u svrhu uspostave totalitarnog poretka. Namjena članka 79. st. 3. je sprječavanje nastajanja situacije iz 1933. godine kada je nacistički režim ustvrdio da je legalnim putem preuzeo vlast korištenjem ustavnih postupaka iz Weimarskog Ustava.

Savezni ustavni sud 1957. godine u odluci BVerfGE tom 6, str. 32 (Elfes) tumači da je u Ustavu SR Njemačke iz 1949. godine zakonodavna vlast podvrgnuta jačim ograničenjima nego što je to bila Ustavom Reicha iz 1919. godine (prema kome je zakonodavac mogao pomoću zakona donesenih većinom potrebnom za promjenu Ustava prevladati i svaku ustavnu prepreku koja mu je stajala na putu): “*Nasuprot tomu, važeći Ustav je uspostavio ustrojstvo vrijednosti koje ograničava javnu vlast. Ovim ustrojem se štiti samostalnost, odgovornost i dostojanstvo čovjeka u državnoj zajednici. Najviša načela ovog ustrojstva su zaštićena od ustavnih izmjena (čl.1., 20., 79. TZ). Ustavni lomovi su isključeni, ustavno sudovanje nadzire podređenost zakonodavca Ustavu.*”⁸¹ Sud zaključuje da zakoni nisu u skladu s Ustavom već samim donošenjem po formal-

⁸¹ Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 104.

nom postupku. Zakoni moraju biti materijalno usklađeni s najvišim vrijednostima, primjerice, načelom pravne države i načelom socijalne države. Zakoni ne smiju povrijediti ljudsko dostojanstvo koje u Ustavu predstavlja najvišu vrijednost.

7.2. Evolucija jurisprudencije Ustavnog suda Njemačke

U ustavnoj povijesti Njemačke posljednjih šezdeset godina možemo odrediti dva razdoblja jurisprudencije Ustavnog suda u primjeni članka 79. st. 3. TZ :

- a) *razdoblje do kraja 20. stoljeća, u kome Ustavni sud daje usko materijalno tumačenje članka 79. st. 3. i određuje ustavni sadržaj izuzet od revizije Ustava, sadržaj ustavnih principa iz članka 1. i članka 20. TZ;*
- b) *drugo razdoblje posljednjih desetak godina u kome Ustavni sud koristi klauzulu vječnosti kako bi opravdao širenje svojih nadležnosti prema ustavotvornom aktivizmu.*

Klauzuli vječnosti izmijenjena je funkcija u jurisprudenciji Ustavnog suda: od početne - određivanja njezinog sadržaja, do suvremene funkcije - temelja širenja nadležnosti Ustavnog suda.⁸² Radi širine rada iznosimo neke od predmeta.

U prvom razdoblju primjene klauzule vječnosti Ustavni sud zauzima usko tumačenje klauzule vječnosti, članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona ne sprječava da se promjenom Ustava izmijene ustavna načela zbog odgovarajućih razloga, odnosno modificira pozitivno-pravni izraz ovih načela kako bi ih se približilo stvarnosti.⁸³ Navedena formula postat će konstanta u praksi Saveznog ustavnog suda, 15. prosinca 1970. godine u predmetu BVerfGE tom 30, str. 1-45, *Telefonsko prislušivanje (Eaves-*

⁸² Savezni ustavni sud Njemačke tumači klauzulu vječnosti u sljedećim predmetima: BVerfGE 1, 14 – *Southwestern State* (1951.); 3, 225 – *Equality of rights* (1953.); 4, 157 – *Saar Statute* (1955.); 30, 1 – *Eavesdropping* (1970.); 34, 9 – *Standardization of remuneration* (1972.); 84, 90 – *Expropriations before 1949* (1991.); 87, 181 – *Financing of broadcasting* (1992.); 89, 155 – *Maastricht* (1993); 94, 12 – *Exclusion of restitution* (1996.); 94, 49 – *Safe Third Countries* (1996.); 95, 48 – *Restitution and avoidance of transactions* (1996.); 109, 279 – *Acoustic Surveillance* (2004); Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 2267 - *Lisbon Treaty* (2009). Lista nije iscrpljena, tu su i slučajevi: 102, 370 – *Jehovah's Witnesses* (2000.) i 113, 273 – *European Arrest Warrant Act* (2005).

⁸³ Vidi: BVerfGE 84, 90 (121) *Expropriations before 1949* (1991.); 94, 12 (34) – *Exclusion of restitution* (1996.).

Cf. 30 BVerfGE 1 (1970.), Ustavni sud određuje (engl.): "The purpose of Art. 79, par. 3, as a check on the legislator's amending the Constitution is to prevent both abolition of the substance or basis of the existing constitutional order, by the formal legal means of amendment [...] and abuse of the Constitution to legalize a totalitarian regime. This provision thus prohibits a fundamental abandonment of the principles mentioned therein. Principles are from the very beginning not "affected" as "principles" if they are in general taken into consideration and are only modified for evidently pertinent reasons for a special case according to its peculiar character... [...] Restriction on the legislator's amending the Constitution [...] must not, however, prevent the legislator from modifying by constitutional amendment even fundamental constitutional principles in a system-immanent manner."

dropping), povodom ustavne promjene kojom se temeljno prava tajnosti dopisivanja i telekomunikacija transformiralo od subjektivnoga osobnog javnog prava u običnu objektivnu obvezu provedbe kontrole tog prava, tumači da promjena ne predstavlja povredu načela iz članka 1. TZ., to je izmjena općih ustavnih načela unutar ustavnog sustava što nije zabranjeno člankom 79. st. 3. TZ.⁸⁴ Dakle, izmjena temeljnog prava od zaštitnog subjektivnog prava u objektivnu obvezu izvršavanja kontrole nije napad na čl. 79. st. 3. TZ, ni načelo da su sve javne vlasti vezane temeljnim pravima. Ustavni sud nije iskoristio ovaj slučaj kako bi proširio materiju zaštićenu klauzulom vječnosti i "odledio" područja temeljnih prava i načela pravne države utvrđena 1949. godine.

Takvo tumačenje poslužiti će Ustavnom sudu primjerice, da u slučaju BverfGE tom 94, str. 49-114, *Pravo azila (Safe Third Countries)*, odobri novi režim utočišta iz članka 16a TZ.⁸⁵ Protumačiti će da temeljno pravo azila nije u sastavu načela iz članka 1. TZ koja članak 79. st. 3. određuje nepromjenjivim, ustavnom revizijom pravo azila može slobodno biti izmijenjeno (i time praktično iscrpiti smisao i jezgru prava).

Koja su nepromjenjiva područja, osim federalizma, utvrđena u jurisprudenciji Ustavnog suda? Riječ je o zaštiti ljudskog dostojanstva, minimumu temeljnih prava koja jamče privatni prostor, jednakost i sudjelovanje u političkim aktivnostima (sloboda mišljenja, okupljanja, biračko pravo), primat Ustava, načelo zakonitosti postupanja uprave, demokratski legitimitet državnog postupanja, načelo većinskog odlučivanja, načelo o ograničenosti mandata nositelja vlasti, socijalno jamstvo egzistencijalnog minimuma, diobe vlasti i nepovredive jezgre temeljnih postupovnih prava.

Klauzula vječnosti definitivno nije postala stvarna granica ustavnim promjenama, ona ostaje teoretsko ograničenje. Ustavni sud nikada nije proglasio promjenu ustava neustavnom zbog povrede članka 79. stavka 3. TZ. Do kraja 20. stoljeća središnje je pitanje bilo odrediti sadržaj nepovredive jezgre prava iz tog članka. *Oliver Lepsius* zaključuje: "Kakvu je drugu mogućnost Sud imao? Da je cenzurirao ustavnu promjenu, primjerice o ograničavanju temeljnog prava tajnosti dopisivanja i telekomunikacija ili pravu azila, njegov bi legitimitet bio doveden u pitanje. Sud iznosi da Temeljni zakon daje Bundestagu i Bundesratu široku slobodu prosudbe kada vrše svoju nadležnost izmjene ustava, uključujući i izmjenu dosega temeljnih prava. Njihova je ustavotvorna ovlast pravilo, čak iako je podređena materijalnoj kontroli Saveznog ustavnog suda."⁸⁶ Savezni ustavni sud Njemačke se time samograničio i ostavio političkim institucijama zadaću evolutivnog ustavnog razvitka.

⁸⁴ Michel Fremont, *Limites du pouvoir constituant dérivé*, u: P. Bon. D. Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008., str. 71.

⁸⁵ BverfGE 94, 49 (103 i dalje); Michel Fremont, *Limites du pouvoir constituant dérivé*, u: P. Bon. D. Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008., str.75.

⁸⁶ Olivier Lepsius, *Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de revision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne*, *Le Cahiers du CC*, Dalloz, no 27 – 2009., str. 18.

Međutim, u posljednjim desetljeću jurisprudencija Saveznog ustavnog suda o članku 79. st. 3. TZ kreće u drugom pravcu, članak postaje temelj širenja nadležnosti kontrole suda, Sud se transformira od “čuvara Ustava” u kreatora Ustava.

Savezni ustavni sud Njemačke 3. travnja 2004. godine u odluci *BverfGE tom 109, str. 279., (Lauschangriff, Acoustic Surveillance)*,⁸⁷ odlučuje o ustavnosti ustavne promjene iz 1998. godine kojom se, zbog rastućeg organiziranog kriminala nastalog otvaranjem granica, ograničava temeljno pravo nepovredivosti doma provedbom akustičnog nadzora prema novom članku 13. st. 3. TZ.⁸⁸ Budući da navedeni novi članak ograničava nepovredivost doma, Sud je trebao odlučiti je li ustavna izmjena u skladu s jamstvom ustavne vječnosti iz članka 79. st. 3. TZ ili je prvi put riječ o ustavnom pravu suprotnom obezi poštivanja ljudskog dostojanstva iz članka 1. st. 1. TZ.

Sud ponavlja tradicionalnu formulu, utvrđuje da je ustavna promjena u skladu s člankom 79. st. 3. TZ koga treba usko tumačiti, što ne sprječava zakonodavca da u postupku promjene Ustava modificira pozitivno-pravni izraz ovih načela kako bi ih približio stvarnosti: “Savezni ustavni sud poštuje pravo zakonodavca da u postupku izmjene Ustava mijenja i pojedinačna osnovna prava, da ih ograničava ili čak ukida, sve dok ne dira u načela koja su postavljena u članku 1. i 20. Ustava.”⁸⁹

Međutim, Sud iznosi da je nepovredivost doma u uskoj vezi s ljudskim dostojanstvom kao i ustavnopravnim zahtjevom za bezuvjetno poštivanje područja koje pripada građaninu za isključivo privatni razvoj, osobi treba u njezinim prostorijama osigurati pravo biti ostavljen na miru.⁹⁰ Ovakva zaštita ne može biti relativizirana na način da će prema načelu razmjernosti biti uspoređena sa interesima kaznenog progona. Državi je člankom 1. st.1. i člankom 79. st. 3. *zabranjeno odrediti važnijim interes zajednice i kaznenog postupka od očuvanja ljudskog dostojanstva*. U suprotnosti je s ljudskim dostojanstvom narušavanje nepovredive biti, jezgre privatnog života u interesu kaznenog progona.

U tom slučaju većina ustavnih sudaca ponovno odbija utvrditi postojanje ustavne norme suprotne Ustavu. Budući da je imao rezerve u pogledu širine ustavne promjene, Sud reviziji određuje granice (i stvaranju policijske države) neposrednim

⁸⁷ Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 448., Presuda Prvog senata od 3. ožujka 2004. – 1BvR 2378/98, 1BvR 1084/95.

⁸⁸ Pitanje je bilo izuzetno osjetljivo zbog tajnosti akustičnog nadzora, dakle nadzirana osoba nije bila s time upoznata i nije se mogla braniti. Uz navedeno postojale su i “kolateralne žrtve”, sve osobe koje nisu trebale biti nadzirane, ali su se slučajno našle u stanu. Nadziranje kupaonice i spavaće sobe zasigurno zadire u područje osobne privatnosti, građanin više nije siguran za svoju slobodu od djelovanja Big Brothera – države.

⁸⁹ Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, Konrad Adenauer Stiftung, 2009., Skopje, str. 449.

⁹⁰ Zaštićeno je izražavanje osjećaja, nespjesnih doživljaja i seksualnosti, zabranjeno prislušivanje osobe ako je sama ili sa obitelji

pozivom na članak 1. st. 1., a zaobilaskom članka 79. st. 3. TZ. Time dobiva u odnosu na ustavna načela iz članka 1. TZ ovlast pozitivnog tumačenja koje ne bi imao da je primijenio članak 79. st. 3. i njegov učinak negativne cenzure.⁹¹

Time oblikuje novu metodu tumačenja ustavnih promjena sukladno Ustavu u odnosu na zakone, sredstvo za izbjegavanje cenzuriranja ustavnih promjena.. Metodom interpretacije zakona od strane Ustavnog suda osigurano je izbjegavanje proglašavanja neustavnosti. Dio njemačke ustavne doktrine ističe da Ustavni sud tom metodom prisvaja nadležnost koja nije njegova.⁹² U Saveznoj Republici Njemačkoj su drugi sudovi nadležni za tumačenje zakona. Nadležnost Saveznog ustavnog suda Njemačke ograničena je na tumačenje Ustava, ona se ne širi se na tumačenje zakona. Sud nije "vrhovni sud" po uzoru na Vrhovni sud SAD-a. Savezni ustavni sud si je metodom tumačenja ustavnih promjena u skladu sa Ustavom dodijelio nadležnost tumačenja Ustava koju više ne možemo razlikovati od ovlasti davanja novog značenja ustavnom tekstu i stvaranja ustava. Savezni ustavni sud je ustavnoj promjeni dao smisao koji zakonodavno tijelo prilikom izmjene Ustava nije namjeravalo.

Klauzula vječnosti stvara u hijerarhiji pravnih normi interno razlikovanje između ustavnih normi, što predstavlja misterij u ustavnoj teoriji. Savezni ustavni sud je elegantno, novom metodom interpretacije ustavnih promjena u skladu s Ustavom, razriješio misterij. Zaobilaskom članka 79. st. 3. TZ, Savezni ustavni sud napreduje u širenju nadležnosti.⁹³

8. ZAKLJUČAK

Ako ustavni sudovi ne mogu riješiti problem dubioznih ustavnih promjena pozivanjem na klauzulu vječnosti ili interpretacijom svog ustavnog legitimiteta i temelja za postupanje, mogu vidjeti izlaz u međunarodnom pravu, enormno promijenjenom posljednjih pedesetak godina. Većina modernih ustava sadrži nepisanu normu da je ustavotvorac vezan međunarodnim pravom.⁹⁴

⁹¹ Ustavni sud je uključio u područje zaštićeno temeljnim pravom na nepovredivost doma "čvrstu jezgru načina života, zaštićenu na apsolutan način" iz članka 13. u kombinaciji s čl.1. st. 1. TZ.

⁹² Vidi: Müller (F.), Christensen (R.), *Juristische Methodik*, 4rd ed., Duncker and Humblot, Berlin, 2002.; Park (Z.-W.), *Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung*, (Tumačenje sukladno Ustavu kao sredstvo konkretizacije Ustava od strane suca), 2000.;

⁹³ Drugi primjer u kome se Savezni ustavni sud poslužio člankom 79. st. 3. kao odredbom za širenje vlastite nadležnosti jest u predmetu *Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009., 2267 - Lisbon Treaty (2009.)* kojom je dao zeleno svjetlo Lisabonskom ugovoru. Nova funkcija članka 79. st. 3. vidljiva je u ocjeni da je prigodom integracije Njemačke u Europsku Uniju sam ustavni identitet Temeljnog zakona doveden u opasnost, što je ponovno jedan od argumenata u prilog tezi da ovlast autentične interpretacije Ustava i ustavnog identiteta omogućava nametanje određenog političkog pogleda na razvoj Ustava i cjelokupne politike (ovdje o granicama Njemačke integracije U EU).

⁹⁴ Interpretacija ustava nije interpretacija teksta već normi (svaka ustavna norma mora biti protuma-

Europski sud za ljudska prava bi mogao odluku naroda na ustavotvornom referendumu o zabrani minareta u Švicarskoj⁹⁵ odrediti kao nelegitimnu, slično za ustavne promjene o utočištu, terorizmu ili vjerskim obilježjima u državnim institucijama. Odluka ne će rezultirati poništavanjem sporne ustavne promjene, međutim je li to stvarno tako? Hoće li nacionalni sudovi moći primjenjivati tu ustavnu odredbu i kažnjavati (primjerice, slučaj zabrane pobačaja u Irskoj) ako Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ustavnom promjenom? Tada je ta ustavna norma praktički poništena. Mogu li se nacionalni ustavni sudovi uvjeriti da prihvate takve odluke međunarodnih sudova kao temelj svojih odluka? Riječ je o gorućem pitanju ustavnosti 21. stoljeća na koje danas nema odgovora, ali će ga možda sutra biti.

Prihvaćanjem vlastite ustavne ovlasti kontrole materijalne ustavnosti ustavnih promjena, temeljem članka 17. stavka 3. Ustava RH, od strane Ustavnog suda Hrvatska bi zakoračila prema sučeljavanju s logikom ustavne države i njezinim granicama i osigurala partnerski položaj unutar Europske Unije. Ideja obostranog poštivanja temelja europskog prava: *egzistencijalnog zahtjeva* nadređenosti i direktnog učinka europskog prava i *ustavnog identiteta* država članica Europske Unije ojačana je projektom konstitucionalizacije Unije. Ideja je dualna, sadrži dvostruku obvezu: poštivanja načela iskrene suradnje država i nacionalnog identiteta država od strane Unije. Ugovor o funkcioniranju Europske Unije (članak 4. st. 2. i 3.) određuje :

“2. Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihov nacionalni identitet, koji je sastavni dio njihovih temeljnih političkih i ustavnih struktura, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Ona poštuje njihove bitne državne funkcije, uključujući osiguranje teritorijalnog integriteta države, održavanje pravnog poretka i reda, te zaštite nacionalne sigurnosti. Posebice, nacionalna sigurnost ostaje isključiva odgovornost svake države članice.

3. U skladu s načelom iskrene suradnje, Unija i države članice, s punim uzajamnim poštovanjem, pomažu jedne drugima u obavljanju zadaća koje proizlaze iz Ugovora.

Države članice moraju poduzimati sve prikladne mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ostvarivanje obveza koje proizlaze iz Ugovora, ili koje proizlaze iz akata institucija Unije.

Države članice moraju potpomagati ostvarivanje zadaća Unije i uzdržavati se od svih mjera koje bi mogle ugroziti ostvarivanje ciljeva Unije.”⁹⁶

čena u kontekstu, ovdje je riječ o vezanosti međunarodnim pravom). Realnost je u obvezi tumačenja norme u kontekstu internacionalizacije ustavnog prava.

⁹⁵ Vidi: <http://news.scotsman.com/world/Swiss-ban-on-minarets-could.5870974.jp> ; <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/swiss-official-hints-at-reversal-of-minaret-ban-1831659.html> , pristup 17.07.2010.

⁹⁶ Konsolidirana verzija Ugovora o Europskoj uniji izmijenjenog i dopunjenog Ugovorom iz Lisabona, OJ 2008/C, 115/01. Citat iz: Reforma Europske unije Lisabonski ugovor, ur. Čapeta, Rodin, Goldner Lang, Narodne novine, 2009. , str. 364.

Ustavna klauzula integracije, ustavni temelj države za sudjelovanje u Europskoj Uniji ne dopušta dovođenje u pitanje nacionalnog identiteta određene države članice. Zaštita državnosti, (*Staatlichkeit, statehood*) svih država članica ne nameće se samo nacionalnom zakonodavcu prilikom integracije i ostvarenja europske ustavne klauzule, to je nedvojbeno temelj funkcioniranja Europske Unije. Ustavni sud Španjolske tumači 13. prosinca 2004. godine:“ Prijenos određenih nadležnosti na Europsku Uniju i integracija europskog prava u španjolski pravni poredak postavlja neizbježne granice suverenim pravima države, prihvatljive samo u mjeri u kojoj je europsko pravo sukladno s temeljnim načelima socijalne i demokratske pravne države utvrđenim u Ustavu Španjolske. Ustavni prijenos (čl. 93. Ustava Španjolske) dopušta materijalne granice koje se nameću samom prijenosu. Te materijalne granice – koje nisu izričito utvrđene u ustavnim odredbama, ali koje implicitno potječu iz Ustava kao esencijalno tumačenje samih odredbi – prevode se u poštivanje državne suverenosti, naših temeljnih ustavnih struktura.“⁹⁷

Europski sud u Luxembourg priznaje da ustavni identitet država predstavlja, pod određenim uvjetima, legitiman interes koji opravdava ograničavanje obveza iz prava Unije (primjerice, u predmetu *Omega* riječ je o zabrani ekonomske aktivnosti kojom se ugrožava javni poredak zbog napada na ljudsko dostojanstvo iz Temelnog zakona SR Njemačke).⁹⁸

Zaštita državne suverenosti Republike Hrvatske osigurana je pomirenjem oba navedena zahtjeva i njihovom razumnom ravnotežom. Uključuje aktivno sudjelovanje hrvatskih ustavnih sudaca u europskom ustavnom pluralizmu upravo putem ustavne zaštite hrvatskog ustavnog identiteta uz razumijevanje zahtjeva nadređenosti i izravnog učinka europskog prava.

⁹⁷ L. Burgogue – Larsen, A. Levade et F. Picot, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2007., str. 154.

⁹⁸ CJCE, *Omega*, C-36/02, pt.41.: “ le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique () fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait (qu'elle) porte atteinte à la dignité humaine.”

