
Preobrazba demokratske zakonodavane države u ustavnu državu

DAVOR RODIN*

Sažetak

Autor analizira Schmittovu i Luhmannovu teoriju demokracije i ustavne države. Na temelju komparacije autor utvrđuje da je Schmittova kritika demokratske pluralističke države završila u teoriji neposredne ili plebiscitarne demokracije u kojoj je ustav podložan nepredvidivoj volji političke većine koja ga može prema odnosima moći samovoljno mijenjati. Luhmann, naprotiv, polazi od teze o rastavljenosti prava i politike te svoju koncepciju ustavne države gradi na bipolarnom razlikovanju i međusobnom ograničavanju prava i politike. Autor zaključuje da Luhmann nipošto ne napušta Hobbesovo pesimističko uvjerenje o bestijalnosti ljudske prirode, nego samo predlaže drukčiju strategiju koegzistencije kulturnih divljaka.

I.

U novovjekovlju do naših dana živi predodžba o državi kao mašini. Nalazimo je kod veoma različitih autora, ne na posljetku i u Hegla. On kritizira državu kao mašinu i suprotstavlja joj državu kao duhovnu zajednicu, ali njegov pojam duha ima totalitarani ili spekulativni karakter koji samo organicistički transformira starije mehaničke teorije države. Analogije, naravno, nisu istine, ali začuđuje povezivanje tehničkih naprava s praktičkim, odnosno političkim ustanovama. To je povezivanje moguće na temelju iskustva da i mašine i ustanove različite stvari tretiraju na jednak način, dovodeći različito pod zajednički nazivnik, bilo da je riječ o različitim tvarima koje se mašinski na jednak način prerađuju, ili o različitim građanima na koje država primjenjuje identične zakone. Redukcija diferencija na identitet ili postupak generalizacije ona je logička operacija čije su utjelovljenje teoretičari prepoznali i u državi i u mašini, i to je opravdalo njihovo analogiziranje.

Novovjekovni nauk o državi obrađuje državu slično mašini: država je ozbiljeni racionalni, tj. ustavno-pravni nacr. Kao racionalni uređaj, država oblikuje i regulira političke odnose građana. Ona ili:

**Davor Rodin*, redovni profesor Fakulteta političkih znanosti u Zagrebu na predmetu Metodologija društvenih znanosti.

A. proizvodi i štiti razlike među građanima, ili

B. povijesno zatečene razlike među građanima homogenizira prema jedinstvenom nacrtu, tj. u oba slučaja stoji iznad razlika.

Europska tradicija poznaje tri povijesno oblikovana tipa političkih zajednica koje su homogenizirane pomoću racionalnih nacрта: *prvo*, Rimsko Carstvo, koje je različite narode i socijalne donose među građanima *juridički* homogeniziralo svojim *racionalnim* pravom; *drugo*, kršćanska kraljevstva srednjega vijeka, tj. *Respublicae christianorum*, kojima je kršćanstvo služilo kao ideološki supstitut genuino političke forme¹ i kao takvo bilo osnova homogenizacije europskog stanovništva do razmjera carstva Karla V. u čijim zemljama, kako se govorilo, sunce nije zalazilo; i *treće*, tipično novovjekovne državne konstrukcije na temelju *apriorne* ideje novouspostavljenog *ustavnog* prava, koje racionalno kanalizira odnose političke moći i konstruktivistički ukida zatečene povijesne napetosti među konfesijama, etnikumima i staležima te uspostavlja nacionalne države, koje ustavno-pravno i teritorijalno homogeniziraju različite kulturne, vjerske, staleške i etničke zajednice.

Nacionalne demokratske i liberalno-demokratske zakonodavne države, kakve su postupno uspostavljene nakon velikih građanskih revolucija, razvile su se u razdoblju nakon Prvog svjetskog rata u fašističke i komunističke diktature. Oba tipa diktatura ukinula su sustav reprezentativne višestranačke demokracije i trodiobu vlasti, a međusobno su se razlikovale po tome što su fašističke diktature genocidno likvidirale preostale etničke, vjerske, rasne razlike među građanima države, dok je komunizam politički konstruiran na apriorističkoj utopijskoj pretpostavci o *čovječanstvu* kao univerzalnoj kozmopolitskoj zajednici ljudi *bez ikakvih svojstava* (Kant, Hegel), uključujući i imovinske razlike među njima (Marx). Pretfašističke i pretkomunističke europske nacionalne države egzistiraju do 1918. godine kao približno čisti modeli liberalne ili parlamentarne demokracije. Nakon komunističke i fašističke krize ovog liberalno-demokratskog državnog modela nastupa 1945., nakon Drugog svjetskog rata, njegova postupna preobrazba u pravcu *nove* ustavne države. Nova se ustavna država nastoji djelotvornije zaštititi od opasnosti novog totalitarizma. Njezin je razvoj obilježen izgradnjom drukčijih strategija obrane od totalitarizma. Europska unija nedvosmisleno je rezultat te nove obrambene strategije, barem na europskom tlu. "Demokratski deficit" od kojeg, prema mnogim autorima, "pati" Europska unija nije slučajni ishod procesa ponajprije ekonomskih, monetarnih i tehničkih integracija, već ishod planski vođene strategije imuniziranja europskog prostora od demokratskih opasnosti. Iskustvo dvaju velikih svjetskih ratova poučava da europske nacionalne države nisu bile u stanju demokratskim sredstvima kontrolirati i obuzdati agresivne težnje svojih nacionalnih kapitala, pa su tako s demokratskom, dapače plebiscitarnom podrškom

¹Usporedi Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und die politische Form*, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 1984., prema drugom izdanju iz 1925. godine.

svojih naroda oduševljeno uglavinjale u dvije ratne katastrofe. Ovu preobrazbu liberalno-demokratske nacionalne zakonodavne države u ustavnu državu s “demokratskim deficitom” u suvremenom europskom kontekstu pokušat ćemo pratiti usporedbom Schmittove i Luhmannove teorije politike, jer one teoretski najjasnije reprezentiraju ovu tranziciju od klasične liberalno-demokratske zakonodavne države prema novoj posttotalitarnoj ustavnoj državi, za koju je karakteristično jačanje judikature i razdvajanje ustava od demokratskih političkih procesa.

Carl Schmitt poduzima svoju kritiku liberalno-demokratske zakonodavne državne mašine (na primjeru Weimarske republike), s jedne strane, pod utjecajem Weberova razlikovanja neutralne činovničke državne institucije i vrijednosno opredijeljenih građanskih stranaka i političkih vođa, a s druge strane, sa stajališta već utjecajne Laskove, Husserlove i Schelerove fenomenološke kritike Rickertova i Kelsenova neokantovskog pravnog formalizma. Fenomenolozi su metodološki priredili kasniji pravno-politološki uvid, prema kojem nije stabilna ona državna zajednica koja je utemeljena na prethodnoj političkoj ideji, vrijednosti ili formi koja se aplicira na nekom socijetetu, već obrnuto — ona koja počiva na volji slobodnih građana, koji proizvode pravila u okviru kojih će, bez obzira na međusobne razlike, moći zajednički živjeti. Tim putem kroči Schmittova kritika zakonodavne liberalno-demokratske države. Schmitt je, uza sva pretjerivanja, uočio njenu bitnu slabost: povjerenje u mogućnost kontrole demokratskih procesa u društvu uz pomoć parlamentarne proizvodnje zakona. Državni model koji C. Schmitt kritizira teozom “...parlament je umjetna mašina!”² jest pluralistička parlamentarna republika, kao državni oblik koji se razvio na tragu institucionalnog imuniziranja neposredne narodne demokracije iz doba građanskih revolucija. Kritika mašinskog obilježja liberalno-demokratske države bila je dvadesetih godina našeg stoljeća metodološki omogućena Husserlovom fenomenološkom kritikom prirodnoznanstvenog, pa onda i svakoga drugog formalističkog apriorizma i bila je teoretski popularizirana od Laska i Schelera. Pod njihovim izravnim utjecajem Schmitt je uočio da se način na koji je priroda pod kontrolom aparata, kojim je “prirodne” procese moguće po želji pokretati, zaustavljati i ponavljati, svojstven i parlamentarnoj zakonodavnoj državi (Gesetzgebungsstaat). Ona se prema političkim i socijalnim procesima u svom okruženju odnosi poput aparature ili stroja, tj.

²Schmitt, *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker und Humblot, Berlin 1979. “U usporedbi s ne samo tehničkom nego u vitalnom smislu *neposrednom* demokracijom javlja se parlament koji je nastao iz liberalnog prosidea kao umjetni stroj, dok diktatorske i cezarističke metode nisu nošene samo od aklamacije naroda, nego mogu biti neposredni izrazi demokratske snage i supstancije” (str. 23). Dalje čitamo: “...moderni je parlamentarizam kao institucija izgubio moralno i duhovno tlo pod nogama i funkcionira još kao prazni aparat *mole sua* snagom puke mehaničke inercije”, str. 30. Uz to možemo ubrojiti i Weberove izjave u njegovom spisu *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918.), koji državu i tvornicu opisuje kao, sociološki, u biti iste institucije.

tako kao da je te procese moguće zakonodavnom djelatanošću ne samo kontrolirati nego i pokretati, zaustavljati i ponavljati. Politički ustavi su kao pravno-politička sredstva racionaliziranja i ograničavanja nepredvidivih socijalnih i političkih napetosti, izazvanih djelovanjem sve razvijenijeg kapitalizma, nastali u 18. i 19. stoljeću, odvajanjem civilnog od ustavnog prava. Njihova funkcija bila je obuzdavanje i pravno reguliranje tih povijesno novih političkih napetosti. Svoj povijesni nastanak zahvaljuju ti ustavi pozitiviranju ljudskih prava³, a to znači odvajanju pozitivnog, tj. civilnog prava od njegovih nepozitivnih, ili predzakonskih izvora u prirodnom pravu, božanskim zapovijedima, volji kraljeva i neposrednoj političkoj volji naroda. Pozitiviranje prirodnog prava iz “Deklaracije o ljudskim i građanskim pravima” od 1789. godine omogućilo je ulazak naroda u politiku, naime demokratizaciju, a ona je donijela sa sobom mogućnost da se pozitivno pravo, tj. zakoni, bez teškoća mijenjaju voljom svake političke većine.⁴ Demokracija kao posljedica pozitiviranja prirodnog prava uzrokovala je konačno rastavljanje naslijeđene jurisprudencije, naime civilnog prava, od pozitivnog ustavnog prava, kao specijaliziranog sredstva pravne kontrole demokratske politike. “Od tada se pod ustavom podrazumijeva pozitivni zakon, koji utemeljuje pozitivno pravo i time određuje kako se demokratska politička moć ima organizirati i obnašati u formi prava s pravnim ograničenjima, tj. s diobom vlasti”⁵.

Takvu ustavnu kontrolu djelatnosti liberalno-demokratske zakonodavne države odbacuje C. Schmitt kao *promatrača drugog reda*, kao samoreferentni aparat koji na temelju ustavnih ovlaštenja proizvodi i ustav i ostale zakone i kontrolira njihovu primjenu s formalističkom predrasudom da pomoću njih zaista može kontrolirati i državu i nepredvidive socijalne i političke procese izvan nje. S Luhmannove promatračke pozicije stvari isprva ne izgledaju znatno drukčije i on, poput Schmitta, vidi da ustav dođuše određuje pravna pravila političkih procesa, kao i uvjete vlastite autogeneze, ali istodobno i to da je ustav proizvod nepredvidivih i nekontroliranih političkih procesa, jer “... počiva na paradoksu vezanosti za nužno neobuzdanu silu”⁶. Ta neobuzdana izvanustavna politička sila traži svoje objašnjenje i domestifikaciju, i tim pravcem kreće evolucija zakonodavne u suvremenu ustavnu državu. Tezu o neobuzdanoj izvanustavnoj sili koja fragilizira svaki ustavni poredak zahvaljuje Luhmann nedvojbeno Carlu Schmittu i njegovom opisu svih slabosti liberalno-demokratske zakonodavne države (Gesetzgebungsstaat)⁷. Zakonodavna parlamentarna država u svom je

³Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992., str. 471.

⁴Ibidem, str. 471.

⁵Ibidem, str. 472.

⁶Ibidem, str. 476.

⁷Usporedi Carl Schmitt, “Legalität und Legitimität”, u *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker und Humblot, Berlin, 1973., str. 268.

samorazumijevanju, prema C. Schmittu, samodovoljna mašina, koja se u svojoj zakonodavnoj djelatnosti osjetila slobodnom i od Boga i od prirodnog prava i od monarha, pa i od same volje naroda. Takva zakonodavna država razvila je osebujni sustav svoga javnog opravdavanja, ili legitimiranja: *legalnost*. “Legalnost ima ovdje smisao i zadaću da *legitimnost* kao i svaki samosvojni viši *autoritet* i *aristokraciju* zaniječe i učini suvišnom”.⁸ Drukčije rečeno, to je značilo naslijeđeni novovjekovni pojam samouzroka *causa sui* politički aplicirati na državu i njezin suverenitet i tako je osloboditi svake opasnosti od vanjskih heterogenih, ili dapače patoloških uplitanja u njezinu samodovoljnost, tj. u njeno autogenerativno proizvođenje zakona u *parlamentu*. U tom smislu naziva Schmitt liberalno-demokratsku zakonodavnu državu, prividno paradoksalno, totalitarnom, naime imuniziranom od svakoga vanjskog političkog ili socijalnog utjecaja. Time je ostvareno rastavljanje civilno-pravnog od političkog sustava, uz istodobno otvaranje pitanja važi li ustav sam po sebi i voljom parlamenta ili zahvaljujući društvenom, odnosno političkom okruženju.⁹ Na tom neriješenom, a prividno i nerješivom pitanju “tko odlučuje u izvanrednom stanju” — zakonodavna država i njezin parlament, ili političke snage izvan nje, puknuo je, prema C. Schmittu, Weimarski ustav. Država koja se intencionalno razvila u samoreferentni sustav ograđen ustavom od svakoga heteronomnog političkog i društvenog utjecaja, nalikuje prirodnoznanstvenom eksperimentalnom uređaju, ili stroju. Procesi u aparatu rastavljeni su od prirode i u toj ih je izoliranosti moguće upravljati i kontrolirati. Ponašanje prirode u aparatu probudilo je znanstvenu iluziju kako se pomoću njega može vladati, ako već ne čitavom prirodom, ono barem jednim njezinim dijelom; dapače, da se može aparatski djelovati i na izvanaparatsku prirodu. Nadalje, smatralo se da je u aparatu prikazana priroda istinita i da ona istinito reprezentira prirodu izvan aparata, da su zakoni prirodnih znanosti zakoni prirode same. Time je identificiran prikaz s onim što je prikazano i tako je s prirodnoznanstvenom “objektivnošću” potkrijepljena iluzija o totalitarnosti znanstvene istine.

Na političkom planu to je *mutatis mutandis* generiralo iluziju o istovjetnosti *legalnosti* i *legitimnosti*, iluziju o identitetu parlamentarne i narodne volje. Zakonodavna je država podlegla iluziji da ona permanentnom zakonodavnom djelatnošću može racionalno regulirati sve društvene i političke procese u svom okruženju. Time je iluzija ...”da se politika može utemeljiti kao pravni poredak”¹⁰, tj. izolirati od socijalnog okruženja i tako to okruženje transcendentno ignorirati, došla do vrhunca. Weber je, ne napuštajući liberalnu poziciju, svojim razlikovanjem činjeničkog i vrijednosnog djelovanja pokazao neodrživost identiteta legaliteta i legitimiteta. On je na temelju uvida u neidentitet legaliteta i legitimiteta pokušao uspostaviti

⁸Schmitt, C., ibidem, str. 269.

⁹Luhmann, N., ibidem, str. 477.

¹⁰Ibidem, str. 479.

dinamičku, svrhovito racionalnu ravnotežu između neutralnog i racionaliziranog državnog aparata i iracionalnih političkih i društvenih snaga izvan njega. Međutim, time je samo pokazao pravo stanje stvari, naime, da ustav nasuprot iracionalnim političkim snagama društva može funkcionirati samo simbolički, jer se državna politika ne može pravno zatvoriti prema svom socijalnom okruženju. Novokantovska teorija prava razumjela je ovaj neprevladivi odnos političkog sustava prema svom društvenom okruženju kao iracionalni ostatak, a Schmitt je u toj točki na mjesto iracionalnog pluralističkog civilnog društva namjestio *narod* kao sudbonosni decizionistički surogat pluralističkom civilnom društvu i ustavu njegove neutralne države, s tezom da je "...priznanje supstancijalnih sadržaja njemačkog naroda ... osveta istine nad neutralnim većinskim funkcionalizmom"¹¹. Budući da su narodne odluke neposredne, one ne pate od nejedinstva između pravne forme i političkog sadržaja, niti se osvrću na ovu razliku. Na toj tradiciji neokantovskog teoretiziranja u škarama stereotipa forma-materija i njegove decizionističke i egzistencijalističke kritike u Schmitta nudi Niklas Luhmann drukčiji model odnosa između političkog ustava i političkih procesa. Luhmann se pritom oslanja na sistemskoteoretsko, binarno razlikovanje samoreferencije i stranoreferencije, sustava i okoline, dakle na Husserlovo razlikovanje fenomenološke i eidetske redukcije koje aplicira na odnos ustava i politike. Na ovom mjestu treba kazati da su i Schmitt i Luhmann preuzeli dio Husserlovih ideja, ali dok je Schmitt Husserla razumio još uvijek novokantovski samo kao kritičara transcendentnog formalizma, dotle je Luhmann za svoje potrebe adaptirao izvornu Husserlovu ideju *imanentnog razlikovanja* sustava i okoline, tj. ustava i njegova političkog okruženja. Time smo nanovo pri uvodnoj tezi, prema kojoj kriza novovjekovnih prirodnih znanosti pogađa i aparatsko, mašinsko funkcioniranje predstavničke demokracije i njezine zakonodavne države ako dužnosnici te držve u svom samorazumijevanju ustav države shvate kao samoreferentnu formirajuću instituciju nasuprot onostranom izvandražavnom amorfnom građanskom društvu, kako je to mislio Weber¹², odnosno naspram *izvandražavno* homogeniziranom narodu, kako je tvrdio Schmitt.

Novovjekovna liberalno-demokratska parlamentarna država bila je sve do konca Drugog svjetskog rata, a i dalje do kraja našeg stoljeća, opisivana u različitim varijantama novokantovske teorije države, dakle u optici kategorijalnog para forma-materija, odnosno država-građansko društvo. Te su teorije države zastupale stajalište da pluralistički parlament u biti ne reprezentira gotovu i zatečenu pluralističku strukturu civilnog društva, kako je to mislila starija sociologija znanja, već da ta državna forma oblikuje pluralističku strukturu društva i u permanentnoj zakonodavnoj djelatnosti

¹¹Schmitt, C., "Legalität und Legitimität", ibidem, str. 344.—345.

¹²"Pasivna politička masa ne rađa vođu, nego politički vođa okuplja pomoću propagande masu...", Max Weber, *Gesammelte politische Schriften*, str. 401., Johannes Winckelmann, Tübingen, 1971.

njime upravlja. Ova vrsta ustavnog transcendentalizma, koja je metodološki slijedila prirodoznanstveni model eksperimentalnog uređaja, pokazala se i praktički i teoretski ranjivom. Društvo, kao uostalom i priroda, ne funkcionira poput nepoznanice X čijoj se istini postupno približavamo, kako bi na temelju nje postupno ovladali i prirodom i društvom. Društvo posjeduje vlastitu povijesno predoblikovanu strukturu koju nije moguće bez ostatka ustavno pretkonstruirati, niti bez ostatka parlamentarno reprezentirati, pa time ni proizvoljno manipulirati, jer su i društvo, a i priroda, već povijesno predoblikovani. Schmitt je uvidio nedostatke ustavnopravnog transcendentalizma i raskrinkao banalne političke interese što se skrivaju iza maske pravne kontrole društva pomoću države. Schmitt je, međutim, ostao metodološki zarobljen Laskovom i Weberovom još uvijek novokantovskom recepcijom fenomenologije. U skladu s tim on novokantovskom ustavnopravnom transcendentalnom formalizmu nije suprotstavio pluralističko samoreferentno civilno društvo, kao “logičku materiju suda” (Lask) koja probija ljušturu transcendentálnih ustavnih formi, već homogeni njemački narod, kao Boga novjekovnog ustavnog poretka. Time je još uvijek ostao novokantovac i kao takav izvršio radikalnu kritiku liberalne demokracije. On je narod mislio kao homogenog suverena izvan državnog stroja i stoga nije mogao trpjeti heterogenost weimarskog ustava koji je reprezentirao heterogenost i pluralnost građanskog društva. Njemu se s pozicije homogeniziranog naroda pokazalo da pluralistički parlament ne reprezentira homogeni narod, već da, naprotiv, transcendentalno i interesno razara njegovo jedinstvo. Max Weber nije bio daleko od ovog uvjerenja. On je pluralistički parlament vidio kao prikladno mjesto za izbor nacionalnih elita i oblikovanje nacionalnih vođa, ali ne kao mjesto gdje se nacionalna elite već nalaze. Ovim je antiliberalnim gledištima bio blizak i Georg Lukacs, iako je on parlamentarni pluralizam smatrao buržoaskim sredstvom razjedinjavanja revolucionarnog proletarijata kao najbrojnijeg dijela građanskog društva, a ne kao sredstvo plutokratskog razjedinjavanja homogenog naroda. Ove kritike parlamentarne zakonodavne države, kako od strane lijevih zastupnika klasne homogenizacije društva tako i desnih zastupnika njegove nacionalne homogenizacije (Lukacs, Schmitt) sa stajališta ustavnopravnog transcendentalizma, odnosno egzistenijalizma, nastoji prevladati suvremena teorija sustava i njezin originalni predstavnik u Njemačkoj, Niklas Luhmann. Luhmann poduzima jednu drukčiju, na izvornom fenomenološkom tragu zasnovanu, kažimo paušalno, *postmodernu* kritiku zakonodavne države, ali ne radi njezina odbacivanja i destruiranja, kao Schmitt i Lukacs, već s ciljem njena ustavno-pravnog stabiliziranja. Luhmann je u svojim političkim i pravnim konsideracijama pošao od Schmitta naprosto zbog njegova svakako inovativnog uočavanja bitnih slabosti liberalne demokracije prema neposrednoj plebiscitarnoj demokraciji, kao i zbog njegova *binarnog* kodiranja političkog kao odnosa prijatelj-dušmanin. Naravno, Luhmann odmah objašnjava gdje se razlikuje od Schmitta. Schmitt, kako je poznato, započinje

svoju studiju *Der Begriff des Politischen* s udarnim stavom: “Pojam države pretpostavlja pojam političkog”¹³. Teza je usklađena s posljednjom riječju fenomenološki prosvijećenih novokantijanaca koji daju metodološku prednost sadržaju nad formom¹⁴: građanskom društvu nad državnom, narodu nad državom. Luhmann zastupa suprotnu tezu i pada prividno u stari formalizam kad kaže: “Ustav pribavlja politička rješenja za samoreferentni problem prava i pravna rješenja za samoreferentne probleme politike. On je ustav ‘države’ i pretpostavlja dakle državu kao realni objekt koji treba oblikovati. Ne jedino ustavni tekst, nego ustavna država ispunjava funkciju spona (unutarnjeg i vanjskog, forme i materije, naroda i države, R.D.), makako je shvaćali kao oblikovani narod, kao ustanovu, kao organizaciju ili naprosto kao vladu (government)”¹⁵. Država kao ustavano-pravna institucija prethodi politici¹⁶ te je, prema Luhmannu, autopoietični ili samoreferentni sustav koji operira imanentno, tj. neovisno o svojoj političkoj okolini. To bi za Schmitta bila parlamentarna zakonodavna država. Dakle, država koja je u sebe usisala narod u formi njegovih interesno razjedinjenih predstavnika. Izvan tog “parlamentarnog pluralističkog, diskutirajućeg i komplotirajućeg naroda” stoji *vani* kao supstancija, sadržaj ili materija, njemački narod kojeg treba, na temelju sheme prijatelj-dušmanin, homogenizirati kako bi predstavljao jedini izvor prava koje djeluje neposredno svojom plebiscitarnom suverenom *nadustavnom* “božanskom” moći. Za razliku od Schmitta, Luhmannu *vani* u okolini ustava nije homogeni narod, već pluralističko civilno društvo kao, također, samoreferentni autopoietični sustav. Unutarnje i vanjsko, ustav i njegova socijalno-politička okolina ne stoje za Luhmanna u odnosu forme i materije, ma čemu god se dala prednost — formi, materiji ili njihovom jedinstvu. Za Luhmanna je riječ o takvoj sponi sustav-okolina, u kojoj okolina nije izvansistemska datost, kako su to mislili novokantijanci i Schmitt. Za Luhmanna je “okolina uračunata u sustav”¹⁷, ili sustav *drži* okolinu *kao da je* nešto vanjsko, makar to zapravo nije. Ova ideja *immanentne transcendencije* predstavlja Husserlovo naslijeđe u Luhmannovu nauku, koje novokantovci i Schmitt još nisu uzeli u obzir. Politički sustav (ustav) ovladava svojom političkom okolinom samo pod pretpostavkom da vlada sam sobom, tj. da se evolutivno mijenja, jer ono vanjsko čime bi trebalo ustavno ovladati ili na što bi ustav trebalo aplicirati, samo je za naše razumijevanje vanjsko, a ne nedohvatljiva

¹³Schmitt, C., *Begriff des Politischen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1979., str. 20.

¹⁴Usporedi Emil Lask, “Rechtsphilosophie”, *Gesammelte Schriften*, Bd. I, Tübingen, 1923.

¹⁵Luhmann, N., *ibidem*, str. 478.

¹⁶Luhmannova teza da država prethodi demokratskoj politici znači da takve politike nema tamo gdje nema pisanog ustava i razvijenog sudstva kao svojevrsnog programskog pisma politike. Bez ustava i pravnog sustava politika se pretvara u nasilje i nekontrolirano pravo jačega.

¹⁷Luhmann, N., *ibidem*, str. 441.

transcendencija koja se božanski nepredvidivo može na nas okomiti. Dakle, ne smije se ni prirodu, ni narod, ni civilno društvo zlorabiti i podjarmljivati kao nešto vanjsko, niti treba tim “vanjskim” izvanustavnim datostima prepustiti vladavinu, njima se kao vlastitoj unutrašnjosti (službenici sudskog i ustavnog aparata također su građani) sustav mora prilagoditi te ih, mijenjajući samoga sebe, pažljivo i obazrivo prisvojiti. Luhmann to ovako opisuje: “Ustavi su u novovjekovnom razumijevanju toga pojma pronađeni pod zaštitnim znakom trajne (srednjovjekovne) iluzije, da se politika može utemeljiti kao pravni poredak. A ispostavlja se da se pravni poredak prakticira u funkciji skrivanja činjenice da je zbiljsko ograničavanje suvereniteta ustavnog sustava određeno borbama i računima oko vlasti unutar političkih elita”¹⁸. Time je novokantovski obilježeni Schmitt korigiran u pravcu fenomenologije i njezina unutarstemskeg reza između fenomena i eidosa, tj. u pravcu osvještavanja činjenice da je ono što nam se otkriva kao drugotnost i stranost samo iluzija, ili fikcija u funkciji realiteta: “Iluzija je možda istinita povijesna forma realnosti. Realnost će jednoga dana biti samo medij predodžbi, fantazija i iluzija”¹⁹. Narod za Luhmanna nije više nepredvidivi decizionistički suveren izvan aparata zakonodavne države i pravnog poretka, već unutar nje fungira u funkciji ideološkog vela kojim se prikrivaju (“unsichtbar machen”) realni obračuni elita u borbi za moć. Time je bitno korigirana intencija, kako materijalne tako i formalne, transcendentalne teorije prava o pravnoj vladavini nad narodom kao “mnogoglavom ili jednoglavom” nemani. Ne može se narodom pravno vladati i manipulirati, nego narod i pravo stoje u komunikativnoj relaciji. U razdoblju nakon Drugog svjetskog rata uvidjelo se da nije moguće vladati niti narodom, niti građanskim društvom posredstvom ustava zakonodavne države, jer ona ne reprezentira narod u cjelini njegovih bezbrojnih očitovanja, već regulira samo političke aspekte njegova opstanka. Ustav regulira borbu za vlast konkurirajućih stranaka, kako njihova kreativnost u zastupanju posebnih interesa ne bi prekoračila ustavne, tj. političke granice. Jednako kao što ni gramatika hrvatskog govora ne propisuje pjesniku o čemu će pisati, tako ni ustav ne propisuje strankama i građanima države *što* moraju činiti, nego samo *kako* to moraju činiti u granicama ustava. Svaka druga aplikacija ustava, koja bi pozitivno propisivala građanima *što* moraju činiti, prekoračivala bi kapacitete prava pod pretpostavkama demokratske politike. Luhmann je toga svjestan: “Za politički sustav znači pozitiviranje prava stoga prenaprezanje politike, napose u uvjetima demokratskog opredjeljenja”²⁰. Nije moguće pravno propisivati što treba politički činiti, kao što ni poznavanje gramatike nikoga ne čini pjesnikom.

¹⁸Ibidem, str. 479.

¹⁹Holgen van den Boom, *Digitalna estetika*, Informator, Zagreb, 1988., str. 185.

²⁰Luhmann, N., ibidem, str. 479.

Demokratska politika se ne može bez ostatka pravno regulirati, kao što se ni priroda ne može bez ostatka upravljati zakonima prirodnih znanosti. Međutim, to ne znači da se u politici sve zbiva iracionalno i protupravno, a u prirodi slučajno i nepredvidivo. Naprotiv, iracionalizam i decizionizam ustavnopravnih teorija, kao i kaos i kontingentnost u prirodoznanstvenim teorijama, bili su popratne pojave novokantovskog transcendentalizma koji je u svojoj kategorijalnoj optici između relata forma-materija, uvjet i ono uvjetovano, uvijek nalazio neki *residuum irrationalis* kao smetnju konačnom dohvaćanju istine koju treba aproksimativno odstraniti u procesu posvemašnjeg pozitiviranja ustavnog prava, ili konačnog pozitiviranja prirode. Ova težnja, bilo pravnoj bilo prirodoznanstvenoj racionalnoj vladavini nad političkim, odnosno prirodnim procesima, obilježava bit moderne, njezin *totalitarizam* koji je opterećen predrasudom mogućeg povratka u izgubljeno jedinstvo svega što jest, ili na dohvaćanje toga jedinstva u nedoglednoj budućnosti. Suvremena teorija ne dijeli više ovu formu transcendentalnog promatranja stvari. Ustav nije više shvaćen kao preduvjet mogućnosti racionalne politike bez ostatka, već stoji s njom u odnosu “uzajamne iritacije”.²¹ Uzajamna iritacija ustavnog i političkog procesa ne zbiva se prema pravilima logičkih struktura (uzročno-posljedično ili svrhovito), nego prema pravilima vlastite reprodukcije svakog od sustava. I politički i ustavni proces točno razlikuju što pod uvjetima samoreferencije i samoprodukcije kontroliraju kao vlastitu strukturu, a što kao “strano” ne stoji na dispoziciji pravne, odnosno političke manipulacije, ili što je odnos prema samom sebi (samoreferencija), a što odnos prema nečem “stranom”. Ustav, slično fotografu koji razlikuje fotografiju i fotografirani predmet, razlikuje objekt: *političko*, svoje vlastite ustavne odredbe od politike koja je njima prikazana. Novokantovski *hiatus irrationalis*, koji se pri aplikaciji neke forme otvara između uzroka i posljedice, nacрта i izvedbe, sada se očituje kao jasno razlikovanje prikaza i prikazanog. To razlikovanje vrši sam ustav, naime njegovi akteri — ustavni suci. Time je na drugi način razriješeno izvorno novovjekovno pitanje o primjeni neke pravne norme na realitet i, obrnuto, utjecaja socijalnog i političkog realiteta na pravnu normu. Ne radi se više o primjeni ustavne norme na neki politički “realitet”, jer nema kauzalne veze između teorije i prakse. Riječ je o prilagodbi ustavnopravnog sustava na političke procese, i političkih procesa na ustavni sustav: oboje stoji u odnosu uzajamne semantičke iritacije. Ovakav je komunikativni odnos moguć zato što ustav i politički procesi ne stoje u odnosu unutarnje-vanjsko, nego se kao takvi percipiraju, tj. interno razlikuju. Pri čestim promjenama ustava u kriznim vremenima kroz koja prolazi svaki narod i svaka država, pozitivno pravo ne propada, nego se postupno prilagođava novim političkim uvjetima. Nedavne promjene ustava Republike Hrvatske o tome najbolje svjedoče.

Prilagođavanje starih zakona novoj ustavnoj i političkoj okolini nije ni do danas u potpunosti dovršeno, niti je novi ustav u potpunosti anulirao

²¹Luhmann, N., *ibidem*, str. 479.

sadržaj prethodnih zakona i prethodnih političkih praktika. Posvuda smo suočeni s oblicima bivšega političkog djelovanja. To važi i za građane kao pripadnike različitih stranaka, etnikuma, religija ili socijalnog statusa pod uvjetima opće jednakosti pred ustavom. U novom ustavnom okviru drugi nisu stranci (outlaws), nego ih se kao takve percipira; stoga se građani moraju jedni na druge prilagoditi u okviru novog ustava. Taj se proces u nas zove pomirba Hrvata. Ako ovo međusobno prilagođavanje ustava s novim političkim procesima, i obrnuto, ne uspije, što je posve moguće, tada nastupa *regresivni progres* u pravcu koji vodi pod razinu već dostignute evolucije sustava: Slučaj pada pod prag sistemskog kôda pravedno-nepravedno te nastupa političko, pa još i niže — pretpolitičko, tj. egzistencijalno nasilje i bezakonje. Ustav reagira na različite načine na svoju okolinu, ali samo ako osjeća da podražaji iz okoline pripadaju sustavu pravedno-nepravedno. Za sve ostalo pravda je slijepa. U tom smislu Luhmann s pravom naglašava da pozitivni ustav, tj. takav koji traži beziznimnu aplikaciju, prenapreže demokratsku politiku, jer nijedan ustav nije u stanju, niti je to njegov zadatak, limitirati kreativne potencijale demokratske politike; naime, da joj propisuje što treba činiti²². Ustav je samo formalna gramatika koja propisuje kako treba rješavati ona politička pitanja koja se odnose na *kôd* pravedno-nepravedno. Novovjekovna demokracija je povijesno proizišla iz prirodnog prava, koje je u formi ljudskih prava dovelo narod u politiku, ali se sadržaji demokratske politike ustežu ustavnopravnoj limitaciji. Stoga svaka teorija države “počiva na paradoksu vezanosti na demokratske sile koje su nužno nevezane”²³. Taj, već od Schmitta uočeni, paradoks naziva Luhmann “metakonstitucionalnim smislom ustava”. “Izvan” ustava nalazi se sustav politike koji s ustavom stoji u “izvanjskoj” sponi sustav-okolina.

Opisujući ovaj odnos prispijeva Luhmann sa svojom teorijom samoreferentnih sustava do načelne razlike prema klasičnim novovjekovnim pravno-političkim teorijama. Njegovo poboljšanje slabih točaka naslijeđenog sustava parlamentarne zakonodavne države, kako su ih vidjeli Weber i Schmitt, dovodi na svjetlo dana fiktivni karakter tih starijih teorija. Pod fikcijom ovdje podrazumijevamo prihvaćanje neke datosti za realnost, kao da ne znamo kako je ta datost kojoj pripisujemo realitet proizvedena, ili fikcija je svaka identifikacija prikaza s onim što je prikazano. Za političko djelovanje koje, prema Luhmannu, može biti konzervativno i progresivno, ustav ima ambivalentno, dvostruko, značenje. On podjednako korespondira politici, koja prilike mijenja, i simboličkoj politici, koja prilike ne mijenja²⁴. Ovo je protuslovlje za Luhmanna kompatibilno, zahvaljujući operativnoj zatvorenosti sustava politike i ustavnog sustava koji se nalaze u odnosu “vanjske” i unutarnje spone. To znači u takvom odnosu, u kojem se me-

²²Luhmann, N., ibidem, str. 481.

²³Luhmann, N., ibidem str. 476.

²⁴Luhmann, N., ibidem str. 478.

đusobno osjećaju *kao prividno* strane datosti. Ustav i sustav političkog djelovanja (Schmitt je razlikovao politički i pravni dio ustava)²⁵, mogu se razvojno razići svaki na svoju stranu, što dovodi do porasta međusobne iritacije i napetosti, ali na kraju procesa prilagođavanja uspijeva, kako ustavu tako i političkim procesima, uspostaviti međusobnu ravnotežu. Sada ulazi u igru povijesni moment.

Luhmann razumije svoju teoriju sustava prava i politike kao izraz povijesnog razvitka teorije države i društva. On doslovno kaže "...u mnogim zemljama u razvoju može se primijetiti da ustavi služe samo kao instrument simboličke politike, zato što nije uspjelo pravni sustav operativno zatvoriti i zabrtviti prema neposrednom utjecaju politike ili drugih društvenih moći. Ali, i u tom slučaju još je uvijek prepoznatljiv moderni uzor strukturalne spona, makar samo kao istiniti (tj. funkcionirajući) privid. Sama simbolička uporaba ustava služi politici da postupa tako kao da je pravo ograničava i iritira, a istiniti odnosi snaga prepušteni su komunikaciji među političkim akterima"²⁶. Time je postalo jasno da Luhmann i svoju teoriju razumije kao onu koja je prilagođena vlastitoj hermeneutičkoj situaciji iz koje je proizašla, pa stoga Luhmann ne namjerava pomoću nje prikazati čitav svijet. Prema njegovoj teoriji, ustav ima naspram politički funkciju promatrača *drugog reda* koji komunikativno djeluje na političke procese, kao što i politički procesi semantički utječu na autonomno mijenjanje ustava. Time je na datoj razini povijesnog razvitka demokratska većina ograničena u svojoj ranijoj mogućnosti neposrednog i proizvoljnog mijenjanja ustava nepredvidivom voljom, makako konstruirane i procentualno izražene većine. Ona može mijenjati ustav samo u komunikativnoj proceduri permanentne prilagodbe na ustav koji se i sam proceduralno mijenja u komunikaciji s političkim kreativnim procesima, vođen selektivnim kôdom: *pravedno- nepravedno*. Riječju, pravni poredak nema demokratska obilježja, kao što, s druge strane, demokratski procesi nisu pravedni. Ustav i politički proces stoje u takvom binarnom ili bipolarnom odnosu u kojem ustav ima funkciju programskog pisma za politički *software*. Kreativno ili inovativno političko djelovanje prikazuje se permanentno u programskom pismu ustava, a ustavno programsko pismo komunikativno utječe na političko djelovanje, ali samo tako dugo dok politički procesi revolucionarno, odnosno kreativno (Th. Kuhn) ne napuste programsko pismo važećeg ustava i ne proizvedu novi ustav, ili novu paradigmu. Tako, da se poslužimo analogijama, dolazi do preobrazbe zatvorenog ili totalitarnog zakonodavnog državnog stroja u otvoreni, ili univerzalni državni stroj. Smisao je Luhmannove strategije da svojom teorijom proceduralne

²⁵Usporedi Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, Berlin, 1970. Ovdje je vidljivo kako je u pogledu razlikovanja pravnog i političkog dijela države Luhmann pod jakim Schmittovim utjecajem.

²⁶Luhmann, N., *ibidem*, str. 478.

adaptacije ustavnih i demokratskih procesa otkloni opasnosti radikalnih ili revolucionarnih promjena ustava pod pritiskom izvanustavnih snaga.

Vratimo li se analogiji o državi kao mašini, tada se na relaciji Schmitt — Luhmann susrećemo s dvije različite vrste državnih aparata. Za Schmittov je aparat svojstveno da funkcionira na temelju *jedinstva softwarea* i *hardwarea*, tom alatnom stroju korespondirala je zatvorena ili totalitarna *zakonodavna* država. Za Luhmanov je stroj karakteristična *ras-tavljenost softwarea* i *hardwarea* (računalo) i tom stroju korespondira suvremena otvorena, stalno se mijenjajuća *ustavna* država. Razlika je ovih dvaju strojeva (radilice i računala) i ovih dvaju državnih modela (zakonodavne i ustavne države) u tome što zakonodavna država može mijenjati ustav odlukom parlamentarne ili plebiscitarne većine, čak i revolucionarnim nasiljem, a ustavna država samo ustavno, dakle u okviru binarnog kâda pravedno — nepravedno. U prvoj je državi pravo politizirano i demokratizirano; u drugoj je pravo odvojeno od demokratske politike i u tom smislu suvereno. Bitna je razlika obaju tipova države u tome što se promjene ustava u ustavnoj državi zbivaju prema autogenerativnom kôdu pravedno-nepravedno, čime se pravo proceduralno štiti od neposrednog pritiska demokratskih većina i manjina. Time istodobno pravo štiti svakog građanina od demokratske demonizacije u rang *neprijatelja, stranca* ili *gubitnika*. Prijelaz iz zakonodavne u ustavnu državu, kojoj svjedočimo u procesu postmoderne politike, pretpostavlja strogu diobu vlasti i komunikativni, a ne kauzalni, funkcionalni ili teleološki odnos između egzekutive, legislative i judikative. Tom starom Montesquieuovom načelu novovjekovne politike pridolazi još nešto. Starije su teorije politike narod vidjele izvan institucija kao transcendentnu moć (Weber, Schmitt). Luhmann mora narod pounutriti (imanentna transcencija) tako da građani u sve tri vlasti igraju ulogu aktivnoga, inovativnog i kreativnog komunikativnog ustavnog partnera, da dakle djeluju kao immanentna okolina ustava, a ne kao Bog koji odlučuje *ex nihilo*, ili pak kao materijal božanske kreativnosti. U ovim konsideracijama jasno se vidi razlika Luhmanna prema pravno-političkoj teoriji Maxa Webera, kao i Carla Schmitta. Oba su kritizirala zakonodavnu državu, ali s opasnom tezom o mogućnosti neposredne provale politike i izvaninstitucionalnog homogeniziranog naroda i njegovih karizmatičkih vođa u internu igru državnih činovnika²⁷ i interesno razjedinjenih diskutirajućih predstavnika stranaka u parlamentu. Schmitt je, kako se vidi, mislio bipolarno, ali još uvijek u okviru novokantovske dihotomije forma-materija. Pluralistički interesno razjedinjeni parlament, kao državna forma, može biti munjevito pometen od naroda koji se kôdom prijatelj-neprijatelj homogenizira u predinstitucionalnu materiju, ili moć političkoga. S tog je stajališta svemogućeg naroda dioba vlasti puka liberalna iluzija. Jer, demokracija može bez okolišanja ukinuti podjelu zakonodavne i izvršne vlasti a da pri-

²⁷Usporedi Rodin, Davor, "Politička estetika", *Politička misao*, br. 2., 1995.

tom ne prestane biti demokracija²⁸. Time je u Schmittovoj optici ukinuta razlika između demokracije i diktature, a to je bila i točka s koje je Weimarska republika skliznula u diktaturu, tj. u demokraciju bez diobe vlasti. “Moć koja ukida diobu vlasti ili je samo glumi jest diktatura i istodobno demokracija: tj. Bog na zemlji ili narod na vlasti. Francuski ustav iz 1793. više ne spominje diobu vlasti navedenu u članku 16. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina. Konvent je u skladu s tim djelovao pozivajući se neposredno na narod kao *pouvoir constituant* i smatrao je svoju vladavinu revolucionarnom”²⁹. Sada je jasno zašto najnovije teorije države, a posebno teorije pravednosti poput Rawlsove, Luhmannove ili Höffeove, nastoje jačanjem autogenerativne judikature osigurati efikasnu limitaciju demokracije, tj. konstitutivnu (supstancijalnu) a ne demokratski osiguranu diobu vlasti, a time i stabilnu ravnotežu između judikature i demokracije u ustavnoj državi, bez obzira na to je li riječ o konsenzualnom ili većinskom oblikovanju demokratske političke volje. Pokazalo se naime, a to vide i Schmitt i Luhmann, da dioba vlasti kao izraz demokratske volje većine nije ni stabilna ni održiva. Demokracija se ne može demokratski limitirati, niti legitimirati permanentnim izbornim aktivnostima. Dioba vlasti je dublje historijski fundirana. Pravda i njezine institucije ne mogu se demokratski fundirati; ta se dva različita oblika djelovanja mogu međusobno limitirati samo zato što su i historijski, i strukturalno, i semantički bitno različita. U tom smislu ni novovjekovna nacionalna država, ni današnja Europksa unija nisu demokratske institucije, pa stoga i ne pate od “demokratskog deficita”, jer ga zapravo proizvode. One su sustav ograničavanja demokracije, a tu je opet Weber kao antilegitimist bio u pravu. A sada se moramo još zaoštrenije vratiti odnosu demokratske i ustavne države, kako bi odnos Luhmann — Schmitt bio još pregnantniji.

II.

Rastavljanje pozitivnog civilnog prava od ustava diferenciralo je ulogu ustava: on će se, s jedne strane, odnositi prema pozitivnom građanskom pravu, a s druge, prema demokratskim političkim procesima. Budući da Luhmann zastupa stajalište da država i pravo historijski prethode novovjekovnoj demokratskoj politici i da je novovjekovna demokratska politika dijete rastavljanja pozitivnog prava i ustava, to je prema njemu demokratska politika od početka upućena na pravo kao na svoj povijesni izvor i svoj binarni protupol. To znači da narod nipošto nije zaposjeo mjesto dragoga Boga, kako je to smatrao Schmitt svojom izjavom da su svi politički pojmovi novoga doba teološkog porijekla. Narod nipošto nije predržavna

²⁸Schmitt, C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, op. cit., str. 52.

²⁹Usporedi Schmitt, C., *Die Diktatur*, Duncker/Humblot/Berlin, 1978., str.148.

nepredvidiva svemoguća nepoznanica, već je kulturno-politički i pravno predoblikovan common lawom ili, pak, kontinentalnim civilnim pravom, tako da nipošto ne može djelovati s božanskom samovoljom ili *ex nihilo*, već samo suodređen s nepisanom moralnom, običajnom te pravnom zadržkom. Schmittu je narod bio potreban kao najviša instancija koja odlučuje *ex nihilo* ne samo iz političkih ili čak teoloških razloga, kako to smatra Heinrich Meier³⁰, nego i po crti njegove novokantovske i weberovske metodologije, koja je ustrajavala na nepremostivom jazu između pravne forme i nepredvidive političke materije. Politički se proces, prema Luhmannu, ne može rastaviti iracionalnim jazom od prava i ustava kao svojih programskih govora, jer pravo i ustav nisu prazne forme (mrtva slova zakona), već autogenerativni sustavi s *ljudskim posadama*, koji prema političkom autopoietičkom sustavu stoje u komunikativnoj ili intersubjektivnoj sponi. Uostalom, svaki građanski pojedinac iskustveno zna što su mu interesi, kao i što je pravednost. Politički proces i sva interesna razmimoilaženja nalaze u ustavu svoj prikaz i uputstvo kako se istorodni pravni problemi rješavaju na istovjetan formalni način. U suvremenim uvjetima stalnih socijalnih promjena, ustav nije nepromjenljivi akt. U komunikativnom odnosu s političkim procesima on im se neprekidno evolutivno i autogenerativno prilagođava.

Luhmann razlikuje politiku koja mijenja ustav od politike koja štiti ustav, dakle progresivnu i konzervativnu politiku. Inovativna politika proizvodi nove ustavne forme za rješavanje novih političkih problema; konzervativna politika štiti postojeći ustav od promjena. Ustav, naravno, nije samo tekst, već ustavne ustanove, ustavni i svi drugi sudovi i suci kao socijalni sloj civilnog društva te, ne na kraju već ponajprije, pravna svijest i pravna kultura građana. Da je narod u obje forme novovjekovne demokracije, u plebiscitarnoj i parlamentarnoj, većinskoj i konsenzualnoj imao, kako to tvrde naslijeđene teorije ali i Carl Schmitt u svojoj studiji *Legalität und Legitimität* (1932.), neograničenu božansku moć odlučivanja, tada bi svako pravo bilo samo provizorij i fikcija izložena samovolji božanske narodne većine. Pod tim bi uvjetima vladala neprekidna pravna nesigurnost i permanentni građanski rat, kako to tvrdi Koselleck. Država i ustav kao pravne forme nekoga konkretnog suverenog naroda, bile bi u tom slučaju samo bijedni provizorij. Takva je država stalno ugrožena od kaosa ili diktature, jer u takvoj državi ne vlada ni zakonodavac ni izvršilac zakona, nego prema odnosu snaga provizorna samovoljna većina; dakle, ne parlament, nego najjača grupa u njemu koja se može *ad hoc* uspostaviti u različitim koalicijama, ali ni ona ne, nego izvanparlamentarna opozicija ili izvanparlamentarni nepredvidivi narod, kao zadnja Bogu slična moć. To je Schmitt dobro vidio i otud njegova sklonost prema autoritarnoj državi koja bi, u skladu s devizom *anctoritas non veritas facit legem*, stala na kraj tom provizoriju. Parlamentarna forma je, prema Schmittu, samo provizorni

³⁰Usporedi Meier, Heinrich, *Die Lehre Carl Schmitts*, Stuttgart, J.B Metzler Verlag, 1994.

okvir za takve spletke. Za pretfašističkog je Schmitta načelno svejedno homogenizira li se većinska moć plebiscitarano ili parlamentarno. On je u toj fazi jedino protiv protuslovne kombinacije obiju državnih formi u weimarskom ustavu³¹. Neovisno o tome počiva li demokratska zakonodavna država na parlamentarno posredovanoj ili neposrednoj aklamativnoj narodnoj volji, ona nastoji provoditi zakone koje je sama proizvela, te je utoliko u svom samorazumijevanju pravna država. Naravno, za razliku od ustavne države, u zakonodavnoj je državi pravo izloženo neograničenoj samovolji ovako ili onako fungirajućeg suverena ili većine³², koja čini da je i dioba vlasti u demokratskoj zakonodavnoj državi samo provizorij, iluzija ili fikcija. Demokracija se ne može demokratski ograničiti; u njoj su sve političke, konfesionalne, etničke, rasne manjine bez ikakve zaštite, izložene opasnosti da budu razvikane kao neprijatelji ovakve ili onakve narodne većine.

Nakon sloma fašizma i komunizma, kao ekstremnih oblika demokracije, nastoji se u svim zemljama zapadne demokracije iznaći putove djelotvornog ustavnog limitiranja volje demokratske većine. Ustavno ograničenje volje većine može uspjeti samo onda ako ustav postane otvorena autogenerativna društvena ustanova koja ima efektivnu mogućnost da razdvoji ustav od politike i tako zaštititi pravednost od demokratske interesne većine. S prikazanog je stajališta sada razumljivo zašto Luhmann, Höffe i Rawls traže plauzibilni put od demokratske zakonodavne države u ustavnu državu. Luhmannu to teoretski uspijeva time što uspijeva objasniti proces povijesnog rastavljanja pozitivnog prava i ustava, a zatim time što uočava autopoietičku strukturu ustava i prava, kao i autopoietičku strukturu političkog procesa. Luhmann, kako je naznačeno, ide sljedećim putem: politički proces i ustavnopravni proces stoje u bipolarnom komunikativnom, a ne u kauzalnom, teleološkom ili dio-cjelina odnosu. Ustav i politika, kao operativno zatvoreni autogenerativni sustavi, stoje u komunikativnoj ili semantičkoj vezi, a to znači u dvostrukom odnosu: u “solipsističkom” samoreferentnom odnosu prema samim sebi (eidetska ravan), a zatim jedan prema drugom u stranoreferentnom sustav-okolina odnosu (fenomenološka ravan). Pritom okolina nije shvaćena kao nepredvidiva onostranost, već kao pripisana, “kao da” vanjskost ili imanentna transcendencija, odnosno kao dvostruki software-hardware odnos. Za takvu dvostruku operativnu sponu važi da autopoietičke pravne operacije semantički iritiraju politički proces i, obrnuto, autopoietički politički procesi komunikativno senzibiliziraju ustav. Ustav percipira političke procese pod *kôdom pravno-protupravno*, a politički procesi percipiraju ustav pod *kôdom mijenjati-ne mijenjati*. Proces i u autopoietičnom ustavnom sustavu moraju od politike quazi demokracije biti prihvaćeni u aspektu *kôda* mijenjati ili ne mijenjati političku

³¹Usporedi Schmitt, C., *Legalität und Legitimität*, op. cit., str. 246.

³²“Zakon je u demokraciji nazočna volja nekog naroda, to praktički znači volja neke većine glasujućih državljana; *lex est quod populus jubet*... U parlamentarnoj demokraciji se volja parlamenta izjednačuje s voljom naroda”. C.Schmitt, *Legalität und Legitimität*, ibidem, str. 281.

praksu i, obrnuto, politički procesi moraju biti semantički akceptirani od ustava, dakle pozitivirani pod *kôdom* pravno-protupravno. Ishod Luhmannova promatranja i deskripcije odnosa ustava i politike postaje pregnantniji ako ga se izvrne, što je pri manipulaciji s tekstem i moguće i potrebno. Demokratska politika koja ne bi bila ustavno limitirana, mogla bi ustav mijenjati po želji i u svako vrijeme; ona bi faktički djelovala kao da ustava i nema. U tom je smislu bila i shvaćena novovjekovna demokracija koja se oslobodila i božanskog i kraljevskog autoriteta, kako bi sama postala autoritet. Pozivajući se na taj narodni autoritet može svaka plebiscitarno podržavana politička klika svako rasuđivanje prema kôdu pravno-protupravno dugoročno sprečavati, što se u diktaturama koje ukidaju ili relativiraju diobu vlasti faktički i dogodilo usred 20. stoljeća.

Plauzibilnost Luhmannova teorema počiva na njegovom vlastitom povijesnom iskustvu, tj. na iskustvu promatarača iz drugog reda koji je proživio totalitarni raspad liberalne demokracije u fašističkom i komunističkom totalitarizmu. S pozicije takvog promatrača i opisivača može se reći da svaka ustavna država može skliznuti na poziciju kvantitativne ili kvalitativne demokracije, kakvu je opisivao Carl Schmitt; dakle, na poziciju u kojoj većina odlučuje, ustavno gledano, *ex nihilo*, ili pak na temelju čistih osjećaja kao načela izvanustavne homogenizacije ili konsenzusa. Ovaj odnos između kvantitativne i konsenzualne većine opisao je Schmitt u svojoj kritici “totalitarne” zakonodavane parlamentarne države, koja svaku izvanustavnu, tj. političku inicijativu za promjenom ustava nastoji spriječiti funkcionalizacijom legaliteta u legitimitet i time pravno odstraniti ili definitivno domestificirati demokratske političke procese. Legalitet u funkciji legitimiteta teži posvemašnjoj pravnoj kontroli demokratskih procesa zato što naprosto baca u stranu sve izvanlegalne oblike legitimacije vlasti, tj. ideološko, mitološko, osjećajno, interesno povijesno, iskustveno homogeniziranje demokratske većine kao, po Schmittu, neotklonjive legitimacije državne vlasti u uvjetima novovjekovne demokracije. Za neokantovske legaliste “vjera” u zakon, koji je na zakonit način uspostavljen, postaje surogat svake ideologije, svake povijesne svijesti i mitološkog legitimiranja državne vlasti. Schmitt to jasno vidi, te oštro pobija ovu identifikaciju legaliteta i legitimiteta, pokazujući da su to posve različiti pojmovi koji se međusobno suprotstavljaju kao dva različita modela ustava i države. U toj je točki Luhman svakako učio od Schmitta.

U svojem opisu weimarskog ustava Schmitt je utvrdio da je on agregat dvaju državnih načela: liberalnog i demokratskog³³. Prvi se oslanja na konsenzus i istinu, drugi na *većinu*. Demokratska kvantitativna većina nije “registrator tajnih glasovanja”³⁴, već “demokratski osjećaj”. “Dosad još nije bilo demokracije koja nije poznavala pojam stranca i koja bi ostvarila

³³Schmitt, C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, op. cit., str. 13.

³⁴Schmitt, C., *ibidem*, str. 22.

jednakost svih ljudi”.³⁵ Demokratska većina i homogenost ne počivaju samo na broju, nego ponajprije na *osjećaju* ili na *mitu*³⁶. U liberalnoj ili parlamentarnoj demokraciji nastoji se kroz diskusiju doći do konsenzusa i većinu zadobiti posredstvom *istine*, a to znači *racionalno*. U neposrednoj ili plebiscitarnoj demokraciji dolazi se do većine na temelju osjećaja i mita, dakle *iracionalno*. Oba puta vode u totalitarizam. To se podudara sa Schmittovom tezom: “Svi pregnantni pojmovi moderne nauke o državi sekularizirani su teološki pojmovi”³⁷. Između različitih načela legitimacije vladavine: većine, istine, osjećaja, ideologije, legalnosti, mita, ne postoji načelna razlika, jer sve vrste osvajanja većine teže različitim putovima osvojiti jednu te istu neograničenu moć. Na tim putovima homogenizirane većine ugrožavaju i isključuju iz političkog procesa sve vrste manjina kao ono što je heterogeno, strano, neistinito, nelegalno³⁸. U toj se točki Luhmann razlikuje od Schmitta, jer Schmitt ne vidi sistemsku razliku između pravde i demokracije, tj. on vidi da legitimisti pravom potiru demokraciju, a on sam demokracijom potire pravdu, čineći je ovisnom o demokratskoj većini. Suočen na kraju životnog puta s jasnim uvidom u krhkost svakoga pravnog poretka i u opasnost što je svaka demokratska homogenizacija nadvija³⁹ nad pojedinca i manjinu, kao izvor svake izvornosti i novine, Schmitt je u konačno nadenom miru svoje poslijeratne izolacije zapao u rezignirano rezoniranje. Shvativši bolje i točnije svog jednako ostarjelog ratnog druga, Martina Heideggera, on je uz njegovu pomoć stigao odigrati i svoju zadnju ulogu rezigniranog postmodernista, i to ovim patetičnim riječima: “5. Novi čovjek koji proizvodi samoga sebe na temelju slobodnog vrednovanja, privređivanja i procjenjivanja vrijednosti nije novi Bog, a njegova znanost nije nova teologija niti protubožansko samoobogotvorivanje, ali ni nova ‘religijska antropologija’. 6. Novi je čovjek agresivan u smislu neprekidnog napretka i neprestanih novotvorina; on otklanja pojam dušmanina i svako sekulariziranje ili premještanje starih predodžbi o neprijatelju; on nadmašuje zastarjelo znanstveno-tehničko-industrijskim novinama; staro nije neprijatelj novoga: staro dokrajčuje samo sebe samim sobom u znanstveno-tehničko-industrijskom proces-progresu, koji staro vrednuje ili

³⁵Schmitt, C., *ibidem*, str. 16.

³⁶“Stvorili smo mit, mit je vjera, plemenito oduševljenje, on ne mora biti realnost, on je poticaj i nada, vjera i smjelost. Naš mit je nacija, velika nacija koju želimo ostvariti do konkretne realnosti”. Iz Mussolinijevog govora, citirano prema C. Scmittu, *ibidem*, str. 89.

³⁷Schmitt, C., *Politische Theologie*, Duncker und Humblot, Berlin, 1979., str. 49.

³⁸Schmitt, C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, op. cit., str. 14. i 41.

³⁹“Što preostaje od demokracije? Za njezinu definiciju niz identiteta. Njezinoj biti pripada da sve donesene odluke obvezuju samo one koji ih donose. Da se pritom nadglasana manjina mora ignorirati, predstavlja samo prividne i teoretske teškoće”. *Ibidem*, str. 34.

prema mjeri nove iskoristivosti, ili kao neiskoristivo ignorira, ili pak uništava kao bezvrijednu smetnju. Nemo contra hominem nisi homo ipse. I umjesto pro ratione Libertas, et Novitas pro libertatae”.⁴⁰

Schmittovom pesimističkom prikazu i demokracije i zakonodavne države Luhmann je parirao jasnim bipolarnim razlikovanjem prava i politike te svojom quazi biologističkom terijom prilagodbe kao dinamičkog sustava ustavne limitacije demokratske politike. Ustav i demokratska politika stoje, prema Luhmannu, u odnosu semantičke iritacije, koja nema više ni kauzalnu, ni teleološku, ni aplikativnu strukturu; riječ je, naprotiv, o binarnoj strukturi (tertium non datur) čiji se polovi međusobno prilagođavaju, prikazuju, ili jedan u drugom *nesimetrično zrcale*. Uzajamnu prilagodbu ustava i političkog procesa može logički opisati promatrač iz drugog reda, ali se njegov logički opis ne može upotrijebiti kao nacrt za praktičku aplikaciju: to bi bilo ponavljanje starog apsurdna. S promatračevog je stajališta vidljivo da su ustavne forme programsko pismo na kojem demokratska politika upisuje svoju neiscrpnu kreativnost. I, obrnuto, da je politika programsko pismo na kojem pravednost i pravo upisuju svoju jednako neiscrpnu maštovitost. Stoga je ustav uvijek ustav određene politike, kao što je i politika uvijek politika određenog ustava. U ovoj se strukturi odnosa prepoznaje objektivirana i sociologizirana Husserlova bipolarna relacija između fenomenološke i eidetske redukcije, kao predmeta intencionalne svijesti promatrača iz drugog reda. Ta intencionalna svijest ili promatrač iz drugog reda, kako je Luhmann naziva, nije više jedinstvo ovih suprotstavljenih polova već druga vrsta gledanja na stvari, ili drugi medij. Ustav i politika stoje u odnosu imanentne transcendencije i stoga su komunikativno ili semantički povezani tako da raspad njihove veze u smislu Luhmannova regresivnog progresa demaskira politiku kao neregulirano, nasilno pravo jačega, a slovo ustava kao iluziju ili mrtvo slovo na papiru, koje bez ikakva učinka samo nabraja neiscrpljiva prirodna prava čovjeka, čije pozitiviranje također nema nikakva zbiljskog učinka, jer stoji na dispoziciji nasilne većine.

Luhmannova sociološka adaptacija Husserlove diferencije fenomenološke i eidetske redukcije za potrebe korigiranja onih novokantovskih transcendentálnih političkih teorija demokracije, koje su na kraju verificirane fašističkim i komunističkim prodorom propagandno homogeniziranih masa u krhke liberalne institucije, probudila je kod Luhmannovih, čak i dobronamjernih, kritičara sumnju da on, sukladno svakom novovjekovnom idealizmu, svoju obranu ustavne države gradi na temeljnoj predrasudi novovjekovnog kozmopolitizma od Kanta do Marxa i Husserla, prema kojoj je na posljetku definitivna pretpostavka pravedno ustavno limitirane demokratske države jedino čovjek bez svojstava, ili ljudi istih svojstava, naime univerzalno umni ljudi. Takav je čovjek bez svojstava jedini sposoban imunizirati demokraciju njezina, bilo kvantitativnog, bilo konsenzualnog proizvodnja

⁴⁰Schmitt, C., *Politische Theologie II*, Duncker und Humblot, Berlin, 1970., str. 126.

diferencija među građanima na hendikepirane manjine i privilegirane većine i, obrnuto, na privilegirane dobitnike i obmanute gubitnike. Prigovor da je Luhmann zastupnik takve *neutralne* ustavne države bezličnih građana upućen mu je u neprimjereno odabranom trenutku dodjele Hegelove nagrade 1989. godine iz ruku Roberta Spaemanna. U svom “hvalospjevu” Spaemann je, očigledno tražeći sponu između Hegela i Luhmanna koja bi opravdavala i dodjelu ugledne nagrade baš Luhmannu, doslovno rekao: “Luhmann je u stanovitom smislu Musil suvremenih humanističkih znanosti. Njegov idealni tip nije ni *homo religiosus*, ni *homo economicus* ili *homo faber*, već *čovjek bez svojstava*”⁴¹. To je bila preoštra i krivo usmjerena primjedba, tim više što se Luhmannu prigovorilo da njegov sustav funkcionira bez ljudi. Luhman, za razliku od Kanta i Husserla, nipošto ne niječe povijesnu svijest i povijesnu individuaciju ljudi i naroda kao slobodnih osoba i slobodnih kolektiviteta. On svaki, pa i povijesni realitet⁴² smatara nosiocem značenja ili programskim pismom neke kreativne predodžbe ili kreativnog djelovanja⁴³. Povijest pojedinca i naroda i za njega je unutarnje stanje sustava, dakle neka vrsta programskog pisma koje suodređuje, kako razumijevanje vlastite kreativnosti tako i nepredvidivost drugih ljudi i svekolike datosti u skladu s Gadamerovim hermeneutičkim načelom. Ljudi i narodi se, dakle, i prema Luhmannu razlikuju u čitavoj širini i dubini njihove povijesne i biografske jednkrotnosti i neponovljivosti, ali oni tu atomiziranost, prema njemu, ne mogu prevladati niti kvantitativnim većinama, niti konsenzualnim jedinstvima ili logičkim uvidima u jedinstvo suprotnosti, nego se moraju jedni na druge *prilagoditi*, budući da se razlike među njima nikako ne mogu ukinuti.

Za razliku od svih prethodnih teorija demokracije, to znači da političko jedinstvo različitih individuuma ne može biti ni trajno ni stabilno, ako je referentna točka toga jedinstva unaprijed dana u smislu zajedničke povijesne pripadnosti, zajedničkog etničkog porijekla, Boga, klasne svijesti, univerzalnog uma ili volje većine. U postmodernoj semantici može se reći da je političko jedinstvo moguće zadobiti procesom neprekidnog međusobnog prilagođavanja ljudi koji nisu samo rođenjem različiti, nego kao kreativne osobe neprekidno proizvode nove diferencije, kojima se moraju permanentno a posteriori dinamično prilagođavati. Upravo s tog novozadobivenog neoevolucionističkog stajališta, može Luhmann sve tradicionalne novovjekovne vrste i podvrste demokracije, kao oblika većinskog odlučivanja, kritizirati što nisu bile u stanju pravno zaštititi kvantitativne, kvalitativne, osjećajne, ideološke, političke, narodne, rasne, itd., manjine. Pritom Luhmann, dakako, ne prihvaća konstruktivistički prijedlog kako je najbolji put

⁴¹Usporedi Spaemann, R., *Paradigm lost: über die ethische Reflexion der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1990., str. 72.

⁴²Luhmann, N., *Die Relität der Massenmedien*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996., str. 215.

⁴³Usporedi Holger van den Boom, *Digitalna estetika*, ibidem, str. 185.

za zaštitu manjina da se one uopće ne proizvode, ili, pak, da se na temelju nekoga historicističkog ili utopističkog prednacrtu proizvode ljudi istih svojstava, a postojeće razlike, kao povijesni proizvod i relikv prošlosti, muzealno tolerira do neminovne posvemašnje integracije i asimilacije. To je naravno više nego puka iluzija i fikcija; to je *contradictio in adjecto*. U istom je smislu i čovjek bez svojstava *contradictio in adjecto* zajedno s čitavom novovjekovnom prirodnopravnom tradicijom, koja je na temelju racionalnog prednacrtu ljude opisivala kao a priori jednake, slično totalitarnom stroju, koji također na temelju nacrtu ponavlja istovjetne radnje te, u smislu Nietzscheova vječnog vraćanja istog, proizvodi istovjetne predmete.

Luhmann prihvaća evidenciju da je čovjek individuum koji neprekidno proizvodi diferencije i inovacije, ali iz toga ne zaključuje da ljudi načelno ne mogu doći do mira, da su osuđeni na permanentni građanski rat, kako to tvrde Schmitt i Koselleck. On smatra da je građanski mir moguće sačuvati uz pomoć *autogenog* ustavnog limitiranja demokracije. Ono otvara mogućnosti racionalizacije permanentnih političkih promjena u odnosima moći procesom permanentnog proizvodjenja pravednosti. Suprotno tome, dosadašnja politika i politička teorija tražila je put budućoj sreći i miru kao zadnjem cilju povijesti uz pomoć ozbiljenja, aplikacije ili realizacije unaprijed određenog idealnog ustava ili jedinstvenoga religijskog, nacionalnog ili socijalnog uvjerenja, homogenosti i solidarnosti. Ta je stara teorija otpočetak bila totalitarna utopija u ulozi fiktivnog lijeka protiv nejednakosti i nepravdi, koje je neprekidno i na različite načine proizvodila novovjekovna demokracija. Zbog proizvodnje nejednakosti i nepravdi bila je i novovjekovna demokracija neprekidno na udaru republikanskih kritika od Kanta do Lukacsa, jer je faktički ometala republikansko ozbiljenje unaprijed određenog zajedničkog dobra kao izgubljenog ili budućeg mira jedinstva i homogenosti umnih pojedinaca. Na Schmittovu rezignaciju demokracijom Luhmann je reagirao svojom *quasi* biologističkom autopoietičnom teorijom prilagodbe. Na totalitarno zatvorenu državnu mašinu, kao garanta stabilnosti posredstvom jednakosti građana pred zakonom, odgovorio je univerzalnom i, za promjene i novine otvorenom, ustavnom državom kao univerzalnom mašinom: alatnom stroju suprotstavio je računalo.

Diferencirana pravna i politička realnost koju ljudi proizvode mora biti shvaćena kao diferencirano programsko pismo, tj. kao nasilac značenja njihove neiscrpane pravne i političke kreativnosti. Tom se diferenciranom pismu, ili bolje reći pismima (realnosti), ljudi moraju evolutivno autopoietično prilagođavati ili kao neprilagođeni pojedinci bez ikakve druge represije osim od tako određene realnosti propasti, slično bolesniku koji umire, jer se ne može prilagoditi inovativnoj strategiji neke na antibiotike rezistentne bakterije. Luhmann pod opisanim uvjetima traži sa svojom političkom teorijom strategije čovjeku dostojne prilagodbe na pritiske demokratskih većina uz pomoć na demokraciju rezistentne pravde. Zaključimo stoga s pitanjem koje Luhmann postavlja starijoj političkoj teoriji i odgovorimo luhmannovski na njega: "Pitanje ne glasi: *što* je slučaj, što nas okružuje kao svijet i društvo. Ono naprotiv glasi: *kako* je moguće informacije o društvu

i svijetu prihvatiti kao informacije o realitetu kad se zna kako se proizvode?”⁴⁴. U pitanju je sadržana sva moderna teorija znanosti, od Husserla i Wittgensteina, do Kuhna i Feyerabenda. Luhmannov odgovor na pitanje glasi: Autopoietičkom prilagodbom na tako određenu realnost! Tko se neadekvatno prilagođava načelno nepouzdanim informacijama koje, s jedne strane, proizvodi demokracija, a s druge ustavna država, taj se izlaže opasnosti propasti. Luhman ne poriče Hobbesovu tezu o bestijalnosti ljudske prirode, on razvija drukčiju strategiju koegzistencije kulturnih divljaka.

⁴⁴Luhmann, N., *Die Realität der Massenmedien*, ibidem, str. 215.

Davor Rodin

*THE TRANSFORMATION OF THE
LEGISLATIVE DEMOCRATIC STATE INTO THE
CONSTITUTIONAL STATE*

Summary

The author analyses Schmitt's and Luhmann's theory of democracy and the constitutional state. By comparing them, he concludes that Schmitt's critique of the democratic pluralistic state has ended in the theory of direct or plebiscitary democracy in which the constitution is subject to an unpredictable will of political majority which can change it wilfully in line with the power relations. Luhmann, on the other hand, starts from the assumption of the separation between law and politics and builds his concept of the constitutional state on the bipolar differentiation and the mutual checks between law and politics. The author concludes that Luhmann does not give up on Hobbes' pessimistic conviction that human nature is bestial; he only offers a different strategy for the coexistence of cultured savages.