
Paradoks pisanog ustava

DAVOR RODIN*

Sažetak

Koristeći se Luhmannovom terminologijom, autor zagovara tezu da su interne promjene ustava nedemokratski ustavni odnosno pravni proces i zbog toga politički problem. Riječ je, naime, o tome da je ustav izložen političkom životu, ali ujedno i *neoznačenom mjestu* unutar ustavnog sustava. To mjesto označavaju ustavni suci koji ustav mijenjaju odlučivanjem od slučaja do slučaja, inovativno, uspostavljajući presedane, i to na nedemokratski način. Budući da su demokratska politika i ustavno pravo dva različita oblika aktivnosti, pitanje je što je kriterij za prihvaćanje inovacija. Ili kako, pak, odbaciti nešto kao nezakonito i nepolitičko? Autor tvrdi da tu prosudbu mogu donijeti samo ljudi s rafiniranim moralnim osjećajem. To zahtijeva uključivanje onih koji stvaraju i interpretiraju ustave kao najviši zakon političke zajednice, stoga je potrebno vrlo pažljivo selekcionirati ih. Građani su zbog toga dvostruko opterećeni: prvo, moraju razumjeti promjene ustava kako bi u njima prepoznali svoj interes i, drugo, moraju poštivati arhitekta ustava kako bi imali povjerenja u njih.

Ključne riječi: autopoietički sustav, demokratska politika, neoznačeno mjesto, ustav, ustavno pravo, ustavni sud

I

Većina današnjih ustavnih teoretičara, posebno onih na tragu Carla Schmitta, pretpostavlja da je narod ona *izvanustavna ustavotvorna moć* koja donosi ustav. Narod je postao ustavotvorcem nakon novovjekovnog rušenja starog patrijahalizma koji je vladavinu legitimirao voljom Božjom. Za svaki pisani ustav narod je predustavni korelat ustavnog teksta. Svaki narod, prema većini suvremenih ustavnih teoretičara, oduvijek živi u svojoj povijesno danoj, usmenoj, mitskoj, religijskoj i, konačno, nacionalnoj tradiciji (Böckenförde, Lübbe). Taj je oduvijek povijesno konstituirani narod ustavotvorac, a pisani je ustav time oduvijek inficiran kulturom nekog naroda. Ustav nije bez kulturnih svojstava niti je nezavisan od kulture naroda kao svoga legitimacijskog korelata, kako su to mislili Kelsen i pravni formalisti iz redova neokantovaca.

* *Davor Rodin*, redovni profesor Fakulteta političkih znanosti u Zagrebu na predmetu Politička filozofija.

Ako se, međutim, pisani ustav u bilo kojoj od povijesnih formi svoga pojavljivanja odredi kao *autopoietički sustav* nezavisan od naroda kao svog izvanustavnog korelata, tada za njega vrijedi Luhmannovo određenje, prema kojem se ustav mijenja samoprogramiranjem posredstvom ustavnih slučajeva, ili presedana, a ne narodnom voljom (Luhmann, 1995.: 332). Presedani su samoisppravke ustava koje potvrđuju njegovu samo-semantičku vezu sa živim političkim okolišem. Historija se ustava sada mora razumjeti isključivo kao *intertekstualnost*, tj. međusobni odnos njegovih različitih pisanih varijanti i brojnih presedana koji omogućuju točno razumijevanje i interpretiranje ustava, ali i odnos prema njegovoj promjenjivoj izvanustavnoj političkoj okolini. Auto-poieza ili unutrašnje mijenjanje ustava je, prema stajalištu systemske teorije, *nedemokratski* ustavnosudski proces i s toga gledišta politički problem. Politički procesi ne mogu se bez ostatka ustavno ograničiti, ali politika ne može, niti u ustavnoj državi, smije ignorirati ustav. Društvo čiji su podsustavi *ustavni pravni poredak* i *demokratska politika* dopušta da se ta dva podsustava *semantički iritiraju*. To, suprotno starijoj tradiciji, znači da ustav i politika ne stoje ni u kauzalnom, ni u teleološkom, ni u odnosu formi materija. Time još ništa nije rečeno o odnosu ustava prema onoj njegovoj okolini koja nije ustavno određena jer leži s onu stranu ustavnog teksta ili s onu stranu *koda znanje/neznanje* koji suodređuje praksu ustavnog suda. Svaka inovacija kao ontološko ništa ne nastaje samo iz odnosa jednog sustava prema drugom, u našem slučaju odnosa ustava i demokratske politike, nego i iz odnosa ustavnog sustava s *neoznačenim mjestima* (*unmarkt space*). Riječju, autopoietički funkcionirajući pisani ustav ne odnosi se samo prema politici, nego i prema ustavno-pravno *neoznačenim mjestima*. Ta juridički neoznačena mjesta omogućuju unutrašnju presedansku transformaciju ustava. Stoga ustav označivanjem novih još neoznačenih ustavno-pravnih mjesta s jedne strane prikri-va ili *invizibilizira* privatne političke interese i istodobno *vizibilizira* ili otkriva opće interese i pravnu proceduru njihove zaštite. Ustav je u tom smislu od Platona i Aristotela do naših dana formalna inscenacija objektivnog općenito vrijedećeg prava nasuprot privatnim i posebnim političkim interesima. Ustavna invizibilizacija evidentnih privatnih interesa operira u prostoru pravno neoznačenih zajedničkih interesa koje nastoji pravno označiti i tako vizibilizirati. Ustav kao autopoietički pravni sustav nije dopustivo izvana politički kritizirati niti popravljati, jer se time povređuje autonomija ustavnog prava i njegovih *procedura* kojima se ustavni sud jedino i *legitimira* (Luhmann, 1989.). Ustav kao posebno programsko pismo ima vlastite mogućnosti promatranja i prikazivanja svoje političke okoline unutar koda zakonito/nezakonito na temelju kojeg kreativni ustavni suci stvaraju ustavne presedane i tako interno razvijaju ustavni tekst. Oni unutar ustavnog teksta razvijaju njegove nove forme isto kao što i gramatika otvara vrata kreativnom djelovanju u različitim literarnim umjetnostima¹. Ustav kao “gramatika” ili programsko pismo određuje svoje vanjske granice prema politici kao svojoj drugoj strani za koju ustav nije niti smije biti neposredno nadležan, jer mora ostati politički nemušt i neutralan. Pravno vizibiliziranje politike to jest prevođenje politike na ustavno pravo ovisno je o dvije stvari: O ustavu kao programskom pismu i o kreativnosti autora, tj. suca da u okviru toga ustavnog programa ili *koda* označuje ili vizibilizira ono što prije

¹ Luhmann to naziva forma u formi, roman u romanu, ustav u ustavu, ili društvo društva. Za svako kodiranje, tj. razlikovanje pravedno/nepravedno ustav je program na temelju kojeg se svako suđenje pravedno/nepravedno može razvijati u otvorenom pravcu. Luhmann to naziva kulturom.

nije bilo ustavno označeno (presedani). Ispravna presuda ustavnog suda nije stoga puko podvođenje nekog slučaja pod pravnu formu, nego presedan koji *ipso facto* proširuje postojeću pravnu normu u kojoj građani mogu prepoznati svoje nove ili prave interese. Otuda slijedi da je ustav otvoren na dvije strane: prema *sustavu političkog života* i prema *neoznačenom mjestu* unutar ustavnog sustava. To neodređeno mjesto označuju ustavni suci i time od slučaja do slučaja inovativno, ili presedanski, ali dakako *nedemokratski* mijenjaju ustav. To istodobno znači da je praksa ustavnog suda u demokratskoj državi autonomna od politike, da sud odlučuje što spada, a što ne spada u ustav (Luhmann, 1995.: 367) prema logici zakonito/nezakonito te na temelju vlastitog razumijevanja ustavnog teksta i njegovih presedanskih proširenja, a ne prema logici posebnih političkih interesa. Ovo stanje stvari postalo je postupno vidljivo tek nakon povijesno-paradigmatskog prijelaza od mitskog *običajnog prava* na *pisano pravo*, a onda i na mnogo mlađe državno ustavno pravo u okruženju novovjekovne demokracije. Ta je promjena paradigme omogućila posve novi smjer napretka ustavnog europskog prava. Mit i običajno pravo bili su u svoje vrijeme, dakle prije otkrića pisma i uspostave pisanog prava u funkciji ustava starih zajednica. To nepisano običajno pravo i danas živi paralelno s pisanim ustavima, dakako, na svoj način. Svaki današnji pisani ustav živi istodobno sa svojim nepisanim običajno-pravnim, ili mitološkim prethodnikom. To vrijedi i za politiku kao formu djelovanja. Novovjekovna je politika orijentirana prema nacionalnoj državi kao svojoj dominantnoj formi, ali to ne znači da se svaka politika odvija na terenu državnih institucija. Carl Schmitt je pokazao da političko postoji i izvan države. S obzirom na ovo paralelno postojanje i običajnog prava i pisanog ustava uspjeh se nekoga suvremenog ustava ne mjeri prema njegovoj unutrašnjoj perfekciji, nego prema njegovoj sposobnosti da inovativno rješava pravne situacije koje proizlaze iz tog paralelizma ili dualizma običajnog-mitskog i pisanoga ustavnog prava, institucionalizirane i neinstitutionalizirane političke prakse. To, međutim, ne znači da se inovacije ustava mogu objasniti (Luhmann, 1995.: 492) samo iz ovog odnosa običajnog i pisanog ustava, novo se ne može izvesti iz odnosa prema starom kako su to mislili teoretičari od vremena Aristotela i Hegela. Nastajanje ustavnog poretka, njegove unutrašnje transformacije, ne mogu se neposredno promatrati. Što se zbiva tijekom internih ustavnih promjena i kako politička okolina na to semantički utječe, nije posve transparentno, jer se ustavna praksa po definiciji mora suzdržati (Luhmann, 1995.: 498) svake političke funkcije koju ionako ne smije uzurpirati. Ustav na poslijetku nije oponašanje političkih interesa građana, nego pravni prikaz i konstrukcija njihovih interesa u drugom mediju, tj. u formi pisanoga ustavnog prava i njegovog *koda* zakonito/nezakonito. Mogući identitet politike i ustavno-sudske prakse bio bi predznakom totalitarne budućnosti.

II

Ustav ćemo najprije promatrati kao tekst razumljiv svim građanima. Ta je namjera na prvi pogled nejasna jer građani države govore zajedničkim jezikom i stoga im je i ustav, pretpostavlja se, razumljiv. U čemu je naš problem? Jedno je razumjeti tekst, a drugo razumjeti ono što je tekstom označeno. Misli se da zadatak ustava nije samo to da gramatički prikaže *izvantekstualno* političko i pozitivno pravno djelovanje, nego da ta djelovanja i regulira. Problem je u tome kako se ustav kao gramatički oblikovan skup

pravila odnosi prema neposrednome pravnom i političkom djelovanju koje nema gramatičke strukture te kako da se taj nesumjerljiv odnos *teksta i djelovanja* razumije?

S posve se drukčijim interno govornim problemom susreo Umberto Eco kad je sa svoga semiotičkog gledišta pokušao europski multilingvizam prevladati jednim savršenim govorom (Eco, 1997.). On je zamislio da su se Europljani u stara vremena međusobno sporazumijevali na hebrejskom, grčkom i latinskom govoru i da danas treba tražiti zamjenu za to izgubljeno govorno jedinstvo slično traženju neke sveobuhvatne teorije, ili metateorije prirode koja bi objasnila sve prirodne pojave. Bolje osvjetljenje našeg problema odnosa između pisanog ustava i političkoga i pravnog djelovanja dao je Johathan Swift, koji multilingvizam i mnogoznačnost riječi nije pokušao riješiti univerzalnim *nadgovorom*, nego jednim drugim, prema njemu, svim narodima razumljivim medijem, naime, *stvarima* kao da su one jednoznačnije od riječi.

Odnos među različitim govorima (Eco) bitno je drukčiji, nego odnos između govora i djelovanja, tj. između političkog djelovanja i pravosuđa. U odnosu između ustava i političkog djelovanja stvari ne stoje tako da državljani ustav ne razumiju zato jer je napisan njima nerazumljivim govorom, nego zato jer u ustavu ne prepoznaju svoje konkretne privatne i političke interese i pritom ispuštaju iz vida da privatne interese i neposredno političko djelovanje ionako nije moguće izraziti i prikazati apstraktnim pisanim pravom jer je ono načelno slijepo za te interese, jer se i medijski i intencionalno odmiče od njih jednim drugim medijem.

Ako, dakle, ustav odredimo s jedne strane kao *instrument* reguliranja političkih i pozitivno-pravnih procesa, a s druge kao *simbol* za dobar i pravedan politički poredak, tada se postavlja pitanje o međusobnom odnosu ovih različitih određenja. Ako ustav shvatimo kao simbol dobrog i pravednoga političkog poretka kojem se moramo postupno približiti, dakle kao *ukroniju* (za razliku od *utopije*) tada ustav udovoljuje skrivenim i neizrecivim interesima i očekivanjima građana, njihovom viđenju prošlosti ili budućnosti (perfekta i futura), ako ga se pak shvati kao instrument, tada je ustav *algoritam* koji u političkoj svakodnevnici, sada i ovdje ima zadatak da nadzire provodi li se pravni poredak pravno, naime, prema kodu zakonito/nezakonito. Ustav kao simbol predstavlja očitovanje opće volje građana u posebnoj ustavnoj formi a ustav kao instrument je *pravno oruđe* za regulaciju političkog djelovanja, dakle *pravni algoritam*². U oba slučaja pisani je ustav nešto novo, kako nasuprot starijemu običajnom pravu, tako i nasuprot samovoljnom pravosuđu kakvog tiranina. Nakon uspostave pisanog ustava običajno pravo igra ulogu *javnog mnijenja*, a samovoljno sudovanje tiranina sačuvano je u ograničenom *diskrecijskom pravu* sudaca. Kod pisanih ustava nije riječ o mehaničkoj primjeni prava na eventualnu protuustavnu politiku od strane ustavnog suda, nego o popratnom postupku u kojem se utvrđuje ispravno, odnosno neispravno, političko razumijevanje i tumačenje ustavnog prava. Ustavne presude imaju stoga isključivo snagu *pravnog delegitimiranja* političke vlasti, a ne i njezino političko rušenje. U tom je smislu konstitucionalizam kultura koja je odvojena od politike, ali ne u smislu interne formalističke njege prava, nego kao izdvojena sfera pravne “zbilje”. Kulturi pripada rang

² Dakako, posve drukčiji od Kantova, jer Kant je politiku odredio kao provedbeni pravni nauk (*durchführende Rechtslehre*) koji ozbiljuje pravo. Ovdje, međutim, ustavno pravo ograničuje političko djelovanje.

promatranja drugog stupnja pa je stoga i ustav shvaćen kao kultura ili simbol, iako isprva nije bio tako određen. Naše je današnje promatranje ustava, kao i u Aristotelova vremena, već zaraženo kulturom. S druge je strane ustavne kulture, kojoj korespondira politička kultura, moderna ustavna teorija kao refleksija drugog stupnja, postala odobrateljica onoga što ustav iznutra kao sustav smije činiti, a što ne, kako se ne bi srozao na razinu političkih interesnih sukoba. Danas se ustavna teorija ne bavi traženjem idealno pravednog ustava, jer to bi na kraju krajeva vodilo u pravcu totalitarne identifikacije ustava i pravednosti. S postmodernog je stajališta postalo očito da je pozitivno pravo paradoksalno, tj. uvijek otvoreno prema drugoj strani vlastite forme, s jedne strane prema nedohvatljivoj pravednosti, a s druge prema političkoj zbilji i stoga ga nije moguće totalitarno zaokružiti. Danas se traga za ustavom koji je neovisan o politici. Ali teškoća je takvog ustava u tome da on mora u sebi uključivati mogućnost svog samoukidanja neovisno o vanjskome političkom ukidanju (Luhmann, 1995.: 474). Time ustav dospijeva u koliziju s uvjetima demokratske politike. Kako to razumjeti i razriješiti? Može li se demokracija ustavno ukinuti, ili obratno, ustav demokratski? Može li ići oboje ili samo jedno od njih? U praksi nalazimo da je moguće oboje. Svakog je časa demokratskim jurišem, ili većinom glasova moguće srušiti ustav, a s druge strane vidimo kako Europska unija zakonski funkcionira bez ustava i demokracije na temelju svojeg takozvanog europskog prava (*sui generis*) koje je homogenizira nedemokratskim sredstvima.

Današnja EU postoji kao *inscenirana općenitost* bez ustava te je stoga nazivaju zajednicom *sui generis*. Današnja je Europa inscenirana pomoću drukčijih, ne bezuvjetno demokratsko-političkih simbola i algoritama. Paralelno djeluju i druge integrirajuće snage poput kulture, ekonomije, multinacionalnih kompanija. Nepostojanje ustava svjedoči o tome da nacionalne države koje su uključene u EU još nisu spremne svoje posebne interese učiniti ustavno-pravno prozirnim. Ta neprozirnost posebnih interesa svake države članice EU-a simbolizirana je insceniranom općenitošću *sui generis*. To jedinstvo *sui generis* služi usporivanju sinkronizacije političkih procesa u pravcu zajedničkoga obvezujućeg ustava: O mnogim je sitnicama potrebno pregovarati, jer nisu ustavno utvrđene procedure otklanjanja sporova i nema sigurne mjere za to što jest, a što nije zakonito. Ova prijelazna faza služi plasmanu sebičnih nacionalnih interesa u komunikaciju, jer vlastiti nacionalni interes nije drugima proziran budući da nije pravno reguliran pa se sporovi rješavaju političkim pregovorima, a ne ustavno-pravno. Uz političke djeluju i različite *nepolitičke* i *nedemokratske* inscenacije općenitosti koje nadomještaju još uvijek nepostojeći ustav kao budući regulator europske političke zajednice. Dakako, kad se govori o ustavu i politici, tada treba ostati pri analizi specifične ustavne općenitosti kojoj na osjetilno vidljiv način pokazujemo vjernost kako bismo u političkoj komunikaciji mogli pravno legitimirati vlastite nacionalne interese, ili kao pojedinci ishoditi ljudska prava. Međutim, politička općenitost (država) ne može po definiciji biti isključivo ustavno inscenirana i legitimirana u smislu razvikanoga *ustavnog patriotizma*. Uz ustav u istoj funkciji legitimacije političkog poretka paralelno postoje osjetilno nazočni događaji poput mitinga, bakljada, paljenja svijeća, izbornih rezultata i sličnog. Uz to političkoj inscenaciji općenitosti služe i parlamentarne i vladine zgrade, spomenici kulture, historija *et cetera* (Beyme, 1998.) sve se to u istoj funkciji simboliziranja zajedništva i općenitosti vuče zajedno. Naravno i apstraktnom se pisanom ustavu na simbolički, ali i osjetilno prepoznatljiv način iskazuje vjernost sviranjem himne, zaklinjanjem na ustav i slično kako bi se tako zorno deklariranom vjernošću ustavu moglo us-

tavno legitimirati vlastiti interes, ili ishoditi ljudska prava. U svaku od ovih formi može se uvući politika i uporabiti ih kao sredstva inscenacije općenitosti, samo bi ustav prema svojoj autopoietičkoj strukturi djelovanja morao ostati politički neutralan. Legitimiranje političkog poretka isključivo ustavom i pravom, ili uporabu legaliteta kao sredstva legitimiranja političkog poretka osporio je Carl Schmitt, nasuprot Kelsenu, kao besmisao (Schmitt, 1973.: 263-351)³. Naravno, i u ustav se uvlači politika, ali na specifičan semantički, a ne kauzalno-teleološki način jer to bi bilo predvorje totalitarizma.

Težnja za radikalnom depolitizacijom ustava najčešće je na dnevnom redu nakon sloma diktatura i totalitarnih režima. Diktature politiziraju ustav što naknadno dovodi do zahtjeva za demokratskom kontrolom ustavne djelatnosti. Dakako, kad nema diktatora koji politički zlorabi ustav, tada ustavnom poretku prijete opasnost negacije od strane demokratskih snaga. *Ako se pak i ta mogućnost isključi, tada od ustava samog, tj. od internih nedemokratskih promjena ustava.* Kad se pak ustav odvoji od bilo kakve politike, tada se otvara problem legitimacije ustavnih promjena, naime, pitanje tko stoji iza ustavnih promjena. Starija ustavna teorija gledala je na odnos politike i ustava *sub specie* kauzaliteta, svrhovitosti i pragmatičnosti. S tog je pragmatičkog gledišta svemoćne politike C. Schmitt kritizirao Kelsenov pravni formalizam. Međutim s indeterminističkoga ili semantičkog stajališta i Schmittova je ustavna teorija zastarjela, jer postoje drukčija tumačenja odnosa ustava i politike.

Promjene ustava praksom ustavnog suda predstavljaju pokušaj da se prethodno iz ustava isključena demokratska politika ponovno semantički uključi u proceduru mijenjanja ustava, tj. da se vanjska politička negacija ustava nadmaši praksom ustavnog sudovanja. Kako to shvatiti? Kako razumjeti dva protuslovna zahtjeva: *prvi* da se ustavne promjene politički, ili demokratski legitimiraju iako to nije poželjno, jer se, *drugo*, istovremeno traži da se ustav zaštiti od svakoga političko-demokratskog utjecaja. Kako se uopće došlo do takvih paradoksalnih pitanja? Da bi se to razumjelo, mora se razlikovati *ustavni tekst, ustavne institucije, tj. ustavni sud, zatim ustav kao sadržaj svijesti i uvjerenja ustavnih sudaca* i na kraju *ustavnu svijest građana*. Ove se instancije bitno razlikuju i međusobno aficiraju. Za ustav kao *tekst* i za *ustavni sud* kao instituciju svako se odlučivanje događa *ex post*, dakle, tek onda kad su se protuustavni nevidljivi politički interesi očitovali kao protuustavni čini. U nužno *naknadnom* postupku tekst ustava kao i proces pred ustavnim sudom politički su nedužni i u tom smislu autonomni te naspram ustavnog prekršaja mogu djelovati objektivno i nezainteresirano. Svoju nepristranost i nezavisnost ustavni suci zahvaljuju vremenu koje dijeli ustavni prekršaj od procesa pred ustavnim sudom. Ustavni tekst i ustavni sud simboliziraju nemogućnost promatranja političko-interesnih procesa koji su proizveli ustavni prekršaj. Međutim, ustavni suci i građani osjećaju neposredno i neovisno o ustavu pravno nastupanje *per definitionem* nevidljivih protuustavnih namjera, tj. protuustavno ili izvanustavno hrvanje političkih interesa. Nitko ne smije pravno intervenirati prije nego se protuustavni čin dogodio, bez obzira što je tada sve prekasno. Ustavopravna preventiva ograničena je isključivo na djelovanje pravne svijesti političkih aktera, na njihovo interno poštovanje ili nepoštovanje ustava. Političko ne struji u ustavnopravni postupak *direktno* pritiskom političkih institucija, stranaka, parlamenta i javnog mnijenja, nego kroz jednako nevidljiva poli-

³ Nasuprot Schmittu, Isensee rehabilitira Kelsena (Isensee, 2000.: 253-291).

tička i druga uvjerenja ustavnih sudaca kao autonomnih subjekata. Hrvatski su ustavni suci brižljivo odabirani, ali ne samo prema kriteriju svoje stručne kompetencije, nego i prema svojoj političkoj pripadnosti, ako je i koliko bila vidljiva⁴. Suci čiji su politički interesi pravno nevidljivi izazivaju svojim interpretacijama i presudama presedane koji kumulativno mijenjaju ustav. Dokle se, međutim, može slovo ustava provocirati od neponovljivih provokacija sudaca? Politika je pravno nevidljiva pozadina njihovih ustavnih presuda. Ona se s pravno nepredvidivim djelovanjima iznenada prokrijumčarila u ustavne procese posredstvom pravno nevidljivih političkih uvjerenja sudaca. Odsutnost demokratske procedure pri internim promjenama ustava radi čega se klasični teoretičari ustavnog prava danas toliko ljute *kompensirano je političkom iritacijom ustava od strane politički opredijeljenih sudaca*. Stoga ne čudi da interes ne pobuđuje harmonija bezinteresnog ustavnopravnog procesa, nego subjektivni ekscesi i nepredvidive odluke sudaca. Suca sucem čini njegova nepredvidivost, jer bi za puko vjerno provođenje slova ustava dostatan bio i kompjutor. Time se postavlja pitanje kako ustav ne vrijedi samo za ustavne suce, nego i za narod, odnosno demokraciju? Narod je prema već uhodanoj Popperovoj metodi reduciran na *otkriće*, ili na prazni korelat ustava⁵.

Narod postoji s onu stranu ustava na isti način kao što i priroda postoji s onu stranu zakona znanosti fizike. Povijesno se može točno dokazati kako i kada je narod *otkriven* i insceniran kao državni suveren, te zašto je od Aristotela do Hobbesa demokracija smatrana najgorim oblikom vladavine, a nakon toga jedino mogućim. Odnos između ustava i demokratske politike istražuje se nakon tog otkrića naroda pomoću različitih metoda: kauzalno, teleološki, transcendentno, dijalektički sistemsko-teorijski, komunikativno, hermeneutički!!

Pokušat ćemo prikazati ne samo promjenu paradigme od patrijahalne, oralne u demokratsku inscenaciju suvereniteta koji je legitimiran demokratski usvojenim pisanim ustavom, nego i postkantijanske i postdijalektičke posljedice te promjene, dakle situaciju u kojoj vrijedi: *tertium non datur*, tj. gdje načelno više ne postoji jedinstvo ustavne forme i demokratskog sadržaja. Pri gore navedenoj kontingenciji sudačkih odluka koje čine bit sudovanja pokazalo se da stari samovoljni oralni pravni običaji nisu bez ostatka odstranjeni pisanim pravom i ustavom. Stari običaji i dalje žive u obliku povijesne svijesti, javnog mnijenja, mitova svakodnevice koji *semantički* djeluju na sudačku interpretaciju slova ustava. Pisani i življeni, mitski, religijski, nacionalni, politički oralni ustavi, staro i novo, iako *nesumjerljivo* ili baš zato, žive u stalnoj semantičkoj iritaciji i dalje paralelno skupa. O tome svjedoče “kontingentne odluke” sudaca koje se ne mogu bez ostatka objasniti slovom ustavnog zakona (Becker, 2000.)⁶. Svaki suvremeni pisani ustav ima od sebe različitu prošlost i isto tako od sebe različitu budućnost. Taj simbolički sadržaj ustava kao živa fikcija neprekidno boravi u predodžbama građana i utječe

⁴ To je znao još i Hegel kad je rekao: “Jamstvo ustava, tj. nužnost da su zakoni umni, a njihovo ozbiljenje osigurano ne leži u slovu zakona, nego u duhu čitavog naroda... Pitanje kojem, kakvom i kako organiziranom autoritetu pripada vlast da uspostavi ustavni poredak, isto je kao i ona koja određuju tko može proizvesti duh nekog naroda” (Hegel, 1959.: 417).

⁵ Prema Popperovoj nipošto pobjedničkoj metodi koju zastupa Isensee, to je stanje stvari u dijelu teorije.

⁶ Današnji povjesničar ustava zna što je Aristotel znao o starim vremenima, što je sam rekao o atenskom ustavu, a što u svoje vrijeme nikako nije mogao znati. Mi znamo što ne znamo.

na ustavne procese izravno preko sudaca koji su pod utjecajem javnog mnijenja, jer ono, preskačući sve institucije, bitno utječe na odluke u ustavnim procesima. S tim se fikcijama prošlosti i budućnosti mora i danas razračunavati svaka živa ustavna praksa. Tirani koji su samovoljno u Božje ime sudili otjerani su s pozornice, ali samovolja time nije otjerana iz prakse ustavnog sudovanja.

Sa stajališta, primjerice, Spencerove teorije evolucije postavlja se pitanje kako od jednostavnih početaka nekog pisanog ustava dolazi do njegove visoke kompleksnosti (Luhmann, 1995.: 343). Spencer drži da do toga dolazi *kultiviranjem* ustava u okviru demokratski prosvijećenoga suverenog naroda. Luhmann naprotiv interpretira evoluciju ustava "bez" demokratski prosvijećenoga suverenog naroda kao autogenerativni proces ustavnog sustava. Time Luhmann *quasi* sugerira internu evoluciju ustava s onu stranu demokratskih odluka, pa time i narod tretira kao *quasi* prazni korelat ustavne forme. Tome, naravno, nije tako. Klasični teoretičari ustava koji ovdje trijumfalno primjećuju da Luhmann, bacajući narod kroz vrata, mora priznati da mu on ulazi kroz prozore, ne vide da narod, doduše, ulazi u ustav kroz prozore, ali samo simbolički ili semantički, a ne doslovno kao ovako ili onako homogenizirana rulja u Schmittovom smislu.

III

Luhmann se, međutim, ne da impresionirati ovim kantijanskim protuargumentima. Samorazumljivu novovjekovnu ustavnu teoriju koja ustrajno operira s *preduvjetima mogućnosti* koje se na kraju izjednačuju s onim što omogućuju, on dovodi u pitanje s postmodernim posttranscendentalnim teorijama koje je već i Hegel svojim radikalizmom doveo do besmisla pitanjem "... kako da ono što je posve besadržajno nešto konstituirati" te spekulativnim odgovorom na to pitanje (Hegel, 1962.: 26). Stari su teoretičari poput Platona, Kanta i Hegela nastojali ustavom smiriti i regulirati društvene sukobe. Platon je u *Politei* razlikovao bolesni i zdravi *polis* i u ime zdravoga budio nadu u bolju budućnost političkog života, Kant je vjerovao da će svojim *republikanizmom*, tj. trijumfom uma nad slobodom polučiti vječni mir, a Hegel je u svojoj *Filozofiji prava* državu držao institucijom koja pomiruje građanske interesne sukobe jer je pravna država najviši interes ma kako egoističnih pojedinaca.

Svi ovi nacrti omogućuju i postnovovjekovnu, *neidentitetsku* reinterpretaciju odnosa političke demokracije i ustavnog poretka. Svaka ustavotvorna moć mora, nasuprot onomu što građani i sami znaju na temelju iskustva, raspolagati znanjem koje građani još ne smiju znati kako bi nastala napetost između novoga i starog ustava koja građanima stavlja u izgled bolji život u budućoj zajednici. Upravo su to činili Platon, Kant i Hegel oni su vrijeđeće ustave kritizirali sa stajališta svojih boljih (?) projekata. To znači da novi ustav ne raste poput graha iz povijesno i iskustveno predkonstruirane narodne tradicije, nego paradoksalno protiv nje kao njezina obnova *ex nihilo*. To se danas zbiva, kao i u Platonova vremena, u zemljama tranzicije. Pri promjenama ustava promatrači tih promjena, tj. teoretičari i kompetentno javno mnijenje traže ono što je u starim uhodanim ustavima ostalo neriješeno kako bi to sada promijenili. Ustavotvorna inicijativa ide od strane onih *ukroničara* koji raspolažu boljim uvidima u vječnu bit pravednosti, zatim od onih koji osjećaju subjektivno skrivene fikcije budućnosti u narodnoj svijesti pa te uvide pravno objektiviraju, ili od onih koji su sposobni svoje posebne interese ustavno

formulirati makar konstruktivističkom kompilacijom drugih ustavnih predložaka. Narod je tu posve nemoćan, on ne zna ustavno artikulirati svoje fikcije, on se jednostavno nada ili pati. Staro je Platonovo pitanje glasilo je li ustav polisa adekvatna *imitacija* ideje pravednosti i dobra. Novovjekovno pitanje glasi, tko stvara ustav: politički genij ili narod pa je time teorija imitacije dovedena u pitanje. Ustav je, naime, konstrukcija, a ne imitacija. Ukratko, Platonova je teorija *imitacije* u novom vijeku zamijenjena teorijom *kreacije* i *originalnosti*. Udarac *nalaženju* onoga što je po sebi istinito, dobro i pravedno, zadao je *izum* (Luhmann, 1995.: 424). Kant je mislio da praktički um poput umjetničke kreacije iz unutrašnje umne slobode proizvodi ustav nekog naroda (Luhmann, 1995.: 425). Prema Kantu, ustav je pravna forma naspram svjetine kao materije. Ta forma od svjetine čini građanstvo. Postmoderna teorija odbacuje kako teoriju *imitacije prethodno danih uzora* tako i teoriju *kreacije* ustava na temelju apriornog umskog uvida, ona gradi svoj projekt na *komunikaciji* nesumjerljivih danosti demokratske politike i ustavne prakse. Luhmann i današnji postmodernisti ustavnu teoriju pokušavaju usmjeriti prema proučavanju komunikacije između dane političke zbilje i *autogenerativne* ustavnopravne prakse. Oni se pitaju kako nastaje *novi ustav* ako ne potječe ni iz imitacije vječne ideje pravednosti i dobra, ni iz povijesne tradicije političkog života, niti iz formalne racionalne konstrukcije? Time se u ustavnu teoriju uvodi nezahvalan pojam *paradoksa* u blizini kojeg su nastale historijski poznate ustavne teorije koje su paradoks htjele izbjeći ili barem zataškati.

IV

Pri prosuđivanju ove nove postmoderne *antiimitacijske* i *antikreativističke komunikativne* ili *semantičke* paradigme mora se uzeti u obzir da svaki pisani, ma kako proceduralno proizveden, ustav stoji pod semantičkim utjecajem ustavnih ideja prošlosti i budućnosti kao stabilnih fikcija u svijesti građana. Te subjektivne fikcije nadživljuju činjenične promjene⁷ do kojih dolazi kada se te fikcije aktualizira, naime, pismeno fiksira u nekom vrijedećem ustavu (Derrida, 1996.; Eco, 1994.). Pisani ustav stoga živi paralelno s mitom svakodnevice, s predodžbama građana o prošlim i budućim vremenima, dakle u svojoj nepisanoj formi, jer u pismu nije ni čitava istina, još manje skrivene subjektivne aspiracije građana kako je to mislio Aristotel. *Ponovni nastup (reentry)* fikcija prošlosti, mitskih običaja, i snova o budućnosti u “istinsku” ustavnu zbilju može se dogoditi uvijek, ali nikada na isti način. Ovaj ponovni nastup prošlosti i budućnosti u normativnu ustavnu sadašnjost proizvodi u pisanom ustavu nova presedanska razlikovanja. To neprekinuto semantičko iritiranje živoga i pisanog ustava nekoga naroda ilustrira nerješive probleme platonizma i kantijanstva, dakle starih ustavnih teorija koje su odstranile paradoks iz svojih projekata bilo fiksnim idejama bilo fiksnim preduvjetima mogućnosti, jer nisu bile, kako se to danas kaže, dvostruko kodirane. *Tradicija koju ovdje opisujemo nastaje razrješivanjem paradoksa između označene pisane i neoznačene verbalne strane ustava koja je uvijek su-mišljena*. Neoznačeni aspekti nekog vrijedećeg ustava su tradicije i snovi o budućnosti nekog naroda. Politika kao vrsta djelovanja koja djelatno vizibilizira *neodržive privatne interese građana* i time ih uopćuje do zajednič-

⁷ Usporedi sa Schlafferovom tvrdnjom. “Ono što nije čvrsto povezano sa životom, najlakše može preživjeti povijesne promjene. Fikcije ne stare.” (Schlaffer, 1990.: 72).

kih interesa, i ustavno pravo koje tekstualno ograničuje te vizibilizirane opće interese, odnose se *asimetrično* i funkcioniraju kao paradoks, tj. tako da se razvija i jedna i druga strana paradoksa, i politika kao djelatnost i ustav kao tekst koji tu djelatnost fiksira i temporalno ograničuje. Time je ovdje riječ o *semantičkom*, ili *komunikativnom* odnosu *dviju formi* ili dvaju različitih medija: *Politike* i *pisanog ustava*. Jedinstvo prava i politike o kojem su sanjali Kant i Hegel jest sa stajališta ovoga paradoksalnog odnosa dvaju medija, ili dviju formi *oxymoron* kojeg nije moguće promatrati, jer kad bi nestalo razlike između prava i politike, tada bi politika bila neposredno pravna, a pravo neposredno političko: geografska karta ne bi se više razlikovala od teritorija koji prikazuje i bila bi besmislena. Jedinstvo politike i ustavnog prava ne može se promatrati jer to jedinstvo ima odlike *predrefleksivnog* mita. Taj mit živi i danas i nanovo nastupa (*reentry*) u formi totalitarizma u kojemu se razlika prava i politike naknadno propagandistički *invizibilizira* za razliku od stare Grčke u kojoj je razlika između prava i mitsko-ritualnog djelovanja bila izvorno otkrivena razlikovanjem politike i prava (Maier, 1980.). Pisani ustav i njegovi paragrafi *primišljaju* politička djelovanja u njihovoj mnogoznačnosti kao drugu stranu ustava⁸. Ono što je primišljeno (paradoksalno), skriveno boravi u glavama ustavnih sudaca i u javnom mnijenju kao djeci svoga vremena. Kao postmoderni teoretičari mi smo napustili vjerovanje u općenito vrijedeće forme (Novalis, 1957.). Danas vidimo da su na djelu mnogobrojne forme ili mediji koji se moraju komunikativno potvrditi u svojoj posebnosti. Ustav se odnosi na političku formu u kojoj živi neki narod samo stoga jer je tom građanstvu razumljiv, a ne stoga što je imitacija neke ideje pravednosti ili neka racionalna konstrukcija kako su to mislili stari. Novi ustav nekog naroda u smislu promjene paradigme može se povijesno dogoditi samo jedanput. Velike promjene paradigme dogodile su se u Platonovo i Aristotelovo doba: Oni su rodovske zajednice krvnog srodstva uzdigli do političke zajednice *polis*a. U Hobbesovo i Kantovo doba dogodilo se univerzalno izjednačavanje svih ljudi, tj. ukidanje *prirađanja* socijalnih funkcija. Mi nastojimo osvijestiti promjene koje donosi postmoderna promjena paradigme ako tako nešto zaista i djeluje u naše doba?

Nastajanje novog oblika ustava kao nove povijesne paradigme može se samo jednokratno promatrati u velikim povijesnim mijenama (Jaspers). Jesu li današnji teoretičari svjedoci nove povijesno-jednokratne promjene ustavno-političke paradigme? Kad ona jedanput nastupi kao u Aristotelovo i Hobbesovo doba, tada se njezine kasnije aplikacije može opetovano promatrati, jer medij pisma jednokratne procese opskrbljuje mogućnošću njihova ponavljanja. Dakako, i ponavljanja moraju računati s paradoksom ponovnog nastupa (*reentry*) nepisanoga, ili starog ustava u novi, jer ništa ne propada, sve se tegli dalje kao prikrivena tradicija, ili neostvareni san o budućnosti i poput bolesti svakog trena može izbiti na vidjelo. U suvremenom ustavu Republike Hrvatske tako žive i Aristotel i Hobbes: Prema Aristotelu, Hrvati se rađaju u svoje hrvatsko svojstvo, prema Hobbesu postoje građani Hrvatske neovisno o svom rođenju u hrvatskoj ili srpskoj obitelji. Jesmo li u našoj republici spremni i na drukčije gledanje ovih neuništivih tradicija? Tu mogućnost nudi postmoderna. S onu stranu ovakvih velikih paradigmatskih promjena ili “revolucija” vrijede male promjene svakodnevnoga političkoga i ustavnog života. Svaka *reverzibilizacija* pisanog ustava tijekom procesa njegove interpretacije predstav-

⁸ Analogno pismo je i samo paradoksalno, jer rečenica: “Trešnja je crvena”, dopušta slutnju da je i nešto drugo osim crvenog.

lja presedansku promjenu ustava. Pisani ustav je *programsko pismo* (gramatika) koje omogućuje postojano sporazumijevanje među strankama u ustavnom sporu. “Naravno, ustav ne omogućuje pristup razumijevanju onoga što se pri izvođenju operacije faktično događa”, naime, ulazak politike i pravno nevidljivih interesa, tradicija i snova o budućnosti u konačnu odluku ustavnog suda (Luhmann, 1995.: 76). Drugim riječima na temelju ustavnog teksta ne možemo razumjeti što se zbiva pri razumijevanju ustavnog teksta, jer različiti građani, ali i ustavni suci ustav razumiju primjereno svojim različitim interesima i tradicijama posve različito. Samo nove interpretacije ustava od slučaja do slučaja vrijede i tako se ustav troši s onu stranu ma kakve demokratske prakse odlučivanja, ali, dakako, ne bez *semantičkoag* ili *komunikativnog* utjecaja političkih fikcija prošlosti i budućnosti stranaka u sporu.

Drukčije je bilo u novovjekovnoj političkoj filozofiji: ona je pod utjecajem prirodno-znanstvenog atomizma i mehanicizma “otkrila” jednakost svih građana kao ljudi bez urođenih svojstava dakle bez snova o prošlosti i budućnosti. Svaki je čovjek jednak s drugim ne samo u svojim pravima, nego i u svojim svojstvima (čovjek bez svojstava) i ta je pretpostavka bila temeljem novoga političkog poretka: Novovjekovne *reprezentativne demokracije* funkcioniraju na temelju paradigmatskog stava da svatko može zastupati svakoga jer su bitno jednaki⁹. Atomisti su zastupali mišljenje da je ustav kao umna konstrukcija aproksimativno identičan s političkom zajednicom umnih bića koju pravno uređuje, tj. da je taj identitet prava i politike u bližoj ili daljnjoj budućnosti ostvariv: kod Kanta posredstvom politike kao *provedbenog nauka o pravu* (durchführende Rechtslehre), kod Hegela na *kraju povijesti*, ili kod Marxa u *komunizmu*.

Međutim, u paradoksalnoj se praksi ustavnog sudovanja očitovalo da je ta konstruktivistička koncepcija neprovediva, dapače besmislena, jer se ne mijenjaju samo pravne forme, nego nezavisno o njima i politički “sadržaj”: razliku između individualnih svojstava i interesa građana pisani ustav ne može prevladati, ma kako bio uman, kako su to mislili atomistički teoretičari ustava. Razlika između pisanog ustava i politike sadržana je u paradoksalnoj prirodi ustava kao pisanog prikaza i regulatora politike. Ustavopravni paradoks ne odnosi se na transcendentalnu diferenciju pravne forme i političke materije. Ta je diferencija posve neparadoksalna, tj. *totalitarna*. Druga strana ustavnopravne forme nije politički sadržaj ustava: *narod* ili *svjetina*, nego druga forma u kojoj narod već oduvijek živi, bio to *stari ustav, mit, običajno pravo* ili *posebna kulura zajednice*. Druga strana svake ustavne forme je politička forma koja još nije ustavom pisмено *markirana*. Upravo taj paradoks ili nesumjerljivost ustavnopravne i političke forme omogućuje drukčiju interpretaciju odnosa između ustava i politike. Politika vizibilizira individualne interese i time stvara pretpostavke za *inscenaciju* političke općenitosti koja se zatim u ustavu markira kao pravna forma. Dakako, inscenacija političke općenitosti nije nužno vezana ni uz ustav pa ni uz ustavni patriotizam, ona može postojati i u obliku običajnog prava, mita ili nacionalističkoga, religijskoga, tj. ideološkog bunila u kojemu su sve krave crne.

Tek nakon Drugoga svjetskog rata govorimo o ustavnoj državi kao pravno insceniranome političkom jedinstvu. U tom se smislu ustavnopravne inscenacije političke zajed-

⁹ Kako je poznato, Hegel je držao da staleže nije moguće zastupati. Pritom je koristio ovaj argument: Tko može postolara zastupati bolje od postolara?

nice može razlikovati između ustava kao *simbola* te zajednice i ustava kao sredstva ili *instrumenta* pravne regulacije te političke zajednice. Pa ipak ustav kao simbol i kao instrument operira na temelju vlastitih internih struktura koje su samo komunikativno ili semantički povezane, odnosno odvojene od politike. Integracija individualnih i javnih interesa u ustavnoj državi upućena je na proces *sinkronizacije* različitih pravnih i političkih operacija bez stapanja njihovih razlika kao i bez konfuznog prevladavanja svih razlika u smislu bilo Kantova republikanizma bilo Hegelova dijalektičkog prevladavanja ovih razlika u višem jedinstvu. Razlike između političke i pravne forme ostaju i dalje na snazi, ali ih građani na *određeni rok* svjesno toleriraju.

Sinkronizacija ustavnopravne i političke forme u pravcu javnog interesa ima svoje *trajanje*, potrebno da bi se *budućnost* i *prošlost* koje su skrivene u svijesti građana mogle sinkronizirati u demokratski prihvatljivom poretku. Sinkronizacija je nužna stoga što su opći i pojedinačni interesi nesumjerljivi. Politika je osobita vještina uvjeravanja koja od vremena *polisa* dokazuje da se različite pojedinačne interese građana koji se očituju u njihovim različitim djelovanjima na određeni rok može sinkronizirati inscenacijom političke općenitosti. Najbolja i najpouzdanija inscenacija općih interesa jest, kako se danas misli, pisano ustavno pravo kao *sredina* između općih i posebnih interesa građana (Isensee, 2000.: 253-292). Tako već Aristotel dokazuje da je *polis* bolja zajednica nego obitelj, jer je dobar za mnoge, a ne samo za pojedinu obitelj. On u prilog toj tezi daje uvjerljive argumente. Naravno, inscenacija općih interesa nije nipošto vezana samo uz politiku i ustav, nju je moguće postići i bez demokratske politike i njezina ustava: s pomoću mita, etosa, religije, nacije, s pomoću simbola, rituala i, tek na kraju, s pomoću pisanog ustava demokratske politike koju današnja teorija drži najboljom. Svi ovi oblici inscenacija općenitosti stoje prema postmodernim uvidima istovremeno na raspolaganju, nijedna nije prošla ili zastarjela kako su to mislili prosvjetitelji pa i Hegel i Marx. Baš stoga jer su ti oblici homogenizacija nesumjerljivi, nisu ni prevladivi u nekom višem jedinstvu, oni žive paralelno svaki sa svojom vlastitom prošlošću i vlastitom budućnošću jednako kao što i svaka osoba neponovljivo živi s vlastitom budućnošću i prošlošću. Pogledamo li sredstva političke inscenacije općenitosti: svečanosti, mitinge, izbore, komemoracije i druge simbole koji djeluju u svijesti građana, tada vidimo da se s pomoću njih pozornost pojedinaca skreće prema njihovoj drugoj općenitoj društvenoj strani, ali pojedinci time ne gube svoju neponovljivu egzistenciju niti ih se zbog toga oslobađa osobne odgovornosti za nedjela koja mogu počinuti skriveni u gomili, ili iza zakona (Arendt, 1970.). Imamo li sve ovo na umu, tada pretpostavke buduće Europe treba tražiti u tim različitim, kako proživljenim tako i nedoživljenim, ali nipošto samo političkim i ustavno-pravnim inscenacijama općenitosti. Svaka inscenacija općenitosti mora biti prepoznatljiva forma sinkronizacije pojedinačnoga i općeg interesa koja ne ugrožava niti ukida pojedinačne egzistencije (Luhmann, 1995.: 82-83).

V

Pitamo se kakva su iskustva i kakve teorije dovele do ove specifične komunikativno-semantičke rastavljenosti ili neidentiteta ustava od politike? Kako je ustavno sudstvo postalo autopoietički sustav odvojen od izravne moći suverena stekavši pritom veliku slobodu djelovanja? Izvorno je ustav imao samo uslužnu funkciju u sustavu moći. Ustav je služio transmisiji moći, a ne inovaciji vlastitih struktura (Luhmann, 1995.: 257).

Kako se ustav postavio na vlastite noge i postao neovisan o suverenu, bio to Bog, kralj ili narod, kojem je prema starijim teorijama trebao služiti? Prijašnji nalogodavci ustava prosuđivali su je li ponuđeno djelo jurista za njih dobro ili loše. To je bio posve despotски kriterij. Objektivni kriteriji za prosuđivanje ustava traže javnost ustavnog sudovanja, a ona je morala čekati na tiskane zakonike (Goody, 1990.; Luhmann, 1995.: 261). Nakon pronalaska tiska ustavotvorci nisu samo politička tijela, nego i stručnjaci koji na temelju pisanih svim građanima pristupačnih ustava određuju što je pravno moguće, a što nije¹⁰. Ustavu koji je vezan uz medij pisma omogućeno je ironijski odmak od političke zbilje, i obratno, ironički odmak politike od ustava¹¹. Taj se odmak može premostiti jedino semantički, tj. tako da i praksa ustavnog sudovanja i politika u takvoj distanciji shvate svoj interes. Autogenerativna praksa ustavnog suda nije *nacrt* političkog djelovanja u pravcu nekonfliktne građanske republike (Kant), niti *oponašanje* vječne ideje pravednosti (Platon), nego *posebna struktura semantičkog posredovanja* (prevođenja) između autonomnoga političkog djelovanja i autogenerativnih pravila njegova juridičkog ograničenja. Sistem prava i sistem politike su kao različiti socijalni sustavi nesumjerljivi. Oni se ne mogu međusobno zastupati, nego se samo međusobno semantički aficiraju i time na svjetlo dana dovode ono što drugi sustav zbog vlastitoga selektivnog sljepila ne smije činiti jer time ugrožava oba sustava: i ustavno pravo i demokratsku politiku. Pisani ustav u tom je sklopu javno dostupan kriterij međusobnog ograničavanja ustavnog prava i demokratske politike. Ali ta mjera *nije identična* onomu što premjeruje i odmjeruje.

Pisani ustav kao zapis označuje i regulira postojeći poredak to je pragmatična ili normativna strana ustava koja vrijedi u *prezentu* sada i ovdje; ustav kao simbol upućuje na ono odsutno političko u ustavnoj formi, tj. progresivne ili konzervativne političke aspiracije građana i to je simbolička strana ustava koju ustavu iz perfekta i futura *primišljaju* i suci i građani. Svaki ustav pretpostavlja razliku između ustavne i političke zbilje, a ta se razlika ustavno obilježava normativnim i simboličkim aspektom ustava, tj. takozvanim *dvostrukim kodiranjem* ili odnosom ustava prema sebi samom (samoreferencije) i odnosom ustava prema političkoj okolini (stranoreferencija). Ta se razlika ne prevladava dijalektički u višem jedinstvu *politike* i *prava*, nego na temelju permanentnog procesa utvrđivanja međusobne *sličnosti* i *prepoznatljivosti*. Obje su zbilje rastavljene kao dvije različite forme djelovanja (Luhmann, 1995.). Pa ipak sličnost između pisanog ustava i političke djelatnosti kao različitih formi i različitih “realiteta” omogućuje prevođenje koje načelno nikada ne može biti niti doslovno niti potpuno, jer bi se u protivnom pomiješale dvije različite realnosti ili dva različita medija¹² što bi u praksi bilo ravno *totalitarizmu*. Ustav slično gramatici vizibilizira strukturu političkog djelovanja te *pravnom semantikom* ograničava pravila političke igre. To znači da se političko djelovanje sa stajališta ustava vidi u drugome pravnom mediju, ili na drugoj razini. Budući da su demokratska politika i ustavno pravo različiti mediji i različiti oblici djelovanja, to su

¹⁰ Poput umjetničkog djela i ustavi postaju izvozna roba. Za razliku od umjetničkih djela, ustavi se ne mogu odvojiti od publike (Luhmann, 1995.).

¹¹ Ustav se ne smije mjeriti političkim mjerilima. Politika nije provedbeni nauk prava kao što je kod Kanta.

¹² Realnost je i sama znak ili sustav znakova.

oni međusobno upućeni na nešto što u njima samima nije sadržano, niti bi u demokratskoj ustavnoj državi smjelo biti. U takvoj je konstelaciji uzajamnog aficiranja različitih medija pisani ustav kriterij na kojem se očitava nepoštovanje, ili propušteno uvažavanje ustavnih pravila igre u autonomnom političkom djelovanju i obratno. Ustavni se sud odnosi prema političkom djelovanju otkrivajući u tom djelovanju povredu prava i može to činiti ako sam nije politiziran. Demokratska politika u autogenerativnom djelovanju ustava vidi povredu demokracije i to javno signalizira. Političko se isključuje iz prakse ustavnog sudovanja kako bi pravo postalo vidljivo, ali i političko djelovanje nije identično ustavnopravnom. Dakako, ustav mora svoju transkripciju političkih pravila igre građanima učiniti prepoznatljivom i razumljivom. U protivnom, ustav gubi svoj priključak na političke odnose među građanima, a time svoju simboličku i instrumentalnu funkciju i vjerodostojnost. To je bitno stoga što pisani ustav nije ni *imitacija* ni *konstrukcija* političke zbilje, nego njezin pisani pravni prikaz koji normativno vrijedi i efektivno utječe na demokratsku politiku, jer to želi demokratska svijest građana. Zah-tjevi za politički nezavisnim pravosuđem i ustavom signaliziraju demokratsku volju građana da se pravo ne smije obazirati na politiku. Pravo ignorira politiku, tj. ono je ne imitira¹³, niti je određuje u smislu tehničke aplikacije na politiku. Što su, međutim, posljedice ovoga medijskog rastavljanja ustava i politike kad se postojeću demokratsku nacionalnu državu legitimira ustavom i u njemu zajamčenim pravima čovjeka?

U ustavu i njegovoj legitimacijskoj retorici i simbolici građani moraju prepoznati svoja demokratska građanska i ljudska prava.

To prepoznavanje ustava u političkom djelovanju i političkog djelovanja u praksi ustavnog sudovanja je čudo političke legitimacije vlasti ustavom i ljudskim pravima. To prepoznavanje jest jamac, kako vjerodostojnosti ustava, tako i pravne stabilnosti političkog poretka.

Međutim, ako građani u ustavu *ne prepoznaju* svoje interese, a takav *retrogradni proces* može nastupiti u svako doba, a ponajviše ako ustavna praksa više nije u stanju da se autopoietički mijenja, tada se građanima mogu imputirati drugi interesi, tj. može se provocirati, ili proizvesti neko novo političko uvjerenje ili podgrijati neko staro te, na posljetku, proizvesti ustav koji je posve podložan politici. Što je u tom slučaju pravedno i dobro ne prosuđuju, međutim, više ni građani ni ustavni sud, nego politika i mediji preko kojih se ta novost plasira. Današnje stranke već odavno ne oponašaju niti zastupaju interese građana, nego u medijima proizvode nove ili pomlađuju stare interese, jer građani u poplavi informacija više nisu sigurni što su njihovi interesi kao što i stranke pipaju kako i kojim sredstvima da pridobiju građane. Novost je u oba slučaja ontološka nepoznanica koja definitivno antikvira čitavu tradiciju od Aristotela do Kanta (Luhmann, 1995.: 323). Tamo, naime, gdje se vlast legitimira ustavom i ljudskim pravima koja nemaju svoje prošlosti ni budućnosti, nego ih se uvijek nanovo u sadašnjosti mora izboriti tako da se u tom procesu neprekidno mijenja i prošlost i budućnost, tamo su definitivno zastarjele ne samo sve čežnje za prošlošću nego i sve utopije. Takva se inovativna, bestradicijska i bezutopijska legitimacija vladavine u političkoj zajednici može uvijek preinačiti pomlađivanjem staroga, ili reformuliranjem novoga iz arsenala simbo-

¹³ Luhmann smatra da "svaki funkcionalni sustav mora vlastita razlikovanja provjeravati na samom sebi, a ne na korespondirajućim dijelovima okolnog svijeta" (Luhmann, 1995.: 294).

ličkog potencijala nekog ustava i oboje, i staro i novo, može nastupiti (*reentry*) u novom kostimu. Gdje je, međutim, kriterij prosuđivanja novine pa bila novina samo inovirana starina ili retuširana utopija i tko razumije tu mjeru? Politika i religija zaziru od novina: *Nihil novum sub sole* (Luhmann, 1995.: 324)¹⁴. Na pitanje što je nova mogu odgovoriti samo obrazovane elite pravnika i političara koje moraju biti u stanju te novosti politički inscenirati i ustavnopravno regulirati. Postavlja se, međutim, pitanje prema kojem je kriteriju neku novinu moguće odbaciti kao nepolitičku i protupravnu¹⁵? Čini se da ovu presudbu mogu donijeti samo osobe koje imaju istančan moralni osjećaj, jer one mogu kontrolirati jesu li provokacije inovacijama, imidžem, zračecim osobnostima političkih vođa i kreativnih sudaca prihvatljive ili nisu¹⁶. Za sve to nije dostatan samo ustav kao mrtva tekstualna legitimacija političkog poretka, u igru dolaze još i oni koji proizvode i interpretiraju ustav kao zakon poretka i njih treba znati brižljivo odabrati. Ustav koji se autopoietički razvija reagirajući na političku okolinu vlastitim unutrašnjim restrukturiranjem mora biti: *prvo*, dostupan promatračima tog procesa i građanima: njima samopromjene ustava moraju biti javno prezentirane i razumljive kako bi u tim promjenama prepoznali svoje interese, i *drugo*, građani moraju prepoznati tvorce ustava kojima mogu dati svoje povjerenje. Taj *dvostruki* teret odlučivanja pao je na ramena današnjeg politički emancipiranog građanina. Ako zakaže u rješavanju te zadaće, tada mu prijete uvijek otvoreni put u stare simplifikacije, sve do ljudožderstva. Luhmann, čijim smo se pojmovljem ovdje djelomično poslužili, nije nikakv postmoderni ustavnopravni relativist, on opisuje suvremeno društvo rizika u kojem živimo napušteni od “pouzdanog” vodstva ustavne tradicije i privlačnih ustavnih utopija upućeni na oskudnu moć ustavnopravnog prosuđivanja u situaciji koja nam je načelno samo *djelomično* transparentna jer politička je realnost samo djelomično ustavno regulirana. Ono što se u ustavnoj praksi pojavljuje, obilježeno je tom praksom pa politika ostaje načelno izvan ustavnih okvira ili samo djelomično u njima. To su nevesele posljedice postmoderne teorije o odnosu ustava i politike. Ma što se još u praksi dogodilo, teorija nas dovoljno i pravodobno upozorava na opasnosti kako fatalnog totalitarizma, tj. jedinstva politike i prava, tako i beživotnog rastavljanja ovih sfera javnog života.

¹⁴ Novina razgraničuje umjetnost od religije i politike.

¹⁵ Luhmann to postavlja ovako: “Kako je novost moguće odbaciti kao promašenu?” (1995.: 326).

¹⁶ Prema Kantovoj kritici rasudne snage slobodna politička djelovanja treba razlikovati od fiksne spoznaje. Dakle, treba razlikovati unutar razlike *djelovanje* i *spoznaja*.

Literatura

- Arendt Hannah, 1970.: *Macht und Gewalt*, Pieper Verlag, München
- Becker, Werner, 2000.: *Das Dilemma der menschlichen Existenz*, Kohlhammer, Stuttgart
- Beyme, Klaus, 1998.: *Die Kunst der Macht und die Gegenmacht der Kunst*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Derrida, Jacques, 1996.: *Marx Gespenster*, Fischer Verlag, Hamburg
- Eco, Umberto, 1994.: *Im Wald der Fiktionen*, DTV, München
- Eco, Umberto, 1997.: *Die Suche nach der vollkommenen Sprache*, DTV, München
- Goody, Jack, 1990.: *Die Logik der Schrift und die Organisation der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Hegel, G. W. F., 1959. (1830.): *Enzyklopädie*, Felix Meiner Verlag, Hamburg
- Hegel, G. W. F., 1962.: *Glauben und Wissen*, Felix Meiner Verlag, Hamburg
- Isensee, Josef, 2000.: *Gerechtigkeit heute. Anspruch und Wirklichkeit*, Tyrolia-Verlag, Innsbruck/Wien
- Luhmann, Niklas, 1989.: *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Luhmann, Niklas, 1995.: *Die Kunst der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Maier, Christian, 1980.: *Die Entstehung des Politischen bei den Griechen*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Novalis, 1957.: *Fragmente, Werke*, Bd. 3, Heidelberg
- Schlaffer, Heinz, 1990.: *Poesie und Wissen*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Schmitt, Carl, 1973.: Legalität und Legitimität, u: Schmitt, Carl, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker und Humblot, Berlin

Davor Rodin

THE PARADOX OF THE WRITTEN CONSTITUTION

Summary

Using Luhmann's terminology, the author promotes the thesis that internal changes of constitutions are a non-democratic constitutional/legal process and thus a political problem. Namely, a constitution is exposed to political life, but also to an *unmarked place* within a constitutional system. This place is marked by constitutional judges who change constitutions on a case by case basis, either innovatively, precedently or, of course, non-democratically. Since democratic politics and constitutional law are different forms of activity, the question is which is the criterion for appraising the new things. How, then, to reject something as unlawful and non-political? The author claims that this judgement can only be done by people with a refined moral sense. This requires the inclusion of those who create and interpret constitutions as the law of the polity so they ought to be selected very carefully. Thus, citizens are doubly burdened: first, they have to understand constitutional changes in order to perceive their interest in them and second, they have to appreciate the architects of constitutions in order to trust into them.

Key words: autopoietic system, democratic politics, unmarked place, constitution, constitutional right, constitutional court



Mailing address: Faculty of Political Science, Lepušićeva 6, HR 10000 Zagreb. E-mail: davor.rodin@zg.tel.hr