

---

## Ustav kao domovina. O njemačkome potiskivanju države

---

JOSEF ISENSEE\*

### *Sažetak*

Autor smatra da je riječ domovina nestala iz političkog jezika i da je zamjenjuje nepolitička riječ: identitet. Ovim se otvara pitanje: što je Nijemcu identitet ako ga država ne može ponuditi? Kao posljedica Hitlerova razdoblja tradicija postaje problem tako da se identitet sada vezuje za ustav. Autor nadalje razmatra posebnosti njemačkog ustavnopravnog sustava kojim je stari državni rezon zamijenjen "ustavnim rezonom". Na ovaj način patriotizam postaje "ustavni patriotizam", a ustav domovina. Konsenzus o ustavu koji je bio rezultat općeg pristajanja na antitotalitarizam doveli su u pitanje studenti 1968. godine. Tada je antitotalitarizam zamijenjen antifašizmom, ali se razvila i čitava politička kultura neposlušna protiv institucija koja je ustav proglasila "životnom laži sustava". Oporavak sustava dugo je trajao, ali je njime rehabilitirano državno u ustavnoj državi. Međutim, ovim se ne obnavlja individualnost njemačke državnosti, tj. država ne postaje domovinom. Premda autor smatra da je ovo zastarjelo, ipak naglašava da bi konzenzualna osnova bila šira kad bi Nijemci bili u mogućnosti biti ono što po svojoj povijesti i položaju ustvari jesu, a ne samo ono što bi po ustavu trebali biti.

### *1. Izgubljene identifikacije*

#### *1.1. Državnost*

Što je Nijemcu domovina? Arndtovo je pitanje bilo oduvijek delikatno. Najbliži je odgovor uvijek smatran pogrešnim, naime, imenovanje zbiljske države koju je Nijemac u tome trenutku imao. Uvijek je bila riječ o imaginarnome carstvu za kojim je Nijemac bio dužan težiti. Samo se neki malograđanin ili hohenzollernovski skorojević mogao zadovoljiti postignutim. Dakle, u Arndtovo vrijeme patriotske časti nije smjela uživati pojedinačna zemlja (Pruska, Švapska, Bavarska, Štajerska) – to je trebala biti cijela Njemačka. Kad se, zatim, Njemačka ujedinila, premda samo u manjem njemačkom okviru, usmjerila se želja na veliko njemačko rješenje, a kad je uskrsla Velika Njemačka, na germansko svjetsko carstvo.

Kad se sve razbilo, i zbilja i utopija, uspostavio se službeni uzor ponovno ujedinjene Njemačke, koji je tijekom desetljeća postajao sve difuznijim i izbljedio u pravnu konstrukciju, razumljivu jedino još stručnjacima za njemačko pravo. Dok su se političari i

\* *Josef Isensee*, redovni profesor ustavnog prava na Sveučilištu u Bonnu.

pravnici sporili o tome je li njemačko pitanje još uopće otvoreno, ostalo je jedno, ipak, jasno: zbiljska država, koja se kao provizorij razvija za dulje vrijeme, a kao tranzistorij prema sve daljem cilju, kojoj zavide zbog njezina gospodarskog blagostanja, unutarnje slobode i političke stabilnosti, ta Savezna Republika Njemačka ne treba biti domovinom. Ona bi se, neugodno dirnuta, opirala ustavnopravnim argumentima da prihvati takvu čast ako bi joj je netko ikada ponudio, što, dakako, nijednome ozbiljnom čovjeku nije, dosada, palo na pamet. Ona, također, odbija, za razliku od NJDR, uvesti vlastito državljanstvo i drži se svenjemačkoga državljanstva, koje se određuje i dalje valjanim Zakonom o državljanstvu iz 1913. godine i Uredbom o njemačkome državljanstvu iz 1934. godine. Pravno je Nijemac, koji posjeduje putovnicu Savezne Republike i u njoj ima pravo glasa, građanin ne više zbiljske ili ne još zbiljske cjelovite Njemačke. Dakle, njemački je paradoks: imamo državu bez državljanstva i državljanstvo bez države. Poratnih se godina činilo da bi europsko ujedinjenje moglo razriješiti njemačku dilemu. Ali se smjeli san o domovini Europi razbija na žilavoj zbilji “Europe domovina”, kako je opisuje i brani de Gaulle. Napušteni od europske nade, Nijemci su, opet, upućeni na same sebe.

Razdvojena, teška, zakašnjela i mnogima drugim samosažaljevajućim pridjevima opremljena nacija uči, na posljjetku, također svoj problem, kako zna, potiskivati. Jedan simptom: Riječ *domovina* polagano nestaje iz političkoga jezika. Umjesto nje dolazi nova, nepolitička riječ, jednako apstraktna kao i teorija sustava: identitet.<sup>1</sup> Što je, dakle, Nijemcu identitet ako ga država ne može ponuditi?

### 1.2 Obrazovanje i religija

Ponosan je odgovor nekad glasio: njemački duh. 1808. godine, kad je Napoleon bio na vrhuncu moći, Jean Paul je pokušao odrediti gdje se nalazi njemačko carstvo jer su Francuzi gospodari kontinenta, a Englezi mora. On ih je proglasio gospodarima zraka, “zraka koji opseže oboje i sve.”<sup>2</sup> Carstvo zraka bilo je obrazovanje svjetskoga građanstva. Nekoliko godina prije toga Schiller je u svojoj pjesmi “Početak novoga stoljeća”, s obzirom na osvajanja što su ih poduzimale velike zapadne nacije, vidio odredbu u tome da se bježi iz pritiska života u “sveto tihe prostore srca”, u kulturu unutarnjosti. “Sloboda je samo u carstvu snova.”

Carstvo obrazovanja što je započelo s weimarskom klasikom stvorilo je, doista, njemački identitet. Još se prva njemačka republika pokušala simbolički nadovezati kad je sazvala Nacionalnu skupštinu u Goetheovu i Schillerovu gradu. Obrazovanje, čiji su rasadnici bili klasične gimnazije i njemačka sveučilišta, postiglo je za Njemačku ono što je vjera postigla za druge zemlje od Irske do Poljske: ujediniti narod bez države. Vjera je za Njemačku, naprotiv, razlog za neslogu. Vjerski je raskol najdublja i najsnažnija od

<sup>1</sup> Reprezentativan je govor predsjednika države Richarda von Weizsäckera “Die Deutschen und ihre Identität”, održan na 21. Njemačkom evangeličkom crkvenom danu 8. lipnja 1985. godine u Düsseldorfu. Objavljen u: Richard von Weizsäcker, *Von Deutschland aus*, 1985., str. 37-60. Usp. također u nap. 43 dokaze.

<sup>2</sup> Jean Paul, *Friedens-Predigt an Deutschland*, 1808., u: *Werke* (Hanser-Ausgabe), sv. 5, 3. izd. 1973., str. 889.

svih njemačkih podjela; on i danas djeluje podsvjesno na društvenim i stranačkim frontovima, iako je prvotni vjerski sukob zastario. Svijet obrazovanoga građanina raspao se u 20. stoljeću, s građanstvom kao vodećim slojem, s klasičnim idealom obrazovanja, s pojmom samoga obrazovanja, u čijoj se preostaloj verbalnoj čahuri sada ugnijezdila zahtjevna građa socijalne države. Zatran je estetički trag njemačkoga posebnog puta, koji je kao posljednji opisao Thomas Mann u “Razmatranjima nepolitičkoga čovjeka”.

### *1.3. Povijest i tradicija*

Koliko je, međutim, otvoren normalan put kojim neki narod dopijeva do samosvijesti, put kroz vlastitu povijest? Njemačka je politička svijest danas usmjerena na jedno jedino razdoblje, ono nacionalsocijalističko. Njemačka se povijest predstavlja kao zla povijest. Hitlerova sjena, koja raste s historijskom udaljenošću, prekriva sve. Svi se razvoji dovode u odnos s njim: pripremno ili retardno, fašistopetalno ili fašistofugalno.

Nema pojave povijesne veličine od Luthera do Bismarcka, vojne pobjede ni duhovnoga trijumfa koji ne bi izazvao odgovarajuće asocijacije. Čak i nepolitička idila, Claudiusova pjesma o Mjesecu, bidermajerska Jean Paulova novela, dobivaju naknadnu opomenu da njemačko biće nije neopasno. Popularnopovijesna monomanija razotkrivanja pokazuje: svi putovi njemačke povijesti vode u Auschwitz. Ako je svojevremeno Leopold Ranke svaku epohu dovodio u neposrednu vezu s Bogom kako bi ona doživljavala individualnu, historijsku pravdu, tako je danas u uobičajenoj političkoj povijesnoj svijesti Nijemaca svaka epoha u neposrednoj vezi s Hitlerom. Nadmoćna historijska slika neprijatelja zatvara pozitivan pristup njemačkoj povijesti, zabranjuje prirodnu identifikaciju Nijemca s prošlošću svoga naroda i priječi mu da sebe samoga bez daljnega prihvati kao dijete i baštinika toga naroda. Zato nastaje sklonost prema potiskivanju pitanja identiteta, izbjegavanju stigmatiziranja kao Nijemca, retroaktivnom emigriranju iz historijskoga identiteta.

Ali negiranje stvara zajedništvo. Sve su skupine njemačkoga društva, koliko god im pozicije obično bile suprotne, jedinstvene u odbijanju nacionalsocijalističkoga režima. U tome je bitan, nacionalnospecifičan, tabuiran element temeljnoga konsenzusa, naš negativni patriotizam. Praktične posljedice Hitlerova sindroma su: razaranje fundusa naslijeđenih samorazumljivosti iz kojega svaka nacija crpi svoje samopouzdanje. Sve naslijeđeno – vrijednosti, norme, konvencije – dopijeva pod prisilu opravdavanja, mora se očistiti od sumnje uzročništva ili satelitstva. Tradicija postaje problematična, a time nemoćna.

## *2. Identitet ustavom*

### *2.1. Temeljni zakon – simbol temeljnoga konsenzusa*

Bezdomovinski identifikacijski potencijal usmjerava se sada na jednu novu, neopterećenu veličinu: na ustav. Čini se da on nudi oslobađanje iz identitetske nevolje, barem častan izlaz. Nijemci Savezne Republike nastoje u Temeljnome zakonu naći

svoje duhovno jedinstvo. Na neki način je to luteransko rješenje: proći bez tradicije i bez institucije i uzdati se u pisanu, čistu riječ. *Sola scriptura*: Bonnski temeljni ustav.

Doista je rješenje imalo smisla u danim okolnostima. Bilo je, čak, neizbježno. Diskreditirana tradicija nema legitimaciju. Dezavuirana institucija ne daje oslonca. Ali se pravo, koliko god njegova ideja bila povrijeđena i njegova forma zlorabljena, može stalno iznova podići i početi iznova. Novi početak u ime Temelnoga zakona uspijeva i djeluje već više od tri i pol desetljeća. Temeljni zakon za vrijeme svoje valjanosti doseže jedinstveno odobravanje i integracijsku snagu. Ustav kao takav izvan je spora u društvu koje je obično naviklo sve dovoditi u pitanje. On je simbol, možda jedini za pozitivni temeljni konsenzus u pluralističkome disensu. To je veliki tabu koji svatko poštuje.

## 2.2 Početni ustavni koncept

### 2.2.1. Iznuđena i samoodabrana skromnost

Nije se moglo ni slutiti kakvo će značenje dosegnuti Temeljni zakon u svojoj višedjelatnoj valjanosti. Početna su očekivanja mogla biti samo skromna. Njegov se nastanak, pod tutorstvom triju zapadnih okupacijskih sila, rugao idealu demokratskoga ustava: suverenome samoodređenju naroda o smislu i obliku njegova političkoga postojanja. Ali Nijemci imaju preddemokratsko, povijesno iskustvo da im se ustavi nameću izvana ili odozgo. Primjeri pasivnoga davanja ustava od strane europskih sila su Vestfalski mir, Carski deputacijski glavni zaključak i Bečki završni akt.<sup>3</sup> “Temeljni zakon nije rezultat političke odluke, nego proizvod situacije, točnije stanja besprimjerne slabosti kao posljedice izgubljenoga rata”.<sup>4</sup> Moguća je temeljna odluka bila zadana bez alternative: odluka za slobodarsku zapadnu demokraciju. Nijemci iz triju zapadnih zona prihvatili su i usvojili jedinu, spasonosnu opciju. Ono što je povijesti nastanka nedostajalo od demokratske legitimacije, više je nego kompenzirano poviješću valjanosti, koja je postala neizravnim trajnim plebiscitom za ustav, vidljivim npr. u premoćnim biračkim većinama za stranke koje su se očitovale za ustav.

Parlamentarno je vijeće vodilo svoja savjetovanja u očekivanju da stvara samo prijelazno rješenje, koje će uskoro biti zamijenjeno ustavom ponovno ujedinjene Njemačke. I izbor riječi “temeljni zakon” umjesto zahtjevnijega “ustav” trebao je razjasniti da se radi samo o provizoriju, “kojim će se samo organizirati fragment države”, koji “ostaje otvoren i teritorijalno i supstancijalno.”<sup>5</sup> Ustavno je djelo, koje je nastalo u takvome varljivom bliskom očekivanju, preraslo, u njemačkome zakašnjenju *parusije*, privremeno određenje što su mu ga bili dali njegovi očevi.

Pri redigiranju Temelnoga zakona vladalo je političko samoograničavanje i pravna umjerenost. On daje organizacijski statut federalne, demokratske pravne države, a ne

<sup>3</sup> “Gotovo svi ustavi, koji se odnose na cijeli njemački prostor, nisu plod punoga samoodređenja, nego su u vezi s europskim zaključcima”, tako Ulrich Scheuner, *Verfassung*, 1963., u: isti, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978., str. 174.

<sup>4</sup> Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. izd., 1971., str. 61.

<sup>5</sup> Tako Carlo Schmid u Parlamentarnome vijeću kao izvjestitelj Glavnoga odbora (*JöR n. F. 1*, str. 16).

formalni ustav društva, gospodarstva i kulture. On jamči klasična liberalna temeljna prava, a ne socijalna. Jedva se prepoznaje mašta reguliranja i originalnost. Temeljni je zakon umnogome prilagodba zatečenih ustrojstvenih uzoraka: konfekcija po mjeri. Ni izvorne komponente – u federalnome i području državnoga crkvenog prava – nisu element koji treba izrasti u izvanrednu integracijsku snagu, nego su to diljem svijeta priznata, temeljna prava i demokracija. Pomoću njih Savezna Republika Njemačka ulazi u klub zapadnih ustavnih država.

### 2.2.2. Pravna škrtnost i učinkovitost Temeljnoga zakona

Osobitost je Temeljnoga zakona njegova pravno-praktična kvaliteta. Tipična patetika demokratskih ustava štedljivo se dozira. Bonnski ustavotvorac nije sklon poučavanju čovječanstva niti civilnovjerskoj okrijepi. On ima malo ambicija za pučku katehezu, za koju se pri savjetovanju o Weimarskome ustavu zalagao politički pastor Friedrich Naumann<sup>6</sup> i koja se još osjeća u Bavarskome ustavu iz 1946. Godine. Ambicija je Temeljnoga zakona, naprotiv, postati *pravnim* temeljnim poretkom nove države. Žato, za razliku od Weimarskoga ustava, umnogome izbjegava formulirati neobvezatne programe. Njegove su norme usmjerene na efektivnu pravnu valjanost, praktično provođenje, judicijabilnost. Tako temeljna prava dobivaju ustavno neposrednu, po svakome utuživu obvezatnost za ukupnu državnu vlast, uključujući zakonodavnu. Temeljni zakon dosljedno i ljubomorno teži sam zaposjesti vrh državne normativne piramide. Prvenstvo se ustava osigurava Saveznim ustavnim sudom.<sup>7</sup>

## 3. Pravnička država

### 3.1. Sudačka posljednja odluka o ustavnome sporu

U ovoj točki moram tezu o luteranskome jedinom povjerenju u ustavnu riječ modificirati jednim katoličkim elementom: u sporu o pravoj ustavnoj riječi spremna je instancija koja odlučuje kao posljednja i time jamči pravno jedinstvo. Za pravni karakter i normativnu snagu ustava bitno je da o ustavnome sporu, na posljetku, ne odlučuje politička instancija, nego sudačka, Savezni ustavni sud, koji, neovisan o biračkoj milosti i oslobođen političkoga nadzora, postupa s postulatima pravne metodike. Time se ustavni spor iskazuje kao pravi pravni spor. Država što se ovdje konstituira pravnička je država. Pravna kvaliteta koja je time svojstvena Temeljnome zakonu iskazuje se kao bitan uzrok njegova uspjeha. Preko ustavne judikature razvija se ustavno pravo kao osnovica, kao direktiva, kao ograda svega državnoga i ne samo državnoga djelovanja. Upravni akti, sudske presude i zakoni važu se, mjere mjerilom ustava i nerijetko proglašavaju prelaganima. U svoje postojanje nije sigurna nikakva tradicijom posvećena ustavna praksa, čvrsta ustavna rutina ni jednoglasno usvojen zakon. Vatrenome iskušenju moraju se podčiniti uobičajena pravila kao što su muškarčeve povlastice u braku i obitelji ili stare

<sup>6</sup> O Naumannovu “pokušaju narodu razumljivih temeljnih prava”: Ernst Rudolf Huber, Friedrich Naumanns Grundrechts-Entwurf, u: *Festschrift für Wietacker*, 1978., str. 384-398; isti, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, sv. 5, 1978., str. 1198.

<sup>7</sup> O povijesnome razvitku prvenstva ustava: Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, u: *Der Staat*, 1981., 485-516.

ljekarničke pogodnosti. Isto vrijedi za reformske pokušaje od privatne radiotelevizije preko suodlučivanja do mirovinskoga izjednačenja staža. Ustavni nadzor razbija stara izvršna geta, školu, vojsku, izvršenje kazne. On se ne zadržava pred tajanstvenim područjima političkoga niti pred vanjskom politikom. On presuđuje o dopustivosti stacioniranja raketa, o prijevremenome raspuštanju parlamenta, o ustavnoj usklađenosti statusa Saarske oblasti, Temeljnome ugovoru s NJDR.

Savezni ustavni sud koristi ovlasti koje mu daje Temeljni zakon, u cjelini gledajući, snažno, s dogmatskom intuicijom i pravnom disciplinom, sa smislom za zbilju i s mjerom. Njegova judikatura pripada velikim postignućima naše zemlje. On je postigao autoritet koji premašuje ono čisto pravno. Savezni je ustavni sud postao *praeceptor Germaniae*. Ne može se prikriti da je on toga svjestan i da ponekad popušta iskušenju koje je sadržano u toj ulozi kad neki neznatan spor uzima kao povod za uzlet u načelno i općeobvezatno, za poučavanje puka o biti političkih stranaka, o zvanju parlamentarca u današnjici, o temeljnome značenju slobode demonstriranja za demokraciju uopće. Tamo gdje sudačka služba prelazi u učiteljsku, manje pristaju državopravne kategorije od crkvenopravnih. Doista se upravo velike odluke Saveznoga ustavnog suda kreću između duktusa sudske presude i onoga enciklike.

### 3.2. Ustavni razvoj u ustavnome pravosuđu

Što je više svezaka odluka Saveznoga ustavnog suda, to dalje seže interpretacijska mreža, to se ona tješnje zatvara. Iz suptilnoga ustavnoga tumačenja proizlaze iscrpni postulati ispravnoga, za osobnost neštetnoga citiranja, smjernice određivanja plaća za državne službenike te načela sadržaja i vrjednovanja upitnika za popis stanovništva. Iz ustavnopravnih izvoda nastaju cijela pravna područja: radiotelevizijsko pravo, pravo financiranja stranaka, pravo dodjele upisnih mjesta za studente.

Škrtost ustavnoga teksta i previše se nadoknađuje konstrukcijama koje nastaju tumačenjem i dalje grade u pravničkom dosljednom mišljenju. Osobito plodnim pokazuje se tumačenje temeljnih prava. Liberalno koncipirana temeljna prava dobivaju povrh svoga verbalnoga smisla sve šire dimenzije kao slobodarska prava pojedinca: kao objektivne vrijednosti i vrijednosno odlučujuće načelne norme, kao postupovne i organizacijske norme te kao institucijska jamstva, kao međugrađanske norme i kao zaštitne obveze, kao socijalna prava izvršenja i sudionička prava.<sup>8</sup>

Na drugoj strani, iz objektivnopravnih ustavnih odredaba proizlaze stalno nova utuživa, subjektivna prava. Svetkuje postulatna jurisprudencija. Iznad svih pojedinačnih reguliranja pozitivnoga prava uzdiže se kao pravosudna apstrakcija svečano i višeznačno “ljudski lik Temeljnoga zakona”.

<sup>8</sup> Kritička inventura tumačenja temeljnih prava: Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, u: *NJW*, 1976., str. 2100-2107; Hans Hugo Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, u: *NJW*, 1974., str.1529-1538; Karl August Bettermann, *Hypertrophie der Grundrechte*, 1984.

### 3.3. Juridizacija politike

Staro upozorenje o ustavnome sudstvu drži da će ono odvesti u juridizaciju politike.<sup>9</sup> Upozorenje se umnogome ozbiljilo. Ali iskustvo Savezne Republike opravdava dvojbu o tome je li to nešto loše.

Poznata je slika da politički prijeporni zakonski nacrti nakon parlamentarnoga postupka prolaze ustavnosudski postupak. Na forenzičkoj razini, pod prisilom pravne argumentacije, nerijetko se doseže uopće prvi put ona racionalnost koju su od parlamentarnoga diskursa prije dvjesto godina očekivali republikanski utemeljitelji. Kritika i opravdavanje zakona moraju danas težiti racionalnoj razini ustava.

Ustavnosudska prisila opravdavanja pokazala se, sve u svemu, spasonosnom. Politički spor ostavlja po strani ustavnopravno osigurano područje zajedničkoga. Pravno obvezatno djelovanje pravorijeka, iznadpravni autoritet Saveznoga ustavnog suda (koji nije stradao od povremenih ispada političara od Konrada Adenauera do Helmuta Schmidta) prigušuju, ublažuju, integriraju političku borbu. Politika više nema pravoga slobodnog prostora, već jedino prostore za djelovanje koje joj ostavlja ustavno pravo. Time politika postaje uračunljiva. Ona postaje imobilnija. Ali i demokratska smjena vlasti postaje manje riskantna. To nije mala prednost za po instinktima politički nesigurno društvo. Parlamentarna demokracija Temelnoga zakona uživa i po tome tako široku suglasnost jer još ima sudaca u Karlsruheu. To povjerenje kompenzira mnogo od onoga nepovjerenja koje danas navlače na sebe političke stranke.

Naličje sustava: on olakšava parlamentu i vladi izbjegavanje političke odgovornosti koja im pripada i u poretku Temelnoga zakona te im olakšava da se u anticipiranoj poslušnosti sakriju iza Saveznoga ustavnog suda. Svaka stranka pokušava pokriti svoje pozicije ustavnopravnim nalogima za reguliranje, zabranama djelovanja i zabranama mišljenja. Politička rasprava prelazi u ustavno tumačenje počudnih pravorijeka. Politika potisnuta pravom vraća se preobražena kao politička interpretacija prava.

Bilo bi dokono da se pokušaju osigurati rezervati političkoga prema djelovanju ustavnoga sudstva i u tome pravcu očekivati pomoć od uvoza dotičnih američkih maksima kao *political-question-doctrine* i postulata *judicial selfrestraint*.<sup>10</sup> Kontrolna nadležnost suda seže tako daleko kao i ustav. Ali što sadržava ustav i koje pitanje treba kvalificirati kao ustavnopravno, to odlučuje, opet, neizbježno Savezni ustavni sud. Političko se ne može omeđiti nasuprot pravu jer je podčinjeno vladavini prava (premda ne njegovoj samovladi). To se područje uopće ne može definirati, ono je egzistencijalno agregatno stanje u koje može dospjeti svaka materija, pa i svaka pravna materija.

<sup>9</sup> Usp. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1. izd. 1931., str. 35 (nadovezujući se na Guizotovu rečenicu da pri juridizaciji politika nema što dobiti, a pravo može sve izgubiti): isti, *Verfassungslehre*, 1. izd. 1928., str. 118 – O problematici Saveznog ustavnog suda i njegova statusa usp.: Status-Denkschrift, u: *JöR n. F.* 6 (1957.), str. 120-129; Gerd Roellecke, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1961.; Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassung und Politik*, 1980.; Willi Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980.

<sup>10</sup> Očitovanje Saveznoga ustavnog suda o "*judicial selfrestraint*": *BVerfGE* 36, 1 (13-15) – Grundlagenvertrag. Kritik durch einen Bundesverfassungsrichter: Helmut Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, u: Benda/Maihofer/Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983., str. 1278.

## 4. Totalitet ustava

### 4.1. Od pravnoga okvirnog poretka do univerzalnoga integracijskog programa

Što se pravno mišljenje više usredotočuje na ustav, to više raste sklonost da se sva načela pravnoga poretka tumače kao ustavna načela. Simptomatična je judikatura Saveznoga ustavnog suda o međama temeljnih prava bez izričite zakonske rezerve, kao vjerske slobode, slobode savjesti i umjetničke slobode: temeljna prava te vrste može ograničavati jedino ustav sam.<sup>11</sup> Konkretno: Ako se vjerska sloboda koristi da bi se odbila zakonska prisega svjedoka, ili sloboda savjesti da bi se usred služenja vojnoga roka zbog nagle pobude odbacila puška, ili umjetnička sloboda da bi se objavio pamflet, tada bi to država morala prihvatiti, jedino ako pozivanje na odgovarajuće temeljno pravo ne kolidira s nekom važnijom ustavnom normom. Ali zakon, opće dobro ili politička korist ne trebaju opravdati zahvat u temeljna prava. Ono što nije zajamčeno Temeljnim zakonom, ne vrijedi. *Quod non est in constitutione, non est in mundo.*

Ta bi ogradna doktrina morala, zapravo, voditi u usko grlo. Jer Temeljni zakon nije postavljen kao katalog državnih svrha i pravnih dobara. Ali Savezni ustavni sud nalazi izlaz tako što velikodušnim tumačenjem u ustavu otkriva pravna dobra koja ograničavaju temeljna prava. Tako se iz jamstva pravosuđa Temeljnoga ustava izvodi ustavno-pravno priznavanje prisega svjedoka<sup>12</sup> te iz kompetencijskih normi o saveznoj vojsci ustavnopravna zaštita njezina unutarnjega ustroja i funkcionalnosti.<sup>13</sup> Kad se ponajprije sužava pravni vidokrug, tada se širi unutarnje područje ustava.

Opća je tendencija da se ustav tumači kao obuhvatan, cjelovit sustav, koji je autarkičan prema prostome zakonskom pravu, ali i prema javnome moralu i konvenciji. Ono što se u *grosso modo* opreznog, sudački discipliniranoj judikaturi Saveznoga ustavnog suda pokazuje kao začetak, doživljava bujan procvat u pravnoj i izvanpravnoj literaturi, političkoj retorici, popularnome razumijevanju ustava. Zadani ili postavljeni u Temeljnome zakonu, pojavljuju se sada sadržaji prostoga zakonskog prava, politički programi, filantropske i želje interesnih udruga, modeli gospodarske i kulturne politike.<sup>14</sup>

Time se izvršava preobrazba Temeljnoga zakona od najvišega pravnog zakona u politički integracijski program, od tematski ograničenoga okvirnog poretka države do neograničenoga, virtualno svenadležnoga, otvorenoga totalnog ustava za državu i dru-

<sup>11</sup> Usp. *BVerdGe* 28, 243, (str. 260); 30, 173 (193); 32, 98 (108); 33, 23 (32); 47, 327 (369, 380-383); 69, 2 (21); Odluka od 12. 10. 1983, u: *EuGRZ* 1984., str. 259.

<sup>12</sup> *BVerfGE* 33, 23 (32).

<sup>13</sup> *BVerfGE* 28, 243 (261); 69, 2 (21) – s izdvojenim mišljenjem sudaca Mahrenholza i Böckenfördea (*ibidem*, str. 57-66).

<sup>14</sup> Ustavno-pravnu nadgradnju totalnoga ustava predstavlja nauk Petera Häberlea. Primjerno: Zeit und Verfassung, u: *ZfP*, 1975., str. 111-137; Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, u: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 97 1978., str. 1-49; Zeit und Verfassungskultur, u: Peisl/Mohler (ured.), *Die Zeit*, 1983., str. 289-343.



štvo. Današnji materijalni ustav odgovara posve drukčijem tipu ustava nego onome za kojim su 1949. godine težili Bonnski ustavotvorci.<sup>15</sup>

Novalis je romantično anticipirao sliku totalnoga ustava: “Potpuna konstitucija – određenje državnoga tijela, državne duše, državnoga duha – čini suvišnim sve izričite zakone. Ako su udovi točno određeni, razumiju se zakoni po sebi.”<sup>16</sup> Dva desetljeća kasnije Ernst Forsthoff sarkastično konstatira “ustav kao pravno svjetsko jaje iz kojega proizlazi sve, od kaznenoga zakonika do zakona o proizvodnji toplomjera.”<sup>17</sup>

#### 4.2. Zakonodavstvo kao izvršenje ustava

Doista se ustav danas predstavlja kao program za sve novije naloge zakonodavcu. Bilo kakva zakonska inicijativa, koja se umije iskazati kao izvršenje nekoga ustavnog naloga, lako prevladava politički otpor. Ipak, opozicija može ustavnopravni otpor pokrenuti time da se, sa svoje strane, ustavnopravno reosigura i valjani zakonski položaj iskaže kao konkretizirano ustavno pravno. U pat-poziciji, u kojoj se jedan ustavnopravno zaštićen interes suoči s ustavnopravno zaštićenim suprotnim interesom, još samo pomaže odmjeravanje interesa prema načelu razmjernosti. Budući da se to odmjeravanje smatra činom tumačenja ustava, posebna se odluka premješta iz političko-parlamentarnoga prostora u sudsku dvoranu. Kako, pak, i ustavno pravo nema gotovih jasnih mjernih veličina i pri odmjeravanju, na posljétku, odlučuje pojedinačni slučaj. Savezni ustavni sud posjeduje mjeru slobode odlučivanja, na kojoj joj mogu zavidjeti ustavnopravno vezana, politička državna tijela.

S obzirom na ustavni totalitet zakonodavstvo, doduše, ne presušuje. Naprotiv: Ustav daje, sa zadržkom zakona, zahtjevom određenosti i svojim ostalim pravnodržavnim zahtjevima, snažne poticaje širenju i oplemenjivanju zakona.<sup>18</sup> Zakon se, ipak, obezvrjeđuje i gubi svoje samosvojno značenje. Spušta se na tehničko izvršno reguliranje ustavnopravnih zadanosti.

Tamo gdje su regulacijske materije sačuvale svoju političku oštrinu, a zakonodavac se pokazuje nesposobnim za reguliranje, zakonodavna nadležnost pripada kompenzacijski sudskoj i izvršnoj vlasti. One neposredno primjenjuju ustav i uzimaju rješenja za otvorene političke sporove iz načela pravne države i klauzule o socijalnoj državi: Savezni sud za radne odnose u pravu na štrajk i *lockout*, unutarnja uprava i upravno sudstvo u pravu stranaca i pravu na azil. Kompenzacijske zakonodavne dedukcije slijede pravno sustavno i konzenkvencijsko mišljenje. Posve je očito da prevladavaju svojstveno

<sup>15</sup> Fundamentalna kritika toga razvoja: Ernst Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes* (1959.), u: Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964., str. 147-175.; isti, (bilj. 4), str. 61-81, str. 126-156. Antikritika: Alexander Hollerbach, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?*, u: *AöR* 85, 1960., str. 241-267. O tipološkome razlikovanju: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung*, u: *AöR* 106, 1981., str. 597-603.

<sup>16</sup>Novalis, *Fragmente*, navod prema Novalis, *Schriften* (ed. Minor), 3. sv., 2. izd. 1923., str. 228. (br. 386).

<sup>17</sup>Forsthoff (bilj. 4), str. 144.

<sup>18</sup>O tome Josef Isensee, *Mehr Recht durch weniger Gesetze?*, u: *ZRP*, 1985., str. 139-145 (dokazi).

pravna vrednovanja, koja su strana normalnome građaninu, ali i političaru; tako spor o pravu boravka stranaca nalazi rješenje preko ustavnopravnoga postulata djelotvorne pravne zaštite, prema kojemu se ostanak na teritoriju valjanosti Temeljnoga zakona osigurava pravno privremeno do završetka vođenoga postupka, ali praktično većinom trajno.<sup>19</sup>

Politika koja se predstavlja kao izvršenje ustava dobiva u novijoj literaturi predikat “ustavne politike”, čime se izdvaja iz proste politike.<sup>19a</sup> Nobilitaciju je, dakako, jednostavno postići jer, s obzirom na ekspanziju i dinamizaciju razumijevanja ustava, praktički svako pitanje pokazuje neke ustavnopravne relacije. Zakonodavstvo i tumačenje ustava se prožimaju. Ustavna politika treba ustavno pravo pod promjenjivim kronološkim uvjetima realizirati, optimirati i, istodobno, dalje graditi, zakon prilagođivati ustavu i ustav zbilji. Teško je utvrditi tko u toj dijalektičkoj igri, na posljetku, drži konce u ruci, političar ili pravnik.

#### 4.3. Zbilja kao ustavna zbilja

Semantika zrcali tendenciju totalne konstitucionalizacije. Ne vrijedi samo državni život kao izvršenje ustava, nego i društveni: izvršenje ustava u obliku prakticiranja temeljnih prava. Zbilja, koja, po uobičajenom razumijevanju, ako je uopće ustavnopravno relevantna, može odgovarati ili protusloviti ustavnome pravu, pojavljuje se sada kao “ustavna zbilja”. Zbilja, dakle, kao realiziranje ustavne norme, kao izvedba ustavne partiture. Wilhelm Hennis čuo je pastoralne sporedne zvukove kad je nekadašnji savezni ministar pravosuđa Heinemann označio Temeljni zakon kao “veliku ponudu”: “Riječ treba postati mesom. Nije dana, već zadana. Tu ne može izostati da se, pri bližemu promatranju, ne drukčije nego u odnosu na Božje zapovijedi, mora konstatirati da smo svi grješnici, ponajprije Savezni parlament i Savezna vlada, ali i mi loši građani, u našem svojstvu “nositelja temeljnih prava”. Ustav kao trubljenje naciji na okup radi izvršenja temeljnih prava – to mora zlo završiti.”<sup>20</sup>

#### 4.4. Ustav kao kompenzacija države

Isto je tako kad riječ i stvar ustav sve više zamjenjuje državu kao stvar. Tradicijska pravna znanost sužava državno pravo sve više na ustavno pravo.<sup>21</sup> Primjerna su dva najtiražnija udžbenika. Stariji, autora Theodora Maunza, prvi put objavljen 1951. godi-

<sup>19</sup> Pokazujući smjer: *BVerfGE* 35, 382 (401-407). Usp. dalje: *BVerwG*, presuda od 19. svibnja 1981., u: *DÖV*, 1981., str. 712, odluka od 24. rujna 1982., u: *InfAuslR*, 1983., str. 137; presuda od 31. srpnja 1984., u: *InfAuslR*, 1985., str. 119 (121); *OVG Hamburg*, odluka od 26. travnja 1984., u: *InfAuslR*, 1984., str. 242-244.

<sup>19a</sup> Primjerno: Rudolf Steinberg, *Verfassungspolitik und offene Verfassung*, u: *JZ*, 1980., str. 385-392. Kritika: Christoph Gusy, “*Verfassungspolitik*” *zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, 1983.

<sup>20</sup> Wilhelm Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem*, 1968., str. 22.

<sup>21</sup> “Naša njemačka teorija državnoga prava, budući da državu više ne razmatra dovoljno, učinila je ustav polazištem svojih promišljanja i time pretjerala. Ona je postala znanošću o ustavu i sklona je ustav uzdignuti do najvišeg autoriteta kao teolog Bibliju ...” Ulrich Scheuner, *Diskussionsbeitrag*, u: *Stern* (bilj. 9), str. 36.

ne, *Njemačko državno pravo* i počinje “povijesnim pretpostavkama njemačke državnosti”. Šesnaest godina kasnije prvi put objavljeno djelo Konrada Hessea *Osnovne crte ustavnoga prava Savezne Republike Njemačke*; na početku govori općenito i iscrpno o pojmu, posebnosti, tumačenju i opsegu valjanosti ustava – u cjelini o introvertiranome ustavu bez države.

Savezni predsjednik, Savezni parlament, Savezna vlada i Savezni ustavni sud nisu više u vladajućem stručnom jeziku državna tijela, već “ustavna tijela”.<sup>22</sup> Nadrealistički pojam, koji jednoj normi pridodaje tijela ili normu predstavlja kao organizam. Norma zamjenjuje subjekt za koji vrijedi. Vjernost koju građanin moralno duguje, i državni službenik po profesijskome pravu, jest “ustavna vjernost”. Pravo na legitimno samopotvrđivanje nije u rukama države, već (“obrambene”, “borbene”) demokracije. Zaštitno dobro nije život države, nego slobodarski demokratski temeljni poredak. Stari državni rezon izigrava se novim “ustavnim rezonom”. Danas još mogući patriotizam je “ustavni patriotizam”. Ustav kao domovina.<sup>23</sup>

Pozornost koja se posvećuje ustavu u zanimljivoj je opreci s nepovjerenjem što se iskazuje instituciji države Savezne Republike, premda je ona ta koja u zbilji čuva građanske slobode, otvara se demokratskome suodlučivanju, dodjeljuje socijalna davanja, ukratko: jamči okvir i temelj življenja dostojna čovjeka. Načelna antipatija prema državi prisutna je i kod onih građana koji se ne moraju habitualno i profesionalno uzbuđivati i koji su dovoljno objektivni da u svakome promašaju policije ne vide totalnu policijsku državu. Ipak: strahove građana od nadziruće države, pobudene uobičajenim popisom stanovništva, ovjerene datiranjem jednoga romana budućnosti, Savezni je ustavni sud shvatio ozbiljno i u začetku izliječio, pozivajući se na ustav, dedukciju novoga prava na obranu od države: temeljno pravo na informacijsko samoodređenje.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Savezni ustavni sud koristi riječ ustavna tijela u pravilu kao sinonim za državna tijela (primjer: *BVerfGE* 13, 367 (371); 35, 257 (261)). On i samoga sebe kvalificira kao ustavno tijelo i zakon ga kao takvoga označava (paragraf 1 I. *BVerfGG*; paragraf 19 *GeschOBVerfG*). Usp. također *Status-Denkschrift* (bilj. 9), str. 120-127, str. 144-147; također Gerhard Leibholz, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, u: *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963., str. 61-86. Čak i narod treba biti ustavno tijelo (*BVerfGE* 8, 104 (115); 13, 54 (95), isto tako politička stranka (*BVerfGE* 4, 27 (30 sl.)), koja se, dakako, izričito razlikuje od nekoga državnog tijela (*BVerfGE* 20, 56 (100 sl.)). I Kazneni zakonik naziva Parlament, Vladu, Ustavni sud itd. “ustavnim tijelima” (paragrafi 105 sl. StGB: “Nötigung von Verfassungsorganen”).

<sup>23</sup> Sternbergerova formulacija, koja ovdje, dakako, konstatira samo “jedan novi, drugi patriotizam”, koji ne opovrgava (zadržani ranjeni) nacionalni osjećaj i državu (Verfassungspatriotismus, u: *FAZ* od 23. svibnja 1979., 1). Sam Sternberger daje na drugome mjestu diferenciranu analizu pojma domovine, posebno u pogledu njegove republikanske tradicije. (Usp. *Begriff des Vaterlandes* (1947.), u: “*Ich wünsche ein Bürger zu sein*” – *Neun Versuche über den Staat*, 2. izd., 1970., str. 28-50 (prijevod u ovome broju *Političke misli*, nap. prev.).

<sup>24</sup> *BVerfGE* 65, str. 1-71. – Jedan od sudjelujućih sudaca, Helmut Simon, u predavanju na jednome Crkvenom danu usvaja samorazumljivo floskulu “kompjuterizirana nadziruća država”. Pri tome se očituje i kao “ustavni patriot”. (Usp. Simon, *Protestantismus und Protest – Das Verhältnis von Bürgern und Staat*, predavanje od 6. lipnja 1985. na 21. Njemačkome evangeličkom crkvenom danu u Düsseldorfu, Dokumentation br. 230, str. 6, 12.

## 5. Ustav kao vjeroispovijest i kao osnova za nadu

### 5.1. Vjernici, pristaše i neprijatelji ustava

Budući da je slobodarski demokratski temeljni poredak Temeljnoga zakona jedino sigurno tlo koje ima građanin Savezne Republike, važno mu je uvjeriti se stoji li čvrsto na tome tlu a ne preblizu rubu. Političari koji se zalažu ili strahuju za povjerenje birača, daju ritualne izjave o tome i zaklinju se da ih u odanosti Temeljnome zakonu ne može nitko nadmašiti.

Prigovor protivljenja ustavu ovdje djeluje gore nego u drugim zapadnim ustavnim državama, npr. Francuskoj, koja po svome samorazumijevanju ima ustav, ali koja nije ustav. Prigovor u Njemačkoj znači jednu vrstu izopćenja. On definira pogođenoga kao isključenoga iz zajednice, koja se ne podrazumijeva kao državna, već kao zajednica po ustavu, ne kao jedinstvo njemačkih građana, nego građana Temeljnoga zakona.

Ima nastojanja da se ta zajednica ne shvati prema objektivnim mjerilima prava, nego prema subjektivnim valjanosti uvjerenja, kao neka vjerska sekta, koja se poima kao jedinstvo uvjerenja. Nije dovoljno prakticirati ustavne norme; mora se biti najdublje zahvaćen duhom ustava. Dakle, ne ustavna legalnost, nego ustavna moralnost, ustavna religioznost.<sup>25</sup>

Revnosnik ne nalazi u pravnoj kvaliteti ustava i u pravnim institucijama svoje zadovoljenje. Demokracija mora biti više nego što to iskazuje tekst Temeljnoga zakona, dakle više nego oblik države. “Prava” je demokracija oblik života. Ona treba poput krušnoga kvasca zakiseliti sva područja političkoga, društvenoga i privatnoga života. Ona se mora raširiti (“riskirati više demokracije”) i sublimirati. Tko je spoznao “pravo”, ostavlja iza sebe u nebitnome prividu sve “formalno”, postupak, institucije i njihove potrebe za funkcioniranjem i slijedi zemaljsku beskonačnost političke utopije.<sup>26</sup> Utopijsko se inkarnira i u temeljnim pravima kao anarhijska sloboda, a u klauzuli o socijalnoj državi kao beskonačno napredovanje ka socijalnoj pravdi.

Ustav postaje predmetom ushićenja i nerješivim zadatkom, premda zahtijeva stalan napor. Ustav postaje zreliim za Crkveni dan: kršćane valja nalaziti na strani onih koji “svagda postojeći jaz između ustavnoga postulata i ustavne zbilje ne čine kroz ritual bezazlenim kao da je u ovoj zemlji, ipak, sve u redu; koji se stalno iznova zalažu da premoste taj jaz neumornim naporima”.<sup>27</sup> Njemački je ustavni kršćanin faustovski nastrojen. On žudi za nemogućim kad prihvaća nedostiživu ponudu Temeljnoga zakona. On

<sup>25</sup> Moderna ustavna država drži se, doduše, djetetom prosvjetiteljstva. Ali ona je od samoga početka bila i pod pokroviteljstvom civilnovjerskoga propovijedanja, koje ustav i Deklaraciju o pravima čovjeka tretira kao svjetovni surogat Biblije. Gottfried Keller izgovara pomoću jednoga lica u romanu nelagodu prosvjetitelja: republika postaje diljem svijeta nemogućom “jer ju njezini proglasitelji, umjesto stvari hladnoga razuma i životne prakse čine stvari osjećaja, vjerskim idealom, koji, opet, otvara širom vrata licemjerju, fantaziranju i političkome popovanju” (*Der grüne Heinrich*, prva verzija, 1855., 1. sv. 3 pogl.).

<sup>26</sup> “Demokracija radi na samoodređenju ljudi i tek kada je ovo ozbiljeno, ona je istinita” – tako Jürgen Habermas (nav. prema: Kurt Sontheimer, *Das Elend unserer Intellektuellen*, 1976., str. 202. Sontheimerova je knjiga inventura recentnih tema).

<sup>27</sup> Simon (bilj. 24), str. 15.

je, doduše, osuđen na neuspjeh. Ali on se smije na kraju nadati iskupljenju samo ako se svagda trudi postići više demokracije, više slobode, više jednakosti, više socijalne pravde.

Od ustavnoga pijetizma i ustavnoga mesijanizma samo je kratak put do ustavnoga zelotizma. S vagabundskom religioznošću, koja u Temeljnome zakonu traži svjetovno utočište, useljava se *rabies theologica*: sveta revnost navještenja ustavnoga iskupljenja, borbena volja da se ustav “svim silama obrani od deklariranih protivnika kao i od reakcionarnih prividnih demokrata”<sup>28</sup>, strah da se nekome dokaže apostazija autoritarne države, demokratski minimalizam ili antislobodarska hereza i da zbog toga bude izbačen iz ustavne općine.

Što se više postave ideali ustava, to strastvenije zvuči jadikovanje o “neispunjenome Temeljnom zakonu”.<sup>29</sup> Tako ustavni moralist dobiva legitimaciju da prezire “ustavnu zbilju”, da, eventualno, pruža otpor državi koja zaboravlja ustav, da iskazuje civilnu ili militantnu neposlušnost.<sup>30</sup> Novo izdanje staroga njemačkoga toposa: pobunjenik kao pravi sljedbenik.

Ali onaj ustavni pravnik koji je sklon ignoriranju zanosa, jer ne odgovara njegovoj slici svijeta, lako se osjeća potisnut na desni rub konsenzualnoga područja, kao tehnokrat koji ne shvaća bit ustavnih stvari, kao natražnjak koji je odan autoritarnome legalizmu.

### 5.2. *Inkurs: Državni cilj zaštita okoliša – ustav kao simbol po sebi*

I u debati o pravnoj politici Temeljni se zakon distancira od pukih svrha pravne prakse. On postaje samosvrhovitim simbolom. Poučno je aktualno nastojanje da se zaštita okoliša izričito usidri kao državni cilj u Temeljnome zakonu.<sup>31</sup> To vrijedi i za argumente inicijatora, koji ne odražavaju političke pobude, nego su jedino racionalizacijski satrapi u ovoj zemlji uobičajenoga ekološkoga akcionizma koji preseže na ustav.

<sup>28</sup> Simon (bilj. 24), str. 18.

<sup>29</sup> Usp. Adolf Arndt, *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960. Kritički o tome: Hennis (N 20), 22, bilj. 39.

<sup>30</sup> Iz obilja novijih legitimacijskih teorija: Peter Glotz (ured.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1984.; Ulrich K. Preuss, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität*, 1984.; Bernd Guggenberger, *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, 1984., str. 184-195; isti, *Die neue Macht der Minderheit*, *ibidem*, str. 207-223. O tim nastojanjima: Josef Isensee, *Widerstand gegen den technischen Fortschritt*, u: *DÖV*, 1983., str. 565-575; isti, *Widerstand und demokratische Normalität*, u: *CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Argumente, "Widerstand im demokratischen Rechtsstaat?"*, 1984., str. 13-17; Hermann Lübke, *Politische Moral und politischer Widerstand*, *ibidem*, str. 19-22.

<sup>31</sup> Materijali: Entwürfe eines 36. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Gesetzesantrag Hessens vom 22. 5. 1984. (*BR-Drucks. 247/84*); Gesetzesantrag Schleswig-Holsteins vom 18. 6. 1984. (*BR-Drucks. 307/84*); *Niederschrift über die öffentliche Anhörung in der gemeinsamen Sitzung des Rechtsausschusses (551. Sitzung) und des Ausschusses für Inneres (544. Sitzung)*. – Pripremni rad: Bundesminister des Inneren und der Justiz (ured.), *Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge – Bericht der Sachverständigenkommission*, 1983.

Nijedan zagovornik ustavne revizije ne tvrdi da se time u zbilji nešto mijenja, da, primjerice, država treba dobiti više obveza ili prava. Zacijelo nitko nema iluzija da nova ustavna norma treba zaustaviti odumiranje šuma. Ipak se očituje dobra namjera da se prirodne životne osnove sačuvaju radi odgovornosti za buduće naraštaje čovječanstva. Nesređena su pravnička mišljenja hoće li izmjena teksta materijalno pomaknuti valjani ustavni položaj ili ne, je li ona konstitutivna ili deklaratorna; ipak Temeljni zakon država, prema vladajućem mišljenju, uključujući već sada zaštitnu obvezu države za život, zdravlje i vlasništvo prema opasnostima okoliša. Danas nije ni potreban narodno-pedagoški signal za zaštitu okoliša. Jer je svijest o zaštiti okoliša budna i osjetljiva. Ipak, inicijatori misle da se moraju poduzeti mjere opreza u slučaju da padne visoka ekološka konjunktura; tada će ustavna norma pravnom prisilom zajamčiti da se održi značenje zaštite okoliša. Ovdje se razotkriva protuslovlje političke motivacije: državni cilj ponajprije treba postići ustavnopravnu *zaštitu* budućih naraštaja, a zatim njihovo ustavnopravno *pritezanje*.

Dominantno je obrazloženje, međutim, da će određenje državnih ciljeva u Temeljnome zakonu pospješiti integraciju društva. Protiv takvoga argumenta nemoćni su prigovori da je integracija moguća i preko procesa političkoga odlučivanja te da se s konstitucionalizacijom zaštite okoliša prevladava ustavnopravnom tematikom biološka, medicinska, ekonomska i tehnička tematika i da se nadležnost o odlučivanju premješta iz politike na sudstvo. Integracija za kojom se ovdje teži jedino je integracija ustavom. Svatko se sa svojim političkim nadanjima treba prepoznati u ustavu. Naravno da bi se i ekološka razočarenja mogla okrenuti protiv ustava kad bi on zaštitu okoliša proglasio isključivo državnim ciljem. A ekološka kriza, prava ili tobožnja, prešla bi na ustav.<sup>32</sup>

### 5.3. "Sve je ustav"

I bez uvođenja pojedinačnoga državnog cilja ili opsežnoga kataloga ciljeva pojedinac se nije teško prepoznati u Temeljnome zakonu, ako ne u njegovu oskudnom tekstovnom obliku, onda, ipak, u njegovu bujnom tumačenju.

Tamo gdje je oskudica novca, ustav daje subvencijski naslov. Gdje je orijentacijska kriza, on nudi pravac. Gdje je potreba za smislom, on daje smisao.

Ustav je opterećen golemim nadanjem. On treba povrh svoje pravne svrhe doseći ono što u državama bez identitetske dvojbe postižu religija i kultura, tradicija i građanska konvencija. Ustav je jedini legitimacijski izvor zajednice. Općenita je, dakle, žed za ustavnopravnom legitimacijom. Nema interesa koji tu ne traži svoju potvrdu, posjedo-

<sup>32</sup> U najnovije vrijeme neke su savezne zemlje, među njima Slobodna Država Bavarska, unijele odgovarajuću izmjenu u svoj zemaljski ustav. Ali te izmjene imaju razmjerno neznatnu političku i pravnu težinu. Upravo u zaštiti okoliša zemlje imaju slabe nadležnosti; njima potpuno dominira Bundestag. Novi se državni cilj prilagodava i stilu bavarskoga ustava. U šarolikome vrtu bavarskih temeljnih prava, između ustavne pohvale zdravoj djeci "kao najdragocjenijemu dobru nekoga naroda" te jamstva "njemačke šume" i prava na branje šumskih jagoda, prikladno djeluje izjava o prirodnim životnim osnovama. U verbalno škrtoime, pravno strogome Temeljnome zakonu bila bi takva izjava suvišna. – Uostalom, u Bavarskoj, gdje je i dalje živa tradicijska državna svijest unatoč federalnoj redukciji, ustav nije, kao u federaciji, nadomjestak državne samosvijesti, već njezin izraz, i to nipošto jedini.

vanje svoju sigurnost, reformski plan svoj potisak. I oni koji su za očuvanje i oni koji su za promjene uzimaju tu svoje argumente. Uzimatelji i davatelji socijalnodržavne preraspodjele osiguravaju se u ustavu. On pruža oružje političkoj ofenzivi; demokraciji služi kao zemaljska Madona sa zaštnim ogrtačem.

Od Temelnoga se zakona očekuje konkretan, praktičan odgovor na aktualne probleme i (barem stručnim pravnim mišljenjem) dobiva: nezaposlenost mladih, saniranje mirovina, odumiranje šuma, skladištenje nuklearnih otpadaka. Tko se umije u njih ispravno zadubiti, iznosi kompletan školski program, katalog odgojnih ciljeva i orijentacijskih vrijednosti.<sup>33</sup>

On se koristi kao usmjerna veličina za vanjsku politiku.<sup>34</sup> Naravno da se uobičajena praksa služi selektivnom argumentacijom: ljudska prava više za politiku prema Južnoj Africi, mirovni ciljevi više za istočnu politiku. Svijet se treba izliječiti njemačkim ustavom. Građani Temelnoga zakona, od angažiranih u pomoći zemljama u razvoju do saveznoga predsjednika, razvili su sklonost poučavanju autoritarnih država diljem svijeta, svakako ako su politički slabe i zapadno orijentirane (kao ranije Južni Vijetnam, a danas Južnu Koreju ili Paragvaj), slobodarskoj demokraciji, misionarski, kao što članovi Društva antialkoholičara poučavaju nekog alkoholičara.

Valjane tradicijske smjernice Savezne vojske konstatiraju: “Vojničke obveze –odanost, hrabrost, poslušnost, drugovanje, istinitost, diskretnost te primjerno skrbeničko ponašanje pretpostavljenih – dobivaju u naše vrijeme *čudoredni* rang vezanjem uz Temeljni zakon.”<sup>35</sup> Temeljni zakon, dakle, ne samo kao pravni, nego i kao čudoredni temeljni poredak. *Nota bene*: Ministerijalna objašnjenja utvrđuju da veliki mirozov ne protuslovi normama Temelnoga zakona.<sup>36</sup>

Svoje političke zahtjeve za spajanjem obitelji stranaca crkve ne temelje na biblijskim i prirodno-pravnim argumentima, nego – zalažući se za konsenzus – na Temeljnem zakonu, na dijelom konvencionalnom, dijelom samovoljnom tumačenju članka 6 Temelnoga zakona. Kad objašnjavaju opakost pobačaja ili smisao dijakonije, pozivaju se na recentne presude Saveznoga ustavnog suda s onim povjerenjem u autoritet prave riječi s kojim su prije navodili apostolska pisma.

<sup>33</sup> Usp. Peter Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.; isti, *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, u: *Festschrift für Hans Huber*, 1981.; str. 211-239.

<sup>34</sup> Ovo nastojanje odgovara sklonosti vanjske politike Savezne Republike moraliziranju, potiskivanju pitanja moći, odricanju od državnoga rezona. O tome analiza: Hans-Peter Schwarz, *Die gezähmten Deutschen. Von der Machtbesessenheit zur Machtvergessenheit*, 1985., str. 43-59, 126-151. Pravni koncept ustavnopravnoga vezanja vanjske politike: Christian Tomuschat, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, u: *VVDStRL* 36 (1978.), str. 7-63.

<sup>35</sup> Der Bundesminister für Verteidigung, *Richtlinien zum Traditionsverständnis und zur Traditionspflege in der Bundeswehr v. 20. 9. 1982. (FüSI3 Az. 35-08-07)*. Isticanje autorovo.

<sup>36</sup> Objasnjenja uz *Neue Traditionsrichtlinien der Bundeswehr v. 20. 9. 1982.* (str. 9).

#### 5.4. "Svatko je tumač ustava"

Popularno razumijevanje ustava može se formulirati slobodno prema Beuysu i po smislu prema Häberleu: "Sve je ustav. Svatko je njegov tumač". Doista, tumačenje ustava nije monopol Saveznoga ustavnog suda niti dužnosnika i stručno obrazovanih pravnika. Ono je dostupno svakome.

Možemo se požaliti na opću sklonost tumačenju ustava (opet nazoviluteranski element) i kritizirati što sada imaju tome pristup svi: teolozi, filozofi, sociolozi, politolozi i novinari i što zbog toga nastaje "pojmovna vagabundaža", "rastakanje jasne pojmovnosti u brbljanju".<sup>37</sup> Može se slaviti "otvoreno društvo tumača ustava"<sup>38</sup>, ili tumačenje ustava ironizirati kao novi "pučki sport".<sup>39</sup> Ali činjenica se ne može ignorirati ni ako je tome sklon, zbog profesionalne oholosti, profesor državnoga prava. I ona se mora prihvatiti kao demokratska normalnost, kao izraz omiljenosti ustava.

Nepravnički čimbenici obogaćuju i oživljavaju tumačenje i sprječavaju da stručno-pravnički okošta razumijevanje ustava.

Naličje:

Tumačenje ustava zapada u struju konkurentskih ideologija i interesa. Ono lako postaje strančarsko i zagovorničko. Ipak je zagovorničko tumačenje ovdje kao i drugdje korisno sredstvo za nalaženje prava, svakako dok ima sudaca čija je intelektualna mobilnost i mandatska etička čvrstoća dorasla zagovorništvu. Zato nema razloga za konsternaciju kad zastupnik sindikata proglasi strančarsko tumačenje, kao 1979. godine predsjednik Njemačkoga saveza sindikata, koji je kao cilj tumačenja naveo budući razvoj temeljnih prava u duhu interesa zaposlenika: temeljna bi prava trebala biti u prvome redu "zaštitna prava radnih ljudi" i socijalno slabih.<sup>40</sup>

### 6. Temeljni disens u ustavnome konsenzusu

#### 6.1. Interpretacijski antagonizam

*Levée en masse* za Temeljni zakon ima svoju cijenu. Ako svatko stvara svoju sliku ustava, svatko stvara i ustav po svojoj slici. Pluralizam društva preseže na razumijevanje ustava. Realiziranje nekoga tumačenja ustava postaje predmetom ideologijskoga natjecanja i političke borbe za moć. Politički se antagonizam ne ukida ustavnom juridizacijom. On samo prelazi u interpretacijski antagonizam.

<sup>37</sup> Forsthoff (bilj. 4), str. 69.

<sup>38</sup> Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, u: *JZ* 1975., str. 297-305; isti, Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, u: isti, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978., str. 121-152.

<sup>39</sup> Fritz Ossenbühl, *Die Interpretation der Grundrechte. Vortrag vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn*, Sommersemester 1975.

<sup>40</sup> Heinz Oskar Vetter, navod prema: *FAZ* od 3. 10. 1979., br. 240, 1.



Tome se ne protivi činjenica što *obvezatno* tumačenje ustava daje Savezni ustavni sud. Jer kontinuitet judikative počiva na pretpostavkama, osobnim, stručnim, mandat-sko-etičkim, protiv čijega ispadanja nema ustavnopravnoga jamstva. Srednjoročno gledano, izbori sudaca mogu bitnije izmijeniti lice republike Temeljnoga zakona nego parlamentarni izbori.

Sretan je slučaj što je Temeljni zakon pošteđen sudbine Weimarskoga ustava, otvorenoga suzbijanja s desne i lijeve strane. Ali konsenzus o Temeljnome zakonu, iz perspektive pluralističkoga društva, prikriveni je interpretacijski disens.

### 6.2. *Kulturna revolucija: kidanje temeljnoga disensa*

Realni konsenzus početnih godina Savezne Republike, koji se danas iz retrospektive sublimira, nije počivao na Temeljnome zakonu. Vladajuće razumijevanje Temeljnoga zakona zasnivalo se, sa svoje strane, na društvenome konsenzusu koji je već postojao. Ovaj se, dobrim dijelom, hranio iz tradicija prije toga zakona u kojima je osnivački naraštaj, odrastao u Carstvu i u Weimarskoj Republici, još živio više ili manje samorazumljivo. Tome su pripadali uobičajeno razumijevanje države, građanski radni moral i kršćanski etos dužnosti. Nov je bio neoliberalni poticaj s uspješnom gospodarskom koncepcijom socijalne tržišne privrede. Taj je poticaj djelovao na praksu i dogmatiku temeljnih prava. Za političko lokacijsko određenje i ustavnopravno samorazumijevanje mlade demokracije, bitnim je postao antitotalitarizam. Slobodarska se demokracija vidjela u jednakome rastojanju od totalitarnih država na desnoj i lijevoj strani, nacional-socijalističke i realsocijalističke slike neprijatelja.

Konsenzualne osnove nisu se obnavljale, svakako ne dovoljno, kako bi se omogućio kontinuitet političke kulture. Jedan je razlog mogao biti u političkome (pre)odgoju, koji je bio jednostrano usmjeren na nove demokratske i slobodarskopravne ustavne komponente. Raskid je bio očit u njemačkoj kulturnoj revoluciji 1968. godine. Studenti odrasli u okružju Temeljnoga zakona pobunili su se protiv svega preddemokratskoga što je “omogućilo fašizam”, time protiv građanske tradicije, protiv apriornih obveza civilnosti, očuvanja mira i pravnoga posluha, protiv svega državnoga u ustavnoj državi, koje je sada bilo prokazano kao ono autoritarne države.

Naraštaj očeva pokazao se nesposobnim da obrani svoju tradiciju jer je on, skupa sa svojom tradicijom, zatajio pred Hitlerom. Mladež se sa svojstvenom moralnom strogošću i samopravednošću uzdigla do suca svojim očevima, temeljitije i neumoljivije nego što bi to ikada učinila neka okupacijska vlast. Započeli su rituali političkoga samočišćenja, predstave naknadnoga pokreta otpora. Sada je njemački istočni grijeh počeo boljeti iznutra.

Antitotalitarna folija tumačenja ustava zamijenjena je sada antifašističkom. A liberalni ili konzervativni ustavni građanin našao se pred neugodnom alternativom: postati partner svojevremeno osuđenomu lijevom totalitarizmu ili biti osumnjičen zbog fašizma. Temeljni je zakon “prefunkcioniran” u neomarksistički ili paleomarksistički, radikalno emancipacijski ili anarhistički program. Demokracija i slobodarska prava postala su legitimacijski naslov za nasilje u službi napretka. U ime ustava izrasla je politička kultura neposluha protiv normi i institucija Savezne Republike. Ustav je razotkri-

ven kao “životna laž sustava”: da među njegovim jamstvima i interesima vladajuće klase zjapi protuslovlje koje se ne može dulje prikrivati. Temeljni je zakon obećanje koje ne može ispuniti vladajuća klasa, nego jedino revolucija. “Ustav je sam opasan po državu”.<sup>41</sup>

Establišment je, napadnut vlastitim oružjem, bio nemoćan. Potrajalo je dok nije ponovno uspostavljen barem jedan dio razbijenih samorazumljivosti, obnovljen spoznajama koje se sada neposredno potvrđuju ustavom, koje se sada ne legitimiraju tradicijski, nego racionalno. To su: državni monopol sile, mirovna obveza građanina, pravni posluš, unutarnja sigurnost i zaštitna obveza države, sposobnost upravljanja i funkcioniranja državnih institucija, načelo mandata. U tim kategorijama opet postaje valjanim državno u ustavnoj državi. One se rehabilitiraju kao uvjeti mogućnosti slobode i jednakosti, demokracije i pravne države. Kao temeljima moderne države nije im potrebno ustavnozakonsko reguliranje. One su više pretpostavka nego tema ustava.

### 7. Ponovno otkrivanje države

U tijeku je, dakle, ponovno otkrivanje države. Oslobođaju se strukture koje modernu državu čine jedinstvom mira i djelovanja. Riječ je o strukturalnome uzorku iz filozofske radionice Thomasa Hobbesa, apstrakciji općega nauka o državi i međunarodnome pravu, koja danas vrijedi diljem svijeta, dok se još nije ispunilo lapidarno proročanstvo Carla Schmitta da završava epoha državnosti.<sup>42</sup>

Još uvijek je, naprotiv, zapretano ono što bi moglo činiti individualnost njemačke državnosti, njezinu geopolitičku, povijesnu, kulturnu svojevrsnost,<sup>43</sup> ukratko: sve ono što bi državu moglo činiti domovinom. Jedna njemačka baština leži, takoreći, bez gospodara. Čini se da istočnonjemačka konkurentna država, ipak, polagano osjeća da je ovdje raspoloživ identifikacijski potencijal. Prvi, nespreni pomak u Saveznoj Republici bilo je 1983. godine propagiranje “lijevoga patriotizma”; tom se parolom pokušao ukrasiti antiamerički neutralizam.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Hans Magnus Enzensberger, Berliner Gemeinplätze, *Kursbuch* 11/1968., 165.

<sup>42</sup> Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Vorwort zur Ausgabe 1963., str. 10.

<sup>43</sup>Ovdje počinje Arndtova kritika nauka o državi i politologije u Njemačkoj, koji se, prema njemu, bave subjektima konkretnoga identiteta, naime pojedinačnim državama, ali ih obrađuju tako kao da su to sustavi pravila, serijski proizvodi. “Na identifikacijska se pitanja ne može odgovoriti upućivanjem na ustavne rečenice ili norme niti sustavima pravila i zakonitostima” (*Die Besiegten von 1945*, 1978., 58 sl.). Usp. također: isti, Die Befreiten als Besiegte, u: Peisl/Mohler, *Die Deutsche Neurose*, 1980., str. 86- 91. O njemačkoj identitetskoj dilemi i aktualnim nastojanjima da se izbjegne usp. također ostale priloge u zborniku “*Die Deutsche Neurose*”; nadalje: Caspar von Schrenck-Notzing/Armin Mohler (ured.), *Deutsche Identität*, 1982.; Bernhard Willms, Politische Identität der Deutschen – Zur Rehabilitation des nationalen Arguments, u: *Der Staat* 21, 1982., str. 69-96. Načelno: Wilhelm Hennis, Institutionelle Sorgen in der Bundesrepublik?, u: Hrbek (ured.) *Personen und Institutionen in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland*, Eschenburg-Symposium, 1985., str. 61-66.

<sup>44</sup> Teorijski putokaz: Peter Brandt/Herbert Ammon (ured.), *Die Linke und die nationale Frage*, 1981. – Načelna kritika novijih nastojanja svake boje oko njemačkoga identiteta: Alexander Schwan, Brauchen wir

Mogao bi doći dan kad bi se građani Savezne Republike mogli zasititi svoga asketskoga, nečutilnoga postojanja kao ustavnih građana i htjeti više nego onu racionalnost koju može ponuditi neki ustav. Prije sto pedeset godina zabilježio je jedan pruski ministrijalni činovnik koji je kritički promatrao mladi njemački ustavni pokret: “Narod ne živi samo ni od kruha ni od pojmova; on hoće i te kako voljeti nešto pozitivno, brinuti se za to i osvježivati se time; ponajprije želi imati zavičaj u punome smislu, tj. svoju osobitu sferu jednostavnih osnovnih misli, sklonosti i nesklonosti, koje sve živo prožimaju njegove odnose i nisu registrirane ni u kakvome kompendiju.”<sup>45</sup>

Ta se potreba može smatrati zastarjelom. Možemo se utješiti i iskustvom da su građani Savezne Republike svojim uskim, fragilnim ustavnim konsenzusom i svojim potiskivanjem, ipak, dobro prošli. Ali duhovna i religijska potreba Nijemaca, koja ne nalazi svoje normalno ispunjenje, ne može se zadovoljiti ustavnim normama niti ustavnim idealima. Dok je ona usmjerena na ustav, ugrožava njegovu racionalnost bez koje on ne može biti pravni temeljni poredak zajednice; ona od njega zahtijeva nemoguće i time žrtvuje njegovo moguće. Prigušena njemačka emocionalnost vrlo je eksplozivna politička energija. Ne treba biti Francuz da bi se osjetila jeza kad se ta energija isprazni u političkim pokretima, kada su monomanski uzbuđene mase spremne sve žrtvovati za neki apsolutni cilj, pa i pravni mir, legalnost, parlamentarizam, civilnost ustavne države.

Možda bi se konsenzualna osnova mogla proširiti i učvrstiti kad bi Nijemci Savezne Republike – nakon razdoblja nacionalne pregrijanosti i nakon razdoblja nacionalne zaleđenosti – bili pripravniji prihvatiti sami sebe, i to ne samo onakvima kakvi bi po ustavu trebali biti, nego i onakvima kakvi su neizbježno po povijesti i položaju.

*S njemačkoga preveo*

Tomislav Martinović

eine neue Identität?, U: Randelzhofer/Süß (ured.), *Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz*, 1986., str. 509 – 518.

<sup>45</sup> Joseph Freiherr von Eichendorff, Politischer Brief (vjerojatno nakon 1830. godine), u: *Historische, politische und biographische Schriften* (ed. Kosch), 10. Bd. der Sämtl. Werke, Historisch-kritische Ausgabe (ed. Kosch/Sauer), 1911., str. 355. Slično Eichendorff također u: Preußen und die Konstitutionen, *ibidem*, str. 297.

Josef Isensee

*CONSTITUTION AS HOMELAND.  
ON THE GERMAN SUPPRESSION OF THE STATE*

*Summary*

The author argues that the word homeland disappeared from the political language and that it has been replaced by the unpolitical word: identity. This raises a question: what is identity to a German if the state cannot provide it? The consequence of Hitler's legacy is that the tradition is troublesome so that the identity is now linked with the constitution. The author looks into the idiosyncrasies of the German constitutional/legal system by which the old state thinking has been replaced with the "constitutional thinking". In this way patriotism becomes "constitutional patriotism", and the constitution becomes the homeland. The consensus about the constitution – the result of the general acceptance of antitotalitarianism – was challenged by students in 1968, when this antitotalitarianism was replaced by antifascism. At the same time, however, an entire political culture of disobedience against institutions evolved, and declared the constitution the "system's life's lie". The system took a long time to recover, but it rehabilitated the state authority within a constitutional state. Nevertheless, this has not restored the individuality of German statehood i.e. the state does not become the homeland. Although the author is aware that this idea is outmoded, he nevertheless points out that the consensual base would be broader if Germans were allowed to be what they are by their history and their position, and not only what they should be according to the constitution.