

---

## Supremacija ustava. O odnosu napetosti između demokracije i konstitucionalizma\*

---

HANS VORLÄNDER\*\*

*Sažetak*

Autor analizira što znači “suverenost ustava” i postavlja pitanje ne bi li “ustavnu demokraciju” trebalo shvatiti kao mješavinu dobrog političkog poretka u aristotelovskome smislu *taxisa*? Autor ispituje različite tradicije u razvoju konstitucionalizma na primjerima Francuske, Engleske i Sjeverne Amerike. U slučaju Sjeverne Amerike on se poziva na ideju stvaranja miješanog oblika ustava ili ustavne demokracije kojim se postiže demokratsko legitimiranje moći ali i njezino konstitucionalno ograničavanje. Iz razvoja konstitucionalizma pokazuje se da ustav zauzima mjesto koje je najprije zauzimala suverena osoba monarha, a zatim, suvereni narod u demokraciji. U osnovi, normativni konstitucionalizam dovodi do situacije u kojoj ustavni sud daje autoritativno tumačenje ustava čime demokratskoparlamentarna država postaje ustavnosudska jurisdikcijska država. Autor zaključuje da sakralizacija ustava i ustavnog sudstva nije uvijek sasvim poticajna za politički proces što otvara nove kontroverzije.

Tek konfliktni slučaj opet doziva u svijest stanje napetosti. Kad Njemački parlament većinom svojih članova izglasa zakon i taj zakon Ustavni sud nakon ustavnopravne provjere proglasi protuustavnim, postaje jasno da zakonodavac nema zadnju riječ. Ustavna povijest Savezne Republike Njemačke poznaje niz slučajeva u kojima je Njemački parlament, djelomice gotovo jednoglasno, izglasao zakon koji je zatim Savezni ustavni sud proglasio protuustavnim i time ništavnim. Tako je bilo – dvaput, ne samo pri novome reguliranju prekida trudnoće. Ni u takozvanoj presudi o popisu pučanstva nije mogla nadmoćna većina Njemačkoga parlamenta spriječiti izjavu Ustavnoga suda o njezinoj ništavnosti. A kad je isti sud proglasio protuustavnim propis o bavarskim osnovnim školama, koji je obvezivao stavljanje križa u svim razredima tih škola, tada je opet, ovaj put u svojoj oštirini, postao jasnim ustavni položaj: demokracija i konstitucionalizam nalaze se u odnosu napetosti. Ustavi ograničavaju većinsku volju. Oni joj nameću sadržajne i proceduralne granice. Narodna volja ne može nipošto sve, ona je vezana. Ne veže se lancima samo državna vlast, izvršna, niti samo državna vlast pravom i zakonom. I demokratski zakonodavac, parlament kao zamjenska, predstavnička potvrda

\* Tema je izložena u raznim varijacijama u Interuniverzitetskome centru u Dubrovniku te na sveučilištima u Freiburgu, Göttingenu i Zagrebu.

\*\* *Hans Vorländer*, redovni profesor na Odsjeku političkih znanosti Tehničkog sveučilišta u Dresdenu.

narodne volje podliježe pravnim granicama. Još više: U ustavnim državama sudovi ne provjeravaju samo zakonitost državno-izvršnoga upravnog djelovanja nego i ustavnost zakona. Kako je, pak, i zašto provjeravanje ustavnosti zakona spojivo s većinskom voljom i narodnom suverenosti?

Godine 1943. Robert Jackson, ustavni sudac američkoga Vrhovnog suda rekao je: “Prava svrha *Bill of Rights* bila je izvući određene teme iz oscilacija političkih kontroverzija, osloboditi ih od zahvata većine i službenih osoba te ih utvrditi kao pravna načela koja su sudovi dužni primjenjivati. Ne smije se glasovati o pravu na život, slobodu i vlasništvo, na slobodu govora i tiska, vjersku slobodu i slobodu okupljanja i druga temeljna načela, niti su ona ovisna o ishodu bilo kakvih izbora.”<sup>1</sup> Ali što to znači? To ne znači ništa drugo nego da su teme, predmeti odlučivanja i reguliranja izvučeni iz političkoga procesa, jer većine ne jamče da će štititi važna, osobito važnim smatrana pravna dobra. Štoviše, to znači također da je ustavotvorac, *pouvoir constituant*, naložio ustrojnim vlastima obveze kojih se *pouvoirs constitués* moraju držati: “Protuslovno je” kaže Rousseau, “što se suverena vlast sama sputava.”<sup>2</sup> A ipak je tako: Ustavotvorac veže ustavom konstituirane vlasti. I ne samo to, ustav probija demokratski većinski sustav i domesticira demos. Ovlaštenje ustavotvorcem slijedi odmah razvlaštenje ustrojnih vlasti. Ako ustav konstituira demokratske vlasti, on temeljito limitira demokratsko načelo.

Može se, doduše, reći, promatrajući više od 200 godina staru tradiciju demokratske ustavne države, da se zaoštrena opreka između konstitucionalizma i demokracije odavno reducirala na uređeno supostojanje demokratskih i konstitucijskih načela. Čini se da sve funkcionalne demokracije rade u granicama određenim omeđenjima. Ipak u sustavu demokratske ustavne države dolazi uvijek do nadmetanja, koja vode u institucijsko-političke napetosti između ustrojnih vlasti ako demokratsko načelo suverenosti počne protusloviti ustavnopravnim odlukama i njihovim ustavnosudskim tumačenjima. Nadmetanje konstitucionalizma i demokracije strukturira onda sukob između dvaju suverenitetskih postulata: demokratskoga i konstitucijskoga.

Čini se da je sukob ustavnopravno odlučan. Ustav ima primat, ne samo naspram političko-demokratskome procesu, već i naspram takozvanom jednostavnom pravu. Zakonska se hijerarhija trostruko osigurava: legitimacijski posebnim konstitucijskim aktom, pozitivnopravno procedurama otežane izmjenljivosti ustava i, napokon, institucijski, gdje postoji, vlastitim ustavnim sudstvom. Primat ustava ima svoje mjesto i svoju instituciju tamo gdje je posebnom ustavnim sudstvu dana kompetencija kontrole normi. Svakom zakonskom aktu može se provjeriti ustavnost ako postoji podnositelj tužbe. Time ustav postaje *paramount law*, kako je to John Marshall 1803. godine formulirao

<sup>1</sup> *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (str. 638), ovdje navedeno prema Holmes, Stephen, *Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie*, u: Preuß, Ulrich K. (ur.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt/Main, 1994., 132 sl. Holmesov članak uzima isti temeljni problem, odnos napetosti između “konstitucionalista” i “demokrata”, kao polazište za svoju uglavnom idejnopovijesnu raspravu. Moji izvodi imaju drukčije, teorijsko naglašavanje poretka.

<sup>2</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Sozialphilosophische und politische Schriften. Betrachtungen über die Regierung Polens und über deren vorgeschlagene Reform*, München, 1981., 593.

obrazlažući ustavnosudsko pravo provjeravanja zakona i pri tome se oslonio na Hamiltonov *Federalist Paper No. 78*.<sup>3</sup>

Dvostruka primatska pozicija ustava, naspram demokratskome procesu i naspram jednostavnome zakonskom pravu, utemeljuje njegovu supremaciju. Demokracija je ograničena, narodna je suverenost ograđena pravom, proceduralnim, institucijskim i temeljnopravnim normama. Njima ne disponira jednostavni zakonodavac. Jednostavni zakon, obično opisan kao izraz suverenosti parlamenta, niži je po rangu od ustava. U ustavnoj državi nema suverena.<sup>4</sup> Ipak je to jedino moguće zato što ustav sam postavlja suverenitetski postulat. Ustav hoće biti suveren. Vladavina ustava lomi vladavinu naroda i vladavinu jednostavnoga zakonskog prava što proizlazi iz zakonskih akata. Tako nije, a to valja priznati, u svim demokratskim državama, niti je tako svagda bilo. Francuska i Engleska imaju drukčije povijesne tradicije; ipak je, čini se, američki, a također i model krajnjega ustavnodržavnog limitiranja demokratskog načela Savezne Republike Njemačke postao paradigmatičnim za tip demokratske ustavne državnosti.

Dva pitanja valja razjasniti. Prvo, što znači “suverenost ustava”? Kakve su institucijske konzekvencije “vladavine ustava”? Drugo, kako se može opravdati, odnosno objasniti vezanost ustrojenih vlasti zadanostima ustavotvorca? Ne stoji li ovdje tako zaoštre na opreka između konstitucionalizma i demokracije u idejnopovijesnoj i iskustvima zasicienoj tradiciji miješanoga ustava i zar “konstitucijsku demokraciju” ili “ustavnu demokraciju” ne bi trebalo shvatiti kao mješavinu dobroga političkog poretka u aristotel-skome smislu *taxisa*?

Prvo, što je supremacija ustava, osobito u institucijskom pogledu? Do sada je bilo govora o nadmetanju suvereniteta. Ali što je suverenost ustava ako se teško može zamisliti subjekt, sličan subjektu demosa, na kojemu se temelji narodna suverenost? Čini se da upravo konstitucionalizam stavlja vladavinu ustavnoga prava namjesto vladavine subjekata sile političkog odlučivanja. A ipak se u trima različitim pogledima pojavljuje problem suverenosti u ustavnome kontekstu.<sup>5</sup>

S jedne strane, stalno se iznova navodi suverenost ustavnoga zakonodavca i u *pouvoir constituant* nastoji identificirati suveren ustavne države. Ustavotvorna vlast, doista, nije isprva vezana, ona je, slično apsolutnome monarhu, *legibus solutus* i zato i te kako suverena. Ali upravo proces konstitucionalizacije vladavine i moći odlikuje to što se aktom ustavotvorstva sam *pouvoir constituant* oslobađa svoje suverenosti. On se povlači iza jednom stvorenoga ustava te su sve vlasti konstituirane ustavom time *pouvoirs constitués*.

Ako već *pouvoir constituant* gubi svoju suverenost u ustavnoj državi, tada bi se – s druge strane – suverenost mogla pripisati zakonodavcu koji mijenja ustav. To je onaj

<sup>3</sup> Usp. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803.); Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John, *The Federalist Papers*, New York, 1961.; na njemačkome: isti, *Die Federalist-Artikel. Politische Theorie und Verfassungskommentar der amerikanischen Gründerväter*, uredili A. Adams i W. P. Adams, Paderborn itd., 1994.

<sup>4</sup> Tako također glasi argument u već klasičnoj raspravi u: Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, Hamburg 1975., 111 i d.

<sup>5</sup> Usp. također Kriele, Martin, *ibidem*.

zakonodavac koji ima pravo mijenjati ustav kvalificiranom većinom. Ovdje se, možda, nešto spasilo od nevezane moći ustavnoga zakonodavca u konstitucijsko stanje. Ipak je tako da je i zakonodavac koji mijenja ustav jednom utvrđenim procedurama promjene ustava i sam vezan postupcima mijenjanja zadanim ustavom. On je time sam *pouvoir constitué*.

Valjalo bi, na kraju, razmisliti i o obliku koji ustavnu državu misli ne kao normalno, nego kao izvanredno stanje: suveren je tko odlučuje o izvanrednom stanju.<sup>6</sup> Izvanredno bi stanje bilo, prema tome, stanje koje se ustavom ne anticipira, niti se može anticipirati. To bi bilo stanje koje bi se moglo nazvati revolucionarnim, koje uklanja postojeći ustav ili stvara novi ustav. Ono se ne odnosi na naše razmišljanje, jer ovdje postoji jedini pretkonstitucijski ili postkonstitucijski slučaj gdje se pojavljuje nevezani *pouvoir constituant*. Ako se pak izvanredno stanje shvaća kao čin probijanja ustava u inače postojećem *status constitutionalis*, tada se zbiljski ne dovodi u pitanje vladavina ustava.<sup>7</sup> Konačno, iskustvo Savezne Republike Njemačke pokazuje da ustav ima odgovor i za izvanredno stanje, naime normiranje takvoga stanja kao slučaj konstitucijskoga kriznog stanja. Tu se utvrđuju postupci i institucije koji takav slučaj pokušavaju anticipacijski regulirati. Pravo kriznoga stanja sastoji se, dakle, od ustavnopravnih ovlaštenja koja nadležnosti kriznoga stanja sadržajno i vremenski ograničavaju.<sup>8</sup>

Ovaj kratki prikaz pokazuje da logika konstitucionalizma umije postupati s trima suverenitetskim izazovima. Ako se time *ex negativo* obrazlaže da ustav nema suverenitetskoga konkurenta, tada još uvijek preostaje pitanje što pozitivno znači da je ustav suveren. Ako se pod suverenošću podrazumijeva jedino afirmacijska moć neke osobe ili skupine, dakle suverenost shvaćena s aspekta subjektne teorije i teorije djelovanja, ako je dakle u igri akter, tada se suverenost nekoga ustava, pravnoga regulatora pravila igre, isprva ne može lako pojmiti. Zato valja drukčije plauzibilirati tvrdnju “ustav je suveren”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Usp. Schmitt, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München/Leipzig, 1922., 2. izm. izd. 1934., 11.

<sup>7</sup> Usp. o “probijanju ustava” također Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 5. izd. Berlin, 1970., 99 sl.

<sup>8</sup> Usp. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, op. cit., 115.

<sup>9</sup> Carl Schmitt se u svome djelu “*Verfassungslehre*” (op. cit., 7 i d.) bavi pitanjem može li se neki ustav nazvati suverenim. Ali on skraćuje pitanje na političko-polemičku opreku između liberalizma i demokracije, pripisujući govor o suverenitetu ustava “predstavnicima građanskoga liberalizma”, takozvanim doktrinarcima, u vrijeme monarhijske restauracije u Francuskoj i za vrijeme srpanjske monarhije. Schmitt iz toga zaključuje: “To je tipičan odgovor liberala građanske pravne države, za koje se i monarhija i demokracija ograničava u interesu građanske slobode i privatnoga vlasništva” (8). Bez obzira na to što se ovdje poopćava određena povijesna konstelacija iz sredine 19. stoljeća, Schmittov je odgovor na pitanje konstitucijske suverenosti nedostatan i zato što se ovdje, za njegov ustavni nauk ionako konstitutivno, navodni demokratski element političkoga izigrava navodnom liberalnošću pravne države. Schmittova kritika liberalnog konstitucionalizma, njegova potiskivanja političkoga, prelazi preko genuinoga rezona konstitucionalizma, politike, bila ona formulirana monarhijski ili demokratski, da postavlja pravna ograničenja. Naša argumentacija nastoji, naprotiv, konstitucijsko i demokratsko razumjeti u – poretkovnoteorijskome konceptu miješanoga ustava. Nadalje ćemo pokazati da su s time povezani institucijsko-politički problemi, pa čak da se utemeljuje nova supremacija. I Schmittov drugi odgovor na pitanje o suverenosti koje je postavio: “Uistinu važi neki ustav jer ... proizlazi iz ustavotvorne vlasti i ova ga svojom voljom postavlja” (str. 9), također nije uvjerljiv, jer se

Ustav rješava jedan suverenitetski problem. Ustav zauzima mjesto koje je ponajprije zauzimala suverena osoba, vladar, monarh i, zatim, u obliku čiste demokracije, suverenost naroda. Najprije se traži zaštita od kralja u kasnosrednjovjekovnim *constitutiones*, *lois fondamentales*, *leges fundamentales*, vladavinskim ugovorima. Zatim se, a to je teorijski problem u Johna Stuarta Milla i Alexisa de Tocquevillea i praktični u američkome ustavnom zakonodavstvu, traži zaštita od suverenosti naroda i potencijalno svagda moguće tiranije većine.

Ustav ovdje rješava, dakle, jedan suverenitetski problem, a poanta je u tome što ga ne rješava više na račun prava, primjerice ponovnim postavljanjem subjekta koji zahtijeva suverenost, već uz pomoć prava. Pri tome je nužno da se u pozitivnom pravu još jednom razlikuje između nedodirivoga prava i prava slobodnog raspolaganja. Ali time je uveden primat ustava, ustav predstavlja najviše pravo, “nedodirivo pravo”, on je *paramount law*. Da bi se pojasnilo kako ovdje valja shvatiti ustav, možemo se osloniti na Luhmannov opis evolucijskih postignuća ustava.<sup>10</sup> Luhmann izvodi, a u tome ima pravo, da ustav uvodi asimetriju u odnosu dviju različitih vrsta tekstova, naime između ustava i ostaloga prava. Ta asimetrija različitih vrsta tekstova reže infinitni regres u pitanju valjanosti i utemeljenja. Referenciju na neraspoloživost, kao što je došla do izraza u prirodnome i umnome pravu kao granicama suverene moći odlučivanja, nadomješta ustavni tekst. Ustav hijerarhizira pravne norme i time rješava problem jednostavnog prava da mora razlikovati između prava i neprava. Paradoksija se rješava hijerarhizacijom pravnih normi. Time se sukobi rješavaju pravom, a ne više na račun prava.

To je jedan vid stvari. Ustav rješava jedan suverenitetski sukob. Druga je strana da ustav svojom supremacijom, međutim, izaziva novi sukob, nazovimo ga mirno suverenitetski sukob. Ustavi su tekstovi, ali tekstovima treba tumačenje. Oni se ne obraćaju izravno političkim akterima. Njima je nužno tumačenje, konkretizacija i primjena. Ustav ne važi, čisto je nominalistički ako ne određuje nekoga tko će ga – ponajprije u konfliktnome slučaju – primijeniti i zajamčiti njegovu afirmaciju. Ustavima je nužna institucija koja utjelovljuje njihov *auctoritas*, *une bouche de la constitution*. Posljedica je, međutim, posve jasna: Tumačenjem ustava prelazi prvotna nadležnost normiranja suverenog ustavnog zakonodavca u interpretacijsku nadležnost tumača ustava.

Do kraja mišljeni normativni konstitucionalizam vodi u uspostavljanje sankcijskoga ustavnog sudstva, koje autoritativno jamči tumačenje i valjanost ustava, ali time supremaciju ustava u institucijsko-političkome pogledu prenosi u jurisdikciju ustavnoga suda. Pravi je suverenitetski dobitnik u ustavnoj državi tumač ustava: demokratsko-parlamentarna zakonodavna država postaje ustavnosudska jurisdikcijska država. Zakonodavac prednjači, ustavni sud ima supremaciju.<sup>11</sup>

ustavi, ako su na snazi dugo vremena, i po valjanosti izlučuju iz svoga konteksta nastajanja, a volja konstitutivne vlasti ne može više zahtijevati *auctoritas*, koji je, međutim, nužan za valjanost nekoga ustava.

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990.), 176-220.

<sup>11</sup> Na to je veoma snažno ukazao već Ernst-Wolfgang Böckenförde. Upravo širenjem valjanosti temeljnih prava mijenja se odnos zakonodavstva i ustavnoga sudstva: “U znaku objektivno-pravnoga načelnog djelovanja temeljnih prava dolazi do ... usporednog poretka i približavanja stvaranja parlamentarnoga i

Supremacija države zasniva se, dakle, u posljednjoj konzekvenciji na dvostrukoj *translatio potestatis*. Demos se sam veže u ustavnoj državi i njome prenosi svoju suverenost na proceduralno i materijalno-sadržajno vezane ustrojene vlasti. One se pak institucijski podčinjavaju ustavnosudskoj jurisdikciji. Tamo gdje se tumač ustava u spektru ustrojenih vlasti može osloniti na vlastitu instituciju, koja je uz to opskrbljena sankcijama, suverenitetski je dobitnik ustavni sud.

Ali još jednom se mora naglasiti da nije tako u svim ustavnim državama. U Francuskoj je tradicijski suverenost demokratsko-parlamentarnoga zakonodavca bila simboličan izraz *volonté générale*. U ustavu iz 1791. godine stajalo je: “*Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi.*” I tako se dugo nije ni mogla razviti sudska kontrola ustavnosti zakonodavstva. Institucija ustavnoga žirija, koju je predložio opat Sieyès i koja je bila predviđena 1791. godine – *tribunal de cassation dans l’ordre constitutionnel* – bila je sastavljena od parlamentaraca i trebala je jedino zajamčiti prednadzor u okviru redovitoga zakonodavnoga postupka. U sadašnjem ustavu Pete Republike postavljeni *Conseil Constitutionnel* tek je postupno dobio status samosvoje ustavne kontrolne instancije. I on nadzire ustavnost zakona u okviru normalnoga zakonodavnog postupka, dakle prije proglašavanja zakona. Ali po funkcionalnosti *Conseil Constitutionnel* počinje polagano dobivati ulogu redovitoga ustavnog sudstva. Sedamdesetih su godina 20. stoljeća prvi put članci Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine uneseni u ustavnu jurisdikciju *Conseil Constitutionella* (ustav iz 1958. godine uzima preambulu ustava iz 1946. godine, a ovaj Deklaraciju iz 1789. godine)<sup>12</sup>, a s druge strane, uspostavlja se nešto kao materijalno pravo provjeravanja, kao u slučaju *Loi Pasqua*, gdje se zakon provjerava ustavnim normama i, ako je nužno, odbacuje.

Engleski je slučaj drukčiji, premda ipak, unatoč izgledu, vodi opet nazad u teorijski zaoštren problem supremacije ustava i njezinih institucijskih konzekvencija. Engleski ustavni razvoj nije išao putem konstitucionalizacije vladavine, niti putem kodifikacije organizacijskopравниh odredbi i jamčenja temeljnih prava. Ipak je u poduljem povijes-

ustavnosudskog prava. Prvo se snizuje s izvornoga uspostavljanja prava na konkretizaciju, drugo s interpretacijske primjene prava na pravnostvaralačku konkretizaciju ... Nivelira se prethodno kvalitativna razlika između zakonodavstva i jurisdikcije. Oboje se bavi stvaranjem prava u obliku konkretizacije i natječe se u tome. U tome natjecateljskom odnosu zakonodavac prednjači, ali ustavni sud ima supremaciju. Rezultat je promjena u svrstavanju vlasti i prelaganje težišta među njima. Obavlja se klizeći prijelaz od parlamentarne zakonodavne države k ustavnosudskoj jurisdikcijskoj državi.” Böckenförde utvrđuje kao rezultat: “Djelomice se regresira koncept diobe vlasti formativan za kontinentalnoeuropsku ustavnu državu, koji se ... temelji na jasnome razlikovanju uspostavljanja prava i primjene prava. Ustavni sud postaje jači politički (ne stranačkopolitički) organ, ustavni aeropag; širi se krajičak suverenosti, koji taj sud ima u svojoj ruci snagom svoje nadležnosti za obvezujuću posljednju odluku.” Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, u: isti, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt/Main, 1991., 159-199 (189 i d.).

<sup>12</sup> Usp. o francuskome razvoju – za razliku od sjevernoameričkoga – Stourzh, Gerald, *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionsgeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien/Köln 1989., 155-174, osobito 168 i d.; Henkin, Louis, *Revolutionen und Verfassungen*, u: Preuß, Ulrich K. (ur.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt/Main 1994., 213-247. O nastanku modernoga konstitucionalizma sada također Vorländer, Hans, *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, München, 1999.

nom procesu nastala fundamentalizacija bitnih prava i zakona koji određuju politički život. Ta fundamentalizacija prava i načela organizacije države s gledišta materijalnog prava veoma je bliska ustavu koji poznaje sjevernoamerička i kontinentalnoeuropska tradicija. Supremacija pisanog ustava ovdje ima svoj funkcionalni ekvivalent u tradiciji *rule of law* i *common of law*, koju je engleska politička kultura na jedinstven način podržavala i priznavala. Zbog nje, barem dosad, nije bila nužna kodifikacija u pisanome dokumentu, *written constitution*.

Od engleske tradicije vodi izravan put u Sjevernu Ameriku, gdje se, prihvaćajući tradiciju stare domovine i lagano se, ali ipak presudno, mijenjajući, tako reći kao model razvila supremacija ustava. Otto Hintze je imao pravo kad je utvrdio da su se “temeljna načela, na kojima se zasniva moderna demokratska ustavna država ... pojavila već prije Francuske revolucije teorijski i praktički u Engleskoj i Americi.”<sup>13</sup> U Sjevernoj Americi riječ je o temeljnom uzorku demokratskog razvoja ustavne države, koji je postao paradigmom za modernu ustavnu državnost i koji povijesno osvjetljava teorijski zaoštrene položaje napetosti između demokracije i konstitucionalizma. Taj uzorak ima ujedno i dobre iskustvene razloge koji pokazuju povijesno opravdanim, prvo, supremaciju ustava i, drugo, podređivanje demosa pravu i ustavu.

Proces stvaranja ustava u Sjevernoj Americi prošao je, grubo pojednostavljeno i shematizirano, pet stadija.<sup>14</sup> Iz kolonija su nastajale veoma brzo posebne konstitutivne, ustavotvorne vlasti. Ove su stvarale ustave u pojedinim državama i pobrinule su se, drugo, za razlikovanje između ustavne isprave i jednostavnog zakonodavstva. Treće, u tim ustavotvornim procesima može se promatrati srastanje starog nauka o državnim oblicima, s jedne strane, dakle načela uspostavljanja političkog poretka i, s druge strane, proglašavanja individualnih prava građana. Time ustavi nisu više bili jedino čisti *instruments of government*, nego su određivali vladama, posve onako kako su to činili Locke i američka Deklaracija o nezavisnosti, posebnu svrhu, naime jamčenje i zaštitu individualnih prava. S tim je upravo bila povezana, četvrto, inventarizacija i kodifikacija individualnih prava. To se moglo dogoditi, kao u Virginiji, izvan ustava, ali i, kao u Pennsylvaniji i Massachusettsu, sabiranjem u jednome dokumentu. I napokon, peto, bila je najkasnije u Saveznome ustavu iz 1787./91. također predviđena utuživost prava u ustavnopravnome postupku provjere propisa i time osiguran primat ustava institucijom ustavnoga sudstva sa sudačkim pravom provjere zakonskih akata. Čuvena odluka *Marbury versus Madison* iz 1803. godine završila je taj razvojni proces.

Time je sjevernoamerički razvoj pokazao dvoje. Prvo, američki ustavi nisu samo konstituirali narod kao ustrojenu vlast već su ujedno limitirali nadležnosti demosa radi osiguranja individualnih prava. Presudni argument federalista u američkom ustavotvornom postupku bio je da i demokratska većina može tiranizirati. Oni su poznavali problem većinske tiranije, opasnost koncepta čiste demokracije, iz antike, iz spisa klasika o

<sup>13</sup> Hintze, Otto, Der Durchbruch des demokratischen Nationalstaats in der amerikanischen und Französischen Revolution, u: isti, *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, 2. izd. 1962., 504.

<sup>14</sup> Usp. o tome istaknute studije Geralda Stourzha, sada sabrane u isti, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, op. cit.

grčkome polisu i Rimskoj republici. Oni su usvojili Aristotelove, Polibijeve, Livijeve, Machiavellijeve i Harringtonove argumente i upozorili na čisto ozbiljenje načela narodne suverenosti te se distancirali od toga. Njihov je naum bio stvoriti miješani oblik ustava, predstavničku demokraciju ili republiku, kako su je nazivali<sup>15</sup>. U stvari se radilo o miješanom obliku konstitucijske demokracije ili, drukčije formulirano, o miješanom obliku ustavne demokracije. On je dopuštao ustrajavanje na postupcima demokratskoga konstituiranja i legitimiranja moći, a s druge pak strane konstitucijsko ograđivanje te moći. Tek što se demos, dakle, oslobodio okova stare domovine, veže se sam, jednom da bi se sam zaštitio, drugi put da bi osigurao slobodu građanima, “mnoštvu zajednice”, kako je to rekao Aristotel.

Konstitucionalizam i demokracija nalazili su se u odnosu napetosti, ali su stvorili miješani ustav, oblik države ustavne demokracije, koji je htio međusobno pomiriti temeljna prava i demokraciju. Tip ustavne demokracije stoji sa svojim povezivanjem demokracije i oblikovane ustavne državnosti, dakle, u tradiciji umjerene demokracije ili *mixed constitution*.<sup>16</sup> To je pokušaj da se spretnim aranžiranjem socijalnih snaga, političkih vlasti i individualnih prava etablira i stabilizira dobar i slobodarski poredak.

Sjevernoamerički razvoj otišao je, kao kasnije i njemački Temeljni zakon, korak dalje. Supremacija ustava institucijski je podstavljena ustavnim sudstvom.<sup>17</sup> U Engleskoj se već u 17. stoljeću, u raspravi između Karla I. i Parlamenta, kao zatim i u raspravi oko Sedmogodišnjega zakona 1716. godine, formiralo shvaćanje koje je dopuštalo misliti na protuustavnost zakona ili postojećega političkog poretka. Nadovezujući se na to, već su kolonije u Sjevernoj Americi razvile pojmovni instrumentarij i ispitale ga u pravnim slučajevima kasne kolonijalne povijesti, koji je opravdavao otpor supremaciji engleskoga parlamenta u kategorijama ponovnog uspostavljanja ustavnog *statusa quo antes*. Odatle do općega, ustavom zadanoga nadzora supremacije parlamenta u nezavisnim

<sup>15</sup> O federalistima i američkoj raspravi o utemeljenju nezaobilazni su, dakako, radovi Jürgena Gebhardta. Usp. Gebhardt, Jürgen, *The Federalists*, u: Maier, Hans/Rausch, Heinz/Denzer, Horst (ured.), *Klassiker des politischen Denkens*, 2 sveska, München 1969, 75-134; isti, *Selbstregulierung und republikanische Ordnung in der politischen Wissenschaft der Federalist Papers*, u: Göhler, Gerhard/Lenk, Kurt/Münkler, Herfried/Walter, Manfred (ur.), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen 1990., 310-334; isti, *Die Krise des Amerikanismus. Revolutionäre Ordnung und gesellschaftliches Selbstverständnis in der amerikanischen Republik*, Stuttgart, 1976. Dok Gebhardt poretkovni koncept federalista tumači više pod republikanskim predznakom, ja vidim federaliste na kolijevci konstitucijskoga liberalizma (usp. Vorländer, Hans, *Hegemonialer Liberalismus. Politisches Denken und politische Kultur in den USA 1776 – 1920*, Frankfurt a.M./New York, 1997. osobito 74 i d., 107 i d.

<sup>16</sup> Gerald Stourzh govori – pozivajući se na Wolfganga Fikentschera – o tipu demokracije temeljnih prava. On time misli (*Wege zur Grundrechtsdemokratie*, op. cit., XII.): konstitucionalizacija osobnih prava u dijelu ustava o temeljnim pravima; utuživost tih prava u postupku kontrole normi; ograničenja jednostavnog zakonodavca; jača mogućnost nadzora uprave. Na konstitucijsko ograđivanje demokracije, miješano obilježje demokratske ustavne države, na tip konstitucijske demokracije ukazali su već rani radovi Carla Joachima Friedricha (*Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950.; *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin itd., 1953.) i Karla Löwensteina (*Verfassungslehre*, 3. izd., Tübingen, 1975.).

<sup>17</sup> Usp. o narednome izvršnu studiju Stourzh, Gerald, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, u: isti, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, op. cit., 37-74.



Sjedinjenim Američkim Državama bio je još samo mali korak. Time je prijedan put od prava na otpor do ustavnoga sudstva. Granična situacija otpora prenesena je u normalnost postupka. Gospodarem postupka postalo je ustavno sudstvo.

Time je nađen i odgovor na problem otpora Johna Lockeja, koji se još pozivao na Božju presudu radi legitimiranja prava na otpor: “*inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex*”.<sup>18</sup> Ali sada je umjesto u pravu na otpor pozvane Božje presude došla sudačka presuda onih koji su bili pozvani da mjere zakone mjerilom ustava. Time je razvoju modernoga konstitucionalizma, kako ga danas poznajemo, već rano stavljena kruna. Ali problematična je bila, jest i ostaje konzekvencija. Ako umjesto u pravu na otpor pozvane Božje presude dolazi ustavnosudska presuda, tada se ne samo sugerira da umjesto Boga dolazi ustav. Tada se ujedno oboma, i ustavu i ustavnome sudstvu, dodjeljuje sakralizacija i auratizacija koja nije uvijek poticajna za politički proces. *Quis custodiet custodes*, to je onda samo polazno pitanje za niz problema koje supremacija ustava i ustavnoga sudstva gotovo neizbježno inducira.

*S njemačkoga preveo*

Tomislav Martinović

<sup>18</sup> Tako John Locke u svojoj *Epistola de tolerantia* (1689.), uredio M. Montuori, Den Haag, 1963., 86, ovdje navedeno prema Stourzh, Gerald, Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, u: isti, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, op. cit., 73. Posve slične formulacije nalaze se u Johna Lockeja u njegovim *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (ured. W. Euchner, Frankfurt/Main, 1977.), u čl. 168, 240, 241 *Second Treatise*.

Hans Vorländer

*SUPREMACY OF CONSTITUTION*

*Summary*

The author analyses the meaning of the phrase “sovereignty of constitutions” and wonders whether “constitutional democracy” should be understood as a combination of a good political order in the Aristotelian meaning of *taxis*? The author looks into the different traditions in the evolution of constitutionalism using the example of France, Britain and North America. In the case of North America he refers to the idea of creating a mixed form of constitution or constitutional democracy which makes for the democratic legitimation of power as well as for its constitutional restriction. The evolution of constitutionalism shows that constitutions now occupy the position which at first used to belong to sovereign monarchs and later to sovereign peoples in democracy. Basically, normative constitutionalism leads to the situation in which constitutional courts give authoritative interpretation of constitutions which turns democratic/parliamentary state into constitutional-court jurisdiction state. The author concludes that the sacralization of constitutions and constitutional courts does not necessarily stimulate the political process, the fact that opens new controversies.