
Ustav i politički procesi

Izvorni znanstveni članak
342.4:32

Integracija ustavom?
Rudolf Smend i pristupi ustavnom problemu
nakon 50 godina Temeljnog zakona*

WILHELM HENNIS*

Sažetak

Autor analizira odnos ustavnog prava i političkog realiteta. Analizirajući na historijskom materijalu njemačke ustavno-pravne prakse ovaj odnos, autor zaključuje da dobar ustav može funkcionirati samo u okruženju dobre političke kulture građana države. Dobrom ustavu korespondira uvijek građanstvo određene političke kulture.

U svom govoru povodom četrdeset godina Temeljnog zakona, 23. svibnja 1989. godine, tadašnji savezni predsjednik Richard von Weizsäcker, rekao je: “Imamo dobar ustav, *ali jesmo li i mi u dobrome ustrojstvu?*” Pitanje je bilo u duhu Rudolfa Smenda, kojega je Weizsäcker upoznao za prvih poslijeratnih semestara u Göttingenu.¹ Pitanje nije bilo usmjereno na već dulje vremena postojeće zakonodavno djelo iz 1949. godine, nego na ono što smo svi mi – s Temeljnim zakonom kao “poticajem i ogradom” – učinili iz žive zbilje države od 1949. godine. Ono se nije odnosilo na kvalitetu “lista papira” (Lassalle), već na institucije koje je Temeljni zakon postavio: rad saveznoga predsjednika, Vladu, Savezni parlament, Savezni ustavni sud, tijela nadležna za federalnu suradnju, političku klasu, snažno povlaštene stranke, na koncu i na nas građane i sve koji su suodgovorni za “javno”².

* Prema predavanju održanom 24. listopada 1998. godine na skupu o temi “Integracija ustavom” na Tehničkome sveučilištu u Dresdenu.

* *Wilhelm Hennis*, Sveučilište u Freiburgu.

¹ U svojoj knjizi sjećanja *Vier Zeiten*, 1997., 103, Weizsäcker spominje Smenda i Franza Wieackera kao “značajne izuzetke” u krugu inače razočaravajućih profesora prava. Navod prema Hildegard Hamm-Brücher, *Freiheit ist mehr als ein Wort*, 1997., 397: “(Weizsäcker) nije naišao na čujan i osjetan odjek kod odgovarajućih stranaka i parlamenata”.

² Pravni pojam javnoga i zbiljski “publicitet” bili su za Smenda “jezgre svijeta modernih političkih pojmova”. Usp. “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”, u Smend, Rudolf, *Staatsrechtliche*

Ovdje se ne možemo baviti samim Weizsäckerovim pitanjem. To bi nas odvelo u veliku povijesno-političku sociologiju novije Njemačke. Želio bih, naime, propitati znanosti nadležne za pitanje na koji su način one za pedeset godina Temelnog zakona aktualizirale pitanje stanja u kojemu se naša zemlja nalazi. Za to je pitanje najnadležnija – dakako u njemačkim prilikama – samorazumljivo znanost o ustavnome pravu, pri čemu, doduše, polazim od toga da i drugi dio Weizsäckerova pitanja pripada u disciplinarnu suodgovornost ustavnoga prava. Tako je to barem naučavao Rudolf Smend (1882. – 1975.), kojemu zahvaljujemo pojam “integracije” kao ustavnopravne kategorije, i u njegovu duhu pokušavam prolaz kroz noviju znanstvenu povijest “javnoga” i njegova prava.

I. Posljedice weimarskoga spora o pravcu u bonnskim počecima

Po cijeloj svojoj naravi pravna je znanost konzervativna disciplina, usmjerena na očuvanje, polagano usavršavanje. Pravo kao takvo ne poznaje tehničke inovacije koje ga dinamiziraju. Svaka promjena mora uslijediti u glavama, to se ne može dogoditi preko noći. Tako i svaki profesor prava vidi “školu”, za čiju tradiciju smatra da joj pripada, svjesnije pred sobom nego što je to slučaj u drugim strukama. Svakako, nešto još zna i o mentoru onoga kod koga je habilitirao, ali i ime akademskog pretka. U građanskom pravu svatko potječe sve do danas – sada se to sve otupljuje – nekako od “germanističkoga” ili “romanističkoga” pretka. Također svaki malo bistriji student ima još i danas predodžbu o tome iz koje škole potječe profesor koji upravo predaje. To točnije zna profesor. Ili i za njega je, ako predaje javno pravo, sve ono što je bilo prije 1867./1871. (prije ustava Sjevernonjemačkoga saveza i Bismarckova carstva) stvar povjesničara znanosti. Ono što je Franz Wieacker postigao u povijesti privatnoga prava, sada nadoknađuju Michael Stolleis, Manfred Friedrich i mnogi drugi za javno pravo.³ Laband, Haenel, Georg Jellinek – oni nisu još posve mrtvi – i Anschütz, *Komentar zur Weimarer Verfassung*, Meyer-Anschütz, *Handbuch*, to su sve do danas ugaone točke, uzori znanstvenoga rada, a weimarski “spor o pravcu” u javnome pravu između – upotrebljavam uobičajene kratice – prema “pozitivnoj” normi” orijentiranih striktno “jurističkih” “pozitivista” i “obnovitelja” djeluje sve do naših dana. “Obnovitelji”, sve pojedinačni borci, nikakva “škola”, dakle, prema životnoj dobi: Erich Kaufmann (1880.), Rudolf Smend (1882.), Carl Schmitt (1888.), Hermann Heller (1891.), slagali su se u jednome: Weimarski ustav, ustav jedne demokratske republike, nije se mogao isto onako dalje tumačiti kao ustav konstitucijsko-monarhijske federalne države. Također su se slagali da se ustav koji je jamačno norma i sadrži norme, mora shvaćati i interpretirati drukčije nego običan zakon. Ali tada su im se putovi razišli i svakako od 1930. godine, početka predsjedničke vladavine, i od 1932. godine, “pruskoga udarca”

Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. izd. 1994., 462 i d. Dalje u tekstu navedeno kao *StRAb*. Svi se navodi u tekstu odnose na ovo izdanje.

³ Autor napeto očekuje “treći svezak” Michaela Stolleisa. Štošta bi se nakon toga, zacijelo, trebalo korigirati. Svuda upućujem na Manfreda Friedricha, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997. (cit. Friedrich), gdje mu valja osobito zahvaliti. Posebno bih spomenuo Waltera Paulya, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993., jer dotiče ipak mnoga od onih pitanja koja su tako uvjerljivo obrađena u Smendovu poslijeratnom seminaru o teoriji države.

od 20.7.1932. i procesa “Pruska protiv države” pred Zemaljskim ustavnim sudom – raspala se skupina “obnovitelja”. Ono što se zatim dogodilo između 1933. i 1945. godine – zapravo sve je zanimanje posvećeno još samo Carlu Schmittu – ne pripada povijesti znanosti, nego pojedinačnim biografijama i općoj suvremenoj povijesti.

Godine 1945. struka je nastavila opet raditi, barem oni preživjeli. Dvanaest godina nije bilo mnogo, ali one su izoštrile svijest o neuspjehu i u znanstvenom radu. Ispostavljen je novi račun. Neovisno o tome kako su se pravni fakulteti ophodili s kolegama koji su bili sateliti protekloga vremena, tko se opet “čist” vratio, a tko nije, koga su pravnički nakladnici angažirali komentiranjem novoga ustava: “Maunz-Dürig” – tema za sveučilišni roman – jedno je bilo jasno: Nitko nije izabran u Savezni ustavni sud tko je, da navedemo komentar Ericha Kaufmanna o prvoj Spomenici posvećenju Schmittu, pripadao “Carlu Schmittu i njegovoj školi”.⁴

Da upotrijebimo debeli kist: Što god se događalo u *struci* – povijest Udruge njemačkih profesora državnoga prava od svoje prve poslijeratne sjednice 1949. godine pruža svakome zainteresiranom bogatu građu⁵ – činilo se da se u Saveznome ustavnom sudu, uz opće ozloglašavanje “pozitivizma” od lijevoga do desnoga, probio kao kućni idol Rudolf Smend, na ogorčenje Carla Schmitta i njegovih đaka; i početkom šezdesetih godina, ne bez ressentimenta, vođena rasprava o (naslov Ernsta Forsthoffa) “*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*” Smendovim naukom, posljednja je velika unutarznanstvena kontroverzija u njemačkoj znanosti o ustavnome pravu, koju su na strani Smendove škole vodili Konrad Hesse, Alexander Hollerbach i Peter Häberle – sve je to divno dokumentirano u svesku Manfred Friedrich, “*Verfassung*” u nizu “*Wege der Forschung*”.⁶ U jednome desetljeću, između 1952. i 1962. godine, prešla je suverenost tumačenja Temeljnog zakona sa znanosti na Savezni ustavni sud, gdje stoluje od tada, nikada, ili barem ne načelno, osporena.⁷ Povodom desetogodišnjice Saveznoga ustavnog suda 1962. godine držao je svečano predavanje osamdesetogodišnji Smend.⁸ Stari mudri Smend održao je divno predavanje, veoma je pohvalio rad Suda – samo je ponegdje bljesnulo nešto od volterovskoga duha staroga *Goethea*, njegova kućnoga idola; Smend je bio protestant, ali ne tipa državi odanih luteranaca, on je bio reformirani stari liberal, slobodnjačkoga duha, gotovo radikal, ali koji to nije htio pokazati. Ispod njegove poslovične uljudnosti skrivao se radikalno moderan mislilac, samo je zato privukao nas mlade u Göttingen nakon 1945. godine. Spomenuto predavanje u Karlsruheu bilo je kruna dugoga znanstvenog životnog djelovanja. Prividno zadovoljan tijekom

⁴ Kaufmann, Erich, Carl Schmitt und seine Schule – Offener Brief an Ernst Forsthoff, u *Deutsche Rundschau* 84 (1958.), 1013-1015. Pretiskano u E. Kaufmann, *Rechtsidee und Recht (Gesammelte Schriften III.)*, 1960., 375-377. Ipak je Ernst-Wolfgang Böckenförde bio 1983. godine izabran u Savezni ustavni sud, prvi kandidat koji je oslobođen izopćenja zbog te škole.

⁵ Usp. Friedrich (bilj. 3), 322 i d.

⁶ Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1978.

⁷ Već klasično B. Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989.), 161 i d. O odnosu ustavnoga sudstva i nauka o državnome pravu također Ch. Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik*, 1976., 12 sl.

⁸ Smend, Das Bundesverfassungsgericht, u *StRab* (bilj. 2), 12 sl.

svijeta, rekao je: “Temeljni zakon vrijedi praktički onako kako to tumači Savezni ustavni sud, a literatura ga komentira u tome duhu” (582).

Smend je govorio duboko impresivno o “sudu i sudstvu”, “najstarijim i nezaobilaznim temeljima ljudske ćudorednosti” (584). Samo je znalac mogao primijetiti da on, unatoč izmijenjenoj poziciji “pravnih vrijednosti” u novome sustavu Temelnog zakona, nije vidio povoda za revidiranje svoga starog razlikovanja između “pravnih” i “političkih” vrijednosti. Između “ustavnoga položaja” (585) Bonnske i Weimarske republike vidio je više srodnosti nego što je, zacijelo, bilo drago slušateljima – politički život, očito, opet “rutinski pogon i Temeljni zakon kao pravilo te rutine” (585). To je ciljalo na “zajedničku igru parlamenta, vlade i stranaka” – dakle na deficite u području “političkih” integracijskih faktora – ali to se ipak prečulo za svečanoga čina u čast Suda.

Mi mlađi, prerano umrli Hennin Zwirner⁹, kao i pisac ovih redaka, koji je svoje nezadovoljstvo ne toliko zbog Smenda koliko zbog “normativističke” recepcije Smenda nakon 1945. godine – Konrad Hesse, Peter Häberle, čak Horsta Ehmkea Ekkehardt Wienholz, za kojega je u Temeljnem zakonu vrvjelo od “zakonodavnih naloga”¹⁰ – unio u svoje freiburško nastupno predavanje “*Verfassung und Verfassungswirklichkeit*”¹¹, čitali smo govor skeptično. Je li to bio “naš” Smend?

“Reflektirani” Temeljni zakon

Sva bih sjećanja ovdje želio ispustiti. Svoju reakciju na govor u Karlsruheu 1962. godine spominjem samo zato što su već koncem šezdesetih godina, osobito jako u raspravama o ‘68. koje su u sporu oko “izvanrednog ustava” bile također i rasprave o Temeljnem zakonu, o navodnome “razilaženju” između ustava i ustavne zbilje te Temeljnim zakonom navodno naloženoj “demokratizaciji” svih društvenih oblasti, očitovale tendencije specifično njemačkoga ustavnog mišljenja, u kojima moram vidjeti njemačke slabosti koje nisu otklonjene ni nakon 50 godina Temelnog zakona. “Integracija ustavom” – to pobuđuje očekivanja ustava koje nijedan moderni ustav ne može ispuniti u demokratskim uvjetima. Sve političko, također i svaki ustav kao i njegova “normativna snaga” u moderni je uvjetovano okolnostima na koje se uvijek mora misliti. Ne misliti na njih, odvajati ih što jasnije od “čisto jurističkoga”, osloniti se na normirajuću statiku “normativnoga”, to označava jedan vid modernoga njemačkog ustavnog mišljenja kojemu se protivio Smend i na koji valja sada podsjetiti. Ako Kelsen nailazi na toliko novih simpatija u najnovijemu ustavnom mišljenju¹², mora se podsjetiti

⁹ Podsjećamo ovdje na njegovo djelo: Zwirner, H., *Politische Treupflicht des Beamten*, 1987.

¹⁰ Wienholtz, Ekkehardt, *Normative Verfassung und Gesetzgebung. – Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes*, Freiburger Diss. 1968. – Među Smendovim đacima ostao je Horst Ehmke, zacijelo najprivrženiji Smendovu motrištu. Usp. njegov spis “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, u *VVdStRL* 20 (1963.), 53 i d. i njegovo raspravljanje pojma “gospodarski ustav” u *Wirtschaft und Verfassung*, 1961.

¹¹ Wilhelm Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, 1968.; u ovome svesku str. 183 i d.

¹² Usp. Friedrich (bilj. 3), 325 i d., 341 i d. – Smend mora priznati da “nakon Kelsenove velike kritike nije više moguća ona naivnost, onaj rad bez potpune jasnoće metodičkih pretpostavki”. Ovdje se također mora

i na njegova najoštrijeg kritičara. Pokušavam nešto pridonijeti tome “radu na sjećanju” naprosto propitujući pristupe, znanstvene perspektive, koje njemačka znanost ima spremne kako bi obradila “ustavne stvari” jedne zemlje – Christian Starck je oživio ovu lijepu staru riječ (*Verfassungsdinge*).¹³

II. Pristupi ustavnome problemu

Tu je, naravno, na prvom mjestu ustavno razumijevanje nauka o državnom pravu i, kao što je to u nas, najviše suda (dolje 1). Znanost, privržena sudu u gotovo svakom postupku vještačkim mišljenjima ili čak članstvom u nekom senatu kao krunom života, kreće se stazama naznačenim sudom.

Drugo: Pokraj ustava, 146 članaka i 100 svezaka presuda, postoji i ustav u užemu smislu, kao stanje, status, “ustavna zbilja”, kao što se to kaže jednom nesretnom riječju (*Verfassungswirklichkeit*), bolje: politička životna zbilja, koja se unošenjem “konstitucije” u duhu pisanog ustava zacijelo mijenja, također modificira životnu zbilju narodâ, ali ipak samo *parcijalno* (dolje 2).

Mladi se Smend u svojoj disertaciji¹⁴ o usporedbi pruskoga s belgijskim ustavom osvrnuo na razlikovanje Friedricha Juliusa Stahla: na “historijske ustave” (koji, klasično kao engleski, “ne počivaju na pojedinačnom državnom zakonu”) naspram onima koji su doduše u jednome takvom sažeti, ali u kojih se moraju međusobno razlikovati “revolucionarni” i “reflektirani”. Pod “revolucionarnima” Stahl je razumijevao one “koji poništavaju cijelo dosadašnje ustavno stanje, čak i njegov najviši autoritet, kako bi od sada nanovo uspostavili ustav, dakle državu”: “iz elemenata koji nemaju povezanosti s onima ranijega ustava”. “Reflektiranima” nazvao je ustave “koji, se, doduše, temelje na danome ustavnom stanju, ali (materijalno) u postojećim elementima poduzimaju duboke obnavljačke reforme, zatim (formalno) u konstelacijskome (sustavnom) shvaćanju obuhvaćaju cijelo javno pravno stanje, zbog čega su u glavnoj ispravi fiksirani”¹⁵. Podsjetiti na to razlikovanje može biti korisno za razumijevanje pozicije Temeljnog zakona u okviru ukupnoga političkog poretka Savezne Republike. Svojevrsna vjera u ustav Savezne Republike, njezin “ustavni patriotizam”, nastojanje da se 23. svibnja 1949. shvati kao ustavnopovijesni “sat nula” i pokretanje savezno-republikanskih institucija kao potpuno “novoga početka”, ima tendenciju da se i u Temeljnem zakonu vidi “revolucionaran” ustav – odatle i neznatna sklonost nauka o državnome pravu

“priznati” da Smendu – i njegovu suborcu Erichu Kaufmannu – nije uspjelo svoju poziciju razjasniti usporedivo. Obrazloženja ne idu dalje od “metodičkoga”.

¹³ Starck, Christian, Über niedersächsische Verfassungsdinge, *Schriftenreihe des niedersächsischen Landtags*, Heft 26, 1996.

¹⁴ *Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, 1904.

¹⁵ Nav. djelo, str. 78 sl.

i ostalih konstitucijskih znanosti da se Savezna Republika stavi u kontinuitet njemačke povijesti.¹⁶

Autori ustava iz 1948./49. godine mislili su tu, svakako, drukčije. Najviši je prioritet imalo nastojanje staviti se u (barem “juristički”) kontinuitet Njemačkoga Carstva utemeljenoga 18. siječnja 1871., a samo se po sebi podrazumijevalo i “reflektirano” nadovezivanje na ustavnu supstanciju i Bismarckova (federalizam) i weimarskoga ustava (parlamentarni oblik vladavine). “Ustav svake države sadržava za znalackoga čitatelja popis grijeha prethodnoga režima”. Formulacija Ericha Kaufmanna¹⁷ osobito je ispravna za bonnski Temeljni zakon. U povijesnoj svijesti Savezne Republike, stare Zapadne Republike i od 1990. godine opet ujedinjene države, sve se više učvršćuje predožba da su protumodel slobodarskoj pravnoj državi pod Temeljnim zakonom bili “totalitarni” režimi nepravde nacionalsocijalizma i Istočne Njemačke. U razmišljanjima Parlamentarnoga vijeća imala su, zacijelo, značajno mjesto nastojanja da se ustavnopravnim mjerama postave barijere ponovnom “putu u provaliju”. Ipak je mišljenje autora ustava kružilo jedino oko misli da Bonn ne doživi sudbinu Weimara. Za sudbinu Weimara osjećali su se – do dubine osobnih biografija – sukrivcima, iz te krivice morali su povući pouke.¹⁸ Svi su bili doživjeli da nema jurističkoga lijeka protiv jednom etablirane totalitarne države nepravde. Nikada se Temeljnom zakonu iz 1949. godine ne bi našlo tako nešto besmisleno, ali jednostavno kao opće “pravo na otpor” u članku 20, st. 4, uneseno 1969. godine. Starije ono još uvijek podsjeća na Lenjinovu zajedljivu primjebdu o peronskoj karti koju revolucionari moraju kupiti u Njemačkoj prije nego što napadnu peron.

Ustavno djelo, koje zahvaljujemo Parlamentarnom vijeću, nije bilo “revolucionarno”, nego “reflektirano” po najboljem znanju i savjesti. Nitko danas ne može reći čiste savjesti da su sva rješenja Temeljnog zakona uspjela: od bezazlenog propisa članka 21 ustava postala je “stranačka država” koja je preplavila sav živi život, a nadovezivanje “izvršnoga federalizma” na položaj Saveznoga vijeća u Bismarckovu ustavu pokazalo se kao golema pogreška – proizvod stranačko-taktičkih smicalica.¹⁹

¹⁶ “So war Deutschland nie. – Anmerkungen zur politischen Kultur der Bundesrepublik”, naslov najnovije knjige Kurta Sontheimera (1999.) izražava taj modernitetski trijumfalizam. Gotovo na svakoj se stranici novoj Njemačkoj potvrđuje koliko je konačno postala “zapadnom”, “normalnom”. Zar se tu ne bi morao ispostaviti i račun dobiti i gubitka?

¹⁷ Kaufmann, Erich, *Grundlagen der künftigen Reichsverfassung* (1919.), navod prema E. Kaufmann, *Autorität und Freiheit (Gesammelte Schriften I.)*, 1960., 268.

¹⁸ Doista je čudno da je knjiga Friedricha Karla Frommea iz 1962. godine *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz* još uvijek standardno djelo o toj temi.

¹⁹ O hipertrofiji *stranačke države* usporedi moju zbirku članaka *Auf dem Weg in den Parteienstaat*, Reclam UB, Stuttgart 1998. – Promašena konstrukcija Saveznoga vijeća najveći je tabu njemačkih političkih govornika na svečanostima. Skup koji je u kolovozu 1998. godine organiziralo Savezno vijeće o Ustavnome konventu na Herrenchiemseeu, raspravljao je u jednoj od radnih skupina o pitanju: “Njemački federalizam: jedan model?” Prepušteno je oksfordskome profesoru Nevilu Johnsonu da razriješi čvor anomalija koji je taj model proizveo. Svečano predavanje sadašnjega potpredsjednika Saveznog ustavnog suda ponudilo je kao rješenje jedino obvezatnu novu podjelu zemalja. Prema Heinrichu Oberreuteru, profesoru politologije u Passauu i ravnatelju Bavorske akademije za političku izobrazbu u Tutzingu, postigla su “postavljanja skretnica

Svakom pokušaju ponovnoga vanjskopolitičkog izoliranja trebalo bi doskočiti člankom 24 Temeljnoga zakona (prenošenje suverenih prava). Ali znalo se, inače, da su europske nacije – među kojima je njemačka zacijelo “zakasnijela” – dobile svoj povijesni oblik, svoj “identitet” već mnogo prije Francuske revolucije i da se on nije mogao naprosto odbaciti kao nesnosan komad odjeće. To se uopće i nije htjelo! Valja postaviti pitanje: Što znaju današnje discipline koje se bave državom i politikom o “ustavu” kao “stanju” nacije duboko ukorijenjenome u povijesti – što imaju nauk o državnome pravu, povijest, politička znanost, sociologija i mnoge druge znanosti reći *o tome*, o “ambijentu” (Dietrich Schindler) ustavnoga prava u užem smislu?

Na koncu postoji, treće, – ostavljam po strani “opći nauk o državi” zbog njegove “općenitosti” – također još “ustavni nauk”, barem nekoliko knjiga s tim naslovom (dolje 3), a postoji, četvrto, ipak i još nešto kao “ustavna teorija” (dolje 4), barem tvrdnja da postoji: to znači sustav pojmova, spreman pomoći da se sredi konglomerat pitanja koja riječ “ustav” evocira u svakoga, pa i znanstveno neobrazovanog, koji misli na politički život, *zbilju* političkoga života i kojemu ova teorija, možda, malo otvara oči za taj dio ljudske egzistencije, koji ga pogađa – želio on to ili ne – konkretno, manje rijetkim mogućnostima “sudjelovanja” u političkome “oblikovanju volje” u duhu članka 20 Temeljnoga zakona, nego jednostavnom njegovom postavljenosti u taj poredak: poreznom obvezom, služenjem vojnoga roka, podčinjenosti zakonima, oscilacijama konjunktura, bijedom ili podnošljivošću političkih odnosa. Postoji li ustavna teorija, riječima Josepha Schumpetera “zanatska škrinja”²⁰, koja dopušta da se neko ustavno stanje, uključujući ustavno pravo, ispita u pogledu svojih patoloških ili i ortoloških, ukratko svojih integrirajućih ili dezintegrirajućih činitelja?

1. Normativistički obrat nauka o državnome pravu

O nauku o državnome pravu i pravorijecima Saveznog ustavnog suda:

Čini se da je – u pravnika doista rijetko – suglasje savršeno: Temeljni je zakon “normativan poredak države”, njegovo je težište u temeljnim pravima na početku, ona čine “sustav vrijednosti”. Temeljni zakon počiva čak na normativnoj “slici čovjeka”, on štiti državni i društveni poredak od njegovih “neprijatelja” – on utemeljuje “obrambenu demokraciju”. S ovim se temeljnim zakonom (čl. 1, 20, 79, st. 3) ne može napraviti “posve drukčija republika”. Premda je pravosuđe ipak od vremena mudroga Montesquieuova uvida “en quelque façon nulle”, to se ne može napraviti ovim normativnim poretком, njegovom pravnom državom (čl. 19, st. 4) i njezinim pravnim jamstvima, njezinim pravosuđem. Bonn *ne može* postati Weimar! Čuvar ustava stoluje u Karlsruheu, i to samo u Karlsruheu, moćni Guliver s desecima tisuća podređenih pravničkih Liliputanaca na svojoj uzici. Sva se politika – na ma kojem području! – de-

1948. godine” na Herrenchiemseeu “upravo genijalnu sistemsku konstrukciju u njemačkoj ustavnoj povijesti” (*Das Parlament*, 48. god., 1998., br. 32-33, 1). Vidi, vidi!

²⁰ Samo o povijesti te “obrnitičke škrinje” – “povijesti čovjekova pokušaja da na intelektualnoj razini shvati ekonomske fenomene” – govori sjajno djelo J. A. Schumpetera (*Geschichte der ökonomischen Analyse*, 1965.).

finira po tako shvaćenom Temeljnog zakonu kao “politika po Temeljnog zakonu”: “Klasična se slobodarska prava pretvaraju u državne norme ovlasti”²¹. Tko god da je tu sliku Temeljnog zakona napravio u gotovo 100 svezaka presuda u Karlsruheu i u sve obimnijim komentarima, na tome su spomeniku jurističke učenosti surađivali također Smendovi đaci i unuci i đaci unuka, ali po mome shvaćanju Rudolf Smend (rođen 1882. godine, umro 1975. godine) nije tome pridonio. Dolje 4 (“ustavna teorija”) vraćam se na njegov prilog “razvoju Temeljnog zakona” – je li on postojao? Tamo govorim i o presudi *Lüth*.

Ipak se ovdje mora postaviti jedno pitanje. Rudolf Smend se mogao jedva još očitovati o posebnostima Temeljnog zakona. Ali ništa od njegovih kanoniziranih mišljenja u njegovu spisu “*Verfassung und Verfassungsrecht*” (1928.) nije se činilo nakon 1949. godine tako odbojnim kao njegovo jasno, gotovo osorno razlikovanje “pravne vrijednosti” i “političke vrijednosti”, “pravnoga života” i “navlastitoga” (moj kurziv) “političkoga sustava” ustava (253-6). Da se “pravni život” ima razumjeti iz sebe, da njegova “smisaona konstelacija nije koncentrično smještena” s “konstelacijom navlastitoga državnog života” (253-6), to je (ili bilo je) gotovo tako nešto kao “*proprium*” Smendove teorije. Da to izrazimo starinski: područje “*jurisdictio*” i područje “*gubernatio*” ne poklapaju se u “nauku o integraciji”, a kamoli da bi “pravni funkcionalni sustav” prethodio ili čak bio nadređen “političkome sustavu”. U tome ne mogu vidjeti, kao što se ponekad tvrdi, ostatak konstitucionalizma. Naprotiv: Smend je tim razlikovanjem nedvojbeno pretendirao da decidirano misli moderno. Moderno u duhu radikalne imanencije. U knjizi iz 1928. godine kaže da je “modernome pojmu države” “nepodnošljivo” izvoditi svoju legitimnost “iz nekoga (prirodnopravnoga ili pozitivnopravnog) transcendentnog pravnog poretka (201 sl.). Tu poziciju ne bi bio mogao korigirati, zacijelo, ni nakon “pozitiviranja” st. 1 i 2 čl. 1 Temeljnoga zakona. To su njemu bile duboko osjećane samorazumljivosti, koje “teorijski” pripadaju području “stvarnih” integracijskih činitelja. On sigurno ne bio supotpisao Dürigovo (Günter Dürig) “uzdizanje” st. 1 (ljudsko dostojanstvo) u nadtemeljno pravo, ali bi se, zacijelo, suglasio s Hofmannovim (Hasso Hofmann) tumačenjem kao “utemeljivačkoga načela” ili, rečeno Smendovim jezikom, kao “znaka” “u kojemu njemački narod treba biti jedinstven”.²² Prednjačio je “pozitiviranje” “sljedećih temeljnih prava” u čl. 1, st. 3 Temeljnog zakona kao nijedan drugi profesor državnog prava svoga razdoblja svojim suizvještajem na skupu takvih stručnjaka 1927. godine i ulomkom o temeljnim pravima u “*Verfassung und Verfassungsrecht*” (260 i d.), također, u posljednjem trenutku, obranom od “liberalističkih” nerazumijevanja temeljnih prava u govoru povodom 18. siječnja 1933. (309 i d.). U razlikovanju pravnih i političkih “vrijednosti” nije se, po Smendu, izražavalo podcjenjivanje “pravne vrijednosti u političkome poretku ljudskoga zajedničkog življenja” – prije je istina suprotna. Ali weimarska situacija, prijelaz iz još

²¹ Formulacija Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, 1992., 324 sl. Također rado upućujem na njezinu knjigu *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, 1986. Kako ne mogu u pojedinostima ravnopravno sudjelovati, oslanjam se pri prosudbi skicirane tendencije na politiku i najvišu sudsku moć prosuđivanja Ernsta Gottfrieda Mahrenholza, sažeto u njegovu prilogu za *Festschrift für Peter Lerche* (1998.) o temi “Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung”, nav. dj., 23 i d.

²² Hofmann, H., Die versprochene Menschenwürde, *AöR* 118 (1993.), 353 i d.; Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, nav. dj., 262.

uvelike “povijesne” monarhije, koja je živjela od svoga “stvarnoga” i “osobnog” “vrijednosnog sustava” u “otvorenu”, besprigovorno “pluralističku” demokraciju zahtijevalo je radikalno novo mišljenje. Možda je Smend bio naprosto previše “moderan”, s previše svjetskih iskustava u vremenima od Francuske revolucije da bi – konzervativan kao što je bio – mogao prihvatiti da u modernome, na dinamici demokracije utemeljenom oblikovanju državne volje može područje jurisdikcije dati oslonac, čvrsto nužno sidro za neki politički poredak. Doslovno na posljednjim stranicama Smendova djela kojim raspoložemo on naziva svoje načelno imanentno mišljenje “o državi kao životu” “baštinom” (634) oporučenom životu pod Temeljnim zakonom – nasuprot “statici” – i smijemo dodati: nasuprot učvršćenome normativizmu – “ranije slike države”. Nedvojbeno je, međutim: za novo mišljenje pod Temeljnim zakonom patio je Smendov nauk od jedva izlječivog “normativnog manjka”.

Njegova je “škola”, ako je možemo tako nazvati, učinila sve kako bi ispravila taj “normativni manjak”. Freiburško nastupno predavanje Konrada Hessea iz 1959. godine “*Die normative Kraft der Verfassung*” – ustava, ne eventualno normativnih i legitimizirajućih “integracijskih činitelja”, dalo je znak za skretanje “škole” na signale Temelnog zakona (čl. 1, 79, st. 3 Temelnog zakona), pa je nekoliko nejasnih Smendovih korektura knjige iz 1928. godine, činilo se, to i opravdalo.²³

Weimarska iskustva moraju poticati njemačke, i ne samo njemačke, konstitucijske znanosti na uvijek novo razmišljanje²⁴. Da se “normativnim” ili jurisdiksijskim dijelom weimarskoga ustava – ili bilo kojega ustava – mogla spriječiti kriza kao weimarska u svojoj kasnoj fazi, to bi se moralo tek još dokazati – sve povijesno iskustvo govori protiv toga i zato je, po mome mišljenju, Smend bio posve u pravu kada je radi podrške Weimarskome ustavu razvijena integracijska teorija započela od “političke vlasti” u ustavnoj državi”, dakle od vlade i zakonodavstva²⁵. Kad se danas pravnici, povjesničari, politolozi u mnogim publikacijama i na skupovima trude oko vrednovanja Temelnog

²³ Usp. Hesseova pozivanja na kasnoga Smenda u Friedrich (bilj. 3), 83.

²⁴ To i jest slučaj – svakako u krugu povjesničara prava. Usp. pregled literature u Michael Stolleis, Weimar – eine HAPPY CONSTITUTION? – Bemerkungen zur neueren verfassungsgeschichtlichen Literatur, u: *Ius Commune* XXV. (1998.), 443 i d. Ovdje se ne mogu osvrnuti na Smendovu habilitacijsku radnju *Das Reichskammergericht. Erster Teil. Geschichte und Verfassung*, Weimar 1911. Da knjiga u istraživanju najvišega carskog suda pripada klasici, razabirem iz članka Miloš Vec, Die Sanduhr, u *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996.), 300 i d. Ispravno Vec primjećuje upadljivost da Smend oba područja na kojima počiva njegova posmrtna slava “ni na koji način nije međusobno povezo”. Vec označava kao “slijepu mrlju” integracijskog nauka neprijepornu činjenicu: u usporedbi s drugim objema vlastima, pravosuđe ima u Smenda marginalnu ulogu”. Prstima jedne ruke mogla bi se izbrojati samo spominjanja. Točno! Ali zar i danas ne postoje opravdani razlozi za ovu ne samo sustavnu nego stvarno dobro obrazloživu “marginalizaciju” područja jurisdikcije u teoriji koja se bori za postojanje ustavnoga poretka? To je pitanje koje Smend danas postavlja, ali koje je njegova “škola” posve zatamnila.

²⁵ Usp. prvu skicu “integracijske teorije”: “*Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*” iz 1923. godine (*StRab*), (bilj. 2), 68 i d. U prvoj knjizi posvećenoj Smendu iz 1952. godine (*Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, 1952.) nalazi se Scheunerovo (Ulrich Scheuner) nastavljanje Smendova pristupa u velikome prilogu “Der Bereich der Regierung”. – Autorova nastojanja oko razvoja politološkoga “nauka o vladanju” i problematizacije problema “mogućnosti vladanja” modernim demokracijama svrstala su se izričito u tu tradicijsku liniju.

zakona, čini mi se da se obilježje toga zakona: njegovo usidrenje u pravnim vrijednostima i šticeenje ustava jurisdikcijskim postupcima, ne mora bezuvjetno shvatiti u duhu napretka naspram Weimaru. Svakako se Smendova škola – bez obzira na sva pozitivna rješenja Temeljnog zakona – ne bi morala bezuvjetno s time suglasiti. Njezin bi se zadatak – ako bi ostala privržena svome učitelju – morao, naprotiv, sastojati u tome da u stručnoj raspravi uvijek osobito ističe *političku* integracijsku zadaću kao *državopravnu* temu. Smendova škola nije nikada ni odgovorila na Weizsäckerovo pitanje iz 1989. godine, nalazi li se Republika u “dobrome stanju”.²⁶

2. Politička životna zbilja

Time dolazimo do ustava kao stanja, statusa, “konkretnoga poretka”, da to kažemo formulacijom Carla Schmitta. Nauk o državnome pravu jedva je otišao dalje od djela Ernsta Forsthoffa djela “*Der Staat der Industriegesellschaft*” (2. izd. 1971.), nadovezujući se na Schmittovo djelo “*Hüter der Verfassung*” (1931.) s belzebubima pluralizam, polikracija, federalizam. To je “palilo” i *takav* Schmitt godinama je s pravom fascinirao i “ljevicu” – premda jedino pod nezadanim pretpostavkama “neodrživosti klasnoga ustrojstva današnje države i valjanosti razvojnih tendencija usmjerenih protiv nje”. To je bio stožer nauka Hermanna Hellera o državi iz 1934. godine²⁷ i navodno nerješivi “legitimacijski problemi” kasnokapitalističkih društava postali su šezdesetih i sedamdesetih godina središtem ustavnosocioloških analiza, s malo zadržanih tragova.

Jer, kakva li je velika tema ostala i ostaje neobrađena! A ovdje ću se opet vratiti na Smenda. Njegova zabrinutost, njegova nelagoda glede njemačke znanosti o državnome pravu od vremena Gerbera i Labanda imala je kao pozadinu njegov pogled na punoću, bogatstvo empirijskoga motrenja zbiljskoga državnog *života*, koji je starija znanost o državnome pravu imala prije 1848. godine, prije redukcije političkoga života s njegovom “zemljom” i njegovim “ljudima”, vladarima i podanicima, na oskudnost definicije države kao “pravne osobe” s atributom suverenosti. Smend je stalno iznova podsjećao na taj svijet prije Gerbera; tko je sjedio na njegovu seminaru, sjeća se očito kobne Albrechtove recenzije jednoga Maurenbrecherova spisa – ili je bilo obratno?²⁸ Od tada je znanost o javnome pravu pošla nizbrdo. Tada je za Smenda svijet – *zbiljski* svijet državnoga *života* – bio “eskamotiran”, kako se rado izražavao, iz svijeta njegove znanosti. Poštivao je sve one koji su nešto sačuvali od stare punoće: ponajprije Otta von Gierkea, zatim Alberta Haenela, kod kojega se habilitirao u Kielu. Želimo li shvatiti Smenda, moramo si predočiti da je disertacija posvećena dvama ustavima *staroga* svijeta, usporedbi belgijskoga iz 1830. i pruskoga iz 1850. godine, u kojima je postojalo još nešto od zbiljskih odnosa, ukoliko su još zanimljivi za profesora državnoga prava, dakle od realnih snaga i moći konkretnoga društva – odnosno što se moralo domisliti uz

²⁶ Ni u mnogim radovima Petera Häberlea o ustavnome nauku kao “kulturnoj znanosti” ne mogu naći traga tome pitanju.

²⁷ Heller, H., *Staatslehre*, 1934, 59. “Lijevo” čitani Schmitt i nesumnjivi socijaldemokrat Hermann Heller postali su tako za mnoge godine važni pozadinski autoriteti literature šezdesetih i sedamdesetih godina o reformi i “promjeni sustava”.

²⁸ Usp. o tome Friedrich (bilj. 3), 189, 213 sl.

uvelike istovjetne tekstove kako bi se spoznao i njihov pravni sadržaj. Ustav može biti konfekcijski proizvod po svome obliku teksta: jedino se u sklopu zbiljskoga, iskustvenog svijeta, koji hoće normativno regulirati, može primjereno “razumjeti” – potpuno u duhu Weberove (Max Weber) “razumijevajuće sociologije” – i također primjereno *pravnoznanstveno* tumačiti! To je jednostavna temeljna misao Smendova priloga ustavnome *pravu* – još uopće ne ustavnoj *teoriji*.

Ali ta juristička (!) pozicija pružala je i, očito, pruža velike probleme razumijevanja za ustavnopravnu znanost, koja, slično modernoj ekonomskoj znanosti, veoma malo misli na konkretne odnose u koje se upušta. To daje povoda da se na rubu uputi na jednu znanstvenopovijesnu paralelu. Moderna ekonomija, sa svojom dimenzijom teorizacije i na *modelima* prakticiranom matematizacijom, smatra se općenito najnaprednijom od svih znanosti o ljudskome djelovanju. Ali to se može i drukčije gledati, a kao svjedoka navodim napomenu iz Schumpeterovih “*Konjunkturzyklen*” – knjige s podnaslovom “*Eine theoretische, historische und statistische Analyse des kapitalistischen Prozesses*”. Knjiga je iz 1939. godine – Schumpeter je, 1883. godište, dakle Smendu generacijski posve blizak.²⁹ Jezgru ekonomske znanosti Schumpeter je nazvao semiologijom i kao njezin “glavni zadatak” označio “dijagnozu ekonomskog položaja jedne zemlje”.³⁰ (U zagrade stavljam Smendovu paralelu: dijagnoza *ustavnog položaja* jedne zemlje).

Ovdje potpuni Schumpeterov citat:

“U 17. stoljeću je analiza danoga gospodarskog položaja u pojedinim zemljama bila prvi zadatak kojemu se posvećivala ne samo ‘politička aritmetika’ nego i ekonomska znanost općenito. Ta se zdrava i perspektivna tradicija praktički izgubila u 18. stoljeću, posebice nakon A. Smitha i pretežito ‘*njegovom krivnjom*’” (moj kurziv).

Znanstveni je cilj integracijske teorije bio da konkretne odnose uz pomoć “integracijskih činitelja” opet unese u nauk o državnome pravu – oni su *ovome* bili nestali tek sredinom 19. stoljeća. Ali bilo je veoma teško tu namjeru učiniti razumljivom. Richard Thoma, nepristrano otvoren idejama “obnovitelja”, posve daleko od Kelsena, žalio se na skupu profesora državnoga prava 1927. godine glede iskaza Ericha Kaufmanna, da su mu u svojim pojmovima “*takoreći kineski*”. Kako se do danas ništa bitno u tome nije promijenilo, navodim potpuno Thominu žalbu o misaonom pristupu obnovitelja:

“Naprosto ne razumijem i zacijelo nisam jedini u ovoj dvorani koji to ne razumije. To govorim zato što je ipak veoma uznemirujući simptom današnje znanstvene situacije

²⁹ S golemom je fascinacijom Smendov seminar čitao prvih poslijeratnih godina 1946. godine objavljeno njemačko izdanje “*Capitalism, Socialism and Democracy* (na njemačkome u Bernu 1946. godine, na engleskome u New Yorku 1942. godine). Za autora ta knjiga sadrži još uvijek najsmisleniju teoriju demokracije, koja pretpostavlja Maxa Webera, osim toga jedno od najboljih tumačenja propasti Weimarske Republike – ponajprije zbog nedostajanja uvjerljivoga političkog vodećeg sloja. Schumpeterova mala studija iz njegova bonnskog vremena “*Das soziale Antlitz des Deutschen Reiches*” (*Bonner Mitteilungen*, br. 12 (1929.), 3-14, pretiskana u J. A. Schumpeter, *Aufsätze zur Soziologie*, morala bi biti obavezna lektira u svakome političkom proseminaru.

³⁰ Navod prema njemačkome izdanju, 1961., 21, nap. 12.

da čak u tako uskome krugu specijaliziranih znanstvenika nastaje takav jaz nerazumijevanja problematike i terminologije između jedne i druge skupine”.³¹

Neposredno prije pristupanja Njemačke Demokratske Republike staroj Saveznoj Republici pozvao me je Ernst-Wolfgang Böckenförde na kolokvij povodom svoga 60. rođendana. U vezi sa Smendovom disertacijom i čuvenim člankom o državnom crkvenom pravu³² dopustio sam si radoznalo pitanje može li se u tako korjenito izmijenjenim teritorijalnim i demografskim odnosima isto onako kao dosad tumačiti i primjenjivati stari Temeljni zakon iz 1949. godine koji je važio za “područje važnosti Temelnog zakona”. Smendov se dak, naravno, sjećao važnosti koju je Smend priznavao državnom teritoriju s gledišta “integrativnoga stvarnog sadržaja”. U teritoriju se izražava ispunjenje državnih zadataka koji su njime postavljeni” (169). Ipak misao za razmišljanje! Ali moje skromno pitanje naprosto nije shvaćeno i nisam više ustrajavao na svojoj primjedbi kad je jedan moj osobito cijenjeni kolega rekao da se čitava razlika između pravovaljanosti belgijskoga i pruskog ustava sastoji, zacijelo, u tome što su Belgijanci bili Belgijanci, a Prusi Prusi. Ali, pri pristupanju se ipak radilo o pristupanju Nijemaca Nijemcima.

3. Ustavni nauk

Time sam došao – posve kratko – do “ustavnoga nauka” kao *trećega* pristupa razumijevanju modernoga ustava.

Potkraj pedesetih godina obratio mi se Roman Schnur, kojega se veoma rado sjećam – obojica smo bili još nehabilitirani asistenti – s pitanjem: Zar ne bismo trebali ignorirati neslaganje starijih, konkretno opreku Schmitt/Smend, i pokušati nešto novo. Rezultat toga bio je Luchterhandov niz “Politica”, u kojoj je Jürgen Habermas debitirao sa “*Strukturwandel der Öffentlichkeit*”. To je bila zanimljiva knjiga i naravno da je Marx, također i “marksizam” kao “način promatranja”, pripadao velikim znanstvenim potencijama svijeta, naravno i onome na njemačkom jeziku. Kada je Habermas ovome nizu ponudio svoju drugu knjigu, “*Theorie und Praxis*”, Schnur nije pristao; suradnja ipak nije funkcionirala. U Schnurovoj recenziji feiburškoga nastupnog predavanja Konrada Hessea – dakle proizvoda “Smendove škole” – stoji kratka, ali provokantna rečenica: “Jedino njemačko djelo ustavnoga nauka je istoimena knjiga Carla Schmitta”.³³ Ernst Forsthoff je to slično izrazio i oba nedvojbeno imaju pravo još i danas, 38 godina nakon Schnurove recenzije.³⁴ Ali, osim svoga didaktičkog majstorstva, sjaja

³¹ Navod prema Smend, *StRab* (bilj. 2), 62 sl.

³² “*Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*” (1951.) s čuvenom rečenicom: “Ako dva temeljna zakona kažu isto, to ipak nije isto”, nav. dj., 411.

³³ Također u Friedrich (bilj. 3), 100 i d., 108, nap. 19. Tamo je (268 i d.) i Forsthoffova eksplikacija: “Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre” s tezom da “polazeći od predmeta više nije moguće” ustavni nauk na osnovi Temelnog zakona (270).

³⁴ Zacijelo postoji cijeli niz nadovezivanja na Schmittovu knjigu s pregnantnim naslovom:

Karl Loewensteins “*Verfassungslehre*” (na engleskome *Political Power and the Governmental Process*), na njemačkome 3. izd. 1975., može se po gustoći obrađene građe svakako mjeriti sa Schmittom. O Schmittovoj “tezi” klasično Smend: “Nije smisao nekoga ustava da bude “odluka” u duhu bilo kako stvarno

formulacija, sposobnosti za komprimirano sažimanje velike građe iz povijesti građanskog konstitucionalizma, knjiga nam nema više *ništa* reći. Werner von Simson je to uvjerljivo pokazao, Reinhard Mehring je govorio oštroumno o “eklesiološkiom ustavnou nauku”.³⁵ Iz te se knjige, ako se ona uzme ozbiljno, ne može izvući ni ono što nekome odgovara: prikaz različitih oblika pravnodržavnoga konstitucionalizma u njegovu građanskom razdoblju, i ostaviti po strani glavnu misao: razlikovanje “ustava” što utemeljuje legitimnost i samo legalnoga liberalno-građanskog “ustavnog zakona”. Tim razlikovanjem bio je ugrađen eksploziv u samo legalni, od svih mogućih kompromisa i protuslovlja sastavljeni ustavni zakon – a to je onda i funkcioniralo: “građansko” liberalni formalni kompromisi i cijela pravna država bili su razoreni. Diktatorsko nasilje nije Schmittu služilo za premošćivanje nenormalnosti, već za spašavanje “navlastite supstancije”. Država se vidi usporedno s oblikom stare Crkve, kao institucijski zaštitni bedem podignut oko najunutarnije supstancije, predan na odgovornost “čuvaru”, defensoru fidei, prvo feldmaršalu, zatim vođi, koji štiti pravo – Schmitt je bio onaj koji je pravo razložio u više pravo i puke pravne zakone, pa bi tumačenje Temeljnog zakona, čiji je čl. 79, st. 3 nedvojbeno bitno inspiriran Schmittom, trebalo biti na oprezu da ga ne slijedi previše na ovome putu.

Već mnogo prije Wernera von Simsona i Reinharda Mehringa otkrili su Smend i Erich Kaufmann slabost u Schmittovu djelu “*Verfassungslehre*”. U otvorenome pismu Ernstu Forsthoffu “*Carl Schmitt und seine Schule*” postavio je Kaufmann Forsthoffu pitanje, vidi li doista u “*Verfassungslehre*” “u klasičnost izrasli prikaz pravnodržavnog ustava”. To se djelo čini “doista kao bestrasni netendencijski prikaz građanske pravne države”. Ali Forsthoff zacijelo zna sam da Carl Schmitt odlučno odbija “građansku pravnu državu” “zbog njezine neraskidive sraslosti s određenim vremenom i ideologijom, on, dakle, piše na neki način dogmatiku za teologiju koju je odbacio” – čuvena “precizna pojmovitost” kao sredstvo da se “građanska pravna država” dovede do apsurd.³⁶

Još točnijom, poantiranijom čini mi se Smendova kritika Schmittove pozicije. Smend, koji je sa Schmittom imao uvijek uljudan, kolegijalan kontakt, posve je rano prepoznao karakter Schmittova djela “*Verfassungslehre*” po njegovoj ressentimentskoj, jakoj averziji spram građansko-modernoga svijeta, i njegova karakterizacija “antikiziranoga” načina promatranja, koji je Carl Schmitt “reprizirao “u sjajnome obliku”, pogađa, po mome mišljenju, ono bitno, pojašnjava, s druge strane, Smendovu

dosljednoga političkog sustava mišljenja, nego da žive ljude svrstava u političku zajednicu”. Tako 18. siječnja 1933. godine u govoru uz jubilej osnivanja Carstva “*Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*”. Schmitt, koji je istovremeno u Visokoj trgovačkoj školi obrazlagao “ujednačavanje” pomoću “Zakona o carskome namjesniku”, rekao je o Smendovu predavanju nekoliko dana nakon toga u svome dnevniku od 23. siječnja 1933: “Gospođa Ehrick pričala je o Smendovu bijednom predavanju” (prema Paul Noack, *Carl Schmitt*, 1993., 156).

³⁵ Werner von Simson, Carl Schmitt und der Staat unserer Tage, *AöR* 114 (1989.), 185-220. – Reinhard Mehring, Carl Schmitts Lehre von der Auflösung des Liberalismus: das Sinngemüße der “*Verfassungslehre*” als historisches Urteil, *Zeitschrift für Politik* 38 (1991.), 200-216.

³⁶ Kaufmann, Erich, Carl Schmitt und seine Schule, u isti, *Rechtsidee und Recht (Gesammelte Schriften III)*, 1960., 375 i d. Izvršne prikaze Kaufmannova nepravedno zanemarenog djela zahvaljujemo Manfredu Friedrichu u H. Heinrichs i dr., *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993., 693 i d. i u: Friedrich (bilj. 2), 348-353.

radikalno “modernu” poziciju. Može li se među kolegama zamisliti zajedljivija kritika: “reprizirati”! – to se mora dvaput reći. Schmittova su promatranja odgovarala za “Rimsku crkvu”, pa i za “monarhiju prije njezina konstitucijsko-nacionalnodržavnoga razdoblja” (213), ali – dopunjavam – nikako za modernu državu, modernu pluralističku masovnu demokraciju, koja se može promatrati, ipak, jedino u svjetlu svoje posve jasne imanencije, bez ikakva transcendentnoga osiguravanja, jamčenja, “poduzimanja” – usmjerena posve na volju slobodnih ljudi i *ni na šta* drugo, ne na rasu, narod, jezik, religiju, geografiju, jedino na volju za zajedničkom državom i nezanim ustavom, *kulturno postignuće*, koje je zadano ljudskoj volji, onoj savladavanja političkog zvanja, za koje ustav tako reći stavlja oruđa na raspolaganje.³⁷

Isplati se razmisliti zašto ni nakon 50 godina Temelnog zakona ne postoji djelo koje bi, “reflektirajući” komparativno, historijski, socijalnoznanstveno i, naravno, poučavajući također o snazi i nemoći “normativnoga”, naslijedilo Schmittov spis “*Verfassungslehre*”. Je li tome razlog premoć “normativnoga” i još uvijek tako svojevršno oprezne njemačke razdvojnice između “bitka” i “trebanja”? Ustavi su djelo deliberacije, praktične refleksije, kako nam to nenadmašivo pokazuje “*Federalist Papers*”. Kako bi privlačno bilo prikazati Temeljni zakon kao djelo ne samo normi već u njima sadržanih politoloških promišljanja (“*reflections*”). To je, ipak, posve samorazumljivo za anglosaksonsko ustavno mišljenje.

4. Ustavna teorija

Ostaje nam još ustavna teorija. Kako stoji s ponudom jedne “ustavne teorije” koja nam njemačke “ustavne stvari” čini duhovno pristupačnim i koja je u stanju ponuditi kriterije za njihovo prosuđivanje?

Znam da se danas u Njemačkoj mnogo razmišlja o pitanjima ustavne teorije: sustavnoteorijski, diskursnoteorijski, ponajprije u okviru teorije prava. Čini se da se dosad nije nametnula neka “paradigma”, a teorijski je pojam posve drukčiji nego skromni Smendov. Možda dolaze s područja ustavne komparatistike najizgledniji poticaji za dalji razvoj ustavne teorije.³⁸ Zasad, čini se, da je ipak tako da kao što na njemačkom govornom području postoji samo jedan ustavni nauk, onaj Carla Schmitta, tako i samo jedan začetak “ustavne teorije”, onaj Smendov, na koji se doista vrijedi nadovezati, sažet u “*Verfassung und Verfassungsrecht*”. Kao što naslov kaže, knjiga obrađuje ustavno pravo, krizno weimarsko, i problematiku modernih demokratskih ustava općenito, s trojstvom integracijskih činitelja ne kao jurističko-normativnih, nego socioloških, ili, kao što to 1928. godine Smend nesretno kaže: “duhovnoznanstvenih oruđa” za teoriju

³⁷ Navedena Smendova kritika odnosi se na Schmittive spise prije spisa “*Verfassungslehre*” iz 1928. godine! O usporedbi Schmittova nauka o državi, “koji nije teorija države, nego teorija prava”, s Rimskom crkvom vidi *StRab* (bilj. 2), 174, 180. Pionirska filološki savjesna obrada Schmittova spisa “*Politische Theologie*”, koju zahvaljujemo Heinrichu Meieru (*Carl Schmitt, Leo Strauß, und der “Begriff des Politischen”*, 1988.), još više dovodi u pitanje primjenjivost Schmittova spisa “*Verfassungslehre*”.

³⁸ Pregled daje Christian Starck, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ, 1997., 1021 i d. – Sažet, suveren uvod u današnje mišljenje koje isprepliće pravnu i ustavnu teoriju vidi u: Hasso Hofmann, *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, 1998.

ustava. Na kraju svoga članka “*Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl*” iz 1919. godine Smend je još zahtijevao “*sociološki* (moj kurziv) utemeljenu ustavnu teoriju” kao “nužnu osnovicu novoga nauka o državnome pravu u novoj Njemačkoj” (56).

Ali zar ovdje ne treba ipak još nešto dodati? Zar Smendovo veliko značenje za tumačenje Temelnog zakona nije u njegovu novom razumijevanju temeljnih prava, preko njegova ulaza u presudu *Lüth* (*BVerfGE* 7, 198 = *JZ* 1958, 119) – onu presudu Saveznoga ustavnog suda kojom je taj sud postao ono što jest: gospodar svih pravnih materija, najviši sud za sve ostale sudove, ulazna vrata za djelovanje treće strane, itd. – po mišljenju mnogih, i ne najgorih, njemačkih pravnika istočni grijeh ovoga suda: moglo bi se stranicama navoditi koja je zla ta presuda prouzročila, najuvjerljivije opet Carla Schmitta: “*Die Tyrannei der Werte*” – i Rudolfa Smenda kao tiranina koji je pravo relativizirao vrijednostima.³⁹

Autoru nedostaje kompetencije da uđe u ovu raspravu od, zacijelo, središnjega značenja. Ali mislim da mogu iz osobnoga iskustva posvjedočiti da, osim poznatoga novovrednovanja temeljnih prava, nema izravnih veza presude *Lüth* s intergracijskom teorijom.⁴⁰ U obrazloženju presude ne spominje se Smendovo ime: u Lüthovoj žalbi na presudu Zemaljskoga suda u Hamburgu radilo se o posve normalnome klasičnom sporu o temeljnim pravima, protiv čije rasprave pred nekim sudom ni Carl Schmitt ni njegovi đaci ne bi imali ništa protiv, upravo klasičan slučaj spora između građanina i vlasti. Hamburški sud, državni organ, htio je privatniku Erichu Lüthu, uz prijatnu kaznom, zabraniti da obznanjuje kako njemačku publiku treba neko vrijeme poštedjeti od filmova Veita Harlana, redatelja filma “*Jud Süß*”. Sud je u tome vidio “nećudoredni poziv na bojkot”. Dakako, i to je bilo ono novo u presudi Lüth, Sud nije mogao zaobići “odmjeravanje dobara” – tako to stoji u presudi: između vlasničkih prava posjednika kinematografa i, kako je to Sud točno izrekao, “visokoga dobra” slobodnoga očitovanja mišljenja, “najizravnijega izraza ljudske osobnosti u društvu”, jednoga od “najuzvišenijih ljudskih prava uopće”. Sve posljedice, “konkretizacije”, “razvoji” i svi ti novi pojmovi koje je proizvela presuda *Lüth* nemaju *nužno* veze s Lüthovom žalbom i presudom iz 1958. godine, to je vlastiti proizvod Saveznoga ustavnog suda.

Novi pozitivnopravni položaj temeljnih prava nastao je neposredno iz Temelnog zakona – to nije slijedilo iz pouka znanstvene “škole” i bilo je, ipak, odgovor više na značajnija nego puka iskustva škole.

³⁹ Tako se mora, zacijelo, čitati Forsthoffova britka kritika Smenda s izričitim pozivanjem na Schmittovo predavanje u Ebrachu “*Die Tyrannei der Werte*”. Temeljno o raspravi s gledišta “Schmittove škole”: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz* (niz “*Themen*” der *Siemens-Stiftung*), 1990. i isti: *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, u *Festschrift für Robert Spaeman*, 1987., 1 i d. – U spomenutome Schmittovu predavanju “neprijatelj” (R. Smend) se ne spominje, uostalom, nijednom riječju. Usp. *Säkularisation und Utopie* (*Ebracher Studien*), 1967., 37 i d.

⁴⁰ O sudjelovanju autora u ustavnoj tužbi Ericha Lütha usp. iz akata Dieter Gosewinkel, Adolf Arndt, 1991., 493 i d., 531. – Autor, tada suradnik A. Arndta, koncipirao je po nalogu Ericha Lütha prvi nacrt ustavne tužbe. Adolf Arndt dao je onda predmetu pravi sudski oblik.

III. Integracijska teorija

Ostaje dakle: Smendova ustavna teorija, integracijska teorija. Pretpostavljam kao poznat “sustav integracijskih činitelja” – osobnih, stvarnih, funkcionalnih. Ali, iz koje je situacije ona zapravo nastala kakva jest – o tome, prividno, valja uvijek pitati – “filozofski”, “spoznajnoteorijski”, “metodički” zapravo utemeljena, što joj je cilj? Zašto 1928. godine “duhovnoznanstveno” utemeljenje kada je 1919. godine riječ o “sociologiji”?

Smendu je bilo 46 godina kada je 1928. godine objavio tanku knjigu “*Verfassung und Verfassungsrecht*”. Premda je dotle malo objavio, bio je već jedan od velikih u svojoj struci u kojoj velikih nije nedostajalo. Disertacija je već bila malo majstorsko djelo ustavne analize. Diplomatsku umjetninu Bismarckov ustav pratio je u majstorskoj studiji s dugoročnim djelovanjem sve do naših dana “(prosavezno ponašanje”); svojevrstnost modernoga demokratskog oblikovanja volje izučavao je “mjerilima” rasprave o izbornome pravu između 1815. i 1900. godine. Prvi svjetski rat i njegov ishod dirnuo ga je kao i svakoga od njegovih suvremenika, zacijelo su ga jedva privlačili revolucija, pogotovu njezine okolnosti, bijeg starih dinastija u ratu, prosječnost novoga vodećeg sloja, ali je bio, u srcu konzervativni legitimist, odmah pripravan za “pozitivnu suradnju” – tipičan Smendov izričaj – u novoj državi; u svakom slučaju Smend je stao na tlo novih činjenica – ali one nisu bile baš ugodne. Smend je imao seizmografski osjećaj za krize, za nezdrave, nečiste odnose, njegova nelagoda zbog wilhelmizma, političke neodgojenosti građanstva, “preživjelosti” staroga poretka s carem kao gubitnikom – to je u Smenda, doduše, blaže u formi, ali u stvari posve blizu Weberovoj kritici. – Smendov odnos prema Maxu Weberu – to zaslužuje posebnu temu.⁴¹

Ipak se možemo odvažiti na tezu: Uza sve razlike u temperamentu i političkoj poziciji u shemi lijevo-desno ni između koga ne postoji tolika srodnost kao između Webera i Smenda.⁴² Njih ne zanimaju ustavna pitanja normirana u ustavnome pravu kao takva, “ne tumačenje paragrafa i pravnopojmovni sustavi”, kao što je to Smend 1919. godine britko formulirao (67), već život, zbilja političkog života, na koju ustavi potiču ili ne potiču. Uvijek je riječ o konstitucionalnom životu, o ustavnome životu, o životnim pro-

⁴¹ Tema bi se morala proširiti na ponovno propitivanje odnosa kulturnih vrijednosti i demokracije u novijem njemačkom političkom mišljenju između 1917. godine (Thomas Mann, *Betrachtungen* i Weber, *Wahlrecht und Demokratie in Deutschland*) i 1932. godine (Karl Jaspers, *Geistige Situation* i Ernst Robert Curtius, *Deutscher Geist in Gefahr*). Ono što Thomas Mann povjerava jedino dnevniku moglo bi poslužiti kao “upit” o prevrednovanju specifično njemačkoga liberalno-konzervativnog “građanskog” koncepta demokracije koji odbacuje svako “revolucionarstvo”: “Ova knjiga *Betrachtungen* bila je pobuna protiv ‘porobljavanja duha’ politikom – ništa dalje” (navod prema Dirk Hoeges, *Kontroverse am Abgrund: Ernst Robert Curtius und Karl Mannheim*, 1994., 187) Jedna takva pozicija mora biti kompatibilna sa slobodarskim konceptom demokracije.

⁴² Pri čemu se mora dodati Ericha Kaufmanna kao trećega u savezu. U “*Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*” “nema ni jedne kritičke riječi o Weberu! Smend i Kaufmann slažu se u kritici Weberova “tehnicističkoga” razumijevanja ustava (usp. Kaufmann, *Gesammelte Schriften* III.. XXXIX.) – u čemu su, po mome mišljenju, pogriješili.

cesima političkog tijela, o *životnoj zbilji* koja uspijeva ili ne uspijeva.⁴³ Weimarska je ustavna zbilja prouzročila, to je temeljno iskustvo Smendovo i mnogih drugih, gubljenje političkog “doživljaja”.⁴⁴ Na primjeru posljedica prijelaza s većinskoga izbornog prava, s njegovim aktiviranjem lokalnoga političkog pogona, na razmjerno izbornu pravo s vezanim listama i njegovim pustošenjem lokalnoga političkoga pogona, Smend je čak na tehničkoj pojedinosti (60 i d.) pokazao kakve posljedice mogu imati male izmjene ustavnog prava, usporedivo s Weberovim očekivanjima od nestajanja inkompatibilnosti između mandata u Bundesratu i Reichstagu. Uvijek kada Smend govori o Weberu, hvali ga najljepšim riječima, da bi odmah dodao nekoliko, po mome mišljenju, posve deplasiranih primjedaba. Zacijelo je čak i dobrim poznavateljima Smenda nepoznata recenzija od pet stranica o Weberovu spisu “*Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*” u *Schmollers Jahrbuch*, 1918.,⁴⁵ ona se ne nalazi u bibliografijama 1. i 2. izdanja spisa “*Staatsrechtliche Abhandlungen*”. Navodim nekoliko ulomaka iz te recenzije ne da bih od Smenda napravio Weberova epigona, nego da bih pojasnio – recenzija potječe iz ratne 1918. godine – do čega je Smendu stalo i što bi, možda, *i danas*, trebalo biti važno “ustavnim znanostima”. Koliko god se može sporiti o ciljevima i rezultatima Weberova spisa, “on je (ipak) znanstveno veoma značajan zbog svoga načina promatranja političkih stvari.” Vrijednost je “Weberove knjige u njezinu napatku za politički zbiljski smisao”. Ovdje, “u sposobnosti za promatranje zbiljskoga političkog života, naša je politička literatura i naše političko mišljenje, dakako, u usporedbi s inozemstvom u sramnom zaostatku.” Uza sve prigovore, “ovdje je jedan od rijetko vrijednih segmenata naše političke literature”. Svaki narod ima političku literaturu koju zaslužuje. “Niska razina naše političke literature” (to je Smend u svojoj recenziji Webera!) ima dva uzroka: “jedan je odvajanje političkoga od rijeke našega duhovnog života uopće, koje je krivo što nemamo živu etiku – a drugi nedostatno komuniciranje pojedinoga Nijemca s navlastitim političkim životom. Posljedica je praznina i konvencionalnost našega političkog misaonog svijeta”. “Praznina i konvencionalnost našega političkog misaonog svijeta” – trebalo bi ovu formulaciju uzeti ponovno za eventualnu skupnu recenziju o najvažnijim očitovanjima povodom jubileja Temelnog zakona.

Ali – moglo bi se prigovoriti – kako stoji s “duhovnoznanstvenim”, “metodološkim” utemeljenjem integracijskog nauka u spisima Theodora Litta? Zar integracijska teorija nije u posebnoj mjeri “filozofski” utemeljena, metodički “osigurana” teorija i stoga shvatljiva jedino preko toga “utemeljenja”, u povezanosti s Diltheyevom školom? Ima li nam to i time također Smendovo djelo još nešto reći? Doista se tako učvrstilo – u

⁴³ Posve mi je strano pri pojmu života uvijek odmah pomisliti na neke povezanosti sa suvremenom sveučilišnom filozofijom. Naravno da je Dilthey mnogo značio i Weberu i Smendu. Ipak ovdje “život” znači “životnu zbilju” (Max Weber, *Wissenschaftslehre*, 170) – tj. praksu.

⁴⁴ Pojam “doživljaja” središnji je za Smenda (kao i za Webera premda on nije volio tu riječ), ali ne treba ga shvaćati “psihološki”, već kao protupojam individualističkoj participacijskoj predodžbi uobičajene teorije demokracije. Smendov spis *Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert* (346 i d.) valja tek još otkriti kao klasičan tekst takozvane “teorije demokracije”. Smend se u sažetu obliku još jednom nakon 1945. godine vratio temi: “Politisches Erlebnis und Staatsdenken”, u *Gesellschaft – Staat – Erziehung* 2 (1957.), 316-319.

⁴⁵ Nav. dj., 369-373.

svakoj disertaciji o Smendu, u svakome spominjanju njegova imena u literaturi može se to tako pročitati. Jedino preko Litta put vodi do Smenda! Mislim da se to može mirno zaboraviti, za novu procjenu Smenda to nije važno. Napravimo pokus: Svako se može uvjeriti da se na prvih 118 stranica spisa “*Staatsrechtliche Abhandlungen*” u trećem izdanju – gusto tiskanim ustavnopravnim, ustavnopolitičkim, ustavnopovijesnim malim radovima, uključujući prvu uporabu pojma integracije u središnjemu članku “*Die politische Gewalt im Verfassungsstaat*” iz 1923. godine – ne nalazi nijedan, zapravo, “filozofski” ili bezuvjetno tome pripadajući “metodološki” navod.⁴⁶ Smendovo se djelo može, ne drukčije nego Weberovo, shvatiti iz obrađenih *stvarnih konstelacija*. Nije mu potreban nikakav filozofski “prolog u nebu”.

Ipak, zašto Litt nije nimalo važan? Zar ne stoji na prvoj stranici primjedaba uz “*Verfassung und Verfassungsrecht*” da se pri traženju “spoznajnoteorijskih temelja” “svjesno ograničio na to da na osnovi tako za mene temeljnih radova Theodora Litta pokazem kako se jedna takva opća teorija duhovnih znanosti može iskoristiti kao osnova za nauk o državnome pravu i da se u tu svrhu nisam ustručavao pedantnosti da vlastita shvaćanja što više oslonim na odgovarajuće potvrde u Littovim radovima.” “Pri tome sam se samo malo posvetio drugim, ovome paralelnim, pokušajima metodološkoga utemeljenja nauka o državi i pravu – podsjećam samo na radove bitno sociološkoga obilježja, s jedne strane (to može biti jedino Weberova = razumijevajuća sociologija tamo, razumijevajuća ustavna teorija ovdje), teleološkoga, s druge strane (tu se misli na Ericha Kaufmanna)” (119 sl.). Ovdje se može jedino reći: Kakav promašaj! Da je Smend razvio s Weberom integracijski nauk, naravno za svoje svrhe domišljen i modificiran, bio bi, danas, vjerojatno, autor teorije države i ustava o kojemu se raspravlja diljem svijeta, podoban za nadovezivanje na sociološku teoriju “ustavnih položaja”.⁴⁷ Umjesto toga Litt – i to još “bez ustručavanja od pedantnosti”. Navedeno mjesto fatalno slično pozivanju na Rickerta na početku Weberovih članaka “*Aufsätze zur Wissenschaftslehre*”.⁴⁸ Unatoč Rickertu, Weber je postao svjetski autor. Navest ću, uz autorizaciju Rudolfa Smenda mlađega, profesora Staroga zavjeta u Göttingenu, najstarijega sina (rođen 1932. godine) “moga” Smenda, iz njegova pisma od 23. kolovoza 1998.

“Moji su me roditelji posjetili u Bonnu, vjerojatno 1960. godine. Toga se ovako sjećam. Šetali smo starim putovima, pri čemu mome ocu ni u snu nije palo na pamet da potraži Litta, kojega se uz riječ ‘Bonn’” uopće nije sjećao. Kada smo išli sunčanim Dvorskim parkom, odjednom sam vidio Litta kako sjedi na jednoj klupi. To sam rekao svome ocu, koji ga, možda, uopće ne bi prepoznao i koji je oprezno krenuo nazad i otprilike rekao: ‘To nije lijepo od mene, ali on je za mene veoma stara priča, a zbiljski me doista nije nikada zanimalo.’ Navečer je slično napomenuo kako je dan tako lijepo

⁴⁶ Jedino što bi se moglo tako shvatiti, u članku “*Die Maßstäbe des politischen Wahlrechts*”, *Tübinger Antrittsvorlesung*, 1911.: “O načelnome obilježju toga shvaćanja usp. još Max Weber, u *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung*, Bd. 27 (1903.), 1189” – to je članak “Roscher und Knies”.

⁴⁷ Ovdje valja podsjetiti da se rani radovi Helmuta Schelskog o stabilnosti ustava nadovezuju na Smenda. Tema nije nastavljena u njemačkoj socijalnoznanstvenoj literaturi. Podsjećam i na Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, sa središnjim pojmom “položaja” kao i na njegov članak “*Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*”, u *Festschrift für Scheuner*, 1973., 72 i d.

⁴⁸ Max Weber, *Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1987., 7.

prošao i kako je dobro što nije pokvaren mučnim razgovorom s Littom. Ni to nije bilo lijepo.”

Toliko o priopćenju gospodina Smenda. Ni ja ne smatram ugodnim što je moj, naš Smend dopustio da takvim stranputicama idu oni koji su se trudili oko razumijevanja njegova djela. Uostalom, ne mogu se sjetiti da je poslije rata na seminaru o teoriji države Litt ijednom “repriziran”. U članku “*Integrationslehre*” iz 1956. godine, onda, jasno priznanje zablude oslanjanja na Litta (480 sl.).

Ovdje nije mjesto da se još jednom razviju temelji Smendova mišljenja.⁴⁹ Jer, naravno da postoje takvi temelji – svakako temeljna iskustva, udaljavanja, polemička razgraničavanja. Smend je svoja politička temeljna iskustva stekao već prije 1918. i prije 1914. godine (“*Deutsche Ideen*”) – on nije gledao, kao Weber, na Istok, nego na Zapad, preko u Francusku, kao prvu korjenito modernu europsku naciju. Kako bi se shvatilo od čega se branilo upravo, gotovo bi se moglo reći “nenjemačko” mišljenje toga uistinu njemačkog patriota, koji je svoju domovinu volio, ali ipak istodobno zbog nje patio, jer su određeni tradicijski elementi našega političkog mišljenja bili izvori ne jakosti, već slabosti, svakako najjačega ugrožavanja – dovoljno je – barem za uvod – pročitati jedan kratak tekst, predavanje Ernesta Renana na Sorbonni o temi “*Was ist eine Nation*” iz 1882. godine, kada se rodio Smend, iz kojega je poznata samo jedna rečenica, koju je stalno iznova Smend navodio: nacija kao *plébiscite des tous le jours*. Ali govor se mora dokraja pročitati⁵⁰ i već se dobiva temelj za razumijevanje Smenda, posve jasnu opreku prema “reprizirajućem” ustavnom mišljenju Carla Schmitta. Korjenito moderno, korjenito imanentno. Nadmoć teritorijalno vezanoga, ne tradicijski-narodnosno-povijesno vezanoga mišljenja pokazala se svakome Smendovu suvremeniku na primjeru relativne lakoće kojom je Francuska integrirala Alzašane, naspram zatvorenosti “njemačkoga” mišljenja u vezi s asimilacijom “neprijatelja Reicha”. Kao primjer Smendove otvorenosti podsjećam samo na to da pitanje državljanstva, ipak nešto kao razdjelnica za kritičko razumijevanje jedne ustavne kulture, za njega nije bilo “za državu bitno, nego poglavito tehničko pitanje posebnoga zakonodavstva” (198, 509). Država kao kulturno postignuće, kulturna zadaća. Lijepo ako se tome dodaju “integracijski činitelji” o kojima se i znanost o državnome pravu mora brinuti. *Stvarni*: zajedničkim osjećane vrijednosti i simboli; *osobni*: vodeći sloj, osposobljen za predstavljanje i političko vodstvo; *funkcionalni*: donekle zadovoljavajući način političkoga pogona, koji ne ostavlja ravnodušnim ili čak odbija, već u dostatnoj mjeri poziva na suradnju i suživot, na ono *živo sudioništvo* na kojemu je stari Goethe bio tako zahvalan svome zavičajnom gradu. Samo zahvaljujući njemu, kako kaže, došao je do svoga razvoja (Bettina v. Arnim, u listopadu 1824. godine). To je, zacijelo, ono što se misli s “dobrim ustavom i dobrim stanjem”, “javnošću” i, također, “integracijom”.

(1999.)

S njemačkoga preveo

Tomislav Martinović

⁴⁹ Izvrstan sažetak s navođenjem recentne literature u Friedrich (bilj. 3), 353 i d. Spominjem još Reinhard Mehring, *Integration und Verfassung*. – O političkome ustavnom duhu Rudolfa Smenda u *Politisches Denken, Jahrbuch* 1994., 1995., 19 i d.

⁵⁰ U lijepome prijevodu Henninga Rittera, u svesku: *Grenzfälle – Über neuen und alten Nationalismus*, ur. M. Jeismann i H. Ritter, 1993., 290 i d.

Wilhelm Hennis

THE INTEGRATION BY CONSTITUTION?

Summary

The author analyses the relationship between the constitutional law and the political reality. Using the historical material of the German constitutional legal practice to analyze this relationship, the author concludes that a good constitution can function solely in the setting of a good political culture of a state's citizens. Citizenry of a certain political culture always goes hand in hand with a good constitution.