

---

## Granice ustavotvorne vlasti

---

PETER KIELMANSEGG\*

### Sažetak

Autor analizira mogućnosti simbioze demokratskog i ustavnog načela, kojom se izražava napetost između ideje narodnog suvereniteta, i težnje da se osnovna pravila političkog života što trajnije fiksiraju. Siéy sovím razlikovanjem konstituirajuće i konstituirane vlasti može se na skladan način povezati ideja narodnog suvereniteta s idejom ustavne države, ali se time ne može još odgovoriti na pitanje o pravu konstituirajuće moći da veže konstituiranu moć. Demokratska ustavna država od svojeg je početka započela svoj život kao dvostruko biće, tj. kao demokratska i kao ustavna država. Dilema se sastoji u tome hoće li se poštivati valjani ustav zajedno s postupkom predviđenim za njegove izmjene ili će se u promjene ići revolucionarnim raskidom postojeće situacije, dakle direktnom akcijom konstituirajuće moći. Autor se zalaže za utvrđivanje granice između onoga što konstituirajuća vlast smije odlučiti i onoga o čemu odlučuju konstituirane vlasti, jer ona čuva ravnotežu obiju vlasti u ustavnoj državi.

### I.

Razlikovanje između *pouvoir constituant*, ustavotvorne vlasti, i *pouvoirs constitués*, konstituiranih vlasti, već je od vremena Siéyesa teorijski temeljac na kojemu je podignuta zgrada demokratske ustavne države. Upravo nam to razlikovanje, čini se, dopušta da na elegantan način povežemo ideju narodnoga suvereniteta s idejom ustavne države.

Naravno, razlikovanje kao takvo nije još odgovor na pitanje kako se može utemeljiti u njemu pretpostavljeno pravo ustavotvorne vlasti da veže konstituirane vlasti. Ovo pitanje, ako to pravo vidim, nije nikada naišlo na pozornost koju je zaslužilo, ni u samoga Siéyesa, ni kasnije. To je čudno, jer nije riječ o beznačajnome problemu. Štoviše, ovdje je na raspravi, barem teorijski, simbioza demokratskoga i ustavnog načela. Ona nam je postala samorazumljivom u demokratskoj ustavnoj državi. Ali zbog faktičke samorazumljivosti povijesne sinteze, kakvom se predstavlja demokratska ustavna država, pitanje teorijske ispravnosti ove sinteze nije još postalo be-

\* *Grof Peter Kielmansegg*, Universität Mannheim.

značajno. Slabosti utemeljenja nisu nikada u cijelome povijesnom iskustvu zadugo bez posljedica tamo gdje se radi o legitimnosti političkih poredaka.

Napetost između demokratskoga i ustavnog načela, između ideje narodnoga suvereniteta, na jednoj strani, i nastojanja da se osnovna pravila suživota što trajnije fiksiraju, na drugoj, može se uostalom dokazati u prvim dokumentima u kojima se demokratska ustavna država pojavila na povijesnoj pozornici. Dok je Deklaracija o nezavisnosti SAD iz 1776. godine svečano proklamirala pravo naroda da svagda može po vlastitim željama izmijeniti ili ukinuti postojeći oblik vladanja, izrađen je jedanaest godina kasnije ustav koji se visokim preprekama sam zaštitio od izmjena. Tako je postupio i francuski revolucionarni ustav iz 1791. godine. On u članku 1. stavak 7. svečano proklamira: “Ustavotvorna nacionalna skupština izjavljuje da nacija ima neotuđivo pravo izmijeniti svoj ustav”, ali odmah dodaje, gotovo se ispričavajući, da je nacionalnome interesu primjerenije” da one članke čiju će nekorisnost pokazati iskustvo reformira samo sredstvima predviđenim u samome ustavu”, da bi zatim utvrdio postupak koji gotovo onemogućuje ustavne izmjene. Jakobinski ustav iz 1793. godine, koji, kao što je poznato, nikada nije stupio na snagu, odlučio se, naprotiv, prilično jasno za narodni suverenitet u Rousseauovu smislu, za neprekidni, neporobljivi narodni suverenitet: “Narod ima svagda pravo revidirati svoj ustav, popraviti ga i izmijeniti. Jedan naraštaj ne može svojim zakonima podčiniti buduće naraštaje” (čl. 28 Deklaracije o pravima čovjeka i građanina u verziji iz 1793. godine).

Poznato je da je Jefferson pokušao obje pozicije povezati u prijedlogu da se svakih dvadeset ili trideset godina sazove novi ustavni konvent, da se dakle svakoj generaciji — bez revolucije — prizna pravo na vlastiti ustav; to je prijedlog koji nikada nije dobio praktično značenje, niti ga je mogao dobiti, iz razloga koje je već Madison posve jasno predočio svome prijatelju Jeffersonu<sup>1</sup>.

Vidi se: Demokratska ustavna država počela je svoj život kao dvostruko biće, tj. kao demokracija i kao ustavna država. Njezini su očevi i razabrali nešto od te ambivalentnosti. Ali sva su pitanja ostala otvorena. A ne odgovara se na njih ni upozorenjem da narod, trajno posjedujući svoju ustavotvornu vlast, može stalno iznova ustavno-stvaralački intervenirati u povijest. Onaj tko drugoga stavlja pred izbor hoće li poštivati valjani ustav zajedno s postupkom predviđenim za njegove izmjene ili će se odvažiti na revolucionarni raskid s njim, djeluje na drukčijoj razini nego onaj tko se treba odlučiti.

Nakon ovoga prvog približavanja temi, želim poduzeti tri koraka. Prvim bih točnije odredio problem s kojim imamo posla. On se do sada vidio samo u naznakama. Pri tome će se moje veoma načelno polazno pitanje

<sup>1</sup> Holmes, Stephen, Precommitment and the Paradox of Democracy, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988., 217.

preoblikovati u možda manje načelno, ali zato aktualnije pitanje. Drugim bih korakom postavio pitanje: Kako se može utemeljiti općenito priznato pravo ustavotvorne vlasti da veže konstituirane vlasti? Namjeravam komparativno ispitati različite strategije utemeljenja. Na koncu, trećim se izvode neki zaključci iz nalaza drugoga ulomka.

## II.

Većina modernih demokracija ustavne su države ne samo u materijalnom nego i u formalnom smislu. One imaju “temeljni zakon”, zakon posebnoga ranga, u kojemu su za zajednice konstitutivna pravila sažeta, kodificirana, kako se to običava reći. Konstitutivna su za jednu zajednicu ona pravila koja utvrđuju tko, kako, u kojim granicama može donositi općeobvezatne odluke. “Poseban rang “ znači dvoje: ustavni je zakon nadređen svakome drugom pravu. I: ustavni se zakon može izmijeniti jedino izvanrednim postupkom koji otežava izmjenu. To znači da ustavni zakoni postavljaju postulat valjanosti izuzetne vrste. Ali on se mora utemeljiti.

Podrobnije vrijedi: Ujedinjeno je Kraljevstvo, ako se ne varam, jedina demokracija koja uopće ne poznaje posebnu zaštitu stanja za ono što se materijalno smatra ustavnim pravom. Našom terminologijom rečeno: Ujedinjeno je Kraljevstvo jedina demokracija koja tradicijski smatra naprosto neutemeljivim davanje prednosti ustavotvornoj vlasti pred zakonodavnom vlašću parlamenta — pozicija koja, dakako, nije više neprijeporna. Još se dvije demokracije, Izrael i Novi Zeland, prilično približavaju britanskome modelu, dok je Kanada 1982. godine izašla iz ove male skupine *autsajdera*. Ni Izrael ni Novi Zeland nemaju kodificiran i povlašten ustavni zakon. Ali ipak postoje pojedini zakoni ili pojedine klauzule u zakonima za koje su prepreke izmjenama lagano povišene, npr. tako što se umjesto relativnih većina, koje su u zakonodavnome postupku obično dostatne, zahtijevaju apsolutne većine, kao što ih njemački ustav propisuje za oba prva izborna kruga pri biranju kancelara ili za preglasavanje prigovora Saveznoga vijeća.

Za sve ostale demokracije koje u formalnome smislu imaju ustav, vrijedi: Izmjena je ustava pothvat koji je jasno razgraničen od obične izmjene zakona i jasno otežan u usporedbi s ovakvom izmjenom. Ili su propisane kvalificirane parlamentarne većine, često dvotrećinske, dakle većine koje u pravilu uključuju opoziciju. Ili se, osim parlamentarne, zahtijeva i plebisitarna suglasnost. Nerijetko se u raznim verzijama pojavljuje pravilo da o ustavnim izmjenama može konačno odlučivati tek novoizabrani parlament nakon izbora.

U savezним državama ulaze dodatno u igru sastavne države; njihovo sudjelovanje u ustavnim izmjenama ima za saveznu državu upravo konstitutivno značenje, u Njemačkoj u obliku Saveznoga vijeća, u Švicarskoj takozvanom kantonskom većinom, u SAD su sastavne države doista instancija

za odlučivanje. Savezni parlament, Kongres, može samo predlagati — već je zato potrebna dvotrećinska većina u oba doma, ali je ratifikacija svake ustavne izmjene stvar sastavnih država. Time su u SAD prepreke za izmjenu ustava veće nego drugdje. Tri četvrtine svih sastavnih država moraju se suglasiti, to je sada 38 država. Kako sve države SAD osim jedne imaju dvodomne parlamente, to znači: najmanje 75 parlamentarnih zasjedanja mora ratificirati ustavni amandman prije nego što stupi na snagu.

Ponekad, kad je riječ o temeljnim ustavnim odlukama, zaštita postojećeg stanja pojačava se tako da se proglašava neizmjenjivost ustavnih članaka. Poznat je primjer za takvu klauzulu članak 79, st. 3 njemačkoga ustava, koji proglašava nepovredivim članke 1 i 20: podjelu Saveza na zemlje i načelno sudjelovanje zemalja u zakonodavstvu, ali on nije jedini. I francuski (čl. 89) i talijanski ustav (čl. 139) proglašavaju neopozivom odluku za republikanski oblik države, premda su, ili upravo zato što su te odluke bile dugo vremena prijeporne.

U preferiranju valjanosti ustava, uz pomoć toga preferiranja raspolaže — to je kvintesencija djelovanja svih tih pravila — prošlost sadašnjošću, raspoložu mrtvi živima, kako su to ponekad polemički zaoštrano formulirali Paine i Jefferson. S kojim pravom — to je naše pitanje, na koje je, uostalom, Jefferson zločesto odgovorio: “The dead have no rights. They are nothing”.<sup>2</sup>

Za trenutak se može nametnuti misao kako se ovdje banalnost stilizira u problem. Zar nije svako pravo što danas vrijedi jučer stupilo na snagu? Zar time prošlost, ma kako bili oblikovani postupci izmjene, razvijanja prava, ne vlada nužno sadašnjošću na dvostruk način: jednom time što joj (izuzimajući slučaj revolucije) određuje pravila prema kojima ona može raspolagati sobom; drugi put time što joj nalaže teret inicijative i obrazloženja, koji se uvijek mora nositi kad treba prevladati tromost po kojoj postojeće samo od sebe traje? Jesu li ustavi doista poseban slučaj? Nije li vladavina prošlosti nad sadašnjošću naprosto isto tako opća kao i neizbježna datost ljudskoga života?

To je uistinu tako. U svakome zakonu određuju i danas većine od jučer i prekjučer. Ali ta činjenica gubi svoju banalnost i samorazumljivost u onoj mjeri u kojoj se svjesno sužavaju mogućnosti revizije jednom donešenih općeobvezatnih odluka. Ustavi su klasa zakona koji sebi pokušavaju trajno osigurati valjanost posebnim, često visokim preprekama za izmjene. Oni ne donose samo određene odluke za budućnost, oni namjerno ograničavaju dispozicijsku slobodu budućnosti u pogledu tih odluka. A to znači: ustavi donose za demokraciju probleme koji se ne rješavaju uputom da je polazno stanje svake sadašnjosti određeno njezinom prošlošću.

<sup>2</sup> Jefferson, Thomas, *Writings*, ed. by Merrill Peterson, New York, 1984., 1402.

Još jedan prigovor mogao bi se uputiti našem pitanju. Zar nije povezanje demokratskoga i ustavnog načela u demokratskoj ustavnoj državi, zaštita suvereniteta naroda ustavima uvelike prihvaćena kao legitimna, upravo kao uvjet legitimnosti vladavine naroda? Zar nije tako da se dvojbe o legitimnosti više očituju u rijetkim slučajevima u kojima se još radi o “nekonstituiranim demokracijama, “nezaštićenoj” vladavini većine, kao u Engleskoj ili u Izraelu? Zar nije ovdje izneseni problem, tako viđen, prije prividan problem, barem problem bez praktične važnosti?

I ta su pitanja prejednostavna. Dakako, ne postoje dvojbe u pogledu činjenice legitimetskog konsenzusa o tome da demokracija i ustavna država čine cjelinu. Ali ta činjenica ne oslobađa još mišljenje od obveze da pita na koje se dobre temelje ovaj konsenzus može osloniti, obveze koja je povezana ne samo s teorijskom neizbježnošću već i te kako i s praktičnom važnošću pitanja. Koliko god je u načelu doista neprijeporno pravo ustavotvorne vlasti da veže buduće većine, to ne vrijedi za sve moguće ustavne sadržaje. Čim više ne raspravljamo o ustavima kao cjelini, o ustavnoj državnosti kao načelu, nego pitamo o graničnoj liniji koja razdvaja ovlasti *pouvoir constituant* od ovlasti *pouvoirs constitués*, s pogledom na pojedine ustavne odredbe, postaje vidljivo da je ovdje skriven znaatan potencijal za legitimetske krize ili da nije tako skriven.

Želim ovu tvrdnju naznakom konkretizirati na nekoliko primjera. Godine 1949. ustavotvorac je upisao postulat o ponovnome ujedinjenju u preambulu njemačkoga ustava i u njegov završni, 146. članak. To je te godine bila najprirodnija stvar na svijetu. Četrdeset godina kasnije to je značilo da Zapadni Nijemci ustavnopravno nisu imali mogućnost odgovoriti negativno na ujedinjenje. Njih nisu ni pitali o tome, pitalo se samo Nijemce u DDR. Ako je ustavotvorna vlast imala 1949. godine pravo da Zapadne Nijemce po ustavu obveže na ponovno ujedinjenje, možda čak za sva vremena — posve je moguće da bi Ustavni sud ubrojao obvezu na ponovno ujedinjenje u temeljne elemente ustava izuzete od ustavne izmjene — bi li došlo do spora? Nije došlo do spora, ujedinjenje je željela pretežita većina Zapadnih Nijemaca, ali jasno je da to nije moralo tako ostati za sva vremena i u svim okolnostima.

Drugi primjer: Člankom 6. njemačkoga ustava državna vlast posebno štiti brak i obitelj. Ukoliko se iz te odredbe izvodi pravo i obveza države da brak promiče u duhu Gradanskoga zakonika, ali ne svaku vrstu partnerstva, obitelj u duhu zajednice roditelja i djece, ali ne primjerice i svjesnu odluku da se djetetu prikrije njegov otac, taj članak sve više protuslovi životnoj praksi suvremenih društava. Kako god se odnosili prema toj životnoj praksi, nameće se pitanje, kako stoji s pravom ustavotvorne vlasti da konstituirane vlasti dugoročno fiksira na određene modele partnerskoga ili obiteljskog suživota.

Treći je primjer iz američke zbilje. Američki ustav obećava u Trećem amandmanu, dakle u Bill of Rights, koji je ustavu dodan 1791. godine, američkim građanima: “The right of the people to keep and bear arms

shall not be infringed". Pod okriljem toga temeljnog prava ili tobožnjega temeljnog prava uspijeva National Rifle Association sve do danas odbiti svaki, pa i najskromniji pokušaj da se oteža pristup vatrenome oružju bilo koje vrste. Čak kad bi organizirani prijatelji ideje da svakome građaninu pripada oružje, kao lobi bili slabiji nego što jesu, nezamisliva je izmjena ustava, koja Drugi amandman samo ublažava, a kamoli uklanja, s obzirom na visinu prepreka kojima se američki ustav sam štiti. Nije li ovdje doista riječ o dvojbenoj vladavini mrtvih nad živima, ustavotvoraca, koji su prije dvjesto godina imali pred očima i u mislima rat za nezavisnost što su ga vodili naoružani građani protiv Engleza, nad njihovim praprapraprapraunucima, koji se bore s problemima prekomjernog kriminala i nasilja poglavito u velegradovima?

Mislim da je u međuvremenu postalo dovoljno jasno: pravo pitanje nije ono od kojega smo pošli — načelno pitanje o pravu ustavotvorne vlasti da veže konstituirane vlasti. Pravo pitanje jest: dokle seže to pravo? Kako se u demokratskoj ustavnoj državi proteže granična linija između onoga što smije odlučiti ustavotvorna vlast, možda što mora odlučiti, i onoga što mora prepustiti konstituiranim vlastima? Ni najodlučniji pobornik načela ustavne države neće, dok ustrajava na demokratskome načelu, dopustiti ustavotvornoj vlasti neograničenu dispozicijsku slobodu nad budućnošću. Ali, još jednom, gdje se proteže granica? Rasprava o načelnome pitanju nužna je, kako bi se dobila stajališta za odgovor na granično pitanje.

Nijedno se od ovih pitanja ne može odbaciti s napomenom da se poravnanje između ustavnoga i demokratskog načela, između prošlosti i sadašnjosti izvršava tumačenjem ustava. Ta interpretacija otvara, dakako, znatne mogućnosti za prilagođavanje ustava promjenljivim potrebama vremenskih tokova što se smjenjuju i može stoga i te kako pridonijeti ublažavanju našega problema. Ali ipak, samo ograničeno. Ona ostaje vezana za, na posve određen način verbalizirane, normativne datosti ustava. I u sve većem broju demokratskih ustavnih država ona je ovako ili onako stvar treće vlasti, tako da se napetost između ustavnoga i demokratskog načela upravo ne ukida autoritarnom interpretacijom ustava, nego se samo transformira u institucijsku opreku između izabranih tijela i ustavnoga sudstva.

Uostalom, čini se da — posve praktično — značenje i aktualnost pitanja razgraničavanja ipak raste. Ono raste jer se čini kako raste sklonost da se ustavi shvaćaju kao politički programi, da se u ustavima utvrde politički programi. Ovu ćemo postavku ilustrirati dvama posve različitim primjerima. U Sjedinjenim se Državama godinama vodi borba za amandman o uravnoteženom proračunu, za dodatak ustavu, koji, malo pojednostavljeno rečeno, zabranjuje Kongresu zaduživanje. Ta je inicijativa zasad samo za dlaku promašila svoj cilj u Kongresu. Obilježje je ustava novih zemalja Savezne Republike Njemačke, na drugoj strani, da u obliku različito formuliranih proklamacija državnih ciljeva obećavaju pravo na rad i pravo na stan te inače koješta dobroga i lijepog. U vijećanjima o novoj verziji

ustava poznato je da su slični zahtjevi imali ulogu. I ovdje i tamo riječ je o socijalnoj državi; o tome da se politika što konkretnije fiksira na programatiku socijalne države ili da se pak razvoj socijalne države po mogućnosti definitivno spriječi. Posve je jasno da naše pitanje postaje hitnijim kad bi doista postojala — ma kako objašnjiva — opća tendencija da se ustavi programatski optereće.

### III.

Kako se dakle može opravdati prvenstvo ustavnoga zakona? I, a to je pitanje o kojemu se poglavito radi: Što slijedi iz argumenata utemeljenja prvenstva, ako se oni mogu naći, za granicu između prostora za djelovanje ustavotvorne vlasti i konstituiranih vlasti?

Razumljivo je da se pri traženju odgovora barem kratkotrajno baci pogled na ustavnoteorijsko utemeljenje države. Ne mogu se, doduše, realni ustavi naprosto izjednačiti s idejom osnivačkoga ugovora. Što se tiče pitanja valjanosti, imamo ipak posla sa sličnim problemima. Da su ustavni teoretici našli uvjerljiv odgovor na pitanje zašto jednom sklopljeni ugovori obvezuju i one koji ih sami nisu sklopili, takav bi nam odgovor pri utemeljenju prvenstva valjanosti ustava vjerojatno mnogo pomogao. Ali u tome nas ovi teoretici razočaravaju. Oni ne samo što ne daju uvjerljiv odgovor; većina ih se čak posebno i ne zanima za ovo pitanje.

To vrijedi poglavito za Thomasa Hobbesa. On ne misli u kategorijama prvotnoga, osnivačkog ugovora. Ugovor je za njega samo metafora za umom utemeljenu obvezu svakoga da priznaje faktički postojeću vladavinsku moć koja je sposobna zajamčiti mir u suživotu ljudi. Kako se uistinu radi o toj umom utemeljenoj obvezi a ne o suglasnosti, Hobbes može, makar ne sasvim uvjerljivo, argumentirati paradoksjom ugovora koji ugovornim partnerima ne dopušta pravo raskida, opoziva, disponiranja. Oni ne mogu ugovor o podčinjavanju ni zajednički ukinuti. Glede naše natuknice ustav, to znači: dok je neka zajednica konstituirana, dok ima suverena, nema povratka na ustavno pitanje, nikakvim putem i nikakvim obrazloženjem. Obveza podčinjavanja nastaje, na kraju krajeva, iz čiste činjeničnosti suverene, mirotvoračke vladavinske moći. Tamo gdje ona postoji i budući da postoji, valja joj se pokoravati. Drukčije ne može ni biti, s obzirom na važnost dobra mir što sve nadvisuje.

Rousseau je u našem problemskom kontekstu Hobbesov antipod. Suvereni se narod, to je po Rousseau u prirodi stvari, ne može sam vezati. On disponira svakim oblikom u koji se uklapa, svakim pravilom kojemu se podčinjava. Svaka redovita skupština suverenoga naroda, tako smo poučeni u 18. poglavlju 3. knjige “Društvenoga ugovora”, mora započeti pitanjem: “Je li narod kao suveren suglasan da se zadrži sadašnji oblik vladanja?” Konstituiranost je svagda jedino konstituiranost, s opozivom mogućim u svako vrijeme, za koji Rousseau ne navodi nikakva posebna pravila pos-

tupka. Načelo ustava nema vlastiti rang naspram načelu narodnoga suvereniteta.

John Locke je, kao što je to često tako, između ekstrema. I te kako ga zaokuplja, čak pojačano, pitanje mogućnosti uspostavljanja trajnih legitimnih poredaka, ako, s jedne strane, vrijedi da jedino suglasnost može legitimirati vladavinu i, s druge strane, da svatko može obvezati samo sebe. Ni u Lockeja nema uvjerljivoga rješenja problema. Njegovoj potrebi za stabilnošću odgovara teza da narod može donijeti neopozivo ustavnu odluku koja slijedi sklapanju ugovora, postaviti legislativu, kako se kaže na drugome mjestu, “s vječnom vlašću”. Njegovome odlučnom odbijanju apsolutizma odgovara protuteza da se ustavne odluke mogu, doduše, izricati kao neopozive, ali ne bezuvjetno. Upravne se vlasti postavljaju uz povjerenje da će služiti državnoj svrsi određenoj društvenim ugovorom. Povrijede li to povjerenje, ruše ustavni poredak i opet oživljava prvotna ustavotvorna vlast naroda. Ona oživljava u obliku prava na otpor. To pravo relativira prvenstvo koje Locke — protusloveći svojim premisama — faktički dopušta ustavnome načelu pred demokratskim: to je, najkraće formulirana i rječnikom našega pitanja izražena, Lockeova pozicija između ekstrema.

Jasan je nalaz da ustavna teorija nema pripravno rješenje našega problema. On se, uostalom, ni u čemu ne mijenja ako u naša promišljanja uključimo suvremene ugovorne teoretike Rawlsa, Nozicka i Buchanana. Njih zanimaju drukčija pitanja nego teoretike 17. i 18. stoljeća, naime pitanja pravednosti raspodjele, to znači problemi, koji, drukčije nego oni starijih ustavnih teoretika, imaju jedva još strukturalne sličnosti s našima.

Gdje još ima poticaja ako ne u ustavnoj teoriji? Tražeći utemeljenje prvenstva ustava, mislim da se mogu razlikovati četiri argumentacijske strategije. Prvo, ustavno se pravo može shvatiti kao pravo koje je po svojoj biti pravo višega digniteta. Onda je utemeljen posebni postulat valjanost ustava, jer se u ustavu uopće ne postavlja pravo, već proglašava jedino više, uvijek valjano pravo, božansko pravo, prirodno pravo, umno pravo, koje ljudi mogu eventualno ne poštivati, ali ne i obesnažiti. Ovakvo poimanje ustavnoga prava susrećemo veoma jasno u izjavama o pravu čovjeka američke i Francuske revolucije, pogotovu u preambulama obiju izjava iz 1789. i 1793. godine, koje, proglašavajući “prirodna, neotuđiva i sveta prava ljudi”, vraćaju vječne istine u sjećanje ljudi.

Može li se, međutim, iz zanosa kojim je revolucija slavila ustavno zakonodavstvo kao proboj k istini i umu, dobiti trajan argument? Zacijelo jedva. Svakako: gdje god su ustavi u prirodnopravnoj tradiciji, naći će se nešto od toga duha u njihovim dijelovima o temeljnim pravima. Ali dvjesto godina nakon onoga zanosnog početka ne mogu se više čitavi ustavi shvatiti kao konkretizacija višega, zadanoga prava. Čak za prava čovjeka i građanina vrijedi da se osnovni uzorak u međuvremenu razložio u mnogolikost. Čak ako se ta mnogolikost shvati kao varijacije o jednoj temi, ostaje pitanje s kojim pravom akteri trenutka svoju varijaciju utemeljuju za dugo vremena?



Druga argumentacijska strategija izvodi prvenstvo ustava iz prvenstva ustavotvorne vlasti pred konstituiranim vlastima. To se naslućuje u mitskoj figuri “zakonodavca”, koju ponovno oživljava Rousseau. Demokracija dakako, dospijeva u poteškoće s ovom argumentacijskom strategijom. Nije li i ovdje i tamo riječ o narodu, suverenome narodu? Ima li kakvu plauzibilnost pretpostavka o prvenstvu ustavotvornoga naroda pred konstituiranim narodom, s kojom radi i mora raditi doktrina o ustavotvornoj vlasti naroda?

Općenito se formulacija o samovezanju suverenoga naroda prezentira kao odgovor na ovo pitanje. Martin Kriele je u svome ustavnom nauku tu misao osobito precizno izrekao: Narod je suveren jedino kao ustavotvorac. Činom ustavotvorstva narod odustaje od svoje suverenosti, on se podčinjava pravilima koja donosi snagom svoje suverenosti. U ustavnoj državi više ne postoji suveren.

Ali ono što na prvi pogled izgleda kao uvjerljiva argumentacija, kad se bolje pogleda pokazuje se samo kao zaobilaženje problema. Misao samovezanja ili samoograničavanja naroda može na jedan trenutak stvoriti iluziju da je odgovoreno na naše pitanje. Riječca “samo” utvrđuje identitet subjekta i objekta u procesu samovezanja koji ne postoji. Prije je tu riječ o napetosti između identiteta i neidentiteta naroda sa samim sobom — ona predstavlja pravi izazov teoriji demokracije. Kolektivno biće *narod* ostaje u vremenskom tijeku identičan sa samim sobom kao subjektom, kojemu se priračunavaju ustavotvorna vlast i konstituirane vlasti. Ali narod nije identičan sa samim sobom, već je iz dana u dan drukčiji ako ga, orijentirajući se individualističkom premisom novovjekovne demokracije, shvaćamo kao zbroj individua. S toga motrišta nisu zadugo isti narod oni koji uvode ustavna pravila s njihovim posebnim postulatima valjanosti i oni koji moraju njihovu primjenu prihvatiti. Narod koji odustaje od svoje suverenosti donoseći za sebe ustav i narod koji više nije suveren nisu jednom za svagda jedan te isti subjekt. Formulacija o samovezanju razotkriva se kao fikcija. Ona je neprikladna za utemeljenje prvenstva valjanosti ustava.

Treći argumentacijski pokušaj, koji, dakako, ako bolje pogledam, nije nigdje dosljedno prodekliniran, naglašava postupak. Veoma je prošireno uvjerenje da je demokratskim ustavima nužna plebiscitarna legitimacija; drukčije formulirano: ustavotvorna vlast naroda mora se prakticirati putem referenduma. Massachusettski ustav iz 1780. godine prvi je s kojim se tako postupilo, narodu je podastrijet i jakobinski ustav iz 1793. godine. Tradicija preporučuje da se argumentira većim demokratskim dignitetom ustavotvornoga postupka. Jer se zakonodavna vlast obnaša pretežito modusom predstavničke demokracije.

Ali ni ovaj put ne vodi do cilja. Prvo, ni teorija ni praksa ustavotvorne vlasti naroda nisu nikada dosljedno isključili modus predstavničke demokracije za ustavno odlučivanje — i “praustav”, američki, stupio je na snagu prema tome modusu, premda u posebnoj varijanti — dok se, obratno, modus izravne demokracije, naravno, primjenjivao i primjenjuje također u

zakonodavstvu. Drugo, čak kad bi bilo drukčije, i ovdje vrijedi prigovor da ustavotvorni narod naprosto nije identičan s narodom kojemu se daje ustav.

Moguće je, dakako, argument višega digniteta ustavotvornog postupka razumjeti još nešto drukčije, naime tako da povijesni trenutak ustavotvorstva kolektivnome umu naroda otvara posebnu priliku. Ne samo zato što je to zanosni trenutak koji ljudima osvještava njihovu odgovornost za budućnost već poglavito zato što vrsta odluke koja se donosi — odluka o pravilima prema kojima valja odlučivati u budućnosti — dopušta da se postupa manje vezano interesima, a jače vođeno umom nego što se to inače događa u politici. Ovdje ima svoje korijenje staro, jedva poštivano pravilo da bi se zastupnici ustavotvorne skupštine trebali povući iz politike kad obave svoj rad. Mislim da ovaj argument ima stanovitu uvjerljivost, ali da ne može nositi cijeli teret utemeljenja. Prvenstvo valjanosti ustava, konstitutivno za ustavnu državu, mora imati jače temelje.

Pomaže li nam četvrta argumentacijska strategija? Dade li se postulat valjanosti ustava opravdati konsenzusom poput implicitnoga ugovora? Uistinu se može poći od toga da se povezivanje demokratskog načela s ustavnim načelom uvelike prihvaća u modernim demokracijama. Demokracija i ustavna država percipiraju se kao nešto što pripada jedno drugome. To nije suglasje o bilo kakvim ustavnim sadržajima — oni mogu pojedinačno biti i te kako prijeporni. To je suglasje o ustavnodržavnoj konstituciji moderne demokracije kao takvo; tehnički rečeno, pragmatički konsenzus o svrhovitosti dvostupnjevitosti pravnoga poretka.

Dvojak je učinak “trika” da se fingira dvostupnjevost pravnoga poretka, premda na objema razinama isti narod djeluje kao zakonodavac. Taj trik dopušta da se političkome procesu odrede pravila postupanja i odlučivanja, koja, sa svoje strane, ne stoje na dispoziciji toga procesa. Umjetno stabiliziranje pravila osobito je važno onda kada se hoće proces organizirati kao institucionalizirani sukob, kao što se to događa u demokraciji, i pri tome želi osigurati korektnost sukoba.

Drugo, dvostupnjevost pravnoga poretka dopušta da se relativno dobro osiguraju prostori autonomije i za pojedinca i za skupine protiv presezanja države. Ona znatno pojačava zaštitna djelovanja pravnoga poretka. Oba se efekta mogu shvatiti i kao rasterećenje političkog procesa. Politika se može jedino onda organizirati kao otvoreno natjecanje i miroljubiv sukob kad nije sve predmet političkoga sukoba. Drugim riječima: demokratski politički proces pretpostavlja prethodne odluke koje ograničavaju prostor sukoba.

Ustavnodržavni konsenzus, koji se ne smije izjednačiti s ustavnim konsenzusom, nije dakle primarno konsenzus o određenim ustavnim sadržajima, nego konsenzus o određenim funkcijama ustava, koje impliciraju određene sadržaje, dakako samo u veoma elementarnome smislu. To je konsenzus na kojemu se može najprije utemeljiti prvenstvo ustava. On se može i te kako pojmiti kao samovezanje narodnoga suverena. Samo se time ne misli

više vezanje naroda kao zakonodavca danas i sutra narodom kao ustavotvorcem od jučer, već ustavnodržavni konsenzus što se neprekidno obnavlja.

#### IV.

Dosegnuta je točka s koje možemo napraviti posljednji korak našega argumentacijskog hoda. Počeli smo s pitanjem izvedenim iz napetosti između demokratskoga i ustavnog načela: Gdje se proteže granica između onoga što ustavotvorna vlast smije odlučiti, mora odlučiti, i onoga o čemu odlučuju konstituirane vlasti. Potraga za mogućnostima utemeljenja prvenstva valjanosti ustava trebala bi pružiti gledišta za određivanje te granice. Od četiriju argumentacijskih linija, dvije nisu dosegle svoj cilj — druga i treća. Najdalje nas je odvela četvrta; prva može, možda, djelomice uvjeriti. To ima svoje posljedice.

To znači, ograničen je doseg nosivih utemeljenja za prvenstvo valjanosti ustavnoga prava. Ustavotvorac ne može proizvoljnom odlukom dati bilo kakvim pravilima ustavni rang. Točnije rečeno: on to može pravno, ali sa svakim prekoračivanjem granice povrjeđuje se ravnoteža između demokratskoga i ustavnog načela, konstitutivnog za demokratsku ustavnu državu. Iz naših promišljanja proizlazi da je prvenstvo valjanosti ili funkcionalno utemeljivo, a to znači za pravila koja se demokratskome političkom procesu unaprijed moraju zadati kao pravila višega ranga, kako bi mogao postojati demokratski politički proces; dokle seže funkcionalno utemeljenje prvenstva valjanosti, nosi ga ustavnodržavni konsenzus. Ili, u razmjerno uskim granicama, sadržajno, a to znači za pravila koja se mogu svesti na pravo višega digniteta, koje prema općemu uvjerenju ne stoji na raspolaganju politici. To su uglavnom pravila što ograničavaju vladavinu, temeljna prava u tradicionalnome shvaćanju, također temeljna pravila pravne državnosti i demokratskoga formiranja demokratske opće volje.

Vrijedno je rasprave u kojoj su mjeri, u kojim granicama i državni ciljevi “ustavno sposobni” u duhu ovdje skicirane argumentacije. Time se već priznaje da nipošto ne mislim kako sam već formulirao kriterije koji se odlikuju zadovoljavajućom oštrinom razdvajanja. Ostaje pitanje mogu li se oni formulirati. Da se to mora pokušati, u to sam uvjeren, s obzirom na, čini se, povećanu sklonost da se ustavi pretrpavaju i preopterećuju.

Napomena:

Ovo se predavanje nadovezuje na promišljanja i nastavlja promišljanja iznesena u mojemu članku “Das Verfassungsparadox”, u *Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag*, ured. Hans Maier i dr., Stuttgart 1987.

*S njemačkog preveo*

Tomislav Martinović

Peter Kielmansegg

### *THE LIMITS OF CONSTITUENT POWER*

#### *Summary*

The author analyses the possibilities of a symbiosis of the democratic and the constitutional principle, the expression of the strain between the desire for popular sovereignty and the wish to establish the fundamental rules of political life as permanently as possible. Siéyès' distinction between the constituting and the constituted power can easily link the idea of popular sovereignty with the idea of constitutional state, but cannot answer the question of the constituting power's right to restrain the constituted power. Since its inception, the democratic constitutional state has been a dyadic entity i.e. a democratic *and* constitutional state. The dilemma is whether to respect the existing constitution and follow the procedure envisioned for amending it, or to make amendments following a revolutionary breach with the existing situation i.e. a direct manoeuvre of the constituting power. The author is in favour of separating what the constituting power may decide upon and what the constituted power may decide upon, since this maintains the balance of both types of powers in a constitutional state.