

---

## Razlikovanja u pojmovima prava i ustava

---

DAVOR RODIN\*

### Sažetak

Sredstvima suvremene teorije sustava autor ponajprije ukazuje na asimetričnost ustavnog prava i političkih procesa koje ono regulira. U nastavku analizira povijesni proces rastavljanja običajnog, oralnog prava i pisanog prava, dvora i sudnice, zakona i ustava, ustava i njegove interpretacije, interpretacije ustava i ustavne teorije, da bi zaključio svoju studiju opisom diferencije između ustava i demokracije u postmodernoj kategorijalnoj optici.

### I.

Naša teza glasi: *Ustav izvorno nije pravni pojam*. Ustav je nastao u dugotrajnom povijesnom procesu raspadanja nediferencirane feudalne moći dakle, proširivanjem mnogo starije pravne tradicije na pravno nereguliranu jedinstvenu moć vladara, a nakon velikih građanskih revolucija i na demokraciju kao novog postfeudalnog suverena koji teži istoj pravno nereguliranoj svemoći ili suverenitetu. Ustav je rezultat političkog procesa rastavljanja *dvora i sudnice*, koji nikada nije dokraja zaključen i koji načelno ne može završiti u nekom višem posredovanom jedinstvu prava i moći, jer su to dvije nesimetrične datosti. Stoga je govor o *simbiozi* ili *amalgamu* ustava i demokracije, politički gledano, nejasan govor. Pravo i demokratska politika su dvije nesimetrične (*nesumjerljive*) datosti pa i sama težnja za njihovim jedinstvom predstavlja *regresivni progres* u staro feudalno nerazlučeno jedinstvo prava i moći. Pravo i moć ostaju u novom vijeku dvije rastavljene instancije. Moć se ne može pravedno podijeliti poput jabuke, ili svote novca naprotiv, ona uvijek nanovo teži ukidanju nezavisne pravde pod izlikom pravedne ili razumne moći! Sukladno tome ustav *nije* zakon koji se odnosi na pravo i pravednost, već pravo koje se proteglo na *moć* i *politiku* ili, kako su klasici radije govorili, na *slobodu*, a njih nije moguće bez ostatka pravno regulirati. Pravno reguliranje *moći, demokratske politike*

\* *Davor Rodin*, redovni profesor Fakulteta političkih znanosti u Zagrebu na predmetu Metodologija društvenih znanosti.

i *slobode* izvorno je novovjekovni fenomen. Tek je s novovjekovnim rastavljanjem dvora i sudnice omogućena pravna regulacija moći, odnosno demokratske politike. Pravno reguliranje moći u sebi je paradoksalno, jer se ustav, kao što znamo od vremena sloma Weimarske republike, ne može štiti samo juridički, jer nije samo pravni entitet, nego jedino uz suradnju političke moći, budući da manja pravna moć ne može ograničiti veću političku moć? Čuvar ustava je, prema Carlu Schmittu prije 1933. godine, ona institucija koja je u stanju zamijeniti i učiniti suvišnim “pravo na uskratu poslušnosti i pravo na pobunu”<sup>1</sup>. To je vrhovno pravo, kako se isprva činilo, imao ili *parlament* kao narodno predstavništvo, ili *ustavno pravosuđe*, ili *vlada* i, na kraju, *državni poglavar* kao posljednje uporište pravno regulirane moći protiv svemoćne pravno neregulirane plebiscitarne demokratske narodne volje i njezine neposredne zakonodavne moći koja se na kraju ispostavila kao najjača. Može se reći da od Carla Schmitta do Böckenfördea i Hansa Vorländera, ili R. Kosellecka, važi stav prema kojem: “Slobodarska (liberalna) sekularizirana ustavna država živi na pretpostavkama koje sama ne može garantirati. To je velika smionost na koju se ona odvažila za volju slobode”. Ustavna država ne može garantirati pravnu regulaciju moći i demokracije zbog kojih je nastala. Taj nedostatak “liberalne sekularizirane države” počiva u nesumjernosti prava i slobode, prava i moći demokratske politike.

U prilog našoj tezi o *nepravnom* svojstvu politike i demokracije najprije riječ Kanta: “Među svim ugovorima kojima se gomila ljudi povezuje u društvo je ugovor o uređenju *građanskog ustava* tako osebujan da ... se prema načelu svog utemeljenja (*constitutionis civilis*) bitno razlikuje od svih drugih ugovora”<sup>2</sup>. Građansko stanje počiva, prema Kantu, na tri apriorna načela: *slobodi, jednakosti i samostalnosti*. Ta načela nisu, međutim, zakoni koji ograničavaju općenito prirodno pravo (Hobbes), nego ponajprije preduvjeti mogućnosti građanske pravne države. Iz ta tri načela *a priori* je izveden svaki građanski poredak budući da je, prema Kantu, zamisliv samo pod tim uvjetima. Sve što je podložno državnim zakonima podložno je državi, “... dakle prisilnom pravu su jednako podložni svi članovi zajednice; osim jednog jedinog, naime, državnog poglavara, jer on omogućuje izvršavanje svake pravne prisile”<sup>3</sup>. Tko je pak taj iz zakona izuzeti državni poglavar, ta, prema Kantu, “fizička ili moralna osoba”? Kant na ovo pitanje odgovara tek 14 stranica kasnije, ali s klasičnom jasnoćom: “*Ono što narod ne može odlučiti o sebi samom, to ne može o narodu odlučiti ni zakonodavac*”<sup>4</sup>. Narod je, dakle, ekskluzivni suveren. Kant, dakako, nije

<sup>1</sup> Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker und Humblot, Berlin 1969., str. 21. I dalje:” ako zaštitnik ustava nije ni legislativa ni egzekutiva, tada izgleda ne preostaje drugo nego pravda”, str. 25.

<sup>2</sup> *Kants Werke* Bd. 8 Walter de Gruyter, 1968., str. 289.

<sup>3</sup> *Kants Werke*, ibidem, str. 291.

<sup>4</sup> Kant, ibidem, str. 304.

demokrat, nego republikanac i prosvjetitelj, on je protivnik staroga feudalnog *patrijarhalizma*, a zastupnik novog građanskog *patriotskog* vladanja. Zbiljski suveren je za Kanta i dalje osoba koja ne stoji iznad ustava, već samo jamči njegovu pravednu primjenu, jer bi u protivnom bila *despot*, a narod *pobunjenik*<sup>5</sup>. Dva suverena, tj. dvije osobe koje ne podliježu prisili — narod i kralj — ne postoje jer jedna drugoj ne bi mogla činiti nepravdu, a to je nemoguće<sup>6</sup>.

Kako znamo, Kant djeluje usred procesa mijenjanja (paradigme) stare feudalne i Aristotelove *nauke o vrlini* i novoga građanskog *društva bez vrline*<sup>7</sup>. Promjena paradigme odigrala se u dramatičnim godinama 18. i 19. stoljeća i obilježena je nizom *diferencijacija* ili *oslobođenja*, odnosno kako se prije govorilo, moralnih i drugih kritika staroga društva. Postupno rastavljanje novoga građanskog društva od starog feudalnog otvorilo je slobodne prostore koji su se polako punili novim oblicima građanske organizacije države i novoga društva. Kao što znamo, moralna i utopijska obećanja teoretskih preteča novoga građanskog društva da će novu društvenu stabilnost izgraditi na pretpostavkama poštivanja ljudskih prava i narodnog suvereniteta kao praktičke *causa sui*, nisu se do danas ispunila. Baš suprotno, prema R. Kosellecku,<sup>8</sup> živimo i danas u permanentnom građanskom ratu zato što je obećana stabilnost do danas bila nuđena samo u obliku bezizlaznog hegelijanstva.

Naša je namjera da prikazemo niz *diferencijacija* ili *rastavljanja* od starog nauka o vrlinama patrijarhalnog *ancien régimea* i da na kraju pokušamo ponuditi pozitivno određenje diferencije između ustava i demokracije u takozvanom postmodernom smislu. Imenujmo taj niz diferencija:

1. Rastavljanje običajnog prava od pisanog prava
2. Rastavljanje dvora i sudnice (diferenciranje moći)
3. Rastavljanje zakona od ustava
4. Rastavljanje ustava od njegove interpretacije (slovo i duh zakona)
5. Rastavljanje interpretacije ustava od ustavne teorije (legitimacijska funkcija ustavne teorije)
6. Pozitivno određenje razlike između ustava i demokracije u post-modernoj.

<sup>5</sup> Kant, ibidem, str. 302. "Suveren želi narod usrećiti prema svojim nazorima te postaje despot; narod ne želi da mu se oduzme općeljudski zahtjev na vlastitu sreću i postaje pobunjenik".

<sup>6</sup> Kant ibidem, str. 303.

<sup>7</sup> Usporedi Vorländer, Hans, *Što drži na okupu liberalnu demokraciju?* Politička misao br. 4, 1997.

<sup>8</sup> Usporedi Koselleck, R., *Kritik und Krise*, Suhrkamp 36., 1973.

## II.

### *Ad 1. Rastavljanje običajnog prava od pisanog prava*

Pošli smo od teze da se moć Boga i kralja u novom vijeku diferencirala na pravo i demokraciju. Ovo je razlikovanje, kako se naknadno pokazalo u interpretacijama ustava i u ustavnim teorijama, u svojim učincima paradoksalno, ono je uzrokovalo proširivanje prava na politiku i politizaciju prava. Pravo je u svoja oba oblika, kao *običajno pravo* i kao *pisano pravo*, mnogo starije od ustava, ali i to razlikovanje običajnog i pisanog prava bilo je uočeno tek s pisanim pravom, jer su usmeni pravni običaji bili slijepi za takva razlikovanja. Pismo je omogućilo postupnu dekonstelaciju prastarog običajnog prava u novi medij koji je zatim otvorio navedena razlikovanja kao nove prostore za igru između demokracije i njezinih ustavnih ograničenja. Interpretacija prava, teorija prava i ustav omogućeni su tek pismom kao novim medijem. Suvremeni ustavni teoretičari i interpretatori ustava od *hermeneutičara* do *ustavnih antropologa* ili *topički na probleme orijentiranih* metodologa postali su nanovo slijepi za ovo razlikovanje i njegove posljedice. Oni su usmjereni samo na interpretaciju tekstova i njihov odnos prema zbilji, slično starima koji su bili usredotočeni samo na izgovorene riječi i govorno-hermeneutičke situacije. Pa ipak, “između razmišljanja o tekstu i odmjeravanja usmenih izjava razlika je možda mala, ali je fundamentalna...”<sup>9</sup>. “Pismo nije puko ponavljanje usmene situacije u drugom mediju, nego bitna promjena situacije, a to znači samog prava”.<sup>10</sup> Pisani zakon ne vodi prema neposrednoj provedbi i primjeni, on niti tlači, niti uspostavlja pravdu, već traži najprije interpretaciju i dokazni postupak, koji uvodi vrijeme u proces i, naravno, interpretatora, dakle specijalista koji zna čitati i pisati. Specijalist ne sudi na temelju sjećanja i mudrosti, nego na temelju zakonika. Što je pravo, sada se prosuđuje na temelju podudaranja nekog slučaja sa zapisanim pravilom. Pismo ne odstranjuje neposrednost usmene situacije koja se zbiva uvijek u sadašnjosti, ono omogućuje da nam različite sadašnjosti budu istovremeno nazočne, jer pismo omogućuje temporalizaciju sadašnjosti u pravcu još ne prisutnog i ne više prisutnog<sup>11</sup>. Isto mišljenje dijeli u drugačijem kategorijalnom mediju i Peter Häberle kad *zbilju modalizira* u pravcu *moćnosti* i *nužnosti*<sup>12</sup>. Temporalizacija sadašnjosti omogućuje neprekidno mijenjanje prošlosti i budućnosti sa stajališta sadašnjosti, a modalizacija zbilje omo-

<sup>9</sup> Goody, Jack, *Die Logik der Schrift und die Organisation der Gesellschaft*, Suhrkamp 1990., str. 234. Naslov originala, *The Logic of Writing and the Organisation of Society*, Cambridge University Press, 1986.

<sup>10</sup> Goody, Jack, *ibidem*, str. 231.

<sup>11</sup> Usporedi Koselleck, R., *Vergangene Zukunft*, Suhrkamp, 1984. i Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1997., str. 265.

<sup>12</sup> Häberle, Peter, *Verfassung als Öffentlicher Prozess*, Duncker und Humblot, 1996. “Jer nadasve je nužno biti upravo tamo gdje jesmo.”

gućuje neprekidno mijenjanje mogućnosti i nužnosti sa stajališta zbiljnosti. Tako se može reći da je temporalizacija sadašnjosti odnosno *osadašnjenje* vremena (prošlosti i budućnosti), kao i modalizacija zbiljnosti odnosno ozbiljenje modaliteta (mogućnosti i nužnosti) posao intepreta i teoretičara prava, zakona i ustava. Čitalac teksta nalazi se doduše uvijek u konkretnom prostoru i vremenu, *sada i ovdje*, ali kada kao sudac sudi odnosi se on u posve drugom smislu na prostor i vrijeme u kojem se dogodio zločin. Pismo, naime, omogućuje rastavljanje događaja i njegovo naknadno razumijevanje. Mi uz pomoć pisma, možemo razumjeti nešto što nikada nismo ni vidjeli, ni doživjeli, a ta činjenica uzrokuje eksploziju interpretativnih mogućnosti i teoretskih tvorbi. Pismo omogućuje ono što je za sudski proces odlučujuće — rastavljanje *volitivnog* od *argumentativnog* konsenzusa dakle novo razlikovanje koje je bilo nepoznato nepisanom običajnom pravu. Što je pravedno mora biti usklađeno s logikom i gramatikom pisanog zakona, a ne sa situacijom i iskustvom, odnosno sa željama, namjerama ili s jačom moći, osim ako se konkretna situacija i iskustvo dadu podrediti argumentaciji. U protivnom su brbljanje. Razliku između običajnog i pisanog prava moglo bi se dalje razrađivati na primjerima iz obiteljskog i vlasničkog prava u kojem su Englezi razlikovali *uknjiženo vlasništvo* od *usmenog vlasništva*. Zanimljiva je primjerice simbolička funkcija *usta* i *ruke*. Posljednja riječ na smrt osuđenog u oralnoj civilizaciji i potpis smrtne osude gdje ruka predstavlja ustima korespondirajući organ. “Kada bi neki iz plemena Ashani bio osuđen na smrt, smjesta su mu zatvorili usta žicom, kako bi na taj način spriječili da prokune poglavicu koji je vodio proces”<sup>13</sup>. U pismenoj civilizaciji izvršenje smrtne kazne zbiva se vremenski razmaknuto od presude. Nećemo dalje navoditi primjere izvornog rastavljanja običajnog i pisanog prava, jer ovdje nas zanima državno, odnosno ustavno pravo, nego ćemo u naznačenom kontekstu usput naznačiti jedan moment. Za razliku od pisanog prava koje je prastaro, pisani su ustavi, o kojima govori suvremena ustavna teorija, posve mladi. Pravna regulacija slobode, moći i politike u punom smislu te riječi otpočela je tek s velikom američkom i Francuskom revolucijom, dakle istovremeno s univerzalizacijom ljudskih prava. Predliterarni običaji u stvarima politike, moći i slobode poput, primjerice, posljednjih riječi umirućeg kralja (*dying voice*) kao zadnji autoritet pri naslijeđivanju prijestolja, ili svečana zakletva na vjernost ustavu nakon demokratske izborne pobjede, tek su pred našim očima pismeno fiksirani i pravno regulirani, a da ipak nisu potpuno depolitizirani. Prastaro rastavljanje običajnog i pisanog prava ponovilo se u naše vrijeme pri uspostavljanju pisanih ustava, pogotovo kod naroda koji su težnju za državom dugo nosili u svojoj memoriji i tek nedavno ozbiljili. Time prelazimo na našu drugu točku.

<sup>13</sup> Goody, J., *ibidem*, str. 247.

### *Ad 2. Rastavljanje dvora i sudnice*

Pismo je omogućilo postupno rastavljanje *quasi homeostatskog* jedinstva moći i prava u ruci kralja. Pravo postaje zanimanje visokoobrazovanih specijalista<sup>14</sup>. Time se u isto vrijeme običajno pravo preobražava u puke običaje i navade te je prepušteno laičkom javnom mnijenju, dok je pisano pravo pokopano u dokumentima iz kojih ga samo pismeni specijalisti mogu ponovno iskopati. Naslijeđeno iskustvo pravednosti blijedi do javnog mnijenja ili moralne svijesti, a što je pravedno ili, dapače, što je narodna volja, postaje stvar onih koji posjeduju *ius interpretandi* zakona, dakle stvar moćne birokracije, političke moći ili imanentne logike jurističkog mišljenja<sup>15</sup>. Pisani zakoni premještaju pravednost u svjetlo novog medija i time sve ono što je prije bilo evidentno čine nevidljivim. S druge strane, baš zbog tog rastavljanja običajnog i pisanog prava postaje vidljivo da pravni sustav ostaje i dalje, ali sada pod drukčijim, tj. semantički posredovanim utjecajem političkih vlastodržaca, a moć i pravo postaju upravo u toj rastavljenosti vidljivi kao dvije raznorodne i nesumjerljive veličine. Demokratska politička moć koja više neposredno ne odlučuje što je pravedno, postupno postaje i sama pravni problem, ili rastavljanje dvora i sudnice predstavlja rodno mjesto ustava kao onoga prava koje se proširilo na demokraciju kao novu političku moć. S druge strane, pobjedom pisanog prava započinje i njegov unutarnji samoreferentni razvitak i autonomno proširivanje i poboljšavanje koje stoji pod nadzorom specijalista, ali i demokratske političke moći koja funkcionira samo pod uvjetom suglasnosti s javnim mnijenjem, s običajima i navadama građana.

Rastavljanje dvora i sudnice i novi medij pisma otkvačili su pravo ne samo od mjesta i vremena u kojem se dogodio neki prijestup nego i od mjesta i vremena u kojem se vodi pravni proces. Pravo je postalo predmetom javne rasprave jurista, filozofa, političara, publicista, pa se time u pravni postupak umiješala i široka javnost. Puka interpretacija prava od strane ovlaštenih specijalista prestaje time biti jedina veza između prava i zločina; u proces se uvlači javno mnijenje, politika, tako da teorija prava kao promatrač iz *trećeg reda* ulazi u sustav. S novog teoretskog stajališta postaje, između ostalog, vidljiva i razlika između zakona i ustava.

### *Ad 3. Rastavljanje zakona i ustava*

Pravna država nije neposredno i ustavna država, nego samo onda ako su demokratska politička moć ili narodni suveren ustavno ograničeni. Ova razlika između pravne i ustavne države izvorno je proizašla iz rastavljanja dvora i sudnice, ali je tek s prijelazom od teološke na demokratsku legitimaciju suvereniteta i univerzalizacijom ljudskih prava uspostavljen odnos

<sup>14</sup> Goody, J., ibidem, str. 235.

<sup>15</sup> Goody, J., ibidem, str. 236.

između demokracije i ustava, a time i moderna ustavna država koja pravno ograničava i zakonodavnu djelatnost naroda. *Ugovorni ustavi* između samo Bogu odgovornog kralja i njegova naroda, o čemu raspravljaju ugovorne teorije ranog novovjekovlja, funkcioniraju danas samo u međunarodnim odnosima. Ovdje, međutim, govorimo samo o “simbiozi” demokracije i ustavne države, dakle ne o *ugovornom ustavu*, nego o *demokratskom ustavu*.

Demokratski ustav nije ugovor, jer narod ne može sam sa sobom zaključiti ugovor, nego odlučuje o tome kako će sam sa sobom kao *causa sui*, odnosno kao suveren pravno vladati: narod donosi svoj ustav. Zakon podržava, kao njegov zaštitnik, organizirana državna vlast, a ustav podržava sam suvereni narod, odnosno od naroda izabrani predstavnici: *parlament, predsjednik republike, vlada i sudbena vlast*. Tako je mislio i Carl Schmitt prije 1933. godine, polemizirajući s Weimarskim ustavom, prema kojem međusobno konkuriraju brojni međusobno često suprotstavljeni zaštitnici ustava<sup>16</sup>. Schmitt je mislio na klasičnu trodiobu vlasti, ali je ona, prema njemu, samo krhko načelo pisanog ustava koji izvan sebe kao realnu moć ima narod i građansko društvo kao *quasi* nepolitičku moć<sup>16a</sup>. Prepuštiti ili, dapače, predati zaštitu ustava ustavnom sudu u skladu s trodiobom vlasti, za Schmitta je, kao u ostalom i za Rudolfa Smenda, besmisleno. Nije nam ovdje do Schmittove kritike Weimarskog ustava i njegova sloma 1933., nego do razlike zakona i ustava, jer na toj diferenciji počiva i razlika između demokratske pravne države i ustavne države. Ideja zakonodavne demokratske pravne države kakva danas funkcionira i u Republici Hrvatskoj jest “pravno rješavanje svih političkih pitanja”<sup>17</sup>. To međutim znači protezanje pravosuđa na “materiju koja se ne može pravno regulirati” ili neprimjereno podvrgavanje politike pravu. Demokratska politička moć je nešto drugo nego općenita ljudska i prirodna prava. Odnosi moći i pravni odnosi ne mogu se na isti način podvrgnuti pravu. Vlasništvo je, primjerice, jučer kao i danas nasljedno, ali ne i posjed moći. Pisani ustav i pisano pravo u obliku zakona odnose se na dvije različite *materije* ili *okolje*, kako se danas kaže. Ta je razlika naročito vidljiva u raznorodnoj primjeni zakona i ustava<sup>18</sup>. Pravna forma je u pitanjima ustava, kako je dobro primijetio Carl Schmitt, iskrivljujuća maska visokopolitičkih ovlaštenja<sup>19</sup>. Kako je nekoga moguće proglasiti krivim pred ustavnim sudom a da takva presuda ne bi imala političke težine? “Strukturna jednakost ustava i zakona

<sup>16</sup> Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1969., str. 4.

<sup>16a</sup>Usporedi, Schmitt, Carl, *Staat, Bewegung, Volk*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933., drugo izdanje.

<sup>17</sup> Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, str. 22.

<sup>18</sup> O tome Böckenförde, Ernst-Wolfgang: “Ako između ustava i zakona postoji kvalitativna razlika tada konzekventno mora postojati i razlika između presude i zaštite ustava uz pomoć suda”. U *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Bd. 953, 1991.

<sup>19</sup> Schmitt, C., *ibidem*, str. 26.

koju neki zastupaju očituje se time kao fikcija<sup>20</sup>. Uostalom, u interpretaciji, a pogotovo u *autentičnu* interpretaciju ustava, miješaju se posve legitimno različite političke grupacije i šira javnost, što je pri normalnom sudovanju na temelju zakona nedopustivo. S druge strane, svaki se pravni postupak zbiva redovito *post eventum*, što s obzirom na ustav nije dobro rješenje, jer što za političke odnose znači pravno izravnjanje nekoga prošlog prekršaja ustava? Očigledno je parlament nemoguće osuditi zato što je u prošlosti glasao protiv ustava kad parlament ima ustavotvorna ovlaštenja *puouvoir constituant*. Paul Häberle pokušava ovaj nedostatak ustava, koji proizlazi iz neosvijestjenog izjednačavanja zakona i ustava ispraviti uz pomoć sudskog aktivizma, nošenog od “javnosti i zbiljnosti živog ustava”<sup>21</sup>, a podržavanog od neposredno aktivnog građanstva. Nedvojbeno je da se mogu razlikovati zakon i presuda, a naravno i zakonodavac i sudac. Načelno razlikovanje između zakonodavstva i pravosuđa pripada ustavu svakoga građanskog pravnog poretka. Za novi vijek karakterističan raspad moći na pravo i demokratsku politiku, koji je uvjetovao i navedena razlikovanja, ne može se više *prevladati* u državi kao višem jedinstvu protuslovlja građanskog društva. Naprotiv, u mediju pisma prikazano rastavljanje prava i demokratske politike omogućilo je da građani, kao pred zakonom jednakopravna umna bića, u pisanom ustavu osvijeste razliku između *slova* i *duha* zakona. Oni, naime, s jedne strane, u ustavu vide pravila demokratsko političke igre, a s druge strane osjećaju kako se ta pravila mogu ispuniti posve neprovidnim sadržajima njihova interesnog, odnosno interpretativnog izigravanja. Ovo dvojestvo, koje je postalo vidljivo posredstvom pisanog ustava, uzrokovalo je daljnje diferencijacije, naime rastavljanje *ustavnog teksta* od pluraliteta njegovih *interesnih interpretacija*. Time je već citirani Böckenfördeov paradoks zastario: Nije naime više upitno može li sekularizirana liberalno demokratska ustavna država nasuprot demokratskoj politici jamčiti svoje slobodarske pretpostavke, tj. ljudska prava, jednakost pred zakonom, privatno vlasništvo i drugo, jer takve su garancije zamislive samo u Hegelovom filozofsko pravnom pomirenju suprotnosti građanskog društva, nego kako je dugo moguće *autogenerativno* varirati i inovirati interesne interpretacije ustava, a da se ne napusti tlo *liberalno demokratske nacionalne ustavne države* kao modela vladavine koji to omogućuje. Ili, drukčije rečeno, kako je dugo moguće interpretativno i interesno mijenjati i rastezati ustav liberalno demokratske države, a da se on pod udarom suvremenog globalizma ili europeizma ne raspukne?

#### *Ad 4. Rastavljanje ustava od njegove interpretacije*

Volju i ćud despota koji ima moć i pravo u istoj ruci ne može se interpretirati. Čovjek se njegovoj volji, ćudi i vrlini, može prepustiti, pril-

<sup>20</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 58.

<sup>21</sup> Häberle, Peter, ibidem, str. 18.



goditi ili neprilagoditi. U tom smislu postoje dobri i zli despoti. U demokraciji bi se analogno moglo govoriti o dobrim i zlim narodima koji žive ili kao čopor vragova, ili kao jato anđela. Samo narod koji svoju suverenu moć znade ustavno ograničiti može se, da tako kažemo, osjećati slobodnim od sebe samoga. Narod u singularu, kao subjekt koji može jedinstveno djelovati, jest *fikcija*. S tim se slaže Isensee koji i ustavotvornu vlast naroda smatra *mitom* (usporedi njegov referat u Zagrebu). I Rousseau je držao da narod kao cjelina ne može u našoj europskoj klimi pod vedrim nebom neprekidno zasjedati i odlučivati. Narod je rascjepkan na brojne pojedince u različite grupacije i stranke, koje svaka za sebe imaju pravo interpretacije ustava. Interpretaciju ustava mogu pokrenuti političke snage u procesu zakonodavne djelatnosti, tj. *in foro externo*, ili ustavni suci i drugi pravosudni organi *in foro interno*. Svaka interpretacija pisanog ustava (a jedino je pisane ustave moguće interpretirati), kao i svako rješenje neke ustavne sumnje ili ustavnog spora, bez obzira na to zbiva li se pod utjecajem vanjskih ili unutarnjih inicijatora, prema Carlu Schmitu je ustavotvorno; ono mijenja ustav i ima karakter *decizije*. Svaka ustavno-pravna odluka mijenja ustav, jer kako kaže Schmitt, odluka nije sadržana u normi, tj. nije je moguće automatski izvesti iz norme, jer kad bi tome bilo tako, tada ne bismo trebali ustavnih sudova, pošto bi odluka bila neposredno izvedena iz norme, kao u oralnim društvima gdje se sudi neposredno na licu mjesta, na temelju običaja i navika, a ne na temelju interpretacije zakona. Moderne diktature primjer su toga regresivnog progressa u divlje suđenje na temelju ideološke samovolje, gdje nema nikakva predložka za interpretaciju, nego je već i puka sumnja dovoljna za neposrednu presudu po kratkom postupku. Svaka je odluka ustavnog suda time presedan ili slučaj na koji se kasnije možemo pozivati i time *ozbiljiti* jednu *moćnost*, kako bi rekao Häberle. Svaka odluka donosi se na temelju takozvane *autentične interpretacije* ustava. Autentičnost je, pak, pojam koji je postao važan tek kad je s pisanim ustavima postala evidentna razlika između *slova* i *duha* ustava. Böckenförde smatra da se danas o sadržaju ustava, a to znači o inovacijama i promjenama, više odlučuje u ustavnim sudovima nego u političkim procesima<sup>22</sup>. To osobito dolazi do izražaja u praksi Europskog suda na koji ionako ne djeluje demokratski zakonodavac, pa se u europsko pravo postupno i prešutno, uz pomoć sudske aktivizma, uvlači ugovorni ustav. “Ako ovdje ili u nacionalnoj državi neki sud odlučuje, tada on djeluje očigledno kao ustavotvorac u izrazito političkoj funkciji”<sup>23</sup>. Politizacija ustavnog prava, kao i ustavno pravno reguliranje politike uzajamno se nadopunjavaju, ali ne u smislu “*doslovne biološke simbioze*”, kako bismo kazali nasuprot grofu Peteru Kielmanseggju, ili u smislu *amalgama*, kako to tvrdi Klaus Dicke, nego posredstvom uzajamne *semantičke iritacije* na koju obje strane — i ustav i demokratska politika — odgovaraju uvijek na svoj interni ili *samoreferentni način*.

<sup>22</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 55.

<sup>23</sup> Schmitt, C., ibidem, str. 48.

U demokraciji je *jus interpretandi* ustava temeljno pravo svih građana neovisno o tome što ustavni sud odlučuje iza zatvorenih vrata. Ono što teoretičari podrazumijevaju pod *živim ustavom* jest upravo ta isprepletenost zakonodavstva, uprave, sudovanja, politike, publicistike, tj. zbilje i javnosti<sup>24</sup> kao činitelja koji održavaju ustav na životu. Dakako, ako se ustavom kao tekstom interpretativno bavi tako široka publika, tada postaje očigledno da se takav tekst ne može uvijek, kao u slučaju zakona, primijeniti na neki pojedinačni slučaj, nego, naprotiv, ima svojstvo gramatike koja ne propisuje *što* trebamo pisati, već *kako* trebamo pisati da bismo u demokratskom poretku bili razumljivi. *Autentična interpretacija* ustava mora ovu aktivnu javnost uzeti u obzir, kako bi iz slova zakona iskopala njegov skriveni smisao. To znači da svaka interpretacija nekoga ustavnog spora uspoređuje ustavni tekst s političko-hermeneutičkom situacijom koja suodređuje dnevni red, kako bi fiktivni mrtvi tekst mogao postati usporediv s iskustvom političke zbilje. Ako demokratska politička javnost ne bi mogla iskustveno razumjeti presudu, tada bi *semantička komunikacija* između ustava i politike bila poremećena. To poremećenje komunikacije nije i promjena slova ustava, nego njegova tumačenja, jer tom komunikacijskom smetnjom postaje vidljiva nova mogućnost interpretacije, a isto važi i za politiku i njoj se otvara novo razlikovanje u načinu političkog djelovanja. Ustavne interpretacije ne mijenjaju neposredno tekst ustava; one isprobavaju njegovu rastezljivost gomilanjem slučajeva koji tek na kraju dugog procesa mogu dovesti do promjene teksta. Politička javnost svaku presudu ustavnog suda interpretira kao nametanje pravne prisile politici: Javnost će političara percipirati kao suca, ili suca kao političara. Interpretacija ustava pripada životu ustava; ona se zbiva u neposrednom odnosu interpretatora s tekstom, naravno prostorno i vremenski odmaknuto od događaja povrede ustava, dakle *post eventum*. Taj *post eventum* pripada u biti i kulturi pisma kao medija i može biti zaobiden isključivo sudskim aktivizmom koji *ante rem* može intervenirati u političku zbilju. S takvom se praksom danas susrećemo i ona zahtijeva reviziju tumačenja odnosa demokracije i ustavne države. S druge strane, neposredni pravni postupak na licu mjesta, gdje se dogodila povreda nekog običaja, zamisliva je samo u oralnoj civilizaciji u kojoj se svaki prekršaj pravila neposredno kažnjava, gdje pravom upravljaju usta, a ne pišuća ruka. Ruka na srcu i danas simbolizira vladavinu teksta nad izgovorenim riječju. Interpretatori pisanih ustava stoje u neposrednom odnosu, kako s tekstom tako i s njegovom povredom, a imaju na umu i postojeću demokratsku pluralističku zbilju i u toj hermeneutičkoj situaciji djeluju i promatraju. Sada se zbiva još jedno rastavljanje u procesu oblikovanja novoga građanskog poretka: diferenciranje između interpretacije ustava i ustavne teorije koja je oslobođena svakog pritiska djelovanja.

<sup>24</sup> Häberle, P., *ibidem*, str. 17.

*Ad 5. Rastavljanje interpretacije ustava od ustavne teorije (legitimacijska funkcija ustavne teorije)*

Na početku je pismo prouzročilo vremensko i prostorno rastavljanje pravnog postupka od mjesta povrede prava te omogućilo interpretaciju slučaja u sigurnosti sudnice. Ustavna se teorija povukla iz sudnice u radni kabinet ustavnog teoretičara ili profesora. Za njih je čitav ustavnopravni postupak rasprostrt na radnom stolu u obliku detemporalizirane sadašnjice različitih tekstova, dakle dokumenata iz sudske prakse, zatim tekstova o toj praksi, bilo teoretskih, publicističkih ili svih onih koje proizvodi javno mnijenje (Peter Häberle). O ovoj zadnjoj diferenciji i njezinoj koristi za praksu (Kant) danas se, kao i u Kantova vremena, mnogo raspravlja. U odnosu prema ustavnim interpretacijama zauzima ustavna teorija stajalište promatrača iz *drugog* ili, dapače, *trećeg* reda. Drukčije nego za Kanta, ona danas više ne može aspirirati na to da neposredno određuje i usmjerava interpretativnu sudsku praksu, jer ona je izložena i drugim utjecajima. Ustavna teorija može aktivne sudionike u javnom ustavnopravnom procesu, dakle ustavne suce, interprete i političku javnost, *semantički iritirati*. Semantička uloga teorije je, dakako, dvosjekli mač: s jedne strane, služi teorija kao *legitimacija* žive interpretacije ustava (suci se mogu pozivati na teoriju, kako bi opravdavali svoje odluke), a s druge strane, teorija bolje od neposredno angažiranih interpreta vidi ono što oni ne vide — svoju *slijepu pjegu* i tako uzrokuje naredne pravnokreativne diferencije. Korisnost ustavne teorije za praksu interpretacije ustava najbolje se vidi u radovima ustavnih teoretičara poput Carla Schmitta i E.W. Böckenfördea, koji su praktičarima otvorili oči za ono što svakodnevno na ustavnom sudu čine. Tako Böckenförde, kao ustavni sudac i teoretičar, istovremeno utvrđuje da se ustavno sudovanje u Njemačkoj konsolidiralo, ali ne i metode interpretacije ustava<sup>25</sup>, jer, prema njemu, “postoji uzajamni odnos između metode interpretacije ustava i ustavne teorije koja je utemeljuje...”<sup>26</sup>, a to stvara nemir. To se moglo i očekivati, budući da svako teoretsko diferenciranje unutar jedinstvene juridičke interpretacije ustava, koja prema pravilima odlučuje što jest, a što nije protuustavno, uzrokuje inflaciju novih mogućnosti interpretacije i istovremeno dekonsolidaciju ustavnog sudovanja. To zabrinjava Böckenfördea, jer “... ako ustavna teorija može utjecati na interpretacije ustava, tada to može imati posljedice na takvo *stvaranje prava* koje prelazi granice interpretacije u tradicionalnom smislu”<sup>27</sup>. Tradicionalna interpretacija sastojala se u traženju podudarnosti nekog slučaja s nekim pravilom<sup>28</sup>. S obzirom na rastavljenost interpretacija ustava i

<sup>25</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 53.

<sup>26</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 82.

<sup>27</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 81.

<sup>28</sup> Ta je klasična metoda postala manjkavom, jer sadržaj norme ne može pokriti sve slučajeve koji se javljaju u praksi. Taj se manjak normativne ponude pokriva stvaralačkom interpretacijom ustava sa stajališta različitih teoretskih ponuda.

ustavnih teorija, čini se Böckenfördeu da je ustav postao formalno kućište koje kroz vrata “teoretski iritirane” interpretacije otvara ulaz različitim, pa i heterogenim predodžbama ustavnog poretka...<sup>29</sup>. S tom brigom za ustavnost državnog poretka obračunava se Böckenförde s čitavim nizom ustavnih teorija i metoda<sup>30</sup>, i to s kritičkom težinom dalekosežnih tvrdnji: “Sve obrađene interpretativne metode pridonose u konačnom učinku ... razgradnji normativnog karaktera ustava”<sup>31</sup>, a to znači da je u ustavnosudskoj praksi na djelu tendencija *inovacija* normi umjesto *deriviranja* iz normi. Čista pravna praksa *derivacije* može, prema Schmittu, biti bilo pod utjecajem *teorije*, bilo pod utjecajem *politike* i ona u oba slučaja proizvodi novo pravo. Sada je moguće postaviti pitanje, koja je iritacija interpretacije ustava poželjnija: politička ili teoretska? Pri ovako zaoštrenoj alternativi bilo bi opasno teoriju brzopleto demonizirati kao maskiranu ideologiju ili kao puki “politički konsenzus ili promjenu političkog konsenzusa”<sup>32</sup>. Zbog toga Böckenförde traži “*ustavu primjerenu ustavnu teoriju*” koja ne bi počivala na *volitivnom*, nego na *argumentativnom* konsenzusu. *Volitivni konsenzus* počiva ili na običajima interpretacije ustava, ili na širokoj političkoj javnosti; *argumentativni* konsenzus, naprotiv, na logici i gramatici ustavnog teksta. Pred tom alternativom odlučuje se Böckenförde za Schmittovu liniju: on je protiv svake, bilo volitivne, bilo argumentativne, interpretativne promjene ustava, a za *demokratsko-političku*, jer: “... ustavni sud ne smije iz organa zaštite danog ustava postati gospodar ustava...”<sup>33</sup>.

Drugim riječima, ako ustav mora ostati *otvoren* za promjene, tada neka ostane otvoren za političku moć odlučivanja i djelovanja, a ne za interpretativne i na posljetku ne demokratske, nego pravno-teoretske promjene. Sve u svemu, Böckenförde traži “obvezujuću ustavnu teoriju” koja ne bi bila uputa što nam propisuje *kako* moramo djelovati pri interpretaciji ustava, još manje da nam propisuje *što* moramo činiti interpretirajući ustav, nego koja bi oboje *što* i *kako* držala u jednoj ruci. To znači da je ustav za njega “okvir za proces političko-djelatnog odlučivanja napose za zakonodavnu vlast”<sup>34</sup>, koja nam kao državljanima propisuje ne samo *što* nego i *kako* moramo djelovati ako želimo biti normativno razumljivi u demokratskoj organizaciji države. Da bi razjasnio što podrazumijeva pod jedinstvom ustavnog teksta i ustavne teorije, poziva se on na jedinstvo *us-*

<sup>29</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 83.

<sup>30</sup> E. W. Böckenförde imenuje sljedeće: “*klasično hermeneutička, topički problemska, znanstveno zbiljski orijentirana teorija, hermeneutičko konkretizirajuća*”, te *varijante Hessea i F. Müllera*.

<sup>31</sup> Böckenförde, E. W., ibidem, str. 80.

<sup>32</sup> Böckenförde, E. W., ibidem, str. 84.

<sup>33</sup> Böckenförde, ibidem, str. 89.

<sup>34</sup> Böckenförde, E. W., ibidem, str. 86.

*tavnog teksta i povijesnog nastanka ustava*<sup>35</sup>, tj. na demokratsko javno mnijenje koje — tako bi, naime, trebalo biti — iz povijesnog iskustva, ili iz povijesti nastanka ustava *točno zna što želi*. Takvo jedinstvo ustavnog teksta i iskustva njegova povijesnog nastanka, misli Böckenförde, kompenzirat će današnji deficit normativnog važenja ustava. Jesu li njegovim rješanjem ustavni interpreti i teoretičari ustava postali beskorisni i suvišni? Ne zove li nas Böckenförde svojom terijom natrag u jednu raniju fazu građanske pravne države, i u koju to?

### III.

#### *Ad 6. Pozitivno određenje diferencije ustava i demokracije u postmodernoj*

Za novovjekovlje karakteristično rastavljanje prava i ustava od demokratske politike nije bilo slučajno. Svojevrsno naknadno povezivanje (simbioza, amalgam, semantičko iritiranje, prikapčanje) demokracije i ustavne države postalo je, kako je i pokazano, široko polje za različite interpretacije ovog odnosa od strane ustavne teorije i interpretacije ustava. Izvršeno rastavljanje ustava i demokracije ne može se više opozvati, jer to bi bio regres u stari ili novi totalitarizam kojim nas zastrašuje već ostarjeli Schmitt svojim upozorenjem: *nihil contra homines nisi homo ipse*<sup>36</sup>. I Böckenförde, njegov kasni učenik, drži u skladu sa Schmittovom političkom teologijom da ustav u demokratski organiziranoj državi ne može postati “gospodar” ustava<sup>37</sup>, to znači nije poželjna ni totalitarna ustavno-pravna država, ni totalitarna demokracija. Uz to se može primijetiti: suvereni narod kao ustavotvorac, bez obzira na Isenseeovu skepsu, nije stupio na mjesto dragoga Boga, jer narod je *mnogoglava neman*, ili, prema Kantu, *gomila*, a prema Pedersenu, *polideist*, a ne osoba. Narod se diferencira u tisuće interesa i ti pojedinci konačno donose ustav, kako bi se pravno zaštitili od samih sebe. Ovo *pravno* samoograničenje moći i slobode suverenih pojedinaca predstavlja preokret u odnosu na naslijeđeni srednjovjekovni pojam suverenosti. To je promjena paradigme u određenju pojma suverenosti, a puka promjena suverena (Bog — kralj — narod), dakle *kvalitativno drukčiji suveren*.

U skladu s tim preokretom više se ne radi o subjektivnom, religijskom, ćudorednom ili moralnom samoograničavanju ili samosvladavanju suverena kao vladajuće osobe, nego o javnom *pravnom i ustavnom* ograničenju suverenih pojedinaca, bili oni kraljevi ili pripadnici naroda kao zbirne imenice. Prema staroj paradigmi, nije se ni svemogućeg Boga, a niti vladaju-

<sup>35</sup> Böckenförde, E. W., ibidem, str. 84.

<sup>36</sup> Schmitt, C., *Politische Theologie II*, Duncker und Humblot, Berlin, 1970., str. 122.

<sup>37</sup> Böckenförde, E.W., ibidem, str. 89.

ćeg kralja moglo pravno ograničiti, jer ni Bog ni kralj nemaju suparnika koji bi ih ograničavao pa bi njihovo pravno ograničavanje bilo *contradictio in adjecto*. Suvereni građani, koji su razdvajanjem dvora i sudnice oslobođeni nepredvidivih čudi svemogućeg Boga ili kralja, moraju sami sebe pravno ograničiti. Jer narod prema novoj paradigmi nije *uzrok čija bit sadrži egzistenciju* (Spinoza), nego od same sebe ugrožena zajednica koja može postojati samo u uvjetima pravnog ograničenja slobode njezinih članova, dakle samo kao država koja omogućuje pravno reguliranu unutarnju i vanjsku slobodu svojih članova.

Sva opisana rastavljanja (od 1 do 5) diferencijacije su u pojmu ustavnog i pravnog poretka toga novog mnogoglavog polideističkog, sebi samom prepuštenog suverena. Zrela moderna u 20. stoljeću mora se snaći u tim razlikovanjima ili u toj uzajamnoj otvorenosti obiju strana u procesu: ustava i deokracije, te razvijati metode racionalne kontrole ovih *nesumjerljivih* veličina, bez prazne nade u mogućnost njihova prevladavanja, amalgamiranja, simbioze i slično. Prevladavanje ovih suprotnosti vodilo bi, kako znamo, ili u totalitarizam, ili u kraj povijesti. Ova razlikovanja ne možemo prevladati u višem jedinstvu umnih bića, kako su mislili stari liberali, jer suveren nije *narod kao osoba*, ili *singularia tantum*, nego *demokratski polikefalos*, ili *pluralia tantum: čovjek*. Dakako, *neprevladivost* opisanih razlikovanja ne znači da između običajnog i pisanog prava, zakona i ustava, ustava i demokracije, dvora i sudnice, interpretacije ustava i ustavne teorije, ne postoji neki odnos. Sva su ta rastavljanja *ranjavanja* izvornih jedinstava koja se više ne mogu opozvati, niti se u njih možemo vratiti bez katastrofalnog progresivnog regresa u već iskušane neslobode. Nakon svih tih opisanih diferencijacija koje je *populus europeanum* u svom samosvladavanju pomoću ustava izborio, postala je na kraju teoretskom temom sama diferencija demokracije i ustavne države.

Diferencija između ustavne države i demokracije u takozvanoj *postmodernoj* ustavnoj teoriji već se razgranala u posve neobično pojmovlje poput: *prilagodba na nepoznato*, *neoznačeno mjesto (unmarkt place)*, *invizibilizacija*, *iscrpljivanje*, *veo neznanja (the veil of ignorance)* i slično.

Pisani ustav, to slijedi iz njegova pojma, mogu *in foro interno* interpretirati eksperti te ga teoretski i interpretativno, tj. bez direktnog demokratskog odobrenja promijeniti. Time smo suočeni s mnogo diskutiranim *demokratskim deficitom* u funkcioniranju Europske unije. Je li taj deficit nedostatak ili posljedica opisanog povijesnog razvitka? Demokracija i ustav ne stoje ni u kauzalnom, ni u teleološkom odnosu, kako su to mislile starije teorije. Normativno važenje ustava danas se više ne verificira na mogućnosti njegove potpune kauzalne primjene, niti teleološkog samoozbiljenja, nego pomoću semantički omekšanog odnosa prema demokraciji koji, u suglasju s Rawlsom, možemo nazvati *političkom kulturom*. Ukoliko je ustav imao pretenziju da pravno ovlada demokracijom, tada se danas mora zadovoljiti s činjenicom da je samo *programsko pismo* za političku kreativnost, kao što i demokratskoj polititici, ako želi biti ustavno demokratska,

mora biti jasno da u današnjim uvjetima mora pravo i ustav uvažiti kao o njoj nezavisne, tj. *nedemokratske* institucije.

Na kraju stojimo pred pitanjem: Koje su to društvene snage dopustile da se pisani ustav može *in foro interno* interpretativno i teoretski prešutno mijenjati bez demokratske većinske legitimacije? Odgovor nije težak: snage koje stoje iznad nacionalne države i koje zagovaraju *neiscrpna ljudska prava kao izvandemokratske ili naddemokratske vrijednosti*. Europski građanin je granica iza koje više ne stoji nikakvo skriveno područje, jer on proizvodi sve diferencijacije i samo s njegovog stajališta zbiva se nezaustavljivi *proces-progres* u pravcu EU, kao geopolitičkog i kulturnog jedinstva. *Demokratska legitimacija ljudskih prava* kao politička kultura čijem prodoru povijesno prisustvujemo u EU, stoji u paradoksalnom odnosu prema novovjekovnoj teoriji demokratske nacionalne države. To znači da je, nakon što je svim svojim glavama priznao pravo na slobodu, europski polikefalos (narod) izgubio kao postulirano jedinstvo svih svojih glava postupno svoju integrativnu moć i realitet. Demokracija je u svom novovjekovnom obliku bila u funkciji apstraktne kvantitativne legitimacije vlasti u nacionalnoj državi i bila je kvalitativno nadopunjavana različitim predkonstruiranim ideološkim sadržajima koji su služili homogenizaciji promjenljivih većina. Taj tip demokracije u nacionalnoj državi pokazuje se u današnjoj EU sve više kao prazna apstrakcija ili mit. Između brojnih pisanih dokumenata, koji određuju i omeđuju današnju EU poput otvorenog programskog pisma, i neiscrpne političke kreativnosti europskih građana, koji svoje interese očituju u tom pismu, ne stoji više bezuvjetno demokracija kao *tertium comparationis*, nego, kako se čini, sve više kao *tertium non datur*, tj. ne kao legitimacija političke moći, nego paradoksalno, kao legitimacija vlastitog *razvlašćenja u prilog ljudskih prava*. Kako to razumjeti? Pri multikulturalnom i multinacionalnom *elektoratu* kakav postoji u današnjoj EU, i u Bosni prijeti opasnost politizacije kulturnih i nacionalnih identiteta, a to vodi raspadu takvih multinacionalnih političkih zajednica. Politizacija nacionalnih identiteta u multinacionalnim državnim zajednicama ugrožava demokratsko većinsko načelo na temelju kojeg se *vladajući* i *vladani* ravnomojerno smjenjuju, jer brojniji identiteti prijete trajnim vladanjem nad malobrojnijim identitetima. Pod tim uvjetima tradicionalne funkcije kvantitativnih demokratskih većina, EU kao mnogonacionalni politički realitet ne može funkcionirati. Otud smo u uvjetima kvalitativno različitog elektorata svjedoci mijenjanja funkcije većinskog demokratskog načela. Većinsko načelo mijenja referentnu bazu prema kojoj se odnosi, a to u mnogonarodnoj EU nije homogena nacionalna zajednica, već su to univerzalna ljudska prava svih Europljana. To uzrokuje *depolitizaciju* i *dedemokratizaciju* nacionalnog identiteta kao klasičnog novovjekovnog načela homogenizacije građanskih pojedinaca koji se i u nacionalnoj državi, naravno, razlikuju. S tako izmijenjenom referentnom točkom postaje realitet tradicionalne europske narodne demokracije kao subjekta suverenosti jednako sporan kao nekada Bog ili kralj u funkciji suverene političke moći. Narodna demokracija i narodni suverenitet, tako bismo s Lyotardom mogli kazati, bila je

*metapriča* ili mit s kojim je izvršena novjekovna promjena paradigme, građanska revolucija, tj. *depolitizacija* staleža u narod jednakopravnih pojedinaca, bez obzira na staleško porijeklo. Taj novovjekovni mit gubi pred našim očima svoju uvjerljivost. *Depolitizacija* (nikako ukidanje) narodnih identiteta uz istovremenu *politizaciju* ljudskih prava izgleda da je sljedeća etapa povijesnog puta prema Europi kao djelatnom političkom subjektu.

Naravno, time nije isključeno nastajanje novih metapriča koje će građane kao pojedince homogenizirati na nekoj povijesnoj, etničkoj, kulturnoj, utopijskoj ili makako predkonstruiranoj osnovici. Naprotiv! Ali prosvijećeni građani koji su jednaput slobodno, većinski i demokratski podržali ljudska prava identificirali će se s takvim propagandistički plasiranim metapričama uvijek pragmatički, a ne “dušom i tijelom”, kao u doba velikih građanskih revolucija.

Kao što su grčki gledaoci Antigone, duboko potreseni događajima na pozornici, točno znali da padom zastora u Ateni na njih čeka *demokratsko-politička*, a ne više *mitološka* realnost, tako i današnji europski građanin zna da iza fiktivnih medijskih metapriča o *narodnoj demokraciji* u realnosti na njega čeka realitet zakonski garantiranih ljudskih prava, na temelju kojih se za svoje radno mjesto mora ravnopravno boriti sa svakim Europejcem.

Autogenerativne i autopoietičke ustavne teorije i ustavne interpretacije kao nedemokratski procesi postali su realnost kojoj demokracija mora na svoj demokratski način autogenerativno parirati, naravno pod pretpostavkama ustavno zajamčenih ljudskih prava, jer će u protivnom izgubiti vjerodostojnost kao europska. Slobodno oblikovanje demokratskih većina posao je političara, a ne ustavnih sudaca ili ustavnih teoretičara. Ali i jedni i drugi, zajedno s građanima, znaju da su stvarni gubitnici u demokratskoj borbi za vlast u političkoj zajednici uvijek većine, jer njihova je realnost nestabilna i promjenljiva, medijski proizvedena fikcija ili obmana. Bezbroj puta obmanute ili samoprevarene većine postale su oprezne i nepovjerljive prema tradicionalnoj većinskoj demokraciji. U multikulturalnoj europskoj kući možda će ustavni patriotizam i demokratska legitimacija ljudskih prava stupiti na mjesto starijeg domovinskog patriotizma, naravno bez žrtvovanja starih domovina. Ili, da se poslužimo riječima Michaela Walzera, “Civilno društvo održavaju grupe koje su mnogo manje od *demos*a, od *radničke klase*, od *mase potrošača*, ili *nacije*... One su dijelovi svijeta obitelji, prijatelja, drugova, kolega, i u njima se ljudi osjećaju povezanim i međusobno odgovornim. Civilno društvo je projekt svih projekata. Ono zahtijeva brojne organizacijske strategije i nove oblike državnog djelovanja. Ono zahtijeva novu osjetljivost za lokalno, specifično i slučajno, a nadasve novu svijest o tome da se dobar život sastoji od pojedinosti”<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Walzer, Michael, *Was heißt zivile Gesellschaft u Bürgergesellschaft, Recht und Demokratie*, Suhrkamp, NF. 805, str. 69.



Davor Rodin

*DIFFERENTIATING THE CONCEPTS OF LAW AND  
CONSTITUTION*

*Summary*

Using the contemporary system theories, the author primarily points to the asymmetry of the constitutional law and the political processes it so rarely regulates. Then he goes on to analyse the historical process of separating the custom law, oral law and written law, of the court and the courtroom, the law and the constitution, the constitution and its interpretation, the constitution's interpretation and the constitutional theory, and concludes his study with a description of the difference between constitution and democracy in the postmodern categorial optics.