
Ustavotvorna vlast naroda — demokratski mit

JOSEF ISENSEE*

Sažetak

Nauk da je narod nositelj ustavotvorne vlasti već je od Francuske revolucije općepriznati odgovor na pitanje o porijeklu i stupnju valjanosti ustavnoga zakona, koji kao najviša norma državnoga pravnog poretka nema iznad sebe nikakvu drugu normu pozitivnoga prava. Ali taj nauk promašuje političku zbilju. On ni po teoriji države nije uvjerljiv. Narod nije subjekt djelovanja, već samo subjekt referencije. Nauk o ustavotvornoj vlasti naroda demokratski je mit. Kao takav je viševalentan: utemeljenje revolucije ili zabrana revolucije određuju hoće li se postojeći ustavni poredak srušiti ili legitimirati.

Ni kao legitimacijska teorija, nauk o ustavotvornoj vlasti ne donosi spoznajni dobitak. Jer djelotvornost ustava ne ovisi o njegovu porijeklu, već o prihvaćanju na koje nailazi ovdje i danas kod svojih adresata, i državnih tijela i građana. O uspjehu valjanosti ustava odlučuje se ovdje i danas.

I. Dilema najviše norme

Pravnik dolazi u nepriliku kad treba objasniti zašto je ustavni zakon valjan. Pogleda li na povijesne okolnosti nastanka, nailazi na pravne lomo-ve i političku proizvoljnost, na povijesni slučaj, na sirovu faktičnost. Okolnosti u kojima neki ustav nastaje nerijetko se rugaju pravilima kojima on, sa svoje strane, podčinjava državna tijela što ih je konstituirao. Povijest pokazuje da demokratski ustavi ne nastaju svagda demokratski. Kritičarima je tu lako otkrivati i kудiti urođenu manu. Ali povijest također pokazuje da, unatoč nedemokratskoj genezi, i oktroirani ustav može pustiti snažno korijenje u pravnoj svijesti zajednice i stvoriti nosivu pravnu osnovicu demokratskoga državnog života.

Ne postoje čvrsta pravila za stvaranje ustava, kao što postoje pravila za donošenje zakona. Ovdje se pokazuje singularno normno obilježje ustavnoga zakona. Svaka se norma može svesti na višu, samo ne najvišu. Upravni je

* *Josef Isensee*, Rheinschen Friedrich Wilhelms Universität, Bonn.

akt pravovaljan ako odgovara uredbi, uredba ako odgovara zakonu, zakon ako odgovara ustavu. Tu se, međutim, prekida lanac pravnih dedukcija. Ustav nema norme iznad sebe. U vrhu normne piramide završava državni pravni poredak. Ustav daje legislativi pravila za proizvodnju prava. Ali on time ne regulira samu svoju proizvodnju. Svoja pravila, ako tu uopće postoje pravila, on ne može dati, u najboljem ih slučaju mora pretpostaviti.

Tu se pokazuje dilema najviše norme. Ona zahtijeva da bude pravno obvezatna. Ali ona ne može taj zahtjev izvesti iz neke više norme, niti ga i utemeljiti iz sebe same. Najviša se instancija hijerarhije može pozvati jedino na autoritet u transcendenciji. Porijeklo je valjanosti s one strane državnoga prava, koje kulminira u ustavu, ali u njemu i prestaje. Ustav je upućen na sustavno-transcendentalnu osnovicu. Tko zna porijeklo ustava, nalazi i temelj valjanosti. Odgovor na pitanje odakle valjanost odlučuje o pitanju zašto valjanost i, napokon, da li valjanost. Već 200 godina glasi odgovor da je ustav valjan jer ga je stvorio narod.¹

II. Demokratska dogma

Od američke i Francuske revolucije pozivaju se ustavni zakoni na volju naroda kao temelj svoje valjanosti. Savezni ustav Sjedinjenih Država iz 1787. godine iskazuje se kao tvorevina naroda i počinje riječima:

“Mi, narod Sjedinjenih Država.,. određujemo i uspostavljamo ovaj ustav za Sjedinjene Američke Države.”

Francuska prihvaća temu na početku Izjave o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, koja ulazi u ustav iz 1791. godine:

“Predstavnici francuskoga naroda, konstituirani u Nacionalnoj skupštini, ... odlučili su izložiti u svečanoj izjavi čovjekova prirodna, neotuđiva i sveta prava”

SAD i Francuska postaju uzorom za druge. Njihove formulacije ulaze u brojne ustavne tekstove.

Dogma o ustavotvornoj vlasti naroda afirmirala se s načelom demokracije. Ona se iskazuje kao posljedica narodnoga suvereniteta: Kako sva državna vlast proizlazi iz naroda, njezina se najotmjenija pojava, ustavotvorna vlast, temelji u narodu. Povijest pokazuje da je u nauku o ustavotvornoj vlasti teorija narodnoga suvereniteta “stvorila svoju najpregnantniju programatsku formulaciju i iz nje izvukla posljednje, nepremašive

¹ Bliži prikaz teme i popis literature: Isensee, Josef, *Das Volk als Grund der Verfassung*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1995.

konzekvencije”². Uopće je kategorija ustavotvorne vlasti obilježena demokratskim načelom i na njega usmjerena. U 20. stoljeću također se pozivaju vojne diktature i socijalističke partijske despocije na narod kao izvornoga začetnika njemu autoritarno nametnutih ustavnih zakona. Semantički naklon pokazuje moć demokratske ideje. Dokle ona seže, nema prihvaćanja nekoga drugog utemeljenja ustava nego u volji naroda.

Iza formulacija ustavnih zakona stoji demokratska dogma da samo onaj ustav zaslužuje svoje ime koji je proizašao iz volje naroda i gdje narod raspoláže izvornom i neotuđivom potencijom da stvara ustav, da mu daje sadržaj i valjanost, da ga čuva ili ukida. Ta je moć ustavotvorna vlast. Narod i jedino on pravi je ustavotvorac.

Teoriju ustavotvorne vlasti daje uoči Francuske revolucije opat Siéyès: po njemu sva državna vlast proizlazi iz volje nacije.³ Ona je porijeklo ustava. Njoj pripada ustavotvorna vlast (*pouvoir constituant*). Njezina volja obvezuje državna tijela ustavom. Ali sama nacija se ne obvezuje ustavom koji daje. Ona ga može svagda izmijeniti.

Najviše pravo nacije sastoji se u *htijenju*. Voluntarizam ne poznaje zadana pravila. Nacija nije upućena na zadane oblike i postupke obrazovanja volje. “Svejedno je *na koji način* nacija hoće, dovoljno je da ona hoće; svi su oblici dobri, a njezina je volja svagda najviši zakon”.⁴ U svojoj svemoći nacija nije opredijeljena na određen postupak kad obnaša ustavotvornu vlast. Jer opća volja ustrajava u prirodnome stanju i za puno djelovanje su joj potrebna jedino “prirodna “ obilježja volje. Ona ne može uopće imati dovoljno izražajnih mogućnosti.⁵ Ustavotvorna vlast smije u tome pogledu sve. Nacija koja obnaša svoju najvišu i najvažniju vlast mora u obnašanju ustavotvorne vlasti biti oslobođena od svake prisile i svakoga oblika, osim onoga koji hoće poprimiti. Naspram pravnoj nevezanosti nacije kao subjekta ustavotvorne vlasti stoje ustavno konstituirana tijela države (*pouvoirs constitués*). Ona su nužno pravno vezana.

Ona ne mora sama obnašati *pouvoir constituant*, već se može poslužiti zamjenicima.⁶ Ali ne može se odreći prava da hoće. Zamjenici se razlikuju

² Zweig, Egon, *Die Lehre vom Pouvoir constituant*, 1909, 3.

³ “Sve javne vlasti proizlaze bez razlike iz opće volje; sve dolaze iz naroda, to znači iz nacije. Ta oba izraza moraju biti sinonimi. (Emmanuel Joseph Siéyès, *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnées des Droits de l’ Hommes et des citoyens*, Paris 1789.). Navod iz njemačkoga izdanja: Siéyès, *Politische Schriften 1788.-1790.*, ured. Eberhard Schmitt i Rolf Reichard, 1975., 239(252).

⁴ Siéyès, Emmanuel, *Qu’ est ce que le tiers état?* Navod prema njemačkome izdanju: *Was ist der dritte Stand?* u isti, *Politische Schriften* (bilj. 3), 117 (169).

⁵ Siéyès (bilj. 4), 168 sl.

⁶ Siéyès (bilj. 3), 250.

od redovitih državnih tijela, koja proizlaze iz ustava (*pouvoirs constitués*), izvanrednim mandatom. Oni se sastaju jedino za to da bi donijeli ustav.

Simbioza *pouvoir constituant* s načelom predstavništva bila je epohalna.⁷ Siéyès ide veliki korak dalje od Rousseaua. Predstavničko ustavotvorstvo ne pokazuje mu se kao pomoć u nuždi, nego kao nadmoćno rješenje, koje koristi prednost diobe rada.⁸ U povijesnoj situaciji 1789. godine Siéyès daje Nacionalnoj skupštini legitimacijsku teoriju da se iskazuje kao predstavništvo naroda i obnaša ustavotvornu vlast. Ali u trajnome djelovanju on otvara demokratski ideal praktičnoj potrebi za diobom rada i olakšava njezino pretvaranje u državni život. Valja konstatirati da je teorija ustavotvorne vlasti po svome porijeklu ravnodušna prema sporu između pristaša izravne i neizravne demokracije.

Ustav nije konačan. Nacija ga može svagda izmijeniti ili ukinuti. U Siéyèsovu nacrtu Izjave o pravu čovjeka i građanina posljednji član glasi: “Narod ima neprestano pravo provjeravati i obnavljati svoj ustav. Bilo bi čak dobro odrediti točna vremena kada će se ta provjera, bilo zbog koje potrebe, obavljati.”⁹ Jakobinski ustav iz 1793. godine formulirao je pod Siéyèsovim utjecajem: narod ima pravo poboljšavati i mijenjati svoj ustav. Jedan naraštaj ne može svojim zakonima podređivati buduće naraštaje”.¹⁰

Ustav ne proizvodi niti utemeljuje naciju, nego samo njezina upravna i zakonodavna tijela. Ona moraju biti organizirana, opskrbljena kompetencijama i uklopljena u pravne obveze. Jedino su ona tema ustava i adresati njegova pravnog vezanja. Time se očituju fundamentalne razlike između nacije i njezina ustava te između ustavotvorne vlasti, koja prethodi ustavu (*pouvoir constituant*), i konstituiranih vlasti, koje iz njega proizlaze i koje su mu podređene (*pouvoirs constitués*). Siéyès izražava razliku jasno i oštro: Sve u državnoj vlasti obuhvaćene vlasti podređene su zakonima, pravilima i oblicima, o čijoj izmjeni ne mogu odlučivati. Kako se, naime, ne mogu sami stvarati, ne mogu mijenjati ni svoj ustav, kao ni ustav drugih.¹¹

Siéyès je kasnijih godina hvalio razlikovanje *pouvoir constituant* i *pouvoirs constitués* kao jednu od onih tekovina koje su znanost unaprijedile za jedan korak i napomenuo da to valja zahvaliti Francuzima, tj. njemu osobno. La Fayette mu je kasnije protuslovio i pokazao da su Amerikanci već prije spoznali razliku i prakticirali je, a da ju je, naprotiv,

⁷ O predstavništvu u Siéy sa: *Zweig* (bilj. 2), 132 sl.

⁸ Hofmann, Hasso, *Repräsentation*, 1974., 406 i dalje.

⁹ Čl. 28. *Constitution de la République Française* (1793. juin 24).

¹⁰ Siéy s (bilj. 3), 250.

¹¹ Siéy s (bilj. 3), 250.

francuska Nacionalna skupština razbila i obje funkcije sjedinila.¹² Doista je Nacionalna skupština htjela za sebe istodobno sve — donošenje ustava i, kao konstituirano državno tijelo, njegovu primjenu.

Time, međutim, nije zadržan dalji uspjeh teorije o zakonodavnoj vlasti. Pobjedničke političke teorije izvlače snagu čak iz svojih protuslovlja. Pojmovna smisaona varijabilnost preporučuje se retorici. Difuzija olakšava integraciju. Doktrina o ustavotvornoj vlasti sudjeluje u političkome pobjedničkom pohodu demokratske ideje. Naslućuje se uzajamni odnos. Pozitivno se pravo oslanja na teoriju. Teorija se pretvara u pozitivno pravo. I u današnjoj teoriji države ostaje još više ili manje jasan prvi arhetipski lik koji je poprimila na početku Francuske revolucije.

III. Viševalentnost funkcija

1. Legitimacija i delegitimacija

U svojoj prvoj primjeni, 1789. godine, ustavotvorna se vlast pojavljuje kao revolucionarni borbeni pojam, kao revolucionarni naslov. On donosi ambivalentne učinke, destruktivne ako se odnosi na ustav staroga režima, konstruktivne ako se odnosi na ustav budućnosti. Tamo djeluje kao eksploziv, ovdje kao temelj nove izgradnje. Na jednoj je strani teorem određen da oduzima legitimaciju, na drugoj da je stvara.

2. Ovlast revolucije i sprječavanje revolucije

Za vrijeme revolucije, koja u brzim uzastopnim erupcijama donosi jedan ustav za drugim, aktualizira se *pouvoir constituant* u određenim događajima i akcijama, u određenim povijesnim trenucima. *Pouvoir constituant* pojavljuje se kao vulkan, koji može izbiti naglo ili predvidljivo, ali koji na kraće ili dulje vrijeme može i ne djelovati ili se čak zauvijek smiriti i ugasiti.

Dogma o ustavotvornoj vlasti mijenja svoje značenje ako se primjenjuje na postojeći ustav, pogotovo na onaj koji već dugo važi i djeluje. Njezin predmet nije više rađanje, već život ustava; ne izvanredan događaj, već ustavodržavna normalnost. Prevratničko-kreativna funkcija pretvara se u konzervativnu. Sada se više ne pravi revolucija, već osigurava njezino djelo i sprječava daljnja revolucija koja bi ga mogla uništiti. Revolucionarni borbeni pojam preobražava se u zabranu revolucije.

¹² O tome *Zweig* (bilj. 2), 1.

IV. Nesposobnost za djelovanje konstituiranoga naroda

Ako je narod subjekt koji sebi donosi ustav, mora prije toga postojati kao veličina sposobna za djelovanje. Ali promatrač jednoga povijesnog starta dolazi u poteškoće da utvrdi gdje je narod u trenutku novoga početka, koga poziva da djeluje u njegovo ime te kako prepoznati poziv.

1. Samoovlaštene političke elite

To se pokazalo već 1789. godine, u prvome, prototipskome slučaju primjene nauka o *pouvoir constituant*. Narod nije nastupio kao politički akter. Ali politički akteri, predstavnici trećega staleža, koji su se formirali u Nacionalnu skupštinu, nisu se mogli pozivati na mandat naroda, nego jedino na biračku skupinu definiranu prema staleškoj pripadnosti. A mandat se odnosio na zadatke staleške skupštine u kontekstu staroga režima, ne na zadatke narodnoga predstavništva, pogotovo ne na zadatke konstituante. Posebni zahtjevi, koje Siéyès postavlja ustavotvornoj skupštini — vlastiti izbori koje treba provesti i razdvajanje ustavotvorstva od redovitoga zakonodavstva — ostali su od samoga početka samo na papiru.

Ako se uopće smije govoriti o legitimaciji od strane birača, zjapila je diskrepancija između dijela mnoštva na koje je Nacionalna skupština mogla osloniti svoju legitimaciju i cjeline koju je ona zahtijevala zastupati. Makar je treći stalež imao, doduše brojčanu, prevagu nad dvama drugima — plemstvom i svećenstvom, ipak je imao samo manjinu u ukupnome stanovništvu.¹³ Prema ondašnjoj procjeni, od 26 milijuna Francuza, oko 4 milijuna pripadalo je aktivnome građanstvu. Biračko je pravo zahtijevalo ne samo francusko državljanstvo i punoljetnost već također muški rod, samostalnost, socijalnu neovisnost, naobrazbu.¹⁴ Ono što nije pripadalo trećemu staležu, bilo je *quantité négligeable*. Ali na koncu se nije radilo o kvantitetama, već o kvaliteti zahtjeva građanskih delegata da djeluju za naciju i da budu sami “potpuna nacija”: “Treći stalež obuhvaća dakle sve što pripada naciji; a sve što nije treći stalež ne može se smatrati sastavnim dijelom nacije. Što je, dakle, treći stalež? SVE.”¹⁵

¹³ Siéyès u svome glavnom spisu “Što je treći stalež?” utvrđuje ovaj kao devetnaest dvadesetina cjeline, za razliku od oba prva staleža, ali ga opterećuje “sa svim što je doista mučno” (bilj. 4, 121). Ali biračko pravo treba ograničiti na građane koji zaista pripadaju trećem staležu, s posljedicom da ostaju isključeni: malodobnici, žene (“htjeli ne htjeli”), skitnice, prosjaci, tekliči, stranci, plemićke i svećeničke sluge (bilj. 4, 134 i dalje).

¹⁴ Vanel, Marguerite, *Histoire de la nationalité française d'origine*, Paris 1945., 98 i dalje, 103 sl.; Alexander N. Makarov, *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeits-rechts*, 2. izd. 1962., 104, bilj. 176.

¹⁵ Siéyès (bilj. 4), 124 sl.

Ipak bi bilo neprimjereno mjeriti djelo Nacionalne skupštine demokratskim pravilima koja je ona uvela. Upravo je u tome bila revolucionarna što je, odvrćući se od apsolutne monarhije, nanovo utemeljila demokratski ustav, ne mogavši posegnuti za demokratskim strukturama. Ni osam desetljeća kasnije nije drukčije manjina u Skupštini srušila carstvo Napoleona III. nakon sloma kod Sedana, i proglasila Republiku, jer carska većina nije pružila značajan otpor. Ni ovdje ni tamo, na početku demokracije, nije bio ni narod niti zastupništvo legitimirano narodom, već skupina koja je pretendirala djelovati za narod. Nauk o narodu kao ustavotvorcu iskazao se i iskazuje se još danas kao formula o samoovlasti za političke elite.

U ishodu se ne mijenja ništa presudno ako inicijativa za prevrat i novoutemeljenje ne dolazi iz državne organizacije, već s “ulice”, *levée en masse*. Ni masovne demonstracije za demokraciju ne mogu za sebe pretendirati da tu “narod” kao cjelina stupa u akciju. Koliko god bilo sudionika u njima, riječ je ipak svagda jedino o politički aktivnim manjinama. To vrijedi čak za revoluciju u Njemačkoj DR, koja je svoj polet dobivala uglavnom iz javnih demonstracija što su se dizale protiv režima Jedinствене socijalističke partije Njemačke. Iz malih začetaka rasle su kao lavine: 2. listopada 1989. u Leipzigu deset do dvadeset pet tisuća¹⁶, 16. listopada, također u Leipzigu, više od sto dvadeset tisuća¹⁷, od tada do veljače 1990. u demonstracijama svakoga ponedjeljka po cijeloj zemlji više stotina tisuća.¹⁸ Ipak je i najveći skup, na kojemu se 4. studenoga našao milijun ljudi u Istočnome Berlinu,¹⁹ bio samo manjina iz stanovništva od 17 milijuna. Kada su demonstranti predstavničkoj pretenziji vladajućega državnog aparata suprotstavili krilaticu “*Mi smo narod*”, ipak je to bilo još uvijek presezanje da se djeluje za sve i da se zastupa cijeli narod. Cijeli je narod došao do riječi tek 18. ožujka 1990. na izborima za Narodnu skupštinu, prvim demokratskim općim, slobodnim i jednakim. Na njima je sudjelovalo 11,5 milijuna građana (93,38% onih s pravom glasa). Pokretačke političke snage s početka morale su se zadovoljiti rezultatom manjim od 3% glasova²⁰ i spoznati da posljednji učinci koje su izazvali nisu odgovarali njihovim prvotnim namjerama te da je razvoj prešao preko svojih začetnika. Ipak su oni u početnoj fazi djelovali legitimno kao odvjetnici naroda. Njihova se tragikomika sastojala u tome što nisu primijetili kad je istekao njihov povijesni mandat i što su, sada još samo kružok s

¹⁶ Izvor: *FAZ* od 4.10.1989.

¹⁷ Izvor: *General-Anzeiger* od 18.10.1989.

¹⁸ Izvor: *dpa* od 22. i 29. 1.1990.

¹⁹ Izvor: *Die Welt* od 6.11.1989.

²⁰ Izborna statistika u Gibowski, Wolfgang S., Dokumentation und Analyse der Wahl vom 18. März 1989., u *Z. Parl., 1990.*, 5 (7 i dalje); Peter Schindler (ured.), *Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1983 bis 1991*, 1994., 1593.- Savez 90 osvojio je 2,9% glasova (Izvor: Schindler, na dr. mj., 1593.).

Brda Prenzlau, neprestano o sebi govorili: “*Mi smo narod*”. Ali narod, koji se artikulirao na izborima, nije se više nalazio u stanju spontanosti, već je bio konstituiran biračkim pravom. Kretao se u okviru, premda formalno nekodificiranoga, ali ipak djelotvornog novog demokratskog poretka. Biračko se tijelo odlučilo kao *pouvoir constitué*.²¹

Situacija se ne bi mogla drukčije prosuđivati da narod Njemačke DR svoju putokaznu odluku nije iskazao posredno biranjem odgovarajućih stranaka, već neposredno izglasavanjem novoga ustava. U ustavnome referendumu narod se očituje prema zadanim ustavnim pravilima, koja budući demokratski ustav u bitnome pogledu anticipiraju, putem zadanoga nacrtu ustava, koji dopušta jedino alternativu “da” ili “ne”. Ovdje nije suveren tko odgovara na pitanje, već tko ga postavlja. Narod nije primarni čimbenik odlučivanja, već sekundarni. On ne djeluje kao konstituantna, nego kao konstituirana vlast, kao jedinstvo oblikovano, danom organizacijom i danim postupkom.

Narodni referendum ima, dakako, visoku simboličnu vrijednost za one ideologe koji su uvjereni da imaju narod na svojoj strani, ako ne uvijek u njegovoj empirijskoj, ali ipak u njegovoj “pravoj” volji. Tradicija potječe od jakobinaca koji su narod obvezivali na aklamiranje ustava (a onda, unatoč gotovo potpunome uspjehu, ipak nisu ustav stavljali na snagu).²²

2. *Krug nekonstituiranog naroda kao ustavotvorca*

Ovdje se pokazuje dilema. Narod može sebi donijeti ustav samo ako je sposoban djelovati. Za to je, međutim, sposoban jedino ako je organiziran, ponajprije ako ima predstavnike koji mogu govoriti i djelovati u njegovo ime. Organizacija i predstavnički modus čine ono bitno nekoga ustava. Narod mora, dakle, već unaprijed biti konstituiran da bi si mogao dati novi ustav. Samo konstituiran narod može stvoriti ustav. Krug je već Hegel opisao. On smatra da je besmisleno pitanje tko treba stvoriti ustav, jer

²¹ O razvoju i kvaliteti njemačke revolucije 1989.: Quaritsch, Helmut, Eigenarten und Rechtsfragen der DDR-Revolution, u *VerwArch* 83 (1992.), 314 i dalje; Wilfried Fiedler, Zur rechtlichen Bewältigung von Revolutionen und Umbrüchen in der staatlichen Entwicklung Deutschlands, u *Der Staat* 31 (1992.), 436 i dalje; isti, Die Deutsche Revolution von 1989.: Ursachen, Verlauf, Folgen, u: Josef Isensee/Paul Kirchhof (ured.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR)*, sv. 8, 1994., čl. 184, marg. 18 i dalje; Thomas Württemberger jr., *Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt*, ibidem, čl. 187, marg. 2 i dalje.

²² *Zweig* (bilj. 2), 353 i dalje; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 2. izd. 1947., 96 i dalje.

U jakobinskoj tradiciji kretalo se socijalističko vodstvo NJDR, koje je provelo 1968. godišne referendum o ustavu i postiglo planirani rezultat od 94,49% glasova. O tome: Müller-Römer, Dietrich, Uvodni komenar o *Ulbrichts Grundgesetz. Die sozialistische Verfassung der DDR*, 1968, 26 i dalje.

ono pretpostavlja “da ne postoji nikakav ustav i da je, prema tome, na okupu samo neka puka atomistička *gomila* individua. Kako gomila, da li s pomoću sebe ili drugih, da li s pomoću dobra misli ili sile, dolazi do ustava, moralo bi njoj ostati prepušteno, jer s gomilom pojam nema nikakva posla. Ako ono pitanje, međutim, pretpostavlja već postojeći ustav, onda *stvaranje* znači samo promjenu, a sama pretpostavka jednog ustava sadržava neposredno da se promjene mogu zbiti samo na ustavotvoran način”.²³

Ako se narod (odnosno njegovi predstavnici) kreće stazama valjanoga ustava, zadržava se ustavni kontinuitet u kojemu ima više ili manje prostora za razvijanje, mijenjanje, smjenjivanje postojećeg poretka. Početna situacija, u kojoj se *pouvoir constituant* može pokazati u punome svjetlu, upravo pretpostavlja prekid s naslijeđenim ustavom. Ali tu narod nije sposoban djelovati, jer nije više, ili nije još, konstituiran. Međutim, oni koji djeluju politički ne mogu zbog nepostojanja ustava imati legitimaciju naroda. Irealnosti nekonstituiranoga naroda kao subjekta djelovanja odgovara realnost samoovlaštene elite. Ona stoji na početku demokratskoga ustava. Naknadno se odlučuje je li opravdana njezina pretenzija da djeluje kao narod i za narod time, prihvaća li tako konstituiran narod i oživotvoruje li svoju konstituiranost.

Isto vrijedi kad demokracija neposredno slijedi iza autokratskoga sustava i ustav počiva na oktroyiranju prosvijećenoga monarha 19. stoljeća ili na uredbi reformama sklonoga komunističkog diktatora 20. stoljeća. Nije drukčije ni kad djeluju strane države, kolonijalne, okupacijske i intervencionističke sile, kao ustavni povjerenici naroda kojim vladaju, ili kada (kao u slučaju Zambije) međunarodna zajednica pri prijelazu jedne kolonije u državnu samostalnost pruža porođajne usluge pri stvaranju ustava.²⁴

3. Narod kao subjekt referencije

Pokazuje se da se nauk o narodu kao ustavotvorcu ne smije uzimati doslovno. On sugerira da je narod akter koji odlučuje o sadržaju i valjanosti ustava. U političkoj se zbilji, međutim, narod ne iskazuje kao subjekt djelovanja, nego samo kao subjekt referencije. On je takav subjekt za samoovlaštene aktore ustavne politike u fazi normiranja. Poslovođe bez naloga pozivaju se na narod kao svoga imaginarnog poslodavca. Ali narod

²³ Hegel, Georg Friedrich, *Osnovne crte filozofije prava*, paragraf 273, preveo Danko Grlić, Sarajevo 1964., 232.

Slično Heller, Hermann, *Staatslehre*, 3. izd. 1963., 278.

²⁴ O nastanku namibijskoga ustava pod utjecajem Ujedinjenih nacija: Hinz, Manfred, Die Verfassung Namibias (1990.): Entwicklung, Hintergrund, Kontext, u *JöR, N.F.*, 40 (1991./92.), 653 (669 i dalje); v. također Melber, Henning, Ein Modell mit Schönheitsfehlern. Die Umsetzung des Lösungsplans für Namibia durch die Vereinten Nationen, u *VN 38 (1990.)*, 98 i dalje; Christian Tomuschat, Die Verfassung Namibias, u *VN 38 (1990.)*, 95 i dalje.

je subjekt referencije i za sam ustav u fazi valjanosti normi kada se ovaj u svojoj preambuli ili u svojoj završnoj odredbi hvali svojim narodnim porijeklom i konstatira da potječe iz njegove ustavotvorne vlasti. No konstatacije takve vrste nemaju povijesnu dokaznu vrijednost. One kazuju kako ustavni zakon želi da se vidi njegovo porijeklo, ali ne kakvo je ono doista. Narodni dokaz u ustavnome tekstu jednak je skolastičkome dokazu o postojanju Boga. On će uvjeriti jedino onoga koji ionako već vjeruje.

V. Narodni suverenitet kao mašta o svemoći

1. Utopija o neograničenoj slobodi odlučivanja

S teorijom o ustavotvornoj vlasti povezano je političko očekivanje da narod, zahvaljujući svome suverenitetu, mora uživati potpunu neovisnost o vanjskoj prisili i unutarnjem pritisku te imati slobodan izbor između neograničenih mogućnosti odlučivanja kako bi mu se mogao pripisati ustav kao njegovo djelo. Očekivanje ne odgovara iskustvu. Nijedan valjani današnji ni prijašnji djelatni ustav ne počiva na takvoj utemeljivačkoj situaciji. Nijedan se ne može povijesno ozbiljno legitimirati takvim porijeklom.

Utopijsko je očekivanje neograničene slobode odlučivanja ustavotvorca i neograničene djelotvornosti ustava. Ustavotvorstvo je politika i kao takvo determinirano je zadanostima zbilje, *necessità* u Machiaviellijevu duhu. O tu tvrdu nužnost lomi se politička oblikovna volja i djelotvornost prava. Na njoj se završava narodni suverenitet. To načelo ne sadrži, međutim, ni *protestatio facti*. Ona se ne upravlja protiv fakticiteta, nego protiv pretenzija samovlasti i suvlasti sila koje ugrožavaju demokratski legitimacijski potencijal.

Ustavotvorstvo je politika, i to državna i pravna politika uz najveći rizik. Ono stoji i pada s uspjehom da se njegovo djelo afirmira i ustav posreći. Ali za to nema jamstva. Za razliku od normalne uspostave prava nedostaje prethodno osiguranje legalnim poretkom s njegovim kompetencijskim i postupovnim pravilima. Prisila na uspjeh u uvjetima posvemašnje nesigurnosti izaziva političku mudrost aktera. Ali nije dostatna samo ona. Mora joj se pridružiti i sreća. Rečeno Machiavellijevim pojmovima: ustavotvorstvu su nužne *virtus* i *fortuna*. Aktualizira li se ustavotvorna vlast doista i aktivira li se u bilo kojem smislu "narod", to se može uvijek prosuđivati samo *ex post*, kad se utvrdi da je ustav postao djelotvoran. Jer, ustavotvorna se vlast motri iz perspektive valjanoga ustava. Propadne li pokušaj da se postojeći ustav obori i stvori posve novi, ostaje mjerodavnim gledište valjanoga ustava, a pokušaj se kvalificira kao neustavan pothvat, kao ometanje javne sigurnosti, kao veleizdaja.

Ali to ne znači da neuspjeli ustavni naum naprosto mora ostati bez posljedica. Prvi svenjemački ustav iz frankfurtske crkve sv. Pavla iz 1849.

godine, koji nikada nije stupio na snagu, utjecao je podsvjesno na nje-mački pravni razvoj. Sadržaji i formulacije ušli su u kasnije zakone i us-tave.²⁵ On je postavio mjeru kojom je od tada mjeren svaki njemački ustav.

Iz nužde zajednice može izrasti nužnost za ustavom. *Necessità*, koja suzjuje prostor ustavnopolitičkoga oblikovanja, postaje djelatnim razlogom ustavnoga uspjeha ako u nekoj političkoj graničnoj situaciji nastane opća potreba za ustavom. Takva nužnost može nastati pri osnivanju neke države, jer se zajednica što se formira želi osvjedočiti o svome identitetu, osigurati pravne temelje svoga zajedništva i utvrditi oblik državnoga poretka. Povijesni su prototipovi američki ustav iz 1787. i belgijski iz 1831. godine. Vanjske i unutarnje nevolje zajednice mogu pripomoći da se svi njezini građani okupe, ustanove svoje zajedničke interese i slože oko temeljnih pravila državnoga zajedničkog života. Nužda okolnosti može učiniti suvišnom raspravu o temeljnim pitanjima ako dopusti samo jednu jedinu, spasonosnu opciju kao 1949. godine Nijemcima zapadnih okupacijskih zona opciju za zapadnu ustavnu državu. Uvid u nužnost — to nije brana slobodi, kako se to može činiti utopistima i kreativnošću opijenim revolucionarima, nego iz perspektive praktičnoga uma njezin bitan sadržaj.

Nužda i nevolja uspješniji su porodničari nego od nužde i nevolje oslobođeni diskurs o najboljem ustavu i o mogućem poboljšanju postoje-ćega. Naravno da je uoči Francuske revolucije široka rasprava izazvala us-tavnu groznicu²⁶ koja je prešla na cijelo državno tijelo. Ali u smirenome, revoluciji nesklonom društvu sama rasprava ne može utemeljiti praktičnu nužnost velikog pokretanja i samo teško inicirati pravi ustavni pokret.²⁷ Tako su rijetko djelotvorne debate koje se začinju odozgo, iz apstraktne nelagode zbog *status quo*, iz potrebe političke klase za profiliranjem ili iz poriva intelektualne klase za poboljšanjem svijeta. Sedamdesetih godina odozgo inicirani pokušaji Švicarske i Njemačke da se totalno revidira va-ljani ustav (koji nije izvorno ustavotvorstvo) doveli su do osnivanja povjerenstva, prikupljanja učenih stavova, revnoga rada u javnosti i na

²⁵ O daljnjeem djelovanju ustava iz crkve sv. Pavla usp.: Kühne, Jörg-Detlef, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 1985., osobito 147 i dalje; v. također Wahl, Rainer, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866.*, u *HStR*, sv. 1, čl. 1, marg. 17 i dalje.

²⁶ Dijagnozu za Francusku od 1789. godine postavio je 1814. godine odvjetnik Ch.-P. Ducancel (*La constitution non écrite du royaume de France*, 1814., navod prema Schmale, Wolfgang, *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung*, 1988., 12).

²⁷ Nasuprot tome, Dieter Grimm vidi diskurs kao samosvrhu koja treba premašiti također postojanje afirmiranoga i općeprihvaćenoga: “S obzirom na uspjeti ustav svagda je ustavna ras-prava ustavni rizik. Taj se rizik, međutim, mora prihvatiti jer je rizik demokracije, a ugušene se rasprave običavaju osvetiti” (Das Risiko Demokratie. Ein Plädoyer für einen neuen Parla-mentarischen Rat, u *Die Zeit* od 10.8.1990., br. 33, str. 34).

koncu do prijedloga za izmjene, koji su gotovo svi potonuli u javnoj i parlamentarnoj nezainteresiranosti.²⁸

2. Teorija urođene mane

Premda je onnipotentna mašta neprikladna da izgradi legitimaciju, ipak je prikladna da je uništi, jer je lako dokazati nekome ustavu da njegova povijest nastanka ne zadovoljava zahtjeve. Polemička je shema u temelju danas u Njemačkoj virulentne teorije urođene mane, koja ustavu u njegovome petom desetljeću valjanosti prigovara da pri njegovu nastajanju 1949. godine njemački narod nije imao vanjski suverenitet neizbježan za demokratsko ustavotvorstvo, da je ustav nastao pod starateljstvom triju zapadnih okupacijskih sila, koje su na njegov sadržaj utjecale i svojim intervencijama.²⁹ Slično prokazivanje doživljava i 1990. izvršeno pristupanje Njemačke DR Saveznoj Republici, kojim se valjanost ustava proširila na nove savezne zemlje, dakle ustavotvornost preuzimanjem i usvajanjem drugdje već postojećega ustava: Nijemci Njemačke DR nisu bili slobodni u situaciji odlučivanja, nakon sloma socijalističkoga režima nemoćni i dezorijentirani, pod političkim pritiskom, gospodarski podređeni Zapadu, koji ih je pritijesnio i zaveo ponudom novca i potrošnje, tako da tu ne može biti riječi o slobodnoj odluci.³⁰

3. Ne postoji creatio ex nihilo

Nauk o ustavotvornoj vlasti odgovara na pitanje o stupnju valjanosti ustavnoga zakona. U logici je pozitivnoga prava da svaka norma ima početak, s čije druge strane ne može biti pozitivnopravnih pitanja. Ipak

²⁸ Vorschläge der schweizerischen Expertenkommission zur Totalrevision der Bundesverfassung, Vertragsentwurf von 1997 (tekst u Peter Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, u *JöR N.F.* 34 (1985.), 303 i dalje, 536-550). O tome emfatično: Peter Häberle, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat — eine vergleichende Textstufenanalyse, u: *AöR* 112 (1987.), 77 i dalje; kritički: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Diskussion um die Totalrevision der Schweizer Bundesverfassung, u: *AöR* 106 (1981.), 580 i dalje.

O prijedlozima anketne komisije "Ustavna reforma" njemačkoga parlamenta (Schlußbericht BT-Drs. 7/5924) kritički: Hans Peter Ipsen, Zum Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform (1977.), u isti, *Über das Grundgesetz, Gesammelte Schriften seit 1949*, 1988., 69 i dalje. Usp. također Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, sv. 1, 2.izd. 1984., 155 sl. s opsežnim dokazima.

²⁹ Predstavnicima teorije o urođenoj mani: Storost, Ulrich, Das Ende der Übergangszeit, u *Der Staat* 29 (1990.), 321 (325); Wahl, Rainer, Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt, u *Staatwissenschaften und Staatspraxis 1990*, 475 i dalje; Mahrenholz, Ernst Gottfried, *Die Verfassung und das Volk*, 1992., 19 i dalje i passim.

³⁰ Tako Habermas, Jürgen, Der DM-Nationalismus, u: *Die Zeit* od 30. 3. 1990., br.14, 62 sl.

zbog toga ustav ne mora i svojim sadržajem postavljati početak, kao neupitan pronalazak novoga poretka, kao *creatio ex nihilo*, kao iskonski prasak političkoga svemira.³¹ Poletnoj samosvijesti revolucionara može se ponekad činiti kao da ustav može postaviti apsolutni novi početak i da ustavotvorac može sve iznova napraviti.³² Ustav je, međutim, nužno proizvod svoje povijesne situacije i ovisan o zatečenim datostima. On prihvaća određene teme vremena i reagira na stanovite potrebe za izmjenom neprihvaćenih i za očuvanjem ugroženih stanja. Ali on će sve više prihvaćati nego što može mijenjati, sve više pretpostavljati nego što može regulirati. Ustavotvorstvo sve više podliježe nužnosti koja vrijedi za svako ljudsko djelovanje: mora se nastavljati na dano. Jezikom filozofa rečeno: “Jedino zato što je povijesno postojeće oduvijek tu kao zadano bez sudjelovanja, ima vlastito sudjelovanje šansu; nijedan čovjek ne može početi apsolutno iz početka, svatko se mora ...nadovezati na ono što je već tu: budućnost treba porijeklo, ... Ljudska praksa svagda čini samo ono malo što još valja učiniti: da bi ona bila moguća, mora u veoma znatnome opsegu biti nepotrebno bilo što više učiniti.”³³

Tako su svi ustavi u najboljem slučaju djelomice prvotne i originalne tvorevine i oni u svojim reguliranjima ne mogu ni dati više od fragmentarne slike poretka; cjelina se da rekonstruirati jedino preko nepisanih pretpostavki.³⁴ Ustavni su zakoni ustavne države 20. stoljeća više ili manje konfekcija po mjeri američkih i francuskih uzoraka 18. stoljeća. Ali ni ovi nisu po svome sadržaju, pa čak ni po svome obliku, neupitne novotvorevine, jer prihvaćaju i pretpostavljaju tradicijsku materiju izraslu u Europi od antičkoga vremena. Nije izuzetak ni Francuska revolucija iz 1789. godine, najdublji epohalni rez posljednjih stoljeća. Ona je preuzela temeljne strukture moderne države kao centraliziranoga jedinstva odlučivanja i moći, koje su od 16. stoljeća razvili francuski kraljevi, ona je samo prerasporedila vladavinske pozicije i iznova definirala određene vladavinske ovlasti. Kontinuitet je bio u mnogome jači nego preobrati.³⁵ Američka je revolucija izgradila novu državnu zajednicu na novome kontinentu, ali je ipak preuzela europsku baštinu državnih struktura, pravnih oblika, političkoga etosa.

³¹ Kirchhof, Paul, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, u *HStR*, sv. 1, 2. izd. 1995., čl. 19, marg. 16.

³² O vjeri u apsolutni novi početak konstitucionalizacijom u Francuskoj od 1789. do 1794. godine: *Schmale* (bilj. 26), 57 i dalje.

³³ Marquard, Odo, Ende des Schicksals? Einige Bemerkungen über die Unvermeidlichkeit des Unverfügbaren (1977.), u isti, *Abschied vom Prinzipiellen*, 1981., 67 (78, 79).

³⁴ O tome Isensee, Josef, Staat und Vefassung, u *HStR*, sv. 1, 2. izd. 1995., čl. 13, marg. 12 i dalje, 20 i dalje, 26 i dalje; isti, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, u *HStR*, sv. 5, 1992., čl. 115, marg. 1 i dalje, 7 i dalje.

³⁵ Impresivan prikaz: Tocqueville, Alexis de, *L'anci n régime et la Revolution*, Paris 1865.

VI. Demokratski mit

Nauk o narodu kao ustavotvorcu razvija stanovitu snagu svjetla ako, gledano iz daljine, ostaje u nejasnome. Čim mu se približimo, svjetlo se gasi. Ako ga hoćemo spoznati, rastače se. Ako ga želimo dohvatiti, raspada se u svoja protuslovlja. On ne skriva nikakvu povijesnu istinu, niti donosi pravnu obveznost. Uzalud ćemo tražiti plauzibilnost koja je nužna i hipotezi. Nedostaje već logička jednoznačnost i konzistentnost.

Pouvoir constituant je mit, demokratski mit. Političko prosvjetiteljstvo pravi ovdje *salto mortale* u svojoj dijalektici. Nastupivši s ciljem da čovjeka oslobodi iz njegove samoskrivljene nezrelosti, ono suzbija tradicijske državne mitove, i sakralne i svjetovne, koji mogu kočiti um i slobodu u njihovu razvoju, i tako krči sebi put do ustavne države, u kojoj umom vođena sloboda treba dospjeti do zbilje. Ono pretpostavlja prosvijećene građane. Ali ono je pripravno i za slučaj da se pretpostavka o realnosti ne ispuni potpuno, a građani se, protivni prosvjetiteljstvu i umorni od njega, ne pomire s racionalnim poretkom države u granicama racionalnosti. Zato ono upotrebljava i iracionalna sredstva za svoje svrhe. Ono rađa svoj vlastiti mit kako bi utemeljilo i osiguralo ustavnu državu. Uzor je Platon koji, polazeći od “dječjega” i “lažnoga” bića mita, ponajprije želi protjerati radikalno čišćenje svih bajki iz idealne države; na kraju zahtijeva da se izgradi novi mit kao “laž u korist države”.³⁶

VII. Opasna viševalentnost

Ali ako je mit o ustavotvornoj vlasti laž, koristi li ona demokraciji?

Tko potvrđuje korist, gleda jedino na funkcije mita koje legitimiraju i stabiliziraju normu. To je, međutim, samo jedna strana. Mitos može, također, delegitimirati i destabilizirati te služiti za revolucionarni naslov. Političke ga avangarde koriste kao ideologiju samoovlaštenja, kako bi se izdavale za narod ili djelovale umjesto naroda, uzurpirale njegov nekonstituantni suverenitet i mimoišle dosadne ustavnopravne vezanosti, kao pravila političkoga formiranja volje u predstavničkom sustavu ili pak pravno-državne ograde većinske demokracije. Preinačavanje argumenta utemeljivanja ustava u argument razbijanja ustava, ne može se od samoga početka i bez daljnje devalvirati kao zloupotreba. Jer mu je ambivalentnost pridodana od početka. Demokratski je mit jednako sposoban spriječiti kaos, kao i izazvati ga.

³⁶ Platon, *Politeia*, 377a i dalje, 389b, 414b i dalje, 595b i dalje.

Ustavnoj državi nije nužno upuštati se u atavističke kultove predaka.³⁷ Bilo bi joj dobro odustati od osnivačkih legendi i oprostiti se od priča o porijeklu. Doktrina *pouvoir constituant* odslužila je svoje u službi ustavnodržavnoga razvoja. Ona je zastarjela i pripada ustavnopovijesnom muzeju.³⁸ Što god ovdje ustavna država još očekivala od legitimacijske prilike — cijena je previsoka i preriskantna. Nije joj nužan umjetni mit, jer liberalna demokracija u sebi samoj nosi bit i vrijednost³⁹ i ne duguje ih nikakvom porijeklu.

Preostaje pitanje, ne bi li teorem ustavotvorne vlasti naroda trebao preživjeti barem kao kratica složene teme, kao jedna vrsta šifre? Tako joj se potvrđuje značenje jezične slike.⁴⁰ Takva slika rasterećuje od rastrošnoga utemeljivačkog rada. Ona pokazuje poziciju s koje nastaje legitimiranje, naime ustavnodržavnu poziciju, u tradiciji političkoga prosvjetiteljstva. Tradicija nalazi ovdje svoj simbol. Mit je općenito pristupačan, bitni iskaz, svakome razumljiv. On je sposoban za popularni diskurs, na koji se može nadovezati znanstvena refleksija i time sa svoje strane prodrijeti do popularnosti.

Ipak, jezična slika, legitimna i u političkoj retorici i u poeziji, može postati opasna u pravnome jeziku za stvar prava ako se slika i smisao ne razlikuju, ako se metafora brka s istinom i strašno se pojednostavljuje. U novijoj njemačkoj pravnoj literaturi mnogi autori slijepo vjeruju izjavi o narodu kao ustavotvorcu. Oni očekuju od nje odgovor na neugodno pitanje o porijeklu ustava. Stara prosvjetiteljska doktrina prihvaća se kao priča o rodi za pravnike.

³⁷ Hans Kelsen uspoređuje teoriju narodnoga suvereniteta s totemističkom maskom praoca klana, koju članovi klana stavljaju na stanovitim orgastičkim svečanostima, kako bi za kratko vrijeme, sami igrajući oca, odbacili sve lance socijalnoga poretka (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. izd. 1929., 86. Gotovo istim riječima, isti, u *Demokratie* (1927.), u Hans Klecatsky/Réne Marcic/Herbert Schambeck (ured.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, sv. 2, 1968., 1743 (1762).

³⁸ U rezultatu isto tako: Henke, Wilhelm: Trebalo bi se oprostiti od ustavotvorne vlasti kao pojma teorije države i kao pravnoga pojma te je, zbog opasnosti da se rabi ideologijski, izbjegavati i kao politički pojam (*Das Ende der Revolution und die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, u *Der Staat* 31 (1992.), 280.

Slično Roellecke, Gerd, *Verfassunggebende Gewalt als Ideologie*, u *JZ*, 1992., 929 i dalje.

³⁹ Usp. naslov sjajne knjige Hansa Kelsena "*Vom Wesen und Wert der Demokratie*", 2. izd. 1929., 86.

⁴⁰ Tako Kirchhof (bilj. 31), čl. 19, marg. 15 i dalje. Kritika da "jezična slika" podcjenjuje pravo značenje: Hans-Peter Schneider, *Die verfassunggebende Gewalt*, u *HStR*, sv. VII, 1992., čl. 158, marg. 1.

VIII. Legitimnost ustava

1. Valjanost i djelotvornost ustava

Mit o ustavotvornoj vlasti naroda želi odgovoriti na pitanje zašto je ustav valjan. Ustav postavlja postulat valjanosti kao najvišu normu. Ali on ne može sam ispuniti taj postulat i sam sebi pribaviti djelotvornost norme. Ovdje dakle treba razlikovati između valjanosti i djelotvornosti norme. Hoće li se postulat ispuniti, odlučuje se u životu zajednice. Realni uspjeh valjanosti pretpostavlja načelno normativni postulat valjanosti. Postulat valjanosti smjera na realno pridržavanje i primjenu. Djelotvornost je očekivana posljedica valjanosti.⁴¹ Između *trebanja* i *bitka* postoje uzajamni odnosi. Pitanje temelja ustava nailazi na poteškoću transcendentacije *trebanja* u *bitak*.

Djelotvornost ustava ovisi o njegovim adresatima, državnim dužnosnicima, društvenim silama, građanima u cjelini. Presudno je iskazuje li se ustav kao sposoban za suglasnost, kao legitiman. Tema koja se dodiruje naukom o *pouvoir constituant* jest tema legitimnosti ustava. Mit treba zamijeniti teorijom ustavne legitimnosti.

2. Mjerodavnost uspjeha valjanosti

Ne postoji ni pravna ni faktična garancija za uspjeh valjanosti. Hoće li neki ustav uspjeti, ovisi o tome hoće li ga doista prihvatiti njegovi adresati. A to su građani, u svojim različitim ulogama i odnosima, kao individue i kao članovi naroda, kao privatne osobe i kao nositelji državnih i društvenih organizacija. Ustav koji građanima jamči i privatnu i političku slobodu može se prihvatiti samo slobodno. Državna prisila ne može, gledano u cjelini, zamijeniti slobodno obraćanje.

3. Neprekidnost potrebe za suglasnošću

Ustav se ne afirmira *uno acto*. Njegov uspjeh nije nikada konačan niti neugrožen. On se mora neprestance obnavljati, svakodnevnim plebiscitom državnoga i društvenog života, kako se djelotvornost ustava ne bi isušila i nestala.

Dok se pravni postulat valjanosti ustava može istovjetno i nepokolebljivo potvrđivati u tijeku vremena, djelotvornost podliježe povijesnoj evoluciji. Ona se može pomicati i stagnirati, rasti i opadati, učvrstiti se ili se rasčeliti.

Ona se može i sadržajno izmijeniti, a da se u tekstu ništa ne pomakne. Jer norma stječe djelotvornost jedino tumačenjem i primjenom. A ovi

⁴¹ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979., 112.

nisu nedodirljivi kao tekst na koji se pozivaju. Mogućnost prešutne ustavne mijene ne može se spriječiti pravnim mjerama.

4. Sadašnja perspektiva

Doktrina ustavotvorne vlasti svraća pogled na povijest nastanka, dakle u prošlost. Doista podsjećanje na porijeklo ustava može poticati suglasnost ako su, što nije stalno slučaj, povijesne okolnosti u sjećanju naroda dične. Ali što je dalje povijesno porijeklo, to se teže može objasniti zašto bi narod pristao potpuno na akt volje od nekada, zašto bi prošli naraštaji sputavali sadašnje te se izaziva prigovor Thomasa Jeffersona da mrtvi vladaju živima.

Prigovor je iz temelja promašen. Jer djelotvornost ustava ne ovisi o njegovoj povijesnoj dobi, niti se određuje datumom njegova pravnoga stupanja na snagu. Djelotvornost se ustava odlučuje, naime, ovdje i danas. *Plebiscite de tous les jours* o prihvaćanju ima u nekim crtama sličnost s *pouvoir constituant*, kao što ga opisuje opat Siéyès: suveren, nepredvidljiv, nevezan nikakvim pravilima, pa ni onima koje je sam postavio, jednako sposoban prihvatiti i odbaciti postojeći poredak. Ipak je *pouvoir constituant* prema klasičnome nauku smješten izvan ustava. Proces prihvaćanja odvija se, naprotiv, pod valjanošću ustava i u njegovu okviru. Ovdje nije riječ o utemeljenju i valjanosti, već o potvrđivanju i djelotvornosti ustava. Klasični nauk promatra *pouvoir constituant* sa stajališta *ex ante*. Ali legitimacija dolazi *ex post*.

Živi su oni koji odlučuju o životu ustava kakav god bio tekst. Stari ustavni zakon, kao onaj dvjestogodišnji Sjedinjenih Država, memorira vrijednosti i iskustva i pruža priliku tradiciji. Ali sadašnji naraštaj odlučuje u aktivnoj komunikaciji s ustavom prihvaća li tradiciju i kako je oblikuje. Za ustav baštinjen od otaca vrijedi Goetheova izreka: “Stekni ga, da bi ga posjedovao!”

5. Legitimacija iz sadržaja

Ako djelotvornost ustava i — normativnom snagom faktičnoga⁴² — pravna valjanost počivaju na praktičnoj suglasnosti, tada presudni motivi ne mogu biti u porijeklu i u načinu nastanka. Štoviše, oni nastaju iz sadržaja ustava, u kojemu postaju normativnim ideje čovjekovih prava, liberalne demokracije, socijalne pravne države, federalizma. Njihov sadržaj opravdava da ustav zaslužuje suglasnost; on nastoji da ustav doista dobije suglasnost.

Tako narod može nastupati i kao “ustavotvorac”. Ali zbog toga nije onaj nadzakonodavac koji donosi ustav i proglašava ga valjanim, već le-

⁴² Kategorija Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. izd. 1914., 337 i dalje.

gitimacijski subjekt, koji mu daje djelotvornost. On također ne stoji na povijesnome početku ustava. On je s njim, štoviše, suvremenik i neprestano djelatan kao izvor njegova uspjeha valjanosti. Kao subjekt izvorne, stvaralačke slobode, on vodi ustav do uspjeha valjanosti, vežući se za njega. On ozbiljuje svoju slobodu prihvaćajući ustav; ali pri tome ne gubi svoju slobodu. Ne iscrpljuje se u svojoj konstitutivnosti. Time od mita *pouvoir constituant* ostaje ipak upozorenje za ustavnu državu da nikada ne može biti konačno sigurna u temelje na kojima gradi.

S njemačkog preveo

Tomislav Martinović

Josef Isensee

*CONSTITUTIONAL POWER OF THE PEOPLE —
A DEMOCRATIC MYTH*

Summary

The maxim that the people is the agent of the constituent power has, since the French revolution, been a universally accepted answer to the issue of the origin and the degree of validity of constitutional law which, as the ultimate norm of a state's legal order has no other higher positive law norm. But that maxim disregards political reality. Neither is it convincing from the point of view of the theory of state. The people is not the subject of activity but only of reference. The maxim on the constituent power of the people is a democratic myth. As such it is polyvalent: the reinforcement of revolution or its prohibition determine whether the existing constitutional regime is to be overthrown or legitimised.

The doctrine of the constituent power of the people is not cognitively rewarding as a theory of legitimation, either, since the effectiveness of a constitution does not depend on its provenance but on the reception it gets here and now from its addressees: state agencies and citizens.