

KONSTITUTIVNA MOĆ U OSNIVAČKIM USTAVIMA¹

Milan Podunavac

*Univerzitet Donja Gorica
Humanističke studije*

SAŽETAK

U ovoj se studiji analizuju normativni učinci odnosa konstitutivne moći i konstitucionalnog identiteta u osnivačkim ustavima. Uvodni deo naglašava centralnost ustava u procesu normativne integracije postkomunističkih poredaka, a u drugom delu analizuju se konkurirajući konstrukti „konstitutivne moći” u procesu izgradnje moderne evropske države. Treći deo je oslonjen na teorijsku i normativnu mapu prof. Ivana Prpića, i u njemu se analizuju strukturni deficiti osnivačkih ustava i osobita forma napetosti između „konstitutivne moći” i konstitucionalnog identiteta. Argumentira se da ova strukturna napetost proizvodi podjednako liberalne i demokratske deficite ovih poredaka.

Ključne reči: konstitutivna moć, konstitucionalni identitet, osnivački ustavi, zakašnjela nacija, Abbé Sieyès, Carl Schmitt, Ivan Prpić

1. CENTRALNOST USTAVA

Judit Sklar (Judith Shklar), u jednoj od najsnažnijih studija o konstitucionalizmu *Legalism*, koju piše polovinom sedamdesetih godina, napominje, kako joj se čini, da principi vladavine prava sve više liče na pravila fudbalske igre u kojoj su Hajek (Hayek) i Dajsi (Dicey) sigurni gubitnici (Shklar 1964). Civilni pokreti i civilne revolucije istočne i centralne Evrope temeljno su promenili ovu teorijsku i normativnu perspektivu. U temelju ovih revolucija, kako to potvrđuje politička i konstitucionalna dinamika ovih društava, nije bilo utemeljenje novih socijalnih, ekonomskih i kulturalnih poredaka; osnovna aspiracija „liberalnih revolucija” istočne

¹ Rad je proširena verzija predavanja na Međunarodnoj komemorativnoj konferenciji „Borba za pojmove i politička promjena” (7. studeni 2014, Fakultet političkih znanosti, Zagreb), koja je bila posvećena pokojnom profesoru emeritusu na Fakultetu političkih znanosti u Zagrebu, Ivanu Prpiću.

i centralne Evrope bila je utemeljenje novih konstitucionalnih poredaka (Ackerman 1998). Konstitucionalizam se vraća redu vodećih pojmova političke teorije. Rekonstitucija postkomunističkih društava, kako to upućuje Holms (Holmes), počinje od krova, od ustava (Holmes 1999). Ustavi su nakon urušavanja „staroga režima” osnovna osa normativne integracije novih poredaka. Novi se poredak u osnovi legitimizira kroz novo razumevanje položaja čoveka, odnos građana i države i novo razumevanje slobode. Ustavi pisani posle perioda totalitarne i tiranske vladavine nose drugačiju boju, uspostavljaju drugačiju tablicu vrednosti u odnosu na ustave koji se donose nakon perioda kriza i ustavnih paraliza. Pokazalo se ipak da je cena ovoga novoga društvenog ugovora visoka i da počiva na tri temeljna uslova. Da bi ustav bio *efikasan* od njega se očekuje da uspostavi koherentan i stabilan okvir za reprodukciju političke moći. Da bi pak ustav bio *legitiman* od njega se očekuje da inkorporira skup civilnih i političkih prava, kao i mehanizme koji treba da osiguraju demokratski i javni karakter političkih procesa. I treće, od ustava se očekuje da bude *usidren u liberalnim vrednostima konstitucionalizma* i konstitucionalne kulture. Konstitucionalizam, međutim, kako upozorava Arato (Arato), nije lako uspostaviti u stanjima kada je stari poredak odbačen i kada se uspostavlja nova struktura konstitucionalne i političke moći. Gola upotreba sile, nasilje, proizvodnja straha, često su, pokazalo se, saputnici složenog procesa rekonstitucije političkih poredaka i konstitucionalnih promena (Arato 2000, 167–171). Temeljna dilema ustavotvoraca koju Hamilton (Hamilton) formalizuje u prvom eseju *Federalističkih spisa* (*The Federalist Papers*) pitanjem „da li je društvo sposobno da utemelji dobru vladavinu refleksijom i izborom, ili je još uvek ovisno od slučaja i nasilja” (*The Federalist* 1961, 33). Strah od „pogrešnog izbora” i „opšte nesreće” koja može društvo da zadesi proizvodi osobitu formu „straha ustavotvoraca”, stanje na koje u svojim analizama uspostave novoga sekularnog poretka, upozorava Hana Arendt (Hannah Arendt). Reagujući direktno na Hamiltona, ona upozorava da je uspostava novoga poretka od „najveće važnosti”, „sadržaj novoga ustava je van sumnje utemeljenje civilnih sloboda, ali izvan svega uspostava novoga sistema moći”. Osnovni problem za „očeve osnivače” nije bio toliko kako da se uspostave ograničenja u odnosu na političku vlast, već kako da se uspostavi poredak koji će onemogućiti da se društvo ponovo surva u stanje neporetka, neslobode, nasilja i egzistencijalnog straha. Poredak je prvo javno dobro i njegova uspostava traži odgovor na „prve moralne i političke principe njegove konstitucije” (Arendt 1963, 149). Iskustvo dve velike moderne revolucije, Francuske i Američke, pokazuje da donošenje ustava ne znači samo legitimiziranje novog poretka i nove distribucije moći, već i identifikaciju tvorca ustava, već i odgovora na pitanje ko poredak uspostavlja i ko je njegov tvorac. Iza odgovora na ovo pitanje stoji drugo pitanje: da li je

ustav „zadat” pravnim i političkim nasleđem jedne političke zajednice, zato što, kako uglas upozoravaju Hegel i Berk, „ustav ne može biti proizveden (*manufactured*); on je delo vekova”, ili je on konstrukcijski ugovor, *pactum unionis civili*, razložnih i slobodnih pripadnika jedne zajednice koji, ovim aktom, izlaze iz prirodnog stanja i demonstriraju svoju političku zrelost? Da li se svako razaranje konstitucionalnog kontinuiteta zakonito dovršava u nestabilnosti, nasilju, „bjesu destrukcije” (Tocqueville) i autoritarnim solucijama? Sve su ovo pitanja koja se iznova obnavljaju u procesu rekonstrukcije postkomunističkih društava. Temeljni spor dve velike političke familije (politička ontologija v. politička teologija) o tome šta su prvi principi poretka – pitanje o osnovama političke poslušnosti (legitimitet) ili pitanje o utemeljujućoj moći poretka (konstitutivna moć) – ide u prilog ove druge škole. Veliki broj autora smatra da politička teologija supstituira i kolonizira polje političke ontologije (Jouvenel 1948; Ferrero 1942; Shapiro 2003; Schmitt 1985). Konstrukt konstitutivne moći preuzima mesto vodećeg pojma konstitucionalne i političke teorije. U političkoj teoriji profesora Prpića problem „konstitutivne moći” zauzima centralno mesto i on je usidren u tradicijsko polje evropske liberalne i republikanske tradicije i jednu kontekstualno razumevanu teoriju izgradnje moderne države i nacije (Prpić 1987; Prpić 1991; Prpić 1997; Prpić 2001; Prpić 2005).

2. KONSTITUTIVNA MOĆ

Konstitutivna moć pripada redu prvih principa političke i konstitucionalne teorije. U njenom je središtu pitanje o normativnoj validnosti ustava. Ona daje objašnjenje ko je titular ustava (ustavno autorstvo) i kako nas ustav obavezuje. Normativno značenje zasnovano je na stanovištu da ustav ne utemeljuje samo strukture političke moći, već na određen način (politički) oblikuje i sam narod. Konstrukt „ustavnog autorstva” (*constitutional authorship*) posreduje složeni odnos između konstitutivne moći i ustavnog (političkog) identiteta zajednice. Na način, kako to upućuje Frank Michelman (Michelman): „Političko-institucionalni ustav uvek ima karakter zakona koji je donet u određenim okolnostima od određenih aktera i koji je obavezujući za nas. Reći da je neko suveren u zemlji znači prihvatiti pravni titulus te ličnosti da vlada i sve ono šta ona odlučuje. Sve dok ja prihvatom njegov posednički titulus (*title of ownership*) u obavezi sam da sledim njegove ustavne direktive” (Michelman 1988). Pitanje o utemeljujućoj moći centralno je pitanje političke teologije. Ono odgovara na pitanje o tome kako se uspostavlja novi poredak i ko je njegov tvorac. Utemeljujuća moć ultimativni je tvorac poretka, a da njemu nije podložna. „Moć da se ustanovi ustav je moć da se kreira politički poredak *ex nihilo*... U modernim terminima, ustav znači aktivno oblikovanje novog poretka, različit od postepenog toka postupnih promena. Izgradnja ustava

uključuje ideju autoriteta i autora čija je moć ultimativni izvor poretka. Koncept konstitutivne moći uveli su teolozi, to je zorni primer onoga što se naziva politička teologija: konstitutivna moć sekularizirana je verzija božanske moći da se svet kreira *ex nihilo*, da se kreira poredak kome konstitutivna moć nije podvrgnuta” (Preuss 1994). Ova temeljna ideja da konstitutivna moć čini osnovno jezgro političke teologije inheretno pripada Šmitu (Carl Schmitt)². U središnjem delu njegove rasprave (*Political theology*) Šmit iznosi kanonski argument o povezanosti teorije države i teologije. „Svi značajni (*significant*) koncepti moderne teorije države su sekularizirani teološki koncepti, ne samo zarad njihovog historijskog razvoja – u kome su oni preneti iz teologije u teoriju države, pa je tako omnipotentni Bog postao omnipotentni zakonodavac – već i zbog njihove sistemske strukture koja je u osnovi sociološkog razumevanja ovih koncepata. Nužda/izvanredno stanje (*exception*) u jurisprudenciji analogno je čudu (*miracle*) u teologiji. „Omnipotencija” modernog zakonodavca nije samo lingvistički izvedena iz teologije” (Schmitt 1985, 36, 38).

Teorijske i normativne rasprave o konstitutivnoj moći oblikuju se oko dva temeljna pitanja. Prvo je, kako se sirova moć politički nesubjektiviziranog mnoštva preobražava u političku moć? Ima li „prsto mnoštvo” prije nego što se podvrgne ovom transformativnom procesu neka normativna svojstva? Drugo je osnovno pitanje o domašaju transformacije. Kakav je odnos između konstitutivne moći i konstitucionalnog identiteta koji je fundamentalan za svaki poredak? Da li utemeljujući akt obavezuje buduće generacije? (Dyzenhaus 2007; Rosenfeld 1994; Ackerman 1993).

Mada se kanonska Hobsova solucija s pravom označava kao izvoriste moderne teorije o konstitucionalnoj moći, da se zapaziti da republikanska teorija naroda kao „političkog tela”, na način kako to demonstrira firentinski jurista Baldus, tvrdnjom da *populus* nije prosto mnoštvo već da formira osobiti *corpus mysticum*, narod koji vlada gradom konstituiše se kao *universitas* sposoban za vođstvo i odgovornost (Podunavac 2001, Podunavac 2014). Bliži Hobsovoj soluciji je Forteskju (Fortescue), koji utvrđuje da „narod ne zasluđuje da se nazove telom, pošto je on

2 Zahvalan sam recenzentu/recenzentkinji koji je ukazao na neke nepreciznosti u tekstu koje su ispravljene. Neki od njegovih/njenih komentara odnose se na ono čega nema u tekstu i zasluđuju razjašnjenje. Tekst se ne bavi celokupnim opusom Karla Šmita, posebno ne onim kasnim, jer to podrazumeva i detaljniju raspravu i ulaženje u mnoge kontroverze vezane za tumačenje njegovog dela. Autor ne želi da ulazi u rasprave o tome koliko su njegovi stavovi koherentni i koliko su se menjali tokom karijere. Ponuđeno tumačenje odnosi se na jedan deo njegovog opusa i to samo u svrhu uspostavljanja pojmovnih distinkcija i daljeg razmatranja stavova profesora Prpića. Slično se odnosi i na stavove profesora Prpića. Radi se o tumačenju malog, ali značajnog, dela njegovog opusa, koliko sam uspeo u tome stvar je dalje rasprave. Sasvim drugo pitanje je da li je takva argumentacija doprinos savremenim raspravama o problemu konstitutivne moći.

acefalus, telo bez glave; narod koji želi sebe da uzdigne u kraljevstvo ili neko drugo političko telo mora uvek da uspostavi jednog čoveka koji će vladati tim telom" (Fortescue 1997). Hobsova metafora „kraljevske glave“, koja prostom mnoštvu daje obeležja političkog tela, sastavni je deo ove argumentacije. Sažeto, mada mnoštvo može biti „kolektivna reč“, ono nema obeležja kolektivnog političkog entiteta sposobnog da preduzme kolektivnu akciju. „Mnoštvo ljudi čini jednu ličnost kada su oni od jedne ličnosti predstavljeni. *Jedinstvo* reprezentanta, a ne onih koji su predstavljeni, čini ličnost" (Hobbes 1997, 92). Kanonski tekst u traktatu *De Cive* pokazuje Hobsovu normativnu soluciju o odnosu konstitutivne moći i poretka. „Velika je poteškoća civilne vladavine, pogotovo monarhijske, da ljudi ne prave razliku između *mnoštva* (*Multitude*) i *naroda* (*People*). *Narod* je onaj koji ima *volju* i kome sve akcije pripadaju; ništa od toga ne može se reći za mnoštvo. *Narod* vlada u svim vladavinama, čak i u *Monarhiji* *narod* upravlja (*command*); *narod* upravlja voljom *jednog* čoveka... u *monarhiji* podanici su mnoštvo i (makako izgledalo paradoksalno) kralj je *narod*. Mnoštvo (*Common People*) čisti je list hartije spreman da prihvati sve što javna vlast utisne na njega" (Hobbes 1995, 151). Ovu će ideju Hobs još snažnije uobličiti u *Levijatanu* (*Leviathan*) u formuli koja se označava rodnom mestom konstrukt „konstitutivne moći“. „Jedini način da se utemelji takva zajednička moć (*Common Power*) jeste da se prenese sva moć i snaga na jednog čoveka, ili skupštinu (*Assamble*) ljudi, da nosi njihovu ličnost; i svaki će priznavati sebe da je autor svega što on radi ili je namerna da radi. Ovo je više od pristanka ili saglasnosti; to stvarno jedinstvo u jednom i jednoj ličnosti, ugovorom (*Convenat*) svakog čoveka sa svakim čovekom" (Hobbes 1991, 120).

Hobsova konstrukcija konstitutivne moći, kao i čitav niz njegovih ideja o državi, dobilo je svoje savremeno značenje i uticaj zahvaljujući Karlu Šmitu. „Velika riba" (*Levijatan*), da sledimo Šmitovu argumentaciju, „simbol je koji se povezuje sa tipičnim kontinentalnim procesom stvaranja države" (Schmitt 1966). Šmit prihvata Hobsovo polazište o odnosu konstitutivne moći i poretka, ali samo do one tačke kada Hobs drži da se konstitutivna moć harizmatiskim aktom transformacije utapa u konstitucionalni identitet poretka i gasi. Poteškoća je Hobsovog mita o *Levijatanu* da on ne može da uspostavi temeljnu distinkciju koja je u temelju politike, odnos prijatelja i neprijatelja. Šmitova je osnovna argumentacija da forme konstitucionalnog identiteta ne samo da ne mogu da zatome konstitutivnu moć, već da konstitucionalni identitet (konstitucionalizam) u osnovi služi kao sredstvo destrukcije konstitutivne moći. Pojam konstitutivne moći središnji je pojam Šmitovog *radikalnog indeterminizma*. Drugo lice Boga Janusa je konstrukt nužde/vanrednog stanja. „Normativno neregulirana ključna je za svaki politički sistem... arbitrarni *Urzu-*

stand nužno oblikuje svaki deo konstitucionalne vladavine" (Scheurman 1999, 60). Šmit dosledno brani ideju neprenosive, nedeljive i apsolutne konstitutivne moći. Konstitutivna moć je moć na koju se uvek na kraju možemo osloniti. Omnipotentni utemeljujući tvorac „ostaje stvarni izvor svih političkih događaja, izvor sve moći. Ona omogućava ekspresiju ove moći u različitim formama i generiše nove forme i organizacije iz sebe, ali nikada ne podvrgava svoju političku egzistenciju ovim partikularnim formama" (Scheurman 1999). Šmit piše da narod (*Volk*) mora egzistirati politički ujedinjen pre nego što postane subjekt utemeljenja konstitucionalnog identiteta, „konkretna egzistencija politički ujedinjenog naroda prethodi svakoj vlasti". On hvali Sjejesov (Abbé Sieyès) izbor pojma „nacije" u odnosu na pojam „naroda" jer bolje izražava ideju naroda (*Volk*) za političku akciju. Nacionalna i etnička homogenost izvorište je političkog jedinstva i „energije nacionalizma". „Sjejes je formulirao teoriju '*pouvoir constituant*' nacije. On je sa pravom označava kao akt revolucije i utvrđuje da revolucija odmah pravi distinkciju između konstitutivne moći i utemeljene moći. Unatoč velikom uticaju Američke revolucije, 1789. godina početak je novih političkih principa... U skladu sa ovom teorijom, *nacija* je subjekt izgradnje ustava (*constitution-making authority*). Nacija i narod se često upotrebljavaju kao podudarni koncepti. Ipak, reč 'nacija' je jasnija i manji izvor nerazumevanja. Ona označava, posebno, narod ujedinjen za političku akciju, sa svešću o sopstvenoj političkoj posebnosti i voljom za političku egzistenciju. Dok je narod nešto što je povezano etnički i kulturalno, ali nije nužno zajednica ljudi koja postoji *politički*. Teorija o konstitutivnoj moći naroda pretpostavlja svesnu volju za političkom egzistencijom, otuda naciju" (Schmitt 2008, 127). Šmitova oslonjenost na Rusoa (J. J. Rousseau) i Sjejesa je ne samo pojmovna, nego i konceptualna. „Opšta volja Rusoa postaje identična s voljom suverena; međutim, koncept opšteg sadrži kvantitativnu determinaciju u odnosu na subjekt, što znači da narod postaje suveren. Decisionistički i personalistički elementi u konceptu suverena su tako izgubljeni. Volja naroda je uvek dobra." „Narod je uvek izuzetan (*virtuous*)", kaže Emanuel Sjejes (Emanuel Sieyes), „na bilo koji način da nacija izražava svoju volju, dovoljno je da je izrazi; sve su forme dobre jer je volja uvek najviši zakon" (Schmitt 2005).

Šmitova konstrukcija konstitutivne moći, na način kako je demonstrira u svom najcelovitijem radu (*Constitutional Theory*), u kojoj se naglašava primat konstitutivne moći nad konstitucionalnim identitetom, demokratije nad vladavinom prava, uperena je protiv Kelzenove teorije, koja u Šmitovim očima rastače konstitucionalnu moć u konstitucionalni identitet, utapa politiku u pravo, koje se razumeva kao samoutemeljujući i samoodrživi sistem pravila. Šmit će Monteskejue i njegovim liberalnim sledbenicima prigovarati da ne znaju ništa o moći i poretku. Ako

politička teorija treba na išta da odgovori to je poredak, a poredak se oblikuje prema posebnim okolnostima svake zajednice. Doktrina poretka, *Konkretness Ordnung*, utemeljena je na dva stuba. Prvi je povezan sa problemom utemeljenja političkog poretka koji se konstituiše, drugi s problemom njegovog političkog (demokratskog) jedinstva. Suprotno liberalnom polazištu, sfera političkog, od koje potiču sve političke akcije i motivi, leži u dihotomiji prijatelja i neprijatelja. Dihotomija prijatelj i neprijatelj predstavlja „pun raspon intenziteta između unije i separacije, asocijacije i opozicije”. Politički neprijatelj u osnovi je „drugi”, on je tuđin, ali on je tuđin na jedan egzistencijalno drugačiji način. Samo sami **politički** akteri odlučuju da li će „drugost tuđina” pretiti da negira „sopstveni način postojanja”, tako da u ekstremnim situacijama može doći do sukoba sa njim. To je sukob koji ne može da se razreši ni osvrtnom na zajednički održive norme, niti putem intervencije nezainteresirane strane i stoga treće nepristrasne strane (Liberalna država). Pojmovi „prijatelj” i „neprijatelj” dobijaju svoje puno značenje kroz činjenicu da impliciraju stvarnu mogućnost fizičkog ubijanja. Politika je u krajnjoj liniji i nužno zamenjena unutrašnjim i spoljnim ratom i time mogućnošću „fizičkog ubijanja drugih ljudskih bića”. Sažeto, politička odluka je ishod između alternativa koje ne mogu biti podržane rezonovanjem i diskusijom. Stvarna odluka, koja je uvek borba za vlast, počinje onde gde nestaje komunikacija. U politici je važno da se odluka donese, a ne kako se ona donosi. Ne mogu norme, temeljna je poruka Šmita, biti primenjene u haosu. Da bi pravni poredak imao smisla normalna situacija mora postojati, mora se znati ko je suveren i ko definitivno odlučuje o tome da li normalna situacija stvarno postoji (Schmitt 1985; Preuss 1999). Odgovarajući na drugo temeljno pitanje (kako se poredak ujedinjuje) Šmit ističe da postoji duboka razlika između liberalnog individualizma, sa njegovim moralnim diskursom usredsređenim na pojedinca, i demokratskog ideala, koji je u osnovi politički i usmeren je na stvaranje identiteta zasnovanog na homogenosti. Prema njegovom gledištu, kada govorimo o jednakosti, nužno je, također, napraviti razliku, između, dva temeljno različita koncepta, liberalnog i demokratskog. Liberalni koncept jednakosti pretpostavlja da je svaka osoba automatski jednaka drugoj osobi. Demokratski koncept, međutim, zahteva mogućnost ko pripada *demosu*, a ko je van njega. Iz toga razloga on ne može postojati bez neophodne korelacije nejednakosti. Demokratski koncept jednakosti je politički i otuda on pretpostavlja nužno razliku između „mi” i „drugi”. Šmit je sasvim jasan „demokratija zahteva homogenost, a zatim ako se ukaže potreba, eliminaciju i iskorenjivanje heterogenosti”. U takvoj političkoj konstrukciji nema mesta za „drugost”. „Drugi” su oni koji su isključeni kao stranci ili tuđini. Oni nisu deo jedinstvenog demokratskog poretka (Preuss 1999; Dyzenhaus 1989). Ovo su osnovna polazišta Šmitove

konstrukcije konstitutivne moći (*etnosa*) koja normativno artikuliše jednu od dve ključne ose u evropskom razumevanju konstitutivne moći. Ona, da sažmemo ovu vrstu normativnog stava, kaže da političko samoodređenje nacije zahteva državnost, ali da je ona utemeljena na etničkoj homogenosti nacije, istosti (*sameness*) i usmerena je protiv „drugih”, čiji je uticaj uvek potencijalno opasan za samobitnost i preživljavanje nacije. Odgovor na ključno pitanje – ko konstituiše naciju – jeste etnos. Ovo je konstrukcija koja dominira u zemljama istočne i centralne Evrope.

Drugi ključni odgovor na pitanje – šta čini predkonstitucionalni osnov konstitucionalnog identiteta, porodila je Francuska revolucija, i orginereno pripada Sjejesu. Izloženo je u njegovom kanonskom radu *Šta je treći stalež* (*What is Third Estates*). Na pitanje šta oblikuje političko telo Francuske – Sjejes odgovara da je to nacija. „Nacija prethodi svemu. Ona je izvor svega. Ona je uvek pravna, ona je uvek sam zakon... način na koji nacija izražava svoju volju nevažna je... svaka procedura je odgovarajuća, i njezina volja uvek je najviši zakon” (Sieyes 1963, 126–128). Upozoravajući da nacija nema samo jedan rođendan i da „treći stalež nema ničega da se stidi gledajući u galske i rimske osnivačke mitove”, Sjejes naglašava transformativnu ulogu principa političke jednakosti i građanstva u procesu oblikovanja nacije. Nacija je „ujedinjeno (*associates*) telo koje živi pod *zajedničkim* zakonima i *predstavljeno* je istim *zakonodavnim telom*” (Sieyes, 58). Sjejesova argumentacija sažeto kaže da se konstitutivna moć nacije oblikuje kao rezultat jednog deliberativnog akta ujedinjavanja iz politički nesubjektiviziranog mnoštva, harizmatiskim aktom same revolucije. Ujedinjavajuća osa ovog transformativnog procesa je princip političke jednakosti koji se pozitivira u *principu građanstva* i uspostavlja konstitutivnu ulogu *demos*a u oblikovanju političkog identiteta zajednice. U ovakvoj konstrukciji *utemeljujuća moć demos*a konstitutivna je za *politički poredak*.³

3. USTAVI BEZ KONSTITUTIVNE MOĆI: ARGUMENTACIJSKA MAPA IVANA PRPIĆA

Šmit nema jasan odgovor na pitanje gde je konstitutivna moć usidrena. On u svojoj kanonskoj knjizi više pokazuje gde ove moći nema, ciljajući

3 U ovome radu predmet teorijske i normativne analize neće biti republikansko rešenje o odnosu konstitutivne moći i konstitutivnog identiteta. Ono se temeljno oblikuje oko američke osnivačke formule “We the People”. „Očevi osnivači” nisu razumevali osnivačku moć, niti u konstrukcijskim pojmovima *pouvoir constituant*, a niti u pretpolitičkim pojmovima etnički razumevane nacije. Njihov ustav bio je delo (Arendt) naroda koji se politički organizovao, a očuvanje osnivačkih svojstava utemeljujuće moći pozitivirano je u stalnom i permanentnom procesu deliberacije i kolektivne rasprave. Mihelmanov konstrukt „jugenerativne politike” najsnažnije je jezgro „Publijanske formule” američkog republikanskog konstitucionalizma. (Arato 2000; Michelman 1988; Sunstein 1988; Ackerman 1993; Podunavac 2014).

na liberalno-demokratski poredak Vajmarske republike. Do kraja čitana Šmitova argumentacija u osnovi je osobita apoteoza „permanentne revolucije”, u kome demokratski artikulirana utemeljujuća moć nastavlja da izražava svoju nelimitiranu i neposredovanu moć. U njenom srcu je osobita forma autoritarnog plebiscitarizma u kome neorganizovani narod može samo povremeno reći da ili ne, na pitanja koja mu se postavljaju „on ne može savetovati, raspravljati, ili diskutovati. On ne može upravljati ili administrirati, on može samo potvrditi sa „da” norme koje mu se predstavljaju” (Scheurman 1999, 72). Konkretna egzistencija politički ujedinjenog naroda zasnovanog na etničkoj homogenosti nije konstitutivna za politički poredak jedne zajednice. Argumentacijsko polje Ivana Prpića demonstrira ovo normativno polazište. Prpić ga demonstrira u svojim radovima oko tri teorijske i problemske ose: prva se odnosi na temeljan uvid u teorijsku i normativnu kontestaciju u evropskoj političkoj perspektivi (Sjejes v. Šmit); druga, u analizi strukturnih – konstitucionalno liberalnih i demokratskih deficita socijalističke države; i treći, u analizi osobite normativne napetosti između „konstitutivne moći” i „konstitucionalnog identiteta” hrvatskog ustava.

U pogovoru što ga piše povodom prevoda knjige Helmuta Plesnera (Helmuth Plessner) *Zakašnjela država (Die verspätete Nation)*, i koji naslovljava *Pravodobne i zakašnjele nacije*, Prpić obnavlja temeljnu kontestaciju o prirodi utemeljujuće moći u modernoj evropskoj tradiciji. U središtu ove normativne kontestacije su konstrukti *demosa i etnosa*. Mada oba konstrukta pripadaju zreлом političkom prosvetiteljstvu, u ovoj se temeljnoj kontestaciji u osnovi, kako čitamo Prpića, otkrivaju dve ključne strategije u izgradnji moderne evropske države. Prva sažeto kaže: država je umska, racionalna, ugovorna, konstrukcijska tvorevina, utemeljena na principu političke slobode. Ona je drugo ime za modernu političku zajednicu (nacija) koja se konstituira kao zajednica jednakih građana. Konstitutivna moć utemeljujuća je za politički poredak. „Racionalistička i prosvjetiteljska filozofija je spoznala čovjeka kao *umno i djelatno biće koje je tvorac vlastitog života*. Čovjek – pojedinac *ugovorom* konstituira s drugim pojedincima zajednicu-državu kao *umsku konstrukciju*. Ona je *zajednička stvar* – *res publica* – *utemeljena na umskoj spoznaji čovjekove prirode... Temelj jedinstva države sloboda pojedinca* iskazana je *jednakim pravima pojedinca u republici*. Novu zajednicu konstituira *pravo*. Ono je i *temelj legitimnosti vlasti u republici*. *Pravo omogućuje politiku kao djelatnost koja konstituira zajednicu*. Zajednica i vlast, dakle, nisu nešto što je dano i opstoji prije i nezavisno od racionalnog djelovanja pojedinaca... *nacija se tako uspostavlja kao zajednica državljana unutar istog pravnog poretka*. Ona je istovjetna sa subjektivnim prihvaćanjem vrijednosti u kojima je utemeljena republika-država. Te su vrijednosti *sloboda, jednakost, svjetovnost vlasti itd.* Jedno

od temeljnih načela konstitucije ovakve zajednice je *pučka* suverenost koja ustanovljuje oslobođenje od monarhijske vladavine i staleških povlastica. *Sloboda* u uspostavljenoj državi i *unutrašnje samoodređenje* ujedinjenih pojedinaca su temelj države i nacije” (Prpić 1997, 219). Ovakvo razumevanje nacije, izričit je Prpić, pripada ideologu trećeg staleža u Francuskoj revoluciji Abe Sjejsu. Ovom teorijskom konstrukt Prpić, sledeći argumentacijsko polje Helmuta Plesnera, suprotstavlja nemački konstrukt „zakašnjele nacije”. Plesnerov kanonski rad upućuje da se razlike u vremenu u procesu konstituisanja moderne nacije istovremeno iskazuju i kao „razlike u oblikovanju nacionalne svijesti i u strukturama pojedinih nacionalnih vladavinskih sistema” (Prpić 2005). „Na evropski modernizacijski proces u 17. i 18. stoljeću Nijemci reaguju romantičarskim propitivanjem osobitosti „njemačke duše” i isticanjem razlike, poglavito spram drugih naroda, poglavito Francuza. Svijest o *jedinstvu Nijemaca* se nastoji uspostaviti *nezavisno* od postojećih oblika vlasti i odvojeno od ideje *slobode čovjeka*. Ona je istovremeno razumljena kao *nepolitička* i *transpolitička*. Za tu zajednicu i pojedince koji ju tvore *res publica* ne posreduje identitet zajednice” (Prpić 1977, 220), na način kako to demonstrira Karl Šmit formulom da „konkretna egzistencija politički ujedinjenog naroda prethodi svakoj normi”.

Izgradnju moderne države i nacije u Hrvatskoj Prpić analizuje kao rezultat dvije temeljne „konstitucionalne konstelacije”. Prva pripada evropskom političkom nasleđu, druga konstelacijama „komunističkog poretka” bivše Jugoslavije. Prpićevo je polazište da pokaže kako Hrvatska kao i druge „mlade nacije mogu biti uspješne te ustanoviti uzorno stabilan i prosperitetan vladavinski poredak... stvarajući nacionalnu državu mi se ne vraćamo vlastitoj prošlosti, nego nadoknađujemo zaostajanje i stvaramo pretpostavke da se uvrstimo u modernu Evropu” (Prpić 2005). Analizujući „konstitucionalnu konstelaciju” usidrenu u političkom nasleđu modernih evropskih revolucija, Prpić utvrđuje da se širenje moderne konstitucionalne države prema istočnoj Evropi „zbiva kao korupcija izvorne ideje koja se očituje u odvajanju ideje nacionalne države od ideje utemeljenosti države u pravu... Dvije su bitne posljedice te korupcije: ona je stoljećima bila razlogom podjele evropskog kontinenta na zapadni dio, na kome je nacionalna država bila ustanovljena uključujući i liberalnu i demokratsku tradiciju, i njegov srednjoeuropski i istočnoeuropski dio, na kojemu su postojali autoritarni ili totalitarni sustavi uobličeni u nacionalni vladavinski poredak ili, pak, imperiji” (Prpić 2005). Hrvatska pripada ovom drugom tradicijskom polju.

Prpićeva analiza „konstitucionalnih konstelacija” (jugoslovenskog) komunističkog poretka podjednako je važna za razumevanje opšteg teorijskog i normativnog okvira i njegove analize konstitutivne moći u osnivačkim ustavima. Prpić pokazuje u svojoj analizi da „komunističkom

poretku" (Jugoslavije) nedostaju gotovo sve bitne komponente predkonstitutivne moći koje bi poslužile kao osnov utemeljenja, moći poretka. Prpić napušta tada kanonsku analizu komunističkog poretka kao etatiističke legure i pomera analizu ka temeljnim formativnim principima toga poretka. Temeljna dijagnoza Prpićeve analize sažeto kaže: komunistički poredak ne pripada redu modernih država. Radi se o formaciji političke moći u kojoj je država „prosta fasada”. U srcu je toga poretka dokidanje načela suverene državne vlasti. Ne radi se o tome da je u ovome tipu poretka država dobila višak suverenosti, nego, naprotiv, o tome da država nije uopšte suverena. Ona je puko sredstvo u rukama istinskog suverena, koji nema status pravne osobe, nego metafizičkog političkog subjekta. Socijalistička država puki je instrument „komunističke zajednice” kao pravno neograničenog nadinstitucionalnog suverena. „Priznanjem da se i komunistički poredak ustanovljuje u obliku teritorijalno razgraničenih država kao posebnih vladavinskih sistema, komunisti kao prioritetan prostor svoga djelovanja određuju „svoju” državu. Istovremeno, to djelovanje smjera na preustrojstvo cjeline čovjekova opstanka. Komunisti, dakako, *ostaju posebna, zatvorena, svjetonazorska zajednica*. Istovremeno su svi oni koji ne pripadaju komunističkoj zajednici *neprijatelji*. Dakako, sada su *unutrašnji neprijatelji*. Osobito su neprijatelji oni koji imaju bilo kakvo vlasništvo koje bi im omogućilo egzistencijalnu autonomiju. Politologijski gledano, komunistička zajednica se uspostavlja kao *suveren* u komunističkom poretku. Ona uspostavlja poseban aparat vlasti koji nije istovjetan s komunističkom zajednicom. On nije istovjetan ni sa aparatom izvršne vlasti komunističkih organizacija. U tom smislu on je država” (Prpić 1991).

Ovo je teorijski i normativni okvir u kome Ivan Prpić čita odnos između „konstitutivne moći” i „konstitucionalnog identiteta” u osnivačkom Ustavu Republike Hrvatske 1990. godine, analizujući osobitu formu napetosti između Člana 1. *Ustava*, u kome se Hrvatska definira kao država u kojoj suverenost pripada narodu koji se shvata u Sjejesovom značenju zajednice slobodnih i ravnopravnih građana, i Člana 2. *Ustava*, u kome se stipulira da je „suverenitet Hrvatske nedjeljiv, neprenosiv i neotuđiv”. Ovaj član, kako ga interpretira Ivan Prpić, narušava koncept pučke (narodne) suverenosti. Država koja ima suverenost po sebi nije izraz političke volje građana. Konstitucionalni identitet države nezavisan je od konstitutivne moći. U analizi osnivačkog Ustava iz 1990. godine, Prpić celovito analizuje ovu vrstu temeljne napetosti. „Prvi je primjer određenje suverena u Ustavu. On je određen člancima 1. i 2. Ustava. Član 1. glasi: „Republika Hrvatska jedinstvena je i nedjeljiva demokratska socijalna država. U Republici Hrvatskoj vlast proizlazi iz naroda i pripada narodu kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljana. Narod ostvaruje vlast izborom svojih

predstavnik i neposrednim odlučivanjem. Član 2. „Suverenitet Republike Hrvatske neotuđiv je, nedjeljiv i neprenosiv” (.....). U članku 1. Republika Hrvatska je određena kao država i parafraziranjem slavne Linkolnovre rečenice narod je određen kao suveren. Republika Hrvatska nije određena kao suverena država. Članak 2, međutim, utvrđuje da je suverenitet Republike Hrvatske „neotuđiv, nedjeljiv i neprenosiv”. U ovom članku više nije riječ o narodnom suverenitetu, ni narodu kao suverenu. Dapače, odredba da je suverenitet Republike Hrvatske neprenosiv ne znači samo da se suverenitet Republike Hrvatske ne može prenjeti na druge političke tvorbe – recimo međunarodne asocijacije. Ona iskazuje isto tako stav da hrvatski narod nije prenio svoja suverena prava na Republiku Hrvatsku. Ako je, naime, suverenitet Republike Hrvatske neprenosiv, on ne može biti prenesen iz naroda. Budući da se ne spominje ni eventualno božansko porijeklo suvereniteta Republike Hrvatske, „ostaje da je temelj suvereniteta Republike Hrvatske kao države ona sama” (Prpić, 2001, 7).

Ovo rješenje, da nadogradimo analizu prof. Prpića, nosi negativne mladeže obe „konstitucionalne konstelacije” koje smo analizirali. Dominirajuće značenje nacije (*etnosa*) osnaženo je odsustvom temeljnih predkonstitutivnih moći u postjugoslovenskim društvima. Sve to rađa nacionalizam, etnocentrizam i etnifikaciju politike kao osnovne integrirajuće sile poretka. Ovo temeljno, strukturno obeležje ima odlučujuće učinke za razumevanje konstitutivne moći u osnivačkim ustavima novih država. Za razliku od konstitutivne moći *demosa*, koji je konstitutivan za utemeljenje novih poredaka, *etnos* je već ujedinjena pretpolitička zajednica. Njezina moć naglašeno je usmerena na otklanjanje onih činilaca i aktera koji su potencijalno opasnost za supstantivnu homogenost nacije ili etnosa. Ona je u osnovi apolitička moć i ne konstituise ništa. „Nacionalizam je normativno prazan pojam” (Prpić 1997). Otuda i temeljno pitanje: trebaju li zajednice, koje svoj život definišu u pretpolitičkim terminima etnosa, ustav kao utemeljujući akt koji uspostavlja poredak? Odgovor je ne. Njihov politički i konstitucionalni identitet leži izvan ustava. Otuda i zaključak, da su to ustavi bez utemeljujuće moći. Oni naprosto nemaju utemeljujuću snagu uspostave novoga poretka, već su puki instrumenti već uspostavljene formacije političke moći (Preuss 2007, 227).

Ovo je stanje koje dominira u osnivačkim ustavima na postjugoslovenskom prostoru. Ono se, kako demonstriramo u ovoj studiji, najtemeljite izražava u dubokoj napetosti između konstitutivne moći i konstitucionalnog identiteta ovih zajednica. Konstitutivnu moć ovih zajednica moguće je razumeti samo iz pretpostavki koje su već utemeljene i koje nemaju utemeljujući značaj za konstitucionalni identitet zajednice. Mišel Rosenfeld ovu vrstu napetosti izražava formulom o razlici između ustavnog i ekstraustavnog identiteta. Odsustvo ove saglasnosti proble-

matično je za svaku političku zajednicu (Rosenfeld 2005). Ona ugrožava legitimnost utemeljenog poretka i na potpuno drugačiji način postavlja pitanje važnosti državnosti za utemeljenje novih poredaka. Pokazuje se da utemeljenje novih poredaka, u kojima su ustavi osnovna osa normativne integracije, zahteva državnost u dva temeljna značenja. Prvi smo analizirali. Državnost je garant poretka, na način kako to demonstrira Karl Šmit. Drugo značenje podjednako je važno. Državnost, istovremeno, definiše fizičke i simboličke granice, koje nam omogućavaju da definišemo, ko pripada narodu i ko je moralno vlastan da bude nosilac konstitutivne moći i utemeljenja poretka unutar jedne političke zajednice. Odsustvo odgovora na ovo temeljno predustavno pitanje – ko pripada *We the People* – čini konstitucionalni projekat od početka problematičnim. Odgovor na pitanje ko je državljanin (ima pasoš, plaća porez, ide u vojsku itd.) i pitanje *ko je moralno vlastan da utemelji političku zajednicu* nije isti. Države na postjugoslovenskom prostoru pokazuju da postoji kontinuitet državnosti bez odgovora na ovo fundamentalno pitanje. Ustavi bez konstitutivne moći proizvode upravo ovu vrstu strukturnog deficita. To je upravo ona vrsta deficita na koju Ivan Prpić upozorava u svojim slojevitim teorijskim i normativnim analizama.

LITERATURA

- Ackerman, B. 1998. *We the People. Foundation*. Cambridge, Mass, London, England: The Belknap of Harvard Press.
- Ackerman, B. 1993. "Neo-federalism" In ed. J. Elster and R. Slagstadt. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arato, A. 2000. *Civil Society, Constitution and Legitimacy*. Lanham, Boulder, New York. Oxford: Rowman and Littlefield Publisher, Inc.
- Dyzenhaus, D. 1997. "Legal Theory in the Collaps of Weimar: Contemporary Lessons". *American Political Science Review*, 91 (March).
- Ferrero, G. 1942. *The Principles of Power*. New York: G. P. Putnam.
- Fortescue, Sie J. 1997. *On the Laws and Governance of England*. Ed. S. Lockwood. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbes, Th. 1955. *De Cive*. New York: Apelton.
- Hobbes, Th. 1991. *Leviathan*. Ed. R. Tuck. Cambridge: Cambridge University Press.
- Holmes, S. 1999. "Forward". A. Sajo. *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*. Budapest: CEU Press.
- Jouvenel, B. 1948. *Political power. National History of its Growth*. London.
- Michelman, F. 1988. "Laws' Republic". *Yale Law Journal*, 87 (July).

- Podunavac, M. 2001. *Princip građanstva i poredak politike*. Beograd: Čigoja. FPN.
- Podunavac, M. 2014. *Republikanizam. Teorija. Nasleđe. Principi*. Podgorica. Beograd: CID. FPN.
- Preuss, U. 1994. "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberation on the Relations between Constituent Power and the Constitution". Ed. Michael Rosenfeld. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspective*. Durham and London: Duke University Press.
- Preuss, U. 2007. "The exercise of Constituent Power in CEE". Ed. M. Laughlin and N. Walker. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 211–29.
- Prpić, I. 1987. „Emancipacija”. *Politička misao*, XXIV, str. 13–23.
- Prpić, I. 1991. „Kriza legitimnosti komunističkih poredaka”. *Politička misao*, XXVIII, str. 153–169.
- Prpić, I. 1997. „Pravodobne i zakašnjele nacije”. Helmut Plessner. *Zakašnjela nacija*. Zagreb: Naprijed.
- Prpić, I., 2001 „Napomena o shvaćanju suverena u Ustavu Republike Hrvatske“. *Politička misao*, XXXVIII, 1: 5–11.
- Prpić, I., 2001. „Dečje bolesti hrvatskog parlamentarizma”, Urd. B. Veber i S. Dvornik. *Hrvatska godinu dana nakon promjena*, Zagreb: HBS.
- Prpić, I. 2005. „Politologijske pretpostavke pridruživanja Hrvatske Evropskoj uniji”. *Anali*, str. 43–53.
- Rosenfeld, M. 1977. „Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity”. Ed. M. Rosenfeld. *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspective*. Durham and London: Duke University Press.
- Rosenfeld, M. 2005. "Problem of Identity". Benjamin Cordoso School of Law. *Working Paper* 143.
- Schmitt, C. 1985. *Political Theology. Four Chapter on the Concept of Sovereignty*. Cambridge. Mass. London. England: MIT Press.
- Schmitt, C. 1966. *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of Symbols*. Westport and London: Greenwood Press.
- Scheurman, W.E. 1999. Carl Schmitt. *The End of Law*. Lanham, Boulder, N. York. Oxford: Rowman and Littlefield Publisher, Inc.
- Shapiro, J. 2003. *Moral Foundation of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Shklar, J. 1964. *Legalism*. Cambridge, Mass: Cambridge University Press.

SUMMARY

CONSTITUENT POWER IN FOUNDING CONSTITUTIONS

The author analyses the normative consequences of the relationship between constituent power and constitutional identity in founding constitutions. In the first part of the article, the author points to the centrality of the constitution in the normative integration process of post-communist regimes, while in the second part he analyzes competing constructs of 'constituent power' in the modern state building processes in Europe. In the third part the author uses the normative theoretical map of professor Ivan Prpić to analyze the structural deficits of post-communist founding constitutions and the specific form of tension between 'constituent power' and constitutional identity. The argument is that this tension can produce both democratic and liberal deficits of these regimes.

KEY WORDS: constituent power, constitutional identity, founding constitutions, belated nations, Abbé Sieyès, Carl Schmitt, Ivan Prpić.