

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

УДК 341.217 (4-672EU)
321.7
061.1EU

Хауке Брункхорст

ДЕМОКРАТИЈА СХВАЋЕНА ОЗБИЉНО Европа после пропасти устава¹

Легијимацијска криза је инхерентна елијистичком моделу конституционализације Евројске заједнице (Уније), али се први пут јасно јавно манифестовала и кулминирала у француском и холандском „не“ на референдумима поводом ратификације Наирџа Устава.

Проблем легијимацијске кризе конституционализације Евројске уније произилази из чињенице недовољно озбиљног односа према демократији, у смислу да се уставно ушмељење није довољно градило „одоздо“ – на револуционарним принципима демократске солидарности грађана Евроје, већ „одозго“ – на темељу међудоговора бирократских политичких елија Евроје. Процесом конституционализације – почев од низа евројских међуржавних уговора (Рим, Масџрихт, Амстердам, Ниша), и финално с Наирџом Устава – стварао се „устав за владајућу класу“ (евројску политичку, економску, административну, медијску елију), умесито „устава за народ“ („егалитарног устава за грађанство Евроје“). Изузетак у наведеном елијистичком контексту представља, међутим, сфера индивидуалних права евројског грађанства.

То што је прекинућа ратификација Наирџа новог Устава, не значи ипак да је Евројска унија без Устава. Први разлог за овакву тврдњу већ је поменути: процес конституционализације је на делу од почетка стварања Евројске заједнице. Други разлог за овакву тврдњу је ипак ипак имплементација: изворна легијимација Устава, која постоји на равни субјективних права грађанства Евроје, говори у прилог чињенице да би за расипање евројског Устава била потребна сагласност свих грађана Евроје. Ушолико, изостанак ратификације од „чланица-држава“ не значи расипање Устава, али значи пројект егалитарне демократске евројске јавности против дефицитна демократске легијимности на плану институционално-политичког устројства Уније.

¹ Текст је први пут изложен на Правном факултету Београдског универзитета 6. 6. 2005, под насловом „Democracy Seriously. Europe between a Constitution as Evolutionary Advance and a Constitution with a Revolutionary Meaning“.

Легијимацијска основа референдумског „не“ и ипак исказане кријичке јавности у одређеној мери је и веома проблематична. Наиме, нови Устав је следио и афирмисао велики демократски помак у одбрани грађанских права и приватне аутономије, а референдумско „не“ (које се с правом усвојило глобалном неолибералном пољитичком програму и његовим ушћајима на европски поредак), ипак носи и тенденцију занемаривања достигнућа грађанске легијимације, која сежу даље и од неолибералног редуквања слободе и аутономије на парцикуларне економске интересе.

Кључне речи: *Устав Европске уније. – Демократски револуционарни устав. – Rule-of-law конституционализам. – Елијитички конституционализам. – „direct effect“. – Криза демократске легијимности.*

УВОД: УСТАВНИ ПРОБЛЕМ ЕВРОПЕ

Европски устав одбијен је у Француској и Холандији, а потом је прекинут процес ратификације. Грађани Европе одлучили су се против новог устава. Да ли сада Европа нема устав? – Не, она има устав. Европа већ дуго има устав у европским уговорима (Рим, Мастрихт, Амстердам, Ница итд.), а уставни произашли из међудржавних уговора нису историјски ништа необично – нека се само помисли на Устав Сједињених Држава од 1787/88. или Немачког Рајха од 1871. Савезни уставни били су и државни уговори Америчке Конфедерације од 1776, или Немачког Савеза од 1816.²

Али док су Уговорни устав Сједињених Држава и Основни закон уставни истог демократски револуционарног типа, уставни Немачког Рајха и Европске Уније су уставни друкчијег типа, пошто они – чак и ако су све државе-чланице демократије – нити заснивају неку нову демократску политичку заједницу која постојеће допуњава или укида, нити неки постојећи поредак владавине замењују неким пошћуно друкчијим, него неки већ постојећи ограничавају, делегирањем једног дела суверености држава-чланица на вишу раван Рајха или Заједнице (односно данас Уније), или – као у случају енглеске историје почев од позног 17. века – конституционализацијом једне апсолутне монархије.³ Ипак, подручје преклапања из-

2 Christoph Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, цитирано према рукопису, Freiburg, 2003; видети такође: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 363 ff.

3 Christoph Möllers, „Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa“, у: Armin v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2003, 1 ff. Други тип Мелерс назива еволутивним. Међутим, то, као што ћемо још видети, не одговара сасвим социолошким смислу еволуције као спонтаног, али несамовољног развоја.

међу оба типа устава толико је велико да се, као у случају Енглеске, мноштвом радикалних реформи може извршити постепени преображај од типа устава који ограничава власт, ка типу устава који заснива власт, преображаја у коме конституционализована монархија на крају нестаје у сјају дугиних боја. То би, вероватно, била и судбина Немачког Рајха, чији је устав био истога типа као и енглески, да тај Рајх није 1914/18. тражио и изгубио рат.

Уставно*теоријски* се, а и једва, може оспорити да су европски уговори од Рима до Нице представљали устав Уније. Они су: 1. право вишег степена или *рефлексивно* право које се употребљава да произведе правна нормирања; 2. осигуравају европском праву *џрвенсџиво* пред националним правом (укључујући уставно право државе).⁴ Чак је и немачки Савезни уставни суд снажно релативизовао своју претензију на компетенцију последње инстанце при тумачењу немачких основних права у светлу европских норми, а Европски суд ионако претендује на компетенцију компетенције у стварима европског права.⁵ Однос Европског суда према националним уставним судовима је фактички, међутим, пре однос кооперације него однос субординације, тако да би се скоро већ могло говорити о неком европском „*савезу уставних судова*“.⁶ 3. Европски уговори конституишу *независне орџане власџи* (Комисија, Министарски савет, Суд, Парламент) који имају обавезе једино према Заједници и стварају право Заједнице. 4. Почев (и пре свега у поређењу с нацртом који је сада пропао) револуционарних уговора из Мастрихта и Амстердама, постоји, упркос мноштву уговора, само још *једна једина* и јединствена *Евројска Унија* која није држава, већ наднационална организација, која у међународном праву делује као аутономно правно лице.⁷ 5. Најзад, ти уговори ства-

4 Hans Peter Ipsen: „Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften“, у: Josef Isensee/Paul Kirchhof, ed., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1987, § 181, RN 32; D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 229 f; A. Augustin, 253; Fritz Scharpf: „Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu einer Theorie“, у: Leviathan 1/2002, 65–92, 76; C. Joerges: „Rechtswissenschaftliche Integrationstheorien“, у: Beate Kohler-Koch/Wichard Woyke, Hg., *Die Europäische Union. Lexikon der Politik*, Bd. 5, München, Beck, 1996, 229–232, 230; Marcel Kaufmann: „Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund“, у: Der Staat 4/1997, 521–546, овде: 522, 526 f., 534; Marcus Heintzen: „Die 'Herrschaft' über die europäischen Gemeinschaftsverträge“, у: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 564–589, 574 ff., 585 ff; Claus Dieter Classen: „Europäische Integration und demokratische Legitimation“, у: Archiv des öffentlichen Rechts, 119/1994, 238–260, 240 f; C. D. Claessen: „Einführung“, у: *Europa-Recht*, München, dtv., 2001, XIV f.

5 Bverf. G 2 Bvl. 1/97, 6. јуни 2000; Scharpf, 76; Stefan Oeter: „Souveränität und Demokratie als Probleme in der Europäischen Union“, у: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“ (ZaöRV) 1995, 659–712, 687.

6 Udo Di Fabio: *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, Mohr, 2001, 76, 78 f., 96.

7 Armin von Bogdandy: *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 10, 32 f., 38 ff. Наднационални, одн.

рају нова *права* једног, захваљујући томе, јединственог *евројског грађанства* које се јасно издваја од претпостављених националних грађанстава. 6. Кад су посредни европски уговори, чак *реч услова* редовно користи заједница тумача права, али и правно обавезујуће *одлуке највиших судова*.⁸

Када, пак, Европски суд означава европске уговоре као *charte constitutionnelle* Заједнице⁹, онда би он тиме ненамерно могао изрећи истину о карактеру европског уставног система, карактеру који би се само незнатно променио новим и сада тако бедно пропалим *Уговором о Уставу Евројске Уније*. Израз *charte constitutionnelle* употребљен је први пут 1814. године, да би означио контрареволуционарни устав Француске после Наполеоновог пада, а републику заменио рестаурисаном, али уставном наследном монархијом. Тадашња *charte constitutionnelle* била је, додуше, један модеран устав и далеко од поновног успостављања предреволуционарног *Ancien Régime*-а, али она, као ни њен наследник из 1830, који се такође називао *charte constitutionnelle*, није био устав за народ. Био је то устав за владајућу класу.

Истина, европски уговори од Рима до Нице умногоме се разликују од *charte constitutionnelle* од 1814. Они конституционализују један савез демократских правних заједница, а не неку самовласну наследну монархију. Међутим, у једном смислу имамо 2005. године на европској равни исту ситуацију као 1814. или 1830. Реч „устав“ у Нацрту устава не даје већ постојећим уговорима никакво ново значење, а камоли револуционарно. Стари уговори и нови Нацрт јесу устав за *органе власти држава-чланица и Уније, за судије и правнике, за професионалне пољитичаре, управе предузећа, синдикалне босове, телевизијске модераторе и чиновнике у министарствима*, за Сабину Кристијансен, Олафа Хенкела и Жака Ширака, укратко: Европски уговори јесу устав за *пољитичку класу* која се, у савезу са моћницима из привреде и масовних медија, повезала у једну нову и високофлексибилну, владајућу класу и која већ дуго

наддржавни карактер заједница спознат је већ рано: Heinhard Steiger: *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.

⁸ Вид. само: BverfG 22, 293 (296); ECJ RS. 294/83 Les Verts / Europäisches Parlament 1986, 1357 (1365); Шпански Уставни суд 2004; упор. такође Dieter Grimm: „Braucht Europa eine Verfassung?“, у: D. Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München, Beck, 2001, 215–254, 215 f. (нап. 1), 229 f.; D. Grimm: „Vertrag oder Verfassung?“, у: D. Grimm/J.J.Hesse/R. Jochimsen/F. W. Scharpf, ed., *Zur Neuordnung der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 9–31, 9; вид. даље: Angela Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 249, 274 (нап. 248); Joseph H. H. Weiler: „The Transformation of Europe“, у: *The Yale Law Review*, vol. 100, 1991, 2403–2483, 2407; Jürgen Schwarze: „Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung“, у: J. Schwarze, ed., *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, Baden-Baden, Nomos 2000, 463–570, 464 f.

⁹ ECJ RS. 294/83 Les Verts / Europäisches Parlament 1986, 1357 (1365).

само још *top down* говори о људима *иу најољу*. Међутим, европски уговори нису једно: нису *еѓалииарни устави за ѓраћанство Европје*. У уставној *ирази*, уколико се она остварује изван политички владајуће класе, они нису устав. *Тачна* теорија малобројних, пропада због *оиправдане* праксе многих.¹⁰ Устав Европе је устав једног „савеза држава“ (Kirhhof), можда и једног „савеза уставних судова“ (Difabio), али није устав једног „савеза грађана“ (Kant).

У једном погледу ти уговори су, наравно, већ дуго устав свих грађана. Они су *еѓалииарни устав за поједине ѓраћане који користе своје једнако иправо да могу да иду ипред суд и да итраже своја евройска иправа*.¹¹ То може свако, кад год он или она сматрају потребним, али само као појединац, односно појединци, у концепту крајње ограничене, делиберативне јавности демократски одређених судова. Волунтаризам индивидуализованих тужилаца јесте, додуше, конститутивни допринос егалитарно-демократској легитимацији права¹², али није општезаконодавна воља. То је средишњи проблем уставног система Европске Уније који се протеклих недеља драматично исполио.

Да бих тај проблем тачније анализовао, разликоваћу три равни конституционалне интеграције: 1. Вољно-инваријантну и неплаирану, *функционалну инииѓрацију*, која изражава одређени ниво социјалне еволуције; 2. *Rule-of-Law инииѓрацију* која би се могла назвати и правнодржавном или (у смислу немачког конституционализма 19. века) конституционалном интеграцијом, која представља једну врсту планске еволуције неког постојећег режима, и најзад: 3. *Револуционарну инииѓрацију* помоћу једног демократског устава са снагом заснивања власти.

I. ФУНКЦИОНАЛНИ УСТАВ

У раној фази европског права, још снажно обележеној идејом технократије педесетих и раних шездесетих година, европске уговоре су дефинисали као *функционални устави* (Ipsen). Међутим, и у једном захтевнијем разумевању функционалне интеграције, одвојеном од телеолошке шеме циљ-средство, европски уговори, почев од Рима, испуњавају функцију устава.¹³ Ти уговори стабилизују

¹⁰ О тој разлици систематски: Cristina Lafont: „Is the ideal of a deliberative democracy coherent?“, необјављени рукопис предавања, Chicago, 2005.

¹¹ То Европски суд назива „direct effect“; упор. Н-Р. Ipsen, RN 16, 58–61.

¹² О индивидуалном аспекту легитимације демократског права: С. Möllers, *Gewaltengliederung*, хабилитациони спис, Heidelberg, 2003.

¹³ О тој функцији: Niklas Luhmann: „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, у: *Rechtshistorisches Journal* 9/1990; Н. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, 440 ff; N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp,

како границе које раздвајају правни систем од политичког система, тако и границе које раздвајају правни систем од економског система и нормирају велики погранични саобраћај. Луман то назива *структурним спајањем*.¹⁴ Структурно спајање права и политике значи да *политичка власт може променити сваки закон и да је истовремено свако вршење политичке власти правно нормирано*, док се структурно спајање права и привреде са своје стране остварује вршењем уставноправно загарантоване слободе уговарања, а остала основна права омогућују затим структурно спајање науке и права, религије и права итд.¹⁵ Огромна разорна моћ *комуникацијских производних снага*, ослобођених функционалном диференцијацијом и специјализацијом, бива структурним спајањем скренута на мирне путеве и претворена у *контролисану експлозију*.

Отприлике исто то имао је на уму већ Хобз са својом идејом друштвеног уговора. Делотворан уставни режим омогућује релативно миран развој правосуђа, политичке моћи, економског капитала, научног сазнања, општег образовања итд. Функционална анализа показује пак (друкчије него Хобз, који је мислио у циљнорационалним појмовима) да исту функцију могу испунити врло различити типови устава, да се, дакле, могу замислити околности у којима постоје правнодржавни уставни и уставни који се састоје од ауторитарне комбинације државе норми и државе мера (Frenkel), или се са гледишта функционалне еквивалентности могу узајамно заменити демократски и аристократски уставни. Због тога, *мирна експанзија* моћи, капитала и знања, која је проузрокована структурним спајањем, не води већ аутоматски ка већој *индивидуалној и демократској слободи*. Знање може *a priori* бити моћ, али ни издалека не и слобода, поготово не подједнака слобода.

II. RULE-OF-LAW КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАМ

Владавина права везује власт државних органа или других политичких организација за правне норме. Тиме се већ прости закони преображавају у субјективна права одбране од ванлегалних задирања политичке власти. Спектар сеже од Хобзовог минимума („Оно што закон не забрањује, то је допуштено“) преко везивања свих органа власти за основна права (као у чл. 1, ст. 3, Основног закона) до експанзије заштите основних права на приватне односе моћи (као у учењу о дејству трећег Савезног уставног суда).

1997, 92 ff; Marcelo Neves, *Zwischen Themis und Leviathan. Eine schwierige Beziehung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 80 ff.

¹⁴ N. Luhmann: „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, у: *Rechtshistorisches Journal* 9/1990.

¹⁵ N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986 (1965).

Превазилазећи пуко испуњавање функције структурног спајања, *Rule of Law* је нормативни идеал, а политичка теорија која му парадигматски одговара јесте Локова. Владавина права поставља *нормативне границе* политичкој власти, не спречавајући истовремено раст функционално специјализоване *моћи* или оне која се јавно може мобилисати.¹⁶

Велико достигнуће Европске Уније је један нови облик слободe кретања. Слобода да се пређе свака државна граница и да се (осим малог броја политичких права) не само могу понети са собом сва права држављанина него и да се могу уживати права других држава која их превазилазе далеко преко основних економских слобода. Тако ирске жене (по једној одлуци Европског суда), да се помене само тај спектакуларни случај, могу данас у Енглеској да се подвргну легалним абортусима, иако се абортус огрешује о ирско кривично право. Грађани Уније *и*, уосталом сви (привремени или стални) становници на подручју Уније, па чак и становници њој суседних држава, имају данас *више њрава него икада њре*.

Радост због тога бива, наравно, понешто помућена, пошто, упркос нагомилавању правâ, правних захтева и правних средстава, које већ постаје непрегледно, ствари са правном државом на подручју Уније нису у *сваком њољледу* боље него без Уније. Тако многа посебна регулисања, изузеци и високофлексибилни формални компромиси у праву Европске Уније угрожавају правну сигурност и позивају на злоупотребу од стране моћних државних и приватних актера.¹⁷ Спектакуларна је, као што у међувремену зна сваки читалац новина, новостворена могућност да се грађани неке земље Европске Уније, ако су у некој другој земљи Европске Уније осумњичени за неко кривично дело, протерају без права на судско саслушање и изведу пред суд у тој другој земљи. Са становишта правне државе, то је скандал који постаје још гори због умесног уверавања Европске комисије да су, *уојшџе узев*, услови који се односе на правну државу једнаки у свим државама-чланицама. Јер, пред суд се не иде зарад *ојшџеџ* нивоа људских права и *Rule of Law*-а у државама-чланицама, који је неоспорно свугде висок, него зарад дотичног *џојединачноџ* случаја, а ту шпанско, ирско, шведско итд. право може правити огромну разлику која сеже од допуштености одређених доказних средстава до одмеравања казне и услова џдржавања, што у *џојединачном* случају може дубоко засецати у

16 То разликовање социолошког појма моћи од правног појма власти јесте варијанта разликовања моћи и власти које је Хана Арент контрадикторно заоштрила, но које избегава повезивање са староевропском хијерархијом вредности којом се Арентова руководи и оперише једним појмом моћи који покрива читав спектар модерних појмова моћи од Арентове преко Парсонса до Фукоа.

17 C. Möllers, *Verfassungsgebende Gewalt*.

основна права онога ко је у дотичном случају погођен.¹⁸ Такви случајеви показују да Европска Унија треба да књижи не само *добитке* него и понеке, не незнатне, *губитке* у стварима *Rule of Law*, чак и ако, у целини узев, добици кудикамо премашују губитке.¹⁹

Унија пружа својим грађанима заштиту и према споља, која у многим случајевима знатно превазилази заштиту у појединим државама. Тако се непосредни захват међународног права филтрира кроз органе Уније. Као што пишу Хилф и Ројс, Европска Унија има „функцију шарке“ приликом посредовања глобалних економских, трговинских и потрошачких норми у државе-чланице Уније.²⁰ Та „функција шарке“ штити грађане Европске Уније, на пример, од примене оних норми Светске трговинске организације које би могле повредити национална или европска права. Наравно, и овде постоје маркантни супротни примери који могу водити ка дубоким задирањима у политичка права држава-чланица, федералних јединица и комуна; рецимо, у случају глобалне дерегулације водне привреде, немачким комунама одузет је важан део њихове самоуправне компетенције.²¹ Све то, међутим, ништа не мења да су стопе прираста у читавом спектру *приватне аутономије* јасно више од назадних тенденција, и била би грешка (и била је грешка у француској кампањи за „Не“) да се *приватна аутономија* редукује на *неолибералну* слободу конкуренције и дерегулацију тржишта. То је повезано с проблемом што се приватна аутономија састоји у томе да грађани узајамно признају права која *само* они вршењем јавне аутономије могу без губитка претворити у позитивно право и обезбедити.²²

Због тога чињеница да грађани Европе имају у Унији непосредна права, има далекосежне импликације по структуру легитимације Уније. То је Европски суд спознао још 1963. године и развио учење о непосредном дејству (*direct effect*) европског права, које су почев од позних шездесетих година брзо прихватили и применили сви судови Европе. Оно значи да своја права европски грађани могу

18 О једном сличном случају повезаном с планираним европским државним тужилаштвом: Klaus Lüdersen, у: FAZ, 29. dec. 2003.

19 О правима грађана Уније: Angela Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 30 ff., 43 ff., 61, 63 ff., 67 ff., 82 ff., 87 ff; уоп. D. Grimm („Verrechtlichung der Staatsgewalt“); Christian Tietje: „Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen der Europäisierung und Internationalisierung“, у: Deutsches Verwaltungsblatt 17/2003, 1081–1146; Christian Joerges, *Zur Legitimität des Europäischen Privatrechts* (нап. 11), 10 ff.

20 Meinhard Hilf/Mathias Reuß: „Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung“, у: Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht, 1997, 293 ff., 296, 300.

21 Један илустративан пример код: Gertrud Lübbe-Wolf.

22 То је централна теза код Jürgenа Habermasa, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

пред судом истицати и тражити свугде у Европи. Због тога су наши национални судови уједно европски судови који су за европско право везани исто као и за немачке, француске, данске и др. законе.²³

Правни захтеви који за грађане Европе произлазе из *direct effect*-а, заснивају извор легитимације европског права који је независан од међудржавних уговора и који извире непосредно из европског грађанства у целини. Европска Унија – то знамо најкасније почев од чувене одлуке Европског суда из 1963 – не бива више легитимисана једино уговорима државних поглавара које су ратификовали национални парламенти или народи, него истовремено и применом у Унији непосредних, европских грађанских права. Данас су „правни субјекти Заједнице не само државе-чланице него и“ – барем правно на истој висини – „њени грађани.“²⁴ Грађанство Уније „допуњује грађанство националне државе“ (ЕГВ, чл. 17, ст. 1) и прибавља „правној личности“ Заједнице (чл. 281), која је међународноправно самостална, „двоструку легитимацију“.²⁵ То, између осталог, има за последицу да постојање субјективних права између Заједнице и њених грађана забрањује растакање Заједнице, „чак и против воље свих држава-чланица“.²⁶ Пошто сви грађани Европе имају права у свим државама, која уживају као грађани Уније, такво растакање могло би предузети само уједињено грађанство Уније као народ Европске Заједнице, или би у најмању руку морало у једној или другој форми бити питано, морало би у томе суделовати. Тим мерилом требало би мерити и, утолико противуставне, одредбе одбијеног новог устава које први пут регулишу уређено иступање неке државе из Уније без довољног суделовања грађана.

Али шта овде заправо значи *легитимација*? Оно што је на равни субјективних права јасан случај подједнако изворне легитимације, крајње се неједнако вреднује у организационо-правном обликовању. У демократским правним заједницама, легитимација права има једно, и само једно значење. Она значи *демократску легитимацију*. Демократска легитимација права, међутим, не ствара се само на *иниуи*-страни законодавног процеса путем јавне

23 О социјалној еволуцији и остваривању *direct effect*-а, такође је емпиријски инструктивно: Karen Alter: „The European Courts Political Power“, у: West European Politics 3/1996, 458–487; вид. такође К. Alter: „Who are the 'Masters of the Treaty?'“, у: International Organization 52/1998, 121–147.

24 Marcus Heintzen: „Die 'Herrschaft' über die europäischen Gemeinschaftsverträge“, у: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 564–589, овде: 570.

25 Claus Dieter Classen: „Europäische Integration und demokratische Legitimation“, у: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 238–260, овде: 259 f.

26 Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München, Beck, 2000, 404 (с ослонцем на Еверлинга).

дискусије, „избора и гласања“ (чл. 20, ст. 2 Основног закона), него демократска легитимација обухвата *чишав њроцес стиварања норми*, који се врши на свим степенима конкретизације, примене и спровођења законодавне воље. Демократска легитимација права сеже од дискусије за столом сталних гостију и телевизијског извештавања о партијским конгресима, изборним борбама, парламентарном законодавству, владиним уредбама, декретима управе и полицијским наредбама, до судских одлука и конкретних упутстава, те обичајних практика полицијских и извршних службеника на лицу места.²⁷ Правни захтеви и права на тужбу, *judicial remedies* и *direct effect* у *демократијски* организованој „ступњевитости права“ (Merkel/Kelzen), коју за Савезну Републику Немачку чврсто прописује чл. 20, ст. 2. и 3, важни су аспекти демократске легитимације који постају делотворни на *output*-страни законодавног процеса. Најкасније на овом месту, *ми, народ*, поново ступамо на јавну позорницу како бисмо изнудили одлуке о конкретизацији права у конкретним нормама. Употребљавајући своју приватну аутономију као појединци, ми можемо отићи у суд и приморати судије да започну процес који ће, у крајњој линији, створити неку нову норму или потврдити неку стару.²⁸

То се с Кристофом Мелерсом може у широком смислу назвати „индивидуалном легитимацијом“²⁹, ако се при том има у виду да индивидуална легитимација, која се самовољно може изнудити, али се затим мора у поступку јавно образложити, применом *judicial remedies* има *легијимизишућу* снагу само због тога што је она суштински моменат у целокупном процесу *јавне* или *демократијске* легитимације. Утолико директно дејство европског права не само што проширује приватну аутономију грађана Уније, него је већ моменат јавне легитимације који једним делом води далеко преко пуког *Rule-of-Law* конституционализма. Међутим, претензија на демократско самоодређење, која је постављена с постојањем субјективних права, не може се испунити пуким индивидуалним самоодређењем пред судом, и утолико је Вајлер погодио у центар када пише: „But you could create rights and afford judicial remedies to slaves. The ability to go to court to enjoy a right bestowed on you by the pleasure of others does not emancipate you, does not make you a citizen. Long before

27 Hermann Heller: „Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung“ (1927), у: *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, 225 ff; темељно: Adolf Merkel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien/Berlin, Julius Springer, 1927.

28 Тиме се није мислило на *output*-легитимацију политиколога који под њом једноставно подразумевају привредну и безбедносно-политичку ефикасност неког режима, него на могућност грађана да на крају законодавног процеса утичу на конкретизацију норми. О политиколошком значењу, које нема никакве везе с демократијом, упор. F. Scharpf, *Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch?*, Frankfurt, Campus, 1999.

29 C. Möllers, *Gewaltengliederung*, хабилитациони спис, Heidelberg, 2003.

women and jews were made citizens they enjoyed direct effect.“³⁰ Индивидуална легитимација ограничава власт и конкретизује законодавство, али она не заснива владавину подвлашћених која слама власт.

III. ДЕМОКРАТСКИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАМ

Но, у Европској Унији не постоји само један, ситан, али исто тако неопходан, као и напредан моменат *индивидуално*-демократске легитимације који је дат већ с обухватним остварењем *йривај-не* аутономије, него постоје и европски избори, Европски парламент итд. Међутим, њеним допуњавањем изборима за Европски парламент и непрекидно растућим, али демократски, пре као и сада, потпуно недовољним правима парламента, од индивидуалне легитимације не постаје никаква демократска легитимација европског права *довољна* за оправдање власти. Као и парламент у Бизмарковом царству (богатије снабдевен правима), данашњи Европски парламент структурно није владајући парламент, већ поданички парламент.³¹

На томе ништа не мења ни растући *ујшцај* парламента, који социолошки треба строго разликовати од ефективне *моћи*, све док однос између два крака легитимације, државног и грађанског, остаје неуравнотежен. Дотле грађанство и демократија у Унији и државама-чланицама не добијају ништа. Јавна аутономија грађанства Уније расте, наиме, далеко спорије него маса и обим регулисања демократски дефицитарног права Уније које дубоко засеца у месо националног права, демократски још увек напола легитимисаног.

Ефекти дедемократизације еволутивно само још по цену масовне регресије реверзибилног, европског, међународног и глобалног права настају на тај начин што европеизација и глобализација политике прате право у стопу. При том, међутим, парламентарна демократија и народ који даје легитимацију остају у домаћој провинцији, док се владе и елите на свим равнима глобалног система повезују све гушће и ефикасније.³² То се егземплярно показује у начину функционисања европског Министарског савета. Када немачки министар унутрашњих послова хоће своју безбедносну политику, непријатељски настројену према грађанским правима, да преточи у законе и биометријске пасоше, а то не може да прогура

30 J. H. N. Weiler: „To be a European citizen – Eros and civilisation“, у: Journal of European Public Policy 4:4/1997, 495–519, 503.

31 C. Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt, Klostermann, 1997.

32 Инструктивно: Klaus Dieter Wolf, *Die neue Staatsräson*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

ни у Бундестагу нити у немачкој влади, он се у Бриселу сретне са својим колегама, министрима унутрашњих послова, и натера их – независно од упутстава и аутономно, обавезан само према европској добробити коју, у колегијалном кругу министара полиције сâм одређује – на закључак о одговарајућој европској смерници која затим обавезује Бундестаг и Савезну владу и приморава их на примену. Данас пасош, а сутра, после следећег великог атентата, спасоносно стављање на муке као смерница Европске Уније. На тај начин сувереност парламента се исто тако делотворно истањује као и компетенција за доношење смерница савезног канцелара који је, заједно са својом владом, одговоран том парламенту. Та пракса која је у Европи у скоро свим областима политике већ одавно уобичајена, учврстила се институционално фрагментацијом министарстава, која већ подсећа на прилике у афричким државама. Она није никакав европски феномен, већ глобални тренд³³, али је у Европској Унији нарочито ефикасно организован.

Овде је реч о интересима и власти. Добитник у игри је политичка класа, губитник је европско грађанство. Пут политичке класе преко наднационалног (и међународног) права устаљује – демократији супротно – самодрштво владе над парламентом, министарстава над њиховом стручном облашћу, влади блиске администрације над регијама, политичке класе и њене мреже састављене од предузетничких удружења и политизујућих медијских звезда над народом. На томе ни нови устав, ако би дошао, не би суштински ништа променио.

Уставна криза која сада постоји у Унији, први пут се јавно манифестовала захваљујући ономе *He* француских и холандских бирача. Она се састоји у преимућству *Rule of Law*-а над демократијом, а *Rule of Law* без демократије звао се раније класно правосуђе, за које, с Радбрухом, важи да је, додуше, и класно *право* – право и да као такво користи слободи *свих* оних који су потчињени праву, па би већ због тога свако *повлачење* из европског и међународног правног поретка скоро неизбежно покренуло катастрофу неслућених размера – али класно право упркос томе остаје *класно* право које хегемонски извитоперује једнакост пред законом.

У сваком случају, негативни вотум француског и холандског народа, који су овде први пут деловали *као* европски народ, обелоданио је одавно латентну уставну кризу Европе. Први пут у историји *елијистичког* европског пројекта, неравнотежа између грађанске и елитистичке легитимације постала је проблем *еџалишарне евројске јавности*. Можда су бирачи који су рекли *He*

³³ О том глобалном тренду фрагментације државе вид. запажања код: John W. Meyer, *Weltkultur*, Frankfurt, Suhrkamp, 2005.

потценили мали, али реалан демократски напредак путем новог устава, а њихова пропагандистички делотворна редуција неизмерно великог проширења *приватне аутономије* у Унији на *неолиберални* политички програм била је, у најбољем случају, полуистина. Као што смо видели, у Европи има више грађанских права које треба бранити него слободу конкуренције, и грађани могу да их схвате озбиљно.³⁴ Али бирачи који су рекли *Не*, били су потпуно у праву када су прогласили недовољним стање *јавне аутономије* у Унији и њеног, у том смислу жалосног, пројекта устава.³⁵ Политичка заједница има јавну аутономију једино ако њен устав располаже не само снажним повељама основних права него и *системом егалитарних организационих форми који омогућује демократску полицику*, која никога не искључује *унапред* и *без уопштељивој разлога* – а демократска политика значи да грађани могу да врше *комуникацијску власт*, да заједничку вољу могу да *стварају* у *јавној делиберацији* коју *сви могу да зајаве* и која није приступачна само за експерте и емисије Сабине Кристијансен, и да редовно треба да *одлучују о поличким алтернативама*. Филозофски и политички *Founding Fathers* једног таквог схватања устава не зову се Хобз и Лок, већ Русо и Кант, Деферсон и Сјејес.³⁶

Што је неки постнационални уставни режим организован наднационално, то је већа његова потреба за непосредном демократском легитимацијом. Међутим, за Европу, с њеним изграђеним и разгранатим, бирократијом сиромашним и само једним врховним судом снабдевеним *законодавним апаратом*, непосредна легитимација не значи примарно непосредну, већ *парламентарну демократију*. Њена шанса је слаба, али расте с кризом. Грађани Француске и Холандије нису учинили ништа друго него што су своје *евројско грађанско право схватили озбиљно*, не само индивидуално него и *демократски*. Своју шансу да одлуче о правој европској алтернативи они су искористили и тиме изазвали кризу. *Криза* значи одлуку и повезана је са *кризом*. Само у кризи која је постала јавна, ако треба да се реши, одлука се с *делиберативном рационалношћу* повезује у комуникацијску моћ. Без криза, у којима су у питању *програмске алтернативе*, *нема демократије* и *нема Евројске Уније грађана*, већ само *још Евројске полички владајуће класе* и *слободне трговине*. *Онај ко још нешто хоће да сујерисави*

³⁴ Вид.: Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt, Suhrkamp.

³⁵ О „co-originality“ приватне и јавне аутономије: J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992.

³⁶ О томе: Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992; Friedrich Müller, *Wer ist das Volk? Eine Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997; Hauke Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002; али такође: Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München, Hanser, 1974, 191, 193.

Тонију Блеру и владама придруженим последњим проширењем, министарским ујравама и уставним судовима, о чијем елијитистичком „савезу“ сањају конзервативни немачки теоретичари државног права попут Кирхофа и Дифабија, сада мора ставити све на карти пошуне парламентаризације Уније, а то значи на остваривање подједнаке изворности оба извора легиџимације права. Пошто Европска Унија нема државну егзекутиву, а ни израђен судски систем, пошребан јој је демократски парламент, друкчији од међународних организација као што су Светска трговинска организација или Савет безбедности, а не поданички парламент пред којим се додични председавајући Савета може инсценирати као какав парламентарно неодговорни монарх.

С немачког рукописа превео Данило Н. Баста

Hauke Brunkhorst

DEMOCRACY TAKEN SERIOUSLY Europe after the failure of the Constitution

Summary

Legitimacy crisis is inherent to the elitist model of enacting Constitution of the European Union (Union), but it has clearly manifested itself and culminated for the first time in French and Dutch „no“ on referenda held over Draft Constitution.

Problem of the legitimacy crisis within the process of drafting European Constitution stems from the lack of serious approach to democracy. Constitutional action has not come from „grassroots“, based on revolutionary principles of democratic solidarity of European citizens, but from „above“ – on the basis of bureaucratic agreements hammered between European political elites. Process of constitutionalization – through a long streak of interstate agreements (Rome, Maastricht, Amsterdam, Nice) and finally through the Draft Constitution – has created a „constitution for the ruling class“ (European political, economic, administrative and media elite), instead of „constitution for the people“ (egalitarian constitution for European citizens). The only exception to the above mentioned elitist concept is built into the part dealing with individual rights of the European citizens.

The fact that the the ratification of the Draft Constitution has been put on hold does not mean that European Union is without Constitution. First justification of this contention has already been mentioned: process of constitutionalization has been in motion from the very first day of inception

of the Union. The second reason is also implied: original legitimacy of the Constitution, which exists on the level of subjective rights of European citizens, favors the view that disintegration of European Constitution would need approval of all citizens of Europe. Therefore, lack of ratification of „member-states“ does not amount to disintegration of the Constitution, but does mean that the democratic European public has protested against the deficit of democratic legitimacy within institutional and political order of the Union.

Basis of legitimacy of „no“ answers and of that public critique is also very problematic to a certain degree. Namely, new Constitution has trailed and promoted great democratic gains made in defence of the rights of citizens and of private autonomy, and „no“ answers of the referenda (justified in its stand against global neoliberal political program and its influence on European order) still mean that there is a tendency to neglect successes of citizens' legitimacy, which reach farther than neoliberal reduction of freedom and autonomy to particular economic interests.

Keywords: *European Constitution. – Democratic revolutionary constitution. – Rule of law. – Constitutionalism. – Elitist constitutionalism. – „direct effect“: – Crisis of democratic legitimacy.*