

Slobodan Divjak Karl Šmit, nomos i pravo u časopis za pravnu i političku kulturu Pravo & društvo, br. 4, 2010, Službeni glasnik, Beograd.

Jedna od konstanti Šmitovog mišljenja jeste stav da suština državnog poretka ima pre-normativni karakter, pre-ustavni, preiustitucionalni karakter, jer je ona data u etno-kulturnoj homogenosti naroda date države. Stoga država nikad ne može biti identična sa svojim ustavom niti sa svojim legalnim poretkom. Ma koliko da se ovako shvaćen državni poredak ne da podvesti pod apstraktne, čisto formalne norme, to ne znači da se on opire svakom normiranju, svakoj kodifikaciji, tj. svakom tipu normi. Doduše, nijedna vrsta kodifikovanih normi ne može stvoriti homogenost, ona postoji ili ne postoji, ali norme koje se donose nezavisno od prirode konkretnog poretka, tj. od tipa njegove homogenosti, već naprotiv, saobrazno tome, mogu štiti i učvršćivati tu homogenost. Ali i najuspešnije normiranje takvog tipa, zato što legalne norme kao takve ne mogu obuhvatati sve mogućnosti (posebno ne vanredno stanje), iziskuje kao nužnu potrebu da se one uvek iznova preispituju sa stanovišta pre-legalne dimenzije.

Da je ovakvo shvatanje prava praktično konstanta Šmitovog pravnog mišljenja, pokazuje i Šmitovo shvatanje *nomosa* koje je on sistematski izložio 1950. u svom sada već znamenitom delu *Der Nomos der Erde* (Nomos zemlje), ali je on taj pojam na manje sistematski način obrađivao i u svojim spisima iz perioda pre Drugog svetskog rata..

U knjizi *Nomos zemlje* Šmit razmatra pomenuti pojam u njenom prvom delu u kojem on zapravo iznosi polaznu osnovu svoga pristupa. U pristupnim rečenicama prvog poglavlja ovoga dela knjige Šmit eksplicira odnos između zemlje i prava u mitskom mišljenju ističući pri tome da se u njemu zemlja posmatra kao „majka prava“. Ovo otuda što su pravo i pravda ukorenjeni u zemlju na trostruki način.

Kao prvo, plodna zemlja sadrži u sebi, u svojoj utrobi, „unutrašnju meru, na osnovu koje ona pravedno nagrađuje trud zasvođen neizvesnošću i rizikom koji čovek ulaže u obrađivanje i kultivisanje upotrebljive zemlje, time što obezbeđuje plodove te delatnosti iskazane u žetvi. „Svaki poljoprivrednik zna unutrašnju meru te pravde.“ (The Nomos of the Earth, Telos Press Publishing, 2006, str. 42)

Kao drugo, tlo koje raščišćava i obrađuje čovek biva izgravirano demarkacionim linijama kojima se određena polja, pašnjaci, šume i slično odvajaju od drugih takvih konkretnih prostora deobnim

granicama. U tim granicama mogu se prepoznati standardi i pravila ljudskog obrađivanja i kultivisanja zemlje.

Kao treće, na čvstom tlu zemlje izrastaju utvrđenja, ograđeni objekti, zidovi, kuće i druge tvorevine u kojima se očituje poredak i lokacija (orijentacija) ljudskog društvenog života. Na osnovu ovih konstrukata može se iščitavati karakter porodica, klanova, plemena, staleža, svojinskih oblika, ali i formi vladavine i dominacije.

„Zemlja je sa pravom povezana na tri načina. Ona pravo sadrži unutar sebe, kao nagradu za rad; ona manifestuje pravo na sebi u liku fiksnih granica; i ona utemeljuje i učvršćuje pravo iznad sebe, kao javni znak poretka“ (Isto)

Za razliku od toga, na moru ne postoji tako očito jedinstvo prostora i prava, poretka i orijentacije. Na moru se ne mogu obrađivati polja niti povlačiti čvrste granice. „Brod koji plovi morem ne ostavlja za sobom nikakav trag.“ (Isto) More ne poseduje *karakter*, u izvornom, grčkom smislu te reči koja znači ugravirati, useći, čvrsto upisati. Po skorašnjem međunarodnom pravu, more se ne može smatrati državnim teritorijim, tako da je ono otvoreno za sve da na njemu praktikuju tri vrste ljudske delatnosti: ribolov, miroljubivu navigaciju i vođenje rata.

Pre nastanka velikih pomorskih sila, pod „slobodom mora“ podrazumevala se sloboda za pljačku, sloboda za rizične i opasne gusarske poduhvate. Međutim, s rađanjem velikih pomorskih sila, *talasokratije*, uspostavljeni su bezbednost i poredak na moru. Oni koji su remetili taj poredak tretirani su kao obični kriminalci, tako da su gusari zadobili status neprijatelja ljudske rase. Ovo proširenje prava i na morski prostor bilo je od revolucionarnog značaja. Njime je uspostavljeno ono što Šmit naziva „apropriacijama mora“, pri čemu citira jednog engleskog autora da se more mora oteti. Ali ova vrsta apropiacija pojavila se kasno kao rezultat razvoja ljudske vladavine i ljudske svesti o prostoru.

Nasuprot tome, prvobitni pravni činovi u ljudskoj istoriji vezani su za orijentacije na tlu: apropiacije zemljišta, osnivanje gradova i osvajanje gradova. U prilog ovome Šmit navodi srednjevekovnu definiciju međunarodnog prava koju Isidor od Sevilje daje u *Etimologiji*, koja se nalazi u prvom delu čuvenog *Decretum Gratiani* (oko 1150.) čija je suština sadržana u sledećem stavu: „Međunarodno pravo uključuje zemljišna prisvajanja, podizanje gradova i utvrđenja, ratove, ratno zarobljeništvo, ropstvo, prihod od ratnog zarobljeništva, uspostavljanje savezništava i mirovnih sporazuma, primirja, nepovredivost izaslanika i opunomoćenih ministara na strani, i zabranu sklapanja brakova sa strancima.“ Šmit primećuje da se u toj definiciji more ne pominje, a da u njoj prvo mesto pripada zemljišnim prisvajanjima. U *Corpus Juris Justiniana* data je slična definicija u kojoj rat, raznovrsnost naroda, imperije, granice i, iznad svega, trgovina predstavljaju suštinu međunarodnog prava. Šmit daje prednost ovakvim definicijama u odnosu na one koje se nalaze u modernim udžbenicima a u kojima se insistira na uključivanju tzv. normi. Svako

srednjevekovno nabranje onoga što spada u oblast međunarodnog prava instruktivno je i za savremenost zbog toga što se ono uvek povezuje sa inicijalnim merenjima i raspodelom korisne zemlje kao primarnim kriterijumom koji je sadržan u svim ostalim kriterijumima. Svi pravni odnosi prema zemlji, koju su izvorno delila između sebe prisvajajuća plemena i narodi, i sve institucije zidinama okruženih gradova i novih kolonija bili su determinisani tim utemeljujućim kriterijumom. Iz tih razloga, Šmit staje na stanovište da su osvajanja i prisvajanja delova zemlje primordijalni pravni akti utemeljujućeg prava. Pri tome, apropijacija zemlje ima dva aspekta: unutrašnji i spoljašnji. Unutrašnji aspekt se odnosi na inicijalnu podelu i raspodelu zemlje unutar grupe koja vrši apropijaciju na čemu počiva prvi predek celokupnog vlasništava i svojinskih odnosa. I onda kada se početnom podelom zemlje uspostavlja čisto individualistička privatna svojina ili zajednička svojina klanova može se utvrditi zavisnost tih oblika svojine od zajedničke apropijacije i njihovo poreklo u tom primordijalnom pravnom aktu. U tom smislu, svaka apropijacija zemljišta stvara unutar grupe koja je vrši izvestan oblik svojine najvišeg tipa – svojinu zajednice kao celine, čak i u onim slučajevima kada dalja raspodela svojine ne ostaje čisto komunalna

Spoljašnji aspekt tiče se suočavanja jedne prisvajajuće grupe sa drugim takvim grupama ili sa grupama koje već poseduju zemlju i vlast nad njom. U ovom slučaju, apropijacija zemljišta predstavlja izvor legalnog ovlašćenja u međunarodnom pravu na dva različita načina. U prvom slučaju, reč je o osvajanju zemlje koja se smatra slobodnom, utoliko što ona nema vlasnika ili gospodara koga priznaje zakon osvajajuće grupe; u drugom, posredi je osvajanje zemlje od prethodno priznatog vlasnika i gospodara, čime ta zemlja postaje posed novog vlasnika i gospodara.

U svakom slučaju, privajanje zemljišta, u oba svoja aspekta, unutrašnjem i spoljašnjem, predstavlja primarni izvor pravnog ovlašćenja. „Teritorijalni zakon i teritorijalna sukcesija, milicija i nacionalna garda, pretpostavljaju apropijaciju zemljišta. Apropijacija zemljišta takođe prethodi distinkciji između javnog i privatnog prava; ona stvara uslove za takvu distinkciju. Današnji poravnici, ističe Šmit, podrazumevaju pod „vrhovnim vlasništvom“ samo vlasništvo (*dominium*), i utoliko samo privatno vlasništvo, dok „teritorijalni suverenitet“ tretiraju kao javnu vlast i dominaciju (*imperium*), i utoliko samo kao javno pravo. Ali, kao prvo, o zemljišnim osvanjima ne sme se misliti kao o čisto intelektualnim konstruktima, već kao o legalnom faktu, kao o velikim istorijskim događajima. Kao drugo, ne sme se ispustiti iz vida činjenica da ovi fundamentalni procesi zemljišnih apropijacija prethode razlikovanju između javnog i privatnog prava, javne vlasti i privatne svojine, *imperiuma i dominiuma*“. (The Nomos of the Earth, str. 46) Posle ovoga, Šmit zaključuje da zemljišne apropijacije predstavljaju *arhetip* konstitutivnog pravnog procesa, kako njegovog spoljašnjeg aspekta (u odnosu na druge narode) tako i njegovog unutrašnjeg aspekta (uređivanje svojinskih odnosa unutar zemlje). Taj proces je izvor radikalnog pravnog ovlašćenja

„Tako na neki način, konstitutivni proces zemljišnih aporijacija nalazi se u osnovi početka istorije svakog naseljenog naroda, svakog komonvelta, svake imperije. To važi i za početak svake epohe. Ne samo logički, već i istorijski, ove zemljišne aporijacije prethode poretku koji proizilazi iz njih. Proces o kojem je reč konstituiše izvorni prostorni poredak kao izvor celokupnog daljeg poretka i svekolikog daljeg prava. On je reproduktivni koren u normativnom poretku istorije. Svi dalji odnosi - komunalni ili individualni, javna ili privatna svojina, kao i sve forme posedovanja i upotrebe u društvu i u međunarodnom pravu - izvode se iz ovog radikalnog ovlašćenja.“ (Isto, str. 48)

Iz dosadašnjeg izlaganja Šmitovih teza daju se uočiti dve bitne stvari.

Kao prvo, stavljanjem zemljišnih aporijacija, koje, pošto se ne ravnaju ni po kakvim pravnim normama, impliciraju nasilje, u osnovu svakog poretka, Šmit zapravo uvodi u pojam prava pojam *utemeljujućeg* nasilja kao ne-normativne osnove pravnog poretka: svako pravo je, u krajnjoj liniji, utemeljeno nasilju. To nasilje, koje je u stanju da se predstavi kao ono što ima pravo na pravo, nije po Šmitu nešto što je strano pravu, što pravu dolazi spolja, već nešto što već unapred pripada poretku prava, jer se on bez nasilja ne može utemeljiti - ono je strukturalna instanca ne-prava koja utemeljuje pravo. Setimo se Političke teologije: „Vanredni slučaj najjasnije otkriva suštinu državnog autoriteta. Ovde se odluka odvaja od pravne norme, i (da to formulišemo paradoksalno), autoritet dokazuje da mu, da bi stvorio pravo, nije potrebno da ima pravo“ (PT, str. 95) Pri tome valja imati na umu da, po Šmitu, vanredno stanje spada u okvire prava, ma koliko da je s onu stranu svakog normativizma, zato što i odluka koja nije ograničena nikakvom normom pripada pojmu prava: „ ... u vanrednom slučaju norma biva poništena. Uprkos tome, i vanredan slučaj ostaje pristupačan pravnom saznanju, pošto oba elementa, norma i odluka, ostaju u okviru pravnoga, (PT, str. 94). U delu *Nomos Zemlje*, govoreći neposredno o promenama u značenju reči *nomos*, Šmit, suprotstavljajući se neadekvatnim interpretacijama Pindarovog fragmenta u kojem se pominje *nomos basileus*, u fusnoti 19 objašnjava pravo značenje ovoga Pindarovog fragmenta u kojem se komentariše mitska priča o krađi stoke koja je pripadala troglavom džinu, a čiji je izvršilac Herakle, mitski utemeljivač poretka. Po Šmitovom tumačenju, upravo na osnovu nasilne aporijacije stoke koja je prethodno pripadala džinu, Herakle je utemeljio pravni poredak, time što je moć (nasilje) transformisao u pravo. Saobrazno ovakvoj interpretaciji date mitske priče, pravo je uvek pravo jačega, pošto mu u osnovi leži nasilje. Slično ovome, Šmit u jednoj svojoj belešci iz 1949. ističe: „Centralna misaona linija je sledeća: od haosa ka kosmosu, od prirodnog stanja ka državi, ali u osnovi svakog prelaza je brutalni subjekt, Herakle, koji ubija čudovište da bi na kraju ostao kao poslednje čudovište“. Akt osnivanja svih država je, dakle, nasilni čin pomoću kojeg se ili prelazi iz haosa u pravni poredak ili se inauguriše neko novo pravo, različito od pređašnjeg. Dakle, sila kao ono što prethodi pravnoj normi i otuda je određuje; sila kao ono što pripada samoj suštini prava. Doduše, neko bi mogao reći da je i

liberalno-demokratskom pravu imanentna sila i prinuda. Ali, treba praviti razliku između Šmitovog utemeljujućeg nasilja, koje, budući da prethodi normi kao normi, nije ograničeno niti kanalisano bilo kakvim normama, i tzv. konzervirajuće prinude koja je u funkciji upravo održavanja poštovanja prema normama i koja se primenjuje na one koji krše postojeće pravne norme ili na one koji su usmereni na rušenje poretka koji omogućuje pluralizam ideoloških, političkih, kulturnih, religijskih i drugih koncepcija. Za razliku od utemeljujućeg nasilja, ovo drugo vrši se u skladu sa unapred utvrđenim normama. Pri svemu ovome, valja reći da je društveni ugovor usmeren na nenasilno osnivanje države; njegov konkretni oblik u ovom vremenu može biti ustavotvorna skupština.

Druga stvar se tiče Šmitovog stava da su „zemljišni fundament, u koji je ukorenjeno celokupno pravo, u kojem se se se pravo i prostor, poredak i lokacija sustiču, priznali veliki filozofi prava“, pri čemu on među njih, kao svedočanstvo da se ne bavi samo mitološkim antikvitetima, ubraja i Kanta i Loka. Po njemu, filozofski fundamenti Kantove pravne teorije polaze od pretpostavke da celokupna svojina i celokupni pravni poredak potiču iz izvornog sticanja zemlje. „Prvo prisvajanje neke stvari moglo je biti samo prisvajanje zemlje“ Ovaj „zakon moga i tvoga koji distribuira zemlju svakom čoveku“, nije, ističe Šmit, po Kantu, pozitivni zakon u smislu kasnijih državnih kodifikacija. Međutim, kao što je poznato, Kant je razvio neempirijski, transcendentni pojam prava: „Ali, ako u umu postoji nešto što se da izraziti rečju državno pravo; i ako ovaj pojam ima obavezujuću moć za ljude koji stoje jedan protiv drugog u antagonizmu svoje slobode, ako on prema tome ima objektivni (praktički) realitet ... onda se taj pojam zasniva na principima *a priori* (jer iskustvo ne može poučiti o tome šta je pravo); tako postoji jedna teorija državnog prava, i bez slaganja sa njom, nikakva praksa nije valjana“ (Sloboda i um, Velika ideicija Ideja, Beograd, 1974, str. 114-115). Naravno da Kant saobrazno ovom shvatanju prava, zatupa i neempirijski pojam svojine po kojem nijedan empirijski čin ne može konstituisati pravo na svojinu, što će reći da je čisto pravo vlasništva nad spoljašnjim predmetom nezavisno od fizičke imovine, tako da je ono opštenužno pravo. Kako bi to rekao Vofgang Kersting, interpretirajući Kanta. „Ako izvorno pravo slobode nalazi svoju spoljašnju garanciju u svojini, onda svaki čovek mora imati pravo na svojinu, zasnovano isključivo na pravu na slobodu, koje mu pripada naprosto na osnovu ljudskosti“ (Moderno čitanje Kanta, priređivači Slobodan Divjak i Ivan Milenković, Zavod za udžbenike, Beograd. str. 152.) U skladu sa tom koncepcijom, svaka stvar može da postane i ostane nečije vlasništvo, svako može da prisvaja stvari koje nemaju vlasnika i svako mora da se ponaša na način koji omogućuje ustanovljenje prava na svojinu, pri čemu je pravu na svojinu imanentno pravo na isključenje drugih iz vlasništva nad stvarima koje se poseduju, i utoliko je svojinski poredak - poredak privatnog vlasništva. Razvijajući takav neempirijski pojam svojine, Kant se suočio sa problemom prvobitnog prisvajanja - *acquistio originaria*, pošto empirijske radnje ne mogu da uspostave nikakvo pravo, bez obzira na njihov karakter i pošto jednostrani činovi volje ne mogu implicirati obaveze drugih. Kant je taj problem rešio tako što je

*acquisticio originaria* označio kao pravno nepotpune sve dok ta prvobitna prisvajanja ne zadobiju opštu saglasnost onih po koje te radnje mogu imati posledice, čime je on odbacio sve teorije prvobitnog sticanja koje ne zahtevaju konsenzus, kakva je i Šmitova. Bez toga konsenzusa, akter prvobitnog prisvajanja ne može dobiti ovlašćenje za isključivanje drugih. Pošto, dakle, prvobitna svojina nije dovoljna za sticanje prava na svojinu, ona ni na koji način ne može za Kanta biti izvor pravnog poretka, jer bi onda taj pravni poredak bio utemeljen u iskustvenom događaju, tj. ne bi bio čisto pravo po kojem se samovolja u načelu, pa onda i u vezi sa upotrebom stvari, ne može drugačije ograničiti osim čisto formalnim zakonom uma.

Što se Loka tiče, on je za razliku od Kanta, zastupao empirijski pojam vlasništva, ali je on smatrao da osnova svojine nije u nasilnim apropijacijama već u radu: „Mada su zemlja i sva niža stvorenja zajednička svojina svih ljudi, ipak svaki čovek ima svojinu nad vlastitom ličnošću; izuzev njega na to niko drugi na tome nema pravo. Možemo reći da su rad tela i delo njegovih ruku s pravom njegovi. Što god da uzme iz stanja koje mu je pružila i ostavila priroda, on je tome dodao svoj rad i pridodao nešto što je njegovo vlastito, čime je to učinio vlastitom *svojinom*. Pošto je to izneo iz zajedničkog stanja u koje ga je stavila priroda, njemu je na osnovu ovoga *rada* nešto dodato, što sada isključuje zajedničko pravo drugih ljudi. Kako je ovaj rad nesumnjiva svojina onoga ko radi, nijedan čovek sem njega ne može da ima pravo na ono što je jednom pridruženo...” (Dve rasprave o vladi, Utopija, Beograd, 2002, str. 251) „I među onima koji se ubrajaju u civilizovani deo čovečanstva, koji su doneli i umnožili pozitivne zakone o određenju svojine, još važi ovaj izvorni zakon za uspostavljanje svojine na onome što je ranije bilo zajedničko” (Isto, str. 252). Dakle, po Loku, nasilna prvobitna osvajanja ne prethode svojinskom pravnom poretku.

Kad je reč o Lokovom shvatanju odnosa prava i teritorije, on, ma koliko da je smatrao, što je i prirodno, da „vlada ima neposrednu pravosudna vlast samo nad zemljom“, nije stajao na stanovištu o jedinstvu prava i teritorije, jer karakter zakona, po njemu, ne zavisi od karaktera teritorije, niti na stanovištu da posebna državna teritorija uslovljava sve kulture koje su utoliko organski srasle sa njom. Stoga Lok kada govori o *izvornom ugovoru*, uopšte ne pominje kulturno-etnički identitet ljudi koji sklapaju ugovor. Naime, on smatra da se „za *bilo koje ljude* (kurziv - D. S.) koji su se iz prirodnog stanja sjedinili u *zajednicu* mora pretpostaviti da su svu vlast, nužnu za ciljeve zbog kojih se sjedinjuju u društvo, predali *većini zajednice*, sem ako se nisu izričito saglasili sa nekim brojem koji je veći od većine. I ovo je učinjeno pukom saglašavanjem da se sjedine u *jedno političko društvo*, što je sav ugovor koji postoji ili treba da bude između pojedinaca koji su stupili u državu ili su je stvorili. I stoga ono što započinje i stvarno uspostavlja neko političko društvo nije ništa drugo do saglasnost *nekog broja* (kurziv - S. D.) slobodnih ljudi, pogodnih za stvaranje većine, da se ujedine i da se utelove u takvo društvo. I to je

ono, i samo ono što je dalo ili može da da *početak* nekoj *zakonitoj vladi u svetu.*“ (Isto, str. 285)

Na prigovor da, pošto su svi ljudi rođeni pod vladom, oni nemaju prava da započnu novu vladu, već treba da se potčine onoj pod kojom su rođeni, Lok odgovara: „Jer oni koji bi želeli da nas ubede da samo zbog toga što smo rođeni pod nekom vladom da smo njeni podanici i da više nemamo nikakvo pravo ili izgovor za slobodu prirodnog stanja, nemaju nikakv drugi razlog – navodeći onaj o očinskoj vlasti, na koji smo već odgovorili – da navedu, već samo da je to zbog toga što su naši očevi ili praočevi izgubili svoju prirodnu slobodu i time obavezali sebe ili potomstvo na neprestanu pokornost vladi kojoj su sami bili potčinjeni. Istina je da je neko pod obavezom ako je bilo kakvu dužnost ili obećanje preuzeo na sebe, ali ne može da na osnovu bilo kog ugovora na to obaveže svoju *decu* ili potomstvo. Jer budući da je njegov sin, kada postane čovek, potpuno slobodan kao i njegov otac, *nijedan akt oca ne može više da oduzme slobodu sina...*“ (Isto, 294) I nešto dalje: „Otuda je očigledno na osnovu prakse samih vlada, kao i zakona pravog uma, da *dete nije rođeno kao podanik nijedne zemlje ili vlade.* Ono je pod starateljstvom svoga oca sve dok ne dođe u doba razboritosti; i tada je slobodan čovek koji ima slobodu da sebe stavi pod onu vladu koju sam izabere, da sebe prisajedini onom političkom telu koje želi.“ (Isto, str. 295) Drugim rečima, teritorija shvaćena kao osobeni geografsko-kulturni partikularitet ne predeterminiše karakter pravnog poretka koji počiva na primatu individualnih prava. Kada taj partikularitet i zakoni ne bi bili međusobno razdvojeni, zakoni ne bi mogli zadobiti univerzalni karakter.

Šmit na razmatranju veze između prostora i prava, poretka i lokacije, koje smo ukratko izneli, zasniva svoje viđenje značenja stare grčke reči *nomos*. Odmah na početku svoga izlaganja o ovom problemu, Šmit konstatuje da je reč *nomos* već u antici izgubila svoje izvorno značenje, pošto je počela da se upotrebljava kao opšti princip koji ne sadrži bilo kakvu supstancu koja bi služila kao osnova za svaku normativnu regulaciju ili direktivu, da bi na kraju, u 20. veku, postala sastavni deo kovanice *nomomahija* kojom je označavana borba protiv zakona. Izvorno značenje date reči razoreno je serijom opozicija, među kojima je najvažnija ona između *nomos-a* i *physis-a*, čime je izvršeno njihovo razdvajanje, zahvaljujući čemu se ono što treba da bude više nije izvodilo iz onoga što jeste, čime je *nomos* kao čisto *Sollen* (trebanje) postao opozit onome što jeste (*Sein*). „Kao puka norma i akt, *nomos* se više nije mogao razlikovati od *thesmos* (zakon i zakonodavstvo), *psephizma* (plebiscit), *rhema* (naredba) i od ostalih kategorija čiji sadržaj nije bio unutrašnja mera konkretnog poretka i lokacije već se svodio na statute i akte. Na kraju ta reč nije značila ništa više od legalističkog ozakonjenja akata koji bi trebalo da iznude poslušnost.“ (Isto, str. 69)

Stoga je Šmit sebi stavio u zadatak da obnovi značenje date reči i da joj povрати njenu energiju i veličinu. Taj zadatak, međutim, nema za cilj da „udahne novi veštački život u stare mitove“, već da učini jasnim koliko je pojam *nomos-a* aktuelan za nas, jer nas jedino on može

izvesti iz konfuzije pravnog pozitivizma, iz galimatijasa termina i pojmova karakterističnog za jurisprudenciju 19. veka usmerenu na unutrašnje stvari države.

Uprkos promenama u načinu na koji je nomos bio shvatan, ostaje, po Šmitu, činjenica da ta reč nikada nije označavala puki akt u kojem se polazi od pretpostavke o razdvojenosti onoga što jeste i onoga što treba da bude i da je spacijalna struktura konkretnog poretka irelevantna za postavljanje toga akta. Ova kasnija upotreba te reči pripada dekadentnoj eri koja je zaboravila na svoje izvorno poreklo i koja više nije u stanju da pravi razliku između fundamentalnog zakona kao jedinstva konkretnog poretka i lokacije i pukih akata, statuta, mera i dekreta. Poslednji vladari helenističkog i cezarističkog tipa, koji više nisu konstituisali već samo kontrolisali, još su znali da upotrebljavaju ruine starih poredaka i zahvaljujući tome su uspevali da izdejtstvuju pokornost i lojalnost. Da se ne bi izgubio uvid u izvorno jedinstvo između poretka i lokacije, reč nomos, po Šmitu, ne sme se prevoditi rečju zakon, norma i sličnim izrazima. „Reč nomos ima poreklo u reči *nemein* – grčka reč koja znači „deliti“ i „napasivati, pasti“. Tako je nomos neposredni oblik u kojem društveni i politički poredak nekog naroda postaju prostorno vidljivi – početna mera i podela zemlje podobne za ispašu, tj. prvobitna apropijacija, kao i konkretni poredak koji je sadržan u njoj i koji iz nje proizilazi. Nomos je *mera* na osnovu koje se zemlja u okviru partikularnog poretka deli i situira; on je takođe oblik političkog, društvenog i religioznog poretka determinisanog ovim procesom. Ovde mera, poredak i forma čine konkretno jedinstvo u prostoru. „Nomos na osnovu kojeg neko pleme ili narod zasniva svoju naseobinu, na osnovu kojeg postaju istorijski situirani preobražavajući deo zemlje u osnovu partikularnog poretka, biva vidljiv u činu aprorijacije zemlje i u osnivanju grada ili kolonije.“ (Isto, str. 70). Šmit odmah zatim poredi nomos sa zidom zbog toga što on, kao i zid, predstavlja sakralnu lokaciju, ali i sa sledom nota iz kojeg proističe muzički poredak. Pri svemu tome, on u fusnoti 10 ističe da je veoma zahvalan Vilhelmu Štapelu i Hansu Bogneru zato što su mu preporučili da se reč nomos na nemački prevede kao *Lebens Gesetz* (zakon života), ali da taj predlog ne može prihvatiti ne toliko zbog reči *Leben* koja se degenerisala u nešto biološko, koliko zbog reči *Gesetz* koju bi trebalo izbeći po svaku cenu, jer u savremeno doba nije uputno da se reč nomos prevede na nemački kao *Gesetz*. Naime, savremene akademske rasprave o nomosu su zbunjujuće, zato što su pravници skloni da govore pozitivističkim jezikom 19. veka, u čemu ih slede filozofi i filolozi. Reč koja od svih reči u njihovom vokabularu najviše unosi pometnju jeste *zakon*, jer se zbog nje svi termini, pojmovi i pojmovne opozicije koji vladaju u našoj savremenosti projektuju u rasprave o izvornom značenju termina nomos. Već decenijama je savremena situacija obeležena pogrešnim shvatanjem legaliteta. Ta situacija može se prevazići samo koncepcijom legitimiteta za koju on u to vreme tvrdi da je prilično impotentna, pri čemu Šmit, da bi bilo jasno o kakvoj koncepciji legitimiteta je reč, upućuje na svoj spis iz 1932. *Legitimitet* i *legalitet*. Ovo upućivanje je značajno, pošto ono potvrđuje tezu o kontinuitetu kad je reč o Šmitovom bazičnom stavu prema pojmovima prava i demokratije.



Šmit ovu transformaciju nomos-a u čisti zakon, koja je na delu u moderno doba, dovodi u vezu sa dominacijom prirodno-naučnog mišljenja u njemu. Naime, u prirodnim naukama se zakon shvata samo kao kalkulabilna funkcija bez ikakve supstance. Pozitivne prirodne nauke izbacile su iz svoga vokabulara termine kao što su poreklo (početak) i arhetip. One su, kako to ističe i njihov utemeljivač, Ogist Kont ,usredsređene isključivo na „pojavnii oblik zakona, a ne na njegovo poreklo“. Šmit tu, s jedne strane, pohvaljuje Hajnriha Rikerta i Vilhelma Vindelbanda zbog toga što su, reagujući na tendenciju apsolutizacije naučnog etosa, podelili nauke na prirodne i intelektualne (ili kulturološke) nauke. Ali im istovremeno prigovara zbog toga što su, pri tome, nomos uključili u prirodne nauke. Time su oni podlegli duhu vremena u kojem nezadrživo dolazi do funkcionalizacije nomosa u zakon.

Razmatrajući problem izvornog značenja reči nomos, Šmit se zadržava na interpretacijama Pindarovog fragmenta u kojem se nalazi ono čuveno: *nomos basileus*: nomos kao kralj („zakon - kralj svih, i ljudi i bogova“). Iz njegovoga navođenja brojnih interpretacija da se razabrali njegova usmerenost ka kritici onih koji pomenuti Pindarov stih tumače normativistički kao „vladavinu prava“ i ka odobravanju stavova onih po kojima Pindar tu karakteriše nomos kao vladara, kralja, despota, tiranina i slično. U Pindarovom fragmentu, kao što je već pomenuto, reč je o krađi stoke koju je izvršio Herakle savladavši troglavog džina, ranijeg vlastika date stoke. U Platonovom *Gorgiji* interpretaciju ovog mitskog događaja daje sofista Kalikle. Po njemu, Herakle je nasilno oduzeo stoku džinu Geriju, ne kupivši je i ne dobivši je, i tako, u skladu sa prirodnim zakonom, transformisao nasilje u zakon po kojem sva stoka i imovina slabijeg i inferiornog pripada jačem. Šmit odbacuje ovu interpretaciju, jer se njome nomos svodi na puko arbitrarno pravo jačega. Naime, nomos se tu tumači kao puko ozakonjenje jednoga čina. To je izraz onoga što savremeni Nemci nazivaju *normativnog snagom datoga*, čime se ono što jeste transformiše u ono što treba da bude, tj. čime se aktualitet pretvara u zakon. Šmitu je bliže Herodotovo tumačenje Pindarovog fragmenta u kojem ovaj, referirajući na Spartance, govori o nomosu kao despotu, pri čemu ne misli toliko na osobenu disciplinu Spartanaca, već na strukturu spartanskog poretka kao celine. Šmit zamera Herderlinu što reč nomos prevodi kao zakon, mada je on, po Šmitu, znao da je zakon u striktnom smislu posredovanje. U izvornom smislu - insistira Šmit - nomos je puna neposrednost pravne moći koja nije posredovana zakonom. Drugim rečima, nomos je pre-normativni izvor prava. Međutim, Šmitov odnos prema mitskoj priči o krađi stoke ostaje ovde, u prvom delu date knjige, nedovoljno jasan. Verovatno se Šmit zbog toga još jednom osvrnuo na pomenutu priču u petom delu knjige koji u stvari predstavlja njen dodatak.

U ponovnom razmatranju izvornog značenja nomosa, Šmit ističe da je za razrešenje toga pitanja najvažniji istorijski period bio prelaz sa nomadskog načina života na život u stalnim domaćinstvima: *oikos*. Time je uspostavljena razlika između privremenih nomadskih zemljišnih apropijacija i podela, koje pretpostavljaju večite seobe, i

zemljišne aproprijacije obeležene konačnošću. Ovaj drugi tip zemljišnih aproprijacija prethodi podeli zemlje kojom se stvara širi i stabilniji poredak. Kada se dovrše zemljišna aprorijacija i podela zemlje, kada se razreše problemi prelaska na novo zasnivanje, onda reč *nomos* počinje da stiče drugačije značenje, zbog toga što se epoha konstituisanja zaboravlja ili se potiskuje na nivo polusvesnog. Pošto je ono što je konstituisano učvršćeno, osećanje ove etabliranosti počinje da preovlađuje, dok napokon ne prožme sve običaje, celokupnu misao i jezik. Tada normativizam i pozitivizam postaju samorazumljive stvari, pošto se na horizontu ne pojavljuje ništa drugo osim „statusa kvo“ Onaj *nomos* iz vremena migracija i zemljišnih aproprojacija zadobija nova utemeljenja, prvo u običajima i tradiciji, zatim na zakonu i zakonicima, čime on biva redukovan na značenje reči *thesmos*. *Nomos* se shvata kao antiteza *physis*-u. Ovo protivstavljanje „prirodnog“ i „veštačkog“ postaje dominantan način razmišljanja u Demokritovo vreme. Ovim protivstavljanjem *nomos* se preobražava u depersonalizovanu normu koja se uzdiže iznad svega peronalnog, pošto ona važi za sve članove zajednice, uključiv i zakonodavca. Time se uspostavlja veza između *nomosa* i *logosa* zahvaljujući kojoj se *logos* postavlja iznad instinktivnog i emotivnog karaktera ljudi. Kao logična posledica ovoga nastaje logički postulat da zakoni a ne ljudi treba da vladaju, zato što *nomos* kao zakon, kako to kaže Aristotel, treba da bude lišen pristrasnosti, dok je „svaka ljudska duša nužno 'podložna... akcidentalnosti ljudskih strasti'“. Na taj način se Pindarov fragment tumači na neadekvatan način. I na ovom mestu, Šmit posve jasno daje svoju interpretaciju tog fragmenta u fusnoti 19 koju ćemo citirati u celosti: „Pindar govori o krađi Gerijeve stoke, koja se dešava u nomadskom svetu. Geri je bio troglavo čudovište; Herakle je mitski utemeljivač poretka. Na osnovu 'aproprijacije' stoke od džina, on stvara pravo. *Nahme* (otimanje – prev – S. D.), tj. *nomos*, tako je pretvorilo moć u pravo. To je značenje često navođenog Pidarovog fragmenta *nomos basileus*“.

Očito je da Šmit svoju interpretaciju Pindarovog fragmenta usklađuje sa svojom interpretacijom *nomosa* kao aproprijacije. Međutim, i njegova interpretacija, kao i Kalikleova, implicira priznanje *prava* jačega: Herakle je moć mogao preobraziti u *nomos* samo stoga što je bio jači od džina. I prvobitnim aproprijacijama koje se nalaze u osnovi *nomosa* imanentno je pravo jačega; neki narod koji je izvršio aproprijaciju tuđe zemlje mogao je to učiniti samo zato što se ispostavilo da je jači od naroda koji je bio prethodni vlasnik te zemlje.

Tačna je Šmitova opaska da je kod Kalikleia zakon rezultat prevodenja onoga što jeste – novi odnos snaga moći u domenu realnog – u ono što treba da bude. Ali između takvog shvatanja zakona i liberalne interpretacije društvenog ugovora postoji bitna razlika. Kant i Lok, kao utemeljivači liberalne koncepcije društvenog ugovora, ne izvode zakone, tj. ono što treba da bude iz onoga što jeste, iz *normativne snage datoga*, već kod njih ono što treba da bude ima primat nad onim što jeste, i utoliko je tu reč o čistom „trebanju“ (Sollen). Ono nije utemeljeno ni u kakvom postojećem stvarnom odnosu snaga, već kod Kanta u čistom praktičnom umu koji upravo zato što je „čist“ nije

posredovan bilo kakvom empirijom; a kod Loka u hipotetičkom prirodnom stanju koje nikada nije postojalo niti će postojati i koje utoliko čista umna konstrukcija. Otuda se njihovo pravo ne zasniva na arbitrarnom pravu jačega.

Uzdižući prvobitne teritorijalne aproprijacije na rang primarnog izvora nomosa, a onda i državnog suvereniteta, Šmit zapravo ističe primordijalni značaj borbe, borbe na život i smrt, u procesu konstituisanja nacije i države. Nomos nije statični sistem normi kojim se štite individualna prava, već mehanizam dinamičke akcije posredovanja između nasilja i prava, nasilja i poretka, revolucije i poretka. Nomos se ne ispisuje mastilom, kao ustav, već krvlju.

Država kojoj ne prethodi akcija žrtvovanja njenog naroda prožeta spremnoću na rizik borbe na život i smrt, nema istinski suverenitet.

Zbog toga su svaki nomos i pravni poredak utemeljen na njemu, kao konkretni poredak, *sui generis*. Svaki konkretni poredak je izuzetak u odnosu na sve druge takve poretke jer ima jedinstveno utemeljenje u partikularnoj supstanci, jedinstveno zbog toga što su konkretni poreci nesvodivi na bilo kakav zajednički imenilac. Ako se ovo ima u vidu, onda postaje potpuno jasna ideja Karla Šmita da, u stvari, izuzetak prethodi pravilu i predeterminiše ga, pri čemu se ovde misli na pravilo unutar određenog nomosa. „Grčka reč za prvu meru svih narednih mera, za prvu aproprijaciju zemljišta shvaćenu u smislu prve podele i klasifikacije prostora, jeste nomos.“ (Isto, 67) Čista pravna norma je, pošto je primenjiva na svaki kontekst, deterritorijalizovana norma (kad je njeno važenje kao norme pozitivnog prava ograničeno samo na okvire neke države, tu se teritorija shvata kao prazan prostor, tj. kao nešto što je neutralno u odnosu na normu kao takvu). Kod Šmita, međutim, teritorija nije prazan prostor već nešto što je spregnuto sa narodom koji živi na njoj, sa njegovom osobenom kulturom kao sistemom vrednosti i običaja, pri čemu se ovde običaji ne razumevaju kao puka konvencija koja je proizvod legalne istorije (tradicije), kao ono što Englezi nazivaju „common law“, već kao supstancijalna tvorevina koja je proizvod kulturnog *koda* jednog naroda. Pošto je Šmit, dakle, prostor posmatrao kao konkretni geografsko-kulturni partikularitet, on je izlagao kritici onu liniju pravnog mišljenja koja je nacionalnu teritoriju tretirala kao prazno područje unutar određenih granica, bez ikakvih daljih kvalifikativa. „Jevrejski autori su ptpomogli ...razvoju ideje praznog prostora“, čime su doprineli rastakanju pojma konkretnog, teritorijalno determinisanog poretka.

Bilo bi uputno razmotriti odnos između Šmitovog i antičkog shvatanja nomosa, jer će nam razumevanje tog odnosa obezbediti bolji uvid u samo Šmitovo shvatanje prava. Naravno, grčki filozofi su različito tumačili nomos, ili, još preciznije, odnos između nomosa i *physis*. U te razlike ne možemo se upuštati, već ćemo antičko shvatanje odnosa između ta dva pojma pre svega posmatrati iz perspektive načina na koji je on (taj odnos) uspostavljen u okviru stvarnog funkcionisanja polisa. Institucionalno-pravni sistem polisa se nesumnjivo, bar otkad je bio uveden pisani zakonik, zasnivao na distinkciji između *physis*-a i

*nomos*-a. Kao što je poznato, rečju *physis* (koja se najadekvatnije može prevesti rečju priroda) Grci su označavali ono što je nepromenljivo, fundamentalno, nužno, neizbežno, ono što ljudi svojom vlastitom delatnošću ne mogu promeniti, bilo da je reč o spoljnoj ili o ljudskoj prirodi. Recimo, zakon gravitacije bi bio nepromenjivi zakon koji pripada domenu spoljne prirode. Ali isto tako i činjenica da čovek diše predstavlja permanentno i univerzalno svojstvo ljudske prirode. One ljudske karakteristike koje su izraz prirodnog zakona predstavljaju nužna i opšta obeležja ljudske prirode kao takve. Takve stvari ne mogu varirati od zajednice do zajednice, od polisa do polisa, već važe u svakom polisu ili zajednici. S jedne strane posmatrano, čovek je prirodna tvorevina, produkt prirode, koji kao takav podleže prirodnim zakonima koji se ne mogu ni u kakvom društvu menjati. Nasuprot onom što je „po prirodi“ stoji ono što je „po ljudskom ustrojstvu“, *nomos*, tj. ono što je proizvod čoveka ili njegove intervencije. Neki grčki filozofi su tu reč koristili da bi načinili distinkciju između čulnog saznanja koje vodi mnenju i saznanja koje je na putu istine – saznanja stvarnosti kakava ona zaista jeste (razlika između *doxa* i *episteme*). Kao što to kaže Demokrit u fragmentu 49: „Po ustrojstvu smrtnika (*nomoi*): boja; po ustrojstvu smrtnika: gorko; po ustrojstvu smrtnika: slatko. Uistinu pak atomi i praznina.“ Dakle, Demokrit smatra da je ljudsko ustrojstvo takvo da mu svet izgleda drugačiji nego što stvarno jeste: to što ljudi opažaju boje i osećaju slatko i gorko ne znači da su objekti koje pripadaju spoljašnjem svetu, koji postoji nezavisno od naših čula, ove ili one boje niti da su slatki ili gorki, jer uistinu postoje samo atomi i praznina.

Pod terminim *physis* podrazumevala se i unutrašnja potencijalna priroda bilo koje stvari, tako da se razvoj svake stvari, posebno živih bića sagledavao kao razvoj tih karakteristika koje su bile odrfeđujuće za njenu suštinu.

Suprotnost između *nomosa* i *physis*-a sagledavala se i kao antiteza između onoga što je veštačko, utoliko što je proizvod ljudske delatnosti, i onoga što je prirodno, što je rezultat prirodnog zakona a ne ljudske intervencije, pri čemu ono što je artifičijelno ne pripada sferi nužnog već sferi akcidentalnog i kontingentnog.

Grci su smatrali da su običaji, političke ustanove i zakoni „po ljudskom ustrojstvu“, jer su rezultat ljudske delatnosti. Stoga navedene stvari nisu iste u svim zajednicama, već se razlikuju od zajednice do zajednice; štaviše, one se mogu menjati i unutar jedne te iste zajednice utoliko što u različitim vremenima mogu biti različite. Plastičnu ilustraciju relativnosti običaja dao je Herodot u svojim *Istorijama*: „Ako biste narodima kazali da izaberu najbolje običaje (*nomoi*) od svih koji postoje, svako bi izabrao svoje vlastite. Za to postoje brojni dokazi, uključujući i sledeći. Kada je Darijus bio kralj persijskog carstva, on je okupio Grke koji su bili na njegovom dvoru i upitao ih za koji bi iznos novca jeli leševe svojih očeva. Oni su na to odgovorili da to ne bi učinili ni po koju cenu. Posle toga je pozvao neke Induse koji su jeli tela svojih roditelja i upitao ih, u prisutvu Grka koji su razumeli taj razgovor zahvaljujući tumačima, za koju bi cenu

kremirali svoje roditelje. Oni su odmah glasno negodovali. Tako stoji stvar sa običajima, te ja mislim da je Pindar bio u pravu kada je napiso da je „Običaj (nomos) kralj svih“. Doduše, u arhaičkoj Grčkoj, u kojoj nije bilo pisanih zakonika, običaj koji je imao snagu zakona posmatran je kao nešto što svoj koren ima u božanskom ili prirodnom poretku i utoliko kao nešto na šta čovek ne može uticati. Drugim rečima tada se polazilo od pretpostavke o jedinstvu *physis* i *nomos*. Ali, zahvaljujući kontaktima sa drugim gradovima i civilizacijama, narasla je svest o tome da su običaji, političke ustanove i zakoni različiti u različitim zemljama. Upravo zato što nisu bili nepromenjivi, nužni, za sva društva važeći, oni su se posmatrali kao nešto što je odvojeno od „fizisa“. Ovim odvajanjem počinju se običaji, umesto *physis*, tretirati kao suspcstancijalni temelj formalno-institucionalnog sistema, jer običaji nisu bili tek puka konvencija čisto formalističkog tipa, već su oni, kao izraz dugotrajnih zajedničkih praksi članova polisa, predstavljali način njihovog života, nešto što pripada svetu svakodnevnog života. Otuda je formalno-pravni sistem polisa bio neka vrsta kodifikacije, ozakonjenja običaja koji su vladali u određenom polisu, te su otuda zakoni mogli biti dati ne u vidu negativno već u vidu pozitivno određenih propisa koji su determinisali sam sadržaj društvenog života polisa, zahvaljujući čemu je unutar svakog polisa postojalo jedinstvo forme (zakoni) i sadržaja (običaji) ili, ako se hoće, jedinstvo između onoga što treba da bude i onoga što jeste, između norme kao preskripcije i faktičkog. Partikularnosti običaja odgovarala je partikularnost zakona, zbog čega zakoni nisu bili tretirani kao norme koje važe u svakoj zajednici, tj. u svakom kontekstu, već kao nešto čije je važenje vezano isključivo za određeni kontekst, tj. zajednicu. Zakon nije bio tretiran samo kao puka deskripcija onoga što određeni narod praktikuje, već je bio posmatran i kao nešto što ima i preskriptivnu snagu: zajedničke prakse nekog naroda tretirane su i kao ispravan način života, te su zakoni bili obavezujući za sve članice polisa bez izuzetka. Otuda su oni imali kako deskriptivni tako i preskriptivni karakter. Zbog ovoga jedinstva norme i fakticiteta, u polisu nije moglo doći do odvajanja društva od države, što će reći da u polisu pojedinci nisu mogli imati slobodu izbora koncepcije dobrog života, zbog čega je polis bio homogen u etničko-kulturnom pogledu. Ova nerazdvojivost društva i države implicirala je organicističko shvatanje zajednice, tj. primat zajednice kao celine nad njenim članovima. Čuvena je ona Aristotelova formulacija u kojoj se iznosi suština organicistički shvaćene zajednice: celina, tj. zajednica koja postoji po prirodi nužno prethodi svojim delovima, tj. individualnim članovima zajednice. Kao što bilo koji organ čovekovog organizma ne može preživeti ukoliko se odvoji od tog organizma, tako ni čovek ne može opstati bez zajednice, te utoliko pojedinac, za razliku od zajednice, ne može biti samodovoljno biće: „Onaj ko ne može da živi u zajednici ili kome ništa nije potrebno jer je sam sebi dovoljan, nije deo države, te je zver ili bog“. Stoga je ostrakizam bio ravan smrtnoj presudi: napušten od svoga polisa, prognanik je ostajao bez svojih političkih prava, svoga boga, svoga dostojanstva, svoga konkretnog kulturnog identiteta, jer je sve to bilo neodvojivo od konkretnog polisa kojem je pripadao - u modernom svetu pak možete promeniti državljanstvo i tako postati građanin neke zemlje iz koje niste potekli a

da pri tome ne promenite vaša verska, kulturološka i ideološka uverenja iz prostog razloga što u toj novoj državi, ukoliko je građanskog tipa, imate ista politička i individualna prava koja ste imali ranije, jer ta prava u modernom kontekstu ne zavise kulturno-etničkog identiteta pojedinca.

Nearazdvojivost društva i države imala je za posledicu i nerazdvojivost kulturno-etničkog i državno-političkog identiteta, zbog čega atinska koncepcija građanstva nije bila neutralna u odnosu na konkretna supstancijalna određenja čoveka: nosilac građanskih prava, načelno gledano, nije tu bio „apstraktni građanin“, tj. svaki čovek, nezavisno od svoje kulturno-etničke pripadnosti i njegovog načina života, već samo čovek odgovarajuće kulturno-etničke pripadnosti kojoj je primeren određen način života; članstvo u određenom kulturno-etničkom kolektivitetu bio je, načelno posmatrano (izuzeci su uvek mogući), nužan uslov za sticanje građanskih prava, zahvaljujući čemu to nije bilo čisto formalno shvaćeno građanstvo, već ekskluzivistički, tj. partikularistički pojmljeno građanstvo: ono je uvek bilo posredovano supstancijalističkim kriterijumima. Usled centralne uloge koju su običaji imali u polisu, on se može okarakterisati i kao zajednica zajedničkih običaja, kao običajnosna zajednica ili, ako se ima u vidu činjenica da su običaji u antičko doba bili osnovni predmet etike, etička zajednica. Supstancijalno zajedničko dobro atinskih građana predstavljalo je sublimat njihovih zajedničkih kulturnih praksi koje su svoju kristalizaciju dobijale u običajima. Ovo zajedničko dobro supstancijalnog tipa prethodilo je pravu, tako da je pravni normativni sistem nužno bilo supstancijalističkog i partikularističkog tipa.

Građanstvo koje se stavlja u službu ostvarivanja jedne osobene etičke koncepcije, isključuje mogućnost razdavavanja etike i politike. Politika u polisu nije se mogla ograničiti samo na borbu za vlast, odbranu države od spoljašnjih i unutrašnjih neprijatelja, raspodelu dobara kojima raspolaže države, već je ona morala uključivati i religiozne, kulturne i moralne aktivnosti, zapravo sve aktivnosti osim onih koje su obavljali oni koji su bili isključeni iz političke zajednice (žene i robovi).

Ako se to ima u vidu, onda ne treba da čudi što Aristotel završava svoju Etiku ukazivanjem na to da proučavanje etike ima svoju završnu tačku u razmatranju zakonodavstva, dok u Politici ističe da se glavni zadatak zakonodavca sastoji u obrazovanju građana za život u vrlini, tj. za život usmeravan dobrim običajima i zakonima. Uostalom, u *Nikomahovoj Etici* doslovno stoji da su „politička nauka (*politike*) i praktični um (*phronesis*) jedna te ista stvar“.

Pošto su vrednosti koje su bile imanentne supstancijalnom dobru atinskog polisa, kao sublimatu atinske običajnosti, prethodile pravu i utoliko ga predeterminisale, one nisu mogle biti predmet slobodnog izbora pojedinaca, što će reći da građani polisa nisu mogli da ih dovode u pitanje: njihova sloboda bila je ograničena tim okvirom; rasprava, razmena mišljenja, deliberacija između članova polisa mogla se kretati samo unutar pretpostavki na kojima počiva supstancijalno dobro polisa - oni su imali slobodu participacije u

javnom dobru, ali ne i slobodu kao individualnu autonomiju koja može biti na delu samo u sistemu u kojem pravo prethodi dobru, tj. u kojem postoji sloboda od države kao sfera negativnih sloboda gde pojedinac može delati nezavisno od zajednice i od drugih pojedinaca – član polisa pak nije imao slobodu delanja nezavisno od zajednice i od drugih pojedinaca.

Jasno je da šmitovski shvaćena država i polis imaju nekoliko bitnih zajedničkih tačaka.

Sušтина i jednog i drugog sastoji se u pre-ustavnom, pre-normativnom supstancijalnom homogenitetu koji ima partikularistički karakter. I po Šmitu i po Grcima, svaka zajednica ima sebi primeren supstancijalni temelj, po čemu se ona bitno razlikuje od drugih zajednica. Utoliko je *nomos*, kao supstancijalna osnova svake zajednice, teritorijalizovani *nomos*. I na Šmitovo i na grčko shvatanje *nomosa* primenjivo je Trirovo određenje *nomosa*: „Svaki *nomos* sastoji se iz onoga što se nalazi unutar njegovih vlastitih granica“ (navedeno prema C. Schmitt, *The Nomos of the Earth*, str. 75). U istraživanju Josta Trira prepoznaje se orijentacioni karakter izvornih reči. To posebno važi za reči kao što su 'međa', 'zabatni zid', kao i za grupu reči kojima se označava „kuća“, „utvrđenje“, „ograđivanje“, ističe Šmit, da bi zatim citirao samog Trira: „U početku, utvrđenje, bedemom opasani prostor i granica bili su nerazmrsivo povezani sa svetom koji su nastanjivali ljudi, determinišući njihove pojmove. Ograđivanje je dalo nov smisao svetilištu, uklanjajući ga iz običnog i stavljajući ga pod njegove vlastite zakone i poveravajući ga božanskom.“ (str. 74) Šmit, sledeći Trirovu logiku, dodaje da je zatvoreni prsten – bedem koji su svojim telima obrazovali ljudi, ljudski prsten – bio prvobitni oblik ritualne, pravne i političke kohabitacije ljudi. „U daljem istraživanju pokazaće se plodnim referiranje na ovo shvatanje zakona i mira koje se izvorno zasnivalo na ograđivanjima u *spacijalnom smislu*. To nije bilo ukdanje rata, već njegovo stavljanje u zgrade, što je predstavljalo središnji problem svakog legalnog poretka.“ (Isto, 74)

I za Šmita i za stare Grke svaka zajednica ima pre-normativnu supstancijalnu osnovu koja je *sui generis*. Isto tako, Šmit i stari Grci daju sličnu ulogu racionalnom mišljenju prilikom postavljanju pravnog normativnog sistema. Pošto se, po Grcima, institucionalno-pravni sistem nije mogao postaviti nezavisno od partikularne supstancijalne običajnosti, zakoni nisu mogli biti proizvod čistog racionaliteta, kao što je to slučaj kod pristalica moderne prirodno pravne teorije. Racionalno utvrđivanje pravnog poretka moralo je uvek uzimati u obzir običaje kao prerefleksivne oblike ljudskog ponašanja: ono prerefleksivno prethodilo je racionalnom i unapred ga uslovljavalo kad je reč o normiranju pravnog poretka.

Prema Šmitu pak, korespodencija između mišljenja i bića, u načelu gledano, nije moguća, jer racionalno mišljenje ne može nikada zahvatiti biće u svoj njegovoj punini, te zato svaki pokušaj eliminisanja ovog mišljenjem neuhvatljivog rezidua vodi u diktaturu apstraktnih racionalnih konstrukata nad svetom života. Jedini način da

se to izbegne jeste da se racionalno mišljenje utemelji u preracionalnim, prekonceptualnim dimenzijama konkretnog poretka.

Ali razlika između Šmitovog i grčkog shvatanja nomosa ogleda se u različitom tumačenju *porekla* ove homogene prenormativne supstancijalne osnove zajednice. Grci su smatrali da dati homogenitet ima svoje izvorište dugotrajnim zajedničkim delatnostima članova polisa, u njihovoj kulturnoj tradiciji i da je on utoliko proizvod ljudske delatnosti.

Šmit, pošto stoji na stanovištu o jedinstvu *physis-a* i nomos-a, drži da ovaj homogenitet postoji po prirodi, tj. da se priroda postarala da svaki narod ima sebi svojstvenu supstancijalnu homogenost kulturno-etničkog tipa, tako da je njegov razvoj aktualizacija njemu intrinzičnih osobina. To bi proizlazilo iz već navedenog mesta iz *Političke Teologije* gde on ističe da homogenost postoji ili ne postoji; ako postoji onda postoji *prirodno*. Iz te perspektive, gledano, tradicija samo može potpomoći učvršćivanju te unutrašnje prirode svakog naroda.

Šmit je svakako bio svestan činjenice da odvajanje nomosa od *physis-a* otvara put ka postavljanju zakona kao nečega što ima karakter čisto formalne konvencije, ma koliko da to u antičkoj Atini još nije bilo učinjeno, pošto zakon, budući da mu je običaj supstancijalna osnova, nije bio desupstancijalizovan. Ali ovo razlikovanje *physis-a* i nomosa svakako je doprinelo tome da se u Atini prvi put u svetskoj istoriji zasadi koren vladavine prava ili, ako se hoće, zakona čiji izvesni elementi važe i danas. Pidarova metafora „zakon je kralj svih“ kojom se zapravo autoritet zakona uzdiže iznad kralja, tj. vladara, ponavljali su na različite načine mnogi utemeljivači modernog prava i modernog ustava. Njome je tezi na kojoj počivaju nedemokratski (tiranski, despotski itd.) režimi – vladar je iznad zakona – suprotstavljena teza: Nije kralj taj koji stvara zakone, već je zakon taj koji stvara kralja. Utemeljivači prve liberalne zemlje na svetu, Amerike, varirali su tu tezu. Tako je Džon Adams zahtevao da se uspostavi „vladavina zakona, a ne ljudi“. Pisac deklaracije o ljudskim pravima, Tomas Pejn bio je posve eksplicitan: „U Americi, zakon je kralj. Jer, ako je u apsolutističkoj vlasti kralj zakon, onda u slobodnim zemljama zakon treba da bude kralj.“ Džon Lok je, govoreći o uzurpaciji vlasti, isticao da je „tiranija vršenje vlasti izvan prava, na šta niko nema pravo; da tiranija nastaje tamo gde god zakon prestaje. Itd.

Dakle, utemeljujući princip modernih liberalnih demokratija ugledao je svetlo dana, doduše u svom embrionalnom obliku, u antičkoj Grčkoj.

Pri raspravi o vladavini prava u antici najčešće se navode dva spisa dvojice velikih mislilaca: Platonovi *Zakoni* i Aristotelova *Politika*. U prvom od pomenutih spisa kaže se: „One koji se obično nazivaju upravljačima prozvao sam sada slugama zakona, i to ne zato što želim da uvedem neke novotarije u davanju naziva, nego zato što sam ubeđen da upravo od toga više nego od ičega drugog zavisi i spas države kao i tome suprotno (tj. propast – prev). Jer u državi gde zakon



zavisi od vlasti upravljača i gde on sam nema tu snagu, ja vidim da je spremna propast. A u državi gde je zakon gospodar upravljača, i gde je vlast potčinjena zakonima, ja dobro vidim da postoje i spas i sreća i sve blagodati koje bogovi dadoše državama“ (Zakoni, 715d, BIGZ, Beograd, str. 145)

U drugom, Aristotelovom, stoji sledeće: „Apsolutna monarhija ili arbitrarna volja suverena nad svim građanima, u gradu koji se sastoji od jednakih, smatra se nečim što što je suprotno prirodi, ovo zbog toga što se drži da je pravedno da među jednakima svako može da vlada i da bude podvrgnut vlasti. Stoga vladavina zakona biva pretpostavljena vladavini bilo kog pojedinca. Po tom istom principu, i kad bi bilo bolje da izvesni pojedinci vladaju, oni treba da budu samo zaštitnici i izvršioc zakona. Zakon je razum koji nije vođen željom (strašću)“ „Da li je korisnije potčinjavati se najboljem čoveku ili najboljim zakonima? Oni koji smatraju da je u interesu države da njome upravlja kralj drže da zakoni daju samo opšte odredbe a ne predviđaju sve pojedinačne slučajeve, pa je stoga, kao uostalom i u svakoj veštini, naivno upravljati se samo po propisima... Svakako da oni u čijim je rukama vlast treba da znaju i one opšte odredbe. Ali je jači onaj u kome uopšte nema strasti nego onaj ko ih po svojoj prirodi ima. Zakon je, dakle, bez strasti, a svaka ljudska duša, naprotiv mora da ih ima.“ (Politika, 1268a, Kultura, Beograd, 1970, str. 104)

I jedan i drugi mislilac, očito je, daju prvenstvo vladavini zakona nad vladavinom ljudi, čime istovremeno zakon tretiraju kao depersonalizovanu normu koja važi, bez izuzetka, za sve članove atinskog polisa koji imaju građanski status. I Solon, koji je po mnogim tumačima, svojim zakonodavnim reformama uveo demokratiju u atinsku državu, govorio je da je suština demokratije – pokoravati se zakonu a ne gospodaru. Time se uvodi distinkcija između zapovesti koja je arbitrarni čin pojedinca, popšto nije ograničena nikakvim opštim i unapred postavljenim normativnim pravilima, i zakona kao opštevažeće norme za sve građane jedne zajednice; između zapovesti koja počiva na moći i stoga se diskriminatorski odnosi prema onima koji su manje moćni ili koji su bez moći, i zakona koji, usled opštosti svog važenja, ograničava sve podjednako, i one moćne i one manje moćne; između deljenja pravde od slučaja do slučaja i zakonske pravde koja počiva na primeni istog aršina za sve konkretne slučajeve; između hirovite, strastima prožete odluke vlastodršca kojoj je imanentno privilegovanje vlastitih interesa, i zakona kao nepristrasnog pravila koje ne dopušta nikakve privilegije, tj. odredbe koje idu u prilog samo jednoj osobi ili grupi ljudi, niti diskriminaciju, tj. odredbe koje idu na štetu samo jedne osobe ili grupacije.

Na najopštijoj ravni govoreći, prema zastupnicima vladavine zakona, nije moć ta koja stvara zakon, već je zakon taj koji ograničava moć. Grci su uveli ideju da zadatak ustava nije da potvrdi dominaciju bilo kog interesa, već da to spreči. Na distinkciji između samovoljne arbitrarne vlasti i vladavine zakona kao vladavine podređene unapred utvrđenim opštim pravilima zasnovan je ključni princip atinske demokratije – jednakost svih pred zakonom.

U atinskoj demokratiji je, u njeno zlatno doba, svaki muški građanin, nezavisno od svog klasnog i imovinskog statusa imao pravo neposredno participira u procesu upravljanja ovim gradom-državom. On je mogao da participira u organima u kojima su donošene odluke o pravnim sporovima; u magistratima; u upravljačkom Savetu čiji se čelnik rotirao, u zakonodavnoj skupštini, pri čemu se njegova pozicija određivala kockom. U cilju obezbeđivanja odgovornosti, građani su mogli da optužuju sudije koje su vodile slučajeve za povredu zakona. Kao što je to istakao u svom čuvenom govoru Lord Akton, Solon je, „verujući da se u jednog čoveka ne može imati apsolutno poverenje, podvrgao sve koji vrše vlast kontroli onih u ime kojih ovi vladaju... On je uveo ideju da čovek treba da da svoj glas pri izboru onih čijoj čestitosti i mudrosti je on prinuđen da poveri svoju sudbinu, svoju porodicu i svoj život“. Grci su podređivanje zakonu dovodili u vezu sa slobodom, jer ukoliko se ljudi potčinjavaju zakonu, oni se u tom slučaju ne povinuju samovolji jednog čoveka ili neke grupe osoba, već opštoj volji u čijem su formiranju i sami participirali.

Identitet onih koji vladaju i onih kojima se vlada ovde proizilazi iz jednakopravnosti: i upravljači i oni kojima se upravlja podvrgnuti su istim zakonima. Jednakopravnost je predstavljala temelj na kojem je mogla izrasti otvorena rasprava, deliberacija, razmena argumenata i protivargumenata kao pretpostavka za način rešavanja problema, za način odlučivanja.

Ali postoji jedna stvar koja nam, ukoliko se adekvatno pojmi, omogućuje da precizno utvrdimo razloge zbog kojih se atinska vladavina zakona pokazuje kao bitno ograničenija od moderne vladavine prava. Tu stvar na najbolji način određuje činjenica da istinski, temeljni atinski zakonodavac, zakonodavac nad zakonodavcima, nije bio čovek-pojedinac, ma bio on dat i u figuri velikog zakonodavca kakav je bio Solon, već običaji kao rezultat kristalizacije osobene dugotrajne kulturne tradicije Atinjana. Ta tradicija dakako nije bila nekakav statični univerzum, nepromenljiv i jednom za svagda dat. Naprotiv, ona je bila nešto što se uvek iznova menja, nešto što se može odrediti u terminima dinamičkog procesa, ali se to menjanje odvijalo pod jednim te istim temeljnim pretpostavkama, zahvaljujući kojima se ona bitno razlikovala od kulturnih tradicija drugih naroda. Stoga su atinski zakoni, i pored toga što su doživljavali promene, nužno nosili pečat bazične vrednosne matrice imanentne atinskoj posebnoj običajnosti kao takvoj. Stoga su predlozi novih zakona temeljito preispitivani kako bi se ustanovilo da li su konzistentni sa prethodnima čime se na posredan način uspostavljao kontinuitet sa bazičnom vrednosnom matricom.

Ovaj utemeljujući princip atinskog pravnog sistema, zbog kojeg su ljudi-zakonodavci nastojali da pri racionalnom utvrđivanju pravnog poretka uzimaju u obzir običaje kao prerefleksivne oblike kolektivnog ponašanja, nužno je relativizovao apstraktnost, opštost, depersonalizovanost i nepristranost, tj. neutralnost atinskih zakonskih normi i utoliko smanjivao njihovu inkluzivnost. Pre svega, te zakonske norme nisu mogle biti neutralne prema običajima kao takvima, jer bi

se takvom vrstom neutralnosti omogućio pluralizam različitih partikularnih kulturnih tradicija, čime bi se radikalno dovele u pitanje bazične pretpostavke atinske supstancijalne običajnosti. Naime, pravni sistem koji bi, u načelu, bio neutralan prema običajima kao običajima ne bi se mogao zasnivati ni na jednom tipu običajnosti. Dakle, takav sistem bi ukinuo privilegovanu poziciju atinske običajnosti jer bi je, budući ravnodušan prema svakoj običajnosti, stavio na istu ravan sa svim ostalima, čime bi bio uklonjen sam supstancijalni temelj atinskog prava. Ako se običajnost shvati u našem značenju toga pojma, kao određeni način ljudskog života zasnovan na određenim ideološkim, etičkim i kulturno-religijskim koncepcijama življenja, onda bi običajnosno neutralni sistem bio u stvari vrednosno neutralan sistem (ovde se misli samo na supstancijalne vrednosti), što će reći da bi njegove norme i principi bili čisto formalnog karaktera, ispražnjeni od svakog van-normativnog sadržaja, i utoliko desupstancijalizovani. Upravo zbog toga, njegova *inkluzivnost bi bila najvišeg mogućeg stepena*: on bi isključivao samo one vrste običajnosti koje su nespojive sa principima na kojima počiva pluralizam, tj. one kojima je, modernim jezikom govoreći, imanentan *fundamentalistički* pogled na svet: utemeljivanje celokupnog sistema na jednom supstancijalističkom pogledu na svet. Jer što su zakonske norme apstraktnije (besadržajnije), opštije, univerzalnije, to su one depersonalizovanije i inkluzivnije. Ali, ovde je od odlučujućeg značaja uočiti jednu stvar koja obelodanjuje temeljnu razliku između atinske i moderne vladavine zakona: sistem čisto formalnih normi, koje, kao takve, moraju imati univerzalni karakter, nužno uspostavlja primat individualnih prava koji povlači za sobom priznanje sfere negativnih sloboda, kao odvojene od države, sfere u kojoj svaki pojedinac može da čini ono što želi, uz uslov da poštuje istu takvu slobodu drugih. Suštinu takvog sistema čine negativni propisi (zabrane) kojima se ograničava ponašanje pojedinaca isključivo sa ciljem da se svakom omogući da raspolaže svojim domenom slobode bez ikakvog uplitanja drugoga, bilo pojedinca bilo države. Negativnim pravnim propisima se pojedincu kao pojedincu omogućuje i ograničava sloboda izbora, ali se njima ne predeterminiše njen sadržaj. Suštinu atinskog demokratskog režima, upravo zato što je on počivao na određenom tipu supstancijalne običajnosti, a ne na čisto formalnoj racionalnosti činili su ne negativni, već sadržajno određeni propisi kojima se uspostavlja sfera pozitivnih sloboda, neodvojiva od zajednice kao celine. Stoga se razlika između moderne i antičke vladavine prava ne pokazuje samo kao kvantitativna, kao razlika u većem stepenu inkluzivnosti, već i kao kvalitativna, kao razlika u karakteru slobode, kao razlika između negativne i pozitivne slobode. U sistemu koji jemči negativne slobode, individualno pravo prethodi supstancijalnom dobru, tako da ovo dobro postaje stvar pojedinčevog slobodnog izbora, dok u sistemu koji garantuje pozitivne slobode supstancijalno dobro prethodi individualnim pravima i otuda ih sadržajno omeđuje i predeterminiše sadržaj pojedinčevog izbora. Stoga u modernim demokratijama nije država ta koja definiše pojam dobrog i vrlog života, već to prepušta samim građanima, dok je u atinskom društvu zajedničko supstancijalno dobro predstavljalo sam *telos* države, njenu najvišu svrhu i utoliko i najviši cilj življenja njenih

članova. U završnom poglavlju *Etike*, u kojem se razjašnjava nužnost prelaza na *Politiku*, Aristotel ističe da kad je reč o praktičnim stvarima, cilj nije samo saznanje šta je vrlina, već i saznanje načina kako se postaje vrli član polisa. Uvid u ovo poslednje daje *Politika*. Razlog ovome leži u činjenici da je vrlina pre svega rezultat zakona, tako da znati na koji način se proizvodi vrlina znači znati kako biti dobar zakonodavac. Zakoni kojima su se određivale same pretpostavke na kojima je počivala atinska supstancijalna običajnost bili su stariji od narodne volje i utoliko nedodirivi. Kako to ističe Fistel de Kulanž, u Atini su postojali naročiti magistrati koji su nazivani čuvarima zakona i čija su mesta u skupštini bila uzdignuta čime se stavljalo da znanja da su oni iznad nje jer predstavljaju zakone koji su stariji i od naroda. To da li država ima prvenstvo u odnosu na pojedinca nije moglo biti predmet glasanja već se tome prilazilo kao nečemu što se podrazumeva. Sam Solon je, govoreći o svom zakonodavnom radu istakao: „To beše posao kome se niko nije nadao; jer ga izvrših uz pripomoć bogova“ (Fistel de Kulanž, *Antička država*, Prosveta, 1956, str. 37) Ovo postaje jasno tek ukoliko se ima u vidu da je paganska religija, kao teritorijalizovana, za određeni konkretni prostor vezana religija bila temeljna odrednica atinske običajnosti. Sam Solonov zakonik bio je u isto vreme i ustav i zakonik i ritual. U njemu su regulisani red žrtvovanja i cena žrtava, kao i obredi i kult mrtvih. Jedan deo atinskog zakonodavstva, pošto je bio tretiran kao izraz transcendentnog poretka koji se nalazi iza žive zajednice, imao je posvećeni status.

Šmitova koncepcija demokratije ima, kao što je već nagovešteno, zajedničkih tačaka sa atinskim shvatanjem demokratije: supstancijalni karakter demokratije, demokratija kao identitet između onih koji vladaju i onih kojima se vlada, demokratija kao jedinstvo društva i države, teritorijalizacija nomosa, ukorenjenost demokratije i prava u religiju, dominacija zajednice nad pojedincem i tome slično. Međutim, i pored toga, Šmit je bio izrazito kritički raspoložen prema atinskoj koncepciji demokratije i prava. Polaznu tačku ramimoilaženja – različiti pristup tumačenju odnosa između nomos-a i physis-a već smo naveli. Daljnje razlike proishode iz različitog odnosa Šmita i Atinjana prema koncepciji identiteta između onih koji vladaju i onih kojima se vlada. Naime, Šmit ovaj identitet izvodi isključivo iz pojma naroda kao etničko-kulturne homogenosti, ne vezujući ga za jednakost prava onih koji upravljaju i onih kojima se upravlja. Tako on u svom spisu *Legalnost i legitimnost* doslovce kaže: “Metod stvaranja volje putem utvrđivanja proste većine smisaon je i podnošljiv ako može da se pretpostavi supstancijalna istovrsnost čitavog naroda. U tom slučaju, naime, ne postoji *nikakavo nadglasavanje* manjine, već glasanje treba samo da omogući obelodanjivanje latentno postojeće i pretpostavljene saglasnosti i jednodušnosti. Pošto svaka demokratija, kao što je već pomenuto, počiva na pretpostavci neposredno istovrsnog, čitavog, jedinstvenog naroda, za nju u samoj stvari u suštini uopšte ne postoji manjina, a još manje većina čvrstih, konstantnih manjina. U postupak utvrđivanja većine ne upušta se, recimo, stoga što bi se zbog relativizma ili agnocistizma odustalo od toga da se otkrije ono što je istinito i ispravno... nego se pretpostavlja

da, na osnovu iste pripadnosti istom narodu, svi na isti način u suštini hoće isto. Otpadne li pretpostavka nedeljive nacionalne istovrsnosti, onda je bespredmetni, sadržinski prazan funkcionalizam čisto aritmetičkih utvrđivanja većine... samo kvantitativno veće ili manje vršenje nasilja prema nadglasanoj a time i ugnjetenoj manjini. Tada prestaje demokratski identitet onih koji vladaju i kojima se vlada, onih koji zapovedaju i onih koji se pokoravaju; većina zapoveda a manjina ima da se pokorava.“ (Norma i odluka, str. 318.) Za razliku od toga, ma koliko da su Atinjani supstancijalnu osnovu demokratskog identiteta videli u zajedničkoj običajnosti, oni su ovaj identitet istovremeno povezivali i sa idejom jednakopravnosti, tj. da svi građani polisa, i oni koji vladaju i njihovi podanici, imaju ista, zakonski zagarantovana, prava, čime se, u načelu gledano, isključuje svaki decizionizam kao vanlegalno donošenje odluka. Time su stari postavili temelj ustoličenju depersonalizovane i opštevažeće norme kao nužnog elementa pravnog sistema. Ta norma, zbog svoje veze sa kulturnom tradicijom, još nije mogla biti tretirana kao univerzalna norma čisto formalnog karaktera koja bi važila za svakog čoveka, nezavisno od njegovog porekla, pola, rasne, etničke i kulturne pripadnosti, ali je prototip ove poslednje norme već bio postavljen u Atini. Kao logična posledica toga, u Atini je postavljen i prototip slobodne deliberacije, razmene argumenata i kontraargumenata prilikom razmatranja društvenih problema.

Naravno, da je ovakav koncept demokratije i s njom povezane vladavine prava nespojiv sa Šmitovim konceptom suverena. To ne zanči da je Šmit odbacivao svaki oblik demokratije. Naprotiv, njegova koncepcija je, po samorazumevanju, demokratska, ali o kakvom tipu demokratije je tu reč videće se iz daljeg izlaganja.

Kao što je već pokazano, polazna tačka Šmitove koncepcije demokratije jeste pre-institucionalizovana etnička i nacionalna istovrsnost i jedinstvenost teritorijalizovanog naroda koja ne zahteva objašnjenje jer je to naprosto egzistencijalna činjenica kolektivnog života. To je egzistencijalna osnova političkog jedinstva jednog naroda u Šmitovom smislu. Sve drugo, uključivši i suverena, ispostavlja se kao sredstvo za očuvanje te egzistencijalne činjenice kolektivnog života. Šmitova koncepcija jeste demokratska zato što on smatra da je neposredno izražavanje volje neposredno prezentnog naroda najbolji način za održavanje i očuvanje njegovog autentičnog kolektivnog identiteta. U svom spisu iz 1928. O nauku o ustavu (Verfassungsglehre) Šmit ističe: „Jedino stvarno okupljeni narod jeste narod i jedino stvarno okupljeni narod može realizovati ono što distinktivno pripada akcijama toga naroda: on može aklamovati, tj. izraziti svoj pristanak ili nepristanak posredstvom vike, uzvikivanja Gore ili Dole, posvećujući nekog lidera ili neki predlog, izražavajući obožavanje prema kralju ili nekom drugom ili odbacujući ga aklamacijom ili gunadžanjem.“ (Schmit, Verfassungsglehre, 4. Izdanje, Duncker & Humbolt, 1965, str. 200)

Ovakvo shvatanje narodne suverenosti, Šmit na različite načine iskazuje i u drugim svojim spisima iz vajmarskog perioda. Tako u

prethodnoj napomeni za drugo izdanje Duhovno-povesnog položaja parlamentarizma, on izlaže kritici liberalno shvatanje da narod svoju volju može najbolje ispoljiti prilikom tajnog glasanja, tako što će njegovi pripadnici dati svoj glas u najdubljoj tajnosti, zaštićeni od pogleda drugih, dakle, nalazeći se isključivo u privatnoj sferi. Osnova njegove kritike tajnog glasanja leži u stavu da je narod pojam javnog prava. „Narod postoji samo u sferi javnosti. Jednoglasno mnjenje 100 miliona privatnih ljudi nije ni volja naroda ni javno mnjenje. Volja naroda može se isto tako dobro, i još bolje, izraziti dovikivanjem, *acclamatio* naroda, samorazumljivim, neosporenim postojanjem... Što je snažnije demokratsko osećanje, to je sigurnije saznanje da je demokratija nešto drugo nego sistem registrovanja tajnih glasova“ (Norma i odluka, str. 160). Slično ovome, Šmit u svom spisu *Legalnost i legitimnost*, govoreći o smislu plebiscitarnog izjašnjavanja, naglašava da cilj ovog ispoljavanja volje nije normiranje, već odluka putem volje, čime se zapravo protivstavljaju *voluntas i ratio*, dodajući pri tome da narod ne može da savetuje i raspravlja, već da samo kaže „da“ ili „ne“. „Usled svoje zavisnosti od pitanja, svi plebiscitarni metodi, naime, pretpostavljaju vladu koja ne samo da obavlja poslove nego i ima autoritet da u pravom trenutku na pravi način preduzme plebiscitarna postavljanja pitanja. Pitanje se može postaviti samo odozgo; odgovor može doći samo odozdo. I ovde se potvrđuje formula velikog konstruktora ustava Sjejesa: autoritet odozgo; poverenje odozdo.“ (Isto, str. 356)

Pojam narodnog suvereniteta kao naroda koji odlučuje jedino u svojoj stvarnoj ukupnosti, kao skup svih građana, ima za Šmita smisla samo pod pretpostavkom postojanja supstancijalne etničko-kulturne homogenosti naroda. Jer samo pod tim uslovom, u narodu može postojati latentna jednodušnost (saglasnost) koja je uslov bez kojeg ne može biti demokratije. Glasanje kojim se utvrđuje većina samo je način da se eksplicira ono što u supstancijalno istovrsnom narodu kao celini postoji u vidu latencije. Utoliko glasanje ima smisla samo ako se vrši unutar supstancijalno homogenog naroda jer se ne mogu sabirati „babe i „žabe“ , već samo istovrsne veličine. Pod drugačijim pretpostavkama, tj. pod pretpostavkama da je masa državljana podeljena na veći broj međusobno heterogenih kompleksa moći i interesa, utvrđivanje većine glasanjem, tj. svaki princip aritmetičke većine gubi svaki svoj smisao, jer tada potrebna većina nastaje putem kompromisa „više heterogenih stranačkih kompleksa“, a zakon postaje „kompromis heterogenih gomila moći“.

Uzme li se u obzir ovaj smisao utvrđivanja većine posredstvom glasanja (tj. da je ono sredstvo da se sazna ono što je latentan stav celokupnog naroda povodom datog pitanja), problem nadglasane manjine ispostavlja se kao prividan, jer je manjinska volja u suštini identična sa voljom većine. Šmit ovde u pomoć poziva Rusoa i njegov *Društveni ugovor* ističući da su njegovi često citirani stavovi iz pomenutog dela od fundamentalnog značaja za demokratsku teoriju i da su oni u skladu sa jednom starom tradicijom: „... u demokratiji se građanin saglašava i sa zakonom koji je protiv njegove volje; jer je zakon *volonte generale*, a to je opet volja slobodnih građana; dakle,

građanin gotovo nikada ne daje svoju saglasnost nekoj konkretnoj sadržini, već *in abstracto* rezultatu, opštoj volji koja proizilazi iz glasanja, i on daje taj glas samo da bi omogućio kalkulaciju glasova iz koje se saznaje ta opšta volja. Ako rezultat glasanja odstupa od sadržaja glasanja pojedinca, onda onaj ko je nadglasan spoznaje da se prevario u pogledu sadržaja volje... A pošto, kako to Ruso izričito nastavlja, opšta volja odgovara istinskoj slobodi, onda onaj koji je nadglasan nije bio slobodan“ (Norma i odluka, str. 166). Pošto je podela na većinu i manjinu u suštini nepostojeća u istinskoj demokratiji, jer na osnovu pripadnosti homogenom narodu „svi na isti način u suštini hoće isto“, u toj i takvoj demokratiji izlišan je zahtev za zaštitu manjine. Ako je potreba za takvom zaštitom u određenom kontekstu zaista velika, to je samo pouzdan znak da tu više sa demokratijom nemamo posla, tj. da je ona u tom slučaju negirana.

Shvatajući značenje glasanja na naznačeni način, Šmit ga, u stvari, stavlja u funkciju obelodanjivanja istine, pri čemu se ta istina određuje kao korespondencija između konkretne odluke jednog naroda sa njegovom supstancijalnom suštinom. Utoliko to nije nikakava univerzalna, za sve narode, kontekste i sva vremena važeća, istina, već partikularna istina čije je važenje ograničeno samo na jedan narod. Istinita odluka u ovom smislu sasvim je protivstavljena i odluci donesenoj u okviru univerzalnih, čisto formalnih pravnih ograničenja, jer ova ograničavajuća pravila apstrahuju od partikularističke suštine bilo kog naroda. Pošto svaka demokratija počiva na partikularistički shvaćenju jednakosti, jednakost svih ljudi kao ljudi nije demokratija, nego određena vrsta liberalizma, nije oblik države, nego individualističko-humanitarni moral i pogled na svet.

Sa stanovišta ovako shvaćenog narodnog suvereniteta, Šmit izlaže radikalnoj kritici parlamentarno predstavništvo kao takvo, zajedno sa njegovim proceduralnim mehanizmima, pozivajući se pri tome opet na rusovske ideje da narodno predstavništvo mora da se povuče pred neposredno prezentnim suverenim narodom identičnim sa samim sobom, jer, kako bi to rekao Ruso, „predstavnik mora da začuti kad sam predstavljeni govori“. Polazeći od načelne kritike parlamentarne predstavničke demokratije, on nastoji da ukaže i na hibridni karakter Vajmarskog ustava. Hibridnost toga ustava ogleda se u tome što on u sebi na protivrečan način povezuje dva međusobno bitno različita principa – plebiscitarno-demokratsku legitimnost i legalnost države zakonodavstva – koji zapravo predstavljaju utemeljujuće principe dva različita oblika države. Pored redovnog zakonodavca – parlamenta – vajmarski ustav uvodi i samostalni narodni zakonodavni postupak neposredne demokratije „koji, konkurišući, teče paralelno sa redovnim parlamentarnim zakonodavnim postupkom i u kojem se zakon izglasava *plebiscitom po želji naroda*.“ (Norma i Odluka, str. 333) Između ove vrste plebiscita i plebiscita kao sastavnog, završnog dela parlamentarnog postupka postoji, po Šmitu, ogromna razlika, pošto se ovim poslednjim plebiscitom sistem parlamentarnog zakonodavstva samo modifikuje, bez uključivanja novog zakonodavnog postupka, specifičnog za tog drugog zakonodavca, dok se onim prethodnim plebiscitom – plebiscitom po želji naroda u postupku narodnog

zakonodavstva - utemeljuje novi zakonodavni postupak koji pripada drugačijem obliku države. „Te dve vrste plebiscita - od kojeg prva pripada sistemu parlamentarne države zakonodavstva, dok kod druge narod nastupa kao isključiva merodavna figura demokratsko-plebiscitarnog sistema, i to plebiscitarne legitimnosti a ne legalnosti države zakonodavstva - treba, dakle, odvajati jednu od druge. One su izraz potpuno različitih vrsta države. Ma koliko bilo tačno da se ustanove neposredne demokratije, kao neizbežna konsekvencija demokratskog mišljenja, nadrede ustanovama takozvane 'posredne demokratije' parlamentarne države, ipak s druge strane sistem legalnosti parlamentarne države zakonodavstva samostalno ostaje idejno i organizaciono osobena tvorevina koja nipošto nije izvedena iz demokratije i dotične volje naroda“ (Isto, str. 338-339)

Ova kontradikcija između plebiscitarne legitimnosti i legalnosti države zakonodavstva, kao unutrašnja kontradikcija Vajmarskog ustava, mogla bi se razrešiti „samo onda ako bi ustav (misli se na Vajmarski ustav - prim. S. D.) plebiscitarni sistem neposredne demokratije postavio na mesto parlamentarne države zakonodavstva i njenog sistema legalnosti. To on, bez sumnje, nije hteo“ (Isto, 337)

Ukazujući u datom spisu na to da se raspoloženje javnosti sve više okreće u prilog tezi da je promena Vajmarskog ustava nužnost, Šmit istovremeno ističe da postoji velika opasnost da velika ustavna reforma skrene opet sa pravog puta, ukoliko se sa svom ozbiljnošću ne razmotri temeljna alternativa: „priznanje supstancijalnih sadržaja i snaga nemačkog naroda *ili* zadržavanje i dalje razvijanje funkcionalističke vrednosne neutralnosti sa fikcijom podjednake šanse za sve sadržaje, ciljeve i pokrete bez razlike.“ (Isto, str. 358)

Šmitova kritika parlamentarnog predstavništva, međutim, ne znači da je on bio protiv svake vrste predstavništva. On se, naime, zalagao za to da narod treba da bude predstavljen u jednoj ličnosti koja ima sposobnost da uvek iznova aktualizuje saglasnost i jednodušnost koja potencilno postoji u dubini bića supstancijalno istovrsnog naroda. To je, dakako, ličnost suverena sposobna da reprezentuje pre-normativna supstancijalna obeležja svoga naroda. Nisu dobra normativna pravila ta koja karakterišu konkretni poredak, već dobar suveren, gde „dobar“ znači biti uspešan u zaštiti partikularne supstancijalne homogenosti naroda. Kako bi to rekao Ulrich Projs, za Šmita je suveren, kao onaj koji reprezentuje, „neka vrsta ponovnog pojavljivanja suštinskih kvaliteta jednog naroda, njihova inkarnacija u osobi koja ima sposobnost da izrazi 'istinsko sopstvo' konkretnog naroda.“ (, Ulrich Preuss, „Political order and democracy“, u *The Challenge of Carl Schmitt*, priređivač Šantal Muf, Verso, London-New York, str. 163). Njegova suštinska legitimnost ima utemeljenje ne u izborima koji se održavaju po unapred utvrđenim čisto formalnim procedurama, već u neposrednoj plebiscitarnoj legitimnosti, tj. u vladavini naroda kao nečemu što je suprotstavljeno „vladavini zakona“, kako u antičkom tako i u modernom smislu tog pojma. Utoliko su suverenova ovlašćenja - ovlašćenja nadlegalnog tipa, s onu stranu svakog normativnog poretka. Na ovaj način Šmit spaja na paradoksalan način demokratiju i



diktaturu, iz čega sledi da je autentična diktatura samo ona koja je postavljena na demokratske osnove. Ovakva interpretacija Šmitovog tumačenja odnosa između demokratije i diktature ima svoje pokriće u brojnim njegovim eksplicitnim iskazima. Tako u spisu Duhovno-povesni položaj današnjeg parlamentarizma Šmit doslovno kaže: „Pred demokratijom koja je *neposredna* ne samo u tehničkom već i u vitalnom smislu, parlament koji je nastao iz liberalnih misaonih tokova javlja se kao veštačka mašinerija, dok diktatorske cezarističke metode ne samo da može nositi *acclamatio* naroda, nego one mogu biti i neposredna ispoljavanja demokratske susptance i snage“ (Norma i odluka, str. 160) Malo pre toga mesta u tom istom delu nalazi se stav: „Boljševizam i fašizam jesu, kao i svaka diktatura, doduše antiliberalni, ali nisu nužno antidemokratski. U istoriji demokratije ima nekih diktatura, cezarizama i drugih primera upadljivih metoda, neubičajenih za liberalne tradicije poslednjeg stoleća, da se stvore volja naroda i homogenost“ (Isto str. 159) I napokon, dolazi posve nedvosmisleno konstatovanje unutrašnje veze između demokratije i diktature: „Demokratija može postojati bez onoga što se naziva modernim parlamentarizmom i parlametarizam može postojati bez demokratije; a diktatura nije odlučujuća suprotnost demokratiji kao što ni demokratija nije takva suprotnost diktaturi.“ (Isto, str. 170).

Sada su se sustekli uslovi za razmatranje Šmitovog odnosa prema problemu ustava. Iz dosadašnjeg izlaganja je sasvim jasno da ustav, sam po sebi, ne može biti akt konstitucije ni naroda ni državnog poretka, jer i narod i državni poredak zahvaljuju za svoje postojanje nečemu drugom – svojoj homogenosti koja je po *prirodi* i koja je svoj državni poredak dobila zahvaljujući prvobitnoj teritorijalnoj apropijaciji kao utemeljujućem aktu. Homogenost teritorijalizovanog naroda predstavlja fundament političkog jedinstva koje, kao takvo, ima pre-institucionalu, dakle, i pre-ustavnu egzistenciju. Otuda je političko jedinstvo otelovljeno u državi nešto što može postojati apsolutno nezavisno od ustava, što će reći da ustav, po Šmitu, nije ugovor kojim se konstituiše samo političko jedinstvo; politički poredak se ne stvara ustavom već mu nužno prethodi i otuda ga predeterminiše. Drugim rečima, Šmit političko jedinstvo ne shvata kao jedinstvo članova neke zajednice u vezi sa „formalnim pravilima igre“, već kao supstancijalno jedinstvo.

Iz te perspektive posmatrano, ustav može biti tretiran samo kao legalizacija pre-ustavnog utemeljujućeg akta, koja je u funkciji održavanja tog akta. Utoliko je funkcija ustava primarno konzervirajuća, odbranbeno-zaštitnička; njegova primarna svrha je da štiti ono što je već postojalo pre njega – egzistencijalni fakt singularitetnog kolektivnog načina života. Samo po sebi se razume da tu funkciju ne mogu ispuniti čisto formalne norme jer su one, po samoj svojoj prirodi, neutralne u odnosu na konkretne načine života, jer ne mogu da privileguju ni jedan od njih. Sloboda govora zajemčena čisto formalnom normom univerzalnog karaktera uključuje u sebe i slobodu kritike bilo kojeg načina života; sloboda udruživanja zagarantovana normom istog takvog karaktera implicira i slobodu udruživanja supstancijalno neistovrsnih subjekata (recimo nosilaca

različitog etničkog identiteta); sloboda veroispovesti uključuje i mogućnost da građani jedne te iste države imaju različite odnose prema religiji itd. Zbog toga, prioritetni zadatak šmitovski shvaćenog ustava ne može biti zaštita negativnih individualnih sloboda već zaštita partikularnih esencijalnih karakteristika naroda čiji će to ustav biti. Norme koje treba da štite supstancijalnu homogenost partikularnog tipa moraju da budu i same partikularno-supstancijalnog karaktera. Isto tako, pošto su te norme u funkciji očuvanja obeležja nekog naroda koja su ovome data po prirodi, koja su, dakle, njegova konstantna, nepromenjiva obeležja, one i same moraju imati takav karakter, zbog čega ne mogu biti podložne promenama putem amandmana. Kako homogenost o kojoj je reč uključuje i etnicitet, to onda implicira da po samome ustavu pravo na članstvo u datoj državi mogu imati samo ljudi istog porekla. Takva država ne može, u principu, biti država apstraktnih građana, jer nosilac formalnih prava u njoj ne može potencijalno biti svaki čovek, nezavisno od svog konkretnog identiteta (u ovom slučaju etničkog), već samo čovek određene etničke pripadnosti. Dopuštenje mogućnosti da državljanstvo date države može steći i neko ko pripada drugačijem etnicitetu otvorilo bi vrata principu heterogenosti, tj. ugrozilo bi etničku homogenost kojom je, između ostalog, određeno samo biće datog naroda, dakle, ono po čemu se dati narod razlikuje od drugih, a otuda i samu demokratiju. Posle svega do sada rečenog, jedva da je i potrebno pominjati da se svakim razvodnjavanjem homogenosti, po Šmitu, rastače i osnova na kojoj počiva demokratija. Ovakvim postavljanjem odnosa između etniciteta i državljanstva, Šmit zapravo izjednačuje etničko i nacionalno, čime se suprotstavlja liberalnom shvatanju nacije po kojem se nacija odvaja od etniciteta, kako bi ljudi različite etničke pripadnosti mogli postati pripadnici iste nacije, tj. države. Šmitovski shvaćena država je, kao etnički determinisana država, zatvorena za pripadnike drugih etnosa, i ta njena zatvorenost mora biti zagarantovana i ustavom. Strogo logički gledano, etnička homogenost koja implicira i kulturnu homogenost, jer svaki etnos ima sebi, svojoj prirodi, primerenu kulturu, implicira nemogućnost odvajanja etnosa i njemu primerene kulture (čiji je sastavni momenat i religija) od države.

Dakle, i kultura koja je, po Šmitovoj interpretaciji, uvek kultura nekog etnosa, predstavlja sastavni momenat narodne homogenosti, tako da ustav mora štiti osnovne karakteristike kulture datoga etnosa. Drugim rečima, takav ustav mora garantovati monokulturni karakter takve države, jer time štiti njen supstancijalni temelj. To implicira i zatvorenost takve države i u kulturnom pogledu.

Ovim ustavnim odredbama kojima bi se jemčio pre-ustavni supstancijalni politički poredak bile bi omeđene individualne slobode za koje utoliko ne bi važila čisto formalna već supstancijalna (sadržinska) ograničenja. U sistemu u kojem su individualne slobode ograničene čisto formalno a ne supstancijalno, ne postoji ni jedna supstancijalna vrednost koja bi bila toliko fundamentalna da ne bi mogla biti predmet slobodnog individualnog izbora, tj. da ne bi mogla postati predmet kritike. Ovo otuda što u takvom sistemu individualna

prava, normativno a ne ontološki, prethode supstancijalnom dobru: čisto formalne norme su deontološkog karaktera, što će reći da nisu utemeljene ni u čemu što bi bilo ontološko-supstancijalnog karaktera, i upravo zato one ne mogu predeterminisati supstancijalni sadržaj individualnog izbora. Prevedeno na konkretniju ravan, u tom pravnom poretku, etnicitet, kulturološke koncepcije, životni obrasci i običaji postaju stvar privatnog opredeljenja ljudi. Neko čiji su roditelji bili recimo Hrvati i katolici ima pravo, ukoliko to želi, da postane kosmopolita, protestant ili ateista. Stoga sistem čiju dominantu predstavljaju deontološke norme omogućuje veći obim i stepen individualnih sloboda od onoga čiju dominantu predstavljaju supstancijalno determinisane norme. Opredeljujući se za ovaj drugi tip sistema, Šmit je prinuđen da ustav deli na dva dela, onaj suštinski – ustav (*Verfassung*) – i onaj koji je manje bitan, (*Verfassungsgesetz*). Ili da se poslužim terminologijom Slobodana Samardžića koji, adekvatno izražavajući smisao Šmitove podele ustava, prvi deo, koji je, pošto izražava vanustavnu suštinu i identitet ustava, nepromenjiv, naziva političkim, a drugi nevažniji deo državno-pravnim. Kad je reč o ovom prvom delu, Šmit u svom spisu *Verfassungslehre* s odobravanjem citira Sejesa: „Ustav u pozitivnom smislu nastaje aktom ustavotvorne vlasti... Kao takav, akt ustavotvorne vlasti ne sadrži nikakva posebna normiranja, već jednokratnom odlukom određuje celinu političkog jedinstva, odnosno njegovu posebnu formu egzistencije. Ovaj akt konstituiše oblik i vrstu političkog jedinstva čije se postojanje pretpostavlja“ (Navedeno prema Norma i odluka, str. XXI)

Individualna prava i slobode spadaju pak u drugi, izvedeni i promenljivi deo ustava u odnosu na koji prvi deo ima logički primat. Ima tumača Šmitovog dela koji smatraju da su građanska prava, karakteristična za pravnu državu, spojiva, u načelu, sa šmitovski definisanom suštinom ustava, s tim što je njihovo važenje ograničeno samo na stanje normalnosti. Međutim, to ne stoji. Imanentna analiza osnovnih građanskih prava (sloboda govora i izražavanja, sloboda udruživanja, sloboda veroispovesti i slično) pokazuje da ona, sama po sebi, ne mogu garantovati supstancijalnu homogenost bilo kakvog tipa. Recimo princip slobode veroispovesti ne stoji u nužnoj vezi sa bilo kojom supstancijalnom koncepcijom odnosa prema religiji jer taj princip sam po sebi omogućuje članovima države slobodu izbora kad je reč o odnosu prema religiji: svaki član države može na osnovu toga principa da bira između ateizma i teizma, a unutar ovoga poslednjeg između svih postojećih religija u svetu, štaviše on ima slobodu da zasnuje, ako to želi i ako smatra da će mu to poći za rukom, i neku novu religiju. Dakle, taj princip sam po sebi ne može jemčiti religioznu homogenost države u kojoj je na snazi. Ne treba smetnuti s uma činjenicu da je Šmit u svojim spisima, posebno u delu *Römischer Katholizismus und politische Form* (Rimski katolicizam i politička forma, 1923) ispoljavao krajnju netolerantnost prema protestantizmu. Ključni razlog zbog kojeg Šmit izlaže protestante radikalnoj kritici jeste njihov ravnodušni odnos prema tlu, zbog čega oni mogu živeti na svakom tlu, što svedoči o njihovoj neukorenjivosti – oni, dakle, slede kosmopolitski moto: ne vezuj se ni za jedno tlo, ni za jednu kulturu. Slično Jevrejima, protestanti su, po

Šmitu, skloni ahasferovskom nomadskom načinu života. Za razliku od njih, katolici ne detronizuju prirodu na puki *instrumentum* za ispoljavanje čovekove moći, već je posmatraju u jedinstvu sa čovekom, tako da nikada ne gube žudnju za zavičajnim tлом. „Romanski katolički narodi vole svoje tlo, majčicu zemlju, na različite načine: svaki od njih ima svoj *terizam*.“ (Roman Catholicism and Political Form, Green Word Press, London 1966, str.10). U Šmitovoj kritici protestantskog raskidanja veze između prirode i milosti, kao i mehanicističkog konstruktivizma grada (kao veštačke, odprirođene tvorevine), tj u njegovom uzdizanju vinogradarstva i romanskih gradova „kao prirodno izraslih iz tla“, dolazi do izražaja suprotstavljanje civilizacije i kulture shvaćene u duhu nemačkog političkog romantizma čija je centralna tačka organsko jedinstvo naroda. Pošto je, po protestantizmu, vernik najbliži Bogu onda kada je u svojoj psihološkoj usamljenosti u neposrednoj komunikaciji s njim, protestantizam je, po Šmitu, spojiv sa liberalizmom zato što liberalizam utemeljuje religiju u privatnoj sferi. Nasuprot tome, katolička crkva svoje juridičko utemeljenje ima u javnoj sferi, tako da katolički vernik može stupiti u kontakt s Bogom samo na posredan način, pri čemu se tu kao medijatori javljaju crkva i država kao partneri. „Ona (crkva - prim. S. D. ) pretpostavlja koegzistenciju sa političkom državom, *societas perfectas*; ne sa asocijacijom konfliktnih interesa. *Ona želi da živi sa državom u specijalnoj zajednici u kojoj se dve reprezentacije suočavaju kao partneri.*“ (Isto, str. 25) Međutim, to partnerstvo može biti ostvareno samo pod pretpostavkom da se država repolitizuje, što ona može učiniti samo „povratkom političkom“, tj. prihvatanjem političke reprezentacije kojoj je imanentan personalizam, dakle, kapacitet za donošenje decizionističkih odluka. Bez te repolitizacije države, katolička crkva ostaje bez svog pandana u svetovnoj sferi. Nije teško zaključiti da bi u šmitoski shvaćenoj državi protestantizam brzo bio označen kao pretnja narodnoj homogenosti.

Kulturna homogenost ne trpi religiozni pluralizam, te otuda nije spojiva sa liberalnim principom slobode veroispovesti. Uostalom, u svom Učenju o ustavu, Šmit na radikalna način protivstavlja istinski političke elemente države i elemente konstitucionalne pravne države, iz čega se jasno vidi da on ove poslednje ne smatra sastavnim momentima svoje države. Ugrađivanjem u ustav zahetva za očuvanjem kulturne homogenosti, u državu se ugrađuje *telos*, supstancijalni cilj koji je, upravo zato što je supstancijalan, podložan različitim interpretacijama: dosadašnja svetska istorija upućuje na činjenicu da se ni oko jedne supstancijalne koncepcije ili tradicije ne može postići širi konsenzus. Zbog toga, svaka takva tradicija nužno postaje predmet sporenja koja mogu zadobiti oblik krajnje zaoštrenih sukoba. U tim sporovima ustav ne može biti nikakav arbitar jer će svaka strana u sporu tvrditi da je upravo ona autentični tumač ustava: spor u vezi sa pitanjem koja je interpretacija neke kulturne tradicije autentična ne može biti, po svojoj prirodi, razrešen pravnim sredstvima, kao što ni spor u vezi sa pitanjem šta je autentični socijalizam nije mogao biti razrešen na taj način. Taj sukob može biti okončan samo arbitrarno, u korist trenutno najmoćnije strane,

najmoćnije bilo zato što ima većinu, bilo iz nekih drugih razloga. No, problem je u tome što se poražena snaga, pošto je taj sukob, po samoj svojoj prirodi, prožet patriotskom dimenzijom, nalazi u opasnosti da joj pobjednik prida status „unutrašnjeg neprijatelja“ koji iznutra nastoji da razori političko jedinstvo. Konceptija koja insistira na održavanju unutrašnje supstancijalne homogenosti pretpostavlja ideologiju beskonfliktnosti koja, pošto tako nešto nije realno ostvarivo, postaje izvor permanentne konfliktnosti. Stoga je Heler s pravom 1928. izložio kritici Šmitov pojam društvene homogenosti u demokratiji. Ma koliko da se založio za izvestan minimum homogenosti kao uslov demokratskog jedinstva, on je ipak istakao da taj minimum „ne sme nikad značiti eliminisanje nužne antagonističke strukture“; jer svaki pokušaj uklanjanja konflikata na osnovu „unitarnog moralnog principa“ vodio bi represiji i nepravdi. Šmit je veličao Rusovu opštu volju, koja se, kao što je poznato, razlikuje od empirijski utvrdive volje svih, zato što na njoj počiva pojam narodne homogenosti ovoga francuskog teoretičara: „... u daljem toku prikazivanja i kod razvijanja suštinskog pojma, *volonte generale*, pokazuje se da, prema Rusou, istinska država postoji samo tamo gde je narod toliko homogen da u suštini vlada jednoglasnost. Prema *Društvenom ugovoru*, u državi ne smeju da postoje nikakve stranke, nikakvi posebni interesi, nikakve *religijske različitosti* (podvukao – S. D.), ništa što razdvaja ljude... Prema Rusou, jednodušnost mora ići dotle da se zakoni donose *sans discussion*.“ (Norma i odluka, str. 158) Pošto je kulturna tradicija u liberalno-demokratskim državama odvojena od države, njena kritika, pa i radikalno odbacivanje postaje legalna stvar, nešto što je nekažnjivo. Stoga je u njima i moguć razvoj kulturnog pluralizma. U državama koje su zasnovane na kulturnom principu pak takav pluralizam nije moguć. U „etnički“ i „kulturni“ identitet nekog naroda, pošto je reč o ustavnim svetinjama, ne sme se dirnuti. Tu prestaje sloboda kritike. Pošto je u vezi sa bilo kojom kulturološkom koncepcijom i praksom kao vrstom supstancijalnog pogleda na svet, teško postići širi konsenzus, posebno u modernim društvima koja su daleko veća od antičkih, Šmit ne posmatra supstancijalnu jednakost kao statičku već kao dinamičku kategoriju utoliko što ona u sebi sadrži rizik nejednakosti sa kojim je nužno povezan princip isključivanja onih koji su nejednaki ili su postali nejednaki: neko ko je bio jednak sa ostalima može prestati to da bude i samim tim biti ekskomuniciran iz zajednice. Pod pretpostavkom da u takvom sistemu uopšte mogu postojati partije u pluralu, bio bi to samopotirući partijski pluralizam, jer bi se vanustavnim partijama, onima koje bi se u svom programu otvoreno zalagale za principe etničke i kulturne heterogenosti, uvek mogle priključiti one koje su nekad bile za homogenost ali sada to više nisu, jer navodno na prikriven način nastoje da dovedu u pitanje princip društvene homogenosti.

Ovde bi se mogla načiniti analogija sa koncepcijama koje su zagovarale višepartizam unutar socijalizma, po kojima bi u socijalizmu mogao biti na delu partijski pluralizam, pod uslovom da sve te stranke imaju zajednički supstancijalni cilj: ostvarivanje komunizma. Ove koncepcije podrazumevaju logiku: da se isti cilj može ostvariti

različitim sredstvima. Međutim, tu problem iskrsava već i sa određivanjem samoga cilja: pošto je on supstancijalne prirode, u vezi sa njim, kao što je to istorija belodano posvedočila, nije se mogao postići širi konsenzus, čak ni u vezi sa interpretacijom Marksovog shvatanja ovoga pojma. Otuda su i u samoj praksi izgradnje socijalizma postojali bitno različiti modeli koji su implicirali i različito tumačenje samoga krajnjeg cilja - komunizma: staljinistički, maoistički, samoupravni, kastrovski itd. Dakle, čak i kad bi se prešlo ćutke preko pitanja kako je moguće da se jedan supstancijalno homogeni cilj postigne pluralističkim sredstvima, jasno je da bi različite partije unutar socijalizma nužno morale jedne druge da optužuju za „izdaju“ stvari socijalizma. Nije teško složiti sa stavom da bi pretpostavljeni unutar socijalistički pluralizam, u kojem bi recimo na delu bile partije maoističke, staljinističke, anrhističko-sindikalističke i samoupravne usmerenosti, bio prožet klimom stalnih međusobnih ideoloških diskvalifikacija, koja bi na kraju priče bila okončana tako što bi na sceni ostala samo jedna partija, ona koja je uspela da zabrani javno delovanje onih drugih pridajući im vanustavni antisocijalistički karakter. Nije to samo igra slučaja što koncept unutar socijalističkog partijskog pluralizma nije imao praktičnu relevantnost.

Priznajem da se analogija između Šmitove koncepcije države i ove poslednje ne može postaviti u potpunosti, pošto je u prvom slučaju reč o realnoj, konkretno-istorijskoj postojećoj tradiciji a u drugom o nečemu što je u potpunosti misaoni konstrukt koji na stoji da se na silu realizuje, uprkos otporu koji realizaciji toga projekta pruža istorijska realnost. Međutim, i realno postojeća tradicija je permanentni izvor društvenih konflikata u vezi sa mogućim interpretacijama njenog „istinskog“ značenja i smisla. Valja se podsetiti činjenice da je antički atinski polis u kojem je postojala tesna veza između njegovog pravno-institucionalnog okvira i supstancijalne običajnosti, bio sistem neposredne, a ne višepartijske demokratije. Kao i činjenice da je recimo u otomanskoj imperiji koja je bila neka vrsta multikulturalnog sistema, utoliko što je unutar nje postojao pluralizam različitih kulturalnih zajednica koje su imale visok stepen kulturne i pravno-političke autonomije, tolerancija postojala u odnosima između tih zajednica, ali ne i u odnosima unutar njih. To je bila posledica činjenice da se politički oblik svake od ovih zajednica zasnivao na njoj primerenoj supstancijalnoj običajnosti, tako da unutar nijedne od njih nije mogao postojati kulturno-religijski pluralizam.

Problem je u tome što, ukoliko se neka država definiše u terminima neke supstancijalne ideološke koncepcije, bila ta koncepcija prvenstveno kulturološkog ili političkog karaktera, ona mora postati nužno *zvanična* koncepcija, koncepcija koja ima status državne koncepcije, koja samim tim isključuje sve ostale. Ako katoličanstvo predstavlja konstituens same države, onda katoličanstvo mora zadobiti status državne religije. Poznato je da je na počecima modernog doba, borba između katoličanstva i protestantizma unutar evropskih zemalja za status državne religije, razrešena ne pobedom jedne ili druge religije, već tako što nijedna od njih nije dobila dati status, budući da su i jedna druga otpravljene u sferu društva, tj. u

privatnu sferu i tako dobile ravnopravan tretman od strane države. Ne treba smetnuti gubiti iz vida to da je Šmit u svojim spisima isticao da je u sekularizovanoj državi parlamentalnog sistema država izgubila monopol nad političkim i da se ona otuda mora suprotstavljati političkim ambicijama crkve, nastojeći da je neutralizuje politički na taj način što će je tretirati kao instituciju građanskog društva, tj. što će njeno delanje ograničiti na privatnu sferu.

Čim se ustavno u temelj neke države stavi bilo koja supstancijalna ideologija, vlast u datoj državi postaje nužno arbitrarna.

Kao što to ističe Projs, po Šmitu „Demokratija predstavlja vladavinu narodne volje čija je suština kolektivna autentičnost; taj kvalitet ne može se postići pukom agregacijom privatnih volja do koje u liberalnim demokratijama dolazi na izborima. Oslanjajući se na Rusoa i u isto vreme ga pogrešno tumačeći – Šmit smatra da je najbolji preduslov za održavanje autentičnosti i egzistencijalne jednosti narodne volje neposrednost njenog izražavanja“. (The Challenge of Carl Schmitt, str. 171) Drugim rečima, Šmit je – mislim da to nedvosmisleno proizlazi iz logike ovog celokupnog izvođenja – zagovornik neposredne demokratije plebiscitarnog tipa u kojoj je dobar suveren onaj vladar koji, zauzimajući poziciju nadlegalne instance, može uvek iznova iznuđivati njegov eksplicitni pristanak, i tako imati neposredno demokratsku legitimaciju - paradoksalno rečeno, to bi bila neka vrsta „demokratske diktature“ ili, ako se hoće, „dobrovoljne diktature“. Šta bi drugo značio, osim zalaganje za neku vrstu neposredne demokratije, Šmitov stav da je „stvarno okupljeni narod“ jedino narod, drugim rečima da jedino neposredno prisutan narod, a ne njegovi predstavnici u parlamentu, može donositi relevantne političke odluke, njegov stav koji je iznesen 1928. u spisu *Verfassungslehre* (Učenje o ustavu), spisu koji je nekoliko puta ponovo objavljen nakon Drugog svetskog rata, iz čega se vidi da Šmit ni posle ovog rata, nije napustio dati stav kojim se zapravo definiše neposredna demokratija. Šta bi drugo značilo recimo mesto koje se nalazi u radu *Legitimitet i legalitet* (1932) na kojem se ističe sledeće: „Kasnije još treba da bude pokazano koje praktične posledice nastaju iz nesistematske naporednosti parlamentarnog i plebiscitarnog zakonodavca. Iz samog pisanog ustava može se teorijski dobiti samo ona slika koju Valter Jelinek... vrlo izrazito predočava kada govori o trci dvaju suverena. On dodaje da će u toj trci Rajhstag doduše uvek prvi proći kroz cilj, ali da je ipak problematično da li Rajhstag može da se usudi da prihvati borbu sa narodom. U toj formulaciji odmerenoj s uzornom objektivnošću, našlo je neupadljiv, no ipak pregnantan, izraz ono o čemu je ovde reč: da se ovde ne sme samo pitati ko u toj trci, ako je važna samo pojedinačna trka, ima izgleda da drugoga pretekne, nego da se takođe mora imati u vidu konsekvencija za sistem legalnosti samoga Ustava, konsekvencija koja ima značajne posledice. Dvojnost obeju vrsta zakonodavstava i zakonodavaca jeste, naime, dvojnost raznovrsnih sistema opravdanja; sistema legalnosti parlamentarne države zakonodavstva i plebiscitarno-demokratske legitimnosti; mogućna trka između njih nije samo konkurencija instanci nego i borba između dve vrste onoga što je pravo. U toj borbi,

kao i u svakoj trci, veliku prednost ima dotični imalac dotične vlasti, dakle, dotična parlamentarna većina. Pa ipak, to, kao što će se videti, nije odlučujuće za konačan rezultat...“ Drugim rečima, ipak će u toj trci na kraju pobjedu odneti plebiscitarno-demokratska legitimnost. Da će se stvari o kojima je reč tako okončati, o tome, po Šmitu, svedoči i preobražaj liberalne države u totalnu pluralističku državu koja je simptom samrtne krize parlamentarne demokratije koja se raspada iznutra, iz sebe same, zbog svojih unutrašnjih kontradikcija koje mogu naći svoje konačno razrešenje jedino u sistemu neposredne plebiscitarne demokratije. Šta bi drugo značio Šmitov stav da je podela na većinu i manjinu prividan problem, pošto, pod pretpostavkom da postoji „supstancijana narodna homogenost, ne može biti nikakve majorizacije manjine, već glasanje treba samo da omogući obelodanjivanje latentno postojeće i pretpostavljene *saglasnosti* i jednodušnosti“. Ltd. Ltd.

Partijski pluralizam bi, doduše, bio moguć pod uslovom da je nužna samo etnička homogenost, ma koliko da bi takva država bila zatvorena za etnički pluralizam. U Nemačkoj je, delimično i pod uticajem Šmitovog učenja dugo, sve do nedavno, bila na delu etnička koncepcija nacije, zahvaljujući čemu se nemačko državljanstvo moglo steći samo na osnovu dokaza o etničkom poreklu. U suprotnom slučaju, bez obzira na to koliko ste ovladali nemačkim jezikom i koliko ste dugo živeli u Nemačkoj kao „gastarbajter“, ostajali ste bez izgleda da postanete nemački državljanin. Ali, Šmit je, kao što smo pokazali, insistirao na simbiozi etničkog i kulturnog. Ali, strogo govoreći, njegov pojam političkog, što će se kasnije videti, implicira i ideološku i svaku drugu vrstu homogenosti.

U ovom kontekstu, valja pomenuti i problem odnosa između nepromenljivog i promenljivog, manje važnog, normativnog dela šmitovskog ustava jer se taj problem često pogrešno interpretira. Naime, pošto je važenje normativnog dela ograničeno samo na period normalnosti, ne mali broj Šmitovih tumača, smatra da je arbitrarnost suverena rezervisana samo odluke o vanrednom stanju i unutar njega. Drugim rečima, da suveren nije neko ko je iznad zakona u normalnom stanju. Međutim, takvo rezenovanje gubi iz vida činjenicu da po Šmitu ni odlučivanje unutar normativnog poretka nije oslobođeno arbitrarnosti. Ta arbitrarnost nije tek posledica činjenice da ništa na ovom svetu nije niti može biti idelano i savršeno, tako da će svaka norma, ma kakavog tipa ona bila, biti u realnom životu do izvesnog stepena izigrana - otuda postoji nužnost izvesnog odstupanja od norme kao norme u procesu njene primene, tj. nužnost da izvestan procenat odluka donesenih unutar normativnog poretka bude arbitran. Ako je ovo tačno, a tačno je, onda se nalazimo pred izborom između manjeg i većeg zla, pred dilemom da li je bolje da živimo u svetu u kojem će naše individualno ponašanje biti ograničavano nesavršenim čisto formalnim i univerzalnim normama, svesni da izvestan procenat nepravdi nikad neć moći biti izbegnut, ili je bolje da živimo u svetu u kojem neće biti nikakve normativne regulacije? Dakako da ćemo se, ako smo racionalni, prikloniti onoj prvoj alternativi. Međutim, po Šmitu je arbitrarnost neizbežni



momenat svake pravne odluke, ne samo one donesene u vezi sa vanrednim stanjem, već i one donesene u periodu normalnosti. Drugim rečima, Šmit pravnu normu kao takvu dovodi u nužan odnos sa vanlegalnom arbitrarnošću, jer se samo njome, tom arbitrarnošću može prevladati jaz koji postoji između apstraktnosti norme i partikularnosti stvarnog života.

Čitav Šmitov teorijski opus je usredređen na dokazivanje da norma kao norma ne može biti utemeljena u samoj u sebi, tj. da se suština norme nalazi izvan nje, u normom neograničenoj odluci. Arbitrarna odluka stoga ima vremenski i logički primat nad normom kao normom. Samo što je to manje vidljivo i izraženo u normalnom stanju kada je norma u prvom planu, za razliku od vanrednog stanja kada, pošto je u njemu norma u potpunosti poništena, normom nesputana arbitrarnost postaje apsolutno vidljiva. Ne može norma kao pojavni oblik vanlegalne arbitrarnosti da i sama ne sadrži taj momenat. Podsetimo se: „Jer, svaka pravna misao prevodi ideju prava, koja nikada u svojoj čistoti ne postaje stvarnost, u neko drugo agregatno stanje, i dodaje jedan momenat koji se ne može uzeti ni iz sadržaja ideje prava niti, kod primene neke opšte pozitivne pravne norme, iz njenog sadržaja. Svaka konkretna pravna odluka sadrži momenat sadržinske indiferencije, jer se pravni zaključak ne može do poslednjeg ostatka izvesti iz svojih premisa...“ Ovo je neizbežno zato što je „utemeljeno u osobitosti normativnoga i proizlazi iz toga što se neka konkretna činjenica mora konkretno oceniti, premda je kao merilo ocenjivanja dat samo pravni princip u svojoj generalnoj opštosti“. Dakle, odluka u pravnom smislu ne može nikada biti izvedena samo iz sadržaja norme. Stoga arbitrarnost nije nešto što je kontigentno u odnosu na normu, nešto što je ovoj spoljašnje, već je to suština same norme, i utoliko njen nužni momenat. Otuda razlika između normalnog stanja kada je u prvom planu norma i vanrednog stanja kada je na delu isključivo odluka u svojoj apsolutnoj čistoti, nije kvalitativna, jer u oba slučaja na nužan način postoji vanlegalna arbitrarnost, već samo kvantitativna, razlika u stepenu arbitrarnosti, što će reći da je i u normalnom stanju suveren kao pojedinac vanlegalna instanca i kao takav čuvar ustava. Verovatno je Ulrich Projs bio pod uticajem uvida u ovakav karakter šmitovski shvaćene norme kada se u već pomenutom tekstu „Political democracy and order“ upitao „da li ustav okonačva revoluciju ili on, obrbuto, institucionalizuje permanentnost revolucije? Nije iznenađujuće što se Šmit opredeljuje za drugu mogućnost. Ona uključuje latentnost permanentnog vanrednog stanja unutar ustavne normalnosti“, čiju izloženost permanentnoj ugroženosti Šmit jasno izražava izumljivanjem kategorije „čuvara ustava, koja igra ključnu ulogu u Šmitovom rezonovanju o ustavu“. (Isto, str. 164) Permanentna ugroženost političke suštine ustava implicira permanentnu promenljivost normativnog dela ustava – neku vrstu permanentne revolucije u funkciji odbrane preustavne suštine ustava. Nosioc te „revolucije“ (sam termin nije baš najbolje odabran) ne može biti neko čije su ruke vezane datim normama već samo neko ko je izuzet iz sfere njihovog važenja – suveren. Kroz samoga suverena progovara konkretni *nomos*, *suveren je samo njegovo otevljenje*. Šmit je

možda najbolje odredio pojam suverena u svom mladalačkom spisu *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, (Vrednost države i značaj jedinice, Hellery Hegner, , 1917.): „Apsolutni suveren je, u svim vremenima, iznad realativnosti trenutka; on nije važan kao pojedinac; on nije sklon promenama raspoloženja niti uživanju u zabavi; on postaje zakon u svemu; on nije iznad zakona ni koliko iznad jezika... Dostojanstvo koje on zahteva i koje mu se pripisuje isključivo je povezano sa njegovim funkcijama i on nije puki smrtnik. Zahvaljujući njegovoj sličnosti sa Bogom, apsolutni monarh jeste 'živi zakon'; on je podređen zakonu, poput teološkog Boga čija svemoć ne može ništa što je loše i iracionalno“ (str. 95-96)

Ako se reč zakon zameni rečju *nomos*, kojom Šmit u to vreme još nije baratao, onda je to najbolja definicija Šmitovog suverena. Vladavina toga suverena nije samovoljna, nije zbir pukih kaprica, već nešto što je bez ostatka podređeno *nomosu* naroda čiju suštinu predstavlja etničko-kulturna homogenost. Njegova arbitrarnost je arbitrarnost u odnosu na normu, ali ne i u odnosu na konkretni poredak, tj. *nomos*. Šmit je sličnu formulaciju suverena dao i u svojoj pronacističkoj fazi kada je predavanje održano 3. oktobra 1933. završio rečenicom u kojoj se doslovno kaže da je Hitler *nomos* nemačkog naroda. Ali, to nije nužna izvedenica iz njegove formulacije suverena: ne mora svaki diktator u šmitovskom smislu te reči biti nacista. To je samo jedna od mogućnosti, ne i jedina.

Ako se uzme u obzir pomenuta Šmitova formulacija suverena i njegovo shvatanje konkretnog poretka i s tim u vezi njemu odgovarajuće norme, onda postaje jasno Šmitovo zalaganje za jedinstvo triju vrsta pravnog mišljenja koje je on izneo u predgovoru za Drugo izdanje *Političke teologije*: „Danas više ne bih razlikovao dve, već tri vrste pravnonaučnog mišljenja, naime osim normativističkog i decizionističkog, još i institucionalni tip... Dok čisti normativist misli u neličnim pravilima a decizionist puno pravo saznate političke situacije ostvaruje u ličnoj odluci, institucionalno pravno mišljenje razvija se u nadličnim ustanovama i oblicima. I dok normativist u svojoj izopačenosti pravo čini pukim modusom funkcionisanja borokratije, a decizionist se vazda nalazi u opasnosti da zbog punktualizacije promaši mirujuće bivstvo sadržano u svakom velikom političkom pokretu, izolovano institucionalno mišljenje vodi u pluralizam feudalno-staleškog rasta lišenog suverenosti. Tako se tri sfere i elementa političkog jedinstva – država, pokret, narod – mogu pridodati trima tipovima pravnog mišljenja kako u njihovim zdravim tako i u njihovim izopačenim pojavnim oblicima.“ (Motma i odluka, str. 90) Stvar je očigledna: nijedna od pomenutih vrsta pravnog mišljenja ne može da funkcioniše na zdrav način bez ostala dva tipa. Samo kao objedinjeni, oni mogu postati sastavni elementi političkog jedinstva. Jedan broj Šmitovih interpretatora označava ovo mesto kao naznaku radikalne preorijentacije njegovog mišljenja, utoliko što ono navodno iz svoje decizionističke faze prelazi u fazu mišljenja poretka – *Ordnugsdenken*. Međutim, to naprosto nije tačno, jer se ovde decizionistički personalistički elemenat ne odbacuje već samo stavlja

u funkciju odbrane konkretnog poretka čija je suština supstancijalna istovrsnost naroda.

Ulrich Projs u već pomenutom tekstu smatra da je Šmitovo teorijsko učenje imalo dosta uticaja na razmatranja ustavne problematike u Federalnoj Republici Nemačkoj, kao i na sam njen ustav. Između ostalog, on konstatuje, da iako Federalni ustavni sud nije upotrebio sintagmu „politička odluka“, taj sud, u duhu Šmitove teorije, označava izjašnjavanje o principima vladavine prava, demokratije i zaštite ljudskih prava u Bazičnom zakonu kao „fundamentalne ustavne odluke“ koje izražavaju političku volju utemeljivača i koje obavezuju buduće generacije. Time se, po njegovom mišljenju, priznaje postojanje političke suštine ustava kojom se, prema jeziku Ustavnog suda, uspostavlja „vrednosni poredak“. Tako se Bazični zakon sastoji iz odluka o različitim vrednostima kao što su dostojanstvo osobe, vladavina prava, demokratski principi itd. koje zahtevaju svog čuvara u liku Ustavnog suda, pri čemu se ovlašćenja toga suda ne odnose samo na konvencionalne zadatke razmatranja problema koji se odnose na podelu vlasti, na ustavnost političkih odluka i slično, već i na zaštitu tzv. „slobodnog demokratskog poretka“, pošto se polazi od pretpostavke da suštinske vrednosti ustava mogu biti ugrožene ne samo nasilnim akcijama antidemokratske manjine, već i akcijama većinske volje, koja i sama može biti destruktivna. U tom smislu, Ustavnom sudu pripadaju i ovlašćenja da proglasi povredu bazičnih prava od strane onih snaga koje su zoupotrebile svoje demokratske slobode u cilju obaranja slobodnog demokratskog poretka i da objavi neustavnost onih partija koje imaju za cilj ukidanje pomenutog poretka. „Iz takvih odredbi proisiče, naglašava Projs, ne samo militantni karakter toga ustava, već one impliciraju šmitovsku distinkciju između ustavnog zakona (Verfassungsgesetz) i ustava (Verfassung), pri čemu ovo poslednje predstavlja samu suštinu i 'identitet' ustava, te zato ne može biti podvrgnuto promenama posredstvom amandmana. Bazični zakon potvrđuje taj koncept u tzv. „večno važećoj klauzuli u članu 79, paragraf 3...“ (Isto, str. 166) Pri ovome Projs dodaje da se Šmit hvalio – na posredan način pominjući jednog drugog pravnika afirmativno – da je razvio ideju koja leži u osnovi „večno važeće klauzule“ Bazičnog zakona.

Projsove opaske su do određene mere tačne, pogotovo ako se ima u vidu da on ukazuje i na to da je član 79 Bazičnog zakona uklonio dvosmislenosti koje postoje u Šmitovom konceptu, time što je definisao sadržaj duha ustava. Sigurno je ovaj, kako to Projs kaže, militantni karakter Ustava Federalne Nemačke bio posledica i uvida tadašnjeg Parlamentarnog Saveta, koji je načinio predlog Bazičnog zakona, u traumatično iskustvo u vezi sa propašću Vajmararskog ustava.

Ali, ovde treba potpuno jasno povući veliku razliku koja postoji između Ustava bivše Savezne Republike Nemačke i šmitovskog shvatanja ustava, razliku koja Projsu, čini se, izmiče. „Vrednosni poredak“ kojim je definisana suština Ustava Savezne Republike Nemačke i vrednosti poredak kojim je definisana suština šmitovskog ustava jesu dve

suštinski različite vrste poretka. Naime, u prvom slučaju reč je o vrednostima koje nemaju teleološki karakter jer je njihov sadržaj čisto normativan, budući da su one čisto formalni principi iz kojih se ne može na nužan način izvesti nijedna supstancijalna vrednost – njima se ponašanje pojedinaca ograničava jedino s ciljem da se svakom omogući da raspoláže vlastitom sferom slobode koja je zaštićena od eventualnog uplitanja drugoga: unutar te vlastite sfere slobode, svako može da čini ono što želi. Vladavina prava, demokratski principi, građanska prava i slično – to su pravne norme koje nude samo uslove ili sredstva pomoću kojih pojedinac može slobodno da bira i sledi vlastite ciljeve, bivajući pri tome ograničen samo jednakim takvim pravom drugih. U drugom, šmitovskom slučaju pak, reč je *supstancijalnim* vrednosnima koje imaju teleološki karakter jer se njima fiksiraju ciljevi i oblici ponašanja koje pojedinac treba da realizuje u svom društvenom životu. Dakle, razlika između vrednosnog poretka ustava Savezne Republike Nemačke, čiji je čuvar Ustavni sud, i vrednosnog poretka Šmitovog ustava, čiji je čuvar suveren kao konkretna persona, može se najjasnije eksplicirati kao razlika između neteleoloških, čisto formalnih principa i teleoloških supstancijalnih vrednosti, ili, ako se hoće, između negativnih i pozitivnih sloboda. Svaka ustavno propisana partikularna kulturno-religijska koncepcija predstavlja sistem vrednosti, ciljeva i običaja koji članovi date države moraju realizovati u samoj društvenoj realnosti. Za razliku od toga, ustavno propisanim principom slobode veroispovesti se ne određuje supstancijalna religijska koncepcija koju pojedinci treba da slede u realnom društvenom životu; ono na šta pojedinca data norma obavezuje iscrpljuje se u samom njenom poštovanju kao garanta slobodnog izbora supstancijalnih religijskih koncepcija. Ono normativno „treba da“ je čisto trebanje, čisto utoliko što nije uslovljeno ničim supstancijalnim. Dok se u prvom slučaju uspostavlja nužna veza između onog što je zapisano u normi i onoga što se zbiva na nivou fakticiteta, u drugom slučaju to ne može biti slučaj upravo zato što je ovde reč o desupstancijalizovanoj normi, zahvaljujući čemu se konkretni izbor svakog pojedinca može, u načelu gledano, razlikovati od konkretnog izbora svakoga drugog pojedinca. Desupstancijalizacijom norme nužno se prekida jedinstvo norme i fakticiteta.

Dosadašnje izlaganje olakšaće shvatanje glavne Šmitove teze da političko (uzeto kao imenica) ne predstavlja nijednu posebnu sferu društvene delatnosti već da ono, budući da je određeno stepenom intenziteta odnosa prijatelj-neprijatelj, može potencijalno prožeti sve društvene sfere. Naime, sam odnos prijatelj-neprijatelj već je impliciran u shvatanju da osobena partikularna homogenost predstavlja suštinu demokratije. Jer to shvatanje implicira da je potencijalni neprijatelj nosilac partikularne supstancijalne homogenosti drugačijeg tipa. Razlika u vrsti supstancijalne homogenosti je ono na čemu počiva potencijalni izvor neprijateljstva. Na toj razlici zasnovan je pojam Stranca kao otelovljenja drugosti: stranac je nosilac drugačijeg etničko-kulturnog identiteta. Ovo otuda što se razlike u kulturno-etničkom pogledu ne mogu podvesti ni pod metafizički pojam *pojma*, jer ovaj podrazumeva da razlike između

kulturno-etničkih identiteta pripadaju sferi pojavnog, tj. da različiti kulturno-etnički identiteti imaju jednu te istu, zajedničku supstancijalnu suštinu (u protivnom pojam čoveka uopšte bio bi neizvodiv), ali ni pod univerzalni, čisto formalni princip, jer bi u tom slučaju bila moguća zakonskim normama zagarantovana koegzistencija različitih kulturno-etničkih identiteta unutar jedne te iste države, zahvaljujući čemu bi se demokratija mogla tretirati ne kao supstancijana već kao čisto formalna demokratija: samo ona demokratija koja, u načelu geldano, ne bi bila supstancijalnog karaktera, bila bi, u načelu gledano, otvorena za legalno ravnopravnu koegzistenciju različitih kulturno-etničkih supstancijaliteta. Kada se partikularna supstancijalna homogenost naroda shvati kao nešto što je *sui generis*, onda se ona mora tretirati kao nešto što je nepodvodivo pod bilo koji tip univerzalizma, jer svaka takva homogenost zahteva sebi primeren pravno-institucionalni sistem partikularno-supstancijalnog karaktera. Stoga je Stranac u šmitovskom smislu tog određenja apsolutni Stranac. Neki kolektivitet može biti potpuno homogen samo pod pretpostavkom da nema ništa zajedničko ni sa jednim drugim kolektivitetom: što se kolektiviteti više međusobno razlikuju, to je njihova unutrašnja homogenost veća. Dakako, Šmit je bio svestan činjenice da je potpunu homogenost u realnom životu teško, ako ne i nemoguće postići, ali je ona njemu bila neka vrsta, da upotrebim kantovsku terminologiju, „regulativnog ideala“. Stoga, ukoliko se određeni stepen unutrašnje heterogenosti i prihvata, ono što je nejednako u odnosu na dominantni vladajući homogenitet, ono što ga može heterogenizovati, ne može imati ista politička prava koja ima to vladajuće homogeno jezgro. Razlika u vrsti homogenosti povlači za sobom i razliku u pravima. Otuda trajnost te heterogenosti unutar vladajućeg homogenog identiteta zavisi od arbitrarne procene reprezentata homogenog naroda, tj. suverena, u kojoj meri ona, ta heterogenost, ugrožava vladajuće supstancijalno političko jedinstvo.

Ovakvim svojim shvatanjem razlike između partikularnih supstancijalnih homogeniteta kao radikalne razlike, Šmit se pokazuje kao jedan od preteča postmodernog pojma razlike.

Neučavanje ove centralne pozicije koja u odnosu prijatelj-neprijatelj, kao suštini političkog, pripada pojmu nesvodive partikularne supstancijalne homogenosti naroda, izvor je mnogih nesporazuma i neadekvatnih interpretacija pojma političkog. Stoga rezimirajmo. Suština svakog naroda je data njemu primerenom supstancijalnom kulturno-etničkom homogenošću koja postoji po *prirodi* i koja se stoga ne stvara već se odgovarajućim normama i tradicijom može samo učvršćivati i čuvati. Ovako shvaćena homogenost je suština države, tj. njenog poretka na čijoj osnovi izrasta njemu primeren normativni poredak. Zbog toga je svet država pluralni svet sastavljen od singularitetnih supstancijalnih homogeniteta koji se nikada ne mogu podvesti ni pod kakav globalni univerzalni princip jer ovi homogeniteti nemaju bilo kakav zajednički imenitelj i utoliko su nesamerljivi. „Iz pojma političkog sledi pluralizam sveta država... Zato na Zemlji, sve dok uopšte postoji država, uvek postoji više država i ne može

postojati svetska 'država' koja obuhvata Zemlju ili čitavo čovečanstvo. Politički svet je pluriverzum, a ne univerzum. Utoliko je svaka teorija države pluralistička, iako u jednom drugačijem smislu nego što je smisao ranije raspravljane unutrašnje državno-pluralističke teorije.“ (Norma i odluka, str. 36)

Dakle, upravo zato što svaka država ima holistički karakter koji proizilazi iz njene partikularne „organske supstance“ koja svoje poreklo ima u *prirodi*, pluralizam sveta država je neukidiv. Pluralizam sveta država je zapravo posledica neukidive razlike koja postoji između njih kao partikularnih supstancijalnih homogeniteta *sui generis*. Ta i takva neukidiva supstancijalna razlika predstavlja permanentni temelj mogućnosti neprijateljstva. Neprijatelj neke države kao konkretnog supstancijalnog identiteta može biti samo neki drugi konkretni supstancijalni identitet kao temelj neke druge države. Političko jedinstvo te države može ugroziti samo neko drugo političko jedinstvo. „Političko jedinstvo pretpostavlja realnu mogućnost neprijatelja i time neko drugo, koegzistirajuće, političko jedinstvo“. (Norma i odluka, str. 36) Pošto je, prema Šmitu, političko jedinstvo zanovano na supstancijalnom etničko-kulturnom jedinstvu, onda se zapravo odnos neprijateljstva svodi na anagonistički odnos između dve različite konkretne supstancijalne homogenosti. Bez postojanja radikalne razlike u vrsti homogenosti ne bi postojao supstancijalni osnov za grupisanje prijatelja nasuprot neprijateljima (Šmitov pojam političkog razmotrićemo detaljnije uzavršnom delu knjige) . Primarni izvor neprijateljstva nisu interesne već identitetske razlike.

Međutim, pošto usled ratova, osvajanja i drugih stvari, dolazi do mešanja različitih identiteta i pošto uvek postoji potencijalna opasnost da se neki konkretni supstancijalni kolektivitet počne rastvarati u skup atomizovanih i egoističkih delova, pretnja vlastitom homogenitetu neke države ne mora dolaziti samo spolja već može poticati i iznutra. Ali i u ovom drugom slučaju, logika odnosa prijatelj-neprijatelj ostaje ista, jer se temelji na odstranjivanju onoga što je heterogeno, tj. onoga što ima svoje poreklo u nekom drugom, tuđem konkretnom supstancijalnom kolektivitetu. Pluralizam Šmit rezerviše za odnose između kolektiviteta, a ne za odnose koji postoje unutar njih - njegovo geslo je, u suštini, interdržavni pluralizam koji se zaniva na intradržavnom monizmu. „Razume se, iz pojma političkoga proizilaze... pluralističke konsekvencije, ali ne u tom smislu što bi u *okviru* (Šmitov kurziv!) jednog te istog političkog jedinstva na mesto merodavnog grupisanja prijatelja i neprijatelja mogao stupiti pluralizam a da se s jedinstvom ne razori i samo političko“ (Norma i odluka, str. 30) Razlika između konkretnih supstancijalnih homogeniteta omogućuje političko, jer na njoj zapravo počiva potencijalna suprotnost između prijatelja i neprijatelja. Ovo privilegovano mesto koje u okviru političkog ima etničko-kulturna homogenost kao egzistencijalni fakt konkretnog kolektivnog života, kao temelj političkog jedinstva, predetermiše totalizujući karakter političkog: naime, političko ne može tolerisati one ideološke razlike koje su neuklopive u sam fundament političkog jedinstva - u kulturno-etničku homogenost.

Svojim shvatanjem razlike između konkretnih supstancijalnih homogeniteta kao radikalne razlike, Šmit se, da to još jednom istaknem, pokazuje kao jedan od preteča postmodernističkog pojma razlike. Sličnu koncepciju razlike kad je reč o nacijama, postavio je Herder, polazeći naravno od drugačijih teorijskih premisa. Kao što se zna, Herder je polazio od pretpostavke da je raznolikost a ne ununiformnost glavna karakteristika univerzuma. Ta raznolikost je u stvari znak Boga koji mora da je hteo da svi oblici stvaranja dobiju priliku da žive i ostvaruju se na osobeni i idiosinkratični način. Ona implicira ne samo to da svaka kultura ima jedinstvenu, neuporedivu vrednost, već i to da imamo dužnost da čuvamo naša osobena svojstva, tj. da ih ne mešamo i ne stapamo sa drugima. Iz te perspektive, nacija se ne može tretirati kao skup pojedinaca koji su iskazali svoju volju kad je reč o obliku vladavine pod kojim će da žive, već kao rezultat prirodne podele ljudskog roda, unutar koje je Bog svakoj naciji darovao njen karakter a koji su njeni članovi dužni da čuvaju i razvijaju. Nacije su zasebni prirodni entiteti koji zadobijaju najbolji politički aranžman onda kada obrazuju državu svaka na svoj način. Države u kojima postoji više od jedne nacije jesu neprirodne, tlačiteljske i osuđene na propast, jer se ogrešuju o princip raznolikosti i time se izlažu riziku da izgube svoj identitet jer više nemaju uslova da čuvaju svoju izvornost.

Ma koliko da na prvi pogled herderovski pristup *slavi razliku* nasuprot uniformnosti, njegova krajnja konsekvencija jeste uvođenje logike holizma unutar pojedinačnih nacija, tj. država: ako se nacije međusobno radikalno razlikuju, tj. ako nemaju nikakvih zajedničkih obeležja, onda se one ne mogu tretirati kao heterogeni već samo kao *homogeni* (kulturno-etnički) entiteti, što za posledicu ima zahtev za kulturno-etničku uniformnost njihovih članova, jer oni ne bi imali mogućnost da biraju između različitih kulturnih opcija niti da se mešaju sa drugim etnosima - apsolutizacija razlika između nacija ima za rezultat ukidanje razlika unutar njih.

Šmit je možda najpregnantnije svoju koncepciju razlike iskazao u svom predavanju pod naslovom „Doba netralizacija i depolitizacija“ u kojem se na jednom mestu kaže: „Svi pojmovi duhovne sfere, uključiv i pojam duha, u sebi su pluralistički i mogu se objasniti samo iz konkretne političke egzistencije. Kao što svaka nacija ima sopstveni pojam nacije i konstitutivna obeležja nacionalnosti nalazi kod sebe a ne kod drugih, tako svaka kultura i svaka kulturna epoha imaju svoj sopstveni pojam kulture. Sve suštinske predstave čoveka jesu egzistencijalne a ne normativne.“ (Norma i odluka, str. 61).

U pozadini Šmitove jurističke teorije po kojoj pravo (jus, nomos) nije zapravo proizvod pravne nauke već konkretni način bivstvovanja, egzistencijalna datost koja još nije ratifikovana, iz čega proizilazi i egzistencijalna utemeljenost normativnog prava, kao nečega što ima isključivo izvedeni karakter, nalazi se filozofski pogled na svet koji poreklo svih pojmova duhovne sfere, pa i sam pojam duha, vidi u konkretno-istorijskom egzistencijalnom kontekstu u koji biva bačen osobeni etnos koji je po prirodi. Stoga „svaka nacija ima sopstveni

pojam nacije i konstitutivna obeležja nacionalnosti nalazi kod sebe, a ne kod drugih“. Takvo shvatanje nacije je, dakako, radikalno drugačije od liberalnog po kojem je nacija odvojena od kulturno- etničkog elementa. Šmit na isti način prolazi i kulturi, jer svaka kultura ima svoj sopstveni pojam. Upravo zato što svako pravo, ali i svi pojmovi duhovne sfere, uključujući i sam duh, imaju svoje izvoriste u partikularnom kontekstu, ne može, u načelu gledano, postojati beskontekstualno ili nadkontekstualno pravo, moral i duh, već samo pravo, moral i duh u pluralu. Ovom kontekstualizacijom prava, morala i duha, Šmit u stvari, kontekstualizuje i sam um ili, ako se hoće, i samu racionalnost: Tako da, po Šmitu, nije moguć neki neutralni, nepristrasni um koji bi proizvodio univerzalne istine o svetu ili univerzalne norme koje bi važile nezavisno od bilo kog konteksta i vremena. Um je moć koja je uvek uslovljena nekim posebnim kontekstom, bilo da se ovaj shvata kao partikularna zajednica bilo šire, kao neka regija u kojoj žive narodi sa srodnom duhovnom supstancom.

Ovakvim pristupom, Šmit zapravo izlaže kritici autoritet univerzalnog uma kao takvog, bilo da se on razumeva metafizički, kao esencijalistički um, bilo kantovsko-prosvetiteljski, kao proceduralni um. Naravno, pošto je ovaj drugi oblik uma utemeljitelj liberalističke tradicije, Šmit veću pažnju posvećuje njemu, dakako daleko više implicitno nego eksplicitno. Ali iz analize Šmitovih tekstova savim jasno proizilazi da on odbacuje, i to radikalno, mogućnost autonomne racionalne perspektive koja bi mogla da ima potpunu kritičku nezavisnost od svih van-umnih izvora, mogućnost koju je pretpostavio Kant smatrajući da je um, i onaj teorijski i onaj praktički, samoutemeljujuća moć koja mora sebe podvrći kritici kako bi utvrdila granice vlastitog autoriteta i tako sebi pribavila osnov vlastite legitimnosti: „Um mora u svim svojim aktivnostima podvrći sebe kritici; ukoliko bi on ograničio slobodu kritike bilo kakvim zabranama, naneo bi sebi štetu, navlačeći na sebe štetnu sumnjičavost. Ništa nije toliko važno zbog svoje korisnosti, ništa toliko sveto, da bi bilo izuzeto iz ovog istraživačkog poduhvata koji ne poznaje nikakav respekt prema osobama; um duguje ovoj slobodi samo svoje postojanje“ (Kritika čistog uma, 444).