



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

18 | 2012

Ustavna demokracija

Ustavna demokratija

Constitutional Democracy

Luigi Ferrajoli

Translator: Bojan Spaić



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2303>

DOI: 10.4000/revus.2303

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 décembre 2012

Number of pages: 15-68

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Luigi Ferrajoli, « Ustavna demokratija », *Revus* [Online], 18 | 2012, Online since 14 September 2013, connection on 19 April 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2303> ; DOI : 10.4000/revus.2303

All rights reserved

Luigi Ferrajoli

Ustavna demokratija

La democrazia costituzionale

Revusov kanon

Luigi Ferrajoli (Firenca, 1940) zaslužni je profesor na Univerzitetu Roma Tre i danas vjerojatno najznačajniji italijanski pravoznanstvenik. Prije nego što je postao profesor filozofije prava i opšte teorije prava, više je godina radio kao sudac.

Među njegovim djelima, čija crvena nit seže sve do njegova diplomskog rada, treba spomenuti barem *Teoria assiomaticizzata del diritto* (Giuffrè, 1970), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Laterza, 1989), monumentalne tri sveske *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (Laterza, 2008) i *Poteri salvaggi. La crisi della democrazia italiana* (Laterza, 2011). Na više jezika objavio je na desetke članaka i rasprava. Posljednjih godina njegovom su djelu bili posvećeni cijeli brojevi najuglednijih pravoznanstvenih časopisa.

Svoje shvaćanje, koje označava kao garantistički konstitucionalizam, smješta među tzv. paleopozitivizam i novi jusnaturalizam ili konstitucionalizam načela. U raspravi koju ovdje izvorno objavljujemo u Revusovom kanonu (na italijanskom jeziku i u crnogorskom prijevodu Bojana Spaića), autor razmatra temeljnu promjenu koju je u teoriji i praksi demokratije indukovala konstitucionalna paradigma. U uslovima u kojima je zakonodavna pravna država zamjenjena konstitucionalnom pravnom državom formalne se koncepcije demokratije pokazuju nepopravljivo nedostatnim. Supstancijalni elementi demokratije tako nijesu više samo kontingentni

dodatak, već se u savremenim pravnim poretcima pokazuju kao osnovni uslov za održanje demokratije kao načina donošenja političkih odluka na osnovu majoriteta i univerzalnog prava glasa. Ovaj je element, sa svoje strane, neraskidivo povezan sa teorijom pravnog važenja koja je takođe pretrpjela ključne promjene sa uvođenjem konstitucionalne paradigme. Iz ovoga proizilazi i četvorodimenzionalni model savremene ustavne demokratije zasnovan na četrima osnovnim vrstama prava garantovanih savremenim ustavima: političkim pravima, građanskim pravima, pravima na slobodu i socijalnim pravima. Supstancijalna se dimenzija demokratije i pravnog važenja ponajprije ogleda u pozitivnim i negativnim garancijama kao jemstvima tvrdoće ustava. Iz perspektive pozitivnih i negativnih ustavnih garancija ovih prava pravne antinomije i pravne praznine poprimaju značenje koje je bremenitije kritičkim potencijalom i eksplanatornom snagom od tradicionalnih značenja. Autor će u radu, uporedo sa razvijanjem svoje ustavne teorije obrazložiti i njene posledice po neke od najznačajnijih teorijskih postavki današnjice kakve su pravni pozitivizam, imperativizam, kao i na uvrežena shvatanja o odnosu između pravnih pravila i principa. Na taj je način i moguće ocrtati razloge za savremenu krizu ustavne paradigme i naznačiti moguće puteve za izlazak iz nje, u uslovime razvoja jedne kritičke pravne nauke.

Luigi Ferrajoli

Ustavna demokratija

1 ISKLJUČIVO FORMALNE KONCEPCIJE DEMOKRATIJE. TRI APORIJE

Na osnovu tekuće koncepcije, demokratija je oblik vladavine u kojoj vlast vrši cjelokupan narod ili njegov veći dio, direktno ili posredstvom predstavnika. Ovo nije samo etimološko značenje, već i predstava “demokratije” koja prožima cjelokupnu istoriju političkog mišljenja: od klasične triparticije uvedene od strane Platona u *Državniku*,¹ koja je preuzeta od strane Aristotela² do rusooovske ideje opšte volje kao samodeterminacije svih i svakog pojedinačno,³ sve do savremenih teorija predstavničke demokratije, od Kelsena do Bobbia, od Šumpetera do Dala, od Popera do Voldrona.⁴

- 1 “Zar nije treći oblik ustava onaj u kojem vlada masa, koji nosi naziv ‘demokratija?’” (Platon, *Politico*, 291d, u: Platon, *Tutti gli scritti*, Giovanni Reale (ur.), Milano, Bompiani, 2008, 349).
- 2 “Nužno je da suveren bude ili jedan, ili nekolicina ili mnogi. Kada jedan, nekolicina ili mnogi vladaju u interesu opšteg dobra ovi su ustavi ispravni, dok su onda kada se staraju o sopstvenom interesu ustavi izopačeni. Kada masa vlada Državom vodeći se opštim interesom, taj oblik vladavine se uobičajeno naziva ‘*politèia*’... Izopačenja pomenutih formi su, tiranida kraljevine, oligarhija aristokratije, demokratija politeje” (Aristotel, *Politica. Costituzione degli atenesi*, Renato Laurenti (ur.), Bari, Laterza, 1972, 1279b, 146).
- 3 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), u ital. prijevodu Rodolfa Mondolfa, *Il contratto sociale*, u: Jean-Jacques Rousseau, *Opere*, Paolo Rossi (ur.), Firenze, Sansoni, 1972.
- 4 Cfr. Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), u ital. prijevodu Giorgio Melloni, u: Hans Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981; Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), u ital. prijevodu Sergio Cotta i Giuseppino Treves, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, 289; Karl Popper, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), Dario Antiseri (prev. i ur.), Roma, Armando, 1973; Joseph Alois Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), Emilio Zuffi (prev.), Milano, Edizioni di Comunità, 1955; Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984; Giovanni Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; Robert Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989), ital. prijev., Roma, Editori Riuniti, 1990; Michelangelo Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Podsjećam i na kritike koje su na bazi ove koncepcije upućene u diskusijama o mojim tezama o ustavnoj demokratiji, od Mikelandela Bovera (Michelangelo Bovero) i Ane Pintore (Anna Pintore), u: Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Ermanno Vitale (ur.), Roma, Laterza, 2001, koje sam replikovao na istom mjestu, III, § 6, 318–331, i teze Pedra Salazara Ugarte (Pedro Salazar Ugarte), Pabla de Lora (Pablo de Lora) i Andreje Grepjia (Andrea Greppi) i, iako problematične, teze Alfonsa Ruiza Migela (Alfonso Ruiz Miguel) u: Miguel Carbonell i Pedro Salazar (ur.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, kojem sam odgovorio u knjizi *Garantismo. Una discusión sobre el*

Demokratija bi se, na osnovu ove koncepcije, isključivo sastojala u metodu formiranja javnih odluka: preciznije, u ukupnosti “pravila igre” koja daju narodu ili većini naroda vlast da, direktno ili posredstvom predstavnika, donose takve odluke. Njen aksiološki osnov bi bila *autonomija*, tj. “moć donošenja normi koje važe za sebe i moć da se ne pokorava drugim normama izuzev pomenutih”;⁵ drugim riječima, sastoji se u činjenici da se odluke donose od samih njihovih destinatarata, ili bar od strane većine njih, tako da su izraz njihove sopstvene “volje”. Usled pomenutog, takva predstava o demokratiji se uobičajeno naziva *formalnom* ili *proceduralnom*. Ona identifikuje demokratiju na osnovu samih *formi* ili *procedura* koje mogu garantovati da su donijete odluke direktan ili indirektan izraz takve volje. Ukratko, ova koncepcija identifikuje demokratiju na osnovu toga *ko* (narod ili njegovi predstavnici) i na osnovu toga *kako* (pravilo većine) odluka, nezavisno od njihovog sadržaja, tj. nezavisno od onoga *što* biva odlučeno, čak i kada su ti sadržaji neliberalni, antidruštveni pa čak i antidemokratski.

Ova je koncepcija, čini mi se, pretjerano pojednostavljena i u krajnjoj analizi neodrživa. Dakako, formalni aspekt demokratije kao legitimne moći, direktno ili indirektno, narodne volje, sačinjava njen apsolutno nužan dio: *condicio sine qua non*, u odsustvu koje se ne može govoriti o “demokratiji”. Ali ona nije niti jedini nužan uslov, niti je dovoljan uslov. Iz tri razloga, koji odgovaraju isto tolikom broju aporija, koji zahtijevaju da se ova dimenzija demokratije integriše posredstvom ograničenja i veza koje su *supstancijalne* ili *sadržinske* kakva su uobičajeno ustavno stipulirana osnovna prava.

Prvi razlog se sastoji u nedostatku empirijskog dosega i sljedstveno tome u nedostatku eksplikativne snage definicije koja identifikuje isključivo formalne elemente demokratije, tj. uslove u prisustvu kojih su političke odluke direktan ili indirektan izraz narodne volje. Takve definicije nisu u stanju da objasne savremene ustavne demokratije, koje na osnovu njih uopšte ne bi bile demokratije. Ograničavajući se na zahtjev da javna vlast biva vršena od strane naroda, takvog kakav jeste, i konfigurirajući demokratiju kao razrješenu od vlasti, ona ignoriše i protivrječi paradigmi pravne države koja ne dozvoljava moći koje ni-

derecho y la democracia, u španj. prijevodu Andree Greppija, Madrid, Editorial Trotta, 2006, osobito u poglavlju VI.

5 Norberto Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), sada u: *Teoria generale della politica*, Michelangelo Bovero (ur.), Torino, Einaudi, 1999, 228). Ovo je rusoovska predstava slobode kao okornosti zakonu koji smo mi sami propisali” (Rousseau 1972 (fn. 3), knjiga I, pogl. 8, 287), koju preuzima Kant: “Bolje je definisati moju spoljnu slobodu (tj. pravnu) kao sposobnost da se ne pokoravamo spoljnim zakonima, osim onima za koje sam mogao dati svoj pristanak” (Immanuel Kant, *Per la pace perpetua* [1795], odjeljak II, u: *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, u ital. prijevodu Gioelea Solarija i Giovannija Vidarija, Torino, Utet, 1965, 292); “pravna sloboda [je] sposobnost da se ne pokorava drugom zakonu izuzev onom na koji su oni sami [građani] dali svoj pristanak” (Immanuel Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], Id., § 46, 500).

jesu podložne zakonu,⁶ a utoliko više protivrjeći ustavom regulisanoj državi, u okviru koje uopšte nije istina da je moć naroda neograničena. Novitet koji konstitucionalizam uvodi u strukturu demokratija jeste zapravo taj da je najviša zakonodavna vlast pravno određena i ograničena, ne samo u pogledu forme koje su predviđene da garantuju vlast većini već i u pogledu supstance njihovog vršenja, koja je ograničena u pogledu onih specifičnih ustavnih normi kakve su princip jednakosti i osnovna prava. Da li bismo onda morali zaključiti, iz perspektive formalne predstave o demokratiji, da ovi sistemi nijesu demokratski? Ili bismo pak, nasuprot tome, morali tvrditi da u odsustvu ograničenja možemo govoriti o demokratiji u prosto političkom ili formalnom smislu, ali da nikako ne možemo govoriti o njoj u vezi sa onom složenom formom koja se danas uopšteno naziva “konstitucionalnom demokratijom”?

Drugi se razlog sastoji u neraskidivoj vezi, zanemarenoj od strane puko formalnih koncepcija demokratije, između političke demokratije i onih ustavom ustanovljenih osnovnih prava koja djeluju kao granice i ograničenja inače apsolutnoj volji većine. Radi se prije svega o pravima na slobodu. Volja birača se izražava na *autentičan* način isključivo onda kada se izražava *slobodno*. Slobodno se pak može izraziti samo ako je garantovano ostvarivanje ne samo prava glasa već i osnovnih sloboda svih i svakog pojedinačno: slobode mišljenja, štampe, informacija, okupljanja i udruživanja. Prava na slobodu su, s druge strane, efektivna onda kada su podržana garancijom socijalnih prava na pozitivne prestacije, tj. na socijalnu podršku, na zdravlje, na obrazovanje i informisanje. Bez zadovoljavanja ovih prava i javnih obaveza koje im odgovaraju, politička prava i prava na slobodu su osuđena da ostanu mrtvo slovo na papiru; ne postoji učešće u javnom životu bez garancije životnog minimuma, niti postoji formiranje svjesne volje bez obrazovanja i informisanja. Uobičajeno se puko formalnoj ili proceduralnoj predstavi dodaje teza da su ograničenja volje većine koja su obezbjeđena od strane osnovnih prava, “uslovi”, ili “preduslovi” ili “pretpostavke” demokratije.⁷ Ali uslov koji se smatra nužnim jeste i neophodan, te mora biti uključen kao uslov *sine qua non*, u definiciji termina koji određujemo.

6 “Demokratski sistem” u kojem narodni suverenitet nije podređen zakonu bi u potpunosti odgovarao predstavi o apsolutnoj državi koju je definisao Hobs: “suveren jedne države, bilo da je to skupština ili jedan čovjek, nije podložan građanskim zakonima. Štaviše, imajući moć da stvara i abrogira zakone, ako hoće on se može osloboditi podređenosti abrogacijom zakona koji ga uznemiravaju i stvarajući nove zakone. (Thomas Hobbes, *Leviatano* [1651], Raffaella Santi (prev. i ur.), Milano, Bompiani, 2001, dio II, pogl. XXVI, § 6, 433); i nešto dalje: “Četvrto mišljenje koje je nespojivo s prirodom države je ovo, da je onaj koji drži suverenu vlast podređen građanskim zakonima... Suveren nije podređen onim zakonima koje on sam, tj. država stvara, zbog toga što biti subjekat zakonu znači biti subjekat državi, tj. njenom suverenom predstavniku, koji je upravo on. Kod njega se ne radi o podređenosti već o slobodi od zakona. Ova greška, postavljajući zakone iznad zakona, postavlja iznad njega i sudiju i vlast koja ga može kazniti a ovo znači novog suverena pa i sledećeg iz istog razloga i tako u beskonačnost, sa konfuzijom i razgradnjom države koji iz ovoga slijede.” (na istom mjestu, § 9, 529).

7 Vidi Bobbio 1984 (fn. 4), 6: “čak je i za minimalnu definiciju demokratije, kakva je ona koju

Treći razlog se sastoji u poroznoj teorijskoj konzistenciji koncepta demokracije koji nastoji da bude dosljedan samom sebi. Bar neka supstancijalna ograničenja sadržaja legitimnih odluka su, naime, neophodna samoj političkoj demokraciji, koja u njihovom odsustvu *ne može* preživjeti ili pak *može da ne preživi*. Uvijek je, u principu, moguće da se demokratskim metodama eliminišu, većinskom voljom, sami demokratski metodi: ne samo slobode i socijalna prava, već i sama politička prava, politički pluralizam, podjela vlasti, predstavljanje, ukratko, cjelokupan sistem pravila od kojih se politička demokratija sastoji. Ovdje se ne radi o školskoj pretpostavci: ono što se desilo u slučaju fašizma i nacizma u prošlom vijeku jeste to da su oni pomoću demokratskih formi preuzeli vlast da bi naknadno potisnuli samu demokraciju. Iz tih je tragedija izrasla ustavna i garantistička paradigma savremenih demokracija, na osnovu dvije grube lekcije: s jedne strane je to kraj svake iluzije o supstancijalnim vrijednostima pravde i slobode koje bi trebala da garantuje volja većine i konsenzus povjeren političkim vlastima; s druge strane, sljedstveno tome, to je početak priznavanja nužnosti supstancijalnih granica koja se ovima nameću, kao garancija same demokracije, od strane principa pravde koji su rigidno ustanovljeni u novim ustavima.⁸

2 FORMALNI ASPEKT USTAVNE DEMOKRATIJE

Prva pouka je ta da metod formiranja političkih odluka, zasnovan na narodnom predstavništvu posredstvom univerzalnog biračkog prava i principa većine, garantuje samo demokratsku *formu* izbora onih koji vladaju. Ali ovaj metod ne implicira to da odluke koje donese većina imaju, ukoliko su takve, *demokratsku supstancu* i vrijednost pravde. Ne podrazumjeva, drugim riječima, da je vlast naroda ili vlast većine zapravo dobra i pravedna.

predlažem, neophodan”, uz univerzalno pravo glasa i princip većine, “i treći uslov – neophodno je da su oni koji su pozvani da odlučuju ili koji su pozvani da izaberu one koji odlučuju stavljeni pred realne alternative i da su obezbjeđeni uslovi za izbor između jednog i drugog. Kako bi se ovaj uslov ostvario, neophodno je da su onima koji su pozvani da odlučuju obezbjeđena takozvana prava na slobodu, na mišljenje, na izražavanje sopstvenog mišljenja, na skup, na udruživanje itd. Ustavne norme koje daju ova prava nijesu u pravom smislu te riječi pravila igre – ona su samo preliminarne pravila koja omogućavaju odvijanje igre.” Analogno, Kelsen kaže: “Demokratija bez javnog mnjenja je suprotnost u sebi. Utoliko ukoliko se javno mnjenje može javiti tamo gdje su garantovane slobode mišljenja, sloboda govora, štampe i religije, demokratija koincidira s političkim liberalizmom, iako ne koincidira nužno s ekonomskim liberalizmom” (Kelsen 1959 (fn. 4), dio II, IV, B, d, 293) – gdje je jasno da ovo “koincidiranje” čini od prava na slobodu suštinski i supstancijalnu dimenziju demokracije. Na isti način Bovero 2000 (fn. 4), pogl. II, § 6, 38–41.

- 8 Za analizu konstitucionalne paradigme upućujem na Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, *Teoria del diritto*; vol. II, *Teoria della democrazia*; vol. III, *La sintassi del diritto* (dalje u tekstu: PI, I; PI, II; PI, III). Vidi i Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, Laterza, 9. izdanje, 2008, dio V.

No, upravo je ovo teza koja se provlači kroz veliki dio istorije demokrat-skog mišljenja: apologija neposredne demokratije koja je formulisana od strane Protagore u Platonovom dijalogu,⁹ Aristotelov argument zasnovan na većem broju umova koji su saglasni u odluci,¹⁰ sve do Rusoove teze o opštoj volji kao volji “koja je uvijek ispravna” i okrenuta “javnoj koristi”,¹¹ koju je u suštini pre-uzeo Kant, po kojem takva volja ne može “stvoriti nepravdu” niti “načiniti nešto loše bilo kome”.¹² To je princip formulisan u članu 4 ustava Francuske iz 1793. godine, po kojem je opšta volja uvijek i pravedna volja: “La loi est l’expression libre et solennelle de la volonté générale...; elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible”. Radi se

- 9 *Protagora*, 323a: “Atinjani, i drugi, kada je u pitanju sposobnost umještosti stvaranja ili neke druge umiještosti, smatraju da mali broj treba da uzme učešća u deliberacijama. A ako neko osim ovih malobrojnih želi da daje savjete, ne trpe ga, kao što ti kažeš – i iz dobrog razloga, kažem ja. Ali kada se okupe u skupštini radi pitanja koje se tiču političke vrline, i mora se postupati isključivo na osnovu pravde i umjerenosti, prirodno je da oni prihvate savjet bilo koga, s obzirom na nužno uvjetenje da svi učestvuju u ovoj vrlini, inače polis ne bi postojao” (Platon 2008 (fn. 1), 820).
- 10 Aristotel 1972 (fn. 2), 1281b, 154–155: “Čini se da se može tvrditi da masa treba da bude suverena u državi umjesto najboljih, kojih je svega nekolicina: to podrazumjeva poteškoće, ali je možda i istinito. Može u stvari biti da su mnogi, iako pojedinačno nijesu izuzetni, kada se skupe zajedno superiorni njima, ne uzeti pojedinačno već u njihovom totalitetu, kakav je slučaj sa zajedničkim obredima u poređenju sa onima koji se prave o trošku jednog. U stvarnosti, s obzirom da su mnogi, svako ima dio vrline i mudrosti i kada se okupe zajedno, u masi, postaju čovjek sa mnogo nogu, sa mnogo ruku, sa mnogo čula, tako postaju čovjek s mnogim izvanrednim karakteristikama i inteligencijom.”
- 11 “Opšta volja je uvijek ispravna i uvijek teži javnoj koristi” (Rousseau 1972 (fn. 3), knjiga II, pogl. III, 290): “Kada čitav narod odlučuje o čitavom narodu, on nema ništa drugo u obziru osim sebe samog... Onda je predmet o kojem se odlučuje opšti. Ovo ja zovem zakonom... Na osnovu ovog pojma se odmah vidi da se ne treba više pitati... da li zakon može biti nepravedan, zbog toga što niko nije nepravedan prema samom sebi... Sebi narod uvijek želi dobro, ali ga ne vidi uvijek iz sebe. Opšta volja je uvijek ispravna ali sud koji je vodi nije uvijek prosvjećen. Neophodno je da se predmeti vide takvi kakvi jesu, a nekada kakvi bi se trebali pojaviti, pokazati dobar put koji traži, sačuvati ga od zavodljivosti partikularnih volja, približiti njenim očima mjesta i vremena, napraviti protivtežu između prisutnih i osjetnih privlačnosti i opasnosti dalekih i sakrivenih zala. Privatni pojedinci vide dobro koje odbijaju; javnost želi dobro koje nevidi. Svima je u jednakoj mjeri potrebo vođstvo” (Id., knjiga II, pogl. VI, 295–296).
- 12 Valja se podsjetiti ovih, otvoreno rusooovskih, Kantovih riječi: “Zakonodavna vlast pripada samo kolektivnoj volji naroda. Štaviše, kako je ova vlast ona iz koje treba da proisteknu sva prava, ona ne smije biti u stanju da nanese nepravdu bilo kome svojim zakonima. No, uvijek je moguće, kada neko odluči nešto protiv *nekog drugog*, da on protiv njega počini nepravdu; ali on ne čini nepravdu nikada kada nešto odlučuje u vezi sa samim sobom (zbog toga što *volenti non fit iniuria*)” (Kant 1965 (fn. 5), *Principi metafisici*, § 46, 500); “Javni zakon, koji određuje za sve ono što za njih može biti pravno zakonito ili nezakonito, je akt javne volje iz koje proizilazi cjelokupno pravo, i koja stoga ne može nikome učiniti nažao. Ali to nije moguće nekoj drugoj volji izuzev volji cjelokupnog naroda (u kojoj svi odlučuju o svima a stoga svako o samom sebi), zbog toga što se jedino samom sebi ne može učiniti nažao.” (Immanuel Kant, *Sopra il detto comune: 'questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica'* [1793], II, u: Kant 1965 (fn. 5), 259).

zapravo o jednom *non sequitur*. Dokaz za to je činjenica da su u istoriji političkog mišljenja demokratskoj formi upravljanja uobičajeno pripisivane negativne aksiološke konotacije usmjerene na devaluaciju pa čak i prezir naroda.¹³ U svakom slučaju, iluzija o opštoj volji kao dobroj volji je tragično srušena užasima totalitarizama dvadesetog vijeka, koji su zasigurno uživali u blagodetima većinskog pristanka. Ona se nažalost vraća na scenu, kako smo ovih godina mogli vidjeti u Italiji, u populističkoj demagogiji i zdravom razumu.

Nakon što smo isključili svaku supstancijalnu konotaciju o narodnoj volji kao pravednoj volji, možemo se pitati da li je kao aksiološki osnov formalne ili proceduralne demokratije održivija njena karakterizacija kao narodne "autonomije", ili "samovlade" ili "samodeterminacije", tj. kao pozitivne slobode naroda da ne bude podložan drugim odlukama, pa, sledstveno tome, da ne bude podložan drugim granicama i ograničenjima, koje nijesu one o kojima je on sam odlučio. To je klasična teza koju smo naveli na početku i koju podržava čak i Hans Kelsen: "Politički je slobodan", piše Kelsen, "onaj koji je podložan pravnom poretku u čijem stvaranju učestvuje. Pojedinaac je slobodan ako ono što 'treba' da čini na osnovu društvenog poretka koincidiра sa onim što on 'želi' da čini. Demokratija znači da je 'volja' koja je predstavljena u pravnom poretku države identična sa voljom subjekata. Njena suprotnost je podređenost koju stvara autokratija".¹⁴ Kelsen priznaje da "demokratija i autokratija, koje su sada definisane, ne predstavljaju određena istorijska uređenja, već prije ideal-tipove. U političkoj stvarnosti ne postoji niti jedna država koja se u potpunosti poklapa s jednim ili drugim ideal-tipom."¹⁵ On se stoga priklanja kvantitativnom zasnovanju političke demokratije kao maksimizacije političke slobode obezbjeđene principom većine: "ideja koja stoji u osnovi principa većine jeste ta da društveni poredak mora biti u skladu sa što je više moguće subjekata, i u suprotnosti sa što manje istih. Kako politička sloboda znači saglasnost između individualne volje i kolektivne volje koja je izražena u društvenom poretku, princip proste većine jeste onaj koji obezbjeđuje najveći stepen političke slobode u društvu".¹⁶

13 Tako Norberto Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie* (1981), u: Bobbio 1999 (fn. 5), 384. Dovoljno je sjetiti se negativne konotacije koju Platon pripisuje demokratiji u knjizi VIII Države. Pogledati i široku lepezu negativnih vrjednovanja *demosa* u istoriji političke misli koja nije samo konzervativna i reakcionarna, koju izlaže Valentina Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2011, prvi dio.

14 Kelsen 1959 (fn. 4), drugi dio, IV, A, b, 289. "Princip većine, a stoga i ideja demokratije, je sinteza ideje slobode i ideje jednakosti" (na istom mjestu, B, b, 3).

15 *Ibidem*.

16 Kelsen 1959 (fn. 4), B, b, 2, 291–292; na istom mjestu, 291: "Najveći mogući stepen slobode, tj. najveća moguća aproksimacija ideala samodeterminacije koju je moguće uskladiti sa postojanjem društvenog poretka, je garantovana principom koji kaže da promjena društvenog poretka zahtjeva konsenzus proste većine subjekata". Ista kvantitativna teza je već formulisana od strane Kelsena u: Kelsen 1981 (fn. 4), 46, gdje je princip većine zasnovan na "ideji da su slobodni, ako ne svi pojedini, onda bar veliki broj, što će reći da je društveni poredak u kontrastu sa malim brojem njih".

Ali je ova reiteracija iluzorna. Kako je primjetio i sam Kelsen, u predstavničkoj demokratiji narodni glas doprinosi samo izboru onih koji su pozvani da odlučuju i nema nikakve veze sa odlukama koje su donijete od strane izabranih.¹⁷ U predstavničkoj demokratiji narod ne odlučuje ništa u pogledu političkih pitanja. Odlučuje samo, u oblicima i u mjeri u kojoj to omogućavaju izborni zakoni, ko će biti oni koji odlučuju. Nije slučajna zabrana imperativnog mandata,¹⁸ koji nije akcidentalno svojstvo već je predstava koja je sastavni dio same predstavničke demokratije, budući da čak nije nikako moguće promijeniti, u trenutku izbora, odluke koje će donijeti izabrani. Čak se i u neposrednoj demokratiji odlučuje većinom, dok manjina ostaje podređena heteronomnoj volji većine. Sama pretpostavka efektivnog narodnog samoodređenja bi u direktnoj demokratiji podrazumjevala da se sve odluke donose jednoglasno. Ali bi ova vrsta jednoglasja, kada bi bila moguća, mogla dovesti do jedne još veće destrukcije javnog duha; ideološka homogenizacija predstavlja kraj pluralizma i političkog konflikta pa time i slobode.¹⁹ Ono što karakteriše demokratiju nije toliko slobodna saglasnost već prvenstveno slobodna nesaglasnost.

S druge strane je narod, upravo onako kako nas je naučio Kelsen, kolektivni subjekat, koji može odlučivati samo po većinskom principu i uz to, u predstavničkoj demokratiji, može odlučivati samo o izboru predstavnika. Izjednačavanje autonomije i metoda odlučivanja zasnovanog na principu većine i predstavljanja stoga rizikuje da se približi komunitarističkoj, organicističkoj i holističkoj koncepciji demokratije zasnovanoj na izrazito ideološkoj ideji, bremenitoj autoritarnim i populističkim implikacijama, da je narod “političko tijelo”,²⁰ neka vr-

17 Ideja da predstavnici izražavaju volju birača, piše Kelsen, je “fikcija” i “politička ideologija”, čija je funkcija ta da “prikrije stvarnu situaciju, da održi iluziju da je narod zakonodavac, uprkos činjenici da je u stvarnosti funkcija naroda – preciznije, biračkog tijela – ograničena na stvaranje zakonodavnog organa” (Kelsen 1959 (fn. 4), B, g, 296).

18 Ustanovljen, na primjer, čl. 67 italijanskog Ustava: “Svaki član Parlamenta predstavlja Narod i izvršava svoje dužnosti bez obavezujućeg mandata”. Zabrana imperativnog mandata prvi je puta bila formulirana francuskim Ustavom od 3. septembra 1791: “Predstavni izabrani u departmanima neće biti predstavnici određenog departmana, nego čitavog Naroda i ne može im se dati nikakav mandat.” (čl. 7 odjeljka III, poglavlja I, glave III).

19 “Često se, nažalost”, piše Bobbio, “većine formiraju ne od strane najslobodnijih već od strane najkonformističnijih. Po pravilu, čak, što su brojnije većine, naročito onda kada se približavaju jednoglasnosti, to više izranja sumnja da izraz glasanja nije bio slobodan. U ovom slučaju je pravilo većine dalo sve moguće usluge koje se od njega mogu tražiti ali društvo u čije je ono ogledalo nije slobodno društvo.” (Bobbio 1999 (fn. 5), *La regola di maggioranza*, 391).

20 Valja se podsjetiti čuvenih Rusoovih riječi: “U istom trenu, na mjesto privatne osobe svakog ugovarača, ovaj akt udruživanja stvara moralno i kolektivno tijelo, sastavljeno od onoliko članova koliko glasova ima skupština, koji od samog ovog akta prima svoje jedinstvo, svoje zajedničko ja, svoj život i svoju volju. Ova javna ličnost, koja se formira od unije svih drugih, je u jednom vremenu nosila ime *grada* a sada nosi ime *republike* ili *političkog tijela*... Što se ugovarača tiče, oni kolektivno dobijaju ime *narod*” (Rousseau 1972 (fn. 3), knjiga I, pogl. VI, 285); “Sa društvenim ugovorom smo dali postojanje i život političkom tijelu; radi se sada o tome da mu se da kretanje i volja posredstvom zakonodavstva” (Id., knjiga II, pogl. VI, 294).

sta organizma, makro-subjekta, koji posjeduje sopstvenu homogenu volju, kao i na tome da su principi predstavljanja i većine ne samo proste konvencije koje najprije služe za određivanje reprezentativnih subjekata već su zapravo oblici kojima se izražava opšta i unitarna volja naroda kao subjekta koji je sa svoje strane unitaran i organski.²¹ Kada se napuste ove neprikladne metafore, moramo priznati, kao što je pisao Hans Kelsen u polemici sa Karlom Šmitom, da takva unitarna volja ne postoji,²² i da njena ideološka pretpostavka služi samo za legitimaciju apsolutne volje većine kojoj je možda suđeno da se inkarnira u vođi, i da zamagli pluralitet interesa, stavova i klasnih konflikata koji postoje u takozvanom “narodu”.²³

Ali je onda i ideja o demokratiji kao “samovladavini” – u kojoj proceduralne teorije identifikuju aksiološki osnov demokratije – falična. Klasična i dominantna teza po kojoj bi se ona sastojala, kako su pisali Ruso i Kant, u neposlušnosti bilo kom zakonu izuzev onom koji smo sami sebi propisali, ili čak, kako je pisao Kelsen, u saglasnosti između individualne i kolektivne volje, je teza koja je sasvim jasno ideološka i koja aludira na pretpostavku koja je u najboljem slučaju malo vjerovatna a u najgorem – teško neliberalna. Možemo okarakterisati politička prava kao “prava političke autonomije”.²⁴ Ali je jasno da se “autonomija” u ovom izrazu ne odnosi na političku samovladavinu ili na podređivanje zakonima koje smo sami stvorili. Svi zakoni ostaju uvijek heteronomni, čak i za većinu. Slijedi da jedino značenje koje se može pripisati “autonomiji” koju garantuju politička prava jeste značenje po kojem se ona sastoji u slobodnom upražnjavanju političkih prava koje se manifestuje u saglasnosti ali još više u nesaglasnosti;

Ova ideja o “realnom jedinstvu” onih koji su zaključili društveni ugovor i o “političkom tijelu” koje je na ovaj način stvoreno, je uostalom prisutna i kod Hobsa, Loka i Kanta (vidi djelove koji su citirani u PI, II, bilješka 11, 114–115) i vjerovatno je doprinio ideološkoj predrasudi o organskom odnosu između predstavljenih i predstavnika.

- 21 “Ali, šta je ovaj narod?” pita se Kelsen: “on je van svake sumnje pluralitet pojedinaca. I izgleda da demokratija pretpostavlja, u osnovi, da ovaj pluralitet pojedinaca konstituiše jedinstvo, naročito zbog toga što narod kao jedinstvo jeste – i teorijski bi trebao da bude – ne toliko objekat koliko subjekat vlasti. Ali to odakle može poteći ovo jedinstvo koje nosi ime naroda, ostaje problematično ukoliko se uzimaju u obzir samo osjetni podaci. Podjeljen po nacionalnoj, vjerskoj i ekonomskoj osnovi narod izgleda, u očima sociologa, više kao mnogostrukost različitih grupa prije nego kao koherentna masa i jedinstveno stanje anglomeracije.” (Kelsen 1981 (fn. 4), pogl. II, 50–51).
- 22 Hans Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), § 10, prev. u: Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Carmelo Geraci (ur.), Milano, Giuffrè, 1981, 277.
- 23 *Ibid.*, 275: ideja da je narod “homegen i jedinstven kolektiv”, kojoj je pridružen “jedinstveni kolektivni interes koji se izražava u jedinstvenoj unitarnoj volji” služi da bi se “prikrio kontrast interesa, efektivan i radikaln, koji se u stvarnosti izražava političkim partijama i, što je još važnije, u konfliktu klasa koji je u njegovoj unutrašnjosti”.
- 24 Tako sam ih nazvao u PI, I, § 11.4, 744–747, u definiciji D11.17. Tezom T11.72 sam objasnio ekvivalenciju između ove predstave i predstave “političkih prava”.

u slobodnom prihvatanju, ali i štaviše, u slobodnom suprotstavljanju; u saglasnosti ali i u kritici i u političkom konfliktu koji ova legitimno proizvodi.

Zapravo, jedini aksiološki osnov formalnog aspekta demokratije jeste jednakost, određena univerzalnim pravom glasa, u onoj posebnoj klasi osnovnih prava koja se nazivaju političkim pravima. Ne smijemo zaboraviti da se demokratija nije shvatala kao vrijedna sve do XX vijeka. Sama ideja “autonomije” je, kao osnov ograničenog prava glasa, pripisivana od strane liberalne misli u XVII i XVIII vijeku, zahvaljujući njenom odbijanju principa jednakosti, samo onim građanima koji su obrazovani ili su pak vlasnici i koji su zbog toga jedino smatrani sposobnim za autentično samoodređenje.²⁵ Stoga je vrijednost jednakosti, koja je povezivana sa vrijednošću ličnog dostojanstva, ta koja je odredila promjenu od negativnog ka pozitivnom sudu o demokratiji. Univerzalno pravo glasa i princip većine su tako afirmisani kao demokratske tehnike u izboru onih koji vladaju: zbog toga što takav metod omogućava da u ovom izboru u uslovima jednakosti učestvuju svi oni kojima se vlada; zbog toga što on favorizuje politički i ideološki pluralizam, kao i konflikt između mogućnosti i različitih poimanja opštih interesa; zbog toga što omogućava predstavljanje nesaglasnosti i ostavlja prostor za političku i društvenu opoziciju; zbog toga što čini mogućim neku vrstu narodne kontrole predstavnika i obezbjeđuje njihovu odgovornost, pa makar samom mogućnošću njihove smjene i mogućim alternativama vlasti; i konačno, zbog toga što, zajedno sa slobodama, on promovise narodnu participaciju i razvoj debate i javnog mnjenja koji uslovljavaju kako formiranje većine tako i njihove konkretne odluke. Prirodno, manje ili više zadovoljavajuća realizacija ovih ciljeva zavisi velikim dijelom od izbornih zakona, koji konkretizuju i garantuju politička prava. Važno je to da se izbjegniju dvije ideološke greške koje smo obrazložili kao i *surplus* političke legitimacije koji se posredstvom njih na neodgovarajući način pripisuje političkoj vlasti: ideja da je politička volja izražena demokratskim metodom dobra i pravedna i ne manje štetna ideja da se politička volja sastoji u narodnoj samovladavini.

25 Pázé 2011 (fn. 13), 28–29. “Svi građani”, pisao je Monteskje, “moraju imati pravo da daju svoj glas kako bi izabrali predstavnika, izuzev onih koji su u tako niskom stanju da se smatra da nemaju sopstvenu volju” (Charles de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Sergio Cotta (prev. i ur.), Torino, Utet, 1952, II, knjiga XI, pogl. VI, 281). I. Kant: “Onaj koji ima pravo glasa u ovom zakonodavstvu se zove građaninom ... Kvalitet koji se njemu traži, izuzev onog prirodnog, da nije dijete, niti žena, je samo ovaj: da je on sam vlasnik samog sebe (*sui iuris*) i da stoga ima neko vlasništvo... da on obezbjeđuje sredstva za život; i to u smislu da, u slučajevima u kojima mora pribavljati dobra drugih, on pribavlja ta dobra otuđivanjem onoga što je njegovo a ne na osnovu koncesije koju čini drugima davanjem svojih snaga; tj. da ne služi u doslovnom smislu te riječi nikom drugom izuzev zajednici” (Kant, *Sopra il detto comune*, u: Kant 1965 (fn. 5), II, 260–261). Vidi, takođe, o putevima koje je ideja demokratije prešla afirmišući se kao pozitivna vrijednost u napoletanskoj prosvetenoj misli s kraja XVII vijeka u: Dario Ippolito, *Le dimensioni della ‘democrazia’: un itinerario meridionale tra illuminismo e repubblicanesimo*, u: Antonio Trampus (ur.), *Parole e linguaggi del tardo illuminismo*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2011.

3 SUPSTANCIJALNI ASPEKT USTAVNE DEMOKRATIJE. PRAVNA TEORIJA VAŽENJA I POLITIČKA TEORIJA DEMOKRATIJE

Druga, važnija pouka koja može biti izvedena ako prihvatimo tri aporije koje su prikazane na početku je ta da formalni i proceduralni element izražen u reprezentativnoj formi političkih odluka koji, iako je neophodan, nije i dovoljan za definiciju demokratije, niti na empirijskom nivou, tj. pozivanjem na savremene ustavne demokratije, niti na teorijskom nivou, tj. pozivanjem na predstavu političke demokratije. Upravo zbog toga što formalni aspekt demokratije ne garantuje kvalitet političkih odluka, niti njihovo odgovaranje (pretpostavljenoj) narodnoj volji, neophodno je, da bi jedan sistem bio demokratski, bar to da se većini oduzme moć da potisne manjine, a svakako i da se oduzme ista ta moć i mogućim, budućim većinama. No ovo je već supstancijalni element, koji se tiče sadržaja odluka, i koji stoga protivrječi tezi na osnovu koje se demokratija sastoji samo u metodi, tj. u proceduralnim pravilima koja obezbjeđuju narodnu predstavljenost u odlučivanju posredstvom univerzalnog prava glasa i principa većine. Nesumnjivo, supstancijalni elementi ove vrste, neophodni kako bi se obezbjedio sam demokratski metod kao i same njihove raznovrsne i kompleksne pretpostavke, teorijski su obrađeni od strane liberalne i zakonodavne teorije prava – ali kao *političke* ili *eksterne* granice, a ne kao *pravne* ili *unutrašnje* granice. Ustavna demokratija je preobrazila ove političke ili eksterne granice u pravila i granice koje su pravne ili interne. Upravo je ovo veliki izum garantističkog konstitucionalizma u posleratnoj Evropi.²⁶ To je rezultiralo složenom paradigmom – ustavne demokratije – koja pored političkog ili *formalnog* elementa uključuje i element koji slobodno možemo nazvati *supstancijalnim*, s obzirom na to da se tiče sadržaja, tj. supstancije odluka – onoga što je zabranjeno svakoj većini s jedne strane i onoga što je obavezno odlučiti s druge.

Kako bi se shvatila ova promjena paradigme demokratije i pravne države, neophodno je razmotriti institucionalnu promjenu i njenu reviziju sa stanovišta teorije prava, koja se desila s konstitucionalnom paradigmom *supstancijalnih*, a ne samo *formalnih* uslova *važenja* legislativne produkcije.²⁷ Postoji, naime, dvostruka povezanost između strukturalne promjene takvih uslova u staroj le-

26 Kao alternativa liberalnim mjerama “zaštićene demokratije” koje su prihvaćene kao što podsjeća Pazé 2011 (fn. 13), 92–93, od strane njemačkog Osnovnog zakona od 1949. kao zabrana predviđena članom 9 o udruženjima “usmjerenim protiv ustavnog poretka ili protiv principa razumjevanja naroda”; gubitak prava na slobodu predviđen članom 18 za onoga koji je zloupotrebljava kako bi se “borio protiv osnovnog liberalnog i demokratskog poretka”; zabrana rada u članu 21 kao “neustavnih” oni partija koje “kao cilj ili kao ponašanje njenih pripadnika pokušavaju da prejudiciraju ili eliminišu osnovni demokratski poredak”.

27 Cfr. Ferrajoli 2008 (fn. 8), pogl. XIII, 895–909, 917, 926; Luigi Ferrajoli, *Il diritto come sistema di garanzie*, u: *Ragion pratica*, I, 1993, 143–161; Vitale 2001 (fn. 4), I, 18–22, II, 145–150 i III, 318–332; PI, I, pogl. IX, §§ 9.10–11, 530–542.

gislativnoj pravnoj državi i strukturalnih promjena demokratije, koji su stvoreni od strane paradigme rigidnog konstitucionalizma. Uopštenije uzevši, postoji izomorfna veza, koja se često zanemaruje, između pravnih uslova važenja – bez obzira na to da li su oni demokratski ili nedemokratski – i političkih uslova legitimeteta praktikovanja normativne vlasti; ukratko, postoji veza između prava i politike kao i između teorije prava i političke teorije. To je veza koja političku teoriju čini semantičkom interpretacijom, političko-filozofske prirode, konceptualnog aparata razvijenog od strane teorije prava. Teorija prava je ta koja nam govori šta je važenje: ona ne govori o tome koji su ili koji bi bilo pravedno da su uslovi važenja normi – o tome nam govore pravne discipline različitih poredaka i različite političke filozofije pravde – već nam govori u čemu se ti uslovi sastoje. To nam govori, ukoliko je čista ili formalna teorija, posredstvom definicije koncepta važenja: a važeća je, u datom pravnom poretku, svaka norma koja je stvorena u skladu sa normama istog poretka koje regulišu njeno stvaranje. Politička teorija demokratije nam, pak, govori o tome koji su ili koji trebaju da budu demokratski oblici normativne produkcije i uopšte političkih odluka. Istu stvar bi činila i politička teorija autokratije – npr. princip *quod principi placuit legis habet vigorem*, pri čemu se *'princeps'* shvata kao monokratski organ koji posjeduje moć apsolutnog *'vigorem'* u smislu *'validitatem'* – stvaranja normi i, opštije, vrhovnih političkih odluka.

Ovaj izomorfizam sasvim jasno postoji između kelsenovske teorije političke demokratije i kelsenovske teorije važenja, i jedna i druga su ukotvljene u oblike pravne produkcije pa stoga imaju formalan ili proceduralan karakter. I Kelsen i Bobio su formulisali čisto formalno shvatanje važenja normi, identifikujući ga sa njihovim postojanjem, povezanim sa oblicima utvrđenim od strane normi koje regulišu njihovo stvaranje.²⁸ Otuda iz ovog formalnog shvatanja važenja proizilazi i njihovo formalno ili proceduralno shvatanje demokratije, koja se naprosto sastoji u demokratskom karakteru ovih oblika, tj. u normama – od univerzalnog prava glasa do principa većine – o normativnoj produkciji. Ako je istina da važenje normi zavisi od njihovog stvaranja u oblicima predviđenim normama o njihovom stvaranju, onda politička demokratija, kako za Kelsena tako i za Bobia, ne može biti ništa drugo nego demokratizacija takvih oblika, tj. demokratizacija onog “ko” i “kako” odluka koje su povjerene upravljačima izabranim opštim pravom glasa i na osnovu principa većine.

Ali je upravo izomorfizam između pravne predstave važenja i političke predstave legitimnog upražnjavanja moći taj koji ukazuje na to da u savremenim poretcima u kojima postoje tvrdi ustavi možemo identifikovati, uz formalnu ili proceduralnu dimenziju demokratije, jednu, ne manje značajnu, supstancijalnu dimenziju, koja je stvorena složenijim uslovima za važenje normi koji se ustavi-

28 O ovome vidi prve odgovore koji su razvijeni u razgovoru s Huanom Ruizom Manerom (Juan Ruiz Manero), koji je ovdje prenesen u poglavlju IV.

ma traže. Tvrdi ustavi su naime izmjenili uslove važenja zakona; oni su povezali važenje ne samo s ovim “ko” i s “kako”, tj. s formom stvaranja odluka, već i sa “šta”, tj. sa supstancom ili sadržajem donesenih odluka. Iz toga slijedi da uz formalnu dimenziju moramo pretpostaviti i supstancijalnu dimenziju kako važenja tako i demokratije, koja nema nikakve veze sa idejom opšte volje kao dobre i pravedne već, upravo suprotno, sa idejom da je veoma moguće da takva volja nije niti dobra niti pravedna. Ova druga dimenzija je uvedena, u našim poretcima, posredstvom pozitivizacije u tvrdim ustavima, osnovnih prava i drugih principa pravde, ljudskog dostojanstva i sličnih. U skladu sa tim možemo reći da u ustavnim demokratijama ostaje istinito da *quod principi placuit legis habet vigorem*, u kojem se “važenje” shvata u smislu “postojanja”, ali više nije istinito da ono ima i *validitatem*, s obzirom na to da se može desiti da je norma koja je formalno važeća, zbog toga što je stvorena u obliku koji je normativno predviđen ipak supstancijalno nevažeća, zbog toga što je u suprotnosti sa ustavnim normama.

Na taj način je sa konstitucionalnom paradigmom umanjena stara podudarnost između važenja i sile (ili postojanja) normi koja je distinktna karakteristika legislativne pravne države i postulat paleo-juspozitivizma i koja je, začuđujuće, konstantno branjena od strane Kelsena, kojem upravo i dugujemo teoretizaciju strukture i nivoa pravnog poretka kao i pravne kontrole ustavnosti zakona. I u ovom slučaju, u paradigmi konstitucionalne demokratije, možemo primjetiti izomorfizam koji i u supstancijalnoj materiji povezuje važenje i demokratiju – supstancijalne, tj. sadržajne, granice i ograničenja koji su od strane osnovnih prava nametnute volji većine služe tome da uslove pravno važenje normi ne samo u pogledu njihove forme već i u pogledu sadržine; ne samo u vezi s njihovom saglasnošću s formalnim normama već i u vezi s njihovom koherencijom sa supstancijalnim normama o njihovom stvaranju. Jasno je da ova nova supstancijalna dimenzija važenja povratno djeluje na strukturu demokratije i na demokratsko upražnjavanje moći, čija legitimacija nije više samo politička i formalna, tj. zasnovana na univerzalnom pravu glasa i principu većine, već je i legalna ili supstancijalna, tj. zasnovana na poštovanju i ostvarenju supstancijalnih ustavnih normi.²⁹

29 Nije na odmet precizirati, radi izbjegavanja nesporazuma, da su i koncept “supstancijalnog važenja” i “supstancijalnih normi o produkciji” – kao uostalom i koncept “osnovnih prava” – na istom nivou sa konceptom “formalnog važenja” i svim konceptima teorije prava. One su isto tako formalne u metateorijskom smislu termina “formalno”. Oni nam ne kažu koji su ili koji je ispravno da budu sadržaji supstancijalnih normi, već nam samo kažu da se radi o sadržajima koji su obavezujući za niže izvore prava. Supstancijalne bi bile i norme totalitarnog poretka koje bi npr. nametale jednu državnu religiju ili jednu državnu ideologiju i koje bi nametale njeno poštovanje kako zakonima, kao uslovima supstancijalnog važenja, tako i slobodi pojedinaca. Izomorfizam između pravne teorije važenja i političke teorije ustavne demokratije, ali i drugih oblika vlasti je i u ovim slučajevima neosporan.

Promjena, kako pravne tako i demokratske paradigme, se sastoji u virtuelnom i strukturalnom razilaženju između važenja i pravne snage, tj. između ustavnog trebanja i zakonodavnog jestanja prava koje je posljedica uobičajenog rigidnog konstitucionalizma. U demokratiji koja je samo politička i karakteristična za staru legislativnu pravnu državu, zakon je bio vrhovni i jedini izvor pravne produkcije, parlamentarne većine su bile svemoguće a važenje zakona se identifikovalo sa njihovim postojanjem. Ustavna pozitivizacija osnovnih prava podvrgava čak i zakonodavca supstancijalnim granicama i ograničenjima, raskidajući sa prezumpcijom legitimnosti prava i otvarajući prostor za antinomiju neovlašćenog stvaranja nevažećih zakona i nedozvoljenog izostavljanja obaveznih zakona. U ovom smislu ona važi za dovršenje kako pravnog pozitivizma tako i pravne države zbog toga što pozitivizuje pravno trebanje samog prava i zbog toga što podvrgava pravu čak i onaj poslednji rezidui vladavine ljudi koji se sastojao u svemoći zakonodavca.

Ustavna paradigma pravne države je tako redefinisana na osnovu postulata koji odgovaraju dvama vrstama garancija, jednoj primarnoj i jednoj sekundarnoj. Prvi postulat, koji se može identifikovati sa *principom legalnosti*, nameće to da svugdje gdje postoji moć moraju postojati i *primarne norme*, negativne i pozitivne, koje regulišu upražnjavanje moći podvrgavajući je granicama i ograničenjima, tj. zabranama i obavezama, u kojima se sastoje *primarne garancije*, negativne i pozitivne, ustavno utvrđenih osnovnih prava. Drugi postulat koji se može identifikovati sa *sudskim principom*, nameće to da uvijek onda kada postoje primarne norme, formalne ili supstancijalne, moraju postojati i *sekundarne norme* koje su pretpostavka za aktiviranje *sekundarnih garancija* ili sudskih garancija koje su u stanju da uklone ili isprave moguća kršenja primarnih normi i garancija. Oba principa, kao što će se vidjeti u nastavku, zahtijevaju zakone za njihovo ostvarenje, bez kojih nastaju primarne ili sekundarne praznine, koje su odgovorne za primarnu ili sekundarnu neefikasnost ustavom utvrđenih prava.³⁰

4 ČETVORODIMENZIONALNI MODEL DEMOKRATIJE: POLITIČKA DEMOKRATIJA, GRAĐANSKA DEMOKRATIJA, LIBERALNA DEMOKRATIJA I SOCIJALNA DEMOKRATIJA

Ova nova složenost uslova važenja koja je stvorena ustavnim paradigmom povratno djeluje na uslove demokratije, čineći ih ne više samo formalnim već i

³⁰ U vezi s predstavama primarnih i sekundarnih garancija, primarnih i sekundarnih praznina, primarnih i sekundarnih efektivnosti i neefektivnosti, upućujem na PI, I, §§ 10.16-10.21, 668-701.

supstancijalnim. Tako nastaju dvije integracije, jedna u okviru paradigme prava i druga u okviru paradigme demokratije, koje su međusobno povezane i paralelne. Kao u staroj paradigmi legislativne pravne države, uslovi *formalnog važenja* zakona su isti kao i uslovi *formalne demokratije*, s obzirom na to da je i u jednom i u drugim dovoljna *usklađenost* nastalih zakona sa pravilima koja određuju demokratske *forme*: preciznije, “ko” (norme nadležnosti koje povjeravaju državnu vlast predstavničkim organima) i “kako” (proceduralne norme o univerzalnom pravu glasa i principu većine) njihovog stvaranja. No, pored formalnog važenja, konstitucionalna paradigma zahtjeva od normi zakona i *supstancijalno važenje*, koje odgovara onome što bismo mogli nazvati supstancijalnom demokratijom, budući da su i jedna i druga zadovoljene *koherencijom* između značenja, tj. između onoga “šta”, odnosno *supstancije* stvorenih normi, i ustavom utvrđenih principa i prava.

Odavde proizilazi neophodnost redefinisanja kako važenja tako i demokratije, koje je u stanju da inkorporira novu ustavnu paradigmu u jednom i u drugom. Na osnovu ovog redefinisanja, reprezentativni karakter političkog sistema, obezbjeđen univerzalnim pravom glasa i principom većine, je samo uslov važenja zakona i samo konotat demokratije. On određuje samo *političku dimenziju* demokratije, koja se odnosi na “ko” i na “kako” javnih odluka, tj. na njihovu demokratsku formu, zasnovanu upravo na *političkim pravima* na samoodređenje u javnoj sferi. Ali se ovoj formalnoj dimenziji, koja je svakako nužna, dodaju i druge dimenzije kako bi se objasnila složenost savremenih demokratskih poredaka.

Dodaje se, prije svega, druga formalna dimenzija, koja se odnosi na “ko” i na “kako” odluka, ali ne javnih već privatnih: ona koju sam nazvao *građanskom dimenzijom* demokratije, zasnovana na onim specifičnim pravima na samoodređenje u privatnoj sferi koja se nazivaju *građanskim pravima* i na onom specifičnom obliku direktnog i spontanog stvaranja prava od strane svih subjekata koji su u stanju da autonomno upražnjavaju ta prava. U vezi sa tim postoji jedan nesporazum u liberalnoj tradiciji, koja je dugo vremena bila neodlučna u vezi sa koncepcijom i konstrukcijom “pravne države”. Nasuprot njihovom savremenom ustrojstvu kao “pravima na slobodu”, koje potiče od Džona Loka, ova “prava autonomije” su zapravo moći, pored toga što su osnovna prava, s obzirom na to da se, za razliku od prava na slobodu, njihovo upražnjavanje sastoji u preceptivnim aktima koji imaju normativne efekte čak i na pravni položaj drugih.³¹

31 Više puta sam insistirao na kritici važeće predstave o “građanskim pravima” u koju se, od Loka i Maršala, uobičajeno uključuju i vrjednuju bez razlike fundamentalna prava slobode, osnovna prava privatne autonomije i stvarno pravo svojine, a naročito sam insistirao na strukturalnom razlikovanju između prvih, koja se sastoje u pukim imunitetima ili sposobnostima, drugih, koja se sastoje u moćima čije upražnjavanje zadire u pravni položaj drugih i trećih, koja se sastoje od singularnih prava *excludendi alios*: cfr. Luigi Ferrajoli, *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970, pogl. II, § 5.2., 99–105; Ferrajoli 2008 (fn. 8),

Naime, ne radi se o pravima čije ostvarivanje, kao u slučaju prava na slobodu, ne proizvodi posledice na pravni položaj drugih, već o pravima čije ostvarivanje, zbog obavezujućih efekata koje ona proizvode, utiče na slobode drugih. Iz ovog razloga su drugi akti kojima se ostvaruju, pod istim uslovima kao i kod direktnog ili indirektnog ostvarivanja političkih prava, podvrgnuti pravilima o njihovom stvaranju koja, regulišući njihove *forme*, mogu slobodno biti nazvana *formalne norme o stvaranju*. Na osnovu ovih pravila, formalno važenje, a ujedno i demokratski legitimitet svih pravnih odluka, zasniva se na postupcima koji su u stanju da garantuju da su one izraz autonomije njihovih destinatarata: indirektno u pogledu njihove političke autonomije, direktno u pogledu njihove građanske autonomije.

Ali se, iznad svega, *formalnoj dimenziji demokratije* zasnovanoj na političkim i građanskim pravima, dodaje *supstancijalna dimenzija*, koja se odnosi na “šta”, tj. na supstanciju odluka, kako javnih tako i privatnih. U današnjim demokratijama sa tvrdim ustavima, poštovanje pravila o formi odluka, od zakona pa nadalje, je nužno radi obezbeđenja efikasnosti i formalnog važenja, ali nije dovoljno da garantuje supstancijalno važenje. Da bi jedan zakon bio važeći, neophodna je *koherencija* njegovih značenja sa pravilima i principima koje možemo slobodno nazvati *supstancijalnim normama o stvaranju*, s obzirom na to da upravo podrazumjevaju sadržaj, a stoga i *supstanciju* odluka. Ova pravila su ona koja su uobičajeno ustanovljena u prvom dijelu ustavnih dokumenata: osnovna prava, princip jednakosti, princip mira i druga, kojima odgovara isto toliko sadržajnih ograničenja moći većine. Preciznije, osnovna prava koja se sastoje u negativnim ovlašćenjima – kakva su sva *prava na slobodu* i *prava na autonomiju* – subjektivna su prava koja postavljaju granice, tj. predstavljaju zabrane povrede, čije kršenje stvara *antinomije*; osnovna prava koja se sastoje u pozitivnim ovlašćenjima – kakva su *socijalna prava* – su, naprotiv, prava koja nameću ograničenja, tj. obaveze na prestacije, čije neispunjenje stvara *praznine*.³²

§ 60, 950–957; Luigi Ferrajoli, *Il diritto privato del futuro: libertà, poteri, garanzie*, u: Pietro Perlingieri (ur.), *Il diritto privato del futuro*, Napoli, Esi, 1993, 13–30; Luigi Ferrajoli, *Tre concetti di libertà*, u: *Democrazia e diritto, Motivi della libertà*, 2001, 169–185; Vitale 2001 (fn. 4), I, 12–18, II, 134–145 i III, 288–297; Luigi Ferrajoli, *Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de derecho privado* (2001), u: *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell (ur.), Madrid, Editorial Trotta, 2008; Luigi Ferrajoli, *Proprietà e libertà*, u: *Parolechiave*, br. 30, 2003, 13–29; Luigi Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, u: *Rivista critica del diritto privato*, godište XXII, br. 1, mart 2004, 11–24; Luigi Ferrajoli, *Diritto civile e principio di legalità*, u: *Europa e diritto*, br. 3, 2005 te u AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, ESI, 2006, 81–91; i, prije svega, PI, I, §§ 1.6, 10.10, 11.6–11.8, 132–134, 635–638, 752–772 i PI, II, §§ 13.17, 14.14 i 14.20, 83–85, 224–230, 254–266.

32 “Subjektivno pravo” je definisano u PI, I, § 10.11, D10.20, 641 kao pozitivno očekivanje prestacija ili negativno očekivanje odsustva povrede. “Fundamentalno pravo” je definisano u § 11.1, D11.1, 727, kao subjektivno pravo dato svima kao osobama, tj. građanima koji su u stanju da djelaju. “Prava na slobodu” i “prava na autonomiju” su definisani u § 11.4, 742–747,

U svim slučajevima ustavom ustanovljena osnova prava su supstancijalne norme normativne produkcije. Ona su, u prvom redu “norme” s obzirom na to da su date na opšti i apstraktan način njihovim titularima, za razliku od imovinskih prava predviđenih od strane normi kao efekti akata koji su njima propisani: pravo na slobodno izražavanje mišljenja, na primjer – za razliku od imovinskog prava kakvo je na primjer stvarno pravo svojine, koje samo nikada nije norma već je uvijek pretpostavljeno od strane norme kao efekat hipotetičkih akata koji su njome predviđeni – nije ništa drugo do (značenje) ustavne norme koja ustanovljava takvo pravo. U drugom redu, ona su “supstancijalne” norme o stvaranju normi, u tom smislu da ne regulišu samo formu, već i značenje, tj. supstanciju stvorenih normi, uslovljavajući važenje njihovom koherencijom sa pravima i principima pravde koji su njihovim posredstvom formulisane.

Ukupnost ovih supstancijalnih normi ograničava ono što sam više puta nazvao *sferom neodlučivog*,³³ koja je određena ukupnošću prava na slobodu i na autonomiju, koja spriječavaju, ukoliko su negativna ovlašćenja, odluke koje im mogu škoditi ili ih pak umanjiti i koja nije određena ukupnošću socijalnih prava, koja nameću, kao pozitivna ovlašćenja, odluke usmjerene na njihovo zadovoljavanje. Ono što ostaje van ove sfere je *sfera odlučivog*, unutar koje je legitimno ostvarivanje prava na autonomiju: prava na političku autonomiju, posredovanu *predstavništvom*, u stvaranju javnih odluka; prava na privatnu autonomiju, direktnije, na *tržište*, u stvaranju privatnih odluka. Granice i ograničenja od strane supstancijalnih normi, dalje od slabih pravila u oblasti rada ili očuvanja životne sredine i prava potrošača, treba, međutim, priključiti i onim pravima-moćima koja su zapravo građanska prava privatne autonomije, kako bi se onemogućio njihov današnji neregulisan i divlji karakter koji je odgovoran, kao što ćemo vidjeti u nastavku, za teške ekonomske krize koje rizikuju da se pretvore u krize demokratije. Princip većine i sloboda preduzetništva, javna diskrecionalnost i privatna dostupnost, politička deliberacija i privatno samoodređenje su zapravo pravila koja vladaju u sferi odlučivog. No, ona se susreću sa nepremostivim granicama i ograničenjima u sferi neodlučivog koja je određena supstancijalnim normama o osnovnim pravima kojima se garantuje, po kantovskoj formuli, miran suživot sloboda svih.

Iz ovog proizilazi četvorodimenzionalan model demokratije, ukotvljen u četirima vrstama prava u koje mogu biti razvrstana sva osnovna prava: *politička prava*, *građanska prava*, *prava na slobodu* i *socijalna prava*. Prve dvije vrste

kao osnovna negativna prava, s tim što se jedna na osnovu D11.15 sastoje u logičkoj sumi primarnih prava na ‘slobodu od’ definisana od strane D11.12 i D11.13, a druga se na osnovu D11.14 sastoje u pravima-moćima na osnovu teze T11.69, koja su ekvivalentna sekundarnim pravima definisanim u D11.5. ‘Socijalna prava’ su definisana na strani 742, D11.10, kao osnovna pozitivna prava na javne prestacije. Konačno, predstave ‘autonomije’ i ‘praznina’ su definisane definicijama D10.43 i D10.44, § 10.19, 684-691.

33 Poslednji put u PI, I, § 11.8, 819–824 i u § 12.6, 872–876; PI, II, § 13.4, 19 i u § 15.1, 304.

prava, tj. politička prava i građanska prava koja sam nazvao “sekundarnim” ili “formalnim” ili “instrumentalnim”, od kojih prva garantuju političku autonomiju a druga privatnu autonomiju, služe za utemeljenje legitimiteta *forme* odluka u političkoj i u ekonomskoj sferi pa se stoga ovo naziva *formalnom dimenzijom* demokratije; s jedne strane *političke demokratije*, a s druge strane *građanske demokratije*. Druge dvije vrste prava, tj. prava na slobodu i prava na autonomiju, koja sam nazvao “primarnim” ili “supstancijalnim” ili “konačnim”, odnoseći se na ono što je kako politička tako i privatna autonomija i na zabranu ili obavezu odlučivanja, služe za utemeljenje legitimnosti supstancije odluka, pa se ovo stoga naziva *supstancijalnom dimenzijom*, u negativnom i u pozitivnom smislu, demokratije; s jedne strane *liberalne demokratije* ili *liberal-demokratije*, s druge strane *socijalne demokratije* ili *socio-demokratije*. Na ovim dvama dimenzijama, koje su nužne i zajednički dovoljne, se zasniva paradigma današnje “ustavne demokratije”, kojom je svakoj vlasti, bilo javnoj bilo privatnoj, oduzeta mogućnost da raspolaze osnovnim pravima i drugim ustavnim principima kakvi su podjela vlasti, nezavisnost sudstva i različiti oblici inkopatibilnosti usmjereni na sprječavanje konflikta interesa.

Jasno je da se sva ova prava i principi stipulirani kao granice i ograničenja javnim vlastima sastoje od moralnih i političkih vrijednosti pravde koje uživaju visok stepen saglasnosti. Otuda, na osnovu velikog broja autora, potiče ideja da njihova konstitucionalizacija dovodi do krize juspozitivističkog principa razdvajanja prava i morala i iznova stvara vezu između dvije sfere. U osnovi ovog uvjerenja očigledno stoji ideja da ne postoji pluralitet različitih moralnih i političkih poimanja koja su međusobno sukobljena, već da postoji moral koji se identifikuje, u cijelini ili djelimično, sa vrijednostima ustanovljenim od strane naših demokratskih ustava. Principi koji su formulisani u našim ustavima – jednakost, sloboda, osnovna prava – nijesu dakle, za one koji podržavaju ovakvu ideju, naprosto vrijednosti pravde koje oni dijele i stameno brane, već su principi i sadržaji pravde koji su “istiniti” i, u nekom misterioznom smislu te riječi, “objektivni”. Veza između prava i morala koja se s njihove strane razmatra tako se razrješava u jurnaturalizmu povezanom sa onom varijantom etičkog legalizma koju nazivamo etičkim konstitucionalizmom; tj. u jednoj koncepciji koja je upravo suprotna onoj koja je ovdje data, o konstitucionalizmu kao učvršćenom pravnom pozitivizmu, u pogledu pozitivizacije izbora koji moraju prethoditi stvaranju pozitivnog prava.

Na osnovu ovog drugog poimanja, konstitucionalizacija principa pravde ni minimalno ne utiče na pozitivističko odvajanje prava i morala. Teza o odvojenosti je zapravo samo posledica principa legalnosti kao pravila priznanja pozitivno postojećeg prava. Ona samo znači da je “pravo”, u nomodinamičkom poretku, sve ono i samo ono što je postavljeno kao takvo od strane autoriteta koji su pravno osposobljeni da ga stvore, bez obzira na to da li je njegov normativni

sadržaj pravedan ili nepravedan; sljedstveno tome pravo je različito od morala, s obzirom na to da pozitivnost norme, čak i one ustavnog ranga, ne implicira njenu pravednost, s obzirom na to da je uvijek moguće da ona (od strane svih, ili nekih, ili ponekih) bude ocjenjena kao nepravedna ili nemoralna; ovo zapravo predstavlja tezu na osnovu koje pravednost norme nije neophodan uslov niti je dovoljan uslov njenog važenja, koja registruje “činjenični podatak”, kako je pisao Herbert Hart pozivajući se na Džona Ostina, “koji omogućava pravnicima da postignu veću jasnoću ideja”,³⁴ Moral i pravda, ukoliko su (s naše strane) moralno i politički zajednički kao principi i vrijednosti stipulirani u jednom ustavu, ostaju uvijek tačka gledišta koja je spoljna u odnosu na prava; politička i moralna tačka gledišta svakog od nas, ne subjektivna već objektivna, prihvatanja ili odbijanja, u cjelini ili dijelom, principa i vrijednosti koje su ustavno ustanovljene. Dokaz za to je činjenica što ti principi i te vrijednosti uopšte nisu otpisane, već su istorijski potvrđene – od jednakosti do slobode savjesti, od odbijanja smrtno kazne do principa mira, od prava radnika do socijalnih prava na zdravlje i na obrazovanje – nasuprot dijametralno suprotstavljenim principima i vrijednostima sa kojima su saglasne velike većine; da su oni stupulirani u ustavnom ugovoru o suživotu upravo zbog toga što čak i danas nijesu zajednički svima, te ih treba obezbjediti od kontingencija uvijek mogućih većina; mi ih branimo sa toliko više snage i žara ukoliko uviđamo da oni nijesu univerzalni niti su objektivno istiniti, već se naprotiv konstantno krše, ignorišu pa čak i negiraju i bivaju predmet sporenja.

Etički objektivizam, nasuprot važećoj ideji koja nudi sigurnije utemeljenje vrijednosti u koje vjerujemo, predstavlja nestabilniji i klizaviji teren, s obzirom na to da su na osnovu njega podržavane, na osnovu činjeničkih argumenata, suprotstavljene vrijednosti. No, postoji još jedan faktor koji slabi umjesto da jača objektivističku odbranu moralnih i političkih vrijednosti kao “istinitih”: neizbježna netolerancija prema suprotstavljenim vrijednostima, s obzirom na to da je nemoguće tolerisati lažne teze kakve su “ $2 + 2 = 4$ ” ili “Francuska revolucija se odigrala”. Tolerancija se naime sastoji u priznanju legitimnosti pa čak i moguće racionalne opravdanosti različitih vrijednosti koje se sukobljavaju u političkoj debati. Odavde potiče i kontrast između etičkog objektivizma i liberalizma. Prirodno, s obzirom na to da objektivisti-laici najčešće nijesu netolerantni, ova kontradikcija je uobičajeno argument koji je suprotstavljan njihovom etičkom objektivizmu.

34 Herbert L. A. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), ital. prev. u: Herbert L. A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, Vittorio Frosini (ur.), Milano, Giuffrè, 1964, 116.

5 KONSTITUCIONALNA PARADIGMA KAO GARANCIJA DEMOKRATIJE. GARANTIZAM KAO DRUGO LICE KONSTITUCIONALIZMA

Vratimo se analizi normativne i garantističke strukture konstitucionalne paradigme. Razumije se na koji je način kompleksno i multidimenzionalno poimanje demokratije koje je do sada ocrtano u stanju da prevaziđe tri aporije koje nastaju u čisto političkim ili formalnim shvatanjima. Već je samo postavljanje granica i ograničenja moćima većine i tržišta posredstvom ustavnih normi koje su im rigidno nadređene dovoljno, ne samo da objasni supstancijalnu dimenziju savremenih ustavnih demokratija, već je u stanju i da političku ili formalnu demokratiju zaštititi od nje same, tj. od ekscesa u pogledu neograničene i praktično divlje moći.

Nije uostalom slučajno to što je konstitucionalizam nova paradigma kako prava tako i demokratije, koji je nastao, kao što je rečeno, iz novog uspostavljanja osnova jednog i drugog kao posledica tragedija koje su poremetile prvu polovinu prošlog vijeka – totalitarizama i svjetskih ratova. Tada se shvatilo da moć većine, koja je omogućila nastanak diktatura, ne garantuje kvalitet političkog sistema, pa čak ne garantuje ni preživljavanje same političke demokratije. Tako se iznova otkrilo značenje “ustava” kao granice i ograničenja javnim moćima koje je stipulirano jedan i po vijek ranije od strane člana 16 Deklaracije iz 1789: “Nijedno društvo u kojem nijesu obezbjeđene garancije prava i podjela vlasti nema ustav”; ovo su upravo dva principa – garancija prava i podjela vlasti – koje je fašizam negirao i koja su negacija fašizma. Otuda i stipulacija sadržana u tvrdim ustavima nakon Drugog svjetskog rata i istovremeno u Povelji Ujedinjenih nacija i drugim međunarodnim poveljama o pravima, o tome što nijedna većina ne može da čini i o onome što svaka većina mora da čini u pogledu ustavnih odredbi, počinjući od osnovnih prava. Otuda i promjena paradigme kako prava tako i politike – s jedne strane u pogledu uslova važenja normi zakona, koje više nijesu ograničene samo formom već i sadržajem normativne produkcije, a s druge u pogledu supstancijalnih granica nametnutih politici i političkoj demokratiji od strane ustavom ustanovljenih prava.

I ne samo to. Paradigma ustavne demokratije je, zahvaljujući upravo ovoj njenoj supstancijalnoj dimenziji, u stanju da integriše, i tako reći, osnaži samu predstavu “političke demokratije” i onoga što je na njoj izgrađena “narodna suverenost”. Sva osnovna prava – prava na slobodu i socijalna prava, paralelno sa političkim i građanskim pravima – su zapravo u osnovi jednakosti, koja je upravo jednakost *en droits*, pa stoga izmiču, na način koji je pregnantniji od samog principa većine, cjelokupnom “narodu”, odnoseći se na moći i očekivanja *suih*. Šta podrazumjevaju, zapravo, dvije teze koje su izložene ranije: a) da osnovna prava nijesu preduslovi normi, već su sama *norme* i b) da su te norme, u ustavnim demokratijama, uključene u ustave sa jednakim brojem *supstanci-*

jalnih normi o produkciji i koje su nadređene svim drugim? Svaka od njih podrazumjeva dvije implikacije koje su obje od ogromnog značaja za normativnu teoriju ne samo ustavne demokratije već i same političke demokratije.

Prva implikacija je ta da supstancijalni dio ustava ima titulare – treba zapaziti da se radi o “titularima” a ne naprosto “destinatima” – zbog toga što su titulari osnovnih prava koja su dodjeljenja ustavom, svi subjekti kojima su različite vrste osnovnih prava ustavno dodjeljene.³⁵ Reći da su osnovna ustavom utvrđena prava – norme, sasvim odgovara tezi da je supstancijalni dio ustava “imputiran”, u tehničko-pravnom smislu ovog termina, svima i svakom, tj. cjelokupnom narodu i svakoj osobi koja ga sačinjava. Otuda i “prirodna” tvrdoća ustava³⁶ – osnovna prava, a stoga i ustavne norme od kojih se ona sastoje, nije moguće suzbiti ili ograničiti većinom, upravo zato što pripadaju svima i svakom pojedinačno. Većina, naime, ne može raspolagati onim što joj ne pripada. Ako smo svi i svako pojedinačno titulari ustava zbog toga što smo titulari osnovnih prava koja su ustavom propisana, ustav je svojina svih i svakoga, i nijedna većina ne može nijima raspolagati izuzev na osnovu nelegitimnog kršenja ugovora o suživotu. Zbog toga, jednom kada su ustavno stipulirana, osnovna prava nje su na raspolaganju većini i trebaju biti izuzeta čak i iz mogućnosti revizije – još bolje, trebalo bi da bude dozvoljeno samo njihovo širenje, nikako i sužavanje, niti suzbijanje.

S druge strane, usled njihovog univerzalnog karaktera, tj. opšteg i apstraktnog, osnovna ustavom ustanovljena prava su pravila – s obzirom na to da su neposredno data normativnim sudovima kojima su predviđena, ona se sastoje u onome što sam nazvao “tetičkim pravilima” i, preciznije, “tetičkim normama”,³⁷ Sasvim precizno, ona su negativna ili pozitivna očekivanja koja su ‘univerzalna’, u logičkom smislu univerzalne kvantifikacije njihovih titulara (*omnium*), kojima odgovaraju, kao garancije, zabrane i obaveze (*erga omnes*) u rukama javne sfere, koje se sa svoje strane sastoje u pravilima. Ukoliko su deontička pravila ona mogu biti aktuelizovana i deaktuelizovana, poštovana ili prekršena.³⁸ Ukoliko su ustavne norme ona su supstancijalne norme o stvaranju prava

35 Vidi u PI, I, § 12.16, 928–929, teze 12.168 i T12.169–T12.171.

36 Izraz iz: Alessandro Pace, *La “naturale” rigidità delle costituzioni scritte*, u: *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 4085 i dalje, po kojem ustav koji nije tvrd već je mekan, tj. koji je moguće derogirati zakonom, i nije zapravo ustav. Vidi i Alessandro Pace: *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

37 Vidi u PI, I, § 11.1, 724–731 teze T11.8, T11.16–T11.20 i u §§ 12.13–12.14, 908–919 teze T12.129–T12.136. O razlikovanju između “tetičkih normi”, koje neposredno regulišu situacije i statute koji su njima predviđeni na opšti i apstraktan način, nasuprot onima koje sam nazvao “hipotetičkim”, koje regulišu situacije kao posledice akata koje su njima predviđene cfr. PI, I, § 4.5, 233–235, § 8.2, 419–422 i § 11.1, 729–730 (T11.20). O shvatanjima ‘univerzalnih’ i ‘apsolutnih’ (situacija), cfr. na istom mjestu, u § 10.14, 651–661, definicije D10.30 i D10.32.

38 Vidi teze T4.66, u PI, I, § 4.7, 242 i T8.35 i, na istom mjestu, § 8.3, 424.

koje podrazumjevaju, u rukama zakonodavca, a) obavezu da se za njih stvore zakoni njihovog ostvarenja, usled čijeg se kršenja stvaraju *praznine*, i b) zabranu stvaranja zakona koji su im suprotni, kršenjem koje nastaju *antinomije*. U ovoj korelaciji prava i garancija leži normativnost ustava – u pogledu zakonodavca ona nameće poštovanje ustavnih normi, a u pogledu sudstva ona nameće supstancijalnu primjenu istih tih normi na nevažeće akte koji predstavljaju njihovo kršenje.³⁹

Druga implikacija nije manje značajna na teorijskom planu. Konstitucionalizacija osnovnih prava, kojom su ta prava uzdignuta do normi nadređenih svim ostalim normama pravnog poretka, dodjeljuje njihovim titularima – tj. svim građanima i svim osobama od krvi i mesa – poziciju koja je nadređena ukupnosti moći, javne i privatne, koje su u odnosu na garanciju tih prava obavezujuće i funkcionalizujuće. U ovoj zajedničkoj titularnosti ustava, koja slijedi iz titularnosti osnovnih prava, počiva “suverenost”, u jedinom smislu u kojem je još uvijek legitimno koristiti ovu staru riječ. U ustavnoj pravnoj državi, u kojoj je čak i zakonodavna vlast podložna zakonu i preciznije, osnovnim pravima koja su ustavom ustanovljena, nema mjesta ideji suverenosti u starom smislu *potestas legibus soluta*. Istina je, takođe, da se u svim ustavima kaže da “suverenost pripada narodu” ili “počiva na narodu” i slično. Ali ova norma se može shvatiti samo u dva značenja koja su međusobno komplementarna: u negativnom – u smislu u kojem ona pripada narodu i *samo* narodu pa je niko, čak ni predstavnička skupština niti predsjednik izabran od strane naroda, ne može uzurpirati;⁴⁰ u pozitivnom – u smislu u kojem, s obzirom na to da narod nije makrosubjekat, već je ukupnost svih njegovih članova, suverenost pripada svima i svakome, identifikujući se sa ukupnošću fragmenata suverenosti, tj. sa vlastima i protiv-vlastima, od kojih se sastoje osnovna prava čiji su titulari svi i svako pojedinačno.

U prvom značenju, princip narodne suverenosti, umjesto da se postavi kao suprotan principu pravne države, predstavlja njenu *negativnu garanciju*: znači da suverenost, pripadajući cjelokupnom narodu, ne pripada nikom drugom i nijedna osoba ili grupa osoba je ne mogu prisvojiti.⁴¹ U drugom značenju isti

39 O pojmovima ‘poštovanja’, ‘primjene’, ‘formalne primjene’ i ‘supstancijalne primjene’, i o pojmovima ‘koherencije’, ‘korespondencije’, ‘saglasnosti’ i ‘supsumpcije’ koji su sa njima u vezi, pogledati PI, I, § 9.15–9.16, 556–566.

40 Sam je Ruso uostalom tvrdio da “suverenost ne može biti predstavljena, iz istog razloga iz kojeg ne može biti otuđena; ona se suštinski sastoji od opšte volje, a volja se ne predstavlja – ili je ona sama ili je neka druga; ne postoji srednji put.” (Rousseau 1972 (fn. 3), knjiga III, pogl. XV, 322). Isti princip je afirmisan u članu 1 preambule trećoj glavi Francuskog ustava iz 1791: “Suverenost je jedna, nedjeljiva, neotuđiva i nezastariva: ona pripada Naciji; ne može je prisvojiti niti jedan dio naroda i niti jedan pojedinac.”

41 Benjamin Constant, La sovranità del popolo e i suoi limiti, prema Principes de politique (1818), sa naknadnim dodatcima i varijacijama, u: *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, Antonio Zaffarino (ur.), Bologna, Il Mulino, 1962, 59, fusnota 1: “Aksiom narodne

princip ne samo da je ograničen osnovnim ustavom ustanovljenim pravima, već predstavlja i njihovu *pozitivnu garanciju*; znači da se “suverenost” i “narodna volja” ne mogu manifestovati autentično ukoliko se ne mogu slobodno izraziti, i ne mogu se slobodno izraziti ukoliko im ne prethode garancije, ne samo političkih, već i prava na slobodu i socijalnih prava, od slobode okupljanja do slobode mišljenja i prava na obrazovanje. Iz ovog je razloga svaka povreda osnovnih prava ne samo povreda za osobe koje su njihovi titulari, već je i povreda narodne suverenosti. I kako tvrdi čuveni član 34 Deklaracije koja je prethodila Ustavu od 24. Juna 1793: “Opresija društvenog tijela postoji uvijek kada postoji opresija jednog njegovog člana. Opresija svakog člana postoji kada je društveno tijelo oprimirano”.⁴²

Ovo rezultira proširenom i ojačanom političkom koncepcijom “demokratije” – demokratija se sastoji u “vlasti naroda” ne samo u tom smislu da narodu, a stoga i građaninu pripadaju politička prava, a stoga i, ako ne takozvana “samouprava”, onda bar izbor njihovih predstavnika i upravljača, već i u daljem i ne manje važnom značenju po kojem narodu i svim osobama koje ga sačinjavaju sljedeće i cjelina onih “moći” koje nazivamo građanskim pravima i onih “kontra-moći” koje nazivamo pravima na slobodu i socijalnim pravima kojima su sve ostale moći, uključujući i moć većine, podređene. Njima sljedeće, jednom riječju, vrhovni pravi status, kojem su ostale situacije podređene i u odnosu na njih su funkcionalne, i koje ne mogu biti prevaziđene od strane bilo koje druge situacije.

Samo na ovaj način se demokratska država, tj. cjelina javnih vlasti, posredstvom funkcionalizacije garancija različitih vrsta osnovnih prava, konfigurirše, na osnovu kotraktualističke paradigme, kao “država instrument” za ostvarivanje ciljeva koji nijesu njeni. Zapravo su garancije osnovnih prava – od prava na život do prava na slobodu i socijalnih prava – eksterni “ciljevi” i, takoreći, “društveni razlog” za tvorevine kakve su država i svaka druga politička institucija. I upravo u ovom odnosu između insitucionalnih sredstava i društvenih ciljeva i u primatu osnovnih prava u odnosu na javne vlasti koji iz ovoga slijedi, primatu osoba od krvi i mesa u odnosu na političke mašine i administrativne aparate, primatu eksterne tačke gledišta u prvim u odnosu na internu tačku gledišta u drugim, upravo je ovo garantistička koncepcija konstitucionalizma koja

suverenosti je smatran za princip slobode; zapravo, on je princip garancije. Namjenjen je tome da onemoguću pojedincu da preuzme autoritet koji pripada cijelom društvu, ali on ne odlučuje ništa o prirodi i granicama ovog autoriteta.” Sjetimo se i člana 3 francuskog Ustava iz 1958., koji nakon tvrdnje u prvom stavu koja kaže da “nacionalna suverenost pripada narodu” u drugom stavu potvrđuje da je “nijedna frakcija naroda niti jedan pojedinac ne mogu prisvojiti.”

- 42 Treba se podsjetiti veze između “društvene garancije” prava koja se sastoji u “djelovanju svih” radi njihove odbrane i “nacionalne suverenosti” ustanovljene članom 23 *Déclarations des droits* koja je prethodila francuskom ustavu od 24. 6. 1793.

mora biti afirmisana i branjena od majoritarističkih i tendencijalno plebiscitarnih derivata predstavničke demokratije i od njenih populističkih i videokratskih degeneracija i, sa druge strane, od analognih aposlutističkih pretenzija i od analogne netrepeljivosti prema ograničenjima i kontrolima ekonomskih moći tržišta. U ovom je smislu garantizam, koji je moguće razložiti u četiri dimenzije ustavne demokratije koje su ranije ilustrovane – *političku, građansku, liberalnu i socijalnu*, na osnovu vrste garantovanih prava – drugo lice konstitucionalizma. Garancije prava zapravo predstavljaju uslove efektivnosti demokratije.

6 TVRDOĆA USTAVA I USTAVNE GARANCIJE. ANTINOMIJE I PRAZNINE. PRAVILA I PRINCIPI

Ustavne garancije osnovnih prava su dakle i garancije demokratije. Izrazom “ustavne garancije” se uobičajeno aludira na “tvrdoću” ustava, tj. na nepromjenjivost principa, prava i instituta koji su njime predviđeni izuzev posredstvom otežanih procedura i, uz to, na sudsku kontrolu ustavnosti običnih zakona koji su sa njime u suprotnosti. Radi se zapravo o složenoj predstavi, koju ću ovdje razložiti u više različitih predstava: s jedne strane tvrdoća, koja je konotat ustavnih normi, s druge, složeno i artikulirano jedinstvo njegovih garancija, koje sa svoje strane zahtijevaju da budu razlikovane i analizirane.

Ustavna tvrdoća nije još uvijek garancija, već predstavlja strukturalni konotat ustava koji je povezan sa njegovom kolokacijom na sam vrh hijerarhije normi, s obzirom na to da su ustavi po definiciji tvrdi, u tom smislu da ustav koji nije tvrd zapravo nije ni ustav već odgovara u potpunosti običnom zakonu. Tvrdoća se ukratko identifikuje sa nadređenim stepenom ustavnih normi u odnosu na stepen svih ostalih normi pravnog poretka, tj. s normativnošću prvih u odnosu na normativnost drugih. Ovo je smisao “prirodne tvrdoće” ustava koju ispravno zastupa Aleksandro Paće (Alessandro Pace).⁴³ Odnoseći se na ustavne norme koje ustanovljavaju ona univerzalna očekivanja koja predstavljaju osnovna prava, tvrdoća dodjeljuje tim pravima dvostruku normativnost – kao negativna ovlašćenja u pogledu zabrane njihove derogacije i kršenja, i, istovremeno, kao pozitivna ovlašćenja u pogledu njihovog ostvarenja.

Razumije se, stoga, kako je pitanje ustavne tvrdoće – ili bolje, stepena tvrdoće koji je opravdano povezivati s jednim ustavom, i, preciznije, s različitim vrstama ustavnih normi – apsolutno centralno u teoriji, i više od toga u konstrukciji demokratije, identifikujući se sa odnosom između političke demokratije i osnovnih prava. Sa ovim se pitanjem preklapaju dvije teze, jedna garantistička i druga, takoreći, političko-demokratska, koje se zasnivaju na različitom smislu i vrijednosti koji se pripisuju moći konstitutivnog akta: prva, koju podržava

43 U spisima koji su ranije navedeni u fusnoti 35.

Bendžamin Konstan (Benjamin Constant), je teza o nepromjenjivosti bilo kojeg principa koji je ustanovljen kao osnovni,⁴⁴ s obzirom na to da ne postoji vlast koja je nadređena konstitutivnoj vlasti koja se iscrpljuje s njenim ostvarivanjem; druga, koja se može slijediti sve do Sjejesa (Sieyès), je teza o trajnoj promjenjivosti bilo kog ustavnog principa posredstvom konstitutivne vlasti koja se shvata kao konstantno aktivna, kao permanentan izraz narodne suverenosti i političke demokratije.⁴⁵

Glavni argument koji se navodi u prilog ovoj drugoj tezi jeste taj da bi pretjerana tvrdoća ustava ograničavala konsitutivne moći budućih generacija i demokratske principe uopšte – “vezala bi im ruke”, kako kaže jedna efikasna savremena formulacija. To je argument o primatu volje naroda izražen u članu 28 francuskog Ustava iz 1793., na osnovu kojeg “svaki narod ima uvijek pravo da revidira, da reformiše i da promjeni sopstveni ustav” i “jedna generacija ne može podrediti svojim zakonima buduće generacije”. Ovaj argument mora biti, ako uzmemo konstitucionalizam za ozbiljno, preokrenut. Već sam govorio supstancijalno-demokratskoj valenci osnovnih prava i o njihovoj vezi sa narodnom suverenošću kao moćima i kontramoćima dodjeljenim, prije svega u konstitutivnom trenutku koji karakteriše veo neznanja koji stavlja po strani kontingentne interese, svima i svakome, a stoga i čitavom narodu. Na ovoj osnovi, princip konstantnog prava svih generacija da odlučuju o svojoj budućnosti mora biti, jasno paradoksalno, prizvan kao podrška upravo suprotnoj tezi u odnosu na onu o postojaju trajne i radikalne konstitutivne moći kao izraza narodne suverenosti; upravo kao podrška tezi da je tvrdoća ustava u isto vrijeme izraz i garancija narodne suverenosti budućih generacija i same vlasti budućih većina. Upravo na osnovi ovoga mora biti isključena bar revizija vrhovnih ustavnih principa, koji su predviđeni kao trajna zaštita narodne suverenosti i moći većine, kakvi su, na primjer, demokratski metod, politička prava i univerzalno prava glasa, sama prava na slobodu, a možda i sama socijalna prava, čiji su osnovni

44 Cfr. Benjamin Constant, *Réflexions sur les constitutions* (1814), u: Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Genève-Paris, Slatkine, 1982, 265 i dalje, na osnovu koje norme o obliku vladavine i norme o ustavom ustanovljenim pravima nije moguće zakonodavno promijeniti.

45 Teza seže do Sjejesa: “Nacija ne može otuđiti niti može sebi oduzeti pravo na volju, i ne može, bez obzira na to koja je njena volja, izgubiti pravo da je promjeni kada to njen interes zahtjeva.” (Emmanuel Joseph Sieyès, *Che cosa è il terzo stato?* (1788), Umberto Cerroni (prev. i ur.), Roma, Editori Riuniti, 1992, pogl. V, 59). Princip je izražen i članom 1 VII naslova francuskog Ustava iz 1791: “L’Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution” (i u tom cilju predviđa u članovima 2–8, posebnu proceduru revizije), i dalje u članu 28 francuskog Ustava od 24. juna 1793: “Un peuple a toujours le droit de révoquer, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Ista teza je izražena od strane Thomas Paine, *Rights of Man* (1791-1792), ital. prevod, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Tito Magri (ur.), Roma, Editori Riuniti, 1978, 122: “svaka generacija jeste i mora biti u stanju da donese sve odluke koje zahtjevaju okolnosti jednog vremena”.

preduslov politička prava. Tvrdoća, drugim riječima, *vezuje* ruke savremenim generacijama da bi se spriječila amputacija ruku budućih generacija. Slijedi da narod može odlučiti da, “demokratski” i kontingentno, ignoriše ili uništi sopstveni ustav i da se definitivno preda autoritarnoj vlasti. Ali to ne može učiniti u ustavnoj formi, pozivajući u sopstvenu korist poštovanje prava budućih generacija ili onipotenciju većine, bez da se sa tim suzbiju, demokratskim metodom, sama prava i sama vlast u rukama većina i generacija koje su u odnosu na njih buduće.

Jednom kada je objašnjen smisao tvrdoće ustava, jednostavno je objasniti smisao *ustavnih garancija*. Same “garancije” shvatam u smislu koji sam već objasnio – kako bih označio zabrane i obaveze koje su logički korelativne pozitivnim ili negativnim normativno ustanovljenim ovlašćenjima u pogledu forme subjektivnih prava. Govoriću o “*negativnim garancijama*” da bih odredio zabrane koje odgovaraju negativnim ovlašćenjima (ili ovlašćenjima o odsustvu povrede) kakva su prava na slobodu, i o “*pozitivnim garancijama*” kako bih označio obaveze koje odgovaraju pozitivnim ovlašćenjima (ili ovlašćenjima na prestacije) kakva su socijalna prava. Osim toga ću govoriti i o “*primarnim garancijama*” kako bih označio ukupnost pozitivnih i negativnih garancija, i o “*sekundarnim garancijama*” kako bih označio garancije opravdivosti, koje intervenišu u slučaju prekršaja prava, tj. o normativnim ovlašćenjima koja formiraju njihov sadržaj i o njihovim primarnim garancijama, bile one pozitivne ili negativne.⁴⁶ Na primjer, krivično-pravna zabrana ubistva i krađe ili ustavna zabrana smrtne kazne ili zabrana neosnovanih ograničavanja osnovnih sloboda su primarne negativne garancije prava na imunitet, od prava na život do prava na slobodu i na svojinu; dug je primarna garancija prava na kredit, kao što su obaveza sanitetske pomoći i javnog obrazovanja primarne pozitivne garancije socijalnih prava na slobodu i na obrazovanje; ništivost nevažećih akata i odgovornost za nezakonite akte su sekundarne garancije povjerene sudstvu i namjenjene za ispravljanje ili sankcionisanje kršenja primarnih garancija.

Tako ustavne garancije nijesu ništa drugo do garancije tvrdoće, tj. garancije normativnosti ustava. One se uopšte ne identifikuju sa tvrdoćom, koja je strukturalni konotat ustava generisan na osnovu položaja ustava u hijerarhiji pravnih normi, već se identifikuju sa pravilima koja trebaju da obezbijede efektivnost ustava. *Primarne ustavne garancije*, negativne ili pozitivne, zabrane ili obaveze, su upućene zakonodavcu kako bi prekršio ili ostvario ustavne norme kao i

46 Za korelacije između pozitivnih i negativnih ovlašćenja kao i aktivnih modaliteta obaveze i zabrane, označene deontičkim kvadratima modaliteta i očekivanja, vidi teze T2.60–T2.63, u PI, I, § 2.3, 151–157. O garancijama, koje se dijele na pozitivne i negativne, kao obavezama koje odgovaraju pozitivnim očekivanjima ili kao zabranama koje odgovaraju negativnim ovlašćenjima, vidi definicije D3.5–D3.7 i teze T3.35–T3.45, na istom mjestu, § 3.5, 194–198. O razlikovanju između primarnih i sekundarnih garancija vidi, na istom mjestu u § 10.16, 668–679, definicije D10.39 i D10.40.

negativna i pozitivna prava koja su njima ustanovljena; ukratko, pravila koja određuju sferu “odlučivog koje je” i “neodlučivog koje nije”. Sekundarne ustavne garancije su kontrole koje su povjerene sudstvu, usmjerene na nelegalnost prekršaja ustava; ukratko, pravila koja su ustanovljena za samu sferu “neodlučivog”, u slučaju nepoštovanja, namjernog ili zasnovanog na propustu, osnovnih ustavnih garancija.

Kako primarne tako i sekundarne ustavne garancije otvaraju problem koji se tiče ravnoteže između javnih vlasti – sužavanje političkih vlasti na osnovu pravih i uvećanje sudske vlasti na osnovu drugih. U trenutku u kojem sudska vlast postaje vlast koja kontroliše prekršaje granica i ograničenja koje su nametnute ostalim vlastima, pa i legitimnim vlastima političkog predstavljanja, postaje još značajnije potvrditi rigorozne granice i ograničenja legitimiteta same sudske vlasti. Otuda i nužnost da se ojačaju sve sudske garancije i da se iznova utemelji legalitet, ne samo redovni već i ustavni, posredstvom precizne i takstativne formulacije normi kao i posredstvom što većeg stepena zasnovanosti presuda na rigidnoj podređenosti zakonu. Odgovornost u ovoj oblasti počiva i na pravnoj kulturi. Upravo proširenje uloge sudske vlasti koje je nastalo ustavnom paradigmom po mom mišljenju čini neprihvatljivom orijentaciju koja je prilično raširena u filozofsko-pravnoj literaturi, koja čita najveći dio ustavnih normi, ne kao pravila koja su namjenjena primjeni, već kao principe koji su predmet razmatranja. Za razliku od pravila koja su predmet primjene na djelovanja koja je pod njih moguće podvesti, uključujući i osnovna prava, po ovim viđenjima postoje i norme koje su otvorene, koje formulišu političke ciljeve koje je moguće razmatrati umjesto da formiraju preskripcije ili zabrane ponašanja koja se pod njih mogu podvesti kao njihova pretpostavka.⁴⁷ Ovo pitanje uopšte nije akademsko po karakteru – slična teza služi kako bi se potkrijepila, daleko od uobičajenih margina za razmatranje koje pripadaju svakoj interpretativnoj aktivnosti, kako politička tako i sudska diskrecionalnost. Ovo rezultira slabljenjem normativnosti ustava, koja se povjerava razmatranju, bez obzira na to da li je ono argumentovano od strane redovnog zakonodavstva i ustavnog sudstva. Sudski aktivizam odobren ovim neopravdanim proširenjem pojma “principa”, rizikuje tako da se razrješi u dvostrukom kršenju paradigme pravne države: s jedne strane se škodi hijerarhiji izvora prava, s obzirom na to da razmatranje podrazumjeva izbor ustavnih principa koji se u datom trenutku smatraju “težim”, a sa druge strane šteti podjeli vlasti zbog kreativne uloge koja se njime pripisuje sudskoj vlasti.

Logička korelacija između osnovnih prava i primarnih garancija koja je pomenuta u prethodnom pasusu po mom mišljenju može poslužiti da se ospori

47 Ronald Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Giorgio Rebuffa (ur.), Bologna, Il Mulino 1982, 90–121; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pogl. III; Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pogl. I; Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pogl. VI, 205–236.

ova teza i njene značajne implikacije. Većina ustavnih normi koje ustanovljava ju osnovna prava zapravo se sastoji u pravilima, onoliko koliko je moguće ustanoviti njihov prekršaj. To su u stvari deontička pravila, ili, ako se želi, *regulativni principi*, čije je, kako poštovanje tako i nepoštovanje moguće urediti, s tim što je na nepoštovanje te norme moguće primjeniti princip na istovjetan način na koji je moguće na prekršaj primjeniti bilo koje drugo pravilo.⁴⁸ Principi, tj. *direktivni principi*, su norme čiji se precizni prekršaji, pod koje ih je kao takve moguće podvesti, ne mogu utvrditi, i koji su stoga predmet razmatranja a ne predmet primjene. Ne negiram, dakle, postojanje principa niti negiram korisnost njihovog pojma u teoriji. Ipak, njihova je denotacija daleko ograničenija od onoga što smatraju mnogi neokonstitucionalisti. Posebno, skoro sva osnovna prava su pravila, s obzirom da je moguće utvrditi njihovo nepoštovanje djelovanjem, kakav je slučaj s negativnim pravima kakva su tipično sva prava na slobodu, ili nepoštovanje izostankom djelovanja, kakav je slučaj s pozitivnim pravima kakva su socijalna prava. U svim slučajevima, ona se sastoje u ovlašćenjima na izostanka kršenja ili ovlašćenjima na prestacije, kojima odgovaraju granice (ili zabrane) i ograničenja (ili obaveze) koje sam nazvao primarnim garancijama, čije kršenje podrazumjeva obavezu njihove primjene, tj. intervenciju onoga što sam nazvao sekundarnim garancijama. Principi su pak, na primjer, značajnije norme kakve su “Italija je republika zasnovana na radu”, “zadatak je republike da ukloni prepreke u ekonomskom i socijalnom poretku koje... onemogućavaju potpuni razvoj osobe”, ili “republika podržava štednju i brine o njoj” izražene članovima 1, 3 i 47 italijanskog Ustava. U slučaju ovih normi nije moguće utvrditi precizna kršenja, no to ne dira u njihov fundamentalni karakter. One, naime, definišu identitet italijanske republike, definišu njen demokratski status pa su stoga konstitutivne norme ili principi, a ne deontička pravila ili regulativni principi.⁴⁹

Kako primarne tako i sekundarne garancije jemče normativnost i efektivnost ustava. Njihovo kršenje stvara antinomije i praznine, prve na osnovu djelovanja, a druge na osnovu izostanka djelovanja. U ovom su smislu, kako antinomije tako i praznine ove vrste, strukturalno različite od antinomija i praznina koje je moguće utvrditi kod pravnih normi na istom nivou. Koristim, naime, “antinomija” i “praznina” u užem značenju od onog koje je danas uobičajeno.

48 Vidi teoreme T4.66 i T8.35 o ekvivalenciji između “deontičkih pravila (ili normi)” jednog ponašanja (ili jednog akta) i njihove saglasnosti ili nesaglasnosti u PI, I, pogl. IV, § 4.7, 242 i pogl. VIII, § 8.3, 424.

49 O razlikovanju između deontičkih normi i konstitutivnih normi – od kojih su prve preskriptivne u pravnim odnosima, tj. koje se sastoje u pozitivnim ili negativnim očekivanjima (koja predstavljaju subjektivna prava) ili u obavezama ili zabranama ili sposobnostima, a druge su statusne – upućujem na PI, I, pogl. VIII, § 8.2, 419–424. Povezivanjem ove distinkcije sa onom između tetičkih i hipotetičkih normi u napomeni 37, postiže se tipologija normi sa četiri klase (T8.36): tetičko-deontičke norme, hipotetičko-deontičke norme, tetičko-konstitutivne norme i hipotetičko-konstitutivne norme (na istom mjestu, § 8.3, 425).

Ovim terminima, koji su po mom mišljenju centralni u teoriji ustavne demokratije, označavaju se samo antinomije i praznine stvorene od strane virtuelnog deontičkog računanja između stvaralačkih normi i stvorenih normi, od kojih su prve nadređene drugima. Za razliku od antinomija i praznina između normi na istom nivou, takve aporije je moguće shvatiti kao “prekršaje”; tj. kao “mane”, čije je rješavanje tumaču nemoguće, koje podrazumjevaju neprimjenjivost prekršene norme, ako se ne razrješe njihovim autoritativnim otklanjanjem; u prvom slučaju otklanjanjem zbog postojanja i primjenjivosti podređene norme koja je s njima u suprotnosti, a u druom zbog nepostojanja normi za njihovu aktuelizaciju.

Uobičajeno se pod “antinomijama” podrazumjeva bilo koji konflikt između normi; ne samo normi različite pravne snage, već i između normi koje pripadaju različitim epohama i imaju različitu ekstenziju; pod “prazninama” se podrazumjeva bilo koje odsustvo normi, ne samo pomanjkanje normi kojima se aktuelizuju norme koje su im nadređene, već i odsustvo normi koje izričito predviđaju i deontički kvalifikuju određeno ponašanje.⁵⁰ Zapravo se radi o duboko različitim fenomenima. Konflikt između normi koje pripadaju različitoj epohi i imaju različitu ekstenziju se uobičajeno rješava od strane tumača primjenom hronološkog kriterijuma i primjenom kriterijuma specijalnosti; analogno tome, odsustvo normi koje izričito obavezuju, ili zabranjuju, ili dozvoljavaju neko djelovanje se od strane tumača prevazilazi – gdje to nije isključeno kakav je slučaj s krivično-pravnom materijom – posredstvom analoškog rasuđivanja i pozivanjem na opšte principe prava. Ista se stvar ne može reći za antinomije i praznine koje su stvorene od strane normativnih neravnomjernosti, kakve su one koje postoje između ustavnih normi i normi zakona, koje možemo stoga nazvati “strukturnalnim”. Samo su one proizvod pravnih prekršaja, pa se traži, tamo gdje se radi o antinomijama, sudsko utvrđivanje koje poništava kao nevažeće norme koje neosnovano važe ili se pak traži, tamo gdje se radi o prazninama, zakonodavna intervencija koja uvodi normu aktuelizacije koja neosnovano nedostaje. Samo su one u kontradikciji s hijerarhijom izvora čineći neprimjenjivim ustavne norme; antinomije zbog prisustva normi koje su sa njima u suprotnosti, a praznine zbog odsustva zakona njihove aktuelizacije. Samo se one, konačno, sastoje u manama; ne postoji, naime, nijedna mana prethodne norme ili opšte norme koja se derogira narednom normom ili posebnom normom, niti postoji mana u prividnoj nedovršenosti koju rješava analogija; mane zbog nepoštovanja ustava postoje onda kada postoje norme zakona koje su u odnosu na ustav-

50 Ograničavam se na to da podsjetim na: Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), pretisak u: Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, dio II, pogl. III i IV, Norberto Bobbio, *Lacune del diritto*, u: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1963, vol. IX, 417–424; Giacomo Gavazzi, *Delle antinomie* (1959), pretisak u: Norberto Bobbio, *Studi di teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

ne norme u suprotnosti, ili pak kada postoji odsustvo zakonskih normi koje ostvaruju ustavne norme.⁵¹ Ove se mane onemogućavaju ili ispravljaju *negativnim ustavnim garancijama*, primarnim ili sekundarnim, čiji prekršaj činjenjem rezultira *antinomijama*, i problematičnijim *pozitivnim ustavnim garancijama*, čiji prekršaj odsustvom činjenja rezultira *prazninama*.

7 POZITIVNE I NEGATIVNE, PRIMARNE I SEKUNDARNE USTAVNE GARANCIJE

Negativne ustavne garancije su one o nemogućnosti derogiranja ustava od strane redovnog zakonodavca, kojima se sprječava stvaranje normi koje su sa njim u suprotnosti. Negativne primarne garancije su zabrane nametnute redovnom zakonodavcu u pogledu stvaranja normi koje derogiraju ustavne norme, bilo da je taj postupak uslovljen ili neuslovljen otežanim zakonodavnim postupkom, kao što je onaj koji je predviđen normama o reviziji. Sekundarne negativne garancije su norme o sudskoj kontroli ustavnosti, koje se sastoje u obavezi sudstva da poništi ili onemogući primjenu perceptivnih akata koji su u suprotnosti, iz formalnih ili supstancijalnih razloga, sa ustavnim normama i koji, stoga, krše njihove primarne negativne garancije.⁵²

Primarne negativne ustavne garancije mogu biti manje ili više obavezujuće, u zavisnosti od stepena tvrdoće koji je njima garantovan: apsolutna tvrdoća postoji tamo gdje revizija nije predviđena ili je pak eksplicitno isključena; relativna tvrdoća postoji tamo gdje su predviđene manje ili više otežane forme revizije. U prvom slučaju imamo *apsolutne* granice, formulisane u pojedinim ustavima kakvi su francuski Ustav od 3. septembra 1791., član 79 njemačkog Ustava iz 1949, član 288 portugalskog Ustava iz 1979, član 60 brazilskog Ustava i članovi 441 i 442 ekvadorskog Ustava⁵³ – koje su izražene taksativno i relativno precizno.

51 Upućujem na: PI I, § 10.19–10.20, 684–695; PI, II, 13.15, 77–82; PI, III, pogl. X, 507 i 673–687. Vidi i objašnjenja koja su ponuđena u odgovorima raznovrsnim kritičarima u *Principia iuris*. Una discusión teórica, u: *Doxa*, br. 31, 2008, § 2.2, 410–413; Intorno a *Principia iuris*. Questioni epistemologiche e questioni teoriche, u: Paolo Di Lucia (ur.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie LED, 2011, §§ 14.1.3–14.1.4, 239–250, § 14.2.1, 265–266 i § 14.2.5, 272–276; Dodici questioni intorno a *Principia iuris*, u: Stefano Anastasia (ur.), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011, §§ 2.5–2.6, 185–191 i 3.4, 202–206.

52 O ustavnim garancijama i njihovom razlikovanju na primarne i sekundarne pogledati: PI, I, il § 12.14, 917–919 i definicije D12.28–D12.30.

53 Prva, antička, formulacija apsolutne tvrdoće se može pronaći u naslovu francuskog Ustava od 3 septembra 1791, naslovljenom “Dispositions fondamentales garanties par la Constitution”: “Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution”. Taksativno propisivanje apsolutnih granica ustavnoj reviziji, osim u članu 139 italijanskog Ustava o nemogućnosti promjene republikanskog oblika vladavine, nalazimo i

U drugom slučaju imamo *relativne* granice, koje dozvoljavaju da se govori o manjem ili većem stepenu relativne tvrdoće, u zavisnosti od stepena otežanosti postupka revizije u odnosu na redovne zakonodavne procedure. No, osim *eksplicitnih* granica koje su date samim ustavom, postoje i *implicitne* granice, koje su danas prihvaćene kako od strane doktrine tako i od strane pravosuđa, kao što je slučaj sa onim postupcima koji su karakteristični za demokratski metod i osnovna prava. Na primjer, član 2 italijanskog Ustava utvrđuje kao “nepovrediva” “prava čovjeka, bilo kao pojedinca bilo u okviru društvenih organizacija u okviru kojih se odvija njegova osobnost”; u jednoj ustavnoj presudi, br. 1146 iz 1988, se utvrđuje oduzimanje mogućnosti revizije “suverenih principa poretka”, koji ovom presudom nijesu precizno pobrojani ali ih je na teorijskom planu moguće identifikovati sa principima koji su implicite prisutni u predstavi o demokratskom ustavu i ustavnoj tvrdoći.

Ova se diferencijacija negativnih primarnih ustavnih garancija uvijek ostvarivala, kada se ostvarivala, u odsustvu teorijskog plana. Nauka o ustavu bi trebala da teoretiše i da predloži različite stepene tvrdoće različitih ustavnih normi, koja se može opravdati na osnovu njihove demokratske relevantnosti; na primjer, apsolutna tvrdoća normi koje ustanovljavaju princip jednakosti, dostojanstvo osobe i osnovna prava, za koja bi moglo biti predviđeno eventualno širenje, nikako i sužavanje, zajedno sa principima političkog predstavništva i podjele vlasti; manje ili više otežani oblici relativne tvrdoće za norme o organizaciji i funkcionisanju javnih vlasti; blaže forme relativne tvrdoće, na kraju, za manje važne norme.

I *negativne sekundarne ustavne garancije*, koje se sastoje u sudskoj kontroli ustavnosti, mogu s druge strane biti manje ili više britke. Istorijski su se, kako je dobro poznato, razvile dvije vrste sudske kontrole legitimnosti zakona: a) difuzna kontrola koja se afirmisala u Sjedinjenim Državama i u drugim američkim poretcima i koja se sastoji u prestanku primjene u slučaju o kojem se odlučivalo, ali ne i u poništavanju neustavne norme, koja stoga ostaje važeća čak i nakon utvrđivanja njene nelegitimnosti, ako isključimo činjenicu obaveznosti precedenta, koji ima veći autoritet ukoliko je stvoren od strane Vrhovnog suda; b) centralizovana kontrola, koja se afirmisala u Italiji i u mnogim drugim evropskim državama nakon Drugog svjetskog rata, po kelsenovskom modelu

u njemačkom Osnovnom zakonu od 1949, čiji član 79, stav III utvrđuje: “Nije dozvoljena promjena postojećeg Osnovnog zakona koja dira u formulaciju *Bund u Länder*, ili u učešće *Länder* u zakonodavstvu ili principe koji su utvrđeni članovima 1 i 20”. Član 288 portugalskog ustava navodi čak 14 materija čija je revizija onemogućena. Član 60 brazilskog ustava utvrđuje nepromjenjivost a) federalnog oblika države, b) tajnosti, univerzalnosti i periodičnosti upražnjavanja prava glasa, c) podjele vlasti, d) individualnih prava i jemstava. Članovi 441 i 442 ekvadorskog ustava isključuju ustavne reforme koje mijenjaju osnovnu strukturu države ili podrazumjevaju ograničavanje prava ili jemstava, ili pak modifikuju postupke revizije Ustava.

prihvaćenom od strane austrijskog ustava iz 1920. godine, koji se sastoji u poništavanju neustavnih zakonskih normi od strane Ustavnog suda, na osnovu pitanja sudije u toku presude, u slučaju kada se ovo pitanje smatra relevantnim i nije izrazito neosnovano.

Od ova dva modela, drugi je nesumnjivo efikasniji: “Ustav kojem nedostaje garancija poništavanja neustavnih akata” pisao je Kelsen “u tehničkom smislu i nije u potpunosti obavezujući”.⁵⁴ Ali je i drugi model, onaj kojim se eksperimentiše u Evropi, ograničen na različite načine: u objektivnom smislu on se tiče, na primjer u italijanskom pravu, ne svakog normativnog akta koji nije u skladu sa ustavom već samo primarnih izvora, tj. tiče se samo redovnih zakona i svih ekvivalentnih akata; u subjektivnom smislu, s obzirom na to da subjekti koji su legitimisani da pokrenu pitanje ustavnosti nijesu subjekti koji su povrijeđeni normama na čiju se neustavnost sumnja već su to, kakav je opet slučaj u Italiji, sudije, tamo gdje smatraju da je pokretanje postupka legitimno u slučajevima koji su podvrgnuti njihovom presuđivanju.

Ne manje važne od negativnih ustavnih garancija su pozitivne ustavne garancije, koje su na čudan način zanemarene od strane doktrine bez obzira na to što su neophodne za efektivnost, a posebno za ustavom ustanovljena socijalna prava. One se sastoje u obavezi, kojom je obavezan zakonodavac u pogledu saglasnosti s pravima, da stvori legislativu koja služi aktuelizaciji; ukratko, sastoje se u obavezi da se uvedu legislativne garancije, primarne i sekundarne, korelativne osnovnim stipuliranim pravima. Dolazim tako do centralnog pitanja garantizma – onog između osnovnih prava i garancija – u vezi sa kojim se razvila, u skorijim debatama, sada već vremešna polemika. Na osnovu teze koja je prilično raširena, u odsustvu garancija, tj. u odsustvu obaveza i zabrana koje odgovaraju pravima koja su ustavom ustanovljena, ne bismo imali, kao što ja tvrdim, prazninu, već bismo imali nepostojanje utvrđenog prava.⁵⁵ Na osnovu ovih kritika postoji konfuzija između prava i garancija koja je podržana Kelsenovim

54 Hans Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, § 22, u: Kelsen 1981 (fn. 22), 199: “Iako u opštem smislu o tome ne postoji svijest”, nastavlja Kelsen, “ustav u vezi sa kojim neustavni akti, a naročito zakoni, ostaju važeći – u tom smislu da njihov neustavnosti ne slijedi njihovo poništenje – veoma malo znači, sa pravnog stanovišta se radi o potpunom odsustvu obavezujuće snage. Svaki zakon, pravilo, pa čak i opšti pravni akt koji je donesen od strane pojedinaca imaju pravnu snagu koja je veća od takvog ustava, kojem su svi oni podređeni i iz kojeg crpe važenje”.

55 To je teza: Ricardo Guastini, *Tre problemi di definizione*, u: Vitale 2001 (fn. 4), 43–48, i Danilo Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali*, u: Vitale 2001 (fn. 4), 49–55. Vidi moju repliku na istom mjestu, 156–171. Analogna teza je takođe izrečena od strane Ricardo Guastini, *Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, u: Carbonell, Salazar 2005 (fn. 4), 245–249, i Pablo de Lora, *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*, u: Id., § 3, 255–259. Vidi moju repliku u: Ferrajoli 2006 (fn. 4), 3.5, 56 i 4.3–4.4, 74–81.

autoritetom. Po Kelsenu bi subjektivno pravo bilo “refleks pravnog trebanja”,⁵⁶ tj. onoga što smo iznad nazvali “primarnom garancijom”. Štaviše, imati pravo, dodaje Kelsen, odgovara imanju “pravne mogućnosti da se ostvari primjena odgovarajuće pravne norme koja predviđa sankciju”,⁵⁷ drugim riječima aktiviranju onoga što sam nazvao “sekundarnom garancijom”. Kelsen – možda zbog toga što se njegove reference, kako pokazuju primjeri koje daje, tiču samo imovinskih prava koja su uvijek stvorena od obligacionih akata zajedno sa odgovarajućim obavezama – koristi naime dvije identifikacije: onu između prava i korelativnih primarnih garancija i između prava i korelativnih sekundarnih garancija.

Ovo jedinstveno svođenje prava na garancije je cijena koju Kelsen mora platiti svojoj imperativističkoj koncepciji prava, koja se zasniva na centralnom mjestu sankcije. Radi se, ipak, o previsokoj cijeni, koja je u kontradikciji s normativističkim i pravno-pozitivističkim premisama njegove teorije. Iz ovoga proizilazi da osnovna prava koja su stvorena važećim normativnim aktima, ali nijesu potkrijepljena garancijama predstavljaju, naprosto, nepostojeća prava; nepostojeće – prosti *flatus vocis* – bi bile i norme koje ih izražavaju; veliki dio prava – veliki dio socijalnih prava i skoro sva ljudska prava ustanovljena međunarodnim konvencijama – bi bila ne-prava, samo zbog toga što nemaju primarne i sekundarne garancije.

To je teza koja protivrječi bar dvama postulatima normativizma, koji su istovremeno metateorijski i teorijski. Protivrječi u prvom redu postulatu juspozitivizma, ukoliko pogrešno identifikuje pozitivnost pravnih normi, koje u nomodinamičkom sistemu postoje ukoliko su date ili stvorene, a ne ako ne odgovaraju teorijskom principu kakva je nužna korelacija između prava i obaveza, kao da je teoriji dato da obavlja legislativnu funkciju. U drugom redu protivrječi, postulatu juskonstitucionalizma, ukoliko pogrešno identifikuje nadređeni stepen svakog drugog izvora ustavnih normi i prava koja su njima ustanovljena, čije postojanje ne može biti podređeno stvaranju zakona za njihovu aktualizaciju, s obzirom na to da bi takva teza dovela da toga, kao što je ispravno pisao Mikelandelo Bovero

56 Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Mario G. Losano (prev.), Torino, Einaudi, 1966, § 29, a, 150: “Ako se “pravo” definiše kao odnos između individue (u odnosu na koju je druga individua obavezana na neko ponašanje) i druge individue, pravo u pitanju je samo refleks ove obaveze.”; Kelsen 1959 (fn. 4), dio I, VI, A, 76: “ne postoji dakle nijedno pravo za nekoga bez pravne obaveze za nekog drugog. Sadržaj prava je u krajnjem ispunjavanje obaveze nekog drugog”; na istom mjestu, C, a, 77: pravo “nije ništa drugo do korelat obaveze”.

57 Kelsen 1959 (fn. 4), C, d, 82–83. “U ovom smislu”, nastavlja Kelsen, “ova norma predstavlja ‘svoj’ zakon. Samo ako primjena pravne norme, izvršenje sankcije, zavisi od izraza volje pojedinca usmjerene na ovaj cilj, samo ako je zakon u korist pojedinca, ova se može smatrati “njegovim” zakonom, njegovim subjektivnim zakonom, a to znači ‘subjektivnim pravom.’” Dalje: “subjektivno pravo, se mora sastojati ne u pretpostavljenom interesu već u pravnom neispunjenju... Subjektivno pravo nije, ukratko, objektivno pravo (na istom mjestu, C, c, 81); “suština subjektivnog prava, koje je najjednostavnije refleks pravne obaveze, se sastoji u činjenici kojom pravna norma pripisuje pojedincu pravnu vlast da ostvari ispunjavanje pravne obaveze sudskim putem” (Kelsen 1966 (fn. 56), § 29, d, 159).

(Michelangelo Bovero), da se ustanovi moć zakonodavca da poništi, ili abrogira, ili bar derogira ustav i da tako prikrije njegovu povredu.⁵⁸

Nasuprot tome, sama je nomodinamička struktura prava ta koja nameće distinkciju između osnovnih ustavom ustanovljenih prava i njihovih zakonodavnih garancija. Zbog toga što je u nomodinamičkom sistemu, kao što je upravo Kelsen učio, postojanje norme vezano za empirijsku činjenicu, tj. za akt njenog stvaranja, moguće je, s obzirom na to da je osnovno pravo izraženo od strane ustavne norme, da ne postoje – iako bi trebali da postoje – obaveza i zabrana koja odgovara (neopravdanom) nepostojanju norme koja bi trebala da ih predviđa; kao što je moguće, s obzirom na sposobnost ponašanja, da na primjer pravo na slobodu postoji – iako ne bi trebala da postoji – zabrana istog ponašanja usled (neopravdanog) postojanja norme koja ju predviđa. Ukratko, moguće je u složenim poretcima, koji se artikulišu na više normativnih nivoa, postojanje *praznina* i *antinomija*. Ova mogućnost je korelat tvrdog konstitucionalizma, čija je osnovna karakteristika virtuelni prostor koji on otvara postojanju *nelegitimnog prava*, usled mogućeg neispunjenja od strane zakonodavca obaveze poštovanja i ostvarivanja ustavnih normi.

Upravo ova obaveza – obaveza aktuelizacije koja je na zakonodavcu, koja se sastoji u uvođenju primarnih i sekundarnih garancija koje nedostaju – integriše *pozitivnu ustavnu garanciju* ustavom ustanovljenih prava. Nije, stoga, istinito da nedostatak legislativnih primarnih i sekundarnih garancija odgovara nedostatku bilo kakve obaveze zakonodavca; u tom slučaju bismo morali, kako piše, na primjer, Rikardo Gvastini (Riccardo Guastini) napustiti definiciju “subjektivnog prava” kao ovlašćenja koje odgovara obavezi, ili bismo morali negirati postojanje prava uprkos tome što je ustavno utvrđeno.⁵⁹ Obaveza, kao što je rečeno ranije, postoji, i sastoji se upravo u tome da se stvore garancije koje odgovaraju ustanovljenom pravu. U ovoj obavezi zakonodavca da aktuelizuje možemo identifikovati primarnu pozitivnu ustavnu garanciju ustavom ustanovljenih prava. Radi se o *slaboj garanciji* u dvostrukom smislu: u prvom redu, zbog poteškoća da se obezbjedi njena efektivnost posredstvom sekundarne pozitivne ustavne garancije koja bi se sastojala u sudskoj kontroli ustavnosti u pogledu praznina; u drugom redu, zbog toga što je ona, tako reći, meta-garancija, koja se sastoji u obavezi da zakonodavno uvede *jake garancije* koje se sastoje od *primarnih* i *sekundarnih* garancija koje odgovaraju osnovnom ustavom ustanovljenom pravu.

Sva osnovna prava koja su ustanovljena ustavom, uostalom, zahtjevaju zakonodavstvo koje će ih aktuelizovati i koje predstavlja njihove garancije, s obzirom na to da one ne nastaju, kao što je slučaj sa imovinskim pravima, u vezi sa sa-

58 Michelangelo Bovero, Derechos, deberes, garantías, u: Carbonell, Salazar 2005 (fn. 4), 237–238.

59 Guastini 2001 (fn. 55), 43–44.

mim garantovanim pravima. Uzmimo, na primjer, ustavnu stipulaciju prava na život, ili prava na slobodu kakvo je *habeas corpus*, ili pak socijalno pravo kakvo je pravo na zdravlje. U odsustvu krivično-pravne zabrane ubistva ili procesualnih garantija lične slobode, ili u nedostatku socijalne legislative u materiji sanitarne pomoći – tj. u nedostatku jakih garancija, kako primarnih tako i sekundarnih - takva su prava osuđena da ostanu mrtvo slovo na papiru. Ali sigurno ne bismo rekli da ona ne postoje zbog toga što ne postoji, kako to zahtjeva definicija subjektivnog prava, zabrana ili obaveza koja im odgovara. Postoji zapravo ustavna obaveza da se uvedu ove jake garancije, tj. da se saniraju praznine, koja zadovoljava, kao pozitivna ustavna garancija, teorijsku tezu o vezi implikacije između prava i garancija.

8 SAVREMENA KRIZA USTAVNE PARADIGME

Konstitucionalna paradigma koja je do sada ilustrovana je sasvim jasno složen normativan model, koji nikada nije u potpunosti ostvaren niti ga je moguće u potpunosti ostvariti usled virtuelnog račvanja koja uvijek postoji između normativnosti i efikasnosti. Garancije mogu umanjiti ovo račvanje, ali ga ne mogu eliminisati, s obzirom na to da se i one sastoje u deontičkim figurama. Zbog ovoga možemo govoriti samo, u slučaju svake ustavne demokratije, o većem ili manjem stepenu garantizma pa stoga i o većem ili manjem stepenu demokratskog legitimiteta, tj. demokratije, u zavisnosti od stepena efektivnosti ukupnosti garancija ustavnih principa. Ali ova virtuelna nelegitimnost je takođe i velika prednost ustavnih demokratija, s obzirom na to da samo u apsolutističkim državama ne postoji račvanje, već poklapanje između egzistencije i važenja normi koje stvaraju vrhovni normativni organi.

Ovo deontičko račvanje između normativnosti i efikasnosti ustavne demokratije može biti fiziološko, s obzirom na to da uvijek postoji, u okviru određenih granica, određen stepen neefikasnosti garancija. Ali može postati, van takvih granica, patološko, kada dostiže tačku krize, ili još gore – tačku lomljenja. Kriza može biti prouzrokovana dvama fenomenima: *razvojem ilegalnosti*, koji se manifestuje kršenjem garancija, ili još gorim *defektima legalnosti*, koji se manifestuju odsustvom garancija. Razvoj ilegalnosti i defekat legalnosti, onda kada se tiču javnih vlasti, stvaraju prostor za *antinomije* i *praznine*. To je ono što se danas dešava, u oba aspekta, kako na državnom nivou, tako i, možda još više, na međunarodnom nivou. Razlozi za krizu su višestruki: činjenica da politika nije nikada realno prihvatila podređenost pravu; nedostatak stvaranja, naročito na međunarodnom nivou, primarnih i sekundarnih garancija prava koja su ustanovljena poveljama i konvencijama, i nedostatak relativnih funkcija i institucija garancije koje bi bile na nivou novih vlasti i novih globalnih problema; gubitak

sjećanja na tragedije prošlosti i na one “nikad više” koji su nakon Drugog svjetskog rata bili izvor novog konstitucionalizma.

Kriza se manifestuje, unutar državnih poredaka u kojima postoje tvrdi ustavi, u nekoj vrsti dekonstituišućeg procesa, tj. u uklanjanju, u praksi i u samoj koncepciji demokratije, principa podređivanja vlasti većine zakonu i u tendenciji svih vlasti, kako političkih tako i ekonomskih, da se akumuliraju i legitimišu u apsolutističkoj formi. Njeni specifični faktori su mnogostruki. Radi se, prije svega, o objektivnim faktorima: neka se samo pomisli o krizi principa legaliteta koji slijedi dislokaciji rastućih kvota normativnih funkcija, koje su tradicionalno rezervisane za države, van nacionalnih granica, i sa druge strane, legislativna inflacija koja je izazvala u svim razvijenim zemljama kolaps regulativnih kapaciteta prava. U drugom redu, radi se o subjektivnim i, preciznije, političkim faktorima: rastuća tendencija ka ilegalizmu u svim granama vlasti, privatnim i javnim, suočena sa trijumfom liberalističkih ideologija na ekonomskom polju i plebiscitarnih i populističkih ideologija na političkom polju, s tim što su i jedne i druge neosjetljive za garantističke granice i ograničenja koji su nametnuti demokratskim konstitucionalizmom; koncepcije slobode i demokratije koje iz toga slijede – jednom riječju liberalna demokratija – kao odsustvo pravila i kontrola, granica i ograničenja, koji su nametnuti privatnoj autonomiji s jedne strane, a stoga i ekonomskim moćima tržišta, a sa druge odlukama većine, a stoga i političkoj moći vlada. Na taj se način afirmisala jedna vrsta neoapsolutizma kod obje ove vrste moći, koja je u kontrastu sa principima ustavne pravne države koji ne dozvoljavaju apsolutnu vlast, tj. koji ne dozvoljavaju vlast koja nije podložna pravnoj kontroli.

Rezultat je agresija na čitav sistem osnovnih prava i na njihove garancije: od prava na zdravlje do prava na obrazovanje, od prava radnika do pluralizma informacija i do višestrukih odvajanja i inkompatibilnosti koje su usmjerene na onemogućavanje koncentracije vlasti i konflikt interesa. Pod plemenitim imenom “reforme” promjenjeni su, u Italiji, troškovi u oblasti obrazovanja, istraživanja i zdravlja, sa umanjnjem časova učenja, povećanjem cijena lijekova i ljekarskih posjeta, neefikasnost, restrikcije i paralize velikog broja javnih garantnih insitucija. Posebno, član 64 stavovi 2 i 6 zakona broj 133 od 6. avgusta 2008. godine je predvidio za četvorogodišnji period od 2009–2011, umanjjenje školskog osoblja za 17 %, a za četvorogodišnji period od 2009–2012 umanjjenje budžeta za javno obrazovanje u iznosu od 7 milijardi i 732 miliona, koji treba da se ostvari zatvaranjem škola i spajanjem časova. Član 8 zakona broj 148 od 14. septembra 2011. godine je zadao udarac cjelokupnom radnom pravu – koje je već devastirano različitim oblicima nesigurnog zaposlenja i smanjenjem prava koja su tome slijedila, prije svega pravom na stabilnosti radnog odnosa – predviđajući to da ugovaranje u okviru preduzeća i teritorije mogu derogirati bilo koji redovni zakon i kolektivni ugovor u pogledu skoro svih aspekata organiza-

cije posla: od zadataka radnika do klasifikacija i rasporeda radne snage; od radnog vremena do uvođenja audiovizuelnih pomagala i novih tehnologija, pa sve do oni modaliteta radnog odnosa, od prijema do otpuštanja, izuzimajući one diskriminatorne razloge i razloge trudnoće. Na kraju je napadnut i pluralizam televizijske informacije posredstvom zakona koji otvoreno zastupaju privatne interese predsjednika savjeta.

Još je teža kriza međunarodnog legaliteta, tj. onoga što je bila velika pobjeda XX vijeka koja se sastojala u paktu o mirnom suživotu i obezbjeđenju ljudskih prava stipulirana ustanovljenjem Ujedinjenih nacija. Prije svega je ponovno uspostavljena i stavljena u praksu doktrina "pravednog rata": čak je pet puta u toku dvadeset godina prekršena zabrana rata, koja je u međunarodnom pravu ustanovljena Poveljom Ujedinjenih nacija kao osnovna i konstitutivna norma. Usled izostanka nadnacionalnih garantnih institucija, rat je, sa svojim bremenom nevinih žrtava, rehabilitovan kao instrument rješenja međunarodnih sporova, čineći tako da svjetski poredak regresira u supstancijalnu anomiju. Cjelokupan fenomen globalizacije ekonomije, s druge strane, može biti identifikovan na pravnom planu sa *prazninom u međunarodnom javnom pravu* koje nije u stanju da uredi velike transnacionalne ekonomske sile: treba primjetiti da se tu ne radi o pravnoj praznini, koja ne može postojati, već u praznini javnog prava koja je neizbježno popunjena punoćom privatnog prava, tj. prava ugovorne proizvodnje kojom se mijenjaju tradicionalni oblici zakona⁶⁰ i u kojem se neizbježno oslikava zakon jačeg. Iz toga je proizišla neoapsolutistička regresija kako velikih potencija tako i velih transnacionalnih ekonomskih sila: došlo je do regresivnog i retrogradnog neo-apsolutizma koji se manifestuje u odsustvu pravila koje je otvoreno prihvaćeno od savremenog globalizovanog kapitalizma, kao jedna vrsta *Grundnorm* novog međunarodnog ekonomskog i političkog poretka.

Efekat globalizacije u odsustvu svjetske javne sfere je stoga bio eksponencijalni rast nejednakosti, koja je znak novog rasizma koji zanemruje jad, glad, bolesti i bezvrjednu smrt miliona ljudskih bića u siromašnim zemljama.⁶¹ No,

60 Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; Stefano Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, u: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, br. 4, 765–777; Uberto Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, u: *Democrazia e diritto*, 1995, 3–4, 47 i dalje; Uberto Allegretti, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, u: Gustavo Gozzi (ur.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1997, 53 i dalje; Uberto Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002.

61 Proračunato je da je razlika u bogatstvu između siromašnih i bogatih zemalja koja je 1820 godine bila na 1 prema 3, 1913 je bila 1 prema 11, došla do 1 prema 72 u 1992. godini; i da je manje od 300 milijardera bogatije od polovine svjetske populacije, tj. od 3 milijarde osoba. Na osnovu Izvještaja o ljudskom razvoju i globalizaciji, dodatno, oko milijardu osoba nema pristup vodi i osnovnim namirnicama, što dovodi do 15 miliona mrtvih svake godine, udvostručio se broj oboljelih od AIDS-a, 850 miliona osoba je nepismeno, oko 3 miliona osoba umire

nedostatak pravila u pogledu tržišta je u poslednjim godima doveo do krize čak i u bogatijim zemljama, od SAD-a do Evropske unije, koja se počinje degenerirati u krizu demokratije. Kriza se zapravo manifestuje u totalnoj nemoći politike, tj. u nemoći države i njenih nacionalnih demokratskih institucija – partija, vlada i parlamenata – koja je nastala usled njihove podređenosti ekonomiji i finansijskim moćima u savremenom globalizovanom kapitalizmu. Politika i njene demokratske institucije su tako abdicirale u pogledu njihove moći vladanja i podredile su se takozvanim “tržištima”, tj. neregulisanim i divljim moćima spekulativnih finansija, koje, nakon što su izazvale ekonomsku krizu, državama nameću uništavanje welfare-a, smanjenje javne sfere, razgradnju radnog prava, rast nejednakosti i siromaštva i devastiranje javnih dobara. Nemoći politike u pogledu tržišta se pridružuje iznova pronađena svemoć u pogledu individualnih prava. Invertovao se, naime, odnos između javnog i privatnog: nemamo više vlast privatnih moći od strane javnih vlasti, već vladavinu javnih vlasti od strane privatnih moći. Preokrenuo se i odnos između politike i ekonomije. Demokratski izabrane vlade i parlamenti ne kontrolišu više svijet poslova u funkciji javnih i opštih interesa, već su nekontrolisane moći tržišta te koje vladaju državama, namećući im antidemokratske i antisocijalne politike, u korist privatnih interesa maksimizacije profita, finansijskih spekulacija i pljačke javnih i kolektivnih dobara.

9 BUDUĆNOST KONSTITUCIONALIZMA

Ako je sve ovo istinito, konstitucionalizam nije samo osvajanje prošlosti i najznačajnije nasleđe prošlog vijeka. On je i program za budućnost, koji, s jedne strane, zahtjeva veći stepen ostvarenja u državnim porecima, a, sa druge, traži razvoj na međunarnom nivou, i u jednom i u drugom slučaju u odnosu na privatne ekonomske moći. Paradigma “pravne države” je, kako kaže sam ovaj izraz, koncipirana i razvijena samo u pogledu države i državnih vlasti. Ona se nije ticala nadnacionalnih moći, s obzirom na to da je pozitivno pravo dugo vremena identifikovano sa državnim pravom, niti se ticala privatnih ekonomskih moći, koje su ideološki koncipirane od strane liberalne tradicije, kao što se vidjelo u § 4, ne kao moći, već kao prava na slobodu. Pred krizom suvereniteta država i pred procesima podređivanja politike ekonomiji koji su ranije ilustro-

svake godine zbog atmosferskog zagađenja i preko 5 miliona umire usled zagađenosti vode (UNDP. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Torino, Rosenberg e Sellier, 1999, 55). Na kraju – a to je i podatak koji najviše zastrašuje – 17 miliona osoba umire svake godine kao žrtve infektivnih bolesti usled nemogućnosti da plate skupe “osnovne” lijekove, ili zbog toga, što je još gore, što se banalni lijekovi koji bi ih mogli izliječiti više ne proizvode, od bolesti koje su neutralisane ili u potpunosti iščezle u zapadnim zemljama (Cfr. Giani Tognoni, I farmaci essenziali come indicatori di diritto, u: *Giornale italiano di farmacia clinica*, 12, 2, apr.–giu. 1998, 116–122).

vani, jedina alternativa sumraku cjelokupne paradigme ustavne demokratije je njeno širenje na privatne ekonomske moći i njen razvoju do novih stupnjeva vlasti, ne državnih već naddržavnih, na koje su pomjerene vlasti i odluke: ukratko, ka *konstitucionalizmu privatnog prava*, i zajedno, ka *konstitucionalizmu međunarodnog i nadnacionalnog prava*.

Pred krizom, ukratko, ili se ide naprijed ili se ide nazad: ili se ostvaruje dalje širenje konstitucionalizma u mnogostrukosti značenja i pravaca, ili se rizikuje kolaps cjelokupne paradigme i premoderna regresija samih nacionalnih demokratija. Širenje je neophodno u dva smisla. Prvi je smisao ekstenzionalan, u pravcu dvije vrste vlasti – privatnih vlasti i vannacionalnih ili nadnacionalnih vlasti – koje su ostale van stare paradigme pravne države. U drugom, intenzionalnom smislu, u pravcu dvije dimenzije – formalne dimenzije podjele vlasti i supstancijske dimenzije garancije prava i osnovnih dobara – savremene ustavne paradigme.

9.1 Perspektive širenja u ekstenzionalnom smislu

Prva ekspanzija, tj. ekstenzija ustavne paradigme na vlasti koje su van-državne ili nad-državne, zahtjeva inverzan put u odnosu na onaj koji je pređen od strane nacionalnih država: nije potreban konstitucionalizam kao dovršenje legislativne pravne države, već suprotno, potrebna je konstrukcija legislativne države prava kao ostvarenje ustavnih obećanja izraženih pravima koja su ustavom ustanovljena. Nad-državno pravo, zapravo, raspolaže s nebrojenim poveljama i deklaracijama prava, regionalnim i međunarodnim. Praznina međunarodnog javnog prava o kojoj sam ranije govorio je prije svega praznina u garancijama takvih prava, koja zahtjevaju norme za njihovo ostvarenje koje su u stanju da popune njihove praznine. Njeno prevazilaženje danas zahtjeva, iz pravnih i političkih razloga, treću promjenu paradigme prava i političkih institucija, nakon dvije promjene koje su se odigrale sa dvije institucionalne revolucije modernosti: *jus-pozitivističko* zasnivanje moderne države kao javne sfere odvojene i heteronomne u odnosu na privatne sfere, i *juskonstitucionalističkog* zasnivanja demokratije posredstvom njenog garantovanja putem granica i ograničenja koji su nametnuti političkim vlastima. Ova treća promjena bi se trebala sastojati u *juskosmopolitskom* zasnivanju nadnacionalne javne sfere, koja je u stanju da nametne granice i ograničenja nad-državnim ekonomskim moćima kako bi se suprotstavila mnogobrojnim krizama – ekonomskim, ekološkim, socijalnim i u krajnjoj analizi krizama koje se tiču nacionalnih demokratija – proizvedenim od strane njihovog savremenog deregulisanog i divljeg karaktera.

Upravo bi ekonomska kriza koja je na snazi mogla predstavljati priliku, usled nužnosti i urgencije javnih nad-državnih mjera koje bi joj se mogle suprotstaviti, da se napravi korak naprijed u procesu integracija, kako evropskih tako i međunarodnih. Nikada se nije kao danas, pred težinom krize, otkrio dra-

matični nedostatak nadnacionalnog političkog upravljanja ekonomijom, koje bi bilo u stanju da postavi pravila, granice i kontrole finansijama kako bi se izbjegli spekulativni napadi na njih. Ljekovi predviđeni sa više strana za takav jedan defekt, neki na evropskom, drugi na međunarodnom nivou, su brojni i heterogeni, ali su neophodni i urgentni u istoj onoj mjeri u kojoj su u tom kratkom vremenu nevjerovatni za ostvariti: prije svega jedinstveno evropsko a možda i svjetsko oporezivanje, počevši od adekvatne taksacije finansijskih transakcija – kakav je slučaj sa *Tobin Tax* – usmjerene ne samo na uključivanje javnih resursa, već, prije svega, na drastično smanjivanje, ako već ne onemogućavanje, operacija puke spekulacije; u drugom redu, korak naprijed ka konstrukciji federalne Evrope koja je u isto vrijeme socijalna, i koja ima zajednički budžet i zajedničke ekonomske i socijalne politike; u trećem redu, pripisivanje vrijedovanja državnih finansija, koje su danas povjerene privatnim agencijama za *rejtting*, međunarodnim javnim i nezavisnim autoritetima; u četvrtom redu, oduzimanjem tržištu i političkoj raspoloživosti vitalnih i osnovnih dobara, kakva su vazduh, voda, klimatski balans i ambijentalna imovina posredstvom njihove klasifikacije kao javnih dobara u državnim ustavima i međunarodnim ugovorima; u petom redu, tendencijalno i postepeno ujedinjavanje prava na rad i njegovih garancija, prvo na evropskom nivou pa i na svjetskom nivou i zajedničko uvođenje minimalnih prihoda *ex lege* pod garancijom preživljavanja; konačno, neophodna je reforma u efektivno reprezentativnom smislu aktuelnih ekonomskih institucija, Međunarodnog monetarnog fonda, Svjetske banke i Svjetske trgovinske organizacije – koje danas kontrolišu najbogatije države, kako bi se one vratile njihovim osnovnim statutarnim funkcijama koje su predviđene od strane Džona Majnarda Kejnza (John Maynard Keynes): finansijskoj stabilnosti, pomoći u razvoju siromašnim državama, promociji zaposlenosti i redukciji neravnoteža i nejednakosti, tj. svemu onome što je upravo suprotno njihovom današnjem angažmanu, koji se sastoji u nametanju državama politika koje su teško antisocijalne.

9.2 Perspektive širenja u intenzionalnom smislu

Ali ekspanzija ustavne paradigme se zahtjeva i u intenzionalnom smislu. U ovoj perspektivi bi bili ojačani i u mnogim slučajevima uvedeni mnogostruki stepeni garancija, kao podrška svima četrima dimenzijama – političkoj, civilnoj, liberalnoj i socijalnoj – ustavne demokratije koje su razlikovane u § 3 i četrima klasama prava koje im odgovaraju. Neću se zadržavati previše na garancijama političkih prava i na reprezentativnosti izabranih institucija, osim toliko da kažem da sprječavanje svemoći većina i njihovih populističkih derivata danas zahtjeva rehabilitaciju uloge parlamenata, oslanjajući se na njihovu kontrolu izvršne vlasti i na zabranu imperativnog mandata, budući da su i jedno i drugo favoriti proporcionalnog izbornog sistema koji su poništeni tendencijalnom

transformacijom izbora, izazvanom sve više bipolarnim i majoritarnim sistemima, postajući posjed jedne većine i njenog lidera. Govoriću više o mnogostrukim podjelama vlasti koje se danas zahtjevaju, dalje od klasične monteskejevske triparticije, kako bi se očuvala politička i građanska prava i relativne dimenzije demokratije, i, s druge strane, o primarnim i sekundarnim garancijama koje zahtjevaju prava na slobodu i socijalna prava protiv njihovih mogućih praznina.

Neophodno je, u prvom redu, iznova uspostaviti razdvajanje javne sfere i ekonomske sfere i ustanoviti primat prve u odnosu na drugu, što su dvije karakteristike modernosti danas razložene od strane mnogostrukih koncentracija vlasti i konflikta interesa koji iz njih slijede. U tom se cilju zahtjeva uvođenje strogih inkompatibilnosti između političkih vlasti i privatnih moći: ne samo primarne garancije, koje su već prisutne u mnogim državama pa i u Italiji, o nemogućnosti izbora na javne funkcije onih koji su titulari značajnih interesa i privatne moći, već i sekundarne garancije, koje se sastoje u pripisivanju kontrole takvih inkompatibilnosti organima koji su imparcijsalni.⁶²

Star monteskejevski recept podjele vlasti bi trebao uključiti, u savremenim složenim demokratijama, i odnos između javnih vlasti i socijalnih moći: dakle ne samo između političke sfere i ekonomske sfere, već i između sfere institucija i partija, koje bi trebale da se vrate njihovoj ulozi društvenih organa i instrumenata participacije građana u političkom životu, kao reprezentovanih subjekata koji su ne samo predstavljeni već su i učesnici u formulaciji programa, izboru kandidata i nametanju odgovornosti onima koji su izabrani. Partije bi, ukratko, trebale biti odvojene od države, ne samo od administrativnih aparata koji direktno upravljaju javnim stvarima već i od predstavničkih institucija. Ovo iz tri razloga: u prvom redu, da bi se omogućila reprezentativna medijacija između javnih izabranih institucija i aktivnog elektorata; u drugom redu, da bi se izbjegli konflikti interesa koji se manifestuju u samo-kandidaturama upravljača i u različitim oblicima izbora kandidata u zavisnosti od njihove lojalnosti onima koji su ih imenovali; u trećem redu, da bi se zabranila konfuzija vlasti između kontrolora i kontrolisanih i da bi se uspostavio odnos odgovornosti između

62 Treba se sjetiti člana 10 italijanskog izbornog zakona br. 361 od 30. 3. 1957, koji predviđa nemogućnost izbora "onih koji su u svojstvu legalnih predstavnika društva ili privatnih poduhvata povezani sa državom... koncesijama ili administrativnim autorizacijama značajne ekonomske težine", kakve su televizijska preduzeća. Ono što u Italiji nedostaje kao protivteža takvim konfliktima interesa su sekundarne sudske garancije, s obzirom na to da je kontrola izbornosti povjerena, kao *interna corporis*, samim izbornim skupštinama, koje su na taj način pozvane da odlučuju u svojoj stvari pa su stoga i one same uključene u konflikt interesa. O izbornim garantnim institucijama koje su nezavisne vidjeti na primjer u Meksiku Tribunal Electoral del Poder Judicial i l'Instituto Federal Electoral, koji su ustanovljeni 1996. – vidi: José de Jesús Orozco Henríquez, *El Contencioso electoral*, u: Dieter Nohlen, Sonia Picado i Daniel Zovatto (ur.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Ciudad de México, Ife, 1998, 708–807 i Ricardo Becerra, Pedro Salazar, José Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, México, Cal y Arena, 2000.

đu prvih i drugih. U tom bi cilju trebalo predvidjeti inkompatibilnost između partijskih karika i institucionalnih izbornih karika, tako da bi stranački lideri imali obavezu da podnesu ostavku kada se zapošljavaju na javne funkcije. Tako bi se stalo na kraj savremenoj okupaciji institucija od strane partija, koje bi trebale da imaju samo političke funkcije, a ne i javnu vlast. Samo bi uklanjanje aktuelnih konflikta interesa koji se manifestuju u samo-izboru i u imenovanju cjelokupnog predstavničkog personala od strane lidera partija moglo dovesti do restauracije odnosa predstavljanja između izbornih institucija i elektorata, ukorijenilo bi partije u društvo, smanjujući njihovu savremenu diskreditaciju i vratilo njihovu autoritativnost, kredibilitet i kapacitet za društveno privlačenje i agregaciju, kao i za kontrolu i činjenje odgovornim onih koji su izabrani.⁶³

Ali bi konstitucionalna paradigma trebala sugerisati, u trećem smislu, ponovno promišljanje cjelokupne javne sfere i njeno ponovno utemeljenje, kako na nivou država tako i na međunarodnom nivou, klasične monteskejevske triparticije javnih vlasti. Ispred razvoja javnih funkcija nastalih razvojem socijalne države i zahtjevanog stipulacijama, sadržanim kako u unutrašnjim tako i u međunarodnim poveljama, o osnovnim pravima, a naročito o socijalnim pravima, ta bi triparticija trebala da bude osavremenjena u značajnoj mjeri u odnosu na klasičnu sedamnaestovjekovnu podjelu na izvršnu, zakonodavnu i sudsku vlast. Ovdje iznova predlažem razlikovanje, koje sam više puta izložio, između *institucija vlasti* i *institucija garancije*: prve se sastoje u političkim funkcijama izbora i normativne *inovacije* u onome što sam nazvao “sferom odlučivog”, koje su stoga legitimisane narodnim predstavništvom; druge, koje se sastoje u garancijama osnovnih prava, tj. u *očuvanju* onoga što sam nazvao “sferom neodlučivog”, koje su stoga legitimisane primjenom kako redovnog tako i ustavnog zakona. U institucije i funkcije vlasti ulaze kako zakonodavna vlast tako i izvršna vlast, s tim što ova druga više nije povjerena suverenu kao u *ancien regime*, već je u demokratijama izraz političkog predstavništva na istom nivou kao i zakonodavstvo kojem je obavezan, u parlamentarnim sistemima, odnosom povjerenja. Među institucije i funkcije garancija ne ulaze samo sudske funkcije, već i administrativne funkcije povjerene u prvom redu radi očuvanja socijalnih prava, kakve su školske, sanitarne, institucije socijalnog osiguranja i sl.⁶⁴

Ova preformulacija podjele vlasti je po mom mišljenju od suštinskog značaja u cilju ponovnog utemeljenja ustavne demokratije. Struktura javne sfere države, koja je i sada modelovana po staroj shemi monteskejevske triparticije javnih vlasti, je cjelokupni razvoj socijalne države i njenih prestacija koncen-

63 Upućujem na: PI, II, § 14.8, 190–193 i na: Luigi Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, § 4.2, 68–69.

64 O razlikovanju između funkcija i institucija vlasti i garantnih funkcija i institucija, i u okviru ovih drugih, o razlikovanju između primarnih garantnih funkcija i institucija i sekundarnih garantnih funkcija i institucija, vidi: PI, I, §§ 10.16–10.18, 668–684 i 12.5–12.8, 862–879; PI, II, §§ 14.10–14.12, 200–218, i: Ferrajoli 2011 (fn. 63), § 4.2, 70–72.

trisiao u rukama birokratskih aparata izvršne vlasti. Funkcije primarne garancije socijalnih prava – kakva su prava na zdravlje, na obrazovanje, na socijalno osiguranje i na izdržavanje – s obzirom na to da ne mogu biti organizovane u okviru zakonodavne i sudske vlasti, sve su se koncentrisale u okviru onog velikog i homogenog tijela koje nazivamo javnom administracijom, zavisne od izvršne vlasti ili od vlade. Otuda i prakse *spoils system*, od partijskih borbi i političkih uslovljavanja funkcija i garantnih institucija – javnog zdravstva, škola, centara za socijalnu pomoć – čija politička legitimacija ne počiva u konsenzusu kontingentnih većina, već u primjeni zakona i garancija prava svih. U svijetlu ovog izvora legitimacije, koji nije većinski već je garantistički, u modelu ustavne demokratije podjela i nezavisnost ovih institucija i garantnih funkcija, koje sam nazvao “primarnim” zbog toga što su date kako bi se primarno ostvarila korelativna socijalna prava, bi trebale da budu obezbjeđene podjela i nezavisnost institucija i funkcija nadležnosti, koje sam nazvao “sekundarnim” zbog toga što intervenišu u slučaju kršenja primarnih garancija. Samo je na ovaj način, posredstvom jednakog i imparcijalnog ostvarenja garancija koje odgovaraju osnovnim pravima od strane nezavisnih institucija, moguća transformacija današnje birokratske socijalne države, sa svim njenim neefikasnostima i klijentelističkim izopačenjima, u socijalnu i konstitucionalnu državu prava. Iz istog se razloga ne bi trebala dozvoliti konfuzija između kontrolora i kontrolisanih koja je generisana praksom dislokacije običnih činovnika na ministarska mjesta u organima vlasti.

Ova podjela između funkcija i institucija vlasti, i funkcija i garantnih institucija je, sa druge strane, naročito plodna u cilju ustavnog zasnivanja naddržavne javne sfere; ona zahtjeva – daleko više od razvoja vlasti u pravcu jedne malo vjerovatne super-države kojoj se vjerovatno ne treba ni nadati, po modelu reprezentacije koji postoji u nacionalnoj državi – jačanje i uvođenje funkcija i garantnih institucija za osnovna prava koja su stipulirana u međunarodnim poveljama. Dok bi funkcije vlasti, zbog toga što su legitimisane političkim predstavništvom, trebale da ostanu u što većoj mjeri u nadležnosti nacionalnih država, funkcije garancije, s obzirom da su legitimisane podređenošću zakonu i univerzalnošću osnovnih prava, ne samo da mogu, već u mnogim slučajevima i moraju – u materiji očuvanja životne sredine i zajedničkih ekoloških dobara, odbrane od međunarodnog kriminaliteta, očuvanja zdravlja i smanjenja nejednakosti i siromaštva – biti ustanovljene na međunarodnom nivou. Nedostatak ili neefikasnost ovih institucija i garantnih funkcija prava je, bez obzira na to što su stipulirane u brojnim poveljama i deklaracijama, najevidentnija praznina, čak strukturalni prekršaj aktuelnog međunarodnog prava. Neke od ovih institucija, kao one ekonomske koje smo već pomenuli FAO, Međunarodna zdravstvena organizacija, Međunarodni krivični sud, postoje već neko vrijeme, i trebalo bi ih osnažiti i opskrbiti sredstvima i vlastima koje su neophodne za upražnjavanje njihovih garantnih funkcija. Druge – u oblasti životne sredine,

bezbjednosti, organizovanog kriminala i drugih vanrednih stanja koja su i vitalna i globalna – bi se trebale ustanoviti. Evidentno je da bi njihovo finansiranje zahtjevalo svjetsko oporezivanje; osim već pomenute *Tobin Tax* na finansijske transakcije, oporezivanje korišćenja, iskorišćavanja i oštećenja mnogih opštih dobara – od satelitskih orbita do opsega etera i atmosferskih prostora – koji se danas koriste od strane najbogatijih država kao *res nullius*.

Osim toga je jasno da sve podjele koje su gore navedene – između ekonomskih i političkih moći, između društvene moći partija i političke moći predstavničkih institucija vlasti, između funkcija i institucija vlasti i garantnih funkcija i institucija – služe za kontrastiranje svemoć većina koja danas prijeti posjedu naših demokratija. Ne treba zaboraviti Monteskejevo upozorenje o pozivu svakog ko ima vlast “da je zloropotrebljava sve dok ne naiđe na granice”, i o nužnosti da “vlast, kako se ne bi mogla zloropotrebljavati..., bude ograničena od strane druge vlasti”:⁶⁵ preciznije, da vlasti i funkcije garancije ograničavaju vlast vlada, u ostvarenju granica i ograničenja koji su ovima nametnuti od strane ustavom stipuliranih prava, i da se javne vlasti odvoje ne samo među sobom već i od ekonomskih, društvenih i kulturnih moći.

Postoji osim toga još jedna ekspanzija koja se zahtjeva od konstitucionalizma i tiče se razvoja primarnih i sekundarnih garancija. Iz ove perspektive, centralan je problem praznina. Upravo u praznini zakona za ostvarenje ustavno utvrđenih prava – naročito socijalnih prava, kakva su pravo na zdravlje, na obrazovanje i na održavanje – danas počiva osnovni faktor ustavne nelegitimnosti u našim poretcima. Odsustvo garancija je skoro potpuno u međunarodnom pravu. Izuzimajući rijetke izuzetke, među kojima je Međunarodni krivični sud za krivična djela protiv čovječnosti, koji nema nadležnost nad najjačim državama, međunarodni poredak je skoro u potpunosti lišen *institucija garancije*: u toj mjeri da globalizaciju na pravnom nivou možemo identifikovati sa supstancijalnom prazninom u globalnoj javnoj sferi koja je već naznačena, tj. sa odsustvom garancija koje su na nivou osnovnih prava proklamovanih mnogim deklaracijama i međunarodnim konvencijama.

Ali su i na državnom nivou savremene demokratije nedovršene, usled nedostatka garancija mnogih prava koja su ustanovljena u njihovim tvrdim ustavima. Čak se i za prava na slobodu klasične primarne garancije zabrane koje im odgovaraju i sekundarne garancije krivične sankcije za njihovo kršenje i poništavanje normi koje su sa njima u suprotnosti, pokazuju u velikoj mjeri beskorisne u pogledu zaštite prava od starih i novih kršenja od strane ne samo političkih vlasti već i od privatnih ekonomskih moći. Otuda i neophodnost novog liberalnog konstitucionalizma u oblasti privatnog prava, a ne samo javnog, koji bi bio u stanju da postavi granice tržištu informacija i komunikacija. Isto se može reći i za politička prava, koja mogu biti poništena tamo gdje poredak ne raspolaže s efi-

65 Montesquieu 1952 (fn. 25), II, knjiga XI, pogl. 4, 274.

kasnim garancijama od usvojenih izbornih modela, od koncentracije medija i od povreda predstavništva od strane plebiscitarnih derivata i od konflikta interesa.

No, najveći je problem današnjice nedostak, koji postoji u mnogim poretcima, primarnih garancija mnogih socijalnih prava i izostanak pravnih tehnika koje bi bile u stanju da ograničenjem javnih vlasti uvedu ove garancije. U mnogim slučajevima nedostaju čak i garantističke tehnike koje bi bile u stanju da spriječe razgradnju – koja je na djelu u Italiji, i, pokazali smo ranije, u mnogim drugim državama – mnogih postojećih socijalnih garancija. Argumet koji se uobičajeno daje kao podrška nedostatku ili neefikasnosti takvih garancija jeste njihova ekonomska cijena. Radi se o faličnom argumentu, koji, kao što sam više puta primjetio, mora biti odbijen.⁶⁶ Društveni troškovi u oblasti zdravstva, obrazovanja i zaposlenosti su istovremeno troškovi koji su ekonomski najproduktivniji, s obzirom na to da od njih zavise očuvanje i razvoj kako kolektivne tako i individualne produktivnosti. Dokaz za to je veće bogatstvo država u kojima se, kao što je to slučaj u Evropi, razvila socijalna država, u odnosu na siromašne zemlje u kojima ne postoji očuvanje i poštovanje prema njihovoj sopstvenoj prošlosti. Ali je dokaz i sama ekonomska recesija u našim zemljama, izazvana smanjenjima javne potrošnje i redukcijom zaposlenosti koje su preduzete, u suprotnosti s učenjima Džona Majnarda Kejnza, kako bi se suočili sa ekonomskom krizom. S druge strane, u savremenim društvima je preživljavanje sve manje prirodna činjenica, a sve više je društvena činjenica, zavisna od integracije pojedinca u tkivo ekonomskih i društvenih odnosa. Za razliku od primitivnih društava, u kojima je preživljavanje garantovano direktnim odnosom s prirodom, u kapitalističkom društvu, više nego ikada u savremenoj globalizovanoj ekonomiji, pokvario se odnos između preživljavanja i okupacije o kojem je teoretisao Lok (Locke) u osvit modernog doba.⁶⁷ Danas, kako pokazuju migratorna kretanja i rast nezaposlenosti mladih, nije dovoljna volja da se radi kako bi se ostvarila zaposlenost. Otuda i stupulacije, u savremenim ustavi-

66 Ograničicu se da uputim na: PI, II, § 13.13, 67–71.

67 Valja se sjetiti opsežne argumentacije koju je razvio: John Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690), Luigi Pareyson (prev.), Torino, Utet, 1968, pogl. V, u prilog tezi o vezi između preživljavanja, rada i vlasništva: "Prirodni razum", piše on, "na kaže da ljudi jednom kad su rođeni, imaju pravo na svoje očuvanje, a sljedstveno tome i pravo na hranu i piće" (na istom mjestu, § 25, 258). Ovo pravo je zadovoljeno vlasništvom koje je sa svoje strane plod rada: "koliko zemlje čovjek obradi, posije, oplemeni i uzgoji, koristeći njene plodove, tolika je njegova svojina. On je svojim poslom tako reći ograđuje oduzimajući je od zajedničkog vlasništva... Ova apropijacija dijela zemlje na osnovu uzgajanja ne šteti drugima, zbog toga što uvijek ostaje dovoljno jer je ostaje uvijek dovoljno da bi se pomoglo onima koji nemaju." (na istom mjestu, §§ 32–33, 263–264). Zapravo, "mjera vlasništva je utvrđena od strane prirode na osnovu entiteta čovjekovog posla i životnih sredstava: nema ljudskog posla koji može podrediti ili prisvojiti sve, tako da postane nemoguće da jedan čovjek na ovaj način ugrozi pravo drugog, s obzirom na to da je uvijek moguće emigrirati u pustu unutrašnjost Amerike... zbog toga što ima dovoljno zemlje na svijetu koja bi mogla da zadovolji i dvostruko više stanovnika" (na istom mjestu, § 36, 266–267).

ma, o socijalnim pravima na preživljavanje, a stoga i na vitalne prestacije, kao dodatak negativnom pravu na život koje štiti od povreda. One se pojavljuju kao osnovne klauzule ugovora o suživotu.

Iz ove se perspektive danas zahtjeva, kao dodatak garancijama socijalnih prava na zdravlje i obrazovanje, i garancija minimalnog socijalnog prihoda *ex lege*, koji nije samo nužan za preživljavanje u slučaju nezaposlonosti već i za jačanje ugovorne autonomije radnika. I ne samo to. Pred poteškoćama, ili nemogućnošću, utvrđivanja pravnih garancija koje bi se suprotstavile prazninama u socijalnim garancijama, interesantne indikacije dolaze od konstitucionalizma treće generacije koji se razvija u mnogim zemljama Latinske Amerike. Ograničicu se na to da pomenem obavezu šefova država, koja je uvedena u brazilskom Ustavu, da poštuju precizna ograničenja balansa koja su nametnuta propisivanjem minimalnih kvota javne potrošnje koje su razervisane za podmirenje socijalnih prava i posebno prava na zdravlje i na obrazovanje.⁶⁸ Zahvaljujući ovoj inovaciji, *slaba garancija* generičke obaveze zakonodavca da uvede, bez bilo kakvog kvantitativnog ograničenja, zakone o ostvarenju socijalnih prava, se transformisala u *jaku garanciju* da se za podmirenje takvih potreba poštuju tačno određene kvote u javnom budžetu;⁶⁹ rezultat je taj da su se praznine u sličnim

68 Član 212, u oblasti obrazovanja, ustanovljava da “će Unija primjenjivati na godišnjem nivou ne manje od 18 % a Države, Federalni distrikt i Gradovi ne manje od 25 % od onoga što je prikupljeno porezom... za održavanje i razvoj obrazovanja”. Član 198, §§ 2 i 3, u materiji zdravlja predviđa, s druge strane, da će “Unija, Države, Federalni distrikt i Gradovi godišnje koristiti, za javna zdravstvena djelovanja i usluge, minimalna sredstva koja proizilaze iz primjene procenata koji su proračunati, u slučaju Unije u formi koja je predviđena komplementarnim zakonom predviđenim u § 3”, tj. zakonom koji će biti “revidiran najmanje svakih pet godina” i koja će “ustanoviti”, osim pomenutih procenata, “kriterijume ratizacije prihoda Unije koji su vezani za zdravlje i koji su namjenjeni Državama, Federalnom distriktu i Gradovima”. U odsustvu takvog zakona, član 77, § 4 Prelaznih odredbi, predviđajući njegovu eventualnu prazninu, utvrđuje da će se “primjenjivati na Uniji, Federalnom distriktu i Gradovima ono što je predviđeno” u prethodnim paragrafima, tj. minimalna sredstva koja su korišćena u finansijskom proračunu prethodne godine “povećana za minimum 5 %” u slučaju Unije, “12 % u slučaju Država i Federalnog distrikta” i “15 % u slučaju Gradova”. Naposljetku, praznina je izbjegnuta u skorijem komplementarnom zakonu broj 141 od 13. januara 2012., koji je u materiji zdravstva potvrdio procenat od 12 % za Države i 15 % za Gradove i za Uniju, utvrđujući da one moraju rasti, minimalno, sa rastom Pil. Na kraju, član 34, VII, slovo e) utvrđuje da Unija neće intervenisati u politike troškova država ili Federalnog distrikta ako ne da “obezbjedi primjenu” principa “primjene zahtjevanog minimuma koji se traži od poreskih prihoda na nivou države... radi očuvanja i razvoja obrazovanja i radi ostvarivanja javnih zdravstvenih usluga”. O ograničenjima budžeta vidi i: PI, II, § 13.19, 98 i § 15.18, 402–403.

69 Nazvao sam “slabom garancijom” obavezu da se garantuje, koja je korelativna ovlaštenju izraženom od strane normativno ustanovljenog osnovnog prava, i “jakom garancijom” obavezu na prestaciju, npr. školsku ili sanitarnu, koja je uvedena obaveznom aktuelizacijom slabe garancije; prva obaveza je nametnuta zakonodavcu, i može se desiti da ju ovaj ne ostvari stvarajući na taj način prazninu; druga obaveza pripada institucionalnim aparatima i njihovim funkcionerima, ustanovljenim aktuelizacijom prve obaveze. (PI, I, §§ 9.14, 10.20, 10.21, 11.17 i 12.14, 556, 694, 701, 815, 917 i 918; PI, II, §§ 13.15 i 13.19, 80 i 96).

zakonima koje nastaju zbog njihove neadekvatnosti i koje nije moguće sudski popraviti, transformisale u antinomije, koje je moguće utvrditi i ispraviti na inicijativu javnih vlasti, kao prekršaje ustava.

Poslednja linija ekspanzija se tiče sudskih sekundarnih garancija koje bi se suprotstavile antinomijama i prazninama. Što se antinomija tiče, kontrola bi mogla biti proširena na akte koji nisu zakonodavni: kakav je, na primjer, učešće u radu, čije odbijanje, ustanovljeno članom 11 italijanskog ustava, nije rezultiralo nikakvom sudskom garancijom. Sa druge strane, osim na sudije, pravo na pokretanje pitanja ustavnosti trebalo bi proširiti i na druge subjekte. Dovoljno je pomisliti na aktivnu legitimaciju da se pokrene pitanje ustavnosti koje je predviđeno u mnogim porecima za manjinske parlamentarne grupe ili za organe vlasti.⁷⁰ No prije svega treba imati na umu prijedlog Hansa Kelsena koji je ostvaren u brazilskom ustavu, i koji se tiče ustanovljavanja, pri Ustavnom sudu, opšteg tužioca, kojeg je on nazivao "braniteljem ustava" sa zadatkom da iznese nelegitimnost svakog akta parlamenta koji smatra neustavnim.⁷¹ Teža je i problematičnija ekstenzija kontrole ustavnosti na praznine, tj. na kršenje ustava činjenjem, a ne nečinjenjem (kakav je slučaj s antinomijama koje se stvaraju nevažećim normama): kontrola koja je predviđena od strane portugalskog ustava i brazilskog ustava se suočava sa nepremostivom granicom u prirodi presude o poništavanju i odstranjivanju nevažećeg akta koja je karakteristična za presudu o nelegitimnosti;⁷² granica koja je djelimično zaobiđena u pogledu već pomenutih budžetskih ograničenja čije postavljanje služi da se moguće praznine pretvore u antinomije sa kojima se sudska vlast može izboriti. Osim toga je jasno da sve ove ekspanzije sudske uloge koje zahtjeva konstitucionalna paradigma sugerišu, kao podršku legitimizaciji sudske vlasti, njenu strogu podređenost ustavnim normama koja proizilazi, kao što ćemo vidjeti u narednom dijelu, iz garantističkog modela njihove primjene više nego od modela njihovog razmatranja zasnovanog na shvatanju o principima.

Prirodno, savremena kriza ustavne paradigme ne dozvoljava nikakav optimizam. Ali, moramo biti svjesni toga da u takvoj krizi ne postoji ništa prirodno,

70 To predviđaju član 93, 1. stav njemačkog Osnovnog zakona, član 162 španskog Ustava, član 281 portugalskog Ustava i član 103 brazilskog Ustava.

71 "Potpuno novi institut koji zasluđuje najozbiljnije razmatranje je institut branitelja ustava pri ustavnom tribunalu, koji bi, nalik javnom tužiocu u krivičnom postupku, trebao da uvede po službenoj dužnosti postupak kontrole ustavnosti akata koje bi smatrao neispravnim. Titular jedne slične funkcije bi naravno imao što veće garancije nezavisnosti kako u pogledu vlade tako i u pogledu parlamenta. Za ono što se tiče postupaka protiv zakona, bilo bi ekstremno važno omogućiti predlaganje i parlamentarnoj kvalifikovanoj manjini." (Hans Kelsen, *op. ult. cit.*, § 19, 196). Insitut je uveden u brazilskom Ustavu...

72 Član 283 portugalskog ustava od 2. 4. 1976. i član 103 brazilskog Ustava iz 1988., koji su posvećeni "neustavnosti usled nečinjenja" se ograničavaju da predvide naznačavanje praznine od strane Ustavnog Tribunala zakonodavnom organu, i na, poziv da se ona sanira "u roku od trideset dana".

i toga da je demokratija, u svojim različitim i složenim oblicima, dimenzijama i nivoima, vještačka konstrukcija, koja zavisi od politike, od društvenih borbi i od kritičke i projektujuće uloge pravne i političke nauke. Degeneracije koje su na snazi, ali i zaostalosti i praznine koje su odgovorne za neefikasnost ustavne paradigme moraju u svakom slučaju biti čitane kao faktori nelegitimnosti. Možemo zapravo identifikovati stepen legitimnosti uređenja ustavne demokratije sa stepenom efikasnosti garancija ustavom ustavnovljenih prava; možemo identifikovati nelegitimnost s njihovim kršenjem i, što je još gore, sa njihovim prazninama. Upravo je identifikacija ovih profila nelegitimnosti najznačajniji naučni i politički zadatak, koji konstitucionalizam danas zadaje pravnoj nauci: nije više zamislivo niti ostvarivo kao puka kontemplacija i deskripcija važećeg prava, na osnovu starog tehničko-pravnog modela, već je pravnoj nauci povjerena, od same strukture njenog objekta, kritička uloga u pogledu antinomija i praznina koje se generišu normativnim neuravnoteženostima, i projektna uloga u pogledu tehnika garancije koje su u stanju da ih prevaziđu ili umanje.

10 NELEGITIMNO PRAVO USTAVNE PRAVNE DRŽAVE I ULOGA PRAVNE NAUKE

Na taj način dolazim i do poslednje distinktivne karakteristike garantističkog konstitucionalizma: promjena uloge koja je njime dodjeljena pravnoj nauci. Rečeno je da je strukturalna inovacija koja je uvedena od strane ustavne demokratije zapravo stipulacija, u tvrdim ustavima koji su nadređeni drugim izvorima, onoga što sam nazvao *sferom neodlučivog*: onoga što ne može biti odlučeno, tj. kršenja prava na slobodu, i onoga što ne može biti ne-odlučeno, tj. zadovoljenje socijalnih prava. Ovo “neodlučivo (koje jeste ili koje nije)” je jasno neodlučivo deontičkog ili normativnog karaktera. Ono što je “neodlučivo koje jeste” može naime biti odlučeno; a ono koje je “neodlučivo koje nije” može biti neodlučeno. Mogu se desiti, već sam rekao, prekršaji ustava od strane zakonodavca: prekršaji činjenjem, tj. *antinomije*, koje se sastoje u neobaveznom stvaranju nevažećih normi i prekršaji nečinjenjem, tj. *praznine*, koje se sastoje u izostavljanju stvaranja zakona aktuelizacije. Iz toga slijedi virtuelno račvanje između ustavnog trebanja i zakonodavnog jestanja prava, u kojem počiva principijelni defekt, ali, ponavljam, i najveća prednost ustavno-pravne države: nastanak, zahvaljujući tvrdoći novih ustava, “pravno nelegitimnog prava”, tj. nezamislivog fenomena i protvrđenosti u sebi usled paleo-juspozitivističke paradigme zakonodavne države prava, u kojoj važenje i efikasnost zakona koincidiraju usled izostanka normi koje su tvrdo nadređene zakonu. Iz toga slijedi kritička i projektna uloga pravne nauke: kritička u pogledu antinomija, čije suzbijanje mora da pokrene, i projektna u vezi s prazninama čije popunjavanje mora da pokrene.

Jedinstvena je ideja “nelegitimnog prava” – zbog prisustva nevažjećih normi ili odsustva obaveznih normi – nedozvoljiva i nezamisliva ideja i za Hansa Kelsena, koji je takođe, kao što smo se podsjetili, bio teoretičar strukture i stepena poretka i ustavne kontrole legitimnosti zakona. Konsekventno, za Kelsena kao i za Bobia i za veliki dio kelsenovski inspirisane teorije, još uvijek utemeljene u odbrani tehničko-pravnog metoda, nemoguće je dozvoliti ulogu nauke koja nije samo deskriptivna i nevrjednujuća, već je kritička i normativna.⁷³ Dvije teze – teorijska teza o ekvivalenciji između važenja i pravne snage normi i metateorijske teze o deskriptivnom i evaluativnom karakteru pravne nauke – evidentno su povezane. Povezane su i sa čisto formalnom koncepcijom demokratije. Povezanost se, čini mi se, sastoji u nerazumjevanju dva velika noviteta koja su uvedena paradigmom tvrde ustavnosti: virtuelno prisustvo nelegitimnog prava, a stoga i normativne, a ne samo deskriptivne uloge pravne nauke.

Vjerujem da je ovo nerazumjevanje refleks jednog epistemološkog nesporazuma, koji je u velikoj mjeri i dugo vremena bio teret, upravo zahvaljujući Kelsenu, studijama teorije prava, sprječavajući da se naglasi njihova pragmatička dimenzija. Nesporazum se sastoji u identifikaciji između “formalne” ili “čiste” teorije i “evaluativne” i/ili “deskriptivne” teorije. “Formalno” u metateorijskom smislu uopšte ne odgovara “evaluativnom” a još manje “teorijskom”. Naravno da je teorija prava formalna teorija – kako smatra Bobio,⁷⁴ ili “čista”,

73 Norberto Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), u: Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, (1965), pretisak, Roma-Bari, Laterza, 2011, pogl. V, § 3, 88–89. Vidi kritike koje su upućene tezama koje su ovdje izložene: Alfonso Ruiz Miguel, Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista, u: Carbonell, Salazar 2005 (fn. 4), 211–232, i: Ricardo Guastini, Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica, Id., 245–249, na koje sam odgovorio u: Carbonell, Salazar 2005 (fn. 4), pogl. IV, 63–81; teze: Paolo Comanducci, Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, u: *Analisi e diritto*. 2002–2003. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 317–329, kojem sam odgovorio u: *La pragmatica della teoria del diritto*, Id., osobito u § 7, 372–375. Nešto drugačije kritike su mi upućene od strane: Ricardo Guastini, Algunos aspectos de la metateoría de Principia Iuris, u: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, br. 31, 2008, 253–260, na koje sam odgovorio u: Ferrajoli 2008 (fn. 51), Id., § 1.2, 398–402. Za juspozitivističku kritiku teze o evaluativnosti pravne nauke sa upućivanjem na savremenu ustavnu paradigmu, upućujem, osim na spine koji su već navedeni i na: *PiI*, Introduzione, § 6, 26–32.

74 Po Norbertu Bobiu, “opšta teorija prava je *formalna* teorija prava u tom smislu što proučava pravo u njegovoj normativnoj strukturi, što će reći u njegovoj formi nezavisno od vrijednosti kojima ova struktura služi i sadržaja koji ima” (Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, VI). “Izlišno je reći da je ova ideja”, dodaje Bobio, “elaborirana u formi koja je najpoznatija od strane Kelsena”, čija je “doktrina” ili “čista teorija” formalna u ovom smislu. Sama karakterizacija teorije prava kao “formalne teorije” je iznova preuzeta od strane Bobia u: Bobbio 1955 (fn. 74), 3–7, 34–40 i 145–147. O “formalnom” karakteru teorijskih teza, upućujem na pojašnjenja u vezi sa mojom definicijom “osnovnih prava” u: Vitale 2001 (fn. 4), I, § 1, 5–9; II, §§ 1 i 5, 123–145 i 150–151; III, §§ 1 i 4, 279–288, 298–309, a naročito u Uvodu za *Principia iuris*. Evidentno je da “formalno” u smislu koji je ovdje naznačen, tj. kao metateorijski predikat koncepata i tvrdnji teorije, nema nikakve veze sa značenjem “formalnog” kao teorijskog termina, koji se odnosi na “formu” “formalnih aka-

kako kaže Kelsen – do te mjere da sam u *Principia iuris* dao njenu formalizaciju i aksiomatizaciju. Ona je takva u tom smislu, da je sama po sebi sintaksa – sintaksa onog lingvističkog univerzuma koji nazivamo pozitivnim pravom – koja nam ne kaže ništa o sadržaju konkretnih poredaka tj. o onome čime pravo raspolaže, ili o onome čime bi bilo pravedno da raspolaže, već se ograničava na stipulaciju koncepata i teza koje su u stanju da objasne i analiziraju svaki pravni fenomen. Ali upravo zbog ovoga – a ne jednostavno uprkos ovome – ona ne može biti prosto evaluativna niti ekskluzivno deskriptivna.

Ne može biti čisto evaluativna niti deskriptivna, u prvom redu, zbog izbora koji neizbježno prethode stipulacijama i teorijskim definicijama. Ove pretpostavke uvijek impliciraju izbore, koji nijesu ni istiniti ni neistiniti. Izbori su uobičajeno čisto teorijskog karaktera, i opravdani su većom objašnjavajućom snagom u odnosu na moguće alternativne teorije. Neki put se, ipak, radi o izborima kojima nijesu s evaluativne opcije etičko-političkog karaktera, diktirane specifičnim rekonstruktivnim finalitetima koje teoretičari slijede imajući u vidu praktične implikacije koje ovi imaju. Neka se pomisli na različite implikacije, teorijske i praktične, definicija “nezakonitog” i “subjektivnog prava” koje je predložio Kelsen, jedne kao pretpostavke sankcije, a druge kao refleksi obaveze i kao pretpostavke nezakonitosti i sankcije koja tome slijedi,⁷⁵ u odnosu na onu definiciju nezakonitog kao “(neformalnog) *zabranjenog* akta” i subjektivnog prava kao “očekivanja prestacija ili odsustva povrede”. Za Kelsena rat, osim toga što je zabranjen u međunarodnom pravu, nije i nezakonit s obzirom na to da nema relativnu sankciju;⁷⁶ niti su prava, već prosti *flatus vocis*, osnovna prava koja nemaju obaveze i sankcije koje odgovaraju njihovom kršenju. Na osnovu mojih definicija, nasuprot tome, rat je nezakonit prosto zbog toga što je zabranjen, a prava koja nemaju sankciju su ipak obavezujuća prava zbog toga što su pozitivno ustanovljena, dok je nedostatak zakona za njihovo ostvarenje koji bi trebali da uvedu njihove garancije, tj. korespondirajuće obaveze i sankcije, moguće shvatiti kao neopravdanu prazninu koja zahtjeva da bude popunjena.

U drugom redu, i iznad svega, teorija ne može biti prosto deskriptivna s obzirom na to da nameće koherenciju pozitivnog prava sa samim sobom – koherenciju koja u stvari može i izostati, usled račvanja koje je već ilustrovano kao virtuelno postojeće između jestanja (zakonodavnog) i trebanja (ustavnog) prava. U ovom internom pravnom račvanju između normativnih nivoa, povezana sa dvostrukim dimenzijama “norme” i “činjenice” koje su sa svoje strane

ta” (nasuprot “supstanciji” ili “značenju” stvorenih odluka) od koje zavise njihovo “formalno važenje i “formalna” dimenzija demokratije, koje su vezane za norme o produkciji koje su sa svoje strane “formalne”.

75 Kelsen 1966 (fn. 56), § 6, sl. a), 43–44; Kelsen 1959 (fn. 4), dio I, pogl. III, 51–56.

76 Kelsen 1959 (fn. 4), dio II, pogl. VI, 332–337, 349 i dalje, 360–361; Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1952, 36–55; Kelsen 1966 (fn. 56), § 42, sl. a), 352–354.

regulisane normama koje je poprimila redovna zakonitost u ustavnoj pravnoj državi, u kojem počiva distinktivna karakteristika konstitucionalne paradigme, karakterisana upravo podređenošću zakona samom zakonu, ne samo u pogledu forme akata koji ga stvaraju već i u pogledu stvorenih normativnih sadržaja. Ovo podređivanje je nastalo putem inkorporacije, u tvrdim ustavima, etičko-političkih principa – kakvi su podjela vlasti, princip jednakosti i različita osnovna prava – koji su tako pretvoreni iz izvora *političke* ili *eksterne* legitimacije u izvore legitimacije (ili delegitimacije, ako su prekršeni) koji su *pravni* i *interni*.

Glavna metateorijska implikacija ovog račvanja se tiče odnosa između logike i njenih upotreba u teoriji prava, s jedne strane, i samog prava, s druge strane. U jednom sistemu pozitivnog prava – u okviru kojeg su norme stvorene od strane ovlašćenih autoriteta, a ne dedukovane iz drugih normi – logički principi nijesu uvijek zadovoljeni od strane akata pravne produkcije. U njemu, strukturalne antinomije i praznine postoje između normi na različitom nivou usled račvanja koje uvijek postoji između normativnosti i efikasnosti. Konsekventno, koherencija i potpunost, koje zahtjeva logika od strane teorije prava i pozitivno-pravnih disciplina kao uslovi konzistencije bilo kojeg diskursa o pravu koji sadrži implikacije između deontičkih figura, nijesu, niti mogu biti u ustavnoj paradigmi, intrinzične karakteristike prava koje je predmet teorije; ovo je pravo nomodinamički sistem, artikulisan na različitim nivoima, svaki od kojih je normativan u odnosu na onaj koji je inferioran, pa je stoga, od strane ovoga virtuelno prekršen i u kontradikciji s njim. Logika, ukratko, pripada diskursima o pravu, dok nije, niti bi trebala biti, karakteristična za diskurs pozitivnog prava, u odnosu na koje nema deskriptivnu već preskriptivnu ulogu.

Ovim se hoće reći da principi deontičke logike i principi teorije koji koriste deontičke figure – kakva je suprotnost između dozvole i zabrane, ili implikacija između pozitivnog ovlašćenja i odgovarajuće obaveze koje su izražene kvadratom suprotnosti o kojem sam govorio u prva dva poglavlja *Principia Iuris*⁷⁷ – su principi prava ali nijesu principi u pravu. Drugim riječima, ne sastoje se u principima koji su *interni* pozitivnom pravu, tj. u onome što bismo mogli nazvati *principia iuris et in iure*, s obzirom na to da nijesu izraženi ni eksplicitno ni implicitno od strane pravnih normi. Oni su stoga *principia iuris tantum*, koji nameću pozitivnom pravu, kao principi koji su mu *eksterni*, i logika koju *u stvari* ono nema, ali *po pravu* treba da ima. Oni izražavaju, u pozitivnom i nomodinamičkom poretku, “trebanje” prava ustanovljeno od strane samog prava, a stoga i normativnost u pogledu njegovih izvora *principia iuris et in iure* koji su ustanovljeni od strane njima nadređenih normi.

Otuda se i normativna uloga koju ima teorijska i formalna paradigma ustavne demokratije, strukturisana na više stepena i nivoa normativnosti odvija, ili imponuje odvijanje pravnim disciplinama različitih poredaka – u odnosu pre-

⁷⁷ PI, I, § 1.4, 120–124 i § 2.3, 151–157.

ma pozitivnom pravu – zbog toga što su u okviru takve paradigme principi koji su s njene strane ustanovljeni kao *principia iuris tantum*, s jedne strane, analitički principi koji su logički istiniti, i koji upravo opisuju teorijski model; no, s druge strane, to su normativni principi koji nameću pravu, ne različito od principa logike i matematike u odnosu na diskurse koji ih koriste, koherenciju i potpunost u odnosu na *principia iuris et in iure* kakvi su prava i principi pravde stipulirani od strane ustavnih normi. Principi ove druge vrste – *iuris et in iure* – su aksiološki principi, ali su i principi koji su interni pozitivnom pravu; dok su principi prve vrste – *iuris tantum* – principi koji su eksterni pozitivnom pravu, ali nijesu aksiološki principi, već su logički principi, čija normativnost nije različita od normativnosti gramatičkih pravila i pravila ortografije. Ustavna paradigma, označena nejednakošću u normativnim nivoima, postulira zapravo, ako je uzmemo za ozbiljno, normativnu pravu teoriju i pravnu nauku koja nije naprosto rekognitivna već je i kritička i projektna u odnosu na virtuelno prisustvo antinomija i praznina: tj. teorija prava i pravna dogmatika koje se ne mogu ograničiti da kažu, po bobijevskoj klasičnoj tezi, “ono što pravo jeste”,⁷⁸ bez mogućnosti da kaže i “ono što pravo treba da bude” i koje su sastavni dio, na višem normativnom nivou “prava koje jeste”, iako na nižim normativnim nivoima “nelegitimno ne postoje”.

*Iz italijanskog originala preveo
Bojan Spaić.*

78 Bobbio 2011 (fn. 73), *Aspetti del positivismo giuridico*, pogl. V, § 3, 88. “Kao način približavanja studiju prava, pravni pozitivizam je karakterisan razlikom između realnog i idealnog prava, ili, drugim riječima, između prava kao činjenice i prava kao vrijednosti, između prava kakvo jeste i kakvo treba da bude; i između ubjedenja da pravnik treba da se bavi prvim, a ne drugim”.

