

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 aktualizacije. 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 protvrječnosti 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 nevažećih 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. Dvije teze – teorijska teza o ekvivalenciji između važenja i pravne snage normi i metateorijske teze o deskriptivnom i evalutativnom 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, ili “čista”, 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