

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 puta 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 refleks obaveze i kao pretpostavke nezakonitosti i sankcije koja tome slijedi, 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; niti su prava, već prosti flatu 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 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.