

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. 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 dioskrecionalnost. 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 ova teza i njene značajne implikacije. Većina ustavnih normi koje ustanovljavaju 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. 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. 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. Ovim terminima, koji su po mom mišljenju centralni u teoriji ustavne demokratije, označavaju se samo antinomije i praznine stvorene od strane vrituelnog deontičkog račvanja između stvaralačkih normi i stvorenih normi, od kojih su prve