

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 raspolaže osnovnim pravima i drugim ustavnim principima kakvi su podjela vlasti, nezavisnost sudstva i različiti oblici inkompatibilnosti 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 jusnaturalizmu 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 posljedica 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”. 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 nijesu otpisane, već su istorijski potvrđene – od jednakosti do slobode savjesti, od odbijanja smrtne 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