

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 vremesna 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 autoritetom. Po Kelsenu bi subjektivno pravo bilo “refleks pravnog trebanja”, 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”, 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 aktuelizaciju, s obzirom na to da bi takva teza dovela da toga, kao što je ispravno pisao Mikelandelo Bovero (Miche-lan-gelo Bovero), da se ustanovi moć zakonodavca da poništi, ili abrogira, ili bar derogira ustav i da tako prikrije njegovu povredu.

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