

mogućnost je korelat tvrdog konstitucionalizma, čija je osnovna karakteristika virtuelni prostor koji on otvara postojanju nelegitimnog prava, usled mogućeg neispunjenja od strane zakonodavca obaveze poštovanja i ostvarivanja ustavnih normi.

Upravo ova obaveza – obaveza aktuelizacije koja je na zakonodavcu, koja se sastoji u uvođenju primarnih i sekundarnih garancija koje nedostaju – integriše pozitivnu ustavnu garanciju ustavom ustanovljenih prava. Nije, stoga, istinito da nedostatak legislativnih primarnih i sekundarnih garancija odgovara nedostatku bilo kakve obaveze zakonodavca; u tom slučaju bismo morali, kako piše, na primjer, Rikardo Gvastini (Riccardo Guastini) napustiti definiciju “subjektivnog prava” kao ovlašćenja koje odgovara obavezi, ili bismo morali negirati postojanje prava uprkos tome što je ustavno utvrđeno. Obaveza, kao što je rečeno ranije, postoji, i sastoji se upravo u tome da se stvore garancije koje odgovaraju ustanovljenom pravu. U ovoj obavezi zakonodavca da aktuelizuje možemo identifikovati primarnu pozitivnu ustavnu garanciju ustavom ustanovljenih prava. Radi se o slaboj garanciji u dvostrukom smislu: u prvom redu, zbog poteškoća da se obezbjedi njena efektivnost posredstvom sekundarne pozitivne ustavne garancije koja bi se sastojala u sudskoj kontroli ustavnosti u pogledu praznina; u drugom redu, zbog toga što je ona, tako reći, meta-garancija, koja se sastoji u obavezi da zakonodavno uvede jake garancije koje se sastoje od primarnih i sekundarnih garancija koje odgovaraju osnovnom ustavom ustanovljenom pravu.

Sva osnovna prava koja su ustanovljena ustavom, uostalom, zahtjevaju zakonodavstvo koje će ih aktuelizovati i koje predstavlja njihove garancije, s obzirom na to da one ne nastaju, kao što je slučaj sa imovinskim pravima, u vezi sa samim garantovanim pravima. Uzmimo, na primjer, ustavnu stipulaciju prava na život, ili prava na slobodu kakvo je habeas corpus, ili pak socijalno pravo kakvo je pravo na zdravlje. U odsustvu krivično-pravne zabrane ubistva ili procesualnih garantija lične slobode, ili u nedostatku socijalne legislative u materiji sanitarne pomoći – tj. u nedostatku jakih garancija, kako primarnih tako i sekundarnih - takva su prava osuđena da ostanu mrtvo slovo na papiru. Ali sigurno ne bismo rekli da ona ne postoje zbog toga što ne postoji, kako to zahtjeva definicija subjektivnog prava, zabrana ili obaveza koja im odgovara. Postoji zapravo ustavna obaveza da se uvedu ove jake garancije, tj. da se saniraju praznine, koja zadovoljava, kao pozitivna ustavna garancija, teorijsku tezu o vezi implikacije između prava i garancija.

8 Savremena kriza ustavne paradigme

Konstitucionalna paradigma koja je do sada ilustrovana je sasvim jasno složen normativan model, koji nikada nije u potpunosti ostvaren niti ga je moguće u potpunosti ostvariti usled virtuelnog račvanja koja uvijek postoji između normativnosti i efikasnosti. Garancije mogu umanjiti ovo račvanje, ali ga ne mogu eliminisati, s obzirom na to da se i one sastoje u deontičkim figurama. Zbog ovoga možemo govoriti samo, u slučaju svake ustavne demokratije, o većem ili manjem stepenu garantizma pa stoga i o većem ili manjem stepenu demokratskog legitimiteta, tj. demokratije, u zavisnosti od stepena efektivnosti ukupnosti garancija ustavnih principa. Ali ova virtuelna nelegitimnost je takođe i velika prednost ustavnih demokratija, s obzirom na to da samo u apsolutističkim državama ne postoji račvanje, već poklapanje između egzistencije i važenja normi koje stvaraju vrhovni normativni organi.

Ovo deontičko račvanje između normativnosti i efikasnosti ustavne demokratije može biti fiziološko, s obzirom na to da uvijek postoji, u okviru određenih granica, određen stepen neefikasnosti garancija. Ali može postati, van takvih granica, patološko, kada dostiže tačku krize, ili još gore – tačku lomljenja. Kriza može biti prouzrokovana dvama fenomenima: