
USTAVNA TEORIJA U DOBA KRIZE: MOĆ, PRAVO I MORAL

NENAD DIMITRIJEVIĆ

S engleskog preveo Dejan Ilić

UVOD

Živimo u nepravednom svetu, punom patnje koja bi se mogla izbeći. Ratovi, terorizam, represivni režimi i druge vrste nasilja samo su deo bede. Vidimo i ogromno siromaštvo, hiljade ljudi koji umiru od izlečivih bolesti ili gladi, žive bez pitke vode i krova nad glavom, ili rade u neljudskim uslovima. Naša je bezuslovna humanitarna dužnost da se borimo protiv ovog stanja. Tu obavezu dugujemo svakom ljudskom biću naprosto zato što je svako ko živi u nemaštini moralno ravnopravan sa nama.

Međutim, čak i kada bismo bili spremni da se ponašamo u skladu sa ovom humanitarnom obavezom, to ne bi bilo dovoljno. Velik deo nepravdi proizlazi iz organizacije naših ekonomskih, političkih i pravnih sistema, kako onih domaćih tako i međunarodnih. Pravednost zahteva da se iz ravni humanitarne pomoći pređe u ravan bavljenja izvorima i institucionalnim strukturama nejednakosti. Pravedan je onaj poredak “koji nastoji da eliminiše moralno arbitrerne nejednakosti i zaštititi pravo na slobodu”.¹ Jedno od najhitnijih pitanja pravde tiče se preuređenja domaće i međunarodne institucionalne arhitekture kako bi odnosi pojedinaca, grupa, organizacija i država bili zasnovani na jednakom poštovanju ljudskog dostojanstva.

Današnja kriza je globalna. Ona ne pogađa samo siromašne zemlje, iako siromašni nose najveći deo njenog bremena. Političari, eksperti, teoretičari, društveni pokreti i obični ljudi širom sveta raspravljaju o Vašingtonskom konsenzusu, internim pravilima Svetske trgovinske organizacije, moći takozvane Trojke u Evropskoj uniji, zaprepasćujuće

¹ Nagel, ‘The Problem’ (2005: 118).

nepravедnoj raspodeli bogatstva, dokazima o kršenju ljudskih prava u Bangladešu, Kini i drugde od strane transnacionalnih korporacija, te o razornom manjku odgovornosti u finansijskom sektoru. Suočeni smo sa mnogim pitanjima. Recimo, šta se dogodilo sa modernom državom, te nacionalnim i međunarodnim pravom? Čini se da je klasično moderno shvatanje državne suverenosti kao najviše vlasti nad teritorijom i građanima danas već prošlost. Međunarodno pravo u sadašnjem obliku – uprkos njegovim mnogim dragocnim postignućima – očigledno još nije u stanju da obuzda negativne sile na globalnoj sceni. Globalizacija je promenila institucionalnu konfiguraciju, norme, aktere i oblike delanja u ekonomiji, politici, pravu i mnogim drugim oblastima života, od visokog obrazovanja do sporta.

Te promene možemo izučavati iz raznih teorijskih perspektiva. Ovde se fokusiram na konstitucionalizam. Globalizacija je učinila konstitucionalizam predmetom interesovanja različitih disciplina, uključujući pravo, političku teoriju, sociologiju i političku ekonomiju. Ovaj interes proizlazi iz uvida da su – za demokratiju donedavno neupitni – aranžmani i prakse konstitucionalizma danas u dubokoj krizi, koja nalaže da preispitamo njegovu normativnu osnovu, institucionalno uređenje, pa čak i njegovu važnost. Tvrdiću da konstitucionalizam zavređuje da ga se brani, ali da ta odbrana zahteva, prvo, da državu ostavimo izvan fokusa i, drugo, da redefinišemo njegove središnje vrednosti.

Rad je podeljen na dva dela. Prvi deo analizira dvojbenu poziciju konstitucionalizma u globalizovanom svetu. Odeljak I.1. uvodi pitanje o krizi konstitucionalizma. U vezi sa tim, razmatra se da li je konstitucionalizam i dalje važan, te ako jeste, na šta se taj značaj u stvari odnosi. Odeljak I.2. ukratko prikazuje raspravu između zagovornika državnog i postdržavnog konstitucionalizma. Odeljak I.3. analizira teoriju društvenog konstitucionalizma. Ova teorija smatra da ustavna demokratija kao model države više nije održiva, odbacujući istovremeno i pravno-političku alternativu globalnog konstitucionalizma. Pokazaću manjkavosti te teorije. Kritika vodi ka pozitivnom normativnom argumentu, koji je skiciran u drugom delu teksta. Zalažem se za povratak moralnom jezgru konstitucionalizma. Branim tvrdnju da pravda na globalnoj pozornici zahteva da se utvrdi njen najmanji zajednički imenilac koji bi se sastojao od poopštivih supstancijalnih principa. Zatim slede institucionalna pitanja. U njihovoj žiži je autoritativna identifikacija, zaštita i afirmacija središnjih vrednosti konstitucionalizma na nivou svetskog društva.

I. URUŠAVANJE KONSTITUCIONALIZMA ILI NJEGOVO PREOBLIKOVANJE?

I.1. Konstitucionalizam u krizi

Svedoci smo društvenih nepravdi, kršenja ustavnih i ljudskih prava, te urušavanja demokratske legitimnosti. To su manifestacije globalne krize. Današnje ustavne demokratije pokazuju se nesposobnim ili nevoljnim da stanu na put ovoj dinamici.² Iako je razlika između nesposobnosti i nevoljnosti nesumnjivo važna, i jedno i drugo kao da potvrđuje da je demokratska država izgubila velik deo svog kapaciteta i značaja. Teorija treba da objasni ovo stanje i da ponudi izlaz. Verujem da dubina krize nalaže da se vratimo osnovnim pitanjima. Šta se dogodilo sa pravnom i političkom supremacijom moderne države? Kako identifikovati političke, ekonomske i društvene aktere u savremenom svetu i kako razumeti njihove odnose? Šta je demokratska legitimnost? Ova i srodna pitanja teška su pored ostalog i zato što ukazuju na ozbiljno poljuljanu vezu između političke zajednice, prava i demokratije.³

Neka od pomenutih pitanja pojaviće se i u ovoj analizi konstitucionalizma. Polazim od standardnog liberalnog određenja državnog konstitucionalizma. Ovaj pravno-politički aranžman počiva na jednostavnoj, iskustvom posredovanoj intuiciji. Pošto poseduje monopol nad silom u društvu, državni autoritet je nešto *prima facie* loše. Kapacitet za primenu sile proizlazi iz pravne i političke supremacije države: svaki njen zakon i svaka njena pojedinačna odluka su obavezujući. Ovo je veoma neobičan kapacitet. Kako objasniti i opravdati to što manjina vlada nad većinom donoseći norme čije važenje je osigurano monopolom sile kojim ta manjina pretila većini? Mi možda ne znamo mnogo o mogućnosti života s onu stranu države i njene prinude, ali opravdanje egzistencije države ostaje ultimativni problem političke misli.

Moderni konstitucionalizam odgovara na ovaj legitimacijski izazov definišući konceptualni, normativni i institucionalni primat personalne autonomije. Ustavom garantovana privatna autonomija pruža svakom građaninu

13

² Da bismo razumeli kako smo stigli do ove kritične tačke, treba pažljivo proučiti istorijski utemeljene ekonomske, pravne i političke analize. Mnogi autori su u vezi sa tim uradili dobar posao. Ovde naprosto ukazujem na doprinose koji, iz raznih uglova, daju konceptualno i normativno utemeljenu rekonstrukciju porekla odnosa između modernosti i globalizacije. Vidi, recimo, Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions* (2014); Streeck, *Buying Time* (2014); Cohen, *Globalization and Sovereignty* (2012); Beck, *Power in the Global Age* (2006).

³ Dobner, 'More Law, Less Democracy?' (2010: 141).

jednaku šansu da vodi dobar život, tako što stvara prostor za razumne odluke u oblasti definisanoj ličnim pravima i vladavinom prava. Ustavom definisana javna autonomija sledi isti obrazac, ali mu dodaje i demokratsko svojstvo, sa političkim pravima koja čine okosnicu demokratske samovladavine. Ustavna autonomija, koju čine privatna i javna samovladavina, podrazumeva međudelovanje negativnog i pozitivnog konstitucionalizma. Negativni konstitucionalizam ograničava državnu vlast, zahtevajući da država poštuje proceduralna pravila koja priznaju i štite jednaka prava svih unutar njenih granica. S druge strane, pozitivno ili ovlašćujuće svojstvo konstitucionalizma dopušta državi da vrši svoju glavnu funkciju i stara se o javnom dobru, a da pri tom ostane unutar okvira definisanog vladavinom prava. Sve u svemu, “vladavina prava, a ne ljudi”,⁴ je proceduralno-institucionalni aranžman čija opravdanost opstaje ili pada sa kapacitetom države da zaštiti suštinske vrednosti privatne i javne autonomije građana, uobličene u zahteve slobode, jednakosti, socijalne pravde i političke participacije u donošenju zakona koji će obavezivati sve.

14 Ova predstava o ustavnoj demokratiji danas se tako oštro osporava da ima razloga da se zapitamo da li je konstitucionalizam uopšte više važan. Pitanje nije tek retoričko. Savremena globalna kriza ispoljava se, između ostalog, i kroz razdvajanja gole društvene moći od pravno uobličenog autoriteta.⁵ Kao da je konstitucionalizam sve manje potreban, i to ne samo zbog sve slabije države već i zbog sve manjeg značaja vladavine prava. Dok se konstitucionalizam tradicionalno odnosio na pravnu zaštitu lične autonomije, danas je jedna druga vrsta “autonomije” izbila u prvi plan. Njeno središnje svojstvo je sloboda kao samovolja, koju uživaju i zloupotrebljavaju kolektivni akteri koji raspolazu socijalnom moći:

Multinacionalne korporacije krše ljudska prava; Svetska trgovinska organizacija donosi odluke koje ugrožavaju životnu sredinu ili zdravlje ljudi u ime globalne slobodne trgovine; imamo doping u sportu i korupciju u medicini i nauci; privatni posrednici ugrožavaju slobodu savesti na Internetu; masovna invazija na privatnost vrši se prikupljanjem podataka od strane privatnih organizacija; odnedavno, globalna tržišta kapitala neobuzdano se upuštaju u katastrofalne rizike sa nesagledivim posledicama. U vezi sa ovim skandalima

4 Harrington, *The Commonwealth of Oceana* (1656).

5 “Idealisti i realisti sukobljavali su se oko toga da li je pravda uopšte moguća u odnosima između nacija; nova rasprava, međutim, vodi se oko toga da li je pravo i dalje prikladan medijum za realizaciju postavljenih ciljeva postizanja mira i međunarodne sigurnosti i promovisanja demokratije i ljudskih prava širom sveta.” – Habermas, *Divided West* (2006: 116).

ne postavljaju se samo pitanja o upravljanju, tu je reč i o ustavnim problemima u užem smislu.⁶

Kao da je globalizacija izvrnula Harringtonovu formulu naopačke: svetsko društvo podvrgnuto je vladavini ljudi, a ne vladavini prava. Ova arbitrarnost socijalne moći čini se bliskom Hobbesovom razumevanju slobode kao odsustva spoljašnjih prepreka kretanju, “koja se sastoji u tome da [čovjek] ne nailazi ni na kakve smetnje da čini što hoće, želi ili je sklon da čini”.⁷ No, slika je u stvari još sumornija. U Hobbesovoj mračnoj predstavi prirodnog stanja, gde nesputana sloboda kao samovolja dovodi do toga da je ljudski život “usamljenički, siromašan, opasan, skotski i kratak”, ispravnost moralnih normi (“prirodni zakoni”) nije upitna. Problem za Hobbesa je “samo” u tome što ‘prirodno’ slobodni ljudi nisu u stanju da poštuju prirodne zakone samoograničavanja. Zato se oni saglašavaju da uspostave državu kao gotovo tehnički instrument garantovanja pravnog autoriteta neupitnih vrednosti.⁸ Međutim, slika svetskog društva se razlikuje. Ono nije nikakvo prirodno stanje, već pravni i politički režim posebne vrste. Ovaj režim generira socijalnu, političku i pravnu nejednakost, koja za veliki broj ljudi dobija oblik obespravljenosti. Moćni su stvorili okvir koji je lišen supstancijalnih vrednosti, i čije su pravne i političke koordinate nejasne, namećući pravila igre koja su samo njima poznata i od kojih samo oni imaju koristi. Pravo i politika opstaju, ali ne više kao objektivni i transparentan režim koji bi nas sve podvrgavao istim ograničenjima s ciljem da garantuje jednakost u uživanju slobode. Ciceronov diktum - *Legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus* (*Svi smo slugе zakona da bismo bili slobodni*) – više ne važi. Pravo više nije “spoljašnja prepreka kretanju”, koja bi ograničavala razobručen i samovoljan cinizam moći. Možda možemo reći da je ovo sumorno stanje posledica upravo rastakanja konstitucionalizma shvaćenog kao aranžman zasnovan na jasnim, opšte poznatim i važećim normama, sa razložnim i pravednim središnjim principima kao smernicama. Ukratko, možda globalnom društvu nedostaje jasna ustavno-demokratska forma, pa treba da se fokusiramo na reafirmaciju konstitucionalizma. Međutim, ova tvrdnja se ne može prihvatiti zdravo za gotovo. Moguće je da je vreme konstitucionalizma zauvek prošlo, jednostavno zato što su njegova pravila izgubila kapacitet da usmeravaju, koordiniraju i štite.

15

6 Teubner, *Constitutional Fragments* (2014: 2).

7 Hobz, *Levijatan* (1991: 212).

8 *Ibid.*, 139-142.

I.2. Konstitucionalizam s one strane države?

Sve je više tekstova koji ukazuju na raskorak između suštinskih svojstava demokratskog državnog konstitucionalizma i savremene dezintegracije državnog suvereniteta.⁹ U ovom odeljku dajem skicu dva načelna odgovora na pitanje o smislu i važnosti konstitucionalizma danas. Prvi pristup insistira na očuvanju državnog konstitucionalizma. Ovde se kriza vidi kao nelegitimno osporavanje demokratskog državnog oblika. Zato se insistira na jačanju legitimne vlasti demokratske ustavne države nad teritorijom i građanima, te na reafirmaciji država kao glavnih aktera međunarodnog prava. Udruženim naporom domaćeg i međunarodnog javnog prava treba zauzeti razobručene autonomije korporativnih transnacionalnih aktera. Drugi pristup traži da se okrenemo globalnom konstitucionalizmu. On ukazuje da su ustavne institucije i prakse već prisutne na nadnacionalnim nivoima, i da su one dobrim delom već zamenile nacionalne ustavne režime. Zato je neophodno preosmisliti osnovne ideje i prakse demokratije: individualnu autonomiju; građansko društvo; odnos između ekonomije i političke vlasti; politički režim; i karakter pravnog sistema.

16 Advokati državnog konstitucionalizma ukazuju na normativne i funkcionalne zahteve koje po njima samo država može da ispuni. Kao teorijski koncept, pravno-politički aranžman i praksa, demokratski konstitucionalizam je neraskidivo vezan za vreme i mesto: on je utemeljen u konkretnim istorijskim projektima društava organizovanih u državu. U normativnom smislu, samo demokratska ustavna država može da pomiri legitimnost mnogolikog pluralizma sa jednako snažnim imperativom političke stabilnosti. Sklad između ta dva zahteva – međusobnog priznavanja jednake autonomije i (uslovnog) prihvatanja političke obaveze – moguć je zahvaljujući zajedničkom etosu međugeneracijske građanske solidarnosti. Drugim rečima, u normativnom smislu, demokratska samovladavina zahteva podudaranje između autorstva (narod kao nosilac suverenosti) i autoriteta (politička vlast), što je uslov koji je teško konceptualizovati s onu strane istorijskih i etičkih specifičnosti jedne konkretne zajednice. Što se funkcionalne strane tiče, država raspolaže instrumentima vladanja koje nema nijedna druga organizacija, uključujući tu monopol nad legitimnom upotrebom sile, vrhovnu zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, te pravo da ubira poreze kako bi finansirala sopstveno bav-

⁹ Vidi, na primer, Wiener, *The Invisible Constitution of Politics* (2012); Krisch, *Beyond Constitutionalism* (2010); Dunoff i Trachtman, *Ruling the World* (2009); Müller, 'Global Constitutionalism' (2014); Brunkhorst, 'Dialectical Snares' (2009); Walker, 'Taking Constitutionalism' (2008).

ljenje poslovima od javnog interesa. Konačno, samo je državni konstitucionalizam u stanju da zaštiti osnovna prava i osigura vladavinu prava.¹⁰

Međutim, ovo obrazloženje ne može da izdrži probu na empirijskom, eksplanatornom i normativnom nivou. Jan-Werner Müller je primetio da je odluka da se konstitucionalizam “zatvori” unutar države danas empirijski dostupna samo najmoćnijim i najslabijim državama.¹¹ U eksplanatornom smislu, percepcija države kao isključivog zakonodavca je “pogrešna, ne samo s obzirom na postojanje međunarodnog prava, već i s obzirom na postojanje nacionalnog običajnog prava i prava lokalnih zajednica”.¹² Normativno, argument koji objedinjuje ličnu autonomiju, dominantnu društvenu etiku i političku obavezu ostaje sumnjiv.¹³

Ukratko, demokratska ustavna država izgubila je mnoge od svojih normativnih i funkcionalnih elemenata. U takvoj situaciji, odbrana klasičnog modernog državnog konstitucionalizma imala bi smisla jedino ako bi se pokazalo da je ovo urušavanje posledica samo negativnih procesa koji na nelegitiman način osporavaju i uzurpiraju demokratsku vlast. Ali, to nije slučaj. Isprepletenost savremenog svetskog društva rezultat je mnogih vrednih promena, koje dugo traju, a koje su naročito intenzivirane nakon Drugog svetskog rata. Postepeno uspostavljanje globalnog autoriteta ljudskih prava na račun starog vestfalijskog razumevanja suvereniteta, sigurno je najvažnije postignuće globalizacije. Promene u svetskom društvu su toliko duboke da nalažu da se “sa definicija društva i politike omeđenih nacionalnom državom pređe na kosmopolitsku ravan”.¹⁴ Tačno je da kriza pokazuje kako su se neki aspekti globalizacije razvili u lošem smeru. Ali, bilo bi pogrešno uzrok za to videti u gubitku državne kontrole nad onim oblastima koje danas reprodukuju krizu. Liberalna država relativno je retko u svojoj istoriji na pouzdan način kontrolisala finansijske i ekonomske procese. Prepuštanje ovih procesa autonomnoj samoregulaciji unutar načelno definisanog pravnog okvira deo je logike liberalnog poretka, što uključuje i dopuštanje da se ovi procesi preliju preko državnih granica. Zato je naprosto pogrešno tražiti lek u nostalgичnom povratku na idealizovanu suverenu državnost. Istina je da se državni konstitucionalizam oslanja na “duboke privrženosti, koje upućuju na način razumevanja pravnog i političkog sveta ukorenjen u našim pojmovnim strukturama... sa kojima je ideja konstitucio-

17

¹⁰ Vidi, na primer, Loughlin, ‘Constitutional Pluralism’ (2014: 29–30);

Grimm, ‘The Achievement of Constitutionalism’ (2010: 4).

¹¹ Müller, ‘Three Constitutionalist Responses’ (2010: 245).

¹² Kumm et al., ‘How Large?’ (2014: 7).

¹³ Ibid.

¹⁴ Beck i Sznaider, ‘Unpacking Cosmopolitanism’ (2006: 382).

nalizma s onu strane države nesaglasna”.¹⁵ S druge strane, istina je i to “da nije dovoljno jednostavno i sa visine arogantno ponavljati stare proverene stavove”.¹⁶ Konstitucionalizam zasluđuje poverenje samo ako daje odgovor na stanje u kome je država izgubila mnoga svoja klasična moderna svojstva, te ako može doprineti prevazilaženju savremene krize.

I.3. Društveni konstitucionalizam

Povući ću grubu razliku između dva široka shvatanja smisla i važnosti nadnacionalnog konstitucionalizma. Prvi pristup daje prednost analitičkom pitanju: šta to imamo kada imamo posla sa pravom i konstitucionalizmom s onu strane države? Drugi pristup skreće pažnju na normativnu intenciju: kako da shvatimo i vrednujemo konstitucionalizam u okolnostima koje nalažu promenu? Oba pristupa brane tvrdnju da je konstitucionalizam i dalje važan. Oba uzimaju u obzir empirijski kontekst. Razlikuju se u načinima tumačenja stvarnosti.

18 Braniću normativni pristup. Da bih pripremio svoj argument, prvo ću kritički analizirati teoriju za koju mislim da nudi najjače analitičko razumevanje savremenog ustavnog problema. Teorija društvenog konstitucionalizma insistira na odbacivanju moderne tradicije ustavne demokratije zarad novog razumevanja, za koje se tvrdi da je u stanju da problematizuje izmenjenu svetsku realnost. Teoriju je prvi izložio David Sciulli.¹⁷ Njen najznačajniji zagovornik danas je Gunther Teubner, koji koristi teoriju sistema Niklasa Luhmanna da bi ponudio jedno originalno sociološko čitanje prava u postnacionalnom društvu.

Teubner ukazuje na “globalizaciju, privatizaciju i digitalizaciju” svetskog društva i tvrdi da su ti procesi suštinski promenili smisao konstitucionalizma. Dubina promene nalaže da se postave “nova konstitucionalna pitanja”. Međutim, prevazilaženje klasične ustavne demokratije ne znači da su zagovornici globalnog konstitucionalizma u pravu. Podsetimo se osnovnih ideja globalnog konstitucionalizma:

Ustav za međunarodno pravo; deliberativna globalna javna sfera; upravljačke politike formulisane na globalnom nivou; transnacionalni sistem pregovaranja između globalnih kolektivnih aktera; ograničenje društvene moći globalnim političkim procesima – za svaku od ovih stavki kaže se da potencijalno vodi ka novom demokratskom konstitucionalizmu globalnog društva.¹⁸

15 Kumm, ‘The Best of Times’ (2010: 202).

16 Ibid.

17 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism* (1992).

18 Teubner, *Constitutional Fragments* (2014: 2–3).

Globalni konstitucionalizam želi da na mesto pravno-političkog ustava nacionalne države postavi pravno-politički ustav globalne zajednice. Za Teubnera, ovaj pristup je empirijski pogrešan. Analize pravnih, političkih i društvenih procesa, struktura i aktera pokazuju da se moć pomera od političke arene ka brojnim transnacionalnim društvenim arenama. I države i svetska zajednica su izuzetno fragmentirane zbog sve veće složenosti i funkcionalne diferencijacije, a transnacionalni društveni podsistemi preuzimaju kompetencije domaćih ustavnih režima i međunarodnog prava. Zato nova formulacija konstitucionalnog pitanja treba da se fokusira na društvo umesto na političku zajednicu.¹⁹ Ekonomija, finansijska tržišta, zdravstvena zaštita, mediji, nauka, obrazovanje, religija – sve su to društvena polja uobličena u autonomne sisteme, koji su svi ponaosob razvili sebi svojstvene standarde racionalnosti. Ove standarde možemo da identifikujemo i razumemo samo ako se nalazimo unutar svakog od tih sistema. Jednostavno govoreći, društveni sistemi funkcionišu prema svojim sopstvenim pravilima, koja su izvedena iz ekskluzivne systemske racionalnosti. Ovim se određuje i domet pravnog važenja. Systemske norme obavezuju samo aktere unutar sistema, budući da samo oni mogu da identifikuju i razumeju obrasce lokalne komunikacijske racionalnosti.

Ova pravila su izvorno tek regulatorni mehanizmi koji definišu minimum lokalne racionalnosti, utvrđujući postupke odlučivanja i rešavanja sukoba unutar sistema. Takve norme često nastaju spontano, kao reakcija na konkretan problem. One ne obrazuju koherentan pravni režim, što stvara prostor za dominaciju jačih sektora unutar sistema, kao i za nelegitimno preklapanje različitih sistema. Drugim rečima, norme specifične za sistem nisu transparentne, ne ograničavaju moć i ne definišu jasno standarde racionalnosti koji bi razgraničili sistem od ‘okoline’. Ovo je deficit konstitucionalnog kvaliteta i on proizvodi krizu. Zbog toga se “novo konstitucionalno pitanje” mora koncentrisati na “ograničavanje destruktivnih posledica oslobađanja veoma različitih društvenih energija, koje su pogotovo vidljive u ekonomiji, ali ih ima i u nauci i tehnologiji, u medicini i novim medijima”.²⁰

S druge strane, možemo da identifikujemo ohrabrujući trend postepenog razvoja ustavnih normi i praksi, barem u nekima od sistema. Taj proces sastoji se u razvoju pravnog pluralizma nove vrste. Prema uobičajenom tumačenju, pravni pluralizam upućuje na istovremeno postojanje dva ili više pravnih režima unutar jedne iste politički uokvirene oblasti (na primer, države, naddržavne orga-

19 Teubner, ‘The New Constitutional Question’ (2012).

20 Teubner, ‘The Project of Constitutional Sociology’ (2013: 45).

nizacije kakva je Evropska unija, ili globalne zajednice).²¹ Međutim, Teubner tvrdi da se novi pravni pluralizam odlikuje time što političko-pravni režimi ustupaju mesto društveno-pravnim režimima, čiji se pluralizam poklapa sa pluralizmom društvenih sistema. Dok su do juče države i naddržavne organizacije proizvodile sopstvene politički omeđene pravne režime, koje je međunarodno pravo održavalo u kakvom-takvom skladu, danas svaki društveni sistem proizvodi sopstvenoj socijalnoj moći primeren depolitizovan pravni režim. Globalnog usklađivanja nema, niti ga – s obzirom na međusobno nekompatibilne standarde racionalnosti – može biti. Ostaje nam tek da polazemo nadu u konstitucionalizaciju, odnosno pravno samoograničenje svakog pojedinog društvenog sistema. Središnje pitanje zato glasi: kako da izdvojimo nepatvorene ustavne norme u svakom režimu? Tu se ne traga za formalnim ustavom kao najvišim pravnim aktom. Treba utvrditi da li podsistem poseduje ustav u sadržinskom smislu, shvaćen kao skup normi koje uspostavljaju pravni autoritet i strukturiraju društvene procese.²² Teubner nudi četiri kriterijuma na osnovu kojih se utvrđuje da li neki društveno-pravni režim poseduje ustavni kvalitet, odnosno da li jedan podsistem ima "društveni ustav". Prvo, moraju postojati norme koje definišu *ustavne funkcije* (konstitutivne i ograničavajuće). Drugo, ove norme moraju da razgraniče sopstvenu *ustavnu arenu* (odnosno, polje u kome će norme važiti). Treće, u praksi sistema moraju biti uočljivi *ustavni procesi*. Četvrto, norme treba da kreiraju *ustavne strukture* koje garantuju pravnu supremaciju ustava.²³ Ovi uslovi zahtevaju i primarna (sadržinska) i sekundarna (proceduralna) pravila, da bi društveni ustav uspešno odgovorio imperativu pravnog ograničavanja društvene moći (interno, unutar sistema, i eksterno, u odnosu sa drugim sistemima), kao i da bi garantovao transparentnost i odgovornost sistema u vršenju njegovih različitih funkcija.²⁴

Treba imati na umu da je ovaj teorijski konstrukt zamišljen kao odgovor na destruktivni potencijal krize. Za sistem nije dovoljno da bude "samoreferentan" u smislu da sam proizvodi svoje pravne norme u skladu sa logikom sopstvene reprodukcije. On treba da bude i autorefleksivan. Autorefleksija se danas sastoji u obavezi svakog sistema da identifikuje stanje krize i prepozna to stanje kao poziv da se identifikuje i aktivira konstitutivna moć. U ovom pogledu, konstitucionalizacija označava pre svega priznanje sistema da unutar njega postoje destruktivne sile. U pozitivnom smislu, konstitucionalizacija je proces kojim se uspostavlja

21 Isiksel, 'Global Legal Pluralism' (2013: 163).

22 Teubner, *Constitutional Fragments* (2014: 74).

23 Ibid.

24 Verschraegen, 'Hybrid Constitutionalism' (2011: 217).

pravni poredak sposoban da zaustavi današnju destrukciju, te da obezbedi delotvorno samoograničavanje u budućnosti:

Ustavni momenat je neposredno iskustvo krize, iskustvo oslobođene društvene energije, koja vodi ka destruktivnim, čak samorazarajućim posledicama koje se mogu sprečiti njihovom spoznajom i odlukom da se ta energija samoograniči... Spoznaja mračne strane je gotovo pa neophodan uslov za transformaciju unutrašnjeg uređenja.²⁵

S ovim je povezano pitanje legitimnosti autonomnih sistema. Ako je svaki sistem drugačiji od svakog drugog i ako ga možemo spoznati samo iz njegove unutrašnje perspektive, legitimnost postaje paradoksalno svojstvo:

Središnje svojstvo autonomije zahteva da se transnacionalne strukture, baš kao i svaki drugi tip autonomne društvene strukture, suoče sa zahtevom iz svog okruženja da opravdaju zašto je izabrano konkretno postupanje a ne neko drugo. Takva opravdanja su, međutim, po svojoj prirodi paradoksalna u tom smislu što su ona uvek samoopravdanja. S jedne strane, ona upućuju na spoljašnje strukture jer se opravdanje odnosi na razloge prihvatljive za širi svet koji se pita zašto je izabran konkretan način postupanja. Ali, nudeći takva opravdanja, društveni sistemi se zapravo oslanjaju na interne predstave o svom okruženju.²⁶

Niklasu Luhmannu je ovaj problem bio dobro poznat. Njegov zaključak bio je nedvosmislen: "Opravdanje je uvek samoopravdanje."²⁷ O ispravnosti, prikladnosti, uspehu ili neuspehu sistema može se suditi samo interno, jer se dinamika sistema

²⁵ Teubner, 'A Constitutional Moment?' (2011a: 16).

²⁶ Kjaer, 'The Under-Complexity of Democracy' (2009: 535–536).

²⁷ Luhmann, 'Selbstlegitimation des Staates' (1981: 65). Up. takođe Luhmann, *Legitimacija kroz proceduru* (1992: 211): "Moderno je društvo doseglo stupanj kompleksnosti na kojem je postalo moguće ono što je ranije bilo nemoguće i mora stoga biti predmetom mišljenja. Ukoliko je politički sistem dovoljno kompleksno organiziran, može on dakle svojim procedurama proizvesti i reducirati dovoljno alternativa i pobrinuti se za to da njegove odluke budu uglavnom prihvaćene kao obavezne; time može efektivno prestrukturirati socijalna očekivanja i u tom smislu legitimirati sama sebe. Za ovo nisu nipošto potrebni ni opći konsens ni puna subordinacija, a ponajmanje totalna politizacija društva."

odvija kao samoreprodukcija (*autopoiesis*), u skladu sa sopstvenom isključivom logikom koju njegovo pravo i njegovi akteri ne mogu a da ne slede.

Prihativši ovaj središnji Luhmannov postulat, Teubner se suočava sa poteškoćama konceptualizacije pozicije ljudskih jedinki u krizi. Luhmann je tvrdio da je njegova teorija pre svega deskriptivna i analitička, te da njeni uvidi upućuju na teorijsku irelevantnost ljudskih jedinki.²⁸ Teubner, pak, misli da mora dodati i normativnu stranu teoriji. Cilj je da se definiše režim koji će biti sposoban da reaguje na teške nepravde do kojih dovodi neodgovorna autarhija samodovoljnih podsistema. Teubner pri tom odlučno istrajava na Luhmannovoj tezi da pojedinci nisu i ne mogu biti autonomni: oni ne mogu da donose nezavisne sudove ili formulišu nezavisne interese i preference.²⁹ Ljudska bića su teorijski zamisliva samo kao “društveni artefakti” ili proizvodi sistema: “Ljudi čine okruženje za komunikacijske mreže, čijem su delovanju izloženi a da nisu u stanju da ih kontrolišu.”³⁰ Međutim, u kontekstu krize, originalni “teorijski antihumanizam” teorije sistema više nije prihvatljiv. Sada treba načiniti i normativni korak, koji će nam reći kako da prevaziđemo stanje ranjivosti “stvarnih ljudi”. Teubner odgovara na izazov tako što dodaje novu dimenziju refleksivnosti prava.

22 Refleksivno pravo treba da “efikasno odgovori na društvene zahteve da se zadovolje potrebe ljudi”.³¹ Mi ne možemo izmeniti način na koji “stvarni svet” funkcioniše: on nastavlja da radi posredstvom samoreprodukcije svojih društvenih sistema. Ali, moramo učiniti nešto da zaštitimo “ljude od krvi i mesa”, jer je kriza učinila očiglednim da tretirati osobe naprosto kao društvene artefakte vodi ka tome da “stvarni ljudi” postanu žrtve netransparentne i nepredvidive instrumentalne racionalnosti raznih podsistema. Ljudska bića kao društveni artefakti kreću se kroz razne podsisteme. Znamo i da sistemi teže da se sukobe pri prelaženju granica – setimo se kako ekonomija utiče na obrazovni i zdravstveni sistem. Takva praksa često izlaže osobe kao društvene artefakte nesagledivim rizicima: “stvarni čovek” više ne može da zna u kom podsystemu se u stvari nalazi, i koja pravila ponašanja treba da sledi. Upravo se to dogodilo i u najnovijoj krizi, koja je ogolila “društvene artefakte” kao sistemski nebitna, pa zato i nezaštićena ljudska bića.

28 Luhmann, *Soziale Systeme* (1984: 30).

29 Ovdje se oslanjam na analizu Barta van Klinka o normativnim dvosmislenostima u Teubnerovom delu: Van Klink, ‘The Destruction and Reconstruction’ (2011: 232–234).

30 Teubner, ‘The Anonymous Matrix’ (2006: 333), citirano prema Van Klink, ‘The Destruction and Reconstruction’ (2011: 233).

31 Francot-Timmermans i Christodoulidis, ‘The Normative Turn’ (2011: 188).

Da bi rešio ovaj problem, Teubner stiže do srži svog normativnog predloga, koji se sastoji od jednog originalnog predloga za redefinisane osnovnih prava. Krenuvši od Luhmannovog razmišljanja o osnovnim pravima,³² on predlaže da se napravi razlika između institucionalnih, ličnih i ljudskih prava. Institucionalna prava štite autonomiju sistema. Lična prava štite “društvene artefakte koje nazivamo ‘osobama’”. Ljudska prava štite “telo i um pojedinca koga ugrožava komunikacijska matrica koja izlazi izvan svojih granica”.³³ Treba zapaziti da prva dva tipa prava štite aktere koji se uklapaju u okvir teorije: sisteme i pojedince kao društvene artefakte. Međutim, uvođenje ljudskih prava treba da otkloni propust: nelegitimno (neobuzdano, destruktivno) postupanje unutar sistema ili između njih koje se stabilizuje u nove oblike nametanja moći i svodi “društvene artefakte” na status potpunih izopštenika, uočljivih samo na osnovu svog biološkog postojanja. Teorija priznaje patnju (“izmučena tela i duše”)³⁴ i odgovara na nju ljudskim pravima koja treba da osujete “opasnosti po integritet institucija, osoba i pojedinaca koje proističu iz anonimnih komunikacijskih matrica (institucija, diskursa, sistema)”.³⁵

Analogija sa uvođenjem ličnih prava u ustave modernih država ovde ne važi. Klasični konstitucionalizam polazi sa stajališta individualne autonomije i uvodi prava kako bi identifikovao i neutralisao moguće pretnje tom konstitutivnom prvenstvu ličnosti. Društveni konstitucionalizam ide obrnutim putem, polazeći od globalne perspektive: svetsko društvo je jedna “anonimna matrica”, koja funkcioniše kao međudelovanje internih komunikacija unutar svakog sistema i eksternih komunikacija između sistema. Pojedinci nisu akteri u ovoj komunikacijskoj mreži. Međutim, kriza je izbacila u prvi plan ogoljenu egzistenciju teorijski irelevantnih “stvarnih ličnosti”, razotkrivajući nam bolnu razliku između (teorijski uklopljenih) osoba kao “društvenih artefakata” i (sa teorijom u sukobu) osoba od “krvi i mesa”.

Teubnerovim naporima unatoč, ovo razlikovanje predstavlja nesavladivu prepreku za teoriju. Njegova analiza je pažnje vredan pokušaj da se reaguje na činjenicu ljudske patnje tako što će se teorija proširiti, makar i na način koji

32 Za Luhmanna, osnovna prava nisu instrumenti zaštite pojedinca od političke vlasti. Prava su instrumenti očuvanja granica između sistema, ili institucionalni aranžmani koji doprinose “očuvanju diferencijacije od koje se sastoji sveukupan poredak”. – Luhmann, *Grundrechte als Institution* (1965: 12); citirano prema King i Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory* (2003: 115).

33 Teubner, ‘Transnational Fundamental Rights’ (2011b: 211–212).

34 Teubner, *Constitutional Fragments* (2014: 145).

35 Ibid.

24 podriva njenu konzistenciju. Središnji problem može biti to što teorija i dalje uzima svoj prvobitni stav kao nesumnjivu datost. Nema izlaza iz anonimne matrice “osamostaljenih komunikacijskih procesa” – to je naprosto stanje stvari u svetu. Teubner nam prvo daje narativ i dijagnozu stanja krize. Kaže nam ko su akteri i šta ih osposobljava da deluju. Teorija istrajava na svom analitičkom karakteru, sve dok ne stigne do tačke priznanja ljudske patnje. Na ovoj tački teorija postaje normativna. Prvi normativni korak nam kaže šta možemo promeniti u svetu i šta bi bio mogući smer za institucionalizaciju promene. U drugom koraku imamo normativni predlog za delotvornu institucionalnu zaštitu svih onih koje je kriza degradirala izbacujući ih iz sveta sistema. Međutim, uvođenje normativnih konsideracija je i zakasnelo i nedovoljno. Ono počiva na implicitno negativnoj normativnoj pretpostavci i na unapred utvrđenom izvodu. Negativna postavka glasi da nauka ne može verodostojno ići s onu strane rekonstrukcije suštine datosti. Unapred spremljeni izvod glasi da je svaki pokušaj da se dato stanje suštinski ospori utopijski: fragmentacija sveta i pluralizam zatvorenih podsistema su tvrde činjenice i zato je beskorisno razmišljati o alternativni. Teorija nam pokazuje da se bit ovih odnosa ne može promeniti. Njihov nastanak i reprodukcija nisu stvar ljudskog izbora, pa je zaludno razmišljati o svetu slobodnom od ovakvih sila, ili o svetu u kome bi ‘ljudi od krvi i mesa’ bili autonomni.

Glavni problem ove sofisticirane teorije mogao bi biti trivijalan: ona insistira na predstavljanju aktuelnog problematičnog stanja kao jedinog mogućeg stanja. Međutim, ljudska društva nisu “tvrde činjenice”, već dinamični entiteti koji pretpostavljaju interpretativne ideje i prakse. To ne vodi ka relativizmu. Stvar je jednostavno u tome da smo mi i autori našeg sveta i objekti delovanja njegovih struktura i pravila. Mi nikada nismo tek nezainteresovani posmatrači jedne objektivne realnosti. Mi posmatramo ljudsku realnost koja je složena ne samo u smislu svojih pojava, procesa i ishoda, nego i u smislu stavova, uverenja i normativnih orijentacija svojih aktera. Sve to zahteva tumačenje koje se ne može svesti na prikupljanje empirijskog znanja i analitičko objašnjavanje šta to imamo kada nešto imamo. Društvena teorija mora uzeti u obzir i ljude koji različito tumače stvarnost, koji imaju različite svetonazore i interese, i koji svesno odlučuju o mogućnostima i ograničenjima sopstvenog delanja. Ljudska bića nisu društveni artefakti ovog ili onog sistema. Naprotiv, i dobrovoljne i nedobrovoljne grupe, organizacije, institucije, norme i sistemi jesu artefakti postupanja ljudi, njihovih interesa, uverenja i pogleda na svet, uključujući i one nasleđene iz prošlosti. Nema tvrdih činjenica u ljudskim društvima. Uvek postoje mnogi izbori. Odluke mogu biti ispravne ili pogrešne.

II. KA MORALNOM UTEMELJENJU GLOBALNE USTAVNE DEMOKRATIJE

Nova ustavna teorija mora biti u stanju da uzme u obzir kontekst koji se dramatično razlikuje od onog u kome je moderna državnost nastala, evoluirala u demokratski ustavni oblik i upravljala dinamikom odnosa između pojedinca, društva i pravno-političke sfere. Da ponovim, značajno slabljenje klasičnih atributa državnog suvereniteta ponovo otvara mnoga stara pitanja. Kako razumeti društvenu moć i njen odnos prema pravnoj i političkoj supremaciji? Da li je suverenitet i dalje moguć u jednini ili treba da razmišljamo o pravnom i političkom pluralizmu raznih nivoa suvereniteta u okvirima svetskog društva? Da li uopšte ima smisla i dalje insistirati na kategoriji suvereniteta, bez obzira na to ko bi bio njegov nosilac? Šta bi bio prihvatljiv teritorijalni opseg demokratskog režima? Kako bi trebalo da izgleda institucionalno uređenje demokratije? Šta bi bile temeljne vrednosti postnacionalne demokratije? Konačno, ko bi bili njeni akteri?

Metodički, mislim da se ovim pitanjima ne može pristupiti na način primene opšte teorije na konkretan kontekst. Teorija bi morala biti kontekstualno specifična od samog svog početka. Polazna tačka za razmišljanje trebala bi da bude teorijska refleksija o zatečenim prilikama. U takvoj refleksiji "argument ne ide od opšte teorije ka konkretnim datostima, nego od tumačenja naših aktuelnih društvenih, etičkih i pravnih praksi ka teorijskoj koncepciji koja objašnjava, opravdava i kritikuje te prakse".³⁶ Odbrana tvrdnje o univerzalnoj vrednosti konstitucionalizma ne upućuje na koncepcijsku nezavisnost i apstraktni primat normativnih principa. Sam smisao i univerzalni kapacitet ovih principa opstaju ili padaju u društvenom i institucionalnom kontekstu njihove primene. Iz ove tvrdnje slede barem tri važna izvoda. Prvo, principi konstitucionalizma različito funkcionišu u raznim društveno-političkim kontekstima. Drugo, ti principi nisu vezani za konkretan institucionalni oblik.³⁷ Treće, oni nisu vezani isključivo za političko-teritorijalni oblik moderne države.

U prvom delu ovog teksta ustavna demokratija je određena kao institucionalni režim koji je fokusiran na odnos ravnopravnih slobodnih građana i političke vlasti. Zadatak ovog režima je da osigura kako ličnu autonomiju svakog čoveka, tako i supstancijalnu valjanost političkih odluka. Ovo tumačenje demokratije oslanja se na principijelnu kombinaciju (ograničavajuće) vladavine prava i (ovlašćujuće) samovladavine, a ne na *njihov modus vivendi*.³⁸ Ustavna demokratija je

25

36 Kutz, *Complicity* (2000: 12–13).

37 Eriksen i Fossum, 'Europe in Transformation' (2007: 7).

38 Kis, *Constitutional Democracy* (2003: 53).

proceduralni aranžman posvećen institucionalnom priznanju i zaštiti supstancijalnih vrednosti koje određuju status svakog pojedinca i karakter ličnih, društvenih i političkih odnosa. U njenom fokusu nije suverenitet kolektivnog aktera (naroda, države), već moralna jednakost svih pripadnika zajednice. Ovaj fokus zahteva da priznamo konceptualno i normativno ravnopravan status lične i političke autonomije.³⁹

Ovo supstancijalno-proceduralno razumevanje demokratije ne odnosi se samo na njen državni oblik. Zahtev za pravednost prava proteže se izvan granica države i postaje presudno važan pogotovo u sadašnjoj krizi. Ipak, ovde treba ukazati na jednu bitnu razliku koja se tiče mogućnosti demokratije i pravde na državnom i postdržavnom nivou. Razlika se odnosi na status pravnog i normativnog pluralizma. Prvo, pluralizam pravnih režima, shvaćen kao “koegzistencija različitih pravnih poredaka unutar datog prostora”⁴⁰ moguć je i uobičajen kako unutar državnih granica, tako i na globalnom nivou. Drugo, na oba nivoa možemo identifikovati i pluralizam utemeljujućih principa, odnosno vrednosti koje “upravljaju odnosima unutar postojećeg mnoštva pravnih poredaka”.⁴¹ Razlika je u tome što su na nivou države obe vrste pluralizma integrisane u jedinstvo višeg reda, otelotvoreno u ustavu. Prvo, nacionalni ustav utvrđuje jasnu hijerarhiju različitih pravnih sistema unutar države, uobličavajući ih u jedinstven pravni režim. Drugo, pluralizam utemeljujućih principa unutar države ne podrazumeva koegzistenciju nezavisnih ili suparničkih vrednosti. Ustav eksplicira, organizuje i proceduralno štiti vrednosti za koje se smatra da su najvažnije za svakog građanina ponaosob i za političku zajednicu u celini. U ovom pogledu, demokratska ustavna država je normativni aranžman usredsređen na uspostavljanje i održavanje pravednih uslova za društvenu kooperaciju.

Međutim, stvari stoje drugačije s pravnim i vrednosnim pluralizmom s onu stranu države. Glavni problemi su “nesamerljivost dobara kojima teže različiti

39 Ideju od ravnopravnosti privatne i javne autonomije preuzimam od Habermasa: *Between Facts and Norms* (1996: 84–132). Habermasov teorijski konstrukt na ovom mestu je iznimno kompleksan. On insistira na ‘istovremenosti nastanka’ (‘co-originality’) i ‘su-jednakosti’ (‘co-equality’) privatne i javne autonomije. Ne ulazeći ovde u detalje (koji su, na žalost, dovoljno zamršeni da odbiju mnoge koji bi mogli i trebali biti zainteresovani), mislim da je Habermasova teorija jedan od najkompletnijih i najoriginalnijih intelektualnih pokušaja da se osmisli koncept demokratije koji ne bi ostao zarobljen u okvirima paradigmatičnog doktrinarnog sukoba moderne: onog između liberalizma, republikanizma i marksizma.

40 Isiksel, ‘Global Legal Pluralism’ (2013: 163).

41 Ibid.

režimi“⁴² i sumnjiva sposobnost globalne pravne konstelacije da kontroliše ekscese sile i sebičnu pristrasnost moćnih aktera različitih režima. Nije reč o tome da su ustavne vrednosti odsutne sa svetske pozornice. Međunarodno pravo ima jasan normativni oblik, koji demonstrira postojanje i pravnu valjanost “osnovnih pravnih principa globalne inkluzije drugog i globalnog eliminisanja nejednakosti”.⁴³ Ipak, imamo krizu, jer se pozitivna postignuća “podrivaju globalnim i transnacionalnim uobličavanjem sve manje klase globalnih igrača, investitora i stručnjaka”.⁴⁴ Isuviše je pitanja kojima se ne pridaje pažnja i koja nisu predmet regulisanja domaćeg i međunarodnog javnog prava. Teorija se suočava sa izazovom da osmisli put izlaska iz ove slepe ulice. Discipline ekonomije, sociologije, političkih nauka ili istorije od ogromne su pomoći u razumevanju uzroka i dinamike krize. Međutim, normativna teorija mora otići s onu stranu objašnjenja. Ona mora da insistira na tome da je reč o lošim i neprihvatljivim praksama, zbog kojih mnogi ljudi u svetskom društvu pate u neslobodi i ekstremnom siromaštvu:

Potrebno nam je nešto poput ustavnog rečnika da bismo ovo stanje opisali kao skandal u meri u kojoj su u njemu narušeni jednako dostojanstvo i autonomija ljudskih bića.⁴⁵

27

Narative o krizi nalazimo kod raznih autora kojima je stalo do normativnih pitanja. Ti narativi ne razlikuju se previše od Teubnerovog opisa. Na primer, Martti Koskenniemi izdvaja tri središnja fenomena prava u uslovima globalizacije, koji oblikuju ono što on naziva menadžerskim stanjem svesti: fragmentaciju, deformalizaciju i imperiju. “U fragmentaciji, pravo se pojavljuje iz ‘režima’ kojima upravljaju stručnjaci; u deformalizaciji, pravo se transformiše u administrativne kompromise između moćnih interesnih grupa; u ‘imperiji’, pravo se srozava na dominaciju.”⁴⁶ Teubner bi se složio da je mnogo toga nehumanog i neracionalnog u savremenom globalnom mozaiku nezavisnih sistema, ali videli smo da je u biti njegove dijagnoze uverenje da je ovako kompleksan svet objektivna datost. Naš se humanistički normativni zadatak sastoji u ublažavanju negativnih posledica onoga što se ne može bitno promeniti. Uočimo konačno da, sasvim na Luhmannovom tragu, ovde ne bi trebala biti reč o *vlasti i vladavini*, već o *upravljanju (governance)*. Vlast se tiče odnosa

42 Ibid.

43 Brunkhorst, *Critical Theory* (2014: 435).

44 Ibid.

45 Koskenniemi, ‘Constitutionalism as Mindset’ (2006: 35).

46 Ibid.: 13.

političkih institucija i podvlašćenih. Taj odnos više nije relevantan. Savremena društvena kompleksnost traži da odbacimo antikvarnu kategoriju političke vladavine, da shvatimo našu determinisanost bezsubjektnim globalnim procesima, te da vidimo kako i u kojim granicama možemo da *upravljamo*, da bismo kontrolisali negativne strane tih procesa. Ideja upravljanja kao alternative vlasti kao da je izišla sa stranica *Anti-Diringa*: “Mešanje državne vlasti u društvene odnose postaje izlišnim u jednoj oblasti za drugom i prestaje samo od sebe. Vladu nad licima zamenjuje upravljanje stvarima i rukovođenje procesima proizvodnje.”⁴⁷ Kad Engels zaključio da se “država ne ‘ukida’, ona odumire”,⁴⁸ slika postdržavnog globalnog *managementa* kao da je kompletirana. Država više nije bitna, pa sledstveno tome i politička vladavina i politički-demokratski proizvedeno pravo gube na značaju.

Koskenniemi, međutim, ostaje skeptičan prema ideji upravljanja u globalnom mozaiku autoreferencijalnih sistema:

Globalno upravljanje je vladavina preferencija i normi, režima i praksi čiji se centar ili etos ne mogu odrediti i koji stalno iznova samovoljno definišu dopušteni smisao “suvereniteta” naših država, prekrajajući prostor za delovanje državne vlasti.⁴⁹

28

Ovo je važan uvid u praktično-političke posledice haotičnog stanja savremenog pravnog pluralizma. Suverenitet se pretvara u fluktuirajući označilac koji se može odnositi na bilo koju društvenu moć sposobnu da nametne svoje preference. Globalna međusistemska komunikacija ispoljava se kao komunikacija zatvorenih regulatornih režima koji koriste različite instrumentalno racionalne diskurse. Funkcionalne granice svakog sistema postavljaju limit za njegovu racionalnost. Iz toga proizlazi da društveni ustav svakog sistema osujećuje mogućnost racionalne međusistemske komunikacije. Nijedan od ovih sistema nema komunikacijski kod koji bi ga racionalno otvorio prema drugim sistemima. Zbog toga je svetski sistem duboko iracionalan.

Problem sa pravnim pluralizmom – to jest sa pristupom koji bi da obuhvati sve različite racionalnosti delatne u svetu – sastoji se u načinu na koji taj pluralizam prestaje da postavlja zahteve svetu.⁵⁰

47 Fridrih Engels, *Anti-Diring. Prevrat u nauci izvršen od gospodina Eugena Diringa* (Beograd: Kultura, 1964), 302-303.

48 Ibid.

49 Koskenniemi, ‘What Use?’ (2011: 63).

50 Koskenniemi, ‘Global Legal Pluralism’ (2005: 16).

Šta je izlaz iz ovog škripca? Merilo neophodne međusistemske racionalnosti ne može biti zajednički skup proceduralnih “ograničavajućih” pravila. Čak i da identifikujemo predmet zaštite, nećemo biti u stanju da objasnimo zašto baš to, a ne nešto drugo, zavređuje našu brigu. Povrh svega, i dalje nismo u stanju da utičemo na krizu. Konflikti se gomilaju, uglavnom kao sukobi između suparničkih racionalnosti koje raspolažu sa više ili manje društvene moći. To je tako zato što svaki sistem uspostavlja svoju instrumentalnu racionalnost oko svog ekskluzivnog supstancijalnog cilja maksimiranja sopstvenog interesa, odbrane svog uskog polja kompetencije ili svoje specifične etike.

Iz te perspektive, konflikti između, na primer, trgovine i ljudskih prava, ekonomskog razvoja i životne sredine, naučne i političke stručnosti ne mogu se nikada zaista razrešiti jer ne postoji metaracionalnost koja svakome dodeljuje odgovarajuće mesto ili poziciju u hijerarhiji. Umesto koordinacije sa nekog višeg nivoa, imaćemo niz manje ili više nasilnih preuzimanja nadležnosti od strane jedne ekspertske institucije tamo gde se o stvarima ranije brinula neka druga institucija. Ne uspostavlja se hijerarhija, nego se centar pomeri. Juče smo gledali ka Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija kao fokusu naših reformi, danas su to možda Doha razvojna agenda Svetske trgovinske organizacije, ekonomske politike Pekinga ili mreža nevladinih organizacija za borbu protiv trgovine ljudima.⁵¹

29

Racionalnost na globalnoj pozornici može da se ustanovi samo ako se utvrdi najmanji zajednički imenilac koji bi obrazovali univerzalni supstancijalni principi. Kako bi bili prihvatljivi za sve aktere u globalnoj areni, te principe treba formulisati dovoljno apstraktno. Opšta prihvatljivost ovde ne podrazumeva zahtev da se postigne konsenzus. Kriterijum poopštivosti u razvedenom globalnom svetu traži principe koji bi povezivali, a koji bi se istovremeno mogli opravdati iz posebne perspektive svakog aktera.⁵² Opravdanje nije instrumentalno. Nijedan individualni ili kolektivni akter ne može se pozivati na maksimiranje svojih interesa ili zaštitu svojih etičkih svetonazora kao na razloge za odbacivanje zajedničkih principa. Reč je o moralnim principima.⁵³ Kao moralni, ti principi su norme višeg reda i obavezuju svakog aktera da ih prihvati

⁵¹ Ibid.

⁵² To je najbolje, još veoma davno, definisao Eugen Pusić, *Razvedenost i povezanost* (1974).

⁵³ Termini ‘etika’ i ‘moral’ ovde se koriste da bi se napravila razlika između grupno-specifičnih koncepcija dobrog života (etika) i univerzalnih normativnih standarda za ispravno (moral).

kao svoje. U isto vreme, apstraktni karakter zajedničkih principa treba da dopusti da se oni tumače kontekstualno specifično i u vezi sa svakim akterom posebno: tako uspostavljeno zajedništvo ne teži da suzbije pluralizam. Ono samo definiše osnovu. Posebni stavovi, preferencije, uverenja i ponašanja smatraće se pravno valjanim dok god afirmišu moralne principe.

30 Kriza se ne može prevazići ako ne postavimo zahteve prema svetu. Ti zahtevi treba da ustanove poredak vrednosti i odgovarajuću pravno-političku hijerarhiju. Moramo zahtevati ličnu autonomiju, društvenu pravdu, pravnu i političku jednakost i priznanje manjina u njihovim različitim identifikacijskim oblicima. Te vrednosti nisu činjenice, one su normativni ideali. Ipak, to nisu apstraktne moralne ili etičke vrednosti, već političke vrednosti koje treba realizovati i zaštititi političkim i pravnim institucijama.⁵⁴ Institucionalno pitanje se ne odnosi na izbor između prihvatanja ili odbacivanja normativnih privrženosti. Ono se tiče pronalaženja najdelotvornijeg načina da se pravno-političkim režimima osiguraju osnovne supstancijalne vrednosti. Središnji stav je možda očigledan: u krizi pribegavamo normativnom pristupu zato što situacija nije dobra. Počinjemo sa narativom kao skupom činjenica o datosti, zatim nastojimo da ponudimo najtačnije tumačenje te datosti, i tvrdimo da to tumačenje nije moguće bez vrednosnog suda o datosti. Stanje krize nalaže da se zauzme moralni stav o pravu i politici. Moralni sud vodi ka zahtevu da se ponude alternative.⁵⁵ Principi imaju primat, jer smo suočeni sa moralnim imperativom da se definiše, ustanovi i održi ispravan i pravedan način života za sva ljudska bića. Taj imperativ dobija posebnu težinu u uslovima nepravde.

Ovo je predlog za obnovu konstitucionalizma kao normativnog projekta, zasnovanog na vrednostima koje bismo i na domaćem i na globalnom nivou morali da možemo da identifikujemo, ustanovimo i primenimo kao legitimne i pravedne smernice. Ideja je bliska liberalnom egalitarizmu: središnje pitanje i na državnom i na globalnom nivou tiče se pronalaženja normativnih uslova pod kojima imamo obavezu da poštujemo zakon. Najopštiji odgovor glasi da političku obavezu dugujemo samo onim autoritetima, normama i naredbama koje tretiraju sve svoje adresate u skladu sa normativnim zahtevima jednake brige i poštovanja.⁵⁶ U sledećem koraku, pitamo kako da ustanovimo pravni autoritet takvih principa u globalnom kontekstu, da bi oni mogli da legitimno i delotvorno ograniče moćne političke i društvene režime. To je institucionalno pitanje. Setimo se patosa

54 Kis, *Constitutional Democracy* (2003: 54).

55 Ypi, *Global Justice* (2011: 41–3).

56 Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011: 64).

američke i francuske ustavne deklaracije iz 18. veka. Revolucionari u obe zemlje iskoračili su iz datosti tako što su se opširno pozvali na prirodni zakon. Eksplicirali su principe višeg reda, a ti principi bili su reflektivni prema realnosti i emancipatorski po svojoj svrsi: porekli su realnost institucionalizovanu u starom režimu i ponudili pozitivan program jednake slobode u novom institucionalnom okruženju. Zadatak koji je pred nama danas mogao bi biti sličan. Na principima zasnovana teorija demokratije mora biti kontekstualno specifična. Na nivou identifikacije, principi se mogu pokazati kao vrlo slični principima modernih ustavnih demokratija: autonomija, univerzalne jednake slobode, društvena pravda i ljudsko dostojanstvo. Tom spisku treba dodati globalnu solidarnost (međuljudsku, međugrupnu i između zajednica), dužnost da se pruži humanitarna pomoć i zabranu svih aktivnosti i uslova što ugrožavaju slobodu, jednakost i dostojanstvo pojedinaca, grupa i zajednica.

Šta je ovde novo u poređenju sa klasičnim normativnim utemeljenjem demokratskog konstitucionalizma? Prvi novum je u izboru polazne tačke. Ne treba da krenemo od ideala lične autonomije. Moramo poći od stanja u svetu, sa njegovim akterima, institucijama, pravilima, procesima i odnosima. Kada razmišljamo o složenosti savremenog svetskog društva, pitamo se o tome koji principi treba da budu opšte važeći i kako tačno treba da ih izložimo i institucionalizujemo.⁵⁷ Ta pitanja odnose se na smisao autonomije, slobode, jednakosti, pravde i dostojanstva ljudskih bića uvučenih u različite kolektivne kontekste. To su relacione vrednosti. O legitimnosti odnosa – formalnih i neformalnih, institucionalnih i van-institucionalnih – mora se prosuđivati na osnovu njihovog doprinosa ispravnom tumačenju vrednosti.

Institucionalno gledano, važno je imati u fokusu problematične odnose između tri nivoa regulacije, od kojih svaki ima svoja pravila, aktere, ciljeve i načine delovanja: državni nivo; nivo međunarodnog prava; i nivo na kome nalazimo brojne, relativno autonomne sisteme u različitim društvenim oblastima. Neophodna je neka vrsta zajedničkog svetskog režima da bi se prevazišlo sadašnje stanje divlje dominacije trećeg nivoa. Ovo nije poziv za više politike i više pravne regulacije. Uzgred, mislim da je jednako nepoželjno podići glas protiv “juridifikacije sveta” u ime neke romantične vizije o neposredovanom delanju nesputanog,

57 “Naši ciljevi treba da odražavaju najstrože moralne poglede na to kako jedno idealno pravедno društvo treba da izgleda; naše strategije za njihovo ostvarenje moraju, pak, uzeti u obzir kakvo je društvo zaista, njegove nesavršene aktere i postojeće političke strukture.” – Ypi, ‘On the Confusion’ (2010: 536).

32 navodno autentičnog mnoštva. Naprosto, ne može biti nikakvih odnosa između ljudi bez obavezujućih pravila i minimalnog stepena stabilnosti. Ono što nam je neophodno su kvalitativno drugačije institucije i norme. Takav režim bi trebalo da bude mnogo jasnije strukturiran, sa mnogo strožom podelom kompetencija i skupom nedvosmislenih, apstraktnih te delotvorno osnažujućih i ograničavajućih pravila. Sve to bi trebalo da bude objedinjeno pod vladavinom prava. Obnova konstitucionalizma kao normativnog projekta zahteva transparentnost, predvidljivost i opšte važenje hijerarhijski strukturiranog svetskog pravnog režima. Taj režim bi poštovao i štutio autonomiju pojedinaca, država i svih onih korporativnih globalnih aktera koji poštuju pravo. On bi inkorporirao međunarodno javno pravo kao glavnog nosioca vrednosti, pravnih principa i najviših pravnih pravila, uključujući tu i ključno važna ograničavajuća i pravosudna pravila i institucije. Velika trijada ustavne demokratije – privrženost jednakim univerzalnim pravima, vladavina prava i demokratija⁵⁸ – zadržava svoj normativni primat, ali se uslovi njenog normativnog i pravnog važenja menjaju. Svetsko društvo traži pravno-institucionalnu arhitekturu koja će omogućiti da zahtevamo opravdanje za svaki autoritativni čin, gde bi ultimativni kriterijum legitimiteta bilo poštovanje ova tri ustavna stuba. Ljudska bića širom sveta, na svakom mestu ili unutar svake društvene konstelacije, moraju biti u stanju da zahtevaju i dobiju jasan odgovor na pitanje zašto su obavezana da poštuju bilo koju opštu normu ili konkretnu autoritativnu odluku. Ovde se ne poriče pluralizam pravnih poredaka, te političkih i društvenih režima. Traži se samo da se svaka vlast opravda u perspektivi zaštite jednake slobode i društvene pravde, bez obzira na partikularne interese, preferencije ili systemske imperATIVE.

Ako je svetsko društvo ikada imalo ustav u sadržinskom smislu, dani takvog ustava su prošli. Moralno, političko i pravno osmišljavanje i formalizacija osnovnih vrednosti danas zahteva normativni svetski ustav kao najviši pravni akt.

Naslov originala: Nenad Dimitrijević, "Constitutional theory in times of crisis: Power, law, and morality", *Philosophy and Social Criticism*, Vol. 42, No. 3, 2016, str. 227-245.

58 Kumm et al., 'How Large?' (2014: 3).

REFERENCE

- Beck, U. (2006) *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*. Cambridge: Polity Press.
- Beck, U. i Sznaider, N. (2006) 'Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: a Research Agenda', *The British Journal of Sociology* 57(1): 381–403.
- Brunkhorst, H. (2009) 'Dialectical Snares: Human Rights and Democracy in the World Society', *Ethics & Global Politics* 2(3): 219–39.
- Brunkhorst, H. (2014) *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*. New York: Bloomsbury.
- Cohen, J. (2012) *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. New York: Cambridge University Press.
- Dobner, P. (2010) 'More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism', u P. Dobner i M. Loughlin (prir.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, str. 141–62.
- Dunoff, J. i Trachtman J., prir. (2009) *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. New York: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- Eriksen, E. O. i Fossum, J. E. (2007) 'Europe in Transformation: How to Reconstitute Democracy?' RECON Online Working Paper 1, pristup 20. jun 2015, dostupno @: http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0701.pdf?fileitem¼50511926
- Francot-Timmermans, L. i Christodoulidis, E. (2011) 'The Normative Turn in Teubner's Systems Theory of Law', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 40(3): 187–90.
- Grimm, D. (2010) 'The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in the Changed World', u P. Dobner i M. Loughlin (prir.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, str. 3–23.
- Habermas, J. (1996) *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Habermas, J. (2006) *Divided West*. Cambridge: Polity Press.
- Harrington, J. (1656) *The Commonwealth of Oceana*, pristup 20. jun 2015, dostupno @: <http://www.constitution.org/jh/oceana.htm>
- Hobz, T. (1991) *Levijatan, ili materija, oblik i vlast države crkvene i građanske*. Niš: Gradina.
- Isiksel, T. (2013) 'Global Legal Pluralism as Fact and Norm', *Global Constitutionalism* 2(2): 160–95.
- King, M. i Thornhill, C. (2003) *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Basingstoke, Hants: Palgrave Macmillan.
- Kis, J. (2003) *Constitutional Democracy*. Budapest: CEU Press.
- Kjaer, P. (2009) 'The Under-Complexity of Democracy', u G. P. Calliess, A.

- Fischer-Lescano, D. Wielsch, i P. Zumbansen (prir.) *Soziologische Juriprudenz. Festschrift für Gunther Teubner* [Sociological Jurisprudence. Festschrift for Gunther Teubner]. Berlin: De Gruyter-Verlag, str. 530–42.
- Klink, B. van (2011) 'The Destruction and Reconstruction of the Tower of Babel: A Comment on Gunther Teubner's Plea for a Common Law Constitution', *Rechtsfi-losophie & Rechtstheorie* 40(3): 233–45.
- Koskenniemi, M. (2005) 'Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought', lecture at Harvard University (5 March), pristup 20. jun 2015, dostupno @: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d> [1].pdf
- Koskenniemi, M. (2006) 'Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization', *Theoretical Inquiries in Law* 8(1): 9–36.
- Koskenniemi, M. (2011) 'What Use for Sovereignty Today?', *Asian Journal of International Law* 1(1): 61–70.
- Krisch, N. (2010) *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kumm, M. (2010) 'The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia', u P. Dobner i M. Loughlin (prir.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, str. 201–20.
- Kumm, M., Lang, A., Tully, J. and Wiener, A. (2014) 'How Large is the World of Global Constitutionalism?', *Global Constitutionalism* 3(1): 1–8.
- Kutz, C. (2000) *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*. New York: Cambridge University Press.
- Loughlin, M. (2014) 'Constitutional Pluralism: An Oxymoron?', *Global Constitutionalism* 3(1): 9–30.
- Luhmann, N. (1992) *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed.
- Luhmann, N. (1965) *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* [Basic Rights as Institutions: A Contribution to Political Sociology]. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Luhmann, N. (1981) 'Selbstlegitimation des Staates' [Self-Legitimation of the State], u N. Achtenberg i W. Krawietz (prir.) *Legitimation des modernen Staates* [Legitimation of the Modern State]. Wiesbaden: Steiner, str. 65–83.
- Luhmann, N. (1984) *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* [Social Systems: Outline of a General Theory]. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Müller, J.-W. (2010) 'Three Constitutionalist Responses to Globalization', u J. Tulis i S. Macedo (prir.) *The Limits of Constitutional Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, str. 239–56.
- Müller, T. (2014) 'Global Constitutionalism in Historical Perspective: Towards Refined Tools for International Constitutional Histories', *Global Constitutionalism* 3(1): 71–101.

- Nagel, T. (2005) 'The Problem of Global Justice', *Philosophy and Public Affairs* 33(2): 113–47.
- Pusić, E. (1974), *Razvedenost i povezanost*. Zagreb: JAZU.
- Sciulli, D. (1992) *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*. New York: Cambridge University Press.
- Streeck, W. (2014) *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. Brooklyn, NY: Verso.
- Teubner, G. (2006) 'The Anonymous Matrix. Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors', *The Modern Law Review* 69(3): 327–46.
- Teubner, G. (2011a) 'A Constitutional Moment? The Logics of "Hitting the Bottom"', u P. Kjaer, G. Teubner, i A. Febrajo (prir.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, str. 3–42.
- Teubner, G. (2011b) 'Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?', *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40(3): 191–215.
- Teubner, G. (2012) 'The New Constitutional Question', background paper for a conference on Societal Constitutionalism and Globalization, Hiil Innovating Justice Program, The Hague, pristup 20. jun 2015, dostupno @: http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/TSC_outline.pdf
- Teubner, G. (2013) 'The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism', *Transnational Legal Theory* 4(1): 44–58.
- Teubner, G. (2014) *Constitutional Fragments, Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- Verschraegen, G. (2011) 'Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State: A Response to Gunther Teubner', *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40(3): 216–29.
- Walker, N. (2008) 'Taking Constitutionalism beyond the State', *Political Studies* 56(3): 519–43.
- Wiener, A. (2012) *The Invisible Constitution of Politics: Contested Norms and International Encounters*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ypi, L. (2010) 'On the Confusion between Ideal and Non-Ideal in Recent Debates on Global Justice', *Political Studies* 58(3): 536–55.
- Ypi, L. (2011) *Global Justice and Avant-Garde Political Agency*. Oxford: Oxford University Press.