



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

16 | 2011

Pravo, morala in vladavina zakona

Pravo in morala danes

Law and Morality Today

Mauro Barberis

Translator: Mariza Žgur, Matija Žgur and Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2091>

DOI: 10.4000/revus.2091

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 décembre 2011

Number of pages: 13-54

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Mauro Barberis, « Pravo in morala danes », *Revus* [Spletna izdaja], 16 | 2011, Datum spletne objave: 10 décembre 2013, ogled: 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2091> ; DOI : 10.4000/revus.2091

All rights reserved

Mauro Barberis

Pravo in morala danes

Ključne besede: pravo in morala; naravnopravništvo, pravni pozitivizem (odprti, zaprti, normativni), pravni realizem, novoustavništvo; teorija, metodologija, ideologija

Mauro Barberis (Genova, 1956) se je izobraževal na pravni fakulteti univerze v Genovi pod mentorstvom Giovannija Tarella. Kot raziskovalec in predavatelj je deloval na univerzah v Calabriji, Parizu, Bologni, Genovi in Trstu, predaval pa ustavno pravo, teorijo in filozofijo prava ter pravno zgodovino. Na pravni fakulteti univerze v Trstu je profesor za filozofijo prava.

Urejal je več vodilnih italijanskih revij za politično filozofijo ali pravoslovje ter knjižnih zbirk in prevodnih del (od Austina, Diceya, Constanta, Kelsena do Nina). Danes je med drugim sourednik revije za kulturo in politiko *Il Mulino* ter pravnih revij *Materiali per una storia della cultura giuridica* in *Ragion pratica* (to je tudi soustanovil). Njegove znanstvene razprave so ob tem objavljane tudi v vrsti drugih priznanih mednarodnih znanstvenih revij; predvsem v italijanščini in španščini.

Kot kolumnist je redni gost v italijanskem časopisju. Pri vseh pisanjih ga odlikuje zmožnost neverjetno preprostega podajanja in poustvarjanja sicer zapletenih miselnih tokov in pojmov.

Napisal je kar nekaj učbenikov in knjig o zgodovini filozofije prava, pravni teoriji, politični filozofiji in metaetiki. Med drugimi: *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso* (Bologna 1988), *Diritto come discorso e come comportamento* (Torino 1999), *Libertà* (Bologna 1999), *Filosofia del diritto. Un' introduzione teorica* (Torino 2003, 2005 in 2008), *Breve storia della filosofia del diritto* (Bologna 2004), *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético* (Mexico 2006), *Europa del diritto* (Bologna 2008) in *Giuristi e filosofi* (Bologna 2011).

V našem kulturnem krogu bi si prevod (in za pravnike "obvezno" branje) zaslužili vsaj dve njegovi deli: *Etica per giuristi* (Laterza, Roma 2005; Trotta, Madrid 2008) in najnovejši učbenik *Manuale di filosofia del diritto* (Gappichelli, Torino 2011).

Razprava, ki jo v Revusovem kanonu objavljamo v italijanskem izvirniku in v slovenščini (prev. Mariza Žgur, Matija Žgur in Andrej Kristan), je prirejeno besedilo uvodnega poglavja iz njegove zadnje knjige. Avtor na tem mestu – ob soočenju razmišljanj o pravu in morali – razčleni in primerjalno opredeli štiri sklope pravoslovnih nauk, s čimer praktično zaobjame ves razpravni prostor. Naravnopravništvo, pravni pozitivizem, pravni realizem in novoustavništvo razloči po najznačilnejših odgovorih na tri vprašanja: ta se nanašajo na odnose med pravom in moralo, na predmetnost (objektivnost) ali osebnost (subjektivnost) etičnih oz. moralnih, političnih, pravnih vrednostnih sodb in na razlaganje v pravu. Nato iz vsakega od štirih sklopov pravoslovnih nauk izlušči še posebno teorijo (ta oblikuje predmet njihovega preučevanja), metodologijo (oz. postopek preučevanja) in ideologijo (ali normativno držo). S tem pokaže na sorodnosti poimensko nezdružljivih nauk in razlike znotraj vsakega od njih. Na pasti in tveganja posamičnih pogledov na odnose med pravom in moralo pa ob tem opozori še s končno razčlenitvijo stališč, značilnih za odprti, zaprti in normativni pravni pozitivizem.

Ta razprava je zato potrebna časa pisana tako rekoč na kožo. Priporočamo jo predvsem sodnikom in odvetnikom; brez dvoma pa bo v oporo in pomoč vsem tistim, ki razmišljate o pravu in morali.

Mauro Barberis

Pravo in morala danes

Nekoč, ko se pelje s kočijo na Vrhovno sodišče [...], Oliver Wendell Holmes spotoma pobere mladega Learneda Handa. Ta na svojem cilju izstopi, pozdravi in radostno zakliče za kočijo: »Delite pravico, sodnik!« Holmes kočijo ustavi in veli vozniku, naj jo obrne. Ko ta pride spet nazaj do presenečenega Handa, se Holmes skloni skozi okni in odvrne: »To vendar ni moje delo!«

Ronald Dworkin, *Justice in Robes*
(Harvard UP, 2006)

1 UVOD

Filozofija prava se je konec osemnajstega stoletja, ko se je vzpostavila kot univerzitetni predmet, ukvarjala s pravom (lat. *quid ius*). Pravniška doktrina (civilnopravna, javnopravna, kazenskopravna doktrina itd.) pa se je ukvarjala s tem, kar je pravno (lat. *quid iuris*) po nemškem, francoskem ali italijanskem pravu. Povedati, kaj pravo je, oz. podati opredelitev prava, je še danes ena od nalog filozofije prava.¹ Kljub temu pa smo se v dveh stoletjih, ki sta pretekli od konca osemnajstega, zavedli obstoja dveh zelo različnih načinov, s katerima se te naloge lotevamo. Po enem od teh dveh načinov se problema lotevamo tako, da ugotavljamo, kaj je veljavno ali *pozitivno* (postavljeno) pravo in kakšen pomen ima beseda »pravo«; to je naloga *teorije* prava (ali nauka o pravu kot zgolj spoznavne dejavnosti). Precej drugačen način, na drugi strani, predstavljajo predlogi moralno *pravičnega* prava oz. priporočila, kakšno *naj bi* pozitivno pra-

¹ Glej npr. Mario Jori in Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, 35.

vo bilo, da bi bilo skladno z moralo; to je naloga *filozofije* prava (kot predpisujočega nauka ali normativne dejavnosti).

Ti dve vprašanji sta tako različni, da sta porodili dve zelo različni učenji. Na eni strani dobimo pravni pozitivizem kot pretežno spoznavno teorijo, ki teži predvsem k opisovanju tega, kar pravo *je*. Na drugi strani imamo naravnopravništvo, ki je pretežno normativna filozofija in želi predvsem predpisovati, kakšno *naj bi* pravo bilo. Gre za dve tako zelo različni dejavnosti – vsaj za tistega, ki sprejema veliko delitev na spoznavni in predpisovalni jezik –,² da je med njima treba izbrati. Tej izbiri je posvečena pričujoča razprava. Tu zato najprej sledi pregled pogledov na razmerje med pravom in moralo v zadnjih petdesetih letih (§ 2). Potem primerjam štiri filozofije ali teorije prava: predvsem naravnopravništvo in pravni pozitivizem, a tudi njuni sodobni različici, kot sta pravni realizem in novoustavništvo (§ 3–6). Končno se nagnem k izboru neke izpopolnjene različice pravnopozitivističnega nauka (§ 7).

2 FILOZOFIJA PRAVA PO AUSCHWITZU

Filozofija prava se je razvila že pred tisočletji ali vsaj stoletji, a se je po Auschwitzu korenito spremenila. Vse dotlej je prevladovalo soglasje, da je pravo treba spoštovati, potem pa je tudi to postalo predmet razprave. Privrženci naravnopravnega nauka so pravnim pozitivistom očitali podpiranje nacizma: takšno podporo naj bi pomenilo opredeljevanje, da je nacistično pravo res pravo (§ 2.1). Pozitivisti so se branili, da je to pač pravo, kar pa ne pomeni, da bi ga bilo zaradi tega treba spoštovati (§ 2.2). Na drugi strani so pravni realisti (ti so bili sicer posebej nastrojeni proti naravnopravništvu) napadali pozitivizem kot ideologijo pokornosti državnemu pravu (§ 2.3). Končno so tu še sodobni novoustavniki, po mnenju katerih je danes problem že presežen: po njihovem se lahko pravo sodobne ustavne države spoštuje brez skrbi (§ 2.4). V nadaljevanju bom vsa štiri stališča pregledno predstavil.

2.1 Naravnopravniški izziv

Po Auschwitzu je naravnopravništvo, tj. filozofija prava, ki so jo imeli že večkrat za mrtvo, ponovno vzkilo. Rojeno že v klasični antiki v Grčiji in Rimu, prevzeto v različnih oblikah v krščansko miselnost predvsem v srednjem veku (kot *stara naravno pravo*), v novem veku pa ponovno vzcvetelo v laični različici (*moderno naravno pravo*), je bilo naravnopravništvo po obdobju velikih uzakonitev dolgo v zatonu.³ Zapisovanje celinskega prava (tega v angleščini imenujejo

2 O tem več Mauro Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pogl. 2.2.

3 Glej Mauro Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino,

kar *civil law*, ker je naslednik rimskega *ius civile*) v zakonska gradiva, poimenošana zakoniki, je naravno pravo – skupaj z doktrino (univerzitetnim študijem prava) in sodno prakso (sodniškimi odločitvami) – dejansko spravilo s seznama *virov* prava: tj. množice na sodiščih uporabnih norm, ki je bila s tem skrčena na zakonike, posebne zakone (take, ki v zakonikih niso bili zajeti), pravilnike in običaje oz. bolj splošno na pozitivno (postavljeno) pravo, ki je proizvod človeka. S tem je naravno pravo ostalo skoraj izključno predmet filozofskega zanimanja. Njegovo poučevanje je bilo na pravnih fakultetah združeno ali pa nadomeščeno s poukom pozitivistične teorije prava (ali nauka o pravu).

Po odkritju nacističnih uničevalnih taborišč (nem. *Lager*) in kasneje staliniističnih koncentracijskih taborišč (rus. *gulag*) je naravnopravni nauk doživel najživahnjšegega od svojih preporodov (njegove preporode v zadnjih dveh stoletjih lahko označimo z imenom *ново naravnopravništvo*). Odgovornost za holokavst se je pripisovalo pretirano doslednemu odnosu do pozitivnega prava, ki da je bil značilen za nemške pravnike tudi pred Hitlerjem. Ta odnos strnjeno povzema nemški rek *Gesetz ist Gesetz* (lat. *dura lex sed lex*; zakon je zakon in tako ali drugače ga je treba spoštovati), ki je bil s preveliko naglico pripisan pravnemu pozitivizmu. To pripisovanje zgodovinske odgovornosti je prenagljeno iz naslednjega razloga. Res je sicer pravni pozitivizem devetnajstega in prvih let dvajsetega stoletja zavzemal stališče, da je pravo vedno treba spoštovati – vendar je ta misel stara prav toliko kot zahodno razmišljanje o pravu, ki sega vsaj do naravnopravniškega Platona.⁴

Pri izobrazencih tistega obdobja je ob tem posebno pozornost vzbudilo dejstvo, da je novo naravnopravništvo povojnega obdobja skoraj izključno plod pravnih pozitivistov, ki so se v naravnopravništvo 'spreobrnil' po Auschwitzu. V Nemčiji, na primer, to velja za Gustava Radbrucha – pravnega pozitivista, ki je bil že v Weimarski republiki socialdemokratski minister za pravosodje in nasprotnik nacizma (mimogrede: med nemškimi pravnimi filozofi je bil Radbruch eden redkih nasprotnikov nacizma).⁵ Takoj po vojni je Radbruch svoje stališče, ki je v glavnem ostalo pozitivistično, popravil na enem samem, a bistvenem mestu: pozitivno pravo je pravo in ga je kot takšnega treba spoštovati, vendar le če ni *neznosno* nepravilno (to je t. i. *Radbruchova formula*).⁶

Radbruch je bil predober filozof, da bi se ne zavedal, kako ohlapna je ta formula. Pravičnost in nepravilnost sta močno subjektivni, pri tem pa nepravil-

2011, 1. pogl.

4 Glej Platon, *Critone*, v Platon, *Opere complete*, Bari, Laterza, 1971, 1. knjiga; v slov. prevodu Gorazda Kocjančiča: Kriton, v Plato, *Zbrana dela/Platon*, Ljubljana, KUD Logos, 2009.

5 Glej Ernesto Garzón Valdez, *Introducción*, v Ernesto Garzón Valdez (ur.), *Derecho y Filosofía*, México, Fontamara, 1988, 5–41.

6 Gustav Radbruch, *Gesetzliche Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946); v slov. prevodu Amalije Maček Mergole: Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo, v Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2001.

nosti neznosnost ne napravi nič bolj objektivne. Kljub temu je njegova formula (naj opozorim, da ta še vedno utrjuje splošno obveznost, da je pravo treba spoštovati, in to tudi kadar je nepravilno – če le ni neznosno nepravilno) jasna vsaj v eni točki: nacistično pravo ni bilo pravo, zato naj bi se ga ne spoštovalo. Radbruchova formula je ne glede na svoje omejitve odvzela nacističnim veljakom, ki so bili zaradi iztrebljanja Židov, Romov, homoseksualcev in nasprotnikov obsojeni v Nürnbergu (1945–1946) – pa tudi vzhodnonemškim mejnim stražarjem, ki so bili zaradi streljanja na prebežnike obsojeni po padcu Berlinskega zidu (1989) –, osrednji, če ne edini obrambni argument: tj. da se se v svojih ravnanjih zgolj držali prava.⁷

Taisto formulo ob tem predpostavljata tudi Temeljni zakon Zvezne republike Nemčije (1949) in sodna praksa njenega ustavnega sodišča. V obeh razlikujejo *pravo* in *zakon*, s čimer se namiguje na neke vrste nadpozitivno in nadustavno (naravno?) pravo, ki ga noben zakon ne more prekršiti, ne da bi s tem sam izgubil vrednost prava. Vse to je za pravni pozitivizem seveda predstavljalo izziv. Tega ni predstavljalo toliko za *tehnični* pozitivizem, ki je prevladoval med praktiki in je pomenil posluževati se izključno pozitivnega prava, ampak bolj za *teoretični* pozitivizem kot skupek vseh teorij, ki so jih sprejemali pozitivistični praktiki in pravoslovci med devetnajstim in dvajsetim stoletjem. Kot bomo na kratko videli v nadaljevanju, so konec petdesetih in v začetku šestdesetih let ta izziv med pravoslovci sprejeli vodilni pozitivisti in realisti.

2.2 Pozitivistični odgovor

Kot smo videli, je pravni pozitivizem, ki je po obdobju velikih uzakonitev prevladoval, po Auschwitzu zapadel v krizo. Da bi odgovorili na naravnopravniške očitke, so vodilni pozitivisti med drugim pričeli tudi strožje razlikovati: najprej med naravnopravnim naukom in pravnim pozitivizmom, kasneje pa še med različnimi oblikami pozitivizma. Bolj dosledno kot kdaj koli prej je med naravnopravništvom in pravnim pozitivizmom – prvo je vzkliko pred tisočletji, drugo pa samo dve stoletji prej – razlikoval oxfordski profesor pravoslovja (angl. *jurisprudence*, tj. neke vrste splošne teorije ali nauka o pravu) Herbert Hart. Po njegovem mnenju naj bi naravnopravnike iz vseh obdobj povezovalo vsaj eno skupno stališče: tj. trditev o nujni zvezanosti prava in morale, po kateri pozitivno (postavljeno) pravo ni pravo, če ni tudi moralno pravično. Na drugi strani naj bi pozitiviste iz vseh obdobj združevalo nasprotno stališče, tj. o njuni ločljivosti: pozitivno (postavljeno) pravo in morala se razlikujeta; in nepravilno pravo je še vedno pravo.⁸

⁷ Glej Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁸ Herbert L. A. Hart, *Positivism and Separation of Law and Morals* (1958); v ital. prevodu: *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*, v Aldo Schiavello, Vito Velluzzi (ur.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 48–89.

Z zgodovinskega vidika je Hartovo razlikovanje neustrezno, saj naravnopravništvo in pravni pozitivizem razlikuje le na podlagi njunih odgovorov na eno samo vprašanje: ali je pravo zvezano z moralo ali je od nje ločeno? Po drugi strani, s teoretičnega vidika, pa je to razlikovanje še kako primerno. Naravnopravniki in pozitivisti, ki so se ukvarjali eni s pravičnim in drugi s postavljenim pravom, se dotedaj skorajda niso menili eni za druge. Hart pa jih je s tem, da jim je pripisal različne odgovore na isto vprašanje, zdaj silil v razpravo. Tudi sam je nato kritiziral Radbrucha in razpravljal z drugimi vodilnimi naravnopravniškimi filozofi tistega obdobja. Ob tem pa je predvsem zagovarjal trditve o ločljivosti, ki jo je vse bolj razlagal kot izbiro nekega pozitivizma, ki je to le v metodološkem (postopkovnem) smislu: tj. torej teorija ali nauka o pravu, ki se postopkovno poslužuje zgolj spoznavanja in se vzdržuje vrednostnih sodb, tako značilnih za naravnopravniško filozofijo prava.⁹

Med različnimi oblikami pravnega pozitivizma je razlikoval (ob tem pa prvi branil eno od oblik pozitivistične metodologije) predvsem Norberto Bobbio – italijanski pravni filozof, ki je, kot bomo bolje videli v nadaljevanju (§ 4), pravni pozitivizem razločil na pozitivistično metodologijo (ali metodološki pozitivizem), pozitivistično teorijo (ali teoretični pozitivizem) in pozitivistično ideologijo (ali ideološki pozitivizem).¹⁰ Metodološki pozitivizem, ki ga je Bobbio poimenoval tako že trideset let pred Hartom, se drži tako pri doktrinarnem kot pri pravoslovnem preučevanju prava takšnega postopanja, ki spoštuje načelo vrednostne neopredeljenosti (nem. *Wertfreiheit*) in se zatorej vzdržuje vseh vrednostnih sodb. Teoretični pozitivizem je, na drugi strani, le skupek stališč pravnih pozitivistov s preloma devetnajstega v dvajseto stoletje; ta stališča so kasnejši pozitivisti sami pogosto prevpraševali in celo občutno presegli. Končno imamo tu še čisti ideološki pozitivizem, ki ga tvori normativna drža, da je pravo treba vedno spoštovati. Kot bomo videli (§ 4.3), je Bobbio to držo zavrzel.

Zahvaljujoč omenjenemu dvojnemu razlikovanju (po Hartu in Bobbiu) je pozitivizem vendarle izšel iz slepe ulice, v katero so ga potisnile kritike novega naravnopravništva. Pravo in morala se pojmovno razlikujeta – in prav zaradi tega samo dejstvo, da je nekaj pravo, še ne pomeni, da se je tega treba držati. Metodološki pozitivizem pravo skuša le spoznati vrednostno neopredeljeno; zato prava ne vrednoti, še manj pa ga tako vrednoti pozitivno, kot so to počeli ideološki pozitivisti in (vsaj do Auschwitz) tudi pripadniki naravnopravniškega izročila. Z izbiro te spoznavnostne poti so se pozitivisti vseeno izpostavili dvema vrstama (drugih) očitkov. Najprej so se izpostavili očitkom neke veliko bolj skrajne oblike metodološkega pozitivizma: tj. pravnega realizma. Po drugi strani in predvsem pa so se s tem, da so se odpovedali obravnavi vsakršnega

9 Glej nazadnje Herbert L. A. Hart, *Postscript* (1994), v Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961); v ital. prevodu: *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, posebno 309–314.

10 Glej že Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, Giappichelli, 1996, 233–250.

normativnega vprašanja, izpostavili očitkom druge skupine sodobnih pravoslovcev, ki jih lahko združimo pod imenom novoustavništva.

2.3 Realistično prevpraševanje

Po Auschwitzu je bil pravni pozitivizem napaden tudi s strani *pravnega realizma* (tj. skrajne oblike metodološkega pozitivizma), ki prvemu očita, da ne predstavlja drugega kot neke vrste naravnopravniško zavzemanje za državo in pozitivno (postavljeno) pravo. Obstajata dve glavni šoli pravnega realizma: ameriški pravni realizem, ki se je med dvajsetimi in tridesetimi leti prejšnjega stoletja ukvarjal s strogo pravnimi vprašanji, povezanimi predvsem s sodno uporabo (angl. *adjudication*) severnoameriškega prava; ter skandinavski pravni realizem, ki napada že omenjene naravnopravniške ostanke znotraj pravnega pozitivizma. Takšna je obtožba, ki jo je Alf Ross kot glavni realistični pravoslovcec usmeril v Hansa Kelsena (verjetno najpomembnejšega pravoslovca dvajsetega stoletja): ta naj bi po Rossu zagovarjal t. i. kvazi-pozitivizem ali neke vrste naravnopravništvo, oznamovano z normativno držo, po kateri je pravo tako ali drugače treba spoštovati.¹¹

Gre za obtožbo, ki je v dveh pogledih neprimerna. Najprej v osebnem smislu: Kelsen je bil namreč eden redkih nemško govorečih pravoslovcev, ki so se uprli nacizmu. Še več, za razliko od Radbrucha je bil celo prisiljen v izgnanstvo v Združene države Amerike. Drugič je obtožba neprimerna tudi s pravoslovnega vidika: nanašala se je predvsem na eno od Kelsenovih postavk – natančneje: na njegov nauk o veljavnosti norm –, ki vendar dopušča tudi prizanesljivejšo razlago. Kelsen je namreč vedno trdil, da ima izraz 'veljavna norma' trojni pomen: lahko pomeni, da norma pripada pravnemu sistemu; lahko pomeni, da norma obstaja; ali pa da je obvezna oz. zavezujoča za sodnike in posameznika.¹² Ta, tretji pomen veljavnosti je tisti, ki je Rossa napeljal k trditvi, da nam Kelsen (celo nič kaj prikrito) predpisuje spoštovanje prava. Takšna razlaga pa je dokaj neprizanesljiva, saj se je, kot zgleda, Kelsen prej omejil na podajo vrednostno neopredeljenega opisa, iz katerega izhaja, da je pravo samo tisto, ki predpisuje spoštovanje prava.

Kakršna koli naj bo sicer utemeljenost omenjenega očitka, se je na koncu ravno pravni realizem (predvsem skandinavski pravni realizem) vzpostavil kot tista teorija prava, ki naj bi izpodrinila pozitivizem. Sam Kelsen je v tistih letih opredelil svojo čisto teorijo prava (nem. *Reine Rechtslehre*) kot nauk, »ki je v svojem bistvu realističen«.¹³ Pravni realizem, ki je nezdružljiv z naravnopravni-

11 Alf Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961); v ital. prevodu: Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo v Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, 137–158.

12 Podrobneje Barberis 2011 (op. 2), pogl. 4.4.

13 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960); v ital. prevodu: *Dottrina pura del diritto*, Torino, Eina-

štvom, je namreč težko ločiti od pozitivizma, saj stališča slednjega sam pogosto le ostri. Odsotnost vrednostnega opredeljevanja pa je ob tem hkrati in njegova odlika in glavni izvor njegove šibkosti. Vse od leta 1968 naprej se namreč vzpostavljajo zahteve po razvoju tudi normativnih filozofij pravičnosti in prava. Predvsem pa so se v pravnih sistemih takšnih držav, kot so na primer ZDA, Nemčija in Italija, postopoma do te mere uveljavila ustavna načela, da se je iz njih razvila še četrta filozofija prava: tj. novoustavništvo.

2.4 Novoustavništvo

Spet po Auschwitzu, a dvajset let kasneje, se je razvilo *novoustavništvo*. To je družina pravnih teorij in filozofij, ki so v Ameriki in Evropi dobile različne označbe (teorija prava kot razlaganja, nepozitivizem, konstitucionalizem ali ustavništvo brez druge opredelitve), združujeta pa jih isti predmet preučevanja in ista normativna drža. Njihov predmet je pravo t. i. ustavne države (nem. *Verfassungstaat*): tj. tiste oblike države, ki se je po porazu desničarskih in levičarskih totalitarizmov vzpostavila tudi na evropski celini. Ustavno državo opredeljujejo naslednje tri stvari: toge ustave (te so spremenljive z navadnim zakonom le z okrepljeno večino); vrhovna ali ustavna sodišča, ki razveljavljajo ali odpravljajo z ustavo neskladne zakone; ter postopki presevanja ali poustavljanja prava, zaradi katerih pravo postaja prežeto z ustavnimi načeli.¹⁴

Njihova normativna drža, ob tem predmetu, sestoji iz doslednega zagovarjanja etičnih (moralnih, političnih, pravnih) vrednot, ki so v obliki ustavnih načel ubesedene v togih ustavah in predvsem v listinah pravic. Vse to na več načinov izhaja iz dolge sence Auschwitza. Tako so avtoritarne in totalitarne režime v Evropi in Latinski Ameriki postopoma zamenjale ustavne države. Seveda si nihče ne dela utvar, da nas listine pravic in ustavna sodišča lahko dokončno ubranijo pred avtoritarnimi režimi – gotovo pa zelo otežujejo njihovo vzpostavitev po pravnih poteh, kot se je to zgodilo v fašistični Italiji in nacistični Nemčiji. Kakor koli že, tako v državah z najstarejšo demokracijo, kot so Združene države Amerike, kakor v novih povojnih demokracijah se zdaj širijo filozofije prava, po katerih naj bi bilo z ustavnimi načeli pravo zvezano z moralo.

Takšen je primer filozofije prava Ronalda Dworkina – severnoameriškega avtorja, ki pa je bil Hartov naslednik na oxfordski katedri za pravoslovje in je že v šestdesetih letih sprožil prvi sistematični napad na pozitivistični 'model pravi'. Napad je bil izražen z razlikovanjem med pravili in načeli, ki ga je sam kasneje sicer opustil,¹⁵ a so ga zato ponovno na široko prevzeli kasnejši novo-

udi, 1966, 128.

14 Glej Ricardo Guastini, La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico italiano, *Ragion pratica* (1998) 11, 185–206.

15 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977); v ital. prevodu: *I diritti presi sul serio*, Bologna, Mulino, 2010, 37–79.

ustavniki. Takšen je tudi primer pravnega nauka Roberta Alexyja – nemškega ustavnopravnika, ki brani Radbruchovo formulo¹⁶ in utrjuje, da je pravno razlogovanje (argumentacija) poseben primer moralnega razlogovanja.¹⁷ Takšen je, končno, tudi primer pravnega nauka Carlosa Nina – argentinskega pravnika, ki je najprej skušal spraviti med sabo naravnopravništvo in pravni pozitivizem, kasneje pa je zagovarjal trojnost nujne zvezanosti prava in morale (tj. opredeljitvene, utemeljitvene in razlagalne nujne zveze).¹⁸

Jasno je, da so to zelo različni avtorji, ki delujejo v deželah z različnimi pravnimi kulturami. Kljub temu se jim skupna oznaka 'novoustavništvo' prilega neprisiljeno, saj sta jim skupna tako predmet preučevanja kakor normativna drža. Razprava o razmerjih med pravom in moralo danes bi se pravzaprav lahko omejila na razpravljanje med novoustavništvom na eni strani in vedno bolj izpopolnjenimi oblikami pravnega pozitivizma na drugi. Zlasti v angloameriških krogih in, kot bomo videli na koncu (§ 7), tudi v odgovor na Dworkinov izziv so se pozitivisti razdelili v tri glavna gibanja: odprti pravni pozitivizem (ta priznava priložnostno, torej ne nujno, povezanost med pravom in moralo), zaprti pozitivizem (ta zanika že samo logično možnost takšne zveze) ter normativni pozitivizem (ki to možnost dejansko dopušča, a hkrati ostro zavrača vse trditve o njenih odlikah).

Odnosi med pravom in moralo so bili tako po Auschwitzu ponovno postavljeni v ospredje pravoslovnih razprav (ponovno – če seveda sprejmemo trditev, da smo se v njih od tega vprašanja sploh kdaj odmaknili). Ob vsem povedanem pa mora biti jasno vsaj še eno. Vsaka od štirih filozofij prava, ki so vključene v razpravo o pravu in morali, ima svojo zgodovino, ki se je pričela veliko pred Auschwitzem – ali pa, v primeru novoustavništva, dvajset let po njem – in nek širok nabor različnih stališč. Ta so si v resnici tako zelo različna, da jih je težko že zgolj soočiti. V nadaljevanju bomo šli po poti, ki jo je začrtal Hart s poskusom, da bi naredil primerljive med seboj zelo raznovrstne doktrine. Zato bom za vsako od njih najprej predstavil tri značilna stališča: o odnosih med pravom in moralo, o vrednostnih sodbah in o razlaganju. Nato se bom posvetil še predmetom njihovega teoretičnega preučevanja, njihovim metodam in njihovim ideologijam. Pravni pozitivizem namreč ni edini, ki ga lahko razločimo na teorijo, metodologijo in ideologijo. To je na nek način mogoče storiti tudi z drugimi filozofijami, če ob tem pojasnimo tisto, kar je v njih ostalo povečini neizraženo. Začel bom kar z naravnopravništvom.

16 Robert Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, v David Dyzenhaus (ur.) *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 15–39.

17 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978); v ital. prevodu: *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998.

18 Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política* (1994); v ital. prevodu: *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1999.

3 NARAVNOPRAVNIŠTVO

Pri razčlenjevanju naravnopravništva bomo v tem poglavju postopali na enak način kot v naslednjih poglavjih pri razčlenjevanju pravnega pozitivizma, pravnega realizma in novoustavništva: najprej bom predstavil tri značilna stališča, četudi jih nujno ne sprejemajo prav vsi privrženci obravnavanega pogleda, nato pa bom izpostavil tudi predmet teoretičnega preučevanja, metodologijo in ideologijo obravnavane filozofije. V vseh štirih primerih se izpostavljenega tri stališča nanašajo na odnos med pravom in moralo, na objektivnost ali subjektivnost etičnega (tj. moralnega, političnega, pravnega) vrednotenja in na vprašanje razlaganja. Predmet teoretičnega preučevanja opredeljujejo v zvezi z zgornjimi stališči opazovani problemi, metodo odnos do spoznavnega postopanja, ideologijo pa normativna drža. Izbrani način predstavitve ima to pojasnjevalno prednost, da pokaže na podobnosti in razlike med štirimi filozofijami prava. Ima pa tudi eno zgodovinopisno slabost: navaja k razumevanju, da so se vsi pravni filozofi vedno in povsod ukvarjali z istimi večnimi vprašanji – kar pa seveda ni res niti v pogledu na vprašanje odnosov med pravom in moralo.

Naravno pravo:

- (1) *Trditev o nujni zvezanosti prava in morale*: le pravo, ki je moralno pravično, je pravo; (ne)nosno) nepravilno pravo ni pravo.
- (2) *Etični objektivizem*: vrednostne sodbe so resnične ali neresnične oz. so vsaj objektivno pravične ali nepravilne.
- (3) *Razlagalni formalizem*: seveda ima vsak primer pred sodiščem eno samo rešitev; vsaka zakonska določba ima en sam pomen.

V zvezi s prvim stališčem, tj. (1), da sta pravo in morala nujno zvezana, je treba najprej opozoriti, da ima dve različici: eno močno (nepravilno pravo naj ne bi bilo pravo) in eno šibko (*neznosno* nepravilno pravo naj ne bi bilo pravo). Od teh je zares mogoče ubraniti le drugo različico, ki je vključena tudi v Radbruchovo formulo, – saj bi po prvi že sam sum o nepravilnosti katere koli norme vzpostavil dvom v njeno pravnost. Moram pa opozoriti tudi na to, da naravnopravnike manj zanimajo spoznavne povezave – tj. *opredeliteljna* vezanost (nepravilnega prava ne moremo imenovati pravo) in *prepoznavnostna* vezanost (uporabnega prava ni mogoče niti prepoznati brez vprašanja, ali je pravično) –, in bolj normativne povezave: *utemeljitvena* vezanost (nepoštenega prava se ne smemo držati) in *razlagalna* vezanost (edina norma, ki se jo v določenem primeru sme uporabiti oz. ki se jo sme pripisati neki določbi kot njen pomen, je tista, ki je najbolj pravična).

Končno moramo poudariti, da je s svojim tisočletnim izročilom naravnopravništvo od vseh štirih filozofij prava najbolj naklonjeno spoštovanju pozi-

tivnega prava – kar velja navkljub očitkom, ki so bili po Auschwitzu z njegove strani uperjeni v pravni pozitivizem. Najpomembnejši sodobni predstavnik tega izročila – katoliški filozof in Hartov učenec John Finnis – izrecno podpira predpostavko obveznosti pozitivnega (postavljenega) prava: preden bi prava ne spoštovali, moramo dvakrat premisliti, saj tvegamo oslabitev navade spoštovanja prava, ki je sama po sebi zdrava.¹⁹ Nenazadnje predpostavlja splošno obveznost spoštovanja pozitivnega (postavljenega) tudi Radbruch s svojo formulo. Splošna obveznost spoštovanja ugasne le, kadar pravo preseže nek prag nepravčnosti. Praviloma je torej treba spoštovati tudi nepravčno pravo. Edino pravo, ki naj se ga ne spoštuje, je neznosno nepravčno pravo.

V zvezi z drugim stališčem – etičnim objektivizmom (2), po katerem so vrednostne sodbe resnične ali neresnične oz. vsaj objektivno pravične ali nepravčne, je treba vsaj bežno opozoriti, da ga je naravnopravništvo v svoji tisočletni zgodovini ponujalo v vsaj treh različicah. *Staroveško* (pa tudi srednjeveško) naravnopravništvo, za katerega je pravičnost odvisna od *narave stvari*, pretežno izraža nepoznavanje razlikovanja med sodbami o dejstvih in vrednostnimi sodbami ali, bolj splošno, med opisnimi trditvami in normami. Tako ni razlikovalo med sodbo o dejstvu, po kateri je Zemlja ploščata, in vrednostno sodbo, po kateri je splav nekaj slabega. V obeh primerih naj bi sodbe – v obliki »X je ...« – kot neke vrste opisne, na izkustvih temelječe trditve, izražale resnično-ali-neresnično (apofantično) kakovost samih stvari, takšnih kot so po svoji naravi.²⁰ Vrednostne sodbe naj bi bile torej resnične-ali-neresnične, vsekakor pa objektivne, tako kot so to sodbe o dejstvih, ki jih izreka novoveška, takrat pa še nerojena in s filozofijo pomešana znanost.

Novoveško naravnopravništvo ali *pravni racionalizem* (to se je razvilo v novem veku po odkritju Amerik) trdi, da je pravičnost odvisna od *človeškega razuma* (in ne več od narave stvari). Zemljepisna odkritja, konec politične in cerkvene enovitosti sveta, predvsem pa rojstvo novoveške znanosti, ki ločuje med resničnimi in neresničnimi sodbami o dejstvih ter pravičnimi ali nepravničnimi vrednostnimi sodbami, so v nepojmljivo spremenili razumevanje, po katerem so dobrota, pravičnost ali zakonitost kakovosti stvari samih na sebi. Pogled je zdaj drugačen: te kakovosti so plod človeškega razuma. Še vedno se verjame, da je razum skupen vsem ljudem in torej lahko proizvaja objektivne resnice: kdor koli je obdarjen z razumom, bi moral kot samoumevne dojemati etične resnice ali pravna načela, kot so človekove pravice. Pravni racionalizem je tako še vedno neka oblika etičnega objektivizma, a že utira pot subjektivizmu, ki priznava, da je razum oseben in da je mnenj toliko, kot je ljudi (lat. *tot capita, tot sententiae*).

19 Glej John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980; 1992); v ital. prevodu: *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996, 397–401.

20 Michel Villey, *Le droit dans les choses*, v Paul Amselek in Christophe Grzegorzczak (ur.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, 127–135.

V osemnajstem stoletju je prišlo do dveh dogodkov, ki bi etični objektivizem lahko spravila v senco dvoma. Najprej je David Hume²¹ razločil sodbe o dejstvih in vrednostne sodbe ter opisne trditve in norme. Nato je prišlo do uzakonitev prava, naravno pravo pa je bilo tako vpisano v ustave in zakonike. Naravnopravništvo in etični objektivizem sta zato postopoma zašla v krizo. Filozofi etike so v prvi polovici dvajsetega stoletja prenehali z narekovanjem običajnih vrednostnih sodb (prenehali so z normativno etiko); raje so se posvetili razpravljanju o tem, ali so vrednostne sodbe objektivne ali zgolj subjektivne oz. spreminjajoče se od posameznika do posameznika (to so vprašanja metaetike).²² Šele s *Teorijo pravičnosti* (1971) Johna Rawlsa se je ponovno rodila objektivna ali, bolje, medosebna normativna etika: takšna, po kateri vrednot ne postavljata narava oz. razum, ampak jih skozi določene postopke opravljanja izbir proizvajata človek.²³

V zvezi s tretjim stališčem, tj. v zvezi z razlagalnim formalizmom (3), po katerem ima vsak primer pred sodiščem eno samo rešitev, vsaka zakonska določba pa en sam pomen, je treba razlikovati tri teorije pravnega razlaganja: že omejeni razlagalni formalizem, mešano teorijo (obstajajo lahki in težki primeri; v prvih izražajo zakonske določbe eno samo normo, v drugih pa več norm) in razlagalni skepticizem (vsi primeri se lahko sprevržejo v težke, vsaka zakonska določba lahko vedno izraža več norm). S teorijo razlage se antično in moderno naravnopravništvo v resnici nista nikoli ukvarjala; takšna teorija se razvije šele v dvajsetem stoletju. Vseeno pa se zdi, da obstaja neka povezava med etičnim objektivizmom (2) in razlagalnim formalizmom (3), zaradi katere so sodobni naravnopravniki, ki se ukvarjajo z razlaganjem, navadno formalisti.²⁴ Edini razlagalni formalist, ki ga je danes vredno omeniti, je pripadnik novega naravnopravništva in novoustavnštva – Ronald Dworkin. Med drugim ta sprejema tudi neko povsem normativno obliko razlagalnega formalizma, za katero (ne da je, ampak) *mora biti* v vsakem primeru pravilna rešitev le ena.²⁵

Od treh tu izpostavljenih stališč je trditev o nujni zvezanosti (1) edino, kar omogoča razlikovati med naravnopravništvom in pravnim pozitivizmom. Navadno v zvezi z razlagalnim formalizmom (3) naravnopravniki ne izražajo posebnega stališča. V zvezi z etičnim objektivizmom (2) pa moramo opozoriti, da vsi objektivisti niso naravnopravniki – četudi so vsi naravnopravniki objektivisti. Med objektivisti namreč najdemo še utilitariste, kakršna sta Jeremy Bentham in John Austin, ki sicer veljata za pozitivista, saj izrecno sprejemata tr-

21 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.3.

22 Richard M. Hare, *Sorting Out Ethics* (1997); v ital. prevodu: *Scegliere un'etica*, Bologna, Mulino, 2006.

23 Podrobneje Barberis 2011 (op. 2), pogl. 3.6.

24 Michael Moore, A Natural Law Theory of Interpretation, *Southern California Law Review* (1985) 58, 277–298.

25 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.3.

ditev o ločljivosti prava in morale (glej niže, § 4). Nekoga bi torej lahko opredelili kot naravnopravnika, že če v takšni ali drugačni različici (to so opredelitvena vezanost, prepoznavnostna vezanost, utemeljitvena vezanost ali razlagalna vezanost) sprejema trditev o nujni zvezanosti prava in morale. Da bi bolje razumeli naravnopravniško stališče, je zato po drugi strani treba vzeti v obzir tudi njegov teoretični, metodološki in ideološki vidik – četudi jih naravnopravniški avtorji sami redko kdaj razločijo.

3.1 Naravnopravniška teorija

Glede na skupek teorij (zgolj spoznavnih naukov o pravu) ali filozofij (te so tudi normativni nauki za določeno kakovost prava), ki so v naravnopravništvu dejansko sprejete, lahko rečemo, da so njihov predmet odnosi med pravom in moralo in da pogosto pomenijo le neko obliko filozofij pravičnosti. Ob tem je treba spomniti, da se je naravnopravniško izročilo skozi stoletja razvijalo predvsem v obdobjih in kulturah, ki niso razlikovale med pravom in moralo ter med sodbami o dejstvih in vrednostnimi sodbami. Kar se tiče nerazlikovanja med pravom in moralo (to nerazlikovanje je značilno za antične in nezahodne kulture), naj bo dovolj omemba, da se v grški filozofiji ta dva pojma označujeta z enim in istim izrazom, tj. s starogrškim *dikaion* (dobesedno: pravično, pravičnost). Zaradi tega je njuno razlikovanje zelo oteženo, vendar strogo gledano ni nemogoče; najprej sofisti, nato pa Aristotel, na primer, med njima razlikujejo tako, da govorijo o naravno pravičnem (strgr. *dikaion fusei*) in umetno pravičnem (strgr. *dikaion thesei*).

Kar se tiče razlikovanja med sodbami o dejstvih in vrednostnimi sodbami ter, bolj splošno, med opisnimi trditvami in normami, pa je to v antični misli skoraj nepoznano. Celó v novem veku je med drugimi naravnopravnik, filozof in logik Gottfried Leibniz, ki je bil sodobnik Davida Hume-a, obravnaval norme tako kot opisne trditve. Leibniz jih je obravnaval enako, ker naj bi šlo v obeh primerih za sodbe ali za pripisovanje lastnosti določenemu bivajočemu – pri tem pa je prezrl razliko med fizičnimi lastnostmi (kot sta lahko in težko) in etičnimi lastnostmi (kot sta pravično in nepravično). V obdobjih in kulturah, ki ne razlikujejo med sodbami o dejstvih in vrednostnimi sodbami, je seveda lažje trditi tako to, da so druge ravno tako objektivne kot prve, kakor tudi to, da se iz sodb o dejstvih lahko izpeljujejo vrednostne sodbe – kar je začel zavračati šele David Hume.²⁶ Še danes večina moralnih filozofov med drugim priznava objektivnost vrednostnih sodb: to velja vsaj za *debele* (angl. *thick*) etične lastnosti, kot sta pogumnost in ponižnost, če ne tudi *tanke* (angl. *thin*) etične lastnosti, kot sta dobro in pravičnost.²⁷

26 Podrobneje o tem Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.3.

27 Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (1985); v ital. prevodu: *L'etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, Laterza, 1987, pogl. 8.

Naravnopravništvo je predvsem neka filozofija pravičnosti. Obravnava *zakonito* ali *izravnalno* (komutativno) pravičnost (dati enako za enako kot v pogodbah ali pri izrekanju kazni za kazniva dejanja) in *politično* ali *razdeljevalno* (distributivno) pravičnosti (ta se nanaša na enako ali pravično razdeljevanje dobrin). Oba pojma pravičnosti očitno predpostavljata idejo (formalne) enakosti: enako obravnavaj enake primere, različne primere pa obravnavaj različno. To bi lahko imenovali tudi *pojmem* pravičnosti ali skupno jedro vseh pojmovanj pravičnosti.²⁸ Ob tem je enakost splošen in formalen pojem, ki dopušča različna vsebinska *pojmovanja*, od katerih bolj podrobno vsako nekoliko drugače opredeli, kaj pomeni enakost. Ta pojmovanja so ponazorjena s prav toliko obrzci pravičnosti, na primer: »vsakomur po zasluženju«, »vsakomur po njegovih potrebah«, »vsakomur glede na njegov položaj«, »vsakomur, kolikor mu je usojeno« in podobno.²⁹ Brez potrebe je dodatek, da se nesoglasja porajajo ob pojmovanjih pravičnosti in ne ob pojmu pravičnosti.

3.2 Naravnopravniška metodologija

Z *metodološkega* vidika, ki se ozira na izbiro postopka, po katerem se razvija pravne teorije ali filozofije, se je naravnopravništvo v zgodovini močno spreminjalo, čeprav je tudi tu mogoče ob razlikah najti nekaj skupnega. Skupno je, da vsi naravnopravniki razvijajo normativne filozofije pravičnosti. Pravičnost je ob tem razumljena kot objektivna kakovost ravnanj, okoliščin ali norm, zaradi česar se te normativne filozofije same predstavljajo kot tudi (ali celo zgolj) spoznavne teorije ali nauki o pravičnosti. Če naravnopravnike združuje kak način postopanja, četudi ta ostaja neobelodanjen, potem je zanj značilno to, kako malo pomena pripisujejo veliki delitvi na spoznavanje in vrednotenje ter na opisne trditve in norme. Po njihovem gre v obeh primerih gre za oblikovanje tako ali drugače *objektivnih* sodb (pripisov lastnosti določenemu bivajočemu), zato postane zanje drugotnega pomena vprašanje, ali so te sodbe resnične ali neresnične kot v primeru opisnih trditev ali so pravične ali nepravične kot v primeru norm.

Razlike se, na drugi strani, pokažejo s primerjavami med postopanjem staroveškega (in srednjeveškega) naravnopravništva in racionalnega naravnopravništva novega veka (in sedanjosti). Značilno – brez ozira na mnoge izjeme – je glavna razlika v naslednjem:³⁰ *Staroveški* naravnopravniki, kot so grški filozofi, rimski juristi in krščanski teologi, so sodbe o pravičnosti pretežno izražali s sklicevanjem na naravo stvari. Vsaka stvar naj bi namreč imela svojo naravo in svojo vrednost. Svet so razumeli kot kozmos, tj. urejeno in sklenjeno celoto

28 Glej Hart 2002 (op. 9), 187–188.

29 Tako že Alf Ross, *On Law and Justice* (1958); v ital. prevodu *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, 254–266.

30 Glej Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (1968), Paris, PUF, 2003.

vseh stvari, ki ima hkrati svoj fizični in etični red. Pravičnost tu pomeni dati vsakomur svoje (lat. *suum cuique tribuere*) z uporabo neke vrste napeljevalnega (induktivnega) sklepanja in zaključujoč s posamičnih primerov na splošno. Konkretno pa gre za dajanje različnih dobrin neizogibno različnim ljudem – glede na to, ali so svobodni ali sužnji, moški ali ženske, patriciji ali plebejci in tako naprej.

Novoveški pravni racionalisti, predvsem pa racionalistični ali celo voluntaristični pravniki in filozofi med sedemnajstim in osemnajstim stoletjem, so sodbe o pravičnosti izražali s sklicevanjem na človeški razum kot tisto naravo človeka, ki je tega že po mnenju starih v Antiki ločevala od živali. V svetu, ki se ga ne dojema več kot končni kozmos, ampak kot brezkončno vesolje,³¹ zdaj razlikujejo med dejstvi (tj. učinkujočimi vzroki) in vrednotami (kot Aristotelovimi končnimi vzroki). Fizični svet je sestavljen iz dejstev, vrednote pa v svet preslikuje človeški razum.³² Ob tem so vrednote še vedno objektivne, kakor je objektivni tudi človeški razum. Vrednote so resnice – samoumevne vsakomur, ki je obdarjen z razumom. Pravičnost jim tu še vedno pomeni dati vsakomur svoje – so pa zato zdaj ljudje obravnavani kakor enaki v tem smislu, da imajo isto vrednost, sodbe o pravičnosti pa se oblikujejo z izpeljevalnim (deduktivnim) sklepanjem s splošnega na posamično: posamezne rešitve so torej izpeljane iz splošnih načel.

3.3 Naravnopravniška ideologija

Z *ideološkega* vidika, tj. v oziru na različne ideologije ali, bolje, aksiologije (oz. filozofije vrednot), ki jih je naravnopravništvo dejansko utrjevalo, lahko rečemo, da so naravnopravniki zagovarjali vse in nasprotno od vsega. S tega vidika naravnopravništvo ne tvori neke morale, ampak daje določeno pojmovanje morale: tj. objektivistično pojmovanje morale. Dejansko so naravnopravniki skozi stoletja zagovarjali – pri tem pa obravnavali kot enako objektivne – najrazličnejše moralne filozofije vrednot (aksiologije) in najbolj nasprotujoče si politične filozofije: religiozne ali laične, liberalne ali totalitarne, predvsem pa bolj ali manj naklonjene splošni dolžnosti spoštovanja prava. Medtem ko je bilo izvirno krščansko naravnopravništvo, ki ga je predstavljal še Avguštin, prej pripravljeno dopustiti nespoštovanje nepravičnega prava, to srednjeveško naravnopravništvo, ki ga predstavlja Tomaž Akvinski – in današnje tomistično novo naravnopravništvo Johna Finnisa – dopuščata le v izrednih primerih; navadno pa sprejemata splošno predpostavko pravičnosti prava in njegove moralne obveznosti.

31 Alexandre Koyré, *From the Closed World to the Infinite Universe*, Baltimore, John Hopkins Press, 1957.

32 Tako tudi v sedanosti Paul Grice, *The Conception of Value* (1983), Oxford, Clarendon, 1991.

Po novem, povojnem naravnopravništvu Radbrucha se je v zadnjih desetletjih porodila težnja k odmiku od vseh naravnopravniških pristopov in celo k opustitvi rabe izraza 'naravno pravo'. Dejansko se tudi tisti sodobni pravni filozofi, ki najbolj očitno prevzemajo naravnopravniška stališča, navadno izogibajo govora o naravnem pravu. Tu mislim posebej na novoustavnike, ki se nagibajo k temu, da se nesoglasja med naravnopravništvom in pravnim pozitivizmom obravnava kot vprašanje, ki je v sodobni ustavni državi preseženo. Če se že morajo opredeljevati, se izrekajo za ne-pozitiviste.³³ Kot kažejo novoustavniki sami (s tem, da v različnih oblikah navadno prevzemajo trditve o zvezanosti prava in morale) in kot kaže Rawlsova filozofija pravičnosti (ta brani posodobljene oblike etičnega objektivizma), pa je naravnopravništvo še vedno bolj živo kot kdaj koli prej – pri tem pa nadaljuje stoletno razpravo s pravnim pozitivizmom.

4 PRAVNI POZITIVIZEM

Izraz 'pravni pozitivizem' (nem. *Rechtspositivismus*), ki so ga skovali konec devetnajstega stoletja po vzoru 'filozofski pozitivizem' (nem. *Positivismus*),³⁴ ima več pomenov. Kot bomo podrobno videli v tem poglavju, lahko pomeni določen skupek teorij (pozitivistično teorijo), lahko pomeni postopkovno izbiro v prid vrednostno neopredeljenega spoznavanja prava (pozitivistično metodologijo), ali pa pomeni normativno držo, po kateri je treba pozitivno pravo kot tako vedno spoštovati (pozitivistična ideologija). Preden to razlikovanje obravnavamo, moram izpostaviti še značilna tri pozitivistične stališča – upoštevajoč, seveda, da so zgolj značilna, ne pa tudi nujno prisotna pri vseh pravnih pozitivistih. Kot prej gre tudi tokrat za stališča, ki se nanašajo: prvo na odnose med pravom in moralo, drugo na objektivni ali subjektivni značaj vrednostnih sodb, tretje pa na teorijo pravnega razlaganja.

Pravni pozitivizem:

- (1) *Trditev o ločljivosti prava in morale*: moralno nepravilno pravo je še vedno pravo; povezovanja prava in morale so samo priložnostna, slučajna, in ne nujna.
- (2) *Etični subjektivizem*: vrednostne sodbe so samo subjektivno pravične; niti niso resnične ali neresnične niti ne objektivno pravične ali nepravilne.
- (3) *Mešana teorija razlaganja*: obstajajo lahki in težki primeri; v prvih izražajo zakonske določbe eno samo normo, v drugih izražajo več kot eno normo.

33 Glej Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992); v ital. prevodu: *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, 3–4.

34 Vendar prim. Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, 37.

Prvo stališče – tj. trditev o ločljivosti (1), ki jo je konec petdesetih let dvajsetega stoletja tako ubesedil Hart sprejemajoč trditve Johna Austina iz devetnajstega stoletja³⁵ – je bila v zadnjih letih predmet različnih razlag (glej niže, § 7). Njihovo številčnost se uporablja kot protiargument temu, da je trditev (1) skupna vsem pravnim pozitivistom, in kot razlog, da se trditev o ločljivosti (1) kot značilno trditev pravnopozitivističnega izročila nadomesti s trditvijo o družbenih virih prava, ki jo je postavil Joseph Raz. Ob tem, da trditev o družbenih virih prava odpira med seboj še bolj različne si razlage, je samo nadaljevanje pozitivistične razprave o pomenu, ki naj se ga pripisuje trditvi o ločljivosti (da ne omenjam očitkov, ki jo vanjo usmerjajo novi naravnopravniki in novoustavniki), pokazatelj, da je ta še vedno tvori jedro pravnega pozitivizma.³⁶

Odkar je Hart postavil trditev o ločljivosti, se ta predstavlja kot nasprotje vseh oblik naravnopravniške trditve o nujni zvezanosti prava in morale. Trditev o ločljivosti predvsem zanika nujno *opredelitveno* zvezanost: pravo in morala s svojima opredelitvama dejansko nista povezana, moralno nepravilno pravo pa se še vedno imenuje pravo. Še več, drugega izraza za njegovo poimenovanje sploh ni.³⁷ Trditev o ločljivosti nato zanika tudi nujno *prepoznavnostno* zvezanost: vsaj od uzakonjevanja namreč uporabno pravo prepoznavamo na podlagi virov in ne na podlagi pravičnosti. Trditev o ločljivosti zanika tudi nujno *utemeljitveno* zvezanost: zakoni in sodne odločitve so utemeljeni na podlagi samega prava in ne na podlagi morale. Končno pa trditev o ločljivosti zanika tudi nujno *razlagalno* zvezanost: pravo razlagamo po tem, kar to samo predpisuje, in ne po morali.

Naj opozorim, da Hart sam (še danes pa zagovorniki zaprtega in normativnega pozitivizma)³⁸ ni zanikal *vsakršne* vezi med pravom in moralo, ampak je zanikal samo to, da bi bila pravo in morala nujno zvezana. Tako Hart in večina pravnih pozitivistov priznava nič koliko *priložnostnih* (ne nujnih) povezav med pravom in moralo. Po njihovem mnenju je pravo priložnostno zvezano tako s *pozitivno moralo*, ki je v neki skupnosti dejansko upoštevana, kot tudi s *kritično moralo*, ki jo filozofi oblikujejo, da bi prvi oporekali.³⁹ Predvsem pa drži, da pravo in morala vzajemno vplivata eno na drugo na najrazličnejše načine: dandanes je to na primer preko ustavnih načel. Samo zaprti pravni pozitivisti⁴⁰ zanikajo tudi priložnostno povezanost prava in morale. Njihovo zanikanje je

35 Glej John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832); v ital. prevodu: *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995, 228.

36 Nedavno tako Eugenio Bulgin, *El positivismo jurídico* (2006); v ital. prevodu: *Il positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2007, 69–81.

37 Norbert Hoerster, *Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, Juristische Schulung* (1987) 3, 27.

38 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.7.

39 Herbert L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford (Cal.), Stanford UP, 1963, 17–24.

40 Glej spet Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.7.

brez dodatnih pojasnil seveda neubranljivo. Edino, kar zanikajo vsi pravni pozitivisti, pa je tako trditev o nujni zvezanosti.

Drugo pozitivistično stališče – tj. (2), da vrednostne sodbe niso objektivne, ampak subjektivne oz. odvisne od posameznikov, ki presojujejo – je nasprotno enemu od naravnopravniških stališč: v tem primeru nasprotuje etičnemu objektivizmu. Etični subjektivizem pozitivistov na nek način izhaja iz objektivizma pravnega racionalizma, ki je spodkopaval starejše naravnopravniško prepričanje, da vrednote obstajajo v naravi, in utrjeval novejše, da te koreninijo v razumu. Ko se kasneje ugotovi še to, da ni splošnega, univerzalnega razuma in da obstaja le mnogo posameznikovih, individualnih razumov, postane subjektivizem neizogiben. Vendar so bili še očetje pravnega pozitivizma objektivisti. Jeremy Bentham in že omenjeni Austin – oba pravna pozitivista, saj sta zagovarjala trditev o ločljivosti – sta za objektivne štela vrednostne sodbe, oblikovane na podlagi koristnosti, ker je bila ta po njunem količinsko izmerljiva.

Etični subjektivizem se je uveljavil predvsem v prvi polovici dvajsetega stoletja. Takrat je 'etični subjektivizem' med drugim označeval vsakršno obliko etičnega skepticizma: od subjektivizma v pravem pomenu besede (vrednostne sodbe so subjektivne) do etičnega pluralizma (vrednote so objektivne, a številne, splošne in medsebojno nasprotujoče).⁴¹ Danes prevladujejo še posebej med novoustavniki, a tudi med samimi pravnimi pozitivisti, stališča, ki so nekje vmes med etičnim objektivizmom in etičnim subjektivizmom. Široko sprejet je na primer *etični konstruktivizem*, kakršnega najdemo v Rawlsovi filozofiji pravičnosti: vrednote naj bi bile objektivne, vendar naj ne bi *obstajale* v naravi ali bile *dane* z razumom, ampak naj bi se *gradile* (*konstruirale*) medosebno skozi razumno razpravljanje. Konkretno vrednostne sodbe, ki se nanašajo na določene primere, ostajajo neizogibno subjektivne, saj so plod prevajanja v življenje in tehtanja sicer objektivnih, a splošnih, številnih in vselej potencialno med seboj nasprotujočih si vrednot. Je pa zato mogoče o etičnih (tj. moralnih, političnih, pravnih) vrednotah doseči medosebno soglasje: in to soglasje je vse bolj trdno, bolj se od konkretnih vrednostnih sodb pomikamo k načelom in abstraktnim vrednostnim sodbam.⁴²

Kar se tiče tretjega stališča – tj. mešane razlagalne teorije (3), ki jo je kot prvi utrjeval Hart (po njej obstajajo lahki primeri, v katerih zakonske določbe izražajo samo eno normo, in težki primeri, v katerih zakonske določbe izražajo več norm) –, tega danes sprejema večina pravnih pozitivistov. V devetnajstem stoletju pa so bili, še posebno takoj po razmahu uzakonjevanja, pravni pozitivisti usmerjeni formalistično: menili so, da imajo zakonske določbe le po en pomen. V teku dvajsetega stoletja je po drugi strani mnogo pozitivistov branilo tudi oblike zmerne razlagalnega skepticizma. Kelsen, ki tako rekoč po antonoma-

41 Glej Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, posebej 157–182.

42 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.6.

ziji predstavlja pravnega pozitivista, je trdil, da vsaka določba postavlja samo en pomenski okvir (nem. *Rahmen*), iz katerega razlagalec izbere tisto normo, ki naj se uporabi. Pri tem je (diskrecijska) moč proste presoje večja v primeru zakonodajalca, ki uporablja ustavo, in manjša v primeru sodnika, ki uporablja zakon.⁴³

Seveda niso razlike med različnimi oblikami pravnega pozitivizma nič manjše od razlik med različnimi oblikami naravnopravništva. To bo bolj opazno zdaj v nadaljevanju, ko bomo tako kot Norberto Bobbio razločili pozitivistično teorijo, pozitivistično metodologijo in pozitivistično ideologijo.⁴⁴ Moram pa opozoriti na eno razliko in eno podobnost v oziru na Bobbiovo trodelbo. Razlika: Bobbio je pozitivistično metodologijo postavil pred pozitivistično teorijo – ker oblikovanje teorije logično predpostavlja posvojitev določene metode –, tu pa bomo, nasprotno, pozitivistično teorijo postavili pred pozitivistično metodologijo – ker razvoj metodologij zgodovinsko sledi oblikovanju teorij. Podobnost: že za Bobbia so bili teorija, metodologija in ideologija le vidiki ali zorni koti, iz katerih je mogoče opazovati vsakršno doktrino, in torej tudi pravni pozitivizem.

4.1 Pravnopozitivistična teorija

V *teoretičnem* oziru zagovarja pravni pozitivizem, ki ga njegovi kritiki imenujejo *pravni formalizem*, celo vrsto teorij (zgolj spoznavnih teorij) in filozofij (te so tudi *normativne*), ki so jih v devetnajstem stoletju sprejemale šole predvsem nemških, francoskih in angleških avtorjev, kot so na primer francoska eksegetična šola, nemška zgodovinska šola in angleški utilitarizem. Pozitivistično teorijo tako sestavljajo nauki, ki nosijo različna imena: v Angliji je to angl. *general jurisprudence*, katere glavni predstavnik je v dvajsetem stoletju Hart; v Nemčiji je to splošna teorija prava (nem. *Allgemeine Rechtslehre*), katere največji dedič je v dvajsetem stoletju Kelsen. Vse njihove trditve so si presenetljivo podobne, čeprav na eni strani izhajajo iz *common law* sistema, na drugi pa iz *civil law* sistema, predvsem pa se vse nanašajo na pozitivno (postavljeno) pravo, ne pa na pravičnost in (z izjemo Harta) na razmerja med pravom in moralo.

Pozitivistično teorijo lahko opredelimo le tako, da nanizamo njeno trditveno podlago: tj. trditev o *pozitivnosti* ('pravo' naj bi pomenilo le pozitivno, postavljeno pravo); trditev o *normativnosti* ('pravo' naj bi bile norme kot pomeni določil, ki so zmožni usmerjati ravnanja); trditev o *prisilnosti* (pravne norme naj bi se razlikovale od moralnih po tem, da so sankcionirane in vsekakor prisilne oz. takšne, da so naslovniku vsiljene tudi proti njegovi volji); trditev o *državnosti* (pravne norme naj bi proizvajala samo država); trditev o *sistemsosti* (pravne norme naj bi tvorile urejene množice); trditev o *skladnosti* (pravni sistemi

43 Tako že Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934); v ital. prevodu: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, 117–130.

44 Glej Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1972, 101–126.

naj ne bi bili protislovni);⁴⁵ trditev o *popolnosti* (pravni sistemi naj ne bi imeli praznin);⁴⁶ *razlagalni formalizem*, po katerem imajo pravne določbe samo en pomen in omogočajo rešiti vse primere; trditev o *znanstvenosti* (pravna doktrina naj bi bila ena od znanosti).⁴⁷

Te trditve naj bi bile splošno veljavne – veljale naj bi za vsako pravo v katerem koli obdobju in v kakršni koli kulturi –, vendar se v resnici nanašajo predvsem na pravo evropske pravne države (nem. *Gesetzstaat*) med devetnajstim in dvajsetim stoletjem.⁴⁸ Glavni vir tega prava je (navaden) zakon. Po uzakonitvah je bilo pravo pozitivizirano, utesnjeno na zakonike in na posebne zakone, s tem pa na množico izrecnih norm, ki so izražene v številnih določbah. Šteje se, da so norme obvezne (za državljane) in uporabne (za sodnike), le če so sankcionirane. Proizvaja in z močjo podpira jih lahko samo država. Množico zakonskih norm, ki jih sodniki uporabljajo bolj ali manj mehansko, pojmuje doktrina, ki jih preučuje, kot sistematično urejeno celoto. Da je sistem skladen (brez protislovij) in popoln (brez praznin), se šteje tudi zato, ker velja sama doktrina, ki sistem gradi, za znanost.

4.2 Pravnopozitivistična metodologija

V *metodološkem* oziru je pravni pozitivizem oznamovan s trditvijo, da je pravo treba preučevati znanstveno in vrednostno neopredeljeno, s tem pa oblikovati le (spoznavne) teorije, ne pa tudi (normativnih) filozofij. Pravnopozitivistična metodologija je tista, ki daje danes najbolj razširjeno razlago trditve o ločljivosti, izhajajoče iz velike ločitve med spoznavnim in normativnim, kakor jo je začrtal že Hume,⁴⁹ sprejemala pa sta jo tudi Bentham in Austin, še preden jo je ubesedil Hart. Bentham je ločil razlagalno pravoslovje (angl. *expository jurisprudence*), ki pravo opisuje takšno, kakršno je, in ocenjevalno pravoslovje (angl. *censory jurisprudence*), ki predpisuje, kakšno bi pravo moralo biti (ali kakšna bi morala biti morala).⁵⁰ Austin pa je trdil, da »je obstoj prava eno, njegove odlike ali slabosti pa so nekaj drugega«.⁵¹ To trditev potem izrecno prevzame Hart, ko več kot stoletje kasneje ubesedi trditev o ločljivosti.

Pozitivistična metodologija za svojo vzame trditev o vrednostni neopredeljenosti vseh znanosti, ki jo je v prvi polovici dvajsetega stoletja oblikoval Max

45 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 4.6.

46 Glej Barberis 2011 (op. 2), pogl. 4.7.

47 Podrobeje Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.5.

48 Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932); v ital. prevodu: *Legalità e legittimità* v Carl Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Bologna, Il Mulino, 1972, 211–212.

49 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.2.2.

50 Jeremy Bentham, *A Fragment on Government* (1776); v ital. prevodu: *Un frammento sul governo*, Milano, Giuffrè, 1990, 42–43.

51 Austin 1832 (op. 35), 228.

Weber: po njem se mora znanstvenik, če naj to ostane, vzdržati izražanja vrednostnih sodb.⁵² Ta metodološka zapoved se, med drugim, na pravnem področju nanaša na dve zelo različni obliki spoznavne dejavnosti: tj. na (posebno) doktrino in na (splošno) pravoslovje. Pravna *doktrina* (ta je posebna, ker se nanaša na italijansko, nemško ali angleško pravo) ne izpolnjuje povsem zapovedi o vrednostni neopredeljenosti, čeprav jo pravniki imenujejo kar pravna znanost. Da bi preučili *quid iuris* oz. da bi ugotovili, kaj predpisuje italijansko, nemško ali angleško pravo, morajo pravniki namreč razlagati njegova določila – razlaganje pa je dejavnost, ki je rahlo normativna.⁵³ Postopkovni zahtevi vrednostne neopredeljenosti z manjšimi težavami upošteva (splošno) pravoslovje, ki preučuje zgolj *quid ius* –⁵⁴ kaj je pravo v splošnem smislu besede.⁵⁵

4.3 Pravnopozitivistična ideologija

Po Auschwitzu so pravnopozitivistično ideologijo pogosto povezovali z normativno trditvijo, da naj bo pozitivno pravo obvezno, da naj ima zavezujočo moč in, skratka, da naj ga občani spoštujejo, sodniki pa uporabljajo. To trditev je v sedemnajstem stoletju postavil že Hobbes, in sicer v obliki *etičnega zakonodrstva* (etičnega legalizma): ker ni bolj objektivnega kazalca pravičnosti od državnega zakona, naj bi bilo pravo (oz. zakonodaja) vedno pravično prav takšno, kot je, zato pa bi moralo biti (skoraj) vedno tudi spoštovano. Upoštevajmo, da je Hobbes še vedno pisal o naravnem pravu in da se, strogo vzeto, etično zakonodrstvo na svoj način še vedno vpisuje v naravnopravništvo, saj med pravom in moralo vzpostavlja nujno vezanost. Ta gre v nasprotni smeri kot v naravnopravništvu, po katerem naj pravo prilagajamo morali; etično zakonodrstvo pa zahteva, da se morala prilagaja pravu.

Etično zakonodrstvo (legalizem) so v obdobju med devetnajstim in dvajsetim stoletjem ponovno prevzeli skoraj izključno pravni filozofi države *à la* Hegel in njihovi epigoni v dvajsetem stoletju, ki so bili pogosto filototalitaristi. Vendar se v pozitivistični teoriji, tudi v nemški, to pogosto sprevže v čisto *zakonodrstvo*, tj. v prepričanje, da uresničuje spoštovanje prava s strani državljanov in njegova uporaba s strani sodnikov nekatere splošno etične in posebno pravne vrednote: zakonitost, pravno varnost ter družbeni in mednarodni mir.⁵⁶ Te etične in pravne vrednote – v državah *civil law* sistemov nanje napotujejo izrazi, kot je 'pravna država' (nem. *Rechtsstaat*), v državah *common law* sistemov pa izrazi

52 Max Weber, *Gesammelte aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922); v ital. prevodu: *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, Mondadori, 1980, 309–375.

53 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.5.

54 Glej zgoraj, § 1.

55 Tako že Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1798); v ital. prevodu: *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1983, 33–34.

56 Glej Bobbio 1972 (op. 44), 125.

kot angl. *rule of law* (vladavina zakonov ali kar prava) – je tudi po Auschwitzu mogoče braniti, čeprav ne več v obliki neke (zgolj spoznavne) teorije prava, ampak le v obliki neke (tudi normativne) pravne filozofije.

To med drugim porodi vprašanje o razmerju med pozitivistično metodologijo in pozitivistično ideologijo, ki sta po mnenju pravnih realistov nezdružljivi. Problem pa vseeno ni neizbežen, saj – kot bomo kmalu videli v nadaljevanju, ko se vrnemo k obtožbi ideološkega pozitivizma, ki jo je Ross usmeril v Kelsena (glej niže, § 5.3), – obstajata dve možni razlagi načela vrednostne neopredeljenosti. Po prvi, močnejši razlagi so vrednostne sodbe resnemu znanstveniku prepovedane tudi zato, ker so močno subjektivne. Pozitivistična metodologija in pozitivistična ideologija sta zato resnično nezdružljivi. Po drugi, šibkejši razlagi pa so vrednostne sodbe dovoljene pod pogojem, da jih strogo ločimo od sodb o dejstvih. Znanstveniku nihče ne prepoveduje izražanja vrednostnih sodb, če jih le kot take predstavlja. Pozitivistična metodologija (v spoznavni teoriji ali nauku o pravu) in pozitivistična ideologija (v normativni filozofiji) sta tako povsem združljivi.

Medtem ko je od pozitivistične teorije ostala cela vrsta nauk, ki so jih pozitivisti že sami pogosto presegli, od pozitivistične ideologije pa normativna filozofija, ki jo danes v obliki čistega zakonodštva branijo prav normativni pozitivisti (glej niže, § 7.3), je sama pozitivistična metodologija najznačilnejši in najlažje ubranljivi vidik pravnega pozitivizma. Ta ostaja veljavni postopkovni vzor tudi za doktrino, čeravno je to razlagalna in zato rahlo normativna dejavnost. Predvsem pa ostaja glavni, če ne celo edini razlog v prid obstoja teorije prava. Če ta čemu koristi, potem koristi spoznavanju prava. Spoznavanje je pred vrednotenjem, saj je mogoče vrednotiti le nekaj, kar poznamo. Okoli pozitivistične metodologije se tako danes razvija zapletena razprava o pravni metodologiji.⁵⁷ Ta razprava se obrača v dve smeri, ki ju na kratko predstavljam v nadaljevanju: eno smer predstavlja novoustavniška težnja k opustitvi načela vrednostne neopredeljenosti (§ 6), drugo pa za pravni realizem značilna težnja k zaostrovanju tega načela (§ 5).

5 PRAVNI REALIZEM

Običajno dvodelbo na naravnopravništvo in pravni pozitivizem je v tekom dvajsetega stoletja zamenjala trodelba na naravnopravništvo, pravni pozitivizem in pravni realizem. Vsaj stoletje je preteklo, od kar so se tako zoperstavila pozitivistični teoriji ali pravnemu formalizmu⁵⁸ še različna protiformalistična

57 Glej Brian Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence* (2003), sedaj v Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford UP, 2007, 153–181.

58 Glej zgoraj, § 3.1.

gibanja: med njimi najbolj znana sta ameriški in skandinavski pravni realizem (§ 5.1 in § 5.2). Nobenega dvoma ni, da je pravni realizem zelo močno naperjen proti naravnopravništvu. Še zdaleč pa ni očitno, da bi bila njegova stališča drugačna od pozitivističnih: dejansko se na eni strani Ross kot pravni realist razglša za bolj pozitivističnega od Kelsena (temu očita kvazi-pozitivizem); na drugi strani pa sam Kelsen, kot smo že omenili,⁵⁹ svojo teorijo predstavlja kot »skrajno realistično«. Dvomi v razlike se le še okrepijo, če tudi pravni realizem opredelimo po zgoraj uporabljenem obrazcu treh stališč, kot smo to storili z naravnopravništvom in pravnim pozitivizmom.

Pravni realizem:

(1) *Trditev o ločenosti prava in morale*: moralno nepravilno pravo je še vedno pravo; med pravom in moralo obstajajo samo priložnostne, ne nujne povezave.

(2) *Etični subjektivizem*: vrednostne sodbe niso niti (ne)resnične niti objektivno (ne)pravične, ampak so zgolj subjektivno in celo čustveno pravične (etični emotivizem).

(3) *Razlagalni skepticizem*: v resnici ima vsak sodni primer več rešitev, vsaka zakonska določba ima več pomenov.⁶⁰

Zdi se, da se prva trditev pravnega realizma – tj. trditev o ločljivosti (1) – ujema s trditvijo (1) pravnega pozitivizma, a je v resnici od nje ostrejša. Pravo in morala sta za pravne realiste ločena, ne samo ločljiva. Beseda 'pravo' označuje objektivna dejstva, 'morala' pa subjektivne vrednote. Dejansko se pravni realisti, tako kot tudi pravni pozitivisti pred Hartom, nikoli niso ukvarjali z odnosom med pravom in moralo – razen v tem, da so jih izključevali, kot je to storil tudi Ross, ki je polovico svoje najpomembnejše knjige – *O pravu in pravičnosti* – posvetil razčlenjevanju pojma pravičnosti.⁶¹ Doktrina in teorija prava se morata ukvarjati z dejstvi, ne z vrednotami. Predvsem pa ne smeta vrednostno ocenjevati prava, saj bi takšno vrednostno ocenjevanje izražalo le čustva tistega, ki ocenjuje. Preučevanje odnosov med pravom in moralo se za pravne realiste lahko omejuje le na neko sociološko raziskavo o medsebojnih vplivih prava in morale, ali pa na jezikovno razčlenjevanje pomenov, ki jih nosita izraza 'pravo' in 'morala'.

Tudi drugo stališče – tj. etični subjektivizem (2) – vsebinsko združuje pravni realizem in pravni pozitivizem. Tako kot v prejšnjem primeru se zdi, da je edina razlika v njegovi moči. Medtem ko so vrednostne sodbe za pravne pozitiviste zgolj subjektivne, so za pravne realiste (posebno skandinavske realiste) te celo

⁵⁹ Glej zgoraj, § 2.3.

⁶⁰ Podrobneje Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.3.3.

⁶¹ Ross 1958 (op. 29).

čustvene in služijo samo izražanju posameznikovih čustev. Med Kelsenovo trditvijo, da je (absolutna) pravičnost »nerazumski ideal«,⁶² in Rossovo trditvijo, da je govor o pravičnosti enak udarcu po mizi s pestjo, dejansko obstaja neka družinska podobnost.⁶³ Če upoštevamo razvoj razprav o metaetiki (tj. objektivnosti ali subjektivnosti vrednostnih sodb), pa bomo ugotovili, da se pravni realizem in pravni pozitivizem en od drugega na koncu oddaljujeta. Medtem ko si je, na primer, nemogoče zamisliti nek normativni pravni realizem, danes že obstaja normativni pravni pozitivizem (glej niže, § 7.3); k metaetičnemu objektivizmu pa so se vrnili tudi še pozitivisti nekaterih drugih šol.

Tretje stališče, ki se nanaša na teorijo o razlaganju – tj. (3) razlagalni skepticizem (vsak sodni primer ima več rešitev, vsaka zakonska določba ima več pomenov) – je tako edino, po kateri pravni realizem razlikujemo od pravnega pozitivizma. Tudi tukaj pa razlika v resnici ni absolutna, ampak je le relativna. Kot že rečeno imamo na strani pravnega pozitivizma tako formaliste (sem spada vsa pozitivistična teorija iz devetnajstega stoletja) kot zmerne skeptike (tak je Kelsen); večina pozitivistov pa šele danes soglaša z mešano razlagalno teorijo po Hartu. Tako je razlika opazna le z brega pravnih realistov: vsi pravni realisti namreč sprejemajo razlagalni skepticizem. Če sem še bolj natančen, nekateri severnoameriški in evropski pravni realisti utrjujejo skrajni skepticizem, po katerem naj bi bilo pravo tisto, kar ustvarjajo sodniki. Veliko drugih realistov (bodisi ameriških ali skandinavskih) pa utrjuje zmerni skepticizem. Italijanski realisti danes, na primer, prevzemajo Kelsenovo teorijo pomenskega okvira. Po njej sodnik prava ne ustvarja, pač pa skupaj z zakonodajalcem sodeluje pri njegovemu proizvajanju tako, da norme izbira iz pomenskega okvira zakonskih določb.⁶⁴

Kot lahko vidimo, pravnega realizma ni težko ločiti od naravnopravništva in novoustavnštva: to sta filozofiji prava (ki sta tudi normativni) in ne pravni teoriji (ki bi bili zgolj spoznavni). Pravni realizem se nadalje lahko loči tudi od normativnega pravnega pozitivizma, ki je tako kot naravnopravništvo filozofija prava (in torej tudi normativen). Težko pa je pravni realizem razlikovati od pozitivistične metodologije, pri kateri gre za (zgolj spoznavno) teorijo prava. Od pozitivistične metodologije se pravni realizem loči samo po razlagalnem skepticizmu.⁶⁵ Če je pravni realizem samostojni nauk, je to le zahvaljujoč teoriji o razlaganju. Glede vseh ostalih vprašanj pa predstavlja, kot smo videli, le neko strožjo različico pravnega pozitivizma. Vse skupaj bo vsekakor bolj jasno, ko

62 Hans Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit* (1960); v ital. prevodu: *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 1975, 66.

63 Ross 1958 (op. 29), 259.

64 Glej Ricardo Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, *Ragion pratica* (2001) 17, 43–52.

65 Glej Brian Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered* (2001), sedaj v Leiter 2007 (op. 57), 59–80.

bomo tudi pravni realizem obravnavali v običajnih treh pogledih: tj. v teoretičnem, metodološkem in ideološkem pogledu.

5.1 Pravnorealistična teorija

S *teoretičnega* vidika je pravni realizem skupina šol in doktrinarnih tokov, ki prednost na različne načine dajejo "znanstvenemu" pristopu k spoznavanju prava, osrednjo vlogo pa namenjajo vprašanju njegovega razlaganja. To dvojje povezuje vsaj tri šole. Tak je skandinavski pravni realizem: tako je poimenovan po trditvi o realnosti (poznavanje sveta naj bi bilo človeškemu razumu dostopno neposredno, brez posredovanja pojmov), ki jo je v prvi polovici dvajsetega stoletja zagovarjal moralni filozof Axel Hägerström. Potem je tu ameriški pravni realizem: ta je deloval v Združenih državah v tridesetih in štiridesetih letih prejšnjega stoletja, ime pa je dobil zaradi svoje kritike pravnih fikcij, kakršna je tista, da sodniki ne ustvarjajo prava.⁶⁶ Nazadnje je v tem sklopu še nekaj sodobnih celinskih tokov: taka je na primer genovska šola, katere ustanovitelj Giovanni Tarello je utrjeval neko skrajno obliko razlagalnega skepticizma.⁶⁷

Realistične teorije ne obravnavajo le držav s sistemi *common law*, kjer je že od Benthama naprej sprejeto, da sodniki ustvarjajo pravo (severnoameriških pravnih realistov se v resnici spominjamo po neki veliko bolj izzivalni trditvi: tudi zakonsko pravo (angl. *statute law*) naj bi bilo razlagalni proizvod sodnikov).⁶⁸ Realistične teorije obravnavajo tudi celinske države, kakršne so skandinavske države, katerih pravo je med *common law* in *civil law* sistemom, ali Italijo, kjer so se vrstili desetletja dolgi spori med politiko in sodstvom. Predvsem pa preučujejo te teorije – z uporabo ne le pravnih, ampak tudi socioloških, politoloških in ekonomskih orodij – nek pojav, ki že dve stoletji zanima ves zahodni svet. Gre za takšno krepitev zahtev po pravnem urejanju, da ji sami nacionalni parlamenti ne uspejo zadostiti, ne da bi jim pri tem pomagali naddržavni dejavniki, kakršna je Evropska unija, ali poddržavni dejavniki, kakršne so regionalne oblasti, javne uprave in, seveda, sodniki.⁶⁹

Že uzakonjanje je bilo dejansko plod potrebe po nekem pravu, ki bo lažje spremenljivo, kot pa so običaji, sodna praksa in doktrina: tj. zakon. Protiformalistična gibanja, ki jih pravni realizem nadaljuje (pojavi se, ko zakoniki konec devetnajstega stoletja postajajo zastareli), napadajo pozitivistično

66 Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism* (1930), sedaj v Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, 42–76.

67 Glej Letizia Gianformaggio, *Realismi giuridici italiani*, v Paolo Comanducci, Ricardo Guastini (ur.), *Analisi e diritto 1991*, Torino, Giappichelli, 1991, 159–176. Glej tudi Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.3.3.

68 John C. Gray, *The Nature and Sources of Law* (1909; 1921), Aldershot, Dartmouth, 1997, 78–79.

69 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972); v ital. prevodu: *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977, 155.

teorijo, posebej pa njeno dogmo o popolnosti.⁷⁰ Dvajseto stoletje je potem – z vstopom množic na politični parket, z velikimi totalitarizmi, s poseganjem države v gospodarstvo in končno z razvojem ustavne države – priča naraščanju števila zakonov na eni strani in pomembnosti sodne prakse na drugi. Ni naključje, da prav pozitivizem dvajsetega stoletja mirno prenaša sodno ustvarjanje prava: novoustavniško trditev, da načela pravo postavljajo moralne omejitve, današnji pozitivisti na primer zavračajo z utrjevanjem, da načela le širijo (diskrecijsko) polje sodnikove proste presoje.⁷¹

5.2 Pravnorealistična metodologija

Z *metodološkega* vidika pravni realizem ostri postopkovno načelo pravnega pozitivizma o vrednostni neopredeljenosti spoznanja: tudi pri vrednostno najbolj neopredeljenih pozitivistih išče ideološke ostanke in napada njihovo spogledovanje z naravnopravništvom. Kot smo že videli, je Ross takšno kritiko uperil v teorijo o veljavnosti, ki jo je oblikoval njegov starejši dunajski profesor Kelsen⁷² – oče teorije, ki se imenuje “čista” tudi zato, ker se ne želi vrednostno opredeljevati. Ko Ross Kelsena obtoži kvazi-pozitivizma (ker naj bi državljanom prikrito predpisoval spoštovanje zakonov, sodnikom pa njihovo uporabo), s tem *pravni* pozitivizem pravzaprav poistoveti s *filozofskim* pozitivizmom: tj. z metodologijo iz devetnajstega stoletja, po kateri naj bi bilo vsako spoznanje izkustveno (empirično), izhajajoče iz opazovanja in preizkušanja, predvsem pa naj bi poznalo zgolj dejstva, ne pa vrednot – četudi so te pozitivne ali objektivne tako kot veljavne norme.

Poleg tega, da so ti očitki neprizanesljivi in bolj navdahnjeni z lovom na marksistične ideologije kot z analitično filozofskim načelom razlagalne dobrohotnosti, porajajo tudi dvom v samo načelo vrednostne neopredeljenosti. Kot že rečeno,⁷³ se to lahko razume v manj odrekajočem smislu, kot pa so menili pravni realisti. Ne torej v smislu, da so vrednostne sodbe prepovedane, ampak v tistem smislu, po katerem moramo te strogo ločiti od sodb o dejstvih. V resnici znanstveniku nihče ne prepoveduje, da se vzdrži vrednostnih sodb pri oblikovanju pravne teorije (kot zgolj spoznavne dejavnosti) in da te izraža pri oblikovanju filozofije prava, ki je tudi normativna dejavnost. Seveda ni prav nič narobe z zagovarjanjem vrednot, v katere verjamemo. Po takšni razlagi načela vrednostne neopredeljenosti je pomembno le to, da sodbe o dejstvih ostanejo strogo ločene od vrednostnih sodb; da torej v sodbah o dejstvih nihče ne tiho-tapi svojih vrednot.

70 Podrobneje Barberis 2011 (op. 2), pogl. 4.7.

71 Raz 1979 (op. 34), 75.

72 Glej zgoraj, § 2.3.

73 Glej zgoraj, § 4.3.

5.3 Pravnorealistična ideologija

Z *ideološkega* vidika se končno zdi, da pravnemu realizmu ni mogoče očitati ideološkosti, in to niti na podlagi napadov, ki so bili z njegovega mesta sproženi na Kelsenov pravni pozitivizem. V resnici se je pogosto opozarjalo na sum, da je pravni realizem ideologija v prid proste presoje sodnikov. Genaro Carrió, na primer, je kot zagovornik mešane razlagalne teorije trdil, da danes že stara razprava o tem, ali sodniki ustvarjajo pravo, v sebi skriva vrednostno nestrinjanje o primernosti takšnega ustvarjanja⁷⁴ – kakor da bi formalisti temu ideološko nasprotovali, skeptiki pa bi bili temu ideološko naklonjeni. Čeprav so bili protiformalisti v prvem delu dvajsetega stoletja naklonjeni sodniškemu ustvarjanju prava, pa za današnje pravne realiste to ne drži več. Ti so ne le pogosto sovražni do sodnega ustvarjanja prava,⁷⁵ ampak navadno podajajo povsem spoznavne teorije razlaganja.

Z *ideološkega* vidika kaže pravni realizem kvečjemu nasprotno pomanjkljivost: s prevzemanjem emotivističnega stališča iz metaetike prve polovice prejšnjega stoletja poskuša pravni realizem očrtniti vsakršno normativno razpravljanje kot izraz osebnih čustev. To velja tudi za najbolj pretanjene razprave v sodobni normativni etiki, ki jim je Ross dal celo osnovo za razlikovanje pojem/pojmovanje. Z zelo podobnimi razlogi se pravni realizem, prenešen na novoustavniška vprašanja o ustavnem razlogovanju in tehtanju načel,⁷⁶ nagiba k takšni obravnavi njihovega razumevanja, kot so jo imeli kritiki ideologije:⁷⁷ namesto neizogibnega pluralizma vrednot je treba videti preprosto skrivanje sodniškega hrepenenja po oblasti.

Zdi se, da je pravni realizem s kritiko pozitivistične teorije in še posebej razlagalnega formalizma prej le poglobil pozitivistični nauk, kot pa res oblikoval alternativno. Samo pomislimo na teorije razlaganja osrednjih pravnopozitivističnih avtorjev: Kelsen in Hart sta utrjevala nekaj (eden zmerni skepticizem, drugi pa mešano teorijo), kar bi se še konec devetnajstega stoletja zdelo protiformalistično. Zato je mogoče, da danes mnogi pravoslovci, ki se ukvarjajo s vprašanji blizu pravnemu realizmu (na primer z razlaganjem in z razlogovanjem), stare delitve štejejo za že presežene. To velja za delitev na realizem in pozitivizem, pa tudi za delitev na naravnopravništvo in pozitivizem. Takšno je

74 Genaro Carrió, *¿Los jueces crean derecho?*; v ital. prevodu: *I giudici creano diritto?*, v Uberto Scarpelli (ur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976.

75 Giovanni Tarello, *Tecniche interpretative e referendum popolare*, v Giovanni Tarello (ur.), *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1978, 329–347.

76 Glej Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.5. in 5.6.

77 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992); v ital. prevodu: *Fatti e norme*, Milano, Guerini, 1996, 199.

vsaj stališče mnogih teoretikov pravnega razlogovanja.⁷⁸ Predvsem pa se zdi, da je takšno stališče tistih avtorjev, ki jih združujemo pod oznako novoustavnštva.

6 NOVOUSTAVNIŠTVO

Danes obstaja cela skupina pravnih teorij (zgolj spoznavnih) in filozofij prava (tudi normativnih), ki jo včasih imenujejo ne-pozitivizem,⁷⁹ drugič ustavnštvo ali konstitucionalizem,⁸⁰ ali pa še raje *novoustavnštvo* (neokonstitucionalizem).⁸¹ Novoustavnštvo se predstavlja kot tista teorija, ki bolje razloži, in tista filozofija, ki bolje utemeljuje pravo sodobne ustavne države (nem. *Verfassungsstaat*):⁸² tj. pravo, ki je po mnenju novoustavnikov precej drugačno od prava zakonske države devetnajstega in prve polovice dvajsetega stoletja. Medtem ko ima zakonska država gibko ustavo, ki jo je vedno mogoče spremeniti z navadnimi zakoni, ima ustavna država togo ustavo, zajamčeno z nadzorom ustavnosti zakonov in sestavljeno predvsem iz načel, kakršna so tista, ki polnijo listine človekovih pravic in navdihujejo celotno zakonodajo. Tisti avtorji, ki jih lahko označimo za novoustavnike, dejansko sprejemajo vsaj tri stališča: kot zgoraj se tudi ta nanašajo na razmerja med pravom in moralo, na metaetiko in na razlaganje.

Novoustavnštvo:

- (1) *Trditev o zvezanosti prava in morale*: pravo je zvezano z moralo, in to še posebej v ustavni državi.
- (2) *Etični objektivizem*: vrednostne sodbe so objektivno pravične ali nepravične.
- (3) *Razlagalni formalizem*: vsak sodni primer ima eno samo pravilno oz. pravično rešitev.⁸³

Pri prvi trditvi, tj. (1) o zvezanosti prava in morale, ne gre spregledati, da je v njej uporabljen le izraz 'zvezanost' brez dodatkov nujno ali priložnostno. Med naravnopravniško nujno zvezanostjo in pravнопозитivistično priložnostno zvezanostjo se novoustavniki navadno nagibajo k izbiri prve, s čimer zapadajo nazaj v naravnopravništvo. Takšno je vsaj stališče treh glavnih novoustavniških avtorjev – Dworkina, Alexya in Nina.⁸⁴ Vsaj Alexy in Nino podpirata trditev o

78 Glej Aulis Aarnio, Robert Alexy, Alexander Peczenik, *The Foundations of Legal Reasoning, Rechtstheorie* (1981) 21, posebej 133–134. Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.4.

79 Alexy 1992 (op. 33), 3–4.

80 Luis Prieto, *Constitucionalismo y positivismo* (1997), México, Fontamara, 1999.

81 Glej Mauro Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, *Analisi e diritto* 2011, 11–30.

82 Glej Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, 117–146.

83 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.3.1.

84 Glej zgoraj, § 2.4.

nujni *opredelitveni* zvezanosti: prava ni mogoče opredeliti brez moralnih izrazov; ni ga mogoče opredeliti drugače kot množico pravičnih ali ne neznosno nepravičnih norm. Vsi trije pa ob tem (z razlikovanjem opredelitvene zvezanosti ali brez) podpirajo bodisi nujno *prepoznavnostno* zvezanost (prava ni mogoče prepoznati brez morale), nujno *utemeljitveno* zvezanost (prava ni mogoče utemeljiti brez sklicevanja na moralo) ali nujno *razlagalno* zvezanost (prava ni mogoče razlagati brez upoštevanja morale).

Do tu izgleda novoustavništvo le kot neka (sicer čudna) oblika novega naravnopravnštva. Novoustavniki naj bi se ukvarjali z nujno zvezanostjo prava in morale, značilno za ustavne države,⁸⁵ kjer so lahko zakoni, ki kršijo ustavna načela, dejansko razveljavljeni na sodiščih (pri razpršeni ustavnosodni presoji) ali na ustavnem sodišču (pri osredinjeni ustavnosodni presoji). Vendar pa zvezanost, ki bi veljala le za ustavno državo, še ni nujna in torej vedno in povsod veljava, ampak je priložnostna, prav tako kot to razumejo pozitivisti. Mlajši novoustavniki se torej skušajo izogniti izbiri med naravnopravniško nujnostjo in pozitivistično priložnostnostjo, tako da govorijo na splošno o »bistveni«, »globoki« zvezanosti, značilni le za sodobno pravo⁸⁶ – kakor da za starejše pravo ne bi bilo značilno prav nerazlikovanje med pravom in moralo, njihova trditve pa ne bi pomenila tihega priznavanja pozitivistične trditve o priložnostni zvezanosti.

Edini način, da novoustavništvo ne bi zapadlo bodisi v naravnopravništvo ali v pravni pozitivizem, je tako v ubeseditvi trditve o zvezanosti prava in morale brez izrazov 'nujna' in 'priložnostna'. To bi lahko navedlo na dvom v sam obstoj novoustavništva – z nevarnostjo, kot že rečeno, da se z utrjevanjem nujne zvezanosti zapade v naravnopravništvo, z utrjevanjem priložnostne zvezanosti pa v pozitivizem.⁸⁷ Ob tej nevarnosti pa bi bil tak dvom tudi neprizanesljiv. Najboljša razlaga novoustavništva je prav ta, izražena v trditvi (1), po kateri gre pri novoustavništvu za teorijo (same) zvezanosti prava in morale: ta zvezanost (sama) je za zagovornike novoustavništva tako pomembna, da si zasluži nauk, ki jo bo – drugače kakor vse doslej pozitivizem – izrecno preučeval.

Kar se tiče drugega stališča, ta kaže, da vsi novoustavniki zagovarjajo določene oblike (2) etičnega objektivizma – vendar so te drugačne od običajnega naravnopravniškega objektivizma. Naravnopravniki trdijo, da vrednote *obstajajo* v naravi ali da so *dane* s človeškim razumom. Novoustavniki na drugi strani trdijo, da se vrednote *oblikujejo* (gradijo) z razumnim razpravljanjem in po postopkih, ki jih najdemo v sodobni filozofiji pravičnosti Johna Rawlsa ali v

85 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986); v ital. prevodu: *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989, 89.

86 Tako že Nino 1994 (op. 18), 67.

87 Tako implicitno Riccardo Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo, Teoria politica* (2011) 1.

razpravni etiki Jürgena Habermasa.⁸⁸ V resnici namreč lahko vsi soglasno sprejememo splošne vrednote, kakršne so svetost življenja, človekovo dostojanstvo, pravičnost⁸⁹ (na to soglasje se lahko nanašamo z govorom o *skromni* objektivnosti vrednot). Ob tem pa izbira med etičnim objektivizmom in etičnim subjektivizmom sploh ne zadeva vrednot, ampak zadeva vrednostne sodbe. In novoustavniki zagovarjajo prav objektivnost slednjih:⁹⁰ vrednostne sodbe so tisto, kar naj bi bilo objektivno utemeljeno na vrednotah, oblikovanih v razumni razpravi.

Naj dodam, da etični objektivizem morda res pojasni dejanski obstoj soglasja o najsplošnejših vrednostnih sodbah, kakršno izraža načelo »življenje je sveto«. Ne pojasni pa nestrinjanja o manj splošnih vrednostnih sodbah, ki bi morale izhajati iz prejšnje: takšne so sodbe o tem, da je »splav greh«, »evtanazija nedopustna«, »smrtna kazen nečloveška« in tako naprej. Eno razlago tega problema ponuja pluralizem vrednot (angl. *value pluralism*). Njegova razprava z monizmom vrednot (angl. *value monism*) stopa na mesto starega prepira med objektivizmom in subjektivizmom.⁹¹ Medtem ko obstaja soglasje o vrednotah, načelih in splošnejših vrednostnih sodb, to ne velja za manj splošne vrednostne sodbe. Vrednote so dejansko splošne, nasprotujoče si in predvsem številne, zaradi česar moramo vrednote razlagati in razreševati njihova nasprotja. Takšno razlaganje in razreševanje pa pomeni dejavnost, ki jo neizogibno oznamujeta (diskrecijska) prosta presoja in subjektivnost.

Tudi tretje stališče – tj. razlagalni formalizem (3) – se nekoliko razlikuje od tistega razlagalnega formalizma, ki smo ga zgoraj pripisali naravnopravništvu in pravnopozitivistični teoriji. Če je pravo zvezano z moralno, potem je tudi pravno razlaganje vselej na tem, da se prevesi v moralno – in poleg tega objektivno – utemeljevanje, ki torej ustreza neke vrste normativnemu razlagalnemu formalizmu. Dejansko vsi novoustavniki priznavajo razlagalno zvezanost prava in morale, obenem pa podpirajo katero od različic Dworkinove trditve o eni sami pravilni rešitvi (angl. *one right answer*).⁹² To ni toliko spoznavna trditev, da obstaja ena rešitev, ki je moralno bolj pravična od drugih, ampak gre bolj za normativno trditev, ki razlagalcu nalaga izbiro prav takšne (moralno najpravičnejše) rešitve.⁹³ Na vse to bomo, kot doslej, pogledali iz treh zornih kotov: teoretičnega, metodološkega in ideološkega.⁹⁴

88 Glej Carlos Nino, *El constructivismo etico*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1989.

89 Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (2006); v ital. prevodu: *La giustizia in toga*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 13.

90 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (1985); v ital. prevodu: *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1990, 211–215.

91 O tem več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.2.4. in 5.6.

92 Glej Dworkin 1985 (op. 90), 147–178.

93 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 5.3.1.

94 Tako Paolo Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, 74–81.

6.1 Novoustavniška teorija

V *teoretičnem* oziru je predmet novoustavnštva, kot sem že omenil, pravo ustavne države. Novoustavniška teorija se sooča z vprašanji, ki jih odpirajo procesi *poustavljanja* prava. Po drugi svetovni vojni se je s togimi, zajamčenimi ustavami, polnimi načel, pozitivno pravo začelo vse bolj poustavljati v tem smislu, da je bilo vse bolj navdahnjeno z ustavnimi načeli. Po mnenju novoustavnikov, pa tudi odprtih in normativnih pozitivistov, naj bi bila ta načela pravni izraz moralnih vrednot. Ne le da je bila nova zakonodaja navdahnjena z ustavnimi načeli, temveč se je tudi starejša, predustavna zakonodaja na novo razlagala v skladu z ustavo – tudi zato, ker bi v nasprotnem primeru tvegali, da jo ustavno sodišče zaradi neustavnosti razveljavi.

Novoustavnštvo je torej pravna teorija ustavne države. Vse njegove najznačilnejše teoretične trditve se nanašajo na ustavno državo.⁹⁵ Najprej je to trditev o zvezanosti prava in morale, ki je v tem prispevku vseskozi v središču: čeprav njuna zvezanost seveda ne more biti omejena samo na ustavno državo, je prav v njej zajamčena – z ustavo, ki skozi pravna načela izraža moralne vrednote kot človekovo dostojanstvo, enakost, družbena solidarnost in podobno. Potem so tu sama načela in razlikovanje med načeli in pravil; pozitivistična teorija se ni ukvarjala ne z enim ne z drugimi. Končno je tu tehnika uporabljanja, značilna za načela: tj. tehtanje, ki ga izrecno uporabljajo le ustavna sodišča dvajsetega stoletja, pravoslovno pa obravnavajo novoustavniki.

Če bi šlo samo za našete stvari, potem bi bila razlika med pozitivistično teorijo in novoustavniško teorijo le v predmetu preučevanja: prva bi pomenila teorijo prava zakonske države, drugi pa (tudi) teorijo prava ustavne države. Če pa sta – kot se priznava vse pogostejše –⁹⁶ zakonska država in ustavna država le dve vrsti istega rodu – tj. pravne države –, in je torej druga le nasledek prve, potem bi tudi novoustavniško teorijo lahko obravnavali kot zgolj nasledek in posodobitev pravнопозитivistične teorije.⁹⁷ Vendar ni gotovo, da se novoustavniško teorijo lahko obravnava kot zgolj nek posodobljen teoretični pozitivizem: poleg novoustavniške teorije imamo namreč tudi novoustavniško metodologijo in novoustavniško ideologijo – ti pa sta drugačni od pozitivističnih.

6.2 Novoustavniška metodologija

V oziru na *metodologijo* novoustavniki težijo k oddaljevanju od načel pravнопозитivistične metodologije; še posebej od načela vrednostne neopredeljeno-

95 Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa (2011) 34.

96 Glej vsaj Francisco J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

97 Tako Paolo Comanducci, *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, Isonomía (2002) 16, 102.

sti. Dworkin, pred vsemi, je z izpostavljanjem načel najprej utrjeval zvezanost prava in morale, nato pa je razvijal neko filozofijo prava kot celovitosti (angl. *integrity*) ali prava kot razlaganja – pri čemer je imel z ‘razlaganjem’ v mislih neko obliko moralnega utemeljevanja. Alexy je na svojem koncu zagovarjal trditev, da je pravno razlogovanje (argumentiranje) le poseben primer moralnega razlogovanja (tj. nem. *Sonderfallthese*): pravniki naj bi uporabljali splošna pravila moralnega razlogovanja *in kot dodatek tudi* posebna pravila pravnega razlogovanja.⁹⁸ Nino je, končno, trdil, da mora biti vsaka pravna odločitev nazadnje utemeljena na moralnih predpostavkah, sicer bi ostala (moralno) neutemeljena.⁹⁹

Medtem ko pozitivisti ta stališča navadno zavračajo, pa so z neverjetno privlačnostjo vplivala na tisto obsežno skupino pravoslovcev, ki nihajo med novoustavništvom in odprtim pozitivizmom (glej niže, § 7.1). V tej skupini se čedalje bolj pogosto zatrjuje tole: moralne vrednote, ki so bile v zakonski državi izven pravnega sistema (ali pa so bile kvečjemu izražene kot ustavna načela v gibkih ustavah, ki so jih navadni zakoni lahko spregledovali in kršili), naj bi v ustavni državi pristale znotraj pravnega sistema zaradi togih ustav, ki naj bi moralne vrednote izražale v obliki pravnih načel. Pri preučevanju poustavljenega prava naj bi doktrina tako ne mogla drugače, kot da vrednostne sodbe iz ustave prevzema tudi sama, s tem pa od golega spoznavanja prava preide k njegovemu vrednotenju na podlagi ustavnih načel.¹⁰⁰

Kot trdi Dworkin, naj bi po tej poti pravna praksa, doktrina in sama teorija prava le nadaljevali normativno dejavnost zakonodajalca (in sodnikov v sistemih *common law*). Spoznavanje prava naj bi s tem spreminjali v dejavnost, ki ji še vedno rečemo razlaganje, a je v resnici neke vrste normativa etika. Kmalu bomo videli, kako vse to porodi neke vrste novoustavniško ideologijo. V zvezi z metodologijo pa naj še enkrat spomnim, da samo načelo vrednostne neopredeljenosti v tej zvezi ne zahteva popolne vzdržnosti, ampak le to, da se vrednostne sodbe ločuje od sodb o dejstvih. Takšno ločevanje pa postane v primeru moralnega razlaganja ustave, ki so mu privrženi novoustavniki,¹⁰¹ vendarle težavno: zdi se namreč, da razlaganje v skladu z ustavnimi načeli krši tudi blažjo obliko načela vrednostne neopredeljenosti.

6.3 Novoustavniška ideologija

V *ideološkem* smislu teži novoustavništvo k povečevanju ustavne države in dolžnosti spoštovanja ter uporabe njenega prava. Tudi to povečevanje pomeni

98 Glej Alexy 1978 (op. 17), 169–175.

99 Nino 1994 (op. 18).

100 Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, 914–918.

101 Glej Ronald Dworkin, *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, v Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, Oxford UP, 1996, 1–38.

nadaljevanje tistega, h kateremu se je v zvezi z zakonsko državo nagibal pozitivistična ideologija devetnajstega stoletja. Novoustavniki, kot na primer Alexy, namreč zavzemajo stališče, po katerem pravo ustavne države zahteva pravilnost: to pa seveda spodbudi neko zahtevo po pravni in moralni pravilnosti (nem. *Anspruch auf Richtigkeit*), ki ni nič šibkejša od same zahteve po pravičnosti.¹⁰² V zadnjem delu te razprave bomo med drugim videli, kako se te tihe zahteve po pravičnosti nikoli ne bi moglo izrecno vključiti v ustavo, ne da bi s tem pravo zlili z moralo (glej niže, § 7.2). Poudariti pa moram na tej točki še, da novoustavništvo v primerjavi z normativnim pozitivizmom, ki ga obravnavam niže (§ 7.3), oznamujeta dve podobnosti in ena razlika.

Prva podobnost je v dejstvu, da sta tako novoustavništvo kot normativni pozitivizem filozofiji prava, in torej tudi normativna. Oba namreč ponujata odgovor na normativno vprašanje, s katerim se pozitivistična metodologija noče ukvarjati: Ali je pravo treba spoštovati? Drugo podobnost vzpostavlja dejstvo, da niti novoustavništvo niti normativni pozitivizem ne prevzamata etičnega zakonodštva, ampak le tisto (golo) zakonodštvo, ki ga je sprejemal tudi Bobbio. Razlika je, na drugi strani, v tem, kar predstavlja (hkrati) predmet obveznosti spoštovati pravo in predmet zakonodškega varstva: pri normativnem pozitivizmu je ta predmet demokratična zakonodaja, ki se jo kiti z etičnim dostojanstvom,¹⁰³ za novoustavništvo pa je ta predmet tisto pravo, ki je globoko prežeto z ustavnimi načeli ali, z drugo besedo, poustavljeno.

Pomembnost izziva, ki ga novoustavništvo postavlja pravnemu pozitivizmu, se kaže v dejstvu, da so se – posebej še v odgovoru Dworkinu – ameriški pravni pozitivisti razdelili na tri struje, od katerih vsaka podaja drugačno razlago trditve o ločljivosti prava in morale: to so odprti, zaprti in normativni pravni pozitivizem. V nadaljevanju bomo obravnavali vse tri. Tukaj pa lahko med drugim opozorimo, da pozitivizem tudi na celini že več kot desetletje razpravlja le o stališčih, ki jih zavzema novoustavništvo. Pri tem ne gre samo za odnose med pravom in moralo, ampak gre, kot že nakazano, za vsaj še dve drugi pravoslovnimi vprašanji, ki sta trdno povezani tako med sabo kakor s prejšnjim, a ju moramo tu preskočiti: eno je vprašanje razlik med pravili in načeli, drugo pa vprašanje tehnik njihove uporabe (tj. pri podrejanju oz. subsumpciji in tehtanju).¹⁰⁴

¹⁰² Alexy 1978 (op. 17), 171–173.

¹⁰³ Glej Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* (1999); v ital. prevodu: *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹⁰⁴ O obeh vprašanjih podrobno Barberis 2011 (op. 2), pogl. 3.2, 3.7 in 5.6.

7 TRI TOLMAČENJA TRDITVE O LOČLJIVOSTI

V angloameriški razpravi so pravni pozitivisti odgovorili na Dworkinov izziv tako, da so trditev o ločljivosti prava in morale na novo razložili na tri različne načine. Vsi trije načini to v resnici prerazlagajo kot trditev, ki se nanaša – ne na opredelitev prava (*quid ius*), ampak – na *prepoznavanje* prava (*quid iuris*) oz. na prepoznavanje za sodnike in pravnike uporabnega prava. V zvezi z *opredelitvijo* prava se, po drugi strani, angloameriški pozitivisti danes nagibajo k Razovemu mnenju – po katerem naj je nujnih zvez med pravom in moralo (morda celo neskončno) veliko –,¹⁰⁵ ali pa celo k temu, da trditev o *opredelitveni* ločljivosti obravnavajo kot preveč nesmiselno, da bi jo bil lahko kdo kdaj podpiral,¹⁰⁶ in jo zato nadomeščajo Razovo trditvijo o družbenih virih prava (glej niže, § 7.2). Kakor koli, trditev o ločljivosti pri *prepoznavanju* ima danes tri nove razlage, ki so značilne ena za odprti pozitivizem, druga za zaprti pozitivizem in tretja za normativni pozitivizem.¹⁰⁷

7.1 Odprti pravni pozitivizem

Prva razlaga trditve o ločljivosti je značilna za *odprti* pravni pozitivizem (angl. *inclusive*) ali mehki pravni pozitivizem (angl. *soft*), gre pa takole: »Pravo je *priložnostno* mogoče prepoznati na podlagi morale.« Po tej razlagi, ki jo je sprejemal sam Hart v *Postscriptu*,¹⁰⁸ pravo lahko vključuje moralne vrednote, kot so svetost življenja, človekovo dostojanstvo ali pravičnost; za sodobne ustave je to tudi značilno. Vendar je ta vključenost le priložnostna, slučajna, in ne nujna: njen obstoj je možen, ne pa nujen, saj se dogaja tudi to, da je pravo moralno nepravilno.¹⁰⁹ Ta razlaga trditve o ločljivosti ima to odliko, da ostaja zvesta prvotnemu stališču Harta, ki je želel zanikati le naravnopravniško trditev o nujni zvezanosti. Po njegovem (izvirno Hart ni razlikoval opredelitvene in prepoznavnostne zvezanosti, kot to počno njegovi učenci) med pravom in moralo obstajajo številne povezave, a so vse priložnostne (ne nujne). Edina povezava, ki je Hart ne priznava, pa je ravno opredelitvena zvezanost, značilna za naravnopravništvo: 'pravo' naj bi se po njihovem lahko opredelilo le z moralnimi izrazi – kot množico *pravičnih* norm.

Pomanjkljivost takšnega tolmačenja trditve o ločljivosti, ki ga ponuja odprti pozitivizem, je v tem, da je preveč spravljivo. Odklanja namreč le trditev o nujni

¹⁰⁵ Joseph Raz, *The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism*, v George Pavlakos (ur.), *The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 17–35.

¹⁰⁶ Tako John Gardner, *Legal Positivism: 5 and ½ Myth*, *American Journal of Jurisprudence* (2001) 46, 223.

¹⁰⁷ Glej José Juan Moreso, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2005, 225–244.

¹⁰⁸ Hart 1994 (op. 9), 321–326.

¹⁰⁹ Glej Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

zvezanosti, dopušča pa obstoj vsakršne priložnostne povezanosti prava in morale. V svojih najnovejših različicah pomeni ločljivostna trditev odprtega pozitivizma samo to, da je pravo skoraj vedno povezano z moralo. Za odprte pravne pozitiviste postane pravo, ki morale ne spoštuje, le skrajni primer¹¹⁰ – kot da bi ne bilo tudi zdaj po vsem svetu na stotine pravnih sistemov, ki dnevno kršijo moralo. Razlika med odprtim pravnim pozitivizmom in novoustavništvom s tem postane tako majhna – posebej še glede na pravo ustavnih držav, ki pretežno spoštujejo demokracijo in pravice –, da samega Dworkina napelje na rokohitrski zaključek: v resnici naj bi šlo za *eno in isto* doktrino.¹¹¹

Za odprti pravni pozitivizem najbolj nepremostljiva težava, ki ga veže tudi z novoustavništvom pa je to, da dopušča obstoj neke *neopredeljene in neomejene* povezanosti prava in morale – tj. povezanosti, ki lahko privede do tega, da se pravo zlije z moralo. Recimo, da bi neka ustava v eno od svojih določil izrecno vključila Alexyevo zahtevo pravičnosti:¹¹² »Navadni zakoni morajo biti pravični.« Kot je že pred sedemdesetimi leti ugotovil Kelsen, izumitelj osredinjene presoje ustavnosti, bi takšno ustavno določilo odvzelo zakonom in samemu zakonodajalcu vsakršno vlogo.¹¹³ Ustavno sodišče bi namreč z njim lahko odpravilo vsak zakon, ki bi se ne skladal z občutki ustavnih sodnikov o tem, kaj je pravično. Povrh pa bi navadne zakone lahko razlagal "po pravičnosti" tudi vsak redni sodnik, ki bi tako iz njih izpeljeval kakršne koli po njegovem pravične norme.

Odprti pravni pozitivizem in novoustavništvo imata v resnici isto pomanjkljivost: oba dopuščata obstoj neke *neopredeljene in neomejene* povezanosti prava in morale, s tem pa pot odpirata zlivanju prava z moralo, in to celo z neko dokaj neprivačno moralo. Ne gre namreč za kritično moralo (kakor koli je že ta nedoločena), ampak za neko pozitivno (postavljeno) moralo, ki jo samovoljno ustvarjajo sodniki. Ravno to pa je tista nevarnost, ki se skriva v novoustavniški trditvi, da redni sodniki lahko neposredno uporabljajo ustavna načela (nem. *Drittwirkung*). Če ni nobenih pravnih omejitev za uporabljanje morale – na primer: ustavnih določil, ki pristojnost za izvedbo in podrobnejšo ureditev pridružujejo za zakon –, pravo tvega zlitje z moralo. In prav to je, če smo pozorni, glavni očitek, ki ga na odprti pravni pozitivizem naslavlja zaprti pravni pozitivizem.

110 Glej Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford UP, 2001, 185–209.

111 Dworkin 2006 (op. 89), 205.

112 Glej zgoraj, § 6.3.

113 Glej Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution* (1928); v ital. prevodu: La garanzia giurisdizionale della costituzione, v Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, posebej 189.

7.2 Zaprti pravni pozitivizem

Za *zaprti* pravni pozitivizem (angl. *exclusive positivism*) ali *trdi* pravni pozitivizem (angl. *hard positivism*) je značilna *druga razlaga* trditve o ločljivosti prava in morale: »Prava se *nikakor ne da* prepoznati na podlagi morale.« To razlago brani Hartov najboljši učenec, Joseph Raz, ki sicer nikoli ni uporabil izraza 'zaprti pravni pozitivizem', a le zato, ker je ravno to po njegovem *resnični in edini* pravni pozitivizem, vreden svojega imena (vsi drugi pa naj bi zapadali v naravnopravništvo). Zaprti pozitivizem razlaga trditev o ločljivosti v obliki nujnega zanikanja povezanosti: pravo *nikakor ne more* biti povezano z moralo. Vendar to zveni prav tako zaverovano in vzvišeno kakor naravnopravniška predpostavka povezanosti. Kaj sploh pomeni to, da pravo »nikakor ne more« biti povezano z moralo, če pa je bilo dejansko z njo vedno povezano, četudi na zgodovinsko različne načine?

Pravo pred uzakonitvami in pred vpeljavo uradne doktrine pravnih virov, ki je izključila naravno pravo, dejansko še zdaleč ni bilo ločeno od morale. V zakonski državi, kjer je ločevanje, nasprotno, obstajalo, je bilo pravo še vedno povezano z moralo preko splošnih načel 'javnega reda', 'dobrih običajev', 'skrbnosti dobrega družinskega očeta' ipd.¹¹⁴ V ustavni državi pa je, končno, pravo zvezano z moralo preko ustavnih načel. Pravo je bilo, torej, na različne načine z moralo vedno priložnostno povezano, zato je neutemeljeno novoustavniško poudarjanje, da je pomemben obrat v tem pogledu prinesla ustavna država. Ta očitno predstavlja le eno od oblik pravne države in je v mnogih pogledih zgolj nadaljevanje in (četudi kdaj usodno pomanjkljiva) izpopolnitev zakonske države.¹¹⁵ Zaprtopozitivistično zanikanje logične možnosti, da bi med pravom in moralo kdaj obstajala kakšna prepoznavnostna zvezanost, zaradi tega izpade nerazumljivo.

Da bi enigmatični trditvi Raza dali nek smisel, mislim, da bi jo bilo treba podrobneje razložiti in, kot že rečeno,¹¹⁶ omejiti: pravo ne more biti *neomejeno* povezano z moralo. Takšno pravo, ki bi bilo z moralo *neomejeno* povezano, bi se sprevrglo v neko pozitivno (postavljeno) moralo, ki bi jo sodniki uporabljali od primera do primera – na partikularistični način, značilen za *common law*, a z dodatno mero proste presoje (diskrecije), ki jo sodnikom podeljuje pristojnost za uporabo moralnih vrednot, kakršne so svoboda, enakost, družbena solidarnost – v njihovih najsplošnejših, ustavno izraženih oblikah. Pravo "skozi načela", kakršnega izrecno zahtevajo novoustavniki,¹¹⁷ sprejemajo pa tudi odprti pravni pozitivisti, ne bi bilo več od morale ločeno pravo zahodnega sveta,

¹¹⁴ Glej Vito Velluzzi, *Le clausole generali: Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹¹⁵ Glej Laporta 2007 (op. 96).

¹¹⁶ Glej zgoraj, § 6.1.

¹¹⁷ Zagrebelsky 2009 (op. 82).

ampak bi bilo le še neka sodno uporabljana morala, ki jo je Max Weber, misleč na turške sodnike, poimenoval pravičnost po kádiju.¹¹⁸

S tem se tudi konča jedro zdrave pameti zaprtega pravnega pozitivizma, ki z razlogom izključuje le *neomejeno* odprtost prava za moralo, ne pa obstoja *vsakršne* priložnostne povezanosti prava in morale. Sam Raz tako priznava, da so razmerja med pravom in moralo *odvisna od* ustavnih načel.¹¹⁹ Ta spreminjajo moralne vrednote v pravna načela, zakonodajalcu pa dopuščajo, da podrobneje uredi njihovo izvrševanje z abstraktnimi pravili, ki jih redni sodniki potem uporabljajo v življenjskih primerih. Skladnost teh abstraktnih pravil z ustavnimi načeli potem preverja ustavno sodišče. Ta izloča tista pravila, ki kršijo ustavna načela, in zakonodajalca hkrati vabi k uresničevanju še ne uresničenih ustavnih načel. Dejansko tudi v ustavni demokraciji – kjer parlament ni suveren, ampak izvršuje ustavo – pravo sestoji predvsem iz splošnih in abstraktnih zakonov.¹²⁰

Na tej točki se postavi vprašanje, kako zamejiti zatekanje prava k morali. Za to obstajajo vsaj tri rešitve. Prva rešitev, ki jo je predlagal že Santi Romano,¹²¹ je v *sklicnem napotovanju*: moralne vrednote postanejo v pravu (ne veljavne, ampak zgolj) uporabne le takrat, kadar so izrecno sprejete v ustavna načela.¹²² Druga rešitev sledi razmerju med pravili in načelom koristnosti, ki ga vzpostavlja tako imenovani utilitarizem pravil (angl. *rule utilitarianism*):¹²³ za urejanje ravnanj se uporabljajo samo pozitivna (postavljena) pravila, za ustvarjanje pravil pa – ne le načelo koristnosti, ampak – številna in nasprotujoča si ustavna načela. Tretja rešitev, ki jo je Frederick Schauer poimenoval *predpostavljajoči pozitivizem* (angl. *presumptive legal positivism*), in ki se postavlja med odprti pravni pozitivizem in zaprti pravni pozitivizem, končno vpeljuje predpostavko, da so vedno uporabljena pravna pravila in ne moralna načela – ta predpostavka ali domneva pa je, med drugim, izpodbojna v izjemnih primerih, kakršne omeinja Dworkin.¹²⁴

118 Glej Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922); v ital. prevodu: *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

119 Joseph Raz, *Incorporation by Law* (2003), sedaj v Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford UP, 2009, 182–202. Glej tudi z Barberis 2011 (op. 2), pogl. 3.7.

120 Glej Mauro Barberis, *Tre rimedi per la crisi della democrazia, Teoria politica* (2011) 1.

121 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 4.2.4.

122 Tako José Juan Moreso, *In Defense of Inclusive Positivism*, v Pierluigi Chiassoni (ur.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, posebej 41–43.

123 Tako že Austin 1832 (op. 35), 114.

124 Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (1991); v ital. prevodu: *Le regole del gioco*, Bologna, Mulino, 2000, 301–315.

7.3 Normativni pravni pozitivizem

Tretja razlaga trditve o ločljivosti, ki je značilna za *normativni* pravni pozitivizem¹²⁵ ali *etični* pravni pozitivizem,¹²⁶ gre takole: »Prava ne smemo prepoznati na podlagi morale!« To tolmačenje je povsem normativno. Z drugimi besedami sta, za normativne pozitiviste, pravo in morala dejansko *morda res* povezana (kot to trdi odprti pozitivizem), vendar se ju – gledano iz normativnega stališča – *ne sme* povezovati. Normativni pozitivizem s tem udejanja ločitev pri prepoznavanju, ki jo zahteva zaprti pravni pozitivizem. V smislu razlikovanja med izkustvenimi opisnimi trditvami, analitičnimi trditvami in normami pa lahko ugotovimo,¹²⁷ da trditev o ločljivosti odprti pozitivisti razlagajo kot izkustveno opisno trditev (*lahko da* se pravo dejansko povezuje z moralo), zaprti pozitivisti kot analitično trditev (pravo *nikakor ne more* biti povezano z moralo), normativni pozitivisti pa kot normativno trditev (pravo *ne sme* biti povezano z moralo).

Očitno je, da je normativni pozitivizem sodobni dedič pozitivistične ideologije; ne v njeni močni različici, nekoč imenovani *etično zakonodršstvo* (etični legalizem), ampak v šibki različici, ki se ji reče le *zakonodršstvo* (brez nadaljnjih oznak).¹²⁸ Normativni pozitivizem torej ni neka (zgolj spoznavna) teorija prava, kot sta to odprti in zaprti pozitivizem, temveč je (tudi normativna) filozofija prava. Ukvarja se z istim normativnim vprašanjem kot naravnopravništvo, nanj pa odgovarja ravno obratno; prav kakor je to počel že Hobbes v sedemnajstem stoletju. Ob tem se normativnega pozitivizma ne moremo otresti na Rossov način kot nekakšnega kvazi-pozitivizma (k temu bi nas nagovarjala tista oblika skrajne pozitivistične metodologije, ki se imenuje pravni realizem), saj bi skoraj lahko rekli tudi to, da gre za neke vrste naravnopravništvo. Kot že rečeno, načelo vrednostne neopredeljenosti dejansko predpisuje le razlikovanje sodb o dejstvih in vrednostnih sodb, naravnopravniški normativisti pa se tega držijo.

Medtem ko se mora neka (zgolj spoznavna) teorija prava vzdrževati poseganja v normativna vprašanja, postavlja filozofija prava, imenovana normativni pravni pozitivizem, nekaj normativnih stališč, ki so preveč pomembna, da bi ostala brez odgovora – in to, seveda, normativnega odgovora. Takšni sta vsaj dve stališči: prvič, sama normativno razlaganje trditve o ločljivosti in, drugič, nasprotovanje presoji ustavnosti zakonov, ki predstavlja najvidnejši nasledek tega razlaganja. *Prvo* stališče normativnih pozitivistov (»pravo ne sme biti

125 Glej (že v naslovu) Jeremy Waldron, *Normative (or Ethical) Positivism*, v Jules Coleman (ur.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concepts of Law*, Oxford, Oxford UP, 2001, 411–433.

126 Glej (že v naslovu) Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

127 Glej Barberis 2011 (op. 2), pogl. 2.2.

128 Glej zgoraj, § 5.3.

povezano z moralo») se zdi primernejše od stališča zaprtih pravnih pozitivistov (»pravo nikakor ne more biti povezano z moralo«), ker je izrecno predstavljeno v obliki norme, vendar pa zveni skorajda nerazumno: to pa ne samo zato, ker je bilo pravo dejansko zmeraj povezano z moralo, ampak tudi zato, ker je takšna povezanost dobra. Tako pravi vsaj Habermas v normativnem bistvu svoje trditve o *medsebojnem dopolnjevanju prava in morale* (oz. o njuni komplementarnosti):¹²⁹

Postavljeno pravo v sebi vedno nosi neko neizbrisno napotilo na moralo. To napotovanje na moralo pa nas ne sme napeljati k temu, da bi pravo podrejali morali v smislu neke hierarhijske norm[...]. To prej pomeni, da sta avtonomna morala na eni strani in postavljeno pravo [...] na drugi v nekem odnosu *medsebojnega dopolnjevanja*.

Drugo stališče normativnega pozitivizma – to nasprotuje presoji ustavnosti zakonov – se zdi bolj razumno. Z vidika demokratičnosti namreč ni enostavno opravičiti tega, da sodniki, ki jih ljudstvo ni izvolilo, lahko razveljavijo zakone, sprejete v demokratično izvoljenem parlamentu;¹³⁰ to ni enostavno, tudi če 'demokracijo' na novo opredelimo kot ustavno demokracijo. In vendar je kritika presoje ustavnosti utemeljena le pod pogojem, da sprejemamo hobbesovsko načelo suverenosti. Po tem načelu bi v vsaki državi morala vedno obstajati neka vrhovna oblast, ki ima zadnjo besedo: to je oblast, ki se je lahko v demokratični državi nadeja samo parlament. A če tega načela *ne* sprejmemo in dopustimo možnost, da nima *nobena oblast* nikoli zadnje besede (pač pa je ta vedno kvečjemu predzadnja),¹³¹ potem parlament kot pozitivni zakonodajalec in ustavno sodišče kot negativni zakonodajalec prav lahko tekmujeta pri uporabi in izvrševanju na način, ki ne vodi nujno v spore, ampak lahko tvori tudi dialog.¹³²

Skratka, pravo je lahko in verjetno tudi mora biti povezano z moralo, vendar ne neomejeno, brez pridržkov. Moralne vrednote je treba najprej prevesti v pravna načela. Ta mora nato¹³³ v pozitivnem smislu iztehtati in podrobneje izraziti parlament, v negativnem smislu pa ustavno sodišče v obliki abstraktnih pravil. Končno morajo redni sodniki ta abstraktna pravila uporabiti v življenjskih primerih. Vseh teh pogojev ni lahko izpolniti. Naj omenim samo največjo težavo: tako načela kot pravila so zapisana v določbah, te pa vedno dopuščajo več razlag. Zaradi tega je neizogibna sem in tja kakšna razlika med odločitvami ustavodajalca in navadnega zakonodajalca ter med slednjimi in sodniškimi od-

129 Tako Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992); v ital. prevodu: *Fatti e norme*, Milano, Guerini, 1993, 130; prevod prilagojen, poudarek pa v izvirniku.

130 Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal* 115 (2006) 6, 1346–1406.

131 Glej Barberis 2006 (op. 41), 78–80.

132 Glej Giorgio Pino, La 'lotta per i diritti fondamentali in Europa', v Francisco Viola, Isabel Trujillo (ur.), *Identità, diritto, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, 109–142.

133 Več Barberis 2011 (op. 2), pogl. 3.6. in 5.6.

ločitvami, bodisi da so te sprejete na ustavnih ali na rednih sodiščih. In vendar lahko pravo ob upoštevanju teh spon ostane pravo, ne da bi se zlilo v moralo.

Na začetku te razprave je bilo postavljeno vprašanje, ali se je primerneje posvetiti neki (zgolj spoznavni) teoriji prava ali pa neki (tudi normativni) filozofiji prava. Obravnava normativnega pravnega pozitivizma je pokazala, da se je normativnim vprašanjem zares težko izogniti. A če priznamo, da je najprej treba vedeti, kaj pravo *je*, da bi se nato lahko vprašali, kakšno *naj* bo, potem lahko sklenemo, da se je najprej treba posvetiti spoznavanju prava in nato njegovemu vrednotenju. Zato pa najprej potrebujemo opredelitev prava, kakršno je.¹³⁴

*Iz italijanskega izvirnika prevedli
Mariza Žgur, Matija Žgur
in Andrej Kristan.**

¹³⁴ Spoznavni teoriji pravo je v celoti posvečena moja zadnja knjiga: Mauro Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

* Za nasvete in pomoč se Matija Žgur iskreno zahvaljujem Mojci Zadravec in Samu Kutošu. Ital. *connessione definitoria, identificativa, giustificativa in interpretativa (tra diritto e morale)* prevajamo kot »opredelitvena«, »prepoznavnostna«, »utemeljitvena« ali »razlagalna »zvezanost« oz. »povezanost« (prava in morale). Pri prevajanu angl. *inclusive legal positivism* in angl. *exclusive legal positivism* sledimo predlogu, ki ga je oblikoval Aleš Novak, tj. »odprti pravni pozitivizem« in »zaprti pravni pozitivizem«. Namesto tujke (*neo*)konstitucionalizem rabimo izraz »(novo)ustavništvo« (glej *Revus* (2009) 9, 128), namesto *legalizma* pa »zakonodržstvo« (glej *Revus* (2011) 15, 41). Vsaka pomisel bo dobrodošla na naslovu: andrej.kristan@revus.eu.

