



Revus

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

15 | 2011

Zakonoslovje

Zakonoslovje

Nov nauk za zakonodajno delovanje

Legisprudence as a New Theory of Legislation, Ratio Juris 19 | 2006.

Luc J. Wintgens

Translator: Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/2006>

DOI: 10.4000/revus.2006

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 10 juin 2011

Number of pages: 13-41

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Luc J. Wintgens, « Zakonoslovje », *Revus* [Spletna izdaja], 15 | 2011, Datum spletne objave: 10 juin 2013, ogled: 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2006> ; DOI : 10.4000/revus.2006

All rights reserved

Luc J. Wintgens

Zakonoslovje

Nov nauk za zakonodajno delovanje

Ključne besede: zakonodajalec, svoboda, družbena pogodba (zastopniška in menjalna razlaga d. p.), zakonodržstvo ali legalizem (togo in prožno z.), zakonoslovna načela, skladnost (štiri stopnje s.), Hobbes, Rousseau

Luc J. Wintgens (Schoten, 1959) se je izobraževal v Leuvenu, Parizu in Yaleu, doktoriral pa je iz prava in iz filozofije. Več let je predaval zakonslovje in zgodovino pravne filozofije na Evropski akademiji za teorijo prava v Bruslju. Bil je asistent na Yaleu ter kasneje še profesor in dekan Katoliške univerze v Bruslju v flamsko govorečem delu mesta.

Je ustanovitelj in bil je prvi urednik mednarodne znanstvene pravne revije *Legisprudence* (Hart Publishing, Oxford), ki izhaja od leta 2007. Uredil je več pravoslovnih zbornikov in napisal nekaj knjig. Tako kot zadnja: *Legisprudence. Practical Reason in Legislation* (Ashgate, pred izidom v letu 2012), v večini svojih knjig obravnava temeljna zakonslovna vprašanja, ob tem pa razvija izviren in opazno prodoren normativni nauk za delovanje zakonodajne veje oblasti v sodobnih družbah.

Razprava, ki jo tu v slovenščini (prev. Andrej Kristan) objavljamo v Revusovem kanonu, okvirno prikazuje pomemben del tega zakonslovnega nauka. Najprej je bila razprava objavljena v francoščini (*Archives de philosophie du droit* (2005) 49, 93–113) in angleščini (*Ratio Juris* (marec 2006) 19(1), 1–25), kasneje pa še v nekaj drugih jezikih. Avtor v njej razvije t. im. menjalno razlago družbene pogodbe, po kateri mora biti vsako zakonodajalčevo ravnanje izrecno utemeljeno. Utemeljenost nekega zakonodajnega dejanja ali ukrepa (kot storitvenega ravnanja) – pa tudi utemeljenost opustitvenih

ravnanj, ki se kažejo tako v odsotnosti zakonske ureditve nekaterih področij kot v ohranjanju obstoječih zakonov v nespremenjeni obliki –, je *ob vsakem času* odvisna od tega, kako obravnavani ukrep ali opustitev upošteva štiri zakonslovna načela. To so načelo nadomestnosti, načelo normativne gostote, načelo začasnosti in načelo skladnosti. Zahteve, ki jih zakonodajalcu nalaga zadnje od teh načel, se razčlenjujejo v štirih stopnjah skladnosti. Ob tem, da prvo od teh stopenj (skladnost₀) opredeljuje skladnost v najstrožjem smislu sočasne stanovitnosti, druge pa si v tem pogledu sledijo v na nek način pojemaajočem redu, je posebnega uvodnega poudarka vreden še en vidik: zadnjo stopnjo (skladnost₃) značilno opredeljuje tudi to, da mora zaobjeti celoten pravni sistem in ne le nekih ožjih vključenih odsekov tega sistema (kot skladnost₂), časovne verige odločitev v podobnih primerih (kot skladnost₁) ali zgolj osnovnih enot govora (kot skladnost₀).

Gre za eno tistih temeljnih besedil, ki v zadnjih nekaj letih končno odpirajo razpravo o za naš kulturno-civilizacijski svet perečem vprašanju preverljivih, razumskih meril kakovosti zakonodajnega delovanja. Kot edino tako besedilo v slovenščini je zato nepogrešljivo branje za vse poslance, vse člane zakonodajno-pravnih služb in vse študente prava, politologije in politične filozofije; nenazadnje pa tudi za najvišje sodnike. Zakonodajalec namreč zdaj postaja ob političnem še pravno vezani igralec.

Luc J. Wintgens

Zakonoslovje

Nov nauk za zakonodajno delovanje

Kot bom utrjeval v tej razpravi, je ločevanje prava in politike – ki je bilo do nedavna v pravni misli prevladujoče – zakonodajno delovanje izključilo iz polja pravnega raziskovanja. Dolgo je namreč veljalo, da je to del politike, zato pa pozornosti pravnega nauka nevredno.¹ Še danes se z njim najprej in predvsem zato ukvarjajo politologi.

To priznamo vsi: pravo je zakoreninjeno v politiki. — Vendar naj bi se naprej razvijalo od nje neodvisno, odrezano od svojih korenin. Temu pritrjuje dejstvo, da ima pravo – kljub raznovrstnosti posamičnih pristopov – svoj način preučevanja ali svojo metodo; poznamo jo kot »pravno dogmatiko«, splošneje pa jo imenujemo tudi kot »pravni nauk«. Kljub temu, da ima pravo torej svoj način preučevanja, pa se njegovo zakonsko ustvarjanje ne pojavlja na zaslonih pravoslovcev. Skupaj z grajo takšnega stanja bo predmet mojega prispevka ravno vprašanje, zakaj je temu tako.

Tole je osrednja trditev razprave: razlog za ločitev prava od politike je politične narave. Natančneje, omenjeno ločitev se izvaja zaradi spoznavoslovnih ali epistemoloških skrbi, posledično pa se prikrivajo politične izbire in odločitve. Omenjene skrbi so namreč porodile razumevanje, da so naše vrednote (tj. in moralne in politične vrednote) osnovane na tako rekoč nepristranski podlagi, takšno razumevanje pa preprečuje oblikovanje razumskega nauka za zakonodajno delovanje.²

1 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 2 in nasl.

2 V tem pogledu se razhajam z Jeremyjem Waldronom, ki pravi takole: »Zakonodajno delovanje slikamo v teh jeznih tonih [sklepanje poslov, konjske kupčije, daj-dam ipd.] zato, da bi zamisel o presoji ustavnosti [zakonov] prikazali kot verodostojno.« Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 2. Waldronova trditev je morda pravilna za ameriški pravni sistem, kjer ustavnosodna presoja obstaja kljub razširjeni graji. Nepravilna pa je ta trditev v pogledu na celinske pravne sisteme, v katerih ustavnosodne presoje bodisi do nedavna ni bilo (tak primer je Belgija) ali pa ta sploh ne obstaja (na Nizozemskem, npr.). Zato je treba razloge za odsotnost nauka za zakonodajno delovanje ali manko zanimanja zanj iskati drugje.

1 DRUŽBENA POGODBA IN TRI OSI NOVOVEŠKE FILOZOFIJE

Pri oblikovanju zakonslovja kot razumskega nauka za zakonodajno delovanje izhajam iz razmisleka o ureditvi političnega prostora od novega veka naprej. Osnovno ogrodje daje tej ureditvi družbena pogodba kot voljno dejanje posameznikov. Ti s sklenitvijo pogodbe ustanovijo suverena, ki ima moč odločati v zadevah praktičnega uma. On predpisuje dopustnost človeških ravnanj.

Ustanovitev suverena je oprta na razmišljanja o svobodi, na katere vplivajo tri glavne osi novoveškega filozofskega načrta: (i) spoznavoslovna ali epistemološka os, katere posledica je filozofija, ki jo prežemajo vprašanja o védenju kot resniconosnem spoznanju; (ii) politična os, ki vodi v izgradnjo države; in (iii) moralna os, ki se v glavnem osredinja okrog posameznikove svobode.

Prvo izhodišče vseh novoveških razmišljanj je enako. Tako pri Hobbesu kakor pri Rousseauju je to brezmejna svoboda.

Po Hobbesu naravno pravo vsakomur dopušča, da ravna povsem svobodno. Vsakomur daje pravico do vsega; dolžnosti, ki jih sicer nekaj najdemo tudi v naravnem pravu, pa so v naravnem stanju vse neizvršljive. Razlog za to misel najdemo v Hobbesovem nominalističnem spoznavoslovju: v skladu s tem so pojmi (ti so brez ontološke vrednosti) odvisni le od človekovih opredelitev. Ker pojme opredeljujemo vsak zase, sledeč lastnim predsodkom ali uvidom, pa so zakoni narave torej neizvršljivi. Pojmi, skratka, res obstajajo, a so pomensko votli. Samo nek suveren lahko zavezujoče opredeli njihovo pomensko vsebino. Vse dokler tega ni, pa imamo vojno vseh proti vsem.

Pri Rousseauju najdemo podobno, le malo drugačno trditev. Zanj je človek rojen v svobodi, a je hkrati vsepovsod vklejen, vsepovsod je v verigah. Čeprav je nauk Rousseauja predvsem ekonomskega značaja, pa se Hobbesovemu nauku vendar pridružuje v tem, da sklenitev družbene pogodbe razume kot nujni pogoj za to, da se ubranimo pred nevarnostmi vojne.

Iz povedanega lahko ugotovimo, da oba svobodo obravnavata najprej kot politično vprašanje: svobodo se predvsem izvršuje v političnem prostoru, soblikovanem z voljo vsakega posameznika.

Svoboda kot moralno vprašanje oba misleca izpostavljata šele na drugem mestu. Posameznikovi svobodi kot zmožnosti, da medsebojna družbena ravnanja ureja na podlagi lastnih moralnih uvidov in sodb, se posvečata veliko bolj obrobno kot politični različici svobode (tj. svobodi v okvirih zakona).

Tako dobiva ureditev političnega prostora prednost pred neko prvotno obliko družbenega samoupravljanja, v katerega ne Hobbes niti Rousseau nista nikoli prav verjela. Dokler suveren nekega vprašanja ne uredi, posamezniki seveda lahko ravnaajo, kot jim je drago. A suveren lahko poseže v njihova ravnanja, čim presodi, da bi bilo iz vidika namenov njegovega položaja to lahko koristno.

Ob političnem in moralnem pogledu na svobodo je nauk o družbeni pogodbi končno in predvsem oblikovala tretja, tj. spoznavoslovna os. Najbolj opazno je to os zaznamoval Descartes.

Sicer drugače kot Descartes, sta Hobbes in Rousseau svobodo razumela kot težavo. Medtem ko je bil Descartes prepričan, da se bo morala prej ko slej pred nami razgrnila kot razumski sistem, sta Hobbes in Rousseau menila, da to ni mogoče. Čeprav bi lahko rekli, da sta torej stvarnejša od svojega predhodnika, pa sta tudi onadva privzela njegov temeljni uvid, ki vodi v prežemanje filozofije – in posebej praktične filozofije – s spoznavoslovnimi skrbmi o tem, kako priti do védnosti ali resniconosnega (spo)znanja.

Filozofska resnica ima po Descartesu nalogo, da nam v vprašanih praktične filozofije daje gotovost. Tiste misli, ki imajo enako jasnost in razločnost kakor *cogito*, se lahko po njegovem mnenju logično povezujejo tako s slednjim kakor med seboj. To po eni strani pomeni, da je resnico mogoče (s)poznati – z razumom. Po drugi strani pa, da moramo kot nerazumno odriniti vse tisto, česar ni mogoče logično ali izkustveno dokazati.³

To (spoznavoslovno) stališče je v znanstvenem mišljenju pustilo plodno sled, na drugi strani pa je močno skrčilo delokrog praktičnega uma. Vrednot in ciljev ali smotrov našega ravnanja namreč ni mogoče dokazati ne z logiko ne z izkustvi; in zato za vrednote in cilje ali smotre ne moremo trditi, da so razumsko utemeljeni. Posledice so bile občutne skoraj tri stoletja, sam pogled pa se je ohranil vse do logičnega pozitivizma in vključno v njem.

Hobbes in Rousseau oba uporabljata opisano Descartesovo metodo pri razlagi družbene pogodbe (kot smo videli, ta metoda pretvarja mišljenje v resniconosno (spo)znanje oz. védenje). Z njo skušata rešiti iz individualizma izvirajoči problem političnega združevanja, filozofijo pa ob tem tako rekoč »prežemata s spoznavoslovnimi skrbmi«.

Družbena pogodba je zato pri obeh opojmovana kot resnična miselna predstava. To, da je resnična, tu pomeni, da posamezniki ob uporabi *svojega* razuma ne morejo ne priti do spoznanja (ali védenja), da je pristop k pogodbi boljši od obstoja v naravnem stanju. Razlog v prid pogodbi je torej – kakor bi rekel Joseph Raz – izključni razlog (tj. eden takšnih, ki ostale izključuje).⁴ Razumeti je mogoče, da se Hobbes pri tem oslanja na utilitaristično različico razumskosti, pri Rousseauju pa je ta veliko bolj izčiščena: po Rousseauju nas do družbene pogodbe (ali do pripoznanja »resničnih načel javnega prava«, kot on pogodbo opredeli) neizogibno vodi razum sam.

3 Chaïm Perelman in Lucie Olbrecht-Tyteca, *Traité de l'argumentation*. La nouvelle rhétorique, Bruselj, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, 2–5.

4 Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1990.

Kljub razlikam imata obe različici pogodbe isto posledico: pravila, ki jih postavi suveren, so moralno resnična. Po Hobbesu so takšna pravila izraz zakonov narave – in ker so ti zakoni zapovedi Boga, seveda pomenijo edino resnično moralo.⁵ Po Rousseauju so pravila, ki jih postavi suveren, resnična zato, ker noben zakon že kot tak ne more biti nepravilčen.⁶

Logika obeh različic družbene pogodbe je tako rekoč nezmotljiva. Iz resničnosti temelja oz. premis, tj. iz resničnosti družbene pogodbe, je mogoče logično izpeljati resničnost oz. resniconosnost tega, kar v njej temelji – to pa so zakoni.

2 ZAKONODRŠTVO

Do tu strnjeni pregled nam omogoča, da se lotimo razčlenjevanja glavnih značilnosti tistega vzorca pravnega mišljenja, ki je prevladovalo vse od 17. stoletja do sredine prejšnjega. Navadno se ga označuje kot »zakonodrstvo« ali »legalizem«. Kot poudarja Judith Shklar, je po zakonodrškem pojmovanju normativno tisto ravnanje, ki se drži zakonov oz. pravil.⁷ Zénon Bankowski opredelitev dopolnjuje z dostavkom, da je nepomembno, od kod pravila izvirajo.⁸ Šteje se, da je pravo »pač pred nami«.

Iz njegovega dodatka jasno izhaja eno od stališč, ki jih zakonodrstvo deli tako s pozitivizmom kakor z naravnopravnim naukom: pravo prenaša resničnost, pravo resničnost predstavlja. Za naravnopravni nauk je to stališče očitno, saj po njem pravo narekuje nadizkustvena vsebinska norma, ki jo suveren s postavljenim pravom le poustvarja ali odslikuje. Manj očitno se ta *prenašalnost* ali reprezentacionalizem kaže v pozitivizmu. Kot zapoved suverena pravo ni nič drugega kakor njegova odločitev. Ta odločitev pa je vendarle resniconosna (kot trdita oba – Hobbes in Rousseau), saj ima svoj temelj v družbeni pogodbi. Pravila so resniconosna, ker so izpeljana iz pogodbe, ki je resnična. Resniconosnost zakonov je torej posledica filozofije, v kateri je močno prisotna sled spoznavoslovnega mišljenja in skrbi.

5 Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*; ponatisnjeno v William Moleworth (ur.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, III. zvezek, Aalen, Scientia Verlag, 1966, 147.

6 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762); v slov. prevodu Maksa Veselka: *Družbena pogodba*, Ljubljana, Krtina (Temeljna dela), 2001. Navajano po Jean-Jacques Rousseau, *Œuvres complètes*, III. zvezek, Pariz, Gallimard, 1964, 379.

7 Judith N. Shklar, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1964, 1.

8 Zénon Bankowski, Don't Think About It: Legalism and Legality, v Mikael M. Karlsson, Ólafur Páll Jónsson & Eyja Margrét Brynjarsdóttir (ur.), *Law, Justice and the State: Studies in Justice, Democracy, Nationality, National States, and Supra-National States from the Standpoints of Legal Theory, Social Philosophy, and Social Science*, Berlin, Dunker & Humblot, 1993, 45–57.

Mesto prenašalnosti, ki tem naukom daje metafizično podlago, dodatno poudarjajo še druge štiri značilnosti zakonodštva. Prvič: ker nam zakoni prinašajo resniconosna normodajna določila, moramo tem določilom pripisati tudi trajnost oz. brezčasnost. Če bi določila ne bila trajna, bi namreč ne mogla prenašati resnice, saj je resnica večna.

Drugič: ker so zakoni resniconosni, njihovi vsebini ne moremo nasprotovati, ne moremo je prevpraševati. To pa pomeni, da spornost vrednot, smotrov in ciljev ostane prikrita. Če so namreč pravila resniconosna, potem so moralno pravilni tudi njihovi vrednote, smotri in cilji. Zakone se zato obravnava le kot sredstvo njihovega uresničevanja oz. doseganja (in ne kot stvar izbire, ki bi jo bilo treba utemeljiti). Ta vidik zakonodštva lahko poimenujemo kot prikrito sredstvenost ali prikriti instrumentalizem.

Tretjič: iz sklenitve družbene pogodbe izhaja, da vsako normodajno določilo suverena *ipso facto* pretehta nad vsakim drugim določilom, ki se ponaša z domnevno normodajno vrednostjo. Z zaslona normodajnih določil so tako odstranjene posameznikove moralne sodbe, kaj je prav in kaj narobe pa od tu naprej določa le državni zakon. Ta vidik zakonodštva imenujemo državarstvo ali etatizem.

Končno in četrtič: opazimo lahko, da se preučevanje prava zamejuje na preučevanje resniconosnih določil. S tem se pravo preučevalno oz. metodološko približuje naravoslovnim znanostim. Znanstveno postopanje kot opisovanje in pojasnjevanje predmetov, ki so »pač pred nami«, je za pravo enako uporabno kakor za naravo. Preučevanje prava zato lahko pravilno označimo tudi kot »pravno znanost« ali »pravoznanstvo«. Zaključki, ki izhajajo iz pravne znanosti, pa lahko delujejo kot dopolnilni pravni vir. To je namreč logična posledica resničnosti njihovih temeljev – tj. samega prava – in odlike znanstvenega načina preučevanja. Zaradi tega se tudi pravni sistem predstavlja kot zaprta množica med seboj logično povezanih določil.

Zakonodštvo torej opredeljuje pet značilnosti: prenašalnost (reprezentacionalizem), trajnost oz. brezčasnost, prikrita sredstvenost (instrumentalizem), državarstvo (etatizem) in znanstveni način preučevanja (znanstvena metoda). Predlagam, da to obliko zakonodštva, ki jo v nadaljevanju še podrobneje razčlenim, poimenujemo kot »togo zakonodštvo«.

3 TOGO ZAKONODŠTVO IN ZASTOPNIŠKA RAZLAGA DRUŽBENE POGODBE

S to kratko opredelitvijo zakonodštva lahko odpremo prostor teoriji ali nauku za zakonodajno delovanje. Zakonodštvo v glavnem izključuje razvoj vsakršnega nauka za zakonodajno delovanje, saj je to politična dejavnost – po-

litika pa je prostor izbire. Zato, ker so izbire vedno sporne, tj. prepvedprašljive, je vsak nauk, ki bi jih vzel za predmet védnosti ali resniconosnega (spo)znanja, od začetka obsojen na neuspeh. Zakonodrástvo to težavo reši s tem, da se drži spoznavoslovnega pristopa, praktični um pa obravnava kot vejo teoretičnega uma. Vprašanje najstva ali vprašanje, kako moramo ravnati, tako utesni zgolj na spoznavanje pravil, ki vsebujejo pravice in dolžnosti. Držati se pravil je miselna dejavnost, njihovo izvrševanje pa je stvar preprostega uporabljanja.

Iz tega logično izhaja dvojje. Prvič, da vloga glavnega igralca v pravnih sistemih pripade sodniku; in drugič, da je pravoslovje zvedeno na nauk, ki se nanaša na uporabljanje pravil. Zakonodajalec deluje v zaodrju pravnega sistema. Njegova vloga je omejena na sprejemanje političnih odločitev. Resnična načela javnega prava – kot je družbeno pogodbo imenoval Rousseau⁹ – se namreč nanašajo samo na vzpostavitev ustanov, ne pa tudi na vsebino odločitev, ki se v njih sprejemajo.

Vse to je ena od posledic suverenosti. Zakonodajalca, ki je v političnem prostoru suveren igralec, pravila ne morejo zavezovati – vsaj ne tako kot zavezujejo sodnika. Če bi jim bil zavezan, bi ne bil suveren. Ustava je v tem pogledu zgolj politični načrt za zakonodajno delovanje, ne pa množica pravil, ki bi zakonodajalca zavezovala. Zakonodajalec je obravnavan kot politični in ne tudi kot pravni igralec. Zakonodajno delovanje pa je predmet politike in ne tudi pravnega nauka.

V nadaljevanju bom ta pogled izpodbijal. S to razpravo skušam zakonodajalca umestiti in utrditi kot pravnega igralca. To bom storil v treh korakih. Najprej bom v preostalem delu tega podpoglavja (3) kratko preučil pomen svobode. To mi bo omogočilo razviti drugačno razlago družbene pogodbe (4), končno pa opredeliti tudi štiri zakonoslovna načela, s katerimi lahko razvijemo razumski nauk za zakonodajno delovanje (5).

V prikazu ne težim k celovitosti. Predstaviti želim le temeljni obris razumskega nauka za zakonodajno delovanje, ki sem ga poimenoval »zakonoslovje«.

Začnimo torej pri pojmu svobode. Ob odsotnosti zunanijh omejitev lahko posameznik ravna svobodno, kakor mu je drago.¹⁰ To jemljeta za izhodišče tako Hobbes kot Rousseau. V logičnem smislu se posameznik sooča z neskončno vrsto možnih oblik izvrševanja svobode; pojem svobode vključuje vsa mogoča ravnanja. Le navidez protislovno pa je dejstvo, da moramo svobodo nujno omejiti, da bi do ravnanja sploh lahko prišli. Da se ravnanje izvrši, moramo iz neskončne vrste mogočih ravnanj izbrati eno samo.

9 Rousseau 1964 (op. 6), 470.

10 Herbert L. A. Hart, Are There Any Natural Rights?, v David Lyons (ur.), *Rights*, Belmont (CA), Wadworth Publishing, 1979, 14–25.

Vse to pomeni, da je ravnanje mogoče izvršiti samo pod pogojem, da svoboda prej omejimo. Svoboda brez mej je torej zgolj pojem. Na njegovo mesto moramo postaviti izbrano obliko izvršitve. Tu predlagam, da jo poimenujemo »predstava«. Predstave so nujni predpogoj vsakega ravnanja.

Ob odsotnosti zunanjih omejitev svobode se posamezniki ravnaajo po lastnih predstavah. Sami morajo izbrati omejitve svobode; sami si izberejo svoje »predstave o svobodi«. Te predstave imajo torej meje, ki jih svobodi postavi posameznik sam. Kadar pa se ta ravna po omejitvah svobode, ki niso plod njegove izbire, deluje na podlagi drugačnih »predstav svobode«. Te predstave svobode lahko imenujemo tudi *zunanje* predstave svobode, saj so meje, ki ravnanje sploh omogočajo, posameznikovi svobodi postavljene od zunaj. Drugače je s posameznikovimi predstavami o svobodi, ki jih lahko ustrezno poimenujemo tudi kot *osebne* predstave o svobodi.

Hobbes in Rousseau skušata pokazati, da medsebojnih ravnanj v družbi ne moremo urejati po osebnih predstavah o svobodi. Najbolj očiten je v tem pogledu Hobbes. Po njegovem posamezniki nimamo na razpolago resničnega pomena zakonov narave, ker so ti pomensko votli. Vse dokler ne razpolagamo s pomenom zakonov narave, pa preprosto nimamo pravil, ki bi lahko urejala naša medsebojna družbena ravnanja. Družba brez države ne obstaja.

Rousseau (drugače od Hobbesa) zatrjuje, da družba obstaja, še preden je ustvarjena država. Pomen, ki je potreben za urejanje medsebojnih družbenih ravnanj, lahko določajo tudi posamezniki: to počno v okvirih pomenotvornih okoliščin prispevanja, v katerih se en drugega priznavajo tudi kot člani določene družbene zveze. Vojna vseh proti vsem je na primer že dokaz, da družba obstaja brez države (vojna je pač ena od oblik medosebnega urejanja družbenih ravnanj z določanjem pomena). Obenem pa ta vojna vseh proti vsem vendar dokazuje, da je medosebno urejanje družbenih ravnanj obsojeno na neuspeh.

Razlog vojne v preddržavnem stanju je po Hobbesu v tem, da je človek po naravi zloben. Po Rousseauju pa je neuspeh brezdržavnega urejanja družbenih ravnanj, ki ga dokazuje vojna, posledica odnosov odvisnosti, izhajajočih iz ekonomskega ogródja družbenega prostora.

Kakor koli naj že je, lahko dodamo, da resnica in pomen pač nista eno in isto. Medtem ko je pomenov mnogo, je resnica ena sama. In če se s tem navežemo na zgornje izvajanje, ugotovimo, da posamezniki, ki se ravnaajo po osebnih predstavah o svobodi, ne razpolagajo z njenim »resničnim« pomenom. Osebnih predstav o svobodi je namreč neskončno veliko število, »resnični« pomen svobode pa more biti le en sam.

Po tem, kar smo rekli o svobodi, resnici in pomenu, zdaj lahko izrišem v pogodbeni okvir tri zgoraj izpostavljene osi. Osebne predstave o svobodi so praktično nujni predpogoj ravnanja. Brez utesnitve svobode v obliki predstav rav-

nanje namreč sploh ne bi bilo mogoče. Ta praktična nujnost predstav pa hkrati pomeni, da ima posameznik neko svojevrstno prednost. Če ni nobenih zunanjih omenitev svobode, tj. nobenih zunanjih predstav svobode, potem lahko posamezniki ravnaajo po svojih predstavah in kakor želijo. Kljub temu je v naukih Hobbesa in Rousseauja praktična nujnost utesnitve svobode tako očlenjena, da politiki na koncu daje prednost pred posameznikom. Izvrševanje svobode po predstavah suverena namreč pretehta nad ravnanjem po osebnih predstavah o svobodi. Razlog za njun sklep korenini v spoznavoslovni osredotočenosti na resnico.

Ta spoznavoslovna skrb je izključevalnega ali binarnega značaja. Hobbes in Rousseau predpostavljata, da imamo vsi posamezniki enake zmožnosti razumskega mišljenja in da bomo z njegovo uporabo vsi spoznali, da je skleniti družbeno pogodbo bolje kot ohranjanje naravno stanje. Razum je torej tisti, ki resnici daje prednost pred golim pomenom.

Tako (pospremljeno s spoznavoslovnimi skrbmi) politično oblikovanje svobode pretehta nad moralnim oblikovanjem svobode, po katerem imajo prednost posameznikove osebne omejitve svobode. Vse od »trenutka« sklenitve pogodbe se morajo posamezniki prednostno ravnati po zunanjih predstavah svobode. Pristop k pogodbi namreč pomeni pooblastilo suverenu za zastopanje in vnaprejšnji sprejem zunanjih omejitev svobode, kakršna koli je že njihova vsebina.

Po tej, zastopniški razlagi družbene pogodbe pa te vendarle delujejo kakor osebne predstave o svobodi. Pri tem, ko se posamezniki odločajo, da družbeno pogodbo sprejmejo, se namreč ravnaajo po svojih osebnih predstavah o svobodi. Na podlagi splošnega pooblastila suverenu za zastopanje so jim zato tudi zunanje predstave svobode, ki izhajajo iz pogodbe, pripisane, kakor da bi šlo za njihove osebne predstave o svobodi.

Ta zastopniška razlaga izhaja iz zgrešenega pogleda na svobodo. Svoboda pomeni možnost, da se ob odsotnosti zunanjih omejitev – tj. zunanjih predstav svobode – ravnamo po osebnih predstavah o svobodi. Povedano bolj splošno: svoboda ni samo izhodiščna točka za urejanje političnega prostora, ampak je njegov *principium* – začetek in vodilo kakor *Leitmotiv*.

Po zastopniški razlagi pa politična razsežnost svobode vedno pretehta nad njeno moralno razsežnostjo. In ker se (ob spoznavoslovnih skrbih) političnemu oblikovanju svobode daje prednost pred njenim moralnim oblikovanjem, ravnanja po zunanjih predstavah svobode vedno in že sama po sebi pretehtajo nad ravnanji, ki se držijo osebnih predstav o svobodi. Posledično je prizadet premišljevalni značaj pojma svobode; značaj, zaradi katerega je to moralni pojem. Svoboda kot moralni pojem je izraz moralne avtonomije, iz katere logično izhaja, da se svobodo lahko izvršuje le v svobodi ali, z drugimi besedami, da bi

moralo imeti ravnanje po osebnih predstavah o svobodi prednost pred ravnanji po zunanjih predstavah svobode.

Prav tega pa ustaljeni nauk o družbeni pogodbi ne prizna: po njem politično zastopanje pretehta nad svobodo v moralnem pomenu, saj zunanjim predstavam svobode vedno daje prednost pred osebnimi predstavami o svobodi.

Zdaj bom zato v grobem izrisal nov, drugačen pogled na družbeno pogodbo, ki slednje ne razlaga kot zastopniško pogodbo.

4 PROŽNO ZAKONODRŠTVO IN MENJALNA RAZLAGA DRUŽBENE POGODBE

Če imamo vse zunanje omejitve svobode za legitimne in veljavne že samo zato, ker jih je postavil suveren, potem nas to pripelje ravno tja, kjer živimo danes: v svet eksponentno naraščajočega števila zakonov. Pooblastilo za zastopanje je suverenu dano z razlogom – po Hobbesu z razlogom osebne svobode, po Rousseauju enakosti, po Kantu moralne dolžnosti –, in ta razlog določa namen pravnega sistema kot celote: *a priori* utemeljuje vsako bodočo zunanjo omejitev svobode, četudi je njena vsebina v »trenutku« pristopa k pogodbi neznana. Ker je pooblastilo za zastopanje splošno, se šteje, da je prav tako širok tudi namen pravnega sistema. Vsaka zunanja omejitev svobode je torej pokrita s pooblastilom za zastopanje; vsaka zunanja predstava svobode služi namenu pravnega sistema. Število zunanjih omejitev svobode na noben način ni omejeno.

Težave, ki jih poraja eksponentna rast števila pravnih pravil, so precejšnje in danes dobro poznane. Čeprav je ta količinska težava pomembna, pa je v okviru tega prispevka ne obravnavam. V njem se posvetim le kakovostni preobrazbi svobode, ki je posledica družbene pogodbe.

Naj najprej poudarim, da je družbena pogodba razumska poustvaritev Aristotelovega izgubljenega raja, tj. naravne politične družbe. Ker je v takšno politično telo težko vpeljati ontološki individualizem, se moramo – zato da bi posamezne dele povezali v celoto – nujno poslužiti razumskih pojmov: razumska politična družba tako s pomočjo družbene pogodbe nadomesti naravno politično družbo.

Ponovimo, da ta miselna poustvaritev ogroža moralno razsežnost svobode: če lahko vsaka zunanja omejitev ali predstava svobode legitimno prevlada nad notranjimi omejitvami oz. osebnimi predstavami o svobodi, potem se na mesto moralnega izvrševanja svobode vedno lahko postavi politično izvrševanje svobode.

Že prej smo videli, da sovpada razlog za sklenitev družbene pogodbe s smotrom države ali splošnim namenom pravnega sistema. Zato se zdaj vprašajmo,

ali kot splošni smoter pravnega sistema lahko nastopa tudi svoboda v moralnem smislu. Če svobodo v moralnem smislu dojemamo kot splošni namen ali *Leitmotiv* pravnega sistema, namreč dobimo vitkejšo različico družbene pogodbe. V tej različici je *pravo tisto, kar moralo omogoča*. To prinaša drugačno razlago razmerja med pravom in moralo, kar pa le omenim, ne da bi šel globlje. Zadošča naj beseda: na podlagi te razlage razmerja med moralo in pravom ima morala prednost pred pravom.

Iz povedanega bi bilo napačno sklepati, da je ta prednost brezobzirna ali absolutna. Gre za sorazmerno ali relativno prednost: zunanjim predstavam svobode se namreč lahko priznava prednost pred osebnimi predstavami o svobodi. Graja brezobzirnega dajanja prednosti me je pripeljala do drugačnega razumevanja družbene pogodbe. Predlagam, da govorimo o njeni *menjalni razlagi*.

Po menjalni razlagi družbene pogodbe posamezniki suverenu ne dajejo splošnega pooblastila za zastopanje. Nasprotno, svobodo se menja za prav vsako zunanjo omejitev svobode posebej. Z drugimi besedami: medtem ko se po zastopniški razlagi družbene pogodbe osebni svobodi odpovedujemo na splošno in *vnaprej* (odpovedujemo se ji v zameno za možnost doseganja smotra države), mora po moji razlagi *vsak posamezni predpis* v trenutku nastanka in razglasitve odtehtati osebne predstave o svobodi, ki so z njim nadomeščene.

Drugače kot po Hobbesovi razlagi družbene pogodbe ta po menjalni razlagi ne temelji na nobeni splošni trditvi o človekovi naravi, zaradi katere naj bi bile osebne predstave o svobodi neizvršljive. Prav tako se menjalna razlaga odmika tudi od Rousseaujevih trditev, saj ne vključuje nobene splošne sodbe o človeški družbi, v kateri naj bi bilo medosebno urejanje družbenih ravnanj do te mere neuspešno, da bi vodilo v vojno. Enako kot zastopniške razlage družbene pogodbe pa tudi menjalna razlaga povezuje vse tri osi novoveškega filozofskega načrta – s to razliko, da vse tri postavlja v nov okvir.

Spoznavoslovna os je še posebej preoblikovana. Nič več ne zatrujemo, da je pomen pojmov isto kot resnica, saj imajo pojmi lahko različne pomene, kar je pač odvisno od pomenotvornih okoliščin prispevanja. Resnica obstaja neodvisno od vsakršnih okoliščin, pomen pa, kot rečeno, ne. Zanikanje ločnic med resnico in pomenom vodi do zanikanja obstoja pomenotvornih okoliščin prispevanja. Obenem pa nas enačenje resnice in pomena – z mislijo o »resničnem pomenu« – pripelje do posvojitve nekakšnega »pogleda od nikoder«¹¹ in do že omenjene prenašalnosti ali reprezentacionalizma, ki je značilnost togega zakonodštva.

Politična os je v njem stremela k institucionalizaciji oz. ustanavljanju resnice, ki naj bi jo bilo s tem vsaj načeloma mogoče odkriti. Posledice, ki jih je to pustilo na moralni osi, so bile doslej tudi že jasno izražene: posamezniki se – bodisi

11 Thomas Nagel, *The View from Nowhere*. Oxford, Oxford University Press, 1986.

zaradi svoje narave (po Hobbesu) ali zaradi življenja v družbi (po Rousseauju) – naj ne bi bili zmožni ravnati po lastnih moralnih sodbah ali osebnih predstavah o svobodi.

Zgoraj uvedeno spoznavoslovno razlikovanje med »pojmom« in »predstavo« pa nam zdaj vendar omogoča, da med politično in moralno osjo vzdržujemo potrebno ravnotežje. Ravnotežje je mogoče loviti šele, če izvrševanje svobode po zunanjih predstavah ne pretehta kar samo po sebi nad izvrševanju svobode po osebnih predstavah.

Iskanje ravnotežja je neposredno zvezano z menjavo. Za to pri menjavi pravzaprav gre. Ker je svoboda *principium* in ker vsak predpis, ki ga postavi suveren, to svobodo od zunaj omejuje, morajo biti politična in moralna izvrševanja svobode – tj. zunanje predstave svobode in osebne predstave o svobodi – pretehtana in med seboj uravnotežena.¹²

Svoboda kot *principium* pomeni, da že *prima facie* dajemo prednost osebnim predstavam o svobodi in da zunanje predstave svobode nad njimi lahko pretehtajo le pod pogojem, da je njihova prednost pred osebnimi predstavami izrecno utemeljena. Cilj takšne utemeljitve je vzdrževati ravnotežje med politično in moralno osjo.

Ta zahteva po utemeljitvi torej po svoje izraža prednost moralnih predstav o svobodi pred političnimi. Sama možnost, da se kakšni politični predstavi svobode vendarle da prednost pred moralno predstavo, pa dokazuje, da prednost ni absolutna ali brezobzirna, ampak je od nečesa odvisna.

5 ZAKONOSLOVNA NAČELA

Če se svobodo razume kot *principium*, potem je treba utemeljiti vsako zunanjo omejitev svobode, vsako zamenjavo osebne predstave o svobodi z zunanjo predstavo svobode. Prav ta dolžnost utemeljevanja je tisto, na čemer zakonslovje gradi. Zakonslovje je namreč opredeljeno kot razumski nauk za zakonodajno delovanje, svoboda kot *principium* pa je njegov sestavni del.

Utemeljevanje zakonodajnega delovanja je izraz uravnotežanja in tehtanja moralnih (tj. osebnih) in političnih (tj. zunanjih) omejitev svobode. Da bi zakonodajno delovanje orazumili, ga moramo uokviriti z nekaterimi načeli. Le tako se zunanje omejitve sploh lahko utemelji. Njihova utemeljitev je pogoj za legitimnost, a nikoli ne privede do dokončne, neizpodbitne utemeljenosti.¹³ Legitimiranje zunanjih omejitev svobode je namreč proces, ki nima konca.

12 To pomeni, da morajo biti med seboj pretehtane in uravnotežene – ne le ena ali več zunanjih predstav svobode, ampak – osebne predstave o svobodi in zunanje predstave svobode.

13 Za komentar se na tem mestu zahvaljujem Manuelu Atienzi.

Zakonoslovno ogrodje utemeljevanja je sestavljeno iz štirih načel, ki jih bom zdaj, ko prehajamo v drugi del te razprave, predstavil in obrazložil. Ta načela so: načelo nadomestnosti, načelo normativne gostote, načelo začasnosti in načelo skladnosti.

5.1 Načelo nadomestnosti (NNad)

Po načelu nadomestnosti (NNad) oz. alternativnosti je vsaka oblastno postavljena zunanja omejitev svobode lahko utemeljena le kot nadomestek za medosebno urejanje družbenih ravnanj, ki se je izkazalo za neuspešno.

To, prvo načelo je od vseh najbližje razumevanju svobode kot *principium*, saj jasno daje prednost temu, da se posamezniki ravnanje po osebnih predstavah o svobodi. Naj ponovim, da prednost osebnih predstav pred političnimi (zunanjimi) vendarle ni brezobzirna ali absolutna: odvisna je od morebitnega uspeha medosebnega urejanja družbenih ravnanj – pri tem pa neuspeha takšnega urejanja ne smemo predpostavljati, kot to počneta Hobbes in Rousseau.

Z zahtevano utemeljitvijo mora zakonodajalec torej pokazati, da je suverena vzpostavitev določene zunanje omejitve boljša kakor odsotnost takšne omejitve osebnih predstav o svobodi. Razumljivo je, da je odnos med suverenom in posamezniki ob tem asimetričen.¹⁴ Med sklicevanjem prvega na legitimnost in priznavanjem te legitimnosti s strani posameznikov obstaja določen razkorak. Če bi bil odnos simetričen, bi se vsako suverenovo sklicevanje na legitimnost *ipso facto* ujemalo z drugostranskim priznavanjem te legitimnosti. To pa bi nas postavilo nazaj v okvir zastopniške razlage družbene pogodbe in togega zakonodštva.

NNad kot načelo za utemeljevanje predpostavlja zmožnosti posameznikov, da se ravna po osebnih predstavah o svobodi. S tem predpostavlja tudi določeno samoupravnost družbenih praks in ustvarjanje pomena skozi medosebno urejanje družbenih ravnanj. Pomen, ki se na tak način poraja, kaže na pravila, ki so vtisnjena v družbeno prakso. To so pravila, ki družbene prakse tudi ustanovljajo.

Znanstveno raziskovanje, glasbeno poustvarjanje, mizarstvo, šolstvo in religija: vse to so oblike takšnih praks. Vsaka od njih ima svoja pravila, po katerih tvorijo te prakse polno pomenljive oblike družbenega udejstvovanja. Mark Hunyadi je prepričljivo utrjeval, da se obstoj teh pravil jasno pokaže v primeru sporov;¹⁵ da so torej spori tisti, ki razgrinjajo obstoj pravil in družbenih praks, v katerih se ta porajajo. Spori, pravila in pomen so nujni za obstoj družbenih praks. Družbeni prostor zato lahko razumemo kot preplet neskončne raznolikosti družbenih praks, ki vključujejo tako spore znotraj njih kakor med njimi.

14 Paul Ricoeur, *Science et idéologie*, v: Paul Ricoeur, *Du texte à l'action*, Pariz, Seuil, 1986, 310.

15 Mark Hunyadi, *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Pariz, Cerf, 1995.

Če bi vse spore *a priori* onemogočali, bi se znašli v svetu, podobnem Hobbesovi različici politike. Kadar je določanje pomena prepuščeno (izključno) suverenu, se s tem morda res preprečuje ali razrešuje spore. Žal pa takšno določanje pomena ogroža obstoj družbenih praks – ker se z njim posledično izenačujeta družbeni prostor in politični prostor, izenačuje se družbo in državo. Posameznikom se odreka položaj avtonomnih moralnih agentov, na podlagi osebnih predstav o svobodi pa lahko delujejo le še na nekaj postranskih področjih – in še to zgolj dokler teh področij ne uredi po svoje suveren, ki na tak način lahko ukrepa, kadar koli se to njemu zdi primerno.

Zakonoslovje z *NNad* ta položaj zato obrača. V skladu s tem načelom lahko suveren poseže na neko področje le pod pogojem, da more prednost suvereno postavljene zunanje omejitve svobode pred mogočimi osebnimi omejevanji utemeljiti z izkazom neuspeha medosebnega urejanja družbenih ravnanj.

5.2 Načelo normative gostote (*NGost*)

Načelo normative gostote (*NGost*) ob tem postavlja dodatno zahtevo, in sicer da se pri vsaki zunanji omejitvi svobode posebej utemelji tudi njeno normativno moč. Povedano na kratko: zakonodajalec mora predpis kazni, le kot primer, posebej utemeljiti, saj tak predpis pomeni, da je svoboda omejena dvakrat. Že vsak predpis zunanje predstave svobode izključuje ravnanja po osebnih predstavah o svobodi in tako torej predstavlja prvo omejitev. Drugo omejitev pa dobimo, če je prva pospremljena s kaznijo za kršitve, saj je v takšnem primeru namen, smoter ali cilj pravila mogoče uresničiti le na predpisani način. Posamezniku namreč kazen še enkrat onemogoča, da bi se ravnal po osebnih predstavah o svobodi.¹⁶

Zato naj velja, da zunanje omejitve svobode same po sebi še niso izključni razlogi za ravnanja. Nasprotna trditev bi nas postavila na tire zastopniške razlage družbene pogodbe. Po njeni menjalni razlagi pa je splošni namen pravnega sistema skromnejši: njegov namen je omogočati moralo.

Četudi je torej neka menjava utemeljena po načelu nadomestnosti (*NNad*), zato še ni nujno, da je kaznovanje najboljše sredstvo za doseganje namena, smotra ali cilja zunanje omejitve svobode.

Poglejmo, kako prepričljiv je bil v tem oziru Hart s svojo grajo tako Austinovega kot Kelsenovega pojma pravnih pravil. Po njegovem vsebuje vsak pravni sistem neka pravila, ki podeljujejo oblast. Pooblastitvena pravila lahko oblast podelijo uradnikom. V tem primeru uradnike pooblaščajajo za ustvarjanje ali spreminjanje določenih pravil in, seveda, za uporabo (drugih) pravil. Hkrati

¹⁶ Naj pojasnim. Ko je človek v zaporu, je njegovo ravnanje po osebnih predstavah o svobodi že samo po sebi omejeno. Podobno pa je tudi v primeru denarnih kazni, saj odvzetega denarja ne moremo porabiti v skladu s svojimi željami.

pooblastitvena pravila tako uradnikom kot občanom omogočajo tudi prepoznavanje veljavnih pravil. Na splošno pa lahko rečemo, da pooblastitvena pravila ne predpisujejo nobenih kazni.¹⁷

Takšna pravila seveda lahko podeljujejo oblast tudi posameznikom zasebno. Posamezniki tako lahko delajo oporoke, se poročajo ali sklepajo pogodbe. Tudi v teh primerih pooblastitvena pravila niso podprta ne z zapovedjo ali grožnjo (Austin) niti niso »bistveno odvisna« od predpisa kazni za njihovo kršitev (Kelsen). Nihče, na primer, ni primoran, da se poroči. Če se dva želita poročiti, morata v določenem zaporedju izvršiti vrsto dejanj, ki šteje za veljavno poroko. Če tega ne storita, zakonske zveze pač ni, četudi morda obstaja kakšna druga oblika razmerja.

S tem prikazom Hart izpodbije predpostavko, da morajo zunanje omejitve svobode (tj. pravila) nujno vsebovati kazen, da bi bile veljavne. Sledeč načelu normativne gostote pa mi lahko storimo še korak naprej. Če kazen ni bistvena sestavina pravila, potem moremo ugotoviti, da njena vključitev v pravilo ni pojmovno nujna. In če to ni, potem je treba vključevanje kazni v posamezno pravno pravilo posebej utemeljiti.

Predpis kazni mora zakonodajalec utemeljiti z razlogi, ki pojasnjujejo, zakaj je svoboda treba dodatno omejiti. Denarna kazen in prostostna kazen sta le dva od mnogih načinov, kako zagotoviti ravnanje po neki zunanji predstavi svobode. Normativna gostota teh načinov je zelo različna in kazen predstavlja le eno od skrajnosti. Primeroma lahko pomislimo že samo na usmerjevalne ukrepe, kot so obveščanje, spodbude v obliki davčnih odpustkov, oblike samoupravljanja z etičnimi kodeksi ravnanja ali sporazumi, pa obvezno označevanje proizvodov in podobno.

Bistveno je tole: predpis kazni mora biti utemeljen, ker svoboda kot *principium* zahteva, da ima ravnanje po osebnih predstavah o svobodi prednost pred ravnanjem po zunanjih predstavah svobode. Najprej obravnavano načelo nadomestnosti (*NNad*) zahteva le, da mora izbrana zunanja predstava svobode pretehtati nad osebnimi predstavami o svobodi. Zato je zunanja predstava svobode tista, ki potrebuje posebno utemeljitev. Iz tega, da je morda utemeljena, pa še ne izhaja, da je njeno izvrševanje treba zagotavljati s predpisom kazni. To, kar se zasleduje, je le cilj, smoter ali namen zunanje omejitve svobode.

Načelo normativne gostote (*NGost*) zato zahteva, da je izbrano sredstvo za uresničitev cilja, namena ali smotra določenega pravila posledica uravnotežanja in tehtanja vseh nadomestnih možnosti oz. alternativ. Namesto, da so npr. za posest in uporabo drog predpisane kazni, bi se lahko poslužili obveščevalne kampanje. Takšna kampanja bi postregla s podatki o nedobrodošlih posledici-

17 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. izdaja, Oxford, Clarendon, 1994, 91 in nasl.; 1. izdaja (1961) v slov. prevodu Jelke Kernev-Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU, 1994.

cah uporabe drog. Pospremljena bi bila lahko celo s sporazumom med vlado in šolami, ki bi ciljale na to, da šole ostanejo drog čiste. Obenem bi bilo šolam, ki bi se tega držale, lahko podeljeno neko priznanje. Na takšno priznanje bi bila lahko vezana dodatna denarna podpora. Končno bi se lahko tistim šolam, ki bi sporazum uspele spoštovati skozi določeno obdobje, podelilo še nagrado ipd.

To kaže, da je za uresničitev nekega cilja, smotra ali namena omejitve svobode na voljo cela vrsta možnosti in da je predpis kazni le ena izmed njih. Ker je pojmovna zvezanost pravil in kazni ovržena, moramo zdaj cilj, smoter ali namen pravila povezati s sredstvi za njihovo uresničitev. NGost od zakonodajalca zahteva izkaz oz. vzpostavitev takšne povezave.

Jasno je, da imajo različna sredstva različno normativno gostoto in da je vpliv vsakega sredstva na svobodo nekoliko drugačen. Samoumevno je, da morajo imeti prednost tista sredstva, ki imajo – v primerjavi s kaznijo – najmanjšo normativno gostoto. Rečeno še drugače: če se zakonodajalec odloči, da predpiše kazen, mora biti to posledica utemeljitve, po kateri izbrana vrsta kazni pretehta nad vsemi drugimi možnostmi, ki imajo manjšo normativno gostoto.

5.3 Načelo začasnosti (NZač)

Načelo začasnosti (NZač) uvaja v pravni sistem še časovno razsežnost. Po tem zakonodrstvu je pravni sistem trajna množica pravil, ki nam prenašajo resničnost in hkrati zavzemajo celotno kraljestvo pomena. Povsem nasprotno je stališče zakonslovja, ki priznava človeški izvor pravil oz. zunanjih omejitev svobode. Tako kot vsaka druga dejavnost ljudi je tudi ustvarjanje pravil prežeto z zgodovinskimi okoliščinami. Z drugimi besedami: kot vsaka človeška dejavnost je tudi ustvarjanje pravil odvisno od časa.

Tisti nauki, ki se kot Hobbessov in Rousseaujev nauk ponašajo z neposrednim stikom z resnico, ne priznavajo, da je videnje resnice pogojeno s časom. Vsakršno (spo)znanje, ki izvira iz teh nauk, je zato tudi samo ontološko resnično. Drugače od teh nauk *za* resničnost (tj. nauk, ki resničnost vzpostavljajo oz. opredeljujejo), pa stik z resnico razumejo nauki *o* resničnosti, ki to zgolj opisujejo: zanje je resnica nekaj, kar je nujno posredovano – in to prav z nauki, ki jih zaradi te posebnosti lahko imenujemo posredovalni nauki, pa tudi »paradigme«. Ena paradigma se vedno naslanja na še kakšno drugo paradigmo in tako naprej v nedogled (en posredovalni nauk na drugega). Prej omenjeni nauki za resničnost pa ne priznavajo posredovanosti resnice skozi paradigme. Domnevno naj bi se sami lahko ponašali kar s prvovrstno, nezaznamovano resnico. Na drugi strani se nauki o resničnosti sklicujejo samo na objektivno ali nezaznamovano (spo)znanje. Takšno (spo)znanje pa se seveda naslanja na miselni ali teoretični okvir, iz katerega izhaja in od katerega je torej odvisno.

Miselno, teoretično odvisnost enega nauka od drugega je mogoče razumeti kot spoznavoslovni prevod človekove nepopolnosti, ki izhaja iz našečasne, minljive narave. Zavest o časovni pogojenosti (spo)znanja (tj. o njegovi odvisnosti) pa se vendar ne sme spreobrniti v dvom v sam obstoj ontološke resnice.

Naša misel o časovnosti se zato ujema z razlikovanjem med resnico in pomenom: pomen je vedno odvisen od okoliščin prispevanja in v tem se razlikuje od ontološke resnice, ki je od okoliščin neodvisna. Neka trditev je resnična, ali pa to ni. Reči, da je neka trditev v danih okoliščinah lahko resnična, še ne pomeni, da je resnična tudi v ontološkem smislu. Kadar govorimo o morali in politiki, torej ne govorimo o resnici v ontološkem smislu. Tu je bila v naukih, ki govorijo o družbeni pogodbi, storjena glavna napaka. Ti, kot rečeno, zatrjujejo, da imajo neposreden stik z resnico – na tej osnovi pa potem gradijo svoj normativni okvir, po katerem naj bi se oblikovala ureditev političnega prostora.

Tisto, kar na področju (spo)znanja velja za razlago, lahko trdimo tudi za utemeljevanje na področju delovanja: resnica je v tem smislu enaka utemeljenemu prepričanju. Da ne bi bil predolg, tega ne bom pojasnjeval posebej. Naj rečem le to, da je utemeljevanje oblika delovanja.

Po tem, kar smo povedali, do resnice torej ni mogoče priti drugače kot s posredovanjem neke »paradigme«. Paradigma resnico po svoje oblikuje, obenem pa nam preprečuje, da bi bili z njo v neposrednem stiku. Kot resnično zato jemljemo »resniconosno (spo)znanje« v smislu utemeljenega prepričanja. To pa se s časom spreminja.

Množica mogočih predstav svobode že sama po sebi izključuje možnost, da bi obstajal kakršen koli »resnični pomen« svobode. Zato je zakonodajalčeva možnost izbire v prid ene od zunanjih predstav svobode podvržena dolžnosti utemeljevanja, kot sem pojasnil že zgoraj. Po *NNad* se mora to zakonodajalčevo utemeljevanje osredotočiti na izkaz, da bo zunanja omejitev svobode nadomestila (neuspešno) medosebno urejanje družbenih ravnanj. Po *NGost* mora zakonodajalec nato utemeljiti normativno gostoto izbrane omejitve svobode. Načelo začasnosti (*NZač*) pa, končno, poudarja začasnost oz. časovno pogojenost katerega koli pravila in njegove utemeljitve.

NZač postavlja vsa pravila, ki so že utemeljena v skladu z *NNad* in *NGost*, v časovni okvir. Četudi je neka zunanja omejitev svobode lahko utemeljena na podlagi zadnjih dveh načel, je veljavnost takšne utemeljitve torej vezana na čas.

Naj v zvezi s tem opozorim še na dva pomembna vidika *NZač*. Prvič: poleg tega, da mora biti vsebina zunanje omejitve svobode utemeljena po *NNad* in *NGost*, mora utemeljitev izkazati tudi to, da izbrana zunanja omejitev prihaja v »pravem času«. Odločitev za določeno zunanjo omejitev svobode je mogoče utemeljiti z življenjskimi okoliščinami *hic et nunc*. Togo zakonodršstvo je razumelo družbeno resničnost kot »brezčasno« in zavračalo časovno pogojenost

omejitev svobode. Prožno zakonodršstvo, na katerega se opira zakonslovje, pa časovno razsežnost človekovega delovanja resno upošteva. Razumnost zakonodajnega delovanja, ki je prva skrb zakonslovja, zahteva, da zakonodajalec upošteva življenjske okoliščine, te pa se seveda spreminjajo s časom.

Odločitve, ki so enkrat dobrodošle, so v nekem drugem trenutku v drugih okoliščinah kaj hitro lahko neprimerne. To je drugi vidik *NZač*, na katerega moramo biti pozorni. Kar je bilo v nekem trenutku utemeljeno, kasneje lahko postane neutemeljeno. Zato je utemeljevanje zunanjih omejitev svobode postopek brez konca; postopek, ki vključuje obveznost, da zakonodajalec pri zunanjih omejitvah svobode posameznikov vedno upošteva spreminjajoče se okoliščine. Času neprimerna zakonodaja in zunanje omejitve, ki so zapadle v pozabo, izgubijo legitimnost. Treba jih je razveljaviti, nadomestiti ali tako spremeniti, da bodo spoštovale *NNad* in *NGost*.

5.4 Načelo skladnosti (*NSklad*) in nauk o različnih stopnjah skladnosti

Po načelu skladnosti (*NSklad*) je zakonodajalčeve zunanje omejitve svobode končno treba utemeljiti tudi s pogledom na pravni sistem kot celoto. Pravni sistem ni samo statičen niz zunanjih omejitev. Nasprotno, gre za zapleteno in dinamično množico medsebojno povezanih primarnih in sekundarnih pravil.

V grobem bi lahko rekli, da vsaka sprememba v sistemu vpliva na celoto. Čeprav je sistem že po naravi stvari sestavljena celota, se s spremembami njegova zapletenost eksponentno povečuje. To pa končno lahko ogrozi sam značaj sistema.

Na tej ugotovitvi lahko razvijemo pojem skladnosti ali koherentnosti pravnega sistema. Nekateri skladnost povezujejo s stanovitnostjo ali konsistentnostjo. Stanovitnost pomeni odsotnost protislovij znotraj določene množice, ki sestavlja nek nauk. Vsakršno protislovje pomeni, da je množica nestanovitna. Če sledimo tej opredelitvi in stanovitnost razumemo kot predpogoj za skladnost, potem že prisotnost enega protislovja v sistemu pomeni, da ta ne tvori skladne celote.

Drugi, ki skladnosti in stanovitnosti ne povezujejo na opisani način, ju primerjajo takole: stanovitnost naj bi bila stvar vsega ali nič, medtem ko naj bi bila skladnost vprašanje večje ali manjše mere. V tem pogledu je stanovitnost stvar logike, skladnost pa se bolj nanaša na vprašanje, ali in kakšen smisel daje oz. ima obravnavana celota.

Razmerje med obema pojmom pa lahko opredelimo še nekoliko drugače. Če skladnost neke množice vpliva na smisel, ki ga ta množica izraža kot celota, potem njeno stanovitnost lahko razumemo tudi kot poseben in močan dejavnik

z istovrstnim vplivom. Zaradi tega se morda zdi, da je stanovitnost neke množice stvar vsega ali nič, njena skladnost pa bolj vprašanje večje ali manjše mere.

V okvirih našega pogleda se skladnost kot lastnost pripisuje neki razpravni enoti ali neki množici določb oz. trditev ter njihovih povezav. Določbe oz. trditve so lahko povezane na različne načine. Stanovitnost je en od teh načinov. V primeru stanovitne povezanosti imamo opraviti z logično, neprotislovno množico določb ali trditev, ki kot celota izražajo določen smisel. Na smisel »celote« pa vplivajo tudi druge stvari.

To se jasno pokaže, če k »celoti« prištevamo tudi pomenotvorne okoliščine prispevanja – tj. če pravo razumemo ne le kot množico osamljenih določb, ampak kot nekaj, kar vključuje družbene prakse, ki se jih s pravom ureja. Ob takem, širokem pogledu, ki ga dodatno razčlenim v nadaljevanju, bo lažje razlikovati med zahtevo po stanovitnosti in zahtevo po skladnosti.

Kot bomo zdaj videli, je treba govoriti o različnih stopnjah skladnosti.

5.4.1 *Skladnost₀*

Osrednja stopnja skladnosti ni posebnost tega nauka. Gre za skladnost brez katere sploh ne pridemo do smisla. To stopnjo skladnosti imenujmo skladnost₀. Nanaša se na osnovno enoto govora (npr. na stavek, na sodno ali zakonodajno odločitev). Če se v tej osnovni enoti govora pojavi protislovje, to vpliva tudi na vse drugo. Skladnost₀ neobhodno pogojuje smisel razpravne celote. Da bi celota ne bila brez smisla, na ravni osnovnih enot govora ne sme biti nobenega protislovja. To zahtevo so nekateri kar primerno poimenovali kot »sočasna stanovitnost«.¹⁸

Zahteva po skladnosti₀ ni vsespošna ali univerzalna v tistem smislu, da bi bila enaka za prav vse vrste izražanja. Odvisna je od tega, kaj pri eni vrsti izražanja šteje za osnovno, to pa je po drugi strani odvisno od okoliščin. V pesniškem jeziku je zahteva po skladnosti₀ manj stroga kot pri logičnem izražanju. Vsaka vrsta izražanja ima po svoje opredeljene enote osnovne ravni. Čeprav so tu razlike, pa je zahteva po skladnosti₀ vsesplošno veljavna. Čas nanjo tako nima vpliva.

5.4.2 *Skladnost₁*

Zahteva po skladnosti se spremeni, ko ji dodamo časovno razsežnost. Upoštevanje časa, kot rečeno, ne vpliva na skladnost₀. Zato seveda ni dovolj, da dve sodbi, sprejeti v podobnih primerih, a v različnih trenutkih, vsaka zase ustrezata le zahtevam skladnosti₀. Vsi se bomo strinjali, da morata biti odločitvi

¹⁸ Lewis A. Kornhauser in Lawrence G. Sager, *Unpacking the Court*, *Yale Law Journal* (1986) 96, 105–106. Peter Winch, *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, 2. izdaja, London, Routledge, 1990, 61.

nujno podobni, če sta primera podoba. Če torej sodnik nekoga obsodi zaradi tatvine na plačilo 100 EUR denarne kazni, potem oblikovna pravičnost zahteva isto kazen v naslednjem podobnem primeru. Drugačno pravilo bi prizadelo naš občutek o tem, kaj je pravično.

Oblikovna pravičnost je podobna stanovitnosti, in to v glavnem iz dveh razlogov. Prvič zato, ker je pravo stvar pravil. To je posledica zgoraj že opisanih spoznavoslovnih skrbi, ki so spodbudile tudi razvoj naravoslovnih znanostih. V naravoslovnem razumevanju sveta se resničnost kaže skozi pravila: jezik resničnosti so matematična pravila, znanstvene resnice pa so matematične enačbe. Vsaj po nekaterih razlagah novoveške znanosti je resničnost v ontološkem smislu matematična. Posnemanje naravoslovnih znanosti v družboslovju pa ima za posledico, da se tudi te izražajo s pravili.

Drugi razlog, ki zbližuje oblikovno pravičnost in stanovitnost, je povezan s prvim. Tako kot znanstvena pravila morajo biti tudi pravna pravila v enakih primerih uporabljana enako. Če ne bi bila, bi sploh ne mogli govoriti, da gre za pravila. Ob tem pa se – drugače kot pri pravilih logike – s pravilniško obliko zunanjih omejitev svobode izraža še neko vrednostno sodbo. To je vrednostna sodba enakosti: kot *principium* mora biti svoboda za vse enaka. Zato je nujno, da se enake primere obravnava enako. Ta zahteva narekuje in utemeljuje dejstvo, da je pravo sestavljeno predvsem iz pravil. Vrednota enakosti je torej glavni razlog, zaradi katerega danes dajemo prednost pravu kot množici pravil pred pravom kot množico zapovedi.

Če se pravo enači s predmeti naravoslovnih znanosti (tako kot to počne togo zakonodrstvo), potem nas to nujno pripelje do enakih zahtev, kot jih postavlja stanovitnost. Omenjenemu enačenju botruje predvsem neupoštevanje časovne razsežnosti prava. Z drugimi besedami: botruje mu odsotnost razlikovanja med skladnostjo₀ (kot skladnostjo sočasnega izražanja) in skladnostjo₁ (skladnostjo raznočasnega izražanja). Medtem ko se ob njunem razlikovanju zahteva po skladnosti₀ (tj. po odsotnosti protislovij) zamejuje le na osnovne enote govora, nam odsotnost njunega razlikovanja onemogoča takšno zamejitev. Zaradi tega togo zakonodrstvo razume stanovitnost kot vprašanje vsega ali nič, obstoj smisla pa kot nekaj, kar je vezano na stanovitnost celote.

Ob tem, da nas upoštevanje časovnega vidika pripelje do razlikovanja med pravom in predmeti naravoslovnih znanosti, to upoštevanje neposredno vpliva tudi na uporabo pravil: čeprav je uporaba pravil v glavnem logično opravilo, mora zaradi časovnih dejavnikov golo uporabljanje pravil nadomestiti utemeljevanje njihove uporabe. Zaradi utemeljevanja se zahteva po *enakosti* primerov spremeni v zahtevo po njihovi *podobnosti*. Zaključek, da sta dva primera podobna, pa ni zavezujoč, ampak je lahko le (bolj ali manj) prepričljiv.

Ker so utemeljitve podvržene pogojem časa, ne moremo zahtevati, da so iz njih izhajajoče zunanje omejitve svobode medsebojno stanovitne (tj. logično neprotislovne). Prej nasprotno: s časom se lahko spreminjajo.

Pri sodniškem odločanju to pomeni, da se sodniki lahko odmaknejo od poprejšnjih odločitev. Oblikovna pravičnost kot pravilo sodnega odločanja namreč ni nekaj brezobzirnega ali absolutnega, saj mora sodba upoštevati čas. Odmik od nekega pravila ali precedensa je zato mogoč – seveda pod pogojem, da se ga utemelji; vztrajanje pri uporabi nekega pravila ali sledenje nekemu precedensu pa posebne utemeljitve ne zahteva.

Na nek način podobno velja za zakonodajno odločanje, čeprav je svoboda zakonodajalca večja od svobode sodnikov. Ti so zavezani s pravili pravnega sistema. Ker zakonodajalci ta pravila ustvarjajo in ker jih lahko spreminjajo, pa tem – logično gledano – niso zavezani. Kljub temu pa zahtevata vprašani spreminjanja zunanjih omejitev svobode in ustvarjanja novih dve pomembni pojasnili. Prvo pojasnilo se nanaša na zahteve po skladnosti₁, drugo pa na še drugačno stopnjo skladnosti, na katere obravnavo se bom kmalu vrnil.

Kot rečeno, sodnikom ni treba utemeljevati dejstva, da se držijo nekega pravila ali da sledijo precedensu; utemeljiti morajo edinole, če se od njih odmaknejo. Drugače pa velja za zakonodajalca. Po *NNad*, *NGost* in *NSklad* mora zakonodajalec utemeljiti tako ohranjanje *statum quo* kakor odmik od obstoječega stanja. Začuda je po *NSklad* zakonodajalčeva dolžnost utemeljevanja torej zahtevnejša od sodnikove. Zakaj?

Omenjena posebnost zakonodajalčeve dolžnosti utemeljevanja izhaja iz dejstva, da mora zunanje omejitve svobode utemeljiti na podlagi *NNad* in *NGost*. Vse dokler se neke okoliščine *O* ne spremenijo, bi sprememba pravil ali zunanjih omejitev svobode pomenila kršitev oblikovne pravičnosti. Če je po obstoječem pravilu *P* treba obravnavati vse *A*je kakor *Be*je, potem iz vsake spremembe tega pravila sledi drugačna obravnava *A*ja od same spremembe naprej, to pa samo po sebi zahteva utemeljitev.¹⁹

Če ne bi razlikovali med skladnostjo₀ in skladnostjo₁, bi ne bilo dopustno ničesar spremeniti. Vsaka sprememba bi pomenila kršitev zahteve oblikovne pravičnosti. Sodniku pa ni treba utemeljiti spoštovanja, ampak le odmik od nekega pravila ali precedensa, medtem ko mora zakonodajalec utemeljiti tako

19 Vzemimo, da je neko obdavčenje po pravilu *P* utemeljeno na podlagi *NNad* in *NGost*, s tem da cilja na povečanje gospodarske dejavnosti. Povsem mogoče je, da učinki pravila *P* za uresničitev tega cilja ne zadoščajo in da je pravilo treba spremeniti. Taka sprememba mora biti utemeljena. Če so se, drugič, okoliščine *O* s časom spremenile, je to lahko nov razlog za spremembo pravila *P*. Lahko pa so, nasprotno, spremenjene okoliščine tudi razlog, da se tega ne stori. V prvem primeru se utemeljitev zahteva na podlagi *NGost* in *NNad*. V drugem primeru pa je treba dati razlog, da se pravila *P* ne spremeni. Končno je mogoče tudi to, da je obdavčitev dosegla svoj cilj. Če je gospodarska proizvodnja dosegla zastavljeno raven, potem obdavčitev kot sredstvo, namenjeno uresničitvi cilja, morda ni več utemeljena...

status quo kot spremembo zunanjih omejitev svobode. To je, na kratko, tista zahteva, ki jo v zakonslovnem smislu vzpostavlja skladnost₁.

Kot sem že prej naznanil, pa je ob pogledu na spremembe zunanjih omejitev svobode iz sodniškega zornega kota pomembno še eno razlikovanje, ki odpira pot za še eno stopnjo skladnosti.

5.4.3 Skladnost₂

Že zgoraj sem pojasnil, da sodnik, ki se odmakne od precedensa, s tem prekrši zahteve oblikovne pravičnosti, to kršitev pa lahko odtehta z utemeljitvijo. Ta pogled zahteva nekaj dopolnitev. Osnovan je na razumevanju, da so pravila »pač pred nami«, kakor da bi iz zakonika kar sama padla na sodnikovo pisalno mizo. Resničnost pa je vendarle bolj zapletena. Sodniki morajo pravila, ki jih potem uporabijo na nekem primeru, izbrati – prav tako kot, na primer, v učbeniškem primeru vprašanja, ali je najem v anglosaškem pravu potrjen pravu obligacijskih ali lastninskopravnih razmerij. Izbrati je treba cel sklop pri najemu uporabnih pravil, ne da bi bila ta izbira zavezujoča, pa vendar zavedajoč se, da posledice ene ali druge izbire porajajo resne razlike v pravicah in obveznostih, ki iz razmerja izhajajo. V skladu z zahtevo po skladnost₁ je potem izbiri ene od ureditev treba slediti, razen če se odmik utemelji. Njegova utemeljitev pa zahteva obravnavo še drugačne stopnje skladnosti.

Ta stopnja skladnosti – poimenujmo jo kar skladnost₂ – priskrbi razloge za odmik od omejitev, ki jih vzpostavljajo zahteve skladnost₁.²⁰ Sistemska razlaga je z vidika sodnega odločanja značilni primer takšnega razloga, saj je skladnost₂ tista, ki upošteva pravni sistem kot celoto. Podobno povezane s skladnostjo₂ pa so tudi druge vrste razlage.

Zakonodajno delovanje je ob skladnost₁ torej potrjeno tudi zahtevam po skladnost₂. Tako kot v primeru sodnika te tudi od zakonodajalca terjajo, da upošteva sistem kot celoto. A medtem ko se po zahtevah po skladnost₂ sodnik

20 Moč skladnost₂ lahko orišemo s primerom sodniškega odločanja v Belgiji. Po pravilu iz leta 1963 je zakonska partnerka, ki ostane doma in skrbi za otroke, upravičena do tako imenovanega »dodatka za zakonsko partnerko pri ognjišču«. Leta 1979 je tak dodatek zahteval nek mož. V nasprotju z dobesednim pomenom zakonskega besedila je sodnik odločil v prid tožniku. Pri svojem utemeljevanju se je skliceval na druga pravila v pravnem sistemu, ki so razglašala načelo enakosti moža in žene. Našel jih je tako v Zakonu o zakonski zvezi iz leta 1976, Evropski konvenciji o človekovih pravicah (1950; v Belgiji pa je bila ratificirana leta 1955) in Splošni deklaraciji o človekovih pravicah (1948); tudi pravna doktrina je podpirala takšen pogled. Odločitev je v povezavi s poprejšnjo sodno prakso vzpostavljala nestanovitnost. Kljub temu, da so s tem kršene zahteve skladnost₁, je odločitev bolj osmislila celoto. Zato je torej skladnejša od poprejšnjih odločitev. Opira se na sistemsko razlago pravila iz leta 1963, ki privede do branja tega pravila v luči drugih pravil sistema.

lahko opre na sistemski značaj pravnega sistema, od zakonodajalca skladnost₂ zahteva, da pravni sistem upošteva in gradi kot skladno celoto.²¹

Ko sodniki dajejo razloge v povezavi s skladnostjo₂, na primer z uporabo sistemske razlage, predpostavljajo enotnost pravnega sistema s tem, da ga obravnavajo kot celoto. Od zakonodajalca pa skladnost₂ zahteva, da to enotnost vzpostavlja.

V nasprotju s togim zakonodrštvom se pri prožnem zakonodrštvu zakonodajalčeva razumnost ne predpostavlja na neizpodbiten način. Če bi se, bi bili imeli tu na mesto menjalne razlage družbene pogodbe spet zastopniško razlago. Zakonodajalec mora zato utemeljiti izbrane zunanje omejitve svobode in s tem sodniku omogočiti, da ta podaja razloge v povezavi s skladnostjo₂.

S tem, ko je sodnik postavljen v središče, pa postane tudi prostor zakonodajalca bolje osvetljen. Zakonodajna zagnanost ali aktivizem zahteva dejavno utemeljevanje zunanjih omejitev svobode. Drugače kot sodnik se namreč zakonodajalec ne more enostavno zadovoljiti s predpostavljanjem, da množica pravnih pravil tvori nek sistem.

Bolj ko so zunanje omejitve svobode izrecno osvetljene iz vidikov skladnosti₀ in skladnosti₁, pa tudi iz vidika njihovega prileganja pravnemu sistemu kot celoti, bolj je zadoščeno zahtevam utemeljevanja na podlagi skladnosti₂. Medtem ko predpostavka zakonodajalčeve razumnosti spada med ključne predpostavke togega zakonodrštv (ker so zunanje omejitve z njim razumljene kot nosilci ali predstave resničnosti), pa prožno zakonodrštv razume proizvajanje pravil kot

21 Naj to stališče primeroma orišem. Po enem pravilu (*P1*) dobijo brezposelne osebe nadomestilo za brezposelnost (*B*), in sicer v skladu s določenimi merili prerazdeljevanja. Čez čas suveren izda neko drugo pravilo (*P2*). Po *P2* so družbe, ki zaposlijo upravičenca do nadomestila za brezposelne po *P1*, same upravičene do dodatka za vzpodbujanje zaposlovanja gospodarsko nedejavnih oseb. Obe podpora izplačuje država. Oseba *O2*, ki je po *P2* upravičena do vzpodbude, ponudi službo osebi *O1*, ki je upravičenka do nadomestila za brezposelne po *P1*. Mogoče je, da sta oba, tako *O1* kot *O2* zainteresirana za to, da *O1* dobi službo in določeno plačo (*D*), *O2* pa dobi vzpodbudo. Vendar bo *O1* v primeru, da je njegova plača *D* le malo višja od nadomestila *B*, morda upravičeno menil, da je za svoje delo plačan pravzaprav zelo slabo. Prav lahko bi menil, da je tisto, kar s svojim delom »resnično« zasluži, enako razliki med *D* in *B*. Manjša je ta razlika, bolj verjetno bo *O1* nagnjen k takšnemu zaključku. To težavo poznamo kot past brezposelnosti. Hkratni učinki pravil *P1* in *P2* niso v protislovju. Se pa, zelo preprosto, v veliki meri medsebojno izničujejo. Četudi sta tako *P1* kot *P2* veljavni pravili in ex hypothesi zadoščata zahtevam skladnosti₀ ter sta utemeljeni z razlogi skladnosti₁, pa ne zadostita nujno zahtevam skladnosti₂. Njuno združevanje slabi sistemski značaj pravnega sistema. Njun hkratni obstoj ima za posledico veliko upravnih opravil, sodnih postopkov in podobno, in to za učinek, ki je skoraj nič. *P1* in *P2* sta, kot bi lahko rekli, pravili, ki sta neučinkoviti. Zato je *P2* treba podkrepiti z dodatno utemeljitvijo po NSklad; z utemeljitvijo, ki naj pokaže, da *P2* ustreza sistemu kot celoti. Skladnost₂ od zakonodajalca torej zahteva, da upošteva sistemski značaj celotne množice pravnih pravil. Četudi se izogne kršitvam skladnosti₀ in skladnosti₁, zakonodajalec z dodajanjem pravil morda krši zahteve skladnosti₂, če so ta pravila neučinkovita, če slabijo sistemsko moč celote, ali pa če izničujejo učinke drugih pravil.

to, za kar dejansko gre – odločitev in nič več; pravila ne nosijo in ne predstavljajo resničnosti.

V okvirih zakonoslovja se zato zakonodajalčeva razumnost nič več ne predpostavlja. Njegova razumnost se mora kazati v njegovih dejanjih. Če je bila razumnost zakonodajalca prej vprašanje predpostavke, je zdaj odvisna od utemeljitev, ki jih zakonodajalec daje.

5.4.4 Skladnost₃

Po togem zakonodrštvu sodniki ne počno nič drugega kot to, da – zgolj miselno, tako kot v matematiki – uporabljajo pravila, ki jih zakonodajalci ustvarjajo. Samo ustvarjanje pravil je razumljeno kot politično vprašanje, ki se ne pojavlja na zaslonih pravnih nauk.

Po prožnem zakonodrštvu pa oboji, tako sodniki kot zakonodajalci pravila in ustvarjajo in jim sledijo. Sodniki se pri uporabi pravil držijo drugih pravil in ustvarjajo nova, posamična pravila. Zakonodajalci, po drugi strani, pa pravilom sledijo pri ustvarjanju novih, splošnih pravil ali zunanjih omejitev svobode. Čeprav so razlike med obema položajema lahko velike, si ti dve vlogi nista v nasprotju.

Kar zadeva položaj sodnika, pravila seveda niso nekaj samorazložljivega. Postopek izbire pravil in določanja njihovega pomena mora zato, da bi bil razumen, upoštevati nek nauk. Razumnost sojenja pa kljub temu ni omejena z umeščanjem novih odločitev v množico že obstoječih pravil; to je le en od načinov zagotavljanja tega, kar bi lahko imenovali »notranja razumnost«. ²² V tem pogledu lahko vsa obstoječa pravila štejemo za razumna ali skladna ali smiselna.

Vendar razumevanje skladnosti kot »smiselnosti celote« terja še en drug vidik: da bi nekaj v celoti zaobjeli s pogledom, potrebujemo pogled od zunaj. Medtem ko je nek pravni sistem kot množica zunanjih omejitev lahko notranje razumen ali notranje skladen, zahteva po smiselnosti sistema kot celote terja pogled, ki kaže celoto. To pa je mogoče le, če se nagnemo čez robove tistega, kar to celoto tvori. Poleg tega trditev, da celota pridobi na skladnosti, če nekatere sestavne dele preoblikujemo, zaradi primerjave od nas zahteva, da celoto upoštevamo *qua* celoto. To pa spet terja nek pogled od zunaj, za katerega predlagam, da se poimenuje »zunanja razumnost«. Medtem ko se skladnost₁ in skladnost₂ nanašata na notranjo razumnost, je njuna opravljenost pogojena z zunanjo razumnostjo. Naj to pojasnim.

Osnovna predpostavka tega razlogovanja je, da stvari same na sebi nimajo pomena; nek pomen se jim lahko samo pripiše. Iz tega ugovora proti doktrini jasnega pomena izhaja, da je pomen pravil plod njihovega razlaganja, saj pravila

22 Jerzy Wróblewski, *Einführung in die Gesetzgebungstheorie*, Dunaj, Manz, 1984.

pač ne govorijo sama zase. V tem pogledu sta tako sodniško kot zakonodajalčev ravnanje po pravilih v podobnem položaju.

Pomen pravil ne izhaja iz njih samih. Pomena pravil zato ne moremo razbrati neposredno, tj. s tem, da vanje zremo. Tako razlaga kot tudi pomen, ki iz nje izhaja, sta proizvod določenega nauka, ki pa je sam spet odvisen od drugega. Doktrina jasnega pomena kot zaveznik togega zakonodštva zanika to odvisnost, pri čemer se – naj ponovim – naslanja na domnevno neposredni stik z resničnostjo. Prožno zakonodštvo pa priznava, da smo z resničnostjo lahko v stiku le posredno; ne pozablja namreč, da je naše videnje resničnosti odvisno od nauka, ki to posreduje in uokvirja. To, posredniško vlogo tudi v pravnih sistemih igrajo že omenjene paradigme.

Da bi imel pravni sistem kot celota svoj smisel, morajo pravni igralci, ki v njem delujejo, budno paziti na to, kar iz sistema dela celoto. To pa je prav paradigma, na katero se sistem naslanja.²³ Skladnost₃ se nanaša na to paradigmo.

To stopnjo skladnosti je mogoče še najbolj izraziti s pomočjo razlikovanja med pogledom na neko pravno pravilo od znotraj in od zunaj. Pogled od znotraj nam razkrije normativni značaj pravila. Pogled od zunaj nam pokaže zakonitosti, ki so posledica praviloslednega obnašanja (tj. ravnanj, ki se držijo pravil).²⁴ MacCormickova razlaga tega izvirno Hartovega razlikovanja pove, da pravoslovec z zunanjim pogledom v svoj opis vključuje tudi notranji pogled. Pravna doktrina tako lahko povsem zadovoljivo upošteva to, da so pravila »razlogi za ravnanje«.

Pri svoji razlagi Hartovega »pogleda iz zmerne zunanosti«, ki ga ustrezno poimenuje kar »hermenevtični pogled«,²⁵ pa MacCormick opozori na njegovo svojevrstno dinamiko: hermenevtični pogled potuje *od* zunanjega pogleda *proti* notranjemu pogledu. Povezuje med pravoslovčevim načinom preučevanja oz. metodo – ekonomsko, moralno, zgodovinsko, sociološko, primerjalnopravno in tako naprej – ter »pravom« kot predmetom pa povsem verjetno močno vpliva na samo razumevanje tega predmeta.

Po mojem je MacCormickovo hermenevtično dinamiko mogoče tudi obrniti. Ko nam pravoslovec s svojim načinom preučevanja ponudi drugačno razlago celote pravnih pravil, s tem zavzema neko »mogoče« stališče. Zaključki, ki iz njega izhajajo, seveda nimajo takšne veljave kot sodna odločitev, kljub temu pa se lahko – če pravoslovec v svojo razlago vključi tudi notranji pogled – ti

23 Skupaj s tem bi rad zatrdil, da je tudi sam pravni sistem paradigma. Na žalost bo ta trditev ostala zgolj dogmatični predlog, saj mi tu manjka prostora.

24 Johnu Finnisu se zahvaljujem, da me je ob najinem srečanju 2. februarja 2006 opozoril na to točko.

25 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, 290–292. Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, London, Arnold, 1981, 37–40.

zaključki zelo približajo sodniškemu razlaganju prava. Zato lahko sodnik ob seznanitvi z delom pravoslovca v slednjem najde navidezno sliko samega sebe.

Ta slika je navidezna, vse dokler pravoslovčevega stališča sodnik ne posvoji. Raziskave iz ekonomske analize prava dajejo nazoren primer: s pogledom od zunaj lahko ekonomska analiza prava ponudi na primer novo razlago pravila o civilni odgovornosti.

Tako je bilo z razlago Calabresija in Melameda:²⁶ ob tem, da so se znotraj obravnavanega pravnega sistema pravilu o civilni odgovornosti pripisovali različni pomeni, sta sama s pogledom od zunaj, ki ga daje ekonomska analiza prava, ponudila še en pomen. Kadar je tak pogled od zunaj zmeren ali, kot reče MacCormick, »hermenevtičen«, pride do zrcalnega učinka. Sodnik s sprejemom novega pomena obrača dinamiko hermenevtičnega pogleda. Rečemo namreč lahko, da sodnikov pogled napreduje iz notranjosti (tu se kaže, da ima zanj pravilo normodajno moč) proti zunanosti.

Kdo bi morda trdil, da je skladnost³ nekako dopolnilna in pomembna le takrat, kadar pravila, ki naj bi jih uporabili, potrebujejo razlago. Z drugimi besedami: da je razlaga potrebna le, če so pravila nejasna, in da naj bi se sodniki le v takšnih primerih morali nagibati čez rob celotnega sistema, da bi zunaj te celote našli dodatne pripomočke za razlago pravil.

Takšna trditev bi bila napačna. Do ugotovitve, da je pravilo jasno, ne moremo priti brez njegove razlage. Če bi bilo res, da razlago potrebujejo samo tista pravila, ki niso jasna, potem bi pomen lahko obstajal samostojno – to pa je popoln nesmisel. Nasprotno, ugotovitev, da je pravilo jasno, je posledica razlage; le da se to dejstvo včasih morda zamolči.

Nek nauk o pomenu, s pomočjo katerega se pravila razlaga, nam sam še ne daje prava²⁷ in niti ni del pravnega sistema, ki je množica pravil. Je pa takšen nauk pravnemu sistemu vendarle nujno potreben.

Naj strnem. Normodajnost pravnega pravila vključuje dva vidika: spoznavnega in voljnega. Voljni vidik pogleda od znotraj pa vendar ni samo voljno dejanje: odvisen je od določenega nauka, ki ni del samega pravila, pač pa se ga, nasprotno, najde v paradigmi predmetnega pravnega sistema. Ta paradigma pove, zakaj imamo pravila raje od zapovedi, zakaj dajemo svobodi in enakosti prednost pred samovoljo in zakaj naj bodo oblasti v političnem prostoru razdeljene itd. Paradigma nekega pravnega sistema je tista, ki usmerja izbiro med več sprejemljivimi razlagalnimi nauki, s katerimi sodniki pravilom pravnega sistema pripisujejo pomene in ki posledično dajejo smisel pravnemu sistemu kot

26 Guido Calabresi in Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review* (1972) 85.

27 Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Pariz, PUF (Léviathan), 2001, 212.

celoti. Paradigma nekega pravnega sistema je, skratka, tisto, kar iz tega pravnega sistema dela določen pravni red.

Če torej trdimo, da se zakonodajalci ravnaajo (tako kot sodniki) po pravilih, potem njihovo dejavnost lahko opišemo takole: prav tako kot se pravila pravnega sistema ne razlagajo sama od sebe, tudi pravila ustave redko vsebujejo tvorne usmeritve o tem, kakšna naj bo vsebina pravnih pravil, ki jih bo izdal oz. ki naj jih izda zakonodajalec. Normodajna moč pravnega pravila naj bi bila v razmerju do zakonodajalca torej omejena na zahtevo, naj ta ne krši pravil, ki naj bi se jih držal. Držati se pravil pa je vendar nekaj več od tega, kar zahteva ta minimalistična razlaga, po kateri naj se pravil pač ne krši.²⁸

Ob tem, da normodajna moč pravil vključuje trpno dolžnost, da se pravil ne krši, namreč narekuje tudi tvorno dolžnost prizadevanja, da se omogoči učinkovito izvrševanje pravic in dolžnosti, ki jih ta pravila vzpostavljajo – in da se torej te pravice v zadostni meri varuje, da se pravice in dolžnosti sodno izvršuje itd. Dolžnost prizadevanja zakonodajalcu ne nalaga le neke lahkotnejše politične težnje, ki bi si ob udejanjanju zaslužila hvalo, ampak mu nalaga ustvarjanje najboljših možnih pravil. Le pod tem pogojem lahko – iz zakonslovnega stališča – rečemo, da ima pravni sistem kot celota svoj smisel.

Na tej točki bi bilo privlačno reči, da je sodba o vprašanju »najboljših možnih pravil« stvar politike in da je politika prostor nesoglasij – vendar ravno tukaj odigrajo svojo vlogo zakonslovna načela, vključno z *NSklad*. Politika skupaj s svojimi okoliščinami pomeni, da med posamezniki obstajajo nesoglasja – ob tem pa obstaja tudi potreba, da vsaj na nekaterih področjih delujemo ubrano.²⁹ Namen politike ni to, da nesoglasja izginejo. Nasprotno, politika je tu za to, da je ob nesoglasjih sploh mogoče delovati.

Kdo bi rekel, da se ta cilj dosega s spoštovanjem človekovih pravic. To povsem drži. Drži pa tudi to, da so človekove pravice svoje mesto našle prav v jedru paradigme pravnih sistemov. Spoštovanje človekovih pravic se doseže s tem, da se jih ne krši, in posameznikova svoboda je njimi varovana, v kolikor te zahtevajo njeno spoštovanje.

To pa je vendar le eden od možnih načinov, ki svobodi daje smisel. Je le izraz trpnega vidika, izhajajoč iz paradigme pravnega sistema, ki slednjega spreminja v pravni red. Premišljevalni značaj svobode pa vendar zahteva precej več od trpnega varstva nekaterih njenih bistvenih vidikov. Zato so pravna pravila ali zunanje omejitve svobode podvrženi zakonodajalčevemu utemeljevanju po načelih nadomestnosti, začasnosti in normativne gostote. Takšno utemeljevanje se kaže kot tvorno uvajanje posameznikove moralne avtonomije. Dodatna utemeljitev, osnovana na načelu skladnosti, pa utrjuje povezavo med pojmom

²⁸ Bankowski 1993 (op. 8).

²⁹ Waldron 1999b (op. 2), 102 in nasl. Waldron 1999a (op. 1), 156 in nasl.

svobode kot sestavnim delom paradigme pravnega sistema in vsakokratnimi pravili tega sistema.

*Prevedel Andrej Kristan.**

- * S prevodom te razprave se v strokovno slovensko pravno izrazje umeščata dve novi besedi: zakonoslovje in zakonodržstvo. Kot »zakonoslovje« prejavam angl. *legisprudence*, kot »zakonodržstvo« pa angl. *legalism*. Tako nadomeščam manj povedno (čeprav pri nas ustaljeno) tujko legalizem, za besedotvorni vzor pa jemljem »samodržstvo« in s tem povezane besede. Druge (izbrane) pojme sem slovenil takole: angl. *legislation* kot »zakonodajno delovanje«, angl. *(internal) conceptions of freedom* oz. fran. *conceptions de la liberté* kot »(osebne) predstave o svobodi«, angl. *(external) conceptions about freedom* oz. fran. *conceptions sur la liberté* pa kot »(zunanje) predstave svobode«. Angl. *concept* je »pojmem«, angl. *conception* pa torej »predstava« (v nekaterih drugih besedilih sem angl. *conception* slovenil tudi kot »pojmovanje«). Angl. *reflexive character (of freedom)* sem prevedel kot »premišljevalni značaj« (svobode). Angl. *proxy model* oz. fran. *modèle par procuration* prejavam kot »zastopniška razlaga« družbene pogodbe; angl. *trade-off model* oz. fran. *modèle d'échange* pa kot »menjalna razlaga« družbene pogodbe. Zaradi povednosti in čim večje sporočilnosti sem angl. *true* ponekod prevajal kot »resnično«, drugod pa kot »resniconosno«; odvisno od sobesedila. Angl. *realisation (of freedom)* sem prevajal kot »izvršitev« ali »izvrševanje« svobode. Angl. *context of participation* nam v slovenščini da »pomenotvorne okoliščine prispevanja«, angl. *social interaction* pa je »medosebno družbeno ravnanje«. Angl. *(exclusionary) reason for action* je »(izključni) razlog za ravnanje«. Angl. *power-conferring rules* so »pooblastitvena pravila« oz. »pravila, ki podeljujejo oblast«. Angl. *rules of recognition* so »pravila prepoznavanja (veljavnosti)« in ne »pravila priznanja«, kot to sloveni Jelka Kernev Štrajn v prevodu H. L. A. Harta, *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU, 1994. Angl. *command* da v slovenščini »zapoved«, angl. *regulatory techniques* pa »usmerjevalne ukrepe«. Angl. *(in-/direct) access to truth* sem prevajal kot »(ne)posredni stik z resnico« (lahko bi govorili tudi o dostopu do resnice). Angl. *theories of reality* so »(normativni) nauki za resničnost« ali, bolj opisno, »nauki, ki resničnost vzpostavljajo oz. opredeljujejo«, angl. *theories about reality* pa »(opisovalni) nauki o resničnosti«. Angl. *analytical theory* je »posredovalni nauk«. Angl. *(simultaneous) consistency* je »(sočasna) stanovitnost«, angl. *coherence* da »skladnost«, angl. *temporality* »začasnost«, angl. *alternativity* pa »nadomestnost«. Angl. *normative density* slovenim kot »normativno gostoto«. Angl. *internal/external point of view* prejavam kot »pogled od znotraj« oz. »notranji pogled« in »pogled od zunaj« oz. »zunanji pogled«. Namesto nekaterih sporočilno šibkih tujk sem se odločil za povednejše domače izraze. Legalizem je kot že rečeno postal zakonodržstvo, reprezentacionalizem, etatizem in instrumentalizem pa prenašalnost, državarstvo in sredstvenost. Racionalnost je razumnost. Model je pogosto razlaga. Absolutno je brezobzirno, relativno pa odvisno ali sorazmerno. Namesto tujke teorija večinoma uporabljam razdvoumljena izraza *nauk* za (v primeru normativnih teorij) in *nauk* o (v primeru opisovalnih teorij); kadar mi dvoumnost v prevodu ustreza, pa rabim izraz *nauk*, ki se nanaša na [...]. Vsaka pripomba bo dobrodošla na andrej.kristan@revus.eu.

