

Letter to the editors

For a truly realistic theory of law

*A realistic doctrine of the sources builds on experience,
but recognises that not all law is positive,
in the sense of “formally established”.*

(Ross 1958: 101)

Andrej Kristan pointed out to me that, in some of my recent work, a reversal of the commonly established relationship between legislation and adjudication emerges.¹

Indeed, mainstream theory – a mix of positivism and legal realism – tends to reduce law to legislation, and adjudication to an interpretation of law. Instead, in my recent work, this relationship is reversed: the main function of law is adjudication, while legislation becomes mainly a way to control and limit adjudication.²

Andrej asked me to outline briefly the contours of this inversion, which I shall label, self-ironically, a truly realistic theory of law. However, readers should expect neither a sketched nor a fully-fledged theory; in what follows, I shall strive only to show whether it is possible.

1 GENERAL JURISPRUDENCE

First, one has to ask what general jurisprudence (*allgemeine Rechtslehre*) is, or rather: what is it that legal theorists really do? They essentially do two things which are not mutually exclusive; in any single theory, both are present, and their extent is primarily determined by the university environment in which theoreticians work.

1 See Barberis 2015 and Barberis 2016. I thank Andrej for this observation, for which I take full responsibility, even more than for the invitation to contribute to *Revus*.

2 A similar famous reversal is found in Gray 1909: 78-79: “judges’ decisions are the law, legislation is only the main legal source”. Cf. also Guastini 2015: 45: “the law is a set of norms in force [...] applied [...] by law-applying agencies”.

Those who cultivate jurisprudence as the general part of private or criminal or constitutional law tend to conceive it as a continuation of legal dogmatics on a higher abstraction level, that is, as an analysis of the language used by legal scholars to study and interpret law. This first type of theory has obvious advantages, particularly if compared with a philosophy of law of a more speculative kind. But it tends to overestimate the role of legal dogmatics, central in continental legal culture, and to adopt its cognitive horizon. For example, it adopts ethnocentrism: the tendency to consider the concepts handled by continental legal dogmatics to be universal.

On the other hand, those who cultivate general jurisprudence as a subject in its own right, however, tend to conceive it as a historical and comparative study of both law and those phenomena that have performed the same functions in different ages and cultures. To the tools of logic and language, indispensable in any research, this second type of theory adds those proper to the social sciences, such as history, sociology, political science, economics, including their respective epistemologies. Compared to the first type of approach, this latter is more general, because it aims to give an account of more phenomena, and less abstract, because it distinguishes more carefully between their historical and cultural specificities.

A truly realistic theory of law is primarily a theory of the latter type. It is more general precisely because it focuses upon adjudication: the function of settlement of disputes which is more general than legislation.³ But it is less abstract because it distinguishes between different shapes and aspects of adjudication, of which statutory interpretation is only one. As we shall see in the next section, this looks like a further extension, in a realistic and evolutionary sense, of legal positivism.

2 POSITIVISM, REALISM, EVOLUTIONISM

The current dominant jurisprudential approach, as has been mentioned, is already an extension, in a realistic sense, of the tradition of theoretical studies called legal positivism.⁴ A truly realistic theory is a further extension of this dominant approach in a realist and even evolutionary sense. But in what sense positivist, realist and evolutionist?

3 See Raz (1979: 105): 'the existence of norm-creating institutions, though characteristic of modern legal systems, is not a necessary feature of all legal systems', while 'the existence of certain types of norm-applying institutions is.'

4 Cf. paradigmatically Leiter 2007. A tradition of research connects theories and doctrines linked by historical rather than conceptual associations.

By *legal positivism* I mean the theory of positive, social, and actual law, as such distinct from critical morality as mainly practiced by the millennial natural law tradition. For legal positivists – who started working after the continental codification of law – positive law and positive morality, but also custom and religion, are distinct phenomena and yet connected in a variety of ways depending on the period and the culture. In ancient times, and in non-Western cultures, they often had no names to distinguish between them; in the West and after the codification, however, distinguishing between them becomes essential.

Legal realism is a form of positivism which favours adjudication over legislation. Today, there is no theory of law that does not recognise the judicial production of law, especially in the form of interpretation, often regarded as judicial legislation. A radically realistic theory of law considers adjudication – the resolution of disputes, bringing justice to the parties – to be a function which is more general and essential than legislation, which becomes mainly a way to control the former.

Legal evolutionism is, finally, a further extension of the positivist and realist traditions which criticises creationism, that is, the tendency to attribute phenomena to the will and planning of one or more creators. Biological evolution may, after all, also depend on human acts. Think, for example, about the crossbreeds hybridised by farmers, or about the projects of genetic engineers. However, no one would say that breeders or genetic engineers create life, while it has been said that the world was created by God, or law by the legislator or the judges themselves.

Of course, compared to biology, law depends more on acts of human production. But you cannot reduce law to the mere sum, or to the individual effects, of each of them. Neither legislators nor judges can claim to create law, but only to take part in its production, participating in what North American theorists call the legal process. Law itself is not a mere set of rules, but their system or order. Like all systems, law also has emergent properties (see §5), properties additional to those of its individual parts, and determined by the evolution of the relations between them.⁵

3 THE DOCTRINE OF SOURCES

While theorists of the second type identified in §1 deal with the social sources of law, albeit in a sense broader than that theorised by Joseph Raz, the first type deal with the formal sources, those studied by legal dogmatics, especially of the continental kind. After the French Revolution, in particular, this type of

5 The idea, although not the term, dates back to the *System of Logic* (1843) by John Stuart Mill. For an application of the concept to European law, cf. Ferrera 2016: 94.

theory embraced the narrative of the origins of law, and the doctrine of sources typical of continental legal dogmatics.

According to this doctrine, every legal order has a political origin: it is born in a creative act of a constituent power, attributed to the people, who establish the legislative power and, through it, all the other constituted powers. All law is, then, produced by formal sources of a legislative kind – the Constitution, statutes, bylaws – already hierarchically ordered according to the power that produces it. Other sources of law – custom, dogmatics, case-law in civil law systems – are not formal but “cultural”, that is, useful only for the purpose of supplementing, commenting, or applying the formal sources.

This doctrine also aims at generality: even common law is, in fact, depicted in this way by English legal positivists. The Norman conquerors of England, as some sort of constituent power *avant la lettre*, instead of legislating directly, would set up royal courts, which have since produced common law. This, in turn, was conceived by English positivists, from Thomas Hobbes onwards, as some sort of judicial legislation, although it, in fact, took place before parliamentary legislation.

A truly realistic theory of law tells a different story and draws different consequences from it. There have always been, in the West, dispute settlement bodies, called to do justice between parties, called referees, judges or courts. The English monarchs, much like the continental ones, only set up new ones, which have prevailed over the other courts in a process of institutional selection. They were, in fact, more efficient, supported by the central government and, in having assigned a decisive role to the jury, even mimicked, in the English case, local justice.

Within this other narrative, legislation has prevailed over other sources of law because it was applied by royal courts, because it was codified and finally because it was legitimised by the democratic ideology of the constituent power. An authentic (cognitive) *theory* of sources, however, does not have to necessarily reproduce the continental (normative) doctrine. Such a theory is obliged to explain the pervasive role played so far by legislation even in common law systems, but also to give an account of the other legal sources actually used by courts. The best approximation to this theory of sources is found in Alf Ross.

4 THE THEORY OF SOURCES

The theory of sources built on the constituent power requires that any rule, to be called juridical, must be produced by a body authorised to do so by a superior rule. This requirement can obviously not hold for the same constituent power without triggering an infinite regress: as such the constituent power must

be conceived of as an original fact, or as a revolutionary act, or as an *extra ordinem* source, or the like. But such a requirement does not by itself explain the judicial application of additional sources: custom, doctrine, case law, implicit norms, foreign norms not expressly incorporated, etc.

As a matter of fact, the theory sketched by Ross in chapter three of *On Law and Justice* (1952/58) lists four main sources of law, of which at least three are not produced by normative authorities authorised by a superior rule and are as such different from statutory law. As Ross himself puts it, '[a] realistic doctrine of the sources builds on experience, but recognises that not all law is positive, in the sense of "formally established".'⁶

Here I report Ross's list in reverse order – i.e., from reason or tradition to legislation, through custom and precedent – emphasising the realistic traits of the list, while pointing out its creationist residues. The main realistic feature is the characterisation of sources as simple materials used by judges in adjudication. The creationist residue, however, consists of metaphors applied to such materials by Ross: reason and tradition are treated as raw materials, custom and precedent as semi-finished products, and legislation as the finished product.⁷

The *first* type of source is reason, or rather tradition: a "free" source or simple raw material that the judge can mould as she wishes. It is questionable whether reason or tradition can be labelled as sources as such, given that they were often merely required to prove the legality of other sources, such as custom. It is nonetheless true that, for many centuries, courts or juries, and especially English ones, have produced "free" law of this kind considered to be reasonable, traditional and non-arbitrary because it has been produced by a few royal judges united by a shared culture.

The *second* type of source is legal custom, distinguished with difficulty from non-legal custom. The main distinguishing criteria used are substantive, including compliance with reason and tradition, or formal, such as application by courts. Ross combines the two types of criteria considering customs that emerged in the areas regulated by law, in particular judge-made, to be legal.

The *third* type of source, which originated from the first two, is judicial precedent, which stood out as such when the House of Lords declared itself bound to its own precedents, much like the way in which continental courts were subordinate to codes. Today, even in common law countries, there may be no matter which is not regulated by statutes, but this does not diminish the role

6 See Ross 1958: 100-101. Immediately before this, one can read: 'The term "positivism" is ambiguous. It can mean both "which builds on experience" and "what is formally established".'

7 See Ross 1958: 76-77: 'Metaphorically speaking, we can perhaps say that legislation delivers a finished product, immediately ready for use, while precedent and custom deliver only semi-finished product, which have to be finished by the judge himself, and "reason" produces only certain raw materials from which the judge himself has to fashion the rule he needs.'

of precedent as a source of law. Even the application of law, in fact, produces precedents that are binding for future judges.

The *fourth* and final type of source is legislation itself, a form of law so paradigmatic by now that it almost makes any other form inconceivable, and still so widespread that it must be, in turn, divided at least into constitutional, parliamentary and administrative (or regulatory) legislation. For a truly realistic theory of sources of law, however, it is essential to make a correction, level criticism at and update Ross's 1958 text.

The *correction* stresses that even legislation is never a finished product. As shown by Ross in chapter four on interpretation of *On Law and Justice*, legislation is a product which is somewhat more finished than custom and precedent, but still subject to judicial interpretation. Also, the application of legislation is not necessarily always more predictable than the application of precedent. In fact, its predictability depends on many factors besides legal drafting: the organisation of the judiciary, the political context, the degree of social pluralism, etc.

The *criticism* notes that if the primacy of legislation over adjudication depends on the democratic "dignity" of the first, then it runs the risk of growing dim. After all, already in the nineteenth century, the main type of legislation was not the parliamentary statute, but the code, i.e., an "aristocratic" source, since it is produced by legal scholars. Today, moreover, legislation through parliamentary initiative is a minority compared to the legislation enacted on government's initiative, a type of law which is more technocratic and autocratic than democratic. Not surprisingly then, checks over this type of law are guaranteed not as much by democratic parliaments (which are nowadays often controlled by the executive power itself), but rather by supreme or constitutional courts, which are legitimised only by the enforcement of rights.

The *update*, finally, notes that parliamentary legislation is no longer the supreme source of law. In nation states, legislation is subject to the constitution, which is considered to be true law and not just positive moral, as John Austin thinks, precisely because it too is applied by constitutional and ordinary judges. In many countries, and especially in the European Union, domestic legislation is also subject to the constraints of international law. And the legality of this latter also depends on formal criteria less than it does on its effective enforcement by courts, both domestic and international.

5 THE "CRISIS" OF SOURCES

The reversal of the roles of legislation and adjudication that characterises our truly realistic theory is documented by one last phenomenon: the so-called

“crisis” (of the doctrine) of sources. Produced by the French Revolution and legitimised by the democratic ideology of the constituent power, this doctrine establishes which sources are to be applied by courts and which not. After a failure of experiments, such as the *référé législatif*, it was impossible to prevent judges from interpreting or supplementing these sources. But it was decided that they should apply recognised sources, from which case law itself was excluded.

The mainstream theory of law is still based on this compromise: judges may interpret only sources established by the constituent power or by the legislator. The crisis (of the doctrine) of sources, however, forces us to reconsider this compromise. Great constitutional and international supreme courts, in fact, also bestow on themselves the power to choose their sources. In particular, they promote to the rank of supreme sources normative materials that were not previously considered to be formally legal, and redefine the hierarchical relationships between them and formal sources.⁸

This has happened many times since *Marbury vs. Madison* (1804), and in cases far more doubtful than the US Constitution. European treaties have been interpreted as foundational documents of the European Community; the preambles of some constitutions have been assimilated into the French *bloc de constitutionnalité*; fundamental laws were used as Israel’s constitution, etc. The effects of these decisions – an example of the emergent properties of legal systems (cf. §2) – are sometimes still labelled as the crisis of sources, although, overall, constitutional dogmatics has by now taken note of the phenomenon.

However, the most radical legal realism itself, represented by such continental law theorists as Michel Troper and Riccardo Guastini, manifests a curious ambivalence towards the crisis (of the doctrine) of sources. On the one hand, they were amongst the first to have highlighted the phenomenon and often draw the very same conclusions that a truly realistic theory could draw, as we are about to see. On the other hand, they argue that the aforementioned decisions are often little or not motivated at all, and when they are, Troper accuses them of committing a *constitutionalist fallacy*.⁹

There is, in this resistance, a residue of continental formalism; perhaps they both confuse the continental doctrine of sources with an authentic general theory of sources because they are legal theorists of the first type and as such in the wake of Hans Kelsen. Yet Guastini draws from the so-called crisis of sources – in fact, from the mere evolution of their relationships – the same conclusion that a truly realistic theory would draw. Evidently, supreme sources and their hierarchy are fixed in the final instance by constitutional adjudication.¹⁰

8 This is the gist of the thesis defended in Pino 2011.

9 See Troper 2005.

10 See Guastini 2008: 124–125.

A few more words, in closing, about the fear that a truly realistic theory of law, in spite of its cognitive character, might obliquely legitimate the so-called government of courts.

Firstly, “government of courts” is a contradiction in terms. Adjudication is structurally distinct from government, because adjudication can be exercised only negatively, on someone else’s initiative. Accordingly, adjudication can, at best, control someone else’s government, and not exercise it in person.

But then, and most importantly, the system of precedents by courts works a bit like Willard Quine’s theory of knowledge. On the fringe, or if you want on the high levels of constitutional and international law, there are sometimes spectacular changes caused possibly by a single “big decision”. But in the great body of judicial practice, or on the lower floors of civil, criminal and administrative law, changes of a given rule require more decisions to set a precedent and are much slower, gradual and interstitial.

Mauro Barberis

*Professor of Legal Philosophy at the
University of Trieste (Italy)*

*Translated into English by
Paolo Sandro*

Bibliography

- Mauro BARBERIS, 2015: Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (2015) 44: 67-101.
- Mauro BARBERIS, 2016: Pragmatics of Adjudication. In the Footsteps of Alf Ross, in A. Capone and F. Poggi (eds.), *Pragmatics and the Law*, Berlin: Springer, 2016.
- Maurizio FERRERA, 2016: *Rotta di collisione: euro contro welfare?* Roma-Bari: Laterza.
- John GRAY, 1997: *The Nature and the Sources of the Law* (1909/21). Aldershot: Ashgate/Darhmouth.
- Riccardo GUASTINI, 2008: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- Riccardo GUASTINI, 2015: A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015) 27: 45-54. URL : <https://revus.revues.org/3304>. DOI: 10.4000/revus.3304.
- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Giorgio PINO, 2011: Costruzione, decostruzione, ricostruzione. *Ars Interpretandi*, 16: 19-56.
- Joseph RAZ, 1979: *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- Michel TROPER, 2005: Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy. *I•Con. International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 1: 24-38.

Carta a los Directores

Para una teoría realmente realista del derecho

Una doctrina realista de las fuentes del derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de "formalmente establecido".

(Ross 1963: 98)

Andrej Kristan me ha hecho notar que en algunos de mis recientes trabajos se advierte una inversión de la relación comúnmente instituida entre la legislación y la adjudicación.¹

En efecto, la teoría *mainstream* –un mix de positivismo y de realismo jurídico– tiende a reducir el derecho a la legislación y la adjudicación a la interpretación de la ley. En los trabajos antes referidos, en cambio, la relación se invierte: la función principal del derecho es la adjudicación, mientras la legislación deviene mayormente en un modo de controlar y limitar a aquella.²

Andrej me ha pedido delinear, en pocas páginas, los contornos de esta inversión que, auto-irónicamente, etiqueto *teoría realmente realista del derecho*. Pero no espere el lector de *Revus* una teoría, ni bosquejada ni plenamente desarrollada; en lo que sigue me esforzaré solamente de mostrar tal posibilidad.

1 TEORIA DEL DERECHO

Ante todo, hay que preguntarse ¿qué es una teoría del derecho? (*general jurisprudence*, *allgemeine Rechtslehre*), o mejor: ¿qué hacen realmente los teóricos del derecho? Mi respuesta es que ellos hacen esencialmente dos cosas, que no

1 Véase Barberis 2015 y Barberis 2016. Agradezco a Andrej por esta observación, de la que asumo toda la responsabilidad, y más aún por la invitación a colaborar en *Revus*.

2 Una inversión similar se encuentra notoriamente en Gray, 1909: 78-79: las decisiones de los jueces constituyen *the law*, mientras la legislación es sólo la principal *legal source*. Véase también Guastini (2015: 45): «the law is the set of norms in force [...] applied [...] by law-applying agencies» [«el derecho es un conjunto de normas vigentes [...] aplicadas [...] por los órganos de aplicación jurídica» (*Nota del traductor*)].

son recíprocamente excluyentes y que se encuentran en cada teoría; la medida de la una y de la otra es determinada sobre todo por la organización curricular en las universidades en las que el teórico opera.

Quien cultiva la teoría del derecho como parte general del derecho privado, o penal, o constitucional, tiende a concebirla como una continuación de la dogmática jurídica en un nivel de abstracción más alto: como un análisis del lenguaje utilizado por los juristas para estudiar e interpretar el derecho. Este primer tipo de teoría tiene evidentes ventajas, particularmente si se la confronta con la filosofía del derecho especulativa. Pero tiende a sobrevalorar el papel de la dogmática jurídica, central en la cultura jurídica continental, y a hacer suyo el horizonte cognoscitivo. Por ejemplo, adopta el etnocentrismo: la tendencia a considerar, como universales, los conceptos manejados por la dogmática jurídica continental.

Quien cultiva la teoría del derecho como materia en sí misma, en cambio, tiende a concebirla como un estudio histórico y comparativo del derecho y de los fenómenos que desempeñan las mismas funciones en las distintas épocas y culturas. A los instrumentos de la lógica y de la lingüística, indispensables en cualquier investigación, este segundo tipo de teoría agrega aquellos de las ciencias sociales como la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, como también sus respectivas epistemologías. En comparación con el primer modelo teórico, el segundo es más general porque busca dar cuenta de más fenómenos; pero menos abstracto, porque distingue mejor sus especificidades históricas y culturales.

Una teoría realmente realista es predominantemente una teoría del segundo tipo. Es más general precisamente porque está centrada en la adjudicación: el modo de componer las controversias más general de la legislación.³ Pero a su vez es menos abstracta porque distingue diversas formas y aspectos de la adjudicación, de los cuales la interpretación de las leyes es sólo una de tantas. Como veremos seguidamente, esta teoría se presenta como una ulterior extensión, en el sentido realista y evolucionista, del positivismo jurídico.

2 POSITIVISMO, REALISMO, EVOLUCIONISMO

La teoría del derecho dominante, se ha dicho, es hoy en día una extensión (en sentido realista) de la tradición de estudios teóricos denominada positivis-

3 Véase Raz (1985: 138): «La existencia de instituciones creadoras de normas, aunque características de los sistemas jurídicos modernos, no son un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos; pero la existencia de cierto tipo de instituciones aplicadoras de normas sí lo es».

mo jurídico.⁴ Una teoría realmente realista es una ulterior extensión en sentido realista y también evolucionista de la tradición dominante. Pero *positivista, realista y evolucionista* ¿en qué sentido?

Por *positivismo jurídico* me refiero a la teoría del derecho positivo, social, efectivo, distinto de la moral crítica predominantemente ejercida por la milenaria tradición iusnaturalista. Para los teóricos iuspositivistas (aquellos que comenzaron a operar después de la codificación continental del derecho), derecho positivo y moral positiva, pero también costumbre y religión, son fenómenos distintos aunque conectados en modo diverso según la época y la cultura. En la antigüedad, y en las culturas no occidentales, a menudo ni siquiera existen los nombres para distinguirlos; en Occidente y después de la codificación, en cambio, distinguirlos se ha convertido en algo esencial.

El *realismo jurídico* es la forma de positivismo que privilegia la adjudicación respecto a la legislación. Hoy en día no hay teoría que no reconozca la creación judicial del derecho, especialmente bajo la forma de interpretación, a menudo considerada como legislación judicial. Pero una teoría del derecho radicalmente realista, en cambio, considera a la adjudicación –esto es, la composición de las controversias, la administración de justicia– como una función más general y esencial de la legislación (que deviene sobre todo en un mecanismo para controlar a la primera).

El *evolucionismo jurídico*, por último, es la ulterior extensión de las tradiciones positivista y realista que critica el creacionismo: la tendencia a atribuir los fenómenos a la voluntad y al diseño de uno o varios creadores. También la evolución biológica, después de todo, puede depender de actos humanos: piénsese en los cruces de razas realizados por los ganaderos, o en los proyectos de los ingenieros genéticos. Pero nadie diría que los ganaderos o los ingenieros genéticos crean vida: se dice más bien que el mundo fue creado por Dios, o que el derecho es creado por el legislador o por los mismos jueces.

Ciertamente, comparado con la biología, el derecho depende más de actos de producción humana. Sin embargo, no es posible reducirlo a la mera suma o a los diferentes efectos de cada uno de esos actos. Ni legisladores ni jueces pueden tener la pretensión de crear derecho, sino tan sólo de contribuir a su producción participando en aquello que los teóricos norteamericanos llaman el *legal process*. El derecho mismo no es un mero conjunto de normas, sino su sistema u orden. Y como todos los sistemas, también el derecho tiene propiedades *emergentes* (véase § 5), propiedades adicionales a las de sus partes, determinadas por la evolución de las relaciones entre ellas.⁵

4 Cfr. paradigmáticamente Leiter 2007. Una tradición de investigación conecta teorías o doctrinas ligadas por conexiones que son más históricas que conceptuales.

5 La idea, pero no el término, se remonta al *System of Logic* (1843) de John Stuart Mill. Para una aplicación del concepto al derecho europeo, cfr. Ferrera 2016: 94.

3 DOCTRINA DE LAS FUENTES

Mientras que los teóricos del segundo modelo distinguido en el apartado § 1 se ocupan de las fuentes sociales del derecho, aunque en un sentido más amplio de lo teorizado por Joseph Raz, los del primer tipo se ocupan especialmente de las fuentes formales estudiadas por la dogmática jurídica continental. Después de la Revolución Francesa, en particular, este tipo de teoría ha hecho suya la narración de los orígenes del derecho así como la doctrina de las fuentes, típica de la dogmática jurídica continental.

Según esta doctrina, todo derecho tendría origen político: nacería de un acto creador del poder constituyente, atribuido al pueblo, que instituiría el poder legislativo y, a través de este, a todos los demás poderes constituidos. Todo el derecho, pues, sería producido por fuentes formales de tipo legislativo –constitución, leyes, reglamentos– jerarquizados según el poder que lo produce. Otras fuentes del derecho –costumbre, doctrina, la misma jurisprudencia del *civil law*– serían no formales, sino “culturales”: útiles solo para integrar, comentar o aplicar las fuentes formales.

Pero esta doctrina también pretende la generalidad: el *common law*, en efecto, también ha sido caracterizado así por los positivistas jurídicos ingleses. Los conquistadores normandos de Inglaterra, especie de poder constituyente *avant la lettre*, en lugar de legislar directamente habrían instituido cortes regias, que han producido el *common law*. Esto, a su vez, ha sido concebido por los mismos positivistas ingleses, a partir de Thomas Hobbes, como una especie de legislación judicial, aunque de hecho anterior a la legislación del Parlamento.

Una teoría del derecho realmente realista relata una historia diferente y extrae consecuencias diferentes. Siempre ha habido, en Occidente, órganos de composición de controversias, llamados a administrar justicia entre las partes, denominados árbitros, jueces o tribunales. Los monarcas ingleses, como los continentales, sólo instituyeron nuevos órganos que prevalecieron sobre los demás en un proceso de selección institucional. Estos eran más eficientes porque, de hecho, eran apoyados por el poder central, y en el caso inglés emulaban también la justicia local, otorgando un papel decisivo a la judicatura.

En esta otra narración, la legislación ha prevalecido sobre otras fuentes del derecho porque primero fue aplicada por las cortes regias, porque después fue codificada y, por último, porque fue legitimada a través de la ideología democrática del poder constituyente. Una auténtica *teoría* (cognoscitiva) de las fuentes, por otra parte, no debe necesariamente reproducir la doctrina (normativa) continental. Ella está obligada no sólo a explicar el rol penetrante que ha jugado la legislación en los sistemas del *common law*, sino también a dar cuenta de otras fuentes jurídicas efectivamente utilizadas por los tribunales. La mejor aproximación a esta teoría de las fuentes se encuentra en Alf Ross.

4 TEORÍA DE LAS FUENTES

La doctrina de las fuentes construida sobre el poder constituyente pretende que toda norma, para poder decir que es jurídica, haya sido producida por una autoridad normativa habilitada por una norma superior para producirla. Obviamente este requisito no puede valer, sin desencadenar un recurso al infinito, para el mismo poder constituyente (concebido como hecho originario, acto revolucionario, fuente *extra ordinem*, y similares expresiones). Pero este requisito, de hecho, no explica la aplicación judicial de fuentes jurídicas adicionales: costumbre, doctrina, jurisprudencia, normas implícitas, normas extranjeras que no son objeto de reenvío, etc.

De hecho, la teoría esbozada por Ross en el tercer capítulo de *On Law and Justice* (1952; 1958) enumera cuatro principales fuentes del derecho, de las cuales al menos tres *no son* producidas por autoridades normativas habilitadas por una norma superior (y diferentes, por tanto, del derecho legislativo). Lo declara *apertis verbis* el mismo Ross: «A realistic doctrine of the sources builds on experience, but recognises that not all law is positive, in the sense of “formally established”».⁶

A continuación transcribiré el listado de Ross en orden inverso al suyo –esto es, de la razón o tradición a la legislación, pasando por costumbre y precedente– enfatizando los rasgos realistas del listado y señalando los residuos creacionistas. El principal rasgo realista es la caracterización de las fuentes como simples materiales usados por los jueces en la adjudicación. El residuo creacionista, por otro lado, consiste en metáforas aplicadas por Ross a tales materiales: la asimilación de la razón y la tradición como materias primas, de la costumbre y del precedente como productos semi-elaborados, y de la legislación como producto acabado.⁷

El *primer* tipo de fuente es la razón, o más bien la tradición: fuente “libre” o simple materia prima que el juez puede modelar como quiera. Pero es dudoso que la razón o la tradición puedan etiquetarse como fuentes en cuanto tales: a menudo han sido solo requisitos de la legalidad de otras fuentes, como la costumbre. Aunque bien es cierto que, durante largos siglos, los tribunales o juzgados, especialmente ingleses, produjeron un derecho “libre” de este tipo, que fue

6 Véase Ross (1963: 98). Poco antes, en efecto, se lee: «La palabra “positivismo” es ambigua. Puede significar tanto “lo apoyado en la experiencia” como “lo que está formalmente establecido”».

7 Véase Ross (1963: 75): «hablando metafóricamente, podemos quizá decir que la legislación entrega un producto terminado, listo para ser utilizado, mientras el precedente y la costumbre solo entregan productos semi-manufacturados que tienen que ser terminados por el propio juez, y la “razón” solo produce ciertas materias primas a partir de las cuales el propio juez tiene que elaborar las reglas que necesita».

considerado razonable, tradicional y no arbitrario al haber sido producido por unos pocos Jueces Reales unidos por una cultura compartida.

El *segundo* tipo de fuente es la costumbre jurídica, distinguida con dificultades de la costumbre no jurídica. Los principales criterios distintivos adoptados han sido sustanciales, entre los cuales está la conformidad con la razón y la tradición, o puramente formales, como la aplicación por parte de los jueces. Ross combina los dos tipos de criterios considerando como jurídicas a las costumbres formadas en ámbitos regulados por el derecho, de tipo judicial.

El *tercer* tipo de fuente, originado por los dos primeros, es el precedente judicial, que se distinguió de aquellos cuando la *House of Lords* se declaró vinculada a sus propios precedentes, del mismo modo que los jueces continentales estaban subordinados a los códigos. Actualmente, también en los países del *common law*, tal vez no haya materia que no esté regulada por las leyes; sin embargo, esto no reduce el papel del precedente. También la aplicación de la ley, en efecto, produce precedentes vinculantes para los jueces posteriores.

El *cuarto* y último tipo de fuente es la misma legislación: forma de derecho tan paradigmática que vuelve casi inconcebibles a las otras, y sin embargo tan altamente difusa que necesita ser dividida, al menos, en legislación constitucional, parlamentaria y administrativa (o reglamentaria).

Por lo demás, para una teoría realmente realista de las fuentes del derecho es indispensable aportar una corrección, una crítica y una actualización con respecto al texto de Ross, que data de hace casi sesenta años.

La *corrección* subraya que ni siquiera la legislación es un producto acabado en absoluto. Como muestra el mismo Ross en el cuarto capítulo de *On Law and Justice* (sobre la interpretación), la legislación es solo un producto *más* acabado que la costumbre y el precedente, pero también sujeto a interpretación judicial. Esto no significa que la aplicación de la ley sea siempre más previsible que la del precedente. Su previsibilidad depende de muchos factores ulteriores a la elaboración de las leyes: organización de la magistratura, contexto político, grado de pluralismo social, etc.

La *crítica* observa que la primacía de la legislación sobre la adjudicación no puede depender de la “dignidad” democrática de la primera, sin correr el riesgo de oscurecerse. Ya en el siglo XIX, después de todo, el principal tipo de legislación no era la ley parlamentaria sino el código, fuente “aristocrática” producida por juristas. Y hoy en día la legislación de iniciativa parlamentaria es netamente minoritaria en comparación con la legislación de iniciativa del gobierno: el derecho, así, es más tecnocrático y autocrático antes que democrático. No en vano, el control sobre él está garantizado menos en los parlamentos democráticos, a menudo controlados por el ejecutivo, que en los Tribunales Supremos o Constitucionales, legitimados sólo para la tutela de los derechos.

La *actualización*, por último, destaca que la legislación parlamentaria no es la fuente suprema del derecho. En los estados nacionales estará supeditada a la Constitución: considerada auténtico derecho y no moral positiva, como pensaba John Austin, precisamente porque también es aplicada por los jueces, constitucionales y ordinarios. En muchos estados y especialmente en la Unión Europea, además, la legislación interna está sujeta a las limitaciones del derecho internacional. Y también la juridicidad de este depende menos de criterios formales cuanto de su efectiva ejecución por parte de los jueces, tanto internos como internacionales.

5 LA “CRISIS” DE LAS FUENTES

La inversión de roles entre legislación y adjudicación, que caracteriza a la teoría realmente realista, está documentada por un último fenómeno: la llamada “crisis” (de la doctrina) de las fuentes. Producida por la Revolución francesa, y legitimada por la ideología democrática del poder constituyente, dicha doctrina establecía qué fuentes debían aplicarse por los jueces y cuáles no. Tras el fracaso de experimentos como el *référé législatif*, no se pudo impedir que se interpreten o integren las fuentes; pero se estableció que los jueces debían aplicar las fuentes establecidas, de las cuales fue excluida la misma jurisprudencia.

La teoría del derecho *mainstream* todavía se basa en este compromiso: los jueces sólo pueden interpretar las fuentes establecidas por el constituyente o por el legislador. Pero la crisis (de la doctrina) de las fuentes pone en entredicho este compromiso. En efecto, los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen también el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales.⁸

Ello ha ocurrido muchas veces, desde *Marbury vs. Madison* (1804) en adelante, y en casos mucho más dudosos de la constitución federal estadounidense. Tratados europeos han sido interpretados como documentos instituyentes de la Comunidad Europea; preámbulos de constituciones han sido asimilados al *bloc de constitutionnalité* francés; *leyes fundamentales* han sido utilizadas como constitución de Israel, etc. Los efectos de tales decisiones –que constituyen ejemplos de las propiedades emergentes de los sistemas jurídicos (cfr. § 2 *in fine*)– son todavía etiquetados a veces como crisis de las fuentes; pero, en su conjunto, la dogmática constitucional ya ha tomado nota del fenómeno.

Sobre la crisis (de la doctrina) de las fuentes, precisamente el realismo jurídico más radical, representado por teóricos del derecho continentales como

8 Esta es la tesis de fondo de Pino 2011.

Michel Troper y Riccardo Guastini, manifiesta una curiosa ambivalencia. Por un lado, ellos han estado entre los primeros en señalar el fenómeno, y a menudo extraen las mismas consecuencias que podría extraer una teoría realmente realista, como veremos enseguida. Pero, por otro lado, argumentan que estas decisiones a menudo están poco o nada justificadas, y cuando a veces lo están, Troper las acusa de incurrir en la *constitutionalist fallacy*.⁹

Hay, en esta resistencia, un residuo de formalismo continental; como teóricos del derecho del primer tipo, en la estela de Hans Kelsen, quizás ambos intercambian la doctrina continental de las fuentes por una auténtica teoría general de las fuentes. Sin embargo, Guastini extrae de la llamada crisis de las fuentes –en realidad, mera evolución de sus relaciones– la misma conclusión que extraería una teoría realmente realista. Evidentemente, las fuentes supremas, y su jerarquía, se fijarán en última instancia por la adjudicación constitucional.¹⁰

Para concluir, diré una última cosa acerca del temor que provocaría que una teoría realmente realista del derecho, a pesar de su carácter cognoscitivo, legitime oblicuamente el llamado gobierno de los jueces. “Gobierno de los jueces” es una contradicción de términos. La adjudicación es estructuralmente distinta del gobierno, precisamente porque puede ejercitarse sólo en negativo, a iniciativa de terceros; por consiguiente, puede controlar al máximo el gobierno ajeno, pero no puede ejercerlo en primera persona.

Pero además, y sobre todo, la jurisprudencia de los tribunales funciona un poco como las teorías epistemológicas de Willard Quine. En los márgenes o, si se quiere, en las altas esferas del derecho constitucional e internacional, se dan a veces cambios espectaculares, determinados por una sola “gran decisión”. Pero en el gran cuerpo de la práctica judicial, en los pisos inferiores del derecho civil, penal y administrativo, los cambios regulativos requieren de muchas más decisiones para “hacer jurisprudencia”, y son mucho más lentos, graduales e intersticiales.

Mauro Barberis

*Professor of Legal Philosophy at the
University of Trieste (Italy)*

*Traducido al español por
Jorge Baquerizo Minuche*

⁹ Véase Troper 2005.

¹⁰ Véase Guastini 2008: 124-125.

References

- Mauro BARBERIS, 2015: Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44: 67-101.
- Mauro BARBERIS, 2016: Pragmatics of Adjudication. In the Footsteps of Alf Ross, in A. Capone and F. Poggi (eds.), *Pragmatics and the Law*, Berlin: Springer, 2016.
- Maurizio FERRARA, 2016: *Rotta di collisione: euro contro welfare?* Roma-Bari: Laterza.
- John GRAY, 1997: *The Nature and the Sources of the Law* (1909; 1921). Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Riccardo GUASTINI, 2008: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- Riccardo GUASTINI, 2015: A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, 27: 45-54. DOI : 10.4000/revus.3463
- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Giorgio PINO, 2011: Costruzione, decostruzione, ricostruzione. *Ars Interpretandi*, 16: 19-56.
- Joseph RAZ, 1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Trad. por Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM.
- Alf ROSS, 1963: *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA.
- Michel TROPER, 2005: Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy, *I•Con. International Journal of Constitutional Law*. 3/1: 24-38.

Pismo urednicima

Za istinski realističku teoriju prava

*Realistička teorija izvora gradi na iskustvu,
no priznaje da sve pravo nije pozitivno
u smislu da je “formalno ustanovljeno”.*

(Ross 1958: 101)

Andrej Kristan skrenuo mi je pozornost na to da u nekim mojim novijim radovima dolazi do inverzije uobičajeno postavljenog odnosa između zakonodavstva i pravosuđenja.¹

Naime, mainstream teorija – mješavina pravnog pozitivizma i pravnog realizma – sklona je svoditi pravo na zakonodavstvo, a pravosuđenje na tumačenje zakona. Nasuprot tome, u mojim se gorespomenutim radovima, taj odnos obrće: glavna je funkcija prava pravosuđenje, dok zakonodavstvo postaje uglavnom način nadziranja i ograničavanja pravosuđenja.²

Andrej me je zamolio da ukratko izložim konture te inverzije, koju ću, samoironično, nazvati istinski realističkom teorijom prava. No Revusovi čitatelji ne trebaju očekivati ni obrise teorije ni potpuno razrađenu teoriju; u onome što slijedi, samo ću nastojati pokazati je li ona moguća.

1 TEORIJA PRAVA

Prije svega, treba se upitati što je to teorija prava (*general jurisprudence, allgemeine Rechtslehre*), ili bolje: što to teoretičari prava doista rade? Oni u osnovi rade dvije stvari, koje se međusobno ne isključuju; u svakoj se teoriji mogu naći obje, a mjera u kojoj se pojavljuju posebice je određena sveučilišnim okruženjem u kojem teoretičar djeluje.

1 Vidi Barberis 2015 i Barberis 2016. Andreju zahvaljujem za to opažanje, za koje preuzimam punu odgovornost, čak i više nego za poziv da napišem ovaj rad za *Revus*.

2 Slična se inverzija, općepoznato je, može naći u Gray 1909: 78-79: odluke sudaca su *pravo*, zakonodavstvo je samo glavni *izvor* prava. Usp. također Guastini 2015: 45: “pravo je skup normi na snazi [...] koje primjenjuju [...] organi primjene prava”.

Oni koji se bave teorijom prava kao općim dijelom privatnog, kaznenog ili ustavnog prava, skloni su je shvaćati kao produžetak pravne dogmatike na višoj razini apstrakcije: dakle, kao analizu jezika koji pravni znanstvenici koriste za proučavanje i tumačenje prava. Ovaj prvi tip teorije ima očite prednosti, osobito u usporedbi sa spekulativnom filozofijom prava. No takva je teorija sklona precjenjivati – u kontinentalnoeuropskoj pravnoj kulturi središnju – ulogu pravne dogmatike i prihvaćati njezin spoznajni obzor. Ona primjerice prihvaća etnocentrizam: sklonost smatranju univerzalnima pojmova kojima barata kontinentalnoeuropska pravna dogmatika.

Naprotiv, oni koji se bave teorijom prava kao samostalnim predmetom, skloni su je shvaćati kao historijsko i poredbeno proučavanje prava i pojava koje izvršavaju iste funkcije u različitim razdobljima i kulturama. Logičkim i jezičnim oruđima, neizostavnima u bilo kojem istraživanju, ovaj drugi tip teorije dodaje oruđa društvenih znanosti poput povijesti, sociologije, političke znanosti, ekonomije, uključujući njihove epistemologije. U odnosu na prvi tip teorije, drugi je općenitiji, jer nastoji objasniti više pojava, te manje apstraktan, jer bolje razlikuje njihove povijesne i kulturne posebnosti.

Istinski realistička teorija prava pretežno je teorija drugoga tipa. Ona je šira upravo zbog toga što se usredotočuje na pravosuđenje: funkciju rješavanja sporova, koja je općenitija od zakonodavstva.³ No ona je i manje apstraktna, jer pravi razliku između različitih oblika i aspekata pravosuđenja, od kojih je tumačenje zakona samo jedan. Kao što ćemo uskoro vidjeti, ona se predstavlja kao dodatno realističko i evolucionističko proširenje pravnog pozitivizma.

2 POZITIVIZAM, REALIZAM, EVOLUCIONIZAM

Prevladavajuća teorija prava, kao što je rečeno, već je danas realističko proširenje tradicije teorijskih učenja nazvanih pravni pozitivizam.⁴ Istinski realistička teorija prava dodatno je realističko, ali i evolucionističko proširenje prevladavajuće tradicije. No pozitivističko, realističko i evolucionističko u kojem smislu?

Pod *pravnim pozitivizmom* shvaćam teoriju pozitivnog, društvenog, zbiljskog prava, različitu od kritičkog morala koji pretežno prakticira tisućljetna jurnaturalistička tradicija. Za pravne pozitiviste, koji djeluju nakon kontinentalnoeuropskih kodifikacija prava, pozitivno pravo i pozitivni moral, ali i obi-

3 Vidi Raz (1979: 105): "postojanje institucija koje stvaraju pravo, iako karakteristično za moderne pravne sustave, nije nužno obilježje svih pravnih sustava", dok "postojanje nekih tipova institucija koje primjenjuju pravo jest".

4 Usp. paradigmatički Leiter 2007. Tradicija istraživanja koja povezuje teorije ili doktrine više vezane uz historijske negoli pojmovne sveze.

čaj i religija, različite su, premda, ovisno o razdoblju i kulturi, na razne načine povezane pojave. U antici, kao i ne-Zapadnim kulturama, često ne postoje ni nazivi kojima bi se te pojave razlikovale; s druge strane, na Zapadu, i nakon kodifikacije, njihovo razlikovanje postaje ključno.

Pravni realizam inačica je pozitivizma koja pravosuđenje pretpostavlja zakonodavstvu. Danas ne postoji teorija koja ne priznaje sudsku proizvodnju prava, osobito u obliku tumačenja, često smatranu sudskim zakonodavstvom. Radikalno realistička teorija prava smatra pak pravosuđenje – rješavanje sporova, dijeljenje pravde među strankama – općenitijom i bitnijom funkcijom od zakonodavstva, koje postaje prije svega način kontroliranja pravosuđenja.

Naposljetku, *pravni evolucionizam* je ono dodatno proširenje pozitivističke i realističke tradicije koje kritizira kreacionizam: sklonost pripisivanja pojava volji i idejnom nacrtu jednog ili više stvaratelja. Napokon, i biološka evolucija može ovisiti o ljudskim aktima: pomislimo samo na križanja pasmina koja obavljaju uzgajivači ili projekte genetičkih inženjera. No nitko neće reći da uzgajivači i genetički inženjeri stvaraju život: dok se, s druge strane, kaže da je svijet stvorio Bog ili pravo zakonodavac ili sami suci.

Dakako, pravo, u usporedbi s biologijom, više ovisi o aktima ljudske proizvodnje. Međutim, pravo nije moguće svesti na puki zbroj tih akata ili na njihove pojedinačne učinke. Ni zakonodavci ni suci ne mogu polagati pravo na stvaranje prava, nego samo na sudjelovanje u njegovoj proizvodnji, bivajući sudionicima u onome što sjevernoamerički teoretičari nazivaju *legal process*. Sâmo pravo nije puki skup normi, nego njihov sustav ili poredak. Poput svih sustava, i pravo ima *proizlazeća* obilježja (usp. 5. pogl.), tj. obilježja koja su dodatak obilježjima njegovih dijelova, i koja su određena evolucijom međusobnih odnosa tih dijelova.⁵

3 DOKTRINA IZVORA

Dok se teoretičari drugog tipa (vidi 1. pogl.) bave društvenim izvorima prava, premda u širem smislu od onoga koji se zatječe u teoriji Josepha Raza, prvi se tip teoretičara bavi formalnim izvorima prava, proučavanima u okviru – osobito kontinentalnoeuropske – pravne dogmatike. Potonji je tip teorije, napose nakon Francuske revolucije, usvojio narativ podrijetla prava (i doktrinu izvora) svojstven kontinentalnoeuropskoj pravnoj dogmatici.

Prema toj doktrini, svako pravo ima političko podrijetlo: rađa se iz stvaralačkog akta utemeljujuće/ustavotvorne (konstitutivne) vlasti, pripisane narodu, koja ustanovljuje zakonodavnu vlast i, putem nje, sve ostale utemeljene (kon-

5 Ideja, no ne i izraz, potječe iz *System of Logic* (1843.) Johna Stuarta Milla. Za primjenu toga pojma na europsko pravo, usp. Ferrera 2016: 94.

stituirane) vlasti. Dakle, sve je pravo proizvod formalnih izvora zakonodavnog tipa – ustava, zakona, uredbi – već hijerarhijski poredanih s obzirom na vlast koja ih proizvodi. Ostali izvori prava – običaj, doktrina, sama sudska praksa u kontinentalnoeuropskim pravnim sustavima – nisu formalni, nego “kulturni” izvori prava: može ih se koristiti samo za upotpunjavanje, komentiranje ili primjenu formalnih izvora.

Ova doktrina također polaže pravo na općenitost: na taj su način ustvari engleski pravni pozitivisti opisali čak i *common law*. Normanski osvajači Engleske, kao neka vrsta utemeljujuće/ustavotvorne vlasti *avant la lettre*, umjesto neposrednog donošenja zakona, ustanovili su kraljevske sudove, koji su potom proizvodili *common law*. To su pak sami engleski pozitivisti, počevši s Thomasom Hobbesom, shvatili kao svojevrsno sudske zakonodavstvo, iako je ono zapravo postojalo prije parlamentarnog zakonodavstva.

Istinski realistička teorija prava pripovijeda drugačiju priču te iz nje izvlači drugačije zaključke. Na Zapadu su oduvijek postojali organi za rješavanje sporova, pozvani da dijele pravdu među strankama, te nazivani arbitrima, sucima ili sudovima. Engleski su monarsi, poput onih kontinentalnih, samo ustanovili nove organe, koji su prevladali nad drugima u procesu institucionalne selekcije. Ti su organi, podržani od središnje vlasti, ustvari bili efikasniji, a u slučaju Engleske, s obzirom na pripisivanje poroti odlučujuće uloge, čak su oponašali i lokalno pravosuđe.

U tom drugom narativu, zakonodavstvo je nadvladalo druge izvore prava jer su ga bili primjenjivali kraljevski sudovi, potom jer je bilo kodificirano i, konačno, jer je bilo opravdano putem demokratske ideologije utemeljujuće vlasti. Međutim, autentična (spoznajna) *teorija* izvora ne mora nužno reproducirati (normativnu) kontinentalnoeuropsku doktrinu. Ta je teorija dužna objasniti sveprožimajuću ulogu koju je zakonodavstvo već i dosad imalo u sustavima *common lawa*, ali i uzeti u obzir ostale pravne izvore koje suci koriste. Najpribližniju inačicu te teorije izvora može se pronaći u djelima Alfa Rossa.

4 TEORIJA IZVORA

Prema doktrini izvora izgrađenoj na utemeljujućoj vlasti, svaka norma, da bi je se moglo zvati pravnom, mora bit proizvedena od nekog tijela normativne vlasti ovlaštenog da je proizvede na temelju neke više norme. Taj se zahtjev očito ne može odnositi, a da ne dovede do beskonačnog regresa, na samu utemeljujuću vlast: shvaćenu, prema tome, kao izvorna činjenica, revolucionarni akt, izvor *extra ordinem* i slično. No taj zahtjev zapravo ne objašnjava sudske primjene dodatnih izvora: običaja, doktrine, sudske prakse, implicitnih normi, normi drugih pravnih poredaka koje nisu predmetom upućivanja...

Ustvari, teorija koju je Ross skicirao u trećem poglavlju knjige *On Law and Justice* (1952; 1958), popisuje četiri glavna izvora prava, od kojih barem tri *nisu* proizvela tijela normativne vlasti ovlaštena nekom višom normom, i dakle različita od zakonodavnog prava. Kao što *apertis verbis* objašnjava sam Ross: “Realistička doktrina izvora gradi na iskustvu, no priznaje da sve pravo nije pozitivno u smislu da je ‘formalno ustanovljeno’”.⁶

Rossov popis ovdje izlažem obrnutim slijedom – dakle, od razuma ili tradicije do zakonodavstva, preko običaja i precedenta – ističući realističke crte popisa te ukazujući na kreacionističke ostatke. Glavna realistička crta karakterizacija je izvora jednostavno kao materijala koje suci koriste u pravosuđenju. Kreacionistički se ostatak pak sastoji u metaforama koje Ross koristi u pogledu tih materijala: razum i tradiciju poistovjećuje sa sirovim materijalima, običaj i precedent s poludovršenim proizvodima, a zakonodavstvo s dovršenim proizvodom.⁷

Prvi tip izvora je razum, ili, radije, tradicija: “slobodni” izvor ili jednostavno sirovi materijal koji sudac može oblikovati kako želi. No dvojebno je može li se razum ili tradiciju označavati kao sâme izvore: s obzirom na to da su oni često bili samo pretpostavka pravnosti drugih izvora, poput običaja. Unatoč tome, istina je da su sudovi i porote, posebice engleski, stoljećima proizvodili takovršno “slobodno” pravo, smatrajući ga razumnim, tradicionalnim i nearbitrarnim jer ga je proizvelo nekoliko kraljevskih sudaca povezanih zajedničkom kulturom.

Drugi je tip izvora pravni običaj, koji se teško razlikuje od nepravnog običaja. Glavni razlikovni kriteriji koji se koriste su supstancijalni, među kojima sukladnost običaja razumu i tradiciji, te formalni, tj. primjena običaja od strane sudaca. Ross kombinira dva navedena tipa kriterija, smatrajući pravnima one običaje koji su nastali u područjima uređenima pravom, osobito sudačkim pravom.

Treći tip izvora, koji je proizašao iz prvih dvaju, sudski je precedent, koji se spomenutim tipovima izvora pridružio kada se House of Lords proglasio obvezanim vlastitim precedentima, kao što su kontinentalnoeuropski suci bili podvrgnuti zakonicima. Danas, čak i u zemljama common lawa, moguće ne postoji materija koja nije uređena zakonima: no to ne umanjuje ulogu precedenta. Čak i primjena zakona ustvari proizvodi precedente obvezujuće za buduće suce.

6 Tako Ross 1958: 100-101. Nešto prije ustvari kaže: “Izraz ‘pozitivizam’ je višeznačan. Može značiti i ‘ono što gradi na iskustvu’ i ‘ono što je formalno ustanovljeno’”.

7 Vidi Ross 1958: 76-77: “Metaforički govoreći, možda možemo reći da zakonodavstvo isporučuje dovršen proizvod, odmah spreman za uporabu, dok precedent i običaj isporučuju tek poludovršen proizvod, koji treba dovršiti sam sudac, a “razum” proizvodi samo neke sirove materijale iz kojih sudac sam treba izraditi potrebno pravilo”.

Konačno, *četvrti* je tip izvora samo zakonodavstvo: sada već tako paradigmatičan oblik prava da čini gotovo nepojmljivim ostale izvore te, u svakom slučaju, toliko raširen da treba razlikovati njegova barem tri podoblika, ustavno zakonodavstvo, parlamentarno zakonodavstvo i upravno (ili uredbeno) zakonodavstvo. Međutim, za istinski realističku teoriju prava nužno je napraviti ispravak, iznijeti kritiku i upotpuniti Rossov tekst iz 1958.

Ispravkom se naglašava da ni zakonodavstvo nije dovršen i potpun proizvod. Kao što to pokazuje sam Ross u četvrtom poglavlju knjige *On Law and Justice*, o tumačenju, zakonodavstvo je samo proizvod *dovršeni* od običaja i precedenta, ali je i on podložan sudskom tumačenju. Također, nije rečeno da je primjena zakona uvijek predvidljivija od primjene precedenta. Ustvari, njezina predvidljivost ovisi o mnogim čimbenicima onkraj samog sastavljanja normativnih tekstova: naime, o organizaciji sudstva, političkom kontekstu, stupnju društvenog pluralizma...

Kritikom se napominje da se prvenstvo zakonodavstva u odnosu na pravosuđenje, ako se ono opravdava demokratskim "dostojanstvom" zakonodavstva, izlaže opasnosti od zamagljivanja. Najzad, već u devetnaestom stoljeću glavni tip zakonodavstva nije bio parlamentarni zakon, nego zakonik: "aristokratski" izvor, s obzirom na to da su ga proizveli pravni znanstvenici. Nadalje, u današnje je doba broj zakona donesenih na poticaj parlamenta minoran u odnosu na broj zakona donesenih na poticaj vlade: pri čemu je ovo potonje pravo više tehnokratsko i autokratsko nego demokratsko. Stoga ne iznenađuje što nadzor nad tim pravom nije toliko zajamčen demokratskim parlamentima, često kontroliranim od strane izvršne vlasti, koliko vrhovnim ili ustavnim sudovima, koji legitimnost crpe samo iz zaštite temeljnih prava.

Naposlijetku, *upotpunjnjem* se ističe da parlamentarno zakonodavstvo nije više vrhovni izvor prava. U nacionalnim pravnim poretcima ono je podređeno ustavu: shvaćenom kao istinsko pravo a ne pozitivni moral, kako je mislio John Austin, navlastito zbog toga što ga primjenjuju i ustavni i redovni (ne-ustavni) sudovi. Osim toga, u mnogim državama, a posebice u Europskoj uniji, unutarnje zakonodavstvo podvrgnuto je i ograničenjima međunarodnog prava. A pravnost međunarodnog prava ne ovisi toliko o formalnim kriterijima koliko o njegovoj stvarnoj primjeni od strane domaćih i međunarodnih sudova.

5 "KRIZA" IZVORA

Inverziju uloga zakonodavstva i pravosuđenja koja odlikuje istinski realističku teoriju prava potvrđuje još jedna pojava: tzv. "kriza" (doktrine) izvora. Proizvedena od strane Francuske revolucije i opravdana demokratskom ideologijom utemeljujuće/ustavotvorne vlasti, ta je doktrina određivala koje izvore

suci trebaju primjenjivati a koje ne. Nakon neuspjeha eksperimenata kao što je *référé législatif*, suce je bilo nemoguće spriječiti da tumače ili upotpunjuju izvore. Međutim, bilo je odlučeno da suci moraju primjenjivati samo ustanovljene izvore, iz kojih je bila isključena sama sudska praksa.

Mainstream teorija prava još se uvijek temelji na sljedećem kompromisu: suci mogu tumačiti isključivo one izvore koje je ustanovio ustavotvorac ili zakonodavac. No kriza (doktrine) izvora u pitanje dovodi čak i ovaj kompromis. Znameniti vrhovni, ustavni i međunarodni sudovi zaravo si pripisuju čak i vlast izbora izvora. Konkretno, na rang vrhovnih izvora uzdižu normativne materijale koje se prije nije smatralo formalno pravnima te nanovo određuju hijerarhijske odnose između njih i formalnih izvora.⁸

To se dogodilo mnogo puta, počevši od odluke *Marbury vs. Madison* (1804.) pa nadalje, i to u slučajevima koji su mnogo dvojbeniji od Ustava SAD-a. Europski su ugovori bili tumačeni kao utemeljujući dokumenti Europske zajednice; preambule ustava bile su asimilirane u francuski *bloc de constitutionnalité*; *fundamental laws* su bili korišteni kao izraelski ustav... Učinke takvih odluka – jedan od primjera proizlazećih obilježja pravnih sustava (usp. 2. pogl. *in fine*) – još se uvijek katkad označava kao kriza izvora: iako je, sve u svemu, ustavna dogmatika ovu pojavu već uzela u obzir.

Međutim, upravo najradikalniji pravni realizam, koji predstavljaju kontinentalnoeuropski teoretičari prava poput Michela Tropera i Riccarda Guastinija, pokazuju neobičnu ambivalentnost u pogledu krize (doktrine) izvora. S jedne strane, oni su među prvima ukazali na ovu pojavu te često iz nje izvode iste zaključke koje bi, kao što ćemo to uskoro vidjeti, mogla izvesti istinski realistička teorija prava. S druge strane, oni napominju da su te odluke često slabo ili nimalo obrazložene, a i kada jesu, Troper ih kritizira zbog *constitutionalist fallacy*.⁹

U tom otporu postoji ostatak kontinentalnoeuropskog formalizma; moguće je da obojica, kao teoretičari prava prvoga tipa, koračajući stopama Hansa Kelsena, kontinentalnoeuropsku doktrinu izvora uzimaju kao autentičnu opću teoriju izvora. Pa ipak, Guastini iz tzv. krize izvora – ustvari, iz samoga razvoja njihovih odnosa – izvodi isti zaključak koji bi izvela i istinski realistička teorija prava. Očito je, vrhovni izvori, i njihova hijerarhija, u konačnici su utvrđeni ustavnim sudovanjem.¹⁰

Na kraju, nekoliko riječi o strahu da bi istinski realistička teorija prava, unatoč svom kognitivnom karakteru, neizravno opravdavala tzv. vladavinu sudaca.

8 To je bit Pinove (2011) teze.

9 Tako Troper 2005.

10 Vidi Guastini 2008: 124-125.

S jedne strane, sintagma “vladavina sudaca” sama je po sebi proturječna. Pravosuđenje je strukturno različito od prave vladavine zato jer ga se može izvršavati samo negativno, na nečiji poticaj: dakle, ono u najboljem slučaju može nadzirati vladavinu drugih, a ne je izvršavati u prvom licu.

S druge strane, i najvažnije, sudska praksa djeluje ponešto nalik epistemiološkim teorijama Willarda Quinea. Na rubovima ili, ako vam je tako draže, na visokim razinama ustavnog i međunarodnog prava, katkad se događaju spektakularne promjene, prouzročene čak i samo jednom “velikom odlukom”. No u znatnom dijelu sudačke prakse, ili na nižim razinama građanskog, kaznenog i upravnog prava, promjene pravila zahtijevaju više odluka da bi se “stvorila sudska praksa” te su mnogo sporije, postupnije i međuprostornije.

Mauro Barberis,
profesor pravne filozofije na
Sveučilištu u Trstu (Italija)

S talijanskog jezika preveo
Luka Burazin

Bibliografija

Mauro BARBERIS, 2015: Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44: 67-101.

Mauro BARBERIS, 2016: Pragmatics of Adjudication. In the Footsteps of Alf Ross, in press for A. Capone, F. Poggi (eds.), *Pragmatics and the Law*, Berlin: Springer.

Maurizio FERRERA, 2016: *Rotta di collisione: euro contro welfare?* Roma-Bari: Laterza.

John GRAY, 1997. *The Nature and the Sources of the Law* (1909; 1921). Aldershot: Ashgate/Dartmouth.

Riccardo GUASTINI, 2008: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.

Riccardo GUASTINI, 2015: A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, 27: 45-54.

Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U. P.

Giorgio PINO, 2011: Costruzione, decostruzione, ricostruzione. *Ars Interpretandi*, 16: 19-56.

Joseph RAZ, 1979: *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon.

Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.

Michel TROPER, 2005: Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy, *I•Con. International Journal of Constitutional Law*. 3/1: 24-38.