

BENTHAMOV »FRAGMENT« IN ODKRIVANJE KORENIN SODOBNOSTI

Jeremy Bentham: Fragment o vladavini. Prevajalca Zdenka Erbežnik, Gregor Kroupa, Krtina, Ljubljana 2013, 142 strani.

I.

Obstajajo dela, ki si pot v zakladnico človeške misli izborijo sama, in obstajajo dela, ki jim pot utrejo drugi. Benthamov Fragment o vladavini brez dvoma sodi v drugo skupino. Čeprav je bilo to kratko delo, ki ga je osemindvajsetletni Bentham izdal anonimno, že v svojem času mali uspeh, bi ga koprena zgodovinske pozabe zagotovo že prekrila, če ne bi v tem drobnem delu še danes odkrivali zametke nekaterih idej, s katerimi so njegovi privrženci pozneje korenito preoblikovali naš način premišljevanja o pravu.

Fragment o vladavini je plod tistega trmoglavega in dlakocepskega kljubovanja, ki je zaščitni znak mladosti. In v pričakovani maniri si za svojo tarčo Benthamov upor ne izbere nič manj pomembno knjigo kot so Blackstonovi Komentarji. William Blackstone je bil leta 1758 imenovan za profesorja angleškega prava na Univerzi v Oxfordu (in je bil, mimogrede, prvi profesor, ki je na angleški univerzi predaval o *angleškem* pravu). Njegova predavanja, ki so bila po pričevanjih dobro obiskana, so luč sveta v tiskani obliki ugledala med letoma 1765 in 1769. Delo z naslovom *Commentaries on the Laws of England* je doživelo svetovno slavo. Postalo je obvezno čtivo študentov prvega letnika pravnega študija v angleško govorečem svetu in s tem tudi »najvplivnejše pravno delo v anglo-ameriški zgodovini«.¹ Mladi Bentham je Blackstonova predavanja obiskoval in že ob prvem stiku ga takrat že ugledni pravnik ni prepričal. V svojih spominih svojega predavatelja opiše kot »hladnega, zadržanega in previdnega«, in suho doda »kot bi lahko sklepali po značaju njegovega pisanja«.²

¹ Albert W. Alschuler: Rediscovering Blackstone, v: University of Pennsylvania Law Review, 1 (1996) 145, str. 2.

² Jeremy Bentham: Memoires of Jeremy Bentham, v: The Works of Jeremy Bentham (ur. J. Bowring), X. zvezek, str. 45.

II.

Prav »značaj njegovega pisanja« je v veliki meri tisto, kar je Bentham spodbudilo k temu, da je napisal in objavil Fragment o vladavini, ki smo ga zahvaljujoč zbirki Temeljna dela dobili tudi v slovenskem prevodu. Mladi Bentham se je sicer komaj kje strinjal z uglednim pravnikom, a zdi se, da ga ni nič manj kot vsebina motil slog pisanja slavnega avtorja. Stran za stranjo nam strastni mladenci, ki je takrat za seboj že imel nekaj pravnih izkušenj, zlasti pa bore malo strahospoštovanja pred uglednim imenom, niza primere nelogičnih stavkov iz Blackstonovega dela, nas opozarja na nesmiselne sklepe, do katerih prihaja avtor, in razgalja nedosledno nihanje med različnimi pomeni, ki jih pripisuje istemu pojmu.

Na nekem mestu, denimo, Bentham vzame pod drobnogled misel o tem, kako nosilci oblasti pridobijo svojo avtoriteto, ki se je zapisala nič hudega slutečemu Blackstonu:

»V VSEH je ta avtoriteta (vrhovna avtoriteta) položena v roke tistih, pri katerih bomo po *mnenju ustanoviteljev* vsake od teh držav najverjetneje našli 'lastnosti modrosti, dobrote in moči'.«³

Kratkemu in nekoliko nerodno zapisanemu stavku sledi Benthamova uničujoča kritika:

»S takim opisom lahko na enkrat naenkrat način osvetli zgodovino. Zares ne vidim konca odkritjem, ki jih poraja, vsa pa so enako nova in poučna. Ko so, denimo, Španci postali gospodarji mehiškega imperija, naj bi povprečen politik lahko domneval, da se je to zgodilo zato, ker se tisti Mehičani, ki jih niso pobili, niso mogli upreti. Nič takega – zgodilo se je zato, ker so bili Španci »mnenja« ali ker so bili Mehičani sami »mnenja« (ni povsem jasno kdo), da bodo v Karlu V. in njegovih naslednikih bržkone našli več dobrote (o tem so imeli tako obilje dokazov) in tudi modrosti kakor v vseh Mehičanih skupaj. Enako prepričanje je obveljalo med Karlom Velikim in nemškimi Saksonci glede dobrote in modrosti Karla Velikega ... Naš avtor verjame, da je v vsem tem »dobrota«; in s takimi lekcijami brusi bistrumnost študentov, da bodo lažje prodirali v globine politike.«⁴

³ Prevod (z vsemi poudarki in besedilom v oklepaju) povzemam po: Jeremy Bentham: Fragment o vladavini. Prev. Zdenka Erbežnik, Gregor Kroupa, Krtina, Ljubljana 2013, II, 15 (str. 75); odslej: Fragment. Kjer nisem izrecno opozoril drugače, navajam ta prevod.

⁴ Fragment II, 15 (str. 75-76).

In tako naprej, stavek za stavkom, stran za stranjo. Nič čudnega, če je predmet kritike le kakih sedem strani v delu,⁵ ki sicer obsega malo manj kot 2.000 strani. Zagotovo je tarča Benthamove ostre kritike miselna malomarnost, in ni dvoma, da ga ni nič manj dražila baročna nabuhlost jezika, ki ubira »pot obskurnosti«.⁶ A v ozadju tli mnogo močnejši ogenj kljubovanja.

Blackstonov stavek, eden od mnogih, ki je sprožil ta plaz kritike, razgalja Blackstonovo vseprisotno željo po opravičevanju *statusa quo*. V vseh državah, trdi Blackstone (in Bentham besedice »vseh« ni poudaril zaman), je oblast zaupana tistim, ki imajo po mnenju tistih, ki so državo ustanovili z namišljeno družbeno pogodbo, lastnosti modrosti, dobrote in moči. Mar res, se vpraša Bentham. Je res v *dejstvu*, da nekdo poseduje oblast, mogoče prepoznati *dokaz*, da je po prepričanju podložnikov (kar so ljudje v tistem času bili) moralno upravičen vladati? Če je družbena pogodba izvirno imela močan revolucionarni naboj, je Blackstonova misel (ki nikakor ni neznačilna) zgovoren dokaz, kako hitro in neopazno lahko ta utemeljitev nastanka oblasti prevzame legitimacijsko funkcijo in prične utemeljevati katerokoli oblast, saj vendar predpostavljamo, da je njen temelj pogodba. In prav to prikrito opravičevanje in utemeljevanje trenutne oblasti je tisto, kar je v Benthamu zbudilo največji odpor.

III.

Čeprav je Fragment o vladavini predvsem polemika s konkretnim besedilom in zato za bralca mestoma tudi vse prej kot lahkotno branje, pa bomo v plazu kritik našli tudi nekaj pomembnih drobcev, ki napravijo to besedilo več kot vredno branja in mu zagotavljajo trajno mesto v panteonu pomembnih del. Gre sicer za drobna opazanja, obrobne opombe ali krajše zastranitve, ki tudi v poznejših Benthamovih delih povečini niso deležne tiste pozornosti, ki bi si jih zaslužile. Če bi ostalo le pri tem, bi Benthamove ideje lahko imeli za zanimive, a vendar slepe poti v zgodovini filozofije (prava). Vendar pa je imel Bentham srečo, da je še za življenje zbral okoli sebe krog ljudi, ki so njegove ideje ohranjali pri življenju in jim celo dali novega zagona. Enako kot to velja za utilitarizem, ki je ohranil svojo vitalnost po zaslugi Johna Stuarta Milla, so semena, ki jih je Bentham zasejal v svojem Fragmentu, v svetu prava obrodila

⁵ William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England*. Petnajsta izdaja, ur. E. Christian, Andrew Strahan, London 1809, str. *47–54 (strani navajam po standardizirani paginaciji, ki je bila v splošni uporabi od 12. izdaje (iz leta 1793) pa do izdaje založbe University of Chicago Press iz leta 1979). Zanj je značilno, da je poleg vsaki izdaji lastne paginacije ob robu navajala še strani 10. izdaje (pred katerimi je zapisan asterisk).

⁶ Fragment IV, 16 (str. 104).

sadove v prizadevanjih Johna Austina.⁷ Očitno je, da je Austin vse poglavitne gradnike svoje zapovedne teorije našel prav v Benthamovem Fragmentu, prav tako kot je povsem jasno, da je mogoče v tem Benthamovem zapisu iskati tudi navdih Austinovega (sicer nekoliko svojskega) pozitivizma. Austin je na teh izhodiščih izgradil celovito in zaokroženo teorijo prava,⁸ ki si je pridobila številne občudovalce, med njimi tudi Thomasa E. Hollanda, ki je znal Austinovo teorijo poenostaviti in jo približati običajnim pravnikom. Njegovi *Elements of Jurisprudence* (1880), ki so doživeli 13 izdaj, so Austinovo teorijo v angleško govorečem svetu pomagali povzdigniti na raven »ortodoksije«.⁹ Benthamova dediščina je tako anglo-ameriško pravno misel (so)oblikovala vsaj tako pomembno kot tarča Benthamove kritike, Blackstonovi Komentarji.

Bentham tako ostaja z nami, le da nekoliko prikrito. Zato je njegov Fragment o vladavini tako pomembno delo. Ne morda zato, ker bi sam po sebi preusmeril tok pravne filozofije v svojem prostoru, temveč zato, ker je drugim pokazal, kako to storiti. Bentham ostaja – vsaj v svetu filozofije prava – nepogrešljivo branje, če skušamo razumeti tiste, ki so pod njegovim vplivom spremenili podobo anglo-ameriške pravne misli.

IV.

Morda najbolj trajna Benthamova zapuščina je spoznanje, da je mogoče pravo opazovati na dva načina.¹⁰ Lahko ga opazujemo z očmi razlagalca. V tem primeru pravo opazujemo kot dejstvo, ki ga skušamo čim bolj podrobno opisati. Opazujemo pa ga lahko tudi z očmi kritika.¹¹ Prvi, zapiše Bentham, skuša pojasniti, kakšno pravo *je*, drugi nas prepričuje, kakšno bi pravo *moralo biti*.¹² Razlagalec bo za uresničitev svoje naloge potreboval podporo »razumevanja, spomina in presoje«, kritik se bo pri svojem delu zanašal na »afekte«.¹³ Ločnica,

⁷ Zanimivo morda je, da so zadnjih 14 let Benthamovega življenja vsi glavni protagonisti njegovega kroga živeli za lučaj drug od drugega. Svojevrstno skupnost, skorajda komuno razumnikov, ki je tako nastala, opisuje William L. Morrison v delu John Austin. Edward Arnold, London 1982, str. 10–17.

⁸ Njegovo osrednje delo, *The Province of Jurisprudence Determined*, je izšlo v istem letu, ko je Benthamov duh zapustil ta svet, njegova mumija (»*auto-icon*«, kot jo je poimenoval sam) pa se je za stalno naselila v University College London. Gre za leto 1832.

⁹ Gerald J. Postema: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011, str. 5.

¹⁰ Fragment, Predgovor (str. 15–16).

¹¹ Lika Bentham opiše z neologizmoma (kar je bil tudi sicer rad počel) *expositor* in *censor*.

¹² Fragment, Predgovor (str. 15).

¹³ Prav tam, str. 16.

ki nam je danes tako domača, se je morala v Benthamovem času zdeti dokaj nenavadna. Pravo je tudi racionalistična doba še vedno razumela kot namensko usmerjeno pojavnost. Pojem prava je kljub vse bolj poudarjeni instrumentalni prvini še vedno obsegal tudi idealno prvino, cilj ali smoter, h kateremu pravo teži. Daljnosežno metodološko vodilo je zapisano kot mimobežna opomba, ki naj bralca le spomni na nekaj, kar je samoumevno, nam daje slutiti, kako globoko preobrazbo je doživelo preučevanje prava. Že od Descartesa naprej se jasno nakazujejo poskusi, da bi naravoslovno metodo prenesli v svet duhovnih znanosti. Razprava o metodi (1637) je vsekakor prvi poskus, pa tudi navdih za poznejše, bolj radikalne poskuse, ki smo jim priča v, denimo, Pufendorfovemu delu *Elementorum iurisprudentiae universalis* (1660) ali nekoliko manj znanem, pa vseeno pomembnem Leibnizovem delu *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667). Bentham se je brez dvoma navdihoval pri naravoslovni metodi in vsaj v njeni težnji po objektivnosti videl tisto pot, ki lahko tudi pravno znanost vodi iz, kakor je bil sam prepričan, močvirja zaostalosti. »[Č]e obstaja prostor za odkritja v naravnem svetu ... prav gotovo ni nič manj prostora za preobrazbo v moralnem [svetu]«, ¹⁴ zapiše z zgovornim opozorilom, da obstajajo pomembne vzporednice v preučevanju naravnega in moralnega sveta.

Vendar pa se je Bentham zapisal reformnim prizadevanjem, privzel držo kritika in preostanek svojega življenja posvetil oblikovanju predlogov, kako bi zakonodajalec moral urediti bogato paleto družbenih odnosov. V njegovih zbranih delih lahko naletimo na osnutke predpisov z domala vseh pravnih področij, od ustavnega, civilnega, kazenskega in postopkovnega prava, pa do davčnega in, kot bi dejali danes, izvršilnega kazenskega prava. V poskusu, da bi oblikoval najboljše možno pravo, je postal »državljan vsega sveta« in, temu primerno, za svojega življenja doživel več uspehov v tujini kot v rodni Veliki Britaniji.

Drobno omembo, da je mogoče pravo opazovati z več zornih kotov, pa je kot pomembno metodološko izhodišče svojega projekta privzel John Austin. V svojem osrednjem delu *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), tako zapiše:

»Obstoj prava je eno, njegova vrednost ali nevrednost pa nekaj drugega. Ali obstaja ali ne, je stvar preučevanja ene vrste, ali se sklada s privzetim merilom, pa druge. Pravo, ki dejansko obstaja, je pravo, četudi nam morda ni všeč [...]« ¹⁵

Ko je Hart v svojem slavnem predavanju *Positivism and the Separation of Law and Morals* prav to Austinovo tezo postavil v središče pravnega pozitivizma, ¹⁶ je

¹⁴ Prav tam, str. 11.

¹⁵ John Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*. The Noonday Press, New York 1954, str. 184.

¹⁶ H. L. A. Hart: *Positivism and the Separation of Law and Morals*, v: *Harvard Law Review*, 71 (1958) 4, str. 596-597.

s tem zaznamoval trenutek obrata. Razprava o naravnem pravu in pravnem pozitivizmu se, vsaj v danes prevladujočem anglo-ameriškem diskurzu o naravnem pravu, ne vrti več okoli vprašanja, ali obstaja absolutno naravno pravo, ki izvira iz ontološko določenega izvira (narava, bog, človeška narava), temveč okoli dveh drugih vprašanj. Prvo je ontološko: ali je obstoj (veljavnost) prava odvisen od njegove skladnosti z moralo (s tem, kar nam je »všeč«, kot je zapisal Austin). Očitno je, da je razprava pridobila mnogo bolj relativističen prizvok. Drugo je epistemološko: ali je spoznavanje prava lahko objektivni in nevtralen proces. Pozitivisti vztrajajo, da je to načeloma možno,¹⁷ anti-pozitivisti (ki se – kar je prav tako dokaj zgovorno – otepajo oznake naravnopravniki) trdijo, da to ni mogoče.¹⁸ Benthamova dediščina tako ostaja v središču moderne pravne filozofije.

V.

Veliko bolj neposreden pa je bil Benthamov vpliv na oblikovanje tako imenovane zapovedne teorije prava. Ime, s katerim je ta teorija (v anglo-ameriški pravni filozofiji) najtesneje povezana, je John Austin, ki je bil eden izmed Benthamovih najzvestejših privržencev. Zapovedna teorija je v poznem devetnajstem in zgodnjem dvajsetem stoletju uživala skoraj popolno prevlado in šele Hartova kritika¹⁹ je poskrbela, da je Austinova teorija v veliki meri doživela zaton. Čeprav so danes njeni pristaši redki, pa Austinovo razumevanje prava živi naprej, saj je za razumevanje Hartove kritike in njegove teorije prava, ki danes uživa podobno kulten status, kot jo je Austinova teorija nekoč, nujno poznavanje vsaj grobih obrisov Austinovega razumevanja prava. Hart je morda prispeval k zatonu Austinove teorije, a na način, da ji je zagotovil nesmrtnost.

Vogelni kamen zapovedne teorije predstavlja prepričanje, da je pravo mogoče razumeti skozi pojem zapovedi. Pravo sestavlja množica pravnih pravil in vsako izmed pravnih pravil je zapoved, »ključ za razumevanje znanstvenih disci-

¹⁷ Zanimiv poskus nove utemeljitve ločnice med opisnimi in vrednotenjskimi sodbami ponuja Julie Dickson v delu *Evaluation and Legal Theory*. Hart Publishing, Oxford 2001, npr. pog. I.

¹⁸ Gl. npr. Ronald Dworkin: *Law as Interpretation*, v: *Texas Law Review*, 60 (1987), str. 527, in Robert Alexy: *The Argument from Injustice – A Reply to Legal Positivism*. Oxford University Press, Oxford 2010, str. 35 in nasl. Zgovorno je, da Alexy svojo kritiko omejuje na opazovanje prava z »zornega kota udeleženca«. Celo kritiki pravnega pozitivizma so torej sprejeli Benthamovo ločnico, pa čeprav le kot metodološko izhodišče in iztočnico za kritiko pravnega pozitivizma.

¹⁹ Gl. zlasti *Positivism and the Separation of Law and Morals*, v: *Harvard Law Review*, 71 (1958) 4, zlasti str. 602–606, ter *The Concept of Law*. Druga izdaja, Clarendon Press, Oxford 1994, zlasti pog. II, III in IV.

plin pravoznanstva in morale«. ²⁰ Vsaka zapoved obsega ukaz (ang. *order*), ki naslovnikom posreduje vsebino zapovedi, in grožnjo s sankcijo, ki naslovljenca spodbuja k temu, da se ukazu pokori. Naravo zapovedi pa lahko učinkovito pridobi samo tista vsebina, ki jo na člane politične skupnosti naslovi *suveren*, ²¹ tista oseba ali organ, ki jima pretežni del skupnosti izkazuje poslušnost, ne da bi tak nosilec suverenosti izkazoval poslušnost kakšni drugi osebi ali organu. ²²

Branje Benthamovega Fragmenta pa lahko v nas povsem upravičeno zbudi pomisleke, ali in koliko je »Austinova zapovedna teorija« res njegova. ²³ V Benthamovi knjižici namreč naletimo na vse tiste pomembne prvine, ki sestavljajo okostje Austinove teorije prava.

Bentham ob robu svoje kritike družbene pogodbe poda tudi nekaj svojih zamisli, kako bi bilo mogoče razumeti in bolje opredeliti politično skupnost. Njegova analiza zveni nekomu, ki vsaj površno pozna »Austinovo zapovedno teorijo«, sila znano. Bentham tako zapiše, da politična družba obstaja, če ima »določeno število oseb *navado* izkazovanja *poslušnosti* eni osebi ali skupini oseb, ki ustreza znanemu ali določenemu opisu (tej osebi lahko rečemo *vladar*, skupini oseb pa *vladarji*)«. ²⁴ Zanimivo vzporednico lahko najdemo tudi v njegovi opredelitvi državnega prava. To je po njegovem prepričanju »sestavljeno iz *ukazov*«, ²⁵ ki ustvarjajo dolžnosti. ²⁶ In nič manj se Austin ni opiral na svojega vzornika, ko je skušal opredeliti tesno povezavo med pojmom dolžnosti in sankcije. Že v Fragmentu naletimo na trditev, da obstaja nujna povezava med pojmom dolžnosti in zagroženo sankcijo, saj naj bi »brez pojma kazni (to je *bolečine*, ki je povezana z določenim dejanjem, izhaja iz določenega *razloga* in ne iz določenega *vira*), ne moremo imeti nobenega pojma *pravice* ali *dolžnosti*«. ²⁷

Pravzaprav je osupljivo, da velika večina pravnih teoretikov zapovedno teorijo še vedno povezuje z Austinom, ²⁸ pa čeprav je očitno, da so pglavitni elementi njegove teorije pravzaprav Benthamovi. Koristno se je torej zavedati, da je kri-

²⁰ John Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*. The Noonday Press, New York 1954, str. 13.

²¹ Prav tam, str. 191 in nasl.

²² Prav tam, str. 193-194.

²³ Ob strani pušcam vprašanje, koliko tudi Bentham dolguje svojim predhodnikom, zlasti Hobbesu in Pufendorfu. O Hobbesovem vplivu gl., denimo, James E. Crimmins: *Bentham and Hobbes: An Issue of Influence*, v: *Journal of the History of Ideas*, 63 (2002) 4.

²⁴ Fragment I, 10 (str. 50-51); poudarki so Benthamovi.

²⁵ Fragment I, 12 (op. o, str. 52) in Fragment IV, 12 (op. a., str. 102).

²⁶ Fragment I, 12 (op. o, str. 52).

²⁷ Fragment V, 6 (op. b, str. 119); poudarki so Benthamovi.

²⁸ Celo tako dober poznavalec dela obeh rojakov, Benthama in Austina, kot je bil H. L. A. Hart v svojem predgovoru k delu *The Province of Jurisprudence Determined* (The

tika ali hvala, ki jo moderna pravna filozofija naslavlja na Austina, pravzaprav posredno razpravljanje z Benthamovim Fragmentom v vladavini.

Vendar pa nas ta zanimiva epizoda v zgodovini pravne filozofije ne bi smela odvrniti od ovrednotenja izvirnosti Benthamove opredelitve prava in politične skupnosti. Tarča njegove kritike je bila ideja družbene pogodbe, ki nastanek države in legitimnost njenih oblastnih organov utemeljuje z domnevnim dogovorom, ki naj bi ga člani družbe nekoč dosegli. Celotna teorija se, ji oporeka Bentham, opira na »fikcijo«,²⁹ odtujeno resničnosti in prilagojeno povsem določenim interesom vladajočih. V svojem značilno nezmernem jeziku jo Bentham opiše kot »mamilo«, ki se mu je njegov želodec, »ki tega opija ni bil navajen, ... uprl«. ³⁰ Zelo zgovoren pa je pristop, ki ga ponudi v nadomestilo. Namesto visokotečnega govora o soglasju članov, njihovem prostovoljnem vstopu v politično skupnost in naravnih pravicah, ki iz tega izhajajo, nam Bentham ponudi veliko bolj prizemljeno merilo. Ocena, ali politična skupnost obstaja, je odvisna od obstoja *dejstva*, ali določena skupina izkazuje poslušnost določeni oblasti. ³¹ Poudarek, ki ga Bentham postavi na iskanje določenega *dejstva*, je pomenljiv. Pozornost se preusmeri na zunaj opazne, merljive pojave, kjer je subjektivna ocena posameznika zmanjšana na najmanjšo možno mero. Benthamu je mnogo bližje »jezik gole resnice«, ³² ki odtlej odra pravne in politične znanosti ni zapustil. Enako osredotočanje na dejstva se kaže tudi v postavljanju sankcij v središče opredelitve pojma dolžnosti. »Pojem dolžnosti je skupno merilo za vse pravne določbe,« zapiše v delu *On Laws in General*, ³³ in s tem pokaže, da je treba dati pri opredeljevanju prava prednost navzven razvidnim znakom (kot je možnosti ³⁴ kaznovanja), ne pa posameznikovemu občutku ali kakšni drugi izmuzljivi kategoriji, na katero opiramo dolžnost. ³⁵ Pozitivistična metoda, ki opazuje *dejstva*, z Benthamom vstopi na oder pravne filozofije.

Noonday Press, New York, 1954) nikjer ne omeni, kako pomembno je Austinovo pravno misel oblikoval Benthamov Fragment.

²⁹ Fragment I, 36 (op. v, str. 63).

³⁰ Fragment I, 36 (op. v, str. 63).

³¹ Fragment I, 10 (str. 50-51); poudarki so Benthamovi.

³² Fragment I, 41 (str. 66).

³³ Jeremy Bentham: *On Laws in General*. Athlone Press, London 1970, str. 294. Delo je izšlo skoraj 140 let po Benthamovi smrti in le ugibamo lahko, kako bi preobrazilo angleško pravno filozofijo, če bi izšlo za časa Benthamovega življenja.

³⁴ Benthamu, podobno kot Austinu, zadostuje možnost, da bo kršitelj dolžnosti deležen negativne posledice; prim. H. L. A. Hart: *Legal Duty and Obligation*, v: *Essays on Bentham*. Clarendon Press, Oxford 2000, str. 132.

³⁵ Le za ilustracijo naj ponudim Pufendorfovo opredelitev pojma obveznost v njegovih *Elementorum iurisprudentiae universalis* (1660), *Index definitionum, axiomatum et observationum*: »Obveznost je operativna moralna kakovost, na podlagi katere je nekdo za-

VI.

Na Benthamov pozitivizem pa nas ne opozarjalo le drobni, a pomembni metodološki premiki, ki jih povprečen bralec morda niti ne zazna, vsekakor pa ne šteje za zelo pomembne. Bentham v Fragmentu mimogrede zavrne tudi predstavo o obstoju naravnega prava.³⁶ Izhodišče njegovih dvomov je predvsem neulovljiva narava tega pojma. Gre za kršitev naravnega prava, če je dejanje, ki je pravno predpisano, »škodljivo«? Je dovolj, če je tak zakon »neprimeren«? Bentham namigne, da bo za takimi ocenami pogosto stalo zgolj »golo neutemeljeno neodobravanje«.³⁷ Zdi se, da Benthama skrbi zlasti nakazujoča se možnost, da se lahko kdorkoli izreka o tem, ali je nek zakon v nasprotju z naravnim pravom, in s tem povezana gotovost kaosa, saj nas kršenje naravnega prava menda vendar zavezuje k uporabi.³⁸ Benthamov ideal državljanske države je nekoliko drugačen. V Fragmentu ga strne v »moto dobrega državljana pod vladavino zakonov«, ki se glasi: »Natančno ubogati, svobodno kritizirati!«³⁹ Danes se zavedamo morebitnih pasti take državljanske države, za Benthama pa je bila zakonodaja (ki jo sprejema demokratično izvoljeni organ) sredstvo družbene preobrazbe, ki naj poteka pod vrhovnim vodstvom načela koristnosti.⁴⁰ Poslušnost, ki jo pridiga, je na eni strani družbeno dejstvo, ki logično sledi iz obstoja politične skupnosti, na drugi strani pa nujna podstat, na kateri želi graditi svojo reformo veljavnega angleškega prava, do katerega je čutil skorajda prezir. Pa vendar Bentham ni pravni pozitivist, ki bi bil moralni relativist. Načelo koristnosti, ta vrhovni razsodnik o moralnosti, je vrednota, ki jo postavlja nad pravo in ji prepušča nalogo ocenjevanja veljavnega prava. Morala, pa čeprav v obliki utilitaristične etike, tako še vedno ostaja trdno speta s pravom.

A vendar lahko vse obrise pravnega pozitivizma prepoznamo že v Benthamovi držbi in stališčih. Splošno sprejeto mnenje, da je pravni pozitivizem produkt kontinentalnega »formalizma«, je zato na trhlih nogah. Leta 1776, ko je drobna Benthamova knjižica izšla, bomo na Kontinentu zaman iskali tako odločno zavrnitev naravnega prava in tako jasen metodološki premik v smeri pravne-

vezan nekaj storiti, dopustiti ali trpeti. (*Obligatio est qualitas moralis operativa, qua quis praestare aut admittere vel pati tenetur aliud.*)«

³⁶ Več prostora mu nameni v svojem delu, iz katerega je izločil Fragment, preostanek pa je pod naslovom A Comment on the Commentaries za njegovega življenja ostal neobjavljen. Prim. Jeremy Bentham: A Comment on the Commentaries. Uredil C. W. Everett, Scientia Verlag, Aalen 1976, odsek II in III (str. 35–52).

³⁷ Fragment IV, 19 (str. 106).

³⁸ Fragment IV, 21 (str. 107).

³⁹ Fragment, Predgovor (str. 17).

⁴⁰ Tudi to načelo Bentham prvič jasno oblikuje prav v tem delu; prim. Fragment, Predgovor (str. 34 in nasl) ter I, 48 (str. 69).

ga pozitivizma. Najmanj, kar lahko rečemo, je to, da je oblikovanja pravnega pozitivizma v Angliji in na Kontinentu prišlo sočasno, še bolj pošteno pa bi bilo reči, da je prava domovina pozitivizma pravzaprav Anglija in da je Jeremy Bentham pomemben duhovni oče tega gibanja.

VII.

Ta kratek oris zanimivih motivov Benthamovega fragmenta bom sklenil z drobcem, v katerem Bentham premišljuje o tako moderni instituciji, kot je ustavnosodna presoja.

Za začetek zgodovine ustavnosodne presoje običajno štejemo znano odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča *Marbury v. Madison* iz leta 1803,⁴¹ s katero si je najvišji zvezni sodni organ (brez izrecne podlage v ustavnem besedilu) prisvojil pristojnost, da presoja ustavnost zakonov, ki jih sprejme Kongres, in jih, če oceni, da so protiustavni, tudi razveljavi.⁴² Zamisel je v začetku dvajsetega stoletja zbudila zanimanje tudi v evropskem prostoru, kjer je bil med poglavitnimi navdušenci tudi Hans Kelsen,⁴³ ki je prispeval k temu, da je bil v novo avstrijsko ustavo umeščen tudi poseben organ, namenjen presoji ustavnosti zakonov – ustavno sodišče. Za le nekaj mesecev je avstrijski zgled prehitela češkoslovaška ustava, kjer je pri uveljavljanju instituta ustavnega sodišča pomembno vlogo igral Kelsnov učenec, František Weyr,⁴⁴ vendar je češkoslova-

⁴¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁴² Pristojnost, ki jo, mimogrede, ameriško Vrhovno sodišče ni znova uporabilo vse do leta 1857, ko je razveljavilo zakon, ki je prepovedal suženjstvo v severnih zveznih državah Združenih držav (gre za zloglasni primer *Dread Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)). Na zadevo *Marbury v. Madison* kot precedens, ki izrecno utemeljuje ustavnosodno presojo (in razveljavljanje) zakonov, se je ameriško Vrhovno sodišče prvič oprlo leta 1887. Prim. Robert L. Clinton: *Precedent as Mythology: A Reinterpretation of Marbury v. Madison*, v: *American Journal of Jurisprudence*, 35 (1990), str. 84 ter op. 152 in 153, in Benedetta Barbisan: *L'invenzione della Marbury v. Madison*, v: *Giornale di Storia Costituzionale*, 11 (2006), str. 148.

⁴³ Za kritično analizo nastajanja avstrijskega ustavnega sodišča in Kelsnove vloge pri tem gl. Stanley L. Paulson: *On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review*, v: *The Rational as the Reasonable? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Uredili W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger, G. H. von Wright, Duncker & Humblot, Berlin 2000, str. 385–395.

⁴⁴ Angleški prevod odlomka iz dela Tomáš Langášek: *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948* (Constitutional Court of the Czechoslovak Republic and its fortunes in years 1920–1948), <www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/History/History_1920_1948.pdf>. Prim. še Stanley L. Paulson: *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, v: *Ratio Juris*, 16 (2003) 2, str. 224, op. 3, in str. 229, op. 12.

ško ustavno sodišče začelo z delom za avstrijskim. Po drugi svetovni vojni je ustavno sodišče postalo skoraj neizbežna prvina vsake moderne ustave.

Sodobni bralec je tako nemalo presenečen, ko v Benthamovem Fragmentu naleti na kratek, a vendar pronicljiv premislek o mejah suverenosti zakonodajnega organa in vsaj bežno analizo možnih težav, če ni takšna oblast pripadala sodni veji oblasti. Bentham izhaja iz predpostavke, da je avtoriteta vrhovnega telesa neomejena, »razen tam, kjer jo izrecno omejuje konvencija«. ⁴⁵ Pristajati na to, da obstajajo meje tega, kar tak organ sme napraviti, je za Benthama »zloraba jezika«. ⁴⁶ V nadaljevanju na kratko preigra možnosti, da bi oblast zakonodajnega organa omejili, in med njimi omeni tudi zamisel, da bi taka pristojnost pripadala sodni veji oblasti. Bentham, že zaradi svojega utilitarizma (vsaj v poznejših letih) zapisan demokraciji, ⁴⁷ zamisli ni naklonjen. Morda je res, da parlament ne upošteva interese večine prebivalstva,

»[v]endar pa je ljudstvo vsekakor imelo *nekakšen* delež pri njegovi izvolitvi, četudi ta delež ni bil tolikšen, kolikšen bi lahko bil ali bi moral biti. Podelite sodnikom oblast razveljavljanja aktov parlamenta in del vrhovne oblasti boste s tem prenesli s skupščine, pri izbiri katere ima ljudstvo vsaj *nekakšen* delež odločanja, na skupino ljudi, pri kateri nima niti najmanjšega deleža odločanja [...]« ⁴⁸

Benthamovi dvomi v modrost uvedbe ustavnosodne presoje niso presenetljivi. Vsej svoji upornosti navkljub je odraščal v okolju, kjer je bila suverenost parlamenta tako samoumevna, kot je kroženje Zemlje okoli Sonca. Lord Coke je stoletje poprej vrhovno oblast parlamenta opisal na način, ki zasenči vsako poznejše »pozitivistično« malikovanje zakonodajalca. Njegovo misel je povzel tudi Blackstone v svojih Komentarjih, ki so bili tarča Benthamovega dela:

»Parlament ima absolutno despotsko oblast. Lahko, povedano na kratko, napravi vse, kar po naravi ni nemogoče. Resnica je, da na Zemlji ni oblasti, ki bi lahko odpravila tisto, kar napravi Parlament.« ⁴⁹ Le pet let pred izidom Benthamovega Fragmenta je enako misel posrečeno izrazil Jean-Louis de Lolme, ki je v svoji Ustavi Anglije zapisal, da lahko »Parlament [...] stori vse, *razen* da spremeni žensko v moškega ali moškega v žensko«. ⁵⁰

⁴⁵ Fragment IV, 26 (str. 109), poudarek v izvirniku sem izpustil.

⁴⁶ Fragment IV, 26 (str. 109).

⁴⁷ James Steintrager: Bentham. Routledge, London 2004, str. 67 in nasl.

⁴⁸ Fragment IV, 32 (str. 111).

⁴⁹ Cokeovo misel navaja Blackstone v svojih Commentaries on the Laws of England, Petnajsta izdaja, ur. E. Christian, Andrew Strahan, London 1809, str. *160-1.

⁵⁰ Jean Louis De Lolme: The Constitution of England; Or, An Account of the English Government. Liberty Fund, Indianapolis 2007, str. 101, op. a.

Vendar pa Benthamovi pomisleki danes ne zvenijo nič manj domače, temveč so morda na aktualnosti le še pridobili. V anglo-ameriškem svetu se v zadnjem času namreč krepijo glasovi tistih, ki dokazujejo, da je ustavnosodna presoja v svojem bistvu nedemokratska in da zato ne sodi v moderno družbo, ki gradi na volji večine. Kritiki ne prihajajo iz roba akademske skupnosti, temveč so med njimi ugledna imena, kot sta denimo Jeremy Waldron⁵¹ in Mark Tushnet⁵². Njihovi pomisleki so pravzaprav enaki, kot jih je pred skoraj dvestoštiridesetimi leti izrekel mladi Jeremy Bentham. Kljub mladostni zagnanosti pa je Bentham opazil pomembno razliko. Morda bi kdo v morebitni podelitvi pristojnosti za ustavnosodno presojo prepoznal prenos »vrhovne avtoritete z zakonodajne oblasti na sodno«, piše Bentham,⁵³ a bi bilo to prav tako pretiravanje.

»Pristojnost razveljaviti zakon je, celo tedaj, ko za to obstajajo razlogi, močnejša pristojnost, prevelika celo za sodnike, toda še vedno se razlikuje od in je podrejena pristojnosti za sprejemanje zakona.«⁵⁴

Kot je bralec najbrž že uganil, ostaja ta razlika pomembna še danes. Dejstvo, da sodišča ne morejo sama izbirati vprašanj, s katerimi se soočajo, postavlja pomembno (a ne povsem zadostno) omejitev sodnemu odločanju.

VIII.

Slovenski prevod Benthamovega fragmenta je v vseh pogledih dobrodošel. Izbira dela odseva odlično uredniško politiko zbirke Temeljna dela, ki je slovenski prostor obogatila z nizom prevodov prvovrstnih (pravno)filozofskih in političnih del.

Na splošno lahko pohvalim tudi oba prevajalca, Zdenko Erbežnik in Gregorja Kroupo, ki je delo tudi uredil. Prevod je pisan v tekočem in bogatem jeziku, na več mestih pa sta avtorja našla prav posrečen prevod trdih prevajalskih orehov, za kar si zaslužita vso pohvalo. Benthamov jezik je zahteven (čeprav v tem delu morda še najmanj) in postavi prevajalca pred resne preizkušnje.

Nekoliko več zadržkov imam glede prevajanja pravne terminologije. Tu se je prevajalcema pripetilo kar nekaj nepotrebnih napak. Te so kdaj povsem lepo-

⁵¹ Jeremy Waldron: *The Core Case Against Judicial Review*, v: *Yale Law Journal*, 115 (2006), str. 1386–1393.

⁵² Mark Tushnet: *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton University Press, Princeton 1999.

⁵³ Fragment IV, 33 (str. 111).

⁵⁴ Fragment IV, 33 (str. 111). Prevod je na tem mestu moj.

tne: »zakon narave«⁵⁵ je pravzaprav naravno pravo, »municipalno pravo«⁵⁶ je državno pravo. Na drugih mestih morda zmanjka nekoliko boljše poznavanje pravne terminologije: *statute law* ni statutarno pravo⁵⁷, temveč zakonsko pravo. Spet drugod bi bilo treba nekoliko bolj poglobljeno razumevanje pravne zgodovine (*common law* ni običajno pravo⁵⁸ – pa čeprav je to napaka, ki jo vztrajno ponavljajo tudi nekateri pravniki – in *equity* ni pravičnost⁵⁹ (vsaj ne na tem mestu), temveč vzporedni pravosodni sistem, ki se je oblikoval kot blažitev togosti in formalizma, ki se je razvil v okviru *common law*⁶⁰) ali pravne teorije (*law* ne pomeni vedno zakona, temveč pogosto pravo na splošno, *jurisprudence* pa ne vedno pravne vede⁶¹, temveč tudi (kdaj) sodno prakso). Res škoda, da pri prevodih tako pomembnih del ne pride do sodelovanja, ki bi preseglo meje področja, s katerega prihaja urednik ali prevajalec. Očitno je, da bi tako hvalevredno pobudo pri prevajanju takih biserov, kot je Benthamov Fragment, nadgradili še s specializiranim znanjem posameznih strok, denimo prava.

Slovenski prevod Benthamovega Fragmenta o vladavini zaključuje krajši esej Gregorja Kroupe z naslovom *Bentham: javna korist proti fikciji* (str. 129–142). Priznam, da sem bil ob naslovu nekoliko skeptičen, vendar me je berljivo spisano besedilo, v katerem najdemo ravno pravo mešanico poljudnih podatkov, ki bralcu približa svet Jeremyja Benthama, in poglobljene refleksije, ki se opira na relevantno literaturo, uspel prepričati. Kroupa opozori na antipod med fikcijami, na katerih po Benthamovem prepričanju temelji takratno angleško pravo, in ga skriva pod »masko skrivnosti«,⁶² in očiščujočim zdravilom, ki ga Bentham vidi v načelu koristnosti. To vodilo pa konec koncev predstavlja tudi pomembno vez med tem Benthamovim Fragmentom in domala vsem njegovim preostalim opusom, v katerem bi morda utegnili najti še kakšno delo, ki bi si zaslužilo prevod v slovenščino.

Aleš Novak,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

⁵⁵ Fragment IV, 19 (str. 106).

⁵⁶ Fragment, Predgovor (str. 13 *et passim*).

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Prav tam.

⁶⁰ Podrobneje gl. René David, Günther Grasmann: Uvod v velike sodobne pravne sisteme. Druga knjiga, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1999, str. 316–321.

⁶¹ Fragment, Predgovor (str. 29).

⁶² Prav tam.

Recenzija

UDK: 340.12(049.3)

NOVAK, Aleš: Benthamov »Fragment« in odkrivanje korenin sodobnosti**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 7-8**

V kratki predstavitvi (prvega) slovenskega prevoda Fragmenta o vladavini Jeremyja Benthama avtor na kratko oriše okoliščine, v katerih je to kratko besedilo nastalo, in strnjeno predstavi štiri poudarke, ki se mu zdijo vredni pozornosti. Prvi poudarek se nanaša na Benthamovo razločevanje med dvema državama pri opisovanju prava: pristopom razlagalca in pristopom kritika, ki postavi temelje pozitivistične metodologije. Drugi poudarek se osredotoča na tako imenovano zapovedno teorijo prava, ki jo povečini povezujemo z Johnom Austinom. Avtor dokazuje, da bi kot resničnega avtorja te teorije morali priznati Benthamu. Tretji poudarek izpostavlja Benthamovo kritiko naravnega prava, kar ga uvršča med prve polnokrvne pravne pozitiviste. Četrty poudarek pa izpostavlja redko opažen odlomek v Fragmentu, v katerem se zdi, da Bentham omenja možnost ustavnosodne presoje zakonov in poda nekaj opažanj o taki možnosti. Avtor zaključi svoj zapis z nekaj opažanji o slovenskem prevodu dela.

Review

UDC: 340.12(049.3)

NOVAK, Aleš: Bentham's "Fragment" – Discovering the Roots of Modernity**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

In this cursory presentation of the (first) Slovenian translation of Jeremy Bentham's *Fragment on Government* the author briefly outlines the background in which this famed pamphlet appeared and proceeds to comment briefly on four topics deserving of attention. The first is Bentham influential insistence on the fundamental difference between expository and censorial approach to law, which laid the foundation of positivist methodology. The second centres on his outline of what has become known as command theory of law and (still) attributed predominantly to John Austin. The reviewer argues that Bentham should be more widely credited as the real founding father of this theory. The third emphasises his critique of natural law, which makes Bentham one of the first fully-fledged legal positivist. The fourth tries to shed light to an obscure passage in which Bentham seems to visualise the possibility of and comments on judicial review, in particular, the court's power to strike down legislation. Finally, the review offers some observations on the Slovenian translation.