

*european constitutionality review*

**revus**

*revija za evropsko ustavnost*  
*revija za europsku ustavnost*  
*revija za evropsku ustavnost*  
*revija za evropska ustavnost*

*Ljubljana, 2013*

**revus**



## VSEBINA

V tokratni številki so objavljeni prispevki v slovenščini, hrvaščini, makedonščini, angleščini, italijanščini in francoščini.

### 7 Uvodnik

Luka Burazin

### REVUSOV KANON

Álvaro Núñez Vaquero

### 21 Pet vzorov pravoznanstva

Álvaro Núñez Vaquero

### 53 Five Models of Legal Science

### PRAVNI REALIZEM

Riccardo Guastini

### 83 Redefinicija pravnog realizma

Riccardo Guastini

### 97 Il realismo giuridico ridefinito

Riccardo Guastini

### 113 Le réalisme juridique redéfini

## ARGUMENTACIJSKI MODELI

Ana Dimiškovska

- 131** Dijaloška rekonstrukcija na pravnata justifikacija  
Analiza na slučaj

Ana Dimiškovska

- 155** (Dia)logical Reconstruction of Legal Justification  
A Case Analysis

## PRAVO IN PSIHOLOGIJA

Marko Novak

- 179** Idealni tipi prava v luči psihološke tipologije

Marko Novak

- 205** Ideal Types of Law from the Perspective of  
Psychological Typology

- 233** ANGLEŠKI POVZETKI, KLJUČNE BESEDE,  
PREDSTAVITVE AVTORJEV IN SEZNAMI  
NAVEDENK

## TABLE OF CONTENTS

In this issue, there are papers in English, Italian, French, Slovenian, Croatian and Macedonian.

For English synopses, keywords, and lists of references, see pages 233–243.

### 7 Editorial

Luka Burazin

#### KEY PAPERS

Álvaro Núñez Vaquero

### 53 Five Models of Legal Science

#### LEGAL REALISM

Riccardo Guastini

### 97 Legal Realism Restated

#### MODELS OF ARGUMENTATION

Ana Dimiškowska

### 155 (Dia)logical Reconstruction of Legal Justification A Case Analysis

## LAW AND PSYCHOLOGY

Marko Novak

**205** Ideal Types of Law from the Perspective  
of Psychological Typology

**233** ENGLISH SYNOPSES, KEYWORDS, NOTES  
ON THE AUTHORS AND LISTS OF REFERENCES

## Uvodnik

# Implikacije tvrdnje o pravu kao artefaktu

## 1 UVOD

Ideja da su određene pravne institucije artefakti nije nova. Intuitivno se ispravnim čini reći da neka pravna institucija, primjerice, hipoteka ili ugovor o leasingu, ne bi mogla postojati da je netko s namjerom nije stvorio. Međutim, možda upravo zbog višeznačnosti koja okružuje filozofska istraživanja prava, ideju da je samo „pravo“ artefakt, rijetko se izravno izriče. Ipak, na takvu se ideju u posljednje vrijeme sve češće poziva, iako je se uvijek podrobnije ne razrađuje u pogledu pitanja što, zapravo, u ontološkom smislu znači tvrdnja da je „pravo“, tj. „pravni sustav“, artefakt i koje posljedice, ako uopće, ta tvrdnja ima za filozofske prikaze prava.<sup>1</sup> Ovdje namjerno izjednačujem izraze „pravo“ i „pravni sustav“ jer teoriju prava smatram upravo teorijom pravnog sustava. Na taj način izbjegavam i uobičajenu neodređenost i zbrku povezanu s predmetom raznih filozofskih istraživanja „prava“, s obzirom na to da su ona, primjerice, ponekad usmjerena na „pravo“ kao ideju, ponekad na „pravo“ kao društvenu instituciju, ponekad na „pravo“ kao društvenu praksu, a ponekad na „pravo“ kao pravne norme. Kao radnu definiciju pravnog sustava, za potrebe ovoga rada, koristim onu prema kojoj je pravni sustav sustav pravnih normi (u smislu njihovih značenja) koji je uglavnom učinkovit.

Općenito govoreći, postoje prirodne vrste i ljudske (ili društvene) vrste. Artefakti, nema sumnje, pripadaju potonjoj skupini. Prirodne su vrste skupine objekata (stvari, entiteta) nastalih na prirodan način, čije grupiranje (razvrstavanje, stavljanje u red) ne ovisi o ljudima, nego o njihovim zajedničkim prirodnim svojstvima (primjerice, atomska struktura, DNK). Stoga, može se pretpostaviti da prirodni objekti imaju bit te da je moguće utvrditi skup nužnih

1 “Pojam prava pojam je o artefaktu, tj. o nečemu što svoje postojanje nužno duguje ljudskim aktivnostima koje za cilj imaju stvaranje tog artefakta. To ne osporava čak ni John Finnis, naš vodeći naravnopravni teoretičar. Doista ne razumijem to da Kelsen, Hart, Raz, Dickson ili Shapiro tu tvrdnju osporavaju. Predmet moga interesa ovdje nisu oni koji bi željeli osporiti da je pravo artefaktni pojam; ekstravagantnost njihovih metafizičkih predanosti bila, bi, bojim se, predmetom psihološkog, a ne filozofskog istraživanja.” Brian Leiter, *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 31, 4 (2011), 666. Vidi, također, Frederick Schauer, *On the Nature of the Nature of Law*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98, 4 (2012), 457–467, John Gardner, *The Legality of Law*, *Ratio Juris*, 17, 2 (2004), 168–181 i Kenneth M. Ehrenberg, *Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 1 (2009), 91–113.

i dovoljnih uvjeta za članstvo u prirodnoj vrsti. Nasuprot tomu, artefaktne vrste skupovi su objekata (artefakata) s namjerom proizvedenih za neku svrhu, čije grupiranje ne određuje priroda, nego ovisi o shvaćanju i djelovanju ljudi. Zato se može reći da artefakti nemaju „zbijsku“, ontološki objektivnu bit, nego da je njihova „priroda“ uspostavljena pojmovima i namjerama autora (tvoraca, izrađivača) artefakata te da je tim pojmovima i namjerama određeno koja su obilježja važna da bi neki artefakt bio član određene artefaktne vrste.

Ako se tvrdnja da „pravni sustav“ pripada artefaktnoj vrsti želi prihvatiti, treba odgovoriti na nekoliko važnih ontoloških, semantičkih, epistemoloških, psiholoških i metodoloških pitanja: primjerice, na pitanje glede prirode pravnih sustava shvaćenih u smislu artefakata, na pitanje određivanja upućivanja u slučaju pravnih sustava kao artefakata i našeg spoznajnog odnosa prema njima, na pitanje načina njihove klasifikacije i odgovarajuće metodologije za teoretiziranje o njima. O tim ću pitanjima raspravljati u okviru mogega šireg projekta o, kako sam je nazvao, artefaktnoj teoriji prava.

Međutim, kako je naznačeno samim naslovom, cilj je ovoga rada ograničen isključivo na pokušaj ispitivanja što bi, zapravo, podrazumijevala tvrdnja da je „pravo“ po svojoj prirodi ili značajkama artefakt. Podredno, ako se polučeni rezultati učine privlačnima, daljni je cilj postaviti temelje za izlaganje artefaktne teorije prava. Stoga, da bismo mogli odgovoriti barem na neka ontološka pitanja glede pravnih sustava kao artefakata i na pitanja glede njihove kategorizacije, prvo ću izložiti opću teoriju artefakata (2. poglavlje). Učinit ću to ispitujući teorije artefakata razvijene u području opće filozofije, u najvećem se dijelu oslanjajući na teorije Riste Hilpinena, Amie Thomasson, Lynne Rudder Baker i Paula Blooma, s obzirom na to da njihove teorije pretendiraju biti općim teorijama artefakata, primjenjivima na svaku artefaktnu vrstu. Nadalje, s obzirom na to da smatram da su pravni sustavi po svojim značajkama institucionalni pa zato različiti od „običnih“ artefakata, uvest ću i neke elemente društvene (institucionalne) ontologije te postaviti ontološke temelje za „institucionalne artefakte“ kao zasebnu artefaktnu vrstu (3. poglavlje). Konačno, objasniti ću kako se (institucionalni) artefakti svrstavaju u vrste (4. poglavlje). Teorijom artefakata i institucionalnom ontologijom trebalo bi naznačiti put kojim bi, ako uopće, trebalo nastaviti s radom na artefaktnoj teoriji prava.

## 2 ARTEFAKTI

Prema već klasičnoj Hilpinenovoj definiciji, artefakt je „objekt s namjerom stvoren za određenu svrhu“.<sup>2</sup> Kao objekt, može imati razne oblike. Može se

2 Risto Hilpinen, Artifact, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ur.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/artifact/>, pogl. 1.



očitovati kao konkretan, jedinstven objekt, objekt-tip, objekt-token (primjerak tipa) ili kao apstraktan objekt.<sup>3</sup> Budući da je riječ o objektu stvorenom s namjerom, artefakt nužno ima svoga autora, tj. tvorca ili izrađivača.<sup>4</sup> Autor artefakta može biti jedna osoba, ali i skupina osoba, u kojem slučaju govorimo o skupnom autoru te o njegovom proizvodu kao „skupno proizvedenom artefaktu“.<sup>5</sup> Osim autora, za postojanje artefakta u užem smislu riječi potrebno je i to da on bude proizvod namjera svoga autora, tj. da bude namjeravani proizvod.<sup>6</sup>

Međutim, u stvaranje artefakta nije uključena bilo kakva namjera. Odgovarajuća namjera, ona o kojoj artefakt uzročno (Hilpinen), ali i egzistencijalno ili ontološki (Thomasson, Baker) ovisi, mora biti namjera proizvesti objekt određene artefaktne vrste.<sup>7</sup> Prema nekima, shvaćanjem namjere kao one koja određeno mora biti usmjerena na vrstu kojoj bi stvoren artefakt trebao pripadati, zaobilazi se problem preopćenitih i preuključujućih namjera, poput namjera koje se odnose isključivo na funkcije objekta.<sup>8</sup> Uz to, smatraju neki, time se omogućuje uključivanje u jedinstvenu artefaktnu vrstu kako onih na funkciji utemeljenih artefakata tako i onih koji nisu utemeljni na funkciji.<sup>9</sup> Funkcija tako i dalje može biti moguće bitno obilježje artefakta ako je autorove namjere takvom ustanove, ali se otvara i dodatan prostor za druga obilježja koja mogu biti namjeravana kao bitna da bi objekt bio određene artefaktne vrste, poput obilježja oblika artefakta (primjerice, njegove pojave, ustrojstva ili postupka njegova stvaranja).

No postoje različita shvaćanja u pogledu toga što točno ta namjera podrazumijeva. Prema Bloomovoj intencionalno-historijskoj teoriji artefakata, namjera proizvesti artefakti objekt *X* sastoji se u namjeri da on pripada „istoj vrsti kao i trenutačni i prijašnji *X*-evi“.<sup>10</sup> To, čini se, podrazumijeva da autor treba na-

3 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 2.

4 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 1 i Risto Hilpinen, Authors and Artifacts, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 93 (1993), 156.

5 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 1, Hilpinen 1993 (bilj. 4), 156-157 i Risto Hilpinen, On Artifacts and Works of Art, *Theoria*, 58 (1992), 66-67.

6 Hilpinen 1992 (bilj. 5), 59-60, Hilpinen 1993 (bilj. 4), 157 i 159, Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 4, Amie L. Thomasson, Artifacts and Human Concepts, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 52 i Lynne Rudder Baker, The Shrinking Difference Between Artifacts and Natural Objects, u: Piotr Boltuc (ur.), *Newsletter on Philosophy and Computers*, *American Philosophical Association Newsletters* 07(2) Spr 2008, <http://people.umass.edu/lrb/files/bak08shrM.pdf>, 2-3.

7 Hilpinen 1992 (bilj. 5), 60-61, Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 4, Hilpinen 1993 (bilj. 4), 157 i Paul Bloom, Intention, history, and artifact concepts, *Cognition*, 60 (1996), 10, Amie L. Thomasson, Artifacts in Metaphysics, u: A. W. M. Meijers, *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Amsterdam, Elsevier, 2009, Thomasson 2007 (bilj. 6), 53, Baker 2008 (bilj. 6), 3.

8 Bloom 1996 (bilj. 7), 10-11.

9 Amie L. Thomasson, Realism and Human Kinds, *Philosophy and Phenomenological Research*, 67, 3 (2003), 595.

10 Bloom 1996 (bilj. 7), 10.

mjeravati ostvarenje sličnosti između artefakta koji je stvorio i prijašnjih članova vrste glede koje ima namjeru da joj artefakt pripadne, kao i namjeravati da ostvarena sličnost bude važna za to da je artefakt uopće i stvoren.<sup>11</sup> Nadalje, čini se da to podrazumijeva da autor posjeduje neko shvaćanje ili pojmovnu zamisao ili pojam vrste glede koje ima namjeru da joj njegov artefakt pripadne, koji pojam u velikoj mjeri odgovara, kako Bloom kaže, „našem“ pojmu, ili ponešto to reinterpreтирајуći, onom pojmu koji je zajednički za dotičnu vrstu.<sup>12</sup> Ipak, prema Bloomovom intencionalno-historijskom prikazu, taj pojam treba biti prožet autorovim iskustvom s prijašnjim primjercima iste vrste.<sup>13</sup> Međutim, čini se da historijska sastavnica autorove namjere ne ostavlja mnogo prostora za prototipe ili iste objekte koje su različite kulture neovisno stvorile kao članove svojih odgovarajućih vrsta, jer u takvim slučajevima nema „jednog od ovih“ na koji bi autor mogao pokazati.<sup>14</sup> Stoga, prema intencionalno-konceptualnoj teoriji A. Thomasson, koja se čini mnogo uvjerljivijim shvaćanjem, odgovarajuća bi namjera trebala uključivati „supstantivan intenzionalni pojam *prirode* stvari vrste V“ (istaknuo autor), prije nego li jednostavno upućivanje na historijske primjerke.<sup>15</sup> Autorova namjera da proizvede objekt određene artefaktne vrste zato treba biti utemeljena na njegovom „supstantivnom (i supstantivno ispravnom) pojmu“ toga što ta vrsta jest, „uključujući shvaćanje o tome koje su vrste svojstava V-važne“, tj. „predodžbu glede toga koja su obilježja važna za bivanje članom određene vrste“.<sup>16</sup> Nadalje, ona mora uključivati namjeru da se mnoga od tih svojstava (obilježja) u proizvedenom objektu i ostvare.<sup>17</sup> U slučaju stvaranja prototipnih artefakata, supstantivni (i supstantivno ispravan) pojam vrste u cijelosti se temelji na autorovoj (izumiteljevoj) odredbi o tome što je važno za bivanje artefaktom koji namjerava stvoriti.<sup>18</sup> Dakle, autor (izumitelj) ustanovljuje novu artefaktnu vrstu, „zajedno s normativnim uvjetima uspjeha za stvaranje nečega te vrste“.<sup>19</sup> U slučaju stvaranja samo tokena već postojećih

11 Ovaj zaključak izvodim iz Bloomova prikaza kriterija razvrstavanja artefakata u vrste, iz kojeg je moguće izvući njegovo ontološko shvaćanje o sadržaju namjera autora artefakta. Bloom 1996 (bilj. 7), 13.

12 Bloom 1996 (bilj. 7), 20.

13 Bloom 1996 (bilj. 7), 20.

14 Thomasson 2003 (bilj. 9), 595-596.

15 Thomasson 2003 (bilj. 9), 597.

16 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59. O shvaćanju da u slučaju umjetničkih djela nije potreban nikakav *supstantivni* pojam, nego tek određene predodžbe o umjetnosti, vidi Jerrold Levinson, *Artworks as Artifacts*, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 80-81. O shvaćanju da je Thomassončin zahtjev da tvorci imaju „supstantivan pojam“ previsok, vidi Hilary Kornblith, *How to Refer to Artifacts*, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 145.

17 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59.

18 Thomasson 2007 (bilj. 6), 60.

19 Thomasson 2007 (bilj. 6), 60.

artefaktnih vrsta, supstantivni (i supstantivno ispravan) pojam vrste mora biti takav da se barem znatno ili u velikoj mjeri poklapa s prijašnjim pojmom te vrste (tj. pojmom koji je imao neki prijašnji tvorac te vrste), jer su autori/izumitelji „pojmovi bili izvorno odlučujući glede toga što se smatra važnim za članstvo u vrsti”.<sup>20</sup> Naravno, s obzirom na to da su artefakti prizvodi ljudi, ovisni o njihovim interesima i namjerama, oni su snažno podložni historijskim i kulturnim promjenama. To je onda razlog tomu da su pojmovi naknadnih tvoraca nužno podložni (postupnom) mijenjaju.<sup>21</sup> Dakle, prema tom je shvaćanju moguće nositi se s prototipnim artefaktima i artefaktima koje su neovisno stvorile različite kulture, jer ako njihovi autori imaju supstantivan pojam prirode vrste kojoj bi njihovi artefakti trebali pripadati, kao i shvaćanje V-važnih svojstava, nije nužno da njihove namjere budu prožete postojećim primjercima dotične vrste.<sup>22</sup> Sličan naglasak na pojmovnu sastavnicu autorovih namjera stavio je i R. Hilpinen. Prema Hilpinenovoj intencionalno-deskripcijskoj teoriji artefakata, sadržaj namjere stvaranja artefaktnog objekta „neki je opis objekta ili neki ‘pojam’ pod kojim je namjeravani objekt zamišljen. (...) Namjera ‘veže’ uz objekt niz opisa (pojмова ili predikata)”.<sup>23</sup> Ti opisi, sa svoje strane, „definiraju njegova [objektova, *pr. a.*] namjeravana svojstva”.<sup>24</sup>

Budući da se čini kako su pojmovi bitni elementi autorovih namjera, definirajući važna svojstva namjeravanog objekta, tvrdi se da su artefaktni objekti „uzročno ovisni o pojmovnim zamislima svojih autora”,<sup>25</sup> da „metafizičku prirodu artefaktnih vrsta *tvore* pojmovi i namjere tvoraca“ i onih koji održavaju stvorene artefakte te da je upravo to obilježje ono što artefaktne vrste „na presudan način odvaja od prirodnih vrsta”.<sup>26</sup> Međutim, na koji to točno način pojmovi (onih koji stvaraju i održavaju artefakte) određuju zbiljsku prirodu ili značajke artefaktnih vrsta? Kako bismo odgovorili na to pitanje, prvo trebamo razmotriti odnos između tih pojmova i namjeravane prirode ili značajki artefaktnih vrsta.

Pojam ili opis uključen u autorovu namjeru određuje, tvrdi se, namjeravane značajke artefakta.<sup>27</sup> Prema Hilpinenu, namjeravane značajke artefakta uvijek uključuju barem vrsni ili „imenički” opis (ili opis tipa).<sup>28</sup> Ukazujući

20 Thomasson 2007 (bilj. 6), 62 i Thomasson 2003 (bilj. 9), 600-601. Uvjet prema kojem pojam koji ima novi tvorac artefakta treba biti samo supstantivno ispravan, tj. da samo znatno treba odgovarati pojmu koji ima izumitelj, odražava „činjenicu da je određena nejasnost bitno ugrađena u pojmove artefaktnih vrsta”. Thomasson 2007 (bilj. 6), 62, bilj. 8.

21 Thomasson 2007 (bilj. 6), 62-63.

22 Thomasson 2003 (bilj. 9), 597 i Thomasson 2007 (bilj. 6), 60-62.

23 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 157 i Hilpinen 1992 (bilj. 5), 60.

24 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 157 i Hilpinen 1992 (bilj. 5), 60-61.

25 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 166.

26 Thomasson 2007 (bilj. 6), 53 i 65. Vidi, također, Hilpinen 1993 (bilj. 4), 166.

27 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 1.

28 Hilpinen 1992 (bilj. 5), 61 i Hilpinen 1993 (bilj. 4), 158.

na određenu vrstu čiji primjerak namjeravani objekt smjera biti, vrsni opis „određuje identitet objekta i kriterije na temelju kojih ga se može razlikovati od drugih objekata”.<sup>29</sup> Uz vrsni opis koji naznačuje vrstu (V) kojoj bi namjeravani objekt trebao pripadati, u slučaju složenijih namjera, mogu postojati “razni ‘pridjevni’ opisi (G, H, ...), koji zajedno određuju namjeravane značajke artefakta”.<sup>30</sup> Svojstva (značajke) artefakta, određena vrsnim i pridjevnim opisima sadržanima u autorovoj namjeri mogu se podijeliti u dvije skupine: (1) važna ili svrhovno važna svojstva (funkcionalna svojstva, „dobročineća svojstva”) te (2) ‘ovisna’ ili svrhovno nevažna svojstva.<sup>31</sup> Prethodna su svojstva ona koja su važna za funkcioniranje artefakta i koja „određuju kako dobro on ispunjava svoju funkciju, tj. koliko je artefakt dobar” kao objekt s namjerom stvoren za neku svrhu (ili svrhe).<sup>32</sup> Zato se tvrdi da „vrijednost artefakta potpuno ovisi o njegovim funkcionalnim svojstvima”.<sup>33</sup> Potonja, pak, svojstva nisu neposredno važna za funkcioniranje artefakta kao objekta stvorenog za neku svrhu te su ovisna o toj svrsi, što namjeravane značajke artefakta čini hijerarhijski strukturiranima, prije nego li pukom „zbirkom predikata”.<sup>34</sup> Dakle, struktura artefaktovih namjeravanih značajki sastoji se od vrsnog i pridjevnih opisa (pojmovi) koji definiraju artefaktova važna (svrhovno važna) i ‘ovisna’ (svrhovno nevažna) namjeravana svojstva.

Međutim, da se artefakt stvori i stekne svoju zbiljsku prirodu, osim već spomenutih uvjeta (postojanje autorove namjere koja uključuje supstantivan pojam (ili vrsni opis) odgovarajuće artefaktne vrste, autorovog shvaćanja V-važnih svojstava i njegove namjere da ih ostvari), nužno je i da autorova namjera doista u praksi bude ostvarena. Iako odgovarajuća namjera ne treba biti ostvarena u cijelosti, neki je stupanj uspješnosti u ostvarenju nužan.<sup>35</sup> Izražava se mišljenje da bi autorova namjera trebala biti barem „uglavnom uspješno ostvarena”.<sup>36</sup> Jer, kako se ispravno zamjećuje, „ako autor doživi neuspjeh u svakom pogledu, on neće proizvesti istinski artefakt, nego samo ‘otpatke’”.<sup>37</sup> Jesu li minimalni uvjeti uspjeha na pravi način ispunjeni ili ne, ovisi o koncepcijama koje glede dotičnog artefakta imaju stručni govornici, tj. o tome smatraju li oni određeni objekt, sukladno koncepcijama koje prihvaćaju, uspješnim proizvodom namje-

29 Hilpinen 1992 (bilj. 5), 61 i Hilpinen 1993 (bilj. 4), 158.

30 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 158.

31 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 163 i Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 5.

32 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 163-164.

33 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 164.

34 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 5.

35 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 160-161.

36 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59 i Thomasson 2003 (bilj. 9), 598. Za, iako implicitno, upućivanje na te minimalne uvjete uspjeha, vidi i Bloom 1996 (bilj. 7), 10 i 12. Za interpretaciju Bloomova shvaćanja, vidi Levinson 2007 (bilj. 16), 78.

37 Hilpinen 1993 (bilj. 4), 161.

ra njegova autora.<sup>38</sup> Namjeravana svojstva koja autor uspješno ugradi u artefakt dio su zbiljskih svojstava artefakta. Naravno, artefakt može posjedovati i druga, od autora nenamjeravana svojstva, koja je artefakt stekao praktičnom uporabom. Uspješno ostvarena svojstva i svojstva stečena na druge načine nazivaju se zbiljskim svojstvima artefakta. Ta svojstva tvore zbiljsku prirodu ili značajke artefakta.<sup>39</sup> Je li autor uspješno stvorio namjeravani artefakt „ovisi o stupnju podudaranja ili usklađenosti namjeravanih i zbiljskih značajki objekta”,<sup>40</sup> Da bi se artefakt podudarao s namjerama svoga autora, tvrdi se, njegove zbiljske značajke moraju uključivati one namjeravane.<sup>41</sup> Slijedeći Blooma, možemo zaključiti da podudaranje postoji ako se „izgled i moguća uporaba” stvorenog objekta „najbolje mogu objasniti kao posljedica namjere da se stvori član artefaktne vrste V”.<sup>42</sup> S obzirom na to da je uglavnom uspješno ostvarenje autorovih namjera bitan uvjet da se artefakt stvori, može se reći da je zbiljska priroda artefakta „utjelovljenje tih namjera”.<sup>43</sup> I ovdje leži mogući odgovor na gore postavljeno pitanje: budući da odgovarajuće namjere nužno moraju biti utemeljene na autorovom supstantivnom (i supstantivno ispravnom) pojmu odgovarajuće artefaktne vrste, moguće je ustvrditi da je upravo taj pojam onaj koji u konačnici tvori zbiljsku prirodu artefakta. U skladu s time, iznosi se zato tvrdnja prema kojoj je objekt artefakt „samo ako ga je djelatnik proizveo s namjerom, na temelju nekog opisa dotičnog objekta”.<sup>44</sup>

S obzirom na dosad izloženo, uvjete postojanja artefakata moguće je ukratko prikazati Thomassoničinim načelom ovisnosti (pri čemu V označava artefaktnu vrstu): „Nužno, za sve x i sve artefaktne vrste V, x je V *samo ako* je x proizvod uglavnom uspješne namjere da (Vx), pri čemu netko namjerava (Vx) *samo ako* ima supstantivan pojam prirode V-ova koji se *uglavnom* podudara s onim *neke skupine* prijašnjih tvoraca V-ova (ako postoje) i namjerava ostvariti taj pojam namećući objektu V-važna obilježja”.<sup>45</sup>

### 3 INSTITUCIONALNI ARTEFAKTI

Dok se čini da je sve što je do sada rečeno primjenjivo na 'obične' artefakte, poput stolica, satova, čekića, odvijača, stolova, itd., ne čini se da ono daje odgovarajući prikaz svih objekata s namjerom stvorenih za određenu svrhu. Postoje,

38 Vidi Levinson 2007 (bilj. 16), 78.

39 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 4.

40 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 4.

41 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 4.

42 Bloom 1996 (bilj. 7), 12.

43 Hilpinen 2011 (bilj. 2), pogl. 5.

44 Hilpinen 1992 (bilj. 5), 60.

45 Thomasson 2003 (bilj. 9), 600.

naime, entiteti, institucionalni objekti (primjerice, novac, granice, državljani, izbori, privatno vlasništvo, zakonodavci, vlade, predsjednici, zakoni, trgovačka društva, sveučilišta, države), za neke od kojih je doista moguće ustvrditi da je riječ o objektima stvorenima s namjerom za određenu svrhu, na temelju određenog opisa, pa zato atefaktima, sukladno njihovoj klasičnoj definiciji.<sup>46</sup> Te objekte nazivam institucionalnim artefaktima. Međutim, za razliku od 'običnih' artefakata, za koje su važne samo pojedinačne namjere njihovih autora,<sup>47</sup> institucionalni artefakti za svoje postojanje (kako za nastanak tako i za trajujuće postojanje) zahtijevaju kolektivnu intencionalnost.

Prema Searleovoj institucionalnoj teoriji, institucionalni se objekti mogu definirati kao objekti stvoreni kolektivnim priznanjem konstitutivnih pravila na temelju kojih ljudi nameću statusne funkcije postojećim osobama ili fizičkim objektima<sup>48</sup> ili stvaraju nove entitete jednostavno uzimajući da određeni entiteti s određenim statusnim funkcijama postoje, ne pripisujući statusnu funkciju nekom već postojećem entitetu.<sup>49</sup> Institucionalne objekte stvorene nametanjem statusne funkcije postojećim osobama ili objektima moguće je nazvati 'konkretnim institucionalnim objektima', a one stvorene samim uzimanjem da postoje 'apstraktnim institucionalnim objektima'.<sup>50</sup> Važnost razlikovanja između njih leži u činjenici da se na njih primjenjuju različita konstitutivna pravila. Prema Thomassoničinoj rekonstrukciji Searleovih konstitutivnih pravila, konkretni institucionalni objekti stvaraju se ili na temelju pojedinačnog konstitutivnog pravila (kad se stvaraju token po token) ili općeg konstitutivnog pravila (kad se stvaraju kao tipovi), a apstraktni institucionalni objekti na temelju egzistencijalnog konstitutivnog pravila.<sup>51</sup> Pojedinačno konstitutivno pravilo ima sljedeći oblik (pri čemu „D“ označava neko društveno obilježje): „za određeni (već postojeći) objekt *a*, mi (kolektivno) prihvaćamo (*Da*); primjerice, za ovu rijeku, mi prihvaćamo da se ona smatra granicom našeg teritorija“.<sup>52</sup> Opće konstitutivno pravilo sljedećeg je oblika: „za svaki *x*, mi prihvaćamo da ako *x* ispuni određene uvjete *U*, onda *Dx*“; primjerice, za svaki komad papira prihvaćamo da se, ako ispuni uvjete *U*, smatra novcem.<sup>53</sup> Konačno, egzistencijalno pravi-

46 Za tvrdnju da neki artefakti mogu biti institucionalni, vidi Thomasson 2003 (bilj. 9), 592.

47 Suprotno Searle, koji tvrdi da se čak i artefakti poput čekića i odvijača stvaraju nametanjem im određene funkcije kolektivnom intencionalnošću. Vidi John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995, 126.

48 Searle 1995 (bilj. 47), 41–51.

49 John R. Searle, *Making the Social World*, Oxford University Press, New York, 2010, 22 i 97–102.

50 Cf. Thomasson 2003 (bilj. 9), 587–588.

51 Amie L. Thomasson, *Foundations for a Social Ontology, Protosociology*, 18–19: Understanding The Social II: Philosophy of Sociality (2003), 280–283.

52 Amie L. Thomasson, *Social Entities*, u: R. Le Poidevin et al. (ur.), *Routledge Companion to Metaphysics*, Routledge, London, 2009, 548.

53 Thomasson 2009 (bilj. 52), 548.



lo glasi: Mi kolektivno prihvaćamo da, „ako postoje određene okolnosti, onda postoji neki (novi) entitet  $x$  takav da  $Dx$ “; primjerice, „mi prihvaćamo to da je, ako kongres većinom glasova izglasuje neki zakonski prijedlog i predsjednik ga potpiše, onda stvoren novi zakon. Međutim, taj zakon niti je istovjetan komadu papira koji predsjednik potpiše (on postoji i dalje, čak i ako se taj papir uništi), niti je istovjetan ijednom članu ili ikojoj radnji člana kongresa“.<sup>54</sup>

Ovdje treba naglasiti da ono što je kolektivno priznato (prihvaćeno) u svim tim slučajevima nisu sâmi institucionalni objekti, nego konstitutivna pravila koja uređuju određene uvjete, „takve da štogod ih ispuni jest (smatra se da jest) odgovarajuće institucionalne vrste“.<sup>55</sup> Stoga, moglo bi se reći da konstitutivna pravila tek „stvaraju mogućnost“ za nastanak institucionalnih objekata.<sup>56</sup> Bez obzira na to, važna je činjenica da institucionalni objekti početno mogu biti stvoreni samo ako postoji kolektivno priznanje odgovarajućih konstitutivnih pravila i mogu nastaviti postojati samo dok se to priznanje održava.<sup>57</sup> Međutim, s obzirom na to da institucionalni objekti nastaju tek primjenom konstitutivnih pravila, sâma konstitutivna pravila nisu dovoljna za potpuno objašnjenje uvjeta nastanka institucionalnih objekata. Ti se uvjeti, sukladno Thomasson, mogu prikazati dvama načelima ovisnosti, jednim za konkretne i drugim za apstraktne institucionalne objekte. U slučaju konkretnih institucionalnih objekata, načelo ovisnosti glasi (pri čemu  $V$  označava institucionalnu vrstu): „Nužno, za sve  $x$ ,  $x$  je  $V$  ako i samo ako postoji skup uvjeta  $U$  tako da je kolektivno prihvaćeno da (za sve  $y$ , ako  $y$  ispuni sve uvjete iz  $U$ , onda  $y$  jest  $V$ ), i  $x$  ispuni sve uvjete iz  $U$ “.<sup>58</sup> U slučaju apstraktnih institucionalnih objekata, gdje je novi (institucionalni) objekt stvoren „dopuštanjem da se na temelju određenih uvjeta“, nešto (primjerice, poduzimanje određenih aktivnosti) „smatra stvaranjem novog entiteta“, Thomasson izlaže sljedeće načelo ovisnosti: „Nužno, postoji neki  $x$  koji je  $V$ , ako i samo ako postoji neki skup uvjeta  $U$  tako da je kolektivno prihvaćeno da (ako su svi uvjeti iz  $U$  ispunjeni, postoji nešto što jest  $V$ ) i svi su uvjeti iz  $U$  ispunjeni“.<sup>59</sup> Iz obaju načela proizlazi da institucionalni objekti „ovise o prihvaćanju određenih konstitutivnih pravila koja uređuju (barem) dovoljne uvjete za njihovo postojanje i koji postoje pod pretpostavkom da nešto ispuni te uvjete“.<sup>60</sup> S obzirom na to da se uvjeti postojanja zapravo svode na pojam  $V$ -a, može se reći da kod institucionalnih vrsta pojmovi koje imaju zajednice obavljaju stipulativnu ulogu u oblikovanju prirode tih vrsta.<sup>61</sup>

54 Thomasson 2009 (bilj. 52), 548-549.

55 Thomasson 2003 (bilj. 9), 586.

56 Searle 1995 (bilj. 48), 28.

57 Searle 1995 (bilj. 48), 44-45.

58 Thomasson 2003 (bilj. 9), 587.

59 Thomasson 2003 (bilj. 9), 587-588.

60 Thomasson 2003 (bilj. 9), 589.

61 Thomasson 2003 (bilj. 9), 591-592.

Prema Thomasson, načela ovisnosti za institucionalne objekte u dvije se stvari razlikuju od načela ovisnosti za artefakte. Prvo, ta načela zahtijevaju kolektivno prihvatanje V-vажnih uvjeta, dok je kod artefakata dovoljno da ih svaki stvaratelj artefakta pojedinačno prihvati.<sup>62</sup> Drugo, ta su načela puno zatvorenija od načela ovisnosti za artefakte, s obzirom na to da pobliže određuju jednostavan skup dovoljnih uvjeta za bivanje V-om, dok načelo ovisnosti za artefakte „može uključivati svakovrsne pojmove V-vажnih obilježja“.<sup>63</sup>

Ali što su to uvjeti postojanja u slučaju institucionalnih objekata? Za Thomasson, kao što smo vidjeli, ti uvjeti predstavljaju jednostavan skup dovoljnih uvjeta da bi nešto bilo institucionalnom vrstom V. Njihovim kolektivnim priznanjem, tj. kolektivnim priznanjem konstitutivnih pravila koja uređuju uvjete postojanja, odgovarajuća zajednica određuje koji su uvjeti dovoljni za bivanje V-om.<sup>64</sup> Međutim, koji bi to točno uvjeti bili u slučaju institucionalnih objekata koji su istodobno i artefakti, tj. u slučaju institucionalnih artefakata? Čini se uvjerljivim ustvrditi da bi institucionalni artefakti *kao* artefakti također trebali ispuniti uvjete za bivanje artefaktima. Trebali bi imati autora s određenom namjerom stvaranja institucionalne artefaktne vrste V, zasnovanom na autorovom supstantivnom i supstantivno ispravnom pojmu što V jest te bi ta namjera trebala biti uglavnom uspješno ostvarena. Stoga, čini se da je u slučaju institucionalnih artefakata taj jednostavni skup uvjeta postojanja U upravo skup uvjeta bivanja artefaktom. Ako prihvatimo tu tvrdnju, načelo ovisnosti za institucionalne bi se artefakte moglo postaviti na sljedeći način (pri čemu V označava institucionalnu artefaktnu vrstu): Postoji neki x koji je V, ako i samo ako postoji neki skup uvjeta U (da x ima autora, da je x-ova priroda određena namjerama njegova autora da stvori Vx, da autor ima supstantivan i supstantivno ispravan pojam Vx-a i da su autorove namjere uglavnom uspješno ostvarene) tako da je kolektivno priznato da (ako su svi uvjeti iz U ispunjeni, onda postoji nešto što je V) te su svi uvjeti iz U ispunjeni.

Iz takvog oblikovanja načela ovisnosti za institucionalne artefaktne vrste proizlazi još jedna važna posljedica koja otkriva razlike u načinu stipuliranja prirode 'običnih' i institucionalnih artefakata. Točno je da je kolektivno priznanje konstitutivnih pravila jedno od obilježja koje institucionalne artefakte čini različitim od ne-institucionalnih artefakata. Točno je i da pojam o određenom institucionalnom artefaktu koji ima odgovarajuća zajednica izvršava stipulativnu ulogu pri zasnivanju njegove prirode. Međutim, s obzirom na gore uobličeno načelo ovisnosti za institucionalne artefaktne vrste, iz kojeg proizlazi da svoju ulogu u stipuliranju prirode institucionalnih artefakata imaju i pojmovi autora, važno je utvrditi do kojeg je stupnja i na kojoj razini kolektivni pojam zajednice

62 Thomasson 2003 (bilj. 9), 599.

63 Thomasson 2003 (bilj. 9), 599.

64 Thomasson 2003 (bilj. 9), 588-589.



stipulativan za njihovu prirodu. Naime, čini se da je naš kolektivni pojam glede toga što Vx (institucionalni artefakt) jest ono što određuje prirodu Vx-a samo na prvoj razini. Mi kolektivno priznajemo da je nešto određen V ako je ono stvoreno s namjerom da bude istinski član te institucionalne artefaktne vrste V. Nema sumnje da takvo naše postupanje od nas zahtijeva da imamo barem neki (ma koliko općenit) pojam glede toga što V jest. Međutim, s obzirom na to da je Vx u konačnici ipak artefakt, on mora imati svoga autora. Autor mora imati određene namjere. On mora imati i supstantivan (i supstantivno ispravan) pojam glede toga što Vx jest. O ispravnosti njegova pojma sudi se na temelju mjere u kojoj se naš kolektivni pojam Vx-a i autorov pojam Vx-a poklapaju. Da bi autorov pojam bio ispravan, on se barem u znatnoj mjeri treba poklapati s pojmom V-a odgovarajuće zajednice. Međutim, s obzirom na to da autor mora imati samo supstantivan (i supstantivno ispravan) pojam, i s obzirom na to da je dovoljno da taj pojam bude ostvaren samo uglavnom uspješno, može se reći da je konačna zbiljska priroda (značajke) proizvedenog institucionalnog artefakta, na drugoj razini, ipak oblikovana namjerama njegova autora (i namjerama onih koji taj artefakt održavaju). Naravno, osim što je važan za stvaranje Vx-a, naš je kolektivni pojam važan i za njegovo trajуще postojanje. Naime, artefakt Vx postoji samo dok ga mi kolektivno priznajemo kao Vx ili dok se autorove namjere barem uglavnom poklapaju s našim kolektivnim pojmom Vx-a.

#### 4 (INSTITUCIONALNA) ARTEFAKTNA VRSTA

Razmotrimo sada pitanje što je to (institucionalna) 'artefaktna vrsta'. Vrsta predstavlja grupiranje objekata koje počiva na određenim kriterijima ili uvjetima uključivanja nekih objekata u vrstu i isključivanja drugih iz vrste. Naš je to način razdjeljivanja stvari u svijetu stavljanjem u kategorije, koristeći određene kriterije. Objekti uključeni u vrstu članovi su vrste. Dok se pod kriterijima članstva u prirodnoj vrsti razumijevaju prirodna svojstva prirodnog objekta, koja određuju od uma neovisne i prirodne granice prirodne vrste, kriteriji članstva u artefaktnoj vrsti mogu se shvatiti kao bitno ovisni o namjerama autora artefakta<sup>65</sup> pa se za artefaktne vrste zato kaže da su im granice umjetno nametnute.<sup>66</sup>

Međutim, da bi bile relevantne za određivanje članstva u vrsti namjere autora moraju biti dovoljno određene. To moraju biti namjere stvoriti „*upravo tu vrstu*

65 Bloom 1996 (bilj. 7), 9–12. Za suprotno shvaćanje, kojim se osporava ta dihotomija, vidi Richard E. Grandy, *Artifacts: Parts and Principles*, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 18–32.

66 Međutim, iako je prevladavajuće shvaćanje, ne dijele ga svi. Vidi, e.g., Crawford L. Elder, *On the Place of Artifacts in Ontology*, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 33–51.

objekta“.<sup>67</sup> Budući da stvaranje „upravo te vrste objekta“ pretpostavlja autorov supstantivan i supstantivno ispravan pojam o tome koja su svojstva važna za bivanje članom neke vrste, proizlazi da su pojmovi autora, kojima su određena posebna svojstva koja nešto mora imati da bi bilo članom neke artefaktne vrste, to što članstvo u vrsti stvarno određuje.<sup>68</sup> Naravno, u slučaju stvaranja tokena već postojećih artefaktnih vrsta, iz razloga njihove podložnosti promjenama u ljudskim društvima, ono što određuje članstvo u vrsti dijakronijski su pojmovi takvih vrsta, tj. pojmovi prožeti „namjerama velikog broja tvoraca tijekom duljeg vremenskog razdoblja“.<sup>69</sup> Također, što se čini vrijednim uvidom A. Thomasson, važnost nemaju samo pojmovi tvoraca artefakata, nego i pojmovi onih koji *održavaju* artefaktne vrste.<sup>70</sup> Ta teza nalikuje Grandyjevoj tvrdnji da artefakti u mnogim slučajevima imaju višestruke oblikovatelje, ali i višestruke *kreativne korisnike* čije prepoznavanje, primjerice, neke nove funkcije nekog postojećeg artefakta ima utjecaj na utvrđivanje toga kojoj vrsti dotični artefakt pripada.<sup>71</sup> Međutim, kao što je pokazano u prethodnom poglavlju, u slučaju institucionalnih artefakata nisu samo autori pojmovi ti koji su važni za stipuliranje prirode artefakata. Budući da institucionalni artefakti za svoje postojanje zahtijevaju kolektivno priznanje, ulogu u postavljanju granica institucionalnih artefaktnih vrsta imaju i sami pojmovi odgovarajućih zajednica. Iz svih tih razloga može se ustvrditi da su granice artefaktnih vrsta, počivajući na namjeranim svojstvima objekata, u temeljima o umu ovisne, što artefaktne vrste u bitnome čini različitim od prirodnih vrsta.

Međutim, osim namjera i pojmova autora artefakata (ili, u slučaju institucionalnih artefakata, pojmova odgovarajuće zajednice), od važnosti su i „pojmovi o općim *vrstama* obilježja važnima za članstvo u artefaktnoj vrsti“ *kao* artefaktnoj vrsti koje imaju stručni govornici ili utemeljitelji upućivanja izraza.<sup>72</sup> Ti pojmovi „*određuju* koje su vrste svojstava važne za članstvo u artefaktnoj vrsti“,<sup>73</sup> tj. „*koje su vrste obilježja važne za objedinjenje artefaktnih vrsta općenito (postajući tako onim obilježjima koja će biti bitna za te vrste)*“.<sup>74</sup> Kako se čini, kod artefakata postoji samo jedno takvo općenito svojstvo. Relevantna opća vrsta svojstva, tvrdi se, biti je proizvodom uglavno uspješnih namjera autora da stvori nešto što pripada vrsti na koju upućuje izraz za određeni ar-

67 Thomasson 2007 (bilj. 6), 58.

68 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59-60 i 63. Za stajalište prema kojem koherentan prikaz kategorizacije artefakata nije moguć te da artefaktne vrste zapravo ne postoje, vidi Barbara C. Malt, Steven A. Sloman, *Artifact Categorization: The Good, the Bad, and the Ugly*, u: E. Margolis & S. Laurence (ur.), *Creations of the Mind*, New York, Oxford University Press, 2007, 85-137.

69 Thomasson 2007 (bilj. 6), 63.

70 Thomasson 2007 (bilj. 6), 65.

71 See Grandy 2007 (bilj. 65), 27-28.

72 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59.

73 Thomasson 2007 (bilj. 6), 59.

74 Thomasson 2009 (bilj. 7).

tefakt.<sup>75</sup> Zapravo, ono što stručni govornici ili utemeljitelji upućivanja izraza određuju, *kategorija* je vrste na koju treba upućivati.<sup>76</sup> U slučaju artefakata, oni tako određuju da je ono na što treba upućivati *artefaktna*, a ne, primjerice, kemijska, biološka ili neka druga vrsta.

## 5 ZAKLJUČAK

Iz provedene analize proizlazi da bi pri izricanju tvrdnje o pravu kao artefaktu u vidu trebalo imati prvenstveno uvide teorija o artefaktima iz opće filozofije, kao i određene zahtjeve koji proizlaze iz društvene (institucionalne) ontologije. Ustrajanje na shvaćanju o pravu kao artefaktu traži odgovore na barem neka od temeljnih pitanja glede artefakata. Prvo, treba pružiti teoriju o tome tko su autori pravnih sustava, je li riječ o pojedinačnom ili skupnom autorstvu te uključuje li autorstvo isključivo autore u užem smislu ili i one koji održavaju postojanje pravnih sustava. Drugo, treba analizirati u čemu se sastoje odgovarajuće namjere autora, koji je sadržaj autorovih supstantivnih pojmova o pravnom sustavu i kako točno taj pojam određuje zbiljsku prirodu ili značajke pravnog sustava kao artefaktne vrste. Treće, s obzirom na to da se čini kako su pravni sustavi po svojoj prirodi institucionalni, treba dati i prikaz toga na koji način pojmovi odgovarajućih zajednica utječu na njihovu zbiljsku prirodu ili značajke te kako bi konstitutivna pravila koja bi se odnosila na pravne sustave izgledala.

Konačno, čini se da postoje barem tri moguća pristupa artefaktnoj teoriji prava. Ako se uvidi opće teorije artefakata čine uvjerljivima i plodnima za teoriju prava, artefaktnu teoriju prava treba nastaviti razvijati na način naznačen u ovome radu. Ako se opća teorija artefakata čini potencijalno korisnom za teoriju prava, ali ne i potpuno sposobnom pružiti objašnjenje onoga što nadilazi 'obične' artefakte, treba pokušati doraditi neke od njezinih postavki kako bismo dobili korisniji alat za potrebe artefaktne teorije prava. Najzad, ako se zaključi da se opća teorija artefakata uopće ne može primijeniti na pravne sustave, artefaktnu teoriju prava treba odbaciti, ali onda i pod ozbiljnu sumnju dovesti one tvrdnje suvremene teorije prava prema kojima je pravo artefakt.

**Luka Burazin,**

*docent teorije prava i države na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i  
gostujući istraživač na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Đenovi*

<sup>75</sup> Thomasson 2007 (bilj. 6), 59 i 63.

<sup>76</sup> Thomasson 2007 (bilj. 6), 55. Više o tome kako govornici razjašnjaju ontološku kategoriju entiteta na koji treba upućivati, vidi Amie L. Thomasson, Answerable and Unanswerable Questions, u: D. Chalmers, R. Wasserman, D. Manley (ur.), *MetaMetaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 445-452.



Álvaro Núñez Vaquero

## **Pet vzorov pravožnanstva**

*Five Models of Legal Science*

Revusov kanon



Álvaro Núñez Vaquero\*

## Pet vzorov pravoznanstva

Ta članek sledi trem ciljem. Najprej bomo analizirali nekatere tradicionalne pojme »pravne znanosti« ter predlagali definicije »pravne znanosti *ampio sensu*« (v širšem pomenu), »pravne znanosti *stricto sensu*« (v ožjem pomenu) in pravne dogmatike. Da bi pokazali na različne metodološke alternative, ki so na voljo proučevalcem prava, bo v nadaljevanju predstavljena rekonstrukcija petih modelov ali vzorov pravne znanosti *ampio sensu*. Nato bom utrjeval, da je (zaradi pojmovnih razlogov) treba izbiri pravniške metode nujno utemeljiti z moralnimi razlogi. Nazadnje bom ponudil še nekaj argumentov za vsako od petih metodoloških alternativ pravne znanosti *ampio sensu*.

**Ključne besede:** pravna znanost, pravna dogmatika, moralni razlogi, pojem prava, pojmovanja znanosti

### 1 O POJMU PRAVNE ZNANOSTI

Eno najpogostejših pravnoteoretskih razpravljanj je – vsaj v celinskoevropski pravni kulturi – tisto o metodi proučevanja prava. Mnoge od najpomembnejših prispevkov k pravni teoriji v dvajsetem stoletju je mogoče razumeti prav v tej luči. Če naštejemo le nekaj znanih primerov: Kelsen trdi, da je namen njegove čiste teorije v zagotovitvi metode, ki bo pravno znanost dvignila »na raven prave znanosti, in sicer humanistične znanosti.«<sup>1</sup> Ross navaja, da je »vodilna ideja v *On Law and Justice* na področju prava privedi empirična načela do njihovih skrajnih zaključkov«;<sup>2</sup> Hart pove, da se *Koncept prava* posveča »osvetljevanju splošnega okvira pravne misli«;<sup>3</sup> Alchourrónov in Bulyginov pojem normativnega sistema pa se kaže kot idealizacija tega, kar proučevalci pozitivnega prava počnejo.<sup>4</sup>

\* alvaro.nunez.vaquero@gmail.com | Profesor filozofije prava na Univerzi Austral v Valdiviji, Čile.

1 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), v angl. prevodu Stanleyja Paulsona: *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*, Oxford, Clarendon, 1992, 1; v slov. prevodu Amalije Maček Mergole: *Čista teorija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2005, 9.

2 Alf Ross, predgovor k *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1957, ix.

3 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994; v slov. prevodu Jelke Kernevič Štrajn: *Koncept prava*, Ljubljana, Krtina, 1994, 7.

4 Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 25.

Vendar pa ni jasno, kaj mislimo, ko rečemo »pravna znanost«. Čeprav gre za razpravo, ki traja stoletja – ali pa ravno zaradi tega –, je dejstvo, da nimamo jasnega ali vsaj enotnega, skupnega izrazja.<sup>5</sup> V tem pogledu je posebno ponazorilno ogromno število zadetkov, ki jih knjižnični iskalniki prikažejo po vnosu izrazov, kot sta »znanost o pravu« ali »pravna dogmatika«.

Problem ni le v velikanski količini literature, ki je bila spisana na to temo, temveč predvsem v njeni raznovrstnosti. Pod oznakami, kot so »pravna znanost«, »pravna dogmatika« ali »pravna metoda«, najdemo študije in monografije, ki imajo pogosto le malo skupnega. Medtem ko se nekatere posvečajo pomenu in dometu različnih metodoloških smernic ali samemu pojmu metodologije,<sup>6</sup> so druge posvečene razjasnitvi pravnega pogleda na vprašanja veljavnosti prava (tj. na pogled od znotraj), njegovega razlaganja ali sodnega tehtanja.<sup>7</sup>

Da bi ob vsej raznovrstnosti naredili vsaj minimalen red, lahko to literaturo razdelimo v različne zvrsti: (i) dela, ki vsebujejo zgodovinske rekonstrukcije o različnih pravnoteoretskih gibanjih, ki so skušala odgovoriti na vprašanja, kot sta, kaj je pravo in kaj naj proučevalci prava počnejo;<sup>8</sup> (ii) študije, ki proučujejo teorije različnih avtorjev – navadno Kelsna, Harta in Rossa ter nekaterih drugih, odvisno od preferenc avtorja – o tem, kaj je ali kaj naj bi bila znanost o pravu;<sup>9</sup> (iii) številne študije, ki poleg razvrščanja zgodovinskih šol in avtorjev predstavljajo različne metodološke modele za proučevanje prava;<sup>10</sup> (iv) skupina del, ki se ukvarjajo s pogoji resničnosti razlagalnih trditev proučevalcev prava<sup>11</sup> ali z nekaterimi aktivnostmi, ki jih domnevno izvajajo proučevalci prava;<sup>12</sup> (v) končno je tu skupina del, ki se ukvarjajo z bolj specifičnimi vprašanji, na pri-

5 Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Mexico, Fontamara, 1999, 9.

6 Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003.

7 Aleksander Peczenik, *Scientia Juris*, Dordrecht, Springer, 2005; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960); v špan. prevodu Marcelona Rodríguez Molinera: *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001. Primer ekstremne raznovrstnosti je delo Aleksandra Peczenika, Larsa Lindhala in Berta van Roermunda, *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Synthesi Library, 1984.

8 Antonio Hernández Gil, *Metodología del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945; Enrique Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. Za teoretsko analizo, utemeljeno na karakterizaciji rimskopravnega pravoslovja, glej Rolando Tamayo Salmerón, *Theory of Legal Science*, Mexico, UNAM, 1986.

9 Mario Jori, *Il metodo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1976; Nino 1999 (op. 5); Santiago Sastre Ariaza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

10 Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Gale, Making of Modern Law, 2010; Jerzy Wroblewski, *Contemporary Models of Legal Science*, Lodz, Polish Academy of Sciences, 1989.

11 Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

12 Alchourrón in Bulygin 1975 (op. 4).



mer, v kakšnem smislu bi bilo proučevanje prava dogmatična,<sup>13</sup> normativna,<sup>14</sup> tehnična<sup>15</sup> ali celo znanstvena<sup>16</sup> panoga itd.

Da bi torej lahko obravnavali problem pravne znanosti, potrebujemo najprej definicijo, ki bo razjasnila, kaj mislimo, ko govorimo o »pravni znanosti« in podobnih izrazih. S tem ciljem v mislih se moramo znebiti nekaterih uvodnih pomot in večpomenskosti.

Prvi problem je v tem, da imamo več izrazov, ki se lahko nanašajo na isti predmet, pri čemer ni jasno, ali so rabljeni kot sopomenke: »znanost o pravu«, »pravna znanost«, »pravna dogmatika«, »pravno védenje«, »pravna doktrina«, »jurisprudenca«<sup>17</sup> (»jurisprudenčni stili«<sup>18</sup>) in »pravna metoda« (»pravna metodologija«).<sup>19</sup> V nadaljevanju bom uporabljal le prva dva izraza – »pravna znanost« in »pravna dogmatika« –, na način, ki ga bom poudaril ob koncu tega poglavja. V tem pogledu bom najprej analiziral izraz »pravna znanost« in razjasnil nekatera običajna zmotna pojmovanja.

Kot je vse od Ninovega dela<sup>20</sup> naprej dobro znano, je »pravna znanost« večpomenski izraz, in mu je torej mogoče pripisati več, deloma različnih pomenov, med temi pa jih je mnogo izrazito ohlapnih. Poglejmo zdaj vire te večpomenskosti.

13 Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Mexico, UNAM, 1989.

14 George Kalinowski, *Querelle de la science normative: (une contribution à la théorie de la science)*, Paris, R. Pichon and R. Durand-Auzias, 1969; Jesús Vega, *La idea de ciencia en el derecho*, Oviedo, Pentagram, 2000.

15 Manuel Atienza, Sobre la jurisprudencia como técnica social, *Doxa* (1986) 3, 491–498; Alfonso Ruiz Miguel, La dogmática jurídica ¿ciencia o técnica?, v: Antonio Cabanillas Sánchez (ur.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2002, 5649–5678.

16 Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

17 Četudi je pravniška raba utrdila sopomenskost »prava« in »dejavnosti sodišč«, pa slovar španskega knjižnega jezika Španske kraljeve akademije RAE definira »pravo« najprej kot »znanost o pravu«.

18 V znanem eseju Karl Llewellyn analizira tri momente v ameriškem pravoslovju, ki jih je mogoče predstaviti kot prav toliko načinov za proučevanje vsebine prava. Medtem Pound napravlja znano razlikovanje med različnimi načini pristopanja k proučevanju prava. To razdelitev je, s prilagoditvami, ponovno predstavil Felix Cohen. Glej Karl Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in Law, *University of Chicago Law Review* (1941/1942) 9, 224–265; Juan Antonio Pérez Lledó, *El instrumentalismo jurídico americano*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2007, 1. pogl.; Pound 2010 (op. 10); Felix Cohen, Transcendental Non-Sense and the Functional Approach, v: *The Legal Conscience*, New Haven, Yale University Press, 1960, 33–76.

19 Za kratko, a natančno analizo različnih pomenov, ki jih lahko prevzamejo nekateri od teh izrazov, glej Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, 205 in nasl.

20 Nino 1989 (op. 13) in Nino 1999 (op. 5).

## 1.1 Večpomenskost pravne znanosti

i) Za izraz »pravna znanost« je značilna klasična dvopomenskost, saj lahko pomeni tako postopek kakor rezultat.<sup>21</sup> Izraz je namreč mogoče uporabiti za sklicevanje tako na sklop dejavnosti tistih, ki proučujejo pravo, kot na rezultate tovrstnih dejavnosti. Tu uporabljam izraz »pravna znanost« za sklicevanje tako na sklop dejavnosti, ki jih izvajajo (ali ki bi jih morali razvijati) proučevalci prava, kot na metodološke predpostavke, ki vodijo (ali ki bi morale voditi) te dejavnosti.

ii) Do druge večpomenskosti pride vsakič, ko kdo uporabi izraz »pravna znanost« za sklicevanje na sklop panog, ki imajo pravo na neki način za predmet svojega proučevanja. Poleg tega nekateri avtorji<sup>22</sup> uporabljajo to oznako v množinski obliki za sklicevanje na vse panoge, ki se ukvarjajo s pravom: znanost o pravu, pravno teorijo, jurisprudenco, pravno dogmatiko, sociologijo prava, pravno antropologijo, primerjalno pravo, pravno zgodovino itd.<sup>23</sup>

Poleg te, posebno vseobsegajoče rabe izraza »pravna znanost« sta v literaturi pogosti še dve drugi podobni napaki. Prva se pojavlja vsakič, ko je »pravna znanost« uporabljena tako za označevanje proučevanja pozitivnega prava (tj. določenega pravnega reda) kot tudi za študije, ki proučujejo strukturo, okvir ali temelje vseh (ali skupine) pravnih redov.<sup>24</sup> Seveda obstajajo dobri razlogi za to, da lahko domnevamo, da gre pri delu proučevalcev civilnega, kazenskega ali ustavnega prava na eni strani in pravnih teoretikov na drugi strani zgolj za razlike v stopnji splošnosti. Vseeno pa je zaradi pojmovne jasnosti treba ohraniti razlikovanje med tema dvema vrstama proučevanja.

Druga različica te večpomenskosti se pojavlja, ker je izraz »pravna znanost« v tem kontekstu uporabljen vsaj na dva načina: prvič, za nanašanje na (vse) panoge, ki proučujejo vsebino prava; drugič, za označevanje zgolj enega ali nekaj možnih načinov proučevanja prava, ki si zaslužijo oznako »znanstven«. Tu, kot poudarjam v nadaljevanju, uporabljam izraz »pravna znanost *ampio sensu*« (tj. v širšem pomenu) za označevanje vseh metod za določanje vsebine prava;

21 Nino 1989 (op. 13), 10-11; Tamayo Salmerón 1986 (op. 8), 102.

22 Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, 8, 21 in 39. Wroblewski včasih brez razlikovanja vse pravne panoge označuje za znanost o pravu. Prim. Wroblewski 1989 (op. 10), 14. Mario Jori prav tako razmišlja o možnosti poimenovanja celote vedenja o pravu kot pravna znanost. Prim. Jori 1976 (op. 9), 4.

23 Drugi avtorji, na primer Calsamiglia, tega izraza ne uporabljajo za sklicevanje na vse te panoge. Vendar pa Calsamiglia navaja, da morajo proučevalci pozitivnega prava razviti vse te dejavnosti. Prim. Albert Calsamiglia, *Ciencia jurídica*, v: Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta (ur.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, 18.

24 Kelsen je eden izmed avtorjev, ki je najbolj pripomogel k tej zmedi, saj ni popolnoma jasno, ali se čistost nanaša na teorijo, na znanost o pravu ali na oboje. Medtem pa, tako se zdi, Amselek ne razločuje med splošno teorijo prava in pravno znanostjo. Prim. Paul Amselek, *El paradigma positivista de la dogmática jurídica*, *Anuario de Derechos* (2006) 7, 33.

po drugi strani razumem kot »pravno znanost *stricto sensu*« (tj. v ožjem pomenu) metode, ki jih priporočajo tisti, ki menijo, da bi proučevalci prava morali zgolj opisovati vsebino prava (ne glede na to, ali lahko takšno dejavnost opredelimo kot znanstveno).

iii) Tretja večpomenskost je posledica nejasnosti pomena besede »znanost« v izrazu, ki ga analiziramo. Da bi razumeli problem, zadostuje že, da upoštevamo, kako dolgo je trajala razprava o pogojih, ki jim mora panoga zadostiti, da bi bila obravnavana kot znanstvena. Ta razprava na neki način še vedno poteka.<sup>25</sup>

Izraz »znanost« je, kot je poudaril Nino,<sup>26</sup> tudi močno pozitivno pomensko zaznamovan. To ne povzroča večpomenskosti v strogem smislu, so pa zato tisti, ki dejavnost opredeljujejo kot znanstveno, naravnani k preusmerjanju pozornosti na čustveno raven.<sup>27</sup> Večina poskusov definiranja pojma znanosti – po Ninu vedno – vodi v prepričevalne definicije, tj. definicije, ki se osredotočajo na čustveno vsebino izraza, skrivoma spreminjajoč spoznavno vsebino.

Še več, izraz »znanost« ni le večpomenski, temveč so ti pomeni, kot rečeno, tudi ohlapni.<sup>28</sup> To lahko trdimo zato, ker so, četudi izberemo enega od možnih pomenov izraza »znanost«, pogosti primeri, v katerih je dvomljivo, ali določena panoga izpolnjuje pogoje znanstvenosti.

iv) Četrta večpomenskost se nanaša na drugo sporno besedo: tj. pravo. Velik del teoretskih razprav v preteklega pol stoletja je v središče postavljalo pojem prava. Če je pomen »znanosti o pravu« ali »pravne znanosti« odvisen od pojma prava, ki ga predpostavljamo, se zdi, da nevarnost nesporazumov eksponentno naraste.

## 1.2 Pojmu »pravne znanosti« naproti

Da bi prišli do definicije pojma »pravne znanosti«, ki bi omogočala razjasnitev tega, kateri pomen mu je mogoče pripisati, lahko uberemo različne strategije. Najpomembnejša in tudi najpogostejša strategija je pojmovna analiza izraza »pravna znanost«, tj. razjasnjevanje tega, kaj govorci v določeni skupnosti mislijo in predpostavljajo, ko uporabljajo ta izraz. Seveda pri tem ne gre le za zbirko pomenov, temveč za način oblikovanja preprostejšega in bolj povednega pojma tega, kaj počnemo, ko govorimo o »pravni znanosti«.

Vendar pa so te definicije »pravne znanosti« problematične, saj vse predpostavljajo določeni pojem prava oziroma temeljijo na njem. Da definicija »pravne znanosti« predpostavlja pojem prava, seveda ni sporno. Sporno pa je napraviti pojem »pravne znanosti« odvisen od določenega pojma prava ter iz takšnega

25 Calsamiglia 1986 (op. 16), 2. pogl.

26 Nino 1989 (op. 13), 13.

27 Tamayo Salmerón 1986 (op. 8), 120.

28 Nino 1989 (op. 13), 11.

opojmovanja izpeljati zaključke o tem, kaj proučevalci pozitivnega prava počnejo oziroma naj bi počeli. Na primer:

Običajno je pravna dogmatika, vsaj v skandinavski tradiciji, opredeljena kot proučevanje vsebine pravnih pravil (norm) in njihove sistemske ureditve. Splošna izraza, ki se nanašata na ti nalogi, sta 'razlaganje' in 'sistemizacija'.<sup>29</sup>

Kot znanost o pravu razumemo védenje, ki skuša opisati pozitivnopravne standarde in se je tradicionalno imenovalo pravna dogmatika ali jurisprudenca.<sup>30</sup>

Problem izvira iz napačnega razumevanja vloge pojmov v našem védenju,<sup>31</sup> v tem primeru vloge, ki jo imajo v našem pojmovanju »prava«. Gotovo je razčlenjevanje pojma prava – in katerega koli drugega pojma – uporabno orodje v pravni teoriji. Nevarno pa je misliti, da nam bo analiza ali pa definicija »pravne znanosti«, ki temelji na njej, povedala kaj o tem, kaj proučevalci prava počnejo, ali celo, kaj bi morali početi.<sup>32</sup>

Pretirano zaupanje v učinkovitost pojmovne analize vodi na tem področju v spregled dveh problemov. Prvi je ta, da bo – če je naš namen opisati, kaj proučevalci prava počnejo – definiranje »pravne znanosti« na podlagi določenega pojma prava povzročilo popačeno sliko dejavnosti proučevalcev prava, saj vsi ne uporabljajo ali predpostavljajo istega pojma prava, niti ne uporabljajo vsi istega pojma prava dosledno v vseh svojih dejavnostih. Drugič, če je cilj priskrbeti smernice za to, kaj naj bi proučevalci prava počeli, potem je nujno priskrbeti tudi normativne argumente, ne le definicije.<sup>33</sup>

Da bi opredelili predmet našega proučevanja, potrebujemo torej definicijo, ki se ne razlikuje od tistega, kar navadno mislimo, ko govorimo o »pravni znanosti«, a ki hkrati ne predpostavlja nobenega odgovora na vprašanja o tem, kaj proučevalci prava počnejo in kaj bi morali počeli. Najboljša definicija »pravne znanosti«, ki jo v tem trenutku imamo, je tista, ki se neposredno nanaša na uporabljeno metodo (oziroma metodo, ki bi lahko bila ali bi morala biti upo-

29 Prim. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Kluwer, 1987, 12.

30 Calsamiglia 1986 (op. 16), 12-13.

31 Pojmi so zgolj orodja, ki omogočajo prepoznavo izsekov resničnosti, ti pojmi pa so del teorij, v katere so zajeti tudi drugi elementi, ki skušajo razložiti določena dejstva ali dogodke. O pravnih pojmih glej Jaap C. Hage, Dietmar von der Pfordten (ur.), *Concepts in Law*, Dordrecht, Kluwer, 2009.

32 O omejitvah in odlikah pojmovne analize kot vodila teoretskopravne refleksije glej Pierluigi Chiassoni, *The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart's Metaphilosophy of Law*, *Revista Problema* (2011) 5, 53–80.

33 Zamisliti si je mogoče dve rešitvi tega problema: prva je v analizi pojma »pravna znanost« s klasičnimi orodji analitične filozofije, ne da bi se pri tem zavezali kateremu koli pojmu prava. Vendar si ne morem zamisliti, kako bi bilo to mogoče takrat, ko se predlaga definicija nekega izraza, v katerem bi bilo »pravo« (»pravni«) edini pridevnik. Drugič, mogoče je tudi priskrbeti tovrstno definicijo, ne da bi z njo vlekli kakšne zaključke na opisnem in normativnem področju teorije pravne znanosti. Vendar pa se lahko na takšni točki vprašamo, čemu želimo takšno definicijo »pravne znanosti« ali »znanosti o pravu«.

rabljena) in/ali na dejavnosti tistih, ki proučujejo pozitivno pravo (kazensko, civilno, ustavno itn.).

Ker pa pravne znanosti ne enačimo z vsemi dejavnostmi, ki se razvijajo v povezavi s pozitivnim pravom, je v našo definicijo nujno vpeljati dve nadaljnji omejitvi. Prva omogoča razlikovati pravno znanost od drugih panog, ki imajo pravo ravno tako za predmet svojega proučevanja: sociologija prava, pravna antropologija, pravna zgodovina, zakonoslovje. Čeprav tudi te panoge analizirajo pozitivno pravo, so med pravno znanostjo in drugimi panogami razlike tako z vidika metodologije kot z vidika ciljev raziskovanja. Če pustimo ob strani vprašanje metodologije, panoge, kakršni sta sociologija prava in pravna antropologija, sledijo drugačnemu cilju kot proučevalci civilnega, kazenskega ali upravnega prava: njihov cilj je določiti vsebino prava, tj. dognati, kakšna je pravna opredelitev določenega ravnanja v pravnem redu.<sup>34</sup>

Druga omejitev omogoča, da pravno znanost razlikujemo od dejavnosti pravnih praktikov (sodnikov, odvetnikov, uradnikov itd.) in da se hkrati znebimo še zadnje večpomenskosti glede uporabe izraza »pravna znanost«. Izrazi, kakršna sta »pravna metoda« ali »pravna metodologija«, so včasih uporabljene kot sopomenke »pravne znanosti«. Problem je v tem, da se v običajni rabi »pravna metoda« ne nanaša zgolj na množico metodoloških direktiv, ki jih uporabljajo proučevalci pozitivnega prava, temveč tudi na tiste, ki jih uporabljajo pravni praktiki. Ta večpomenskost je še posebno nevarna, saj vodi k sklepu, da proučevalci pozitivnega prava uporabljajo ali naj bi uporabljali isto metodologijo kot pravni praktiki. Prav gotovo je sicer mogoče reči, da proučevalci pozitivnega prava uporabljajo ali naj bi uporabljali isto metodologijo kot pravni praktiki, a to terja empirični prikaz ali pa praktično utemeljitev.<sup>35</sup>

Na tej točki lahko »pravno znanost *ampio sensu*« definiramo kot dejavnost in/ali metodo, ki jo uporabljajo (ali ki bi jo lahko oziroma bi jo morali uporabljati) tisti, ki se ukvarjajo s spoznavanjem vsebine prava (zato: »proučevalci prava«), in kateri noben pravni red ne pripisuje kakšne pravne vrednosti. Gre torej za metodo in/ali dejavnosti tistih, ki ugotavljajo, katera pravna opredelitev v danem pravnem redu ustreza določenemu ravnanju in katerim ravnanjem pravni red ne pripisuje nobene pravne vrednosti.<sup>36</sup>

34 To seveda ni edina dejavnost proučevalcev prava, je pa osrednja – do te mere, da so vse druge od nje odvisne.

35 Poleg tega je, ker se pravna znanost navadno ukvarja z opisovanjem standardov, splošnih primerov oziroma se vsaj pogosto ne nanaša na konkretna ravnanja, nenavadno trditi, da imata enako metodo. V najboljšem primeru je lahko sovpadanje metod delno, pri čemer bi bilo mogoče metodo proučevalcev pozitivnega prava zajeti z metodo pravnih praktikov. A je to vprašanje sporno tako z empiričnega kot z normativnega vidika. V tem pogledu glej Peczenik 2005 (op. 7), 2; Aarnio 1987 (op. 29), 15.

36 Z izrazom »pravna vrednost« mislim na priznanje, ki ga lahko, kot delu postopka ustvarjanja ali uporabe prava, pravni sistem podeli dokumentu ali množici izjav zaradi njegovega izvora.

Omeniti velja dve kritiki te definicije pravne znanosti. Prva pravi, da naj ta definicija ne bi bila zelo povédna, saj ne pove ničesar o tem, kaj proučevalci prava počnejo ali kakšno metodo uporabljajo. Druga kritika poudarja, da naj bi bila ta definicija radikalno večpomenska, saj normativna teorija pravne znanosti ponuja zelo različne metode za določanje vsebine prava.

Na ti kritiki je mogoče odgovoriti hkrati: osrednja odlika zgornje definicije je v tem, da zajema nekatere lastnosti, ki se navadno pripisujejo pravni znanosti – dejavnosti proučevalcev prava (proučevalcev civilnega, kazenskega, upravnega prava idr.) –, ne da bi skrivoma vpeljevala razmisleke o tem, kaj proučevalci prava počnejo ali kaj bi morali početi.

Poleg tega je ta definicija zadostna tudi za razlikovanje na eni strani med dejavnostmi tistih proučevalcev prava, ki proučujejo določene dele pravnega reda in dejavnostmi onih, ki jemljejo kot predmet svojega proučevanja pravo kot tako, in na drugi strani med njihovo dejavnostjo in dejavnostjo pravnih praktikov, kot so sodniki in odvetniki. Tako je torej mogoče opredeliti naš predmet proučevanja (tj. pravno znanost), ob tem pa pustiti odprto vprašanje, kakšne dejavnosti proučevalci prava dejansko opravljajo oziroma kaj lahko počnejo ali kaj bi morali početi.

Skupaj z definicijo pravne znanosti *ampio sensu* in z namenom predstaviti merilo, po katerem bi lahko razporedili različne doktrine (tj. pojmovanja pravne znanosti *ampio sensu*) o tem, kaj bi proučevalci prava morali početi, uvajam še dve drugi definiciji: definicijo »pravne znanosti *stricto sensu*« in definicijo »pravne dogmatike«. Kot »pravno znanost v ožjem pomenu« razumem metodo, ki jo priporočajo tisti, ki menijo, da bi se morali proučevalci prava posvečati zgolj opisovanju vsebine pozitivnega prava; s »pravno dogmatiko« pa mislim na metodo, ki jo predlagajo tisti, ki menijo, da se proučevalci prava ne bi smeli omejiti na opisovanje – oziroma sploh ne bi smeli opisovati – pozitivnega prava, temveč bi morali sodnikom predlagati rešitve težkih primerov.<sup>37</sup>

---

V tem smislu se na primer ne pritožba odvetnika (kaj šele katera koli odločitev sodišča) ne poročila svetovalnih teles, katerih izdaja je obvezna (četudi njihova vsebina ne bi bila obvezna), ne bi šteli kot pravna znanost *ampio sensu*. To bi potemtakem iz tega okvira (pravne znanosti *ampio sensu*) izločilo vse dokumente, v katerih bi pravni sistem prepoznal veljavo formalnega vira prava. Pri tem lahko opazimo, da na ta način dejstvo, ali neka izjava (ali množica izjav) je ali ni del pravne znanosti, postane dispozitivna lastnost, ki je odvisna od prava samega: če pravni sistem pripozna pravno vrednost – kot jo je rimsko pravo – besedilom proučevalcem prava, ta s tem niso več znanost o pravu, temveč postanejo pravni vir.

37 Ne gre za običajno rabo tega izraza. A dajem prednost tej uporabi izraza, saj se v več mogočih pomenih nanaša na sklop metod za oblikovanje pravnih odgovorov na primere nedoločnosti. Za razpravo o rabah tega izraza glej Álvaro Núñez Vaquero, *Dogmática jurídica*, *Revista Euronómia* (2013) 4 (v tisku).

## 2 VZORI PRAVNE ZNANOSTI (*AMPIO SENSU*)

Ko imamo enkrat ustrezen pojmovni okvir, lahko proučimo nekaj metod spoznavanja vsebine prava. V nadaljevanju bom predstavil ključne značilnosti petih vzorov oz. modelov pravne znanosti *ampio sensu*: to so normativistični, realistični, argumentacijski, tehnološki in kritiški vzor.<sup>38</sup> A preden proučimo vsakega od teh vzorov, moramo na kratko obravnavati še en predhodni pomislek.

Ta pomislek zadeva naravo omenjenih vzorov. Ti imajo namreč, četudi so bili oblikovani z rabo različnih doktrin o tem, kaj bi proučevalci prava morali početi, hevristično vrednost v načinu, na katerega omogočajo razčlenitev različnih doktrin pravne znanosti *ampio sensu*. A so poleg tega ti vzori uporabni tudi pri proučevanju dejavnosti, ki jih proučevalci prava dejansko opravljajo. Vendar pa, ker gre za rekonstrukcije idealnih tipov, vanje ni mogoče umestiti vseh normativnih doktrin pravne znanosti in tudi dela vseh proučevalcev prava ne.<sup>39</sup>

### 2.1 Normativistična pravna znanost

Normativistični model je najbolj klasičen vzor v teoriji pravne znanosti. Po mnenju avtorjev, kot so Kelsen, Bobbio, Scarpelli, Jori, Bulygin ali Vernengo, bi se morali proučevalci prava posvečati opisovanju pravil, ki pripadajo pravnemu redu, in njihovi nadaljnji sistematizaciji. V tem pogledu bi bilo pravno znanost mogoče opisati kot normativno panogo, saj so predmet njenega proučevanja norme oz. pravila. Je tudi dejavnost, ki jo je mogoče definirati kot objektivno – četudi ji je, tako njeni zagovorniki, sporno pripisati pridevnik »znanstvena«. To pomeni, da imajo pogoji zatrdljivosti razlagalnih trditev (tj. trditev o vsebini prava, ki opisujejo, kakšne so pravne opredelitve posameznih ravnanj) objektivno naravo, saj izhajajo iz uporabe jasne množice pravil, katerih pogoji uporabe so urejeni in ravno tako jasni.

Četudi nikakor ni očitno, kaj pomeni »opisovati pravila« – kaj šele, kako določiti, katera je tista množica pravnih pravil, ki jih mora pravna znanost opisati –, večina zagovornikov normativističnega vzora pravne znanosti pod izrazom »opisovanje pravil« razume razlaganje normodajnih stavkov. To pomeni opisovanje pomenov, ki jih izražajo predhodno identificirane oblastne direktive.

38 Bralca je treba opozoriti, da gre tu za nesimetrično klasifikacijo, saj – četudi je temeljno merilo, ki označuje vsakega od teh vzorov, doktrina o tem, kaj naj bi proučevalci prava počeli – vsaka od teh doktrin poudarja drugačna teoretična vprašanja (razlaganje in sistematizacijo prava, teorijo praktičnega sklepanja, stališče o vlogi intelektualcev v naši družbi itd.).

39 Tu mislim na primer na teorijo pravne znanosti Luigija Ferrajolija, ki je nekakšna mešanica normativističnega vzora (kolikor razume razlaganje prava kot v bistvu opisno dejavnost) in kritiškega vzora (v tem smislu, da verjame, da bi morali proučevalci prava predlagati, kako naj bi varovali temeljne pravice). Nadaljnji razvoj tega argumenta pridržujem za druge priložnosti.



Dejavnost opisovanja pravnih pravil lahko povzamemo v treh korakih: i) identifikacija norm (ali določil, ki takšne norme izražajo), ki vzpostavljajo pogoje veljavnosti (pripadanja) za druga pravila pravnega reda; ii) identifikacija in razlaganje oblastnih direktiv, ki izražajo norme, ki naj bi pripadale pravnemu redu; iii) preverba veljavnosti norm, izraženih s takšnimi oblastnimi direktivami, tj. preverba, ali izpolnjujejo merila pripadanja pravnemu redu.

Pravno razlaganje ima v normativističnem vzoru pravne znanosti ključno vlogo, saj je vsako oblastno direktivo o veljavnem pravu – ki zatrjuje pripadanje pravila pravnemu redu – sestavljeno iz dveh trditev: razlagalne trditve o normi, izraženi s pravnim določilom (oblastno direktivo), in trditve o veljavnosti takšne norme.<sup>40</sup> Treba je poudariti, da razlaganje ni le nujni del opisovanja norm, ki so z oblastnimi direktivami izražene; poleg tega je razlaganje nujni del tudi pri ugotavljanju, ali je norma veljavna, saj moramo za takšno ugotovitev razložiti tiste oblastne direktive, ki izražajo pripadnostna merila pravnega reda. Če upoštevamo dejstvo, da so v večini pravnih redov ta merila določena v ustavnih besedilih in so običajno ohlapna in večpomenska, to vprašanje postane še kako pomembno.

Kaj pa po mnenju zagovornikov normativističnega vzora »razlaganje« obsega? Za večino omenjenih avtorjev<sup>41</sup> »razlaganje« pomeni, da oblastna določila uporabljamo v skladu s konvencionalnimi jezikovnimi pravili<sup>42</sup> oz. da zakonska določila (tj. *dejanske izjave v prostoru in času*; angl. *token-statements*) kot posamične primere jezikovne rabe podvržemo množici jezikovnih pravil zakonodajalca (tj. množici *tipskih izjav*). Četudi težki primeri obstajajo – povečini zaradi inherentne ohlapnosti naravnega jezika<sup>43</sup> – in čeprav mora razlagalec včasih odločiti, kateri pomen pripisati zakonskemu določilu, je zakonodajalčev jezik v večini primerov jasen. Skratka, razlagati pomeni opisovati pomen oblastnih direktiv.

Zagovorniki normativističnega vzora pravne znanosti seveda zagovarjajo različna razlagalna stališča, zato obstajajo nesoglasja glede tega, kateri razlagalni kanon naj prevlada: dobesedna razlaga, sistematična razlaga, namenska razlaga itd. Vseeno pa se zdi, da so ti avtorji udeleženi v vsaj neke vrste zmernem

40 Tecla Mazzaresse, 'Norm-proposition': Epistemic and Semantic Queries, *Rechtstheorie* (1991) 22, 39–70.

41 Razen seveda za Kelsna. Za jedrnatno analizo Kelsnove teorije razlaganja napotujem na svojo uvodno študijo k tej teoriji. Álvaro Núñez Vaquero, Sobre la interpretación, *Eunomia* (2011) 1, 173–184.

42 Eugenio Bulygin, Sull'interpretazione, *Analisi e Diritto* 1992, 11–30; Luigi Ferrajoli, La semantica della teoria del diritto, v: Uberto Scarpelli (ur.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983.

43 Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Genaro Carrió, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011; Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, Mexico, Fontamara, 2001.



deskriptivizmu<sup>44</sup> – ne le zato, ker pravo, če med pravnimi določili in z njimi izraženimi normami ne bi običajno bilo nedvoumnega ujemanja, ne bi moglo uresničevati svoje temeljne funkcije (tj. usmerjati ravnanje),<sup>45</sup> temveč predvsem zato, ker dejavnosti opisovanja pravil ne bi mogli opredeliti kot objektivne (in še manj kot znanstvene) dejavnosti.

Vendar pa po mnenju zagovornikov normativistične pravne znanosti opisovanje pravil ni edina dejavnost, ki bi jo proučevalci prava morali razvijati. To, prvo fazo bi morala spremljati druga faza v obliki sistematizacije.<sup>46</sup> Kot »sistematizacijo« pa je mogoče razumeti vsaj tri različne tipe dejavnosti.

a) Izraz »sistematizacija« pomeni pojasnjevanje vseh logičnih posledic pravnega reda in preoblikovanje normativne baze reda z uporabo manjšega števila normodajnih stavkov.<sup>47</sup> Sistematizirati torej pomeni, prvič, izpeljati vse logične posledice normativnega reda, in sicer izključno iz izvornih določil reda in z uporabo v sistemu sprejetih pravil preoblikovanja; in drugič, izraziti to množico pravil z manjšim naborom pravnih določil.

b) Z izrazom »sistematizacija« je mogoče razumeti tudi načrtno razgrinjanje redu pripadajočih norm, njihovo razvrščanje glede na vsebino in izgradnjo pojmovnih kategorij, ki omogočajo njihovo razumevanje in lažjo uporabo. To pomeni razvijanje pravnih institutov (pogodb, civilnih deliktov, skupinskih tožb idr.), ki jih je mogoče uporabiti za ureditev, predstavitev in sklicevanje na množico norm.

c) Končno z izrazom »sistematizacija« mislimo na iskanje rešitev za logične pomanjkljivosti pravnega reda, tj. razreševanje protislovij in zapolnjevanje praznin. A je vendarle sporno, ali pravna znanost mora razreševati te probleme ali pa se morajo, ravno nasprotno, proučevalci prava omejiti na razkrivanje tovrstnih hib, saj bi se, če bi bila protislovja razrešena in praznine zapolnjene, spremenil tudi predmet proučevanja. Vendar je mogoče trditi, da proučevalci prava morajo opravljati tovrstne dejavnosti, ko te zajemajo uporabo jasnih pravil pravnega reda, katerih pogoji uporabe so ravno tako jasni.<sup>48</sup>

44 Tj. stališču, ki trdi, da je razlaganje v vseh ali vsaj v večini primerov spoznavna dejavnost. Glej Moreso 1998 (op. 11), 156–160.

45 Joseph Raz, *Intention in Interpretation*, v: Robert George (ur.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 249–286.

46 Za natančnejšo analizo pojma regulatornega sistema glej Ratti 2008 (op. 19) in Jorge Rodríguez, *Introducción a la lógica de los sistemas normativos*, Madrid, CEPC, 2002.

47 Eugenio Bulygin, *Legal Dogmatics and Systematization of Law*, *Rechtstheorie* (1993) 10, 193–210.

48 Poudarimo, da bi bila normativistična pravna znanost, če bi naloge pravne znanosti vključevale razreševanje logičnih pomanjkljivosti sistema, prav tako normativna panoga, saj bi se pravila s tem uporabljala (in ne le opisovala).

## 2.2 Realistična pravna znanost

Realistični vzor pravne znanosti ima v več svojih različicah izrazito kritično noto. Da bi ustrezno razumeli domet in pomen realističnega vzora pravne znanosti, moramo najprej omeniti kritike, ki so jih avtorji, kot so Holmes, Ross ali Guastini, naperili zoper normativistični vzor. Čeprav se predmet kritik različnih oblik realizma razlikuje, je vseeno mogoče prepoznati dve skupni kritik: eno ontološke in drugo metodološke narave.

Ontološka kritika temelji na skrajni empiristični epistemologiji (tj. na redukcionizmu), s katero soglaša večina zagovornikov tega vzora. Skladno s to kritiko bi bila normativistična pravna znanost, če obstajajo zgolj entitete zaznavne resničnosti, nesmiselna: v svetu namreč ne obstaja nič takega, kot so norme oz. pravila, ki so predmet opisovanja normativistov. Če pravna znanost torej želi biti znanstvena panoga, se morajo njene trditve nanašati na entitete empiričnega sveta. Tako zaradi imperativa preobrazbe pravne znanosti v resnično znanstveno panogo predmet njenega proučevanja ne more biti drugo kot sodne odločitve<sup>49</sup> (v najširšem pomenu) in občutki pravnikov v praksi, da je kaj zavezujoče.

Metodološka kritika črpa iz trditve o nedoločnosti prava. »Trditev o nedoločnosti prava« moramo razumeti kot trditev, po kateri je mogoče isti spor rešiti na več izključujočih se, a enako utemeljenih načinov.<sup>50</sup> To pomeni, da nam, vsaj v nekaterih primerih, množica pravnih razlogov omogoča isto ravnanje pravno opredeliti na med seboj neskladne načine. Če pravna določila torej lahko utemeljijo več kot eno rešitev konkretnega primera, to pomeni, da vzroki ali razlogi, ki sodnike vodijo k izboru ene od več možnih pravnih rešitev, niso pravne, temveč neke druge narave: politične, psihološke, ekonomske itd.<sup>51</sup>

Viri nedoločnosti prava so različni: ohlapnost, uklonljivost, logične pomanjkljivosti v sistemu itd. Vendar pa realisti tradicionalno poudarjajo,<sup>52</sup> da je vir nedoločnosti prava predvsem tudi večpomenskost zakonodajalčevih direktiv

49 Martín Diego Farrell, *Hacia un concepto empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

50 Brian Leiter, Legal Indeterminacy, *Legal Theory* (1995) 1, 481–492. Za razpravo o nedoločnosti prava v delu Briana Leiterja glej Álvaro Núñez Vaquero, *El realismo jurídico de Brian Leiter, Diritto e Questioni Pubbliche* (2011) 10, 438–456.

51 V luči te trditve je treba razumeti določene izjave, kot so: »Prerokbe o tem, kaj bodo dejansko storila sodišča, in nič kaj bolj domišljavega, so tisto, na kar mislim s 'pravom'.« (Oliver Wendell Holmes, ml., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 5 (1897) 110, 991–1009, 994). Ali: »Pravila so uporabna, kolikor pomagajo razumeti ali predvideti, kaj bodo sodniki storili oziroma kolikor pomagajo pripraviti sodnike, da nekaj storijo. To je njihov pomen. To je tudi ves njihov pomen, razen če mislimo, da so igrače.« (Karl Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1930, 5.)

52 Richard Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008; Max Radin, *Statutory Interpretation*, *Harvard Law Review* (1929/1930) 43, 863–885.

(in sodnih precedensov<sup>53</sup>). Kot večpomenskost moramo razumeti možnost razlaganja istih oblastnih direktiv na podlagi različnih kanonov razlaganja, ki so uporabljivi v pravni skupnosti, in odsotnost trajnih metapравnih meril, po katerih bi lahko ugotovili, katera razlagalna merila naj se uporabijo oziroma katere norme iz oblastnih direktiv izhajajo.<sup>54</sup> Z drugimi besedami: na podlagi različnih razlagalnih tehnik je mogoče iz istih oblastnih direktiv izpeljati različne norme, vse enako legitimne, pri čemer pa pravni red z ničimer ne nakaže, katero od razlagalnih tehnik moramo uporabiti.

Ta trditev o nedoločnosti vodi v skrajno kritiko normativističnega vzora pravne znanosti: normativisti trdijo, da opisujejo vsebino prava, a v resnici privzemajo vrednostne sodbe, ki preprečujejo, da bi njihove normativne trditve opredelili kot opisne. Tako normativistične pravne znanosti ni mogoče opredeliti za opisno ali objektivno dejavnost, saj so njene normativne trditve pogojene s pravno-etičnimi nagnjenji (v širokem pomenu besede) tistih, ki jih podajajo.

Najbolj znani vzor realistične pravne znanosti v celinskopravni kulturi je gotovo model Alfa Rossa. Po njegovem mnenju bi morale propozicije pravne znanosti vsebovati napovedi o tem, kako bodo sodniki odločali v bodočih sporih. Ross je, kot je dobro znano, izpeljal združitev dveh tipov realizma – vedenjskega (po Holmesu) in psihološkega (po Olivecroni) – z zagovarjanjem, da obstoječe pravo sestavlja množica norm, ki jih sodniki občutijo kot zavezujoče (veljavne) in bi jih bili pripravljeni uporabiti (če obstaja dejanje, ki je opisano v proreku norme).<sup>55</sup>

Rossov model gotovo ni edini dostopni vzor realistične pravne znanosti, najbrž ni niti najbolj zadovoljiv. Zagovorniki realističnega vzora pravne znanosti predlagajo različne metode oblikovanja napovedi, pri čemer je očitna njihova raznovrstnost: od proučevanja *ratia* sodnih odločitev, ki je bilo značilno za ameriške realiste, do nedavnih študij Spaetha in Segala, Richarda Posnerja ali novega pravnega realizma pa do *sociologije v pravu* Giovannija Tarella.

Če je trditev o nedoločnosti pravilna – in pravna določila ne določajo, kako naj sodniki razrešijo posamezne spore –, potem se zdi, da proučevalci prava po

53 Hermann Oliphant, A Return to Stare Decisis, *American Bar Association Journal* (1928) 14, 71–162; Karl Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed, *Vanderbilt Law Review* 3 (1949/1950), 395–406.

54 Riccardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rim, Aracne, 2009. V slov. prevodu imamo iz te knjige Riccardo Guastini, Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje, *Revus* (2011) 14.

55 Rossov model je sporen iz dveh razlogov: prvič, ker, četudi Ross nakaže, kateri bi bil osrednji dejavnik sodnih odločitev (ideologija pravnih virov), se ta dejavnik ne izraža v metodi za oblikovanje predvidevanj; drugič, ker Rossova metoda predvideva uporabo pravnih določil, ne pa samih pravil ali sodnih odločitev. Problem je v tem, da če imajo ameriški realisti prav in obstaja razlika med tem, kar sodniki trdijo, da počnejo, in tem, kar dejansko počnejo, potem je predvidevanje sodniške uporabe pravnih določil docela nezanimivo.

realističnem vzoru plujejo proti neke vrste interdisciplinarnosti oziroma sodelovanju tako z zgodovinarji pravne in politične misli kot z ekonomisti, sociologi in psihologi. To pa zato, ker je, če so sodne odločitve zaznamovane s političnimi in ekonomskimi dejavniki, vloga pravne znanosti pa je prav v predvidevanju bodočih sodnih odločitev, nujno dognati, kako ti dejavniki vplivajo na sodne odločitve ali jih določajo.<sup>56</sup>

## 2.3 Argumentacijska pravna dogmatika

Razprava o znanstveni naravi pravne znanosti je v zgodovini teorije o pravni znanosti gotovo zavzela veliko prostora. Vendar pa je v zadnjih desetletjih to razpravo deloma zamenjala razprava metateoretične in normativne narave. Na kratko: po mnenju avtorjev, kot so Aarnio, Alexy, Atienza, Nino, Peczenik ali Zagrebelsky, proučevalci prava ne le opisujejo vsebino pozitivnega prava – niti ne bi smeli početi zgolj tega, temveč morajo tudi predlagati rešitve težkih primerov, za katere pravo ne daje enega samega pravilnega odgovora, vsaj ne očitno.

Zagovorniki argumentacijskega vzora pravne dogmatike radikalno kritizirajo vzore pravne znanosti v ožjem pomenu (*stricto sensu*): pravna znanost v ožjem pomenu bodisi ni zgolj opisna (in je torej ideološka) bodisi je obsojena na to, da je s praktičnega vidika popolnoma nepomembna.<sup>57</sup> Po njihovem mnenju proučevalci prava tradicionalno opravljajo pomembno družbeno vlogo, ki ni v celoti opisovalna, a ki je hkrati – ne zaradi tega razloga – arbitrarna ali iracionalna in je ni mogoče razložiti. Če sledimo vzorom pravne znanosti v ožjem pomenu (*stricto sensu*).<sup>58</sup> V Ninovih besedah se »znajdemo v nekoliko absurdni situaciji, ko moramo razpravljati o očitnih in celo banalnih zadevah, kot na primer, da dejavnost pravnikov opravlja tudi druge funkcije in ne le tistih, ki jih dopuščajo ti vzori [pravne znanosti v ožjem pomenu].«<sup>59</sup>

56 Nekateri so zahtevo, da bi se pravna znanost morala ukvarjati z napovedmi sodnih odločitev, vzeli resno, celo resneje kot ameriški realisti sami. Glej Jeffrey Segal, Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2002; Frank Cross, *Political Science and the New Legal Realism*, *Northwestern University Law Review* 92 (1997/1998) 1, 251–326.

57 Manuel Atienza in Juan Ruiz Manero, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, *Isonomia* (2007) 27, 7–28. Za poglede zagovornika argumentacijskega vzora v slovenščini glej Manuel Atienza, *Argumentiranje in ustava*, *Revus* (2009) 9.

58 Ta kritika je resen izziv vsem doktrinom pravne znanosti v ožjem smislu, ne pa tudi nujno za pozitivistično pojmovanje prava. Ne da bi zapadli v protislovje, je namreč mogoče trditi, da prepoznavanje vsebine prava sicer ne terja nujno zatekanja v moralne premisleke (gre za trditve o neobstoju ugotovljive povezanosti med pravom in moralo), da pa bi proučevalci prava vendarle morali predlagati rešitve primerov, v katerih je pravo nedoločno. Prim. Nino 1999 (op. 5), 13.

59 Nino 1999 (op. 5), 13. Podobne besede je mogoče najti pri avtorjih, kot so Amselek, Atienza, Zagrebelsky, Dworkin, Alexy idr.

Po mnenju zagovornikov argumentacijskega vzora postane delo proučevalcev prava zanimivo in relevantno prav takrat, ko zapustijo raven opisovanja, četudi jim ne uspe prepoznati enega samega pravičnega odgovora.<sup>60</sup> To pa seveda ne pomeni, da naj bi proučevalci prava predlagali rešitve težkih primerov na podlagi lastnih preferenc ali moralnih nagnjenj. To dejavnost bi prej morala voditi naslednja dva dejavnika: prvič je to množica pravnih in/ali moralnih vrednot in načel, ki so pozitivizirana v pravnem redu in/ali usmerjajo družbeno prakso, imenovano »pravo«;<sup>61</sup> drugič, proučevalci prava morajo z dajanjem podpornih razlogov utemeljiti vsako od ponujenih rešitev težkih primerov, tj. ponuditi morajo razloge v podporo svojim rešitvam težkih primerov.

Po mnenju večine teh avtorjev naj bi bilo pravno argumentiranje – kolikor utemeljuje neko izhodiščno trditev z načeli in vrednotami – vrsta (ali poseben primer) praktičnega sklepanja.<sup>62</sup> To pomeni, da naj bi razlike, ki se sicer pojavljajo med zagovorniki argumentacijskega vzora glede vprašanja pravnega in moralnega sklepanja, ne bile relevantne za ugotavljanje, ali je neka izhodiščna trditev z argumenti utemeljena.

Med zagovorniki argumentacijskega vzora je mogoče razločiti med tremi razsežnostmi pravnega argumentiranja. Skrajno strnjeno: prvi pristop se ukvarja z logično veljavnostjo argumentov, drugi z njihovo prepričevalno močjo, medtem ko se tretji izrecno ukvarja z vsebinsko verodostojnostjo argumentov. Posebnost te vsebinske razsežnosti pravnega argumentiranja je v tem, da je mogoče vnaprej ugotoviti, katere pogoje mora izhodiščna trditev argumenta izpolnjevati, da bi bila končno razumljena kot najboljša možna pravna rešitev. To pomeni, da iskanje najboljšega odgovora na pravne probleme ni nekaj, kar bi bilo mogoče skržiti na uporabo množice pravil. Iskanje najboljšega možnega odgovora je dejavnost, ki jo vodi model racionalnosti (in objektivnosti<sup>63</sup>), drugačen od tistega, ki usmerja naše teoretične in spoznavne dejavnosti: gre za *phronesis* ali praktično sklepanje.

Argumentacijska metoda za vzor postavlja proučevalca prava, ki ponuja rešitve pravnih sporov na podoben način kot moralni filozofi ponujajo rešitve moralnih ali etičnopolitičnih problemov: z utemeljevanjem svojih rešitev na podlagi pravil, načel in vrednot. Tovrstna praktična racionalnost, ki je podlaga argumentacijskega vzora (značilnega za deontološko moralo), se zrcali v različnih vodilih, o katerih razpravlja moralna filozofija: to so reflektivno ravnoesje,<sup>64</sup>

60 Aulis Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Mexico, Fontamara, 1995.

61 Mislim seveda na Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

62 Za teorijo posebnih primerov glej Robert Alexy, *The Special Cases Thesis*, Ratio Juris 12 (1999) 4, 374–384.

63 Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 7. pogl.

64 Giorgio Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008.

skladnost,<sup>65</sup> celostne razlage norm v njihovi najboljši luči,<sup>66</sup> razprave pred idealnim racionalnim avditorijem<sup>67</sup> idr. Vendar pa je zaradi njegovega poudarjanja v delih Roberta Alexyja<sup>68</sup> najpogostejše vodilo med zagovorniki argumentacijskega vzora tehtanje načel: metoda za uporabo načel in razreševanje njihovih medsebojnih konfliktov.<sup>69</sup>

A iz dejstva, da je pravno argumentiranje poseben primer praktičnega sklepanja, ne sledi, da se pravno argumentiranje izgublja v moralnem sklepanju. Razprava o najboljši pravni rešitvi namreč lahko obrodi ne najboljši moralni odgovor, temveč *drugi najboljši moralni odgovor*: tj. moralno utemeljen odgovor, ki pa z etičnega vidika ni optimalen, saj pravno argumentiranje poleg moralnih načel in vrednot vodijo tudi specifično pravna načela in vrednote, kot so pravna predvidljivost, stanovitnost skozi zgodovino institucij ipd.

## 2.4 Realistično-tehnološka pravna dogmatika

Del literature o pravnem realizmu, posebno ameriškem, je posvečen vzoru pravne dogmatike, ki so ga razvili avtorji, povezani s pravnim realizmom, kot so William Douglas, Karl Llewellyn in Felix Cohen. Gre za metodo – bolj prisotno v praksi kot v teoriji –, ki se ne uporablja za napovedi o obstoječem pravu, temveč za predlaganje rešitev težkih primerov (konstruktivna metoda). Tu napravim rekonstrukcijo takšnega vzora pravnega dogmatizma, ki temelji na pogledih omenjenih avtorjev in preostalih ameriških ter drugih realistov (kot so Michel Troper, Vilhelm Lundstedt ali Giovanni Tarello), a tudi predhodnikov in dedičev realizma, kot so Rudolf von Jhering, Richard Posner, Brian Leiter ali Hans Albert.

Da bi razumeli, kaj tehnološki vzor pravne dogmatike vključuje, je treba pokazati na njegovo povezavo z realističnim vzorom pravne znanosti: to povezavo predstavlja trditev o nedoločnosti prava. Gre za trditev, da je z oblastnimi direktivami mogoče isto ravnanje utemeljeno opredeliti na medsebojno izključujoče se načine, zaradi česar se je pri razreševanju sporov treba zateči k zunajpravnim premislekom.

Zagovorniki tehnološkega vzora pa v povezavi s trditvijo o nedoločnosti prava naredijo še korak naprej. Po njihovem mnenju deontološki model praktične racionalnosti – tisti, ki je podstat argumentacijski dogmatiki – nudi

65 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994; Juan Manuel Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

66 Dworkin 1986 (op. 61), 45 in nasl.

67 Aarnio 1987 (op. 29), 221 in nasl.

68 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

69 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003; David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.



orodja, ki na podlagi istih pravil ter moralnih in pravnih načel omogočajo utemeljitev izključujočih se odločitev.<sup>70</sup> To pomeni, da pravo ni le nedoločno ali da orodja, ki jih proučevalci prava uporabljajo za razlaganje prava, povzročajo neskladja, temveč, da zagovorniki tega vzora predstavljajo skeptično stališče o praktičnem sklepanju, pojmovno neodvisno od teorij o tem, kakšni so naši pravni redi.

Problem ni le v tem, da objektivno pravih vrednot ni (zunanji skepticizem), temveč tudi v tem, da celo če bi se lahko strinjali glede tega, katere vrednote so pravilne, orodja deontološkega moralnega diskurza, ki temelji na pravih, načelih in vrednotah, dopuščajo utemeljitev medsebojno izključujočih se pravnih odločitev:<sup>71</sup> katero dejanje naj bi bolj spoštovalo naša moralna načela, je odvisno od teže oziroma vrednosti, ki jo vsakemu od teh načel pripisujejo proučevalci prava (notranji skepticizem). Orodja, kot so reflektivno ravnavesje, komunikacijski dialog ali tehtanje načel, ne zmanjšujejo negotovosti do te mere, da bi služili razumskemu razreševanju sporov med pravili, načeli in moralnimi standardi. Nasprotno, takšna orodja dajejo le videz razumskosti odločitvam, utemeljenim na goli intuiciji ali predsodkih, izpolnjujoč zgolj ideološko funkcijo. Z drugimi besedami: če ni mogoče prepoznati zadostnih pogojev, da bi neko ravnanje šteli za pravilno, potem se proučevalci prava o nujenju rešitev za težke primere lahko zanašajo le na povsem intuitivne, če ne celo idiosinkratične premisleke.

To ne pomeni, da so zagovorniki tehnološkega vzora radikalno skeptični do praktičnega sklepanja – vsaj ne v vseh možnih pomenih izraza »skepticiizem«. <sup>72</sup> Čeprav je večina teh avtorjev neobjektivistov (zanikajo obstoj končnega merila moralne pravilnosti), prav ti avtorji takrat, kadar v svojih pravnodogmatskih delih ponujajo rešitve težkih primerov, uporabljajo praktične argumente, ki se zdijo racionalni, a v drugačnem smislu te besede (tj. v odnosu do modela praktične racionalnosti, ki skuša utemeljiti praktične odločitve na podlagi norm, moralnih in/ali pravnih vrednot in načel).

Tem avtorjem je bilo glede moralnih vprašanj pogosto pripisano ohlapno partikularistično pojmovanje, tj. pogled, da nekaj, kar se v nekem primeru šteje kot moralni razlog, morda ni v ničemer relevantno v drugem, podobnem

70 Leiter 2007 (op. 63), 8. poglavje; Brian Leiter, In Praise of Realism (and against nonsense jurisprudence), *The Georgetown Law Journal* 100 (2012) 3, 865–893; Richard Posner, The Problematics of Moral and Legal Theory, *Harvard Law Review* (1997/1998) 111, 1637–1717.

71 Za kratko, a učinkovito predstavitev pluralizma vrednot napotujem na Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Roma, Laterza, 2006, pogl. V.

72 O različnih vrstah skepticizma v metaetiki glej Pierluigi Chiassoni, Tre esercizi per una critica dell'oggettivismo morale, *Analisi e Diritto* 2009; José Juan Moreso, El reino de los derechos y la objetividad de la moral, v: *Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 69–94.

primeru.<sup>73</sup> Vendar pa postane pogled teh avtorjev mnogo bolj verjeten,<sup>74</sup> če rekonstruiramo model praktične racionalnosti, ki je podlaga njihovega dela, kakršen je na primer model konsekvencialistične etike. Z drugimi besedami, etike – njena najbolj znana smer je utilitarizem –, ki zagovarja, da je edino merilo moralne opredelitve dejanja to, ali je primerno za doseg najbližjega možnega stanja zadev oz. k njemu prispeva.<sup>75</sup> Tako trditve, ki moralno opredelijo ravnanja, ker posredno obravnavajo dejstva in vzročne zveze, pridobijo resničnostno vrednost.

To ne pomeni, da bi proučevalci prava morali iskati nekakšen smisel v pravu ali zakonodajalčev namen, ali da bo neke vrste sociološka, psihološka ali ekonomska raziskava omogočila odkritje najboljšega stanja stvari. Namesto tega tehnološki vzor pravne dogmatike terja, da proučevalci prava izberejo neko stanje stvari kot najboljše – in to izbirajo jasno izrazijo – ter ponudijo dokaze v podporo določene pravne rešitve, primerne za doseg tega stanja stvari.

Seveda še vedno ostaja precejšnje polje diskrecije, saj po mnenju zagovornikov tehnološkega vzora ni objektivnih meril za določitev najboljšega stanja stvari. Vendar pa ima tovrstno praktično sklepanje vseeno vsaj tri prednosti: prvič, naše najboljše vedenje o svetu (tisto znanstveno) postavi v jedro praktičnega sklepanja; drugič, praktični diskurz postane bolj obvladljiv, saj imajo končno izreki, ki moralno opredeljujejo ravnanja, resničnostno vrednost; in tretjič, pojmovanje praktičnega uma s tem implicira, da bo izbira katerega koli ravnanja bolj racionalna, ker je to izbrano na podlagi objektivnih meril.<sup>76</sup>

Poleg tega, da predlaga rešitve težkih primerov, tehnološka dogmatika namenjaja posebno pozornost preoblikovanju pravnih pojmov. Zagovorniki tehnološkega vzora, prvič, predlagajo predvsem, da se vsak pravni pojem zvede na množico empiričnih dejstev, na katera se pojem nanaša,<sup>77</sup> pri čemer naj se iz pravnega jezika izloči vse tiste pojme, ki se nanašajo na neobstoječe entitete in

73 Jonathan Dancy, *Moral Particularism*, v: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <http://plato.stanford.edu> (6. oktober 2012). To povezavo med pravnim realizmom in etičnim partikularizmom je med drugimi predlagal Robert Summers. Glej Robert Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1982.

74 Ne gre zgolj za vprašanje verjetnosti, temveč za vprašanje pravilne zgodovinske rekonstrukcije. Glej npr. Cohen 1960 (op. 18); Vilhelm Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1956; Karl Llewellyn, *The Theory of Rules*, Chicago, University of Chicago Press, 2011, pogl. VI; Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, 199 in nasl.; Giovanni Tarello, *La semantica del neustico*, v: Tarello 1974 (op. 11).

75 Za kratek, a natančen uvod v etični konsekvencializem glej Juan Carlos Bayón, *Causalidad, consecuencialismo y deontologismo*, *Doxa* (1989) 6, 461–500.

76 V tem smislu glej Uvod Maria G. Losana v: Rudolf von Jhering, *Der Zweck Im Recht* (1877); v ital. prevodu Mario G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972.

77 Alf Ross, Tù-Tù, *Harvard Law Review* (1956-1957) 70, 812–825; v slov. prevodu Andreja Kristana: Tù-Tù, *Revus* (2008) 7, 89–100.



dejstva, ki jih ni mogoče potrditi;<sup>78</sup> drugič, priporočajo drobitev tradicionalnih pravnih pojmov v različne pojme manjšega obsega, ki se nanašajo na tipe primerov in ki so opisani bolj natančno (nadrobni primeri); in končno, zavzemajo se za posodabljanje teh pojmov v luči morebitnih sprememb v družbeni dejanskosti.<sup>79</sup>

## 2.5 Kritiška pravna dogmatika

Zadnji vzor je značilen za kritiške teorije prava.<sup>80</sup> Če bi ga želeli strniti v slogan, bi se kritiški vzor pravne dogmatike – ki ga zagovarjajo gibanja, kot so *Critical Legal Studies*, argentinska kritiška teorija ali italijanski *Uso alternativo del diritto* – glasil nekako takole: pravo je nadaljevanje politike z drugimi sredstvi; zato so proučevalci prava politični agenti, ki se morajo zavedati pomembnosti vloge, ki jo igrajo, in se obnašati temu primerno.

Kritiške doktrine pravne dogmatike privzemajo neko različico trditve o nedoločnosti prava v njeni najpogostejši obliki. Vendar je to značilno za mnoge proučevalce prava, tako pripadnike *Critical Legal Studies* kot proučevalce prava drugih pravnih teorij. Kar je posebno v kritiških teorijah pravne dogmatike – vsaj v njenih najpogostejših različicah –, je (glavni) vir te nedoločnosti: nanj kaže trditev o temeljnem protislovju.

Po tej trditvi naj bi bilo pravo današnjih pravnih redov postavljeno na neko ideologijo: tj. politični liberalizem. V liberalizmu pa sta – po mnenju kritikov – včasih prisotna dva protislovna »duha«: individualizem in altruizem, tj. etičnopolitični vrednoti, ki sta neskladni in ki njegovim zagovornikom preprečujeta, da bi ponudili razumne odgovore etičnopolitične ali pravne narave, kadar koli bi se pojavil težak primer.<sup>81</sup> To protislovje nam ne omogoča sprejemati utemeljenih odločitev, obenem pa proučevalcem prava in pravnim praktikom ne preprečuje razreševanja večine sporov v korist individualističnega vidika liberalizma.

78 Cohen 1960 (op. 18).

79 Za primer tovrstne analize glej William Douglas, *Vicarious Liability and Administration of Risk*, *Yale Law Review* (1956-1957) 70, 812–825.

80 V nadaljevanju se bom osredotočil na *Critical Legal Studies* in argentinsko kritiško teorijo. Iz več razlogov se osredotočam na rekonstrukcijo kritiškega vzora pravne dogmatike teh dveh gibanj, na škodo predstavitve drugih gibanj, kot so *Uso alternativo del diritto* ali *Critique du droit*. Prvič, zato, ker je *Critical Legal Studies* – čeprav danes ostaja le malo od tega gibanja – še vedno referenca za vse tiste, ki se želijo ukvarjati s kritiško pravno znanostjo; drugič, zaradi relevantnosti argentinskih prispevkov na tem področju; in zadnjič, ker se je zaradi razpršenosti kritiške pravne teorije smiselno osredotočiti le na nekatere. Prav tako ne bom upošteval stališč drugih latinskoameriških avtorjev, kot sta Eros Grau ali Oscar Correa, ki so javno pozicionirani v kritiškem toku.

81 »Klasično« trditev o temeljnem protislovju je postavil Roberto Unger. Glej Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975.

Trditev o temeljnem protislovju naj se ne bi izražala le na področju vsebine; izražala naj bi se tudi v kontekstu strukturiranja prava. Posebno v razliki med pravili in načeli, saj pravo, ki je strukturirano zgolj na temelju pravil, daje videz gotovosti in spodbuja pravne igralce, da sledijo lastnim ciljem, omejenim zgolj s temi pravili, ter tako krepi individualistični vidik liberalizma.<sup>82</sup> To podobo prava, ki temelji zgolj na pravilih, dodatno utrjujejo programi pravnega izobraževanja, kjer se poustvarja posebna *forma mentis*, način razumevanja študija in uporabe prava, ki predstavlja delo pravnikov kot politično nevtrarno.<sup>83</sup>

Če torej objektivno poznavanje prava ni mogoče (niti na metapравoslovni ravni) in je vsakršno premišljevanje o pravu podano s političnega gledišča, potem je – po mnenju zastopnikov kritiškega vzora – bolje, da se te pogojenosti zavedamo in napravimo »pravno dogmatiko zavestno pristransko«.<sup>84</sup> Vse to zato, ker bi bili pravniki s svojimi kategorijami in razlagami pripravljeni spremeniti tako način uporabe prava (in na neki način tudi pravo samo) kot družbo, kar je končni cilj kritiškega vzora pravne dogmatike. To predano (ideološko opredeljeno) dogmatiko lahko razčlenimo na dve fazi: na prvo, kritiško fazo in drugo, konstruktivno fazo.

Kritiška faza pomeni sistematično poročanje o političnem vmešavanju, ki ga je mogoče najti v opisovanju in uporabi prava tako pri proučevalcih prava kot pri pravnih praktikih. V tej fazi so kritiki najbolj zainteresirani za javno opozarjanje, da je tisto, kar je predstavljeno kot objektivne razlage in nujne odločitve, popolnoma nenujno in odvisno od preferenc in ideologij pravnikov v praksi. Ko je nenujnost teh rešitev enkrat izpostavljena, je mogoče podvomiti tudi o lahkkih primerih z načenjanjem razprav o etičnopolitični izbiri, ki jih pogojuje, in s predlogi novih rešitev konflikta med individualizmom in altruizmom.

Konstruktivna faza kritiškega vzora pravne dogmatike se preslikuje na podobo pravnika (intelektualca), ki je predan služenju določenemu idealu pravičnosti. Ta faza vključuje nudenje koristnih znanj za družbene spremembe in pojmovnih kategorij, ki služijo temu, da se približamo idealu pravičnosti. Ta ideal, ki naj bi mu pravniki sledili in ki naj bi usmerjal njihove dejavnosti, izbere vsak proučevalec prava – če, kot pravijo ti avtorji, je pravo nedoločno – avtonomno, čeprav večina kritiških gibanj ostaja na skrajno levem in emancipatornem političnem bregu. Zato je nujno, da proučevalci prava razumejo pravo kot del širšega političnega sistema in tako ustvarjajo novo znanje, ki temelji na različnih panogah in pristopih k pravu.<sup>85</sup>

82 Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review* (1976) 89, 1685–1778.

83 O pravnem izobraževanju v ZDA glej Juan Antonio Pérez Lledó, *La enseñanza del derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2006.

84 Christian Courtis, Alberto Bovino, Por una dogmática conscientemente comprometida, v: Christian Courtis (ur.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

85 V tem pogledu so pomembne pravne študije s psihoanalitičnega gledišča Enriqueja Marija.

### 3 KAKO NAPRAVITI KAJ Z METODAMI

Z nekoliko prilagojenimi besedami Felixa Cohena<sup>86</sup> je mogoče reči, da so na področju teorije pravne znanosti (gre za metadiskurz ali proučevanje znanosti o pravu) pomembna tri vprašanja: prvič, kaj proučevalci prava počnejo; drugič, kaj bi morali početi; in, tretjič, kaj smejo početi.

Čeprav rekonstrukcija vzorov pravne znanosti iz prejšnjega dela prikazuje različne *predpisovalne* vzore pravne znanosti, daje dovolj širok – čeprav ne celovit – odgovor na zadnje vprašanje. Zdaj pa je treba povedati še nekaj o prvem in drugem vprašanju: kaj proučevalci prava počnejo (3.1) in kaj bi morali početi (3.2). Kar sledi, ni mišljeno kot kaj več kot le prvi korak v to smer, saj bi zadovoljiv odgovor na obe vprašanji zahteval samostojno obravnavo.

#### 3.1 Kaj proučevalci prava počnejo

V povezavi z empiričnim vprašanjem, kateri vzor pravne znanosti ima večji ugled, je nujno ločiti dve podvprašanji: (i) kateri vzor ima z normativnega gledišča večjo podporo med tistimi, ki se ukvarjajo s teorijo pravne znanosti; (ii) kateri vzor pravne znanosti *ampio sensu* je bolj široko sprejet v praksi proučevalcev prava.

Čeprav, kot smo že dejali, obstaja več doktrin glede vprašanja, kaj naj bi proučevalci prava počeli, večina teoretikov pravne znanosti – vsaj v zahodni pravni kulturi – uporablja neko različico argumentacijskega in neko različico normativističnega vzora. Realistični, kritiški in tehnološki vzor so manj priljubljeni med tistimi, ki ponujajo predpisovalne vzore.

Odgovor na vprašanje, kateri vzor proučevalci prava uporabljajo pri svojem delu, je podoben prejšnjemu: čeprav nekateri pravniki uporabljajo različice realističnega, kritiškega in tehnološkega vzora, sta najbolj uporabljana normativistični in argumentacijski vzor – v tem vrstnem redu.<sup>87</sup> To seveda ne pomeni, da proučevalci prava ne uporabljajo drugih vzorov, temveč le to, da ti niso v večini.

---

Za povzetek njegovih stališč glej Christian Courtis, Enrique Marí (1928-2001), *Doxa* (2001) 24, 5–19. Za razpravo o različnih pomenih, ki jih lahko pojem multidisciplinarnost prevzame v proučevanjih prava, sprejetih in predpostavljenih v večini kritičnih pravnih teorij, glej François Ost, *Science du droit, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988.

86 »V osnovi sta na področju prava le dve pomembni vprašanji. Eno je, kako sodišča dejansko odločajo v primerih določene vrste. Drugo je, kako bi morali odločati v primerih določene vrste. Če kak pravni 'problem' ne ustreza enemu od teh dveh vprašanj, potem je tak problem enostavno brez pomena, vsak odgovor nanj pa nesmiseln.« Prim. Cohen 1960 (op. 18), 49-50.

87 Opozoriti je treba, da so proučevalci prava – čeprav je to odvisno od referenčne pravne kulture – povečini nagnjeni h kombinirani in pogosto nerazlikovalni rabi argumentacijskega in normativističnega vzora. To pomeni, da velik delež proučevalcev prava kombinira metodološka vodila obeh vzorov, vendar ne v celoti zavestno.

## 3.2 Kaj bi proučevalci prava morali početi

Vprašanje, kaj bi morali proučevalci prava početi, dopušča dve razlagi: prvič (3.2.1) se lahko razlaga – in pogosto se je razlagalo – kot tehnično vprašanje; drugič (3.2.2) pa se lahko razlaga kot normativno vprašanje v etičnopolitičnem ali moralnem smislu.

### 3.2.1 Tehnično vprašanje

Iz prvega gledišča vprašanje, kaj bi proučevalci prava morali početi, dopušča dve nadaljnji razlagi, ki sprožata dve novi vprašanji, na kateri pa so bili ponujeni le delni odgovori. Kljub vsemu se zaradi njihove pomembnosti zdi prav vztrajati pri teh argumentih.

i) Vprašanje o tem, kaj bi proučevalci prava morali početi, se je oblikovalo kot vprašanje, odvisno od vprašanja o našem najboljšem pojmu prava. Metoda, ki naj bi jo proučevalci prava uporabili, bi tako bila zgolj posledica našega najboljšega pojma prava – tega, kaj pravo »resnično« je.

Vendar pa je takšno osredotočanje na ta problem, kot smo videli, slabo. Prvič zato, ker imamo različne, tekmujoče pojme prava, s katerimi lahko oblikujemo različne metode proučevanja vsebine prava. Če je ustreznost nekega pojma med drugim odvisna od njegove skladnosti z dano teorijo – in potemtakem od raziskovalnih ciljev, ki naj bi se z njo dosegli –, potem pojem prava ne more pogojevati, katero metodo naj proučevalci prava uporabijo. Postaviti vprašanje o pojmu prava pred normativno vprašanje o tem, kaj bi proučevalci prava morali početi, je kot postaviti voz pred konja.

Drugič zato, ker so tisti pojmi, ki se v pravnofilozofski razpravi zdijo najboljši kandidati za zasedbo položaja pojma prava (tistega, ki naj bi ga proučevalci prava uporabili za opredelitev svojega predmeta proučevanja), pojmovne rekonstrukcije, ki temeljijo na intuicijah pravnih teoretikov o tem, kaj naj bi po mnenju pravnih praktikov tvorilo pravno prakso.<sup>88</sup> Poleg tega, da so si te intuicije pogosto nasprotujoče – sicer takšne filozofske rekonstrukcije ne bi bile potrebne –, ti pojmi prava navadno skušajo v celoti razložiti pravno prakso. Zato so za proučevalce prava nepriročni in zdi se, da odgovarjajo končnemu izidu njihovih raziskav in ne merilom, ki bi jih proučevalci prava morali uporabiti za opredelitev predmeta proučevanja (to pa je funkcija, ki naj bi jo pojem prava opravljal).

<sup>88</sup> Večina v zadnjih desetletjih opravljene pojmovne analize o pojmu prava naj bi bila utemeljena na prepričanjih pravnih praktikov o tem, kaj pravo je. Vendar v teh raziskovanjih empirični dokazi navadno niso predstavljeni kot osnova za pripisovanje teh prepričanj pravnim praktikom. Namesto tega se pogosto dogaja, da pravni teoretiki tem pravnim praktikom pripišejo lastno pojmovanje prava. V zvezi s tem glej Leiter 2007 (op. 63), 13 in nasl.

ii) Velik del razprave o tem, katero metodo naj bi proučevalci prava uporabljali, je potekal na metaznanstveni ravni, tj. z razpravo o tem, katero metodo bi morali uporabljati, da bi svojo dejavnost lahko šteli za znanstveno (vsaj v skladu s tistimi merili znanstvenosti, ki so nam dostopna).

Vendar, kot ugotavljajo avtorji, kot je Nino,<sup>89</sup> vprašanja, kaj bi proučevalci prava morali početi, ni modro skrbeti na vprašanje meril katerega koli pojmovanja znanosti, a ne iz razloga, ki ga predpostavljajo zagovorniki argumentacijske dogmatike. Problem ni v tem, da so vzori pravne znanosti v ožjem pomenu brez pomena<sup>90</sup> – za vsakega pravnega praktika je namreč pomemben podatek, kako bodo sodniki odločali v bodočih primerih ali kakšna je razlaga glede na jezikovne konvencije –, temveč v tem, da vsaka dejavnost, tudi znanstvena praksa, zahteva praktično utemeljitev.

Prvi razlog je, da je mogoče znanstveno metodo uporabiti na nešteto predmetih proučevanja, a takšnih raziskav samo zato še ni mogoče imeti za utemeljene: pomislimo na primer na rigorozno napovedovanje števila samoglasnikov, ki bodo uporabljeni v sodni odločitvi.

Drugi razlog je ta, da se argument, če ga skušamo posplošiti in ga razlagamo *a contrario* (v njegovi produktivni različici), zdi nesprejemljiv v tej meri, da bi zgolj znanstvene dejavnosti lahko šteli za utemeljene. Nobena druga dejavnost – na primer raziskave *lege ferenda* ali *sententia ferenda* – ne bi bila utemeljena na tem argumentu, kar se zdi precej neverjetna posledica.

### 3.2.2 Normativno vprašanje

Drug način razlaganja vprašanja, kaj bi morali proučevalci prava početi, je, da ga oblikujemo kot pravo normativno vprašanje etičnopolitične ali moralne narave. Posebno kot vprašanje o prispevku, ki ga morajo proučevalci prava dati pravni skupnosti.

Najprej je tu zapletena množica argumentov, ki utemeljujejo, da je izbira pravne metode moralno vprašanje. Če »moralne vrednote« opredelimo kot tiste, ki ne zahtevajo ali ne dovoljujejo nadaljnjega argumentiranja za utemeljitev odločitve, potem lahko vsako odločitev opredelimo kot moralno. To morda drži, a trditev verjetno ni posebno zanimiva. Je pa z drugega gledišča mogoče trditi, da se je pri utemeljevanju izbora metode nujno (iz pojmovnih razlogov) sklicevati tudi na nekatere najpomembnejše vrednote, ki navadno veljajo za moralne vrednote.

<sup>89</sup> Nino 1989 (op. 13), 13 in nasl.

<sup>90</sup> Atienza in Ruiz Manero trdita, da bi bili pravna znanost in/ali čisto opisna pravna teorija brez pomena, saj ne bi služili reševanju težkih primerov. Prim. Atienza in Ruiz Manero 2007 (op. 57); Nino 1999 (op. 5), pogl. I in III.

Vendar pa kot vsak razumen odgovor na praktični problem tudi ta nima zgolj vrednostnih temeljev, temveč so relevantni še empirični in teoretični premisleki. Med razlogi, ki morajo igrati odločilno vlogo pri izboru med možnimi metodami za dognanje vsebine prava, je mogoče najti vsaj naslednje tipe:

a) pravnoteoretski razlogi, na primer, kaj je bistvo razlaganja, doktrine o virih prava, kakšna je narava pravnih pojmov itd.;

b) filozofski razlogi v splošnem, bodisi epistemološki, ontološki ali meta-etični razlogi, kot so stališča, kaj se šteje kot utemeljeno vodenje, katere entitete obstajajo, pa tudi resničnostne vrednosti moralnih trditev itd.;

c) premisleki empirične, politične, ekonomske in družbeno-pravne resničnosti, kot so razširjenost pravednosti v pravni skupnosti, stopnja nesoglasij v tej skupnosti, družbene spremembe ali spremembe v načinu proizvodnje, stanje institucionalne krize itd.;

č) razlogi moralne oziroma etičnopolitične narave, ki zadevajo vprašanje prispevka proučevalcev prava pravni skupnosti, tj. vloge, ki jo imajo v razvoju, izobraževanju, poznavanju, razlaganju in uporabi prava.<sup>91</sup>

Na tem mestu ni mogoče razložiti, kako vsako od teh meril utemeljuje določen vzor pravne znanosti *ampio sensu*. Namesto tega tu zagovarjam pojmovno

91 Na tej točki se ustavljam, saj so mnogi realisti v preteklosti trdili in še danes trdijo, da se proučevalci prava ne bi smeli ukvarjati s pravno prakso, temveč le z njenim opisovanjem, oziroma da njihova dejavnost ne bi smela upoštevati njihovega potencialnega učinka na prakso. Vendar se zdi ta trditev v tej meri, da želijo, da njihovo proučevanje ne bi bilo nepomembno za pravno prakso – tj. da bi bilo vzeto kot razlog za ravnanje nekoga –, neverjetna. Glede na ta zadnji argument je mogoče predstaviti dva dodatna argumenta. Po prvem je njihova dejavnost pomembna, a ne zahteva moralnega utemeljevanja. V skladu z drugim dejavnost proučevalcev prava za pravno prakso ne bi smela biti relevantna.

Prvi argument je mogoče povzeti takole: tako kot ne mislimo, da je spoznavanje zakonov aerodinamike dejavnost, ki terja moralno utemeljevanje, tako tega ne mislimo za predvidevanja o tem, kako bodo sodniki odločali v bodočih sporih. Seveda, zakonov aerodinamike ne spoznavamo zgolj iz zabave, temveč zato, ker je to znanje uporabno za druge dejavnosti. Posebno je to znanje nujno za tehnične dejavnosti, kakršna je gradnja letal. V tem smislu je gradnja letal (ali katera koli druga tehnična dejavnost) tista, ki utemeljuje spoznavanje zakonov aerodinamike (ali katere koli druge znanstvene dejavnosti). Vendar pa letal ne gradimo zgolj iz zabave, temveč zato, ker štejemo rezultat te dejavnosti za koristen, tj. ker imamo ta cilj za moralno vreden. Podobno je poznavanje tega, kako bodo odločali sodniki, vreden cilj, saj lahko zaradi tega opravljamo nekatere dejavnosti, ki jih štejemo za vredne – take, da vodijo naše ravnanje – in takšne, ki dejansko vplivajo na pravno prakso.

Skladno z drugim argumentom preprosto ni treba, da bi dejavnost pravne znanosti vplivala na pravno prakso. V odgovor na ta argument je mogoče postaviti dva dodatna (proti)argumenta: prvič, skoraj nemogoče je, da bi dejavnost proučevalcev prava ne imela vpliva na pravno prakso, razen če je skrita; drugič, v tem primeru bi se lahko vprašali, zakaj je proučevanje vsebine prava, tj. sama pravna znanost (v širšem smislu), sploh pomembno.

Vsi, tudi realisti so na istem čolnu pravne skupnosti. Na tej točki je mogoče nadaljevati z razpravo med Brianom Leiterjem in Julie Dickson. Glej Julie Dickson, *Methodology in Jurisprudence: a critical survey*, *Legal Theory* 10 (2004) 3, 117–156; Leiter 2007 (op. 63), 148 in nasl.

trditev,<sup>92</sup> po kateri je, da bi opredelili izbiro ene od metod za določanje vsebine prava kot utemeljeno, (pojmovno) nujno uporabiti etičnopolitične oziroma moralne razloge. Seveda ne trdim, da se bodo vsi proučevalci prava pri izbiri metode dela zatekli k moralnemu utemeljevanju (to je empirično vprašanje), niti ni nujno, da v metodologijo za določanje vsebine prava (kar je metodološko vprašanje) vnesejo premisleke vrednostne narave. Kar trdim, je, da se mora odločitev proučevalcev prava o izbiri metode (zaradi pojmovnih razlogov) opirati na moralne razloge, da bi bila utemeljena.

Da bi razumeli, v kakšnem smislu igrajo etičnopolitični oziroma moralni razlogi odločilno vlogo pri izbiri metodologije, je priporočljivo navesti nekaj primerov. Predstavljajmo si, prvič, proučevalca prava, ki meni, da je najboljša opredelitev pojma prava tista, ki ga predstavlja kot množico norm, podanih s strani normativne avtoritete, in da obstaja precejšnje soglasje o tem, katera merila in katere vrednote naj se uporabijo pri razlaganju prava, in nazadnje, da je število težkih primerov postranskega pomena. V tem primeru bi bilo mogoče sklepati, da bi moral zaradi pravnoteoretičnih razlogov izbrati metodo normativistične pravne znanosti.

Vendar pa je povsem mogoče sprejeti to trditev in, ne da bi zapadli v protislovje, zagovarjati trditev, da bi se proučevalci prava morali posvečati predlaganju rešitev za težke primere. Tako bi bilo na primer za tega hipotetičnega proučevalca prava opisovanje vsebine prava – zato, ker je za poznavanje deontične opredelitve ravnanja dovolj, da uporabimo razlagalne metode, ki obstajajo v pravni skupnosti – nepomembna dejavnost, saj vsaka obveščena oseba pozna običajno razlago zakonskih določil. Nasprotno bi lahko menil, da mora predlagati rešitve primerov, v katerih je pravo nedoločno, saj na tak način izboljšuje odločitve sodišč, pa četudi se mora zateči k nepravnim razlagam ali pa razširiti pojem prava.

Možna pa je, drugič, tudi nasprotna situacija. Zamislimo si proučevalca prava, ki meni, da pravo vsebuje nekatera načela in vrednote, ki jih lahko spoznamo in uporabimo za prepoznavo enega in edinega pravilnega odgovora na težke primere. Vendar pa bi lahko ta, drugi hipotetični proučevalec prava menil – ker sodniki ne berejo pravne dogmatike, ker se sistematično odmikajo od pravih odločitev ali ker med njimi obstaja precej nesoglasij –, da se mora v svojem raziskovanju posvečati napovedovanju prihodnjih sodniških odločitev. To pomeni, da bi imelo za tega drugega proučevalca prava, čeprav bi se lahko ponudili razlogi za prepoznavo najboljših rešitev težkih primerov, napovedovanje

92 To ni normativna trditev o tem, kaj bi proučevalci prava morali početi, temveč pojmovna trditev o tem, kdaj lahko štejemo, da je iz formalnega vidika utemeljena. Na kratko: če odločitev zadeva moralne dobrine, se ta odločitev ne more izogniti sklicevanju nanje. Ne gre za to, da bi bila odločitev napačna z vsebinskega vidika, temveč za to, da bi bilo nesmiselno odločati o moralnih vprašanjih s sklicevanjem na nemoralne razloge. Nekaj podobnega bi se zgodilo, če bi skušali rešiti empirična ali pojmovna vprašanja s pomočjo moralnih argumentov.



bodočih sodniških odločitev večjo moralno vrednost, saj bi spodbujalo pravno varnost in s tem avtonomijo posameznikov.

Tovrstna stališča si niso nujno nasprotujoča. Vendar, zakaj naj bi moralna oziroma etičnopolitična merila narekovala izbor metodologije? Ker naj bi dejavnost proučevalcev prava bila relevantna v ravnanjih pravnih praktikov – tj. da bi bil rezultat njihovega dela upoštevan kot razlog (za ravnanje) –, mora takšno delovanje imeti moralno osnovo. Razlog je v tem, da delovanje pravnih praktikov – njihovo izobraževanje in ustvarjanje, razlaganje ter uporaba prava – vpliva na etičnopolitične oziroma moralne dobrine (na življenje, svobodo, enakost, avtonomnost, politično stabilnost itd.), zato na enak način rezultati dela proučevalcev prava vplivajo na te moralne dobrine. Ker torej proučevalci prava vplivajo – četudi posredno – na obravnavo moralnih dobrin, ki jih ščiti sistem, se mora utemeljevanje metode – iz razlogov doslednosti – sklicevati na moralne razloge.

Če so razlogi za posvojitve določenega vzora pravne znanosti *ampio sensu* moralne oziroma političnoetične narave in različni raziskovalni cilji zahtevajo različne skladne metode za njihovo uresničevanje, potem mora proučevalec prava ustvariti lastne metodološke premise na podlagi raziskovalnih ciljev, ki jim sledi. Kateri pojem prava, katera teorija razlaganja, katera ontologija pravnih pravil bodo izbrani, je odvisno od ciljev, ki jim proučevalec prava sledi: naj bo to opisati pravila v skladu z jezikovnimi konvencijami, napovedati sodne odločitve ali pa predlagati normativne rešitve lahkinih in težkih primerov.

### 3.3 Nekaj razlogov za pravno znanost

Razčlemba moralnih razlogov, ki utemeljujejo izbor vsakega od predstavljanih vzorov pravne znanosti *ampio sensu*, bi na žalost presegla domet tega dela. Vseeno pa želim za sklep navesti nekaj moralnih razlogov, ki jih je mogoče uporabiti v prid vsakega od teh vzorov.

#### 3.3.1 Normativistična pravna znanost

Pokazati je mogoče na vsaj dva razloga, ki utemeljujeja normativistični vzor. Prvič, izbor normativistične metode lahko temelji na politični ideji, da je pravnemu dokumentu oziroma pravni avtoriteti – na primer pravilom demokratičnega zakonodajalca<sup>93</sup> ali ustavnim normam – treba v praksi sodišč nameniti večje spoštovanje. Normativistična pravna znanost tako postane varuh pravnih virov in zagotavlja, da se veljavno pravo ne spreminja, posebno ne v postopku razsojanja.<sup>94</sup>

93 Jeremy Waldron, *Law and Disagreements*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

94 Ferrajoli 1983 (op. 42).



Normativistična metoda najde utemeljitev, drugič, v načelu racionalnosti, saj urejena in sistematična predstavitev vsebine prava olajša prepoznavanje praznin, neskladij in podvajanj, ter s tem povečuje celovitost in skladnost pravnega reda.<sup>95</sup> Tako takšen vzor najde utemeljitev – četudi posredno – v načelu pravne varnosti.

### 3.3.2 Realistična pravna znanost

Realistični vzor pravne znanosti so njegovi zagovorniki pogosto utemeljevali z besedami, da je to edini znanstveni način, na katerega je mogoče obravnavati proučevanje vsebine prava. Vendar pa smo že videli, da to ni dobra utemeljitev za noben vzor pravne znanosti.

Vseeno je mogoče ponuditi nekaj praktičnih oziroma moralnih argumentov v prid realistični metodi. Prvič, vedeti, kako bodo sodniki v prihodnje razsojali v spornih zadevah, je relevantno za splošno javnost: odločitve sodišč namreč vplivajo na moralne dobrine, vedenje o tem, kako bodo sodniki odločali, pa zato vsakemu omogoča, da razumsko načrtuje svoje prihodnje ravnanje. Na primer vedenje o tem, pod katerimi pogoji lahko nekdo pristane v zaporu, ima moralni pomen, saj omogoča, da načrtujemo svoje prihodnje ravnanje, kar vključuje večjo stopnjo avtonomije.

Drugič, pravni praktiki (zakonodajalci,<sup>96</sup> sodniki itd.) imajo poseben interes za poznavanje posledic svojih ravnanj na sodni ravni: kako bo implementirana določena reforma, kdaj bodo neko odločitev višja sodišča zavrnila ali kakšne so možnosti za zmago v sodnem primeru. Tako je realistični vzor utemeljen zaradi večje stopnje racionalnosti in večje verjetnosti pragmatičnega uspeha ravnanj, ki upoštevajo, kako jih bodo presojala sodišča, kar pa povečuje tudi kakovost delovanja pravnega reda.<sup>97</sup>

### 3.3.3 Argumentacijska pravna dogmatika

Glede argumentacijskega vzora pravne dogmatike se brez dvoma zdi, da je osrednja praktična utemeljitev zasnovana na moralni oziroma etičnopolitični kakovosti predlaganih rešitev težkih primerov. Z drugimi besedami, ta vzor bi bilo utemeljeno privzeti prav zato, ker omogoča, tako vsaj trdijo njegovi zagovorniki, pridobivanje najboljših možnih rešitev.<sup>98</sup>

95 Alchourrón in Bulygin 1975 (op. 4), pogl. IX. Glej tudi Paolo Comanducci, *El racionalismo de Alchourrón y Bulygin*, v: *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, CEPC, 2010, 227–234.

96 Glej Núñez Vaquero 2011 (op. 41).

97 Ta argument sem natančno razvil v Álvaro Núñez Vaquero, *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*, *Doxa* (2012) 35.

98 Glej med drugim Ronald Dworkin, *In Praise of Theory*, v: *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, pogl. 2.

Vendar pa se je mogoče vprašati, zakaj je pomembno predlagati odgovore (oziroma najboljše možne odgovore) na težke primere. Vprašanje, čeprav očitno banalno, dovoljuje dva odgovora: predlagati najboljšo možno rešitev težkega primera ima, prvič, vrednost samo po sebi. Enako kot je govoriti resnico – vsaj glede na nekatere vrednostne sisteme – dobro samo po sebi, je tudi predlagati pravilen odgovor dobro samo po sebi.

Drugič, predlagana rešitev težkega primera ima lahko instrumentalno vrednost v dveh različnih pogledih: prvič, ker predlaganje najboljšega možnega odgovora – na primer s komentiranjem v posebni publikaciji – povečuje možnosti, da ga bodo na koncu sprejela sodišča; drugič, četudi ne gre za »res« najboljši možni odgovor, je že samo ponujanje razlogov in/ali argumentov v podporo določenih možnih rešitev vredno, saj prispeva k razpravi o tem, kaj je treba storiti.

### 3.3.4 Tehnološki dogmatizem

Na enak način kot argumentacijsko dogmatiko tudi tehnološki dogmatizem utemeljuje, prvič, vrednost oziroma pravičnost odločitev, sprejetih z uporabo te metode.

Vendar pa je na podlagi kritik, ki jih zagovorniki tehnološke dogmatike sprožajo, predvsem zoper argumentacijsko dogmatiko, mogoče ponuditi dodatne razloge, ki utemeljujejo tehnološko metodo. Prvič, večja obvladljivost predlaganih rešitev težkih primerov. Če se, kot trdijo zagovorniki tehnološkega vzora, argumentacijska metoda uporablja zgolj za naknadno (*ex post facto*) utemeljevanje odločitev, sprejetih na podlagi neizrecnih razlogov (in torej nepodrejenih analizi in nadzoru), potem je tehnološki vzor lahko utemeljen, saj omogoča večji racionalni nadzor nad predlaganimi rešitvami. Prav tako bi izbor te metode povečal možnosti pragmatičnega uspeha teh odločitev – v smislu, da dosega cilje, ki si jih zastavlja.

Drugič, če je izbor te metode namenjen zavrnitvi rešitev, ki niso koristne za doseganje stanja, ki je dojeno kot boljše, potem ta metoda podpira tudi pravno varnost in s tem avtonomijo. Če se namreč eden od možnih odgovorov na težak primer izkaže za iracionalnega – v smislu, da ne zadostuje za dosego zastavljenega cilja –, postane manj verjetno, da ga bo katero koli sodišče izbralo, s tem pa se stopnja pravne varnosti (predvidljivosti) poveča.

### 3.3.5 Kritiški pravni dogmatizem

Spet, tako kot v primeru argumentacijskega in tehnološkega dogmatizma, je tudi tu osrednjo utemeljitev za kritiški vzor mogoče najti v moralni oziroma etičnopolitični pravilnosti rešitev težkih primerov, ki jih predlaga.

Vendar pa kritiški pravni dogmatizem, ki predlaga pretvorbo lahkih primerov v težke, zahteva večji utemeljevalni napor. To pa zato, ker namen ni zgolj predlagati rešitve težkih primerov, temveč predlagati tudi nove in drugačne rešitve lahkih primerov, s spreminjanjem običajnih pravnih rešitev, kar pa se zdi nasprotno načelu pravne predvidljivosti.

A ob tem kritiški vzor pravnega dogmatizma črpa svojo utemeljenost prav tam, kjer se referenčni pravni red zdi najbolj nepravilen. Tako je mogoče reči, da bi morali tam, kjer je pravo nepravilno, proučevalci prava več napora nameniti tudi predlaganju rešitev težkih primerov.

Odgovor na vprašanje, katero metodo bi morali proučevalci prava uporabljati, je odvisen od različnih dejavnikov in nanj najbrž ni mogoče odgovoriti na abstraktni ravni. Tu sem skušal ponuditi zgolj zemljevid različnih vzorov pravne znanosti in razjasniti, kakšni argumenti utemeljujejo izbor ene ali druge metode.

*Iz angleščine prevedel  
Matija Žgur.*



Álvaro Núñez Vaquero\*

## Five Models of Legal Science

This paper pursues three goals. First, some traditional concepts of ‘legal science’ will be analysed, and a definition of ‘legal science *ampio sensu*’, ‘legal science *stricto sensu*’ and ‘legal dogmatics’ will be proposed. Second, a reconstruction of five models of ‘legal science *ampio sensu*’ will be presented to show the different methodological alternatives available to legal scholars. Third, I claim that it is necessary (for conceptual reasons) to argue for moral reasons when choosing a legal method. Finally, I offer some arguments for supporting the five methodological alternatives of legal science *ampio sensu*.

**Keywords:** legal science, legal dogmatics, moral reasons, concept of law, conceptions of science

### 1 ABOUT THE CONCEPT OF LEGAL SCIENCE

One of the most recurrent discussions in legal-theoretical debates—at least in the civil law legal culture—is that concerning the method of studying law. In fact, many of the most important contributions that have been made in the legal theory of the twentieth century can be read in this key. To give just a few famous examples: Kelsen maintains that the intention of his pure theory is to provide a method “to raise [legal science] to the level of a genuine science, a human science”;<sup>1</sup> Ross states that “the leading idea of [*On Law and Justice*] is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions”;<sup>2</sup> Hart holds that *The Concept of Law* “is concerned with the clarification of the general framework of legal thought”;<sup>3</sup> and the concept of the normative system of Alchourrón and Bulygin appears as an idealization of what scholars of positive law do.<sup>4</sup>

However, it is not clear what we mean by ‘legal science’. Despite there being a discussion that has lasted several centuries—or perhaps precisely because of that—the fact is that we do not have a univocal, or even one shared, terminolo-

\* alvaro.nunez.vaquero@gmail.com | Professor of philosophy of law at the Austral University in Valdivia, Chile.

1 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), in English trans. by Stanley Paulson: *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*, Oxford, Clarendon, 1992, 1.

2 Alf Ross, Preface, in *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1957, ix.

3 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994, v.

4 Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 25.

gy.<sup>5</sup> In this sense, an experiment of entering expressions such as ‘science of law’ or ‘legal dogmatics’ into our library search engines and merely noting the huge number of titles returned by the system is particularly illustrative.

The problem is not just the enormous body of literature that has been generated on the subject but, above all, the heterogeneity of it. Under labels such as ‘legal science’, ‘legal dogmatics’ or ‘legal method’ we can find studies and monographs that often have little to do with one another: while some of them consider the meaning and scope of the various methodological directives, or about the very concept of methodology,<sup>6</sup> others are dedicated to clarifying what is the legal perspective of the validity of law (the internal point of view), the interpretation, or the judicial balancing.<sup>7</sup>

Despite their heterogeneity, and with the aim of proposing a minimum order, we can group this bibliography into different genres: (i) works made up of historical reconstructions about the different legal theoretical movements that have tried to answer questions such as “What is law?” and “What should legal scholars do?”;<sup>8</sup> (ii) studies that examine the theory held by some authors—usually Kelsen, Hart and Ross, plus some others, depending on the preferences of the authors—about what is or should be the science of law;<sup>9</sup> (iii) in addition to sorting between historical schools and authors, a number of studies present different methodological models for the study of law;<sup>10</sup> (iv) a group that deals with the truth conditions of legal statements,<sup>11</sup> or with some of the activities supposedly carried out by legal scholars;<sup>12</sup> (v) finally, there is a group of works that deals with more specific issues, such as in what sense the study

5 Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, México, Fontamara, 1999, 9.

6 Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003.

7 Aleksander Peczenik, *Scientia Juris*, Dordrecht, Springer, 2005; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960); in Spanish trans. by Marcelono Rodríguez Molinero: *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001. An example of extreme heterogeneity is the volume of Aleksander Peczenik, Lars Lindhal and Bert van Roermund, *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Synthesi Library, 1984.

8 Antonio Hernández Gil, *Metodología del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945; Enrique Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. For a theoretical analysis based on the characterisations of Roman law jurisprudence, see Rolando Tamayo Salmerón, *El derecho y la ciencia del derecho*, Mexico, UNAM, 1986.

9 Mario Jori, *Il metodo giuridico*, Milano, Milano, 1976; Nino 1999 (n. 5); Santiago Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGrawhill, 1999.

10 Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Gale, Making of Modern Law, 2010; Jerzy Wroblewski, *Contemporary Models of Legal Science*, Lodz, Polish Academy of Sciences, 1989.

11 Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

12 Alchourrón and Bulygin 1975 (n. 4).

of law would be a dogmatic,<sup>13</sup> normative,<sup>14</sup> technical,<sup>15</sup> or even a scientific<sup>16</sup> discipline etc.

To address the issue of legal science, the first thing we need, therefore, is a definition that clarifies what we mean when we speak about ‘legal science’ and similar terms. To this end, we must get rid of some initial misunderstandings and ambiguities.

The first problem which arises is that we have different expressions that can be used to refer to the same object, with it being unclear whether they are used as synonyms: ‘science of law’, ‘legal science’, ‘legal dogmatic’, ‘legal knowledge’, ‘law doctrine’, ‘jurisprudence’<sup>17</sup> (‘jurisprudence styles’<sup>18</sup>), ‘doctrinal vector’ and ‘legal method’ (‘legal methodology’)<sup>19</sup>. I will use only the first two expressions—‘legal science’ and ‘legal dogmatic’—in a way that I will highlight at the end of this section. In this regard, I start by analysing the expression ‘legal science’ and unravelling some common misconceptions.

As is well-known since the work of Nino,<sup>20</sup> ‘legal science’ is an equivocal (ambiguous) expression to which partially different meanings can be attributed, many of them suffering from major vagueness. Let us examine these sources of ambiguity.

13 Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Mexico, UNAM, 1989.

14 George Kalinowski, *Querelle de la science normative: (une contribution à la théorie de la science)*, Paris, R. Pichon and R. Durand-Auzias, 1969; Jesús Vega, *La idea de ciencia en el derecho*, Oviedo, Pentagrama, 2000.

15 Manuel Atienza, Sobre la jurisprudencia como técnica social, *Doxa* (1986) 3, 491–498; Alfonso Ruiz Miguel, La dogmática jurídica ¿ciencia o técnica?, Antonio Cabanillas Sánchez, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2002, 5649–5678.

16 Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

17 Although use by jurists has consolidated the synonym between ‘law’ and ‘activity of the courts’, the RAE dictionary of the Spanish Royal Academy defines ‘law’ (Span. *Derecho*), first as a ‘science of law’.

18 In a famous essay, Karl Llewellyn analyses three moments in American jurisprudence that can be configured as so many other ways to analyse the content of law. Meanwhile, Pound makes a well-known distinction between different ways of approaching the study of law. This classification is reintroduced, with modifications, by Felix Cohen. See Karl Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful, in Law, *University of Chicago Law Review* (1941–1942) 9, 224–265; Juan Antonio Pérez Lledó, *El instrumentalismo jurídico americano*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2007, cap. I; Pound 2010 (n. 10); Felix Cohen, Transcendental Non-Sense and the Functional Approach, in *The Legal Conscience*, New Haven, Yale University Press, 1960, 33–76.

19 For a brief but accurate analysis of the different meanings that can be ascribed to some of these terms or expressions, see Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistematizzazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, 205 ff.

20 Nino 1989 (n. 13) and Nino 1999 (n. 5).

## 1.1 The Ambiguity of ‘Legal Science’

i) The term ‘legal science’ suffers from the classical process/product ambiguity.<sup>21</sup> Indeed, this term can be used both to refer to the set of activities performed by the person who studies the law and to the result of such activities. Here I use ‘legal science’ to refer to both the set of activities carried out by (or that should be developed by) legal scholars and to the methodological assumptions that govern (or should govern) these activities.

ii) The second ambiguity occurs whenever someone uses ‘legal science’ to refer to the set of disciplines which have, in some sense, the law as an object of study. In addition to that, some authors<sup>22</sup> use the label in the plural form to refer to all the disciplines that deal with law: science of law, legal theory, jurisprudence, legal dogmatics, the sociology of law, legal anthropology, comparative law, history of law, etc.<sup>23</sup>

In addition to this particularly comprehensive use of ‘legal science’, two other similar mistakes frequently occur in the literature. The first occurs every time ‘legal science’ is used to refer to both the study of positive law (i.e. a particular legal system) and to studies examining the structure, the framework, or the basis of all (or a group of) legal orders.<sup>24</sup> Of course, there are good reasons to believe that between what civil, criminal, and constitutional legal scholars do, on the one hand, and what legal theorists do, on the other, there is merely a difference of the degree of generality. However, for reasons of conceptual clarity, it is necessary to maintain the distinction between both types of study.

The second variant of this ambiguity occurs because the term ‘legal science’ is used in at least two ways in this context: first, to refer to the disciplines that study the content of law; second, to designate only one or some of the possible ways of studying the content of law that deserve to be qualified as ‘scientific’. Here I use ‘legal science *ampio sensu*’, as I point out below, on the one hand to refer to all the methods of determining the content of law while, on the other,

21 Nino, 1989 (n. 13), 10–11; Tamayo Salmerón 1986 (n. 8), 102.

22 Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, 8, 21, 39. Wroblewski sometimes refers indiscriminately to all legal disciplines as the ‘science of law’. Cf. Wroblewski 1989 (n. 10), 14. Mario Jori also contemplates the possibility of naming the entirety of the knowledge of the law as legal science. Cf. Jori 1976 (n. 9), 4.

23 Other authors, such as Calsamiglia, do not use this term to refer to all these disciplines. However, he states that students of positive law must develop all these activities. Cfr. Albert Calsamiglia, *Ciencia jurídica*, in Ernesto Garzón Valdés and Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, 17–27, 18.

24 Kelsen is one of the authors who has contributed the most to this confusion. This is because it is not entirely clear whether purity refers to the theory, to the science of law, or both. Meanwhile, Amselek does not seem to distinguish between the general theory of law and legal science. Cfr. Paul Amselek, *El paradigma positivista de la dogmática jurídica*, *Anuario de Derechos Humanos* (2006) 7, 17–38, 33.



as ‘legal science *stricto sensu*’ I understand the methods recommended by those who believe that legal scholars should merely describe the content of law (regardless of whether such activity can be qualified as scientific).

iii) The third ambiguity is due to the fact that the meaning of the term ‘science’ in the expression which we are analysing is unclear. To realize what the problem is, it is enough to take into account how long the debate about the conditions a discipline must meet to be considered scientific has lasted and the fact that, in a sense, it still is.<sup>25</sup>

The term ‘science’ also has, as Nino has stressed,<sup>26</sup> a significant charge of positive value. This produces no ambiguity in the strict sense, but those who qualify an activity as scientific tend to shift the focus to the emotional level.<sup>27</sup> Most attempts to define the concept of science—according to Nino—would result in persuasive definitions, that is, definitions that focus on the emotional content of the term, surreptitiously modifying the cognitive content.

Moreover, the meaning of the term ‘science’ is not only ambiguous but vague.<sup>28</sup> This is because although we opt for one of the possible meanings of the term ‘science’, there are often cases where whether a particular discipline meets the requirements to be qualified as scientific is doubtful.

iv) The fourth ambiguity refers to the other term in question: ‘law’. Indeed, much of the theoretical debate of the last half century has placed the concept of law at the core of the discussion. If what we mean by ‘science of law’ or ‘legal science’ depends on which concept of law is assumed, the risk of misunderstanding seems to multiply exponentially.

## 1.2 Toward a Concept of ‘Legal Science’

It is possible to adopt different strategies for providing a definition which allows the clarification of which meaning can be attributed to this expression. The most important of these, and also the most frequently adopted, consists of the conceptual analysis of ‘legal science’, that is, of clarifying what the speakers of a given community mean and assume when they use this expression. It is not, of course, merely a collection of meanings but a way to build a simpler and more explanatory concept about what are we doing when we speak of ‘legal science’.

However, these definitions of ‘legal science’ are problematic because they assume—or, rather, are based on—a particular concept of law. That a definition of ‘legal science’ would presuppose a concept of law is not objectionable, of course. Now, what is objectionable is to make the concept of ‘legal science’ depend-

25 Calsamiglia 1986 (n. 16), ch. II.

26 Nino 1989 (n. 13), 13.

27 Tamayo Salmerón 1986 (n. 8), 120.

28 Nino 1989 (n. 13), 11.

ent on a particular concept of law and, from this analysis, derive consequences about what the scholars of positive law do or what they should do. For example:

Ordinarily legal dogmatics is, at least in the Nordic tradition, defined as the study of the content of the legal rules (norms) and of the systematic order of those. The common terms referring to these tasks are ‘interpretation’ and ‘systematization’.<sup>29</sup>

We understand by science of law the knowledge that tries to describe the legal-positive standards and has traditionally been called legal dogmatics or jurisprudence.<sup>30</sup>

The root of the problem is a misconception about the role of concepts in our knowledge,<sup>31</sup> in this case, the role that they play in our concept of ‘law’. Of course, the analysis of the concept of law—and any other concept—is a useful tool in legal theory. Now, what is dangerous is to think that the analysis of the concept of law, or a definition of ‘legal science’ based on that, will tell us something about what legal scholars do, or even what they should do.<sup>32</sup>

An overly broad confidence in the virtues of conceptual analysis leads, in this area, to overlooking two problems. The first is that—if our intention is to make a description about what legal scholars do (i.e. to define ‘legal science’ based on a concept of law—we will return a distorted picture of their activity, because not all legal scholars use or presuppose the same concept of law, nor do scholars use the same concept of law consistently in all their activities. Second, if the aim is to provide guidelines about what legal scholars should do, then it would be necessary to provide normative arguments, not only a definition.<sup>33</sup>

For defining our object of study what we need is, therefore, a definition that does not deviate from what we normally mean by ‘legal science’, but, at the same time, does not prejudge any answer to questions about what legal scholars do and what they should do. The best definition of ‘legal science’ that we have, at least for now, is that which refers directly to the method used (or that can

29 Cfr. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Kluwer, 1987, 12.

30 Calsamiglia 1986 (n. 16), 12-13.

31 Concepts are merely tools that allow segments of reality to be identified which are part of theories which in turn include other items that attempt to explain certain facts or events. On legal concepts, see Jaap C. Hage and Dietermar von der Pfordten (Eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht, Kluwer, 2009.

32 About the limits and virtues of conceptual analysis as a tool for theoretical-legal reflection, see Pierluigi Chiassoni, *The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart’s Metaphilosophy of Law*, *Revista Problema* (2011) 5, 53–80.

33 One can imagine two ways to escape from this problem: the first is analysing the concept of ‘legal science’ with the conventional tools of analytic philosophy without committing to any concept of law. However, I cannot imagine how this would be possible when a definition of an expression is being proposed in which the term ‘law’ (‘legal’) serves as the only adjective. Second, it is also possible to provide a definition of this type without obtaining conclusions in the descriptive and normative fields of the theory of legal science. However, at such a point, we might ask ourselves why we want a definition like this of ‘legal science’ or ‘science of law’.

be used or that should be used) and/or the activities of scholars of positive law (criminal, civil, constitutional, etc.).

However, we do not identify legal science with all the activities developed in relation to positive law, so it is necessary to introduce two further boundaries in our definition. The first limit allows legal science to be distinguished from other disciplines that also take law as an object of study: the sociology of law, legal anthropology, legal history, the science of legislation. Nevertheless, although these disciplines also analyse the positive law, between legal science and other disciplines there are differences both methodologically and in terms of research objectives. In particular, leaving aside the question of methodology, disciplines such as sociology or anthropology pursue different objectives than those of civil, criminal, or administrative scholars whose aim is to determine the content of law, that is, to establish which is the legal qualification of a certain conduct in a legal system.<sup>34</sup>

The second limit allows us to distinguish legal science from the activity conducted by legal operators (judges, barristers, lawyers, etc.), getting rid, as well, of a last equivocal step regarding the use of the term 'legal science'. Sometimes, terms like 'legal method' or 'legal methodology' are used as synonyms of 'legal science'. The problem is that, in its regular use, 'legal method' does not refer exclusively to the pool of methodological guidelines used by positive law scholars but also to those followed by legal operators. This ambiguity is particularly dangerous because it leads to the conclusion that positive law scholars follow, or they should follow, the same methodology as other operators of law. It is possible, of course, to say that positive law scholars are using, or that they should use, the same method as the legal practitioners, but it requires an empirical demonstration or a practical argumentation.<sup>35</sup>

At this point, it is possible to define 'legal science *ampio sensu*' as the activity and/or the method used (or that can be used or that should be used) by those involved in determining the content of law (from this point 'legal scholars'), and to which no legal value is recognized by any legal system. That is, the method and/or the activities of those engaged in establishing what is the legal qualification that corresponds to a behaviour according to a legal system, and those behaviours that the legal system does not recognize as having legal value.<sup>36</sup>

34 It is not, of course, the only activity carried out by legal scholars but it is the main activity to the extent that all others are functional or dependent on it.

35 Moreover, because legal science usually deals with describing standards, generic cases, or at least is not often referred to particular behaviours, it is odd to say that they have the same method. At best, the coincidence of methods could be partial, encompassing the method of legal operators to that of legal scholars of positive law. But this is an entirely debatable issue from the empirical point of view as well as from the normative one. See in this regard, Peczenik 2005 (n. 7), 2; Aarnio 1987 (n. 29), 15.

36 By 'legal value' I mean the recognition that, as part of a procedure for the creation or ap-

It is possible to point out two criticisms of this definition of 'legal science *ampio sensu*'. The first one would be that this definition is not very informative and tells us nothing about what legal scholars do or which method they use. The second one would be that it is a radically ambiguous definition, since very different methods to address the determination of the content of law have been offered from the normative theory of legal science.

It is possible to respond to these two criticisms together: the main virtue of this definition of 'legal science *ampio sensu*' is that it captures some of the properties that are typically attributed to legal science—the activity of legal research professionals (civil, criminal, and administrative scholars, etc.)—without introducing considerations surreptitiously about what legal scholars do or what they should do.

But, in addition, this definition of 'legal science *ampio sensu*' is sufficient for distinguishing, on the one hand, the activity of scholars about specific parts of the legal system from that of other scholars who take the law as an object of study, and, on the other hand, for distinguishing their activity from that of legal operators as judges and lawyers. Thus, it is possible to identify our object of study, leaving the questions about what activities are actually carried out by legal scholars, or what they can do, or what they should do, open.

Together with the definition of 'legal science *ampio sensu*', and in order to introduce a criterion by which we will classify the different doctrines (the conceptions of legal science *ampio sensu*) about what legal scholars should do, I introduce two other definitions: 'legal science *stricto sensu*' and 'legal dogmatics'. By 'legal science *stricto sensu*' I understand the method recommended by those who believe that legal scholars should devote themselves solely to describing the content of positive law; by 'legal dogmatics' I understand the method proposed by those who believe that legal scholars should not be limited to describing—or should not at all engage in describing—the content of law, but must propose solutions to the judges for resolving hard cases.<sup>37</sup>

---

plication of law, the legal system can grant to a document or set of statements by reason of its source. In this sense, we exclude from being part of legal science in a broad sense, for example, an appeal by an attorney or a solicitor (let alone any decision of the court), as well as the reports of the advisory bodies that are not binding (even though their issuance is mandatory). This, of course, would exclude from legal science in the broadest sense any document in which the legal system would recognize the value of formal source of law. Notice how, in this way, whether a statement (or set of statements) is or not a part of legal science becomes a dispositional property that depends on the law itself: if a legal system recognizes legal value—as did the Roman law—to the texts of legal scholars, they are no longer science of law but a source of law.

37 It is not the usual use of this expression. However, I prefer to use this expression because, in several of its possible meanings, it refers to a set of methods used for generating legal responses for cases of indeterminacy. For a discussion about the uses of this term, see Álvaro Núñez Vaquero, *Dogmática jurídica*, *Revista Eunomia* (2013) 4 (forthcoming).

## 2 MODELS OF LEGAL SCIENCE (*AMPIO SENSU*)

Once we have an adequate conceptual framework, we can analyse some of the methods for determining the content of law. I will present the key features of five models of legal science *ampio sensu*: the normativist model, the realistic model, the argumentativist model, the technological model and the critical model.<sup>38</sup> However, before analysing each of these models of legal science in the broad sense, it is necessary to briefly address a previous consideration.

This consideration has to do with the character of these models, that is, although they have been modelled using different doctrines about what legal scholars should do, they have an heuristic value in the way in which they allow the different doctrines of legal science *ampio sensu* to be organized. But, in addition, these models are useful in analysing the activities that are really carried out by legal scholars. Now, to the extent that they are reconstructions of ideal types, not all the normative doctrines of legal science, nor the work of all legal scholars, fit neatly into any of these models.<sup>39</sup>

### 2.1 Normativist Legal Science

The normativist model is the most classical in the theory of legal science. According to authors like Kelsen, Bobbio, Scarpelli, Jori, Bulygin or Vernengo, legal scholars should be devoted to describing the set of rules that belong to a legal system, and its further systematization. Legal science could be described, in this case, as a normative discipline as its object of study is constituted by rules. It is also an activity that—while it may be controversial to attribute the adjective ‘scientific’ to it, according to its own defenders—can be qualified as objective. This means that the assertiveness conditions of the normative statements (statements about the content of law, that describe the qualification of conduct on the basis of law) have an objective quality, that is, are formed by applying a clear set of rules whose conditions of applicability are ordered and are also clear.

Although it is not at all obvious as what it means to describe rules—let alone how to establish which is the set of legal rules that legal science has to describe—by ‘description of rules’ most defenders of the normativist model of legal science understand the interpretation of normative sentences. That is, the

38 It is necessary to warn the reader here that this is an asymmetric classification because - although the fundamental criterion that characterizes each of the models is a doctrine about what legal scholars should do—each of these doctrines emphasizes different theoretical issues (interpretation and systematization of law, a theory of practical reasoning, a thesis about the role of intellectuals in our societies, etc.).

39 I am thinking here, for example, about the theory of legal science of Luigi Ferrajoli, which would be a mix of the normativist model (insofar as he finds that the interpretation of law is basically a descriptive activity) and the critical model (in terms of that he believes that law scholars should make proposals as regards how to safeguard fundamental rights). I reserve the further development of this argument for another opportunity.

description of the meaning expressed by a set of authoritative directives previously identified.

We can summarize the activity of describing legal rules in three steps: i) identification of the norms (or statements expressing such norms) that establish the conditions of validity (belonging to) of the rest of rules of the legal system; ii) identification and interpretation of authoritative directives that express the norms proposed as belonging to the legal system; iii) testing the validity of the norms expressed by such authoritative directives, that is, whether they satisfy the belonging criteria to the legal system.

Legal interpretation plays a key role in the normativist model of legal science because any authoritative directive about valid law—which claims the belonging of a rule to a legal system—is composed of two statements: an interpretive statement about the norm expressed by a legal disposition (authoritative directive), and another about the validity of such a norm.<sup>40</sup> It should be noted that interpretation is necessary not only for describing the norm expressed by the authoritative directive; rather, for establishing whether a norm is valid, we also have to interpret the directive that expresses the criteria of belonging to this legal system. If we take into account that in most of our legal systems the belonging criteria are posited in constitutional texts, and that they are usually written in vague and ambiguous terms, the question becomes quite relevant.

Now, what does interpretative activity involve, according to the defenders of the normativist model? For most of these authors<sup>41</sup> ‘to interpret’ consists in applying a set of conventional linguistic rules to the statements coming from the authorities,<sup>42</sup> that is, subsuming the statements expressed by the legislator (*token* statements) to the set of language rules or linguistic conventions followed by the legislator (*type* statements) as particular instances of language use. Although hard cases exist (mainly due to the inherent vagueness of natural language<sup>43</sup>) and sometimes the interpreter must decide what meaning to attribute to a statement—the legislator’s language is usually clear in most cases. To interpret, in short, consists of describing the meaning of the authoritative directives.

40 Tecla Mazzarese, ‘Norm-proposition’: Epistemic and Semantic Queries, *Rechtstheorie* (1991) 22, 39–70.

41 An exceptions is, of course, Kelsen. For a succinct analysis of the theory of interpretation of Kelsen I refer the reader to my introductory study to Hans Kelsen, *On Interpretation*: Álvaro Núñez Vaquero, *Sobre la interpretación*, *Eunomia* (2011) 1, 173–184.

42 Eugenio Bulygin, *Sull’interpretazione*, *Analisi e Diritto* 1992, 11–30; Luigi Ferrajoli, *La semantica della teoria del diritto*, in: Uberto Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità 1983.

43 Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Genaro Carrió, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011; Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, Spanish trans. by Francisco Javier Ezquiaga and Juan Igartua, Mexico, Fontamara, 2001.



Different defenders of the normativist model of legal science defend, of course, different interpretative theses, and there are disagreements about which interpretive canon should prevail: the literal, the systematic, the intentionalist, and so on. However, these authors seem to be involved at least in some sort of moderated descriptivism<sup>44</sup> and not just because if there was not normally an univocal correspondence between statements and the norms expressed by them, the law could not fulfil its essential function (to direct behaviour<sup>45</sup>), but because, above all, the “description” of rules could not be qualified as objective (and even less as scientific activity).

According to the defenders of normativist legal science, describing rules is not, however, the only activity that legal scholars must develop. This first phase would be accompanied by a second of systematization.<sup>46</sup> By ‘systematization’, however, at least three different types of activities can be understood:

a) The term ‘systematization’ means explaining all the logical consequences of a legal system and reformulating the normative basis of the system using less normative sentences.<sup>47</sup> That is, first, to systematize implies developing all the logical consequences of the normative system from, and exclusively, those original statements of the system and the set of transformation rules accepted in that; and secondly, expressing the same set of rules by a smaller set of normative statements.

b) By the term ‘systematization’, the organized exposition of the norms pertaining to the legal system can be also understood, grouping those in respect of their content building conceptual categories that allow their understanding and easier use. That is, developing legal institutions (contract, tort, class action, etc.) that can be used to organize, present, and refer to a set of norms in an orderly way.

c) By the term ‘systematization’ we mean, finally, finding the solution to the logical flaws of the legal system: resolving antinomies and filling gaps. Nevertheless, it is debatable whether legal science must solve such problems or if, in contrast, it must be limited to establishing the existence of such defects since, if antinomies are solved and gaps filled, this would modify its object of study. However, it is plausible to say that such activities must be conducted by

44 That is, a thesis that holds that in all cases to interpret is a cognitive activity or that it is so in most cases. See Moreso 1998 (n. 11), 156–160.

45 Joseph Raz, Intention in Interpretation, in Robert George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 249–286.

46 For a more detailed analysis about the concept of regulatory system, see Ratti 2008 (n. 19) and Jorge Rodríguez, *Introducción a la lógica de los sistemas normativos*, Madrid, CEPC, 2002.

47 Eugenio Bulygin, Legal Dogmatics and Systematization of Law, *Rechtstheorie* (1993) 10, 193–210.

legal scholars when they consist of applying rules pertaining to the legal system, clear ones, and whose conditions of applicability are also clear.<sup>48</sup>

## 2.2 Realistic Legal Science

The realistic model of legal science has, in its different versions, a sharply critical tone. To properly understand the scope and meaning of the realistic model of legal science, we must start just with the criticisms that authors such as Holmes, Ross or Guastini directed, above all, at the normativist model of legal science. Although the object of criticism of the different variants of realism differs from one author to another, it is possible to identify two common criticisms in the various realisms: one of an ontological nature and another of a methodological nature.

The ontological criticism derives from the radical empiricist epistemology (reductionism) to which most of its defenders subscribe. According to this first criticism, if only entities of a sensible reality exist, normativist legal science would be simply pointless: there is nothing in the world like the rules that are objects of description in normativism. Therefore, if legal science wants to be a scientific discipline, its statements have to be about empirical world entities. So, if we want to turn legal science into a really scientific discipline, its object of study cannot be anything but judicial decisions<sup>49</sup> (in the broadest sense) and the sensations of obligation perceived by legal operators.

The methodological criticism takes its foundation from a thesis about legal indeterminacy. By ‘thesis of legal indeterminacy’ we understand the thesis according to which it is possible to decide the same controversy, based on the legal system, in incompatible ways all of which are equally justified.<sup>50</sup> That is, the set of legal reasons which allows us, at least in some cases, to legally qualify the same behaviour in incompatible ways. Now, if normative statements can justify more than one solution for particular cases, then the causes or reasons that lead judges to opt for one possible legal solution are not found in law but in other kind of factors: political, psychological, economical, etc.<sup>51</sup>

48 Note in this respect that if the tasks of legal science would include resolving the logical flaws of the system, normativist legal science would also be a normative discipline, because rules would be applied.

49 Martín Diego Farrell, *Hacia un concepto empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

50 Brian Leiter, Legal Indeterminacy, *Legal Theory*, (1995) 1, 481–492. For a discussion about the indeterminacy of law in Brian Leiter, I refer to Álvaro Núñez Vaquero, *El realismo jurídico* de Brian Leiter, *Diritto e Questioni Pubbliche* (2011) 10, 438–456.

51 It is in the light of this thesis that certain statements as “[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 5 (1897) 110, 994, or that “[t]he rules are important so far as the help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges to do something. That is their importance. That is all importance, except as



The sources of the indeterminacy of law are varied: vagueness, defeasibility, logical flaws in the system, etc. However, realists have traditionally emphasized the ambiguity of the legislator's directives (and judicial precedents<sup>52</sup>) as a source of the indeterminacy of law.<sup>53</sup> By ambiguity we must understand the possibility of interpreting the same authoritative directives based on a different canon of interpretation applicable in the legal community, and the absence of lasting meta-legal criteria to determine which interpretive criteria is applicable or what norms derive from authoritative directives.<sup>54</sup> In other words: it is possible to derive different norms from the same authoritative directive based on various interpretive techniques, all of them equally legitimate, and the legal system does not indicate which one we must use.

This thesis about indeterminacy leads to a radical criticism of the normativist model of legal science: given that normativists claim that they describe the content of law, what they are actually doing (or assuming) are value assumptions that prevent them from qualifying their normative statements as descriptive. Thus, normativist legal science could not be qualified as descriptive or objective activity because its normative statements are mediated by the legal-ethical preferences (defined in a broad sense) of those who state them.

The realist legal science model which is best known in the civil law culture is certainly Alf Ross'. According to him, the propositions of legal science should be predictions about how judges will decide future controversies. As is well-known, Ross carries out a synthesis between two types of realism—the behavioural (Holmes') and the psychological (Olivecrona's)—arguing that the existing law is the set of norms that judges feel as binding (valid) and would be willing to apply (if there is an action that is described in the antecedent of the norm).<sup>55</sup>

The model of Ross is certainly not the only model of realistic legal science available, and probably not the most satisfactory. Defenders of the realistic model of legal science have proposed different methods for making predictions,

---

pretty playthings" (Karl Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1930, 5) should be understood.

52 Hermann Oliphant, A Return to *Stare Decisis*, *American Bar Association Journal* (1928) 14, 71–162; Karl Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed, *Vanderbilt Law Review* 3 (1949–1950), 395–406.

53 Richard Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008; Max Radin, Statutory Interpretation, *Harvard Law Review* (1929–1930) 43, 863–885.

54 Riccardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rome, Aracne, 2009.

55 The model of Ross is objectionable for two reasons: first, because although Ross indicates what would be the main factor that would determine judicial decisions (ideology of the sources of law) that factor is not reflected in the method for making predictions; second, that what the Rossian method predicts is the application of normative statements, not rules or court decisions. The problem is that if the American realists are right and there is a difference between what the judges say they do and what they actually do, to anticipate the use of normative statements by judges would be of little interest.

the heterogeneity among those being the predominant note: I refer to the writings that go from the study of the *rationalle* of judicial decisions by American realists, to the most recent studies by Spaeth and Segal, Richard Posner or New Legal Realism, and moving over to the sociology *in the law* by Giovanni Tarello.

Now, if the thesis of indeterminacy is correct—and normative statements do not determine how judges decide particular controversies—realistic legal scholars seem to be headed towards some sort of interdisciplinarity or collaboration both with historians of legal and political thought, and economists, sociologists and psychologists. This is because if the solutions of the judicial process are determined by political or economic factors, and the role of legal science is precisely to make predictions about how judges will decide future controversies, then it is necessary to establish how these factors influence or determine judicial decisions.<sup>56</sup>

### 2.3 Argumentativist Legal Dogmatics

The debate on the scientific character of legal science has certainly occupied quite a large space in the history of the theory of legal science. However, for some decades this debate has been partially replaced by another of a meta-scientific and normative character. In short: according to authors like Aarnio, Alexy, Atienza, Nino, Peczenik, or Zagrebelsky, legal scholars not only describe the content of positive law, nor should they only describe it, but they must also propose solutions for hard cases to which, at least apparently, the law clearly does not provide a single right answer.

Faced with the legal science models *stricto sensu* (the normativist and the realistic one), defenders of the argumentativist model of legal dogmatics propose a radical criticism: a legal science *stricto sensu* is either not purely descriptive (and is therefore ideological) or is sentenced to total practical irrelevance.<sup>57</sup> Legal scholars would traditionally perform, according to defenders of the argumentativist model, an important social function that is neither arbitrary or irrational nor purely descriptive, and that cannot be accounted for by the models of legal science *stricto sensu*.<sup>58</sup> Therefore, in the words of Nino, “one finds oneself

56 Some people took it seriously, even more seriously than the American realists themselves, that legal science should be devoted to making predictions about judicial decisions. See Jeffrey Segal and Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2002; Frank Cross, *Political Science and the New Legal Realism*, *Northwestern University Law Review* 92 (1997-1998) 1, 251-326.

57 Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, *Isonomía* (2007) 27, 7-28.

58 This criticism is a real challenge for all the doctrines of legal science in the strict sense, but not necessarily for the positivist conceptions of law. Indeed, we can state, without falling into contradiction, that to establish what is the content of law it is not necessary to resort to moral considerations (thesis about the no identifiable connection between law and morality) but,

in a somewhat ridiculous position of having to argue about obvious and almost things banal like that legal activity of jurists satisfies other functions than the one these models [of legal science *stricto sensu*] allow.”<sup>59</sup>

According to defenders of the argumentativist model, it is precisely when legal scholars leave the descriptive plane that their work becomes interesting and relevant, even though it is not possible to identify a single right answer.<sup>60</sup> But this does not mean, of course, that legal scholars should propose solutions for problematic cases based on their own preferences or moral tastes. Rather, their activity should be governed by two factors: first, by the set of values and principles, legal and/or moral, posited in the legal system and/or that govern the social practice called ‘law’;<sup>61</sup> second, legal scholars must justify—by offering supportive arguments—each of their proposed solutions for hard cases, that is, legal scholars must provide reasons to support their solutions for hard cases.

Legal reasoning, to the extent that it justifies its thesis based on principles and values, would be—as most of these authors say—a type (a special case) of practical reasoning.<sup>62</sup> That is, despite the differences that are present between defenders of the argumentativist model and between legal and moral reasoning, these differences would not be relevant at the time of determining whether a thesis is justified.

Among the defenders of the argumentativist model it is possible to distinguish three dimensions of legal reasoning. In extreme synthesis: the first approach deals with the logical validity of arguments, the second deals with its persuasive capacity, while the third deals specifically with the material (or substantive) plausibility of arguments. What is specific to this material dimension of legal reasoning is that it is possible to identify in advance which are the sufficient conditions that a thesis must satisfy to be finally considered as the best legally possible answer. That is, determining what is the best answer for the legal problem is not a matter that can be reduced to the application of a set of rules. To establish the best possible answer is an activity guided by a model of rationality (and of objectivity<sup>63</sup>) distinct from that which governs our theoretical or cognitive activities: *phronesis* or practical reason.

---

however, that legal scholars should propose solutions for those cases where the law is indeterminate. Cfr. Nino 1999 (n. 5), 13.

59 Nino 1999, (n. 5), 13. Similar expressions can be found on authors like Amselek, Atienza, Zagrebelsky, Dworkin, Alexy, etc.

60 Aulis Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Mexico, Fontamara, 1995.

61 I am referring, of course, to Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

62 On the theory of special cases, see Robert Alexy, *The Special Case Thesis*, *Ratio Juris* 12 (1999) 4, 374–384.

63 Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, ch. VIII.

The argumentativist method proposes a model of the legal scholar who offers solutions for legal disagreements in an analogous manner to the way moral philosophers suggest answers for moral or ethical-political problems: justifying their decisions based on rules, principles and values. This kind of practical rationality which underlies the argumentative model (characteristic of deontological morality) is reflected in the different instruments theorized by moral philosophy: reflective equilibrium,<sup>64</sup> coherentism,<sup>65</sup> the holistic interpretation of a set of norms in its best light,<sup>66</sup> the discussion in front of a rational ideal auditorium,<sup>67</sup> etc. However, due to its diffusion through the work of Robert Alexy,<sup>68</sup> the most common instrument among defenders of the argumentativist model is that of the balancing of principles: a method for the application of principles and the resolution of their conflict.<sup>69</sup>

The fact that legal reasoning is a special case of practical reasoning does not imply, however, that legal reasoning will collapse with moral reasoning. Instead, the discussion about the best legal solution can yield, as a result, not the best moral response, but a *morally second best*: a morally justified response that would not be the optimal response from the ethical point of view. This is because legal reasoning would be governed, in addition to moral principles and values, by principles and values specifically legal, like legal certainty, consistency with the institutional history, etc.

## 2.4 Realistic-Technological Legal Dogmatics

Within the literature on legal realism, especially the American, a section dedicated to the model of legal dogmatics by authors associated with legal realism such as William Douglas, Karl Llewellyn and Felix Cohen may frequently be found. That is, a method—more practiced than explicitly theorized—not used to make predictions about the existing law but used for proposing solutions for hard cases (the constructive method). Here I carry out a reconstruction of such a model of legal dogmatics based on the thesis of these authors, other American realists and from elsewhere (Michael Troper, Vilhelm Lundstedt or Giovanni Tarello), but also precursors and heirs of realism like Rudolf von Jhering, Richard Posner, Brian Leiter or Hans Albert.

64 Giorgio Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008.

65 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994; Juan Manuel Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

66 Dworkin 1986 (n. 61), 45 ff.

67 Aarnio 1987 (n. 29), 221 ff.

68 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

69 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003; David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

In order to understand what this technological model of legal dogmatics involves, it is necessary to start pointing to where it overlaps with the realistic model of legal science: the thesis of legal indeterminacy. That is, the thesis that authoritative directives can be used to qualify the same behaviour in some incompatible ways in a justified manner—which makes a resort to extra-legal considerations in deciding disputes necessary.

However, defenders of the technological model go a step further with the thesis of the indeterminacy of law. According to them, the deontological model of practical rationality—the one that underlies the argumentativist dogmatics—provides tools that, based on the same set of rules and moral and legal principles, allow us to justify incompatible decisions.<sup>70</sup> That is, it is not only that the law is indeterminate, or that the tools that legal scholars use to interpret the law will generate indeterminacy; but that defenders of this model present a sceptical thesis about practical reasoning, conceptually independent of any theory about how our legal systems are.

The problem is not only that there are no objectively correct values (external scepticism) but that even if we could agree on what values are correct, the instruments of a deontologic moral discourse based on rules, principles and values allow us to justify incompatible legal decisions:<sup>71</sup> which action would be further honouring our moral principles depends on what weight or value legal scholars attribute to each of them (internal scepticism). Instruments such as reflective equilibrium, communicative dialogue or balancing of principles do not diminish uncertainty to the extent that would allow for resolving conflicts between rules, principles and moral standards rationally. On the contrary, such instruments give only an appearance of rationality to decisions based on mere intuition or simple prejudice, fulfilling a purely ideological function. In other words, if it is not possible to identify sufficient conditions for determining when a conduct should be considered correct, then when legal scholars propose answers for hard cases they will rely on purely intuitive, if not idiosyncratic, considerations.

This does not mean that defenders of the technological model are radically sceptical on matters of practical reasoning, or at least not in all the possible senses of 'scepticism'.<sup>72</sup> Although most of these authors are non-objectivists

70 Leiter 2007 (n. 63), ch. VIII; Brian Leiter, In Praise of Realism (and against non-sensejurisprudence), *The Georgetown Law Journal* 100 (2012) 3, 865–893; Richard Posner, The Problematics of Moral and Legal Theory, *Harvard Law Review* (1997–1998) 111, 1637–1717.

71 For a brief but effective presentation of the pluralism of values, I refer to Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Rome, Laterza, 2006, ch. V.

72 For different types of skepticism in meta-ethics, see Pierluigi Chiassoni, Tre esercizi per una critica dell'oggettivismo morale, *Analisi e Diritto* 2009; Jose Juan Moreso, El reino de los derechos y la objetividad de la moral, in *Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 69–94.

(they deny the existence of ultimate criteria of moral rightness), when these authors develop legal dogmatic works—proposing solutions for hard cases—they present practical arguments that seem rational, but in a different sense of the term ‘rational’ (in respect of the model of practical rationality that seeks to justify practical decisions based on norms, moral and/or legal values and principles).

A vaguely particularist conception in moral matters has often been attributed to these authors, that is, the thesis that what counts as moral reason in a particular case may have no relevance in another similar case.<sup>73</sup> However, the thesis of these authors is much more plausible<sup>74</sup> if we reconstruct the model of practical rationality that underlies their work, like that of consequentialist ethics. In other words, ethics—utilitarianism being the best known among them—that argue that the sole criterion to morally qualify an action is that it is suitable for, or contributes to, achieving the best possible state of affairs.<sup>75</sup> Thus, the statements that morally qualify behaviours, as they indirectly deal with facts and causal relationships, result in having truth-value.

This does not mean that legal scholars should seek some purpose in law or intentions on the part of the legislator, nor that some kind of sociological, psychological or economic investigation will allow which is the best state of affairs to be discovered. Rather, the technological model of legal dogmatics requires that legal scholars choose a state of affairs as the best—making that choice explicit—and offering evidence for supporting that a particular legal solution is the appropriate one to attain this state of affairs.

Of course, there is still considerable discretion to the extent that, according to defenders of the technological model, we have no objective criteria for determining what is the best state of affairs. However, this type of practical reasoning has at least three advantages: first, it places our best knowledge about the world (the scientific) at the core of practical reasoning; secondly, practical discourse becomes more controllable since statements that morally qualify behaviours result in having truth-value; and finally, a conception of practical reason in this

73 Jonathan Dancy, Moral Particularism, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <http://plato.stanford.edu/> (October 6<sup>th</sup> 2012). This link between legal realism and ethical particularism has been proposed by, among others, Robert Summers. Cfr. Robert Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1982.

74 It is not just an issue of plausibility but of correct reconstruction in historical terms. See, for example: Cohen (n. 18); Vilhelm Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Stockholm, Almqvist&Wiksell, 1956; Karl Llewellyn, *The Theory of Rules*, Chicago, University Chicago Press, 2011, ch. VI; Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, 199 ff; Giovanni Tarello, La semantica del neustico, in *Diritto, enunciati, usi* (n. 11).

75 For a brief but accurate introduction to ethical consequentialism, see the reconstruction of this offered in Juan Carlos Bayón, Causalidad, consecuencialismo y deontologismo, in *Doxa* (1989) 6, 461–500.



way implies that choosing any course of action will be more rational because it is chosen based on objective criteria.<sup>76</sup>

In addition to proposing solutions to hard cases, the technological dogmatics pays special attention to the reprocessing of legal concepts. In particular, defenders of the technological model propose to first reduce all legal concepts to the set of empirical facts referred to,<sup>77</sup> expelling any concept from legal language that refers to non-existing entities or facts that it is not possible to confirm;<sup>78</sup> second, to fragment the traditional legal concepts into different concepts of a smaller scope that refer to types of cases described in a richer way (fine cases); and, finally, to update these concepts in the light of the possible changes that may have occurred in the social reality.<sup>79</sup>

## 2.5 Critical Legal Dogmatics

The latest model is the one which is typical of the critical theories of law.<sup>80</sup> To summarize it in a slogan, the critical model of legal dogmatics—defended by movements such as *Critical Legal Studies*, Argentinian critical theory or *Uso alternativo del diritto*—it could be the following: the law is a continuation of politics by other means, thus legal scholars are political agents that must be aware of the important role they play, and they should act accordingly.

The critical doctrines of legal dogmatics hold some variant of the thesis of legal indeterminacy in its most common formulations. However, this view is common to many legal scholars, *Crits* and those scholars of other legal theories. What is characteristic of critical theories of legal dogmatics—at least in its most familiar version—is the (main) source of indeterminacy: the thesis of fundamental contradiction.

According to this thesis, the law of our legal systems would be underlaid by an ideology: political liberalism. Yet in liberalism—as the critics declare—there are sometimes two “spirits” of a contradictory nature present: individualism and

76 See in this sense Mario G. Losano, *Introduzione*, in: Rudolf von Jhering, *Der Zweck Im Recht* (1877); in Italian trans. by Mario G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972.

77 Alf Ross, Tù-tù, *Harvard Law Review*, (1956-1957) 70, 812–825.

78 Cohen 1960 (n. 18).

79 For an example of this type of analysis see William Douglas, *Vicarious Liability and Administration of Risk*, *Yale Law Journal* (1929) 38, 584–604.

80 Here I will focus on the *Critical Legal Studies* and the Argentinian Critical Theory. I shed light on the reconstruction of the critical model of legal dogmatics in these two movements to the detriment of others such as the *Uso Alternativo del Diritto* or the *Critique du Droit*, for several reasons: the first case, because the *Critical Legal Studies*—although little remains now of them—remain a reference for those wishing to do critical legal science, in the second, for the relevance of the contributions from Argentina that have been performed in this field and, finally, because the heterogeneity of critical legal theory is such that for clarity we should focus on some of them. Nor will I take into account other Latin American authors whose theses are also clearly positioned in the scope of the critical currents, such as Eros Grau or Oscar Correa.

altruism, that is, ethical-political values that are incompatible, and which would prevent its defenders from offering rational responses of an ethical-political or legal nature whenever a hard case is presented.<sup>81</sup> This contradiction, however, does not allow us to take justified decisions, nor does it prevent legal scholars and legal practitioners from ending up deciding most disputes in favour of the individualistic aspect of liberalism.

The thesis of fundamental contradiction would not only be reflected in the field of contents; moreover, it finds expression in the context of the way in which law is structured. In particular, the difference between rules and principles would also show such a contradiction to the extent that a structured law based only on rules gives an appearance of certainty, encouraging legal actors to pursue their goals with the only limit of these rules, enhancing thus the individualistic aspect of liberalism.<sup>82</sup> This image of a law based solely on rules is further reinforced by the programs of legal education, where a particular *formamentis* is reproduced, a way of conceiving the study and the application of law that presents jurist activity as politically neutral.<sup>83</sup>

Now, if an objective knowledge of law (even at meta-jurisprudential level) is not possible, and any consideration about law is expressed from a political viewpoint, then—according to the critics—it is better to be aware of such conditioning and make a “legal dogmatics consciously committed”.<sup>84</sup> All of this because, by their categories and interpretations, the jurists would be willing to change both the way in which the law is applied (and in some sense to change the law itself) and to change the society itself, which is the ultimate goal of the critical model of legal dogmatics. We can articulate this committed dogmatics in two phases: a first critical phase and a second constructive one.

The critical phase is the systematic reporting of political mediations that are found in the description and application of law, both by other legal scholars as well as legal operators. In particular, what critics are interested in this phase is denouncing that what is presented as objective interpretations and necessary decisions are purely contingent and they are dependent on the preferences and ideologies of legal operators. Once the contingency of these solutions is noted, it is possible to question even the easy cases, discussing the underlying ethical-political choice, and proposing a new solution to the conflict between individualism and altruism.

81 The “classical” thesis about fundamental contradiction was made by Roberto Unger. See Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975.

82 Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, in *Harvard Law Review* (1976) 89, 1685–1778.

83 About legal education in the U.S., see Juan Antonio Pérez Lledó, *La enseñanza del derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2006.

84 Christian Courtis and Alberto Bovino, Por una dogmática conscientemente comprometida, in Christian Courtis (Ed.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.



The construction phase of the critical model of legal dogmatics is projected onto the image of the jurist (-intellectual) who is committed to serving a particular ideal of justice. This second phase involves constructing useful knowledge for social change, conceptual categories that serve to bring us closer to the ideal of justice. The ideal of justice that jurists should pursue and to which they should guide its activity is chosen—if, as these authors say, the law is indeterminate—by each legal scholar autonomously, although most critical movements remain on the left political wing, the radical and the emancipatory. To this purpose, it is necessary that legal scholars understand law as a part of a larger social system, thus generating new knowledge based on different disciplines and approaches to the law.<sup>85</sup>

### 3 HOW TO DO THINGS WITH METHODS

Slightly modifying a quotation from Felix Cohen,<sup>86</sup> it can be said that there are three important issues in the field of theory of legal science (the meta-discourse or study of the science of law): what legal scholars do; what they should do and what they can do.

While the reconstruction of five models of legal science in the previous section presented different *normative* models of legal science, it constitutes a sufficiently wide response—but not exhaustive—to the last question. Now it is necessary to say something about the first two questions: what legal scholars do (3.1) and what should they do (3.2). What follows is not intended to be anything else than a first step in that direction, since answering both questions satisfactorily would require a separate work.

#### 3.1 What Legal Scholars Do

In relation to the empirical question as to which model of legal science has the greater prestige, it is necessary to differentiate between two different issues: first, which model has greater support among the theorists of legal science from

85 Important in this respect are legal studies from the psychoanalytic point of view of Enrique Mari. For a summary of the positions held by Mari, see Christian Courtis, Enrique Mari (1928–2001), *Doxa* (2001) 24, 5–19. For a discussion about the different meanings that the concept of “multidisciplinary” can take in studies of law, claimed and assumed by much of the critical legal theory, see François Ost, *Science du droit*, in André-Jean Arnaud et al. (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de jurisprudence et de droit, 1988.

86 “Fundamentally there are only two significant questions in the field of law. One is ‘How do courts actually decide cases of a given kind’. The other is, ‘How ought they to decide cases of a given kind’. Unless a legal ‘problem’ can be subsumed under one of these forms, it is not a meaningful question and any answer to it must be nonsense”. Cfr. Cohen 1960 (n. 18), 49–50.

the normative point of view?; and second, what model of legal science *ampio sensu* is more widely accepted in the practice of legal scholars?

As it has been said before, while there are several doctrines about what legal scholars should do, the majority of jurisprudence theorists subscribe—at least in Western legal culture—to some variant of the argumentativist model, and to some variant of the normativist model. The realistic, critical and technological models receive less support among those who are behind the normative theory of legal science, though it is possible to find some defenders of these, too.

Quite similar is the answer to the question of which method legal scholars use in their research: while some scholars adopt some variant of realistic models and critical technology, further methods are practiced in this order, first the normativist and later the argumentativist.<sup>87</sup> However, this does not mean that other models are not subscribed and used by a number of scholars, but only that those are not the majority.

## 3.2 What Legal Scholars Should Do

The question of what legal scholars should do also allows for two different interpretations: first, it can be—and often it has been—interpreted as a technical question (3.2.1); but it has also been interpreted as a normative question in ethical-political or moral sense (3.2.2).

### 3.2.1 A Technical Question

From the first point of view, the question of what legal scholars should do allows two further interpretations which generate two different questions and to which partial responses have been offered. However, given its importance, it seems appropriate to insist on these arguments.

i) The question of what legal scholars should do has been formulated as a dependent question to that about our best concept of law. Which method should legal scholars employ would simply be a corollary about what is our best concept of law, what law “really” is.

However, focusing on the issue in these terms is, as we have seen, a bad idea. First, because we have different concepts of law in competition with which we can build different methods to study the content of law. If the adequacy of a concept depends, among other factors, on its consistency within a given theory—and therefore on the research objectives that are pretended to be achieved by it—then the concept of law cannot determine which method should be used by legal

<sup>87</sup> It should be noted that the main tendency among legal scholars is—although this depends on the legal culture of reference—a combined use, and often undifferentiated, of argumentativist and normativist methods. That is, a large number of scholars combine the methodological tools of both models, but not in a fully conscious manner.

scholars. Putting the question of the concept of law before the normative question about what legal scholars should do is like putting the cart before the horse.

Second, because those that appear to be the best candidates within the legal philosophical debate to occupy the position of the concept of law (the one that legal scholars should employ to identify their object of study), are conceptual reconstructions based on intuitions about what legal theorists consider what legal operators believe is the legal practice.<sup>88</sup> Beyond the fact that these intuitions are often contradictory—otherwise such philosophical reconstructions would not be necessary—these concepts of law intend to account for the totality of legal practice. For this reason, those are unwieldy for legal scholars, and seem rather to respond to the final product of the research of those, not the criteria that should be used by them to identify the object of study (the function that the concept of law should accomplish).

ii) Much of the discussion about which should be the method used by legal scholars has been discussed in meta-scientific terms, that is, analysing which method they should use to consider their activity as scientific (at least under any of the scientific criteria available).

However, as authors such as Nino have said,<sup>89</sup> it is not a good idea to reduce the question of what legal scholars should do to the criteria of any conception of science—although the right reason for not doing it is not what many defenders of the argumentativist dogmatics believe. Indeed, the problem is not that the models of legal science in the strict sense are irrelevant<sup>90</sup>—to know how judges will decide future disputes or what is the interpretation according to the linguistic conventions is relevant to any legal operator—but that all activity, even scientific practice, requires a practical justification.

The first reason is that the scientific method can be applied to countless objects of study but such investigations can never be considered justified by this: consider, for example, a predictive and rigorous study on the number of vowels that will be used in a judicial decision.

The second reason is that if we try to universalize the argument, and we interpret it *a contrario* (in its productive version), it seems unacceptable to the extent that only scientific activities would be justified. Any other activity—i.e.

88 Much of the conceptual analysis developed in recent decades about the concept of law claims to be based on the beliefs of the legal operators about what the law is. However, in such investigations empirical evidence is not normally provided as a basis for attributing these beliefs to legal operators. Rather, what usually happens is that legal theorists ascribe their own conception of what the law is to legal operators. See in this regard Leiter 2007 (n. 63), 13 ff.

89 Nino 1989 (n. 13), 13 ff.

90 Atienza and Ruiz Manero claim that a legal science and/or a purely descriptive legal theory would be irrelevant because they would not serve for solving hard cases. Cfr. Atienza and Ruiz Manero 2007 (n. 57); Nino 1999 (n. 5), ch. I, III.

*lege ferenda* or *sententia ferenda* research—would not be justified on the basis of this argument, and it seems a very implausible consequence.

### 3.2.2 A Normative Question

The second way to interpret the question of what legal scholars should do is to shape it as a genuinely normative question of an ethical-political or moral nature. In particular, as the question of the contribution that legal scholars have to make to the legal community.

There is a first set of arguments to justify that choosing a legal method is a moral question. If we define ‘moral values’ like those that do not require or permit further arguments for justifying a decision, then it can be said that any choice can be qualified as moral. Perhaps this thesis is true, but it probably does not have much interest. Nonetheless, from a second point of view it is possible to state that it is necessary (for conceptual reasons) to use some of the most important values that are normally considered moral values, for justifying the choice of method.

However, as any reasoned response to any practical problem, it is not based solely on axiological considerations but empirical and theoretical considerations are also relevant. Among the reasons that have to play a decisive role in choosing between the possible methods for establishing the content of law we can find at least the following types of reasons:

- a) Theoretical-legal reasons: for example, what interpretation is about, doctrines of the sources of law, what is the nature of legal concepts, etc.
- b) Philosophical reasons in general, whether epistemological, ontological or meta-ethical such as the positions on what is considered justified knowledge, what are the entities that exist, the truth values of moral statements, etc.
- c) Considerations of the empirical, political, economic and socio-legal reality, such as the level of litigation within the legal community, what is the degree of disagreement within that community, a social change or a change in production methods, a moment of institutional crisis, etc.
- d) Reasons of a moral or political ethical nature, concerning the contribution that legal scholars have to make to the legal community. That is, the role to be played by legal scholars in the development, education, knowledge, interpretation and application of law.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> I stop at this point because many realists have held, and currently hold, that legal scholars should not engage themselves in legal practice but only in describing it, or that its activity should not take into account their potential impact on legal practice. However, to the extent that they intend that their research would not be irrelevant to the practice of law—that it would be considered reasons for action by someone—the thesis seems implausible. Given this last argument, two further arguments can be presented. In the first, the activity is relevant but does not require a moral justification. According to the second, the activity of legal scholars should not be relevant to legal practice.

This is not the place to explain how each of these criteria justifies the adoption of a particular model of legal science (*ampio sensu*). Rather, here I defend the conceptual thesis<sup>92</sup> by which it is (conceptually) necessary to use ethical-political or moral reasons in order to qualify the choice of one of the methods for establishing content of the law as justified. Of course, I'm not arguing that all legal scholars will decide which method they will use in resorting to moral considerations (the empirical question), nor should they necessarily introduce value considerations in its methodology for determining the content of law (the methodological question). What I hold is that in order to be justified, the choice of the method of legal scholars must be based on moral reasons (for conceptual reasons).

For understanding in what sense the ethical-political or moral reasons play a conclusive role in the methodological choice it is advisable to start with some examples. Imagine, first, a legal scholar who believes that the best definition of the concept of law is the one presented as a set of norms from normative authorities, that there is a considerable agreement on what criteria and techniques should be used to interpret the law, and that the number of hard cases is marginal. So, it would be plausible to think that, due to legal-theoretical reasons, he should adopt the method of normativist legal science.

---

The first argument can be summarized as follows: in the same way that we do not consider knowing the laws of aerodynamics as an activity that requires a moral justification, nor would it predict how judges will decide future disputes. Now, we do not know the laws of aerodynamics for the mere fun of it but because this knowledge will be useful for other activities, in particular, as necessary knowledge for technical activities, such as building airplanes. In this sense, it is aircraft construction (or any other technical activity) which justifies the knowledge of the laws of aerodynamics (or any other scientific activity). However, if we build airplanes then it is not for the mere fun of it but because we consider the result of such activity valuable. That is, because we consider these objectives as morally valuable. Similarly, knowing how judges will decide is a worthy purpose because you can perform some activities that we consider valuable – as guiding our behaviour – that actually affect legal practice.

According to the second argument, the activity of legal science simply does not have to impact on legal practice. In response to this argument, it is possible to pose two further arguments: first, it is almost impossible that the activity of legal scholars have no impact on legal practice, unless it is kept concealed; secondly, it would be possible to question, then, why it is important to study the content of law, that is, to make legal science (*ampio sensu*).

Everyone, including the realists, is in the same boat in the legal community. On this point, the discussion between Brian Leiter and Julie Dickinson can be followed. Cf. Julie Dickson, *Methodology in Jurisprudence: a critical survey*, *Legal Theory* 10 (2004) 3, 117–156; Leiter 2007 (n. 63), 148 ss.

- 92 This is not a normative thesis about what legal scholars should do but a conceptual thesis about when we can consider a decision as justified from a formal point of view. In short: if the decision affects moral goods, the decision cannot avoid referring to these goods. It is not that the decision would be wrong from the material point of view, but it would be incongruous to decide moral issues by reference to non-moral reasons. Something similar would happen if we try to resolve empirical or conceptual questions through moral reasons.

However, it is perfectly possible to accept this thesis and to hold, without falling into contradiction, that legal scholars should devote themselves to proposing solutions for hard cases. For example, the description of the content of law could be for this hypothetical scholar—because in order to know the deontic qualification of behaviour it is enough to apply interpretive methods existing in the legal community—an irrelevant activity because any informed person knows the conventional interpretation of the statements of the legislator. On the contrary, the scholar may consider that what he should do is to suggest solutions for cases for which the law is indeterminate because in such way he improves the decisions of the courts, even if it were necessary to resort to non-legal considerations or expand their concept of law.

Secondly, the opposite situation is also possible. Imagine a scholar who believes that the law includes some principles and values that we can know and use to identify a single right answer for hard cases. However, this second hypothetical legal scholar might consider that—since judges do not read legal dogmatics, they systematically move away from these right decisions, or because there is much disagreement among them—he should devote his research to predicting how judges will decide future disputes. That is, although reasons might be offered to establish which is the best answer to hard cases, for this second scholar it would have greater moral value to make predictions on how judges will decide, because that would promote legal security and, therefore, the autonomy of the subjects.

Positions like these are not necessarily contradictory. But why should moral or ethical-political criteria determine methodological choice? Since the activity of legal scholars should be relevant—that is, that the result of their activity would be taken into account as a reason—in the action of legal operators, such activity must have a moral basis. The reason is that the activity of legal operators—their education, and the creation, interpretation and application of law—affects ethical-political or moral goods (life, liberty, equality, autonomy, political stability, etc.) so, in the same way, the results of the research work of legal scholars affect such moral goods. Therefore, given that legal scholars influence—albeit indirectly—the treatment of moral goods protected by the order, then the justification of the method—for reasons of consistency—must refer to moral reasons.

If the reasons for adopting a particular model of legal science (*ampio sensu*) are of a moral or political ethical nature, and different research objectives require different coherent methods for such purposes, then the legal scholar must take his own methodological premises based on the research objectives pursued. What concept of law, what theory of interpretation or what ontology of legal rules is chosen will depend on the objective pursued by the legal scholar:

to describe rules according to linguistic conventions, to predict court decisions or to propose normative solutions for easy and hard cases.

### 3.3 Some Reasons for Legal Science

To analyse what are the moral reasons that justify the adoption of each of these models of legal science (*ampio sensu*) unfortunately exceeds the scope of this work. Nonetheless, to finish, I would like to highlight some of the moral reasons that can be used in support of each of these methods.

#### 3.3.1 *Reasons for Normativist Legal Science*

At least two reasons can be pointed to as justification for the normativist method. First, the preference for normativist method may be based on the political consideration that a legal document or legal authority should be given greater respect in the practice of the courts as, for example, the rules from a democratic legislator,<sup>93</sup> or the norms of the constitution. Normativist legal science thus would become the guardian of the sources of law, ensuring that a valid law is not modified, especially during the adjudication process.<sup>94</sup>

Second, normativist method finds justification on the principle of rationality, because presenting the content of law in an orderly and systematic way facilitates the identification of gaps, contradictions and redundancies, promoting wholeness and coherence of the legal system.<sup>95</sup> Thus, such a model would find justification—even indirectly—on the principle of legal certainty.

#### 3.3.2 *Reasons for Realistic Legal Science*

The realistic model of legal science has frequently been justified by its advocates as the only scientific way to address the study of the content of law. However, we have already seen that this is not a good justification for any model of legal science.

Nevertheless, it is possible to offer some practical or moral arguments in favour of the realistic method. First, to know how judges will decide future controversies is relevant to the general public: to the extent that court decisions affect moral goods, to know how judges will decide allows anyone to plan his own behaviour rationally. For example, to know under what conditions it is possible to end up in jail has moral significance because it allows the planning of our actions, which involves a greater degree of autonomy.

93 Jeremy Waldron, *Law and Disagreements*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

94 Ferrajoli 1983 (n. 42).

95 Alchourrón y Bulygin 1975 (n. 4), ch. ix. See also, Paolo Comanducci, El racionalismo de Alchourrón y Bulygin, in *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, CEPC, 2010, 227–234.



Second, legal operators (legislator,<sup>96</sup> judges, lawyers, etc.) have a special interest in knowing what the consequences of one's own actions at the judicial level will be: how a reform will be implemented, when one's own decision will be rejected by the higher courts or what possibilities exist to win a court case. The realistic method finds, in this way, justification by the greater degree of rationality and higher probability of pragmatic success of decisions made taking into account how these actions will be considered by the courts, which also promotes the better functioning of the legal system.<sup>97</sup>

### 3.3.3 *Reasons for Argumentativist Legal Dogmatics*

Regarding the argumentativist model of legal dogmatics, it seems beyond doubt that the main practical justification is based on the moral or ethical-political quality of the proposed solutions for hard cases. That is, it would be justified to adopt the argumentativist method precisely because it serves, at least according to its advocates, to obtain the best possible response.<sup>98</sup>

However, it is possible to wonder why it is important to propose answers (or the best answer possible) to hard cases. The question, while apparently banal, allows for two different answers. First, to provide the best possible solution to a hard case would have an intrinsic value. That is, in the same way that telling the truth would be good—at least according to some value systems—in itself, it would be the same presenting which is the correct answer.

Second, a proposed solution to a hard case can have instrumental value in two different ways: first, because providing the best answer possible—for example, through a comment in a specialized publication—makes it more likely to be finally adopted by the courts; second, even though it was not “really” the best possible answer, to give reasons and/or arguments supporting some of the possible solutions is valuable to the extent that it contributes to the discussion on what it is due to do.

### 3.3.4 *Reasons for Technological Dogmatics*

In the same way as in the case of argumentativist dogmatics, technological dogmatics finds its justification first in the goodness or rightness of the solutions taken in using it.

However, based on the criticisms that advocates of technological dogmatics direct, mainly against argumentativist dogmatics, it is possible to provide ad-

<sup>96</sup> See, in this regard, Núñez Vaquero 2011 (n. 41).

<sup>97</sup> I have developed this argument extensively in Álvaro Núñez Vaquero, *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*, in *Doxa* (2012) 35.

<sup>98</sup> See, among others, Ronald Dworkin, *In Praise of Theory*, in *Justice in Robes*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2006, ch. II.



ditional reasons that would justify the technological method. First, the greater controllability of the proposed solutions to hard cases. If, as defenders of the technological model claim, the argumentativist method would serve only as *ex post facto* justification of decisions based on non-explicit reasons (and therefore not subject to analysis and control), then the technological model could be justified because it is a method that allows the proposed solutions to be more rationally controlled. Also, the adoption of this method would increase the chances of pragmatic success—in the sense that it achieves the goals it sets—of those decisions.

Second, if the adoption of this method is used to discard those solutions that are not instrumentally suitable to achieve the state of affairs that is considered better, then this method also supports the certainty of law and therefore autonomy. This is because if one of the possible answers to the hard case is shown to be irrational—in the sense that it is not enough to achieve the stated objective—it is less likely that it would be adopted by any court and, in this way, the degree of legal certainty increases.

### 3.3.5 *Reasons for Critical Legal Dogmatics*

Again, and as with argumentativist and technological dogmatics, the primary justification for supporting the critical model is founded on the moral or ethical-political rightness of its proposed solutions for hard cases.

However, in the case of critical legal dogmatics, as it proposes converting easy cases in hard cases, it requires greater effort in terms of justification. This is because the aim is not only to make proposals for hard cases but also to propose new or different solutions for easy cases, modifying the conventional legal solution, which seems to go against the principle of legal certainty.

That being said, the critical model of legal dogmatics finds more justification precisely where the legal system of reference is considered to be very unfair. In this sense, it is plausible to say that where the law is unjust, it would be more justified that legal scholars devote their efforts to also proposing solutions to hard cases.

The method which should be used by legal scholars is a question that depends on different factors, and probably cannot be answered in abstract terms. Here I have only tried to provide a map of the different models of legal science and to clarify what kind of arguments justify the choosing of one of the methods.

*Translated from Spanish by  
Ester González Bertrán.*



Riccardo Guastini\*

## Redefinicija pravnog realizma

Pravni realizam, odnosno barem jedan njegov oblik, shvaća se kao spoj triju usko povezanih teza: ontološke teze, koja odgovara na pitanje koja je pravo vrsta entiteta; metodološke teze, koja se bavi interpretacijom i odgovara na pitanje koja je vrsta aktivnosti interpretativna aktivnost; i epistemološke teze, čiji je objekt pravna znanost i koja odgovara na pitanje u čemu se sastoji znanstvena spoznaja prava. Autor susljedično raščlanjuje navedene teze i postupno razvija različite mogućnosti odgovora na postavljena pitanja.

**Ključne riječi:** ontološki realizam, epistemološki realizam, metodološki realizam

Pravni realizam – ili barem jedan njegov oblik, može se okarakterizirati kao spoj triju usko povezanih teza: ontološke, metodološke i epistemološke (nazivamo ih tako u nedostatku boljeg naziva, iako naziv nije uvijek odgovarajući).<sup>1</sup>

Ontološka teza, u pravnom smislu, odgovara na pitanje koja je pravo vrsta entiteta.

Metodološka teza ima za predmet interpretaciju: odgovara na pitanje koja je vrsta aktivnosti interpretativna aktivnost.

Epistemološka teza, najzad, ima za predmet spoznaju (“znanost”) prava: odgovara na pitanje u čemu se sastoji znanstvena spoznaja prava.<sup>2</sup>

\* guastini@unige.it | Redoviti profesor filozofije prava na Sveučilištu u Genovi.

1 Drukčiju, puno složeniju, karakterizaciju pravnog realizma izložio je Pierluigi Chiassoni u radu *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, u: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, br. 1, 2012, 240 i dalje, u kojem se analitički objašnjava niz metodoloških i epistemoloških pretpostavki jednog “dobro shvaćenog” realizma, od kojih vrijedi spomenuti barem sljedeće: odbacivanje jusnaturalizma, empirizam, etički ne-kognitivizam. Vidi također Pierluigi Chiassoni, *Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen*, u: José Juan Moreso i José Luis Martí (ur.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia i Barcelona, 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

2 Ovim trima tezama možda bi se moglo dodati i četvrtu: semantičku tezu, koja odgovara na pitanje koje je značenje pravnih pojmova. “Semantičkom” realizmu, ako ga tako možemo nazvati, predmet je značenje pravnih pojmova, kako onih postavljenih od strane normativnog autoriteta pri donošenju normi (shvaćenog ovdje kao “zakonodavac” u “materijalnom” smislu), tako i onih koje su uveli pravnici, opisujući sadržaj tih normi. Deontološki pojmovi – “obveza”, “zabrana”, “dopuštenje”, itd. – kao i pojmovi koji označavaju subjektivne pravne situacije – “pravo”, “ovlaštenje”, itd. – lišeni su semantičke odrednice. Ne označavaju nešto zbiljsko. Jednostavno, svode se na preskriptivnu, uređujuću ili normativnu funkciju: služe usmjeravanju ponašanja. Dogmatski termini – “vlasništvo”, “ugovor” itd. – podjednako su lišeni semantičke odrednice. Koriste se, kako od strane normotvorca tako i od strane pravnika, radi prikazi-

Izgledalo bi prirodno započeti izlaganjem ontološke teze, no postoje dobri razlozi (objašnjeni u nastavku) da se započne metodološkom tezom, s obzirom na to da realistički pristup interpretaciji uvjetuje sve ostale teze.

## 1 METODOLOŠKI REALIZAM

Metodološki realizam, pojednostavljeno rečeno, jedna je skeptička teorija interpretacije:<sup>3</sup> interpretacija – tj. pripisivanje značenja normativnim tekstovima – aktivnost je koja nije kognitivna, nego “odlučujuća”. Kelsenovim riječima: to je akt volje, a ne spoznaje.<sup>4</sup> Misli se, naravno, na posebno važnu vrstu interpretacije u pravu: sudsku interpretaciju.

Međutim, ta odlučujuća aktivnost ne obuhvaća (naravno) samo interpretaciju od strane sudaca – i, općenitije, organa primjene<sup>5</sup> – nego i onu od strane pravnih znanstvenika (“doktrina” ili “dogmatika”).

### 1.1 Interpretacija u užem smislu

Normativni tekstovi – “pravo”, dakle, u jednom od značenja te riječi<sup>6</sup> – pati od višestrukog oblika neodređenosti. S jedne strane, normativni iskazi su često neodređeni pa tako omogućuju različita tumačenja: ne zna se iskazuje li iskaz E normu  $N_1$  ili normu  $N_2$ . S druge strane, svaka norma je jako nejasna pa tako omogućuje različite “konkretizacije”: u pogledu norme  $N$  (utvrđene “apstraktnom” interpretacijom) ne zna se potpada li slučaj  $x$  ili ne pod obuhvat primjene te norme (što je materija “supsumpcije” ili “konkretna” interpretacije).<sup>7</sup>

vanja povezanosti između onih dijelova norme koji označavaju neki apstraktan predmet (npr. različite načine stjecanja prava vlasništva na stvari) i onih dijelova norme koji označavaju odgovarajuće pravne učinke (npr. različite pravne posljedice proizišle iz određenog načina stjecanja prava vlasništva na stvari). Ovo viđenje proizlazi iz djela Karla Olivecrona (Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, 1962, u: Uberto Scarpelli (ur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1966; Karl Olivecrona, *Law as Fact*, II ed., London, Stevens & Sons, 1971) i Alfa Rossa (Alf Ross, *Tù-Tù*, 1951, i Alf Ross, *La definizione nel linguaggio giuridico*, 1958, u: Scarpelli 1966 (bilj. 2), Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958).

- 3 Riccardo Guastini, *Rule-Scepticism Restated*, u: Leslie Green i Brian Leiter (ur.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, sv. 1, Oxford, Oxford U.P., 2011.
- 4 Hans Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), u: Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (ur.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, sv. II, Torino, Giappichelli, 1989; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, “Preface. On Interpretation”; Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, 386 i dalje.
- 5 Ne primjenjuju pravo samo suci (kako to često smatra ili se pak čini da smatra krajnji realizam), nego i, očito, upravni službenici te, manje očito, visoki ustavni organi.
- 6 Vidi *infra* prvu ontološku tezu.
- 7 Treba dodati da ukupnost normativnih iskaza neizbježno sadrži praznine (neregulirana činjenična stanja) i antinomije (činjenična stanja regulirana na dva proturječna načina): i

U biti, svaki normativni tekst dopušta interpretacije – apstraktne i/ili konkretne – koje su u isto vrijeme suprotstavljene, a u različito vrijeme promjenjive.<sup>8</sup> Iz tog proizlazi da mnogi (možda ne svi, ali mnogi) prijepori i, općenitije, mnoga (možda ne sva, ali mnoga) “pravna pitanja”, dopuštaju različita i međusobno konkurirajuća rješenja.<sup>9</sup>

Utoliko je očito da su interpretativni iskazi – kako oni apstraktni (“Normativni iskaz E izražava norma N”), tako i oni konkretni (“Slučaj x potpada pod obuhvat primjene norme N”) – plod izbora i odluke, a ne spoznavanja. To jest, narav tih iskaza nije deskriptivna ili kognitivna, nego je prvenstveno propisujuća – po čemu se ti iskazi ne razlikuju od stipulacija i redefinicija, kojima su po svemu slični,<sup>10</sup> pa kao takvi nemaju istinosnu vrijednost.<sup>11</sup>

jedne i druge, na temelju zabrane uskrate pravosuđa, koju poznaje većina modernih zapadnih pravnih poredaka, od suca zahtijevaju rješenje. Valja, međutim, napomenuti da praznine i antinomije ne prethode interpretaciji, nego je prate. Drugim riječima: s pozicije jedne određene interpretacije, javljaju se praznine i/ili antinomije koje, u svjetlu jedne drukčije interpretacije, mogu nestati.

- 8 Ovakav stav se ponajprije susreće kod američkih realista, “đenovske” realističke škole, kod nekih francuskih realista, pa čak i kod samog Kelsena (Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 1952, gl. VI; Kelsen 1966 (bilj. 4), gl. VIII). Što se tiče američkog realizma, valja uputiti na: Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz i Thomas A. Reed (ur.), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford U.P., 1993; Silvana Castignone, Carla Faralli & Mariangela Ripoli (ur.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007. Što se tiče “đenovske škole”: Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007; Paolo Comanducci, *Interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, u: Mario Bessone (ur.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. *Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010; Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, Aracne, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012; vidi još Jordi Ferrer Beltrán i Giovanni Battista Ratti (ur.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Što se tiče francuskih realista: Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Pariz, PUF, 1994; Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Pariz, PUF, 2001; Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Pariz, PUF, 2012; Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Pariz, Dalloz, 2006.
- 9 Što još više vrijedi, naravno, za pravne praznine i antinomije (v. bilj. 6).
- 10 Riccardo Guastini, *Interpretive Statements*, u: Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright & Ruth Zimmerling (ur.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- 11 Čini se samorazumljivim da stipulirajuće definicije (uključujući redefinicije) nemaju istinosnu vrijednost. Navedeno ne isključuje mogućnost čisto kognitivne interpretacije (analogne

Interpretativni izbori onih koji primjenjuju pravo uvjetovani su, naravno, njihovim praktičnim interesima (političkim, ekonomskim, profesionalnim, itd.), njihovim idejama pravednosti, prihvatljivošću različitih interpretativnih izbora unutar postojeće pravne kulture,<sup>12</sup> kao i – *last, but not least* – pojmovnim konstrukcijama pravne teorije i dogmatike.

## 1.2 Pravničko stvaranje prava

S druge strane, u stručnom se pravnom jeziku riječ “intrepretacija” na pomalo nejasan način koristi za označavanje ukupnosti intelektualnih operacija pravnih stručnjaka.

Preciznije sagledano, nije teško uočiti da se pravni stručnjaci, među kojima osobito pravnih teoretičari, ne ograničavaju samo na odlučivanje o značenju normativnih tekstova. Najzad, tumačenje u užem smislu riječi (pripisivanje značenja nekom tekstu) tek je jedan, možda ne ni najvažniji, aspekt njihove djelatnosti.<sup>13</sup>

Pored interpretacije u opisanom smislu, a opet s njom u uskoj vezi, djelatnost pravnih stručnjaka je i “pravničko stvaranje prava”.<sup>14</sup> Tim izrazom se, doduše neodređeno, označava jedinstvo intelektualnih operacija od kojih se ističu sljedeće:

- i) stvaranje normativnih praznina i, još važnije, aksioloških,
- ii) stvaranje aksiološke hijerarhije među normama,
- iii) konkretiziranje načela,
- iv) usklađivanje suprotstavljenih načela,
- v) stvaranje i (ponekad) rješavanje antinomija, te iznad svega

---

informativnim definicijama). Takva je ona interpretacija koja se ograničava na nabranje različitih mogućih ili prihvatljivih značenja nekog normativnog teksta, ne opredjeljujući se pritom za neko od nabrojanih značenja. Na ovo ćemo se vratiti kod izlaganja o pravnoj znatnosti (vidi *infra*, epistemološka teza). Na primjer, kod nekog nejasnog normativnog iskaza E, koji može značiti normu  $N_1$  ili normu  $N_2$ , kognitivne naravi bio bi interpretativni iskaz “E može značiti  $N_1$  ili  $N_2$ ”, a odlučujuće naravi bio bi interpretativni iskaz “E znači  $N_1$ ”, kao i interpretativni iskaz “E znači  $N_2$ ”. Dakle, očito je da sudska interpretacija, kao i doktrinarna interpretacija u pretežnom dijelu; nije kognitivne, nego odlučujuće naravi.

- 12 Na prihvatljivosti interpretativnih odluka ustraje Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.
- 13 Riccardo Guastini, *Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes*, u: Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso i Diego M. Papayannis (ur.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- 14 Izraz je očito posuđen od Rudolpha von Jheringa. S tim u vezi, vidi Giorgio Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; Mario Giuseppe Losano, *Introduzione*, u: Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Torino, Einaudi, 1972; Mario Giuseppe Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, posebno dio drugi, gl. VIII.

- vi) oblikovanje neiskazanih normi koje drže implicitnima u odnosu na pravni poredak (premda ta norme u užem, odnosno u logičkom smislu, nisu implicate u odnosu na druge norme).<sup>15</sup>

Te su operacije na različite načine međusobno povezane. Oblikovanje neiskazanih normi očito služi popunjavanju normativnih praznina (stvarnih ili prividnih). Stvaranje aksiološke praznine prethodi stvaranju neiskazane norme radi popunjavanja te praznine. Konkretizacija načela opet se, na neki način, sastoji od uvođenja neiskazane norme. Sukobi načela specifična su vrsta antinomija koje mogu biti riješene jedino pravničkim stvaranjem prava, a aksiološke hijerarhije (osim kao kriteriji interpretativnih odabira) služe kao korisni alati rješavanja sukoba među načelima. I tako dalje.

Ako već sama interpretacija nije kognitivna, nego odlučujuća djelatnost; onda je, tim prije, i stvaranje prava odlučujuća djelatnost. U stvari, stvaranje prava je izvorna nomopoietička djelatnost sudaca i drugih pravnika: “zakonodavstvo u međuprostoru”, kako se obično naziva.

## 2 ONTOLOŠKI REALIZAM

Realizmu je svojstvena empiristička ontologija prava: pravo nije ukupnost apstraktnih entiteta (kao što su norme, vrijednosti, obveze, prava, i tomu slično), nego ukupnost društvenih činjenica određene vrste. Ali od kojih se to činjenica sastoji pravo? Ovo pitanje zahtijeva jasan odgovor.

### 2.1 Pravo kao ukupnost normativnih tekstova

Na prvoj (površnoj) razini analize – koja, uostalom, odgovara uobičajenom gledištu pravnika – riječ “pravo” označava samo normativne tekstove koje postavlja normativni autoritet (“zakonodavac” u materijalnom smislu,<sup>16</sup> “suve-

15 Ukratko: (i) normativna praznina je nepostojanje pravne regulacije nekog činjeničnog stanja, dok je aksiološka praznina nepostojanje zadovoljavajuće (i postojanje nezadovoljavajuće) pravne regulacije; (ii) aksiološka hijerarhija je vrijednosni odnos među normama koji su, posredovanjem usporedivog vrijednosnog suda, uspostavili tumači normi; (iii) konkretizacija načela je uvođenje neiskazane norme snagom argumentacije; (iv) usklađivanje suprotstavljenih načela je uspostavljanje aksiološke hijerarhije među tim načelima; (v) stvaranje antinomije uvodi u abrogiranje, činjenje nevrijedećima ili derogiranje neke od normi koje međusobno proturječe (dok, s druge strane, postoje antinomije koje se ne mogu razriješiti pomoću unaprijed utvrđenih kriterija: na primjer, antinomije između ustavnih načela); (vi) neiskazana norma je ona norma kojom se ne daje neko prihvatljivo značenja određene odredbe.

16 Pod “zakonodavcem” u rodnom ili materijalnom smislu podrazumijeva se svaki normativni autoritet (ne samo zakonodavac u užem smislu, nego i ustavotvorac, kao i donositelji drugih propisa). Tako se i pod “zakonom” u rodnom ili materijalnom smislu podrazumijeva svaki normativni tekst (ne samo zakon u formalnom smislu, nego i ustav i drugi propisi).



ren”). Označava, dakle, ukupnost *normativnih formulacija*.<sup>17</sup> Nesporno je da su normative formulacije ili odredbe činjenice, i to činjenice posebne vrste: jezični entiteti, akti jezika.

Takav pojam prava – iako poprilično pojednostavljujući, kako ćemo uskoro i vidjeti – nije lišen heurističke svrhe. Služi razjašnjavanju stvaranja i, rekao bih, fundamentalne ontologije prava.

Na prvom mjestu (ontologija), pravne norme nisu ništa drugo nego jezični entiteti.<sup>18</sup>

Na drugom mjestu (stvaranje), one se stvaraju aktima “zakonodavstva” pa tako ne postoji pravo “u prirodi” ili “u stvarima”:<sup>19</sup> nema prava bez zakonodavca. Kako je to slikovito izrazio Walter Dubislav: “Kein Imperativ ohne Imperator”, nema naredbi bez naredbodavca.<sup>20</sup>

Međutim, normativi tekstovi zahtijevaju interpretaciju. To hoće reći da je naivno i pojednostavljujuće poistovjetiti pravo i normativne tekstove.<sup>21</sup> Ako se određenu normativnu formulaciju može razumjeti u smislu N<sub>1</sub> (doslovno značenje na prvi pogled), ali i u smislu N<sub>2</sub> (pretpostavljena namjera normativnog autoriteta), što je onda pravo: N<sub>1</sub> ili N<sub>2</sub>?

Reći ćemo, dakle, da pravo baš i nije jedinstvo normativnih tekstova, nego jedinstvo značenja – odnosno normi – izvedenih iz tih normativnih tekstova pomoću interpretacije i – kako smo već objasnili – pomoću pravničkog stvaranja prava. U ovom smislu, normativi tekstovi nisu “pravo”: radi se tek o “izvorima prava”.

Ovu je ideju, bolje od ikoga drugog, izrazio John Chipman Gray, jedan od utemeljitelja (američkog) pravnog realizma.

After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute.<sup>22</sup>

17 Usp. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

18 A ne misteriozni stanovnici svijeta “Sollen”.

19 Suprotno onom što misle neki jusnaturalisti. Vidi, među mnogima, i Michel Villey, *Le droit dans les choses*, u: Paul Amselek & Christophe Grzegorzczak (ur.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Pariz, PUF, 1989.

20 Dubislavov moto citirao je i Kelsen u svom ponzatom eseju: Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), u: Comanducci, Guastini 1989 (bilj. 4).

21 Tako, između ostalih, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

22 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948, 124.

It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law.*<sup>23</sup>

## 2.2 Pravo kao ukupnost normi

Iz tog razloga, prelazeći na drugi (srednji) nivo analize, riječ “pravo” prikladno je koristiti ne samo za označavanje ukupnosti autoritativno postavljenih normativnih formulacija, nego i ukupnosti *normi* izvedenih iz tih formulacija pomoću interpretacije.

Ova ukupnost heterogena je u jednom važnom smislu. U stvari, s pozicije diskursa pravih stručnjaka, ne može se sve pravne norme shvatiti kao (prihvatljiva) značenja prethodno postavljenih normativnih formulacija. Kao što je već rečeno, (nebrojivo) mnogo je onih normi koje su rezultat “stvaralačke” aktivnosti, a ne “interpretativne” aktivnosti u užem smislu.

Ukupnost normi uključuje, dakle, dvije podukupnosti:

- i) norme koje daju značenje (jedno od prihvatljivih značenja) neke normative formulacije koju je postavio “zakonodavac”, i koje su rezultat interpretative aktivnosti u užem smislu;
- ii) norme koje se ne mogu povezati s određenom normativnom formulacijom u smislu njenog značenja, i koje su rezultat različitih pravnostvaralačkih aktivnosti pravnika, sudaca, odnosno pravnih stručnjaka općenito.

Čini se da obje ove kategorije normi ovise o tipu intelektualne (ili diskurzivne) aktivnosti pravnih stručnjaka. Jedne ovise o interpretaciji, a druge o (skrivenom) načinu stvaranja normi kojeg smo nazvali “pravničko stvaranje prava”.

S te točke gledišta, pravo se ukazuje ne (samo) kao rezultat jezičnih radnji donošenja normativnih formulacija, nego i jezičnih radnji interpretacije, razrade i kreativne manipulacije u koje se, u vezi tih formulacija, upuštaju pravni stručnjaci.

Tako gledano, može se reći da pravo ovisi o kombinaciji ovih dviju različitih stvari: (a) stvaranja normativnih tekstova, i (b) interpretacije tih tekstova i manipulacije njima. Nema prava bez normativnih tekstova za interpretiranje (prva ontološka teza), a ni bez interpretacije tih tekstova i manipulacije njima (druga ontološka teza).

23 Gray 1948 (bilj. 22), 170.

Događa se, makar dijakronično, to da su doktrina i praksa prožeti neslaganjima, što je i normalno: mnoge su odredbe predmet različitih suprotstavljenih interpretacija; postojanje neiskazane norme u pravnom poretku već je samo po sebi dvojbeno (upravo utoliko što je norma neiskazana). Različite interpretacije i pravničke konstrukcije vode k različitom viđenju normi,<sup>24</sup> a utoliko i (djelomično) različitim pravnim poretcima.

Sukladno jednoj doktrini i/ili jednom shvaćanju u praksi, poredak uključuje – pretpostavimo – iskazane norme  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$  i neiskazane norme  $N_4$ ,  $N_5$ ; dok po nekom drugom shvaćanju uključuje iskazane norme  $N_1$ ,  $N_2$ , (ne i normu  $N_3$ ) i neiskazane norme  $N_4$ ,  $N_5$ , a i neiskazanu normu  $N_6$ . Suočeni smo, dakle, s dva različita poretka.

Najzad, trebamo se sada zapitati: Što je pravo u ovim okolnostima? Koji od dva poretka je pravo? Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, treba prijeći na treći nivo analize, koji odgovara trećem pojmu prava.

Kao što se i vidi, čak je i ovaj drugi pojam prava nezadovoljavajući: uvodi više problema nego što ih rješava. Ipak, nije lišen heurističke korisnosti: zasluga mu je u tome što naglašava činjenicu da pravo, strogo uzevši, nije samo jednostrani produkt “zakonodavaca”, kako to smatra krajnji juspozitivizam.<sup>25</sup> U praksi nije riječ samo o “zakonodavcima”, nego i o interpretima, i pravo, barem u jednom smislu te riječi, nastaje baš u njihovoj interakciji. Nezamislivo je pravo bez interpreti (posebno pravnika), kao što je i religija nezamisliva bez svećenika.

### 2.3 Pravo kao ukupnost vrijedećih normi

Na trećoj (dubinskoj) razini analize, riječ “pravo” označava ukupnost *vrijedećih* normi, to jest onih koje su doista primjenjivane – odnosno korištene za opravdavanje odluka – u prošlosti, a očekuje se da će ih primjenjivati i u budućnosti upravo oni organi koji “primjenjuju” pravne odredbe;<sup>26</sup> a to su, naravno, suci, ali i upravni i visoki ustavni organi.<sup>27</sup>

24 Ili barem k različitim mogućim rješenjima jednog slučaja.

25 I kako to priželjkuje prva ontološka teza. “Krajnji” je, u ovom smislu, pravni pozitivizam, primjerice, Johna Austina.

26 Možda je korisno ukratko pojasniti pojam “primjena prava”. Riječ “primjena” ima različita značenja, ovisno o tome odnosi li se na odredbe (normative formulacije), pravila ili načela. Primijeniti odredbu, najjednostavnije rečeno, znači podvrgnuti tu odredbu interpretaciji i, naravno, utemeljiti neku odluku na toj odredbi. Primijeniti pravilo (iskazano ili neiskazano) znači iz tog pravila deducirati individualnu preskripciju. Primijeniti načelo znači konkretizirati to načelo, odnosno iz tog načela argumentirano izvesti neiskazana pravila. V. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

27 Eugenio Bulygin, *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963), u: Carlos Eduardo Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

Drugim riječima, iako postoje različite interpretacije normativnih formula-cija, kao i različite konstrukcije neiskazanih normi, uvijek (bolje rečeno: gotovo uvijek), istodobno postoje i one interpretacije i pravne konstrukcije koje su općenito prihvaćene i dominantne: ono što talijanski Ustavni sud naziva “živuće pravo”.<sup>28</sup>

Uzmimo prethodni primjer: sukladno doktrini D<sub>1</sub>, poredak uključuje norme (iskazane i neiskazane) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>3</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>; s druge strane, sukladno doktrini D<sub>2</sub>, poredak uključuje norme (iskazane i neiskazane) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, N<sub>6</sub>. Da bi se saznalo koji se poredak primjenjuje, potrebno je prethodno utvrditi koje se norme primjenjuju, a koje ne. Naravno, posve je moguće da se, empirijskom analizom pravne prakse (u širem smislu<sup>29</sup>), utvrdi da se primjenjuju norme N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, možda i neka norma N<sub>7</sub>, ali ne i norme N<sub>3</sub> i N<sub>6</sub>.

Važno je naglasiti da, u pravilu, dominantni poredak nije (samo) proizvod sudske prakse (u najširem smislu) – kako to smatraju neki krajnji pravni realisti, nego (a možda i prije svega) i pravne doktrine. Pravni stručnjaci uvijek pridonose stvaranju vrijedećeg prava (“pravo” u ovom trećem smislu riječi).

Također – tim više jer to nije očito – važno je naglasiti da je vrijedeće pravo pretežno stvoreno *extra ordinem*, da ga ne stvara normativni autoritet, nego da ga stvaraju suci i (možda, osobito) pravni znanstvenici. Norme su to koje su, moglo bi se reći, “formalno nevaljane”, s obzirom na to da pravnici i (u mnogim pravnim poretcima) suci uopće nisu ovlašteni stvarati pravne norme.<sup>30</sup> Dakle, nevaljane norme, a unatoč tomu, norme zbiljski vrijedeće: primjenjivane su u prošlosti, a predvidljivo je kako će se primjenjivati i u budućnosti.

Ukratko, kao “pravo” mogu se uzeti barem tri posve različite stvari: (i) ukupnost normativnih tekstova; (ii) ukupnost normi koje su plod “kreativne” interpretacije tih normativnih tekstova i manipulacije njima; i najzad (iii) ukupnost vrijedećih normi.<sup>31</sup> Time dolazimo do epistemološke teze.

### 3 EPISTEMOLOŠKI REALIZAM

Radi izlaganja (dvostruke) epistemološke teze, uvodno je potrebno izložiti jedno razlikovanje.<sup>32</sup>

28 Tako Andrea Pugiotto u: *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Genesi, uso, implicazioni, Milano, Giuffrè, 1994.

29 Odnosi se na sve organe koji primjenjuju pravo, a ne samo na one pravosudne.

30 To stajalište zauzima, primjerice, Ulises Schmill, u jednom (još) neobjavljenom radu u kojem, posljedično tom stajalištu, zaključuje da dogmatske teze (doktrinarno oblikovane neiskazane norme) ne spadaju u pravo.

31 Što je podukupnost unutar prethodno navedene ukupnosti.

32 Chiassoni 2012 (bilj. 1), 248: „Ponekad ‘pravna znanost’ nije ništa drugo nego preslika latinskih fraza ‘scientia iuris’ i ‘iuris scientia’“, pa tako „označava doktrinarno proučavanje prava,

U pravničkom jeziku, izraz “pravna znanost” ne označava ništa drugo nego rad samih pravnika (ovdje se misli na akademske pravnike): naziva se još i “doktrina” ili “dogmatika”. Očito je, takorekuć, da pravnici pokušavaju označiti svoj rad kao izvorno znanstveni pothvat koji je – mora se pretpostaviti, u svjetlu modernog poimanja znanosti – čisto deskriptivan: nije ni vrednujući, a nije ni preskriptivan.<sup>33</sup>

Međutim, u jeziku opće teorije prava, isti izraz teži poprimanju jednog drukčijeg smisla: obično ne označava samo djelatnost pravnika, nego prvenstveno jedan model – ideal – spoznavanja i opisivanja prava, tek djelomično podudaran sa shvaćanjem aktualne dogmatike.<sup>34</sup>

Zbog toga su, u pogledu pravnog realizma, kombinirane dvije različite teze: prva je deskriptivna teza o doktrini ili, drugim riječima, o dogmatici (§ 3.1), druga je preskriptivna teza o znanstvenoj spoznaji prava, odnosno o pravnoj znanosti kao takvoj (§ 3.2).

### 3.1 Doktrina

S gledišta pravnog realizma, kako je to već navedeno i zbog već iznesenih razloga, ne može se smatrati da je djelatnost akademskih pravnika baš “znanost”.

---

ili doktrinu ili pravnu dogmatiku. [...] Ponekad, iako rjeđe, fraza “pravna znanost” označava znanstvenu spoznaju pozitivnog prava”, što „nije istoznačno s doktrinarnim proučavanjem prava, kako ga se tradicionalno shvaća i prakticira u zapadnim kulturama. Može se čak smatrati da je riječ o posve različitoj aktivnosti“. Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), u: Scarpelli 1966 (bilj. 2), 335: „Pravnoj znanosti, kao i svakoj drugoj znanosti, može se pristupiti s dva krajnje različitih gledišta. Prvo gledište je ono deskriptivno, koje se ima pri promatranju onakve pravne znanosti kakvu prakticira grupa ljudi u određenom trenutku. Drugo gledište je ono koje je zaokupljeno oblikovanjem programa za “pravu”, “radikalno znanstvenu”, itd. pravnu znanost, i ima za cilj poboljšati postojeću pravnu znanost“.

33 Zaista postoje određene teorijske struje koje pravnu znanost poimaju kao jednu “praktičnu znanost”: diskurs koji nipošto nije kognitivan nego je, naprotiv, preskriptivan. Dva su usamljena primjera: Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, sv. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Dakako, Zagrebelsky i Ferrajoli o tom imaju vrlo različite ideje. Ugrubo, i krajnje pojednostavljeno: Zagrebelsky, kao i “hermeneutički” orijentirani pravnici općenito, zadaćom pravne znanosti smatra iznalaženje (točnog) rješenja za svaki konkretan slučaj; a Ferrajoli pak smatra da je zadaća pravne znanosti usmjeravanje zakonodavstva, razotkrivanjem praznina i antinomija u pravnom poretku (osobito: praznine posljedične manjkavoj primjeni ustava, i antinomije posljedične neustavnosti zakona).

34 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996, 293 i dalje; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4. izd., London, R. Campbell i John Murray (ur.), 1879, 33, 176 i 220; Ross 1958 (bilj. 2); Alf Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), u: Silvana Castignone i Riccardo Guastini (ur.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II. izd., Genova, ECIG, 1990; Kelsen 1966 (bilj. 4). Dodati je ovdje i metodološke radove Maxa Webera, sakupljene u zbirci Max Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958.

Naravno, studije pravnika (gotovo) uvijek pridonose spoznaji prava, na određen način. Međutim, iz jednog pogleda bez iluzija, čini se vrlo jasnim da njihovi diskursi uopće nisu posve deskriptivni, barem ne u svojoj cjelini: mnoge doktrinarne tvrdnje – i to one koje su, najzad, karakteristične za doktrinarnu praksu, lišene su istinosnih vrijednosti. Interpretativni (odlučujući) iskazi, kako smo već vidjeli, prvenstveno su pripisujuće prirode. Iskazi koji oblikuju neiskazane norme (prikriveno) su preskriptivni. “Prikriveno“, s obzirom na to da se obično ne predstavljaju kao normativne formulacije, nego kao iskazi koji opstojе baš u normama: “(Neiskazana) norma N pripada poretku.”<sup>35</sup>

S gledišta svojstvenog analitičkoj filozofiji prava, doktrina bi bila metajezik, imajući za svoj predmet jezik “zakonodavca”.<sup>36</sup> Takva konstrukcija doktrine izgleda privlačno, ali je nažalost varljiva.

Recimo ovako: nemoguće je pomiješati srčanu bolest i medicinsku znanost koja je opisuje, samim tim što srčane bolesti, za razliku od medicinske znanosti, nisu jezične tvorevine; a kad je riječ o odnosu prava i pravne znanosti, takva zbrka je moguća i ona nastaje. Tomu je tako jer “zakoni” (u materijalnom smislu), kao i sama pravna znanost, nisu ništa drugo nego jezične tvorevine (diskursi).

Drugim riječima, nemoguće je, ili jednostavno nerealno, jasno razgraničiti jezik “zakonodavca” od jezika pravnika: oni su podvrgnuti jednom stalnom procesu osmoze. Ako dobro promotrimo, diskurs pravnika ne analizira diskurs normativnih autoriteta uvijek na razini metajezika, iako:<sup>37</sup> prije svega pravnici stalno oblikuju i obogaćuju predmet svojih studija, poput violinista koji umeće apokrifne note u partituru prema kojoj svira.

To hoće reći da interpretacija i pravničko stvaranje prava nisu pravna “znanost” – kako to pravnici obično smatraju – nego su dio samog prava, a time i dio predmeta pravne znanosti kao takve. Najzad, opisivanje vrijedećeg prava zahtijeva razmatranje doktrine kao integralnog dijela samog prava.<sup>38</sup> Doktrina nije znanstvena spoznaja prava, nego dio njenog predmeta.

35 U proširenom obliku: “Iskazana norma  $N_1$  pripada poretku. Norma  $N_2$  implicitna je normi  $N_1$ . Utoliko i norma  $N_2$  pripada poretku.” Treba reći da je taj odnos između iskazane norme i iz nje derivirane neiskazane norme rijetko odnos logičke implikacije.

36 U tom smislu ogledan je esej Norberta Bobbija, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), sad u: Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, koji, među ostalim, u posve realističnoj maniri analizira intelektualne operacije karakteristične za doktrinu. Iz Bobbijevih analiza proizlazi kako se pravnici na ograničavaju samo na svoj jezik-predmet (diskurs zakonodavca), nego ga na različite načine “transformiraju”, kao što se procesom tehničke obrade transformira sirovina. Vidi i Norberto Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1954), sada u: Bobbio 2012 (bilj. 36).

37 Strogo uzevši, metalingvistični su interpretativni iskazi; ali ne i iskazi kojima se oblikuju “apokrifne”, neiskazane norme.

38 Osim, naravno, doktrinarno formuliranih (apokrifnih) normi koje su postale vrijedeće putem odluka organa primjene.

Na kraju, s pragmatičnog gledišta, doktrinarni se diskurs – interpretativni i konstruktivni – može zamisliti kao skup smjernica koje su *de sententia ferenda* upućene organima primjene, pogotovo sucima.<sup>39</sup>

### 3.2 Pravna znanost

S točke gledišta pravnog realizma, pravna znanost, u smislu znanstvene spoznaje prava, kroz tri značenja koja smo dodijelili riječi “pravo” – može poprimiti tri različita oblika.<sup>40</sup> Uostalom, ti su oblici međusobno (posebno drugi i treći) savršeno integrirani: na neki način, riječ je o stranama iste medalje.

Ne propuštamo zapaziti kako ni u jednom od tih triju oblika pravnu znanost ne sačinjavaju opisi “obveza”, “prava” i drugih sličnih entiteta. Suprotno uvriježenom mišljenju, ona se ne sastoji od iskaza o normativnoj kvalifikaciji ponašanja. (“Obvezno je *p*”, “Zabranjeno je *q*”, itd.)

Nemala je važnost posljedice da iskazi pravne znanosti, suprotno shvaćanju koje zastupa Kelsen (i mnogi drugi pored njega), nipošto nisu deontološki iskazi kroz koje se, poput jeke,<sup>41</sup> ponavljaju norme na koje se ti iskazi odnose.<sup>42</sup>

- (i) *Kognitivna interpretacija*. Obično se pravnici – osim kada pišu sveučilišne udžbenike – uglavnom bave “odlučujućom” interpretacijom, odnosno pripisuju jednom ili drugom normativnom tekstu određeno značenje, odbacujući pritom druga podjednako vjerodostojna značenja, i nastojeći svoje značenje prikazati kao “ono pravo” (odnosno kao jedino) ispravno značenje. Međutim, odlučujuća interpretacija logički (ne psihološki) pretpostavlja “kognitivnu” interpretaciju, odnosno identifikaciju prihvatljivih značenja odnosnog normativnog teksta.

Dakle, kognitivna interpretacija (“Odredba D može izraziti normu  $N_1$  ili normu  $N_2$ ”), tako uobičajena u djelatnosti pravnika, doprinosi, makar skromno,

39 Ross 1958 (bilj. 2), posebno 46. Time se ne želi reći da diskurs pravnika (pogotovo kada pišu udžbenike) ne sadrži iskaze koji su izvorno spoznajne naravi: primjerice, nabranje različitih prihvatljivih značenja datog normativnog teksta, kao i opisivanje stavova sudske prakse i, još općenitije, živućeg prava. Pojasnit ćemo nastavno.

40 Svim trima, kako ćemo vidjeti, doprinosi, na relevantan način, ista doktrina, koja dakle uključuje čak i čisto spoznajne diskurse.

41 Uberto Scarpelli, Le ‘proposizioni giuridiche’ come precetti reiterati, u: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; Herbert L. A. Hart, *Kelsen Visited* (1963), sada u: Herbert L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford U. P., 1983.

42 Riccardo Guastini, *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*, u: Pierluigi Chiassoni (ur.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001. Ideja, ovdje odbačena, jest da nema drugog načina da se opiše, primjerice, normu “Ubojice moraju biti kažnjene”, osim da je se ponovi: ustvari, ponavljajući, poput jeke, “Ubojice moraju biti kažnjene”. Primjećuje se: *nisu bespredmetni* deontički iskazi tipa “*Sukladno pravu*, ubojice moraju biti kažnjene”, koji očito imaju metalingvistički karakter, i u kojima se deontički izrazi ne koriste, nego tek spominju (među navodnicima).



spoznaji prava, shvaćenog kao ukupnost normativnih tekstova. Ona osvjetljuje (neprijepornu) višeznačnost normativnih formulacija i nedorečenost normi.

Čini se da iskazi karakteristični za kognitivnu interpretaciju polaze od dva tipa interpretacije. Ti iskazi mogu biti dvojako shvaćeni:

- a) kao prognoze o budućem interpretativnom smjeru (prvenstveno organa primjene): “Odredbu D vjerojatno će se interpretirati u smislu  $N_1$  ili u smislu  $N_2$ ”; ili
- b) kao interpretativne smjernice (upućene organima primjene) koje ograničavaju područje “ispravnih” značenja: “Odredba D dopušta interpretacije  $N_1$  i  $N_2$ , i ni jednu drugu (u smislu da su ove obje “ispravne”, dok bi svaka druga bila “neispravna”).<sup>43</sup>

Očito je da su iskazi ove druge interpretacije preskriptivne, a ne deskriptivne, naravi.

- (ii) (*Deskriptivna*) pravna metaznanost.<sup>44</sup> Shvaćanje prava kao ukupnosti (ne normativnih formulacija nego) normi – iskazanih i neiskazanih – daje očit doprinos spoznaji prava, kroz opisivanje i rekonstruiranje smjernica – interpretativnih i “konstruktivnih” – prisutnih u pravnoj kulturi.<sup>45</sup> doktrini i sudskoj praksi.

I ovo je uobičajena praksa za pravnike te nezanemarivo doprinosi spoznaji prava. Doprinos je nezanemariv utoliko što je poznavanje postojećih smjernica preliminarno za identifikaciju prevladavajućih i dominantnih pravaca. A poznavanje potonjih je, na svoj način, preliminarno za identifikaciju vrijedećeg prava.

- (iii) *Opisivanje vrijedećeg prava*. Shvati li se pravo kao ukupnost *vrijedećih* normi, opisivanje prava zahtijeva prepoznavanje normi koje pravosudni organi i, općenitije, svih organi primjene, efikasno primjenjuju.<sup>46</sup>

Naravno, samo ondje gdje vrijedeće norme postoje: ondje gdje ne postoje, pravna znanost može tek zapaziti postojeće nesuglasice, područja nesigurnosti, i slično.

Možemo se složiti s rasprostranjenim mišljenjem po kojem se opisivanje vrijedećeg prava sastoji od normativnih propozicija.<sup>47</sup> “Propozicija”, jer se radi o iskazima obdarenima istinosnom vrijednošću. “Normativnih”, jer se odnose na

43 Onaj tko oblikuje takve smjernice očito unaprijed priprema vrednovanje budućih (prvenstveno sudskih) interpretacija.

44 Taj je izraz posuđen od Norberta Bobbija, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), sada u: Bobbio 2012 (bilj. 36).

45 Na određenom mjestu i u određeno vrijeme, naravno.

46 S tom razlikom što, u brojnim područjima, pravosudni organi – osobito oni najviše instance – još uvijek imaju zadnju riječ o tome.

47 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, gl. IV i VI.

norme. Međutim, uz tri dodatna pojašnjenja: prvo se odnosi na logički oblik normativnih propozicija, drugo na uvjete njihove istinitosti, a treće na njihov praktični domet.

- (a) Normativne propozicije – spomenute prethodno – nisu deontološki iskazi o normativnoj kvalifikaciji ponašanja: prije svega su to iskazi koji opstoje u (vrijedećim) normama.<sup>48</sup>

Pravna “opstojnost” norme<sup>49</sup> nije nešto različito od njenog pripadanja jednom normativnom poretku. Utoliko su normativne propozicije iskazi koji potvrđuju pripadnost (vrijedećih) normi normativnim poretkima: “Norma N pripada poretku O”.<sup>50</sup>

- (b) Normativna propozicija je istinita samo ako je predvidljivo da će se norma na koju se ona odnosi primjenjivati u budućnosti. Naravno, iako ne nužno, norma je predvidljivo primjenjiva u budućnosti ako je bila primjenjivana u prošlosti.<sup>51</sup>
- (c) S praktičnog stajališta, normativne se propozicije – iako to nije njihov logički oblik<sup>52</sup> – može shvatiti kao propozicije za buduće slučajeve: predviđanja o budućoj primjeni normi na koje se odnose. Stoga se, najzad, može reći da tu nije riječ samo o propozicijama o normama, iako se tako čini, nego redovito i o propozicijama o činjenicama.

*S talijanskog preveo  
Milan Franić.*

48 Ross 1958 (bilj. 2), gl. 2. Ross, u stvari, ovdje piše o opisivanju “valjanog” (*valid*) prava. No, on sam je pojasnio da je riječ o nesretnom prijevodu danske riječi koja, dakle, znači “vrijedeće”: tvrdnja o vrijedenju jedne norme je “činjenična tvrdnja koja se odnosi na ukupnost društvenih činjenica” (Alf Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, 1962, u: Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna Il Mulino, 1982, 152).

49 Ne smije se pomiješati s valjanošću: nisu sve valjane norme vrijedeće, niti su sve vrijedeće norme vljane.

50 Ovdje svjesno svodim pravnu opstojnost na “vrijedenje” (u smislu definiranom u tekstu).

51 Poznavanje dominantnih pravaca doktrine i sudske prakse (“ideologija izvora”, kako kaže Ross, koristeći nesretni izraz) omogućuje, u određenim granicama, predviđanje primjene još neprimijenjenih “novih” normi. V. još i Bulygin 1991 (bilj. 27).

52 Vidi gore pod točkom (a).

Riccardo Guastini\*

## Il realismo giuridico ridefinito

Il realismo giuridico, o almeno una forma di realismo, può essere raffigurato come la congiunzione di tre tesi strettamente connesse: una tesi ontologica, che risponde alla domanda, che tipo di entità è il diritto; la tesi metodologica che verte sulla interpretazione, e risponde alla domanda, che tipo di attività è l'attività interpretativa; e una tesi epistemologica che ha ad oggetto la scienza del diritto, e che risponde alla domanda, in che consiste la conoscenza scientifica del diritto.

**Parole chiave:** realismo giuridico, realismo ontologico, realismo epistemologico, realismo metodologico

Si può caratterizzare il realismo giuridico – o almeno *una forma* di realismo giuridico – come la congiunzione di tre tesi fra loro strettamente connesse: una tesi ontologica, una tesi metodologica, e una tesi epistemologica (le chiamo così in mancanza di meglio, anche se il nome non sempre è appropriato).<sup>1</sup>

La tesi ontologica verte sul diritto: risponde alla domanda, che tipo di entità è il diritto.

La tesi metodologica ha ad oggetto l'interpretazione: risponde alla domanda, che tipo di attività è l'attività interpretativa.

La tesi epistemologica, infine, ha ad oggetto la conoscenza (la “scienza”) del diritto: risponde alla domanda, in che consiste la conoscenza scientifica del diritto.<sup>2</sup>

\* guastini@unige.it | Professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi di Genova.

1 Una diversa, assai più complessa, caratterizzazione del realismo giuridico si legge in Pierluigi Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, n. 1, 240 ss, il quale esplicita in modo analitico una lunga serie di assunzioni metodologiche ed epistemologiche proprie di un realismo, diciamo, “bene inteso”. Tra queste vale pena di menzionare almeno: il rifiuto del giusnaturalismo, l'empirismo, il non-cognitivismo etico. Vedi anche Pierluigi Chiassoni, “Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen”, in José Juan Moreso & José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

2 A queste tre tesi se ne può forse aggiungere una quarta, accessoria: una tesi semantica, che risponde alla domanda, qual è il significato dei termini giuridici. Il realismo “semantico”, se così vogliamo chiamarlo, ha ad oggetto il significato sia dei termini impiegati dalle autorità normative (diciamo: il “legislatore”, beninteso in senso “materiale”) per formulare norme, sia dei termini impiegati dai giuristi per descriverle (per descriverne il contenuto). I termini deontici – “obbligo”, “divieto”, “permesso”, etc. – come pure i termini che denotano situazioni giuridiche

Parrebbe naturale cominciare con la tesi ontologica, ma vi sono buone ragioni (appariranno chiare in seguito) per posporla, e cominciare invece con quella metodologica, giacché la tesi realista in materia di interpretazione condiziona tutte le rimanenti.

## 1 REALISMO METODOLOGICO

Il realismo metodologico è, molto semplicemente, una teoria scettica dell'interpretazione:<sup>3</sup> l'interpretazione – ossia l'attribuzione di significato ai testi normativi – è attività non cognitiva, ma “decisoria”. Per dirla con Kelsen: è atto di volontà, non di conoscenza.<sup>4</sup> Si sta parlando, ovviamente, dell'interpretazione giuridica per antonomasia: quella giudiziale.

Peraltro, costituisce (normalmente) attività decisoria non solo l'interpretazione compiuta da giudici – e, più in generale, da organi dell'applicazione<sup>5</sup> – ma anche quella compiuta da giuristi (la “dottrina” o “dogmatica”).

### 1.1 Interpretazione in senso stretto

I testi normativi – “il diritto”, dunque, in uno dei sensi di questa parola<sup>6</sup> – soffrono di una molteplice forma di indeterminatezza. Per un verso, gli enunciati normativi sono sovente ambigui, sicché ammettono diverse interpretazioni:

---

che soggettive – “diritto”, “potere”, etc. – sono privi di riferimento semantico. Non denotano alcunché nel mondo. Semplicemente adempiono ad una funzione prescrittiva, direttiva, o normativa: servono cioè a dirigere il comportamento. I termini dogmatici – “proprietà”, “contratto”, etc. – sono egualmente privi di riferimento semantico. Sono usati, sia dal legislatore sia dai giuristi, per rappresentare in modo succinto la connessione tra i frammenti di norma che determinano una qualche fattispecie astratta (ad esempio, i diversi modi di acquisizione della proprietà di un bene) e i frammenti di norma che determinano la relativa conseguenza giuridica (ad esempio, le varie conseguenze giuridiche che discendono da detta acquisizione). Questo modo di vedere ricorre nelle opere di Karl Olivecrona (Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, 1962, in: Uberto Scarcelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1966; Karl Olivecrona, *Law as Fact*, II. ed., London, Stevens & Sons, 1971) e Alf Ross (Alf Ross, *Tù-Tù*, 1951, e *La definizione nel linguaggio giuridico*, 1958, entrambi in: Scarcelli 1966 (n. 2); Karl Olivecrona, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958).

- 3 Riccardo Guastini, *Rule-Scepticism Restated*, in: Leslie Green, & Brian Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford U.P., 2011.
- 4 Hans Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in: Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1989; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, “Preface. On Interpretation”; Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, 386 ss.
- 5 Non solo i giudici applicano il diritto (come spesso sostiene o sembra sostenere il realismo ingenuo), ma anche, ovviamente, i funzionari della pubblica amministrazione e, meno ovviamente, i supremi organi costituzionali.
- 6 Vedi *infra* la prima tesi ontologica.

non si sa se l'enunciato E esprima la norma  $N_1$  o la norma  $N_2$ . Per un altro verso, ciascuna norma è fatalmente vaga, sicché ammette diverse “concretizzazioni”: data una norma  $N$  (identificata per via di interpretazione testuale “in astratto”) non si sa se il caso  $x$  ricada o no nel suo ambito di applicazione (e ciò è materia di sussunzione, o interpretazione “in concreto” che dir si voglia).<sup>7</sup>

Per dirla succintamente, ogni testo normativo ammette interpretazioni – in astratto e/o in concreto – sincronicamente confliggenti e/o diacronicamente mutevoli.<sup>8</sup> Ne segue che molte (forse non tutte, ma molte) controversie e, più in generale, molte (forse non tutte, ma molte) “questioni di diritto”, ammettono soluzioni diverse in competizione.<sup>9</sup>

Così stando le cose, pare ovvio che gli enunciati interpretativi – in astratto (“L'enunciato normativo E esprime la norma  $N$ ”) e in concreto (“Il caso  $x$  ricade nell'ambito di applicazione della norma  $N$ ”) – siano frutto di scelta e decisione, non di conoscenza. Essi cioè hanno carattere non descrittivo, o cognitivo, ma

7 Si aggiunga che l'insieme degli enunciati normativi fatalmente presenta lacune (fattispecie non disciplinate) e antinomie (fattispecie disciplinate in due modi incompatibili): le une e le altre, in virtù del divieto di denegare giustizia, vigente nella maggior parte degli ordinamenti occidentali moderni, esigono dal giudice soluzione. Occorre precisare, tuttavia, che lacune ed antinomie non precedono, ma seguono l'interpretazione. In altre parole: *data una certa interpretazione*, i testi normativi presentano una lacuna e/o un'antinomia; ma, *alla luce di una interpretazione diversa*, è possibile che la lacuna e/o l'antinomia scompaiano.

8 Questo modo di vedere si incontra soprattutto in alcuni realisti americani, nella scuola realistica “di Genova”, in alcuni realisti francesi, e, a ben vedere, nello stesso Kelsen (Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, 1934, Torino, Einaudi, 1952, cap. VI; Kelsen 1966 (n. 4), cap. VIII). Quanto al realismo americano, si possono vedere: Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford U.P., 1993; Silvana Castignone, Carla Faralli & Mariangela Ripoli (eds.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007. Quanto alla “scuola di Genova”: di Givoanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; di Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; di Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007; di Paolo Comanducci, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in: Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli, Torino, Giappichelli, 1999; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010; di Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, Aracne, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012; vedi inoltre Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Quanto ai realisti francesi: di Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994; Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001; Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2012; di Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

9 Ciò è tanto più vero, naturalmente, in presenza di lacune e antinomie (vedi sopra, nota 6).

piuttosto ascrivito – non diversamente dalle stipulazioni e dalle ridefinizioni, alle quali sono in tutto analoghi<sup>10</sup> – e come tali sono privi di valori di verità.<sup>11</sup>

Le decisioni interpretative degli operatori giuridici sono condizionate, come è naturale, dai loro interessi pratici (politici, economici, professionali, etc.), dalle loro idee di giustizia, dalla accettabilità delle diverse decisioni entro la cultura giuridica esistente,<sup>12</sup> nonché – *last, but not least* – dalle elaborate costruzioni concettuali dei giuristi teorici, ossia della dogmatica giuridica.

## 1.2 Costruzione giuridica

D'altra parte, nel linguaggio comune dei giuristi il vocabolo “interpretazione” è usato, in modo alquanto opaco, per denotare la totalità delle operazioni intellettuali degli operatori giuridici.

Ad uno sguardo ravvicinato, non è difficile accorgersi che gli operatori giuridici – e, fra questi, soprattutto i giuristi teorici – non si limitano a decidere il significato dei documenti normativi: fanno anche altre cose. Dopo tutto, l'interpretazione strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo) non è che una parte – e forse neppure la più importante – del loro lavoro.<sup>13</sup>

Accanto all'interpretazione propriamente detta, e con questa inestricabilmente connessa, gli operatori giuridici fanno opera di “costruzione giuridica”.<sup>14</sup>

10 Riccardo Guastini, Interpretive Statements, in: Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright & Ruth Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Buljgin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

11 Che le definizioni stipulative (ivi incluse le ridefinizioni) non abbiano valori di verità può darsi per acquisito. Quanto detto nel testo non esclude, tuttavia, che l'interpretazione possa anche essere un'attività genuinamente cognitiva (analogia alla definizione informativa). Tale è l'interpretazione che si limita ad enumerare i diversi significati possibili o ammissibili di un testo normativo, senza sceglierne alcuno. Vi torneremo discorrendo di scienza giuridica (vedi *infra*, la seconda tesi epistemologica). Ad esempio, dato un enunciato normativo E ambiguo, tale che possa essere inteso alternativamente come esprimente la norma  $N_1$  o la norma  $N_2$ , avrà carattere cognitivo l'enunciato interpretativo “E può significare  $N_1$  o  $N_2$ ”; avranno invece carattere decisorio sia l'enunciato interpretativo “E significa  $N_1$ ”, sia l'enunciato interpretativo “E significa  $N_2$ ”. Ha ovviamente carattere non cognitivo, ma decisorio, l'interpretazione giudiziale come pure la gran parte dell'interpretazione dottrinale.

12 Sulla accettabilità delle decisioni interpretative insiste Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

13 Riccardo Guastini, Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes, in: Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

14 L'espressione è ovviamente mutuata da Rudolph von Jhering. Vedi al riguardo Giorgio Losano, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; Mario Giuseppe Losano, Introduzione, in Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Torino, Einaudi, 1972; Mario Giuseppe Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, spec. parte seconda, cap. VIII.

Con questa espressione mi riferisco ad un insieme, peraltro indeterminato, di operazioni intellettuali, tra le quali spiccano le seguenti:

- i) la creazione di lacune normative e, ancor più, assiologiche;
- ii) la creazione di gerarchie assiologiche tra norme;
- iii) la concretizzazione di principi;
- iv) il bilanciamento tra principi confliggenti;
- v) la creazione e (talvolta) la soluzione di antinomie; e sopra ogni altra
- vi) la elaborazione di norme inesprese, che si pretendono implicite nell'ordinamento (sebbene normalmente non siano affatto implicate in senso stretto, ossia in senso logico, da altre norme).<sup>15</sup>

Queste operazioni sono tra loro variamente connesse. La elaborazione di norme inesprese serve ovviamente a colmare lacune normative (vere o presunte). La creazione di una lacuna assiologica prelude alla costruzione di una norma inespressa atta a colmarla. La concretizzazione di principi consiste in una peculiare forma di elaborazione di norme inesprese. I conflitti tra principi sono antinomie di un tipo speciale, che non possono essere risolte se non per via di costruzione giuridica, e le gerarchie assiologiche (oltre ad orientare le scelte interpretative) sono strumenti utili a risolvere precisamente i conflitti tra principi. E così avanti.

Se l'interpretazione propriamente detta è attività non cognitiva, ma decisoria, a maggior ragione è attività decisoria la costruzione giuridica. In realtà, la costruzione giuridica è attività genuinamente nomopoietica di giudici e giuristi: legislazione "interstiziale" come si usa dire.

## 2 REALISMO ONTOLOGICO

È propria del realismo una ontologia empiristica del diritto: il diritto è non già un insieme di entità astratte (quali norme, valori, obblighi, diritti, o alcunché del genere), bensì un insieme di fatti, di fatti sociali di un certo tipo. Ma di

<sup>15</sup> Succintamente: (i) una lacuna normativa è l'assenza di disciplina giuridica per un data fattispecie, mentre una lacuna assiologica è l'assenza di una disciplina soddisfacente (e la presenza, invece, di una disciplina insoddisfacente); (ii) una gerarchia assiologica è una relazione di valore tra norme istituita dagli interpreti mediante un giudizio di valore comparativo; (iii) concretizzare un principio significa ricavarne una norma inespressa per via argomentativa; (iv) il bilanciamento di due principi in conflitto consiste nello stabilire tra di essi una gerarchia assiologica; (v) la creazione di un'antinomia prelude alla abrogazione, alla invalidazione, o alla deroga di una delle norme coinvolte (e d'altro canto non tutte le antinomie possono essere risolte sulla base di criteri precostituiti: ad esempio, non quelle tra principi costituzionali); (vi) una norma inespressa è una norma che non costituisce il significato plausibile di alcuna specifica disposizione.



quali fatti precisamente è costituito il diritto? Questa domanda esige una risposta articolata.

## 2.1 Il diritto come insieme di testi normativi

Ad un primo livello (superficiale) di analisi – conformemente, del resto, al modo di vedere comune dei giuristi – la parola “diritto” denota nulla più che i testi normativi emanati dalle autorità normative (il “legislatore” in senso materiale,<sup>16</sup> il “sovrano”). Denota cioè un insieme di *formulazioni normative*.<sup>17</sup> Le formulazioni – o disposizioni – normative sono evidentemente fatti, sia pure fatti di un certo tipo: sono entità di linguaggio, il prodotto di atti linguistici.

Questo concetto di diritto – sebbene alquanto ingenuo, come vedremo subito – non è privo di utilità euristica. Serve a chiarire la genesi e, direi, la ontologia fondamentale del diritto.

In primo luogo (ontologia), le norme giuridiche sono null’altro che entità di linguaggio.<sup>18</sup>

In secondo luogo (genesì), esse nascono da atti di “legislazione”, ossia non vi è diritto “in natura”, o “nelle cose”:<sup>19</sup> non vi è diritto senza legislatori. Per dirlo icasticamente con Walter Dubislav: “Kein Imperativ ohne Imperator”, non si danno comandi senza qualcuno che comandi.<sup>20</sup>

Tuttavia, i testi normativi richiedono interpretazione. Ciò è quanto dire che è una ingenuità e una indebita semplificazione identificare senz’altro il diritto con i testi normativi.<sup>21</sup> Se una data formulazione normativa può essere intesa, poniamo, sia nel senso  $N_1$  (significato letterale *prima facie*), sia nel senso  $N_2$  (corrispondente ad una supposta intenzione dell’autorità normativa), qual è il diritto:  $N_1$  o  $N_2$ ?

Diremo dunque che il diritto è non propriamente l’insieme dei testi normativi, ma piuttosto l’insieme dei significati – ossia delle norme – che *si ricavano*

16 Per “legislatore” in senso generico o materiale si intende qualsivoglia autorità normativa (il termine si riferisce dunque non solo al legislatore propriamente detto, ma altresì ai padri costituenti e alle autorità regolamentari). Così come per “legge” in senso generico o materiale si intende qualunque testo esprimente norme (e pertanto non solo la legge formale, ma altresì la costituzione e i regolamenti).

17 Cfr. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

18 E non misteriosi abitatori del mondo del “Sollen”.

19 Contrariamente a quanto pensano taluni giusnaturalisti. Vedi tra i molti Michel Villey, *Le droit dans les choses*, in: Paul Amselek & Christophe Grzegorzczak (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

20 Il motto di Dubislav è citato da Kelsen in un suo saggio famoso: Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), in: Comanducci, Guastini 1989 (n. 4).

21 Così, tra gli altri, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

dai testi normativi, per via di interpretazione, nonché – come ormai sappiamo – per via di costruzione giuridica. In questo senso, i testi normativi non sono propriamente “diritto”: sono più modestamente “fonti del diritto”.

Questa idea è stata espressa, meglio che da chiunque altro, da John Chipman Gray, uno dei padri fondatori del realismo giuridico (americano):

After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute.<sup>22</sup>

It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*.<sup>23</sup>

## 2.2 Il diritto come insieme di norme

Per questa ragione, passando ad un secondo livello (intermedio) di analisi, conviene usare la parola “diritto” per denotare non propriamente l’insieme delle formulazioni normative emanate dalle autorità, ma piuttosto l’insieme delle *norme* che da queste si ricavano per via di interpretazione latamente intesa.

Questo insieme è eterogeneo sotto un profilo importante. In effetti, non tutte le norme di cui discorrono gli operatori giuridici possono essere considerate come significati (plausibili) di formulazioni normative preesistenti. Come si diceva sopra, molte (innumerevoli) norme sono il risultato di attività non “interpretative” in senso stretto, quanto piuttosto “costruttive”.

L’insieme delle norme include dunque due sottoinsiemi:

- i) le norme che costituiscono il contenuto di significato (uno dei plausibili significati) delle formulazioni normative emanate dal “legislatore”, e che sono il risultato dell’attività interpretativa in senso stretto;
- ii) le norme che non possono essere imputate ad alcuna formulazione normativa specifica come suo significato, e che costituiscono invece il frutto delle multiformi attività di costruzione giuridica compiute dai giuristi, dai giudici, dagli operatori giuridici in genere.

22 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author’s notes, by R. Gray, New York, 1948, 124 s.

23 Gray 1948 (n. 22), 170.

Le norme di entrambe le classi dipendono, si noti, dalle attività intellettuali (o discorsive) degli operatori giuridici. Le une dipendono dall'interpretazione, le altre dipendono da quella forma di nomopoiesi (occulta) che abbiamo chiamato "costruzione giuridica".

Da questo punto di vista, il diritto appare come il risultato non (solo) degli atti linguistici di emanazione di formulazioni normative, ma (anche) degli atti, egualmente linguistici, di interpretazione, rielaborazione, e manipolazione creativa di tali formulazioni, compiuti dagli operatori giuridici.

Si può dire che, così inteso, il diritto dipende dalla combinazione di due cose distinte: (a) la formulazione di testi normativi, e (b) la loro interpretazione e manipolazione. Non vi è diritto senza testi da interpretare (prima tesi ontologica) ma neppure vi è diritto (seconda tesi ontologica) senza interpretazione e manipolazione di tali testi.

Ora accade però che, almeno diacronicamente, dottrina e giurisprudenza siano attraversate da disaccordi, com'è naturale: molte formulazioni normative sono soggette ad interpretazioni distinte in competizione; l'esistenza nell'ordinamento di una norma inespressa è per lo più intrinsecamente discutibile (proprio in quanto la norma è inespressa). Interpretazioni e costruzioni giuridiche distinte mettono capo a norme diverse,<sup>24</sup> e pertanto a ordinamenti giuridici (parzialmente) differenti.

Secondo una certa dottrina e/o un certo indirizzo giurisprudenziale, l'ordinamento include – poniamo – le norme espresse  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$  e le norme inesprese  $N_4$ ,  $N_5$ ; mentre secondo un diverso orientamento l'ordinamento include le norme espresse  $N_1$ ,  $N_2$ , (non invece la norma  $N_3$ ), e le norme inesprese  $N_4$ ,  $N_5$ , e inoltre la norma inespressa  $N_6$ . Siamo dunque di fronte a due ordinamenti distinti.

Ebbene, dobbiamo allora domandarci: Quale è il diritto in queste circostanze? Quale dei due ordinamenti è il diritto? Per rispondere a questa domanda, occorre inoltrarsi in un terzo livello di analisi, cui corrisponde un terzo concetto di diritto.

Come si vede, anche questo secondo concetto di diritto è insoddisfacente: solleva problemi, più che risolverli. Nondimeno anche esso non è privo di utilità euristica: ha il merito di richiamare l'attenzione sul fatto che il diritto, a rigore, non può dirsi prodotto unilateralmente dai "legislatori", come pensa il positivismo giuridico ingenuo.<sup>25</sup> Nella pratica giuridica non vi sono solo "legislatori", ma anche interpreti, e il diritto, in almeno un senso della parola, nasce

<sup>24</sup> O comunque a diverse possibili soluzioni di un medesimo caso.

<sup>25</sup> E come vorrebbe la prima tesi ontologica. "Ingenuo" in questo senso è il positivismo giuridico, ad esempio, di John Austin.

precisamente dalla loro interazione. Né è pensabile un diritto senza interpreti (giuristi in particolare) come non è pensabile una religione senza preti.

### 2.3 Il diritto come insieme di norme vigenti

Ad un terzo livello (profondo) di analisi, la parola “diritto” denota l’insieme delle norme *vigenti*, ossia effettivamente applicate – cioè usate per motivare decisioni – in passato e prevedibilmente applicabili in futuro dagli organi che per l’appunto “applicano” le formulazioni normative;<sup>26</sup> i giudici, s’intende, ma anche la pubblica amministrazione e i supremi organi costituzionali.<sup>27</sup>

Detto in altre parole, sebbene esistano diverse interpretazioni delle formulazioni normative, così come diverse costruzioni di norme inesprese, sempre (be’, diciamo: quasi sempre) esistono sincronicamente interpretazioni e costruzioni giuridiche generalmente accettate e dominanti: ciò che la Corte costituzionale italiana chiama il “diritto vivente”.<sup>28</sup>

Riprendiamo l’esempio precedente: secondo la dottrina D<sub>1</sub> l’ordinamento include le norme (esprese e inesprese) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>3</sub>, N<sub>14</sub>, N<sub>5</sub>; secondo la dottrina D<sub>2</sub>, per contro, l’ordinamento include le norme (esprese e inesprese) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, N<sub>6</sub>. Per sapere quale sia l’ordinamento in vigore, occorre accertare quali di queste norme siano vigenti e quali no. E naturalmente è del tutto possibile che all’analisi empirica della giurisprudenza (in senso ampio<sup>29</sup>) risultino vigenti le norme N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, e magari una norma ulteriore N<sub>7</sub>, ma non le norme N<sub>3</sub> e N<sub>6</sub>.

È importante insistere che normalmente l’orientamento dominante è il prodotto non (solo) della giurisprudenza (in senso ampio) – come pensano taluni realisti ingenui – ma (anche e forse soprattutto) della dottrina. I giuristi sempre contribuiscono alla creazione del diritto vivente (il “diritto” in questo terzo senso della parola).

26 Un piccolo chiarimento sul concetto di “applicazione del diritto” è forse opportuno. Il vocabolo “applicazione” acquista sensi diversi a seconda che sia riferito a disposizioni (formulazioni normative), regole, o principi. Applicare una disposizione significa banalmente farne oggetto di interpretazione e, s’intende, usarla nella motivazione di una decisione. Applicare una regola (espressa o inespressa) significa inferirne deduttivamente una prescrizione individuale. Applicare un principio significa concretizzarlo, ossia ricavarne argomentativamente regole inesprese. Cfr. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

27 Eugenio Bulygin, *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963), in: Carlos Eduardo Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

28 Vedi al riguardo Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994.

29 Mi riferisco alle decisioni degli organi dell’applicazione *tutti*, e non solo di quelli giurisdizionali.

È altresì importante insistere – dal momento che non è per nulla ovvio – che una gran parte del diritto vigente è costituita da norme formulate *extra ordinem* non già dalle autorità normative, ma dai giudici e (forse: soprattutto) dai giuristi teorici. Norme, qualcuno potrebbe dire, “formalmente invalide”, dal momento che i giuristi e (in molti ordinamenti giuridici) i giudici non sono affatto autorizzati a creare norme.<sup>30</sup> Norme invalide dunque, ma, malgrado ciò, norme di fatto vigenti: applicate in passato e prevedibilmente applicabili in futuro.

Riassumendo, per “diritto” si possono intendere non meno di tre cose altrettanto diverse: (i) un insieme di testi normativi; (ii) un insieme di norme, frutto di interpretazione e manipolazione “creativa” dei testi in questione; e finalmente (iii) un insieme di norme vigenti.<sup>31</sup> E con ciò arriviamo alla tesi epistemologica.

### 3 REALISMO EPISTEMOLOGICO

Per esporre la (duplice) tesi epistemologica del realismo occorre introdurre una distinzione previa.<sup>32</sup>

Nel linguaggio dei giuristi, l'espressione “scienza giuridica” denota nulla più che il lavoro dei giuristi stessi (mi riferisco qui ai giuristi accademici): la “dottrina” o “dogmatica”, che dir si voglia. Ovviamente, così dicendo, i giuristi cercano di accreditare il loro lavoro come una genuina impresa scientifica, cioè – si deve presumere, alla luce della concezione moderna della scienza – puramente descrittiva: né valutativa, né prescrittiva.<sup>33</sup>

30 Così sostiene ad esempio Ulises Schmill, in un lavoro (ancora) inedito, il quale trae da ciò la conseguenza che le tesi dogmatiche (le norme inesprese formulate dalla dottrina) *non* sono parte del diritto.

31 Che è un sottoinsieme dell'insieme precedente.

32 Chiassoni 2012 (n. 1), 248 s.: “Talvolta ‘scienza giuridica’ è niente altro che il calco delle locuzioni latine ‘scientia iuris’ e ‘iuris scientia’, sicché “designa lo studio dottrinale del diritto, o dottrina o dogmatica giuridica. [...] Talvolta, ma più raramente, la locuzione ‘scienza giuridica’ designa la conoscenza scientifica del diritto positivo”, che “non equivale allo studio dottrinale del diritto, così come tradizionalmente concepito e praticato nelle culture occidentali. Può anzi essere intesa come un’attività radicalmente diversa”. Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in: Scarpelli 1966 (n. 2), 335: “Alla scienza giuridica, come ad ogni altra scienza, ci si può accostare da due punti di vista radicalmente diversi. Il primo accostamento è quello descrittivo che si ha quando ci si interessa alla scienza giuridica, così come essa viene praticata da un gruppo di persone in un momento determinato. Il secondo è l'accostamento di chi formula un programma per la ‘vera’, ‘radicalmente scientifica’, etc. scienza giuridica, con il fine di migliorare la scienza giuridica esistente”.

33 Esistono in verità talune correnti teoriche che concepiscono la scienza giuridica come una “scienza pratica”: un discorso niente affatto cognitivo, ma al contrario prescrittivo. Due soli esempi: Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Beninteso, Zagrebelsky e Ferrajoli hanno idee molto diverse in proposito. Grosso modo, e molto semplificando: Zagrebelsky, come in genere i giuristi di

Nel linguaggio della teoria generale del diritto, tuttavia, la medesima espressione tende ad assumere un senso diverso: denota solitamente non già la pratica effettiva dei giuristi, ma piuttosto un modello – un ideale – di conoscenza, di descrizione avalutativa, del diritto, che corrisponde solo in parte alla dogmatica realmente esistente.<sup>34</sup>

Per questa ragione, nel realismo epistemologico si combinano due tesi distinte: la prima è una tesi descrittiva concernente la dottrina o dogmatica che dir si voglia (§ 3.1), la seconda è una tesi prescrittiva concernente la conoscenza scientifica del diritto, ossia la scienza giuridica propriamente intesa (§ 3.2).

### 3.1 Dottrina

Dal punto di vista del realismo giuridico, come già ho accennato e per le ragioni che abbiamo visto, la pratica effettiva dei giuristi accademici non può considerarsi propriamente una “scienza”.

Beninteso, gli studi dei giuristi (quasi) sempre contribuiscono, sì, alla conoscenza del diritto, nei modi che diremo. Tuttavia, ad uno sguardo disincantato appare molto chiaro che i loro discorsi non sono affatto puramente descrittivi, non nella loro interezza: molti enunciati dottrinali – quelli che, dopo tutto, caratterizzano la pratica dottrinale – sono privi di valori di verità. Gli enunciati interpretativi (decisori), come abbiamo visto, hanno piuttosto natura ascrivitiva. Gli enunciati che formulano norme inesprese sono (nascostamente) prescrittivi. “Nascostamente”, giacché si presentano di solito non come formulazioni normative, ma come enunciati esistenziali su norme: “La norma (inespressa) N appartiene all’ordinamento”<sup>35</sup>

Secondo un modo di vedere caratteristico della filosofia analitica del diritto, la dottrina sarebbe un metalinguaggio avente ad oggetto il linguaggio del

---

orientamento “ermeneutico”, pensa che compito della scienza giuridica sia elaborare la soluzione (giusta) per ciascun caso concreto; Ferrajoli pensa piuttosto che compito della scienza giuridica sia orientare la legislazione, denunciando le lacune e le antinomie presenti nell’ordinamento (in particolare: le lacune derivanti dalla mancata attuazione della costituzione, e le antinomie derivanti da leggi ordinarie costituzionalmente illegittime).

34 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996, 293 ss.; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4th ed. by R. Campbell, London, John Murray, 1879, 33, 176 s., 220; Ross 1958 (n. 2); Alf Ross, Il concetto di diritto secondo Hart (1962), in: Silvana Castignone & Riccardo Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., Genova, ECIG, 1990; Kelsen 1966 (bilj. 4). Aggiungo gli scritti metodologici di Max Weber, raccolti nel volume Max Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958.

35 In forma più estesa: “La norma espressa  $N_1$  appartiene all’ordinamento. La  $N_2$  è implicita nella norma  $N_1$ . Pertanto anche  $N_2$  appartiene all’ordinamento”. Va detto che raramente il rapporto tra una norma espressa e la norma inespressa che da questa si deriva è un rapporto di implicazione logica.

“legislatore”.<sup>36</sup> Questa raffigurazione della dottrina è molto attraente, ma purtroppo ingannevole.

Diciamo così: non vi è alcuna possibile confusione tra una patologia cardiaca e la scienza medica che la descrive, giacché le patologie del cuore, a differenza della scienza medica, non sono entità linguistiche; quando invece si tratta delle relazioni tra diritto e dottrina giuridica, siffatta confusione è possibile e di fatto si produce. Così è perché tanto le “leggi” (in senso materiale) quanto la dottrina giuridica altro non sono che linguaggi (discorsi).

In altre parole, è impossibile, o semplicemente irrealistico, tracciare una distinzione netta tra il linguaggio del “legislatore” e il linguaggio dei giuristi: essi sono soggetti ad un continuo processo osmotico. Il discorso dei giuristi a ben vedere, non “verte su” il discorso delle autorità normative a livello di metalinguaggio, non sempre almeno:<sup>37</sup> piuttosto i giuristi modellano ed arricchiscono continuamente il loro oggetto di studio, come un violinista che interpola note apocriefe nello spartito che sta eseguendo.

Ciò vuol dire che l’interpretazione e la costruzione giuridica sono non già la “scienza” del diritto – come solitamente pretendono i giuristi – ma parte del diritto stesso, e quindi parte dell’oggetto di studio della scienza giuridica propriamente intesa. Insomma, la descrizione del diritto in vigore esige che si prenda in considerazione la dottrina in quanto parte integrante del diritto stesso.<sup>38</sup> La dottrina è non già la conoscenza scientifica del diritto, ma una parte del suo oggetto.

Alla fine, dal punto di vista pragmatico, il discorso – interpretativo e costruttivo – della dottrina può essere raffigurato come un insieme di direttive, rivolte agli organi dell’applicazione e segnatamente ai giudici: direttive *de sententia ferenda*.<sup>39</sup>

36 Esemplare in tal senso il saggio di Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in: Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, il quale peraltro analizza in modo tutt’affatto realistico le operazioni intellettuali caratteristiche della dottrina. Dall’analisi di Bobbio risulta che i giuristi non si limitano a parlare del loro linguaggio-oggetto (il discorso del legislatore), ma in vario modo lo “trasformano”, come un procedimento tecnico trasforma una materia prima. Vedi anche Norberto Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1954), ora in: Bobbio 2012 (n. 36).

37 A rigore, sono metalinguistici gli enunciati interpretativi; ma non sono metalinguistici gli enunciati che formulano norme “apocriefe”, inesprese.

38 Sempre che, s’intende, le norme (apocriefe) formulate dalla dottrina divengano vigenti attraverso le decisioni degli organi dell’applicazione.

39 Ross 1958 (n. 2), spec. 46. Con ciò non si vuol dire che i discorsi dei giuristi (specie quando scrivono manuali) non incorporino anche enunciati genuinamente conoscitivi: ad esempio, enumerazione dei diversi significati ammissibili di un dato testo normativo, come pure descrizione degli orientamenti giurisprudenziali e, più in generale, del diritto vigente. Ne diremo tra un istante.



### 3.2 Scienza giuridica

Dal punto di vista del realismo giuridico, la scienza giuridica propriamente intesa – la conoscenza scientifica del diritto, nei tre sensi che abbiamo assegnato alla parola “diritto” – può assumere tre forme diverse.<sup>40</sup> Le quali peraltro (specialmente la seconda e la terza) si integrano perfettamente tra loro: in un senso, costituiscono facce di una stessa medaglia.

Non sfuggirà che in nessuna di queste tre forme la scienza giuridica consiste nella descrizione di “obblighi”, “diritti”, e altre consimili entità. Contrariamente a quanto molti pensano, *non* consiste di enunciati intorno alla qualificazione normativa della condotta (“È obbligatorio che *p*”, “È proibito che *q*”, etc.).

Con la non banale conseguenza che gli enunciati della scienza giuridica, contrariamente a quanto pensa Kelsen (e molti altri con lui), *non* sono affatto enunciati deontici, che ripetono – iterano<sup>41</sup> – come un’eco le norme cui si riferiscono.<sup>42</sup>

- (i) *Interpretazione cognitiva*. Solitamente i giuristi – salvo forse quando scrivono manuali universitari – si dedicano principalmente all’interpretazione “decisoria”, ossia ascrivono all’uno o all’altro testo normativo un significato determinato, scartando altri significati egualmente plausibili, e cercano di accreditarlo come “il” (cioè come l’unico) significato corretto. Tuttavia, l’interpretazione decisoria presuppone logicamente (non psicologicamente) l’interpretazione “cognitiva”, ossia l’identificazione dei significati ammissibili per il testo in questione.

Ebbene, l’interpretazione cognitiva (“La disposizione D può esprimere la norma  $N_1$  o la norma  $N_2$ ”) è una pratica comune per i giuristi, e costituisce un contributo – sia pure modesto – alla conoscenza del diritto, inteso come insieme di testi normativi. Essa mette in luce l’ambiguità (latamente intesa) delle formulazioni normative e la vaghezza delle norme.

Si osservi peraltro che gli enunciati caratteristici dell’interpretazione cognitiva ammettono, a loro volta, due interpretazioni. Possono essere intesi alternativamente:

40 A tutte e tre, come ora vedremo, contribuisce, in modo rilevante, la stessa dottrina, che dunque incorpora anche discorsi puramente conoscitivi.

41 Uberto Scarpelli, Le ‘proposizioni giuridiche’ come precetti reiterati, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; Herbert L. A. Hart, Kelsen Visited (1963), ora in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford, U. P., 1983.

42 Riccardo Guastini, Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism, in: Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001. L’idea, qui respinta, è che non vi sia altro modo di descrivere la norma, poniamo, “Gli assassini devono essere puniti”, se non iterandola: appunto, ripetendo come un’eco “Gli assassini devono essere puniti”. Si osservi: *non* sono per nulla deontici enunciati del tipo “Secondo il diritto, gli assassini devono essere puniti”, che hanno carattere evidentemente metalinguistico, e nei quali le espressioni deontiche sono non già usate, ma menzionate (tra virgolette).

a) come previsioni intorno agli orientamenti interpretativi futuri (soprattutto degli organi dell'applicazione): “La disposizione D sarà probabilmente interpretata nel senso  $N_1$  o nel senso  $N_2$ ”; oppure

b) come direttive interpretative (rivolte agli organi dell'applicazione) che circoscrivono l'area dei significati “corretti”: “La disposizione D ammette le interpretazioni  $N_1$  e  $N_2$ , e nessuna altra” (nel senso che entrambe queste due sono “corrette”, mentre ogni altra sarebbe “scorretta”).<sup>43</sup>

Nella seconda interpretazione, gli enunciati in questione hanno evidentemente natura prescrittiva, non descrittiva.

(ii) *Metagiurisprudenza*<sup>44</sup> (*descrittiva*). Inteso il diritto come insieme (non di formulazioni normative, ma) di norme – espresse e inespresse – costituisce un ovvio contributo alla conoscenza del diritto la descrizione o la ricostruzione degli orientamenti – interpretativi e “costruttivi” rispettivamente – presenti nella cultura giuridica:<sup>45</sup> in dottrina e in giurisprudenza.

Anche questo è pratica abituale dei giuristi, e anche questo contribuisce – in modo non marginale – alla conoscenza del diritto. In modo non marginale, poiché la conoscenza degli orientamenti esistenti è preliminare alla identificazione degli indirizzi prevalenti o dominanti. E la conoscenza di questi, a sua volta, è preliminare alla identificazione del diritto vigente.

(iii) *Descrizione del diritto vigente*. Inteso il diritto come insieme di norme *vigenti*, la descrizione del diritto richiede la ricognizione delle norme effettivamente applicate dagli organi giurisdizionali e, più in generale, da tutti gli organi dell'applicazione.<sup>46</sup>

Là dove norme vigenti vi siano, beninteso: là dove non vi sono, la scienza giuridica può solo prendere atto dei disaccordi esistenti, delle aree di incertezza, e così via.

Si può convenire, con l'opinione più diffusa al riguardo, che la descrizione del diritto vigente consista di proposizioni normative.<sup>47</sup> “Proposizioni”, ossia enunciati dotati dei valori di verità. “Normative”, ossia concernenti norme. Con tre precisazioni, tuttavia: la prima attiene alla forma logica delle proposizioni normative, la seconda alle loro condizioni di verità, la terza alla loro dimensione pragmatica.

43 Chi formula direttive siffatte si predispone evidentemente a valutare le interpretazioni (soprattutto giudiziali) future.

44 Questo vocabolo è mutuato da Norberto Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), ora in: Bobbio 2012 (n. 36).

45 In un luogo dato e in un momento dato, s'intende.

46 Con l'avvertenza, peraltro, che in molte materie gli organi giurisdizionali – e segnatamente quelli di ultima istanza – hanno comunque l'ultima parola al riguardo.

47 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, capp. IV e VI.

- (a) Le proposizioni normative – lo accennavo sopra – non sono enunciati deontici concernenti la qualificazione normativa del comportamento: sono piuttosto enunciati esistenziali su norme (vigenti).<sup>48</sup>

La “esistenza” giuridica di una norma<sup>49</sup> non è altra cosa dalla sua appartenenza ad un ordinamento normativo. Le proposizioni normative sono dunque enunciati che asseriscono l'appartenenza di norme (vigenti) ad ordinamenti normativi: “La norma N appartiene all'ordinamento O”.<sup>50</sup>

- (b) Una proposizione normativa è vera, se e solo se è prevedibile che la norma cui si riferisce sarà applicata in futuro. Normalmente, sebbene non necessariamente, una norma è prevedibilmente applicabile in futuro quando sia stata effettivamente applicata in passato.<sup>51</sup>
- (c) Dal punto di vista pragmatico, le proposizioni normative – sebbene non sia questa la loro forma logica<sup>52</sup> – possono essere intese come proposizioni su futuri contingenti: previsioni intorno alla applicazione futura delle norme cui si riferiscono. Per questa ragione, è lecito sostenere che si tratti, dopo tutto, non già di proposizioni su norme – malgrado le apparenze – ma di ordinarie proposizioni fattuali.

48 Ross 1958 (n. 2), cap. 2. Ross, in verità, parla qui della descrizione del diritto “valido” (*valid*). Ma lui stesso ha chiarito che si tratta della infelice traduzione di un vocabolo danese che, per l'appunto, significa “vigente”: un asserto intorno alla vigenza di una norma è “un asserto fattuale che si riferisce ad un insieme di fatti sociali” (Alf Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, 1962, in: Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, 152).

49 Da non confondersi con la validità: non tutte le norme valide sono vigenti, e non tutte le norme vigenti sono valide.

50 Consapevolmente, sto qui riducendo la esistenza giuridica alla “vigenza” (nel senso definito nel testo).

51 La conoscenza degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali dominanti (“l'ideologia delle fonti”, direbbe Ross, con espressione non molto felice) consente, entro certi limiti, di prevedere l'applicazione di norme – “nuove” – non ancora applicate. Cfr. ancora Bulygin 1991 (n. 27).

52 Vedi sopra al punto (a).



Riccardo Guastini\*

## Le réalisme juridique redéfini

On peut caractériser le réalisme juridique – ou au moins *une forme* de réalisme juridique – comme la conjonction de trois thèses étroitement liées : une thèse ontologique porte sur le droit et répond à la question : « le droit est une entité de quel type ? » ; une thèse méthodologique a pour objet l'interprétation et répond à la question : « L'activité interprétative est une activité de quel type ? » ; et une thèse épistémologique qui a pour objet la connaissance (la « science ») du droit et répond à la question : « En quoi consiste la connaissance scientifique du droit ? ».

**Mots-clés** : réalisme ontologique, réalisme épistémologique, réalisme méthodologique, réalisme juridique

On peut caractériser le réalisme juridique – ou au moins *une forme* de réalisme juridique – comme la conjonction de trois thèses étroitement liées : une thèse ontologique, une thèse méthodologique et une thèse épistémologique (que je désigne ainsi faute de mieux, bien que ces noms ne soient pas toujours appropriés).<sup>1</sup>

La thèse ontologique porte sur le droit ; elle répond à la question : « Le droit est une entité de quel type ? ».

La thèse méthodologique a pour objet l'interprétation ; elle répond à la question : « L'activité interprétative est une activité de quel type ? ».

La thèse épistémologique, enfin, a pour objet la connaissance (la « science ») du droit ; elle répond à la question : « En quoi consiste la connaissance scientifique du droit ? ».<sup>2</sup>

\* guastini@unige.it | Professeur de droit constitutionnel et de théorie générale du droit, l'Université de Gênes.

1 On trouve une caractérisation différente du réalisme juridique, plus complexe, chez Pierluigi Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto, Materiali per una storia della cultura giuridica* (2012) 1, pp. 240 ss., qui explicite sur un mode analytique une longue série d'assomptions méthodologiques et épistémologiques propres à un réalisme, disons, « bien compris ». Parmi celles-ci méritent d'être mentionnées au moins : la réfutation du jusnaturalisme, l'empirisme, le non-cognitivismisme éthique. Voir aussi Chiassoni, *Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen*, in : José Juan Moreso, José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

2 A ces trois thèses, on pourrait en ajouter une quatrième, accessoire : une thèse sémantique, qui répond à la question : « Quelle est la signification des termes juridiques ? » Le réalisme « sémantique », si nous voulons l'appeler ainsi, a pour objet la signification soit des termes employés par les autorités normatives (disons : le « législateur », mais naturellement dans un

Il semblerait naturel de commencer avec la thèse ontologique, mais il y a de bonnes raisons (qui nous apparaîtront claires par la suite) pour en différer l'examen, et pour commencer au contraire avec la thèse méthodologique, puisque la thèse réaliste en matière d'interprétation conditionne tout le reste.

## 1 RÉALISME MÉTHODOLOGIQUE

Le réalisme méthodologique est, très simplement, une théorie sceptique de l'interprétation :<sup>3</sup> l'interprétation – ou l'attribution de signification aux textes normatifs – est une activité qui n'est pas cognitive, mais « décisionnelle ». Pour le dire avec Kelsen : c'est un acte de volonté, et non pas un acte de connaissance.<sup>4</sup> Nous parlons ici, évidemment, de l'interprétation juridique par antonomase : de l'interprétation juridictionnelle.

D'un autre côté, ce n'est pas seulement l'interprétation accomplie par des juges – et plus généralement par des organes d'application<sup>5</sup> – qui constitue (normalement) une activité décisionnelle ; c'est aussi celle accomplie par les juristes (par la « doctrine » ou la « dogmatique »).

sens « matériel ») pour formuler des normes, soit des termes employés par les juristes pour les décrire (pour décrire leur contenu). Les termes déontiques - « obligatoire », « interdit », « permis », etc. - tout comme les termes qui dénotent des situations juridiques subjectives - « droit », « pouvoir », etc. - sont dépourvus de référence sémantique. Ils ne désignent rien dans le monde. Ils remplissent simplement une fonction prescriptive, directive, ou normative : c'est-à-dire qu'ils servent à diriger le comportement. Les termes dogmatiques - « propriété », « contrat », etc. - sont également dépourvus de référence sémantique. Ils sont utilisés, soit par le législateur, soit par les juristes, pour représenter de manière succincte la relation entre des fragments de normes qui déterminent une classe abstraite de faits quelconque (par exemple, les différents modes d'acquisition de la propriété d'un bien) et des fragments de normes qui déterminent la conséquence juridique qui y est attachée (par exemple, les différentes conséquences juridiques qui découlent de cette acquisition). Cette façon de voir s'appuie sur les travaux de Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà* (1962), in : Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milan, Comunità, 1966 ; *Law as Fact*, 2nd ed., Londres, Stevens & Sons, 1971 ; et d'Alf Ross, *Tù-Tù* (1951), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 103-116 ; et Alf Ross, La définition dans le langage juridique (1958), traduit par Eric Millard in : Elsa Matzner, *Droit et langues étrangères*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, pp. 73-89 ; Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958.

3 Riccardo Guastini, *Rule-Scepticism Restated*, in : Leslie Green, Brian Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford U.P., 2011.

4 Hans Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in : Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Turin, Giappichelli, 1989 ; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, Preface. On Interpretation ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la seconde édition par Charles Eisenmann (1960), Paris, LGDJ, 2004.

5 Il n'y a pas que les juges qui appliquent le droit (comme le soutient souvent, ou semble le soutenir, le réalisme naïf), mais aussi, évidemment, les fonctionnaires de l'administration publique et, de manière moins évidente, les organes constitutionnels suprêmes.

## 1.1 Interprétation au sens strict

Les textes normatifs – « le droit », donc, dans un des sens de ce mot<sup>6</sup> – souffrent de multiples formes d'indétermination. D'un côté, les énoncés normatifs sont souvent ambigus, et donc admettent différentes interprétations : on ne sait pas si l'énoncé E exprime la norme  $N_1$  ou la norme  $N_2$ . D'un autre côté, chaque norme est fatalement vague, et donc admet différentes « concrétisations » : pour une norme N (exprimée ou explicite : identifiée au moyen de l'interprétation textuelle « in abstracto ») on ne sait pas si le cas  $x$  tombe ou non dans son champ d'application (et cela dépend de la subsumption, ou de l'interprétation « in concreto » si on veut l'appeler ainsi).<sup>7</sup>

Succinctement : tous les textes normatifs admettent des interprétations – *in abstracto* et/ou *in concreto* – synchroniquement en conflit et/ou diachroniquement variables.<sup>8</sup> Il s'ensuit que de nombreuses controverses (peut-être pas

6 Voir *infra* la première thèse ontologique.

7 J'ajoute que l'ensemble des énoncés normatifs présente fatalement des lacunes (des faits non réglés) et des antinomies (des faits réglés de deux manières incompatibles) : les unes et les autres, en vertu de l'interdiction du déni de justice, en vigueur dans la majeure partie des systèmes occidentaux modernes, exigent des juges des solutions. Il faut préciser, toutefois, que les lacunes et les antinomies ne précèdent pas l'interprétation, mais la suivent. Autrement dit : *en fonction d'une certaine interprétation*, les textes normatifs présentent une lacune et/ou des antinomies ; mais, *à la lueur d'une interprétation différente*, il est possible que la lacune et/ou l'antinomie disparaissent.

8 Cette manière de voir se rencontre surtout chez certains réalistes américains, dans l'« école réaliste de Gênes », chez certains réalistes français (dans la « théorie réaliste de l'interprétation » ou « école réaliste de Nanterre ») et, à bien y regarder, chez Kelsen lui-même (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1ère édition), Vienne, Franz Deuticke, 1934, chapitre VI ; *Théorie pure du droit*, Traduction française de la seconde édition de *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann (1960), Paris, LGDJ, 2004, chapitre VIII).

Pour le réalisme américain, on peut voir : Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milan, Giuffrè, 1962 ; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford U.P., 1993 ; Silvana Castignone, Carla Faralli, Mariangela Ripoli (eds.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Turin, Giappichelli, 2002 ; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007.

Pour l'« Ecole de Gênes » : Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Bologna, Mulino, 1974 ; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milan, Giuffrè, 1980 ; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011 ; Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999 ; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologne, 2007 ; Paolo Comanducci, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. I. Regole, metodi, modelli*, Turin, Giappichelli, 1999 ; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2010 ; Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009 ; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Rome, Aracne, 2009 ; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012 ; voir également : Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 et Veronique Champeil-Des-



toutes, mais de nombreuses) et, plus généralement, de nombreuses (peut-être pas toutes, mais de nombreuses) « questions de droit » admettent des solutions différentes concurrentes.<sup>9</sup>

Les choses étant ainsi, il paraît évident que les énoncés interprétatifs – *in abstracto* (« L'énoncé normatif E exprime la norme N ») et *in concreto* (« Le cas x tombe dans le champ d'application de la norme N ») – sont le résultat de choix et de décisions, et non d'une connaissance. Ce qui veut dire que ces énoncés interprétatifs n'ont pas un caractère descriptif, ou cognitif, mais plutôt ascriptif – qui ne se différencie pas de celui des stipulations et redéfinitions, auxquelles ils sont en tous points analogues<sup>10</sup> – et, en tant que tels, ils sont dépourvus de valeurs de vérité.<sup>11</sup>

Les décisions interprétatives des opérateurs juridiques sont conditionnées, comme cela est naturel, par leurs intérêts pratiques (politiques, économiques, professionnels, etc.), par leurs idées de justice, par l'acceptabilité des différentes décisions dans la culture juridique existante,<sup>12</sup> ainsi que – *last, not least* – par les constructions conceptuelles élaborées par les juristes académiques, ou par la dogmatique juridique.

## 1.2 Construction juridique

D'un autre côté, dans le langage commun des juristes, le mot « interprétation » est utilisé de manière un peu obscure pour dénoter la totalité des opérations intellectuelles des opérateurs juridiques.

---

plats, Présentation, in : Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010. Pour les réalistes français : Michele Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001 ; *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2012 ; Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

- 9 Ce qui est d'autant plus vrai, naturellement, en présence de lacunes et d'antinomies (voir *supra*, note 7).
- 10 Riccardo Guastini, Interpretive Statements, in : E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- 11 On peut considérer comme acquis que les définitions stipulatives (qui incluent les redéfinitions) n'ont pas de valeur de vérité. Ce qui a été dit dans le texte n'exclut pas, toutefois, que l'interprétation puisse aussi être une activité authentiquement cognitive (analogue aux définitions informatives). Telle est l'interprétation qui se limite à énumérer les diverses significations possibles ou admissibles d'un texte normatif, sans en choisir aucune. Nous y reviendrons en discutant de la science juridique (voir *infra*, la seconde thèse épistémologique). Par exemple, soit un énoncé normatif E ambigu, de telle manière qu'il puisse être compris alternativement comme exprimant la norme N<sub>1</sub> ou la norme N<sub>2</sub> ; l'énoncé interprétatif « E peut signifier N<sub>1</sub> ou N<sub>2</sub> » aura un caractère cognitif ; en revanche l'énoncé interprétatif « E signifie N<sub>1</sub> » tout comme l'énoncé interprétatif « E signifie N<sub>2</sub> » auront un caractère décisionnel. L'interprétation juridictionnelle a évidemment un caractère non cognitif mais décisionnel, comme la plus grande partie de l'interprétation doctrinale.
- 12 Aulis Arnio met l'accent sur l'acceptabilité des décisions interprétatives : Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

En y regardant de près, il n'est pas difficile de s'apercevoir que les opérateurs juridiques – et, parmi eux, avant tout les juristes académiques – ne se limitent pas à décider la signification des documents normatifs : ils font d'autres choses. Après tout, l'interprétation entendue strictement (l'attribution de signification à un texte) n'est qu'une partie – et peut-être pas la plus importante – de leur travail.<sup>13</sup>

A côté de l'interprétation proprement dite, et en lien inextricable avec elle, les opérateurs juridiques font œuvre de « construction juridique ».<sup>14</sup> Je me réfère avec cette expression à un ensemble, par ailleurs indéterminé, d'opérations intellectuelles, parmi lesquelles on peut citer :

- i. La création des lacunes normatives et, encore plus, des lacunes axiologiques ;
- ii. la création des hiérarchies axiologiques entre normes ;
- iii. la concrétisation des principes ;
- iv. la pondération entre principes en conflit ;
- v. la création et (parfois) la solution des antinomies ; et, plus que tout,
- vi. l'élaboration de normes « implicites » (qui sont prétendues implicites au système juridique, bien que normalement elles ne sont pas dérivables au sens strict, ou au sens logique, d'autres normes).<sup>15</sup>

Toutes ces opérations sont liées les unes aux autres de manière diverse. L'élaboration de normes implicites sert évidemment à combler des lacunes nor-

13 Riccardo Guastini, *Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes*, in : Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

14 L'expression est évidemment empruntée à Rudolf von Jhering. Voir à ce propos Giorgio Lazaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turin, Giappichelli, 1965 ; Mario G. Losano, *Introduzione*, in Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Turin, Einaudi, 1972 ; Mario G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Turin, Giappichelli, 1968, spec, la seconde partie, chap. VIII.

15 Succinctement :

- (i) une lacune normative est l'absence pour un cas d'espèce d'une réglementation juridique, alors qu'une lacune axiologique est l'absence d'une réglementation satisfaisante (et la présence en revanche d'une réglementation non satisfaisante) ;
- (ii) une hiérarchie axiologique est une relation de valeur entre normes constituée par les interprètes au moyen d'un jugement de valeur comparatif ;
- (iii) concrétiser un principe signifie en tirer une norme implicite au moyen de l'argumentation ;
- (iv) la pondération de deux principes en conflit consiste à établir entre eux une hiérarchie axiologique ;
- (v) la création d'une antinomie est le prélude à l'abrogation ou à l'invalidation d'une des normes concernées, ou à une dérogation à l'une des normes concernées (et par ailleurs toutes les antinomies ne peuvent pas être résolues sur la base de critères pré-constitués : par exemple, les antinomies entre principes constitutionnels) ;
- (vi) une norme implicite est une norme qui ne constitue pas une signification plausible d'une disposition spécifique quelconque.

matives (réelles ou supposées). La création d'une lacune axiologique est un prélude à la construction d'une norme implicite destinée à la combler. La concrétisation des principes consiste en une forme particulière d'élaboration de normes implicites. Les conflits entre principes sont des antinomies d'un type spécial, qui ne peuvent être résolus que par construction juridique, et les hiérarchies axiologiques (outre qu'elles orientent les choix interprétatifs) sont des instruments utiles pour résoudre précisément les conflits entre principes. Et ainsi de suite.

Si l'interprétation proprement dite n'est pas une activité cognitive, mais décisionnelle, la construction juridique est à plus forte raison une activité décisionnelle. En réalité, la construction juridique est l'activité authentiquement nomopoïétique des juges et des juristes : la législation « interstitielle » comme on a coutume de dire.

## 2 RÉALISME ONTOLOGIQUE

Une ontologie empiriste du droit est propre au réalisme : le droit n'est pas un ensemble d'entités abstraites (telles que les normes, les valeurs, les obligations, les droits, ou n'importe quelle chose de ce genre), mais bien un ensemble de faits, de faits sociaux d'un certain type. Mais de quels faits précisément est constitué le droit ? Cette question appelle une réponse articulée.

### 2.1 Le droit comme ensemble de textes normatifs

A un premier niveau d'analyse (superficiel) – conformément du reste à la façon commune de voir des juristes – le mot « droit » dénote rien de plus que les textes normatifs émanant des autorités normatives (le « législateur » dans un sens matériel,<sup>16</sup> le « souverain »). Il dénote ainsi un ensemble de formulations normatives.<sup>17</sup> Les formulations – ou dispositions – normatives sont évidemment des faits, même si ce sont des faits d'un type particulier : ce sont des entités linguistiques, le produit des actes de langage.

Ce concept de droit – quoique plutôt naïf, comme nous allons bientôt le voir – n'est pas dépourvu d'utilité heuristique. Il sert à clarifier la genèse et, on peut dire, l'ontologie fondamentale du droit.

16 Par « législateur » dans un sens générique ou matériel on entend n'importe quelle autorité normative (le terme se réfère donc non seulement au législateur proprement dit, mais aussi aux pères de la constitution, et aux autorités administratives). De la même manière par « loi » on entend n'importe quel texte exprimant une norme (et ainsi non seulement la loi formelle, mais aussi la constitution et les règlements).

17 Cfr. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

En premier lieu (ontologie), les normes juridiques ne sont rien d'autres que des entités du langage.<sup>18</sup>

En second lieu (genèse), elles naissent des actes de « législation », et il n'y a pas de droit « dans la nature », ou « dans les choses » :<sup>19</sup> il n'y a pas de droit sans législateur. Pour le dire crûment avec Walter Dubislav : « Kein Imperativ ohne Imperator », il n'y a pas de commandement si quelqu'un ne commande pas.<sup>20</sup>

Toutefois, les textes normatifs requièrent l'interprétation. Ce qui veut dire qu'identifier purement et simplement le droit aux textes normatifs est naïf, simpliste et injustifié.<sup>21</sup> Si une formulation normative donnée peut être comprise, mettons, soit dans le sens  $N_1$  (signification littérale *prima facie*), soit dans le sens  $N_2$  (correspondant à une intention supposée de l'autorité normative), quel est le droit :  $N_1$  ou  $N_2$  ?

Nous dirons donc que le droit n'est pas proprement l'ensemble des textes normatifs, mais plutôt l'ensemble des significations – ou des normes – tirées des textes normatifs, au moyen de l'interprétation, ainsi – comme nous le savons maintenant – qu'au moyen de constructions juridiques. En ce sens, les textes normatifs ne sont pas à proprement parler « le droit » : ils sont plus modestement des « sources du droit ».

Cette idée a été exprimée par John Chipman Gray mieux que par tout autre ; un des pères fondateurs du réalisme juridique (américain) :

After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute.

It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law.*<sup>22</sup>

18 Et non des habitants mystérieux du monde du « Sollen ».

19 Contrairement à ce que pensaient certains jusnaturalistes. Voir parmi tant d'autres Michele Villey, *Le droit dans les choses*, in : Paul Amselek, Christophe Grzegorzczak (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

20 Le mot d'ordre de Dubislav est cité par Kelsen dans une étude célèbre : Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), in : Comanducci & Guastini 1989 (n. 4).

21 Ainsi, parmi d'autres, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

22 John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948, pp. 124 s., 170.

[« Après tout, ce ne sont que des mots que le législateur prononce ; c'est aux cours de dire ce

## 2.2 Le droit comme ensemble de normes

Pour cette raison, en passant à un second niveau d'analyse (intermédiaire), il convient d'employer le mot « droit » pour dénoter non pas à proprement parler l'ensemble des formulations normatives émanant des autorités, mais plutôt l'ensemble des *normes* qui sont tirés de ces formulations normatives au moyen de l'interprétation (largement entendue).

Cet ensemble est hétérogène dans un sens important. En effet, toutes les normes dont discutent les opérateurs juridiques ne peuvent pas être considérées comme des significations (plausibles) de formulations normatives préexistantes. Comme cela a déjà été dit, de nombreuses (d'innombrables) normes sont le résultat d'activités qui ne sont pas « interprétatives » dans un sens strict, mais bien plutôt « constructives ».

L'ensemble des normes comprend donc deux sous-ensembles :

- i. Les normes qui constituent le contenu de signification (une des significations plausibles) des formulations normatives émanant du « législateur », et qui sont le résultat de l'activité interprétative au sens strict ;
- ii. les normes qui ne peuvent pas être imputées à une quelconque formulation normative spécifique comme sa signification, et qui constituent en revanche le fruit des activités multiformes de construction juridique accomplies par les juristes, des juges aux opérateurs juridiques en général.

Les normes de chacune des deux classes dépendent, il faut le noter, des activités intellectuelles (ou discursives) des opérateurs juridiques. Les unes dépendent de l'interprétation, les autres dépendent de cette forme de nomopoïèse (occulte) que nous avons appelée « construction juridique ».

De ce point de vue, le droit apparaît comme le résultat non pas (seulement) des actes linguistiques de production de formulations normatives, mais (aussi) des actes, également linguistiques, d'interprétation, de re-élaboration, et de manipulation créative de telles formulations, accomplis par les opérateurs juridiques.

---

que signifient ces mots ; c'est-à-dire que c'est à elles d'interpréter les actes législatifs. [...] Et c'est la raison pour laquelle les actes législatifs, les lois, doivent être considérés comme des sources du droit, et non comme une partie du droit lui-même. Les cours mettent de la vie dans les mots morts de la loi » ; « On pourrait dire que si le droit d'une société était le corps de règles appliquées par ses cours, alors les lois pourraient être considérées comme faisant partie du droit lui-même, et non simplement comme étant une source du droit ; qu'il y aurait des règles devant être appliquées par les cours directement, et qu'il ne faudrait pas les regarder comme des fontaines auxquelles les cours puisent leurs propres règles. [...] Et si les lois s'interprétaient elles-mêmes, cela serait vrai ; mais les lois ne s'interprètent pas elles-mêmes ; leur signification est déclarée par les cours, et c'est avec la signification déclarée par les cours, et aucune autre signification, qu'elles sont imposées à la communauté comme droit. »]

On peut dire que, ainsi entendu, le droit dépend de la combinaison de deux choses distinctes : (a) la formulation de textes normatifs, et (b) leur interprétation et manipulation. Il n'y a pas de droit sans texte à interpréter (première thèse ontologique) mais il n'y a pas non plus de droit (seconde thèse ontologique) sans interprétation et manipulation de tels textes.

Cependant il arrive tout de même que, au moins diachroniquement, la doctrine et la jurisprudence soient traversées par des désaccords, comme cela est naturel : de nombreuses formulations normatives font l'objet d'interprétations distinctes en compétition ; l'existence dans le système d'une norme implicite est dans la plupart des cas intrinsèquement discutable (justement parce que la norme est inexprimée). Des interprétations et des constructions juridiques distinctes couronnent des normes différentes,<sup>23</sup> et ainsi des systèmes juridiques (partiellement) différents.

Selon une certaine doctrine et/ou une certaine ligne jurisprudentielle, le système comprend – mettons – les normes explicites  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$  et les normes implicites  $N_4$ ,  $N_5$  ; alors que selon une autre ligne le système comprend les normes explicites  $N_1$ ,  $N_2$  (mais en revanche pas la norme  $N_3$ ) et les normes implicites  $N_4$ ,  $N_5$  et encore la norme implicite  $N_6$ . Nous sommes donc face à deux systèmes distincts.

Et donc, nous devrions alors nous demander : quel est le droit dans cette circonstance ? Lequel des deux systèmes est le droit ? Pour répondre à cette question, il faut se placer à un troisième niveau d'analyse, qui correspond à un troisième concept de droit.

Comme on le voit, ce second concept de droit également est insatisfaisant : il soulève davantage de questions qu'il n'en résout. Il n'est pas néanmoins privé d'utilité heuristique : il a le mérite d'appeler l'attention sur le fait que le droit, à la rigueur, ne peut pas être présenté comme le produit unilatéral des « législateurs », comme le pense le positivisme juridique naïf.<sup>24</sup> Dans la pratique juridique, il n'y a pas que des « législateurs » : il y a aussi des interprètes, et le droit, au moins dans un des sens du mot, naît précisément de leurs interprétations. On ne peut pas penser un droit sans interprètes (juristes en particuliers) comme on ne peut pas penser une religion sans prêtres.

## 2.3 Le droit comme ensemble de normes en vigueur

À un troisième niveau d'analyse (profond), le mot « droit » dénote l'ensemble des normes en vigueur, ou effectivement appliquées – c'est-à-dire utilisées pour motiver des décisions – dans le passé et, de manière prévisible, applicables dans

<sup>23</sup> Ou de toute façon diverses solutions possibles d'un même cas.

<sup>24</sup> Et comme le voudrait la première thèse ontologique. Est « naïf » en ce sens le positivisme juridique, par exemple, de John Austin.

le futur par les organes qui précisément « appliquent » les formulations normatives :<sup>25</sup> les juges, bien entendu, mais aussi l'administration publique et les organes constitutionnels suprêmes.<sup>26</sup>

En d'autres termes, quoiqu'il existe différentes interprétations des formulations normatives, de même que différentes constructions de normes implicites, il existe toujours (bon, disons : presque toujours) synchroniquement des interprétations et des constructions juridiques généralement acceptées et dominantes : ce que la Cour constitutionnelle italienne appelle le « droit vivant ».<sup>27</sup>

Reprenons l'exemple précédent : selon la doctrine D<sub>1</sub> le système juridique comprend les normes (explicites ou implicites) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>3</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub> ; selon la doctrine D<sub>2</sub>, en revanche, le système comprend les normes (explicites ou implicites) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, N<sub>6</sub>. Pour savoir quel est le système en vigueur, il faut déterminer celles de ces normes qui sont en vigueur et celles qui ne le sont pas. Et naturellement il est parfaitement possible que l'analyse empirique de la jurisprudence (dans un sens large<sup>28</sup>) montre que sont en vigueur les normes N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, et peut-être aussi une autre norme N<sub>7</sub>, mais pas les normes N<sub>3</sub> et N<sub>6</sub>.

Il faut insister sur le fait que normalement la ligne dominante est le produit non pas (seulement) de la jurisprudence (dans ce sens large) – comme le pensent quelques réalistes naïfs – mais (aussi et surtout) de la doctrine. Les juristes contribuent toujours à la création du droit en vigueur (le « droit » dans ce troisième sens du mot).

Et il faut encore insister – dès lors que c'est tout sauf évident – sur le fait qu'une grande partie du droit en vigueur est constitué de normes formulées *extra ordinem* non pas par les autorités normatives, mais par les juges et (peut-être : surtout) par les juristes académiques. Des normes dont on pourrait dire qu'elles sont « formellement invalides », dès lors que les juristes et (dans de nombreux le systèmes juridiques) les juges ne sont pas du tout autorisés à créer des normes.<sup>29</sup> Des normes invalides donc, mais, malgré cela, des normes qui

25 Une petite clarification du concept d'« application du droit » serait peut-être opportune. Le mot « application » prend des sens différents selon que l'on se réfère à des dispositions (des formulations normatives), à des règles ou à des principes. Appliquer une disposition signifie de manière banale en faire un objet de l'interprétation et, cela va sans dire, s'en servir dans la motivation d'une décision. Appliquer une règle (explicite ou implicite) signifie en inférer de manière déductive une prescription individuelle. Appliquer un principe signifie le concrétiser, ou en tirer de manière argumentative une règle implicite. Cfr. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2010.

26 Eugenio Bulgin, *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963), in : Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulgin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

27 Voir à ce propos Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milan, Giuffrè, 1994.

28 Je me réfère aux décisions de tous les organes de l'application, et pas seulement à ceux de l'application juridictionnelle.

29 C'est ce que soutient par exemple Ulises Schmill, dans une étude (encore) inédite, qui tire de



sont en fait en vigueur : appliquées dans le passé et de manière prévisible applicables dans le futur.

Pour résumer, par « droit » nous pouvons entendre pas moins de trois choses plutôt différentes : (i) un ensemble de textes normatifs ; (ii) un ensemble de normes, fruits de l'interprétation et de la manipulation « créative » des textes en question ; et finalement (iii) un ensemble de normes en vigueur.<sup>30</sup> Et avec cela nous arrivons à la thèse épistémologique.

### 3 RÉALISME ÉPISTÉMOLOGIQUE

Pour exposer la (double) thèse épistémologique du réalisme, il faut introduire une distinction préalable.<sup>31</sup>

Dans le langage des juristes, l'expression « science juridique » ne dénote rien de plus que le travail des juristes eux-mêmes (je me réfère ici aux juristes académiques) : la « doctrine » ou la « dogmatique », si on préfère. Évidemment, en disant cela, les juristes cherchent à accréditer leur travail comme une authentique entreprise scientifique, c'est-à-dire – il faut le présumer, à la lumière de

---

cela la conséquence que les thèses dogmatiques (les normes implicites formulées par la doctrine) *ne font pas* partie du droit.

30 Qui est un sous-ensemble de l'ensemble précédent.

31 Chiassoni 2012 (n.1), pp. 248 s. : « Talvolta “scienza giuridica” è niente altro che il calco delle locuzioni latine “scientia iuris” e “iuris scientia” », sicché « designa lo studio dottrinale del diritto, o dottrina o dogmatica giuridica. [...] Talvolta, ma più raramente, la locuzione “scienza giuridica” designa la conoscenza scientifica del diritto positivo », che « non equivale allo studio dottrinale del diritto, così come tradizionalmente concepito e praticato nelle culture occidentali. Può anzi essere intesa come un'attività radicalmente diversa ». [« Parfois, “science juridique” n'est rien d'autre que le calque des expressions latines “scientia iuris” et “iuris scientia” », donc « cela désigne l'étude doctrinale du droit, ou la doctrine ou dogmatique juridique. [...] Parfois, mais plus rarement, l'expression “science juridique” désigne la connaissance scientifique du droit positif » qui « ne correspond pas à l'étude doctrinale du droit, telle qu'elle est traditionnellement conçue et pratiquée dans les cultures occidentales. On devrait plutôt la comprendre comme une activité radicalement différente ».] Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in : Scarpelli 1966 (n. 2), p. 335 : « Alla scienza giuridica, come ad ogni altra scienza, ci si può accostare da due punti di vista radicalmente diversi. Il primo accostamento è quello descrittivo che si ha quando ci si interessa alla scienza giuridica, così come essa viene praticata da un gruppo di persone in un momento determinato. Il secondo è l'accostamento di chi formula un programma per la “vera”, “radicalmente scientifica”, etc. scienza giuridica, con il fine di migliorare la scienza giuridica esistente ». [« On peut aborder la science du droit, comme tout autre science, de deux points de vue radicalement différents. Le premier est le point de vue descriptif, que l'on a quand on s'intéresse à la science juridique telle qu'elle est pratiquée par un groupe de personnes à un moment déterminé. Le second est le point de vue qui formule un programme pour une science juridique “vraie”, “radicalement scientifique”, etc., avec comme fins d'améliorer la science juridique existante ».].

la conception moderne de la science – purement descriptive : ni évaluative, ni prescriptive.<sup>32</sup>

Dans le langage de la théorie générale du droit, toutefois, la même expression tend à assumer un sens différent : elle dénote habituellement non pas la pratique effective des juristes, mais plutôt un modèle – un idéal – de connaissance, de description non évaluative, du droit, qui correspond seulement en partie à la dogmatique réellement existante.<sup>33</sup>

Pour cette raison, dans le réalisme épistémologique se combinent deux thèses distinctes : la première est une thèse descriptive qui concerne la doctrine ou la dogmatique, selon le nom que l'on veut lui donner ; la seconde est une thèse prescriptive concernant la connaissance scientifique du droit, ou la science juridique proprement dite.

### 3.1 Doctrine

Du point de vue du réalisme juridique, comme cela a été dit et pour les raisons que nous avons vues, la pratique effective des juristes académiques ne peut pas être considérée véritablement comme une « science ».

Bien entendu, les études des juristes contribuent très souvent, vraiment, à la connaissance du droit, d'une manière que nous dirons. Toutefois, si nous portons un regard désenchanté, il nous apparaît très clairement que leurs discours ne sont jamais purement descriptifs, ne sont jamais totalement descriptifs : de nombreux énoncés doctrinaux – ceux qui, avant tout, caractérisent la pratique doctrinale – sont dépourvus de valeurs de vérité. Les énoncés interprétatifs (décisionnels), comme nous l'avons vu, ont plutôt une nature ascriptive. Les énoncés qui formulent des normes implicites sont (en cachette) prescriptifs. « En

32 Il existe en vérité quelques courants théoriques qui conçoivent la science juridique comme une « science pratique » : un discours en rien cognitif, mais au contraire prescriptif. Seulement deux exemples : Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992 ; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Rome-Bari, Laterza, 2007. Bien entendu, Zagrebelsky et Ferrajoli ont des intentions très différentes. En gros, et en simplifiant beaucoup : Zagrebelsky, comme en général les juristes de la tendance « herméneutique », pense que la tâche de la science juridique est d'élaborer la solution (juste) pour chacun des cas concrets ; Ferrajoli pense plutôt que la tâche de la science juridique est d'orienter la législation, en dénonçant les lacunes et les antinomies présentes dans le système (en particulier : les lacunes découlant de l'absence de réalisation de la constitution, et les antinomies dérivant de lois ordinaires constitutionnellement illégitimes).

33 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 293 ss. ; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4th ed. by R. Campbell, John Murray, Londres, 1879, pp. 33, 176 s., 220 ; Ross 1958 (n. 2) ; Alf Ross, *Le concept de droit selon Hart* (1962), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Ross 2004 (n. 2), pp. 183-189 ; Kelsen 1966 (n. 4). On peut ajouter les écrits méthodologiques de Max Weber, recueillis dans le volume *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Turin, Einaudi, 1958.

cache », puisque ils se présentent habituellement non pas comme des formulations normatives, mais comme des énoncés sur l'existence de normes : « La norme (implicite) N appartient au système juridique ».<sup>34</sup>

Selon une manière de voir caractéristique de la philosophie analytique du droit, la doctrine serait un métalangage ayant pour objet le langage du « législateur ».<sup>35</sup> Cette représentation de la doctrine est très séduisante, mais malheureusement traître.

Disons les choses ainsi : il n'y a aucune confusion possible entre une pathologie cardiaque et la science médicale qui la décrit, parce que les pathologies du cœur, à la différence de la science médicale, ne sont pas des entités linguistiques ; quand en revanche nous traitons des relations entre le droit et la doctrine juridique, une telle confusion est possible et de fait elle se produit. Il en va ainsi parce que tant les « lois » (au sens matériel) que la doctrine juridique ne sont rien d'autre que des langages (des discours).

En d'autres termes, il est impossible, ou simplement irréaliste, de tracer une distinction nette entre le langage du « législateur » et le langage des juristes : ils sont sujets à un processus osmotique continu. Le discours des juristes, à bien y regarder, ne « porte » pas « sur » le discours des autorités normatives au niveau du métalangage, en tout cas pas toujours :<sup>36</sup> bien plutôt, les juristes modèlent et enrichissent continuellement leur objet d'étude, comme un violoniste qui introduit des notes apocryphes dans la partition qu'il exécute.

Cela veut dire que l'interprétation et la construction juridique ne sont pas la « science » du droit – comme le prétendent habituellement les juristes – mais une partie du droit lui-même, et dès lors une partie de l'objet d'étude de la science juridique correctement entendue. En somme, la description du droit en vigueur exige de prendre en considération la doctrine comme partie intégrante du droit lui-même.<sup>37</sup> La doctrine n'est donc pas la connaissance scientifique du droit, mais une partie de son objet.

34 De manière plus développée : « La norme explicite  $N_1$  appartient au système juridique. La norme  $N_2$  est implicite dans la norme  $N_1$ . Donc la norme  $N_2$  appartient aussi au système ». Mais il faut dire que le rapport entre une norme explicite et la norme implicite que l'on dérive de la norme explicite est rarement un rapport d'implication logique.

35 Est exemplaire en ce sens l'étude de Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), reproduite in : Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Turin, Giappichelli, 2012, qui analyse d'autre part d'une manière tout à fait réaliste les opérations intellectuelles caractéristiques de la doctrine. Il résulte de l'analyse de Bobbio que les juristes ne se limitent pas à parler de leur langage-objet (le discours du législateur), mais le « transforment » de différentes manières, comme un procédé technique transforme une matière brute. Voir aussi Norberto Bobbio, *Considérations introductives sur le raisonnement des juristes*, in *Revue internationale de philosophie*, VIII, 1954, pp. 67-84.

36 A la rigueur, les énoncés interprétatifs sont métalinguistiques ; mais les énoncés qui formulent des normes « apocryphes », implicites, ne sont pas métalinguistiques.

37 Lorsque, bien entendu, les normes (apocryphes) formulées par la doctrine deviennent des normes en vigueur à travers les décisions des organes d'application.

En définitive, du point de vue pragmatique, le discours – interprétatif et constructif – de la doctrine peut être présenté comme un ensemble de directives, adressées aux organes d'application et particulièrement aux juges : des directives *de sententia ferenda*.<sup>38</sup>

### 3.2 Science juridique

Du point de vue du réalisme juridique, la science juridique correctement entendue – la connaissance scientifique du droit, dans les trois sens que nous avons assignés au mot « droit » – peut assumer trois formes différentes.<sup>39</sup> Lesquelles par ailleurs (spécialement la deuxième et la troisième) s'intègrent parfaitement l'une dans l'autre : en un sens, elles constituent les faces d'une même médaille.

Il faut souligner que jamais, en aucune de ces trois formes, la science juridique ne consiste en la description d'« obligations », de « droits », et d'autres entités similaires. Contrairement à ce que beaucoup pensent, elle *ne* comprend *pas* d'énoncés concernant la qualification normative de la conduite (« Il est obligatoire que *p* », « il est interdit que *q* », etc.).

Avec la conséquence, qui n'est pas banale, que les énoncés de la science juridique, contrairement à ce que pensait Kelsen (et avec lui beaucoup d'autres), ne sont *pas du tout* des énoncés déontiques, qui répètent – réitèrent<sup>40</sup> – comme un écho les normes auxquelles ils se réfèrent.<sup>41</sup>

- (i) *Interpretation cognitive*. Habituellement les juristes – sauf peut-être quand ils écrivent des manuels universitaires – se consacrent principalement à l'interprétation « décisionnelle », c'est-à-dire qu'ils attribuent à un texte normatif quelconque une signification déterminée, écartent d'autres significations également plausibles, et cherchent à l'accréditer comme « la » (donc l'unique) signification correcte. Toutefois l'interpré-

38 Ross 1958 (n. 2), spec. p. 46. Par là, on ne veut pas dire que les discours des juristes (spécialement quand ils écrivent des manuels) ne comprennent pas aussi des énoncés authentiquement cognitifs : par exemple, des énumérations des différentes significations admissibles d'un texte normatif donné, ou une pure description des lignes jurisprudentielles et, plus généralement, du droit en vigueur. Nous allons y revenir tout de suite.

39 Comme nous allons le voir, la doctrine elle-même contribue de manière pertinente à chacune de ces trois formes ; la doctrine comprend donc aussi des discours purement cognitifs.

40 Uberto Scarpelli, Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati, in : *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967 ; H. L. A. Hart, Kelsen Visited (1963), reproduit in : *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford U. P., 1983.

41 Riccardo Guastini, Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism, in : Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Turin, Giappichelli, 2001. L'idée, ici refusée, est qu'il n'y a pas d'autre façon de décrire la norme, mettons, « Les assassins doivent être punis » que de la réitérer : de répéter exactement comme un écho « Les assassins doivent être punis ». Voilà ce qu'il faut observer : des énoncés du type « *Selon le droit*, les assassins doivent être punis » ne sont pas du tout déontiques ; ils ont un caractère évidemment métalinguistique ; dans ces énoncés les expressions déontiques ne sont pas utilisées, mais mentionnées (entre guillemets).

tation décisionnelle présuppose logiquement (mais non psychologiquement) l'interprétation « cognitive », c'est-à-dire l'identification des significations admissibles pour le texte en question.

Donc, l'interprétation cognitive (« La disposition D peut exprimer la norme  $N_1$  ou la norme  $N_2$  ») est une pratique commune pour des juristes, et constitue une contribution – bien que modeste – à la connaissance du droit, entendu comme ensemble des textes normatifs. L'interprétation cognitive met au jour l'ambiguïté (largement entendue) des formulations normatives et le caractère vague des normes.

D'un autre côté il faut observer que les énoncés caractéristiques de l'interprétation cognitive admettent, à leur tour, deux interprétations. Ils peuvent être compris alternativement :

a. comme des prévisions à propos des orientations interprétatives futures (avant tout des organes d'application) : « La disposition D sera probablement interprétée dans le sens  $N_1$  ou dans le sens  $N_2$  » ; ou alors  
b. comme des directives interprétatives (adressées aux organes d'application) qui délimitent le cadre des significations « correctes » : « La disposition D admet les interprétations  $N_1$  et  $N_2$ , et aucune autre » (au sens que n'importe laquelle de ces deux interprétations est « correcte », alors que tout autre serait « incorrecte »).<sup>42</sup>

Dans le second cas, les énoncés en question ont évidemment une nature prescriptive et non descriptive.

(ii) *Metajurisprudence*<sup>43</sup> (*descriptive*). Si l'on comprend le droit comme un ensemble (non de formulations normatives, mais) de normes – = explicites et implicites –, constitue une contribution évidente à la connaissance du droit la description ou la reconstruction des orientations – respectivement interprétatives et « constructives » – présentes dans la culture juridique :<sup>44</sup> en doctrine et en jurisprudence.

Cela aussi est une pratique habituelle des juristes, et cela aussi contribue – de manière non marginale – à la connaissance du droit. De manière non marginale, car la connaissance des orientations existantes est un préliminaire à l'identification des tendances prévalentes ou dominantes. Et leur connaissance est à son tour un préliminaire à l'identification du droit en vigueur.

(iii) *Description du droit en vigueur*. Si on comprend le droit comme un ensemble de normes *en vigueur*, la description du droit requiert la recon-

42 De telles directives ne sont que des préliminaires à l'évaluation des interprétations (avant tout juridictionnelles) futures.

43 Ce terme est emprunté à Norberto Bobbio, *Etre et devoir-être dans la science juridique* (1967), in : Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp 198 et s.

44 En un lieu donné et en un moment donné, bien entendu.

naissance des normes effectivement appliquées par les organes judiciaires, et plus généralement, par tous les organes d'application.<sup>45</sup>

Là où il y a des normes en vigueur, bien entendu : là où il n'y en a pas, la science juridique peut seulement prendre acte des désaccords existants, des zones d'incertitude, et des choses semblables.

On peut convenir, avec l'opinion la plus répandue sur la question, que la description du droit en vigueur consiste dans des propositions normatives.<sup>46</sup> « Propositions », c'est-à-dire des énoncés doués de valeurs de vérité. « Normatives », c'est-à-dire concernant des normes. Avec trois précisions toutefois : la première concerne la forme logique des propositions normatives, la deuxième leurs conditions de vérité, la troisième leur dimension pragmatique.

- (a) Les propositions normatives – je l'ai déjà mentionné – ne sont pas des énoncés déontiques concernant la qualification normative du comportement : ce sont au contraire des énoncés existentiels portant sur des normes (en vigueur).<sup>47</sup>

L'« existence » juridique d'une norme<sup>48</sup> n'est rien d'autre que son appartenance à un système normatif. Les propositions normatives sont donc des énoncés qui affirment l'appartenance des normes (en vigueur) à des systèmes normatifs : « La norme N appartient au système juridique S ».<sup>49</sup>

- (b) Une proposition normative est vraie si et seulement si il est prévisible que la norme à laquelle elle se réfère sera appliquée dans le futur. Normalement, bien que non nécessairement, il sera prévisible qu'une norme sera applicable dans le futur quand elle a été effectivement appliquée dans le passé.<sup>50</sup>

45 En tenant compte, par ailleurs, de ce que dans beaucoup de matières, les organes judiciaires – et particulièrement ceux de dernier ressort – ont de toute façon le dernier mot sur la question.

46 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Turin, Giappichelli, 1995, chapitres IV et VI.

47 Ross 1958 (n. 2), chapitre 2. Ross, en vérité, parle ici de la description du droit « valide » (ang. *valid*). Mais il a lui-même expliqué qu'il s'agissait de la traduction malheureuse d'un terme danois qui, précisément, signifie « en vigueur » : une assertion à propos d'une norme la disant en vigueur est « une assertion factuelle se référant à un ensemble de faits sociaux » (Alf Ross, *La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel* (1962), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Ross 2004 (n. 2), p. 152).

48 Qu'il ne faut pas confondre avec la validité : les normes valides ne sont pas toutes en vigueur, et les normes en vigueur ne sont pas toutes valides.

49 Délibérément, je réduis ici l'existence juridique au fait d'être « en vigueur » (dans le sens défini dans le texte).

50 La connaissance des orientations doctrinales et jurisprudentielles dominantes (« l'idéologie des sources », dirait Ross, avec une expression qui n'est pas très heureuse) permet, dans certaines limites, de prévoir l'application des normes – « nouvelles » – non encore appliquées. Cf. encore Bulygin 1991 (n. 26).

- (c) Du point de vue pragmatique, les propositions normatives – bien que ce ne soit pas là leur forme logique<sup>51</sup> – peuvent être comprises comme des propositions sur des futurs contingents : des prévisions à propos de l'application future des normes auxquelles elles se réfèrent. Pour cette raison, il est permis de soutenir qu'il s'agit, après tout, non pas de propositions sur les normes – malgré les apparences – mais de propositions ordinaires sur les faits.

*Traduit de l'italien par  
Eric Millard.*

---

51 Voir *supra* point (a).





Ana Dimiškovska\*

# Dijaloška rekonstrukcija na pravnata justifikacija

## Analiza na slučaj

Vo ovoj trud e napraven obid dijaloškiot priod kon modeliranjeto na pravnata justifikacija da se primeni vrz konkretna pravna materija i da se prezentira dijaloška rekonstrukcija na edna kontroverzna sudska odluka od makedonskiot praven kontekst. Rekonstrukcijata e izvršena so koristenje na eden od sovremenite dijaloški modeli na pravnata justifikacija – modelot DiaLaw na Arno Loder. Dijaloškiot priod vrz koj se temeli ovoj model se pokažuva kako pogodan za pretstavuvanjeto na argumentativnata dinamika i na strategiskite elementi na pravnata justifikacija. Sepak, se ušte postojat opredeleni otvoreni prašana povrzani so negovata upotreba, osobeno vo pogled na normativniot status na dijaloškite pravila i na možnosta za modeliranje na ulogata na sudijata ili arbiterot vo pravnite kontroverzi.

**Ključni zborovi:** pravna argumentacija, pravna justifikacija, dijaloško modeliranje na sudske odluki, logika na razlozite, modelot DiaLaw na Arno Loder, sudija

## 1 UVOD: FILOZOFSKITE, PRAVNITE I LOGIČKITE ASPEKTI NA JUSTIFIKACIJATA

Vo filozofska smisla, procesot na justifikacijata može da se opredeli kako poznavatelno legitimiranje na veruvanjata koi se smetaat za vistiniti ili izdržani, preku artikuliranje na razlozite za nivnoto prifañanje.<sup>1</sup> Problemot na justifikacijata vo sovremenite epistemološki i metodološki istražuvanja se tretira kako integralen del od proučuvanjata na poširokiot fenomen na racionalnosta. Vo ponovite priodi kon ova pole, racionalnosta najčesto se tretira ne kako homogen koncept, tuku se razgleduva kako diferencirana vo poveќе različni oblici – analitička, dijalektička, proceduralna, potkrepuvačka racionalnost, itn. – vo

\* ana@fzf.ukim.edu.mk | Vonreden profesor na Institutot za filozofija na Filozofski fakultet pri Univerzitetot “Sv. Kiril i Metodij” vo Skopje, Republika Makedonija.

1 Ovoj tekst se zasnova vrz mojata prezentacija na Godišnata konferencija na Central and Eastern European Network of Jurisprudence (CEENJ), *The Challenges of the Contemporary Jurisprudence*, koja se održa vo Sarajevo od 13 do 16 septemvri 2012 godina, vo organizacija na Pravniot fakultet na Univerzitetot vo Sarajevo. Bi sakala da im se zablagodaram na učesnicite na ovaa konferencija, na urednicite na *Revus*, kako i na dvajcata anonimni recenzenti za nivnite možne korisni komentari za prvata verzija na ovoj tekst.

zavisnost od tipot na kriteriumite za izdržanosta na racionalnite proceduri vo različnite oblasti na nivnata primena.<sup>2</sup>

Edno od najznačajnite podračja vo koe procedurite na justifikacijata igra-at ključna uloga e podračjeto na pravoto. Vo glavnite oblasti na sozdavanjeto i na primenuvanjeto na pravoto, osobeno vo situaciite na adverzativnata pravna konfrontacija i adjudikacija, od site involvirani strani postojano se bara da gi obrazložit svoje gledišta preku razlozi i argumenti. Ova e neophodno so cel spomenatite gledišta da možat uspešno da bidat odbraneti vo visoko kompetitivnite argumentativni konteksti. Kako što istaknuva Feteris, „prifatlivosta na opredelena pravno stanovište zavisi od kvalitetot na negovata justifikacija”.<sup>3</sup> Sledstveno, od filozofska gledna točka, pravната justifikacija može da se tretira kako specifičen vid racionalna justifikacija. Preku specificiranjeto na vidot na racionalnosta koj e karakterističen za pravnoto rasuđuvanje i argumentacija i preku proučuvanjeto na negovite odliki, filozofski pristap vo značitelna mera ja rasvetluva prirodata na pravoto kako racionalna aktivnost.

Vo poširokata ramka na pravната argumentacija, pravната justifikacija pretstavuva osobeno važen element na odlukite na sudskite instanci. Glavnata cel na justifikacijata na sudskite odluki e da se pokaže nivnata soobraznost so normite na pravniot sistem, kako i nivnata usoglasenost so vrednostite koi ležat vo osnovata na toj sistem. Ottamu, dobro vtemelenata pravna justifikacija e eden od najvažnite pravni instrumenti so koi se garantiraat pravната sigurnost i pravdata kako temelni vrednosti na pravniot poredok.

Sepak, imajќi predvid deka pravnoto rasuđuvanje e, vo prv red, rasuđuvanje so principi i pravila koi ne se primenuvaat na mehanički način, tuku so ogleđ na specifičnite situacii, vrednosti i opštestveni interesi, očevidno e deka pokraj adekvatnata i racionalna upotreba na tehnikite na pravната justifikacija, možat, isto taka, da se javat i slučai na nivna možna zloupotreba. Praktikata pokažuva deka vo izvesni slučai mehanizmite na justifikacijata se instrumentaliziraat preku specifični argumentativni manevri. Ovaa instrumentalizacija se javuva vo slučaito vo koi postojat obidi da se legitimiziraat izvesni pravni gledišta koi protežiraat opredelen partikularan interes (od ekonomska, politička ili druga priroda), duri i po cena na suspendiranje na potragata po pravedno i nepristrasno rešenje na pravната kontroverza. Ottamu, od golemo teorisko i

2 Videte Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, D. Reidel Publishing Company (Law and Philosophy Library), 1987; Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, translated by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989; Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1989.

3 Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Argumentation Library), 1999, 1. (Prevodot na makedonski na ovojo i na ostanatite citati vo tekstot e na avtorot.)

praktično značenje e obidot da se istražat možnostite za formuliranje na kriteriumi za efikasno razgraničuvanje na soodvetnata i nesoodvetnata upotreba na sredstvata na pravната justifikacija.

Pokraj filozofijata i pravната teorija, druga disciplina za koja e značajno proučuvanjeto na mehanizmite na pravната justifikacija e logikata. Pravната justifikacija, osobeno vo takanarečenite 'teški slučai', pretstavuva teoriski predizvik za objasnuvačkite i formalnite kapaciteti na standardnite logički teorii. Vo izvesni važni aspekti, ovie teorii se pokažaa kako nedovolno mokni ili sofisticirani za adekvatno da ja modeliraat argumentativnata dinamika i složenosta na tehnikite na racionalnata justifikacija vo mnogu polinja, osobeno vo poletu na praktičnoto rasuduvanje. Sledstveno, postoi potreba za oblikuvanje novi, posofisticirani teoriski orudija na logičkata analiza za reprezentacija i evaluacija na pravната justifikacija i, poširoko zemeni, na pravnoto rasuduvanje vo čii ramki taa e razviena. Glavnata poenta na ovoj trud e da ponudi uvid vo načinot na konstrukcija na neкои od ovie orudija, kako i da ja testira nivnata primenljivost vrz konkretna empiriska materija.

## 2 POVRZUVANJE NA TEORIJATA I PRAKTIKATA – ANALIZA I REKONSTRUKCIJA NA SUDSKITE ODLUKI OD DIJALOŠKA GLEDNA TOČKA

Spored Feteris,<sup>4</sup> vo sovremenite istražuvanja na pravната argumentacija možat da se razlikuvaa tri glavni teoriski priodi: *logički*, *retorički* i *dijalektički* priod. Ovie priodi se razlikuvaa vrz osnova na različnite koncepti za normite, kriteriumite i standardite na pravната justifikacija koi preovladuvaa vo ramkite na sekoj od niv. Ednovremeno, tie na različen način gi pretstavuvaa bazičnite strukturi na pravната argumentacija i justifikacija.

Vo logičkiot priod, so cel opredelena pravna justifikacija da bide okvalifikuvana kako prifatлива, neophodno e „argumentot koj leži vo osnovata na justifikacijata da može da se rekonstruira kako logički validen argument” a iznesenite razlozi da bidat prifatлиvi spored važečkite pravni standardi.<sup>5</sup> Retoričkiot priod, koj pretstavuva eden vid reakcija na prenaslušuvanjeto na formalnite aspekti na pravната argumentacija od strana na logičkiot priod, akcentot go stava vrz „sodržinata na argumentite” i vrz „aspektite na prifatливоста koi zavisa od kontekstot”.<sup>6</sup> Vo ovoj priod, justifikacijata se tretira kako zavisna od auditoriumot, vo smisla na toa što mera za prifatливоста na justifikacijata e nejinata efikasnost za auditoriumot. Najposle, vo dijaloškiot priod, „pravната

4 Feteris 1999 (bel. 3), 15–20.

5 Feteris 1999 (bel. 3), 15.

6 Feteris 1999 (bel. 3), 16.

argumentacija se smeta kako del od dijalgot za prifatlivosta na opredeljeno pravno gledište<sup>7</sup>. Pokraj formalnata i materijalnata dimenzija na pravnata justifikacija, ovoj priod ja zema predvid i proceduralnata dimenzija. Ušte poveke, vo dijaloškiot priod i samite kriteriumi za racionalnosta na pravnite diskusii se definirani na proceduralen način.<sup>8</sup>

Iako vo pogled na prifañanje to koj i da bilo od spomenatite teoriski priodi možat da se navedat različni teoriski razlozi 'za' i 'protiv', se čini deka osobeno značeen test za nivnata funkcionalnost e analizata na konkretni odluki prezeni od realnata sudska praktika.

Vo golem broj sovremeni pravni sistemi individualnite i/ili kolektivnite sudske instanci imaat zakonska obvrsta da gi obrazložuvaat svoje odluki na racionalen i javen način. Za teoretičarot zainteresiran za logičkite i filozofskite aspekti na pravnoto rasuđivanje, korpusite od obrazloženi sudske odluki, koji gi opfaćaat kako odlukite na sudske instanci od različnite nacionalni pravosudstva taka i onie doneseni vo ramkite na međunarodnoto pravo, nudat izobilstvo od empiriski materijal za različnite ramništa na teoriskite proućivanja. Na primer, edna vmatelna argumentativna analiza na justifikacijata na konkretnite sudske odluki bi možela da otkrie značajni aspekti na pravnoto rasuđivanje koji voobićaeno ostanuvaat implicitni. Ovie aspekti možat da gi vklučuvaat prikrivenite vrednosni izbori napraveni od sudiite, nivnoto usvojivanje na posebni pravni filozofii, nivnoto pripisivanje na različna težina na istite pravni principi, kako i upotrebuvanje to različni argumentativni manevri so cel da se obrazložat i opravdaat posakuvane konkluzii. Ednovremeno, kako što veće beše spomenato, ovoj vid analiza pretstavuva neprocenljivo značajno sredstvo za ocenivanje na soodvetnost i objasnuvačkiot dostrel na apstraktnite teoriski modeli na pravnata justifikacija, koji možat da bidat poveće ili pomalku uspešni vo spravuvanje to konkretniot empiriski materijal.

Vo ovoj kontekst, kolektivnite sudske odluki so izdvoeni mislenja se osobeno interesen fenomen za analiza. Ovoj vid odluki, koji vklučuvaat maksimalen stepen na kontroverznost, gi odrazuvaat nesoglasuvanjata koji se javuvaat duri i pomeću sudiite koji odlučuvaat za eden ist slučaj. Tie na osobeno jasan način ja pokažuvaat dlabočinata na pravniot problem za koj stanuva zbor, kako i mogućnosta uverljivo da se argumentira vo prilog na dvete strani na kontroverzata.

Sledstveno, vo ovoj trud će bide napraven obid da se primenat konceptualnite resursi na dijaloškiot priod kon pravnoto rasuđivanje i argumentacija vo analiza i reprezentacijata na eden argumentativen sudir na različni sudske gledišta vo konkretna pravna situacija. Če bide predložena dijaloška rekonstrukcija na justifikacijata na edna odluka prezena od makedonskiot praven kontekst.

7 Feteris 1999 (bel. 3), 19.

8 Feteris 1999 (bel. 3), 20.

Odlukata za koja stanuva zbor, od oblata na ustavnoto pravo, predizvika golem broj kontroverzi ne samo megu sudiite koi bea vklučeni vo sudenjetu za slučajot, tuku i vo poširokata opšttestvena i naučna zaednica. Dvajca sudii na Ustavniot sud imaa različni mislenja od mnozinstvoto sudii i ovie mislenja bea publikuvani odvoeno od mnozinskata odluka. Taka, tekstualnite podatoci za analizata koja sleduva se prezemeni od tri dokumenti – odlukata na Ustavniot sud i dvete izdvoeni mislenja.

Zošto e izbran dijaloškiot priod vo izveduvanjeto na ovaa analiza? Najnapred, ovoj priod se čini kako najpogodna konceptualna platforma za analiza na kontroverzite bidejki ja prikažuva pravnata justifikacija kako regulirana razmena na tezi i argumenti pomegu proponentot i oponentot, razmena čijašto cel e edno pravno gledište da se odbrani od aktualnite ili možnite napadi vrz nego. Ponatamu, opštite teoriski postavki na dijaloškiot priod ja dopuštaat upotrebat na formalnite dijaloški modeli vo koi voobičeenite logički operaciji na dedukcija se pretstaveni vo čisto dijaloška forma.<sup>9</sup> Na toj način logičkoto jadro na rasuduvanjeto e sočuvano, no e integrirano vo poširokiot kontekst na pravilata za diskusija. Ova vodi do tretata glavna karakteristika na dijaloškiot priod, koja se sastoi vo naglasuvanjeto na proceduralniot element vo ovoj priod.<sup>10</sup> Imeno, konstruiranjeto na dijaloškite modeli, vključitelno i modelite na pravnata justifikacija, e zasnovano vrz formuliranje na kompleks od proceduralni pravila koi precizno ja opredeluvaa ulogata i možnite potezi na sekoj učesnik vo dijalogot. Ovaa odlika ovozmožuva dijalogot pomegu proponentot i oponentot da se tretira kako vid logička igra. Izrazot 'logička igra' vo ovoj kontekst označuvaa regulirana diskurzivna interakcija zasnovana vrz sledenjetu na korpus od pravila. Ovie pravila možat da bida upotrebeni od strana na učesnicite na kreativen i strateški način za da se postigne glavnata cel – pobedata vo igrata.<sup>11</sup>

Zemajki gi predvid site ovie karakteristiki, može da se zakluči deka dijaloškiot priod kon pravnoto rasuduvanje se odlikuva so dve temelni teoriski prednosti. Od edna strana, ovoj priod e intuitivno plauzibilen vo smisla na toa što verno go prikažuva prirodniot način na rasuduvanje i argumentiranje vo pravniot kontekst. Od druga strana, toj isto taka otvora različni možnosti za primena na formalno-logičkite metodi vo analizata na argumentativnite fenomeni. Sèpak, sè ušte e otvoreno prašanjeto dali može da se izgradi eden adekvaten model na *pravnata* justifikacija bez vo nego da se pretstavi ulogata na tretata strana,

9 Else M. Barth and Erik C. W. Krabbe, *From Axiom to Dialogue: A Philosophical Study of Logics and Argumentation*, Berlin/New York, Walter de Gruyter (Grundlagen Der Kommunikation Und Kognition/Foundations of Communication and Cognition), 1982, 29.

10 Sporedete pogore.

11 Shahid Rahman and Laurent Keiff, On How to Be a Dialogician: A Short Overview of Recent Developments on Dialogues and Games, in Daniel Vanderveken, (ed.) *Logic, Thought and Action*, Dordrecht, Springer, (Logic, Epistemology and the Unity of Science), 2005, 359–408.

kojašto ja proširuje bazičnata dijaloška struktura i e odgovorna za razreševanje na sporot vo svojstvo na sudija ili arbiter.<sup>12</sup> Na ova prašanje ke mu bide posveteno osobeno vnananie vo završniot del od tekstot.

Vo sovremenite logički i filozofski istražuvanja na pravnata argumentacija postojat poveke različni platformi za nejzinoto dijaloško modeliranje.<sup>13</sup> Sepak, vo ovoj trud samo edna od niv ke bide upotrebeno kako metodološka alatka za analiza: toa e modelot DiaLaw na Arno Loder, vo verzijata prezentirana vo negovoto delo *DiaLaw: Za pravnata justifikacija i dijaloškite modeli na argumentacija*.<sup>14</sup> Razlozite za ovoj izbor se slednive: prvo, toj e dijaloški model konstruiran so eksplicitna cel da služi kako alatka za formalna analiza i reprezentacija na pravnata justifikacija, i vtoro, negovata sopstvena teoriska osnova e t.n. 'logika na razlozite' ('reason-based logic'), logička platforma razviena za proučuvanje na logičkite aspekti na pravnoto rasuduvanje, no so potencijalno mnogu poširoki teoriski implikacii.

Primenata na Loderoviot model vo ovoj trud ke go sledi poprvu duhot otkolku slovoto na modelot. So cel da se odbegne optovaruvanje na tekstot so tehnički i formalni detalji, rezultatite od analizata nema da bidat prezentirani vo formalniot jazik na DiaLaw tuku edinstveno vo forma na simulacija na dijalog vo prirodniot jazik pomegu dvajcata personificirani protagonisti na različnite mnenija. Isto taka, dodeka vo verzijata na Loderovoto delo upotrebeno kako izvor za ovoj trud primenata na modelot na konkretni primeri e izvršena vrz re-

12 Sporedete Henry Prakken, A Formal Model of Adjudication Dialogues, *Artificial Intelligence and Law* (2008) 16, 305–328.

13 Sporedete, na primer, Thomas F. Gordon, *The Pleadings Game: An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1995; Henry Prakken, From Logic to Dialectic in Legal Argument, (1995), <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/DiaLAW95.pdf> (12 May 2013); Arno R. Lodder and Aimée Herczog, DiaLaw: A Dialogical Framework for Modeling Legal Reasoning, (1995), <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=40> (12 May 2013); Harry Bart Verheij, *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat*, Dissertation Universiteit Maastricht, 1996, <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/proefschrift/dissertation.pdf> (12 May 2013); Henry Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1997; Henry Prakken and Giovanni Sartor, A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning, in Henry Prakken and Giovanni Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, 175–210; Jaap Hage, A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match, in Henry Prakken and Giovanni Sartor (eds.) 1997 (bel. 13), 43–117; Arno R. Lodder, *DiaLaw: On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1999; Eveline T. Feteris, A Dialogical Theory of Legal Discussions: Pragma-dialectical Analysis and Evaluation of Legal Argumentation, *Artificial Intelligence and Law* (2000) 8, 115–135; Douglas N. Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, PA, Pennsylvania State University Press, 2002; Jaap Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht, Springer (Law and Philosophy Library), 2005.

14 Lodder 1999 (bel. 13).



lativno pomali fragmenti na pravni argumentativni diskusii,<sup>15</sup> tuka e napraven obid diskusijata da se prikaže vo što e možno pogolem obem.

Sepak, priodot vo ovoj trud gi spodeluva glavnite metodološki preokupacii na Loderoviot i drugite dijaloški modeli na pravната justifikacija: naporot da se ekstrahira argumentativното jadro od integralnata forma na realnata justifikacija na edna sudska odluka i da se pretstavi vo 'dijalektičko ruvo'. Na takov način se ovozmožuva identifikuvanje ne samo na argumentativnata 'statika' na justifikacijata, vo smisla na relaciite na potkrepenost pomegu iskazite od koi taa e sostavena, tuku i na 'dinamikata' na razmenata na argumentite, t.e. posebne načini na koi sekoj od argumentite e (ili može da bide) вовeden, napadnat ili odbranet vo tekot na diskusijata. So toa, proučuvanje na ovoj konkreten empiriski materijal može da pridonese kon negovata primarna cel – testiranje na primenlivosta na izvesni teoriski konceptii i, dokolku e potrebno, ukažuvanje na možnostite za nivno natamošno podobruvanje.

### 3 OPIS NA METODOLOŠKATA ZADNINA ZA DIJALOŠKATA REKONSTRUKCIJA

#### 3.1 Logikata na razlozite i nejzinite bazični idej

Razviena vo tekot na devedesettite godini na dvaesettiot vek od strana na Hage, Verheij, Loder i drugi avtori, logikata na razlozite ima za cel da gi doлови specifičnite odliki na rasuduvanje so pravila i principii, koe sistematski go vključuva balansirano razlozite za i protiv opredelena konkluzija.<sup>16</sup>

Osnovniot uvid vrz koj se bazira konstrukcijata na logikata na razlozite e deka postoji suštествena razlika pomegu rasuduvanje so iskazi koi se ili vistiniti ili lažni i rasuduvanje so pravila, osobeno na podračje na pravoto. Imeno, dodeka prašanje za primenata voopšto ne se postavuva vo slučajot na iskazite, koga stanuva zbor za pravilata, tie mora da se primenat za da proizvedat soodvetni konsekvenci.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Sporedete Lodder 1999 (bel. 13), ch. 5.

<sup>16</sup> Videte, na primer, Jaap Hage, H. Bart Verheij and Arno R. Lodder, *Reason-Based Logic: A Logic that Deals with Rules and Reasons* (1993), <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/naic93.pdf> (13 May 2013); Jaap Hage and Bart Verheij, *Reason-Based Logic: A Logic for Reasoning with Rules and Reasons* (1994), <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/lcai94.pdf> (13 May 2013); Lodder and Herczog 1995 (bel.13); Verheij 1996 (bel. 13); Hage 1997 (bel. 13); Bart Verheij, Jaap C. Hage and H. Jaap Van Den Herik, *An Integrated View on Rules and Principles, Artificial Intelligence and Law* (1998) 6, 3–26; Lodder 1999 (bel. 13); Arno R. Lodder, *Law, Logic, Rhetoric: A Procedural Model of Legal Argumentation*, in S. Rahman et al. (eds.), *Logic, Epistemology and the Unity of Science*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 2004, 569–588, <http://ssrn.com/abstract=1312456> (13 May 2013); Hage 2005 (bel. 13).

<sup>17</sup> Hage and Verheij 1994 (bel. 16), 1–2.

Vo ramkite na logikata na razlozite, pravilata se tretiraat kako 'logički indivi-  
dui' koi imaat kondicionalna struktura, što znači deka se sostojat od del koj go  
izrazuva uslovot i del koj ja izrazuva konkluzijata. Vo princip, dokolku uslovite  
na pravilata se zadovoleni, togaš se dobivaat nivnite konkluzii.<sup>18</sup> Taka, funda-  
mentalnata ideja na logikata na razlozite e deka „primenata na koe i da bilo  
pravilo vodi kon razlog koj pledira za konkluzijata na toa pravilo”.<sup>19</sup> Na primer,  
ako praviloto 'Dokolku nekoj e kradec, togaš toj treba da se kazni' se primeni  
vrz slučaj na kražba, toa generira razlog za kaznuvanje na kradecot. Sepak, ovaa  
konkluzija ne sleduva 'avtomatski', zatoa što vo opredeleni slučaj može isto taka  
da postojat razlozi koi plediraat protiv konkluzijata, vključitelno situaciji vo koi  
postojat isključoci od pravilata, sudir na različni pravila, itn.

Tretirajki gi pravilata kako entiteti koi generiraat razlozi, logikata na razlo-  
zite mu dava centralno mesto na konceptot na razlog. Iako širokata definicija  
na razlozite kako „množestvo od eden ili poveќе fakti koi, vo izvesna smisla,  
se relevantni za nešto drugo”,<sup>20</sup> dava osnova za razlikuvanje na nekolku tipa  
razlozi – konstitutivni razlozi, razlozi za veruvanje, za dejstvuvanje, itn. –  
edna od najvažnite kategorijalni distinkcii vo ramkite na logikata na razlo-  
zite e distinkcijata pomegu *pridonesuvačkite* i *odlučuvaučkite* razlozi. Dodeka  
odlučuvaučkite razlozi gi opredeluvaaat svoje konkluzii vo taa smisla što dokolku  
postoi odlučuvaučki razlog za edna konkluzija togaš se dobiva taa konkluzija,  
*pridonesuvačkite* razlozi ne se sami po sebe dovolni za da ja opredelat konkluzi-  
zijata. Spored zborovite na Hage:

Možat da postojat kako *pridonesuvački* razlozi koi plediraat za, taka i *pridonesuvački*  
razlozi koi plediraat protiv opredelena konkluzija. Pod pretpostavka deka ne postojat  
relevantni odlučuvaučki razlozi, množestvoto od site *pridonesuvački* razlozi vo pogled  
na opredelena konkluzija, koe gi vklučuva kako razlozite za, taka i razlozite protiv,  
opredeluva dali taa konkluzija ke važi.<sup>21</sup>

Tokmu zatoa *pridonesuvačkite* razlozi koi plediraat za edna konkluzija  
sekogaš treba da se *odmeruvaaat* naspoti *pridonesuvačkite* razlozi koi plediraat  
za sprotivnata konkluzija. Spored primerot na Hage, dokolku ličnost na vozrast  
od dvanaeset godini izvršila krivično delo, faktot što taa ličnost go izvršila delo-  
to e *pridonesuvački* razlog za da bide kazneta, no faktot što ima dvanaeset godi-  
ni e *pridonesuvački* razlog taa ličnost da ne bide kazneta. Konkluzijata ke zavisi  
od ishodont na procesot na odmeruvanje na *pridonesuvačkite* razlozi koi odat  
vo različna nasoka, odnosno koi plediraat za različno rešenje na kontroverzata.

18 Hage 2005 (bel. 13), 87.

19 Hage and Verheij 1994 (bel. 16), 6.

20 Jaap Hage, *Monological Reason-Based Logic: A Low-Level Integration of Rule-based Reasoning and Case-based Reasoning*, (1993), <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3229-3223-1-PB.pdf> (13 May 2013), 31.

21 Hage 2005 (bel. 13), 79.

Od logička gledna točka, izveduvanjeto na iskazite vo ramkite na logikata na razlozite e procedura koja se состоi od dva čekora. Kako što toa go opišuvaat Hage i Verheij, „prvriot čekor se состоi vo opredeluvanje na site razlozi koi plediraat za ili protiv možnata konkluzija; vtoriot čekor se состоi vo odmeruvanjeto na tie razlozi”,<sup>22</sup> so cel da se opredeli koe množestvo razlozi pretežnuva nad drugoto. Isto taka, važno e da se zabeleži deka odmeruvanjeto na pridonesuvačkite razlozi ne e tretirano na psihološki tuku na logički način, vrz osnova na dostapnite informacii povrzani so toa koe množestvo razlozi pretežnuva nad drugoto množestvo.<sup>23</sup>

Lesno može da se vooči deka ovoj priod kon rasuduvanjeto so pravila e daleku posložen od ednostavniot deduktiven model koj leži vo osnovata na takanarečeniot ‘supsumptiven obrazec’ na pravnoto rasuduvanje. Ovoj deduktiven model go pretstavuva procesot na primenata na pravilata kako argument so forma *modus ponens*.<sup>24</sup> Sепak, konceptualizacijata bazirana vrz obrazecot *modus ponens* ne ja odrazuva složenata interakcija na različnite pravila i razlozi koi doagaat vo zaemen sudir; ovaа pojava e mošne karakteristična za pravnoto rasuduvanje, a za nejzinoto pretstavuvanje teoriskata ramka na logikata na razlozite e daleku popogodna.

Teoriskiot priod na logikata na razlozite e razvien vo dve verzii: monološka i dijaloška. Dodeka vo monološkata verzija akcentot e staven vrz fenomenot na izvodlivosta na iskazite, vo dijaloškata verzija argumentite se tretirani kako vidovi govorni činovi izvršeni vo eksplicitni ili implicitni komunikaciski konteksti. Argumentite i rečenicite od koi tie se sostaveni se upotrebuvaat so cel „da se uveri nekoj auditorium vo vistinitosta, validnosta ili prifatlivosta na nekoj iskaz ili pravilo”.<sup>25</sup> Auditoriumot ima aktivna uloga vo procesot na rasuduvanje zatoa što toj „se smeta za drugata strana vo dijalogot vo koj obete strani možat da pravat dijaloški čekori”.<sup>26</sup>

Vo ovaа dijaloška perspektiva konceptot na ‘pobeda vo dijalogot’ soodvetstvuvа na konceptot na validnost na argumentot sfaten na tradicionalen način.<sup>27</sup> Ova jasno pretpostavuva prifakanje na edno pragmatičko gledište za logičkrite i argumentativnite fenomeni zatoa što tuka centralno mesto im se dava ne na samite iskazi i pravila, tuku na nivnata upotreba vo različni argumentativni konteksti. Toa, za vozvrat, ovozmožuva da se pretstavat mnogu značajni odliki na aktualnite argumenti koi ne možat adekvatno da bidat do-loveni vo klasičniot deduktivistički priod, odliki kakvi što se procesualniot ka-

22 Hage and Verheij 1994 (bel. 16), 6.

23 Hage 2005 (bel. 13), 80.

24 Hage 2005 (bel. 13), 88.

25 Hage, Verheij and Lodder 1993 (bel. 16), 9.

26 Hage, Verheij and Lodder 1993 (bel. 16), 9.

27 Hage, Verheij and Lodder 1993 (bel. 16), 9.

rakter na dijaložite, nivniot proceduralen aspect, distribucijata na tovarot na dokažuvanjeto pomegu stranite, kako i strategiskite komponenti na rasuduvanjeto i argumentacijata.

Ovie odliki na dijaloškata verzija na logikata na razložite nea ja pravat mošne funkcionalno sredstvo za analiza i reprezentacija na site vidovi argumentativni kontroverzi, osobeno na pravnite kontroverzi. Imajki predvid deka eksplicitna ili implicitna kontroverza, vo smisla na soočuvanje na razložite *pro* i *contra* opredelena pravno rešenje, leži vo osnovata na sekoe obrazloženo pravno gledište, sleduva deka dijaloškata verzija na logikata na razložite bi trebalo da bide optimalniot instrument za modeliranje na argumentativnite aspekti na pravnata justifikacija. Tokmu toa e vodečkata ideja vrz koja počiva konstrukcijata na modelot DiaLaw od Arno Loder.<sup>28</sup> Ovoj model ne samo što gi integrira bazičnite ideji na logikata na razložite, tuku i ideite na dijaloška logika i na dijaloško-proceduralnata teorija na pravnata argumentacija (osobeno ideite na Aleksi, Arnio i Pečenik).

### 3.2 DiaLaw na Arno Loder – eden dijaloški model na pravnata justifikacija: temelnite koncepti<sup>29</sup>

DiaLaw pretstavuva dijaloška igra pomegu dvajca učesnici vo koja dvajcata igrači možat da pravat potezi, odnosno čekori vo dijalogot. Celta na igrata e da se justificira tezata vo dijalogot: edniot igrač treba da ja izloži justifikacijata, a drugiот da ja prifati. Dvete strani vo dijalogot možat da pretstavuvaat individualni ličnosti, grupi od luѓe, pa duri i edna edinstvena ličnost kojašto argumentira za i protiv opredelen iskaz.

Sekoj poteg vo igrata se состоi od dva elementa, oblikuvani preku primenata na temelnite koncepti na Serlovata (Searle) teorija za govornite činovi: a) ilokutoren čin preku koj edna rečenica se tvrdi, se doveduva pod prašanje, se prifaќa ili se otfrla, i b) propozicionalna soдрќina, koja ja pretstavuva samata rečenica na koja se odnesuva govorniот čin. Tovarot na dokažuvanjeto vo DiaLaw se состоi vo obvrskata na igračot koj tvrdi opredelen iskaz da dokaže deka toj iskaz e opravdan (justifikuvan). Vo toj proces, igračot vrz kogo leži tovarot na dokažuvanjeto e proponent, dodeka drugiот igrač e oponent. Se razbira, ovie ulogi možat da se menuvaat vo tekot na igrata.

Centralen koncept vo igrata e konceptot na 'obvrzuvanje'. Potekloto na obvrzuvanje e tvrdenjeto ili prifaќanjeto na edna rečenica. Koga edna rečenica

28 Lodder and Herczog 1995 (bel. 13), Lodder 1999 (bel. 13).

29 Ovoj del od tekstot se bazira na Lodder 1999 (bel. 13), ch. 3, sect. 2. Sporedete ja, isto taka, podolgata prezentacija na modelot vo Ана Димишкова, *Логиката на правното расудување: дијалошка перспектива*, Скопје, Аз-Буки/Филозофски факултет, 2011, 265–290. (Ана Димишкова, *Логиката на правното расудување: дијалошка перспектива*, Скопје, Аз-Буки/Филозофски факултет, 2011, 265–290.)

ke bide otfrlena, obvrzuvanjeto prestanuva. Za vreme na dijalogot, obvrskite na igračite se zabeležuvaat vo 'skladot na obvrski' koj pokažuva koj igrač e obvrzan na koja rečenica na koja točka od dijalogot.

Od logička gledna točka konceptot na 'prinudno obvrzuvanje' e od osobeno značenje bidejki toj element gi razlikuva slobodnite, neformalni razgovori od strukturiranite i logički regulirani dijalozi vo koi igračot može (so argumentativni sredstva) da go prinudi oponentot da prifati opredelena teza. Konceptot na 'prinudno obvrzuvanje', spored Loder, e sporedliv so derivacijata vo monološkata logika i „se javuva koga eden igrač e prinuden da prifati opredelena rečenica, kako rezultat na rečenicite na koi veke e obvrzan”.<sup>30</sup>

Dijaloškite pravila isto taka go opredeluvaaat redosledot po koj igračite gi izveduvaaat potezite vo igrata, legitimnosta na potezite (vo smisla na toa dali tie se dozvoleni od pravilata na igrata), kako i konsekvencite od validnite potezi za obvrskite na igračite.

Dijalogot, isto taka, ima različni nivoa, koji progresiraaat od početnoto nivo 0 kon podlabokite nivoa 1, 2, 3, itn. Distinkcijata na nivoata ovozmožuva da se prikaže vnatrešnata struktura na argumentacijata na poprecizen način. Dijalogot odi na podlaboko nivo kako rezultat na izvršuvanjeto na govorniot čin 'prašanje'. Po prifačanjeto ili otfrlanjeto na edna rečenica, dijalogot se vraća na nivoto na koe taa rečenica bila inicijalno tvrdena.

Pokraj opštite pravila za komunikacija i regulacija na dijaloškite obvrski (numerirani od 1 do 5 vo Loderoviot model), DiaLaw isto taka sodrži specijalni pravila koi go konstituiraaat pravniot aspekt na modelot. Ovoj aspekt opfaća dva povrzani sostavni dela: 1) novite elementi od formalniot jazik koi im ovozmožuvaat na igračite da gi upotrebuvaat pravnite koncepti, kako 'pravila', 'razlozi', itn., i 2) pravila koišto gi reguliraaat konsekvencite od upotrebata na ovie elementi.

Konceptot na 'pravilo' e вовeden kako dvomesna funkcija, sostavena od uslov i konkluzija. Pokraj funkcijata 'pravilo', postojat i pet novi predikati vo pravniot del od modelot: 1) 'razlog', sfaten kako relacija na potkrepa pomegu sostojbite na neštata izrazeni vo iskazite – taka, formulata (razlog (Uslov, Konkluzija) (vo originalot: reason (Cond, Concl)) se interpretira vo smisla na toa deka uslovot e razlog za konkluzijata, ili, alternativno, deka e razlog protiv negacijata na konkluzijata; 2) 'pretežnuva', predikat koj gradi formuli koišto ja izrazuvaaat informacijata deka množestvoto razlozi vo prilog na konkluzijata pretežnuva nad množestvoto razlozi protiv nea; 3) 'isklučeno', predikat koj se primenuva vrz pravilata, so značenje deka ako praviloto e isklučeno, toa ne može da se primenuva, t.e. deka konkluzijata deka praviloto se primenuva poveќе ne e opravdana; 4) 'se primenuva' – predikat koj veli deka izvesno pravilo se primenuva

30 Lodder 1999 (bel. 13), 39.

i deka vo toj slučaj razlogot zasnovan vrz toa pravilo e opravdan, i 5) 'validno', predikat koj veli deka izvesno pravilo e validno. Jazikot na DiaLaw isto taka go sodrži i dijaloškiot predikatski simbol 'nelegalno tvrdenje', koj veli deka izvesna rečenica bila nelegalno tvrdena. Važno e da se naglasi deka rečenicite vrz koi ovoj predikat se primenuva ne se zabraneti od dijaloškite pravila, tuku deka drugi razlozi, specifični za dadeniot domen ne dozvoluvaat taa rečenica da se tvrdi, kako, na primer, vo slučaj na nelegalno dobienata evidencija vo pravoto.

Kako što beše spomenato pogore, posledicite od upotrebatata na ovie novi elementi od jazikot se regulirani od 'specijalnite pravila za komunikacija' (numerirani od 6 do 16 vo Loderoviot model). Taka, preku definiranjeto na logičkiot jazik i na pravilata na DiaLaw, fundamentalnite ideji na logikata na razlozite, osobeno na nejzinata dijaloška verzija, se implementirani vo upotreblivo formalno orudie.<sup>31</sup>

#### 4 SLUČAJ OD SUDSKATA PRAKTIKA: ISPITUVANJE NA USTAVNOSTA NA ČLEN OD ZAKON<sup>32</sup>

Vo 2003 godina Sobranieto na Republika Makedonija donese zakon čija cel beše da se vovedat izmeni i dopolnuvanja na postojniot Zakon za Republičkiot sudski sovet. Republičkiot sudski sovet (vo ponatamošniot tekst: RSS) e institucija so mošne značajni ovlastuvanja vo makedonskiot sudski sistem, osobeno vo pogled na procedurite za izbor i razrešuvanje na sudiite i monitoriranjeto na kvalitetot na nivnata rabota.

Členot 9 od Zakonot za Republičkiot sudski sovet (vo ponatamošniot tekst: ZRSS) go reguliraše prašanjeto za prestanok na funkcijata na členovite na RSS. Toj predviduvaše deka funkcijata na člen na RSS prestanuva vo dva slučaja: 1) dokolku členot podnese ostavka, ili 2) dokolku členot e razrešen. Okolnostite koi možat da dovedat do razrešuvanje na člen na RSS se isto taka eksplicitno formulirani vo členot 9 od ZRSS. Taka, člen na RSS može da bide razrešen dokolku bide osuden za krivično delo na bezuslovna kazna zatvor od najmalku šest meseci, ili koga trajno ќе ja zagubi sposobnosta da ja vrši svojata funkcija, što go utvrduva RSS vrz osnova na naod i mislenje na nadležnata medicinska komisija.<sup>33</sup>

31 Modelot može, isto taka, da se upotrebi i kako alatka za inteligentna pravna podrška, zatoa što postoi i verzija na DiaLaw kako kompjuterska programa. Sepak, toj aspekt ne e predmet na analiza vo ovoj trud.

32 Za poopstojna analiza na ovoj slučaj, sporedete Димишкова 2011 (bel. 29), 308–329.

33 Закон за Републичкиот судски совет /ЗРСС/, *Службен весник на РМ*, бр. 80/92 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Zakon za Republičkiot sudski sovet /ZRSS/, *Služben vesnik na RM*, br. 80/92 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

Edna od najdalekusežnite i najkontroverzni promeni воведени so noviot zakon se odnesuваše tokmu na gorespomenatiот член 9 од ZRSS. Imeno, членот 2 од Законот за измени i дополнувања на Законот за Републичкиот судски совет (во понатамошниот текст: ZIDZRSS), воведо nov, трет став во членот 9, кој предвидуваše дека 'Членот на Советот се разрешува ако ги исполнува uslovite за starosna penzija'.<sup>34</sup> Na тој начин, одредбите од членот 9 од ZRSS кои се однесуваа на престанокот на функцијата на членовите на RSS беа суштински изменети. Tokmu затоа уставноста на членот 2 од ZIDZRSS беше osporena пред Ustavniот суд од двайца членови на RSS.<sup>35</sup>

Vo inicijativata за osporuvanje на уставноста на членот 2 од ZIDZRSS tie го изразija mislenjeto дека овој член e во kolizija со членот 104 од Ustavot на Republika Makedonija, став 3, кој glasi: 'Членовите на Советот се избираат од редот на истакнати правници за време од шест години, со право на уште еден избор'.<sup>36</sup> Taka, spored inicijatorite на procedurata пред Ustavniот суд, osporeniот член предizvikuva три правно neprifatlivi posledici: 1) го прекинува mandatot на членовите на RSS кои веќе биле избрани на таа функција i кои, во меѓувреме, ги исполнile uslovite за starosna penzija; 2) воведува nov uslov за избор на членовите на RSS, t.e. uslov povrzan со nivnata vozrast; 3) го ograničuva pravoto на istaknatite правници кои веќе го исполнile uslovot за starosna penzija да bidat избрани за членови на RSS.

Ustavniот суд odluči да не povede postapka за ocenuvanje на уставноста на osporeniот член, smetajќi дека не postojat правни osnovi за poveduvanje takva postapka. Spored mislenjeto на Ustavniот суд, со тоа што Ustavot не propiшал uslovi за престанок на функцијата на членовите на RSS пред istekot на periodot од шест години, ја оставил otvorena možnosta takvi uslovi да bidat propišani со zakon, под uslov tie да се povrzani со prirodni i правни okolnosti кои vlijaат врз sposobnosta за vršenje на функцијата. Isto taka, во pogled на starosnata penzija, mislenjeto на Ustavniот суд e дека тоа e еден objektivен, prirodен, nediskriminatorски kriterium со кој се ograničuva vršenjeto на една javna funkcija. Osven тоа, spored Sudot, samiot Ustav eksplicitно го spomenuva овој kriterium koga го opredeluva престанокот на функцијата на судиите (на редовните sudovi): imeno, овие судии се разрешуваат од функцијата koga ќе ги исполнат uslovite за starosna penzija. Po analogija, Sudot smeta дека не postojat prečki

34 Закон за изменување и дополнување на Законот за Републичкиот судски совет /ЗИДЗРСС/, Службен весник на РМ, бр. 43/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Закон за изменување i дополнување на Законот за Републичкиот судски совет /ZIDZRSS/, Службен весник на РМ, бр. 43/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

35 Vo ramkite на istata inicijativa беше osporena i уставноста на членовите 1 i 4 од ZIDZRSS; сепак, оваа анализа ќе се fokusira edinstveno на argumentativnata kontroverza povrzana со членот 2.

36 Elektronska verzija на Ustavot на Republika Makedonija e dostapna на: <http://www.sobranie.mk/?ItemID=A431BEE83F63594B8FE11DA66C97BEAF>.



za primenuvanjeto na istiot kriterium vo pogled na prestanokot na funkcijata na členovite na RSS.<sup>37</sup>

Sepak, kako što beše spomenato prethodno, dvajca sudii na Ustavniot sud imaa izdvoeni mislenja vo pogled na mnozinskata odluka. Tie smetaa deka ustavnosta na členot 2 od ZIDZRSS beše so pravo osporena.<sup>38</sup> Spored mislenjeto na ovie dvajca sudii, mandatot na členovite na RSS, direktno i eksplicitno reguliran od strana na Ustavot, e ustavna kategorija, koja ne može da bide izmeneta, ograničena ili ukinata so zakonski odredbi. Osven toa, izdvoenite mislenja se protivstavuvaat na upotrebata na analoškiot argument vo pogled na kriteriumot na vozrasta kako osnova za penzioniranjeto. Razlog za ova e faktot što pozicijata na sudiite na redovnite sudovi, koi se izbiraat bez ograničuvanje na traenjeto na sudiskata funkcija, e suštinski različna od onaa na členovite na RSS, bidejki Ustavot eksplicitno go ograničuva traenjeto na nivnata funkcija na šest godini, so možnost za samo eden reizbor.

Odlukata na Sudot, kako i dvete izdvoeni mislenja, ќе služat kako material za argumentativna rekonstrukcija na celinata na kontroverzata niz dijaloška konfrontacija na protivstavenite gledišta. Vo ovaa konfrontacija, formulacijata na argumentite koi gi potkrepuvaat ovie gledišta, kako i nivnata zaemna relacija i relativna sila, ќе bidat podetalno analizirani.

## 5 DIJALOŠKA REKONSTRUKCIJA NA JUSTIFIKACIJATA NA SUDSKATA ODLUKA

Protagonisti na dijalogot vo rekonstrukcijata na justifikacijata na odlukata za koja stanuva zbor ќе bidat igračiite Sudija 1 i Sudija 2. Da zamislime deka kako rezultat na golemiot interes koj slučajot na predvremeniot prestanok na funkcijata na členovite na RSS poradi ispolnuvanje na uslovot za starosna penzija go predizvika vo makedonskiot praven kontekst, dvajcata sudii raspravaat za pravnite aspekti na kontroverzata. Prviot igrač, Sudijata 1, ja igra ulogata na proponent na glavnata teza na dijalogot – tezata deka členot 2 od ZIDZRSS e

37 Решение У.бр. 118/2003 на Уставниот суд на Република Македонија од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 и 74/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Rešenje U. br. 118/2003 na Ustavniot sud na Republika Makedonija od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 i 74/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)).)

38 Sporedete Трендафил Ивановски, Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У.бр. 118/2003 од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)) (Trendafil Ivanovski, Izdvoeno mislenje po rešenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))) i Мирјана Лазарова Трајковска, Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У.бр. 118/2003 од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)) (Mirjana Lazarova Trajkovska, Izdvoeno mislenje po rešenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

neustaven. Sudijata 2, vo uloga na oponent, ke se obide da ja pobie ova teza, t.e. da go prinudi proponentot da se otkaže od nea.

Sudijata 1 ke gi iznesuva argumentite na inicijatorite na procedurata za ocenka na ustavnosta na členot 2, kako i argumentite na sudiite so izdvoeni mislenja.<sup>39</sup> Sudijata 2, pak, ke gi upotrebuva argumentite formulirani vo množinskata odluka na Ustavniot sud protiv poveduvanje postapka za ocenka na ustavnosta na osporeniot člen.

Taka, vo prviot čekor od dijalogot proponentot ja formulira glavnata teza na dijalogot vo forma na tvrdenje:

1. Sudija 1: Tvrdam deka členot 2 od ZIDZRSS e neustaven.

Spored pravilata na DiaLaw, dijalogot započinuva na inicijalno nivo – nivoto 0. Sudijata 2, vo вториот čekor, go doveduva pod prašanje ova tvrdenje, barajki potkrepa za nego.

2. Sudija 2: Zošto?

So cel da odgovori na ova prašanje, Sudijata 1, proponentot, go iznesuva argumentot deka členot 2, vsušnost, regulira ustavna materija. Imeno, kako što beše spomenato prethodno, RSS e institucija vstanovena direktno so Ustavot. Osven toa, Ustavot eksplicitno go opredeluva traenje na mandatot na členovite na RSS, a ne mandatot na RSS kako institucija. Sledstveno, so zakon ne može da se menuva, ograničuva ili ukinuva ustavno vospostaveniот mandat na členovite na institucijata. Toa bi značelo deka preku sporniот člen ZIDZRSS bi se nametnal nad Ustavot, formulirajki preskripcii koi možat da bidat predmet edinstveno na ustavna regulacija. Formulacijata na ovaa pozicija e soдрžina na tretiot čekor, koj go izveduva Sudijata 1:

3. Sudija 1: Zatoa što členot 2 od ZIDZRSS regulira ustavna materija.

Sudijata 2 ne e ubeden od ovoj argument. Ušte poveќе, toj/taa direktno se protivstavuva na toj argument, negirajki go tvrdenjeto na Sudijata 1 od tretiot čekor. Na toj način, Sudijata 2 ja prezema inicijativata vo dijalogot, kako i tovarot na dokažuvanje na iskazot koj toj/taa go tvrdi (i koj e negacija na prethodното tvrdenje):

4. Sudija 2: Tvrdam deka ne e vistina deka členot 2 od ZIDZRSS regulira ustavna materija.

Sega Sudijata 1 ima uloga na oponent na ova tvrdenje, problematizirajki go preku postavuvanje na prašanje 'zošto' i barajki od Sudijata 2 eden vid argumentativna potkrepa za negovoto/nejzinoto tvrdenje.

<sup>39</sup> Sepak, nema da postoi korespondencija 'edno-edno' pomeѓu argumentite prezentirani vo dijaloškite čekori i onie prezentirani vo Inicijativata i vo izdvoenite mislenja; predloženata rekonstrukcija ke gi sledi edinstveno glavnite linii na kontroverzata.

5. Sudija 1: Zošto smetate deka e taka?

Kako odgovor na ova prašanje, Sudijata 2 go iznesuva faktot, koj igra uloga na argument, deka členot 2 go regulira razrešuvanje na členovite na RSS.

6. Sudija 2: Zatoa što členot 2 od ZIDZRSS go regulira razrešuvanje na členovite na RSS.

Za Sudijata 1, se ušte ne e očigledno vo što se состоi poentata na ovoj argument i toj/taa bara dopolnitelno objasnuvanje preku povtorno izveduvanje na govorniot čin 'prašanje'.

7. Sudija 1: Pa što ako e taka?

Sega Sudijata 2 e prinuden eksplicino da ja formulira svojata centralna teza. Toa e tezata deka razrešuvanje od funkcijata člen na RSS e prašanje koe na legitimen način e regulirano od ZIDZRSS bidejki toa ne e ustavna, tuku e zakonska materija.

8. Sudija 2: Tvrdam deka razrešuvanje od funkcijata člen na RSS e zakonska materija.

Sudijata 1 e ljubopiten da ja čue pravnata osnova za vakvoto tvrdjenje i odnovo postavuva prašanje.

9. Sudija 1: Zošto?

Na ova točka od dijalogot, Sudijata 2 usvojuva 'čekor po čekor' strategija vo odbranata na svoeto prethodno tvrdjenje. Imeno, toj/taa najnapred ќе formulira dve tvrdenja koi se relativno nekontroverzni: prvo, tvrdjeneto deka Ustavot eksplicitno go regulira mandatot na členovite na RSS, t.e. toj gi propišuva uslovite za izbor i go opredeluva traenjetoto na nivnata funkcija, i vtoro, deka Ustavot ne gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS ili drugi uslovi za prestanok na nivniot mandat. Sudijata 1 gi prifača ovie tvrdenja bidejki tie lesno možat da se vostanovat vrz osnova na faktite.

10. Sudija 2: Prvo tvrdjenje: Ustavot gi propišuva uslovite za izbor i traenjetoto na mandatot na členovite na RSS.

11. Sudija 1: Toa e točno. Go prifačam ova tvrdjenje.

12. Sudija 2: Vtoro tvrdjenje: Ustavot ne gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS.

13. Sudija 1: Go prifačam i ova tvrdjenje.

Po prifačanje na ovie dve tvrdenja od strana na sogovornikot, Sudijata 2 ќе upotrebi eden od specijalnite predikati na jazikot na DiaLaw – predikatot 'se primenuva', koj veli deka izvesno pravilo se primenuva i deka, sledstveno razlogot vtemelen vrz toa pravilo e opravdan. Praviloto za koe stanuva zbor (sfateno vo poširoka smisla kako opšt princip na pravnoto rasuduvanje) može da bide formulirano na sledniov način:

14. Sudija 2: Tvrđam deka slednovo pravilo se primenuva: Dokolku Ustavot ne gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS, toa znači deka dozvoluva tie uslovi da se propišat so zakon.

Sudijata 1, koj treba da go napravi sledniot čekor, ne može da se согласи so ova tvrđenje. Sledstveno, Sudijata 1 ke go negira tvrđenjeto na Sudijata 2 za primenata na praviloto od prethodniot čekor i ke go onevozmoži opravduvanjeto na razlogot koj odi vo prilog na negovata konkluzija. Ova e vo soglasnost so bazičnite pravila na DiaLaw, koi ovozmogućuvaat na nekoe tvrđenje da se odgovori so drugo tvrđenje edinstveno dokolku vtoroto tvrđenje pretstavuva direktna negacija na prvoto. Na toj način, tvrdejki ja negacijata na rečenicata od čekorot 14, Sudijata 1 povtorno ja prezema inicijativata vo dijalogot. Od argumentativna gledna točka, ovoj čekor e eden od najvažnite točki vo razvivljanjeto na kontroverzata. Imeno, toj pokažuva deka dve strani vo dijalogot na sosem različen način go interpretiraaat otsustvoto na kakva i da bilo eksplicitna regulacija na razrešuvanje na členovite na RSS vo členot 104 od Ustavot.

15. Sudija 1: Jas go tvrđam sprotivnoto. Praviloto 'Dokolku Ustavot ne propišuva uslovi za razrešuvanje na členovite na RSS, toa znači deka dozvoluva tie uslovi da se propišat so zakon' ne se primenuva.

Sega Sudijata 2 postavuva prašanje preku koe bara argumentativna podrška za ova tvrđenje.

16. Sudija 2: Zošto?

Kako odgovor na prašanjeto na svojot sogovornik, Sudijata 1 ke tvrdi deka namesto praviloto formulirano vo petnaesettiot čekor, se primenuva praviloto so sprotivna konkluzija. Spored Sudijata 1, dokolku Ustavot nitu gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS nitu dava kakvi i da bilo upatstva za nivno propišuvanje so zakon, togaš zakonot ne može da propiše takvi uslovi. Sledstveno, nivnoto propišuvanje ne e zakonska materija. Taka, vo sedumnaesettiot čekor go imame slednoto tvrđenje od strana na Sudijata 1:

17. Sudija 1: Tvrđam deka se primenuva slednoto pravilo: Dokolku Ustavot ne gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS, takvi uslovi ne možat da bidat propišani so zakon.

So ogled deka tuka postoji sudir na pravila od interpretativen karakter, toj ne može da se razreši preku direktno povikuvanje na odredbite na pozitivniot zakon. Tokmu zatoa Sudijata 2 ja izbira slednava strategija: toj/taa najnapred ke ja dovede pod prašanje primenata na praviloto na koe se povikuva negoviot/nejziniot sogovornik; sepak, potkrepuvačkiot argument za toj čekor nema da ja ima formata na tvrđenje razlog, tuku na tvrđenje fakt. Imeno, toj/taa ke tvrdi deka argument protiv tvrđenjeto na Sudijata 1 deka ne e dozvoleno razrešuvanje na členovite na RSS da se regulira so zakon e veke postojnata i neosporena odredba sodržana vo členot 9 od ZRSS. Kako što beše spome-

nato i prethodno vo tekstot, ovoj člen predviduvaže tri situaciji za predvremen prestanok na mandatot na člen na RSS: ostavka, bezuslovna kazna zatvor od minimum šest meseci za storeno krivično delo, ili permanentna nesposobnost za vršenje na funkcijata, vostanovena od nadležna medicinska komisija. Toa gi generira slednite čekori vo dijalogot:

18. Sudija 2: Tvrdam deka praviloto 'Dokolku Ustavot ne gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS, togaš tie uslovi ne možat da se propišat so zakon' ne se primenuva.

19. Sudija 1: Zošto?

20. Sudija 2: Zatoa što členot 9 od ZRSS gi propišuva uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS, a ustavnosta na toj člen ne e osporena.

Sudijata 1 go prifača ova tvrdenje bidejki se odnesuva na fakička materija. Ova obezbeđuva osnova Sudijata 2 da go izvede sledniot čekor, vo koj toj/taa ke ja tvrdi primenata na praviloto deka dokolku ustavnosta na členot 9 od ZRSS ne e osporena, togaš ne treba da bide osporena nitu ustavnosta na členot 2 od ZIDZRSS. Očigledno, poentata na tvrdenjeto na primenata na ova pravilo e da se obezbedi razlog za negovata konkluzija, koja e tezata zastapuvana od strana na Sudijata 2. Sepak, za Sudijata 1 ovoj razlog e neprifatliv i toj/taa direktno ke go negira tvrdenjeto na Sudijata 2 vo sledniot čekor. Na toj način, se odigrava nov presvrt vo dijalogot, bidejki sega Sudijata 1 ima obvrška da go opravda tvrdenjeto deka razlogot formuliran od Sudijata 2 e neprifatliv. Ovoj del od dijalogot može da se pretstavi so slednite čekori:

21. Sudija 1: Go prifačam ova tvrdenje.

22. Sudija 2: Tvrdam deka se primenuva sledново pravilo: 'Dokolku ustavnosta na členot 9 od ZRSS ne e osporena, togaš ne treba da se osporuv nitu ustavnosta na členot 9 od ZIDZRSS.'

23. Sudija 1: Jas go tvrdam sprotivnoto: Praviloto 'Dokolku ustavnosta na členot 9 od ZRSS ne e osporena, togaš ne treba da se osporuv nitu ustavnosta na členot 9 od ZIDZRSS' ne se primenuva.

24. Sudija 2: Zošto?

Ulogata na proponent od novo ja prezema Sudijata 1, bidejki toj/taa ja tvrdeše neprimenlivosta na praviloto na koe se povika negoviot/nejziniot oponent. Argumentativnata strategija na Sudijata 1 ke se sosti vo pokažuvanjeto na suštinskata razlika koja postoji pomegu uslovite propišani vo členot 9 od ZRSS (t.e. ostavka, zatvorska kazna, nesposobnost vostanovena od nadležna komisija) i uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS (vozrast za starosna penzija) so cel da pokaže deka tie ne možat da bidat asimilirani vo edna ista kategorija na uslovi za razrešuvanje. Taka, dijalogot napređuva na sledni ov način:

25. Sudija 1: Tvrdam deka uslovite propišani vo členot 9 od ZRSS se suštinski različni od uslovite propišani vo členot 2 od ZIDZRSS.

26. Sudija 2: Zošto?

Kako rezultat na baranjeto za potkrepa na negovoto/nejzinoto tvrdenje od čekorot 25, Sudijata 1 ja voveduva distinkcijata pomegu dva tipa uslovi za razrešuvanje. Prvot tip e onoj na nepredvidlivi uslovi, čiešto javuvanje za vreme na mandatot na člen na RSS e možno, no ne e neizbežno. Dokolku ovie uslovi se javat, tie ja poprečuvaat ličnosta vo vršenjeto na nejzinata funkcija. Uslovite propišani vo členot 9 od ZRSS (t.e. ostavka, zatvorska kazna, nesposobnost) se od ovoj prv vid. Vtorata kategorija e onaa na predvidlivi uslovi, čiešto ispolnuvanje e odnapred poznato i koi ne impliciraat nužno nesposobnost za izvršuvanje na funkcijata. Uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS – dostignuvanjeto na voznata za starosna penzija – pripađa na vtoriov vid. Sudijata 2, koj ne može da najde solidna osnova za negiranje na ovie tvrdenja, niv gi prifača. Taka, slednite čekori vo dijalogot se:

27. Sudija 1: Tvrdam deka uslovite propišani vo členot 9 od ZRSS se nepredvidlivi i nivnoto ispolnuvanje nužno go poprečuva izvršuvanjeto na funkcijata 'člen na RSS'.

28. Sudija 2: Go prifačam ova tvrdenje.

29. Sudija 1: Tvrdam deka uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS e predvidliv i negovoto ispolnuvanje ne go poprečuva nužno izvršuvanjeto na funkcijata 'člen na RSS'.

30. Sudija 2: Go prifačam, isto taka, i ova tvrdenje.

Sega, celta na Sudijata 1 e da go prinudi oponentot da go prifati tvrdenjeto deka osporeniot člen 2 od ZIDZRSS vsušnost nametnuva neosnovani restrikcii vrz možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS'. Tokmu zatoa toj/taa ja formulira ova teza kako klučan argument vo prilog na tvrdenjeto od čekorot 25, koj ja afirmiraše suštinskata razlika pomegu uslovite od členot 9 od ZRSS i uslovot od členot 2 od ZIDZRSS. Se razbira, Sudijata 2 će go dovede pod prašanje tvrdenjeto na Sudijata 1 zatoa što toa e vo sprotivnost so negovata/nejzinata sopstvena teza.

31. Sudija 1: Jas tvrdam deka členot 2 od ZIDZRSS neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS'.

32. Sudija 2: Zošto?

Vo ovoj stadium, dijalogot se približuva kon klučnata točka vo koja Sudijata 1 će go tvrdi razlogot (ušte eden od 'specijalnite pravni predikati' na jazikot na DiaLaw) deka predvidlivosta na uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS vsušnost ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS'. Imeno, od uslov za razrešuvanje toj se pretvora vo uslov za izbor na členovite na RSS i doađa vo sudir so členot 104 od Ustavot koj, kako što se soglasija dvete strani, beše edinstveniot legitimen izvor za propišuvanje na uslovi za izbor na členovite na RSS.

33. Sudija 1: Tvrdam deka predvidlivosta na uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS e razlog poradi koj toj neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS'.

Za Sudijata 2 prifačkanjeto na ovoj razlog bi značelo poraz vo dijalogot, bidejki bi impliciralo deka dokolku propišuvanje na uslovi za izbor na členovite na RSS e eksplisito definirana ustavna materija togaš sekoj vid ograničuvanje na ovie uslovi bi značelo povreda na Ustavot. Tokmu zatoa toj/taa ke bara dopolnitelna potkrepa za tvrdenjeto na toj razlog, so namera da go odloži prifačkanjeto na taa teza što e možno podolgo.

#### 34. Sudija 2: Zošto?

Kako potkrepa na razlogot naveden vo prethodniot čekor, Sudijata 1 ke tvrdi deka se primenuva sledното pravilo: 'Dokolku opredelena ličnost veke go ispolnuva predvidliviot uslov od členot 2 od ZIDZRSS (dostignuvanje na vozrasta za starosna penzija), togaš taa ličnost ne može da bide izbrana za člen na RSS'. Se razbira, ova formulacija pretstavuva konkretizacija na poopštiot princip/pravilo, spored koj dokolku opredelena ličnost veke gi ispolnuva uslovite za razrešuvanje od funkcijata na koja treba da bide izbrana, togaš taa ličnost ne može da bide izbrana za taa funkcija. Ova linija na razmisluvanje e pretstavena vo sledniov čekor:

35: Sudija 1: Tvrdam deka se primenuva slednovo pravilo: 'Dokolku opredelena ličnost veke go ispolnuva predvidliviot uslov od členot 2 od ZIDZRSS (dostignuvanje na vozrasta za starosna penzija), togaš taa ličnost ne može da bide izbrana kako člen na RSS'.

Dokolku Sudijata 2 saka da go ospori ova pravilo, toj/taa ke treba da go ospori praviloto deka kako rezultat na predvidlivosta na uslovot povrzan so vozrasta, nevozmožno e (vo smisla na nelogično) da se izbere ličnost za koja veke odnapred se znae deka gi ispolnuva uslovite za razrešuvanje od funkcijata za koja se izbira. Imajki go predvid faktot deka ne može da najde razumni osnovi da se protivstavi na ova tvrdenje, Sudijata 2 odlučuva da ja prifati primenata na praviloto od čekorot 35. Poradi toa što primenata na praviloto, spored principite na DiaLaw, go opravduva razlogot zasnovan na toa pravilo, Sudijata 2 e dijaloški obvrzan da go prifati i razlogot zasnovan na toa pravilo.

36. Sudija 2: Ja prifačkam primenata na praviloto 'Dokolku opredelena ličnost veke go ispolnuva predvidliviot uslov od členot 2 od ZIDZRSS (dostignuvanje na vozrasta za starosna penzija), togaš taa ličnost ne može da bide izbrana kako člen na RSS'.

37. Sudija 2: Isto taka, go prifačkam tvrdenejto deka predvidlivosta na uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS e razlog poradi koj toj neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS'.

Prifačkanjeto na ovoj razlog ja otvora možnosta za koristenje ušte na eden specijalen predikat od jazikot na DiaLaw, t.e. predikatot 'pretežnuva'. Celta na Sudijata 1 e da pokaže deka množestvoto razlozi za konkluzijata 'predvidlivosta na uslovot propišan vo členot 2 od ZIDZRSS e razlog poradi koj toj neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS' pretežnuva



nad množestvoto razloži protiv ova konkluzija. Vo ovoj slučaj, množestvoto od protivrazloži e prazno, što znači deka dokolku Sudijata 2 ne formulira protivrazlog, t.e. razlog protiv konkluzijata, pobedata vo dijalogot ќе bide odnesena od Sudijata 1. Bidejki konkretnata sudska odluka vrz osnova na koja e konstruiran ovoj dijalog ne sodrži formulacija na protivrazlog vo pogled na spomenatata konkluzija, množestvoto razloži protiv konkluzijata e prazno. Spored pravilata na DiaLaw, neprazno množestvo razloži po definicija pretežnuva vrz prazno množestvo razloži.<sup>40</sup>

Kako rezultat na toa, Sudijata 2 e obvrzan da go prifati tvrdenjeto koe go vključuva predikatot 'pretežnuva'. Ova, za vozvrat, znači deka toj/taa isto taka ja prifača i negovata konkluzija, t.e. deka členot 2 od ZIDZRSS neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS' i so toa regulira pravna materija koja leži von negoviot domen, t.e. spača vo domenot na Ustavot. Sledstveno, Sudijata 2 e prinuden da ja prifati početnata teza na svojot sogovornik i da mu stavi kraj na dijalogot. Taka, poslednite čekori vo dijalogot se slednive:

38. Sudija 1: Tvrđam deka množestvoto razloži za konkluzijata deka členot 2 od ZIDZRSS neosnovano ja ograničuva možnosta da se bide izbran na funkcijata 'člen na RSS' pretežnuva nad (praznoto) množestvo razloži protiv nea.

39. Sudija 2: Go prifačam toa tvrdenje.

40. Sudija 2: Sledstveno, go prifačam početното tvrdenje na Sudijata 1 deka členot 2 od ZIDZRSS e neustaven.

## 6 DISKUSIJA VO POGLED NA DIJALOŠKATA REKONSTRUKCIJA NA ODLUKATA

Kako što toa e sekogaš slučaj pri primenata na apstraktnite formalni modeli vo analizata i rekonstrukcijata na konkretniot empiriski materijal, ovoj material treba da bide podložen na izvesen stepen na modifikacija so cel da se vklopi vo ramkata na formalniot model. Vo ovoj slučaj, modifikacijata vključuvaše: 1) selektiranje na relevantni delovi od izvorniot tekst od analiziranite sudiski mislenja 2) formuliranje na tvrdenja i protiv-tvrdenja koi posledovatelno se 'stavat vo ustata' na učesnicite vo dijalogot; i 3) ekstrahiranje na razlozite i argumentite za ovie tvrdenja od integralnata forma na odlukata i na izdvoenite mislenja.

Sekoj od ovie čekori nužno vključuva opredelen stepen na proizvolnost, vo taa smisla što ličnost kojašto ja izvršuva rekonstrukcijata i modeliranje treba da go 'prevede' materijalot od prirodniot jazik vo formalnata struktura upotrebena kako alatka za analiza i evaluacija, vo soglasnost so sopstvenata procenka na važnosta na relevantnite elementi. Taka, predloženata rekonstrukcija e samo

40 Sepak, sporedete Hage 2005, (bel. 13), 84 za izvesni isključoci od ova opšto pravilo.

edna možna verzija na ona što e percipirano kako optimalna dijaloška forma na pravната kontroverza za koja stanuvá zbor. Isto taka, strategiite izbrani od strana na igračite možat da izgledaat poinaku vo nekoj drug priod kon logičkata analiza i reprezentacija na istiot materijal.

Iako ovaa odluka beše analizirana i dijaloški rekonstuirana preku upotreba na fundamentalnite koncepti samo na eden sovremen model na pravната argumentacija i justifikacija – Loderoviot DiaLaw, toj sepa ovozmožuvá da se stekne uvid vo funkcioniranjeto na dijaloškiot priod kon pravната justifikacija vo opšta smisla. Preku ovaa primena, od novo bea potvrdeni negovite pozitivni odliki.

Najnapred, ovoj vid priod obezbeđuva uvid vo integralnata forma na kontroverzata koja leži vo osnovata na konkretnata odluka i uspešno ja odrázuva nejzinata argumentativna dinamika. Ovoj ‘holistički’ aspekt ja zgolemuva prirodnosta i intuitivnata plauzibilnost na dijaloškite modeli. Osven toa, dijaloškoto modeliranje isto taka gi vkućuvá i retoričkite strategii upotrebeni od strana na učesnicite vo dijalogot, što e edna od najvažnite odliki na Loderoviot DiaLaw. Ovaa integracija na retoričkiot element e osobeno značajna zatoa što taa može da gi prikaže specifičnite argumentativni manevri izvedeni od učesnicite, koi možat da bidat legitimni i racionalni, no, isto taka, i manipulativni i zloupotrebuvački vo argumentativna smisla.

Fundamentalното logičko jadro na ovoj i ostanatite dijaloški modeli integrirano vo poširokiot dijalektički protokol definiran preku dijaloškite pravila ovozmožuvá da se identifikuváat potencijalnite ‘slabi točki’ vo argumentacijata na dvete strani preku detalna dijaloška rekonstrukcija na sekoj čekor vo dijaloškata interakcija. Na primer, pri analizata na konkretnata sudska odluka stana jasno deka postoji otsustvo na protivargument za tvrdenjeto deka iako dostignuvanjeto na vozrasta za starosna penzija e eksplicitno formulirano kako uslov za razrešuvanje od funkcijata ‘člen na RSS’, toa isto taka logički implicira ogranićuvanje na možnosta da se bide izbran na ovaa funkcija i nametnuva nov uslov za izbor na potencijalnite členovi na ovaa institucija. Otsustvoto na protivargument za ova ključno tvrdenje pridonese, na rešavački naćin, za gubenjeto na dijaloškata igra od strana na oponentot.

Od druga strana, postoji, isto taka, i slaba točka vo argumentativnata strategija na Sudijata 1 vo čekorite 17–25. Taka, Sudijata 1 najnapred tvrdeše deka ne e dozvoleno prašanjeto za uslovite za razrešuvanje na členovite na RSS da se regulira so zakon, no potoa i samiot/samata se povika na postojnite uslovi definirani vo členot 9 od ZRSS bez kakvo i da bilo osporuvanje na nivniot praven status, so cel da tvrdi deka tie se suštествeno različni od osporeniot člen 2 od ZIDZRSS.

Ovozmožuvajќi ja identifikacijata na takvite problematićni sekvenci vo dadena argumentacija, Loderoviot model pokažuvá deka, pokraj deskrip-

tivniot i analitičkiot aspekt, toj isto taka poseduva i normativen aspekt koj im ovozmožuva na negovite korisnici da go evaluiraat stepenot do koj edna poedinečna odluka gi zadovoluva logičkite i pravnite standardi na izdržanost.

Sepak, problemot na normativnite aspekti na dijaloškite modeli, vključitelno Loderoviot model DiaLaw pokrenuva dve važni prašanja vo pogled na nivnoto funkcioniranje kako alatki za logička i argumentativna rekonstrukcija: prvo, prašanjeto za statusot na dijaloškite pravila, i vtoro, prašanjeto za prisustvoto na tretata strana vo dijalogot.

Što se odnesuva do prvata točka, veќе beše spomenato deka dijaloškite pravila gi integriraat fundamentalnite logički pravila (za konzistentnost, validnost na argumentite, neprotivrečnost, itn.) vo eden korpus od proceduralni pravila koi go opredeluvaa tekot na dijalogot. No kako može da se opravda nivniot izbor? Dokolku ovie proceduralni pravila ne se podložni na diskusija, togaš tie se tretiraat kako nesporni i se, na izvesen način, dogmatizirani; dokolku, pak, se podložni na diskusija, koj će gi opredeli pravilata spored koi će se vodi ova meta-diskusija? Taka, problemot na justifikacija na dijaloškite pravila može seriozno da go zasigne normativniot kapacitet na dijaloškite modeli. Imeno, dokolku statusot na fundamentalnite pravila vrz koi e izgrađen opredelen model e sporen, togaš modelot teško može da služi kako siguran standard za ocenka na argumentativnata izdržanost na opredelena justifikacija.<sup>41</sup>

Prašanjeto za kriteriumot na argumentativnata izdržanost vodi do drugo problematično prašanje povrzano so dijaloškite modeli i nivnoto funkcioniranje kako alatki za logička rekonstrukcija na pravnata justifikacija: prašanjeto za ulogata na tretata strana – arbiterot ili sudijata vo modelot. Dijalozite vo pravniot kontekst se poprvo konfliktivni otkolku kooperativni, vo taa smisla što sekoja strana nastojuva da go svrti ishodont na kontroverzata vo svoja polza preku site dostapni pravni i logički argumentativni sredstva. Taka, konceptot na 'slobodno soglasuvanje' so argumentot na drugata strana, koj igra centralna uloga vo Loderoviot model,<sup>42</sup> se čini kontraintuitiven koga će se zeme kako edinstven kriterium na justifikacijata i će se primeni vrz pravniot kontekst, koj vo osnova e adverzativen, vtemelen vrz protivstavuvanje na interesite i poziciite na involviranite strani. Kako što beše očividno vo analiziraniot primer, sekoja strana vo dijalogot će go izbegnuva prifaćanje na tvrdenjata na drugata strana se dodeka e možno, t.e. dodeka ne e prinudena na toa preku iscrpuvanje na site možnosti za natamošni argumentativni manevri.

Tokmu zatoa, vključuvanje na element koj će ja pretstavuva ulogata na sudijata vo dijaloškite modeli na pravnata justifikacija se pokažuva kako možne plauzibilno, ako ne i neophodno. Zadaćata na sudijata bi bila da gi garantira:

41 Samiot Loder e svesen za ovoj problem; sporedete ja negovata diskusija na str. 27 vo Lodder 1999 (bel. 13).

42 Lodder 1999 (bel. 13), 34.

1) doađanje do odluka i razreševanje na kontroverzata vo soglasnost so validnite pravni pravila i standardi, što e povrzano so materijalniot aspekt na pravnite kontroverzi, i 2) soodvetnata upotreba na dijaloškite pravila od strankite vo pravnite sporovi so cel da se spreči možnosta od nivno subverzivno dijaloško povedenie, što e povrzano so proceduralniot aspekt.<sup>43</sup>

Sepak, Loder eksplicitno gi formulira svoje razlozi za toa što vo negoviot model ne e pretstavena ulogata na arbiterot/sudijata vo pravnite sporovi. Ovie razlozi se povrzani so idejata deka „toa bi impliciralo deka navistina postoji nezavisen kriterium za razrešuvanje na konfliktite, imeno, kriteriumot koj sudijata go upotrebuva pri odlučuvanje”.<sup>44</sup> Osven toa, vključuvanje na tretiot element bi vlijaeo vrz bazičnata dijaloška struktura, transformirajki ja vo, kako što toa go formulira Hage, „trijaloška” struktura.<sup>45</sup> Vo princip, bi moželo da se kaže deka ovoj problem e sè ušte otvoren za ponatamošno istražuvanje. Taka, integriranjeto na ulogata na sudijata vo formalnite reprezentaciji na pravnata argumentacija i justifikacija preku nadgrađuvanje na fundamentalno plauzibilnite odliki na dijaloškiot model pretstavuva seriozen teoriski predizvik.

## 7 ZAKLUČOK

Vo poslednite decenii, argumentativnite aspekti na pravnata justifikacija bea intenzivno istražuvani so pomoš na dijaloškite modeli, vo koi justifikacijata e pretstavena kako strukturiran dijalog pomegu proponentot i oponentot vo pogled na opredelena pravna teza. Vo ovoj trud beše napraven obid toj priod da se primeni vrz konkretna pravna materija i da se prezentira dijaloška rekonstrukcija na edna kontroverzna sudska odluka od makedonskiot praven kontekst. Rekonstrukcijata beše izvedena preku upotrebata na eden sovremen dijaloški model na pravnata justifikacija, modelot DiaLaw na Arno Loder. Analizata izvedena vo ovoj trud potvrdi deka ovoj dijaloški priod e pogodan za pretstavuvanje na argumentativnata dinamika i strategiskite elementi na pravnata argumentacija. Sepak, sè ušte postojat otvoreni prašanja povrzani so negovata upotreba, osobeno vo pogled na normativniot status na dijaloškite pravila i možnosta za modeliranje na ulogata na sudijata ili arbiterot vo pravnite kontroverzi.

43 Videte Prakken 2008 (bel. 12); Ana Dimiškova Trajanoska, The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or ‘Trialogue’?, in Dov M. Gabbay et al., (eds.), *Approaches to Legal Rationality*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, Springer (Logic, Epistemology and the Unity of Science 20), 2010, 265–280; za edna pogeneralna perspektiva, videte Vesel Memedi, Resolving Deep Disagreement: A Case in Point, *SEEU Review* (2007) 3, No. 2, 7–18, [http://www.seeu.edu.mk/files/seeu\\_review\\_vol3-nr2.pdf](http://www.seeu.edu.mk/files/seeu_review_vol3-nr2.pdf) (14 May 2013.).

44 Lodder 1999 (bel. 13), 35.

45 Hage 2005 (bel. 13), 255.

Ana Dimiškovska\*

# (Dia)logical Reconstruction of Legal Justification

## A Case Analysis

In this paper an attempt is made to apply the dialogical approach to modelling legal justification in a particular legal case and to present a dialogical reconstruction of a controversial judicial decision from the Macedonian legal context. The reconstruction is carried out using a contemporary dialogical model of legal justification: Arno Lodder's DiaLaw. The dialogical approach on which this model is based is shown to be suitable for representing the argumentative dynamics and strategic elements of legal argumentation. However, there are still some open questions related to its use, especially concerning the normative status of dialogical rules and the possibility of modelling the role of the judge or arbiter in legal controversies.

**Keywords:** legal argumentation, legal justification, dialogical modelling of judicial decisions, reason-based logic, Lodder's DiaLaw, judge

## 1 INTRODUCTION: PHILOSOPHICAL, LEGAL AND LOGICAL ASPECTS OF JUSTIFICATION<sup>1</sup>

In philosophical terms, the process of justification can be defined as a cognitive legitimizing of beliefs that are considered true, sound or reliable by articulating the reasons for their acceptance. The problem of justification in contemporary epistemological and methodological research is an integral part of studies of the broader phenomenon of rationality. In recent developments in these fields, rationality is often treated not as a single and homogeneous concept but as a concept diversified in many different forms of rationality—analytical, dialectical, procedural, supporting rationality, etc.—depending on the type

\* ana@fzf.ukim.edu.mk | Associate professor at the Institute of Philosophy, Faculty of Philosophy, University Ss. Cyril and Methodius, Skopje, Republic of Macedonia.

<sup>1</sup> This paper is based on my presentation at the Annual Conference of the Central and Eastern European Network of Jurisprudence (CEENJ), *The Challenges of the Contemporary Jurisprudence*, which took place in Sarajevo from 13 to 16 September 2012 and was organised by the Law Faculty of the University of Sarajevo. I would like to thank the participants of the Sarajevo conference, the editors of *Revus* and the two anonymous reviewers for their helpful comments on the first draft of the paper.

of criteria for soundness of the rational procedures in different areas of their application.<sup>2</sup>

One particularly important field in which justification procedures play a crucial role is that of law. In the main areas of the creation and application of law, especially in situations of adversarial legal confrontation and adjudication, there is a constant demand for all the parties involved to justify their stances with reasons and arguments. This is necessary if those stances are to be successfully defended in highly competitive argumentative contexts. As Feteris puts it, “[t]he acceptability of a legal thesis is dependent on the quality of the justification”.<sup>3</sup> From a philosophical point of view, therefore, legal justification can be treated as a specific kind of rational justification. By specifying which kind of rationality is characteristic of legal reasoning and argumentation and by studying its features, the philosophical approach sheds significant light on the nature of law as a rational activity.

In the broader framework of legal argumentation, legal justification represents an especially important element of the decisions of judicial instances. The main goal of the justification of judicial decisions is to demonstrate the conformity of decisions with the norms of the legal system, as well as their compliance with the values which underlie that system. Therefore, well-founded legal justification is one of the most important rational instruments for guaranteeing legal certainty and justice as fundamental values of the legal order.

However, given that legal reasoning is primarily reasoning with principles and rules which are not applied mechanically but applied with regard to specific situations, values, and societal interests, it is evident that besides the adequate and reasonable use of the techniques of legal justification there can also arise instances of possible abuse. Practice shows that in certain cases an instrumentalization of justificatory mechanisms may occur through specific argumentative manoeuvres. This instrumentalization arises in situations when there are attempts to legitimize certain legal views that protect a particular interest (economic, political, etc.) even at the cost of suspending the search for a just and impartial outcome of the legal controversy. It is therefore a matter of the utmost theoretical and practical importance to explore the possibility of formulating a

2 See Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, D. Reidel Publishing Company (Law and Philosophy Library), 1987; Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, translated by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989; Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1989.

3 Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Argumentation Library), 1999, 1.

set of criteria that effectively demarcates between appropriate and inappropriate use of the means of legal justification.

Besides philosophy and legal theory, another discipline in which the study of the mechanisms of legal justification is of interest is that of logic. Legal justification, especially in what are called ‘hard’ cases, represents a theoretical challenge for the explanatory and formal capacities of standard logical theories. In some important aspects these theories have been shown to be insufficiently powerful or sophisticated to adequately model the argumentative dynamics and complexity of techniques of rational justification in many fields, particularly in the field of practical reasoning. There is thus a need to shape new, more sophisticated theoretical tools for logical analysis, for the representation and evaluation of legal justification, and more broadly, of the legal reasoning in the framework of which it is being developed. The main point of this paper is to provide an insight into the way in which some of those tools are constructed and to test their applicability to a concrete empirical matter.

## 2 CONNECTING THEORY AND PRACTICE – AN ANALYSIS AND RECONSTRUCTION OF JUDICIAL DECISIONS FROM A DIALOGICAL POINT OF VIEW

According to Feteris,<sup>4</sup> three main theoretical approaches to the problem of rational justification of legal decisions can be distinguished in contemporary research into legal argumentation: *logical*, *rhetorical* and *dialogical*. These approaches are distinguished on the basis of the different concepts of norms, criteria and standards of legal justification that prevail within the framework of each approach. At the same time, they offer different kinds of theoretical representation of the fundamental structures of legal argumentation and justification.

In the logical approach it is necessary in order to qualify a legal justification as acceptable that “the argument underlying the justification” is “reconstructable as a logically valid argument” and that “the reasons brought forward are acceptable according to legal standards” in force.<sup>5</sup> The rhetorical approach, which represents a kind of reaction to the way in which the logical approach overemphasizes the formal aspects of legal argumentation, places the emphasis on the “content of arguments” and on “the context-dependent aspects of acceptability”.<sup>6</sup> In this approach, justification is treated as audience-relative, meaning that the measure of the acceptability of the justification is its effectiveness for the audience. Finally, in the dialogical approach “legal argument is considered as part

4 Feteris 1999 (n. 3), 15–20.

5 Feteris 1999 (n. 3), 15.

6 Feteris 1999 (n. 3), 16.



of a dialogue about the acceptability of a legal standpoint”<sup>7</sup> Besides the formal and material dimensions of legal justification, this approach also takes the procedural dimension into consideration. Moreover, in the dialogical approach the very criteria of the rationality of legal discussions are defined in a procedural manner.<sup>8</sup>

Although different kinds of theoretical reasons could be brought forward both for and against the adoption of any one of the aforementioned approaches, it seems that a particularly challenging test of their functionality is the analysis of real-life judicial decisions.

In many contemporary legal systems the individual and/or collective judicial instances are under a statutory obligation to justify their decisions in a rational and public way. For a theoretician interested in the logical and philosophical aspects of legal reasoning, the corpora of justified judicial decisions—consisting of those made by judicial instances of different national jurisprudences and/or in the framework of international law—represent an abundance of empirical material for different levels of theoretical studies. A careful argumentative analysis of the justification of concrete judicial decisions, for example, can reveal important aspects of legal reasoning that are usually left implicit. Those aspects may include obfuscated axiological choices made by judges, their adoption of particular legal philosophies, their accordance of different weight to the same legal principles, and the employment of argumentative manoeuvres to justify desired conclusions. At the same time, as has already been mentioned, this kind of analysis is an invaluable tool for assessing the adequacy and explanatory reach of abstract theoretical models of legal justification, which can be more or less successful in dealing with concrete empirical material.

In this context, collective judicial decisions with dissenting opinions are a particularly interesting phenomenon for analysis. These kinds of decisions, involving a maximal degree of controversy, reflect existing disagreements even between judges adjudicating one and the same case. They show in a particularly clear way the depth of the legal problem in question as well as the possibility of arguing convincingly for both sides of the controversy.

In this paper, therefore, an attempt will be made to apply the conceptual resources of the dialogical approach to legal reasoning and argumentation in the analysis and representation of an argumentative conflict of different judicial opinions in a concrete legal situation. A dialogical reconstruction will be proposed of the justification of a decision taken from the Macedonian legal context. The decision in question, pertaining to the area of constitutional law, caused a great deal of controversy not only amongst the judges who adjudicated the case but also amongst the wider social and scientific community. Two judges of the

<sup>7</sup> Feteris 1999 (n. 3), 19.

<sup>8</sup> Feteris 1999 (n. 3), 20.

Constitutional Court had different opinions from the majority of judges and these dissenting opinions were published separately from the majority decision. The textual data for the empirical side of the analysis are taken from three documents: the decision of the Court and the two dissenting opinions.

Why choose the dialogical approach in carrying out this particular analysis? First of all, this approach seems the most suitable conceptual tool for the analysis of controversies since it represents legal justification as a regulated exchange of theses and arguments between a proponent and an opponent, the goal of which is to defend a legal statement against actual or possible attacks on it. Secondly, the general theoretical lines of the dialogical approach allow for the use of formal dialogical models in which the ordinary logical operations of deduction are presented in a purely dialogical form.<sup>9</sup> Thus the logical core of the reasoning is preserved but is integrated within the wider context of the rules of discussion. This leads to the third main characteristic of the dialogical approach, which is that of the importance of the procedural element in this approach.<sup>10</sup> To wit, the building of dialogical models, including models of legal justification, is based on the formulation of a complex of procedural rules that precisely determine the role and the possible moves of each participant in the dialogue. This feature makes it possible to treat the dialogue between the proponent and the opponent as a kind of logical game. The expression 'logical game' in this context denotes a regulated discursive interaction based on following a corpus of rules. These rules can be used by the participants in a creative and strategic way to achieve the main goal of winning the game.<sup>11</sup>

Taking into consideration all these characteristics, it can be concluded that the dialogical approach to legal reasoning has two fundamental theoretical advantages. On the one hand, this approach is intuitively plausible in the sense that it faithfully represents the natural manner of reasoning and arguing in a legal context. On the other hand, it also opens up many possibilities for the application of formal logical methods in the analysis of argumentative phenomena. However, the question still left open is whether an adequate model of *legal* justification can be built without representing the role of a third party who extends the basic dialogic structure and is responsible for resolving the dispute in his/her capacity as judge or arbitrator.<sup>12</sup> This question will be discussed in greater detail in the concluding sections of this paper.

9 Else M. Barth and Erik C. W. Krabbe, *From Axiom to Dialogue: A Philosophical Study of Logics and Argumentation*, Berlin/New York, Walter de Gruyter (Grundlagen Der Kommunikation Und Kognition/Foundations of Communication and Cognition), 1982, 29.

10 Compare above.

11 Shahid Rahman and Laurent Keiff, On How to Be a Dialogician: A Short Overview of Recent Developments on Dialogues and Games, in Daniel Vanderveken, (ed.) *Logic, Thought and Action*, Dordrecht, Springer, 2005 (Logic, Epistemology and the Unity of Science), 2005, 359–408.

12 Compare Henry Prakken, A Formal Model of Adjudication Dialogues, *Artificial Intelligence and Law* (2008) 16, 305–328.

In contemporary logical and philosophical research on legal argumentation, there are many different platforms for its dialogical modelling.<sup>13</sup> However, in this paper only one of these will be used as a methodological tool for analysis: Arno Lodder's model DiaLaw, in the version presented in Lodder's book *DiaLaw: On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*.<sup>14</sup> The reasons for this choice are as follows: firstly, it is a dialogical model built explicitly for the sake of formal analysis and representation of legal justification; secondly, its own theoretical basis is 'reason-based logic', a logical platform developed for the study of the logical aspects of legal reasoning but with potentially much wider theoretical implications.

The application of Lodder's model in this paper will follow the spirit rather than the letter of the model. In order to avoid burdening the text with technical and formal details, the results of the analysis will not be presented in the formal language of DiaLaw but only as a simulation of a natural-language dialogue between the two personified protagonists of the diverging opinions. Also, while in the version of Lodder's work used as source for this paper the application of the model to concrete examples is performed on relatively smaller fragments of legal argumentative discussion,<sup>15</sup> here an attempt is made to expand the possible discussion to a greater length.

The approach taken in this paper nevertheless shares the main methodological preoccupation of Lodder's and other dialogical models of legal justification: the effort to extract the argumentative kernel from the integral form of a real justification of a judicial decision and to present it in a 'dialectical garb'. In

13 Compare, for example, Thomas F. Gordon, *The Pleadings Game: An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1995; Henry Prakken, *From Logic to Dialectic in Legal Argument*, (1995), <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/DiaLCAIL95.pdf> (12 May 2013.); Arno R. Lodder and Aimée Herczog, *DiaLaw: A Dialogical Framework for Modeling Legal Reasoning*, (1995), <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=40> (12 May 2013.); Harry Bart Verheij, *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat*, Dissertation Universiteit Maastricht, 1996, <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/proefschrift/dissertation.pdf> (12 May 2013.); Henry Prakken, *Logical Tools for Modeling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1997; Henry Prakken and Giovanni Sartor, *A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning*, in Henry Prakken and Giovanni Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, 175–210; Jaap Hage, *A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match*, in Henry Prakken and Giovanni Sartor (eds.) 1997 (n. 13), 43–117; Arno R. Lodder, *DiaLaw: On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library), 1999; Eveline T. Feteris, *A Dialogical Theory of Legal Discussions: Pragma-dialectical Analysis and Evaluation of Legal Argumentation, Artificial Intelligence and Law* (2000) 8, 115–135; Douglas N. Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, PA, Pennsylvania State University Press, 2002; Jaap Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht, Springer (Law and Philosophy Library), 2005.

14 Lodder 1999 (n. 13).

15 Compare Lodder 1999 (n. 13), ch. 5.

this way it is made possible to identify not only the argumentative ‘static’ of the justification, in terms of relations of logical support between the statements of which it is composed, but also the ‘dynamic’ of the exchange of arguments, i.e. the particular ways in which each of the arguments is (or could be) introduced, attacked and defended in the course of discussion. Thus it is hoped that the study of this particular empirical material can contribute to its primary goal of testing the applicability of certain theoretical conceptions while, if needed, pointing out possibilities for their further improvement.

### 3 DESCRIPTION OF THE METHODOLOGICAL BACKGROUND FOR THE DIALOGICAL RECONSTRUCTION

#### 3.1 Reason-based logic and its fundamental concepts

Developed since the 1990s by Hage, Verheij, Lodder, Leenes and other scholars, reason-based logic tries to capture the specific features of reasoning with rules and principles, which systematically includes balancing the reasons for and against the particular conclusions.<sup>16</sup>

The basic insight behind the construction of reason-based logic is that there is a substantial difference between reasoning with statements that are either true or false and reasoning with rules, especially in the field of law. For while the question of application does not even arise in the case of mere statements, it is necessary for rules to be applied in order for there to be consequences.<sup>17</sup>

In the framework of reason-based logic, rules are treated as ‘logical individuals’ that have a conditional structure, meaning they consist of a condition part and a conclusion part. In principle, if the conditions of rules are satisfied then their conclusions obtain.<sup>18</sup> Thus the fundamental idea of reason-based logic is that “the application of any rule leads to a reason which pleads for the rule’s

16 See, for example, Jaap Hage, H. Bart Verheij and Arno R. Lodder, Reason-Based Logic: A Logic that Deals with Rules and Reasons, (1993), <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/naic93.pdf> (13 May 2013.); Jaap Hage and Bart Verheij, Reason-Based Logic: A Logic for Reasoning with Rules and Reasons, (1994), <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/lcai94.pdf> (13 May 2013.); Lodder and Herczog 1995 (n.13); Verheij 1996 (n. 13); Hage 1997 (n. 13); Bart Verheij, Jaap C. Hage and H. Jaap Van Den Herik, An Integrated View on Rules and Principles, *Artificial Intelligence and Law* (1998) 6, 3–26; Lodder 1999 (n. 13); Arno R. Lodder, Law, Logic, Rhetoric: A Procedural Model of Legal Argumentation, in S. Rahman et al. (eds.), *Logic, Epistemology and the Unity of Science*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 2004, 569–588, <http://ssrn.com/abstract=1312456> (13 May 2013.); Hage 2005 (n. 13).

17 Hage and Verheij 1994 (n. 16), 1–2.

18 Hage 2005 (n. 13), 87.

conclusion”.<sup>19</sup> For example, the application of the rule ‘If a person is a thief, then this person is punishable’ to a case of theft generates a reason for punishing the thief. However, this conclusion does not follow ‘automatically’ since in some cases there can also be reasons which plead against this conclusion—including situations where there are exceptions to rules, conflicts between rules, etc.

By treating rules as reason-generating entities, reason-based logic gives a central place to the concept of reason. Although the broad definition of reasons as a “set of one or more facts that are in some sense relevant for something else”<sup>20</sup> makes it possible to distinguish several types of reasons—constitutive reasons, reasons for belief, for action, etc.,—one of the most important categorical distinctions in the framework of reason-based logic is that drawn between *contributive reasons* and *decisive reasons*. While decisive reasons determine their conclusions in the sense that if a decisive reason for a conclusion obtains then the conclusion also obtains, contributive reasons are not sufficient by themselves to determine the conclusion. In the words of Hage:

There can both be contributing reasons that plead for, and contributive reasons that plead against a particular conclusion. Assuming that there are no relevant decisive reasons, it is the set of *all* contributing reasons concerning a particular conclusion, both the reasons pro and con, which determines whether the conclusion holds.<sup>21</sup>

This is why contributive reasons always have to be *weighed* or *balanced* against contributive reasons which plead in a different direction. To use Hage’s example, if a person of twelve years old has committed a crime, the fact that he/she has actually committed that crime is a contributive reason for punishing him/her, but the fact that he/she is twelve years old is a contributive reason for not punishing him/her. The conclusion will depend on the outcome of the process of weighing the contributive reasons that plead in different directions.

From a logical point of view, the derivation of sentences in the framework of reason-based logic is a two-step procedure. As Hage and Verheij put it, “[t]he first step consists of the determination of all reasons that plead for or against the possible conclusion; the second step consists of weighing those reasons”<sup>22</sup> in order to determine which set of reasons outweighs the other. Also, it is important to note that the weighing of contributive reasons is treated not in a psychological but a logical way, based on the information available as to which set of reasons outweighs the other set.<sup>23</sup>

19 Hage and Verheij 1994 (n. 16), 6.

20 Jaap Hage, *Monological Reason-Based Logic: A Low-Level Integration of Rule-based Reasoning and Case-based Reasoning*, (1993), <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3229-3223-1-PB.pdf> (13 May 2013.), 31.

21 Hage 2005 (n. 13), 79.

22 Hage and Verheij 1994 (n.16), 6.

23 Hage 2005 (n.13), 80.

It can easily be seen that this approach to reasoning with rules is far more complex than the simple deductive model that underlies what is called the ‘subsumptive pattern’ of legal reasoning. This deductive model represents the process of rule-application as an argument of the *modus ponens* form.<sup>24</sup> However, the conceptualisation based on the *modus ponens* argument form does not reflect the complex interplay of different conflicting rules and reasons characteristic of legal reasoning, for which the representation in the framework of the reason-based logic model is much more appropriate.

The reason-based logic approach has been developed in two versions: monological and dialogical. While in the monological version the emphasis is placed on the phenomenon of the derivability of statements, in the dialogical version the arguments are treated as kinds of speech acts performed in explicit or implicit communicative contexts. The arguments and the sentences they are composed of are used with the purpose “to convince some audience of the truth, validity or acceptability of a statement or rule”.<sup>25</sup> The audience has an active role in the reasoning process because it is “considered to be the other party in a dialogue in which both parties can make dialogue moves”.<sup>26</sup>

In this dialogical perspective the concept of ‘winning the dialogue’ is the counterpart of the concept of the validity of an argument conceived in a traditional way.<sup>27</sup> This clearly presupposes the adoption of a pragmatic view of logical and argumentative phenomena because the central place is given not to the sentences and rules themselves but to their use in different argumentative contexts. This in turn makes it possible to represent many important features of actual arguments which cannot be adequately captured by the classical deductivistic approach, such as the process-character of dialogues, their procedural aspects, the distribution of the burden of proof between the parties, and the strategic components of reasoning and argumentation.

Those features of the dialogical version of reason-based logic make it a highly functional tool for the analysis and representation of all kinds of argumentative controversies, especially legal controversies. Given that an explicit or implicit controversy, in the sense of a confrontation of reasons *pro* and *contra* a particular legal solution, lies in the basis of every justified legal stance, it follows that the dialogical version of reason-based logic should be the optimal instrument for modelling the argumentative aspects of legal justification. This is the leading idea behind the construction of the DiaLaw model by Arno Lodder.<sup>28</sup> This model not only integrates the fundamental ideas of reason-based logic but

24 Hage 2005 (n. 13), 88.

25 Hage, Verheij and Lodder 1993 (n.16), 9.

26 Hage, Verheij and Lodder 1993 (n.16), 9.

27 Hage, Verheij and Lodder 1993 (n.16), 9.

28 Lodder and Herczog 1995 (n.13), Lodder 1999 (n.13).



also the ideas of dialogue logic and of the dialogic-procedural theory of legal argumentation (particularly the ideas of Alexy, Aarnio and Peczenik).

### 3.2 Arno Lodder's DiaLaw – a dialogical model of legal justification: the fundamental concepts<sup>29</sup>

DiaLaw represents a dialogue game between two participants in which the two players can make moves in the dialogue. The goal of the game is to justify a statement in the dialogue: one player has to offer the justification and the other has to accept it. The two parties in the game could represent individual persons, groups of people, or even only one person arguing for and against a particular statement.

Each move in the game consists of two elements, shaped by applying the fundamental concepts of Searle's theory of speech acts: a) an illocutionary act by which a sentence is claimed, questioned, accepted or withdrawn, and b) propositional content, which represents the sentence the speech act is about. The burden of proof in DiaLaw consists in the obligation of the player who claims a sentence to prove that this sentence is justified. In this process, the player on whom rests the burden of proof is the proponent while the other player is the opponent. Naturally, these roles may shift during the game.

The central concept in the game is that of 'commitment'. The origin of commitment is the claiming or acceptance of a statement. When a sentence is withdrawn, the commitment terminates. During the dialogue, the commitments of the players are recorded in a 'commitment store' which indicates which player is committed to which sentence at which point in the dialogue.

From a logical point of view, the concept of 'forced commitment' is particularly important because it is the element that distinguishes free, informal talks from structured and logically regulated dialogues in which a player can force (by argumentative means) the opponent to accept a thesis. The concept of 'forced commitment', according to Lodder, is comparable to derivation in monological logic and "occurs when a player is forced to accept a sentence, due to the sentences he is already committed to".<sup>30</sup>

The dialogue rules also determine the turns by which players make their moves, the legitimacy of the moves (whether they are allowed by dialogue

29 This part of the text is based on Lodder 1999 (n. 13), ch. 3, sect. 2. Compare also the extended presentation of this model in Ана Димишкова, *Логиката на правното расудување: дијалошка перспектива*, Скопје, Аз-Буки/Филозофски факултет, 2011, 265–290. (Ана Dimiškova, *Logikata na pravното rasuduvanje: dijaloška perspektiva*, Skopje, Az-Buki/Filozofski fakultet, 2011, 265–290).

30 Lodder 1999 (n. 13), 39.



rules), as well as the consequence of valid moves for the commitments of the players.

The dialogue also has different levels, progressing from the initial level 0 to deeper levels 1, 2, 3, etc. The distinction of levels makes it possible to display the internal structure of the argumentation in a more precise way. The dialogue progresses to a deeper level as a consequence of performing the illocutionary act ‘question’. After the acceptance or withdrawal of a sentence, the dialogue goes back to the level on which this sentence was initially claimed.

Besides general rules of communication and regulation of dialogical commitments (numbered from 1 to 5 in Lodder’s model), DiaLaw also contains special rules which constitute the legal aspect of the model. The legal aspect of the model comprises two related constitutive parts: 1) new elements of formal language which enable the players to use legal concepts, such as ‘rules’, ‘reasons’, etc.; and 2) rules that regulate the consequences of the use of those elements.

The concept of ‘rule’ is introduced as a two-place function, composed of condition and conclusion. Besides the ‘rule’ function there are five new predicates in the legal part of the model: 1) ‘reason’, conceived as a relation of support between the states of affairs expressed in the statements—thus the formula reason (Cond, Concl) is interpreted in the sense that the condition is a reason for the conclusion, or, alternatively, that it is a reason against the negation of the conclusion; 2) ‘outweighs’, a predicate that build formulas expressing the information that the set of reasons for the conclusion outweigh the set of reasons against it; 3) ‘excluded’, a predicate which applies to rules, meaning that if a rule is excluded it cannot be applied, i.e. the conclusion that the rule applies is no longer justified; 4) ‘applies’—a predicate which says that a rule applies and that in such a case the reason based on that rule is justified; and 5) ‘valid’, a predicate which says that a rule is valid. The language of DiaLaw also contains the dialogical predicate symbol ‘illegal claim’, which says that a sentence has been illegally claimed. It is important to emphasize that sentences to which this predicate applies are not forbidden by the dialogue rules but that other reasons specific to the given domain do not permit that sentence to be claimed—for example in the case of illegally obtained evidence in law.

As mentioned above, the consequences of the use of those new elements of language are regulated by what is called ‘special rules of communication’ (numbered from 6 to 16 in Lodder’s model). Thus, by defining the logical language and the rules of DiaLaw, the fundamental ideas of reason-based logic, especially of its dialogical version, have been implemented in a usable formal tool.<sup>31</sup>

31 It can also be used as a tool for intelligent legal support, because there is a version of DiaLaw as computer programme. However, this aspect is not a subject for analysis in this paper.

#### 4 THE CASE IN POINT: QUESTIONING THE CONSTITUTIONALITY OF AN ARTICLE OF LAW<sup>32</sup>

In 2003 the Macedonian parliament promulgated a law intended to introduce several changes and additions to the existing law on the State Judicial Council. The State Judicial Council is an institution with very important authorisations concerning the Macedonian court system, especially in terms of procedures for the election and dismissal of judges and the monitoring of the quality of their work.

Article 9 of the Law on the State Judicial Council (hereinafter: LSJC) regulated the question of the cessation of the function of members of the Judicial Council. It stated that the function of a member of the Council ceases in two situations: 1) if the member resigns; or 2) if the member is dismissed. The circumstances leading to the dismissal of a member of the Council are also explicitly stated. Thus, a member of the Council can be dismissed either if he/she is convicted of a crime and sentenced to an unconditional penalty of imprisonment of a minimum of six months, or if he/she has permanently lost the capacity to perform his/her function, which is established by the Council on the basis of the findings and the opinion of an authorized medical commission.<sup>33</sup>

One of the most far-reaching and controversial changes introduced by the new law, however, concerned precisely the Article 9 described above. Namely, Article 2 of the Law on Amendments to the Law on the State Judicial Council (hereinafter: the LALSJC), introduced a new third line in Article 9 stating that 'a member of the Council is dismissed if he/she fulfils the conditions for retirement on the basis of age'.<sup>34</sup> In this way, the provisions of Article 9 of the LSJC pertaining to the cessation of the function of its members were substantially changed. This is why the constitutionality of Article 2 of the LALSJC was challenged before the Constitutional Court by two current members of the State Judicial Council.<sup>35</sup>

In the initiative for questioning the constitutionality of Article 2 of the LALSJC, they stated the opinion that this article is in conflict with Article 104 of the Constitution of the Republic of Macedonia, line 3, which reads as fol-

32 For an extended analysis of this case, compare Димишкова 2011 (n. 29), 308–329.

33 Закон за Републичкиот судски совет /ЗРСС/, *Службен весник на РМ*, бр. 80/92 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Zakon za Republičkiot sudski sovet /ZRSS/, *Služben vesnik na RM*, br. 80/92 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

34 Закон за изменување и дополнување на Законот за Републичкиот судски совет /ЗИДЗРСС/, *Службен весник на РМ*, бр. 43/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za Republičkiot sudski sovet /ZIDZRSS/, *Služben vesnik na RM*, br. 43/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

35 The constitutionality of Articles 1 and 4 of the LALSJC was also contested, though the present analysis will focus only on the argumentative controversy related to Article 2.

lows: 'The members of the Council are elected from the ranks of outstanding members of the legal profession for a term of six years with the right to one re-election.'<sup>36</sup> Thus, according to the initiators of the procedure before the Constitutional Court, the article in question creates three legally unacceptable consequences: 1) it brings to an end the mandate of the members of the State Judicial Council who have already been elected to that function and who have, in the meantime, fulfilled the condition for retiring on the basis of age; 2) it introduces a new condition for the election of members of the State Judicial Council, i.e., a condition related to their age; and 3) it limits the right of outstanding lawyers who have already fulfilled the conditions for retirement on the basis of age to be elected as members of the State Judicial Council.

The Constitutional Court decided not to initiate a procedure for assessing the constitutionality of the contested article, finding that there were insufficient legal grounds for such a procedure. In the Court's opinion, by not prescribing the conditions for the cessation of the function of members of the State Judicial Council before the period of six years, the Constitution left open the possibility of prescribing them by law, provided that those conditions are related to natural and legal circumstances which affect the capacity for performing the function. Also, concerning retirement on the basis of age, the Court deemed this to be an objective, natural, non-discriminatory criterion for limiting the duration of a public function. Moreover, according to the Court, the Constitution itself explicitly mentions this criterion when it determines the cessation of the function of judges (of regular courts): namely, those judges are dismissed when they fulfil the conditions for retirement on the basis of age. By analogy, the Court finds that there are no obstacles to applying the same criterion for the cessation of the function of members of the State Judicial Council.<sup>37</sup>

However, as mentioned earlier, two judges of the Constitutional Court had dissenting opinions related to the majority decision. They found that the constitutionality of Article 2 had rightly been challenged.<sup>38</sup> In the opinion of these

36 An English version of the Macedonian Constitution is available at: <http://www.sobranie.mk/en/default.asp?ItemID=9F7452BF44EE814B8DB897C1858B71FF>

37 Решение У. бр. 118/2003 на Уставниот суд на Република Македонија од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 и 74/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)). (Rešenje U. br. 118/2003 na Ustavniot sud na Republika Makedonija od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 i 74/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

38 Compare Трендафил Ивановски, Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У. бр. 118/2003 од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)) (Trendafil Ivanovski, Izdvoeno misljenje po resenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))) and Мирјана Лазарова Трајковска, Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У. бр. 118/2003 од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)) (Mirjana Lazarova Trajkovska, Izdvoeno misljenje po resenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).

two judges, the mandate of the members of the State Judicial Council, directly and explicitly regulated by the Constitution, is a constitutional category which cannot be changed, limited or terminated by the provisions of a law. Further, the dissenting opinions oppose the use of the argument by analogy concerning the criterion of age as a basis for retirement. The reason for this is that the situation of the judges of regular courts, who are elected without any limitation on the duration of judicial function, is essentially different from that of members of the State Judicial Council since the duration of their function is already explicitly limited by the Constitution to six years, with only one possible re-election.

The decision of the Court, as well as the two dissenting opinions, will serve as material for an argumentative reconstruction of the controversy as a whole through a dialogical confrontation of the opposing views. In this confrontation, the formulation of arguments which support those views, as well as their mutual relation and relative strength, will be analysed in greater detail.

## 5 DIALOGICAL RECONSTRUCTION OF THE JUSTIFICATION OF THE JUDICIAL DECISION

The dialogue protagonists in the reconstruction of the justification of the decision in question will be the players Judge 1 and Judge 2. Let us imagine that, as a result of the great interest provoked by the case of the premature cessation of the function of the members of the State Judicial Council due to retirement on the basis of age, the two judges are having a discussion concerning the legal aspects of the controversy. The first player, Judge 1, is playing the role of a proponent of the main thesis in the dialogue, which is the thesis that Article 2 of the LALSJC is unconstitutional. Judge 2, in the role of opponent, will try to refute this thesis, i.e. to force the proponent to withdraw it.

Judge 1 will put forward the arguments of the initiators of the procedure for the assessment of the constitutionality of Article 2, as well as those of the judges with dissenting opinions.<sup>39</sup> In turn, Judge 2 will use the arguments formulated in the majority decision of the Constitutional Court against initiating a procedure for assessing the constitutionality of the contested article.

Thus in the first move of the dialogue the proponent states the main thesis of the dialogue in the form of a claim:

1. Judge 1: I claim that Article 2 of the LALSJC is unconstitutional.

<sup>39</sup> However, there will be no one-to-one correspondence of the arguments presented in the dialogical moves and those presented in the Initiative and in the dissenting opinions; the proposed reconstruction will follow only the main lines of the controversy.

According to the rules of DiaLaw, the dialogue starts at the initial level, which is level 0. Judge 2, in the second move, questions that claim, asking for supporting reason(s) for the claim.

2. Judge 2: Why?

In order to answer this question, Judge 1, the proponent, sets forth the argument that Article 2 in fact regulates a constitutional matter. Namely, as was mentioned earlier, the State Judicial Council is an institution founded directly by the Constitution. Moreover, the Constitution explicitly determines the duration of the mandate of the members of the State Judicial Council and not the mandate of the Council as an institution. Consequently, a law cannot change, limit or terminate the constitutionally established mandate of the members of this institution. Doing so would mean that with the article in question the LALSJC would be imposing itself over the Constitution by formulating prescriptions that can only be the object of constitutional regulation. The formulation of this position is the content of the third move, performed by Judge 1:

3. Judge 1: Because Article 2 of the LALSJC regulates a constitutional matter.

Judge 2 is not convinced by this argument. Moreover, he/she is directly opposing it by negating the claim of Judge 1 from move 3. In this way, Judge 2 takes over the initiative in the dialogue and also the burden of proving the statement that he/she claims (which is the negation of the previous claim):

4. Judge 2: I claim it is not true that Article 2 of the LALSJC regulates a constitutional matter.

Now Judge 1 has the role of an opponent of this statement, challenging it by asking the question ‘why’ and demanding from Judge 2 some kind of argumentative support for his/her claim.

5. Judge 1: Why do you think so?

As an answer to this question, Judge 2 sets forth the fact, which plays the role of an argument, that Article 2 regulates the dismissal of members of the State Judicial Council.

6. Judge 2: Because Article 2 of the LALSJC regulates the dismissal of members of the State Judicial Council.

For Judge 1, it is still not evident what the point of this argument is and he/she demands additional explication by again performing the speech act ‘question’.

7. Judge 1: So what?

Now Judge 2 is forced to state his/her central claim explicitly. This is the claim that the dismissal from the function of a member of the State Judicial

Council is a question which is legitimately regulated by the LALSJC since it is not a constitutional matter but a matter of law.

8. Judge 2: I claim that the dismissal from the function of a member of the State Judicial Council is a matter of law.

Judge 1 is curious as to the legal basis for such a claim, and he/she is questioning it again.

9. Judge 1: Why?

At this point in the dialogue, Judge 2 adopts a 'step by step' strategy in defending his/her previous claim. Namely, he/she will first formulate two claims that are relatively uncontroversial: firstly, that the Constitution explicitly regulates the mandate of the members of the State Judicial Council, i.e. it prescribes the conditions for election and determines the duration of their function; and, secondly, that the Constitution does not prescribe the conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council or other conditions for the cessation of their mandate. Judge 1 accepts those claims because they can easily be established as a matter of fact.

10. Judge 2: First claim: The Constitution prescribes the conditions of election and the duration of the mandate of members of the State Judicial Council.

11. Judge 1: That is correct. I accept this claim.

12. Judge 2: The Constitution does not prescribe the conditions for dismissal of members of the State Judicial Council.

13. Judge 1: I accept this claim, too.

After the acceptance of these two claims by the collocutor, Judge 2 will use one of the special predicates of the language of DiaLaw, namely, 'applies'—a predicate that says that a rule applies and that, in consequence, the reason based on that rule is justified. The rule in question (taken in the broad sense of a general principle of legal reasoning) could be formulated in the following way: If the Constitution does not regulate a legally relevant situation, this means that it permits regulation of this situation by law. If we instantiate this rule with the elements of the case in hand, the following formulation obtains: 'If the Constitution does not prescribe the conditions for dismissal of members of the State Judicial Council, this means that it permits prescribing these conditions by law'. Consequently, the conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council are a matter of law. Thus the content of the next move of Judge 2 would be as follows:

14. Judge 2: I claim that the following rule applies: If the Constitution does not prescribe the conditions for dismissal of members of the State Judicial Council, this means it permits prescribing these conditions by a law.

Judge 1, who has to make the subsequent move, cannot agree with this claim. Consequently, Judge 1 will negate Judge 2's claim of the application of the rule from the previous move, thus preventing the claim from justifying the reason in favour of its conclusion. This is in accordance with the basic rules of DiaLaw, which permit responding to a claim with another claim only if the second claim represents a direct negation of the first. In this way, by claiming the negation of the sentence from move 14, Judge 1 takes over the initiative in the dialogue again. From an argumentative point of view, this move is one of the most important points in the development of the controversy. Namely, it shows that the two parties in the dialogue interpret the absence of any explicit regulation concerning the dismissal of members of the State Judicial Council in Article 104 of the Constitution in a completely different way.

15. Judge 1: I claim the opposite. The rule that 'If the Constitution does not prescribe the conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council, this means that it permits prescribing these conditions by law' does not apply.

Now Judge 2 asks a question by which he/she demands argumentative support for this claim.

16. Judge 2: Why?

In response to the question of his/her collocutor, Judge 1 will claim that instead of the rule formulated in the fifteenth move, a rule with an opposite conclusion applies. According to Judge 1, if the Constitution neither prescribes the conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council nor gives any instructions for their being prescribed by law, then the law cannot prescribe these conditions. Consequently, their prescribing is not a matter of law. Thus, in the seventeenth move, we have the following claim by Judge 1:

17. Judge 1: I claim that the following rule applies: If the Constitution does not prescribe conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council, then the law cannot prescribe these conditions.

Given that there is a clash of rules of an interpretative character in this case, it cannot be resolved directly by appeal to the provisions of positive law. That is why Judge 2 chooses the following strategy: he/she will first challenge the application of the rule invoked by his/her collocutor; however, the supporting argument for that move will not have the form of claiming a reason but of claiming a fact. Namely, he/she will assert that an argument against Judge 1's claim that it is not permitted to regulate the issue of the dismissal of members of the State Judicial Council by law is the already existent and unchallenged legal provision contained in Article 9 of the LJC. As mentioned earlier in the text, this article described three situations for the premature termination of the mandate of a member of the Judicial State Council: resignation, conviction with an unconditional penalty of imprisonment for a minimum of six months, or permanent



incapacity for performing their function as established by an authorised medical commission. This gives rise to the following moves in the dialogue:

18. Judge 2: I claim that the rule that 'If the Constitution does not prescribe the conditions for dismissal of members of the State Judicial Council, then the law cannot prescribe these conditions' does not apply.

19. Judge 1: Why?

20. Judge 2: Because Article 9 of the Law on the State Judicial Council prescribes the conditions for the dismissal of a member of the State Judicial Council and the constitutionality of that article is not challenged.

Judge 1 accepts this claim because it is a matter of fact. This provides a basis for Judge 2 to perform the next move, in which he/she will assert the application of the rule that if the constitutionality of Article 9 of the LSJC is not challenged then the constitutionality of Article 2 of the LALSJC should not be challenged either. Obviously, the point of claiming the application of this rule is to provide the reason for its conclusion, which is the thesis argued for by Judge 2. However, for Judge 1 this reason is unacceptable and he/she will directly negate the claim of Judge 2 in the subsequent move. In this way, a new turn in the dialogue occurs, because now Judge 1 has the obligation to justify the claim that the reason formulated by Judge 2 is unacceptable. This part of the dialogue can be represented in the following moves:

21. Judge 1: I accept this claim.

22. Judge 2: I claim that the following rule applies: 'If the constitutionality of Article 9 of the LSJC is not challenged, then the constitutionality of Article 2 of the LALSJC should not be challenged either.'

23. Judge 1: I claim the opposite. The rule 'If the constitutionality of Article 9 of the LSJC is not challenged, then the constitutionality of Article 2 of LALSJC should not be challenged either' does not apply.

24. Judge 2: Why?

The role of the proponent is played again by Judge 1 because he/she has claimed the non-applicability of the rule invoked by his/her opponent. The argumentative strategy of Judge 1 will consist of showing the essential difference between the conditions prescribed in Article 9 of the LSJC (i.e. resignation, sentence to imprisonment, incapacity established by authorised commission) and the condition prescribed in Article 2 of the LALSJC (reaching retirement age) in order to prove that they cannot be assimilated in one and the same category of conditions for dismissal. Thus the dialogue progresses in the following way:

25. Judge 1: I claim that the conditions prescribed in Article 9 of the LSJC are essentially different from the conditions prescribed in Article 2 of the LALSJC.

26. Judge 2: Why?

As a result of the demand for support for his/her claim from move 25, Judge 1 introduces a distinction between two types of conditions for dismissal. The first type is that of unpredictable conditions, the occurrence of which during the mandate of a member of the State Judicial Council is possible but not inevitable. If these conditions should occur, they would prevent a person from performing his/her function. The conditions prescribed in Article 9 of the LSJC (resignation, imprisonment, incapacity) are of this first kind. The second category is that of predictable conditions, the fulfilment of which is known in advance and which do not necessarily imply an incapacity for performing the function. The condition prescribed in Article 2 of the LALSJC—i.e., reaching retirement age—belongs to this second kind. Judge 2, who cannot find a solid basis for negating these claims, accepts them. So the next moves in the dialogue are as follows:

27. Judge 1: I claim that the conditions prescribed in Article 9 of the LSJC are unpredictable and their fulfilment would impede the performance of the function of a 'member of the State Judicial Council'.

28. Judge 2: I accept this claim.

29. Judge 1: I claim that the condition prescribed in Article 2 of the LALSJC is predictable and its fulfilment would not impede the performance of the function of a 'member of the State Judicial Council'.

30. Judge 2: I accept this claim, too.

The goal of Judge 1 now is to force his/her opponent to accept the claim that the contested Article 2 of the LALSJC in fact imposes undue restrictions on eligibility for the function of a 'member of the State Judicial Council'. This is why he/she states this thesis as a key argument in favour of the statement from move 25 which asserted the essential difference between the conditions in Article 9 of the LSJC and the conditions in Article 2 of the LALSJC. Of course, Judge 2 will question Judge 1's claim because it goes against his/her own thesis.

31. Judge 1: I claim that Article 2 of the LALSJC unduly restricts eligibility for the function of a 'member of the State Judicial Council'.

32. Judge 2: Why?

At this stage, the dialogue approaches the crucial point at which Judge 1 will claim the reason (another of the 'special legal predicates' of the language of DiaLaw) that the predictability of the condition prescribed in Article 2 of the LALSJC in fact restricts the eligibility for the function of a 'member of the SJC'. From a condition for dismissal it turns into a condition for the election of members of the State Judicial Council and clashes with Article 104 of the Constitution which, as both parties agreed, was the only legitimate source for prescribing conditions for the election of members of the State Judicial Council.

33. Judge 1: I claim that the predictability of the condition prescribed in Article 2 of the LALSJC is the reason why it unduly restricts eligibility for the function of a 'member of the SJC'.

For Judge 2, accepting this reason would mean a defeat in the dialogue since it would imply that if the prescribing of conditions for the election of members of the State Judicial Council is an explicitly defined constitutional matter then any kind of restriction imposed on them would mean a violation of the Constitution. This is why he/she will demand further support for claiming that reason, with a view to postponing acceptance of the claim for as long as possible.

34. Judge 2: Why?

In support of the reason adduced in the previous move, Judge 1 will claim that the following rule applies: 'If a person already fulfils the predictable condition from Article 2 of the LALSJC (reaching the retirement age), then that person cannot be elected as a member of the State Judicial Council.' Of course, this formulation represents a concretisation of a more general principle/rule, according to which if a person already fulfils the conditions of dismissal from the function to which he/she is to be elected then this person cannot be elected for that function. This line of reasoning is represented in the following move:

35. Judge 1: I claim that the following rule applies: 'If a person already fulfils the predictable condition from Article 2 of the LALSJC (reaching the retirement age), then that person cannot be elected for the function of a 'member of the State Judicial Council'.

If Judge 2 wants to contest this rule, he/she will have to contest the claim that as a consequence of the predictability of the age-related condition it is impossible (in the sense of illogical) to elect a person about whom it is known in advance that he/she already fulfils the conditions of dismissal from the function to which he/she is elected. Being aware of the fact that he/she cannot find reasonable grounds for countering this claim, Judge 2 decides to accept the application of the rule from move 35. Given that the application of a rule, according to the principles of DiaLaw, justifies the reason based on that rule, Judge 2 is dialogically obliged to accept the reason based on that rule as well.

36. Judge 2: I accept the application of the rule 'If a person already fulfils the predictable condition from Article 2 of the LALSJC (reaching the retirement age), then that person cannot be elected for the function of a 'member of the State Judicial Council'.

37. Judge 2: I also accept the claim that the predictability of the condition prescribed in Article 2 of the LALSJC is the reason why it unduly restricts eligibility for the function of a 'member of the State Judicial Council'.

The acceptance of this reason opens the possibility of using another special predicate of the language of DiaLaw, i.e., the predicate 'outweighs'. The goal of

Judge 1 is to show that the set of reasons for the conclusion that ‘the condition from Article 2 of the LALSJC unduly restricts eligibility for the function of a ‘member of the State Judicial Council’ outweighs the set of reasons against that conclusion. In this case, the set of counter-reasons is empty, which means that if Judge 2 does not formulate a counter-reason, i.e. a reason against the conclusion, the dialogue will be won by Judge 1. Given that the concrete decision on the basis of which this dialogue is constructed does not contain a formulation of a counter-reason for the aforementioned conclusion, the set of reasons against the conclusion is empty. By the rules of DiaLaw, an empty set of reasons is by default outweighed by a non-empty set of reasons.<sup>40</sup>

As a result of this, Judge 2 is obliged to accept the claim which includes the predicate ‘outweighs’. This in turn means that he/she also accepts its conclusion, i.e., that Article 2 of the LALSJC unduly restricts eligibility for the function of a ‘member of the State Judicial Council’ and thus regulates a legal matter which lies outside its scope, i.e. is in the domain of the Constitution. Consequently, Judge 2 is forced to accept the initial thesis of his/her collocutor and to end the dialogue. Thus the final moves in the dialogue are as follows:

38. Judge 1: I claim that the set of reasons for the conclusion that Article 2 of the LALSJC unduly restricts eligibility for the function of a ‘member of the State Judicial Council’ outweighs the (empty) set of reasons against it.

39. Judge 2: I accept that claim.

40. Judge 2: Consequently, I accept the initial claim of Judge 1 that Article 2 of the LALSJC is unconstitutional.

## 6 DISCUSSION RELATED TO THE DIALOGICAL RECONSTRUCTION OF THE DECISION

As is always the case with the application of abstract formal models to the analysis and reconstruction of concrete empirical material, this material should be subjected to a certain degree of modification in order to fit in the framework of the formal model. In this case, modification involved: 1) selecting relevant parts from the original text of the analysed judicial opinions; 2) formulating the claims and counter-claims that were subsequently ‘put in the mouths’ of the participants in the dialogue; and 3) extracting the reasons and arguments for those claims from the integral form of the decision and the dissenting opinions. Each of these steps necessarily involves a certain amount of arbitrariness, in the sense that the person carrying out the reconstruction and the modelling has to ‘translate’ the natural-language material into the formal structure used

<sup>40</sup> However, see Hage 2005 (n. 13), 84 for some exceptions to this general principle.

as a tool for analysis and evaluation according to his/her own assessment of the importance of the relevant elements. Thus the proposed reconstruction is only one possible version of what is perceived as the optimal dialogical form of the legal controversy in question. Also, the strategies chosen by the players might appear different in another approach to the logical analysis and representation of the same material.

Although this decision was analysed and dialogically reconstructed by using the fundamental concepts of a contemporary dialogical model of legal argumentation and justification, i.e. Lodder's DiaLaw, it does make it possible to gain an insight into the functioning of the dialogical approach to legal justification in general. Through this application, its positive features have been affirmed once again.

First of all, this kind of approach provides an insight into the integral form of the controversy which lies behind the concrete decision and successfully reflects its argumentative dynamics. This 'holistic' aspect increases the naturalness and the intuitive plausibility of the dialogical models. Moreover, the dialogical modelling also incorporates the rhetorical strategies employed by the parties, which is one of the main features of Lodder's DiaLaw. This integration of the rhetorical element in the model is especially important because it can reveal the particular argumentative manoeuvres performed by the participants in the dialogue, which can be legitimate and rational as well as abusive and derailed.

The fundamental logical core of this and other dialogical models integrated in the wider dialogical protocol defined by dialogue rules makes it possible to identify the potential 'weak points' in the argumentation of both parties through a detailed dialogical reconstruction of every move in the dialogical interaction. For example, in the analysed decision it became obvious that there was an absence of counterargument for the claim that while the condition of retirement on the basis of age is explicitly formulated as a condition for dismissal from the function of a 'member of the State Judicial Council' it also logically implies a restriction on the eligibility for this function and imposes a new condition for the election of potential members to this institution. The absence of a counterargument for this crucial claim contributed in a decisive way to the opponent's losing the dialogue game. On the other hand, there was also a weak spot in the argumentative strategy of Judge 1 in moves 17–25. Thus, Judge 1 first claimed that it is not permitted to regulate the issue of conditions for the dismissal of members of the State Judicial Council by law, but afterwards he/she invoked the existing conditions defined in Article 9 of the LSJC without any questioning of their legal status in order to claim that they are essentially different from the contested Article 2 of the LALSJC. By making possible the identification of such problematic sequences in a given argumentation, Lodder's model demonstrates

that, besides its descriptive and analytical aspect, it also possesses a normative aspect which enables its users to evaluate the degree to which a particular decision lives up to logical and legal standards of soundness.

However, the question of the normative aspects of the dialogical models, including Lodder's DiaLaw, raises two important issues concerning their functioning as tools for logical and argumentative reconstruction: firstly, the issue of the status of dialogue rules; and, secondly, the issue of the presence of a third party in the dialogue.

As far as the first point is concerned, it has already been mentioned that the dialogue rules integrate the fundamental logical rules (for consistency, validity of arguments, non-contradiction, etc.) into a corpus of procedural rules which determine the course of the dialogue. These procedural rules can differ from one model to another. But how can their choice be justified? If they are not subject to discussion then they are treated as unquestionable and in a way dogmatised; if they are subject to discussion, who will determine the rules by which this meta-discussion will be carried out? Thus the problem of the justification of dialogue rules can seriously affect the normative capacity of dialogical models. Namely, if the status of the fundamental rules upon which a model is built is questionable, then the model can hardly serve as a reliable standard of assessment of the argumentative soundness of a particular justification.<sup>41</sup>

The question of the criterion of argumentative soundness leads to the other problematic issue related to dialogical models and their functioning as tools for logical reconstruction of legal justification: the issue of the role of a third party—arbiter or judge—in the model. Dialogues in legal contexts are conflictive rather than cooperative, in the sense that each party is trying to turn the outcome of the controversy to his/her own benefit by all available legal and argumentative means. So the concept of the 'free acceptance' of the other party's argument, which plays a central role in Lodder's model,<sup>42</sup> seems counter-intuitive when it is taken as the sole criterion of justification and is applied to the fundamentally adversarial legal context. As was obvious in the analysed example, each party in the dialogue will avoid accepting the other party's claims for as long as possible, i.e. until they are forced to do so by the lack of any possibility for further argumentative manoeuvres.

This is why the inclusion of an element representing the role of the judge in dialogical models of legal reasoning seems highly plausible, if not necessary. The task of the judge would be to guarantee: 1) the reaching of a decision and the termination of the controversy according to valid legal rules and standards (i.e. the material aspect); and 2) the proper use of the dialogue rules by the

41 Lodder is well aware of this problem; cf. his discussion on p. 27 in Lodder 1999 (n. 13).

42 Lodder 1999 (n. 13), 34.

parties in the legal context, thus preventing the possibility of their subversive dialogical behaviour (i.e. the procedural aspect).<sup>43</sup>

However, Lodder explicitly states his reasons for not modelling the role of the arbiter, which consist of the idea that “it would imply that there indeed exists an independent criterion to settle conflicts, namely the criterion the judge uses to decide”.<sup>44</sup> Moreover, the inclusion of a third element would affect the basic dialogical structure, transforming it into a kind of, as Jaap Hage puts it, “triallogical” structure.<sup>45</sup> In sum, it seems that this problem is still open for future research. Integrating the role of the judge in formal representations of legal argumentation and justification by upgrading the fundamentally plausible features of the dialogical model thus represents a serious theoretical challenge.

## 7 CONCLUSION

In recent years, the argumentative aspects of legal justification have been widely explored with the help of dialogical models in which justification is represented as a structured dialogue between a proponent and an opponent concerning a legal thesis. In this paper an attempt has been made to apply this approach to a particular legal matter and to present a dialogical reconstruction of a controversial judicial decision from the Macedonian legal context. The reconstruction was carried out using a contemporary dialogical model of legal justification, Arno Lodder’s DiaLaw. The analysis carried out in this paper has confirmed that this dialogical approach is suitable for representing the argumentative dynamics and strategic elements of legal argumentation. However, there are still some open questions related to its use, especially concerning the normative status of dialogical rules and the possibility of modelling the role of the judge or arbiter in legal controversies.

43 See Prakken 2008 (n. 12); Ana Dimiškowska Trajanoska, The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or “Trialogue?”, in Dov M. Gabbay et al., (eds.), *Approaches to Legal Rationality*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, Springer (Logic, Epistemology and the Unity of Science 20), 2010, 265–280; for a more general perspective, see Vesel Memedi, Resolving Deep Disagreement: A Case in Point, *SEEU Review* (2007) 3, No. 2, 7–18, [http://www.seeu.edu.mk/files/seeu\\_review\\_vol3-nr2.pdf](http://www.seeu.edu.mk/files/seeu_review_vol3-nr2.pdf) (14 May 2013.).

44 Lodder 1999 (n. 13), 35.

45 Hage 2005 (n. 13), 255.



Marko Novak\*

## Idealni tipi prava v luči psihološke tipologije

Prispevek prinaša predstavitev idealnih tipov prava glede na pravo, ki se je razvijalo skozi zgodovino, in tudi s stališča sodobnega prava. Idealne tipe prava zasnujem s pomočjo dveh velikih zgodovinskih tipologij: Webrove in Jungove. Izhodišče analize so Webrovi idealni tipi prava. Te najprej skušam razumeti v luči Jungove psihološke tipologije, kar pa me obenem vodi tudi do modifikacije Webrovih idealnih tipov prava. Pri vsakem posamezniku prevladuje neka psihološko-tipološka slika, ravno tako na ravni neke družbene skupnosti. Tudi glede prava, tako v času kot prostoru – o tem nam pričata pravna zgodovina in pravna geografija (tj. primerjalno pravo). Glede na štiri kognitivne funkcije je mogoče razviti štiri splošne tipe prava. Če k temu dodamo še vpliv pomožnih kognitivnih funkcij, pa jih je mogoče razširiti na osem specifičnih tipov prava.

**Ključne besede:** Webrovi idealni tipi prava, Jungova psihološka tipologija, pravna zgodovina, štiri kognitivne funkcije, pomožne kognitivne funkcije

### 1 UVOD

Pri obravnavi idealnih tipov moramo najprej opredeliti, kam ciljamo s pridevnikom »idealne«. Z idealnim tipom tu razumem »hipotetični konstrukt, ki zajema teoretsko označitev vseh možnih značilnosti, ki jih je mogoče empirično preveriti«.<sup>1</sup> Enaka ugotovitev bi seveda veljala tudi za idealne tipe prava. Tipologija, ki jo obravnavam, izvirno izhaja iz Webrovih idealnih tipov, a jo tu v pomembnem delu razvijam in spreminjam. Pravzaprav jo oblikujem na temelju Jungove psihološke tipologije. Ta je bila skupaj z njeno dopolnitvijo pri njegovih naslednikih podlaga za razlago in nadaljnji razvoj Webrovih idealnih tipov prava. Jung je gotovo poznal Webrovo delo, še posebej idejo iz *Protestantske etike*, a se z njim ni nikoli znanstveno ukvarjal. Sicer pa Weber ni živel tako dolgo, da bi dočakal objavo Jungovih psiholoških tipov.<sup>2</sup> Tako kot Weber jemljem empirični material za preizkus idealnih tipov prava iz pravne zgodovine. Zato bi takšne idealne tipe prava lahko poimenoval tudi zgodovinski (idealni) tipi prava.

\* mnovak153@gmail.com | Izredni profesor za teorijo prava in ustavno pravo.

1 Sharyn L. Roach Anleu, *Law and Social Change*, London, SAGE Publications, 2000, 22.

2 Gavin Walker, *Sociological theory and Jungian psychology, History of the Human Sciences* (2012) 25 (1), 69.

V nadaljevanju so na kratko opisani Webrovi idealni tipi prava (2) in jedrnatost predstavljena jungovska psihološka tipologija (3). Zatem na kratko utemeljujem pomen skupne obravnave dela Webrove in Jungove misli za tovrstno analizo (4). V okviru zgodovinske pravne analize oblikujem posamezne idealne tipe prava v luči psihološke tipologije, tj. kognitivnih funkcij, z nekaj spremembami glede na Webrovo delo (5). Rezultat tega pa so štirje idealni splošni tipi prava in osem posameznih ali specifičnih tipov prava, ki se izražajo v osmih različnih osebnostih, povezanih s pravom, ali pravnih poklicih (6).

## 2 WEBROVI IDEALNI TIPI PRAVA

Eden najpomembnejših delov Webrove misli o pravu so gotovo njegovi idealni tipi prava. Te je razvil v osmem poglavju posthumno izdanega dela *Gospodarstvo in družba*,<sup>3</sup> ki ga je naslovil *Gospodarstvo in pravo* ter podnaslovil *Sociologija prava*. Poleg tega, da je klasično pravnosociološko delo, se zdi ta Webrova analiza tudi odlična pravnozgodovinska študija.<sup>4</sup> Rdeča nit njegovega sociološko-zgodovinskega dela o pravu je v ločevanju med predmodernim in modernim pravom, pri čemer Weber razlikuje štiri idealne tipe prava.

Prvič, karizmatična odkritja prava pravnih prerokov<sup>5</sup> so po Webrovem mnenju iracionalno-formalne narave, saj si ustvarjalci in uporabniki prava pomagajo s sredstvi, ki jih ne nadzira razum, ko se npr. sklicujejo na oraklje ali božanska razodetja.<sup>6</sup> Med iracionalne načine sojenja šteje ordalijo, žrebanje kot sredstvo za reševanje sporov, dvoboj, prisego, institut prisežnih pomočnikov in tudi uporabo občutka za pravično, ki je po njem emocionalne narave.<sup>7</sup> Na ta seznam dodaja tudi poroto oz. porotno sojenje.

Pri takšnem pojmovanju prava so pomembno vlogo v družbeni skupnosti igrali starešine, ki so poznali upoštevne svete običaje. Najpogostejše so to bili vrači, preroki ali magi. Pri tem pravzaprav ni šlo za ustvarjanje prava, temveč predvsem za njegovo odkrivanje prek razodetja omenjenim karizmatičnim osebam. Za magične tehnike, ki so jih pri tem uporabljali, so značilni izraziti obredni formalizmi. Tako so te osebe npr. poročale skupnosti o tem, da je božanska sila zahtevala, da se problem reši na takšen ali drugačen način, pri čemer

3 Max Weber, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978.

4 Weber je študiral pravo v času vrhunca nemške zgodovinske jurisprudence ter je učil gospodarsko pravo in pravno zgodovino na Univerzi v Berlinu. Roach Anleu 2000 (op. 1), 21.

5 Weber 1978 (op. 3), 882.

6 Weber 1978 (op. 3), 656.

7 Jung bi rekel, da je občutek za pravično veliko bolj pogojen z intuitivnim kot pa emocionalnim dožemanjem stvarnosti.

za konkretno odločitev niso bile uporabljene nikakršne racionalne podlage, saj je prerok prejel takšno pomembno sporočilo v stanju ekstaze ali v sanjah.<sup>8</sup>

Drugi tip prava, ki ga je razvil Weber, je poseben tip empiričnega ustvarjanja prava in sodstva, ki ga opravljajo honorati prava; štel ga je za racionalno-materialno. Tu na odločitev o pravnem problemu ne vplivajo norme, ki bi bile oblikovane na podlagi logične racionalizacije abstraktnih razlag določenih pomenov, temveč zlasti etični imperativi, utilitaristična in pragmatična pravila ter tudi politične maksime.<sup>9</sup> Takšen tip prava se je po Webbru najbolj razvil v času rimskega imperija, ko so pravniki, vzgojeni v praktičnem in empiričnem razmišljanju, razvili specialni poklic pravnika. Ti so ustvarjali kazuistično pravo (lat. *casus* – primer), ne pa sistematičnega, kar je značilno šele za moderno dobo. Tu Weber vleče zanimivo paralelo z vzgojo anglo-ameriških pravnikov, ki so jih v preteklosti kot »vajence« izobraževali in vzgajali predvsem pravniki praktiki. Ti so bili bolj usmerjeni v praktično pravo ali kazuistiko in so kodifikacijo prava dolgo zavračali.<sup>10</sup> Še danes anglo-ameriško pravo ni tako obsežno kodificirano kot evropsko kontinentalno.

Tretji tip prava je Weber imenoval postavljanje prava svetovnih imperijev in teokratske oblasti.<sup>11</sup> To je po njem iracionalno-materialno, saj gre za odločanje, na katero vplivajo konkretni dejavniki posamičnega primera, ki se ocenjujejo na podlagi etičnih, emocionalnih ali političnih temeljev, ne pa na podlagi splošnih norm.<sup>12</sup> Tu Weber govori o prehodu iz karizmatičnega prava v pravo, ki temelji na oblasti (lat. *imperium*), nakazuje pa na delno sekularizacijo plemenske družbe ob zatonu antike, na katero so ob selitvi narodov močno vplivale vojaške razmere. Tako so bila pravna pravila pogosto zavestno ustvarjena na podlagi ukazov vojaških poveljnikov ali soglasja v skupnosti (vojščakov). Ni šlo več toliko za karizmatično razodetje prava, temveč bolj za vojaške ali podobne ukaze. Tako je vojaška organizacija družbe pomembno vplivala na sekularizacijo prava, vsaj kar zadeva njegovo patrimonialno dimenzijo.<sup>13</sup>

Na drugi strani je teokratska narava pri takšnem tipu prava pomenila moč duhovnikov kot organiziranih varuhov prava, kar se je še posebej izražalo v naraščajočem pomenu kanonskega prava. Seveda sta bili tako patrimonialna kot teokratska oblast v tem smislu omejeni s tradicionalnim pravom, kanonsko

8 Weber 1978 (op. 3), 758–775.

9 Weber 1978 (op. 3), 657.

10 Weber 1978 (op. 3), 784–802.

11 Weber 1978 (op. 3), 882.

12 Weber 1978 (op. 3), 656.

13 Patrimonialen pomeni očetovski in se nanaša na prisvajanje včasih celo vseh funkcij oblasti na nekem teritoriju (zakonodajne, izvršne in sodne) s strani lokalnega fevdalca nad svojimi podložniki. To je pravzaprav izum fevdalizma in se začne kot proces pojavljati v njegovih začetkih. Več o tem glej *infra*, pri poglavju o tradicionalnem tipu prava.

pravo pa je odigralo pomembno vlogo pri razvoju prava v smeri racionalnosti. Četudi bi takšen sistem lahko šteli za racionalnega glede uporabe določenih načel, ne gre za racionalnost v instrumentalnem, torej logičnem, lahko bi rekli tudi formalnem smislu, temveč bolj v smeri veljave materialnih načel socialne pravičnosti politične, utilitaristične in etične vsebine. Takšno pravo, predvsem v patrimonialni obliki, pri razreševanju sporov pogosto uporablja diskrecijo ter šteje podeljene privilegije kot nekakšno darilo milosti. Taka neformalna materialna narava patriarhalne uprave je dosegla svoj vrhunec, ko je sekularni vladar postavil sebe v službo pozitivističnih religioznih interesov, ki so presegali zgolj ritualne okvire.<sup>14</sup>

Navsezadnje po Weberu sistematično uzakonjanje prava in poklicno izvrševanje sodne funkcije s strani oseb s formalno pravno izobrazbo<sup>15</sup> pomeni del racionalno-formalnega prava, kjer gre za profesionalni, legalistični in abstraktni pristop k pravu v modernem smislu. Za zadnjo skupino je po njem značilen pristop na podlagi abstraktne metode, ki uporablja logično razlago pomena in sistemizira veljavna pravna pravila v notranje kompleksen in koherenten sistem abstraktnih pravnih pravil.<sup>16</sup> Do tega po Weberu pride po zaslugi razsvetljenega absolutističnega vladarja, ki s pomočjo svojega državnega aparata, ki ga sestavljajo univerzitetno šolani pravniki, vzgojeni v duhu recepcije rimskega prava, izgradi enotno državno oblast. Naravna posledica takšne usmeritve so velike sistemske pravne kodifikacije 19. stoletja.<sup>17</sup>

Po Weberu naj bi zgodovina prava na splošno potekala po temle ključu: najprej je šlo za primitivne pravne postopke v zvezi s kombinacijo magično pogojenega formalizma in iracionalnosti, pri čemer je pomembno vlogo igralo razodetje. Sledil je izrazito specializiran pravniški in racionalno-logični pristop, ki se je sicer kombiniral s teokratsko ali patrimonialno pogojeno neformalno prikladnostjo. Na koncu pa imamo pravo logično sublimacijo in deduktivni pristop z razvijanjem vse bolj racionalnih tehnik v pravnih postopkih.<sup>18</sup>

V nadaljevanju tega dela bomo videli, kako je webrovski koncept idealnih tipov prava mogoče razumeti skozi prizmo Jungove psihološke tipologije. Temu pa sledijo tudi predlogi za spremembo in nadaljnji razvoj webrovskih idealnih tipov.

14 Weber 1978 (op. 3), 809–859.

15 Weber 1978 (op. 3), 882.

16 Weber 1978 (op. 3), 657.

17 Weber 1978 (op. 3), 848–859.

18 Weber 1978 (op. 3), 882.

### 3 JUNGOVA TIPOLOŠKA TEORIJA

Ena najvplivnejših različic psihološke tipologije je gotovo tista Carla Gustava Junga. Jungovo temeljno delo o psiholoških tipih je izšlo leta 1921.<sup>19</sup> V njem je zajeto eno od področij njegove obširne misli, ki bi bilo lahko zanimivo tudi za pravo in pravnike.

V tem okviru Jung najprej loči med vedenjskima tipoma ekstravertiranosti in introvertiranosti. Ti dve osnovni vedenjski obliki ponazarjata razdelitev psihične energije med ljudmi glede na to, čemu posvečamo pozornost in kaj nam daje energijo. Ekstravert in introvert sta prisotna v določenem obsegu v vsakem izmed nas. Ekstravertno vedenje motivira zunanost in ga usmerjajo zunanji, objektivni dejavniki in razmerja. Pri ekstravertni osebi, ki prejema energijo od zunanjih elementov, teče energijski krog navzven proti svetu, medtem ko pri introvertni osebi, ki prejema energijo od notranjega sveta in tudi jemlje energijo svetu, teče energijski krog iz sveta navznoter, pri čemer jo navdihuje notranji svet idej, saj njeno vedenje motivirajo notranja, subjektivna dejstva. Bolj ekstravertni prejemajo energijo iz zunanjega sveta ljudi in objektov, stvari. Ti bodo navadno težili k interakciji, skupinskemu delu, najprej delujejo ali spregovorijo, šele nato pomislijo, so obrnjeni navzven, radi govorijo, imajo radi različnost in aktivna dejanja, porabljajo energijo, radi hodijo ven, mislijo na glas in imajo radi diskusijo.<sup>20</sup> Ekstravertnost in introvertnost se med seboj izključujeta: če nekdo izoblikuje zavestno vedenjskost ene oblike, postane druga oblika nezavedna in deluje kompenzatorno. Tisti, ki imajo raje introvertnost, prejemajo energijo od notranjega sveta idej, vtisov in misli. Takšni so raje v samoti, imajo raje pogovor le dveh udeležencev, najprej pomislijo, šele nato spregovorijo, varčujejo z energijo, so osredotočeni navznoter, so bolj tihi, raje se posvečajo eni stvari v danem trenutku, so zadržani, mislijo s »svojo« glavo in radi premišlujejo.<sup>21</sup>

Nadalje je Jung poleg vedenjskih oblik razvil tudi funkcionalne tipe ali štiri funkcije duše, da je prikazal njen značaj. Štiri funkcije duše je tako razvrstil v dva nasprotna para. Na eni strani imamo dve racionalni ali ocenjevalni funkciji, s pomočjo katerih lahko ocenjujemo zaznave ali izkušnje, kar nam omogoča odločanje: tj. mišljenje in čustvovanje. Na drugi strani imamo dve iracionalni ali zaznavni funkciji: senzualno ali čutilno funkcijo in intuicijo, ki ne pomenita ocenjevanja, temveč zaznavanje v smislu sprejemanja informacij.

19 Carl G. Jung, *Psychologische Typen*, Duesseldorf, Patmost Verlag GmbH & Walter Verlag, 1921, 1971.

20 Te temeljne Jungove koncepte so morda še preprosteje razložili nekateri njegovi nasledniki. Glej npr. Renee Baron, *What Type Am I?*, London, Penguin Books, 1998, 10, 13.

21 Carl G. Jung, *From Psychological Types*, v Violet S. de Laszlo (ur.), *The Basic Writings of C. G. Jung*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, 187–298. Baron 1998 (op. 20), 10, 13.

Čutilnost nam pove, da nekaj obstaja. Tisti, ki jim je čutilnost blizu, nameenjajo največ pozornosti informacijam in podatkom, do katerih pridejo prek petih čutov, in se osredotočajo na to, kar je ali je bilo. Čutilci imajo navadno raje dejstva, konkretne podatke, bolj jih zanima tekoče dogajanje, posvečajo se specifikam, so praktični in realistični, usmerjeni na sedanjost, cenijo zdravo pamet in so pragmatični.<sup>22</sup> Funkcija mišljenja nam pove, kaj je nekaj. Misleci se torej odločajo na logičen in objektivni način. Navadno so odločni, analitični, objektivni, prepriča jih logika, so neposredni, cenijo kompetentnost, odločajo se z »glavo«, cenijo pravičnost, dajejo vtis nerahločutnosti, radi so kritični in navadno ne jemljejo stvari osebno.<sup>23</sup> Funkcija čustvovanja pove, ali je nekaj dobro ali ne. Tisti, ki jim je čustvovalnost blizu, se odločajo na osebni, vrednostni način. Navadno so tenkočutni, sočutni, subjektivni, vrednostno naravnani, cenijo odnose in razmerja, se odločajo s »srcem«, cenijo harmonijo, lahko so videti preveč čustveni, znajo ceniti stvari in navadno jemljejo stvari osebno.<sup>24</sup> Intuicija pa nam sugerira, od kod kaj prihaja in kam gre. Intuitivci navadno zelo upoštevajo svoj »šesti čut«, notranje vzgibe in sugestije ter so pozorni na možnosti. Še posebej cenijo vpoglede, abstraktne informacije, zanimajo jih možnosti, celovitost pogleda, domišljija, navdih, usmerjeni so na prihodnost, cenijo inovacije in so spekulativni.<sup>25</sup>

Posameznikova zavest je naravnana v eno od teh smeri. Če je pri nekom dominantna funkcija npr. mišljenje, bo inferiorna in najmanj razvita funkcija čustvovanje, in nasprotno. Preostali dve funkciji pa sta pomožni in služita dominantni funkciji, pri čemer ima druga seveda večji vpliv na dominantno kot tretja.<sup>26</sup>

V tem smislu je Jung kombiniral dve vedenjski obliki s štirimi funkcijami in izoblikoval osem psiholoških tipov: ekstravertne mislece,<sup>27</sup> introvertne mislece,<sup>28</sup> ekstravertne čustvovalce (npr. voditelji pogovornih oddaj),<sup>29</sup> introvertne čustvovalce (npr. menihi, nune, glasbeniki),<sup>30</sup> ekstravertne čutilce,<sup>31</sup> in

22 Baron 1998 (op. 20), 10, 20.

23 Baron 1998 (op. 20), 11, 26.

24 Baron 1998 (op. 20), 11, 26.

25 Baron 1998 (op. 20), 11.

26 Jung 1990 (op. 21), 187–298.

27 Svoje delovanje usmerjajo glede na fiksna pravila in načela, zanimajo jih realnost, red, materialna dejstva. Lahko gre za znanstvenike, ki odkrivajo naravne zakone, ali ekonomiste, ki ustvarjajo teoretične formule. Glej Maggie Hyde, Michael MacGuinness, *Introducing Jung*, Cambridge, Icon Books, 1999, 82.

28 Ti si radi postavljajo vprašanja, povezana z razumevanjem svojega bivanja. Navadno zane-marjajo zunanji svet in sledijo svojim idejam (npr. filozofi). Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 82.

29 Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 83.

30 Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 83.

31 Navadno se osredotočajo na zunanja dejstva, so praktično naravnani in sprejemajo svet, npr.

trovertne čutilce (npr. esteti),<sup>32</sup> introvertne intuitivce (npr. mistiki ali pesniki)<sup>33</sup> in ekstravertne intuitivce (npr. osebe za stike z javnostjo ali avanturisti).<sup>34</sup> Ugotovitev osebnostnega tipa omogoča boljšo sliko o svetovnem nazoru ali vrednotah osebe. Tipi ponazarjajo osebnost in pogosto določajo tudi izbiro poklica ali pričajo o določenih nagnjenjih oz. talentih znotraj določenega poklica v smislu kariernega napredovanja.

Jung se je zavedal, da v vsakem posamezniku prevladuje določen mehanizem delovanja, ki se drugih mehanizmov v tej isti osebnosti ne more znebiti, četudi so prevladujočemu popolnoma nasprotni. Ne gre za čiste tipe, temveč idealni tip pomeni prevladovanje določenega mehanizma v določenem posamezniku.<sup>35</sup>

Njegova metodologija pri razvoju psiholoških tipov se je opirala na ideje, ki jih je dobil pri delu s pacienti, vendar je sledil tudi podobnim poskusom drugih velikih umov v preteklosti. Tako je študiral dela Schillerja, Nietzscheja, Jamesa in drugih velikanov človeške misli.<sup>36</sup> Te poskuse je analiziral in jih poskušal razumeti prek določenih kategorij, ki jih je razvil v okviru svoje teorije idealnih psiholoških tipov.

Danes nekateri psihologi naprej razvijajo jungovske tipe z odkrivanjem novih dimenzij. Glede na navedeni tipološki okvir so nekateri postjungovci naprej razvili nekatere značilnosti kognitivnih funkcij, na podlagi katerih so zasnovali tudi poseben indikator tipa (indikator MBTI).<sup>37</sup> Četudi je izvirnost misli glede tovrstne psihološke tipologije treba pripisati Jungu, so nekateri njegovi nasledniki pomembno razvili nekatere vidike na tem področju. Tako je dodatno raziskovanje na tem področju s posebnim poudarkom vpliva pomožne kognitivne funkcije na dominantno prineslo razširitev osmih Jungovih tipov na šestnajst.<sup>38</sup> Značilnosti teh tipov so bile v zadnjih desetletjih empirično potrjene s številnimi rezultati testov MBTI. Tako je bilo delo postjungovcev na področju psiholoških tipov zelo pomembno tudi za razvoj idealnih (tako splošnih kot posebnih) tipov prava in idealnih osebnosti, povezanih s pravom, ali pravnih poklicev, ki sledijo v nadaljevanju tega dela.

---

graditelji, gradbeniki. Nekateri izmed njih so lahko pravi uživalci življenja. Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 83.

32 Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 84.

33 Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 84.

34 Hyde, MacGuinness 1999 (op. 27), 84.

35 Jung 1990 (op. 21), 9.

36 Jung 1990 (op. 21), 9.

37 T. i. indikator tipov Myers-Briggs so razvili, da bi ugotovili prisotnost posameznih tipov pri testiranih osebah. Glej Isabel Briggs-Myers, Peter B. Myers, *Gifts Differing*, Mountain View, California, Davies-Black Publishing, 1995.

38 Briggs-Myers, Myers 1995 (op. 37).



Zdaj pa si pogledajmo, kako so nekateri postjungovci opisali temeljne značilnosti posameznih kognitivnih funkcij. Te značilnosti bodo pomembne za razlago in modifikacijo Webrovih idealnih tipov prava v petem poglavju tega dela.

Glede omenjenih psihološkotipoloških razlik npr. Quenk dokaj ilustrativno opisuje značilnosti posameznih kognitivnih funkcij. Tako za čutilno funkcijo pravi, da ima nekaj značilnosti, ki se nanašajo predvsem na naša čutila. Najprej je tu (1) konkretnost, ki se kaže v osredotočanju človeka, ki mu je ta funkcija primarna, na konkretno, otipljivo, na dobesedne zaznave, konkretne in otipljive komunikacije, takšne načine učenja, svetovni nazor in vrednote. Takšna oseba zaupa temu, kar je mogoče preveriti s čuti, in je previdna predvsem glede tega, kar presega dejstva. Značilnost čutilne funkcije je tudi (2) realističnost, zato oseba s primarno čutilno funkcijo daje prednost temu, kar prinaša otipljive koristi in kar je skladno z zdravo pametjo. Takšna oseba tudi ceni učinkovitost, udobnost in varnost. Nadaljnja značilnost te funkcije je (3) praktičnost, ki se kaže v uporabnosti idej bolj kot v idejah samih ter v delovanju z znanimi sredstvi z uporabo praktičnih in znanih metod. Takšna oseba bolj ceni skromne, a otipljive nagrade namesto tveganih priložnosti za večjo korist. Nadaljnja značilnost je (4) eksperimentalnost pri zaupanju lastni ali tuji izkušnji kot kriteriju resnice in upoštevnosti ter učenju na podlagi neposredne izkušnje. Takšna oseba se tudi bolj osredotoča na preteklost in sedanjost kot pa na prihodnost. Končno je pomembna značilnost te funkcije (5) tradicionalnost, saj oseba, pri kateri je ta funkcija primarna, ceni predvsem kontinuiteto, varnost in družbeno afirmativnost, ki jo zagotavljajo tradicija, uveljavljene institucije in znane metode. Pri tem pa jo begajo nekonvencionalni odkloni od ustaljenih norm.<sup>39</sup>

Nekakšen antipod čutilni funkciji je intuicija. Zanj je po Quenkovi najprej značilna (1) abstraktnost, kar pomeni osredotočanje na koncepte in abstraktne pomene idej ter njihovih medsebojnih razmerij. Abstraktnost nadalje pomeni uporabljanje simbolov, metafor in mentalne »skoke« pri razlaganju interesov in pogledov. Naslednja značilnost intuitivne funkcije je (2) domišljajskost, kar pomeni bolj ceniti možnosti od otipljivosti in predvsem nove izkušnje pri reševanju problemov. Sledi (3) konceptualnost s poudarkom na znanju zaradi znanja samega ter na osredotočanju na koncepte same, ne pa toliko na njihovo uporabo. Ta lastnost je bolj usmerjena na kompleksnost in implicitne pomene kot pa na otipljive podrobnosti. Nato sledi (4) teoretičnost, ki vidi pomembnost onkraj tega, kar je otipljivo, ter zaupa teoriji, ki ima sama svojo realnost. Je usmerjena v prihodnost ter ceni povezave med abstraktnimi koncepti. Končno je značilnost intuitivnosti tudi (5) izvirnost, ki ceni enkratnost, inventivnost pri iskanju pomenov v vsakdanjih aktivnostih.<sup>40</sup>

39 Naomi Quenk, *Essentials of Myers-Briggs Type Indicator Assessment*, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2009, 10.

40 Quenk 2009 (op. 39), 10.

Za mišljenje kot kognitivno funkcijo je zelo značilna (1) logičnost, ki pomeni, da je uporaba logične analize in zanesljivih podatkov najboljša pot pri sprejemanju odločitev, pri čemer se je primarno treba osredotočati na vzroke in posledice ter tehtati prednosti in slabosti. Sledi (2) razumnost, ki pomeni uporabo logičnega razmišljanja, pravičnosti in nepristranskosti pri dejanskem odločanju, pri čemer gre za jasnost glede ciljev in odločitev. Zatem sledi (3) spraševanje v smislu razumevanja, pojasnjevanja in doseganja skupnega imenovalca, reševanja problemov ter ugotavljanja pomanjkljivosti v lastnih in tujih stališčih. Naslednja značilnost je (4) kritičnost, kar pomeni uporabo neosebnih kritik glede idej, situacij in postopkov, zato da bi dosegli resnico ter da bi se izognili pomanjkljivostim v idejah in načrtih. Tu je še (5) trdnost, pri čemer gre za trdna stališča, ki so premišljena in kritično zastavljena ter ki naj se izvršijo hitro in učinkovito.<sup>41</sup>

Končno utemeljuje Quenkova funkcijo čustvovanja na osebnih ali družbenih vrednotah z osredotočenostjo na razumevanje in harmonijo. Najprej tako govori o (1) empatičnosti, pri čemer je v ospredju vpliv neke odločitve na ljudi ter na vrednote in odnose. Nadalje navaja (2) sočutnost kot upoštevanje posameznikovih unikatnih in osebnih potreb pri odločanju bolj kot objektivnih meril. Nadaljnja lastnost je (3) prilagodljivost v smislu poudarjanja pomena harmonije in vključevanja različnih stališč kot poti, ki so primernejše od konfrontacije. Nato sledi (4) sprejemljivost v smislu upoštevanja tolerantnosti do drugih z namenom doseganja skupno zadovoljujočega načrta ali postopka, ki je dovzeten za široko polje idej in stališč. Končno gre tu za (5) tenkočutnost kot uporabo vljudnega prepričevanja in osebnega pristopa pri iskanju dogovora.<sup>42</sup>

Pred uporabo jungovske psihološke tipologije za razlago in razvoj Webrovih idealnih tipov prava pa naj najprej na kratko naznačim ter poskusim utemeljiti, kaj pravzaprav povezuje omenjena velika misleca.

## 4 PRIMERJAVA WEBROVIH IN JUNGOVIH IDEALNIH TIPOV

S splošnimi povezavami med Webrovo sociologijo in Jungovo psihologijo se je ukvarjal Walker.<sup>43</sup> Po njegovem mnenju Webra in Junga povezuje sociološka teorija. Trdi, da je Jungova psihologija sociološko koherentna, če jo gledamo v luči temeljnih socioloških teoretičnih tradicij, kar pomeni, da je sociologom blizu, če jo gledajo skozi oči Webrove sociologije. Walker nadalje šteje, da je Webrova historična sociologija zelo blizu Jungovi kulturni zgodovini duše.

41 Quenk 2009 (op. 39), 11.

42 Quenk 2009 (op. 39), 11.

43 Walker 2012 (op. 2).

Nadalje Walker predlaga, naj sociologija prizna in upošteva Junga, saj bi se s tem odprla nova področja raziskovanja in bi to tudi pripomoglo k reflektivni analizi določenih socioloških debat.<sup>44</sup> To je tudi namen tega prispevka: osvetlitev Webrove sociologije prava v luči Jungovih psiholoških tipov ter modifikacija in nadaljnje razvitje Webrovih idealnih tipov prava na temelju Jungovih psiholoških tipov. Na podlagi analize, kako specifične kombinacije razmerij med dominantnimi in pomožnimi kognitivnimi funkcijami določajo posamezne tipe prava, bo analiza v nadaljevanju temeljila na razvoju določenih idealnih tipov osebnosti, ki se ukvarjajo s pravom, ali pravnih poklicev. V kakršnikoli družbeni strukturi in kulturni situaciji bodo namreč nekateri psihološki tipi prevladovali ter skušali oblikovati strukturno in kulturno okolje, v katerem se pojavljajo.

Oba avtorja bi se bržkone strinjala, da se je v družbenem razvoju evolucija predmodernega v moderno pravo ujemala s prehodom od pomembne vloge iracionalnosti v pravo h kasnejšemu prevladovanju racionalnosti v pravo. Poglejmo Webrovo idejo razvoja od iracionalnih predmodernih tipov prava k modernim, ki temeljijo na racionalnosti (tako v formalni kot materialni različici), ali Jungovo primerjavo med iracionalnimi (intuicija, čutilnost) in racionalnimi (mišljenje, čustvovanje) kognitivnimi funkcijami – oba sta zatrjevala določen napredek ali vsaj pomembno spremembo v človeških kognitivnih funkcijah v času razvoja kulturne zgodovine. Oba bi tudi zagovarjala stališče, da ima oblikovanje idealnih tipov prava po eni strani pravnozgodovinsko vrednost, saj ponazarja odvisnost zgodovinskega spreminjanja prava od družbenih sprememb in tudi od sprememb posameznika, po drugi strani pa izpričuje hkratni obstoj nekaterih zakonitosti in stalnosti v človeški in družbeni pojavnosti. Razlaga takšnih zakonitosti in njihova stalnost v luči psihološke tipologije poudarja projekcijo človekovih ter prevladujočih družbenih ali kolektivnih kognitivnih funkcij, ki se izraža v pravo določenega časa in prostora. Četudi velja, da se pravo z družbo spreminja (lat. *Ubi societas ibi ius*), je vseeno mogoče najti njegove tipične poteze, ki so značilne za določen čas. Tako je mogoče oblikovati določene idealne tipe prava, katerih značilnosti se izražajo v najbolj tipičnih ali prevladujočih splošnih elementih družbe določenega časa in prostora.

Weber in Jung bi tudi soglašala, da v nobeni dobi ni mogoče najti čistih idealnih tipov prava, ampak več idealnih tipov prava soobstaja in so hkrati prisotni v različnih dimenzijah glede na to, kateri je prevladujoč oz. pomožen ali dopolnilni glede na prevladujočega. Kljub temu so seveda obstajale tudi razlike med njunim razumevanjem teh tipov, zato je Jungovo bolj razvito splošno teorijo tipov mogoče uporabiti za kritiko, spremembo ali dopolnitev Webrovih idealnih tipov prava v sobesedilu zgodovinskega pravnega razvoja.

V naslednjem poglavju bomo s pomočjo značilnosti psiholoških kognitivnih tipov, ki sem jih predstavil v tretjem poglavju, analizirali Webrove idealne

44 Walker 2012 (op. 2), 52–53.

tipa prava skozi posamezna obdobja pravne zgodovine, tudi z namenom njihove spremembe oz. dopolnitve.

## 5 SPLOŠNI IN POSAMIČNI IDEALNI TIPI PRAVA Z VIDIKA PSIHOLOŠKE TIPOLOGIJE

Webrova študija zgodovinskih idealnih tipov prava je vsaj v pretežnem delu še vedno aktualna, kar bo dokazala razlaga idealnih tipov skozi prizmo Jungove psihološke tipologije. Potrebna je sicer delna korekcija njegovih modelov oz. njihovega razumevanja, še posebej, če upoštevamo tudi razvoj psihološke tipologije po Jungu.

Webrove idealne tipe prava sicer v nadaljevanju rahlo modificiram, tako da v naslednjih poglavjih obravnavam naslednje idealne tipe: religijski tip, tradicionalni tip, logični tip in harmonični tip prava. Modifikacija Webrove misli prek analize Jungovih ali postjungovskih psiholoških tipov je prispevala k nekaj spremembam glede na Webrove idealne tipe prava: (i) nekatera imena tipov sem spremenil; (ii) nekatere podskupine so bile premeščene v drug tip, (iii) oblikovani pa so bili tudi nekateri novi tipi ali podtipi. Na podlagi uporabe psihološke tipologije sem štiri klasične Webrove idealne tipe prava nekoliko preimenoval, dodal tudi nekatere nove podtipe in razvil idealne osebnosti, povezane s pravom, ali idealne pravne poklice.

Vrh tega je treba ponovno poudariti, da so v času prevladovanja nekega idealnega tipa soobstajali drugi idealni tipi, ki v tem času niso bili tako dominantni. Poleg tega je treba dodati, da vse do modernega časa ne moremo govoriti o kakšnem oblikovanem ali razvitem pravnem sistemu – vsaj ne v smislu kompleksnosti, ki jo premorejo sodobni pravni sistemi in z njimi povezani idealni tipi prava.

### 5.1 Religijski tip prava

Prvemu splošnemu tipu prava, ki ga obravnavam, pravim religijski tip. Sestavljata ga dve različici: mistično pravo in teološko pravo. V nekem smislu oba ustrezata temu, kar je Weber poimenoval karizmatično odkritje prava in teokratsko pravo. A v nasprotju z Webrom, ki je med svojimi idealnimi tipi ta dva obravnaval v različnih obdobjih, v katerih sta se pojavljala, ju tu analiziram kot en splošni tip, ki pa ni omejen na specifično obdobje, temveč se lahko pojavlja kadarkoli in kjerkoli. Sicer sta mistično pravo in teološko pravo različna in se tudi pojavljata v različnih obdobjih; prvo je bolj značilno za primitivne družbene skupnosti, drugo pa za razvita in organizirana družbena okolja. Čemu ju potem obravnavam skupaj, na enem mestu?

Glavni razlog za njuno skupno obravnavo je v tem, da oba temeljita na intuiciji kot eni izmed iracionalnih kognitivnih funkcij. Razlika med njima pa je v tem, da eden temelji na pomožni kognitivni funkciji čustvovanja, drugi pa na pomožni funkciji mišljenja. O teh razlikah bom podrobneje govoril v nadaljevanju pri posamičnih tipih.

### 5.1.1 Mistično pravo

Za prvi podtip prava je značilno delovanje karizmatične oblasti prerokov in svečnikov z nadnaravnimi sposobnostmi. Ljudstvo tedanjega časa takšnim oblastnikom kot nekakšnim razlagalcem delovanja višjih sil na splošno verjame, jih spoštuje in njihovo oblast šteje za legitimno. Tipu prava, ki temelji na delovanju višjih, onkrajzemeljskih sil in na njihovem razodetju človeku, pravimo religijsko pravo prerokov in magov. Takšen iracionalni način sklicevanja na božanski izvor zakonov in drugega prava je še posebej značilen za staroveško orientalsko pravo in njegovo izrazito teokratsko usmeritev. Kljub vzniku racionalnosti se še pojavlja v stari Grčiji, bistveno manj v zgodnjem začetku starega Rima, v pomembnem vidiku pa je prisoten še v obdobju srednjega veka, vsaj dokler še govorimo o predmodernem pravu. Kasneje pa se vse bolj uveljavlja novoveško, bolj ali manj pretežno racionalno sekularizirano dojemanje prava, ki ga imenujemo tudi moderno pravo. V nadaljevanju predstavljam nekaj tipičnih primerov oz. poudarkov iz mističnih elementov v dojemanju prava.<sup>45</sup>

Glede nastajanja oz. ustvarjanja prava vzemimo kot tipični primer najprej prolog k Hamurabijevemu zakoniku iz Babilona iz časa skoraj dveh tisočletij pred našim štetjem. Vladar ga je sestavil po nareku boga Marduka, ki mu je naročil, naj ljudem v deželi omogoči pravo in pravičnost.<sup>46</sup> Nekaj podobnega najdemo že kakšnih 320 let prej v Ur-namujevi pravni zbirki; takrat je sprejem pravnih pravil zaukazal bog Nana.<sup>47</sup> V tem sobesedilu ne moremo tudi mimo Mojzesovih desetih zapovedi iz hebrejskega prava v *Svetem pismu stare zaveze*, ki mu jih je razodel Bog. Pomemben mistični element staroveškega orientalskega prava se denimo kaže v postopkih z ordalijami ali božjimi sodbami kot preizkusom z reko,<sup>48</sup> sodnim dvobojem, preizkusom z vrelo vodo, ognjem, razbeljenim železom itd. Ordalijska se je večinoma uporabljala ne le v starem, temveč

45 V tem delu primere navajam po krestomatiji Katje Škrubej, *Pravo v zgodovini, Odlomki virov s komentarji*, Ljubljana, GV Založba, 2010.

46 Viktor Korošec, Slovenski prevod Hammurabijevega zakonika, *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete* (1954), 53–55.

47 Martha T. Rot, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Atlanta 1997, 15–18, nav. po Škrubej 2010 (op. 45), 37.

48 Tipičen primer je tako iz Hammurabijevega zakonika, ko je nekdo drugega obdolžil npr. čarovnije, pa mu tega ni dokazal, zato se je obdolženi moral potopiti v reko, in če bi ga ta izvrгла, bi tako sklepali, da je nedolžen, zato bi bil tisti, ki mu je to očital, usmrčen. Korošec 1954 (op. 46), 53–55.

tudi v zgodnjem srednjem veku in vse do začetka 13. stoletja, ko je Sveti sedež duhovnikom prepovedal sodelovanje pri njej.<sup>49</sup>

Kljub izrazitejši racionalizaciji je mistični pristop k pravu poznala tudi stara Grčija, predvsem v začetni dobi. Tako je npr. biograf Plutarh poročal, da kralj Likurg svojih zakonov ni zapisal, saj naj bi mu to prepovedovala ena izmed reter.<sup>50</sup> Tudi kralj Solon v svoji Veliki državni elegiji govori o Dikinih svetih postavah (Dika je boginja pravičnosti).<sup>51</sup> Celo v precej racionalnem obdobju starega rimskega prava je vsaj v začetku zaznaven metafizični naboj, npr. v obdobju kraljev ali arhaične dobe, ko je rimska družba še pred Zakonikom XII plošč živela po običajnem pravu, ki je vsebovalo močne primesi sakralnega prava.<sup>52</sup> Kasneje se staro rimsko pravo precej racionalizira.

Iracionalnost metafizičnega elementa v pravu se spet izraziteje pojavi v določenem vidiku v začetku srednjega veka, ko so denimo še prisotne ordalije. Posebnost zgodnjega srednjeveškega prava, predvsem v germanskih običajnih pravih (t. i. *leges barbarorum*) so bili prisežni pomočniki kot osebe, ki so s svojo prisego npr. potrdile izjavo ene izmed obeh strank ali podkrepilne indice o obdolženčevi nevarnosti in verjetnosti, da je storil kaznivo dejanje. Sicer je prisega dokazno sredstvo, ki je izrazito sakralnega izvora. Pri prisegi so se morale takšne priče, ki niso bile priče v današnjem pomenu besede, dotakniti kakšnega svetega predmeta, v krščanski dobi razpela ali evangelija, Židje pa *Dekaloga*. Po Vilfanu naj bi bila prisega pravzaprav le ena najprvotnejših, vendar tudi najdlje ohranjenih oblik božje sodbe.<sup>53</sup>

Tudi še v zgodnjem srednjem veku so predvsem na zahodu pri germanskih plemenih karizmatični preroki s pomočjo razodetja ugotavljali oz. odkrivali v določenih pravnih postopkih vsebino metafizičnega prava. Takšni preroki so denimo bili *brehon* na Irskem, *druoid* pri Galcih, *rachimburgi* pri Frankih in *lag saga* pri nordijskih plemenih.<sup>54</sup>

Ob tem tipu prava, ki je nekako bolj značilnost zgodnjega starega veka in delno zgodnjega srednjega veka, so seveda soobstajali tudi drugi tipi prava, ki jih bomo obravnavali v nadaljevanju. Tu so bili v prvi vrsti pravni običaji, njihove zbirke, različni vladarjevi ukazi in odloki, tudi preprostejši zakoni, odločitve sodišč itd., ki niso bili nujno metafizičnega izvora. Ob siceršnjih pomembnih sakralnih koreninah tedanjih družb je bilo treba pravno urejati tudi povsem

49 Rene David, Guenther Grasmann, *Uvod v velike sodobne pravne sisteme*, Ljubljana, Cankarjeva Založba, 1998, 119.

50 To je zakonska odredba kot sklep bogov, ki naj bi bil posredovan v obliki prerokbe. Rajko Bratož, *Grška zgodovina*, Ljubljana, Zveza zgodovinskih društev, 2003, 75.

51 Anton Sovre, *Starogrška lirika*, Ljubljana, DZS, 1964, 76–79.

52 Škrubej 2010 (op. 45), 63.

53 Sergij Vilfan, *Pravna zgodovina Slovencev*, Ljubljana, Slovenska matica v Ljubljani, 1996, 272.

54 Weber 1978 (op. 3), 768–769.



posvetne zadeve. Tako imamo iz starih mezopotamskih časov, npr. iz leta 2112 pr. n. št., ohranjeno notico o čisto »navadni« (tj. obligacijski) pogodbi.<sup>55</sup>

Kateri pa so najbolj tipični pravni viri metafizičnega prava?

Kar zadeva splošne pravne akte, kamor spadajo religiozne norme, ki imajo tudi pravno veljavo, je treba najprej omeniti t. i. metafizične ustave, kakršna sta npr. *Sveto pismo* (predvsem stare zaveze) in *Koran*, ki sta vsaj v nekem obdobju ne le vrhovna religiozna dokumenta, temveč tudi pravna dokumenta. Nekatere metafizične pravne norme so se pojavljale tudi v zgodovinskih zakonikih ali pravnih zbirkah. Tu imamo v mislih npr. določbe Hamurabijevega zakonika o božjih sodbah. Seveda pa so zakoni ali zakoniki na splošno imeli vse do modernih kodifikacij predvsem kazuistično naravo, ne sistematične, o čemer sicer več v nadaljevanju. Med metafizične pravne norme lahko štejemo tudi obredne pravne običaje, ki so bili uvrščeni v različne pravne zbirke ali pa so bili preprosto del ustnega izročila. Sicer pa je bilo v starejših dobah večino prava vse do večjega razmaha pismenosti predvsem v običajnopравни ustni obliki.

Kako pa je s takšnim tipom prava v kasnejših obdobjih? Bržkone ga razvoj novoveškega, modernega prava, ki je pretežno racionalno, vse bolj potiska na obrobje. Že moderno naravno pravo ga izrine iz območja sakralnega v dimenzijo posameznikovega moralnega dožemanja sveta. Danes ga morda srečamo le še v kakšnih občutkih za pravičnost ali v krogih, ki gledajo na pravo v smislu njegovega klasičnega (tj. predvsem religioznega) naravnopravnega ideala.

Kakšna je torej psihološkotipološka značilnost mističnega ali preroškega prava? Kateri so njegovi prevladujoči elementi?

Ker pravimo, da je to pravo iracionalno, mora biti v ospredju ena izmed t. i. iracionalnih kognitivnih funkcij, ki sta funkciji zaznave. Ob dejstvu, da gre za (religiozno) razodetje, je v ospredju kot pglavitna ali primarna funkcija seveda introvertna intuicija. O intuiciji (lat. *intueri* gledati na ali v) Jung zapiše, da se vsebina predstavlja kot celota in popolnoma, ne da bi lahko razložili ali odkrili, od kod prihaja. Gre namreč za nekakšno instinktivno dožemanje danosti (*a priori*), za nekakšno notranjo gotovost in prepričanje. Spinoza in Bergson bi *scientio intuitivo* označila za najvišjo vrsto znanja. Po Jungu je intuitivnost tako kot čutnost del infantilne in primitivne psihologije. V različici introvertne intuicije lahko govorimo o videnjih prerokov, mistikov, ki po Jungu črpajo svojo »snov« predvsem iz nezavednega sveta in arhetipov.<sup>56</sup>

Weber je takšen staroveški tip prava označil tudi kot iracionalno-formalen. Formalnost se nanaša na pazljivo upoštevanje obrednih ritualov, ki naj vodi jo k ugotavljanju pravične sodbe. Iracionalnost se v tem okviru seveda nanaša na pglavitnost intuicije kot specifične kognitivne funkcije. Pri tem formalnost

55 Russ VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, Carolina AP, 2000; nav. po Škrubej 2010 (op. 45), 37.

56 Jung 1990 (op. 21).



obreda ali ritualnih postopkov daje svečenikom, ki na ta način ugotavljajo vsebino pravične sodbe, nekaj oblikovne zaslonbe in varnosti pri soočanju z numinoznimi vsebinami.

Intuicija je kot zaznavna kognitivna funkcija iracionalna. Če določimo zaznavno funkcijo kot dominantno, pomeni, da je ena izmed ocenjevalnih funkcij pomožna in zato drugotne veljave. Vsaj kar zadeva pravo in pravni poklic, se glede tega tudi kaže tipična razlika med predmodernim in modernim pravom, kajti kot bomo videli v nadaljevanju, sta dominantni kognitivni funkciji v primeru modernega prava racionalni, medtem ko sta bili v predmodernem pravu bolj iracionalni.

Kot sem že nakazal, smo z dodajanjem pomožne funkcije dominantni funkciji intuicije prišli do prvega izmed dveh podtipov religijskega prava, namreč mističnega prava. Tu je pomožna funkcija čustvovanje, ki ima kot ocenjevalna funkcija nalogo ocenjevati zaznavo intuicije. Čustvovanje tu dodaja intuiciji nekakšno popolno, harmonično in vrednostno nabito izkušnjo numinoznih vsebin, kot razodetje, ki ga prerok deli z drugimi ljudmi. V sobesedilu pravnih postopkov je torej razodetje tisto, ki je pomembno za izid teh postopkov. Ker v tem času še ne moremo govoriti o pravnih poklicih, pa lahko vsaj opišemo osebnosti, ki so tipične za uporabo takšnega prava, torej preroke oziroma mistike.

### 5.1.2 *Teološko pravo*

Za drugi podtip religijskega prava štejem teološko pravo. To pravo je v svojem temeljnem izvoru intuitivno, saj temelji na zaznavi metafizičnih vsebin, a je drugačno od mističnega prava. Pravim mu teološko pravo, kajti z vidika psihološke tipologije je po mističnih razodetjih iz časa antičnega orientalskega prava in začetkov srednjega veka teokratska oblast, npr. katoliške cerkve, postala bolj dogmatska in se je tako delno oddaljila od t. i. žive vere.

Nekdaj razodete verske vsebine so se kasneje zapisale, kodificirale in tudi dogmatizirale. Razvil se je sistem religijskih pravil, postopkov in ustanov. Lahko bi rekli, da se je začetna močno intuitivna zaznava svetega kasneje vse bolj ocenjevala s pomožno funkcijo mišljenja, ki zajema predvsem značilnosti logike, sistematike in formalnosti. Etimologija besede teologija je naslednja: gr. *Theo* – bog + *-logia* iz *logos* – znanje, študij. Iz nekdanjega izvirnega metafizičnega razodetja se je razvil obsežen racionalni sistem religijskih nauk. Četudi gre za pomemben razvoj mišljenjske funkcije pri razvoju tega sistema, npr. kanonskega prava, je dominantno funkcijo še vedno mogoče pripisati intuitivni zaznavi, brez katere bi se povezava z metafizičnimi vsebinami povsem izgubila, tako da več ne bi mogli govoriti ne o religiji ne o religijskem pravu.

Takšno zvezanost s teološkim pravom gotovo predstavlja tipična osebnost, namreč teolog (tudi duhovnik). Na Zahodu so številni teologi in kanoniki pri-

spevali k razvoju obsežnega korpusa kanonskega prava. Toda tudi v islamski sunitiski tradiciji so pravne šole (npr. hanafitska), sestavljene iz teologov in pravnikov, pomembno prispevale k razvoju islamskega prava z razlago primarnih religioznih besedil.

## 5.2 Tradicionalni tip prava

V okviru splošnega tipa tradicionalnega prava obravnavamo dve specifični ali posamični vrsti prava: (a) imperialno pravo in (b) običajno pravo. Kot bomo videli v nadaljevanju, oba zaznamuje vloga prevladujoče kognitivne funkcije čutilnosti, ki je kot zaznavna funkcija iracionalne narave. V pravni različici (imperialno pravo) to podpira pomožna funkcija mišljenja, v drugem primeru (običajno pravo) pa pomožna funkcija čustvovanja.

Tradicionalno pravo je značilno za bolj predmoderni tip prava (delno starega, delno pa novega veka). Sicer njegove poteze lahko najdemo tudi v današnjem pravu. Tako lahko pravne običaje (npr. ustavne običaje v Veliki Britaniji, pravne običaje v gospodarskem pravu) najdemo še v sodobnem pravu, tudi v najrazvitejših državah, pri čemer pa se imperialno pravo pojavlja le od časa do časa v nekaterih bolj absolutističnih političnih režimih (npr. v vojaških diktaturah, ki vzniknejo po državnih udarih).

### 5.2.1 Imperialno pravo

Weber pri tradicionalnem pravu govori o imperialnem postavljanju prava (npr. ukazi, povelja vladarja) v smislu posvetne in sakralne »oblasti«. Imperij (lat. *imperium*) pomeni ukaz, povelje, vrhovno oblast ali poveljstvo. S tem izrazom je Weber mislil predvsem na oblast in povelja vojaških poveljnikov v času preseljevanja ljudstev v zgodnjem srednjem veku. V tistem času so bili vojne in vojaški spopadi pogosti in plemena so se morala nanje hitro odzvati, navadno na podlagi ustnega ukaza oz. povelja poveljnika, ki je začasno lahko razveljavilo celo tradicionalno običajno pravo nekega plemena. Takšno imperialno pravo se razvija še v obdobju patrimonializacije (lat. *patrimonium* iz *pater* oče) kot »privatizacije« javne oblasti lokalnih fevdalcev in oblasti vladarjev v okviru širšega kraljestva. Takšno večinoma ustno pravo je dopolnjevalo lokalne pravne običaje, kasneje pa z razvojem družbe vodi v bolj racionalne oblike zakonodaje.

Takšno patrimonialno pravo ni racionalno v smislu logične racionalnosti, saj je vladar odločal po svoji diskreciji od primera do primera, ne da bi bil vezan na kakršnakoli predhodna pravna pravila. Tako je bil rezultat nekega postopka odvisen od vladarjeve milosti ali privilegija, ki ga je nekomu naklonil. Če pa je bil vladar hkrati tudi najvišji svečenik, potem je bila njegova oblast popolna.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Weber 1978 (op. 3), 844–845.

Seveda pa takšna diskrecija ni bila absolutna, saj je moral delno upoštevati tudi lokalne običaje in religiozne norme.

Tovrstna patrimonialna oblast je bila patriarhalna (gr. *patriarches* iz *patria* – rod) ali »očetovska«. V jeziku simbolike arhetip očeta predstavlja čutilno, torej telesno funkcijo, ki se nanaša predvsem na »zemeljsko« pravo.<sup>58</sup> Pravni viri takšnega imperialnega prava so bili raznovrstni, večinoma ustni ukazi ali navodila v smislu posamičnih pravnih aktov, npr. glede števila dni, ki jih je moral kmet preživeti na dvorni tlaki. Temu bi lahko dodali darovnice ali podelitvene listine v pisni obliki kot izjave volje, s katerim so vladarji zemljo darovali svojim vazalom v alod ali jim jo podelili v fevd. Na drugi strani imamo npr. kapitularje frankovskih vladarjev, ki so pomenili navodila za urejanje posameznih področij. Ti so bili sicer že precej podobni temu, čemur danes pravimo splošni akti, četudi so bili pisani v bolj kazuistični obliki.

Kot je bilo že omenjeno, so vladarje, poglavarje in druge voditelje navadno štel za avtoritete z očetovskimi značilnostmi, nekakšne očake določene družbene skupnosti. To je sovpadalo z njihovo vrhovno zemeljsko avtoriteto. Morali so reševati konkretne in zelo praktične probleme, navadno precej hitro, da bi tako rešili in zavarovali svoje plemo, ko je bilo v nevarnosti. V takšni situaciji ni bilo časa za razmišljanje ali racionalno odločanje glede na prednosti in slabosti neke odločitve. Tako je v ospredju takšnega odločanja in reagiranja čutilna funkcija kot reakcija na fizično nevarnost. V smislu zaznavanja takšno avtoriteto usmerjajo povsem konkretni, praktični in realni izzivi, o katerih je treba odločiti. Njihova avtoriteta izhaja iz tradicionalne potrebe po spoštovanju družbenega reda in družbenih pravil. Čutilno kognitivno funkcijo tu podpira pomožna funkcija mišljenja (če je časa za miselno refleksijo sploh dovolj in če vladar kot postavljevalec pravil ni neposredno vpleten v boj). Čutilna zaznava realnosti je ocenjevana na način mišljenja: logično v smislu uporabe nekaterih sredstev za doseg določenega cilja, tj. neosebno in ne glede na posledice za kogarkoli (v smislu hladne preračunljivosti absolutista: »Ker jaz pravim tako, saj sem božji namestnik na zemlji!«), in na grob način v smislu neizprosne zahteve po izvršitvi odločitve, ki naj bo izpeljana hitro in učinkovito.

Tipična osebnost, ki ponazarja omenjeni tip imperialnega prava, je seveda vladar (bolj absolutističnega oz. despotskega tipa).

### 5.2.2 Običajno pravo

Tradicionalno pravo se kaže tudi v razvejenosti raznovrstnih pravnih običajev. Ti so poleg metafizičnega prava zelo močno zaznamovali predmoderno

<sup>58</sup> Tom Chetwynd, *Dictionary for Dreamers*, London, Paladin Books, 1982, 38. »Oče je simbol razmnoževanja, posesti, gospodovanja, vrline.« Jean Chevalier, Alain Gheerbrant, *Slovar simbolov*, Ljubljana, Mladinska knjiga, 2006, 398.

pravo vse od starega orientalskega prava prek stare Grčije, deloma starega Rima in še kako pomembno v srednjem veku, ko so pravzaprav pomenili njegovo ustavo. Pravne običaje so morali spoštovati tudi sami vladarji ne le v starem veku, temveč tudi v celotnem srednjem veku,<sup>59</sup> zametke srednjeveške zakonodaje pa pravzaprav pomenijo zbirke pravnih običajev (bodisi plemstva – deloma njihovi pravni običaji, ki jih prizna vladar v privilegijih; bodisi mest – deloma privilegiji ali statuti; bodisi podeželskih skupnosti – npr. Gorske bukve v Sloveniji<sup>60</sup>). Njihovo marginalizacijo povzročijo šele velike pravne kodifikacije, predvsem civilnega prava. Tako je denimo avstrijski ODZ določal, da pravni običaji ne veljajo sami po sebi, temveč se je nanje »moč ozirati le, kadar se kateri zakon sklicuje nanje«.<sup>61</sup> V današnjem, pretežno racionaliziranem pravu so med formalnimi pravnimi viri pravni običaji zgolj nekakšna obrobna zadeva.<sup>62</sup>

Za pravnega se šteje tisti običaj, torej neko (neprestano) ponavljanje določenega dejanja, ki ga neka skupnost, za katero velja, šteje za obveznega, torej veljavnega. Kot takšen se zdi, da je povezan s čutilno kognitivno funkcijo, ki zaznavanju dejanskosti, tudi zavezi, ki vlada v njej, oz. njeni nespremenljivosti daje določeno težo. Kot zaznavna funkcija je čutilnost sicer iracionalnega izvora. Pri pravnem običaju se ta v skrajnosti kaže v nekakšnem »slepem« zaupanju v tradicionalnost pravnih običajev, v njihovo ponavljanje, tudi zavoljo njih samih, četudi to morda ni vedno povsem racionalno in bi jih kazalo vsaj delno spremeniti. Dominantno čutilno funkcijo zaznamuje vezanost ali fiksiranost petih čutov na objekt oz. njihovo čutilno zaznavo. V ekstravertni obliki je takšna čutna zaznava objekta bolj dobesečna, v introverni različici pa bolj ustvarjalna ali subjektivno razložena.<sup>63</sup> Če oseba s prevladujočo intuitivno kognitivno funkcijo zaupa možnostim in je nagnjena k spremembam, je čutilni tip bolj zavezan dejanskosti, ceni konservativnost ter spoštovanje običajev in tradicije. Skratka sprejema svet in vrednote, kot obstajajo.<sup>64</sup> Ena izmed potez dominantne čutilne funkcije naj bi bila tudi tradicionalnost kot upoštevanje kontinuitete, varnosti, družbene afirmacije, ki jih zagotavljajo tradicionalnost, uveljavljene institucije in znane, uveljavljene metode. Pri tem pa je čutilna funkcija nenaklonjena spremembam in nekonvencionalnim odklonom od uveljavljenih norm.<sup>65</sup>

V nasprotju z imperialnim tipom prava je pomožna kognitivna funkcija tu čustvovanje. (Pravni) običaji so družbene norme, ki organsko vzniknejo v sami

59 Paolo Grossi, *Pravna Evropa*, Ljubljana, Založba/\*cf., 2010, 29–30.

60 Sergij Vilfan, *Uvod v pravno zgodovino*, Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1991, 84–85.

61 Škrubej 2010 (op. 45), 267.

62 Veljajo npr. kot uzance ali pravni standardi predvsem v civilnem pravu. Kot formalni pravni viri se tu in tam pojavljajo še tudi v ustavnem in mednarodnem pravu. V modernem pravu je bila velika težnja po njihovi kodifikaciji.

63 Jung 1990 (op. 21).

64 Briggs Myers, Myers 1995 (op. 37), 57–58.

65 Quenk 2009 (op. 39), 10.

družbi. So nekakšen izraz kompleksnih in prepletenih odnosov med ljudmi, vrednot, morale in interesov. Zato jih je mogoče ocenjevati kot nekakšno celovito, vseobsegajočo izkušnjo družbenih norm, ki veljajo od nekdaj, v nasprotju z današnjimi pravnimi normami, katerih oblikovalec je znan in so tudi kratkotrajnejše. Običaji nastanejo kot produkt celotne družbe in njene potrebe po družbeni regulaciji. Ker temeljijo na konkretnih elementih, so sami po sebi bližje osebnim potrebam posameznikov kot abstraktna in splošna pravila moderne zakonodaje.

Za takšno pravo so tipične osebnosti starešine<sup>66</sup> v družbi, v kateri so varuhi njenih običajev. To dokazuje tudi zgodovinsko dejstvo, da so še posebej v predmodernih družbah spraševali starejše ljudi po obstoju (pravnih) običajev kot veljavne pravne podlage za rešitev kakega (pravnega) spora.

Končno lahko z vidika pravne zgodovine ugotovim naslednjo pomanjkljivost v Webrovi teoriji idealnih tipov: kljub kompleksni analizi pravne zgodovine glede tradicionalnega tipa prava sploh ne omenja pravnih običajev, četudi jih pravni zgodovinarji na splošno štejejo za najpomembnejše vire prava v obdobju predmodernega prava vse tja do začetkov modernega prava.

### 5.3 Logični tip prava

Četudi pri tem tipu prava deloma analiziram, kar je Weber opisoval kot (a) pravo honoratov prava in (b) sistematično pravo in kar je štel k racionalnemu pravu, ko je oblikoval idealne tipe prava, uporabljam drugačno ime. Takšen splošni tip prava imenujem logično pravo. Prvi razlog je v tem, da od teh tipov prava ločujem t. i. harmonično pravo, ki je tudi racionalni splošni tip prava in ki ga obravnavam na koncu. Tako logično pravo kot harmonično pravo sta racionalni vrsti prava, saj v njunem ozadju delujeta racionalni dominantni kognitivni funkciji: pri logičnem pravu mišljenje, pri harmoničnem pa čustvovanje. Drugi razlog za imenovanje takšnega splošnega tipa prava logično pa je v tem, da sta oba podtipa ali specialna tipa, ki spadata v ta splošni tip in ju obravnavam v nadaljevanju, povezana z logiko oz. vrstami logičnih metod: pri kazuističnem tipu gre za indukcijo, pri sistematičnem tipu pa za deduktivno logiko.

Trditi, da je racionalno pravo le proizvod modernega prava oz. moderne države, bi bilo z zgodovinskega stališča vsekakor neverodostojno. Gotovo je, da so deli racionalnega prava obstajali že v preteklosti, celo pred obdobjem stare Grčije, ki sicer pomeni izrazit prelom logosa z mitosom.<sup>67</sup> Seveda pa je npr. orientalsko pravo, če zanj sploh lahko rečemo, da je bilo racionalno, tudi v svojem racionalnem delu bilo močno prežeto z metafizičnim in tradicionalnim pravom. Tako v Hamurabijevem zakoniku najdemo nekaj racionalnih potez,

66 V nekaterih lokalnih skupnostih so bile takšne osebe lahko župani, v frankovskem pravu (*Lex salica*) pa poznamo institut *tunginus* kot osebo, ki je izvrševala sodno funkcijo.

67 Artur Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1994, 51.

toda te gredo z roko v roki z metafizičnimi elementi (npr. božje sodbe ordalijske) in tudi tradicionalnimi elementi (npr. običaj, ki je prevzet v to pravno zbirko). Poleg tega se moderne in stare družbe razlikujejo v tem, da je moderno pravo v večini racionalno pravo, v katerem so metafizični in tradicionalni elementi nekakšna redkost. Medtem ko sta anglo-ameriški in evropski kontinentalni pravni sistem značilna za zahodne družbe, sta običajno pravo kot tradicionalno pravo in metafizično pravo veliko bolj ohranjena v skupini sicer heterogenih tradicionalnih in religioznih pravnih sistemov nezahodnih družb (npr. v Afriki, na Daljnem vzhodu in v islamskem svetu).

V tem poglavju sicer razčlenjujem dva podtipa splošnega racionalnega (pravzaprav mišljenjskega) tipa prava. Najprej obdelujem kazuistični, zatem pa še sistematični tip prava.

### 5.3.1 Kazuistično pravo

Kazuistični podtip prava je sicer starejši kot sistematični, vendar je še danes prisoten. Tako so bili različni zakoni že v starem Orientu, stari Grčiji in še kasneje vse do obdobja velikih kodifikacij predvsem kazuističnega tipa, saj so primeroma navajali situacije, v katerih naj bi veljale pravne norme. Sistematika in urejenost stvarine v zakonu nikakor nista bila taki, kot ju poznamo v današnjem času in kar je še posebej značilno za kodifikacije iz 19. stoletja (npr. *Code civile*, avstrijski ODZ, nemški BGB). V ta tip prava spada tudi staro rimsko pravo, ki je obširnejšo kodifikacijo doživelo šele z Justinijanom v 6. stoletju našega štetja (tj. *Corpus iuris civilis*), toda tudi ta se po svoji sistematici težko primerja z modernimi kodifikacijami, kar pomeni, da tovrstni racionalizem v tedanjem času še ni bil razvit. Kazuistično pravo v veliki meri najdemo tudi pri (današnjem) anglo-ameriškem pravu, predvsem v sodniškem pravu *common law*, kjer je bil tradicionalno najpomembnejši igralec v igri prava sodnik, četudi se danes z vse večjim pomenom zakonodaje sistematika vse bolj razvija tudi v tem svetu.

Za kazuistični tip prava je v psihološkotipološkem smislu značilen primat mišljenjske funkcije, ki jo močno podpira čutilna, torej senzualna funkcija. Za mišljenjsko funkcijo je sicer značilna logičnost, v smislu zanašanja na logično analizo, na vzroke in posledice. Za logičnost je značilna razumskost kot sekvencno utemeljevanje, nepristranskost pri odločanju itd. Čutilna funkcija, ki daje v tem primeru podton mišljenjski, pa vodilno racionalno rdečo nit usmerja v konkretnost, realističnost, praktičnost, eksperimentalnost in tradicionalnost.<sup>68</sup> Ta je danes značilna predvsem za sodno prakso. Tako je mogoče razumeti tudi racionalnost in materialnost tovrstnega prava pri Webbru, namreč kot mišljenjsko-čutno (ali tudi eksperimentalno) dimenzijo. V tem smislu bi bila tipična pravna poklica, značilna za ta podtip, sodnik in tudi odvetnik.

<sup>68</sup> Quenk 2009 (op. 39), 10–11.

### 5.3.2 Sistematično pravo

Drugi podtip racionalnega prava je sistematični. Značilen je predvsem za najkasnejši razvoj prava, ki je dosegel vrh v modernih kodifikacijah in je danes značilen predvsem za splošne pravne akte (predvsem ustave in zakone, podzakonske akte, tudi mednarodne pogodbe). Kot takšen pomeni pri Webbru zadnji korak v razvoju človeške racionalnosti. Mišljenjska funkcija kot racionalna funkcija je tu podprta z intuicijo, za katero so med drugim tipične značilnosti: abstraktnost, konceptualnost in teoretičnost. Tako abstraktnost v psihološkotipološkem smislu pomeni osredotočanje na koncepte in abstraktne pomene idej ter na njihova medsebojna razmerja. Konceptualnost pomeni osredotočanje na same koncepte, ne na njihovo uporabo; pomeni tudi kompleksnost. Navsezadnje je za teoretičnost značilno iskanje modelov in povezav med abstraktnimi koncepti.<sup>69</sup> Tako je tudi Webbrovo racionalnost in formalnost mogoče razumeti kot mišljenjskost in intuicionalnost, slednjo predvsem v smislu abstraktnosti in konceptualnosti. Takšen pristop je bolj značilen za evropski kontinentalni pravni sistem. V njem so v preteklosti k razvoju takšnega prava veliko prispevale predvsem pravne fakultete, glavna figura takšnega sistema pa je bil univerzitetni profesor.

Osebnosti, povezane s pravom, pravni poklici ali pravne funkcije, ki bi spadale v takšno kategorijo, bi bržkone bili tudi moderni zakonodajalci, katerih zgodovinski pravni ideali so gotovo velike kodifikacije 19. stoletja. Sem bi torej lahko prišteli tudi profesorje prava, tiste iz evropske kontinentalne pravne družine, katere pravna znanost na renesančnih evropskih univerzah je tradicionalno temeljila na recepciji rimskega prava vse od 12. stoletja. Ta je prispevala k oblikovanju evropskega *ius commune* in kasneje k oblikovanju velikih kodifikacij.

Pravni viri, ki so tipični za kazuistični podtip, so seveda sodbe kot posamični pravni akti, toda v tipičnih, tj. precedenčnih primerih z učinki *erga omnes*. To velja predvsem za anglo-ameriško pravo. Za kazuistično pravo starega rimskega imperija so bržkone značilna tudi mnenja klasičnih pravnikov, ki so jih v Avgustovem principatu izrekli s cesarsko avtoriteto. Tako je v starejših obdobjih nastajala tudi zakonodaja, ki pa je bila do moderne dobe bolj kazuističnega tipa in ne toliko sistematično zarisana kot v kodifikacijah evropske kontinentalne pravne družine. Za sistematični podtip racionalnega tipa so, kot je bilo že rečeno, značilne predvsem (zgodovinske) kodifikacije z začetka 19. stoletja, danes pa zelo razvejeni splošni pravni akti, kot so ustave, zakoni in podzakonski akti.

Seveda je danes pravo večinoma logične narave, bodisi da gre za povsem sistematično pravo ali pa kazuistično. Tradicionalno pravo je danes manj prisotno, še manj pa religijsko.

<sup>69</sup> Quenk 2009 (op. 39), 10–11.



## 5.4 Harmonični tip prava

Številni sodobni pravni teoretiki pišejo o pojavljanju novih elementov v pravu, da bi tako opozorili na specifičen tip prava, ki ga včasih imenujejo tudi sodobno ali postmoderno pravo. Takšno novo pravo dopolnjuje moderno pravo v smislu njegovih klasičnih značilnosti, ki vključujejo splošnost, abstraktnost, sistematičnost, logičnost, formalnost<sup>70</sup> v luči skupnega imenovalca instrumentalne racionalnosti (*ratio*).<sup>71</sup>

V sodobnem času postaja ne le priljubljeno, temveč tudi nadvse pomembno pravno področje alternativno reševanje sporov (ARS), ki zajema različne postopke mediacij, poravnav, conciliacij itd. ARS ima že dolgo zgodovino. Tako naj bi že v kraljestvu Mari (v današnji Siriji) kakšnih 1800 let pr. n. št. uporabljali mediacijo in arbitražo pri reševanju sporov z drugimi kraljestvi. Feničani naj bi v letih 1200–900 pr. n. št. pogosto uporabljali pogajanja, obliko arbitraže z imenom *pančajat* pa naj bi okoli leta 500 pr. n. št. uporabljali v Indiji. Približno okoli leta 400 pr. n. št. so stari Grki v svojih mestnih državah imeli javnega arbitra, tako da naj bi celo Aristotel kakšnih sto let kasneje takšno vrsto razreševanja spora bolj cenil od sodne poti. Na Kitajskem je zahodna dinastija *Zhou* oblikovala posebno službo mediatorja. Zanimivi so tudi izsledki raziskav različnih antropologov in sociologov, ki so preučevali vlogo ARS v tradicionalnih skupnostih (npr. med Bušmani v puščavi Kalahari, prebivalci Havajskih otokov, pri plemenu Kpele v Centralni Liberiji, med Abhazi v Kavkaškem gorovju).<sup>72</sup>

Takšno harmonično pravo je imelo velik vpliv v zgodovinskem razvoju kitajskega prava. Na podlagi Konfucijevega nauka in načela *li* so Kitajci razvili mrežo postopkov za reševanje sporov zunaj sodišč, ki so jih vodili družinski poglavarji, bližnji ali daljni sorodniki ali preprosto starešine skupnosti.<sup>73</sup> Načelo *li* pomeni primerno vedenje in določa družbene vloge za različne družbene situacije, npr. glede odnosov med nadrejenimi in podrejenimi, starejšimi in mlajšimi, plemiči in (navadnimi) državljani, med sorodniki, prijatelji, tujci, očeti in sinovi, starejšimi in mlajšimi brati ali med možmi in ženami. Takšna pravila vedenja naj bi pomenila naravni red.<sup>74</sup> »To je odsev konfucijanske doktrine, ki zakonodajo razume kot nujno zlo, ki naj se oblikuje le tam, kjer mora država naložiti kazensko sankcijo, ker je bil kozmični red preveč porušen, ali ko gre za

70 V slovenskem prostoru je o teh elementih modernega prava prvi diskutiral Anton Perenič v delu *Relativna samostojnost prava*, Ljubljana, DDU Univerzum, 1981.

71 To vrsto racionalnosti je močno kritiziral Max Horkheimer v delu *Eclipse of Reason*, Oxford University Press, 1947.

72 Jerome T. Barrett, Joseph P. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco, Jossey Bass, 2004, 2–19.

73 Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 291.

74 Zweigert, Kötz 1998 (op. 73), 288.

organizacijo državne uprave.«<sup>75</sup> Takšen pogled je na Kitajskem prevladoval nekako do druge polovice 19. stoletja, ko se je država bolj usmerila na Zahod in so se začeli zgledovati po zakonodaji držav evropske kontinentalne pravne tradicije. Nekaj podobnega se je dogajalo na Japonskem, do obdobja *Meidži* ob koncu 19. stoletja, kjer so tradicionalnim naravnim pravnim pravilom pravili *giri*.<sup>76</sup>

Tudi v srednjeveški kontinentalni Evropi je bila arbitraža kot sredstvo reševanja sporov v nekem obdobju pomembnejša od sodne poti. Njena vloga ni bila toliko v pomoči nekomu pri izvrševanju pravic, temveč bolj v varovanju in zagotavljanju miru v družbi in pomirjanju sprtih skupin. V Prvem pismu Korintčanom je Pavel priporočal ljubezen namesto pravičnosti in je vernike pozival, naj svoje zahteve ne naslovijo na sodišče, temveč raje na duhovnike in brate. V tistem času so pravo zaradi njegove zemeljskosti razumeli kot nekaj slabega, kot takšno pa je bilo na nizki stopnji moralne pomembnosti.<sup>77</sup>

Navedene so le nekatere točke v razvoju ARS. Zdi se, da je takšno harmonično pravo bilo na svetu vedno prisotno, v nekaterih družbah in ob določenem času sicer bolj kot drugje in drugič. A zdi se, da ni bilo še nikoli tako prisotno kot danes, vsaj v zahodnih družbah. Kako se ta različica prava razlikuje od tipičnega modernega (logičnega) prava, je v nadaljevanju opisano skozi prizmo razumevanje psihološke tipologije.

Za klasično moderno (ali logično) pravo je značilna predvsem mišljenjska racionalna evalvacijska funkcija, ki temelji na logični analizi z osredotočenostjo na objektivnost in nepristranskost ter je blizu binarnemu razmišljanju.<sup>78</sup> Tako npr. nekdo pravdo dobi, drugi izgubi, nekdo je kriv ali ni kriv kaznivega dejanja, nekdo je zavezan plačevanju preživitve ali pač ne, kajti v teh primerih praviloma velja *tertium non datur*. Pri alternativnem reševanju sporov pa gre za drugačen način evalvacije oz. odločanja. Tu je t. i. čustvovalna (torej *feeling*) bolj odločilna kot evalvacijska funkcija, saj se izstopa iz okvirov logične racionalnosti in formalnosti ter vstopa bolj v vode empatičnosti, harmoničnosti, kompromisa, medsebojnega prilagajanja itd.<sup>79</sup>

Ta tip prava imenujemo harmonični, saj je ohranjanje družbene harmonije na ravni individualnih odnosov med ljudmi in družbe kot celote ena najpomembnejših značilnosti čustvovanja. Če logični tip prava rešuje spore v družbi na binaren način, ki ima navadno škodljive posledice za nadaljevanje družbenih odnosov, je kot že omenjeno eden od ciljev harmoničnega tipa prava, da skuša ohraniti nivo družbenih odnosov, ne da bi se ti preveč okrnili. Logični

<sup>75</sup> Zweigert, Kötz 1998 (op. 73), 290.

<sup>76</sup> David, Grasmann 1998 (op. 72), 440.

<sup>77</sup> David, Grasmann 1998 (op. 72), 108.

<sup>78</sup> Marko Novak, Legal thinking: a psychological type perspective, *Dignitas* (2011), 49/50, 140–177.

<sup>79</sup> Quenk 2009 (op. 39), 11.

tip prava z osrednjo in dominantno funkcijo mišljenja bi lahko povezali s splošnim (kulturnim) načelom logosa, katerega značilnost je »razlikovati, razumeti, presojati, ločevati in razumeti na določen način«. Kultura logosa »je usmerjena k poimenovanju idej, njihovem določanju, izražanju, oblikovanju pojmov«. Na drugi strani imamo funkcijo čustvovanja, ki jo lahko povežemo s splošnim (kulturnim) načelom erosa, ki je »načelo odnosa, pripadanja, združevanja stvari, ustvarjanja povezav med njimi [...], puščanja stvari *in suspensio*; ni jih treba niti izreči«. <sup>80</sup> Toda Jung je opozarjal, da sta načeli logosa in erosa intuitivna pojma, ki ju ni mogoče povsem opredeliti, ampak lahko na njiju opozorimo le v omejenem obsegu. <sup>81</sup> Zato ju ne moremo niti šteti za sinonima za mišljenje in čustvovanje niti ju ne moremo okrniti na razliko med moškimi in ženskami.

Tu ne gre za »borbeno« binarno (črno-belo) rešitev kot v klasičnem sodnem reševanju spora, temveč za »mirno« iskanje sivih polj kompromisnih rešitev, s katerimi se reši spor. Podobno kot v terapevtskem postopku. Alternativni reševalec spora torej ni »hladno-logično« objektiven, nepristranski sodnik, ki je odmaknjen od obeh strank, temveč je bolj svetovalec: subjektiven in pristranski, a seveda do obeh strank enako, zato da bi ju »pripeljal skupaj,« ne pa oddaljil od njiju samih po sistemu zmagovalcev in poražencev. Rezultati postopkov ARS torej niso črni ali beli, temveč sivi, torej kompromisi. Toda pri tem gre še vedno za racionalno kognitivno funkcijo v smislu ocenjevanja in odločanja glede na dana dejstva.

V ZDA, kjer je takšen način razreševanja sporov že dodobra uveljavljen in se še naprej razvija, k ARS poleg že omenjenih oblik prištevajo še preventivno pravo, terapevtsko jurisprudenco, sodišča za razreševanje problemov, metode kreativnega reševanja sporov itd. <sup>82</sup> Pravnikom, ki se ukvarjajo s temi področji reševanja sporov, gre predvsem za blagor človeških odnosov, vrednote, cilje, potrebe, čustva, kar je precej tipično za omenjeno čustvovalno kognitivno funkcijo ali za t. i. etiko skrbi ali sočutja. <sup>83</sup> Ti pristopi poudarjajo predvsem altruizem, nematerializem, netekmovalnost in so nasprotni adversarnim bojem na sodiščih, kar je (bilo) značilno vsaj za moderno pravo. Medtem ko so za sodne »spopade«, ki razrešujejo spore predvsem glede preteklih dejstev in konfliktov, značilni črno-beli izidi, je pristop pri ARS bolj holističen in usmerjen tudi v prihodnost.

Po opisu specifičnih idealnih tipov prava, pri čemer smo ugotavljali vpliv posamezne psihološke tipologije na oblikovanje posameznih tipov in podtipov,

80 James L. Jarret (ur.), *Jung's Seminar on Nietzsche's Zarathustra*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1998, 102.

81 Jarret 1998 (op. 80), 104.

82 Susan Daicoff, *Lawyer, Know Thyself*, Washington, American Psychological Association, 2006, 169–196.

83 Daicoff 2006 (op. 82), 169–196.

se lahko vprašamo, ali lahko tudi v harmoničnem tipu prava oblikujemo dva podtipa. Tu bi lahko razlikovali med postopki ARS, ki so bližje klasičnim sodnim postopkom, in tistimi, ki so v primerjavi s temi atipični. V prvo skupino bi bržkone lahko šteli arbitražne postopke, ki so bližje klasičnim in tradicionalnim sodnim postopkom. Glede na svojo formalnost in posledice arbitraža večinoma sledi tradicionalnim načinom razreševanja sporov in se ne oddaljuje veliko od uveljavljenih pravnih institucij, institutov, postopkov in pravnih norm. Tako se zdi, da so arbitraža in arbitri kot tipične osebnosti, poklicna skupina ali funkcionalna skupina nekako bližje funkciji čutilnosti. Ta bi bila v tem primeru pomožna kognitivna funkcija, ki podpira dominantno čustvovanje. Na drugi strani pa bi mediatorji kot osebnosti oz. strokovnjaki, udeleženi v postopkih mediacije, spadali v drugo navedeno skupino v zvezi z ARS. Mediacija je bolj oddaljena od klasičnih in tradicionalnih sodnih postopkov, pravnih institucij in institutov kot arbitraža. Še posebej si prizadeva najti najboljše ustvarjalne rešitve glede rešitve spora, da bi ohranila vzpostavljeni odnos. Dobra mediacija se opira na domišljijo, vrednostno razmišljanje, iskanje najrazličnejših možnosti in izvirnih rešitev, ki so navadno unikatne. Vse to pa so značilnosti kognitivne funkcije intuicije. Ta je v tem primeru pomožna kognitivna funkcija, ki podpira čustvovanje kot dominantno kognitivno funkcijo v primeru postopkov ARS.

## 6 SKLEP

Preden predstavimo razpredelnico, ki povzema gornje ugotovitve glede idealnih splošnih in specifičnih tipov prava, se za trenutek ustavimo pri temi, ki je navadno pomembna za razpravo o Jungovih psiholoških tipih, namreč pri razliki med ekstravertnostjo in introvertnostjo. Jung je ti dve obliki vedenja kombiniral s temeljnimi kognitivnimi funkcijami in prišel do osmih različnih tipov, njegovi nasledniki pa so z dodajanjem vpliva pomožne funkcije na dominantno dodatno razvili skupno 16 tipov. Zavedamo se, da bi bilo to mogoče tudi glede pričujočih idealnih tipov prava, toda ta možnost v realnosti obstoječim idealnim tipom ne bi prinesla dodane vrednosti.<sup>84</sup> Vsaj v vsebinskem smislu ne bi šlo za pomembno novost glede idealnih tipov, temveč bi to le vodilo k večji fragmentaciji in s tem k zmedu. Še najbolj bi lahko introvertnost in ekstravertnost povezali s teoretičnim oz. praktičnim vidikom teh idealnih tipov. Toda to bi glede prava imelo smisel bolj za moderno dobo in moderne poklice, manj pa za obdobje starega in srednjega veka, ko področja prava gotovo še niso bila tako razvejena kot v kasnejših obdobjih.

<sup>84</sup> O tem, kako je takšna razlika lahko upoštevana za pravo, glej Marko Novak, *Lawyers' Ideal Psychological Type Preferences*, <http://works.bepress.com/myaccount.cgis> (28. marec 2013); in Novak 2011 (op. 78), kjer obravnavam razlike med psihološkimi tipi glede modernih pravnih poklicev.

Tako na podlagi predstavljenih idealnih splošnih tipov in specifičnih podtipov prava, osebnosti, povezanih s pravom, oz. pravnih poklicev, pravnih virov ter različnih zgodovinskih obdobj, v katerih so ti prevladovali, lahko sestavimo razpredelnico:

| Splošni tipi prava  | Specifični tipi prava | Idealne osebnosti / poklici   | Kognitivne funkcije <sup>1</sup> |         | Tipični pravni viri                                               |
|---------------------|-----------------------|-------------------------------|----------------------------------|---------|-------------------------------------------------------------------|
|                     |                       |                               | dominantne                       | pomožne |                                                                   |
| RELIGIJSKO PRAVO    | mistično pravo        | mistik, prerok                | I                                | Č       | razodetja prava                                                   |
|                     | teološko pravo        | teolog, duhovnik              | I                                | M       | “kodificirano” religijsko pravo (kanonsko pravo, šariatsko pravo) |
| TRADICIONALNO PRAVO | imperialno pravo      | vladar, voditelj              | S                                | M       | ukaz, predmoderni zakon                                           |
|                     | običajno pravo        | starešina                     | S                                | Č       | pravni običaj                                                     |
| LOGIČNO PRAVO       | kazuistično pravo     | sodnik, odvetnik (pravnik)    | M                                | S       | sodna praksa, pravno mnenje                                       |
|                     | sistematično pravo    | zakonodajalec, profesor prava | M                                | I       | kodifikacija, moderni zakon                                       |
| HARMONIČNO PRAVO    | arbitražno pravo      | arbiter                       | Č                                | S       | arbitražna odločba                                                |
|                     | mediacijsko pravo     | mediator                      | Č                                | I       | sporazum, pogodba                                                 |

Okrajšave za kognitivne funkcije v okviru jungovske psihološke tipologije so:  
M – mišljenje, Č – čustvovanje, S – senzualnost (čutilnost) in I – intuicija.

Marko Novak\*

## Ideal Types of Law from the Perspective of Psychological Typology

This article presents ideal types of law in view of the law's evolvement through history, and also concerning its contemporary manifestation. The presented ideal types of law have been developed on the basis of two great typologies: Weber's and Jung's. The starting point of my analysis is Weber's ideal types of law. I tried to understand them in the light of Jung's psychological types, however, this led me to their modification with regard to their original understanding by Weber. In every individual certain cognitive functions prevail so is the case with every social community. Also with respect to law, both in terms of time and place – we can find proof for that in legal history and legal geography (i.e. comparative law). Concerning the four cognitive functions four general types of law can be developed, and on the basis of the influence of auxiliary functions on the dominant functions these can be further developed to eight specific types of law.

**Keywords:** Weber's ideal types of law, Jung's psychological typology, legal history, four cognitive functions, auxiliary cognitive functions

### 1 INTRODUCTION

When dealing with ideal types, we should define what we mean by the term 'ideal' at the outset. Thus what I understand in this article as an ideal type is a "hypothetical construct that involves the theoretical enumeration of all the possible characteristics against which empirical material may be compared".<sup>1</sup> The same would refer to the ideal types of law. The typology that is developed originates from Weber's ideal types but, to some extent, is further developed and even modified in relation to his types. Moreover, this kind of typology has been constructed on the basis of Jung's psychological typology. Jung, and post-Jungians with their development of psychological typology, helped to interpret and extend Weber's ideal types of law. Jung must surely have been aware of Weber, especially the Protestant Ethic thesis, but he never discussed him, while Weber did not live to see Jung's psychological types emerge.<sup>2</sup> As in the case of Weber, the empirical material for testing the ideal types of law has been taken from

\* mnovak153@gmail.com | Associate professor of legal theory and constitutional law.

1 Sharyn L. Roach Anleu, *Law and Social Change*, London, SAGE Publications, 2000, 22.

2 Gavin Walker, Sociological theory and Jungian psychology, *History of the Human Sciences* (2012) 25 (I), 69.

legal history. So these ideal types of law could also be called historical (ideal) types of law.

What follows is, firstly, a short description of Weber's ideal types of law and a concise presentation of Jungian psychological typology. Secondly, a short justification of the relevance of tackling Weber and Jung together in such an analysis is provided. Thirdly, in the form of legal historical analysis, individual ideal types are constructed in light of psychological typology, i.e. the cognitive functions, with some modifications and developments with respect to Weber's thought. Fourthly, in such a framework the ideal types of four different general versions of law and eight specific types of law are discussed before finally being reflected in eight ideal types of persons which are typical of such types or (legal) professionals.

## 2 WEBER'S IDEAL TYPES OF LAW

One of the most important parts of Max Weber's work on law was certainly his ideal types of law that he developed in Chapter 8 of his posthumously published book *Economy and Society*,<sup>3</sup> which he entitled 'Economy and Law' and subtitled 'Sociology of Law'. In addition to being a classical work in legal sociology, this Weberian analysis is also an excellent study in legal history.<sup>4</sup> The gist of this sociological-historical work on law was in emphasizing the distinction between pre-modern and modern law, in which Weber differentiated between four ideal types of law.

First, the charismatic revelation of law associated with the legal prophets<sup>5</sup> was, in Weber's opinion, of an irrational-formal character since those who "created" and "applied" the law used means that were not controlled by reason, e.g. they based their decisions on oracles or divine revelations.<sup>6</sup> What could be added to such a type of law was, according to Weber, the irrational manner of judgments based on ordeals, the drawing of lots, duels, the swearing of an oath, sworn assistants, as well as on a sense of justice that was, in Weber's opinion, of an emotional character.<sup>7</sup> Moreover, Weber added jury trials to the above mentioned list.

What was important for such a conception of law was the role of elders in the society who knew the relevant sacred rites. Most often, the elders includ-

3 M. Weber, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978.

4 Weber studied law during the height of German historical jurisprudence and then taught commercial law and legal history at the University of Berlin. Roach Anleu 2000 (op. 1), 21.

5 Weber 1978 (note 3), 882.

6 Ibid., 656.

7 Jung would assert that such a sense of justice is conditioned much more by the role of intuition than emotions.



ed magicians, prophets and magi. As charismatic persons these were allegedly capable of discovering, not creating, laws through revelation. It was typical of their magical techniques that they used rites which were very highly formalized. Such persons, for example, reported to their community that the divine authority required for a certain dispute to be resolved in one way or another, in the context of which they usually “received” the higher message while in a state of ecstasy or through a dream.<sup>8</sup>

Secondly, Weber developed a special type of law for empirical law creation and a judiciary that was carried out by legal *honoratiores*, which he termed the rational-substantive. What is typical of this type of law is that deciding on a legal problem is not affected by norms that are created on the basis of the logical rationalisation of abstract interpretations of certain meanings, but by ethical imperatives and utilitarian as well as pragmatic rules and political maxims.<sup>9</sup> Following Weber, such a type of law mostly developed during the time of the Roman Empire, when practically and empirically educated lawyers in particular created the special profession of the lawyer. They, however, developed a casuistic law (Lat. *casus* – legal case) which is unsystematic and thus not typical of the modern age. Weber highlighted many similarities between this type of law and the education of lawyers by various legal practitioners (particularly judges and attorneys) in Anglo-American legal systems. Such lawyers have traditionally been oriented to practical law and casuistry and for a long time declined legal codification.<sup>10</sup> Even today Anglo-American law is codified to a lesser extent than European Continental law.

The third type of law was, in Weber’s opinion, the law which was created and applied by great empires and theocratic authorities.<sup>11</sup> In his opinion it is irrationally-substantive as it concerns deciding what is mostly affected by the concrete factors of a specific case which are evaluated on the basis of ethnic, emotional, and political foundations rather than on the basis of general legal norms.<sup>12</sup> Here Weber pointed to the transition from charismatic law to a law that was based on power (*imperium*), which occurred at the time of the partial secularization of tribal society at the end of the Roman Empire and which was strongly conditioned by the military circumstances present at the time of the Migration Period. It concerned the conscious creation of legal rules on the basis of commands issued by military chieftains or a consensus reached inside the community. The central position was no longer given to charismatic revelation of law but to military commands. Thus the military organisation of society

8 Weber 1978 (note 3), 758–775.

9 Ibid., 657.

10 Ibid., 784–802.

11 Ibid., 882.

12 Ibid., 656.

played a very important role in the secularisation of the law, which was also to some extent connected with the patrimonialisation of the law.<sup>13</sup>

Furthermore, the theocratic element in such a type of law signified the power of priests as the organised guardians of law, something which was especially reflected in the increasing importance of canon law. Certainly, in such a respect the patrimonial and theocratic powers were limited by the traditional law while canon law played an important role in development of the legal system towards rationality. Despite the fact that such a system could still, to some extent, be considered as rational in terms of the application of certain principles, the matter did not concern rationality in its instrumental meaning and logical in the formal sense, but rationality more in the direction of applying certain substantive principles of social justice, or of political, utilitarian or ethical content. Such law, particularly in its patrimonial version for resolving disputes, often used discretion and considered vested privileges as some kind of a gift of grace. Such an informal patrimonial administration reached its peak when the secular ruler put himself in the service of positivistic religious interests that exceeded mere ritual frameworks.<sup>14</sup>

Fourthly, and finally according to Weber, the systematic enactment of law and the professional carrying out of the judicial function by persons having a formal legal education<sup>15</sup> is part of rational-formal law, which concerns a professional, legalistic and abstract approach to law in the modern sense. What is, in his opinion, typical of this last type of law is the application of an abstract method that uses the logical interpretation of meaning and systematizes existing legal rules into a complex and coherent system of abstract legal rules.<sup>16</sup> Following Weber, this occurred due to the existence of the enlightened absolutist emperor, who, with the aid of his state apparatus composed of university educated lawyers trained in the spirit of the reception of Roman law, managed to build a uniform state power. The natural consequences of such a direction to law were the great legal codifications of the 19<sup>th</sup> century.<sup>17</sup>

Weber opined that the history of law has continued and evolved in the following manner: firstly, there were primitive legal procedures in connection with a combination of magically conditioned formalism and irrationality and in which revelation played an important role. Then, an explicitly specialized legalistic and rationally-logical approach ensued and that was occasionally combined

13 'Patrimonial' signifies "father-like" and sometimes refers to the seizing of all three branches of power within a certain territory by the local feudal lord, which was typical of the beginning of the Middle Ages.

14 Weber 1978 (note 3), 809–859.

15 *Ibid.*, 882.

16 *Ibid.*, 657.

17 *Ibid.*, 848–859.

with theocratic or patrimonial informal complacency. Finally, a genuine logical sublimation and the deductive approach with the development of rational techniques in legal procedures followed.<sup>18</sup>

In the continuation of this work we will see how this Weberian concept of ideal types of law can be understood through the prism of Jung's psychological typology. However, what follow are suggestions for modifications and extensions of Weber's types.

### 3 JUNGIAN TYPE THEORY

One of the greatest theories of psychological types was that which was elaborated by Carl Gustav Jung in his *Psychological Types*.<sup>19</sup> The field of psychological types seems to be an area of Jung's intellectual heritage that could also be of interest to lawyers and the law.

Initially, I should emphasize perhaps Jung's most well-known concepts of extraversion and introversion. These two basic "attitudes" describe how psychic energy is divided in human beings, where we prefer to focus our attention, and what energises us. The extravert and introvert attitudes are present in everyone to a varying degree. The extraverted attitude is motivated from the outside and directed by external, objective factors and relationships. In the case of the extravert, who gets their energy from external elements, psychic energy flows outwards towards the world whereas, in the case of the introvert, who mainly gets his or her energy from within and also withdraws energy from the world, e.g. from the world of ideas, his or her attitude is motivated from within and directed by inner, subjective facts. Those who prefer extraversion get their energy from the outer world of people, activities, and things. Extraverts usually seek interaction, enjoy groups, act or speak first and then think, expend energy, focus outwardly, are talkative, like variety and action, are outgoing, think out loud, and enjoy discussing.<sup>20</sup> Extraversion and introversion are mutually exclusive: if one forms the habitual conscious attitude, the other becomes unconscious and acts in a compensatory manner. Those who prefer introversion get their energy from their inner world of ideas, impressions, and thoughts. They usually like to be alone, enjoy one-on-one interactions, think first and then speak or act, con-

<sup>18</sup> Ibid., 882.

<sup>19</sup> Carl G. Jung, *Psychologische Typen*, Duesseldorf, Patmos Verlag GmbH & Walter Verlag, 1921, 1971.

<sup>20</sup> These fundamental Jungian concepts are perhaps more simply explained by some of his contemporary followers. See Renee Baron, *What Type Am I?*, London, Penguin Books, London, 1998, 10, 13.

serve energy, focus inwardly, are quiet, like to focus on one thing at a time, are reserved, think by themselves, and enjoy reflecting.<sup>21</sup>

In addition to the two attitudes, Jung introduced four functional types or four functions of the psyche to describe the character of the psyche. Jung posited four functions of the psyche and grouped them into two pairs of opposites. On one hand there are two rational or evaluative functions as they evaluate experience by helping us to make decisions: i.e. thinking and feeling. On the other hand there are two irrational or perceptive functions: sensation and intuition, as they do not evaluate but depend on acts of perception by referring to how we prefer to take in information.

Sensation tells us that something exists. Those who prefer sensing pay attention to information taken in directly through their five senses and focus on what is or what was. Sensors usually prefer facts, concrete information, are more interested in what is current, pay attention to specifics, are practical and realistic, focus on the present, value common sense, and are pragmatic.<sup>22</sup> Thinking tells us what it is. Those who prefer thinking make decisions in a logical and objective way. Thinkers are usually firm minded, analyse the problem, are objective, convinced by logic, are direct, value competence, decide with their head, value justice, can be seen as insensitive, are good at critiquing, and usually do not take things personally.<sup>23</sup> Furthermore, feeling suggests that it is good or not. Those who prefer feeling make decisions in a personal, values-oriented way. They usually are gentle-hearted, sympathize with your problem, are subjective, convinced by values, are tactful, value relationships, decide with their heart, value harmony, can be seen as overemotional, are good at appreciating, and usually take things personally.<sup>24</sup> Finally, intuition suggests where it has come from or is going to. Those who prefer intuiting pay attention to their “sixth sense,” to hunches and insights, and they focus on what might be. Intuitive people usually prefer insights, abstract information, are more interested in what is possible, focus on the big picture, are inspired and imaginative, focus on the future, value innovation, and are speculative.<sup>25</sup>

An individual's innate conscious orientation will be towards one of these four directions. For example, if thinking is one's superior or most differentiated function then feeling would be one's most undifferentiated or inferior function, or vice versa. At the same time, the remaining two functions are the so-called

21 Carl G. Jung, From Psychological Types, in V. S. de Laszlo (ed.), *The Basic Writings of C. G. Jung*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, 187-298. Baron 1998 (note 20), 10, 13.

22 Baron 1998 (note 20), 10, 20.

23 Ibid., 11, 26.

24 Ibid..

25 Ibid., 11.

auxiliary functions, which serve the superior function.<sup>26</sup> Every person has a preference for one of the other auxiliary functions.

In accordance with this, Jung has combined the two attitudes with the four functions and created eight psychological types. These are the following: extravert thinkers<sup>27</sup>, introvert thinkers<sup>28</sup>, extravert feelers (e.g. chat show hosts)<sup>29</sup>, introvert feelers (e.g. monks, nuns, musicians)<sup>30</sup>, extravert sensors<sup>31</sup>, introvert sensors (e.g. connoisseurs, aesthetes)<sup>32</sup>, introvert intuitives (e.g. mystics and poets)<sup>33</sup>, and extravert intuitives (such as PR people or adventurers)<sup>34</sup>. Locating a person's type enables us to make better sense of his or her world view and value system. The types describe personality and frequently determine the choice of vocation and, within such and based on the chosen profession, also the special area that the individual is inclined to focus on in his or her career.

Jung was aware of the fact that in every person there predominates a certain mechanism of activity which, however, cannot get away from the other mechanisms being present in the same person, although they might be completely opposite to the predominant one. Therefore, according to Jung, there are no clear types but the notion of ideal types only point to the predominant existence of the said mechanism in a person.<sup>35</sup>

His methodology of creating ideal psychological types proceeded from insights that he obtained while dealing with his patients. Furthermore, these insights were appropriately reflected through the study of some previous attempts in history at creating certain ideal types in different areas of human thought. For that reason he studied the works of Schiller, Nietzsche, James and other great men.<sup>36</sup> He finally analysed all such previous attempts and tried to compre-

26 Jung 1990 (note 21), *ibid.*

27 They direct themselves and others according to fixed rules and principles since they are interested in reality, order and material facts. They could be scientists, who discover natural laws, or economists who create theoretical formulations. See Maggie Hyde, Michael MacGuinness, *Introducing Jung*, Cambridge, Icon Books, 1999, 82.

28 They formulate questions and seek to understand their own being. They usually neglect the world and dwell on their own ideas (e.g. philosophers). *Ibid.*

29 *Ibid.*, 83.

30 *Ibid.*

31 They tend to focus on external facts, are practical, hard-headed and accept the world as it is, such as builders, speculators. Some of them might be affable enjoyers of life. *Ibid.*

32 *Ibid.*, 84.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 Jung 1990 (note 21), 9.

36 *Ibid.*

hend them through developing appropriate categories that resulted in his own theory of (ideal) psychological types.

Today, certain psychologists continue to develop Jungian types by discovering new dimensions. Concerning the above-mentioned typological framework, some post-Jungians have further developed the characteristics of the cognitive functions and, on the basis of such, even designed a special type indicator (the so-called MBTI).<sup>37</sup> Although the originality of the above-mentioned dimension of psychological typology must be attributed to Jung, the post-Jungians importantly developed certain aspects of his thought. Thus, additional research into the psychological types, especially of the influence of the auxiliary function on the dominant function, contributed to the extension of Jung's eight types to sixteen.<sup>38</sup> Furthermore, the existence and characteristics of these types were confirmed by the results of numerous MBTI tests undertaken in last decades. Therefore, the work of the post-Jungians concerning psychological typology was very important in order for the ideal (general and specific) types of law and their corresponding ideal persons or (legal) professionals to have been developed in this article.

Now let us see how some post-Jungians described the basis facets of specific cognitive functions. These facets will be important for the interpretation and modification of Weber's ideal types of law in section 5.

Thus, for sensing as a cognitive function Quenk emphasizes that it focuses on what can be perceived by the five senses. Initially there is the (1) concrete that focuses on concrete, tangible, and literal perceptions, communications, learning styles, world view, and values. It trusts what is verifiable by the senses, and is cautious about going beyond facts. Then what is typical of sensing is the (2) realistic which prefers what is useful, has tangible benefits, and accords with common sense. It values efficiency, cost-effectiveness, conformity, and security. Furthermore, as a characteristic of sensing the (3) practical is more interested in applying ideas than in the ideas themselves and likes working with known materials and using practical, familiar methods. It prefers modest, tangible rewards over risky opportunities for greater gain. The (4) experimental as another characteristic of sensing trusts its own and other's experience as the criterion for truth and relevance and learns best from direct, hands-on-experience. It focuses more on the past and present than the future. Finally, what is typical of sensing is also the (5) traditional, which likes the continuity, security, and social affirmation provided by traditions, established institutions, and familiar

37 The so-called Myers-Briggs Type Indicator that was developed in order to establish the presence of certain types in persons tested. See Isabel Briggs-Myers, Peter B. Myers, *Gifts Differing*, Mountain View, California Davies-Black Publishing, 1995.

38 Ibid.

methods. It is uncomfortable with fads and unconventional departures from established norms.<sup>39</sup>

A certain antipode to sensing is the cognitive function of intuition. According to Quenk what is firstly typical of it is the (a) abstract that focuses on concepts and abstract meanings of ideas and their interrelationships. It tends to use symbols, metaphors, and mental leaps to explain its interests and views. The next characteristic of intuition is the (b) imaginative, which values possibilities over tangibles and likes ingenuity for its own sake. It is also resourceful in dealing with new experiences and solving problems. Moreover, what is characteristic of intuition is the (c) conceptual. It likes knowledge for its own sake and focuses on the concept, not its application. It enjoys complexity and implied meanings over tangible details, and likes to take risks for large potential gains. Another characteristic of intuition is the (d) theoretical that sees relevance beyond what is tangible and trusts theory as having a reality of its own. It is future oriented and sees patterns and interrelations among abstract concepts. A final characteristic of intuition can be the (e) original that tends to value uniqueness, inventiveness, and cleverness to put meaning into everyday activities. Also it enjoys demonstrating its own originality, and believes that sameness detracts from meaning.<sup>40</sup>

Furthermore, for thinking as a cognitive function what is firstly typical is the (i) logical that believes that using logical analysis and hard data is the best way to make decisions, and focuses on cause and effect, pros and cons. The next characteristic of thinking is the (ii) reasonable, which uses sequential reasoning, fairness, and impartiality in actual decision making, and is confident and clear about objectives and decisions. What is also characteristic of thinking is the (iii) questioning that asks questions to understand, clarify, gain common ground, solve problems, and find flaws in its own and others' viewpoints. Thinking is also (iv) critical since it uses impersonal critiquing of ideas, situations, and procedures to arrive at truth and avoid the consequences of flawed ideas and plans. Last, but not least, is (v) tough by means of standing firm on decisions that have been thoroughly considered and critiqued and wishing them to be implemented quickly and efficiently.<sup>41</sup>

Finally, according to Quenk, the feeling function bases conclusions on personal or social values with a focus on understanding and harmony. The first facet of feeling is 'empathetic' in believing that a decision's impact on people should be primary and focusing on values and relationships. The second is 'compassionate' in considering the unique and personal needs of individuals rather than

39 Naomi Quenk, *Essentials of Myers-Briggs Type Indicator Assessment*, Hoboken, New Jersey John Wiley & Sons, Inc., 2009, 10.

40 Ibid.

41 Ibid., 11.



objective criteria as important in decision-making. Following Quenk, ‘accommodating’ is the third facet. It values harmony and the incorporation of diverse viewpoints as more effective ways to gain common ground than confrontation. The fourth facet of ‘accepting’ uses tolerance of the other to arrive at a mutually satisfying plan or procedure and is open to a broad range of ideas and beliefs. Finally, the ‘tender’ facet uses gentle persuasion and a personal approach to reach an agreement.<sup>42</sup> Before I begin to use the Jungian psychological types to interpret and modify Weber’s ideal types of law, I should at least indicate, if not justify, what actually brings these two great thinkers together.

#### 4 THE WEBERIAN AND JUNGIAN TYPES COMPARED

The general relations between Weber’s sociology and Jung’s psychology have been considered by Walker.<sup>43</sup> In Walker’s opinion what brings Weber and Jung together is actually sociological theory. He contends that Jung’s psychology is sociologically coherent when seen in the light of sociology’s major theoretical traditions, which entails that it makes sense to sociologists when seen in the light of Weber’s sociology. He also asserts that Weber’s historical sociology comes quite close to Jung’s cultural history of the psyche. Walker further suggests that sociology should acknowledge Jung in order to orient new enquires, as well as for reflexive analysis of certain sociological debates.<sup>44</sup> This is precisely my intention in this article: to reflect upon Weber’s sociology of law on the basis of the Jungian psychological types as well as modify and extend the former on the basis of the latter. Upon analysing how specific combinations of the dominant-auxiliary functions’ relation determines certain types of law, the analysis which follows will focus on developing ideal types of persons dealing with the law or legal professionals. In any given structural and cultural situation, certain personality types will predominate and tend to shape their structural and cultural settings around them.

Both authors would certainly agree that in the course of social development, the evolution from pre-modern to modern law to some extent corresponds to the progress from the important role of irrationality in law to the subsequent importance of rationality. Take Weber’s development from irrational pre-modern ideal types of law to those modern based on rationality (both in the formal and substantive versions) or Jung’s comparison between the irrational (intuition, sensation) and rational (thinking, feeling) cognitive functions: both of them support the idea of a certain progress or at least an important change in people’s

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Walker 2012 (note 2).

<sup>44</sup> Ibid., 52–53.

cognition over time within the course of our cultural history. Both would also support the view that the presentation of the ideal types of law has, on the one hand, a legal historical value as it points to the dependence of the historically changing of law on the changes in society and taking into account the changing of the individual while, on the other hand, it demonstrates that there exist certain laws and permanence with respect to human beings and society. The interpretation of such laws and their permanence through psychological typology emphasizes the projection of people's cognitive elements and the prevailing social or collective cognitive elements into the law of a specific time and place. Despite the fact that law changes together with the society (*Ubi societas ibi ius*), it is still possible to establish certain specific, typical appearances of the law of a certain time. On the basis of such, there is the possibility to create certain ideal types of law, the characteristics of which reflect the most typical or prevailing elements of the society in general at a certain time and place.

Weber and Jung would also agree that at a certain historical period the matter does not concern pure ideal types of law but the co-existence of several ideal types and their mutual presence to a certain extent in each other, concerning which one of them is prevalent or predominant and others being complementary to the prevailing one. Nevertheless there are differences between their comprehension of the types so Jung's more developed general theory of types will serve to criticize, change, reallocate or extend Weber's ideal types of law in the context of legal historical development.

In the next section, by referring to the characteristics of the psychological cognitive types presented in section 3, we will be analysing Weber's ideal types of law through the individual periods of legal history and also trying to modify them.

## 5 GENERAL AND SPECIFIC TYPES OF LAW FROM THE PERSPECTIVE OF PSYCHOLOGICAL TYPOLOGY

Weber's description of the ideal types of law seems to still be applicable to a certain extent, which is also supported by their interpretation below made in light of Jungian psychological typology. However, a certain correction of his models or their understanding is necessary when the (post)Jungian psychological typology is applied to them.

Thus, Weber's ideal types of law are to some extent modified so that the pages below consider the following general types of law: the religious type, the traditional type, the logical, and the harmonious type. The modification of Weber's thought through an analysis from the perspective of Jungian and post-Jungian psychological typology thus contributed to the development of a certain num-

ber of changes with respect to Weber's ideal types of law: (i) certain types' names were altered; (ii) certain subtypes were allocated from one to another type of law; as well as (iii) certain new types of law and their subtypes were designed. On the basis of the application of the psychological typology Weber's four main types are to some extent renamed and additional four subtypes and their corresponding ideal persons or (legal) professionals are thereby developed.

Moreover, it is necessary to emphasize that within a particular period of time, along with a certain type of law, there also existed other types of law that were perhaps not so dominant in that era. Furthermore, until modern times it is not possible to consider any kind of established and consciously developed system of law – at least not in terms of the complexity which is typical of legal systems today.

## 5.1 The Religious Types of Law

The first general type of law described here is the so-called religious type of law. It consists of two variants: mystic law and theological law. To some extent, both types would correspond to what Weber called the charismatic revelation of law and theocratic law. Contrary to Weber, who in his ideal types referred to different epochs in which these two types appeared, I am analysing the types within one general type of law that is not limited to one special period of time but can be present at any time and in any society. Mystic law and theological law are different from each other and they appeared in different time periods, with the first being applied in more primitive societies and the latter in more developed social systems. What then justifies them being analysed within one joint model?

One of the main reasons for their unified treatment is the fact that both of them are based on intuition as one of the irrational cognitive functions. Still, they differ in that one is based on the auxiliary cognitive function of feeling whereas the other on the auxiliary function of thinking. This difference will be analysed in more detail below with respect to a specific type.

### 5.1.1 Mystic Law

The first subtype of law refers to the activity of charismatic authority by prophets and mystics possessing supernatural capabilities. The people of that time generally believed in such interpreters of the interventions of divine forces, respected them as such and considered their authority to be legitimate. A type of law that is based on the operation of supernatural forces and their revelation to human beings is designated as the prophets' religious type of law. Such an irrational manner of referring to the divine origin of codes and other laws is particularly typical of the ancient Oriental law and its explicit theocratic orientation.

To a certain extent, it also continued in ancient Greece, despite the important emergence of rationality, and at the early beginnings of Rome. Its importance, however, re-emerged during the Middle Ages, only to be subsequently slowly repressed with the beginnings of the modern era. What then followed was the increasing predominance of modern law being particularly secularized and rationalized. In the continuation we are presenting certain typical examples taken from legal history to demonstrate the existence of typical metaphysical elements in the perception of law.<sup>45</sup>

In view of law creation as a typical example of such religious law we can take the prologue to the Code of Hammurabi from almost two thousand B.C. In this work it is written that Hammurabi composed the mentioned code following a command from the God Marduk who had ordered him to ensure law and justice for his people.<sup>46</sup> A similar divine ordering was found even some 320 years before Hammurabi in the Law Collection of Ur-Nammu, where the God Nana ordered him to adopt certain legal rules.<sup>47</sup> Also, the Decalogue revealed to Moses by God and which constitutes part of Hebrew law falls within this context. Furthermore, an important metaphysical element of the ancient Oriental law is reflected in trials by ordeal. divine judgements made upon the trial by, for example, a river,<sup>48</sup> duel, boiling water, fire, red-hot iron. In general, ordeals were carried out not only within the old Oriental law, but also in the Middle Ages, somewhat until the beginning of the 13<sup>th</sup> century when the Holy See prohibited priests from taking part in them.<sup>49</sup>

Despite the increase of rationality in Ancient Greece, a certain degree of the metaphysical approach to law remained, especially at the beginning of Greek civilization. For example, Plutarch reported that King Lycurgus did not write down his laws as this was prohibited by one of the *retras*.<sup>50</sup> Furthermore, in his Great State Elegy, King Solon cited the divine laws of Dike (i.e. Lady Justice).<sup>51</sup> Even in the strongly rationalized period of Rome, at least at its beginning du-

45 Examples are given according to the anthology by Katja Škrubej, *Pravo v zgodovini, Odlomki virov s komentarji*, Ljubljana, GV Založba, 2010.

46 Viktor Korošec, *Slovenski prevod Hammurabijevega zakonika, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete*, Ljubljana (1954), 53–55.

47 Martha T. Rot, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, Scholars Press, 1997, 15–18, cit. according to Škrubej 2010 (note 45), 37.

48 A typical example of such follows from the Code of Hammurabi, in which one who accused another of, e.g., sorcery but could not prove such achieved that the accused was dipped in a river, and if the river threw him out so that he survived it was considered that he was innocent, so the one who had accused him was then executed. Korošec 1954 (note 46), *ibid*.

49 Rene David, Guenther Grasmann, *Einführung in der großen Recthssysteme der Gegenwart*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, 119.

50 This was an order by gods, which was communicated to people in the form of prophesy. Rajko Bratož, *Grška zgodovina*, Ljubljana, Zveza zgodovinskih društev, 2003, 75.

51 Anton Sovre, *Starogrška lirika*, Ancient Greek Lyric Poetry, Ljubljana, DZS, 1964, 76–79.

ring the period of the Kings of the archaic era prior to the Code of Twelve Tablets, one can find certain metaphysical elements when the Roman society lived upon customary law that still contained strong elements of sacral law. In such a manner they believed that a violation of law in the form of sacrilege or a crime interrupted the peaceful co-existence between people and gods. Also, the mentioned Code of Twelve Tablets still knew the punishment for desecration, which entailed that the perpetrator was given over to the gods and thereby became an outlaw.<sup>52</sup> Subsequently, Roman law was rationalized to an important extent.

The irrational metaphysical elements in law were re-emphasized at the beginning of the Middle Ages when trial by ordeal was still used. Furthermore, a specialty of the early Middle Age law, particularly in Germanic *leges propria* (or *leges barbarorum*), were sworn assistants as persons who swore under oath that, for example, the assertion of one of both parties was correct or the defendant was dangerous and thus probably guilty of committing a criminal offence. Otherwise the swearing under oath is a means of evidence that is in particular of sacral origin. In swearing under oath such assistants, not the witnesses in today's meaning, had to touch a sacred object, in the Christian era either the crucifix or gospel; in the case of Jews, the Decalogue. To some, a judgement sworn under oath was one of the first and the longest preserved forms of divine judgement.<sup>53</sup>

At the time of the early Middle Ages, there still existed charismatic prophets who made judgements in specific procedures among the Germanic tribes in the West. Such prophets included, for example, the *brehon* in Ireland, *druid* among the Gauls, *rachimburgi* among the Franks and *lag saga* with respect to the Nordic tribes.<sup>54</sup>

With this type of law, which is somewhat characteristic of the old Oriental law and also of the law of the early Middle Ages, there certainly co-existed other types of law that are presented in the continuation. In particular these referred to legal customs, their collections, the commands and decrees of various rulers, simple laws, court decisions, etc., which were not necessarily of a metaphysical origin. In addition to important sacral roots of the then societies it was also necessary to regulate completely secular issues. Thus, for example, even from old Mesopotamia, 2112 B.C., the notice on an 'ordinary' civil contract has been preserved.<sup>55</sup>

52 Škrubej 2010 (op. 45), 63.

53 Sergij Vilfan, *Pravna zgodovina Slovencev*, Ljubljana, Slovenska matica, 1961, 1996, 272.

54 Weber 1978 (note 3), 768–769.

55 Russ VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, Carolina AP (2000); cit. according to Škrubej 2010 (note 45), 37.

Which are the most typical examples of the legal sources of general religious law?

If legally valid general legal acts with religious content are concerned, first of all the so-called metaphysical 'constitutions' must be mentioned, including the Bible (particularly the Old Testament) and the Koran. These were not only supreme religious documents but also applicable legal acts. Certain metaphysical legal norms also appeared in certain parts of historical laws or law collections such as the provisions of the Code of Hammurabi on ordeals. Certainly, until the appearance of modern legal codifications, all laws or codes were merely of a casuistic, not a systematic, character. Moreover, certain ritualistic legal customs that found their place in various law collections or were simply part of oral tradition could also have contained metaphysical laws. Otherwise the majority of laws in the past were in the oral form of legal custom until writing became better developed.

What occurred to such types of law in later periods? Thanks to the development of modern law, which is particularly rational, it was slowly pushed to a peripheral position. Already the shift in modern natural law transferred it from a sacral dimension to the dimension of an individual's moral perception of the world. With respect to the Anglo-American and European Continental legal families, today we could still find it but more or less in certain senses of justice or within a quite narrow circle of people who perceive law in relation to its classical (mostly religious) natural-law dimension. However, in the event of traditional and religious legal families it is still more common.

What, then, are the psychological-typological characteristics of prophets' and mystics' law? Which are their prevailing elements?

As we maintain that such law is irrational, one of the so-called irrational cognitive functions, as the functions of perception, must be in the forefront. Considering the fact that such a law depends to a large extent on divine revelation, the most important cognitive function in this respect is certainly introverted intuition. Concerning intuition (lat. *intueri* to look upon, or in) Jung wrote that the content is presenting itself as a whole or entirely giving us little clue to discover or explain where it comes from. It concerns a somewhat instinctive perception of the given (*a priori*), somewhat internal certainty or conviction. Spinoza and Bergson called the *scientia intuitiva* the highest kind of knowledge. According to Jung, both intuition and sensation are part of infantile and primitive psychology. In its introverted version, intuition also includes the visions and insights of various prophets and mystics who obtain the material for such in particular from the unconsciousness and archetypes.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Jung 1990 (note 21).

Weber designated such an ancient type of law as irrational-formal. The 'formal' refers to the careful consideration of rituals which allegedly lead to one performing them to discovering a just judgment, while the 'irrational' certainly relates to the predominance of intuition as a special cognitive function. In such, the formality of a ritual or ritual procedures in discovering the contents of a just decision affords priests the possibility of shelter and security when they are dealing with powerful numinous contents.

Intuition as a perceptive function is irrational. To emphasize a perceptive function as dominant one entails that you consider an evaluative function to be of secondary importance. At least in the context of law and legal professions there is a difference between pre-modern law and modern law: as we will see in the continuation, the dominant cognitive functions in the framework of modern law are rational while in the pre-modern frame these were more irrational.

As already indicated, by adding an auxiliary function to the dominant function of intuition we initially come to the so-called mystic law. Here the auxiliary function, i.e. feeling, is an evaluative function as the one which evaluates the perception received through intuition. What feeling adds to intuition is a somewhat total, harmonic, and value-laden experience of numinous contents as revelation, which by the prophet is then shared with other people. In the context of legal procedures, it is the revelation that is relevant for the outcome of these procedures. Since we cannot deal with any type of legal professions at that time, we could at least point to a person typical of such law, that is a prophet or a mystic.

### 5.1.2 *Theological Law*

What I consider as the second type of religious law is the so-called theological law. It is intuitive in origin, being on one hand based on the perception of a metaphysical content but it is, on the other hand, different from mystic law. I call it theological law as, in terms of psychological typology, it can be considered that, after the period of mystical religious revelations from the period of the old Oriental law and the beginning of the Middle Ages, the theocratic authority of the Catholic Church in particular slowly became more dogmatic and thus departing from the so-called 'living' faith.

The religious contents once revealed were subsequently written down, codified and also dogmatized. A system of religious rules, procedures, and institutions was developed. This would entail that the initial, strongly intuitive, perception of the sacred was later evaluated by the auxiliary function of thinking, which is represented by logic, systemization, and formality. The aetiology of theology is Gr. *Theo* – God + *-logia* from *logos* – knowledge, study. Out of original religious revelation a comprehensive rational system of the religious



teaching was developed. Notwithstanding the role of thinking in the development of the system of, e.g., canon law the primacy of intuitive perception must have been preserved since without a relation with the numinous content there is no religion, nor religious law.

This kind of orientation towards theological law is certainly represented by a typical person or profession, namely a theologian (or sometimes a priest). In the West, numerous theologians and canon lawyers have contributed to the development of a vast corpus of canon law. Likewise, in the Islamic Sunni tradition there have been various schools of law (like the Hanafi school of law), which were composed of theologians and lawyers and which contributed significantly to the subsequent development of Islamic law by interpreting various primary religious texts.

## 5.2 The Traditional Type of Law

Within the general traditional type of law I analyse two specific types of law that are typical of a traditional society: (1) imperial law and (2) customary law. As we will see in the continuation, both are characterized by the role of the predominant cognitive function of sensation, also as a function of perception being irrational in nature. In the first variant the dominant sensation is supported by the auxiliary (evaluative) function of thinking, while by feeling in the second variant.

This kind of law is traditional by its origin and as such more part of the pre-modern periods of time (i.e. partly in ancient times and the Middle Ages). Some traces of it can also be found today. Legal customs (e.g. constitutional customs in the UK, legal customs in business law) are not so uncommon today even in the most developed countries while imperial laws emerge from time to time in some absolutist political regimes (most frequently associated with some military commands during or after certain coup d'etats).

### 5.2.1 Imperial Law

In the sense of traditional law, Weber primarily dealt with the creation of imperial law (e.g. through commands by a ruler) regarding secular authority. *Imperium* signifies direction, command, or supreme power. Thereby Weber in general considered the power and commands of military commanders at the time of the Great Migration at the end of the Roman Empire. At that time, many wars and military conflicts occurred when the tribes had to act very quickly, most often merely upon an oral command, which could temporarily repeal and substitute even the traditional customary law of a certain tribe. Such imperial law was subsequently developed in the period of patrimonialisation (lat. *patrimonium* from *pater* father), being a kind of privatization of public authority by

local feudal lords at a micro level, and emperors in the event of the macro level of the kingdom. Such mostly oral laws, supplemented local legal customs and, through social development, led to more rational forms of legislation.

Such patrimonial law was not rational in the sense of logical rationality, since the ruler made his decisions case by case exercising discretion most often without being bound by any prior legal rules. So the result of a certain procedure was to a great extent dependent on the ruler's grace or privilege which he or she vested in someone. If the ruler was simultaneously the highest priest in the kingdom then his power was almost complete.<sup>57</sup> Still his or her discretion was not absolute since he or she had to some extent consider also local customs and religious norms (of natural law).

The patrimonial authority of this kind was patriarchal (Gr. *patriaches* from *patria* generation) or "father-like". In the language of symbols, the father archetype represents the cognitive function of sensing, which primarily refers to "earth law".<sup>58</sup> The legal sources of such imperial law were various, mostly oral commands or directions in the sense of individual legal acts, for example in terms of the number of days that a serf had to spend at a castle performing compulsory work. Added to this could be various gifts of land or land tenures, usually made in writing as statements of will by which feudal lords donated land to their vassals as *alodium* or in return for military service. Furthermore, there are also Capitularies issued by Frankish kings and which contained instructions for the regulation of certain areas in royal ownership. These were, however, more similar to what we call today general legal acts although they were written in a more casuistic fashion.

As already mentioned rulers, emperors, chieftans, and other types of leaders have traditionally been considered as authorities of a father-like character for a particular social group. At the same time they had a role of supreme earthly authority. They had to resolve concrete and very much practical problems usually very fast since their tribe would be in serious jeopardy. There was no time for reflection or rational decision-making with the resulting calculation of pros and cons. Hence the sensing function in the forefront of such decision-making as natural-like reaction to a physical danger. In terms of perception, such authority is directed by concrete, practical, and real issues to be decided upon. Their authority stems from a traditional need for social order and social rules to be obeyed. The sensing cognitive function is supported by the auxiliary function of thinking (when time for reflection is available) such as when the ruler is not directly engaged in a combat. The sensing perception of reality is thus evaluated

<sup>57</sup> Weber 1978 (note 3), 844–845.

<sup>58</sup> Tom Chetwynd, *Dictionary for Dreamers*, London, Paladin Books, 1982, 38. Father is a symbol of reproduction, possession, ruling, and virtue. Jean Chevalier, Alain Gheerbrant, *Slovar simbolov*, Ljubljana, Mladinska knjiga, 2006, 398.

in a thinking manner: logically in terms of utilizing a certain means to cause a certain effect, impersonally regardless of the consequences for whichever person (in a cold-blooded fashion of an absolutist: “because I want it so since I am God’s representative on the earth”), and in a tough way by means of standing firm on a decision reached by wishing it to be implemented quickly and efficiently.

A person typically responsible for such types of law is the ruler or the emperor (of a more absolutist type).

### 5.2.2 Customary Law

Traditional law is also reflected in numerous legal customs. In addition to metaphysical law these were very much typical of pre-modern law, all the way from the ancient Oriental law, ancient Greece, partially Rome, to the Middle Ages in the framework of which they even represented its ‘constitution’ due to their importance for the legal sources of that historical period. Legal customs had to be respected even by rulers not only in the old Oriental law but also throughout the Middle Ages,<sup>59</sup> the origins of legislation from the Middle Ages being collections of legal customs (either of the nobility, emerging cities, or agrarian communities).<sup>60</sup> They were, however, marginalised by the great legal codifications of civil law. For example, the Austrian Civil Code (*ABGB*) provided that customs did not legally apply by their mere existence “but only if a certain law explicitly referred to them”.<sup>61</sup> In today’s predominantly rational law, legal customs very rarely count as formal legal sources.<sup>62</sup>

Legal is considered to be only that custom, i.e. a certain (incessant) repetition of an activity, which a community recognizes as mandatory and valid. As such, it seems to be connected with the cognitive function of sensing that gives much weight not only to the perception of certain facts but also to the norm or obligation existing therein, and particularly values positively what is unchangeable. Sensing as a perceptive function is irrational in character. With respect to legal custom, this is reflected in somewhat blind trust in traditional legal customs, in their repetition also merely for the sake of themselves, even if it is often not very rational and would be more reasonable for them to be altered.<sup>63</sup> If a person with the predominant intuitive function trusts more in possibilities and is by his or her nature inclined to change, the sensory type is more bound by

59 Paolo Grossi, *Pravna Evropa*, Ljubljana, Založba/\*cf., 2010, 29–30.

60 Sergij Vilfan, *Uvod v pravno zgodovino*, Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1991, 84–85.

61 Škrubej 2010 (note 45), 267.

62 They may apply as, e.g., commercial usages or legal standards in civil law. As formal legal sources they also appear in constitutional and international law. In the framework of modern law they tend to be codified.

63 Jung 1990 (note 21).

actuality, values conservativeness positively and respects customs and tradition. In short, such a person accepts the world and values as they are.<sup>64</sup> One of the elements of the function of sensing is also tradition, respecting continuity, social affirmation, which is ensured by established institutions and already known methods. Concerning this, the sensing as a cognitive function is disinclined to changes and unconventional departures from established norms.<sup>65</sup>

Contrary to imperial law, the auxiliary function typical of customary law is feeling. (Legal) customs are social norms which grow organically in society. They are reflections of complex and interconnected relationships between people, values, morality, and interests. As such they are evaluated in the manner of a total experience as being overarching and comprehensive social norms that are valid since time immemorial, unlike today's legal norms which are of a known creator and limited duration. In their creation they are the products of an entire society and its need for social regulation. Furthermore, being based on concrete issues they are much closer to the personal needs of individuals than the abstract and general legal rules of modern legislation.

Typical persons for such a type of law would be elders<sup>66</sup> in a society as the guardians of its customs. This is further supported by the fact that in pre-modern societies it was older people particularly that were asked to describe the substance of (legal) customs for the purpose of demonstrating a valid law for the purpose of resolving a particular (legal) dispute.

Finally, from the view of legal history, we can find another flaw in Weber's theory of the ideal types of law. Here the problem is that, despite his very complex analysis of legal history within the traditional type of law, he does not even mention legal customs although these are considered by legal historians to be among the most important sources of law until the beginning of the creation of modern law.

### 5.3 The Logical Types of Law

Although in the framework of this type of law I analyse what Weber described as (a) legal honoratories' law and (b) systematic law, and which is sometimes depicted as rational law when Weberian ideal types of law are dealt with, I use a different name. I call such a type logical law. The reason for this is to differentiate it from another type of law which I call harmonious law, which is also a rational type of law. Both logical law and harmonious law are rational since the dominant cognitive functions behind both of them are rational: in the case of logical law thinking and in the event of harmonious law, feeling. Another

64 Briggs Myers, Myers (note 37), 57–58.

65 Quenk 2009 (note 39), 10.

66 In some local communities such persons could also be mayors. In Frankish law (*Lex salica*) there was a *tunginus* as a person who performed the judicial function.

argument for calling this type of law logical is also the fact that both subtypes or specific types of logical law are very much logical: which is characteristic of the casuistic type of law is induction and, for systematic law, deduction, both being logical methods.

To claim that logical law is only a product of the modern law or the modern state, and not at all of other historical periods, would be mistaken from the viewpoint of legal history. It is more than certain that parts of logical law existed in the past, even before the period of ancient Greece which is generally considered as marking the major break of *logos* with *mythos*.<sup>67</sup> Nevertheless, the old Oriental law, if its rationality could be maintained at all, was even in its rationality highly permeated with metaphysical and traditional law. Thus, in the Code of Hammurabi we can trace certain rational parts that are to some extent connected with metaphysical elements (e.g. in the case of ordeals) as well as with traditional elements (e.g. in the event of a certain custom that was incorporated in the Code). Moreover, one of the important differences between modern legal societies and pre-modern legal societies is in that the modern law is predominantly rational given the fact that metaphysical and traditional elements are quite rare in such laws. As already pointed out, contrary to the Western systems of Anglo-American law and the European Continental law, customary law as traditional law and metaphysical law have been preserved much more in the heterogeneous group of the traditional and religious legal systems of non-Western societies (e.g. in Africa, the far East and in Islamic countries).

In this section we differentiate between two subtypes of the general rational type of law. First, the logical-casuistic type of law is presented, and secondly the logical-systematic type of law is dealt with.

### 5.3.1 *Casuistic Law*

The logical-casuistic type of law is of an older origin than the logical systematic type, although it is still present in contemporary legal systems. Various statutes adopted already in the ancient Oriental law, ancient Greece and Rome, indeed all until the period of the great legal codifications, were mainly of a casuistic character, since they broadly referred to the factual situations in which legal norms were to apply. In no sense was there a systematization and regulation of substance in the manner it is known today and which was in particular typical of the legal codifications of the 19<sup>th</sup> century (e.g. *Code civile*, Austrian ABGB, German BGB). Roman law also belongs to this type of law as it was to a greater extent not codified until Justinian in the 6<sup>th</sup> century (in the *Corpus iuris civilis*). By its systematisation the *Corpus* can hardly be compared with modern

67 Artur Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1994, 51.

codifications, which signifies that that kind of rationality was not yet developed in the human psyche of that time. As already indicated, the logical-casuistic law is to an important extent also found in the contemporary Anglo-American legal family, especially concerning judicial common law, in which the judge has been historically the most important legal figure, although in recent times systemisation has gained importance with the increase of legislation activities.

What is important for the logical-casuistic type of law in terms of psychological typology is the primacy of the cognitive function of thinking as the main function supported by the auxiliary function of sensation. For the thinking function, the operation of logic in the sense of relying on logical analysis, cause and effect, sequential justification, impartiality in decision-making, etc., are typical. The sensation function contributes to the red thread of thinking by directing it into concreteness, reality, practicality, experiment, and tradition.<sup>68</sup> Today this is among other areas of law also mostly typical of judicial practice or case law. In such a manner it is possible to comprehend Weber's rationality-substantive law as its thinking-sensing dimension. Thus, a legal profession typical of this type of law will certainly be a judge, but also an attorney (lawyer) would very easily fall within this specific type.

### 5.3.2 *Systematic Law*

The second previously mentioned subtype of logical law can be called the logical-systematic. This is typical of the subsequent development of law that culminated in modern legal codifications and is today mostly characteristic of general legal acts (such as constitutions and statutes, executive regulations, treaties). To Weber it signified the last step in the development of people's rationality. Here the main thinking function is supported by the auxiliary function of intuition, characteristic of which are: abstractness, conceptuality, and theory. Thus abstractness is in the psychological-typological sense focused on concepts and abstract meanings of ideas and their interrelations. Furthermore, conceptuality means focusing on mere concepts and not their application, it also entails complexity. Finally, the emphasizing of the theoretical is typical of searching for models and relations between abstract concepts.<sup>69</sup> In this sense it is possible to understand Weber's rational-formal dimension of law – as the thinking and intuitive dimensions, the latter mostly in the sense of abstractness and conceptuality. Such an approach has traditionally been more typical of the European Continental legal family than of others, and which in the past professors contributed to its development, particularly in faculties of law.

<sup>68</sup> Quenk 2009 (note 39), 10–11.

<sup>69</sup> Ibid.

The persons or (legal) professionals that would fall under this category are certainly modern legislators, the historical ideals of such being the great codifications of the 19<sup>th</sup> century. Furthermore, as mentioned above, we should add to this type of law also professors of law, in particular those from the European Continental legal family whose legal science, in the process of the reception of Roman law from the 12<sup>th</sup> century onwards and in the development of *ius commune*, have contributed immensely to the codifications.

The legal sources that are typical of the logical-casuistic subtype of law are certainly judgments of courts as individual legal acts that have an *erga omnes* effect when being precedents. What are typical of this subtype were also the opinions of classical jurists in Rome, which during Augustus' Principate had been pronounced by the Emperor's authority. In ancient times legislation was also adopted, however, until the time of the modern codification movement such legislation was mostly of the casuistic type rather than systematic. The codifications from the beginning of the 19<sup>th</sup> century are mostly typical of the logical-systematic type of law, which today includes mostly constitutions, statutes, and executive regulations as general legal acts.

'Contemporary' law, particularly that of the logical character, either concerns the systematic or the casuistic type of law. This signifies that there is much less presence of the traditional and the metaphysical elements in law than it was the case in the past.

## 5.4 The Harmonious Types of Law

Quite a few legal theorists today write about certain new elements of law that are emerging in order to show that we need to deal with a special type of law that they call sometimes contemporary or postmodern law. Such a kind of new law complements modern law in the same manner that the classical characteristics of modern law (including generality, abstractness, systematisation, logic, formality,<sup>70</sup> under the umbrella of the so-called instrumental rationality (*ratio*),<sup>71</sup> are being complemented by other elements.

In this context what is recently not only popular, but also increasingly important, is alternative dispute resolution (ADR), which is represented by various procedures of negotiation, conciliation, mediation, arbitration, early neutral evaluation, building a consensus process, etc. Nevertheless ADR has its own history. Thus, as early as 1800 B.C., the Mari Kingdom (in modern Syria) used mediation and arbitration in disputes with other Kingdoms. Between 1200 and 900 B.C. the Phoenicians (in the eastern Mediterranean) practiced negotiations,

70 These elements were at first more comprehensively discussed in Slovenia in Anton Perenič, *Relativna samostojnost prava*, Ljubljana, DDU Univerzum, 1981.

71 This kind of rationality was severely criticised in Max Horkheimer, *Eclipse of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1947.



while in 500 B.C. an arbitration system called *Panchayat* was used in India. Then in 400 B.C. the Greeks used a public arbitrator in city-states so that even one hundred years later Aristotle praised arbitration over courts. Also, in China in 100 B.C. the Western Zhou Dynasty established the post of mediator. Also interesting are the research results of different anthropologists and sociologists studying the role of ADR in traditional societies (e.g. among the Bushmen of Kalahari, Hawaiian Islanders, the Kpelle of Central Liberia, and the Abkhazians of the Caucasus Mountains).<sup>72</sup>

Thus, such harmonious law has had a huge importance in the historical development of, e.g., Chinese law. According to the teachings of Confucianism and the concept of '*li*' there developed a variety of forms of conflict-resolution outside the courts which were performed by family heads, close or distant relatives or simply society elders.<sup>73</sup> The *li* means appropriate behaviour and determines social rules for each situation differently, i.e. involving relations between superior and inferior, between older and younger, nobleman and citizen, between relatives, friends, strangers, father and son, older and younger brothers, or husband and wife. These rules of behaviour allegedly represent the natural order.<sup>74</sup> "This reflects the Confucian doctrine which sees legislation as a necessary evil, only to be invoked where the state must impose a criminal sanction because the cosmic order has been very seriously disturbed, or where the organization of the state administration is in issue."<sup>75</sup> In China, this perspective was very important at least until the second part of the 19<sup>th</sup> century when it became more Western-oriented, taking its example for legal regulation from various European legal codes. Moreover, a similar situation existed in Japan, at least until the *Meiji* period at the end of the 19<sup>th</sup> century, where the traditional "natural-law" rules were called '*giri*'.<sup>76</sup>

Furthermore, also in the Continental Europe of the Middle Ages, arbitration was for a certain period of time more important than adjudication. The role of arbitration was not so much in helping someone to exercise his or her right but to maintain peace within a society and calm the conflicting groups. In his First Letter to the Corinthians, Paul recommended love instead of justice and advised believers not to bring their claims to courts but rather submit them to priests and brothers. At that time they considered law as something bad due to its earthliness, being as such at a low level of moral importance.<sup>77</sup>

72 Jerome T. Barrett, Joseph. P. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco, Jossey Bass, 2004, 2–19.

73 Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 291.

74 Ibid., 288.

75 Ibid., 290.

76 David, Grasmann 1998 (note 72), 440.

77 Ibid., 108.

These were only few landmarks from the past in the development of ADR. It seems that such harmonious laws have always been present around the globe, in some societies and periods of time more than in others. Still it appears that it has never been used to the extent to which it is used today. How this version of law differs from typical modern (logical) law follows in the continuation through the prism of psychological typology.

The thinking rational evaluative cognitive function is typical of the “classical” modern (or logical) law and it is based on logical analysis that is focused on objectivity and impartiality and is close to binary thinking.<sup>78</sup> Pursuant to such, one wins and another loses a lawsuit, one is either guilty or is not guilty for a criminal offense, one is obliged or not to pay alimony since in such cases *tertium non datur* applies. However, ADR most often concerns a different type of evaluation or decision-making. What is more decisive for such is the cognitive function of feeling as an evaluative function that steps out of the framework of logical rationality and formality and corresponds much more to the qualities of sympathy, compassion, harmony, compromise, mutual adaptation etc.<sup>79</sup>

I call such a type of law ‘harmonious’ since maintaining social harmony, both in terms of individual relations among the people and in the society as a whole, seems one of the most important elements of the feeling function. If the logical type of law resolves disputes in a society in a binary fashion that most often has detrimental effects for further social relations, as already mentioned one of the goals of the harmonious type of law is to keep social relations going on by not ruining them. Concerning the logical type of law, with its dominant function of thinking, there could be some reference, even a connection, to the general (cultural) principle of Logos as its peculiar qualities are “to discriminate, reason, judge, divide, and understand in a particular way”. The ‘Logos culture’ “insists upon giving voice to an idea, designating it, giving a name, making a concept, expressing it”. On the contrary, the feeling function can to some extent be linked with the general (cultural) concept of Eros, which is “a principle of relatedness, seeking things together, gathering things together, establishing relations between things [...] leave things *in suspensio*; they have not necessarily to be said.”<sup>80</sup> However, Jung warned that the concepts of Logos and Eros are intuitive concepts which entails that they cannot be fully defined, but only referred to some small extent.<sup>81</sup> For this very reason they are neither synonymous with

78 Marko Novak, Legal thinking: a psychological type perspective, *Dignitas* (2011), 49/50, 140–177.

79 Quenk 2009 (note 39), 11.

80 James L. Jarret (ed.), *Jung's Seminar on Nietzsche's Zarathustra*, Princeton, New Jersey Princeton University Press, 1998, 102.

81 Ibid., 104.

thinking and feeling, nor simply attributable to a general difference between men and women.

Concerning this, ADR, with its important emphasis on the feeling function, does not concern fighting binary (black or white) solutions, as in the case of a classical judicial manner of resolving disputes, but rather the peaceful pursuit of compromise solutions by which a dispute can be resolved. It is similar to a therapeutic process in which a mediator (therapist) mediates between two parties (clients or patients), but not in a cold-logical objective and impartial manner which is completely detached from the parties. Instead, he or she is more of a counsel – subjective and partial – but equally with respect to both parties so that he or she leads them together to a solution not apart from each other in the system of winner or losers. The results of such an ADR procedure are not black or white but grey areas, i.e. compromises. Nevertheless, such a kind of decision-making is still rational since feeling is a rational cognitive function of evaluation.

In the U.S., where such a kind of dispute resolution has been widespread in recent decades, ADR methods and approaches not only include the above mentioned types of dispute resolution but also preventive law, therapeutic jurisprudence, case resolving courts, methods of creative dispute resolution, building consensus procedures etc.<sup>82</sup> Lawyers who are engaged in such areas of dispute resolution emphasize the importance of human relations, values, goals, emotions, which is very much typical of the above mentioned cognitive function of feeling, or the so-called ethics of care or empathy.<sup>83</sup> These approaches emphasize in particular altruism, non-materialism, non-competitiveness, and oppose adversary court battles which are typical of modern law. Instead of black-and-white outcomes of court “fights” that only resolve disputes with respect to past facts and conflicts, ADR deals with a holistic approach that also looks to the future.

Following the two-subtypes pattern from the rest of the above discussion with regards to the psychological-type impact on developing the specific ideal types of law, is it possible to develop two specific types of law within the general harmonious type? Perhaps we could make a distinction between those ADR procedures that are closer to classical legal proceedings and those that are more atypical. In the first group we could find arbitration as being closer to traditional or classical legal procedures. To some extent, arbitration follows traditional law-like ways of resolving disputes, does not depart so much from established legal institutions, procedures and norms, and from the past and present situations in which the parties who submitted their dispute to the arbi-

82 Susan Daicoff, *Lawyer, Know Thyself*, Washington, American Psychological Association, 2006, 169–196.

83 Ibid.

tration are. Thus it seems that arbitration and arbitrators as persons or (legal) professionals typical of this kind of dispute resolution are closer to the sensing function, which in this case would be the auxiliary cognitive function supporting the dominant feeling. Contrary to that mediators as persons or professionals which are typical of mediation would fall within the second group of the ADR. Contrary to arbitration, mediation is more distant from classical and traditional legal procedures than arbitration. It is particularly mediation that tries to find the most creative possible solutions for dispute resolution in order to keep established relationships going. Good mediation should be imaginative and value possibilities over tangibles and should also be original by valuing uniqueness and inventiveness. All these facets are characteristic of intuition being the auxiliary cognitive function that is typical for mediation in support of the dominant feeling function.

## 6 CONCLUSION

Before I present a table with all the ideal general and specific types of law, let me briefly refer to a topic which is otherwise crucial for discussing Jungian psychological types, namely the distinction between extraversion and introversion with respect to specific types. Jung had combined these two types of attitudes with his basic types and came up with eight different types, and by adding the two versions of the auxiliary functions, some of his followers obtained 16 different types. I am aware of the fact that this could also be done with respect to my specific ideal types of law, but with respect to this possibility I could not imagine or anticipate any added value to the types presented.<sup>84</sup> At least there would be no important additional contribution concerning the different substance of these types, but would only lead to their further fragmentation and eventual confusion. However, there might be one interesting comparison between the theoretical and practical aspects of these types, the first associated with introversion and the latter with extraversion. Still this would mostly refer to the modern period of our history and the modern legal profession, certainly not to those of ancient times and the Middle Ages.

Finally, on the basis of the above-presented general and specific ideal types of law and the persons, (legal) professionals, and legal sources associated or even typical of them as well as the historical periods in which these types dominated, it seems that the following table may be created:

84 How such a difference would be relevant for law see Marko Novak, *Lawyers' Ideal Psychological Type Preferences*, <http://works.bepress.com/myaccount.cgis> (28 March 2013); and Novak 2011 (note 78), *ibid.*; where I mostly discussed psychological type differences concerning the modern legal professions.

| <i>General types of law</i> | <i>Specific types of law</i> | <i>Ideal persons/ professionals</i> | <i>Cognitive functions</i> |                  | <i>Typical legal sources</i>                     |
|-----------------------------|------------------------------|-------------------------------------|----------------------------|------------------|--------------------------------------------------|
|                             |                              |                                     | <i>dominant</i>            | <i>auxiliary</i> |                                                  |
| <i>RELIGIOUS LAW</i>        | mystic law                   | mystic, prophet                     | N                          | F                | revelations of law                               |
|                             | theological law              | theologian, priest                  | N                          | T                | “codified” religious law (canon law, Sharia law) |
| <i>TRADITIONAL LAW</i>      | imperial law                 | ruler, emperor                      | S                          | T                | commands, old statutes                           |
|                             | customary law                | elders, seniors                     | S                          | F                | legal customs                                    |
| <i>LOGICAL LAW</i>          | casuistic law                | judges, attorneys (lawyers)         | T                          | S                | case law, legal opinions                         |
|                             | systematic law               | legislators, law professors         | T                          | N                | codifications, modern statutes                   |
| <i>HARMONIOUS LAW</i>       | arbitration law              | arbitrators                         | F                          | S                | arbitration decisions                            |
|                             | mediation law                | mediators                           | F                          | N                | mediation agreements                             |

The abbreviations for the cognitive functions within the Jungian psychological typology are as follows: T – thinking, F – feeling, S – sensation, and N – intuition.

## Synopsis

**Álvaro Núñez Vaquero**, Professor of philosophy of law at the Austral University in Valdivia, Chile.

Contact: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com

## Five Models of Legal Science

**Keywords:** legal science, legal dogmatics, moral reasons, concept of law, conceptions of science

**Summary:** 1. About the Concept of Legal Science. — 1.1. *The Ambiguity of 'Legal Science'*. — 1.2. *Toward a Concept of 'Legal Science'*. — 2. Models of Legal Science (ampio sensu). — 2.1. *Normativist Legal Science*. — 2.2. *Realistic Legal Science*. — 2.3. *Argumentativist Legal Dogmatics*. — 2.4. *Realistic-Technological Legal Dogmatics*. — 2.5. *Critical Legal Dogmatics*. — 3. How to Do Things with Methods. — 3.1. *What Legal Scholars Do*. — 3.2. *What Legal Scholars Should Do*. — 3.2.1. *A Technical Question*. — 3.2.2. *A Normative Question*. — 3.3. *Some Reasons for Legal Science*. — 3.3.1. *Reasons for Normativist Legal Science*. — 3.3.2. *Reasons for Realistic Legal Science*. — 3.3.3. *Reasons for Argumentativist Legal Dogmatics*. — 3.3.4. *Reasons for Technological Dogmatics*. — 3.3.5. *Reasons for Critical Legal Dogmatics*.

This paper pursues three goals. First, some traditional concepts of 'legal science' will be analysed, and a definition of 'legal science *ampio sensu*', 'legal science *stricto sensu*' and 'legal dogmatics' will be proposed. Second, a reconstruction of five models of 'legal science *ampio sensu*' will be presented to show the different methodological alternatives available to legal scholars. Third, I claim that it is necessary (for conceptual reasons) to argue for moral reasons when choosing a legal method. Finally, I offer some arguments for supporting the five methodological alternatives of legal science *ampio sensu*.

### References

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer.
- , 1995: *Derecho, racionalidad y comunicación social*. Mexico: Fontamara.
- Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea: Buenos Aires.
- Robert ALEX, 1999: The Special Case Thesis. *Ratio Juris* 12 (1999) 4. 374–384.
- , 2009: *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press.
- Paul AMSELEK, 2006: El paradigma positivista de la dogmática jurídica. *Anuario de Derechos Humanos* (2006). 17–38.
- Manuel ATIENZA, 1986: Sobre la jurisprudencia como técnica social. *Doxa* (1986) 3. 491–498.
- , 2009: Argumentiranje in ustava. *Revus* (2009) 9.
- Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO, 2007: Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía* (2007) 27. 7–28.
- Mauro BARBERIS, 2006: *Etica per giuristi*. Roma: Laterza.

- Juan Carlos BAYÓN, 1989: Causalidad, consecuen-  
cialismo y deontologismo. *Doxa* (1989) 6.  
461–500.
- Carlos BERNAL PULIDO, 2003: *El principio de  
proporcionalidad y los derechos fundamentales*.  
Madrid: CEPC.
- Eugenio BULYGIN, 1992: Sull'interpretazione.  
*Analisi e Diritto* 1992. 11–30.
- , 1993: Legal Dogmatics and Systematization of  
Law. *Rechtstheorie* (1993) 10. 193–210.
- Albert CALSAMIGLIA, 1986: *Introducción a la cien-  
cia jurídica*. Barcelona: Ariel.
- , 1996: *Ciencia jurídica. El derecho y la Justicia*.  
Eds. Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta.  
Madrid: Trotta. 17–27.
- Genaro CARRIÓ, 2011: *Notas sobre el derecho y el  
lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Pierluigi CHIASSONI, 2009: Tre esercizi per una  
critica dell'oggettivismo morale. *Analisi e Diritto*  
2009.
- , 2011: The Simple and Sweet Virtues of  
Analysis. A Plea for Hart's Metaphilosophy of  
Law. *Revista Problema* (2011) 5. 53–80.
- Felix COHEN, 1960: Transcendental Non-Sense and  
the Functional Approach. *The Legal Conscience*.  
New Haven: Yale University Press. 33–76.
- Paolo COMANDUCCI, 2010: El racionalismo de  
Alchourrón y Bulygin. *Hacia una teoría analítica  
del derecho*. Madrid: CEPC. 227–234.
- Christian COURTIS, 2011: Enrique Marí (1928–  
2001). *Doxa* (2001) 24. 5–19.
- Christian COURTIS, Alberto BOVINO, 2001: Por  
una dogmática conscientemente comprometi-  
da. *Desde otra mirada*. Ed. Christian Courtis.  
Buenos Aires: Eudeba.
- Frank CROSS, 1997: Political Science and the New  
Legal Realism. *Northwestern University Law  
Review* 92 (1997/1998) 1. 251–326.
- Jonathan DANCY, 2009: Moral Particularism.  
*Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: [http://  
plato.stanford.edu/](http://plato.stanford.edu/).
- William DOUGLAS, 1929: Vicarious Liability and  
Administration of Risk. *Yale Law Journal* (1929)  
38. 584–604.
- Ronald DWORKIN, 1986: *Law's Empire*. Cambridge,  
Massachusetts: Belknap Press of Harvard  
University Press.
- , 2006: In Praise of Theory. *Justice in Robes*.  
Cambridge, Massachusetts: Harvard University  
Press. Ch. II.
- Timothy ENDICOTT, 2001: *Vagueness in Law*.  
Oxford: Oxford University Press.
- Martín Diego FARRELL, 1972: *Hacia un concepto  
empírico de validez*. Buenos Aires: Astrea.
- Luigi FERRAJOLI, 1983: La semantica della teoria  
del diritto. *La teoria generale del diritto. Problemi  
e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto*  
*Bobbio*. Ed. Uberto Scarpelli. Milano: Edizioni di  
Comunità.
- , 2007: *Principia Iuris*. Roma: Laterza.
- Riccardo GUASTINI, 2009: *Nuovi studi sull'interpre-  
tazione*. Rome: Aracne.
- , 2011: Uklonljivost, vrednostne praznine in  
razlaganje. *Revus* (2011) 14.
- Jaap C. HAGE, Dietermar VON DER PFORDTEN  
(Eds.), 2009: *Concepts in Law*. Dordrecht:  
Kluwer.
- Herbert L. A. HART, 1994: *The Concept of Law*.  
Oxford: Clarendon.
- , 1994: *Koncept prava*. Slovenian transl. Jelka  
Kernev Štrajn. Ljubljana: Krtina.
- Antonio HERNÁNDEZ GIL, 1945: *Metodología del  
derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho  
Privado.
- Oliver Wendell HOLMES, Jr., 1897: The Path of the  
Law. *Harvard Law Review* 110 (1897) 5. 991–  
1009.
- Rudolf von JHERING, 1972: *Lo scopo nel diritto*.  
Italian trans. Mario G. Losano. Torino: Einaudi.
- Mario JORI, 1976: *Il metodo giuridico*. Milano:  
Giuffrè.
- George KALINOWSKI, 1969: *Querelle de la science  
normative: (une contribution à la théorie de la  
science)*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- Hans KELSEN, 1934: *Reine Rechtslehre*. Leipzig,  
Vienna.
- , 1992: *Introduction to the problems of legal the-  
ory: a translation of the first edition of the Reine  
Rechtslehre or Pure theory of law*. English transl.  
Stanley Paulson. Oxford: Clarendon.
- , 2005: *Čista teorija prava*. Slovenian transl.  
Amalija Maček Mergole. Ljubljana: Cankarjeva  
založba.
- Duncan KENNEDY, 1976: Form and Substance in  
Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*  
(1976) 89. 1685–1778.
- Karl LARENZ, 2001: *Metodología de la ciencia del  
derecho*. Spanish transl. Marcelono Rodríguez  
Molinero. Barcelona: Ariel.
- Brian LEITER, 1995: Legal Indeterminacy. *Legal  
Theory* (1995) 1. 481–492.
- , 2007: *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford:  
Oxford University Press.
- , 2012: In Praise of Realism (and against non-  
sense jurisprudence). *The Georgetown Law  
Journal* 100 (2012) 3. 865–893.
- Karl LLEWELLYN, 1930: *The Bramble Bush*. New  
York: Oceana.
- , 1942: On the Good, the True, the Beautiful,  
in Law. *University of Chicago Law Review*  
(1941/1942) 9. 224–265.
- , 1950: Remarks on the Theory of Appellate  
Decisions and the Rules or Canons About How  
Statutes are to Be Construed. *Vanderbilt Law*



- Review 3* (1949–1950). 395–406.
- , 2011: *The Theory of Rules*. Chicago: University Chicago Press.
- Vilhelm LUNDSTEDT, 1956: *Legal Thinking Revised*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- Neil MACCORMICK, 1994: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Giorgio MANIACCI, 2008: *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*. Torino: Giappichelli.
- David MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Tecla MAZZARESE, 1991: 'Norm-proposition': Epistemic and Semantic Queries. *Rechtstheorie* (1991) 22. 39–70.
- Jose Juan MORESO, 1998: *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*. Dordrecht: Kluwer.
- , 2009: El reino de los derechos y la objetividad de la moral. *Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons. 69–94.
- Carlos Santiago NINO, 1989: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Mexico: UNAM.
- , 1999: *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*. Mexico: Fontamara.
- Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2011: El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e Questioni Pubbliche* (2011) 10. 438–456.
- , 2011: Sobre la interpretación. *Revista Eunomía* (2011) 1. 173–184.
- , 2012: Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. *Revista Doxa* (2012) 35.
- , 2013: Dogmática jurídica. *Revista Eunomía* (2013) 4. (forthcoming).
- Hermann OLIPHANT, 1928: A Return to Stare Decisis. *American Bar Association Journal* (1928) 14. 71–162.
- François OST, 1988: *Science du droit. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Ed. André-Jean Arnaud. Paris: LGDJ.
- Aleksander PECZENIK, 2005: *Scientia Juris*. Springer: Dordrecht.
- Aleksander PECZENIK, Lars LINDHAL, Bert VAN ROERMUND, 1984: *Theory of Legal Science*. Dordrecht: Synthesi Library.
- Juan Manuel PÉREZ BERMEJO, 2006: *Coherencia y sistema normativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, 2006: *La enseñanza del derecho*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- , 2007: *El instrumentalismo jurídico americano*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Richard POSNER, 1998: The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review* (1997–1998) 111, 1637–1717.
- , 2008: *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Roscoe POUND, 2010: *Interpretations of Legal History*. Gale: Making of Modern Law.
- Max RADIN, 1930: Statutory Interpretation. *Harvard Law Review* (1929/1930) 43. 863–885.
- Giovanni Battista RATTI, 2008: *Sistema giuridico e sistematizzazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Joseph RAZ, 1996: Intention in Interpretation. *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Ed. Robert George. Oxford: Oxford University Press. 249–286.
- Jorge RODRÍGUEZ, 2002: *Introducción a la lógica de los sistemas normativos*. Madrid: CEPCC.
- Alf ROSS, 1957: *On Law and Justice*. London: Steven & Sons.
- , 1957a: Tü-Tü. *Harvard Law Review* (1956–1957) 70. 812–825. Slovenian transl. Andrej Kristan. *Revus* (2008) 7. 89–100.
- Alfonso RUIZ MIGUEL, 2002: La dogmática jurídica ¿ciencia o técnica? *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Ed. Antonio Cabanillas Sánchez. Madrid: Civitas. 5649–5678.
- Geoffrey SAMUEL, 2003: *Epistemology and Method in Law*. Aldershot: Ashgate.
- Santiago SASTRE ARIZA, 1999: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill.
- Jeffrey SEGAL, Harold SPAETH, 2002: *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press.
- Robert SUMMERS, 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, New York: Cornell University Press.
- Rolando TAMAYO SALMERÓN, 1986: *El derecho y la ciencia del derecho*. Mexico: UNAM.
- Giovanni TARELLO, 1962: *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.
- , 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- Roberto UNGER, 1975: *Knowledge and Politics*. New York: Free Press.
- Jesús VEGA, 2000: *La idea de ciencia en el derecho*. Oviedo: Pentagrama.
- Jeremy WALDRON, 2001: *Law and Disagreements*. Oxford: Oxford University Press.
- Jerzy WROBLEWSKI, 1989: *Contemporary Models of Legal Science*. Lodz: Polish Academy of Sciences.
- , 2001: *Sentido y hecho en el derecho*. Spanish transl. Francisco Javier Ezquiaga, Juan Igartua. Mexico: Fontamara.
- Enrique ZULETA PUCEIRO, 1981: *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

## Synopsis

**Riccardo Guastini**, Full professor of philosophy of law at the University of Genoa.

Contact: guastini@unige.it

## Legal Realism Restated

**Keywords:** legal realism, ontological realism, epistemological realism, methodological realism

**Summary:** 1. Methodological Realism. — 1.1. *Interpretation sensu stricto*. — 1.2. *Juristic Construction*. — 2. Ontological Realism. — 2.1. *Law as a Set of Normative Texts*. — 2.2. *Law as a Set of Norms*. — 2.3. *Law as a Set of Norms in Force*. — 3. Epistemological Realism. — 3.1. *Doctrine*. — 3.2. *Legal Science*.

Legal realism, or at least one version of realism, can be pictured as the junction of three closely related theses: an ontological thesis, which answers the question “What type of entity law is?”; a methodological thesis, dealing with interpretation and answering the question “What kind of activity is interpretation?”; and an epistemological thesis whose subject is the science of law and which answers the question “What the scientific study of law amounts to?”.

## References

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: Reidel.
- John AUSTIN, 1879: *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. 4th ed. by R. Campbell. London: John Murray.
- Jordi Ferrer BELTRÁN, Giovanni Battista RATTI (Eds.), 2011: *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Jeremy BENTHAM, 1996: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press.
- Norberto BOBBIO, 2012: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- , 2012: *Sul ragionamento dei giuristi* (1954). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- , 2012: *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Eugenio BULYGIN, 1991: *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963). In Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- , 1995: *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli.
- Silvana CASTIGONE, Carla FARALLI, Mariangela RIPOLI (Eds.), 2002: *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*. Torino: Giappichelli.
- Pierluigi CHIASSONI, 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.
- , 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- , 2012: *Il realismo radicale della teoria pura del diritto. Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1.

- , 2012: Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen. In José Juan Moreso, José Luis Martí (Eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho*. Imperia i Barcelona, 2010, Madrid: Marcial Pons.
- Paolo COMANDUCCI, 1999: L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale. In Mario Bessone (Ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli. Torino: Giappichelli.
- , 2010: *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Luigi FERRAJOLI, 2007: *Principia Juris. Teoría del derecho e della democrazia*, vol. I, *Teoría del derecho*. Roma-Bari: Laterza.
- William W. FISHER III, Morton J. HORWITZ, Thomas A. REED (Eds.), 1993: *American Legal Realism*. New York-Oxford: Oxford U.P.
- John Chipman GRAY, 1948: *The Nature and Sources of the Law*. Second edition from the author's notes, by R. Gray. New York.
- Riccardo GUASTINI, 1997: Interpretive Statements. In Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, Ruth Zimmerling (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker & Humblot.
- , 2001: *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*. In Pierluigi Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli.
- , 2011: Rule-Scepticism Restated. In Leslie Green, Brian Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 1. Oxford: Oxford U.P.
- , 2011: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- , 2012: Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes. In Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (Eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Herbert L. A. HART, 1983: Kelsen Visited (1963). In H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford. U. P.
- Hans KELSEN, 1950: *The Law of the United Nations*. London: Stevens & Sons.
- , 1952: *Dottrina pura del diritto* (1934). Torino: Einaudi.
- , 1966: *Dottrina pura del diritto* (1960). Torino: Einaudi.
- , 1989: Sulla teoria dell'interpretazione (1934). In Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (Eds.), *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Vol. II. Torino: Giappichelli.
- , 1989: Diritto e logica (1965). in: In Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (Eds.), *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Vol. II. Torino: Giappichelli.
- Giorgio LAZZARO, 1965: *Storia e teoria della costruzione giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P.
- Mario Giuseppe LOSANO, 1968: *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*. Torino: Giappichelli.
- , 1972: Introduzione. In Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877). Torino: Einaudi.
- Rafael Hernández MARÍN, 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- , 1999: *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Eric MILLARD, 2006: *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz.
- Karl OLIVECRONA, 1966: Linguaggio giuridico e realtà (1962). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1971: *Law as Fact*. II ed., London: Stevens. & Sons.
- Giorgio PINO, 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Andrea PUGIOTTO, 1994: *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. Genesi, uso, implicazioni. Milano: Giuffrè.
- Giovanni Battista RATTI, 2009: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- , 2009: *Norme, principi, e logica*. Roma: Aracne.
- , 2012: *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*. Madrid: Marcial Pons.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- , 1966: Tù-Tù (1951). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1966: La definizione nel linguaggio giuridico (1958). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1982: Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo (1962). In Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Bologna: Il Mulino.
- , 1990: Il concetto di diritto secondo Hart (1962). In Silvana Castignone, Riccardo Guastini (Eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*. II ed. Genova: ECIG.

- Uberto SCARPELLI, 1967: Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.
- Giovanni TARELLO, 1962: *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.
- , 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- , 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Michel TROPER, 1994: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: PUF.
- , 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF.
- , 2012: *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF.
- Michel VILLEY, 1989: Le droit dans les choses. In Paul Amselek, Christophe Grzegorzczak (Eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: PUF.
- Max WEBER, 1958: *Il metodo delle scienze storico-sociali*. Torino: Einaudi.
- Jerzy WRÓBLEWSKI, 1966: La normatività della scienza giuridica (1966). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- Gustavo ZAGREBELESKY, 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.

## Synopsis

**Ana Dimiškovska**, Associate professor at the Institute of Philosophy, Faculty of Philosophy, University Ss. Cyril and Methodius, Skopje, Republic of Macedonia.

Contact: ana@fzf.ukim.edu.mk

## (Dia)logical Reconstruction of Legal Justification

### A Case Analysis

**Keywords:** legal argumentation, legal justification, dialogical modelling of judicial decisions, reason-based logic, Lodder's DiaLaw, judge

**Summary:** 1. Introduction: Philosophical, Legal and Logical Aspects of Justification. — 2. Connecting Theory and Practice – an Analysis and Reconstruction of Judicial Decisions From a Dialogical Point of View. — 3. Description of the Methodological Background for the Dialogical Reconstruction. — 3.1. *Reason-based logic and its fundamental concepts.* — 3.2. *Arno Lodder's DiaLaw. – a dialogical model of legal justification: the fundamental concepts.* — 4. The Case in Point: Questioning the Constitutionality of an Article of Law. — 5. Dialogical Reconstruction of the Justification of the Judicial Decision. — 6. Discussion Related to the Dialogical Reconstruction of the Decision. — 7. Conclusion.

In this paper an attempt is made to apply the dialogical approach to modelling legal justification in a particular legal case and to present a dialogical reconstruction of a controversial judicial decision from the Macedonian legal context. The reconstruction is carried out using a contemporary dialogical model of legal justification: Arno Lodder's DiaLaw. The dialogical approach on which this model is based is shown to be suitable for representing the argumentative dynamics and strategic elements of legal argumentation. However, there are still some open questions related to its use, especially concerning the normative status of dialogical rules and the possibility of modelling the role of the judge or arbiter in legal controversies.

## References

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company (Law and Philosophy Library).
- Robert ALEXY, 1989: *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Translated by Ruth Adler and Neil McCormick. Oxford: Clarendon Press.
- Else M. BARTH and Erik C. W. KRABBE, 1982. *From Axiom to Dialogue: A Philosophical Study of Logics and Argumentation*. Berlin/New York: Walter de Gruyter (Grundlagen Der Kommunikation Und Kognition / Foundations of Communication and Cognition).
- Ana DIMIŠKOVSKA TRAJANOSKA, 2010: The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or 'Trialogue'?. *Approaches to Legal Rationality*. Eds. Dov M. Gabbay et al. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer (Logic, Epistemology and the Unity of Science 20). 265–280.
- Ана ДИМИШКОВСКА, 2011: *Логиката на правното расудување: дијалошка перспектива*. Скопје: Аз-Буки/Филозофски факултет. (Ana DIMIŠKOVSKA, 2011: *Logikata na pravното rasuduvanje: dijaloška perspektiva*, Skopje: Az-Buki/Filozofski fakultet).
- Eveline T. FETERIS, 1999: *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Argumentation Library).
- , 2000: A Dialogical Theory of Legal Discussions: Pragma-dialectical Analysis and Evaluation of Legal Argumentation. *Artificial Intelligence and Law* (2000) 8, 115–135.
- Thomas F. GORDON, 1995: *The Pleadings Game: An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Jaap HAGE, 1993: Monological Reason-Based Logic: A Low-Level Integration of Rule-based Reasoning and Case-based Reasoning. URL: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3229-3223-1-PB.pdf> (13 May 2013.).
- , 1997: A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match. *Logical Models of Legal Argumentation*. Eds. H. Prakken and G. Sartor. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 43–117.
- , 2005: *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer (Law and Philosophy Library).
- Jaap HAGE and Bart VERHEIJ, 1994: Reason-Based Logic: A Logic for Reasoning with Rules and Reasons. URL: <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/lcai94.pdf> (13 May 2013.).
- Jaap HAGE, H. Bart VERHEIJ and Arno R. LODDER, 1993: Reason-Based Logic: A Logic that Deals with Rules and Reasons. URL: <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/pdf/naic93.pdf> (13 May 2013.).
- Arno R. LODDER, 1999: *DiaLaw: On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library).
- , 2004: Law, Logic, Rhetoric: A Procedural Model of Legal Argumentation. *Logic, Epistemology and the Unity of Science*. Eds. S. Rahman et al. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers. 569–588. URL: <http://ssrn.com/abstract=1312456> (13 May 2013.).
- Arno R. LODDER and Aimée HERCZOG, 1995: *DiaLaw: A Dialogical Framework for Modeling Legal Reasoning*. URL: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=40> (12 May 2013.).
- Vesel MEMEDI, 2007: Resolving Deep Disagreement: A Case in Point. *SEEU Review* (2008) 3, no. 2, 7–18. URL: [http://www.seeu.edu.mk/files/seeu\\_review\\_vol3-nr2.pdf](http://www.seeu.edu.mk/files/seeu_review_vol3-nr2.pdf) (14 May 2013.).
- Aleksander PECZENIK, 1989: *On Law and Reason*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library).
- Henry PRAKKEN, 1995: From Logic to Dialectic in Legal Argument. URL: <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/DialICAIL95.pdf> (12 May 2013.).
- , 1997: *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library).
- , 2008: A Formal Model of Adjudication Dialogues. *Artificial Intelligence and Law* (2008) 16, 305–328.
- Henry PRAKKEN and Giovanni SARTOR, 1997: A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning. *Logical Models of Legal Argumentation*. Eds. H. Prakken and G. Sartor. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 175–210.
- Shahid RAHMAN and Laurent KEIFFE, 2005: On How to Be a Dialogician: A Short Overview of Recent Developments on Dialogues and Games. *Logic, Thought and Action*. Ed. Daniel Vanderveken. Dordrecht: Springer (Logic,

- Epistemology and the Unity of Science), 359–408.
- Harry Bart VERHEIJ, 1996: *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat*. Dissertation Universiteit Maastricht. URL: <http://www.ai.rug.nl/~verheij/publications/proefschrift/dissertation.pdf> (12 May 2013.).
- Bart VERHEIJ, Jaap C. HAGE and Jaap H. VAN DEN HERIK, 1998: An Integrated View on Rules and Principles. *Artificial Intelligence and Law* (1998) 6, 3–26.
- Douglas N. WALTON, 2002: *Legal Argumentation and Evidence*. University Park, PA: Pennsylvania State University Press.
- \*
- Macedonian Court decisions. Constitutional Court ([www.ustavensud.mk](http://www.ustavensud.mk)):
- Решение У. бр. 118/2003 на Уставниот суд на Република Македонија од 16 јули 2003, *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 и 74/03. (Rešenje U. br. 118/2003 na Ustavniot sud na Republika Makedonija od 16 juli 2003, *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 i 74/03).
  - Трендафил ИВАНОВСКИ, 2003: Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У. бр. 118/2003 од 16 јули 2003. *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)).
  - (Trendafil IVANOVSKI, 2003: Izdvoeno mislenje po resenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003. *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).
- Мирјана ЛАЗАРОВА ТРАЈКОВСКА, 2003: Издвоено мислење по решението на Уставниот суд У. бр. 118/2003 од 16 јули 2003. *Службен весник на РМ*, бр. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)).
- (Mirjana LAZAROVA TRAJKOVSKA, 2003: Izdvoeno mislenje po resenieto na Ustavniot sud U. br. 118/2003 od 16 juli 2003. *Služben vesnik na RM*, br. 64/03 ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk))).
- Macedonian legislation ([www.slvesnik.com.mk](http://www.slvesnik.com.mk)):
- [Law on the State Judicial Council] Закон за Републичкиот судски совет, *Службен весник на РМ*, бр. 80/92. (Zakon za Republičkiot sudski sovet, *Služben vesnik na RM*, br. 80/92).
  - [Law on Amendments to the Law on the State Judicial Council] Закон за изменување и дополнување на Законот за Републичкиот судски совет, *Службен весник на РМ*, бр. 43/03. (Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za Republičkiot sudski sovet, *Služben vesnik na RM*, br. 43/03).



## Synopsis

**Marko Novak**, Associate professor of legal theory and philosophy of law.

Contact: mnovak153@gmail.com

## Ideal Types of Law from the Perspective of Psychological Typology

**Keywords:** Weber's ideal types of law, Jung's psychological typology, legal history, four cognitive functions, auxiliary cognitive functions

**Summary:** 1 Introduction. — 2. Weber's Ideal Types of Law. — 3. Jungian Type Theory. — 4. The Weberian and Jungian Types Compared. — 5. General and Specific Types of Law From the Perspective of Psychological Typology. — 5.1 *The Religious Types of Law.* — 5.1.1. *Mystic Law.* — 5.1.2. *Theological Law.* — 5.2. *The Traditional Type of Law.* — 5.2.1. *Imperial Law.* — 5.2.2. *Customary Law.* — 5.3. *The Logical Types of Law.* — 5.3.1. *Casuistic Law.* — 5.3.2. *Systematic Law.* — 5.4. *The Harmonious Types of Law.* — 6. Conclusion.

This article presents ideal types of law in view of the law's evolvement through history, and also concerning its contemporary manifestation. The presented ideal types of law have been developed on the basis of two great typologies: Weber's and Jung's. The starting point of my analysis is Weber's ideal types of law. I tried to understand them in the light of Jung's psychological types, however, this lead me to their modification with regard to their original understanding by Weber. In every individual certain cognitive functions prevail so is the case with every social community. Also with respect to law, both in terms of time and place – we can find proof for that in legal history and legal geography (i.e. comparative law). Concerning the four cognitive functions four general types of law can be developed, and on the basis of the influence of auxiliary functions on the dominant functions these can be further developed to eight specific types of law.

## References

- Renee BARON, 1998: *What Type Am I?*. London: Penguin Books.
- Jerome T. BARRETT, Joseph P. BARRETT, 2004: *A History of Alternative Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey Bass.
- Rajko BRATOŽ, 2003: *Grška zgodovina*. Ljubljana: Zveza zgodovinskih društev.
- Isabel BRIGGS-MYERS, Peter B. MYERS, 1995: *Gifts Differing*. Mountain View, California: Davies-Black Publishing.
- Tom CHETWYND, 1982: *Dictionary for Dreamers*. London: Paladin Books.
- Jean CHEVALIER, Alain GHEERBRANT, 2006: *Slovar simbolov*. Ljubljana: Mladinska knjiga.
- Susan DAICOFF, 2006: *Lawyer, Know Thyself*. Washington: American Psychological Association.
- Rene DAVID, Guenther GRASMAN, 1998: *Uvod v velike sodobne pravne sisteme*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Paolo GROSSI, 2010: *Pravna Evropa*. Ljubljana: Založba/\*cf.
- Max HORKHEIMER, 1947: *Eclipse of Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Maggie HYDE, Michael MACGUINNESS, 1999: *Introducing Jung*. Cambridge: Icon Books.
- James L. JARRET (ed.), 1998: *Jung's Seminar on Nietzsche's Zarathustra*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Carl G. JUNG, 1921: *Psychologische Typen*. Düsseldorf: Patmost Verlag GmbH & Walter Verlag.
- , 1990: From Psychological Types, in: Violet S. de Laszlo (ed.), *The Basic Writings of C. G. Jung*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- Artur KAUFMANN, 1994: *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva Založba.
- Viktor KOROŠEC, 1954: Slovenski prevod Hammurabijevega zakonika, *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete*.
- Marko NOVAK, 2011: Legal thinking: a psychological type perspective, *Dignitas* 49/50.
- , 2013: Lawyers' Ideal Psychological Type Preferences, <http://works.bepress.com/myaccount.cgis> (March 28th 2013).
- Anton PERENIČ, 1981: *Relativna samostojnost prava*. Ljubljana: DDU Univerzum.
- Naomi QUENK, 2009: *Essentials of Myers-Briggs Type Indicator Assessment*. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.
- Sharyn L. ROACH ANLEU, 2000: *Law and Social Change*. London: SAGE Publications.
- Martha T. ROT, 1997: *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*. Atlanta: Scholars Press.
- Anton SOVRE, 1964: *Starogrška lirika*. Ljubljana: DZS.
- Katja ŠKRUBEJ, 2010: *Pravo v zgodovini, Odlomki virov s komentarji*. Ljubljana: GV Založba.
- Russ VERSTEEG, 2000: *Early Mesopotamian Law*. Carolina AP.
- Sergij VILFAN, 1991: *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana: ČZ Uradni list RS.
- , 1996: *Pravna zgodovina Slovencev*. Ljubljana: Slovenska matica v Ljubljani.
- Gavin WALKER, 2102: Sociological theory and Jungian psychology. *History of the Human Sciences* 25 (I).
- Max WEBER, 1978: *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press.
- Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ, 1998: *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press.