

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava
časopis za ustavno teorijo i filozofiju prava
revija za ustavna teorija i filozofija napravoto



dedi

revus

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

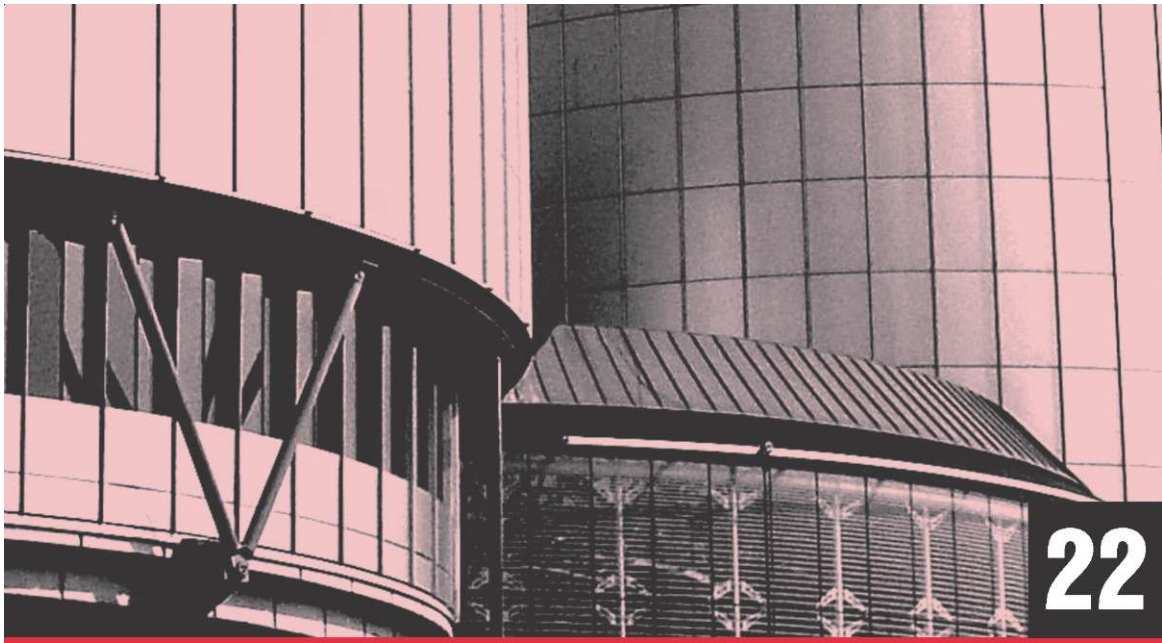
journal for constitutional theory and philosophy of law

Dvignimo raven pravne kulture.

www.revus.eu



Cena: 29,00 €



Luka Burazin in Andrej Kristan (ur.)



journal for constitutional theory and philosophy of law

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

Alessio SARDO, Alexy, sorazmernost in zatrjevanje pravilnosti. Kritični uvod | Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica • li

y • **Andrej KRISTAN**, V bran izraznemu pojmovanju pravil •

Berislav ŽARNIC & Gabriela BASIC, Metanormativna načela i normama vodeno društveno medudjelovanje | Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction • **Miodrag JOVANOVIĆ**, Preispitivanje pojma međunarodnog prava - o metodološkim aspektima

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava
časopis za ustavno teoriju i filozofiju prava
revija za ustavna teorija i filozofija na pravoto

Ljubljana, 2014

VSEBINA

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

7 Uvodnik / Introduzione

Alessio Sardo

REVUSOV KANON

Robert Alexy

35 Ustavna prava i proporcionalnost

Robert Alexy

51 Constitutional Rights and Proportionality

PRAVO IN LOGIKA

Andrej Kristan

67 V bran izraznemu pojmovanju pravil

Bersilav Žarnić in Gabriela Bašić

89 Metanormativna načela i normama vođeno društveno međudjelovanje

Bersilav Žarnić in Gabriela Bašić

105 Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction

TEORIJA MEDNARODNEGA PRAVA

Miodrag Jovanović

1 2 1 Preispitivanje pojma međunarodnog prava
- o metodološkim aspektima

1 4 5 POVZETKI IN KLJUČNE BESEDE

TABLE OF CONTENTS

This issue is composed of papers in English, Italian, Slovenian, Serbian and Croatian. For English synopses and keywords, see pages 145-150.

7 Foreword

Alessio Saro

KEY PAPERS

Robert Alexy

51 Constitutional Rights and Proportionality

LAW AND LOGIC

Andrej Kristan

67 In Defence of The Expressive Conception
of Norms

Bersilav Žarnić and Gabriela Bašić

105 Metanormative Principles and Norm Governed
Social Interaction

THEORY OF INTERNATIONAL LAW

Miodrag Jovanović

121 Revisiting the Concept of International Law
- Methodological Aspects

145 ENGLISH SYNOPSES AND KEYWORDS

Alexy, sorazmernost in zatrjevanje pravilnosti

Kritični uvod

1 UVOD

Namen tega uvodnega zapisa je dokaj preprost. Najprej bom skušal poustvariti bistvene dele Alexyjevega pojmovanja načela sorazmernosti. Nato bom podal nekaj pojasnil o več posledicah oziroma podmenah tega pojmovanja, ki so posebej pomembne vsaj za moj sklepni del, v katerem bom poskušal opozoriti na eno izmed slabosti Alexyjevega pojmovanja. To bo tudi najpomembnejši del mojega prispevka. Čeprav imamo pred seboj eno najbolj izčiščenih pojmovanj načela sorazmernosti (in temeljnih pravic), ki so danes na voljo, menim, da bi moral njegov avtor ponuditi precej močnejše argumente, da bi nas prepričal.

Naj zaradi bralca, ki z Alexyjevo metodo morda ni seznanjen, takoj opozorim na eno njenih vodilnih idej: filozofija prava se ne more omejiti na vrednostno nezaznamovano opisovanje, ampak mora voditi k normativnemu izgrajevanju in utemeljevanju, ki se uresničujeta v oblikovanju (idealnih) konstitutivnih pravil, lastnih praktični racionalnosti in/ali racionalnemu diskurzu *tout court*.¹

2 KRATKA PREDSTAVITEV

Po Alexyju so temeljne pravice trimestni predikati, ki vzpostavljajo določeno razmerje med njihovimi upravičenci, naslovljenci in okoliščinami.² Poleg tega naj bi bile temeljne pravice *nujno* odvisne od sorazmernosti. Ta odvisnost naj bi obstajala v vseh mogočih svetovih, tj. ne glede na pozitivno pravo, saj naj bi izhajala že iz same *narave* temeljnih pravic. Teh naj ne bi smeli pojmovati kot »dokončne ukaze« (nem. *definitive Gebote*) oziroma »pravila« (nem. *Regeln*), ampak kot »zahteve ali ukaze po optimizaciji« (nem. *Optimierungsgebote*) - oziroma »načela« (nem. *Prinzipien*), ki pravnim oblastem, predvsem pa ustavnim sodnikom, predpisujejo *maksimiranje* končnih ciljev pravnega reda ob upoštevanju pravnih in dejanskih možnosti.³

1 Alexy (2008).

2 Alexy (2012a: 229 in naslednje).

3 Alexy (2012a: III pogl.).

Pravilom je mogoče zadostiti le v smislu »vse ali nič«, uporabi pa se jih s podrejanjem dejanskih okoliščin, tj. s subsumpcijo. Nasprotno je načelom mogoče zadostiti v večji ali manjši meri, uporabi pa se jih s *tehtanjem* (nem. *Abwägung*). Tehtanje pomeni vrednostno utemeljevanje po načelu oziroma *presoji sorazmernosti* (nem. *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁴

Presoja sorazmernosti tvorijo trije koraki, njen vsakokratni splošni namen pa je poiskati *Pareto optimum*.⁵ V prvem koraku se - s presojo *tehnične* racionalnosti, kot je tista, ki *sredstva* povezuje s *cilji* - odloči o *primernosti* nekega dejanja oziroma ukrepa (nem. *Geeignetheit*) glede na načela pravnega reda.⁶ V drugem koraku se z iskanjem t. i. *nujnosti* dejanja (nem. *Erforderlichkeit*) »preizkusi«, ali obstajajo tudi drugi ukrepi, s katerimi bi bilo mogoče določeno načelo P_1 optimizirati enako učinkovito, a na tak način, ki bi bil manj invaziven glede drugega načela P_2 , za katerega se domneva, da je s P_1 v nasprotju.⁷ V tretjem in zadnjem koraku - ta zadeva *sorazmernost* oziroma *tehtanje v ožjem pomenu* (nem. *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*) -, se opravi najbolj občutljiva operacija celotnega postopka: tu telo odločanja določi relativno vrednost obravnavanih načel. Naj to zaradi zapletenosti podrobneje obrazložim.

Nasprotja med načeli se razrešujejo z določitvijo *pogojne prednosti* (nem. *bedingte Vorrangrelation*), ki ustreza naslednji *propoziciji*: »Načelo P_1 prevlada nad načelom P_2 v pogojih C« ($P_1 P_2 v C$). Takšna hierarhija se določi v skladu z »zakonom tehtanja«, po katerem je stopnja sprejemljive nezadovoljitve načela P_2 odvisna od pomembnosti zadovoljitve načela P_1 . Mimogrede: po Alexyju zakon tehtanja ni zgolj poljubni del določene *ustavnosodne prakse*, ampak je t. i. *neizrečeni gradnik* (torej predpostavka) katerekoli *ustavnosodne prakse*. Obstaja sicer več načinov uporabe takšnega zakona, vendar naj bi bil najboljši ta, ki ga ponazarja slavni utežni obrazec (nem. *Gewichtsformel*), ki ga je izumil prav Alexy. Gre za matematično enačbo z naslednjo zgradbo:

$$= \frac{L_i \cdot W_i}{L_j \cdot W_j} \cdot R$$

W_i in W_j označujeta *abstraktno težo* obravnavanih načel, L_i in L_j označujeta *stopnjo (ne)zadovoljitve* nasprotujočih si načel v konkretnem primeru, R_i in R_j pa *stopnjo gotovosti izkustvenih ocen*. Vsem tem spremenljivkam se pripišejo številske vrednosti, ki sledijo *triadični lestvici* (z vrednostmi: 2^0 , 2^1 , 2^2 za W ter I ; 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} za R) oziroma *dvojni triadični lestvici* (z vrednostmi od 2^0 do 2^8 in

4 Alexy (2012a: 152 in naslednje).

5 Alexy (2012a: spremna beseda).

6 Alexy (2012a: 621 in naslednje).

7 Invazivnosti ni mogoče nikoli opredeliti v absolutnem smislu, temveč vedno kot relativno v razmerju do sklopa empiričnih vedenj in vrednostnih domnev.

od 2⁰ do 2⁻⁸). V številskih vrednostih se nedvoumno izrazi, ali je kršitev načela blaga, srednje močna ali močna; ali so izkustvene ocene gotove, verjetne ali popolnoma napačne in tako dalje.⁸

Posebej moramo biti pozorni, da si ne razlagamo narobe *logičnega statusa* enačbe: spremenljivke v enačbi *nadomeščajo propozicije* (z drugimi besedami: spremenljivke so propozicijske, ne predikatne). Zato jih je treba utemeljiti z racionalnim utemeljevanjem - kar je breme, ki se mu sodnik nikoli ne more izogniti. Dodatne elemente racionalnosti je po Alexyjevem mnenju mogoče zaznati tudi v *deontološki naravi predmetov* enačbe (gre za načela, in ne za vrednote ali interese) in v dejstvu, da mora sodnik napraviti aritmetični izračun (Alexy meni, da bi bil le norec pripravljen trditi, da aritmetika ni racionalna, sam pa menim, da je to odvisno od konteksta in torej od okoliščin uporabe: če bi kdo z aritmetiko skušal razrešiti etični problem, bi se to meni zdelo nerazumno).

Kot je razvidno iz njegove razprave, objavljene v tokratni številki *Revusa*, Alexy skuša potrditi tezo o tem, da so ustavna načela nujno povezana s sorazmernostjo (kot jo pojmuje on), pri tem pa se zateče k dvema ločenima argumentoma: prvi je tisti o *dvojni naravi pravic* (A), drugi pa je argument o *zatrjevanju pravilnosti* (B).⁹ Na kratko ju predstavimo:

(A) *Dvojna narava pravic*. Temeljne pravice brez dvoma spadajo v *pozitivno pravo*, vendar s tem podatkom še ne razložimo njihove zapletene narave. Poleg *realne* razsežnosti, ki je posledica njihove pozitivizacije, imajo temeljne pravice tudi *idealno* razsežnost - kar bi med drugim potrdili tudi objektivni nameni ustavodajalca.¹⁰

Na splošno Alexy poudarja, da je pravo sestavljeno iz treh elementov: (i) oblastne razglasitve (nem. *autoritative Gesetztheit*), (ii) družbene učinkovitosti (nem. *soziale Wirksamkeit*) in (iii) vsebinske pravilnosti (nem. *materiale Richtigkeit*). Drugače od pravnega pozitivizma, ki priznava le prva dva elementa, pripoznavajo nepozitivistični nauki - in tak je tudi njegov - še pomembnost tretjega elementa.

Temeljne pravice so moralni, univerzalni in abstraktni predpisi, ki imajo prednost pred drugimi normami sistema. Dejstvo, da imajo *tudi* oblastno razsežnost, pa ni ovira za njihovo »dvojno državljanstvo« in torej tudi ne za njihovo pripadnost objektivni transcendentni etiki.

Povečini je odvisnost *ustavnih določb, načel in sorazmernosti* vprašanje *dejev* (njihova povezanost se kaže na ravni neposrednega empiričnega opazovanja). Vendar naj bi takšna odvisnost obstajala tudi tam, kjer je ni mogoče empirično zaznati, saj gre pač za *nujno in apriorno* vez. Če prav razumem, pa

8 Lestvice številskih vrednosti, uporabljene pri utežnem obrazcu, so diskretne in ne zvezne.

9 Alexy (2014: 61)

10 Alexy (2014: 61).

ima v teh primerih ta vez zgolj »potencialno« naravo. Kot namreč poudarja sam Alexy, naj bi bilo povsem mogoče, da del ustavnih določb ne izraža načel, ampak absolutno zavezujoča pravila; če pa so ta dvoumna, nedoločna ali »odprta za vrednotenje«, se lahko zgodi, da pridejo v poštev tudi načela.

(B) *Zatrjevanje pravilnosti* (nem. *Anspruch auf Richtigkeit*). Na eni strani naj bi bil preizkus ustavnosti nujno povezan z zatrjevanjem pravilnosti prava, utemeljenim na tezi, da vsak pravni predpis že sam po sebi zatrjuje svojo *moralno* pravilnost. Na drugi strani pa zatrjevanje pravilnosti zahteva kar najbolj racionalno odločitev.

Zato moramo ob predpostavki, da najbolj racionalno obliko uporabe načel najdemo v presoji sorazmernosti, opravljeni po utežnem obrazcu, ugotoviti, da so temeljne pravice odvisne od sorazmernosti.¹¹ V nadaljevanju bom skušal ta argument ovreči.

3 NEKAJ POJASNIL

Praden se posvetim kritiki, želim podati nekaj pojasnil glede posameznih delov Alexyjeve teorije, ki se mi zdijo posebej pomembni za njeno bolj poglobljeno razumevanje, a so pogosto ali zanemarjeni ali pa napačno razumljeni. Nadaljujem s strnjanim prikazom.

3.1 Predpostavljani pojem propozicije

Spremenljivke, ki sestavljajo utežni obrazec, po Alexyju nadomeščajo propozicije. Pri tem se je mogoče vprašati, kaj so zanj »propozicije«. Zdi se mi, da jih razume kot abstraktne entitete, porajajoče se v obliki izjav, ki jih je mogoče ovrednotiti kot resnične ali neresnične. Hkrati naj bi bila resničnost predikat, ki je neločljivo povezan z razsežnostjo utemeljevanja. (To je teza, ki je mojemu mnenju problematična že sama po sebi.)¹² Neko propozicijo zato lahko opredelimo za resnično, če in samo če je utemeljena. To, da je propozicija navadno sprejeta, pa torej še ni zadostni pogoj za njeno resničnost - čeprav je seveda lahko dober indic za podporo takšnega sklepa. Pri svojem pojmovanju propozicij se Alexy po eni strani navdihuje pri Kantu, po drugi strani pa pri »inferencialističnem« branju Fregeja.

3.2 sorazmernost ni »osamljena monada«

Poudariti je treba, da Alexyjeva teorija sorazmernosti ne stoji sama zase, ampak je sestavni del precej širše namere: gre za obrambo neke nove oblike

¹¹ Alexy (2014: 61-62).

¹² Alexy (2012b).

»razpravnega« ustavnštva.¹³ Osnovni cilj te nove oblike ustavnštva je v izoblikovanju temeljnih pravic kot instrumentov, s katerimi naj se po eni strani *institucionalizira praktična racionalnost* - katere poseben primer je sodna racionalnost (nem. *Sonderfallthese*) -, po drugi strani pa naj se *popravijo napake predstavnštva*, do katerih neizbežno prihaja v postopku oblikovanja zakonov bodisi zaradi nepopolnosti, ki zadevajo volilne postopke, bodisi zaradi napak, ki so lahko posledica neustreznosti nekaterih odločitev parlamenta oziroma, bolj splošno, pravodajnih oblasti v državi.

Da bi te napake odpravili, morajo tako *Bundesverfassungsgericht* kot druga ustavna sodišča na novo opredeliti same meje temeljnih pravic po načelu optimalne sorazmernosti in s ciljem zagotavljanja njihove normativnosti pa tudi veljavnosti pravnih norm in pravnega reda na splošno (kar je mogoče doseči zgolj z racionalnim utemeljevanjem). Le takrat, kadar se izkaže, da so empirične premise razlogovanja posebej šibke, naj bi utežni obrazec sodnikom »nalagal« *samoomejujoč* odnos in prepustitev odločanja parlamentu. Nasprotno pa naj bi v drugih primerih sodniki s svojim posredovanjem »sanirali« pomanjkljivosti sistema. To pomeni dvojje: (i) da naj bi bile temeljne pravice postulat objektivne morale in da naj bi - če so pravilno uporabljene - preprečevale, da sistem zapade v neznosno nepravilnost; in (ii) da naj bi bil utežni obrazec izraz nekega metatehtanja o gotovosti premis, rezultat takšnega tehtanja pa naj bi se potem izražal na ravni formalnih načel pravnega reda.

4 ZATRJEVANJE PRAVILNOSTI: OBČUTLJIVO VPRAŠANJE

Rekli smo že, da je argument zatrevane pravilnosti (skupaj z argumentoma nepravilnosti in zgradbe načel) eden tistih členov, ki po eni strani povezujejo načela s sorazmernostjo, po drugi pa pravo z moralo (glej točko 2.B). A če je ta argument dvakrat napačen - kar menim sam -, bo mogoče resno podvomiti o trdnosti teh povezav. V nadaljevanju bom predstavil argumente, ki podpirajo to mojo tezo.

Alexy meni, da se na podoben način kot trditve v razmerju do svojih naslovnikov tudi pravni predpisi (in s tem pravni redi kot celota) nujno predstavljajo skupaj z zatrditvijo *njihove pravilnosti* (četudi je ta morda implicirana).¹⁴ Seveda se pojem »pravilnost« uporablja v različnih pomenih. Tista raba, ki je

¹³ Alexy (2005).

¹⁴ Alexy (2002: 33-36). V odsotnosti takšne zatrditve sploh ne moremo govoriti o pravni normi in pravnem sistemu; če je prisotna, vendar ji ni zadoščeno, pa imamo opravka s pravno normo ali sistemom, ki je pomanjkljiv.

v tem primeru relevantna, pravilnost enači s »pravičnostjo«. Ta pa je navadno opredeljena kot *razdeljevalna* ali *izravnalna*.

Osrednji argument, ki ga Alexy uporabi pri dokazovanju veljavnosti te teze, je argument *performativnega protislovja* (nem. *performativer Widerspruch*): to je logično protislovje med tistim, kar je z nekim avtoritativnim dejanjem pravadajnih oblasti povedano (izrecno), in tistim, kar je z njim (implicitno) predpostavljeno. S preizkusom se lahko preveri, ali s tem, da k neki izjavi pristavimo vsebino, ki je nasprotna njeni implicitni predpostavki - v našem primeru naj bo ta predpostavka »zatrđitev nepravilnosti« (nem. *Anspruch auf Unrichtigkeit*), izjava pa katerakoli izjava neke pravne oblasti -, resnično pride do protislovja. To lahko preverimo z dvema miselnima preizkusoma.¹⁵

1. *Prvi miselni preizkus*. Zamislimo si ustavo hipotetične države X, ki vsebuje določbo: (1) »X je suverena, federalna in *nepravična* država«. Tu ustava državo izrecno opredeljuje kot nepravično, a bi bila takšna določba po Alexyjevem mnenju enako absurdna kot trditev (2) »Mačka je na predpražniku, a tega ne verjamem«. Po Alexyjevem mnenju naj bi bil to zadosten dokaz za sklep, da se s *kolektivnim* govornim dejanjem, s kakršnim se neka ustava sprejme, nujno zatrjuje tudi to, da je ta ustava pravična. Pri tem je treba opozoriti, da zgornja izjava po njegovem mnenju ne krši le običajnega *sloga* pisanja ustav. Tako za ustavne kot za druge norme naj bi namreč veljalo, (i) da so *nujno* predstavljane kot pravilne (to je njihov konstitutivni pogoj), (ii) da je tisti, ki norme sprejema, do tega upravičen (pogoj utemeljenosti) in (iii) da je tudi iskren (pogoj iskrenosti). Po Alexyjevem mnenju naj bi bilo povedano še bolj očitno, če smo pripravljene priznati, da je izjava (3) »X je pravična država« redundantna izjava.¹⁶

2. *Drugi miselni preizkus*. Zamislimo si, da sodnik razsodi, s tem da izjavi (4) »Obtoženega se obsodi na dosmrtno ječo in to je narobe« oziroma (5) »Obtoženega se obsodi na dosmrtno ječo, vendar gre pri tem za napačno razlago veljavnega prava«. ¹⁷ V obeh primerih bi šlo za protislovje.

Argument o performativnih protislovjih je sijajen argument. Deloma je strukturno podoben drugim paradoksom, kot je na primer Moorov paradoks - (6) »Dežuje, a tega ne verjamem« -, saj imamo v njem opravka z impliciranimi pojmi, ki iz dane izjave izhajajo na podlagi sklepanja, ko so enkrat izrecno oblikovani, pa razkrijejo obstoj notranjega protislovja.¹⁸ Podobni so tudi t. i. *Geachevi performativi*, znani tistim, ki so seznanjeni z razpravami o naravi vrednostnih sodb.¹⁹ Namen Geacha je bil ovreči tezo, da se izrazi, kot sta »dobar« in »slab«, venomer uporabljajo »performativno« za izražanje odobravanja

¹⁵ Alexy (2002: 35 in naslednje).

¹⁶ Alexy (2002: 37).

¹⁷ Alexy (2002: 38 in naslednje).

¹⁸ Moore (1993: 207 in naslednje).

¹⁹ O tem glej odlično rekonstrukcijo, ki jo podaja Schroeder (2010: 41 in naslednje).

oziroma neodobravanja (Ayer), hvale oziroma graje (Stevenson) ali za predpisovanje določenih ravnanj (Hare). Geachev nasprotni dokaz zato izpostavlja izjave, v katerih se pojavlja beseda »narobe« - z moralnim poudarkom (na primer: (7) »Drži, da je krasti narobe?«, (8) »Sprašujem se, ali je krasti narobe.«, (9) »Če je krasti narobe, je ubijati še toliko bolj.«) -, a je kljub temu očitno, da ne gre za izraze graje, ukazovanja, sramotenja in tako dalje.

Vseeno pa trdim, da v našem primeru omenjena strategija nikakor ne deluje: po mojem mnenju Alexyjev argument zgreši svoj cilj, saj je *dvakrat napačen*. Najprej zato, ker pomeša konstitutivna pravila trditev in predpisov; obenem pa z zavračanjem relativizacije pravilnosti na podlagi zunanjih parametrov zapade tudi v krožnost. Seveda bi bilo vsemu temu mogoče dodati še vprašanje, ki ga ne gre zanemariti, in sicer: kaj za vruga naj bi bila »kolektivna govorna dejanja«? Menim, da v teoriji govornih dejanj (angl. *speech acts*) resnično ni prostora za tovrstno pogruntavščino. A kakor že, predlagam, da zadnji problem pustimo ob strani in se posvetimo zgolj prvima dvema.

4.1 prva napaka

Menim, da je mogoče na *zamenjevanje konstitutivnih pravil trditev in predpisov* opozoriti v nekaj kratkih korakih. Po Alexyjevem mnenju je ideja, da predpisi ne zatrjujejo svoje pravičnosti, v nasprotju s samo naravo predpisnega dejanja, saj naj bi bilo »pravičnost« predpisa (to gre razumeti kot njegovo »moralno pravilnost«) treba razumeti kot enega od *konstitutivnih pogojev* predpisnega dejanja, pa tudi kot enega od *pogojev utemeljenosti*, brez katerih ne bi mogli reči, da ima tisti, ki je dejanje izvršil, za to »veljavni naslov«. Poleg tega naj bi tudi v primeru predpisa morala veljati maksima iskrenosti.

Pri oblikovanju te teze je Alexy očitno zanemaril posebnosti predpisnega dejanja. V filozofiji jezika je splošno sprejeta predpostavka, da je trditveno dejanje samo po sebi povezano s pojmom *resnice* in *prepričanja*: da bi bilo namreč mogoče šteti, da je neka trditev »pravilno oblikovano« govorno dejanje, mora biti ta resnična, utemeljena in iskrena.²⁰ Njena neresničnost bi pomenila, da gre za poseben primer zastrelka ali neuspešnosti trditve (angl. *misfire*), kar bi imelo za posledico zavrnitev njene vsebine. Če bi trditvi manjkal temelj (tj. epistemična utemeljenost), bi govorili o *zlorabi* trditvenega dejanja, saj je brez temelja mogoče zgolj hliniti, da nekaj zatrjujemo (brez »veljavnega naslova« za podajo informacije namreč sploh nismo »pristojni«). Končno pa je tudi neiskrenost oziroma laganje mogoče razumeti kot *zlorabo* običajev, ki urejajo trditvena dejanja.²¹

20 Glej, na primer, Austin (1975: 132 in naslednje); Williamson (2002: XI pogl.).

21 Penco (2008: 2).

Stvari delujejo precej drugače v primeru predpisnih dejanj. Nasprotno od tega, kar meni Alexy, predpisna dejanja sama po sebi niso povezana z zadrževanjem moralne pravilnosti, tako kot so trditvena dejanja povezana z resničnostjo. Brez težav lahko namreč predpišemo določeno ravnanje, ne da bi ob tem verjeli, da je to ravnanje moralno pravilno; takšno ravnanje bi prav lahko predstavili tudi kot »nepravilno« (čeprav to na splošno ne bi bilo najbolj modro), končno pa bi brez skrbi lahko celo lagali o moralni kakovosti našega predpisa (kar je večkrat priporočljivo). Vsi ti elementi bi - če se jih razkrije - naslovniku dali razlog, da predpisa ne upošteva - vendar zaradi tega še ne bomo mogli reči, da ni prišlo do izvršitve predpisnega dejanja.

S predpisnimi dejanji se zatrjuje nastanek obveznosti za naslovnika, sklicujoč se na oblast in pristojnost. Tako imenovani pogoji *posrečenosti* predpisnega dejanja so: (i) obstoj določenih pravil (norm o pristojnosti), ki določajo obče sprejeti postopek njegove izvršitve; (ii) pravilno izvajanje tega postopka; (iii) njegova dokončna izvedba; (iv) ustreznost organa - v smislu, da postopek izvede organ, ki ima za to ustrezno avtoriteto (kot je opozarjal že John Austin, vojak npr. ne more dati ukaza sebi nadrejenemu).²² Ob teh pogojih se mi zdi nepotrebno dodajati še druge, ki naj bi se dotikali domnevnih moralnih obveznosti govornika, kot to predlaga Alexy:²³

4.1.1. Prvič, zares nenavadno zveni teza, da vsak predpis nujno vključuje *zatrđitev* ali *komisivno govorno dejanje*: pomislimo na individualno in konkretno zapoved: (10) »Marija, takoj pridi sem!« Le s težavo bi nas kdo prepričal, da tovrstna zapoved sama po sebi pragmatično *vkľjučuje* neko trđitev o dejstvih ali vrednostno sodbo o moralnosti Mariji predpisanega dejanja.²⁴

4.1.2. Drugič, kot je že bilo rečeno, je namen predpisnega dejanja oziroma (če uporabimo Searlovo besedišče) njegov *ilokucijski cilj* vplivati na naslovnika, da izvrši določeno dejanje - ali pa vsaj dojame, da je naš namen in volja to, da ga izvrši. Povsem nepomembno je, ali je za dosego tega cilja treba lagati o pravičnosti vsebine predpisa. V nekaterih primerih je s pragmatičnega vidika celo priporočljivo lagati o moralni kakovosti predpisov, če hočemo, da bi jih drugi dejansko privzeli kot vzorec obnašanja. Z drugimi besedami in v nasprotju z Alexyjevim predpostavkami: pogoj (oziroma maksima) iskrenosti, ki je pri trditvenih dejanjih osrednjega pomena, v predpisovalnem govoru ne igra nobene primerljive vloge. To izhaja iz dejstva, da lahko predpisujoča oblast, ki bi bodisi želela preizkusiti ubogljivost naslovnikov bodisi jim zgolj nagajati s poseganjem

22 Sbisà (1989: 115): »Ukaz ob umanjkanju avtoritete postane zahteva, protest, morda izziv /.../«

23 Pogojno bi se lahko uklonili dodajanju pogojev, a ti ne bi mogli imeti nobene povezave z moralnimi normami. Dodali bi lahko na primer pogoj, da se mora pristojni organ zavedati oblasti, ki jo izvaja nad naslovníkom dejanja, in da mora torej verjeti, da bo naslovník vsaj načeloma pripravljen sprejeti ukaz in da ga bo sposoben razumeti. Na splošno glej glede pogojev posrečenosti Austin (1975: 17-37).

24 Grice (1978: 118-119).

v njihove namene, zaukaže tudi dejanja, do katerih je sama moralno neopredeljena ali jih celo zavrača. Pomislite na Izakovo žrtvovanje (Geneza 22, 2-13): da bi preizkusil njegovo vero, Bog (ta je v določenem institucionalnem kontekstu vrhovna moralna oblast) ukaže Abrahamu, naj žrtvuje svojega edinega sina ...

Poglejmo še en primer. Recimo, da želim Mariji ukazati, naj pride k meni, iz golega užitka, da bi jo videl teči, in recimo, da si ona tega ne želi. Lahko bi vztrajal in svoji izjavi (10) dodal grožnjo s sankcijo: (11) »Če ne prideš, ti ne bom dal sladoleda!« Če bi menil, da bo tudi to učinkovito, bi lahko izrecno zatrdil pravilnost mojega ukaza: (12) »Kot uči Jezus, je predpisana obveznost, da prideš k meni, dobra in pravična!« Vseeno pa zatrditev pravilnosti ni nobena nujna sestavina moje izjave in jo lahko brez težav zamenjamo tudi z zatrditvijo nepravilnosti: (13) »Vem, da ni pravično, a me to prav nič ne briga, takoj priteci sem!« Zgolj kdo, ki je že povsem pozabil, kako so osnovnošolske učiteljice in starši podkrepljevali svoje ukaze, bo lahko zatrjeval, da sta izjavi (10) in (13) protislovni ali da je priredna zveza teh dveh izjav dokaz iracionalnosti. Seveda pa vedno obstaja možnost, da zapovedi ne ubogamo.

Alexy bi vsekakor lahko ta ugovor skušal zavrniti s trditvijo, da pravni predpisi (ki se pojavljajo v institucionalnih kontekstih) ne delujejo tako kot nepravna predpisna dejanja (lastna neinstitucionalnim kontekstom): prve naj bi bilo treba razumeti kot prav posebna govorna dejanja z dodatnimi konstitutivnimi pravili, ki so moralne narave, združena pa so v tem, čemur pravimo *zatrditev pravilnosti*. Kljub tej možnosti sam menim, da ni tako in da povedano ne daje učinkovitega odgovora na obravnavani problem.

Poleg očitnih ugotovitev, da so tako nepravna kot pravna predpisna dejanja pogosto oblikovana na podoben, če že ne enak način, lahko ponudim tudi precej bolj učinkovite argumente iz sodne prakse. Tudi če pustimo ob strani pravni red nacistične Nemčije - temu Alexy odreka lastnost pravnega -, je mogoče najti veljavne nasprotno primere pri sodnikih, ki delujejo v »avtentičnih« pravnih ureditvah. Ti včasih *izrecno* priznajo, da so pravne norme, ki jih uporabljajo, nepravilne. Poglejmo na primer v Združene države Amerike, ki so bile vedno razumljene kot paradigmatični primer pravnega reda. Medtem ko so zgodovinarji in pravni filozofi pojav sicer pogosto prezrli, zanimiva študija Roberta Coverta pokaže, da so se ameriški sodniki večkrat srečali z »uporabo« prava, ki so ga dojemali - in predvsem predstavljali - kot nepravilno.²⁵ To se je dogajalo predvsem v tistih zgodovinskih obdobjih, v katerih je prevladujoča pravna kultura sprejemala katero od oblik ideološkega pravnega pozitivizma.

Najznačilnejši primer so najbrž vsi tisti »pozitivistični« sodniki, ki so v 19. stoletju kaznovali pobegle sužnje in njihove pomagače v skladu s t. i. *Fugitive Slave Acts* (ti so bili sprejeti med letoma 1793 in 1850), pri tem pa so v svojih

25 Covert (1975).

obrazložitvah jasno navajali, da jim zakon »nalaga« (angl. *force*) razsodbe v prid suženjstvu, ki ga imajo sicer sami - kot ljudje in kot sodniki - za izjemno nepravilčen institut.²⁶ Celo tisti, ki so napadali takšno razsojanje - misleč da bi omejenjene zakone morali razlagati kot protiustavne, da je pozitivistična drža napačna in da bi sodniki morali drugače razlagati obravnavane primere itd. - nikoli niso zanikali tega, da gre pri omenjenih sodbah za pristna predpisna dejanja in da ta kljub »zatrjevanju nepravilnosti« izražajo pravne norme.²⁷ Samo dejstvo, da danes na Zahodu pozitivistična drža ni več tako modna kot nekoč, pa ob tem gotovo ni zadosten razlog za morebitno trditev, da so se konstitutivna pravila predpisnih dejanj od takrat do danes radikalno spremenila.

4.1.3. Tretji ugovor, ki se giba v enakih okvirih kot prejšnja dva, je pred nekaj leti oblikoval John Gardner.²⁸ Če upoštevamo prvi miselni preizkus, ki ga predlaga Alexy, ugotovimo, da se zadevna ustavna določba nanaša na pojem »pravičnosti«, in ne »moralne pravilnosti«. Vendar je povsem mogoče, da je nekaj hkrati »nepravilno« in »moralno pravilno«; pojmovni okvir morale se namreč ne izčrpa v pravičnosti, saj vključuje tudi vrednote, kot so človečnost, strpnost, sočutje, skrbnost in tako dalje. Če to drži, potem bi se pravo prav lahko samoopredelilo kot »nepravilno«, ne da bi se s tem odpovedalo zatrjevanju svoje moralne pravilnosti - Alexyjeva primeroma izmišljena določba pa torej ne bi porodila nobenega performativnega protislovja. Neka hipotetična ustava bi resnično lahko vsebovala tudi izjavo (1), pa zato še ne bi imeli performativnega protislovja, saj bi se brez težav lahko nadaljevala tudi takole: »... zato, ker je nepravilnost cena, ki jo upravičeno zahteva izgradnja strpne, človečne in sočutne družbe«.

4.1.4. Alexy trdi, da je izjava (3) »X je pravična država« očitno redundantna (zaradi pridevnika »pravičen«). Tudi to trditev je po mojem mnenju mogoče izpodbiti. Prvič, ta pridevnik ni odveč za etične emotiviste, ki bi izjavo razlagali kot pozunanjenje iracionalne in povsem subjektivne vrednostne sodbe. Drugič, omenjeni pridevnik ni odveč niti za relativiste, ki bi izjavo razlagali kot trditev, v kateri je izraženo neko pristno prepričanje in jo je mogoče oceniti kot resnično ali neresnično na podlagi določenih nenujnih kriterijev (k tej točki se še vrnemo). Končno pa bi anarhisti to izjavo ocenili kot takšno, ki *nasprotuje* sama sebi, saj zanje pravična država sploh ni mogoča.²⁹

26 Covert navaja številne primere. Omenjam le nekatere, sledeč izboru Seboka (1991: 1835, op. 6): *Miller v. McQuerry*, 17 F. Cas. 335, 339 (C.C.D. Ohio 1853) (No. 9,583); *Norris v. Newton*, 18 F. Cas. 322, 326 (C.C.D. Ind. 1850) (No. 10,307); *Giltner v. Gorham*, 10 F. Cas. 424, 432 (C.C.D. Mich. 1848) (No. 5, 453); *Vaughan v. Williams*, 28 F. Cas. 1115, 1116 (C.C.D. Ind. 1845) (No. 16,903).

27 Glej Sebok (1991); Dworkin (1975) in (1986: 411).

28 Gardner (2012).

29 Wolff (1970).

4.1.5. Ob vsem povedanem ne smemo prezreti še ene, še zdaleč ne zanemarljive podrobnosti: in sicer tega, da je pojem »pravično« *intenzionalen predikat*. To pomeni, da iz predstavitve nekega dejanja kot »pravičnega« še ne sledi, da je takšno dejanje tudi zares pravično; tako kot iz dejstva, da mala Marija nariše samoroga, še ne sledi, da ti tudi zares obstajajo.

Skratka: Alexy ima gotovo prav, ko reče, da so tako trditvena kot predpisna dejanja prepoznavna po določenih pragmatičnih posledicah, ki se jih v danem kontekstu pripiše izvršitelju dejanja. In prav ima, ko reče, da kadar kdo brez epistemičnega ali praktičnega temelja kaj zatrdi oziroma predpiše, takrat tudi ne more prenesti veljavnega naslova za to, da se na podlagi trditve sklepa na neke druge informacije, oziroma za ravnanje na predpisani način (na strani naslovnika je upravičenost nejevere v trditve oziroma neizpolnitve predpisa). Kljub temu pa se Alexy moti, ko moralna načela (»ne laži«, »ne zlorabi zaupanja«, »drži dano besedo« ipd.) obravnava kot konstitutivne pogoje predpisnih dejanj in/ali pogoje za to, da se predpisnim dejanjem oblastnih organov pripiše utemeljenost.

4.2 druga napaka

Alexyjeva argumentacija poleg tega zagreši tudi napako krožnosti. Ta pomankljivost je tako očitna, da v tem primeru ne bo potreben tako natančen prikaz kot v prejšnji točki. Alexy je prepričan, da izjave, kakršna je »X je nepravična država«, izražajo propozicije, ki so bodisi resnične bodisi neresnične v absolutnem smislu (tj. v vsakem od mogočih svetov in v vseh mogočih okoliščinah vrednotenja). Ker sledi tej tezi, zavrne tako *klasični emotivizem* (à la Ayer) kot etični *relativizem*. Zavrnitev relativizma pa ga zapelje v krožni argument, v katerem predstavi pravičnost kot sestavino, ki je del samega ocenjevanega predmeta.

Po *emotivizmu* Ayerjevega tipa nimajo vrednostne sodbe - na primer (14) »Mučenje je napačno«, (15) »Država X je pravična«, (16) »Ubijati otroke je moralno narobe« itd. - nobenega semantičnega pomena (ali vsebine), ampak zgolj neki simptomatični oziroma emotivni pomen. Takšno razumevanje izhaja iz sklepa, da jih nima smisla pojmovati na podlagi resničnostnih pogojev, če za njihovo preverjanje vendar ni nobenih objektivnih parametrov. Izjave od (14) do (16) naj bi bilo zato treba razumeti enako kot izraza »Buu!« ali »Hura!«.

V skladu z *relativizmom* pa je, drugače, vrednostne sodbe mogoče razložiti kot *resničnostne funkcije*, in torej kot izraze pristnih prepričanj. Zato naj bi njihova resničnost ali neresničnost ne bila nekaj absolutnega.³⁰ Njihova resničnost naj bi bila odvisna ne od trojčka možnih svetov (w), časa (t) in prostora (l), ampak od drugih nenujnih parametrov. S tem so mišljeni predvsem epistemični standardi,

30 Glej npr. dela, objavljena v Garcia-Carpintero & Kölbel (2008).

zapovedni standardi in standardi relativne morale, mednje pa lahko vključimo tudi osebne predsodke, okus in tako dalje. Skladno z relativističnim modelom torej izjava, kakršna je »X je pravična država«, izraža neko proposicijsko vsebino, ki jo je primeroma mogoče ponazoriti kot »[INT(x je nepravična država)]«, pri čemer »INT« pomeni *intenzijo*, katere (relativna) resničnost je ob danih parametrih w , l in t odvisna od izbranega standarda C.

Morebitna nesoglasja bodo mogoča le v primeru, da imamo enako *intenzijo* (tj. neke vrste *lektion*, ki ga ne glede na spreminjajoče se kontekste določa ista n-terica). Intenzija pa še ne predstavlja *celotne vsebine* izjave. To dobimo šele ob *ekstenziji*, ki jo sodoločajo parametri *okolščin vrednotenja*. V tem smislu je relativizem zaznamovan z določenim *pluralizmom parametrov vrednotenja*. Na Alexyjevem primeru se to kaže tako, da bi bila lahko neka država, ki vzpostavlja telesne kazni za kričeče otroke, *pravična* po oceni A-ja (če ta na primer sprejema standard, ki absolutno prednost namenja vrednoti spokojnosti, in sovraži otroke), *nepravična* pa po oceni B-ja (ki obožuje otroke in njihov hrup). Zato bo torej izjava »X je nepravična država« resnična za A in neresnična za B.

Zavračanje relativiziranja pravilnosti z zunanjimi parametri Alexyja privede do njene opredelitve na krožni, s tem pa napačni način. Izjava »X je pravična država« naj bi bila utemeljena, če in samo če so norme te države moralno pravilne. In od kod izhaja moralna pravilnost dejanja, ki *predpisuje* »p«? V Alexyjevem pojmovanju je ta predstavljena kot nekaj, kar je *lastno* sami normi - to pa pomeni, da smo se zavrteli v krog. V tem smislu naj bi bili predpisi podobni trditvam. Jasno je namreč, da so izjave v obliki »Op je pravilno, če in samo če Op« (na primer: »Obvezno je voliti, če in samo če je voliti obvezno«) prav tako krožne kot izjave »p je resnično, če in samo če p« (ali »Maček je na predpražniku, če in samo če je maček na predpražniku«).

Zdi se, da bolj dobrohotne razlage niso mogoče. V Alexyjevem pojmovanju namreč ni nobenega orodja za *semantični vzpon* (tj. vzpon od jezika k metajeziku), ki bi omogočal, da zgornjo izjavo razložimo z uporabo navedka: »'Obvezno je voliti' je pravilno, saj je obvezno voliti.« Nasprotno: po Alexyju sta obe obveznosti enaki in pripadata isti ravni govora.

Alessio Sardo

raziskovalni štipendist in doktorand,
Inštitut Tarello za pravno filozofijo pri Univerzi v Genovi

Iz italijanskega izvornika prevedel
Matija Žgur.

— **Zahvala.**— Za velikodušne komentarje k predhodni različici tega besedila se zahvaljujem Mauru Barberisu, Nicoli Muffatu in Andreju Kristanu. Brez njihove pomoči ne bi prepoznal nekaterih svojih napak, kakovost končnega izdelka pa bila tako gotovo manjša. Zahvaljujem se tudi Matiji Žgurju za njegovo potrpežljivost pri prevajanju v slovenski jezik.

Seznam navedenk

- Robert ALEXY, 2002: *Begriff und Geltung des Rechts* (1992). Angl. prevod Stanley L. Paulson & B. Litschewski Paulson. *The Argument From Injustice*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2005: Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 5. 572-581.
- , 2008: On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21 (2008) 3. 281-299.
- , 2012: *Theorie der Grundrechte* (1994). Ital. prevod. *Teoria dei diritti fondamentali*. Ur. Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino.
- , 2012b: Comments and Responses. *Institutionalized Reason. The Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. 319-357.
- , 2014: Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* (2014) 22. 51-65.
- John L. AUSTIN, 1975: *How to Do Things with Words* (2nd ed.). Ur. Sbisà & Urmson. Oxford: Clarendon Press.
- Robert M. COVERT, 1975: *Justice Accused. Anti-slavery and the Judicial Process*. Boston (Mass.): Yale University Press.
- Ronald DWORKIN, 1975: The Law of the Slave-Catchers. *Times Literary Supplement*. 5 Dic. 1975.
- , 1986: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Manuel GARCIA-CARPINTERO & MAX KÖLBEL (ur.), 2008: *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- John GARDNER, 2012: How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Ur. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 29-44.
- Paul GRICE, 1978: Further Notes on Logic and Conversation. *Syntax and Semantics* (1978) 9. 113-127.
- George E. MOORE, 1993: Moore's Paradox. *G.E. Moore: Selected Writings* Ur. Thomas Baldwin. London: Routledge.
- Carlo PENCO, 2008: Truth, Assertion and Charity. *Peruvian Journal of Epistemology*. 1-11.
- Marina SBISÀ, 1989: *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*. Bologna: Il Mulino.
- Mark SCHROEDER, 2010: *Noncognitivism in Ethics*. New York (NY): Routledge.
- Anthony J. SEBOK, 1991: Judging the Fugitive Slave Acts. *The Yale Law Journal* 100 (1991) 6. 1835-1854.
- Timothy WILLIAMSON, 2002: *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert P. WOLFF, 1970: *In Defense of Anarchism*. New York (NY): Harper & Row.

Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza

Un'introduzione critica

1 PREMESSA

L'obiettivo di questo scritto è modesto. Anzitutto, cercherò di fornire una ricostruzione essenziale del principio di proporzionalità, così come teorizzato da Robert Alexy. In secondo luogo, formulerò dei chiarimenti intorno ad alcune sue implicazioni o presupposizioni particolarmente importanti, almeno ai fini del presente lavoro. Infine cercherò di evidenziare uno dei suoi punti deboli - e questa sarà la parte più rilevante del mio contributo. Senza dubbio stiamo parlando di una delle più raffinate concezioni della proporzionalità (e dei diritti fondamentali) oggi disponibili; d'altra parte, ritengo che l'Autore dovrebbe offrire argomenti ben più forti per essere convincente.

Per il lettore che non ha familiarità con il metodo di Alexy, sarà bene evidenziare da subito uno dei suoi tratti caratteristici: l'idea che la filosofia del diritto non possa limitarsi a un'analisi a-valutativa, ma debba invece condurre un'opera di costruzione e fondazione normativa, che si concreta nella formulazione delle regole costitutive (ideali) proprie della razionalità pratica e/o del discorso razionale *tout court*.¹

2 UNA BREVE RICOSTRUZIONE

Secondo Alexy, i diritti fondamentali sarebbero predicati a tre posti che istituiscono una relazione tra beneficiario/i, destinatario/i e situazione.² Fra diritti fondamentali e proporzionalità sussisterebbe una *connessione necessaria* (vera in tutti i mondi possibili), che non dipende quindi dal diritto positivo, ma dalla *natura* stessa dei diritti fondamentali. Questi andrebbero concepiti non già come "comandi definitivi" (*definitive Gebote*) - vale a dire "regole" (*Regeln*) - ma come "richieste o comandi di ottimizzazione" (*Optimierungsgebote*) - ossia "principi" (*Prinzipien*), che prescrivono alle autorità giuridiche, e anzitutto ai

1 Alexy (2008).

2 Alexy (2012: 229 ss.).

giudici costituzionali, di *massimizzare* i fini ultimi dell'ordinamento, tenendo però sempre conto delle possibilità giuridiche e fattuali.³

Le regole hanno condizioni di soddisfacimento del tipo "tutto o niente", e si applicano per sussunzione; i principi, invece, possono essere soddisfatti in gradi diversi, e si applicano attraverso il *bilanciamento* (*Abwägung*): un ragionamento assiologico condotto sui binari del *principio* (o *giudizio*) di *proporzionalità* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁴

Il giudizio di proporzionalità, a sua volta, si divide in tre fasi. L'intento generale è quello di perseguire, di volta in volta, un *ottimo paretiano*.⁵ Nella prima fase si decide l'*idoneità* (*Geeignetheit*) dell'azione (o misura) rispetto ai principi dell'ordinamento, mediante un giudizio di razionalità *tecnico* di tipo *mezzo-fine*.⁶ Nella seconda fase invece, s'indaga la cosiddetta *necessità* (*Erforderlichkeit*) dell'azione, cercando di "verificare" se vi siano altre misure capaci di ottimizzare un certo principio P_1 in maniera altrettanto efficace, però meno invasiva rispetto a un secondo principio P_2 , che si assume essere in conflitto con P_1 .⁷ Nella terza e ultima fase, la *proporzionalità* (o il *bilanciamento*) *in senso stretto* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*), si svolge l'operazione più delicata di tutto il procedimento: l'organo decisore stabilisce il valore relativo dei principi in gioco. Sarà bene analizzare più dettagliatamente questa terza fase, in ragione della sua complessità.

I conflitti fra principi vanno risolti fissando una *relazione di priorità condizionata* (*bedingte Vorrangrelation*), che corrisponde a una *proposizione* del tipo: «Il principio P_1 prevale sul principio P_2 sotto le condizioni C» [($P_1 \mathbf{P} P_2$) in C]. La gerarchia è determinata secondo la "Legge del Bilanciamento", secondo cui il grado di sacrificio di un principio deve andare di pari passo con l'importanza assegnata al principio concorrente. Sia detto per inciso, secondo Alexy la Legge del Bilanciamento non è un elemento contingente, ma è quello che potremmo chiamare un *costituente inarticolato* (cioè: una presupposizione) presente all'interno di qualsiasi pratica della *constitutional adjudication*. Ci sono vari modi di applicare tale legge, tuttavia il miglior modo possibile consisterebbe nel ricorrere alla celeberrima Formula del Peso (*Gewichtsformel*), inventata dallo stesso Alexy. Si tratta di un'equazione matematica che ha la seguente struttura:

$$i, j = I_i \cdot W_j \cdot R_i$$

3 Alexy (2012: Cap. III).

4 Alexy (2012: 152 ss.).

5 Alexy (2012: Postfazione).

6 Alexy, (2012: 621 ss.).

7 L'invasività non potrà essere determinata in assoluto, ma sarà sempre relativa a un insieme di conoscenze empiriche e assunzioni valutative.

Dove $'W/$ e $'W_j$ indicano il *peso astratto* dei principi in gioco; $'I_i$ e $'I_j$ indicano invece il *grado di detrimento*, o di *penetrazione*, dei principi in relazione al caso concreto; $'R_i$ e $'R_j$, infine, stanno per il *grado di certezza delle premesse empiriche*. A tutte queste variabili vanno assegnati dei valori numerici seguendo una *scala triadica* (con valori: 2^0 , 2^1 , 2^2 per W e I ; 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} per R) o, alternativamente, una *scala triadica-doppia* (con valori da 2^0 a 2^8 o da 2^0 a 2^{-8}). Le magnitudini numeriche mostrano inequivocabilmente se la violazione è lieve, intermedia o intensa; se le premesse empiriche sono sicure, possibili, o non totalmente false, e così via.⁸

Bisogna prestare molta attenzione a non travisare lo *statuto logico* della formula: le variabili che la costituiscono vanno intese come *segnaposti per proposizioni* (in altre parole: le variabili sono proposizionali, non predicative); queste, a loro volta, dovranno essere giustificate attraverso un'argomentazione razionale - onere da cui il giudice non può essere mai esonerato. Secondo Alexy, ulteriori elementi di razionalità sono ravvisabili nella *natura deontologica degli oggetti* della formula (si tratta di principi, e non di valori o interessi) e nel fatto stesso che il giudice sia chiamato a compiere un calcolo aritmetico (secondo Alexy, solo un folle sarebbe disposto a negare che l'aritmetica è razionale; secondo me, invece, la questione è contestuale, e dipende piuttosto dalla circostanza di applicazione: pensare di usare l'aritmetica per risolvere un problema etico, ad esempio, sarebbe irrazionale).

Orbene, come risulta evidente nel testo pubblicato all'interno di questo stesso volume, Alexy cerca di dimostrare la tesi della connessione necessaria fra principi costituzionali e (la sua concezione della) proporzionalità ricorrendo a due argomenti diversi: il primo è quello della *doppia natura dei diritti (A)*, il secondo è quello della *pretesa di correttezza (B)*.⁹ Presentiamoli brevemente:

(A) *La doppia natura dei diritti*. I diritti fondamentali sono senz'altro elementi che appartengono al *diritto positivo* ma questo dato non è sufficiente a spiegarne la complessa natura. Oltre alla dimensione *reale*, data dalla positivizzazione, essi hanno anche una dimensione *ideale*: peraltro, quest'affermazione troverebbe riscontro nelle intenzioni oggettive dei padri costituenti.¹⁰

Più in generale, Alexy rileva che il diritto si compone di tre elementi: i) la promulgazione autoritativa (*autoritative Gesetztheit*); ii) l'efficacia sociale (*soziale Wirksamkeit*); iii) la correttezza sostanziale (*materiale Richtigkeit*). A differenza del giuspositivismo, una teoria non-positivista, quale la sua, riconosce anche l'importanza del terzo elemento.

I diritti fondamentali sono prescrizioni morali, universali, e astratte che hanno priorità sulle altre norme del sistema. Il fatto che abbiano quindi *anche*

8 Le scale triadiche usate nella formula del peso sono discrete e non continue.

9 Alexy (2014: 61).

10 Alexy (2014: 61).

una dimensione autoritativa non è un impedimento per una loro "doppia cittadinanza" e, quindi, per la loro appartenenza al dominio di un'etica trascendentale obiettiva.

Il più delle volte, la connessione *disposizioni costituzionali-principi-proporzionalità* è di tipo *attuale* (nel senso che si colloca sul piano dell'osservazione empirica diretta). D'altra parte, tale connessione sussisterebbe anche laddove non fosse empiricamente osservabile, poiché si tratterebbe di un vincolo *necessario e a priori*. Se ho inteso bene, in questi casi la connessione ha però soltanto un carattere "potenziale". Come rileva lo stesso Alexy, può ben darsi che certe disposizioni costituzionali esprimano non già principi ma regole assolutamente vincolanti; tuttavia, se tali regole sono ambigue, vaghe o "aperte alla valutazione", i principi soggiacenti possono entrare in gioco.

(B) *La pretesa di correttezza (Anspruch auf Richtigkeit)*. Il controllo di legittimità costituzionale sarebbe necessariamente legato alla pretesa di correttezza del diritto, concepita come la tesi secondo cui ogni prescrizione giuridica solleva di per sé una pretesa di correttezza *morale*. La pretesa di correttezza, a sua volta, richiede che la decisione sia il più razionale possibile.

Orbene, una volta assunto che la forma più razionale di applicare i principi sia un giudizio di proporzionalità condotto attraverso la formula del peso, segue che diritti fondamentali e proporzionalità siano connessi.¹¹ In questo scritto, cercherò di refutare questo secondo argomento.

3 ALCUNE PRECISAZIONI

Prima di procedere con la critica vera e propria, vorrei fare alcune precisazioni su certi passaggi della teoria di Alexy che mi sembrano particolarmente rilevanti per una comprensione più profonda della stessa, ma che sono stati spesso trascurati o si prestano a essere travisati. Procederò in maniera schematica:

3.1 La nozione di proposizione presupposta

Alexy ritiene che le variabili che compongono la formula del peso siano posti per proposizioni. D'altra parte, ci si potrebbe chiedere che cosa intenda Alexy per "proposizione". Ho modo di credere che, secondo il nostro Autore, una proposizione sia un'entità astratta che appare sotto forma di un enunciato valutabile in termini di verità/falsità. La verità, a sua volta, dovrebbe essere un predicato intrinsecamente connesso alla dimensione della giustificazione - tesi che è già problematica di per sé.¹² Una proposizione si può dire vera se è solo se è giustificata. Il fatto che una proposizione sia convenzionalmente accettata non

¹¹ Alexy (2014: 61-62).

¹² Alexy (2012b).

potrà dunque essere considerato come condizione sufficiente per la verità della proposizione, anche se offrirà senz'altro un buon indizio a sostegno di tale conclusione. Nel modellare la nozione di proposizione, Alexy s'ispira, da un lato, al lavoro di Kant e, dall'altro, a una lettura "inferenzialista" di Frege.

3.2 La proporzionalità non è una "monade solitaria"

E' bene ricordare che la teoria della proporzionalità di Alexy non andrebbe considerata in isolamento, dovendo essere invece inquadrata all'interno di un progetto molto più ampio: la difesa di una nuova forma di costituzionalismo "discorsivo".¹³ L'obiettivo primario di questa forma di nuovo costituzionalismo consiste nella costruzione dei diritti fondamentali come strumenti atti, da un lato, a *istituzionalizzare la razionalità pratica* - di cui quella giuridica costituirebbe un caso speciale (*Sonderfallthese*) - e, dall'altro, a *correggere i difetti della rappresentanza* che inevitabilmente si producono nel processo di formazione delle leggi, sia a causa delle imperfezioni che affliggono i processi elettorali, sia a causa degli errori che possono risultare dall'inadeguatezza di alcune decisioni del parlamento o, più in generale, delle autorità nomopoietiche dello Stato.

Per correggere questi errori, tanto il *Bundesverfassungsgericht*, quanto le altre Corti costituzionali, devono ridefinire i limiti propri dei diritti fondamentali perseguendo il principio dell'ottima proporzione, al fine di garantire la normatività degli stessi e, più in generale, la validità delle norme giuridiche e dell'ordinamento (che si raggiunge solamente con una giustificazione razionale). Solo nel caso in cui le premesse empiriche del ragionamento risultassero particolarmente deboli, la formula del peso "imporrebbe" ai giudici un atteggiamento di *self-restraint* e di deferenza nei confronti del parlamento. Negli altri casi, invece, il giudice dovrebbe intervenire per "sanare" i difetti morali del sistema. In questo modo: i) i diritti fondamentali sarebbero postulati della morale oggettiva e, se applicati correttamente, impedirebbero al sistema di cadere nell'ingiustizia intollerabile; ii) la formula del peso sarebbe espressione di un meta-bilanciamento sulla certezza delle premesse, il cui risultato si riverbererebbe a livello dei principi formali dell'ordinamento.

4 LA PRETESA DI CORRETTEZZA: UNA QUESTIONE SPINOSA

S'è detto che l'argomento della pretesa di correttezza (insieme all'argomento dell'ingiustizia, e quello della struttura dei principi) è uno degli anelli che collega, da un lato, i principi alla proporzionalità e, dall'altro, il diritto alla morale (cfr. §1, punto *sub* (B)). Se, come ho modo di credere, quest'argomento è dop-

13 Alexy (2005).

piamente fallace, la solidità di questi legami potrà essere messa seriamente in discussione. Cercherò ora di addurre argomenti a sostegno della mia tesi.

Secondo Alexy le prescrizioni giuridiche (e, di conseguenza, gli ordinamenti giuridici considerati nella loro interezza), in modo analogo alle asserzioni, vanterebbero necessariamente nei confronti dei loro destinatari una *pretesa di correttezza*, per lo più implicita.¹⁴ Ovviamente, ci sono diversi usi di "correttezza": quello rilevante, in questo caso, è la correttezza intesa come "giustizia"; quest'ultimo concetto è a sua volta definito in maniera classica, in termini di *distribuzione e compensazione*.

Il principale argomento che Alexy utilizza per provare la validità di questa tesi è quello della *contraddizione performativa* (*performativer Widerspruch*): una contraddizione logica fra ciò che è (esplicitamente) detto e ciò che è (implicitamente) presupposto da un atto normativo di un'autorità nomopoietica. La prova consisterebbe nel verificare se, generando un contenuto contrario a quello della presupposizione implicita - in questo caso, ciò che potremmo chiamare una *"pretesa di scorrettezza"* (*Anspruch auf Unrichtigkeit*) - e agganciandolo all'enunciato proferito da una qualsiasi autorità giuridica, si verifici realmente una contraddizione. La dimostrazione è condotta tramite due esperimenti mentali.¹⁵

1. *Primo esperimento mentale*. Immaginiamo una Costituzione di un ipotetico Stato X che contenga la seguente disposizione: (1) «X è uno Stato sovrano, federale e ingiusto». Qui la Costituzione qualifica esplicitamente lo Stato X come ingiusto: ebbene, secondo Alexy tale disposizione sarebbe tanto assurda quanto un'asserzione del tipo (2) «Il gatto è sul tappeto ma io non ci credo». A detta sua, ciò dovrebbe essere sufficiente per dimostrare che l'atto linguistico *collettivo* di adozione di una costituzione sollevi necessariamente la pretesa che la Costituzione sia giusta. Si noti bene: secondo Alexy, qui non si tratta semplicemente della violazione di una convenzione, per così dire, *stilistica* su come scrivere una costituzione; le norme, costituzionali e non, i) si presentano *necessariamente* come corrette (condizione costitutiva), ii) dobbiamo presumere che chi le promulga abbia l'*entitlement* per farlo (condizione giustificativa) e iii) che questo sia anche sincero (condizione di sincerità). Sempre secondo di Alexy, il punto dovrebbe essere ancor più evidente se siamo disposti a considerare che l'enunciato (3) «X è uno stato giusto» possa essere considerato come ridondante.¹⁶

2. *Secondo esperimento mentale*. Immaginiamo che un giudice emetta una sentenza ricorrendo a un enunciato del tipo (4) «L'accusato è condannato all'ergastolo, e ciò è sbagliato» o, alternativamente, (5) «L'accusato è condannato

14 Alexy (2002: 33-36). Se la pretesa non è sollevata, non si hanno norme e sistemi giuridici; se la pretesa è sollevata, ma non soddisfatta, si hanno norme e sistemi giuridici difettosi.

15 Alexy (2002: 35 ss.).

16 Alexy (2002: 37).

all'ergastolo, ma questa è un'interpretazione sbagliata del diritto vigente».¹⁷ In entrambi i casi, ciò darebbe luogo a una contraddizione.

L'argomento della contraddizione performativa è brillante. Per certi versi, il ragionamento ha una struttura simile a quella di altri paradossi, come il *paradosso di Moore* [(6) «Piove, ma non ci credo»], ad esempio: s'identificano dei concetti impliciti che hanno un'articolazione inferenziale e che, una volta istanziati in forma espressa, manifestano la presenza di una contraddizione interna.¹⁸ Sulla stessa linea, si collocano anche i cosiddetti *performativi di Geach*, noti a chi ha una certa familiarità con il dibattito sulla natura dei giudizi di valore.¹⁹ Geach intendeva refutare la tesi secondo cui i termini "buono" e "cattivo" sarebbero sempre usati "performativamente" per esprimere approvazione o biasimo (Ayer), per lodare o condannare (Stevenson), per prescrivere un certa condotta (Hare); la dimostrazione è svolta attraverso l'identificazione di enunciati in cui compare il termine "sbagliato" - con accezione morale - (ad esempio: (7) «E' vero che rubare è sbagliato?», (8) «Mi chiedo se rubare sia sbagliato», (9) «Se rubare è sbagliato, uccidere lo è ancor più»), ma che chiaramente non sono espressioni di biasimo, comando, vitupero, ecc.

D'altro canto, ritengo che, in questo caso, la strategia non funzioni per nulla: a mio avviso, l'argomento di Alexy non centra il bersaglio, perché è *doppiamente fallace*. In primo luogo, confonde le regole costitutive dell'asserzione con quelle della prescrizione. In secondo luogo, rifiutando di relativizzare la proprietà della correttezza a parametri esterni, cade in un vizio di circolarità. Ovviamente, a tutto questo si dovrebbe aggiungere un altro problema, di certo non trascurabile: che accidenti sarebbe un "atto linguistico collettivo"? Sinceramente, non credo che nella teoria degli *Speech Acts* vi sia spazio per un'invenzione del genere. Tuttavia, propongo di lasciare da parte quest'ultimo problema, per dedicarci esclusivamente alla doppia fallacia.

4.1 La prima fallacia

Credo che la *confusione fra regole costitutive dell'asserzione e della prescrizione* possa essere dimostrata in pochi passaggi. Secondo Alexy, l'idea di una prescrizione che non avanza una pretesa di giustizia fa a pugni con la natura stessa dell'atto prescrittivo, perché la "giustizia" della prescrizione (intesa come "correttezza morale" della stessa) andrebbe considerata sia come una delle *condizioni costitutive* dell'atto, sia come una *condizione giustificativa* per il riconoscimento di un "titolo valido" a chi l'ha prodotta. Inoltre, anche nel caso della prescrizione, vigerebbe la massima della sincerità.

17 Alexy (2002: 38 ss.).

18 Moore (1993: 207 ss.).

19 Sul punto, si confronti almeno l'ottima ricostruzione offerta in Schroeder (2010: 41 ss.).

28 INTRODUZIONE

Ebbene, nel formulare questa tesi, Alexy evidentemente trascura le peculiarità dell'atto prescrittivo. In filosofia del linguaggio, è assunzione condivisa che l'asserzione abbia una relazione interna con i concetti di *verità* e *credenza*: quindi, affinché una certa asserzione possa essere considerata come atto linguistico "ben formato", dovrà essere vera, giustificata e sincera.²⁰ La falsità sarebbe un caso speciale di *misfire*, che comporterebbe il rigetto del contenuto. La mancanza di fondamento (giustificazione epistemica) corrisponderebbe invece a un *abuso* dell'asserzione, poiché, in assenza di giustificazioni, una persona può solo millantare, cioè asserire senza averne il "diritto" - mancherebbe il "titolo valido" per trasmettere l'informazione. Infine, anche l'insincerità, o la menzogna, potrebbe essere considerata come un *abuso* delle convenzioni che regolano l'asserzione.²¹

Nel caso della prescrizione, però, le cose funzionano in maniera molto diversa. Contrariamente a quanto afferma Alexy, non esiste una relazione interna fra prescrizione e pretesa di correttezza morale, analoga a quella che intercorre fra asserzione e verità. Infatti, io posso tranquillamente prescrivere una certa azione, pur senza credere che essa sia moralmente corretta; potrei addirittura presentare esplicitamente tale azione come "ingiusta" (anche se ciò, in genere, non sarebbe molto prudente). Tutti questi elementi - se scoperti - potranno offrire al destinatario ragioni per non obbedire, ma non per negare che l'atto in questione sia una prescrizione.

Un atto prescrittivo solleva la pretesa di produrre un obbligo per il destinatario, rimandando a un'idea di autorità e di competenza. Condizioni per la felicità dell'atto prescrittivo sono: i) la presenza di certe regole che fissano una procedura convenzionalmente accettata per la produzione dell'atto (norme di competenza); ii) la correttezza nell'esecuzione della procedura; iii) la completezza di tale esecuzione; iv) l'appropriatezza dell'organo, intesa come compimento della procedura da parte di un soggetto dotato di autorità - come notava già J. L. Austin, un soldato non può dare un ordine al suo superiore.²² D'altra parte, non mi sembra che sia necessario aggiungere altre condizioni che abbiano che vedere con presunti impegni morali del parlante, come invece suggerisce Alexy:²³

4.1.1. In primo luogo, suona davvero bizzarra l'affermazione che ogni prescrizione implichi necessariamente un'asserzione o un *commissive act*: si pensi

20 Confronta almeno Austin (1975: 132 ss.); Williamson (2002: Cap. XI).

21 Penco (2008: 2).

22 Sbisà (1989: 115). "Un ordine senza autorità diventa pretesa, protesta, forse sfida /.../."

23 Si potrebbe concedere l'aggiunta di ulteriori condizioni, che però non hanno nulla a che vedere con norme morali. Ad esempio: i) la condizione che l'autorità in questione sia consapevole del suo potere sul destinatario e che, quindi, creda che il destinatario, in linea di massima, sarà disposto ad accettare il comando e capace di comprenderlo; ii) un comportamento successivo appropriato da parte dell'autorità nomopoietica. Sulle condizioni di felicità in generale si veda Austin (1975: 17-37).

a un precetto individuale e concreto del tipo (10) «Marie, vieni subito qui!». Difficilmente saremmo portati a credere che tale precetto, di per sé, *implichi* pragmaticamente un'asserzione su certi fatti, o sia anche una presa di posizione intorno alla moralità dell'azione 'venire qua, che Marie dovrebbe portare a compimento.²⁴

4.1.2. In secondo luogo, come già detto, lo scopo della prescrizione, o *Illocutionary point* se vogliamo usare il lessico di Searle, è far compiere una certa azione a un certo destinatario - o, alternativamente fare riconoscere a un certo destinatario la nostra intenzione, o volontà, che egli compia una certa azione. Se per raggiungere tale scopo si deve mentire a proposito della giustizia del contenuto della prescrizione, questo è del tutto irrilevante. Anzi: in alcuni casi è pragmaticamente consigliabile mentire sul valore morale della prescrizione, per far sì che gli altri la adottino effettivamente come schema di comportamento. In altri termini, contrariamente alle presunzioni di Alexy, la massima (o condizione) di sincerità, che è centrale per l'asserzione, non presenta un analogo nel discorso prescrittivo, dove l'autorità può addirittura comandare azioni nei confronti delle quali è moralmente indifferente o persino contraria - per mettere alla prova l'obbedienza del destinatario o semplicemente per dargli fastidio, interferendo con la sua condotta. Si pensi al Sacrificio di Isacco (Genesi 22, 2-13): Dio - che è l'autorità morale suprema di un certo contesto istituzionale - per testare la fede di Abramo, gli ordina di sacrificare il suo unico figlio.

Facciamo un esempio. Poniamo che io voglia ordinare a Marie di venire subito da me per il puro diletto di vederla correre, e che lei non voglia venire da me. Potrei insistere, aggiungendo all'enunciato (10) la minaccia di una sanzione - (11) «Se non vieni, non ti darò il gelato!» - oppure, se credo che possa essere altrettanto efficace, una pretesa di correttezza esplicita - (12) «Come insegna Gesù, la prescrizione di venire qui è buona e giusta!». Tuttavia, la pretesa di correttezza non è un elemento necessario, e potrei sostituirla pacificamente con una pretesa di scorrettezza: (13) «Lo so che è ingiusto, ma non me ne frega niente, devi correre subito qui!». Solo qualcuno che ha totalmente dimenticato il modo in cui le nostre maestre delle elementari o i nostri genitori rinforzavano una prescrizione sarebbe disposto ad affermare che gli enunciati (10) e (13) siano incompatibili, o che la loro congiunzione sia prova di irrazionalità. Ovviamente rimane sempre aperta la possibilità di disobbedire.

Certo, Alexy potrebbe provare a rigettare quest'obiezione sostenendo che le prescrizioni giuridiche (che avvengono in contesti istituzionalizzati) non funzionano come quelle comuni (proprie di contesti non-istituzionalizzati): esse andrebbero quindi considerate come atti linguistici del tutto peculiari, che hanno delle regole costitutive ulteriori, di natura morale, raccolte nell'idea della *pretesa*

24 Per una strategia analoga usata contro il paradosso di Moore si veda Grice (1978).

di correttezza. Credo, tuttavia, che le cose non stiano in questi termini, e che questa maniera di replicare non sia efficace.

Oltre alla banale considerazione che prescrizioni comuni e prescrizioni giuridiche sono spesso formulate in maniera simile, se non identica, possiamo anche produrre argomenti "giurisprudenziali" senz'altro più efficaci. Lasciando da parte l'ordinamento Nazista - cui Alexy negherebbe senz'altro il titolo di diritto - non è impossibile trovare validi controesempi di giudici appartenenti a "autentici" ordinamenti giuridici che affermano *esplicitamente* di applicare norme giuridiche ingiuste. Per dirne una, si potrebbe guardare a quello che è da sempre considerato come uno degli esempi paradigmatici di ordinamento giuridico: gli Stati Uniti d'America. Il fenomeno è stato spesso trascurato dai filosofi e storici del diritto ma, come dimostra l'interessante studio di Robert Covert, molte volte dei giudici americani si sono trovati a "applicare" un diritto che loro stessi ritenevano e, soprattutto, presentavano come ingiusto.²⁵ Questo avveniva specialmente in quei periodi storici in cui la cultura giuridica dominante abbracciava qualche forma di giuspositivismo ideologico.

In questo caso, l'esempio più rappresentativo è probabilmente offerto da tutti quei giudici "giuspositivisti" che nell'Ottocento applicavano i cosiddetti *Fugitive Slave Acts* (promulgati nel 1793 e 1850) per punire sia gli schiavi che fuggivano dal loro padrone, sia tutti coloro che li aiutavano in questa impresa, pur affermando a chiare lettere, in sede di motivazione, che erano "obbligati" (*Forced*) dalla legge a decidere in favore della schiavitù, che loro stessi, come uomini e giudici, consideravano un'istituzione profondamente ingiusta.²⁶ Nemmeno chi ha criticato quest'orientamento giurisprudenziale - ritenendo che gli *Statutes* dovessero essere interpretati come anti-costituzionali, che il giuspositivismo sia un "cattivo metodo", che questi giudici avrebbero dovuto argomentare in altro modo, e via dicendo - se l'è mai sentita di negare che le decisioni in questione costituissero dei genuini atti prescrittivi, espressivi di norme giuridiche, nonostante la loro "pretesa di scorrettezza".²⁷ E il semplice fatto che oggi, in Occidente, l'argomentazione giuspositivistica non vada più di moda come un tempo non offre certo una buona ragione per ritenere che siano mutate radicalmente le regole costitutive degli atti prescrittivi.

4.1.3. Una terza obiezione che si muove sulla stessa linea delle precedenti due è stata invece formulata un paio d'anni fa da John Gardner.²⁸ Se prendiamo

25 Covert (1975).

26 Gli esempi riportati da Covert sono numerosi. Ne menziono alcuni, partendo dalla selezione di A.J. Sebok, 1991: 1835, nt. 6. *Miller v. McQuerry*, 17 F. Cas. 335, 339 (C.C.D. Ohio 1853) (No. 9,583); *Norris v. Newton*, 18 F. Cas. 322, 326 (C.C.D. Ind. 1850) (No. 10,307); *Giltner v. Gorham*, 10 F. Cas. 424, 432 (C.C.D. Mich. 1848) (No. 5, 453); *Vaughan v. Williams*, 28 F. Cas. 1115, 1116 (C.C.D. Ind. 1845) (No.16,903).

27 Confronta Sebok (1991); Dworkin (1975) e (1986: 411).

28 Gardner (2012).

in considerazione il primo esperimento mentale proposto da Alexy, ci accorgiamo che la disposizione costituzionale in questione fa riferimento al concetto di "giustizia" e non a quello di "correttezza morale". Orbene, è assolutamente possibile che qualcosa sia, al contempo, "ingiusto" e "moralmente corretto": infatti, l'ambito della moralità non si esaurisce in quello della giustizia, comprendendo anche valori come l'umanità, la tolleranza, la pietà, la prudenza, e via dicendo. Se le cose stanno così, il diritto potrebbe ben autodefinirsi "ingiusto" senza per questo perdere la sua pretesa di correttezza morale e, di conseguenza, la disposizione ideata da Alexy non darebbe luogo ad alcuna contraddizione performativa. Infatti, l'enunciato (1) potrebbe tranquillamente essere formulato all'interno di un'ipotetica costituzione, senza dare luogo a una contraddizione performativa, tant'è che si potrebbe immaginare una sua continuazione del tipo: «... perché l'ingiustizia è il prezzo che dobbiamo giustamente pagare per una civiltà tollerante, umana e pietosa».

4.1.4. Alexy afferma che l'enunciato (3) «X è uno Stato giusto» è palesemente ridondante. Ebbene, io credo che quest'assunto sia falsificabile. In primo luogo, tale enunciato non è ridondante per l'emotivista etico, che lo considererebbe come l'esternazione di un giudizio di valore irrazionale e puramente soggettivo. In secondo luogo, non è ridondante nemmeno per il relativista, che lo considererebbe come un'asserzione, espressiva di una genuina credenza, valutabile in termini di verità o falsità relativa a certi standard contingenti (torneremo su questo punto). Infine, sarebbe addirittura un enunciato *auto-contraddittorio* per l'anarchico, che dimostra l'impossibilità di uno Stato giusto.²⁹

4.1.5. Infine, fermo restando quanto detto sinora, non dobbiamo trascurare un particolare tutt'altro che irrilevante: il termine "giusto" è un *predicato intensionale*. Questo implica che, dal fatto di presentare una certa azione come "giusta", non segue che tale azione sia davvero giusta; proprio come dal fatto che la piccola Marie disegni, o rappresenti, un unicorno, non segue che gli unicorni esistano davvero.

In estrema sintesi: Alexy ha senz'altro ragione quando afferma che sia l'asserzione, sia la prescrizione sono identificabili come tali in virtù dell'impegno a certe conseguenze pragmatiche ascrivibili all'emittente in un certo contesto; egli ha ragione anche quando afferma che, qualora chi asserisce o chi prescrive non abbia, rispettivamente, competenza epistemica o pratica egli non possa trasmettere un titolo valido per inferire certe altre informazioni, o per agire in un certo modo - cosa che implicherebbe la legittimità del non credere o del non obbedire da parte del destinatario. Tuttavia, sbaglia nel considerare principi morali ("non mentire", "non abusare della fiducia", "mantieni la parola data", e via dicendo) come condizioni costitutive della prescrizione, e/o condizioni per l'iscrizione di una titolarità inferenziale all'autorità che emette la prescrizione.

29 Wolff (1970).

4.2 La seconda fallacia

L'argomentazione di Alexy presenta, inoltre, un vizio di circolarità. Tale difetto è così evidente che, in questo caso, non sarà necessaria una dimostrazione tanto articolata quanto la precedente. Alexy è convinto che enunciati del tipo «X è uno Stato ingiusto» esprimano delle proposizioni la cui verità o falsità può essere determinata in maniera assoluta (vale a dire: in ogni mondo possibile, in ogni circostanza di valutazione). Nel perseguire questa tesi, egli rigetta sia *l'emotivismo classico* (à la Ayer), sia il *relativismo etico*. D'altra parte, il rifiuto del relativismo lo conduce a un ragionamento circolare, in cui la giustizia è rappresentata come un elemento intrinseco proprio dell'oggetto della valutazione.

Secondo *l'emotivismo à la Ayer*, i giudizi di valore - enunciati come (14) «La tortura è sbagliata», (15) «Lo stato X è giusto», (16) «Uccidere i bambini è moralmente scorretto», e via dicendo - non hanno un significato (o contenuto) semantico, ma solo un significato emotivo, sintomatico: questo perché non ha senso concepirli in termini di condizioni di verità, non esistendo parametri oggettivi per la loro verifica. Enunciati come 14-16 andrebbero quindi considerati al pari di espressioni quali "Buu!" e "Urrà!".

Secondo il *relativismo*, invece, i giudizi di valore possono essere presentati come enunciati *vero-funzionali*, e quindi come espressioni di genuine credenze; tuttavia, la loro verità o falsità non potrà essere determinata in maniera assoluta.³⁰ Essa dipenderà sempre da parametri contingenti ulteriori rispetto alla tripla mondo possibile (*w*), tempo (*t*) e luogo (*l*). Mi riferisco in particolare a standard epistemici, percettivi, morali relativi, e fra questi possono figurare anche pregiudizi soggettivi, gusti personali, e via dicendo. Secondo il modello relativista, dunque, un enunciato del tipo «X è uno stato giusto» esprime un contenuto proposizionale, che si potrebbe rappresentare, ad esempio, con l'espressione «[INT(*X* è uno Stato ingiusto)]» - dove «INT» sta per *intensione* - la cui verità in *w*, *l*, *t*, è relativa a certi standard *C*.

Eventuali disaccordi verteranno sulla stessa *intensione* - una sorta di *lekton* costituito una *n-pla* fissa rispetto ai diversi contesti. Questa però non corrisponderà al *contenuto completo* del proferimento, essendo sempre richiesta un'integrazione *estensionale* tramite parametri propri della *circostanza di valutazione*. In questo senso, il relativismo è caratterizzato da un *pluralismo dei parametri di valutazione*. Riprendendo l'esempio di Alexy: un certo Stato che stabilisce pene corporali serie per i bambini che strillano potrà essere *giusto* per un certo soggetto *A*, che adotta uno standard che assegna priorità assoluta al valore della quiete, e che detesta i bambini, e *ingiusto* per un altro soggetto *B*,

30 Si vedano almeno i saggi contenuti in M. Garcia-Carpintero & M. Kölbel (2008).

che adora i bambini e i loro rumori. Di conseguenza, l'enunciato «X è uno Stato ingiusto» sarà vero per A e falso per B.

Il rifiuto di relativizzare la nozione di correttezza a un parametro esterno spinge Alexy a considerare che questa proprietà possa essere determinata in modo circolare e, quindi, fallace. L'enunciato «X è uno Stato giusto» sarà giustificato *se e solo se* le sue norme sono moralmente corrette. Ma da dove ricaviamo la correttezza morale di una certa *prescrizione che p*? Nella costruzione di Alexy, quest'elemento è presentato come qualcosa *d'intrinseco* rispetto alla norma, ma questo è del tutto circolare. Sotto questo profilo, c'è affinità tra prescrizione e asserzione: è evidente che un enunciato del tipo «Op è corretto se e solo se Op» (es. «Obbligatorio fumare è corretto se e solo se è obbligatorio fumare») è circolare tanto quanto un enunciato del tipo «p è vero se e solo se p» (es. «Il gatto è sul tappeto se e solo se il gatto è sul tappeto»).

Si badi bene, letture più caritatevoli non sembrano percorribili: nel modello di Alexy non c'è alcun dispositivo di "ascesa semantica" (da un linguaggio a un meta-linguaggio), come una forma di *disquotational truth*, per cui lo schema di equivalenza andrebbe reinterpretato come un enunciato della forma «'Op' è corretto perché Op». Al contrario, è certo che in Alexy i due obblighi siano identici e appartengano allo stesso livello di linguaggio.

Alessio Sardo

assegnista di ricerca presso
l'Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto,
Università degli Studi di Genova

— **Ringraziamento.** — Vorrei ringraziare Mauro Barberis, Nicola Muffato e Andrej Kristan per i generosi commenti a una versione precedente di questo scritto. Senza il loro aiuto non avrei potuto identificare alcuni miei errori e la qualità del prodotto finale sarebbe stata certamente inferiore. Ringrazio inoltre Matija Žgur per il paziente lavoro di traduzione allo Sloveno.

Bibliografia

- Robert ALEXY, 2002: *Begriff und Geltung des Rechts* (1992). Trad. ingl. a cura di Stanley L. Paulson & B. Litschewski Paulson. *The Argument From Injustice*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2005: Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 5. 572-581.
- , 2008: On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21 (2008) 3. 281-299.
- , 2012: *Theorie der Grundrechte* (1994). Trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*. A cura di Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino.
- , 2012b: Comments and Responses. *Institutionalized Reason. The Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. 319-357.
- , 2014: Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* (2014) 51-65.
- John L. AUSTIN, 1975: *How to Do Things with Words* (2nd ed.). A cura di Sbisà M. Urmson. Oxford: Clarendon Press.

- Robert M. COVERT, 1975: *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*. Boston (Mass.): Yale University Press.
- Ronald DWORKIN, 1975: The Law of the Slave-Catchers. *Times Literary Supplement*. 5 Dic. 1975.
, 1986: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Manuel GARCIA-CARPINTERO & Max KÖLBEL (a cura di), 2008: *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- John GARDNER, 2012: How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. A cura di Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 29-44.
- Paul GRICE, 1978: Further Notes on Logic and Conversation. *Syntax and Semantics* (1978) 9. 113-127.
- George E. MOORE, 1993: Moore's Paradox. *G.E. Moore: Selected Writings*. A cura di Thomas Baldwin. London: Routledge.
- Carlo PENCO, 2008: Truth, Assertion and Charity. *Peruvian Journal of Epistemology*. 1-11.
- Marina SBISÀ, 1989: *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*. Bologna: Il Mulino.
- Mark SCHROEDER, 2010: *Noncognitivism in Ethics*. New York (NY): Routledge.
- Anthony J. SEBOK, 1991: Judging the Fugitive Slave Acts. *The Yale Law Journal* 100 (1991) 6. 1835-1854.
- Timothy WILLIAMSON, 2002: *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert P. WOLFF, 1970: *In Defense of Anarchism*. New York (NY): Harper & Row.

Robert Alexy

Ustavna prava i proporcionalnost

Constitutional Rights and Proportionality

Robert Alexy*

Ustavna prava i proporcionalnost

Dva su osnovna shvatanja odnosa između ustavnih prava i analize proporcionalnosti. Prvo drži da postoji nužna veza između ustavnih prava i proporcionalnosti; drugo tvrdi da pitanje o tome da li su ustavna prava i proporcionalnost povezani zavisi od toga šta su ustavotvorci zapravo odlučili, tj. zavisi od pozitivnog prava. Prva teza se može označiti kao "teza o nužnosti", druga se može označiti kao "teza o kontingentnosti." Prema tezi o nužnosti, legitimnost proporcionalnosti je pitanje prirode ustavnih prava, dok je prema tezi o kontingentnosti legitimnost proporcionalnosti pitanje tumačenja. U članku se zastupa teza o nužnosti. | Prethodna verzija ovog članka je objavljena u *Chinese Yearbook of Constitutional Law* (2010). 221-235.

Ključne reči: teorija principa, analiza proporcionalnosti, ustavna prava, nužna veza, ljudska prava, dualna priroda

1 NUŽNE I KONTINGENTNE VEZE

Odnos između ustavnih prava i proporcionalnosti jeste jedna od osnovnih tema savremene ustavnopravne debate. Sukobljena su dva stanovišta: teza o tome da postoji neka vrsta nužne veze između ustavnih prava i analize proporcionalnosti i teza da ne postoji nužna veza između bilo koje vrste ustavnih prava i proporcionalnosti. Prema drugom gledištu, pitanje o tome da li su ustavna prava i proporcionalnost povezani zavisi od pozitivnog prava, to jeste od onoga šta su ustavotvorci zapravo odlučili. Iz tog razloga, veza između ustavnih prava i proporcionalnosti može biti samo moguća ili kontingentna.¹ Prva teza se može nazvati "teza o nužnosti", druga se može nazvati "teza o kontingentnosti". Zastupaću verziju teze o nužnosti.

2 TEORIJA PRINCIPA I PROPORCIONALNOST: PRVA TEZA O NUŽNOSTI

2.1 Pravila i principi

Teza o nužnosti je u najrazvijenijem obliku sadržana u teoriji principa. Osnov teorije principa jeste teorijska razlika između pravila i principa.² Pravila

* alexy@law.uni-kiel.de | Profesor na Univerzitetu Kristijan-Albrecht u Kilu, Njemačka.

1 Lako je zamisliti treću tezu koja tvrdi da je veza između ustavnih prava i proporcionalnosti nemoguća. Ta teza neće biti razmatrana na ovom mjestu.

2 Vidjeti Alexy (2002a: 47-49).

su norme koje zahtjevaju nešto određeno. To su *određene zapovijedi*. Oblik njihove primjene je supsumcija. Ako je pravilo važeće i ako su ispunjeni uslovi za njegovu primjenu, onda se definitivno zahtjeva tačno ono što pravilo traži da bude učinjeno. Učini li se to, postupilo se u skladu s pravilom; ne učinili li se to, postupilo se protivno pravilu. Nasuprot tome, principi su *zahtjevi optimizacije*. Kao takvi, oni zahtjevaju da se nešto ostvari "u najvećoj mogućoj mjeri s obzirom na pravne i faktičke mogućnosti".³ Ostavimo li pravila po strani, pravne mogućnosti su suštinski određene suprotstavljenim principima. Iz tog razloga, principi, sami po sebi, uvijek predstavljaju samo *prima facie* zahtjeve. Određenje odgovarajućeg stepena zadovoljavanja jednog principa u odnosu prema zahtjevima drugih principa je moguće balansiranjem. Stoga je balansiranje poseban oblik primjene principa.

2.2 Princip proporcionalnosti

a) Optimizacija u odnosu na faktičke i pravne mogućnosti

Definicija principa kao zahtjeva optimizacije vodi direktno nužnoj vezi između principa i proporcionalnosti. Princip proporcionalnosti (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), koji je u poslednjim decenijama dobio još više međunarodnog priznanja u teoriji i praksi kontrole ustavnosti,⁴ sastoji se od tri podprincipa: principa pogodnosti, principa nužnosti i principa proporcionalnosti u užem smislu. Sva tri podprincipa izražavaju ideju optimizacije. Principi *qua* optimizacija zahtjevaju optimizaciju koja se odnosi kako na faktički moguće tako i na pravno moguće. Principi pogodnosti i nužnosti se odnose na optimizaciju u pogledu faktičkih mogućnosti. Princip proporcionalnosti u užem smislu se odnosi na optimizaciju u pogledu pravnih mogućnosti.

b) Pogodnost

Prvi podprincip, princip pogodnosti, isključuje prihvatanje sredstava koja spriječavaju ostvarivanje bar jednog principa, bez unaprijeđenja bilo kog drugog principa ili cilja zbog kojeg je princip prihvaćen. Ako sredstvo M , prihvaćeno u cilju ostvarivanja principa P_1 , nije pogodno u ovu svrhu, ali spriječava ostvarivanje P_2 , onda nema troškova po P_1 ili po P_2 ako se M isključi. Stoga se P_1 i P_2 , ako se M napusti, mogu ostvariti zajedno u većoj mjeri u odnosu na ono što je faktički moguće. P_1 i P_2 , *uzeti zajedno*, kao elementi jednog sistema, zabranjuju korišćenje M . To pokazuje da je princip pogodnosti ništa drugo do izraz Pareto efikasnosti. Jedna pozicija može biti unaprijeđena bez pogoršavanja druge pozicije.

3 Alexy (2002a: 47).

4 Vidjeti, na primjer: Beatty (2004); Stone Sweet & Mathews (2008).

Primjer kršenja principa pogodnosti može se pronaći u odluci Njemačkog federalnog ustavnog suda u pogledu zakona koji je zahtijevao ne samo da one osobe koje se prijave za opštu lovnu dozvolu moraju da prođu ispit korišćenja oružja, već i da osobe koje se prijavljuju za dobijanje posebne dozvole za sokolarstvo moraju položiti isti ispit. Sud je tvrdio da ispit korišćenja vatrenog oružja za sokolare nije pogodan za promociju "ispravnog obavljanja ovih aktivnosti u skladu s namjerom zakonodavca".⁵ U tom slučaju, dakle, "nema supstantivno jasnog razloga"⁶ za kršenje opšte slobode djelovanja sokolara, koju garantuje član 2 (1) Osnovnog zakona. Iz tog razloga, regulativa je proglašena za neproporcionaln⁷ i, sljedstveno, za neustavnu.

c) Nužnost

Slučajevi u kojima se zakoni proglašavaju neustavnima iz razloga nepogodnosti su rijetki. Uobičajeno je mjera koja je predviđena od strane zakonodavca pogodna za ostvarenje njegovih ciljeva u određenoj mjeri. Sa stanovišta pogodnosti to jeste dovoljno. Iz tog razloga je praktični značaj podprincipa pogodnosti prilično malen. Stvar stoji potpuno drugačije u pogledu drugog podprincipa principa proporcionalnosti - principa nužnosti. Princip o kojem je riječ zahtjeva da između dva sredstva za unaprjeđenje P_1 , koja su, uopšte uzevši, jednako pogodna, moramo odabrati ono koje manje ometa P_2 . Ako postoji sredstvo koje je jednako pogodno, a manje ometa, jedna pozicija može biti poboljšana bez troška za drugu poziciju.⁸ Pod tim uslovom, P_1 i P_2 , uzeti zajedno, zahtjevaju da se primjeni sredstvo koje manje ometa. Iznova je, dakle, riječ o slučaju Pareto efikasnosti.

Primjer je odluka Federalnog ustavnog suda, koja se odnosi na slatkiše, a posebno na slatkiše u obliku uskršnjeg zeke i deda mraza, koji se sastoje od nadošlog oriza. U cilju zaštite potrošača od kupovine slatkiša od nadošlog oriza umjesto istih takvih od čokolade, uvedena je zabrana slatkiša od nadošlog oriza. Sud je zauzeo stav da se zaštita potrošača može postići "jednako efikasnim ali manje oštrim načinom - propisivanjem obaveze obilježavanja".⁹ Iz tog razloga, presuđeno je da je zabrana prekršaj principa nužnosti, te je stoga i neproporcionalna.

5 Odluke Federalnog ustavnog suda (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*; u daljem tekstu: BVerfGE) 55, 159 (166).

6 BVerfGE 55, 159 (167).

7 BVerfGE 55, 159 (166).

8 Princip nužnosti pretpostavlja indiferentnost prema svim drugim principima ili ciljevima u vezi s kojima se postavlja pitanje o tome da li treba izabrati sredstvo koje intenzivnije ili manje intenzivno vrši interferenciju. Postoji li, ipak, treći princip ili cilj, P_3 , na koji se prihvatanje sredstava koja manje interferiraju sa P_2 negativno odražava, onda slučaj ne može biti odlučan na osnovu razmatranja koja se tiču Pareto efikasnosti. Kada su troškovi neizbježni, balansiranje postaje neophodno.

9 BVerfGE 53, 135 (146).

d) Proporcionalnost u užem smislu

Baš kao i princip pogodnosti, princip nužnosti se tiče prilagođavanja u odnosu na faktičke mogućnosti. Prilagođavanje u odnosu na faktičke mogućnosti sastoji se u izbjegavanju troškova koji se mogu izbjeći. Kada se principi sukobe, troškovi su pak neizbježni. Tada je neophodno balansiranje. Balansiranje je predmet trećeg podprincipa proporcionalnosti - principa proporcionalnosti u užem smislu. Taj podprincip izražava šta znači prilagođavanje u pogledu pravnih mogućnosti. Identičan je s pravilom koje se može nazvati "zakon balansiranja",¹⁰ a koje glasi ovako:

Što je veći stepen nezadovoljavanja jednog principa ili škodjenja jednom principu, značaj zadovoljavanja drugog principa mora biti veći.

Zakon balansiranja isključuje, *inter alia*, intenzivno remećenje principa P_1 koje se može opravdati isključivo malim značajem koji se pripisuje zadovoljavanju kolidirajućeg principa P_2 . Takvo rješenje ne bi bila optimizacija P_1 zajedno s P_2 .

Zakon balansiranja se, formulisan na različite načine, može pronaći skoro svuda u ustavno-sudskom presuđivanju, izražava centralnu karakteristiku uravnoteživanja i od velikog je praktičnog značaja. Želi li se postići precizna i potpuna analiza strukture balansiranja, Zakon balansiranja mora biti detaljnije obrazložen. Rezultat obrazloženja jeste Formula težine.¹¹ Formula težine određuje težinu principa P_i u konkretnom slučaju, to jeste određuje konkretnu težinu P_i u odnosu prema kolidirajućem principu P_j (W_i, j) kao količnik proizvoda intenziteta interferencije sa P_i (I) i apstraktne težine P_i (W) i stepena pouzdanosti empirijskih pretpostavki u pogledu toga šta mjera koja je u pitanju znači za neostvarivanje P_i (R) s jedne strane, i proizvod odgovarajućih vrijednosti u pogledu P_j koje se odnose na ostvarivanje P_j , s druge strane. Formula izgleda ovako:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_j}{I_j \cdot W_j \cdot R_i}$$

Razgovor o količnicima i proizvodima je razuman samo u prisustvu brojeva. To je problem stepenovanja. U *A Theory of Constitutional Rights* razmatrao sam samo kontinuiranu skalu koja prelazi preko neograničenog broja tačaka između 0 i 1 i došao sam do zaključka da je s takvom skalom nemoguće raditi u okviru pravnog rasuđivanja.¹² Još uvijek vjerujem da je taj nalaz tačan. Stvari su ipak

¹⁰ Alexy (2002a: 102).

¹¹ Alexy (2003: 433-448); Alexy (2007a: 9-27).

¹² Alexy (2002a: 97-99).

različite čim se u obzir uzmu ne samo kontinuirane ili infinitezimalne, već i diskretne skale. Diskretne skale se određuju činjenicom da između njihovih tačaka ne postoje druge tačke. Balansiranje može da počne čim postoji skala s dvije vrijednosti, od kojih se jedna može, recimo, okarakterisati kao laka, dok se druga može okarakterisati kao ozbiljna. U ustavnom pravu se često koristi trijadička skala, koja djeluje s vrijednostima slabo (s), umjereno (u) i ozbiljno (o). Postoje različiti načini da se te vrijednosti predstave brojevima.¹³ Odaberemo li geometrijski niz kakav je 2^0 , 2^1 i 2^2 , postaje moguće da se predstavi činjenica da moć principa raste više nego proporcionalno u odnosu na porast intenziteta interferencije. To je osnov za odgovor na prigovor da teorija principa dovodi do nedopustivog slabljenja ustavnih prava. Ukoliko je konkretna težina (W_i, j) P_i veća od 1, P_i prethodi P_j ; ako je manja od 1, P_j prethodi P_i . To povezije Formulu težine, a s njom i Zakon balansiranja, sa Zakonom sukobljenih principa.¹⁴ Ako je pak konkretna težina (W_i, j) 1, riječ je o pat poziciji. U tom slučaju dozvoljeno je kako to da se primjeni mjera u pitanja, tako i da se ona izostavi. To znači da država, a naročito zakonodavac, ima diskreciju.¹⁵ To je od posebnog značaja za odgovor na prigovor da teorija principa vodi hiperkonstitucionalizaciji.¹⁶

Protiv Formule težine se može istaći prigovor da se pravno rasuđivanje ne može svesti na račun. Prigovor bi počivao na nerazumjevanju uloge Formule težine. Brojevi, koji moraju biti zamjenjeni varijablama, predstavljaju sudove, na primjer, sud: "Narušavanje slobode izražavanja je ozbiljno". Taj sud mora biti opravdan, a može se opravdati isključivo argumentima. Na taj način je Formula težine sama po sebi povezana s pravnim diskursom i izražava osnovni argument iz pravnog diskursa.¹⁷

Valjalo bi se opet osvrnuti na jedan slučaj, kako bi se ilustrovalo apstraktno objašnjenje principa proporcionalnosti u užem smislu. Odluka Federalnog ustavnog suda, koja se tiče klasičnog konflikta između slobode izražavanja i ličnih prava, jeste takav slučaj. Rasprostranjeni satirični magazin *Titanik* je opisao paraplegičnog rezervnog oficira koji je uspješno obavljao dužnosti nakon povratka u aktivnu službu kao "rođenog ubicu" u jednom izdanju, a u kasnijem izdanju kao "bogalja". Viši regionalni apelacioni sud u Dizeldorfu je presudio na štetu *Titanika* po tužbi oficira i naredio je magazinu da plati odštetu u iz-

13 O tom pitanju vidi Alexy (2007a: 20-23).

14 Alexy (2002a: 53-54).

15 Alexy (2002a: 408, 410-414).

16 O tom pitanju pogledati: Böckenförde (1991: 188-190).

17 U Alexy (1989: 221-230), predstavio sam Formulu supsumcije kao jedinu osnovnu formu argumenta. U Alexy (2003: 443-448), dodao sam mu Formulu težine kao drugu osnovnu formu argumenta. Konačno, u Alexy (2010b: 17-18), pokušao sam da zatvorim sistem dodavanjem trećeg osnovnog argumenta iz analogije ili poređenja slučajeva. Tri osnovna argumenta formiraju svaki za sebe vezu s pojmovima pravila, principa i slučaja.

nosu od 12000 DM. *Titanik* je podnio ustavnu žalbu. Federalni ustavni sud je preduzeo "balansiranje specifično za slučaj"¹⁸ između slobode izražavanja onih koji su povezani s magazinom (P₁: član 5 (1) (1), Osnovni zakon) i oficirovo opšte pravo ličnosti (P₂: član 2 (1) u vezi s članom 1 (1), Osnovni zakon). U tom cilju je utvrđen intenzitet interferencije između tih prava, koja su stavljena u međusobni odnos. Presuda o odšteti je shvaćena kao "trajno"¹⁹ ili *ozbiljno* (o) škoda (I₁) slobodi izražavanja. Zaključak je opravdan, prije svega, argumentom da bi dodjeljivanje odštete moglo da utiče na buduću volju onih koji stvaraju magazin da nastave sa svojim poslom na način na koji su to činili do sada. Opis "rođenog ubice" je stavljen u kontekst satire koju *Titanik* objavljuje. U časopisu je i ranije rođeno prezime određenog broja osoba predstavljeno na "prepoznatljivo humorističan" način, od "igre riječi do blesavosti".²⁰ Kontekst je učinio nemogućim da se opis posmatra kao "protivpravna, ozbiljna, nezakonita šteta za pravo ličnosti".²¹ Interferencija s pravom ličnosti je tretirana kao interferencija *umjerenog* (u), a možda ili *slabog* ili manjeg (s) intenziteta (I₂). Te procjene intenziteta su sačinjavale prvi dio odluke. Da bi se opravdala dosuđena nadoknada, koja predstavlja *ozbiljnu* (o) interferenciju ustavne slobode izražavanja (P₁), intenzitet interferencije prava na ličnost (P₂), koja bi trebalo da je kompenzovana odštetom, morao bi da bude jednako ozbiljan (o). Prema procjeni Suda to nije bio slučaj. Intenzitet interferencije je u najboljem slučaju bio umjeren (u), a možda čak slab (s). To je značilo da je interferencija sa slobodom izražavanja, prema Zakonu balansiranja, a s njim i prema Formuli težine, neproporcionalna, a stoga i neustavna.

Stvari su bile sasvim drugačije u dijelu u kojem je oficir nazvan "bogaljem". Na osnovu ocjene Suda u ovom slučaju je riječ o "ozbiljnoj šteti za njegovo pravo ličnosti".²² Procjena je opravdana činjenicom da se opisivanje teško onesposobljene osobe u javnosti kao "bogalja" u naše vrijeme uzima kao "ponižavajuće" i da izražava "pomanjkanje uvažavanja".²³ Stoga je ozbiljnoj (o) interferenciji (I₁) slobode izražavanja (P₁) suprotstavljen veliki (o) značaj (I₂) koji je dat zaštiti ličnosti (P₂). To je tipičan slučaj pat pozicije. Sljedstveno, Sud je došao do zaključka da ne može primjetiti "nedostatak balansiranja na štetu slobode izražavanja"²⁴ u odluci Višeg regionalnog apelacionog suda u Dizeldorfu. Ustavna žalba *Titanika* je, stoga, opravdana u onoj mjeri u kojoj se tiče odštete za opis "rođeni ubica". U pogledu opisa "bogalj" žalba je neopravdana.

18 BVerfGE 86, 1 (11).

19 BVerfGE 86, 1 (10).

20 BVerfGE 86, 1 (11).

21 BVerfGE 86, 1 (12).

22 BVerfGE 86, 1 (13).

23 BVerfGE 86, 1 (13).

24 BVerfGE 86, 1 (13).

2.3 Dvije nužne veze

Razmatranja su se do ove tačke ticala odnosa između teorije principa i proporcionalnosti. Ispostavlja se da je ta veza izuzetno jaka. Na osnovu teorije principa, principi su zahtjevi optimizacije. Princip proporcionalnosti s tri podprincipa logički proizlazi iz prirode principa kao zahtjeva optimizacije, a priroda principa kao zahtjeva optimizacije logički proizlazi iz principa proporcionalnosti.²⁵ Ta ekvivalencija je nužna.

Upravo na tom mjestu u igru ulazi ključno razlikovanje. Riječ je o razlikovanju između nužne veze između teorije principa i proporcionalnosti s jedne strane, i nužne veze između teorije principa, uključujući i proporcionalnost (koja je ekvivalent teorije principa), i ustavnih prava s druge strane. Teza da postoji nužna veza između teorije principa i proporcionalnosti se može nazvati "prva teza o nužnosti". Teza da postoji nužna veza između ustavnih prava i teorije principa, tj. analize proporcionalnosti, biće nazvana "druga teza o nužnosti". Martin Borovski je tu razliku napravio između teorije principa kao takve, tj. teorije principa kao opšte normo-teorijske teze, i primjene teorije principa na ustavna prava, tj. teorije principa kao interpretacije ustavnih prava.²⁶ Prva teza o nužnosti je normo-teorijska teza, druga teza o nužnosti je interpretativna teza.

2.4 Dva prigovora prvoj tezi o nužnosti

Prva teza o nužnosti je bila mnogo manje predmet osporavanja nego druga teza, što ne znači da uopšte nije kritikovana. Na ovom mjestu će biti razmotrena dva prigovora. Prvi je uputio Kai Muler (Kai Möller). Muler tvrdi da je teza 'pogrešna' u onoj mjeri u kojoj priroda principa podrazumjeva princip proporcionalnosti.²⁷ Njegov osnovni argument jeste da se uslov "najveće moguće mjere" u definiciji principa iz knjige *A Theory of Constitutional Rights* (Alexy 2002a: 47), ako ga ispravno protumačimo, ne može shvatiti kao balansiranje već kao korektnost. Riječ je dakle o "korektnoj mjeri".²⁸ Korektna mjera, sa svoje strane, zavisi od "moralnih argumenata".²⁹ Prigovor upoređuje balansiranje sa dva koncepta, s konceptom korektnosti i s konceptom moralnosti. Moj odgovor jeste da ova dva koncepta zahtjevaju balansiranje tamo gdje postoji interferencija s ustavnim pravima. Korektnost jedne interferencije s nekim ustavnim pravom zavisi od toga da li je interferencija opravdana. U slučajevima nepogodnosti i odsustva nužnosti, nema razloga koji zahtjeva interferenciju, te je ona neopravdana. To pokazuje da je određenje korektnog dosega prethodno uslovljeno podprin-

25 Alexy (2002a: 66).

26 Borowski (2007: 68-70).

27 Möller (2007: 459).

28 Möller (2007: 459).

29 Möller (2007: 460).

cipima pogodnosti i nužnosti. Na taj način je prilagođavanje koje se odnosi na faktičke mogućnosti povezano s korektnošću. Ključno pitanje u pogledu proporcionalnosti u užem smislu jeste da li određivanje ispravnog dosega prava zavisi od intenziteta interferencije (*I*) s pravom (*P*) i intenziteta interferencije (*j*) s kolidirajućim pravom ili ciljem (*Pj*) preko neinterferencije s prvim pravom, uz ostale faktore Formule težine. Smatram da zavisi. Ozbiljna (*o*) interferencija, opravdana samo niskim (*s*) značajem koji se interferenciji pripisuje radi zadovoljenja kolidirajućeg principa, ne može biti ispravna, ako su sve ostale okolnosti jednake. Ukratko, korektnost zavisi od balansiranja.

Drugi dio Mulerove kritike tiče se nužnosti moralne argumentacije. Određenje intenziteta interferencije s pravom ličnosti paraplegičnog oficira, do koje dolazi njegovim nazivanjem "bogaljem" je, kao što je pomenuto, zasnovano na procjeni tog opisa kao ponižavajućeg i kao izraza nedostatka poštovanja. Ti argumenti su moralni. Bez njih Formula težine ne bi bila primjenjiva na slučaj *Titanik*. To je sasvim dovoljno da bi se pokazalo da su moralni argumenti neophodni za primjenu Formule težine.³⁰ Formula težine nije alternativa moralnim argumentima, već predstavlja strukturu pravne i moralne argumentacije.³¹

Drugi prigovor protiv prve teze nužnosti, to jeste teze o nužnoj vezi između optimizacije i proporcionalnosti, dao je Ralf Pošer (Ralf Poscher). Pošer tvrdi da "princip proporcionalnosti ne mora biti shvaćen kao zahtjev optimizacije".³² On tvrdi da postoje alternative optimizaciji kakve su "zabrana velike neproporcionalnosti" i "garancija minimalne pozicije".³³ Zabrana neproporcionalnosti je istovjetna zahtjevu proporcionalnosti, a zahtjev proporcionalnosti je isti kao i zahtjev optimizacije. Pošerova zabrana *velike* neproporcionalnosti, stoga, nije ništa do veza između trećeg podprincipa principa proporcionalnosti, shvaćenog kao zahtjev optimizacije, s diskrecijom u slučajevima u kojima neproporcionalnost nije velika. Na ovom mjestu se ne može razmatrati pitanje o tome da li omogućavanje diskrecije može biti opravdano formalnim principima. Jedina značajna stvar jeste da je veza o kojoj je riječ takva da bi konstrukcija ostala u potpunosti u oblasti teorije principa. Drugačiji je slučaj u pogledu garancije minimalne pozicije. Garancija minimuma, ako nije određena balansiranjem, ne bi odista bila ista kao optimizacija. Bila bi, ipak, ne samo različita od optimizacije

30 Cakirakis (Tsakyrakis) prigovara analizi proporcionalnosti to da je "potpuno strana bilo kakvom moralnom rasuđivanju"; Tsakyrakis (2009: 474). To se ne odnosi na analizu koja je predstavljena ovdje. Naprotiv, slučaj je upravo suprotan.

31 Muler dalje tvrdi da mogu postojati slučajevi u kojima je balansiranje isključeno: Möller (2007: 460-461; 465-467). Iz perspektive teorije principa ti slučajevi mogu biti rekonstruisani ili kao slučajevi u kojima je apstraktna težina principa jednaka nuli, to jeste u slučajevima isključenih razloga, ili kao slučajevi u kojima je apstraktna težina principa beskonačna, što ima efekat kategoričkog ili apsolutnog ograničenja. O tom pitanju vidjeti: Alexy (2007b: 340-344).

32 Poscher (2007: 74).

33 Poscher (2007: 74).

već bi bila različita od proporcionalnosti. Ne bi bila drugačija interpretacija proporcionalnosti, već bi bila alternativa koja nije uskladiva s proporcionalnošću. Ako preporučujemo zamjenu garancije minimuma principom proporcionalnosti u užem smislu, zapravo preporučujemo ukidanje principa. Pitanje o tome da li se taj prijedlog može opravdati, postaje pitanje o tome da li se sljedeći iskaz može braniti: "Kršenje ustavnog prava je ozbiljno, dok su razlozi za kršenje, sa stanovišta ustava, od malog značaja, ali je kršenje svejedno ustavno, jer minimalna pozicija ostaje netaknuta." Smatram da se taj iskaz ne može braniti.

Do ove tačke su se naša razmatranja ticala prve teze o nužnosti, to jest opštih normo-teorijskih pitanja. Nužna veza između teorije principa i proporcionalnosti na normo-teorijskom nivou, ipak, ne implicira nužnu vezu između proporcionalnosti ili teorije principa i ustavnih prava na nivou interpretacije ustavnih prava *qua* pozitivnog prava. Neophodno je dakle posebno opravdati drugu tezu o nužnosti.

3 USTAVNA PRAVA I PROPORCIONALNOST: DRUGA TEZA O NUŽNOSTI

3.1 kontingencija i pozitivnost

Pitanje o tome da li postoji nužna veza između ustavnih prava i proporcionalnosti ili teorije principa, to jeste, pitanje o tome da li je druga teza o nužnosti istinita je veoma sporno. Osnovni prigovor jeste da se druga teza o nužnosti ne može posmatrati, kako to Matijas Ješted (Matthias Jestaedt) kaže, kao "univerzalna teorija osnovnih prava".³⁴ Druga teza o nužnosti je ništa više nego "posebna teorija predmeta /.../ koja analizira postupak sukobljenih principa kao dio strukture osnovnih prava".³⁵ Kao takva ona nema "potencijalno univerzalnu eksplanatornu vrijednost"³⁶ i nije "jedina centralna, fundamentalno sveobuhvatna i određujuća teorija analize i primjene osnovnih prava".³⁷ Iz toga razloga, kako Peter Lerche (Peter Lerche) tvrdi, samo neka "ostrva zahtjeva optimizacije" postoje u oblasti ustavnih prava.³⁸ Stoga, ustavna prava, da iskoristimo riječi Jana Henrika Klementa (Jan Henrik Klement) nijesu principi "iz razloga njihove suštine".³⁹ Ona nijesu "principi zahvaljujući njihovoj prirodi /.../, već samo onda i u onoj mjeri u kojoj im je ta priroda data od strane pozitivno-pravne

34 Jestaedt (2012: ms. 28).

35 Jestaedt (2012: ms. 10).

36 Jestaedt (2012: ms. 10).

37 Jestaedt (2012: ms. 10).

38 Lerche (1997: 207).

39 Klement (2008: 761).

odluke ustavotvorca".⁴⁰ Pitanje o tome kako su ustavna prava i proporcionalnost povezani mora, dakle, proći "test pozitivnosti".⁴¹

Posljednja stavka je ključna za razumjevanje teze o kontingentnosti, koja predstavlja suprotnost tezi o nužnosti. Tezom o kontingentnosti se tvrdi da pitanje o tome da li su ustavna prava povezana s proporcionalnošću zavisi isključivo od odluka koje imaju svoj izraz u pozitivnom pravu, u slučaju ustava, zavisi od odluka ustavotvoraca.⁴² Teza o kontingentnosti bi mogla stoga biti nazvana "teza o pozitivnosti". Moj argument protiv teze o kontingentnosti ili teze o pozitivnosti ima dva dijela. Prvi se tiče prirode ustavnih prava, dok se drugi tiče tvrdnje da je korektnost nužno povezana s ustavnim pravima, kao i s pravom uopšte.

3.2 Dualna priroda ustavnih prava

Ustavna prava su zaista dio pozitivnog prava, što će reći, pozitivno pravo na nivou ustava, ali to nije dovoljno da objasni njihovu prirodu. Pozitivnost je samo jedna strana ustavnih prava, naime, njihova realna ili faktička strana. Preko i iznad toga ona posjeduju idealnu dimenziju. Razlog za to jeste da su ustavna prava prava koja su zabilježena u ustavu s namjerom da pretvore ljudska prava u pozitivno pravo, to jeste, s namjerom pozitivizacije ljudskih prava.⁴³ Namjeru o kojoj je riječ često stvarno ili subjektivno imaju ustavotvorci. Dodatno i iznad toga, to je tvrdnja koju nužno izriču oni koji ustanovljavaju katalog ustavnih prava. U tom smislu je riječ o objektivnoj namjeri. Ljudska su prava prvo - moralna, drugo - univerzalna, treće - osnovna, četvrto - apstratna prava koja, peto - imaju prioritet u odnosu na sve ostale norme.⁴⁴ Na ovom mjestu su samo dvije od ovih pet određujućih karakteristika interesantne: moralnost i apstraktni karakter ljudskih prava. Prava postoje ako su važea. Važenje ljudskih prava *qua* moralnih prava zavisi od mogućnosti njihova opravdanja i samo od toga. Pokušao sam da pokažem da je ljudska prava moguće opravdati na osnovu teorije diskursa. Lajtmotiv tog opravdanja jeste da praksa tvrđenja, pitanja i argumentovanja pretpostavlja slobodu i jednakost.⁴⁵ Ništa od toga se ne može obrazložiti u ovom članku. Za trenutne potrebe, jedina tačka interesovanja u toj vezi jeste da ljudska prava *qua* moralna prava pripadaju idealnoj dimenziji prava.

40 Jestaedt (2012: ms. 13).

41 Jestaedt (2012: ms. 13).

42 Primjer pozitivizacije proporcionalnosti jeste član 52 (1) (2) Povelje o osnovnim pravima Evropske unije.

43 O tom pitanju vidjeti: Alexy (2006: 17).

44 Alexy (2006: 18).

45 O tom pitanju vidjeti: Alexy (1996); Alexy (2006: 19-22).

Druga određujuća karakteristika, koja je značajna, jeste apstraktni karakter ljudskih prava. Ona se *simpliciter* odnosi na objekte kakvi su sloboda i jednakost, život i svojina, sloboda govora i zaštita ličnosti. Ljudska prava, kao apstraktna prava, nužno dolaze u koliziju s drugim ljudskim pravima i s kolektivnim dobrima, kakva su zaštita životne sredine i javna bezbjednost. Ljudska prava je, dakle, neophodno balansirati.

Može se prigovoriti da to nije argument za postojanje nužne veze između balansiranja i proporcionalnosti i ustavnih prava. Nakon njihovog preobražaja u pozitivno pravo, ljudska prava su pozitivna prava i ništa osim toga. To je ipak pogrešno shvatanje dualne prirode ustavnih prava. Idealni karakter ljudskih prava ne nestaje jednom kada se ona preobrazu u pozitivno prava. Ljudska prava, naprotiv, ostaju povezana s ustavnim pravima kao razlozi za ili protiv sadržaja koji je ustanovljen pozitivizacijom ili kao razlozi koji su neophodni zbog otvorene tekture ustavnih prava. Stoga je idealna dimenzija ljudskih prava prisutna i nakon njihove pozitivizacije.

Kao odgovor na to može se istaći prigovor da trajno prisustvo idealne dimenzije uništava pozitivni karakter ustavnih prava. To, ipak, nije slučaj. Teza o dualnoj prirodi zahtjeva da shvatimo ozbiljno kako idealnu tako i realnu dimenziju prava. Zahtjeva, preko i iznad toga, da se *prima facie* da prioritet pozitivnoj ili autoritativnoj dimenziji.⁴⁶ Kada ustavotvorci odluče pitanje balansiranja ustanovljavanjem pravila, tumač ustava je dužan da ga primjeni.⁴⁷ Primjer pravila ustavnog prava u njemačkom ustavu koje je strogo obavezujuće jeste član 102 Osnovnog zakona koji glasi: "Smrtna kazna je zabranjena". Drugi primjeri odluke ustavotvoraca s karakterom pravila su ograničenja slobode okupljanja na pravo "mirnog okupljanja bez oružja" u članu 8 (1) Osnovnog zakona, i detalji složene regulacije prihvatanja tehničkih sredstava za akustičko praćenje lokacije u kojoj osumnjičeni po pretpostavci boravi, koji su sadržani u članu 13 (3)-(6) Osnovnog zakona. Prioritet odredaba koje su ustanovili ustavotvorci ipak nije u potpunosti neupitan u svim slučajevima.⁴⁸ Primjer za to je član 12 (1) (1) Osnovnog zakona, po kojem je pravo da se odabere profesija neograničeno. Uzmemo li to kao strogo obavezujuće pravilo, koje nije podložno balansiranju, osobe koje nikada nijesu položile pravosudni ispit mogu postati sudije. Federalni ustavni sud je proglasio to shvatanje "pravno neodrživim"⁴⁹ i ispravno je primjenio analizu proporcionalnosti.⁵⁰

Ti primjeri ilustruju smisao u kojem možemo govoriti o nužnoj vezi između ustavnih prava i proporcionalnosti. Principi su povezani sa svim normama o

46 Alexy (2010a: 173-174; 179).

47 Alexy (2002a: 83).

48 Alexy (2002a: 83-84).

49 BVerfGE 7, 377 (401).

50 BVerfGE 7, 377 (404-405).

ustavnim pravima bez obzira na to da li, kao takve, imaju karakter pravila ili principa. Ako su ustavotvorci odlučili o koliziji principa ustanovljavanjem pravila, onda formalni princip autoriteta ustava zahtjeva da se po pravilu postupi. Ako je pravilo pak nejasno, dvosmisleno ili evaluativno otvoreno, supstantivni principi na kojima se pravilo zasniva odmah iznova ulaze u igru. To je slučaj i kada je pravilo nekompatibilno s ustavnim principima, bar u onim slučajevima koji su regulisani pravilom veće težine od formalnog principa autoriteta ustava zajedno sa supstantivnim principima koji podržavaju pravilo. Postojanje tih situacija vodi nužnoj vezi između ustavnih prava i proporcionalnosti, čiji je karakter potencijalan. Suprotnost nužnoj potencijalnoj vezi jeste aktuelna veza između ustavnih prava i principa. Aktuelna veza postoji u svim onim slučajevima u kojima norme o ustavnim pravima, onako kako su ustanovljene ustavom, moraju biti protumačene neposredno kao principi. Kombinacije aktuelnih i potencijalnih veza,⁵¹ koje proizlaze iz dualne prirode ustavnih prava, služe opravdanju druge teze o nužnosti.⁵²

3.3 Ustavna prava i pretenzija na korektnost

Postojanje dovoljnog razloga za tezu ne isključuje postojanje daljih dovoljnih razloga za tu istu tezu. Drugi razlog za drugu tezu o nužnosti je zasnovan na pretenziji na korektnost, koja je nužno povezana s ustavnim pravima kao i s pravom uopšte. Pretenzija na korektnost je izložena i branjena na drugom mjestu.⁵³ Jedno pitanje je ključno u ovom radu. Pretenzija na korektnost, nužno povezana s kontrolom ustavnosti, zahtjeva da odluka ustavnog suda bude što je moguće racionalnija. Mnogi autori su tvrdili da je balansiranje iracionalno.⁵⁴ Prigovor bismo mogli nazvati "prigovorom iracionalnosti". Na taj prigovor nije moguće odgovoriti ovdje.⁵⁵ Neke napomene usmjerene na prigovor ipak mogu biti od pomoći. Ključni argument za iracionalnost prigovora jeste da formula težine ne govori "kako se konkretna težina, koju uključujemo u formulu, može identifikovati, izmjeriti i uporediti".⁵⁶ Istina je da nam Formula težine ne govori kakva je interferencija s ustavnim pravom (*I, Ij*) kada se koristi skala slabo (*s*), umjereno (*u*) i ozbiljno (*o*). Takođe nam ne govori ni koje su apstraktne težine (*W, Wj*) principa u koliziji. Konačno, ne govori nam ništa o pouzdanosti (*Ri, Rj*) relevantnih empirijskih pretpostavki. Ništa od toga, ipak, nema veze

51 O tom pitanju vidjeti "model pravila i principa" u: Alexy (2002a: 80-86).

52 Argument o dualnoj prirodi se može shvatiti kao rekonstrukcija teze Njemačkog federalnog ustavnog suda u onoj mjeri u kojoj princip proporcionalnosti izvire "u osnovi već iz prirode samih ustavnih prava" (*'im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst'*); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50-1).

53 Alexy (2002b: 35-39); Alexy (2010a: 168-172).

54 Vidjeti, na primjer: Habermas (1996: 259); Schlink (2001: 460).

55 Skoriji odgovor se može pronaći u: Alexy (2010c: 26-32).

56 Jestaedt (2012: ms. 18); vidjeti takođe Poscher (2007: 76); Somek (2006: 135-136).

s iracionalnošću. Upravo je suprotno. Vrijednosti koje moraju biti zamjenjene varijablama Formule težine predstavljaju, kao što je već pomenuto, iskaze; na primjer, iskaz da je prekršaj prava ličnosti ozbiljan. Iskazi o kojima je riječ mogu biti opravdani i, naravno, moraju biti opravdani.⁵⁷ To se može uraditi isključivo argumentacijom. Formula težine, stoga, jeste argumentativna forma racionalnog pravnog diskursa.⁵⁸ Kao takva, neophodna je da bi se uveo "red u pravnu misao",⁵⁹ te čini jasnim koje su tačke odlučujuće i na koji su način one međusobno povezane.⁶⁰ Struktura diskursa ustavnih prava koja pretenduje na veću racionalnost nije moguća. To je dovoljno da bi se pokazalo da je analiza proporcionalnosti neophodno potrebna, ne samo po prirodi ustavnih prava, već i po pretenziji na korektnost, koja je nužno prisutna prilikom kontrole ustavnosti.

*Iz engleskog originala preveo
Bojan Spaić.*

Bibliografija

- John ALDER, 2006: The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights. *Public Law* (2006). 697-721.
- Robert ALEXYY, 1989: *A Theory of Legal Argumentation* (1978). Trans. Ruth Adler & Neil McCormick. Oxford: Clarendon Press.
- , 1996: Discourse Theory and Human Rights. *Ratio Juris* 9 (1996). 209-235.
- , 2002a: *A Theory of Constitutional Rights* (1985). Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.
- , 2002b: *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism* (1992). Trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 2003: On Balancing and Subsumption. *Ratio Juris* 16 (2003). 433-449.
- , 2006: Discourse Theory and Fundamental Rights. *Arguing Fundamental Rights*. Eds. Agustín José Menéndez & Erik Oddvar Eriksen. Dordrecht: Springer. 15-29.
- , 2007a: The Weight Formula. *Studies in the Philosophie of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Wojciech Zaluski. Krakow: Jagiellonian University Press. 9-27.
- , 2007b: Thirteen Replies. *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing. 333-366.
- , 2010a: The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23 (2010). 167-182.
- , 2010b: Two or Three? *On the Nature of Legal Principles*. Ed. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner and Nomos. 9-18.
- , 2010c: The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010). 20-32.
- 57 Opravdanje o kojem je riječ može biti veoma razrađeno; vidjeti, na primjer odluku BVerfGE 115, 320 (347-57), u kojoj je opravdanje procjene intenziteta interferencije napisano na deset strana.
- 58 Alexy (2010c: 32).
- 59 Barak (2006: 173).
- 60 Često se ističe prigovor da su elementi koji su predstavljeni varijablama Formule težine nesamjerljivi. Vidjeti, na primjer: Alder (2006: 717-718). Odgovor na to jeste da je samjerljivost na procjenama s obje strane balansa prepoznata s uobičajenog stanovišta, rječju, sa stanovišta ustava. Iz te perspektive, "nesamjerljivost" nije ništa do nesaglasnost; vidjeti: Alexy (2007a: 18).

- Aharon BARAK, 2006: *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- David M. BEATTY, 2004: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, 1991: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp. 159-199.
- Martin BOROWSKI, 2007: *Grundrechte als Prinzipien*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos.
- Jürgen HABERMAS, 1996: *Between Facts and Norms* (1992). Trans. William Rehg. Cambridge: Polity Press.
- Matthias JESTAEDT, 2012: The Doctrine of Balancing - Its Strengths and Weaknesses. *Institutionalized Reason*. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press.
- Jan Henrik KLEMENT, 2008: Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. *Juristenzeitung* 63 (2008). 756-763.
- Peter LERCHE, 1997: Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten? *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*. Ed. Joachim Burmeister. Munich: Beck. 197-209.
- Kai MÖLLER, 2007: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007). 453-468.
- Ralf POSCHER, 2007: Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Ed. Jan-R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos. 59-79.
- Bernhard SCHLINK, 2001: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Ed. Peter Badura & Horst Dreier. Tübingen: Mohr Siebeck. 445-465.
- Alexander SOMEK, 2006: *Rechtliches Wissen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Alec STONE SWEET & Jud MATHEWS, 2008: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).
- Stavros TSAKYRAKIS, 2009: Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009). 468-493.
- German Court Decisions. Federal Constitutional Court (www.bverfg.de):
 BVerfGE 7, 377 from 11 June 1958
 BVerfGE 19, 342 from 15 December 1965
 BVerfGE 53, 135 from 16 January 1980
 BVerfGE 55, 159 from 5 November 1980
 BVerfGE 65, 1 from 15 December 1983
 BVerfGE 76, 1 from 12 May 1987
 BVerfGE 86, 1 from 25 March 1992
 BVerfGE 115, 320 from 4 April 2006

Robert Alexy*

Constitutional Rights and Proportionality

There are two basic views concerning the relationship between constitutional rights and proportionality analysis. The first maintains that there exists a necessary connection between constitutional rights and proportionality, the second argues that the question of whether constitutional rights and proportionality are connected depends on what the framers of the constitution have actually decided, that is, on positive law. The first thesis may be termed 'necessity thesis', the second 'contingency thesis'. According to the necessity thesis, the legitimacy of proportionality analysis is a question of the nature of constitutional rights, according to the contingency thesis, it is a question of interpretation. The article defends the necessity thesis. | A previous version of this article was published in *Chinese Yearbook of Constitutional Law* (2010). 221-235.

Keywords: principles theory, proportionality analysis, constitutional rights, necessary connection, human rights, dual nature

1 NECESSARY AND CONTINGENT CONNECTIONS

The relationship between constitutional rights and proportionality is one of the main themes of the contemporary constitutional debate. Two basic views are in conflict: the thesis that there exists some kind of a necessary connection between constitutional rights and proportionality analysis, and the thesis that there exists no necessary connection of whatever kind between constitutional rights and proportionality. According to the second view, the question of whether constitutional rights and proportionality are connected depends on positive law, that is, on what the framers of the constitution have actually decided. For that reason, a connection between constitutional rights and proportionality can only be a possible or contingent connection.¹ The first thesis may be termed the 'necessity thesis', the second, the 'contingency thesis'. I will defend a version of the necessity thesis.

* alexy@law.uni-kiel.de | Professor at the Christian Albrechts University, Kiel, Germany. I should like to thank Stanley L. Paulson for help and advice on matters of English style.

1 It is easy to conceive of a third thesis, namely, that a connection between constitutional rights and proportionality is impossible. This thesis, however, shall not be considered here.

2 PRINCIPLES THEORY AND PROPORTIONALITY: THE FIRST NECESSITY THESIS

2.1 Rules and Principles

The necessity thesis has found its most elaborated form in principles theory. The basis of principles theory is the norm-theoretic distinction between rules and principles.² Rules are norms that require something definitively. They are *definitive commands*. Their form of application is subsumption. If a rule is valid and if its conditions of application are fulfilled, it is definitively required that exactly what it demands be done. If this is done, the rule is complied with; if this is not done, the rule is not complied with. By contrast, principles are *optimization requirements*. As such, they demand that something be realized 'to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities'.³ Rules aside, the legal possibilities are determined essentially by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise a merely *prima facie* requirement. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about by balancing. Thus, balancing is the specific form of application of principles.

2.2 The Principle of Proportionality

a) Optimization Relative to Factual and Legal Possibilities

The definition of principles as optimization requirements leads straightaway to a necessary connection between principles and proportionality. The principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), which in the last decades has received ever more international recognition in the theory and practice of constitutional review,⁴ consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrower sense. All three sub-principles express the idea of optimization. Principles *qua* optimization requirements require optimization relative both to what is factually possible and to what is legally possible. The principles of suitability and necessity refer to optimization relative to the factual possibilities. The principle of proportionality in the narrower sense concerns optimization relative to the legal possibilities.

b) Suitability

The first sub-principle, the principle of suitability, precludes the adoption of means that obstruct the realization of at least one principle without promoting any principle or goal for which it has been adopted. If a means *M*, adopted in

2 See Alexy (2002a: 47-49).

3 See Alexy (2002a: 47).

4 See, for instance, Beatty (2004); Stone Sweet & Mathews (2008).

order to promote the principle P_1 is not suitable for this purpose, but obstructs the realization of P_2 , then there are no costs either to P_1 or P_2 if M is omitted, but there are costs to P_2 , if M is adopted. Thus, P_1 and P_2 taken together may be realized to a higher degree relative to what is factually possible if M is abandoned. P_1 and P_2 , when *taken together*, that is, as elements of a single system, proscribe the use of M . This shows that the principle of suitability is nothing other than an expression of the idea of Pareto-optimality. One position can be improved without detriment to the other.

An example of the violation of the principle of suitability is found in a decision of the German Federal Constitutional Court concerning a law which required that not only persons who apply for a general hunting licence have to pass a shooting examination but also persons who apply exclusively for a falconry licence. The Court argued that the shooting examination for falconers is not suitable in promoting the 'proper exercise of these activities as intended by the legislator'.⁵ Therefore, 'no substantially clear reason'⁶ existed for the infringement of the general freedom of action of the falconer, as guaranteed by article 2 (1) Basic Law. For that reason, the regulation was declared unproportional⁷ and, consequently, unconstitutional.

c) Necessity

Cases in which laws are declared unconstitutional for reasons of unsuitability are rare. Normally the measure applied by the legislator will at least promote his aims to a certain degree. This suffices for suitability. For this reason, the practical relevance of the sub-principle of suitability is rather low. This is completely different with respect to the second sub-principle of the principle of proportionality, the principle of necessity. This principle requires that of two means promoting P_1 that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with P_2 has to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no costs to the other.⁸ Under this condition, P_1 and P_2 , *taken together*, require the less intensively interfering means be applied. This is, again, a case of Pareto-optimality.

5 Decisions of the Federal Constitutional Court (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*; hereafter: BVerfGE) 55, 159 (166).

6 BVerfGE 55, 159 (167).

7 BVerfGE 55, 159 (166).

8 The principle of necessity presupposes that it is indifferent to all other principles or goals where the question of whether the less or the more intensively interfering means is chosen arises. If, however, there exists a third principle or goal, P_3 , that is affected negatively by the adoption of the means interfering less intensively with P_2 , than the case cannot be decided by considerations concerning Pareto-optimality. When costs are unavoidable, balancing becomes necessary.

An example is the decision of the Federal Constitutional Court on sweets, especially in form of Easter rabbits and Santa Clauses that consist of puffed rice. In order to protect consumers from mistakenly taking those puffed rice sweets to be chocolate products, a ban on puffed rice sweets was issued. The Court argued that consumer protection could be achieved 'in an equally effective but less incisive way by a duty of marking'.⁹ For this reason, the ban was declared to be a violation of the principle of necessity and, therefore, as unproportional.

d) Proportionality in the Narrower Sense

Just as with the principle of suitability, the principle of necessity concerns optimization relative to the factual possibilities. Optimization relative to the factual possibilities consists in avoiding avoidable costs. Costs, however, are unavoidable when principles collide. Then balancing becomes necessary. Balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrower sense. This principle expresses what optimization relative to the legal possibilities means. It is identical with a rule that can be called 'Law of Balancing'.¹⁰ This rule states:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.

The Law of Balancing excludes, *inter alia*, an intensive interference with principle P_1 that is justified only by a low importance assigned to the satisfaction of the colliding principle P_2 . Such a solution would not be an optimization of P_1 together with P_2 .

The Law of Balancing is to be found, in different formulations, nearly everywhere in constitutional adjudication. It expresses a central feature of balancing and is of great practical importance. If one wishes to achieve a precise and complete analysis of the structure of balancing, the Law of Balancing has, however, to be elaborated further. The result of such a further elaboration is the Weight Formula.¹¹ The Weight Formula defines the weight of a principle P_i in a concrete case, that is, the concrete weight of P_i relative to a colliding principle P_j ($W_{i,j}$), as the quotient of, first, the product of the intensity of the interference with P_i (I) and the abstract weight of P_i (W_i) and the degree of reliability of the empirical assumptions concerning what the measure in question means for the non-realization of P_i (R_i), and, second, the product of the corresponding values with respect to P_j , now related to the realization of P_j . It runs as follows:

⁹ BVerfGE 53, 135 (146).

¹⁰ Alexy (2002a: 102).

¹¹ Alexy (2003: 433-448); Alexy (2007a: 9-27).

$$W_{i,j} = \frac{L^i W_t}{R^j}$$

Now, to talk about quotients and products is sensible only in the presence of numbers. This is the problem of graduation. In *A Theory of Constitutional Rights* I considered only a continuous scale that runs over an infinite number of points between 0 and 1, and I arrived at the conclusion that it is impossible to work with such a scale in legal reasoning.¹² I still believe that this result is correct. Things are different, however, as soon as one takes into account not only continuous or infinitesimal scales but also discrete scales. Discrete scales are defined by the fact that between their points no further points exist. Balancing can begin as soon as one has a scale with two values, say, light and serious. In constitutional law a triadic scale is often used, which works with the values light (l), moderate (m), and serious (s). There are various possibilities in representing these values by numbers.¹³ If one chooses a geometric sequence like 2^0 , 2^1 , and 2^2 , it becomes possible to represent the fact that the power of principles increases overproportionally with increasing intensity of interference. This is the basis of an answer to the reproach that principles theory leads to an unacceptable weakening of constitutional rights. If the concrete weight ($W_{i,j}$) of P_i is greater than 1, P_i precedes P_j , if it is smaller than 1, P_j precedes P_i . This connects the Weight Formula - and with it the Law of Balancing - with the Law of Competing Principles.¹⁴ If, however, the concrete weight ($W_{i,j}$) is 1, a stalemate exists. In this case, it is both permitted to perform the measure in question and to omit it. This means that the state, especially the legislator, has discretion.¹⁵ This is of utmost importance for a reply to the reproach that principles theory leads to an overconstitutionalization.¹⁶

Against the Weight Formula the objection might be put forward that legal reasoning cannot be reduced to calculation. But this would rest on a misconception of the role of the Weight Formula. The numbers that have to be substituted for its variables represent propositions, for instance, the proposition 'The interference with the freedom of expression is serious'. This proposition has to be justified, and this can only be done by argument. In this way, the Weight Formula is intrinsically connected with legal discourse. It expresses a basic argument form of legal discourse.¹⁷

12 Alexy (2002a: 97-99).

13 On this issue, see Alexy (2007a: 20-23).

14 Alexy (2002a: 53-54).

15 Alexy (2002a: 408, 410-414).

16 On this issue, see Böckenförde (1991: 188-190).

17 In Alexy (1989: 221-230), I presented the Subsumption Formula as the single basic argument form of legal discourse. In Alexy (2003: 443-448), I added to it the Weight Formula as a sec-

Again, it might be useful to turn to a case in order to illustrate the abstract explanation of the principle of proportionality in the narrower sense. It is a decision of the Federal Constitutional Court that concerns the classic conflict between freedom of expression and personality right. A widely published satirical magazine, *Titanic*, described a paraplegic reserve officer who had successfully carried out his responsibilities, having been called to active duty, first as 'born murderer' and in a later edition as a 'cripple'. The Düsseldorf Higher Regional Court of Appeal ruled against *Titanic* in an action brought by the officer and ordered the magazine to pay damages in the amount of DM 12.000. *Titanic* brought a constitutional complaint. The Federal Constitutional Court undertook 'case-specific balancing'¹⁸ between freedom of expression of those associated with the magazine (P₁: article 5 (1) (1), Basic Law) and the officer's general personality right (P₂: article 2 (1) in connection with article 1 (1), Basic Law). To this end the intensity of interference with these rights was determined, and they were placed in relationship to each other. The judgment in damages was treated as representing a 'lasting'¹⁹ or *serious* (s) interference (I₁) with freedom of expression. This conclusion was justified, above all, by the argument that awarding damages could affect the future willingness of those producing the magazine to carry out their work in the way they have done heretofore. The description 'born Murderer' was then placed in the context of the satire published by the *Titanic*. Here several persons had been described as having a surname at birth in a 'recognisably humorous' way, from 'puns to silliness'.²⁰ This context made it impossible to see in the description 'unlawful, serious, illegal harm to personality right'.²¹ The interference with the personality right was thus treated as having a *moderate* (m), perhaps even a *light* or minor (l) intensity (I₂). These assessments of intensity completed the first part of the decision. In order to justify an award of damages, which is a serious (s) interference with the constitutional right to freedom of expression (P₁), the interference with the right to personality (P₂), which was supposed to be compensated for by damages, would have had to have been at least as serious (s). But according to the assessment of the Court, it was not. It was at best moderate (m), perhaps even merely light (l). This meant that the interference with the freedom of expression was, according to the Law of Balancing and, with it, the Weight Formula, disproportional and, therefore, unconstitutional.

ond basic argument form. Finally, in Alexy (2010b: 17-18), I attempted to close the system by adding a third basic argument form: analogy between or comparison of cases. These three basic argument forms link up with the concepts of rule, principle, and case respectively.

18 BVerfGE 86, 1 (11).

19 BVerfGE 86, 1 (10).

20 BVerfGE 86, 1 (11).

21 BVerfGE 86, 1 (12).

Matters, however, were different in that part of the case where the officer had been called a 'cripple'. According to the assessment of the Court, this counted as 'serious harm to his personality right'.²² This assessment was justified by the fact that describing a severely disabled person in the public as a 'cripple' is generally taken, these days, to be 'humiliating' and to express a 'lack of respect'.²³ Thus, the serious (s) interference (I_1) with the freedom of expression (P_1) was countered by the great (s) importance (I_2) accorded to the protection of personality (P_2). This is a typical case of a stalemate. Consequently, the Court came to the conclusion that it could see 'no flaw in the balancing to detriment of freedom of expression'²⁴ in the decision of the Düsseldorf Higher Regional Court of Appeal. *Titanic's* constitutional complaint was thus only justified to the extent that it related to damages for the description 'born Murderer'. As far as the description 'cripple' was concerned, it was unjustified.

2.3 Two Necessary Connections

My considerations up to this point have concerned the relationship between principles theory and proportionality. This connection turns out to be as close as it could possibly be. According to principles theory, principles are optimization requirements. Now the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity, and proportionality in the narrower sense logically follows from the nature of principles as optimization requirements, and the nature of principles as optimization requirements logically follows from the principle of proportionality.²⁵ This equivalence is necessary.

At exactly this point, a decisive distinction comes into play. It is the distinction between a necessary connection between principles theory and proportionality on the one hand, and a necessary connection between principles theory including proportionality - its equivalent - and constitutional rights on the other. The thesis that there exists a necessary connection between principles theory and proportionality might be called the 'first necessity thesis'. The thesis that there exists a necessary connection between constitutional rights and principles theory, or proportionality analysis, shall be termed the 'second necessity thesis'. Martin Borowski has drawn a distinction between the principles theory as such, that is, the principles theory as a general norm-theoretic thesis, and the application of principles theory to constitutional rights, that is, the principles theory as an interpretation of constitutional rights.²⁶ The first necessity thesis is a norm-theoretic thesis, the second necessity thesis is, by contrast, an interpretative thesis.

22 BVerfGE 86, 1 (13).

23 BVerfGE 86, 1 (13).

24 BVerfGE 86, 1 (13).

25 Alexy (2002a: 66).

26 Borowski (2007: 68-70).

2.4 Two Objections to the First Necessity Thesis

The first necessity thesis has been far less contested than the second thesis. This, however, is not to say that it has received no criticism. Two objections shall be considered here. The first has been raised by Kai Möller. Möller claims that the thesis to the effect that the nature of principles implies the principle of proportionality is 'mistaken'.²⁷ His main argument is that the clause 'greatest extent possible' in the definition of principles in *A Theory of Constitutional Rights* (Alexy 2002a: 47), correctly understood, refers not to balancing but to correctness. It means "'the correct" extent.²⁸ The correct extent, in turn, is said to depend on 'moral argument'.²⁹ This objection confronts balancing with two concepts, the concept of correctness and the concept of morality. My reply is that these concepts both require balancing where an interference with constitutional rights is concerned. The correctness of an interference with a constitutional right depends on whether this interference is justified. In cases of unsuitability and lack of necessity, no reason exists that would require the interference. The interference, therefore, is not justified. This shows that the determination of the correct extent necessarily presupposes the sub-principles of suitability and necessity. With this, optimization relative to the factual possibilities is connected with correctness. The crucial question with respect to proportionality in the narrower sense is whether the determination of the correct extent of a right depends on the intensity of interference (*I*) with this right (*P*) and the intensity of interference (*I*_j) with the colliding right or goal (*P*_j) by non-interference with the first right, along with the other factors of the Weight Formula. I think it does. A serious (*s*) interference justified only by a low (*l*) importance assigned to this interference for the satisfaction of the colliding principle cannot be correct, all other things being equal. In short, correctness depends on balancing.

Möller's second point is the necessity of moral argument. The determination of the intensity of interference with the paraplegic reserve officer's personality right by calling him a 'cripple' is, as mentioned above, based on the assessment of this description as humiliating and as an expression of lack of respect. These are moral arguments. Without such moral arguments, the Weight Formula would not be applicable in the *Titanic* case. This suffices to show that moral arguments are indispensable for the application of the Weight Formula.³⁰ The

27 Möller (2007: 459).

28 Möller (2007: 459).

29 Möller (2007: 460).

30 Tsakyrakis reproaches proportionality analysis with its pretence of being 'totally extraneous to any moral reasoning'; Tsakyrakis (2009: 474). This does not apply to the analysis presented here. Indeed, the opposite is true.

Weight Formula is not an alternative to moral argument, but a structure of legal and moral argumentation.³¹

A second objection against the first necessity thesis, that is, the thesis of a necessary connection between optimization and proportionality has been raised by Ralf Poscher. Poscher claims that 'the principle of proportionality need not to be understood as an optimization requirement'.³² He argues that there are alternatives to optimization as the 'prohibition of gross disproportionality' and the 'guarantee of a minimal position'.³³ The prohibition of disproportionality is the same as the requirement of proportionality, and the requirement of proportionality, in turn, is the same as the optimization requirement. Poscher's prohibition of *gross* disproportionality, therefore, is nothing other than a connection of the third sub-principle of the principle of proportionality, understood as an optimization requirement, with discretion in cases of disproportionality which is not gross. This is not the place to take up the question of whether granting such a discretion can be justified, for example, by formal principles. The only point of interest in this connection is that such a construction would remain completely within the realm of principles theory. This is different in the case of a guarantee of a minimal position. A guarantee of a minimum, if not determined by balancing, would, indeed, not be the same as optimization. It would, however, not only be different from optimization but also different from proportionality. It would not be an alternative interpretation of proportionality. Rather, it would be an alternative incompatible with proportionality. One who recommends the substitution of a guarantee of a minimum for the principle of proportionality in the narrower sense is recommending the abolishment of this principle. The question of whether such a proposal is justifiable turns on the question of whether a judgment such as the following can be defended: 'The infringement with the constitutional right is serious while the reasons for it are, from the point of view of the constitution, only of low importance, but the infringement is nevertheless constitutional, for a minimal position remains untouched.' I think this judgment cannot be defended.

Up to this point, our deliberations have been concerned with the first necessity thesis, that is, with general norm-theoretic questions. A necessary connection of principles theory and proportionality at the norm-theoretic level does not, however, imply a necessary connection between proportionality or principles theory and constitutional rights at the level of the interpretation of consti-

31 Möller further argues that there may exist cases in which balancing is excluded; Möller (2007: 460-461; 465-467). From the point of view of principles theory such cases can be reconstructed either as cases in which the abstract weight of a principle is zero, that is, as cases of excluded reasons, or as cases in which the abstract weight of a principle is infinite, which has the effect that it becomes a categorical or absolute constraint. On this issue, see Alexy (2007b: 340-344).

32 Poscher (2007: 74).

33 Poscher (2007: 74).

tutional rights *qua* positive law. The second necessity thesis stands therefore in need of its own justification.

3 CONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY: THE SECOND NECESSITY THESIS

3.1 Contingency and Positivity

The question of whether there exists a necessary connection between constitutional rights and proportionality or principles theory, that is, the question of whether the second necessity thesis is true, is highly contested. The main objection is that principles theory cannot be seen, as Matthias Jestaedt puts it, as the 'universal theory of fundamental rights'.³⁴ It is no more than 'a subject-specific theory /.../ which analyses the process of competing principles as part of the structure of fundamental rights'.³⁵ As such it has no 'potentially universal explanatory value'.³⁶ It is not the 'single central, fundamentally all-embracing and determining theory of the analysis and application of fundamental rights'.³⁷ For that reason, as Peter Lerche claims, only some 'islands of optimization requirements' exist in the field of constitutional rights.³⁸ Thus, constitutional rights, to use Jan Henrik Klement's words, are not 'for reasons of their essence' principles.³⁹ They are 'not principles on account of their nature /.../, but only when and to the extent that they are given this nature and distinctive character by the positive legal decision of the constitutional legislature'.⁴⁰ The question of how constitutional rights and proportionality are related to each other, therefore, has to be submitted to a 'positivity test'.⁴¹

The last point is of crucial importance for the understanding of the contingency thesis, the counterpart of the necessity thesis. The contingency thesis claims that the question of whether constitutional rights are connected with proportionality depends exclusively on decisions that are given expression in positive law, in the case of a constitution, on the decisions of its framers.⁴² The

34 Jestaedt (2012), ms. 28.

35 Jestaedt (2012), ms. 10.

36 Jestaedt (2012), ms. 10.

37 Jestaedt (2012), ms. 10.

38 Lerche (1997: 207).

39 Klement (2008: 761).

40 Jestaedt (2012), ms. 13.

41 Jestaedt (2012), ms. 13.

42 An example of the positivization of proportionality is article 52 (1) (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union.

contingency thesis might therefore also be called the 'positivity thesis'. My argument against the contingency or positivity thesis consists of two parts. The first concerns the nature of constitutional rights, the second concerns the claim to correctness as being necessarily connected with constitutional rights as well as with law in general.

3.2 The Dual Nature of Constitutional Rights

Constitutional rights are indeed positive law, that is to say, positive law at the level of the constitution. This does not suffice, however, to explain their nature. Positivity is but one side of constitutional rights, namely, their real or factual side. Over and above this they possess also an ideal dimension. The reason for this is that constitutional rights are rights that have been recorded in a constitution with the intention of transforming human rights into positive law - the intention, in other words, of positivizing human rights.⁴³ This intention is often an intention actually or subjectively held by the constitutional framers. And, over and above this, it is a claim necessarily raised by those who set down a catalogue of constitutional rights. In this sense, it is an objective intention. Now human rights are, first, moral, second, universal, third, fundamental, and, fourth, abstract rights that, fifth, take priority over all other norms.⁴⁴ Here, only two of these five defining properties are of interest: their moral and their abstract character. Rights exist if they are valid. The validity of human rights *qua* moral rights depends on their justifiability and on that alone. I have attempted to show that human rights are justifiable on the basis of discourse theory. The Leitmotiv of this justification is that the practice of asserting, asking, and arguing presupposes freedom and equality.⁴⁵ None of this can be elaborated here. For present purposes, the only point of interest in this connection is that human rights *qua* moral rights belong to the ideal dimension of law.

The second defining property that is important here is the abstract character of human rights. They refer *simpliciter* to objects like freedom and equality, life and property, and free speech and protection of personality. As abstract rights, human rights inevitably collide with other human rights and with collective goods like protection of the environment and public safety. Human rights, therefore, stand in need of balancing.

It might be objected that this is no argument at all for a necessary connection between balancing or proportionality and constitutional rights. After their transformation into positive law, human rights are positive rights and are nothing but positive rights. This, however, would be a misconception of the dual nature of constitutional rights. The ideal character of human rights does not

43 On this issue, see Alexy (2006: 17).

44 Alexy (2006: 18).

45 On this issue, see Alexy (1996); Alexy (2006: 19-22).

vanish once they have been transformed into positive law. Rather, human rights remain connected with constitutional rights as reasons for or against the content that has been established by positivization and as reasons required by the open texture of constitutional rights. Thus, the ideal dimension of human rights lives on, notwithstanding their positivization.

In reply to this, the objection might be raised that the enduring presence of the ideal dimension destroys the positive character of constitutional rights. But this is not the case. The dual nature thesis requires that one take seriously both the ideal and the real dimension of law. It requires, over and above this, that *prima facie* be given priority to the positive or authoritative dimension.⁴⁶ When the constitutional framers have decided a question of balancing by establishing a rule, the interpreter of the constitution is bound to apply it.⁴⁷ An example of a constitutional rights rule in the German Constitution that is strictly binding is article 102 Basic Law, which says: 'The death penalty is abolished'. Other examples of decisions of the constitutional framers with the character of a rule are the restriction of freedom of assembly to the right 'to assemble peaceably and without weapons', this in article 8 (1) Basic Law, and the details of the highly complex regulation of the adoption of technical means for the acoustic observation of accommodation in which the suspect is supposed to reside, found in article 13 (3)-(6) Basic Law. The priority of the provisions issued by the constitutional framers is, however, not totally beyond question in all cases.⁴⁸ An example is article 12 (1) (1) Basic Law, according to which the freedom to choose a profession is, in contrast to the freedom to exercise a profession, subject to no limitations. If one were to take this as a strictly binding rule, not open to any balancing whatever, persons who never have passed law examination would have a constitutional right to be admitted to the bar. The Federal Constitutional Court declared such a result as 'legally implausible'⁴⁹ and it correctly applied proportionality analysis.⁵⁰

These examples illustrate the sense in which one can speak of a necessary connection between constitutional rights and proportionality. Principles are connected with all constitutional-rights norms regardless of whether, as such, they have the character of rules or principles. If the constitutional framers have passed on a collision of principles by issuing a rule, then the formal principle of the authority of the constitution requires that this rule be observed. If, however, this rule is ambiguous, vague, or evaluatively open, the substantive principles standing behind it immediately come back into play. This is also the

46 Alexy (2010a: 173-174; 179).

47 Alexy (2002a: 83).

48 Alexy (2002a: 83-84).

49 BVerfGE 7, 377 (401).

50 BVerfGE 7, 377 (404-405).

case where the rule is incompatible with constitutional principles that are at least in some instances regulated by this rule of greater weight than the formal principle of the authority of the constitution together with the substantive principles backing the rule. The existence of these constellations leads to a necessary connection between constitutional rights and proportionality, whose character is potential. The counterpart of the necessary potential connection is the actual connection between constitutional rights and principles. An actual connection exists in all those cases in which constitutional-rights norms, as set down in the constitution, have to be interpreted directly as principles. This combination of actual and potential connections,⁵¹ which stems from the dual nature of constitutional rights, serves to justify the second necessity thesis.⁵²

3.3 constitutional Rights and the claim to correctness

The existence of a sufficient reason for a thesis does not exclude the existence of further sufficient reasons for this thesis. A second reason for the second necessity thesis is based on the claim to correctness, which is necessarily connected with constitutional rights as well as with law in general. The claim to correctness has been explicated and defended elsewhere.⁵³ Here a single point is of interest. The claim to correctness, necessarily connected with constitutional review, requires that the decision of the constitutional court be as rational as possible. Many authors have argued that balancing is irrational.⁵⁴ One may term this reproach the 'irrationality objection'. It is not possible to reply to this objection here.⁵⁵ Some remarks directed to the objection may, however, be helpful. A main argument for the irrationality objection is that the Weight Formula does not say 'how the concrete weights to be inserted into the formula are identified, measured and compared'.⁵⁶ Now it is true that the Weight Formula does not tell us what an interference with a constitutional right ($4 I_j$) comes to, when the scale light (l), moderate (m), and serious (s) is used. It also does not tell us what the abstract weights (W_i , W_j) of the colliding principles are. Finally, it says nothing about the reliability (R_i , R_j) of the relevant empirical assumptions. None of this, however, has anything to do with irrationality. Precisely the opposite is the case. The values that have to be substituted for the variables of the Weight Formula represent, as already mentioned, propositions, for example,

51 On this issue, see the 'model of rules and principles' in Alexy (2002a: 80-86).

52 The dual nature argument might be conceived as reconstruction of the thesis of the German Federal Constitutional Court to the effect that the principle of proportionality emerges 'basically already from the nature of constitutional rights themselves' ('im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst'); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50-51).

53 Alexy (2002b: 35-39); Alexy (2010a: 168-172).

54 See, for example, Habermas (1996: 259); Schlink (2001: 460).

55 A recent reply is found in Alexy (2010c: 26-32).

56 Jestaedt (2012: 18); see also Poscher (2007: 76); Somek (2006: 135-136).

the proposition that the infringement with the personality right is serious. Such propositions can be justified, and, of course, they have to be justified.⁵⁷ This can only be done by argument. Thus, the Weight Formula turns out to be an argument form of rational legal discourse.⁵⁸ As such, it is indispensable in order to introduce 'order into legal thought'.⁵⁹ It makes clear which points are decisive and how these points are related to one another.⁶⁰ A structure of constitutional rights-discourse that lays claim to still greater rationality is not possible. This suffices to demonstrate that proportionality analysis is necessarily required not only by the nature of constitutional rights but also by the claim to correctness, necessarily raised in constitutional review.

Bibliography

- John ALDER, 2006: The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights. *Public Law* (2006). 697-721.
- Robert ALEXY, 1989: *A Theory of Legal Argumentation* (1978). Trans. Ruth Adler & Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press.
- , 1996: Discourse Theory and Human Rights. *Ratio Juris* 9 (1996). 209-235.
- , 2002a: *A Theory of Constitutional Rights* (1985). Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.
- , 2002b: *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism* (1992). Trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 2003: On Balancing and Subsumption. *Ratio Juris* 16 (2003). 433-449.
- , 2006: Discourse Theory and Fundamental Rights. *Arguing Fundamental Rights*. Eds. Agustín José Menéndez & Erik Oddvar Eriksen. Dordrecht: Springer. 15-29.
- , 2007a: The Weight Formula. *Studies in the Philosophie of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Wojciech Zaluski. Krakow: Jagiellonian University Press. 9-27.
- , 2007b: Thirteen Replies. *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing. 333-366.
- , 2010a: The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23 (2010). 167-182.
- , 2010b: Two or Three? *On the Nature of Legal Principles*. Ed. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner and Nomos. 9-18.
- , 2010c: The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010). 20-32.
- Aharon BARAK, 2006: *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- David M. BEATTY, 2004: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, 1991: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp. 159-99.
- Martin BOROWSKI, 2007: *Grundrechte als Prinzipien*. 2nd ed. Baden-Baden: Nomos.
- Jürgen HABERMAS, 1996: *Between Facts and Norms* (1992). Trans. William Rehg. Cambridge: Polity Press.

57 Such a justification may be highly elaborated; see, for example, BVerfGE 115, 320 (347-357), where the justification of the assessment of the intensity of interference comprises ten pages.

58 Alexy (2010c: 32).

59 Barak (2006: 173).

60 Often the objection is raised that the elements represented by the variables of the Weight Formula are incommensurable. See, for example, Alder (2006: 717-718). The reply to this is that the commensurability of the assessments on both sides of the balance is recognized from a common point of view, namely the point of view of the constitution. From this point of view, 'incommensurability' is nothing other than disagreement; see Alexy (2007a: 18).

- Matthias JESTAEDT, 2012: The Doctrine of Balancing - Its Strengths and Weaknesses. *Institutionalized Reason*. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press.
- Jan Henrik KLEMENT, 2008: Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. *Juristenzeitung* 63 (2008). 756-763.
- Peter LERCHE, 1997: Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten? *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*. Ed. Joachim Burmeister. Munich: Beck. 197-209.
- Kai MÖLLER, 2007: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007). 453-68.
- Ralf POSCHER, 2007: Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Ed. Jan-R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos. 59-79.
- Bernhard SCHLINK, 2001: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Ed. Peter Badura & Horst Dreier. Tübingen: Mohr Siebeck. 445-65.
- Alexander SOMEK, 2006: *Rechtliches Wissen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Alec STONE SWEET & Jud MATHEWS, 2008: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).
- Stavros TSAKYRAKIS, 2009: Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009). 468-493.
- *
- German Court Decisions. Federal Constitutional Court (www.bverfg.de):
- BVerfGE 7, 377 from 11 June 1958
 - BVerfGE 19, 342 from 15 December 1965
 - BVerfGE 53, 135 from 16 January 1980
 - BVerfGE 55, 159 from 5 November 1980
 - BVerfGE 65, 1 from 15 December 1983
 - BVerfGE 76, 1 from 12 May 1987
 - BVerfGE 86, 1 from 25 March 1992
 - BVerfGE 115, 320 from 4 April 2006

Andrej Kristan*

V bran izraznemu pojmovanju pravil

Razprava je napisana v odgovor kritikam, ki so zadnja tri desetletja letele na ekspresivno ali izrazno pojmovanje pravil. Avtor najprej dokazuje, da ob izraznem pojmovanju lahko obravnavamo fakultativna dejanska stanja, ne da bi se v opisu normativnega sistema pri tem porodilo kakršnokoli protislovje. Nato pokaže, da je mogoče opisati (i) propozicijsko vsebino metapравil, ne da bi semantizirali kazalnik ilokucijske (normativne) moči predmetnega pravila, in (ii) dovolilno zaporo normativnega sistema, tudi če zanikamo pojmovno avtonomijo dovolitvenih dejanj. Na tej podlagi v sklepu ponudi rešitev za izrazno ponazoritev pogojnih pravil. Medtem ko je prvi del razprave namenjen razjasnjevanju, predlogi iz zadnjega dela stremijo k napredku v izrazni teoriji, razširjeni med pravniki.

Ključne besede: logična teorija normativnih sistemov, prednostna pravila, dovolilna zapora, metapравila, pogojna pravila

1 POVOD

Namen članka *The Expressive Conception of Norms* (1981), ki sta ga podpisala Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulygin, je bil »raziskati možnosti [izraznega pojmovanja], da bi odkrili njegove omejitve in pokazali razlike« med izraznim (tj. ekspresivnim ali pragmatičnim) in tvarnim (tj. hiletičnim ali semantičnim) pojmovanjem pravil. Ugotovila sta, da »se v obeh pojmovanjih pojavijo isti pojmovni razločki, čeprav so seveda izraženi v drugačnem jeziku«. ¹ V zadnjih treh desetletjih je bil ta sklep zelo kritiziran.

Nekateri so zatrjevali, da v obliki, ki sta jo predstavila Alchourrón in Bulygin, z izraznim pojmovanjem ni mogoče ponazoriti močno dovoljenih ali (vsaj) fakultativnih ravnanj ali dejanskih stanj (§ 2), ne da bi v opis normativnega sistema vnesli protislovje (§ 3). Tudi če bi mu v tem morda uspelo, pa naj bi pripadnik izraznega pojmovanja pravil gotovo ne mogel opisati propozicijske vsebine prednostnih pravil, ki se uporabljajo na primer za razrešitev konfliktov ambivalence, ne da bi predstavil kazalnik ilokucijske moči predmetnih pravil

andrej.kristan@gmail.com | Raziskovalni štipendist (ital. *assegnista di ricerca*) in doktorand na Univerzi v Genovi.

Za plodne in živahne razprave se zahvaljujem Alejandru Calzetti in Alessiju Sardu. Član-ka brez teh razprav ne bi bilo. Hvala tudi Eugeniju Bulyginu, Damianu Canalu, Diegu Dei Vecchiju, Pablu Rapettiju, Giovanniju Battisti Rattiju, Sebastianu Figueroju, Joséju Juanu Moresu, Pablu Navarru, Cristini Redondo in Janu Wolenskemu za dragocene komentarje k posameznim delom osnutka tega besedila.

¹ Alchourrón in Bulygin (1981: 389).

kot del pomenske (tj. semantične) vsebine prednostnih pravil (§ 4). Takšna semantizacija kazalnika ilokucijske moči pa bi seveda pomenila prestop k tvarnemu pojmovanju. - Poleg tega nekateri trdijo, da dovolilne zapore normativnega sistema ni mogoče ponazoriti v izraznem pojmovanju, če ne priznavamo obstoja posebnega normativnega dejanja dovolitve. In kar je še pomembneje, z izraznim pojmovanjem, ki temelji na predlogu Alchourróna in Bulygina (1981), naj ne bi mogli ustrezno ponazoriti pogojnih pravil (§ 5). V nadaljevanju nameravam vse te kritike ovreči.²

2 TEMELJNE RAZLIKE

Oba (poglavitna) načina pojmovanja pravil, ki smo ju omenili v uvodu, predpostavljata, da je 'predpisni stavek' (angl. *norm sentence*) - to pa je 'stavčno dejanje' (angl. *act-sentence*), s katerim pravilo izrazimo - mogoče razčleniti na (a) opisovalno sestavino (v nadaljevanju bom govoril o 'propozicijski vsebini'), katere predmet je ravnanje ali dejansko stanje, ki ga ravnanje povzroči, in (b) normativni operator. Ti dve pojmovanji pa se razlikujeta v pogledu na to, drugo, predpisovalno sestavino.³

V *tvarnem pojmovanju* je normativni operator

znak s *semantično vlogo*, ki prispeva k pomenski vsebini predpisnih stavkov, pravilo pa je zato pomenska vsebina predpisnega stavka, podobno kot za propozicijo rečemo, da je pomenska vsebina opisnega stavka.⁴

Iz povedanega izhaja, da neka opisna propozicija p in normativni operator ('O' za obvezno, 'P' za prepovedano ali 'D' za dovoljeno) skupaj tvorita pojmovno vsebino pravila.⁵

Na drugi strani je normativni operator v *izraznem pojmovanju* razumljen kot

znak s *pragmatično vlogo*, ki nima nikakršnega semantičnega pomena in zato tudi ni del pojmovne vsebine predpisnega stavka.⁶

2 CONTRA: Weinberger (1985 in 1986). Navarro in Redondo (1990a in 1990b). Calzetta in Sardo (2014). Pa tudi Alchourrón in Bulygin (1991: xxvii), ki ob pomembnem vprašanju priznata, da ima Weinberger prav: z izraznim pojmovanjem naj bi ne bilo mogoče uspešno ponazoriti pogojnih pravil. Glej tudi Caracciolo (1993: 507). Tu predpostavljam bralčevo seznanjenost z običajnimi oznakami v klasični logiki in aksiomatični teoriji množic. Pri logičnih zapisih bom zato sledil standardu ISO 31-11 (z dodatno oznako W za ekvivalenco). Sledil bom vsem običajnim postulatam klasične logike in aksiomatične teorije množic (razen če izrecno zapišem drugače), ob teh pa uvedel tri dodatne aksiome, ki jih prestavim v nadaljevanju.

3 Glej Alchourrón in Bulygin (1981: 384-385; in 1984: 454).

4 Alchourrón in Bulygin (1984: 454). *Izpustil sem opombo.*

5 Alchourrón in Bulygin (1981: 384).

6 Alchourrón in Bulygin (1984: 454). *Opomba je izpuščena.*

Po izraznem pojmovanju so pravila torej izrazi ali govorna dejanja in jih ni mogoče zanikati ali združevati z logičnimi vezniki. V logični teoriji normativnih sistemov pa moramo zato ilokucijsko moč pravila ponazoriti s sklicevanjem na množico, katere sestavni del je opisna, tj. propozicijska vsebina pravila (ta opisuje neko ravnanje ali dejansko stanje).

S teorijo množic, ki sta jo pri svojem pristopu uporabila Alchourrón in Bulygin (1981), lahko ob izraznem pojmovanju pravil razločimo obvezna, prepovedana in (močno ali šibko) dovoljena ravnanja oz. dejanska stanja. Avtorja razlikovanje uvedeta takole:⁷

'V A je p obvezno' je resnično, če in samo če je p član [normativnega] sistema $Cn(A)$ - tj. če in samo če p spada med posledice [aksiomatične baze sistema, imenovane tudi zapovedna množica] A . To pomeni, da je p obvezno v A , če in samo če je bilo p [izrecno] zapovedano ali če je p posledica propozicijskih vsebin, ki so bile izrecno zapovedane. V tem, zadnjem primeru rečemo, da je p [...] *izpeljana obveznost*.

Glede na to, da je zapovedna množica A že po definiciji podmnožica množice $Cn(A)$,

Def. 1 $A \subset Cn(A)$

lahko po izraznem pojmovanju med izpeljanimi in izrecnimi obveznostmi razlikujemo po tem, da se nam *izpeljane obveznosti* pokažejo le v množici $Cn(A)$, medtem ko se nam *izrecne obveznosti* pokažejo tako v aksiomatični bazi A kot v normativnem sistemu $Cn(A)$. Če tudi je torej neko pravilo lahko član obeh množic, pa se pojma izpeljanega pravila in izrecnega pravila vzajemno izključujeta:

Def. 2 *Obveznost (O):*

$\forall p (OA(p) \ll p \in Cn(A))$

Za vsak p velja »v A je p obvezno«, če in samo če je p član množice $Cn(A)$.

Def. 3 *Izrecna obveznost (O):*

$\forall p (OA(p) \ll p \in A)$

Za vsak p velja »v A je p izrecna obveznost«, če in samo če je p član množice A .

Def. 4 *Izpeljana obveznost (O):*

$\forall p (OA(p) \ll p \in Cn(A) \wedge p \notin A)$

Za vsak p velja »v A je p izpeljana obveznost«, če in samo če je p član množice $Cn(A)$, ne pa tudi njene podmnožice A .

⁷ Alchourrón in Bulygin (1981: 391). *Oglati oklepaji so moji*. Enačenje aksiomatične baze sistema z množico A in enačenje normativnega sistema z množico $Cn(A)$ se pojavita na isti strani.

Na enak način lahko po izraznem pojmovanju opredelimo pojma prepovedanih in dovoljenih ravnanj ali dejanskih stanj.

Neko ravnanje ali dejansko stanje p je v A prepovedano, če in samo če je bila negacija p (ali, kratko, $ne-p$) izrecno zapovedana ali če pomeni izpeljano prepoved, tj. posledico propozicijskih vsebin, ki so bile zapovedane. Isto misel lahko izrazimo z množicami: » p je prepovedano v A , če in samo če je negacija p ($ne-p$) član [normativnega] sistema $Cn(A)$ «⁸ ali obeh, tako normativnega sistema $Cn(A)$ kot njegove aksiomatične baze, tj. zapovedne množice A .

Prav kakor v primeru obveznosti lahko z izraznim pojmovanjem pravil razlikujemo tudi med izpeljanimi in izrecnimi prepovedmi, in sicer se nam *izpeljana prepovedane* propozicijske vsebine pokažejo zgolj v množici $Cn(A)$, medtem ko se nam *izrecno prepovedane* propozicijske vsebine pokažejo tako v aksiomatični bazi A kot v normativnem sistemu $Cn(A)$:

Def. 5 *Prepovedanost (P):*

$\forall p (PA(p) \ll -p \in Cn(A))$

Za vsak p velja »v A je p prepovedano«, če in samo če je $ne-p$ član množice $Cn(A)$.

Def. 6 *Izrecna prepovedanost (P):*

$\forall p (PA(p) \ll -p \in A)$

Za vsak p velja »v A je p izrecno prepovedano«, če in samo če je $ne-p$ član množice A .

Def. 7 *Izpeljana prepovedanost (P):*

$\forall p (PA(P) \ll -p \in Cn(A) \wedge -p \in A)$

Za vsak p velja »v A je p izpeljana prepoved«, če in samo če je $ne-p$ član množice $Cn(A)$, ne pa tudi njene podmnožice A .

Neko ravnanje ali dejansko stanje p je dovoljeno v A , če in samo če negacija p (kratko, $ne-p$) ni bila izrecno zapovedana in ni izpeljana prepoved, tj. posledica propozicijskih vsebin, ki so bile zapovedane. In spet v jeziku množic: p je dovoljeno v A , če in samo če »negacija p ($ne-p$) ni član [normativnega] sistema $Cn(A)$ «.⁹ Tu je še formula:

Def. 8 *Dovoljenost (D):*

$\forall p (DA(P) \ll -p \in Cn(A))$

Za vsak p velja »v A je p dovoljeno«, če in samo če $ne-p$ ni član množice $Cn(A)$.

8 Alchourrón in Bulygin (1981: 392).

9 Alchourrón in Bulygin (1981: 392).

To drži tako za šibko ali negativno dovoljenost kot za močno ali pozitivno dovoljenost (saj so zadostni pogoji za prvo potrebni pogoji za drugo). Vendar nam povedano še ne omogoča, da bi ju lahko razlikovali. Postavi se vprašanje, kako ob izraznem pojmovanju Alchourróna in Bulygina (1981) eno vrsto dovoljenosti ločiti od druge. - Kot bomo videli v nadaljevanju, sta avtorja na to izrecno odgovorila že sama.¹⁰

Recimo, da Rex dovoli p z besedami: »S tem dovoljujem p !« Po izraznem pojmovanju pravil je to govorno dejanje mogoče razčleniti na (vsaj) dva načina.¹¹ Lahko ga opišemo bodisi kot (*a*) dejanje zavrnitve ne- p ali pa kot (*b*) dejanje dovoljitve p . Prvi način bom tu poimenoval ockhamovska redukcija, drugega pa Moritzevo branje.¹² Propozicij, ki opisujejo tako zavrnjene ali dovoljene vsebine, v nobenem primeru ne moremo postaviti v zapovedno množico A , in to iz dveh očitnih razlogov:¹³ (i) po eni strani ne bi mogli razlikovati med dovoljenimi ravnanji in dejanskimi stanji na eni ter obveznimi ali prepovedanimi ravnanji in dejanskimi stanji na drugi strani, če bi propozicije, ki jih opisujejo, postavili v isto množico; (ii) s tem bi v normativni sistem obenem vnesli protislovne propozicije.

Da bi se tema težavama izognila, sta Alchourrón in Bulygin (1981) predlagala oblikovanje ločenih množic: za prvi primer *derogandum* ali zavrnilno množico Z , za drugega pa dovolilno množico D .¹⁴

Če ob izraznem pojmovanju pravil priznamo obstoj posebnega dovoljitvenega dejanja - kar stori npr. Moritz (1963) -, potem lahko razlikujemo med *močno dovoljenimi* in *šibko dovoljenimi* ravnanji ali dejanskimi stanji po tem, da so le propozicije, ki opisujejo prva, člani dovolilne množice D :

Def. 9 *Močna dovoljenost* (D):

$\forall p (DA(p) \ll p \in D)$

Za vsak p velja »v A je p močno dovoljeno«, če in samo če je p član dovolilne množice D .

10 Alchourrón in Bulygin (1981: 393 ss in 406 ss).

11 Alchourrón in Bulygin (1981: 406).

12 Moritz (1963) je ob izraznem pojmovanju pravil prvi izrecno priznaval obstoj dovoljitvenega dejanja kot posebnega normativnega govornega dejanja, ki je po svoji naravi drugačno od zapovednega dejanja. Posledično je priznaval tudi dva tipa pravil: imperativna pravila (ta vzpostavljajo obveznosti in prepovedi) ter dovolilna pravila (ki vzpostavljajo pristojnosti in dovoljenost). Ockhamovo ime, na drugi strani, tu uporabljam zaradi načela parsimonije, ki naj bi bilo v znanosti vodilo pri reševanju težav (znano pa je tudi pod imenom Ockhamova britev).

13 Za dejanje zavrnitve glej Alchourrón in Bulygin (1981: 394). Za dejanje dovoljitve pa Alchourrón in Bulygin (1981: 408).

14 Alchourrón in Bulygin (1981: 398 in 408).

Def. 10 Šibka dovoljenost (D):

$$\forall p (DA(P) \leftrightarrow \neg p \wedge \exists Cn(A) A p \wedge \exists D)$$

Za vsak p velja »v A je p šibko dovoljeno«, če in samo če $\neg p$ ni član množice $Cn(A)$, p pa ni član dovolilne množice D .

Po drugem (ockhamovskem) branju Rexove izjave »S tem dovoljujem p !« lahko ob izraznem pojmovanju pravil razlikujemo med *pozitivno dovoljenimi* in *negativno dovoljenimi* ravnanji ali dejanskimi stanji po tem, da se le negacije prvih pokažejo v množici izrecno zavrnjenih propozicijskih vsebin Z :

Def. 11 Pozitivna dovoljenost (+D):

$$\forall p (+DA(P) \leftrightarrow \neg p \in Z)$$

Za vsak p velja »v A je p pozitivno dovoljeno«, če in samo če je $\neg p$ član zavrnilne množice Z .

Def. 12 Negativna dovoljenost (-D):

$$\forall p (-DA(P) \leftrightarrow \neg p \in Cn(A) \wedge \neg p \in Z)$$

Za vsak p velja »v A je p negativno dovoljeno«, če in samo če $\neg p$ ni član niti množice $Cn(A)$ niti zavrnilne množice Z .

Iz povedanega izhaja, da imamo ob izraznem pojmovanju pravil na voljo vse temeljne razločke (med izrecnimi in izpeljanimi obveznostmi, izrecno in izpeljano prepovedanimi ter močno in šibko dovoljenimi ravnanji ali dejanskimi stanji). Q. E. D.¹⁵

3 FAKULTATIVNOST BREZ PROTISLOVJA V SISTEMU

Z uporabo ločenih množic (zapovedne množice A na eni strani ter dovolilne množice D in/ali zavrnilne množice Z na drugi) se izognemo uvedbi protislovij v sistem v primeru fakultativnih dejanj ali dejanskih stanj. To je mogoče dokazati z odgovorom na vprašanje, kakšne učinke ima zavrnitveno dejanje na normativni sistem $Cn(A)$ ¹⁶ in, podredno,¹⁷ kaj se zgodi s propozicijsko vsebino p , če ta opisuje ravnanje ali dejansko stanje, ki je bilo predmet dovolitve? - Poigrajmo se z dvema primeroma (§ 3.1 in § 3.2).

3.1. Recimo, da Rex izjavi »S tem ti dovoljujem kaditi!« in da p pomeni <ti, kaditi>. To Rexovo dejanje lahko opišemo kot dejanje zavrnitve $\neg p$. (S tem smo izvedli ockhamovsko redukcijo.) Če $\neg p$ ni član normativnega sistema $Cn(A)$ (kajenje ni bilo izrecno prepovedano in prepovedanost kajenja tudi ni

¹⁵ Lat. *Quod erat demonstrandum*. (Slov. Kar je bilo treba dokazati.)

¹⁶ Alchourrón in Bulygin (1981: 399).

¹⁷ Alchourrón in Bulygin (1981: 407).

posledica drugih zapovedi), potem ostane $Cn(A)$ nespremenjen. In če bi bilo *ne-p* kasneje zapovedano ali pa bi bilo posledica katere od bodočih zapovedi, potem bi prišlo do 'konflikta ambivalence' med $Cn(A)$ in Z ,¹⁸ ki je ena od oblik tega, kar bi sam poimenoval stanje nezdružljivosti:

Def. 13 $\exists x (x \in Cn(A) \wedge x \in Z)$

Obstaja vsaj en x , za katerega velja, da je x član množice $Cn(A)$ in množice Z .

Def. 14 $Cn(A) \cap Z = \{ x \mid x \in Cn(A) \wedge x \in Z \} \neq \{ \emptyset \}$

Presek $Cn(A)$ in Z ni prazna množica.

Def. 15 $Cn(A) \setminus Z = \{ x \mid x \in Cn(A) \wedge x \notin Z \} \neq Cn(A)$

Razlika med $Cn(A)$ in Z - tj. množica vseh tistih članov $Cn(A)$, ki niso člani Z - ni enaka $Cn(A)$.

Če želimo imeti normativni sistem, s katerim je mogoče učinkovito usmerjati ravnanja, potem moramo takšen konflikt razrešiti z uporabo katerega od prednostnih pravil¹⁹ tako kot v primeru, da je propozicija, ki opisuje izrecno zavrnjeno ravnanje ali dejansko stanje, že član normativnega sistema $Cn(A)$.

Če je propozicija *ne-p*, ki opisuje izrecno zavrnjeno ravnanje ali dejansko stanje, član normativnega sistema $Cn(A)$ - če je bilo kaditi torej prepovedano izrecno ali kot posledica drugih, izrecno zapovedanih ravnanj ali dejanskih stanj, preden je Rex izjavil »S tem ti dovolim kaditi!« -, potem smo priča konfliktu ambivalence, za razrešitev katerega bo treba uporabiti neko prednostno pravilo. Če se konflikt razreši v prid zavrnitve, potem moramo propozicijo *ne-p* izločiti tako iz zapovedne množice A kakor tudi iz normativnega sistema $Cn(A)$. Obe omenjeni množici se zmanjšata, propozicija $O_A(-p)$ pa postane neresnična. Če je, nasprotno, konflikt razrešen v prid prepovedi, je treba propozicijo *ne-p* izločiti iz zavrnitvene množice Z .

Po drugem (Moritzevem) branju izjave »S tem ti dovolim kaditi!« lahko to Rexovo izjavo opišemo kot dejanje dovolitve. Propozicija p , ki opisuje izrecno dovoljeno ravnanje ali dejansko stanje, bo s tem dodana dovolilni množici D , zaradi česar bomo priča drugi obliki konflikta nezdružljivosti - med $Cn(A)$ in D - ki je nekoliko drugačna od konflikta ambivalence (tj. med $Cn(A)$ in Z):

Def. 16 $\exists x (x \in Cn(A) \wedge x \in D)$

Obstaja vsaj en x , za katerega velja, da je x član množice $Cn(A)$, *ne-x* pa je član množice D .

18 Glej Alchourrón in Bulygin (1981: 396 in 399).

19 Alchourrón in Bulygin (1981: 397).

Def. 17 $C_n(A) \cap \{x \mid \neg x \in D\} = \{x \mid x \in C_n(A) \wedge \neg x \in D\} * \{0\}$

Presek $C_n(A)$ in negativne množice vseh članov množice D ni prazna množica

Def. 18 $\{x \mid x \in C_n(A) \wedge \neg a \in D\} * C_n(A)$

Množica vseh tistih članov množice $C_n(A)$, katerih negacije niso člani množice D , ni enaka množici $C_n(A)$.

Da bi tak konflikt razrešili, nas Alchourrón in Bulygin (1981) povabita k uporabi prednostnih pravil in bodisi izločitvi propozicije p iz dovolilne množice D - če naj ima prednost prepoved - bodisi izločitvi negacije p iz množic A in $C_n(A)$, če je prednost dana dovolitvi.²⁰ V tem smislu dovolitev ravnanja ali dejanskega stanja p vodi do enake operacije kot zavrnitev ravnanja ali dejanskega stanja $\neg p$.

3.2. Recimo, da Rex izjavi tudi: »S tem ti dovolim, da ne kadiš!« To pomeni, da imamo dve oblastni izjavi: »S tem ti dovolim kaditi!« in »S tem ti dovolim, da ne kadiš!« Sledeč Weinbergerju (1985) nekateri opozarjajo, da se nam zato v izrazno pojmovanem normativnem sistemu $C_n(A)$ porodi protislovje.²¹ A če sledimo Alchourrónu in Bulyginu (1981), je takšna bojazen odveč.

Zaradi Rexove druge oblastne izjave bomo po izraznem pojmovanju Alchourróna in Bulygina (1981) dodali p v zavrnilno množico Z ali pa $\neg p$ v dovolilno množico D . V prvem primeru bomo imeli v zavrnilni množici Z tako $\neg p$ (zaradi Rexovega prvega predpisnega dejanja) kot p (zaradi Rexovega drugega predpisnega dejanja); vendar pa niti p niti $\neg p$ ne bosta del normativnega sistema $C_n(A)$. V drugem primeru bo dovolilna množica D vsebovala oba člana: p in $\neg p$. A tudi tokrat nobeden od teh dveh članov ne bo del normativnega sistema $C_n(A)$. V nobenem primeru torej samo dejstvo, da je Rex v svojem kraljestvu dovolil tako kaditi kot tudi ne kaditi, ne porodi nikakršnega protislovja v izraznem opisu normativnega sistema $C_n(A)$.²² Q. E. D.

Kdo bi morda menil, da moj odgovor ni zadovoljiv, saj imamo namreč zdaj tako p kot $\neg p$ v zavrnilni množici Z . Redondo in Navarro (1990a) sta pred več kot dvajsetimi leti prav to navedla kot nekaj problematičnega. Njun argument je (z drugimi besedami) takle:²³ Iz p in $\neg p$ sledi karkoli, to pa pomeni, da je množica vseh logičnih posledic množice Z , recimo ji $C_n(Z)$, vseobsegajoča. Zaradi tega bi bilo treba iz zapovedne množice A in normativnega sistema $C_n(A)$ izločiti prav vse člane. S tem pa bi na nam ostali prazni množici A in $C_n(A)$, kar je kontraintuitivno in tudi sicer skrajno problematično.

20 Alchourrón in Bulygin (1981: 408).

21 Glej Weinberger (1985: 173 s). Nedavno tudi Calzetta in Sardo (2014, § 2.1.1).

22 Sledeč Alchourrónu in Bulyginu (1981: 391) smo normativni sistem opredelili kot $C_n(A)$ zgoraj v razdelku 2.

23 Glej Redondo in Navarro (1990a: 251 in 254).

Ta sklep ni brez smisla. Vendar gre po mojem mnenju povsem predaleč. Če sprejmemo izrazno pojmovanje Alchourróna in Bulygina (1981), ni prav nobene potrebe, da bi uporabljali množico vseh logičnih posledic zavrnilne množice Z , tj. $C_n(Z)$. Da bi namreč vedeli, kaj je treba izločiti iz množic A in $C_n(A)$, moramo ugotoviti, katere so tiste »propozicije in množice propozicij, ki predpostavljajo katero od propozicij iz [množice Z]«. ²⁴ Z drugimi besedami: potrebujemo le tiste propozicije in tiste množice, katerih logična posledica so člani množice Z , ne pa obratno. ²⁵ Problem, ki ga nekateri vidijo v izraznem pojmovanju pravil, torej ne obstaja.

Domnevam, da bo kdo težko sprejel trditev, da ob Izraznem pojmovanju pravil *na splošno* ni nobene potrebe, da bi operirali z množico $C_n(Z)$ ali $C_n(D)$. Vendar ne poznam nobenega zanimivega izziva. In dokler ga kak kritik ne ponudi, je k povedanemu težko še kaj dodati.

Zamisliti bi si morali dve zavrnitvi ali dve dovolitvi, ki po zakonih logičnega sklepanja porodita tretjo. A primeri, ki jih imajo skeptiki navadno na jeziku, temu pogoju ne ustrezajo. (Sklepam, da zato, ker so preveč pod vplivom stvarnega pojmovanja.) ²⁶ Recimo, da sta v Rexovem kraljestvu v veljavi dve pravili:

(R₁) »Če je dovoljeno p -ti, potem je dovoljeno y -ti.«

(R₂) »Dovoljeno je p -ti.«

Ti dve pravili porodita:

(R₃) Dovoljeno je y -ti.

Vendar pa bi po izraznem pojmovanju - drugače kot po tvarnem - pravilo R₁ pomenilo zapoved, ne dovolitve. Propozicijska vsebina pravila R₁ (to bomo ustrezno opredeliti kasneje, za trenutne namene pa recimo, da je takšna: če p , potem q) se nam bo torej pokazala v aksiomatični bazi A . ²⁷ Propozicijska vsebina pravila R₂ (tj. p) se bo pokazala v dovolilni množici D (ali pa se bo, po ockhamovskem branju, njena negacija pokazala v zavrnilni množici Z). Uvrstitev propozicijske vsebine q v množico D (ali propozicijske vsebine $ne-q$ v množico Z) tako ni logična posledica dveh članov množice D (oz. množice Z). Nasprotno, gre za logično posledico enega člana množice A in enega člana množice D (ali Z). Ta primer zato ne more utemeljiti domnevno nujne uporabe množice $C_n(D)$ ali $C_n(Z)$ pri oblikovanju razlage, zakaj imamo q v množici D (oz. $ne-q$ v Z).

²⁴ Alchourrón in Bulygin (1981: 399).

²⁵ Glej že Alchourrón in Bulygin (1979: 91-92).

²⁶ Glej vsaj Alchourrón in Bulygin (1979: pogl. 8), kjer so formalne ponazoritve pogojnih pravil kljub izraznemu pojmovanju povsem jasno postavljene v tvarni ključ: Če p , potem [zapovednao] q . S tem problemom se bomo soočili kasneje v razdelku 5.

²⁷ Za namene tega razdelka ne potrebujemo podrobnejše ponazoritve propozicijske vsebine pogojnih pravil. Kot že rečeno, pa se bomo k temu vprašanju kasneje vrnili.

Na tej točki moram opozoriti, da je govor o uvrstitvi ali izločitvi neke propozicijske vsebine v množico oz. iz nje gola prispodoba. Če neke propozicijske vsebine v dani množici ni, nikoli ne postane njen del. In če je neka propozicijska vsebina že član dane množice, iz nje nikoli ne izpade.²⁸ To, kar se dejansko zgodi, je izvršitev nekega (normativnega) govornega dejanja (zapovedi, zavrnitve; če želite, tudi dovolitve). To je empirično dejstvo. Ob vsakem nastopu novega dejstva lahko z množicami na novo opišemo svet. Sčasoma tako dobimo zaporedje množic $(A_1, A_2, \dots, A_n; C_n(A_1), C_n(A_2), \dots, C_n(A_n); Z_1, Z_2, \dots, Z_n; D_1, D_2, \dots, D_n)$. Po tem predlogu Alchourróna in Bulygina (1981) lahko vsako zaporedno množico A , Z ali D opredelimo tako, da se navežemo na (a) predhodno množico iste vrste *in pa* (b) propozicijsko vsebino, ki je predmet novega govornega dejanja. Če označimo s '!', 'j' in '*' vrsto izvršenega normativnega govornega dejanja (zapoved, zavrnitev ali dovolitev), s 'p' pa njegovo propozicijsko vsebino, potem lahko ponazorimo, kot sledi, tri (dodatne) aksiome izrazne teorije pravil, ki jih avtorja nista izrecno formulirala:

Aksiom 1 $\forall p ((!p * (A_n = \{ p \} \cup A_{n-1}) \wedge A (Z_n = Z_{n-1}) \wedge A (D_n = D_{n-1}))$

Za vsak p velja, da če je bil p ravno zapovedan, potem novo množico A_n tvorijo p in vsi člani predhodne množice A_{n-1} , medtem ko sta novi množici Z_n in D_n enaki predhodnima množicama Z_{n-1} in D_{n-1} .

Aksiom 2 $\forall p ((j p * (Z_n = \{ p \} \cup Z_{n-1}) \wedge A (A_n = A_{n-1}) \wedge A (D_n = D_{n-1}))$

Za vsak p velja, da če je bil p ravno zavrnjen, potem novo množico Z_n tvorijo p in vsi člani predhodne množice Z_{n-1} , medtem ko sta novi množici A_n in D_n enaki predhodnima množicama A_{n-1} in D_{n-1} .

Aksiom 3 $\forall p ((*p * (D_n = \{ p \} \cup D_{n-1}) \wedge A (A_n = A_{n-1}) \wedge A (Z_n = Z_{n-1}))$

Za vsak p velja, da če je bil p ravno dovoljen, potem novo množico D_n tvorijo p in vsi člani predhodne množice D_{n-1} , medtem ko sta novi množici A_n in Z_n enaki predhodnima množicama A_{n-1} in Z_{n-1} .

Normativni sistem $C_n(A_n)$ je ob tem množica vseh logičnih posledic A_n - prav kakor sta ga izrecno opredelila Alchourrón in Bulygin.²⁹

4 PROPOZICIJSKA VSEBINA PRAVIL O PRAVILIH

Prednostna pravila lahko obravnavamo kot metapravila. Vprašanje pa je, kako ob izraznem pojmovanju ponazoriti njihovo propozicijsko vsebino, ne da bi kazalnik ilokucijske (normativne) moči predmetnega pravila semantizirali, tj. ne da bi ga predstavili kot del pomenske vsebine metapravila (*cf.* Weinberger

²⁸ Glej Alchourrón in Bulygin (1981: 395).

²⁹ Glej definicijo 1 v razdelku 2. Glej tudi Alchourrón in Bulygin (1981: 391), pred tem pa mdr. Wolenski (1972).

1985: 175; Calzetta in Sardo 2014: § 2.2). - Elegantna rešitev je ponazoritev propozicijske vsebine metapravila s pomočjo množic, ki vsebujejo (izrecne ali izpeljane) propozicijske vsebine predmetnih pravil, namesto da bi to storili s samimi predmetnimi pravili (ki so, kot smo videli, izrazi ali govorna dejanja). Te množice so zapovedna množica A_n , zavrnilna množica Z_n , dovolilna množica D_n in normativni sistem $C_n(A_n)$.

Propozicijsko vsebino, recimo w , prednostnega pravila (! w), ki ga poznamo pod imenom *lex posterior priori derogat*,³⁰ je tako mogoče ponazoriti (glej def. 19) kot priredje pogojnikov, v skladu s katerim zaporedne množice ne vsebujejo tistih propozicijskih vsebin starejših predpisnih stavkov (ali njihovih posledic), ki skupaj z novejšimi porajajo katerega od konfliktov.³¹

Def. 19 Propozicijska vsebina *lex posterior* (w):

$$\begin{aligned} & \forall x [(x \text{ i } Z_{n-1} \text{ A } x \text{ e } Z_n) \vee (-x \text{ i } D_{n-1} \text{ A } -x \text{ e } D_n) \text{ A } (x \text{ G } C_n(A_{n-1}) \text{ A } x \text{ G } \\ & C_n(A_n)) \wedge (Z_{n+1} = Z_n) \vee (D_{n+1} = D_n) \text{ A } (C_n(A_{n+1}) = C_n(A_n) \setminus \{x\}) \text{ A } (A_{n+1} \\ & = A_n \setminus \{x\})] \text{ A } [(x \text{ G } Z_{n-1} \text{ A } x \text{ G } Z_n) \vee (-x \text{ G } D_{n-1} \text{ A } -x \text{ G } D_n) \text{ A } (x \text{ i } C_n(A_{n-1}) \\ & \text{ A } x \text{ G } C_n(A_n)) * (Z_{n+1} = (Z_n \setminus \{x\})) \vee (D_{n+1} = (D_n \setminus \{-x\})) \text{ A } (C_n(A_{n+1}) = \\ & C_n(A_n) \text{ A } (A_{n+1} = A_n))] \text{ A } [(x \text{ i } C_n(A_{n-1}) \text{ A } x \text{ G } C_n(A_n)) \text{ A } (-x \text{ G } C_n(A_{n-1}) \\ & \text{ A } -x \text{ G } C_n(A_n)) \wedge (C_n(A_{n+1}) = (C_n(A_n) \setminus \{-x\})) \text{ A } (A_{n+1} = (A_n \setminus \{-x\}))] \\ & \text{ A } [((x \text{ G } C_n(A_{n-1}) \text{ A } x \text{ G } C_n(A_n)) \text{ A } (-x \text{ i } C_n(A_{n-1}) \text{ A } (-x \text{ G } C_n(A_n)) \wedge \\ & (C_n(A_{n+1}) = (C_n(A_n) \setminus \{x\})) \text{ A } (A_{n+1} = (A_n \setminus \{x\}))] \end{aligned}$$

Za vsak x velja, da če je bil x ravno zavrnjen (ali ne- x ravno dovoljen), medtem ko je bil član normativnega sistema $C_n(A)$, potem sta novi množici A in $C_n(A)$ sestavljeni iz vseh članov predhodnih množic razen x , nova množica Z (ali nova množica D) pa je enaka predhodni;

- in če je bil x ravno zapovedan, medtem ko je bil član množice Z (ali ne- x član množice D), potem je nova množica Z sestavljena iz vseh članov predhodne množice razen x (oz. je nova množica D sestavljena iz vseh članov sebi predhodne množice, razen ne- x), medtem ko sta novi množici A in $C_n(A)$ enaki sebi predhodnima;
- in če je x postal član normativnega sistema, pri tem pa je tudi ne- x član normativnega sistema, potem sta novi množici A in $C_n(A)$ sestavljeni iz vseh članov svojih predhodnic, razen ne- x ;
- in če je ne- x ravno postal član normativnega sistema, pri tem pa je tudi x član normativnega sistema, potem sta novi množici A in $C_n(A)$ sestavljeni iz vseh članov svojih predhodnic, razen x .

30 Po terminologiji Alchourróna in Bulygina (1981: 397), katerih zastopnik izraznega pojmovanja razlikuje med tako imenovanima *lex posterior* in *auctoritas posterior*, bi to pravilo ustrezalo *lex posterior & auctoritas posterior*. Tu sem se odločil ponuditi enotno formalno ponazoritev zavoljo preprostosti, čeprav bi obe pravili zlahka ločili.

31 Ponazoritev deluje tako za tisto vrsto izraznega pojmovanja pravil, ki priznava obstoj posebnega dejanja dovolitve, kot za drugo, ki tega ne priznava. V zadnjem primeru bo množica D_n preprosto prazna množica.

Ko Rex izjavi $!w$, proposicijska vsebina w postane član zapovedne množice A . Kot bomo videli, je s tem zagotovljena prednost poznejših normativnih dejanj pred zgodnejšimi normativnimi dejanji (ne glede na to, ali gre za zavrnitvena, zapovedna ali celo dovolitvena dejanja - če sprejemate Moritzovo različico izraznega pojmovanja).

Recimo, da ob začetku svoje vladavine Rex podeduje sistem pokojnega očeta kralja, ki je sestavljen iz ene in edine prepovedi ($-p$):

(t1) »Ne dotikaj se kraljeve lastnine!«

Rex si misli: »Enkratno! Tole kraljevanje mi bo prav vseč. Vendar bi rad imel možnost, da pravila tudi spremenim!« - Po posvetu z dvornim juristom se nato odloči sprejeti prednostno pravilo, imenovano *lex posterior* ($!w$):

(t2) »Lex posterior priori derogat!«

Da bi ugotovil, ali stvar deluje, kot si je zamislil, se Rex odloči uvesti komunizem in izjavi $j(-p)$ oziroma $*p$:

(t3) »Dragi bratje, vse, kar je moje, je tudi vaše!«

Ta odločitev pa v resnici ne pomaga niti gospodarstvu niti družbenim odnosom, zato se Rex kmalu odloči za vnovično vzpostavitev režima lastnine *dominium plenum* ($!(-p)$):

(t4) »Ne želi hiše svojega bližnjega! Ne žšli žene svojega bližnjega, ne njegovega hlapca in dekle, ne njegovega vola in osla, ne česarkoli drugega, kar pripada tvojemu bližnjemu!«

Seveda so ti prevodi izrazov govornega jezika v p in $ne-p$ preveliko poenostavljanje. A če je pravilna predlagana formalna ponazoritev proposicijske vsebine w , potem bomo zdaj lahko brez težav pokazali, kar je tu pomembno: prvič, da je zakonodajni ukrep $j(-p)$ v času (t3) izločil $ne-p$ iz normativnega sistema $Cn(A)$, in drugič, da je ukrep $!(-p)$ v času (t4) spet uvedel $ne-p$ v sistem $Cn(A)$.

V času (t1) imamo množice:

(ockhamovsko branje) $A_1 = \{ -p \}, Z_1 = \{ 0 \}$

(Moritzovo branje) $A_1 = \{ -p \}, Z_1 = \{ 0 \}, D_1 = \{ 0 \}$

Naš normativni sistem $Cn(A_1)$ obenem vsebuje vse logične posledice $ne-p$.

Zaradi prve Rexove pravodajne izjave $!w$ v času (t2) dobimo:

(ockhamovsko branje) $A_2 = \{ -p, w \}, Z_2 = \{ 0 \}$

(Moritzovo branje) $A_2 = \{ -p, w \}, Z_2 = \{ 0 \}, D_2 = \{ 0 \}$

in normativni sistem $Cn(A_2)$, ki vsebuje vse logične posledice $ne-p$ in w .

Rexovo drugo izjavo iz časa (t3) lahko ponazorimo kot $j(-p)$ ali pa kot $*p$. Ta zakonodajni ukrep porodi:

$$\begin{array}{ll} \text{(ockhamovsko branje)} & A_3 = \{ -p, w \}, Z_3 = \{ -p \} \\ \text{(Moritzovo branje)} & A_3 = \{ -p, w \}, Z_3 = \{ 0 \}, D_3 = \{ p \} \end{array}$$

in normativni sistem $C_n(A_3)$ z vsemi logičnimi posledicami $ne-p$ in w . Kot vidimo, je p v konfliktu ambivalence,³² saj je presek množic $C_n(A_3)$ in Z_3 oz. množica vseh propozicijskih vsebin, ki pripadajo tako množici $C_n(A_3)$ kot tudi množici Z_3 , enak $\{ -p \}$ in ni prazna množica.

Od tu naprej bom izpuščal ponazoritve, ki namesto članov množice Z vsebujejo člane množice D , saj bi nam ob uspešnem opisu delovanja prednostnih pravil, ne da bi priznali obstoj posebnega normativnega dejanja dovolitve, to prav gotovo moralo uspeti tudi v drugem primeru (tj. v primeru Moritzovega branja). S tem v mislih se zdaj lahko premaknemo še za korak naprej in dokažemo, da prisotnost propozicijske vsebine w v zapovedni množici A dejansko razreši zgoraj omenjeni konflikt.

Zaradi propozicijske vsebine w se konflikt razreši v prid dovoljenosti p , kar porodi te množice:

$$\text{(ockhamovsko branje)} \quad A_4 = \{ w \}, Z_4 = \{ -p \}$$

in normativni sistem $C_n(A_4)$ z vsemi logičnimi posledicami propozicijske vsebine w in brez $ne-p$ oz. njegovih logičnih posledic.

Tu je formalnogični dokaz za $C_n(A_4)$:

$$\begin{array}{ll} \text{Dokaz 1} & (1.) A_2 = \{ -p \} \quad - \text{ Opis dejstev. -} \\ & (2.) A_3 = \{ -p, w \} \quad - \text{ Opis dejstev. -} \\ & (3.) A_i \subset C_n(A_i) \quad - \text{ Definicija 1. -} \\ & (4.) -p \in C_n(A_2) \quad A -p \in C_n(A_3) \quad - 1, 2; \text{ konjunkcija; } 3. - \\ & (5.) Z_2 = \{ 0 \} \quad - \text{ Opis dejstev. -} \\ & (6.) Z_3 = \{ -p \} \quad - \text{ Opis dejstev. -} \\ & (7.) -p \in Z_2 \quad A -p \in Z_3 \quad - 5, 6; \text{ konjunkcija. -} \\ & (8.) \forall x [(x \in Z_{n-1} \wedge A \ x \in Z_n) \vee (-x \in D_{n-1} \wedge A \ -x \in D_n) \wedge (x \in C_n(A_{n-1}) \wedge A \ x \in C_n(A_n)) \wedge (Z_{n+1} = Z_n) \vee (D_{n+1} = D_n) \wedge (C_n(A_{n+1}) = C_n(A_n) \setminus \{ x \}) \wedge (A_{n+1} = A_n \setminus \{ x \})] \wedge [(x \in Z_{n-1} \wedge A \ x \in Z_n) \vee (-x \in D_{n-1} \wedge A \ -x \in D_n) \wedge (x \in C_n(A_{n-1}) \wedge A \ x \in C_n(A_n)) \wedge (Z_{n+1} = (Z_n \setminus \{ x \})) \vee (D_{n+1} = (D_n \setminus \{ -x \})) \wedge (C_n(A_{n+1}) = C_n(A_n)) \wedge (A_{n+1} = A_n)] \wedge [(x \in C_n(A_{n-1}) \wedge A \ x \in C_n(A_n)) \wedge (A_{n+1} = A_n)] \end{array}$$

32 Konflikt ambivalence ($C_n(A)$, Z) imamo takrat, kadar za vsaj en x velja, da je x element množice $C_n(A)$, ne pa tudi element množice Z . Presek množic $C_n(A)$ in Z zato ni prazna množica. Glej definiciji 13 in 14 v razdelku 3.1.

$(-x \in \text{Cn}(A_{n-x}) \wedge A \wedge -x \in \text{Cn}(A_n)) \wedge (\text{Cn}(A_{n+0}) = (\text{Cn}(A_n) \setminus \{-x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{-x\}))) \wedge A \wedge [((x \in \text{Cn}(A_{n-i}) \wedge x \in \text{Cn}(A_n)) \wedge (-x \in \text{Cn}(A_{n-i}) \wedge (-x \in \text{Cn}(A_n)) \wedge (\text{Cn}(A_{n+1}) = (\text{Cn}(A_n) \setminus \{x\}) \wedge (A_{n+1} = (A_n \setminus \{x\}))) \wedge A] \quad - 2;$
 zamenjava w z njegovo definicijo 19. -

(9.) $(-p \in Z_2 \wedge A \wedge -p \in Z_3) \wedge A \wedge (-p \in \text{Cn}(A_2) \wedge -p \in \text{Cn}(A_3)) \wedge (\text{Cn}(A_4) = (\text{Cn}(A_3) \setminus \{-p\})) \quad - 8;$ poenostavitev, določitev indeksa n in spremenljivke x ($n = 3; x = -p$). -

$\therefore \text{Cn}(A_4) = (\text{Cn}(A_3) \setminus \{-p\}) \quad - 9, 7, 4; \text{modus ponens.}$

Formalna dokaza za A_4 in Z_4 ponavljata dokaz za $\text{Cn}(A_4)$ od 1. do 8. koraka; izpuščam pa očitni 9. korak, ki nas po *modus ponens* pripelje do sklepa ($Z_4 = Z_3 = \{-p\}$, in $A_4 = (A_3 \setminus \{-p\}) = \{w\}$). Argument za Moritzovo branje ($A_4 = \{w\}$, $Z_4 = \{0\}$, $D_4 = \{p\}$) je zelo podoben in prav tako enostaven.

Kot vidimo, ima prisotnost w v zapovedni množici A pričakovani učinek: kot kasnejšemu normativnemu dejanju namreč Rexovemu drugemu pravilu iz časa (t_3) zagotovi prednost pred starejšim pravilom očeta kralja iz časa (t_1). Tu bi šli lahko še korak naprej in dokazali, da w zagotovi pričakovani učinek tudi v primeru Rexovega kasnejšega zakonodajnega ukrepa iz časa (t_4), vendar se mi to ne zdi več nujno potrebno - saj zdaj lahko dokaz izpelje tudi vsak sam, z uporabo bolj ali manj podobnega argumenta, kot smo ga uporabili zgoraj. Izkazalo bi se, da izjava $ne-p$ v času (t_4) porodi konflikt ambivalence; ta konflikt pa je potem razrešen na podlagi *lex posterior* (w) - (tokrat) v prid prepovedi $ne-p$, tako da dobimo:

(ockhamovsko branje) $A_6 = \{w, -p\}, Z_6 = \{0\}$

in normativni sistem $\text{Cn}(A_6)$ z vsemi logičnimi posledicami w in $ne-p$.

Lahko torej sklenemo, da je z izraznim pojmovanjem pravil prav mogoče opisati delovanje *lex posterior*, ne da bi semantizirali kazalnik (normative) moči predmetnih pravil. Q. E. D.

V komentarju na predzadnji osnutek tega članka sta Žarnić in Bašić (2014: § 2.2) pokazala, da definicija 19, s katero sem opredelil *lex posterior*, deluje le na precej omejenem številu posebnih primerov (kakršen je tudi ta, ki sem ga uporabil sam), kjer je začetna množica pravil neodvisna, tj. kjer noben član množice ni impliciran v katerem drugem članu iste množice. Temu z veseljem pritrdim, s čimer priznam svojo napako. (Alchourrón in Bulygin sama sta bila pri razlagi posledic dejanja zavrnitve bolj natančna od mene - kar se vidi tudi iz zgornjega navedka, ki je pospremljen z opombo 24.) - Če je bil x ravno zavrnjen (ali $ne-x$ ravno dovoljen), medtem ko je bil član normativnega sistema $\text{Cn}(A)$, potem operacija derogacije porodi več novih množic A in $\text{Cn}(A)$, ki so - drugače od tega, kar piše v definiciji 19 - takšne maksimalne podmnožice prejšnjih dveh,

ki ne implicirajo x . To pomeni, da »je operacija derogacije subdeterminirana«, saj bomo imeli tako za množico A kot za množico $C_n(A)$ »navadno več kot eno takšno maksimalno podmnožico«, katere člani ne implicirajo x . V takšnih primerih bo tisti, ki pravila uporablja (npr. sodnik), primoran med temi množicami izbrati eno samo, s tem pa prevzeti vlogo pravodajalca. Ponazoritev omenjene operacije zato »terja dodatni operator izbire y « ene same podmnožice med več ustreznimi podmnožicami, ki so na voljo.³³ A ker točna propozicijska vsebina *lex posterior* sama po sebi ni predmet tega prispevka, tu definicije 19 ne bom popravljaj, kot bi bilo potrebno, ampak bom to pustil za kakšno kasnejšo priložnost (ali prepustil zagnanemu bralcu tukaj in zdaj).

Zavoljo jasnosti pa tudi dolžine sem ves čas predpostavljaj, da je v Rexovem kraljestvu *lex posterior* edino prednostno pravilo. Kljub temu pa sem dolžan vsaj namig, kako izrazno ponazoriti prednostno pravilo *lex superior derogat inferiori* (!s):³⁴ predpostaviti gre, da zapovedane in zavrnjene (ali dovoljene) propozicijske vsebine tvorijo različne podmnožice množic A in Z (ali D) - npr. A_a, A_b, A_c itd., glede na hierarhično raven (a, b, c itd.) oblastnega organa, ki je izvršil predmetno predpisno dejanje. Z uporabo teh podmnožic bi bilo mogoče brez večjih težav izraziti propozicijsko vsebino s za *lex superior* (!s).

Po vsem tem se končno lahko posvetimo tudi zadnjemu izzivu.

5 DOVOLILNA ZAPORA IN DRUGA POGOJNA PRAVILA

Preden članek sklenem z izrazno ponazoritvijo pogojnih pravil (§ 5.2), se bomo lotili problema dovolilne zapore (§ 5.1).

5.1. Ob pogostih razpravah je zdaj široko sprejeto stališče,³⁵ da je 'dovolitveno pravilo zapore' - to pravi: »Vse tisto, kar ni prepovedano, je dovoljeno!« - edino zaporno pravilo, ki v normativnem sistemu ne poraja protislovij.³⁶ Calzetta in Sardo (2014) s to trditvijo oporekata ockhamovski različici izraznega pojmovanja, ki zanika obstoj dovolitvenih pravil (tj. dovolitvenih dejanj).³⁷

33 Žarnić in Bašić (2014: § 2.2). Glej tudi Alchourrón in Bulygin (1981: 400).

34 Tretje prednostno pravilo, *lex specialis*, ne poraja skrbi, na katere opozarjajo Weinberger (1985) ter Calzetta in Sardo (2014). Glej tudi Alchourrón in Bulygin (1979: 86).

35 Za razpravo glej vsaj Alchourrón in Bulygin (1971: pogl. 7 z navedenkami).

36 Z eno, praktično nepomembno izjemo normativnega sistema, v katerem je mogoče izpeljati, da p ni fakultativen ($\neg Ip = \neg(Pp \wedge P\neg p)$). »Ker p ni prepovedano, lahko z [dovolitvenim] pravilom zapore izpeljemo, da je dovoljeno p . A ker ni prepovedano niti $\neg p$, lahko izpeljemo, da je dovoljeno tudi $\neg p$. Hkratna dovoljenost p in $\neg p$ pa vendar ni združljiva z $\neg[I]p$, kar pomeni, da je [dovolitveno] pravilo zapore porodilo protislovje.« Alchourrón in Bulygin (1971: 140, op. 4).

37 Glej Calzetta in Sardo (2014: § 2.1.2).

Vendar je trditev neresnična ali pa, v najboljšem primeru, zavajajoča in brez neposredne zveze z našim problemom.

Eno je trditev (a), da normativni sistem zaradi konsistentnosti lahko zapolnimo s pomočjo zapornega pravila zgolj v primeru, da je po tem pravilu dovoljeno vse tisto, kar ni prepovedano. Nekaj povsem drugega pa pomeni trditev (b), da ima lahko zgolj dovolitveno pravilo zapore takšen dovolilni učinek, naravo ali normativno funkcijo. Medtem ko je trditev (a) resnična, vendar nenevarna (tudi po ockhamovski različici izraznega pojmovanja se namreč priznava obstoj dovoljenih ravnanj ali dejanskih stanj),³⁸ je trditev (b) neresnična, saj ima zavrnitev prepovedati p isti dovolilni učinek kot dovolitev p . To lahko tudi preverimo.

Recimo, da se Rex odloči zapreti normativni sistem svojega kraljestva in sprejme naslednje pravilo dovolilne zapore (!c):³⁹

(t5) »Vse tisto, kar ni prepovedano, je dovoljeno!«

Propozicijsko vsebino c , ki s tem postane član množice A , bi lahko formalizirali takole:

Def. 20 Pravilo dovolilne zapore (c):

$$\forall x (\neg X \supset C_n(A_n) \wedge \neg X \in Z_{n+1})$$

Za vsak x velja, da če x ni prepovedan - tj. če $\neg x$ ni član normativnega sistema $C_n(A_n)$ -, potem je $\neg x$ član zavrnilne množice Z_{n+1} .

S takšno vsebino ima !c prav tisti učinek, ki ga od dovolilne zapore pričakujemo. (i) Na zasebne naslovnike pravil nima nobenega (neposrednega) učinka; uvedba takšnega zapornega pravila ne vpliva na deontična oznamovanja posameznikovih ravnanj. (ii) S tem, da pozitivno dovoljuje p , !c odpravlja normativne praznine in torej sodniško diskrecijo v primeru, da ima ta (ob uporabi normativnega sistema, ki izhaja iz množice A) opraviti z ravnanjem ali dejanskim stanjem p . (iii) Ker je uvrstitev propozicijske vsebine $\neg p$ v zavrnilno množico Z pogojna, bodoča dejanja izrecne zavrnitve ne izgubijo svojega pomena, kot bomo kmalu videli, poleg tega (iv) pa jih smejo izvršiti tudi oblastni organi, ki so hierarhično podrejeni oblastnemu organu, ki je sprejelo c .

Če imate kakršenkoli dvom o zgornjih trditvah (iii) in (iv), vas prosim, da potrpate še z zadnjo logično simulacijo. Sicer pa lahko naslednje štiri odstavke tudi preskočite.

38 Alchourrón in Bulygin (1981: 406).

39 Da bi se izognil dvoumnosti izraza »dovolitveno pravilo zapore« - pridevnik »dovolitveno« v njem lahko opredeljuje učinek pravila, njegovo obliko ali oba -, sam izraz uporabljam le v drugem pomenu (nanašajoč se na obliko), medtem ko za prvi pomen (nanašajoč se na učinek) rabim izraz »pravilo dovolilne zapore«.

Za začetek recimo, da aksiomatično bazo A_1 tvorijo ustavna pravila $\{ a, c, s, w \}$ in da $-x \notin \text{Cn}(A_1)$. Iz tega sledi $-x \in Z_2$, in sicer na podlagi (pogojnega) pravila dovolilne zapore !c (to pravi, da če x ni prepovedan v $\text{Cn}(A_n)$, potem je ne- x član Z_{n+1}).⁴⁰ Ob tem velja: $A_1 = A_2$ in $-x \notin \text{Cn}(A_2)$. To pomeni, da je pozitivno dovoljeno x .⁴¹

Zdaj pa si zamislimo dva scenarija. Po prvem scenariju neki mestni svet razglasi b z vsebino $(a \wedge -x)$. Zaradi b sta $A_3 = \{ a, b, c, s, w \}$ in $-x \in \text{Cn}(A_3)$ - kar porodi konflikt ambivalence med $\text{Cn}(A_3)$ in $Z_3 (= Z_2)$. Na podlagi *lex posterior* (w)⁴² se konflikt razreši tako, da $Z_4 = (Z_3 \setminus -x)$, medtem ko je $A_4 = A_3$ in $-x \in \text{Cn}(A_4)$. Z drugimi besedami: x postane prepovedan zaradi določila mestnega sveta !b, čeprav je do tedaj pozitivno dovoljen na podlagi pogojnega (ustavnega) pravila o dovolilni zapori !c. Posebne pozornosti je vredno tudi to, da pri razrešitvi konflikta med pravili *lex superior* (s) ni odigral nobene vloge.

Poglejmo zdaj še drugi scenarij! Po njem zakonodajalec (nepogojno) zavrne ne- x , preden mestni svet razglasi b . Posledično velja: $-x \in Z_3$. Medtem pa so $A_3 = A_2 = A_1$ in $-x \notin \text{Cn}(A_3)$. Tudi to pomeni, da je x pozitivno dovoljen. Vendar so v tem primeru posledice določila b , ki ga kasneje izda mestni svet, precej drugačne. Konflikt ambivalence se zdaj razreši na podlagi *lex superior* (s), in ne na podlagi *lex posterior* (w). Prednost se da zavrnitvi ne- x . Zaradi tega x ni prepovedan, ampak ostane pozitivno dovoljen.

Zgornji simulaciji pokažeta: (iii) da ob pravilu dovolilne zapore c s predlagano propozicijsko vsebino bodoča dejanja izrecne zavrnitve ne izgubijo svojega pomena, kot je v resnici ne izgubijo niti v pravnih sistemih z dovolilno zaporo, in (iv) da bodoča dejanja izrecne zavrnitve lahko izvršijo tudi oblastni organi, hierarhično podrejeni tistemu, ki je izdal zaporno pravilo c .

Tu ni prostora za razpravo o štirih značilnostih dovolilne zapore, ki smo jih pravkar opisali. Bistvo je drugje. Pokazali smo, da je mogoče zagotoviti dovolilni učinek zapornega pravila, po katerem je dovoljeno vse tisto, kar ni prepovedano, tudi če ne priznamo obstoja posebnega ilokucijskega (normativnega) dejanja dovolitve. Q. E. D.

5.2. Ob vsem povedanem se končno izkaže, da imamo v ockhamovski različici izraznega pojmovanja že vsa potrebna orodja za obravnavo pogojnih pravil, vključno s tem:⁴³

(R4) »Če in samo če dežuje, ne smeš iz hiše!«

40 Glej definicijo 20 v tem razdelku.

41 Za vsak p velja »v A je pozitivno dovoljeno p «, če in samo če je ne- p član zavrnilne množice Z . Glej definicijo 11 v razdelku 2.

42 Glej definicijo 19 v razdelku 4.

43 Primer je vzet iz Alchourrón in Bulygin (1979: pogl. 8).

Medtem ko bi po tvrnem pojmovanju pravil ponazorili R_4 kot pogojni imperativ, si bomo morali po izraznem pojmovanju pomagati še z eno vrsto množic - recimo ji F ali množica pomembnih dejstev in ravnanj, ki tvorijo dejansko stanje, na katero se pravilo nanaša -, da bi R_4 ponazorili kot imperativni pogojnik ali, natančneje, zapoved naslovnikom, da zagotovijo resničnost pogojne propozicije:

(R_i v tvrnem zapisu)	$p \ll O-r$
(R_i v izraznem zapisu)	$!((p \in F_n) \ll (-r \in A_{n+1}))$

pri čemer p pomeni <dež>, r pa <iti iz hiše>.

Iz različnih razlogov (med katerimi je tudi osebni znanstveni okus) bi dal lahko kdo prednost tako prvemu kot drugemu pojmovanju. Če je merilo instrumentalna moč, pa moramo priznati, da ima izrazni zapis prav vse pričakovane učinke R_4 . Če dežuje (p), potem ti je izrecno prepovedano iti iz hiše. Če ne dežuje ($ne-p$), ti je izhod negativno dovoljen (in ni obvezen).⁴⁴ To zlahka preverimo s pomočjo definicij izrecne prepovedanosti (def. 6) in negativne dovoljenosti (def. 12).⁴⁵

Z veljavnostjo pravila R_4 postane njegova propozicijska vsebina član aksiomatične baze A_n . Zaradi enostavnosti predpostavimo, da je to edino pravilo v Rexovem kraljestvu in da je Z_n prazna množica, $C_n(A_n)$ pa tvorijo vse logične posledice R_4 . Če ne dežuje, ti bo torej izhod iz hiše (r) negativno dovoljen,⁴⁶ saj Z_n ostaja prazna množica, $C_n(A_n)$ pa ne vsebuje neizhoda iz hiše ($-r$). Po drugi strani ti bo, če dežuje, izhod iz hiše izrecno prepovedan,⁴⁷ saj bo $-r$ član A_{n+1} .

S tem je mogoče ovreči očitek, ki ga je izraznemu pojmovanju pravil namenil Weinberger (1985 in 1986), končno pa sta se mu uklonila tudi Alchourrón in Bulygin (1991): tj. da ni mogoče ponuditi zadovoljive izrazne ponazoritve pogojnih pravil.⁴⁸

Če ob izraznem pojmovanju pravil uporabimo (i) zaporedja (ii) ločenih vrst množic (vključno s F kot množico pomembnih dejstev in ravnanj, ki tvorijo okoliščine nanašanja) in če pogojnih pravil ne ponazorimo kot pogojne imperativne, ampak kot (iii) zapovedi zagotoviti resničnost pogojnika, potem zlahka

44 Glej Alchourrón in Bulygin (1979: pogl. 8), katerih poskusna ponazoritev pogojnih pravil ne zagotovi teh pričakovanih učinkov.

45 Definiciji sta bili uvedeni v razdelku 2, ponovil pa ju bom tudi v naslednjem odstavku.

46 Za vsak p velja »v A je p negativno dovoljeno«, če in samo če $ne-p$ ni niti član množice $C_n(A)$ niti zavrnilne množice Z . Glej definicijo 12 v razdelku 2.

47 Za vsak p velja »v A je p izrecno prepovedano«, če in samo če je $ne-p$ član množice A . Glej definicijo 6 v razdelku 2.

48 Glej Weinberger (1985: 175 s). Glej Alchourrón in Bulygin (1991: xxvii), še posebej pa Caracciolo (1993: 507).

prevedemo tvarni zapis pogojnih pravil (prvi stolpec) v izraznega (drugi stolpec):

Def. 21	Če p , potem Oq .	$\neg((p \text{ G } F_n) \wedge (q \text{ G } A_{n+1}))$
Def. 22	Če p , potem Pq .	$\neg((p \text{ G } F_n) \wedge (\neg q \text{ G } A_{n+1}))$
Def. 23	Če p , potem Dq .	$\neg((p \text{ G } F_n) \wedge (\neg q \text{ G } Z_{n+1}))$

Lahko, da se bo nekaterim zdela cena previsoka - saj se po tem predlogu aksiomatična baza, zaradi tega pa tudi normativni sistem, spreminja ne le z zapovedmi, prepovedmi in dovolitvami in/ali zavrnitvami, ampak tudi z vremenskimi razmerami in drugimi dejanskimi okoliščinami.⁴⁹ Vendar se (če to kdo želi) problemu lahko izognemo na vsaj dva načina:

a) Iz splošnega pravila R_4 (»Če in samo če dežuje, ne smeš iz hiše!«) in dejstva p (dežuje) želimo dobiti obveznost, da ne greš iz hiše. Vendar je v tem mogoče videti individualno pravilo za dani konkretni primer. Omenjena obveznost je izpeljana iz splošnega pravila (oz. iz njegove propozicijske vsebine) in dejstvene premise. In če rečemo, da takšne individualne obveznosti niso sestavni del normativnega sistema, ampak (zgolj) logična posledica podreditve danih dejstev splošnim pravilom, ki sestavljajo sistem, potem smo neodvisnost normativnega sistema obranili pred stalno spreminjajočimi se stvarnimi okoliščinami: namesto da bi $\neg r$ (tj. nezapustitev hiše) predstavili kot člana aksiomatične baze A_{n+1} , ga bomo zato uvrstili v ločeno množico individualnih obveznosti v danem primeru: recimo ji I_{n+1} . R_4 bi ob tem lahko ponazorili kot $\neg((p \text{ G } F_n) \ll (\neg r \text{ G } I_{n+1}))$. Posledično bi morali spremeniti tudi zgornje opredelitve obveznosti, prepovedanosti in dovoljenosti (def. 2-12); kar pa ne izpodbija trditve, da je mogoče z izraznim pojmovanjem ustrezno ponazoriti pogojna pravila.

b) Drugo pot, ki se domnevnemu problemu odvisnosti normativnega sistema od nenehno spreminjajočih se stvarnih okoliščin izogne, lahko odpremo, če kot normativni sistem opredelimo zapovedno množico A , in ne množice $C_n(A)$, ki jo tvorijo vse logične posledice izrecno zapovedanih propozicijskih vsebin. V tem primeru je mogoče obdržati tako prvotno predlagano ponazoritev pogojnih pravil (def. 21-23) kakor idejo, da se normativni sistem ne spreminja skupaj s stvarnimi okoliščinami (razen s sprejemi in zavrnitvami pravil). Obenem pa se ta rešitev izogne tudi ugovorom, ki jih Žarnić in Bašić (2014) namenita moji posvojitvi običajne definicije normativnega sistema (tj. definicije, ki vključuje dedukcijsko oz. logičnoizpeljevalno zaporo). Menim, da so njihovi argumenti prepričljivi, in čeprav jih tu ne bom ponavljal - v ničemer namreč ne izpodbijajo samega izraznega pojmovanja pravil -, lahko povežemo njun sicer

⁴⁹ Nekaterim je ideja normativnega sistema privlačna samo pod pogojem, da se ta ne spreminja skupaj z dejanskimi okoliščinami - razen govornih dejanj, s katerimi se pravila sprejemajo ali zavračajo. Za to opozorilo se zahvaljujem Moresu (zasebni pogovor).

splošni predlog s tukajšnjo (posebno) obravnavo pogojnih pravil: kdor pravila uporablja (npr. sodnik), svoje sklepe seveda izpeljuje iz splošnih pravil, npr. R4 (»Če in samo če dežuje, ne smeš iz hiše!«), in pomembnih dejstev, npr. p (dežuje), vendar ni »nobene dedukcijsko zaprte množice $C_n(A)$, ki bi bila za to nujno potrebna ali bi morda izhajala iz takšne določitve deontičnega statusa dejanskega stanja, ki mu botruje delovanje ali opustitev subjekta pravil« (Žarnić in Bašić 2014: § 2.1). Povezava med R_4 in individualno obveznostjo (v primeru dežja) ali individualno dovoljenostjo (v vseh drugih okoliščinah) je posledica pravnškega sklepanja s predpisnimi stavki. Z drugimi besedami, pravila sklepanja, ki nas vodijo do tega, da iz izrecnega in splošnega pravila pridemo do implicitnega in/ali individualnega pravila, opredeljujejo metanormativne okoliščine uporabnika pravil in niso nujno vgrajena v mehanizem, po katerem se tvori sam normativni sistem.⁵⁰ Tudi v tem primeru torej problem odvisnosti normativnega sistema od nenehno spreminjajočih se okoliščin izgine.

S tem ne izključujem možnosti, da ima izrazno pojmovanje pravil kakšno pomanjkljivost ali celo resno težavo (še posebej v Moritzevi različici).⁵¹ A če so zgornje ponazoritve pravilne, potem sledeč Alchourrónu in Bulyginu (1981) prav lahko opišemo fakultativna ravnanja in dejanska stanja (§ 2), ne da bi v normativni sistemu vnesli protislovje (§ 3). Uspešno lahko opišemo tudi propozicijsko vsebino metapравil, ne da bi semantizirali kazalnik ilokucijske (normativne) moči predmetnih pravil (§ 4). Končno pa lahko obravnavamo tudi dovolilno zaporo - in druga pogojna pravila -, čeprav bi zanikali pojmovno avtonomijo dovolitvenih dejanj oz. njihovo nezvedljivost na druge normativne oblike (§ 5).

50 Glej Žarnić in Bašić (2014: posebej § 1.1 in § 2.1). *Njuna napotila na Johna Brooma, Louja Gobla in Jürgena Habermasa sem izpustil.*

51 Tu se ne bom opredeljeval do drugih vprašanj, bi pa vsaj napotil na nekaj dodatnih razprav. Četudi sem ga že omenil, je Weinberger (1985 in 1986) najboljše izhodišče, ker obravnava več vprašanj, ki se jih sam nisem dotaknil. Opalek in Wolenski (1986, 1987 in 1991) izpodbijata izrazno obravnavo dovolitev. Navarro in Redondo (1990b: 238 s) ugovarjata opredelitvi zavrnilne množice (in njenih podmnožic), ki naj bi v delu Alchourróna in Bulygina ne bila dovolj določna. Moreso in Navarro (1992: 1089) najdeta dvoumnost v pozitivni dovoljenosti. Aguiló (1995: 59 ss in 63 ss) opozori na problem derogacije zaradi nezdružljivosti, Caracciolo (1996: op. 15, 25 in 31) pa pred istovetenjem prava s tem, kar je v izraznem pojmovanju pravil normativni sistem. Končno glej še Ferrer Beltran in Rodriguez (2011: pogl. 1) za trditev, da nimamo opravka z dvema pojmovanjema pravil, ampak z dvema pojmovanjema pomena.

Seznam navedenk

- Josep AGUILÓ, 1995: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*. Mexico: Fontamara (Biblioteca de ética, filosofía del Derecho y política; 41).
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Wien/New York: Springer (Library of Exact Philosophy; 5).
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo. Page numbers in my text refer to the reprint in Mexico: Fontamara 1997.
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1981: The Expressive Conception of Norms. In *New Studies in Deontic Logic*, ed. Risto Hilpinen, 95-124. Dordrecht: Reidel. Številke strani v mojem besedilu napotujejo na ponatis v *Normativity and Norms*, ed. Bonnie Litschewski-Paulson & Stanley Paulson, 383-410. Oxford: Oxford University Press 1998.
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1984: Pragmatic Foundations for a Logic of Norms. *Rechtstheorie* 15: 453-464.
- Alejandro CALZETTA & Alessio SARDO, 2014: The Expressive Conception Revisited. (*Pred objavo.*)
- Ricardo CARACCILO, 1993: Entrevista a Eugenio Bulygin. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 14: 499-513.
- Ricardo CARACCILO, 1996: Esistenza di norme e di sistemi normativi. In *Struttura e Dinamica dei Sistemi Giuridici*, ed. Paolo Comanducci & Riccardo Guastini. Torino: Giappicheli Editore 1996. V španščini: Existencia de normas. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho* 7: 159-178. Ponatisnjeno v Ricardo Caracciolo, *El Derecho desde la filosofía*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales 2009 (El Derecho y la Justicia).
- Jordi FERRER BELTRÁN & Jorge Luis RODRÍGUEZ, 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons (Filosofía y Derecho).
- Manfred MORITZ, 1963: Permissive Sätze, Erlaubnissätze und deontische Logik. In Alf Ahlberg, Rolf Ekman *et al.*, *Philosophical Essays Dedicated to Gunnar Aspelin on the Occasion of His Sixty-fifth Birthday*. Lund: Gleerups. 108-121.
- Pablo E. NAVARRO & José Juan MORESO, 1992: Normas permisivas, sistemas jurídicos y clausura normativa. Un análisis de la evolución de las ideas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Theoria. Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*. Segunda época. Vol. 7, Nos. 16-17-18, Tomo B: 1079-1100.
- Pablo E. NAVARRO & Maria Cristina REDONDO, 1990a: Permisiones y actitudes normativas. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 7: 249-255.
- Pablo E. NAVARRO & Maria Cristina REDONDO, 1990b: Derogations, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism. *Rechtstheorie* 21: 233-239.
- Kazimierz OPALEK & Jan WOLENSKI, 1986: On Weak and Strong Permissions Once More. *Rechtstheorie* 17: 83-88.
- Kazimierz OPALEK & Jan WOLENSKI, 1987: Is, Ought, and Logic. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXIII: 373-385. V slov. prevodu Vojka Strahovnika in Vesne Česen: Dejstvo, najstvo in logika. *Revus. Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* (2014) 23.
- Kazimierz OPALEK & Jan WOLENSKI, 1991: Normative Systems, Permissions, and Deontic Logic. *Ratio Juris* 4: 334-348.
- Ota WEINBERGER, 1985: The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms. *Law and Philosophy* 4: 165-198. Ponatisnjeno v *Normativity and Norms*, ed. Bonnie Litschewski-Paulson & Stanley Paulson, 411-432. Oxford: Oxford University Press 1998.
- Ota WEINBERGER, 1986: Der normenlogische Skeptizismus. *Rechtstheorie* 17: 13-81.
- Jan WOLENSKI, 1972: *Logiczne problemy wykładni prawa*. Krakow.
- Berislav ŽARNIĆ & Gabriela BAŠIĆ, 2014: Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2014) 22. V hrvaškem prevodu Gabriele Bašić: Metanormativna načela i normama vodeno društveno međudjelovanje. *Revus. Časopis za ustavno teoriju i filozofiju prava* (2014) 22.

Berislav Žarnić*
Gabriela Bašić**

Metanormativna načela i normama vođeno društveno međudjelovanje

Kritičko čitanje Alchourrónove i Bulyginove skupovnoteorijske definicije normativnoga sustava pokazuje da njegova deduktivna zatvorenost nije neizbježno svojstvo. Slijedeći von Wrightovu pretpostavku da aksiomi standardne deontične logike opisuju svojstva savršenoga normativnog sustava, uvodi se algoritam za prevođenje iz modalnoga u skupovnoteorijski jezik. Prijevod nam otkriva da plauzibilnost pojedinih metanormativnih načela leži na različitim osnovama. Koristeći se metodološkim pristupom koji prepoznaje različite aktere u normama upravljanome međudjelovanju, pokazuje se da su metanormativna načela obveze drugoga reda upućene različitim ulogama. Poseban slučaj jest zahtjev koji se odnosi na deduktivnu zatvorenost jer se pokazuje da je upućen ulozi koja primjenjuje, a ne onoj koja izdaje norme. Pristup je primijenjen i na slučaj čiste derogacije, što dovodi do novoga rezultata; svojstvo neovisnosti biva svojstvom savršenoga normativnog sustava u odnosu na moguću derogaciju. Ovaj članak na polemički način dodiruje nekoliko točaka iznesenih u Kristanovome nedavnom članku.

Ključne riječi: normativni sustav, standardna deontična logika, metanormativna načela, derogacija, G. H. von Wright

1 NORMATIVNI SUSTAV KAO SUSTAV NORMI

U svome je nedavnom radu o razrješenju normativnih sukoba Andrej Kristan (2014) prihvatio teorijski pristup normativnosti uveden u Alchourrón i Bulygin (1998). Prema skupovnoteorijskome pristupu iznesenome u Alchourrón i Bulygin (1998), bilo koja rečenica p koja opisuje izvediva stanja stvari jest normativna rečenica: obavezna ako p pripada skupu logičkih posljedica 'eksplicitno zapovjedenih propozicija', dopuštena ako njezin nijek $\neg p$ ne pripada skupu te zabranjena ako nije dopuštena.¹ Metafora preskriptivne uporabe jezika jest ona smještanja čega u spremnik (propozicije u normativni sustav), no metafora se ne bi smjela prenapregnuti s obzirom da skupovi, za razliku od spremnika, ne-

* bzarnic@ffst.hr | Redoviti profesor u znanstvenome polju filozofije na Filozofskome fakultetu Sveučilišta u Splitu.

** gbasic@ffst.hr | Asistentica u znanstvenome polju filozofije na Filozofskome fakultetu Sveučilišta u Splitu.

1 Termin 'izvediva stanja stvari' preuzet je iz von Wright (1999) i označava 'stanja stvari koja mogu nastupiti kao rezultat ljudskoga djelovanja'.

maju identiteta osim onoga koji im je zadan njihovim članstvom. Iz toga slijedi da dodavanje novih rečenica u postojeći normativni sustav stvara novi skup.

Širok je raspon obilježja koja skup propozicija može imati te postoje dva načina na koja ih se može definirati: deskriptivno (opisujući) i preskriptivno (propisujući). Kristan, slijedeći Alchourróna i Bulygina, definira normativni sustav N na deskriptivan način kao skup logičkih posljedica eksplicitno zapovjedenih propozicija: $A: N = Cn(A)$. Međutim, u ovoj se definiciji javlja nekoliko problema koje će trebati razriješiti.

1.1 Konzistentnost i deduktivna zatvorenost

U klasičnoj je logici skup rečenica T deduktivno zatvoren samo ako je moguće konzistentno dodati nijek bilo koje rečenice koja nije član skupa u izvorni skup.² Ova je činjenica simbolički prikazana formulom (1.1).³

$$T = Cn(T) \text{ akko } \pm i Cn(Tu \{-p\}) \text{ za svaki } p \in T \quad (1.1)$$

Pojmove je slijeda i konzistentnosti moguće definirati jedan drugim i oba se odnose na poželjna svojstva skupa. Postoji li razlog da se deduktivna zatvorenost promatra kao fundamentalno svojstvo u odnosu na konzistentnost? U ovome članku pokušat će se pokazati da takav odnos prednosti jednoga svojstva pred drugim ne postoji. U analizi polazimo od skupa sadržaja eksplicitnih zapovijedi lišenog svih inherentnih logičkih svojstava, čiji je nastanak empirijska činjenica ostvarena jezičnom uporabom.⁴

Primjer 1. Goble (2009: 484-485) i Broome (2013: 121-122) razilaze se kod pitanja mora li normativni sustav koji sadrži eksplicitno zapovjedeni propoziciju (i) 'Ne smije se kampirati na javnim cestama ni u koje doba' također uključivati i propoziciju (ii) 'Ne smije se kampirati na javnim cestama četvrtkom navečer'. Samo ako je normativni sustav definiran kao skup svih logičkih posljedica eksplicitnih zapovijedi, odgovor na pitanje mora biti potvrđan, no protiv takve definicije postoje uvjerljivi razlozi, kako Broome i pokazuje. S dru-

2 Slijeva nadesno, pretpostavimo u svrhu *reductio ad absurdum* da je nijek nečlana skupa nemoguće konzistentno dodati u deduktivno zatvoren skup. Ako je tomu tako, onda je nečlan skupa posljedica toga skupa, što je nemoguće s obzirom da je skup deduktivno zatvoren. Zdesna na lijevo, pretpostavimo također u svrhu *reductio ad absurdum* da je proizvoljna rečenica posljedica skupa, no nije ujedno i njegov član. Ako je tako, nijek rečenice može se konzistentno dodati tome skupu, što je pak nemoguće ako je rečenica posljedica skupa.

3 Formula $\pm e X$ kaže da je *falsum* \pm element skupa X ili drugim riječima, da je X inkonzistentan. Nijek prethodne formule glasi $\pm i X$ i njime se tvrdi da je skup X konzistentan.

4 U Broomeovoj teoriji zahtjeva (Broome 2013) kodeks ispostavlja skup propozicija zatvorenih pod kongruencijom, što znači da ako propozicija pripada skupu, pripada mu i svaka druga njoj ekvivalentna. Pristup u ovome članku apstrahira od svih svojstava skupova uključujući i kongruenciju.

ge strane, kako primjećuje Goble, odnos se između (i) i (ii) tiče "zaključivanja s treba-izjavama". Pokušat ćemo pokazati da su oba iznesena stajališta ispravna.

1.2 Savršena svojstva i skupovi normi

Nastavljajući se na von Wrightov pravac razmišljanja, pokazat ćemo da se deduktivna zatvorenost može razumjeti kao jedno od više savršenih svojstava skupa:

[...] klasična deontična logika u deskriptivnoj interpretaciji svojih formula prikazuje sustav normi lišen praznina i proturječja. Činjenični normativni poretki *možu* imati ta svojstva te se može smatrati poželjnim da ih *trebaju* imati. No može li biti *logička istina* da normativni poredak ima ("mora imati") ta "savršena" svojstva? (von Wright, 1999: 32)

Standardna ili klasična KD deontična logika prihvaća mogućnost uzajamnoga definiranja modalnih operatora obligacije **O**, prohibicije **F** i permisije **P**, kao što je iskazano u (Def.) i grafički prikazano na slici 1.⁵ KD deontična logika proširuje propozicijsku logiku pravilom necesitacije (RN) i aksiomskim shema (K) i (D).

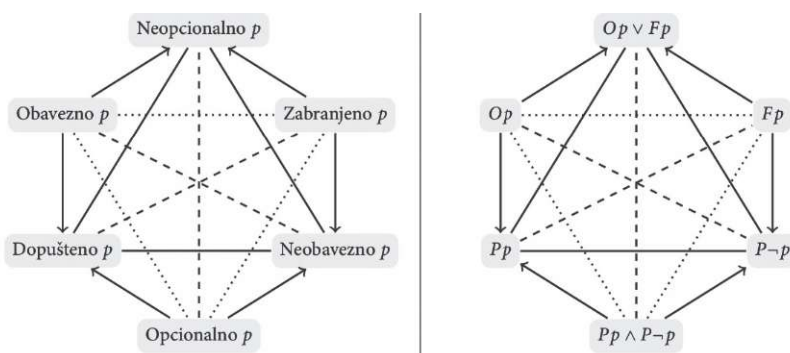
Pp akko $\neg O\neg p$ akko $\neg Fp$. (Def.)

Ako $h p$, onda $h Op$. (RN)

$O(p * q) * (Op * Oq)$ (K)

$Op * Pp$ (D)

Slika 1: Šesterokut logičkih odnosa koji su na snazi u standardnoj KD deontičnoj logici. Točkasta crta predstavlja odnos suprotnosti, isprekidana proturječje, puna crta podsuprotnost, a strelice predstavljaju podređenost (implikaciju). Deontični su pojmovi iskazani u prirodnome jeziku u lijevome šesterokutu dok onaj desni donosi odgovarajuće formule.



5 Wolenski (2008) nudi opći prikaz kvadrata, šesterokuta i osmerokuta logičkih odnosa zajedno s njihovim primjenama u različitim područjima filozofske analize.

1.2.1 Prevođenje modalnoga u skupovnoteorijski jezik

U Žarnić (2010) definiran je prijevod iz jezika standardne deontične logike bez opetovanih operatora i dokazano je da prevedeni uvjeti standardne deontične logike opisuju "praznina lišen", deduktivno zatvoren i konzistentan tip skupa normi $A/''$. Naši su osnovni prijevodi slični onima u Alchourrón i Bulygin (1998), s razlikom u *definientia* gdje je 'članstvo u $Cn(A/''')$ ' sad zamijenjeno 'članstvom u (moguće deduktivno otvorenome) skupu normi $A/''''$: ' $p \in AT$ za ' Op ', ' $p \notin A/''''$ za ' $\neg p$ ', ' $\neg p \in A/''''$ za ' Fp '. Ukratko, veza je između skupovnoteorijskoga pojma skupa normi i modalnoga pojma obligacije dana u obliku jednostavne jednadžbe: $A/''^* = \{p \mid Op\}$. Važe sljedeće korespondencije:

1. Iz prijevoda načela (Def.) o uzajamnoj definiciji deontičnih pojmova slijedi da je bilo koji skup normi bez praznina (potpun), $Pp \vee Op$, što čini svako izvedivo stanje stvari dopuštenim ili zabranjenim. Kad se prevede u skupovnoteorijski jezik, definicija (Def.) izražava logičku istinu: $\neg p \notin A/''^*$ ili $\neg p \in M$.⁶

2. Prijevod pravila necesitacije (RN) daje tvrdnju da su logičke istine uključene u skup normi, $Cn(O) \notin A/''^*$, dok prijevod aksiomske sheme (K) zahtijeva zatvaranje pod *modus ponens*: Ako $p \rightarrow q \in M$ no ova su dva uvjeta ispunjena akko je skup normi deduktivno zatvoren: $N = Cn(M)$.

3. Prijevod aksiomske sheme (D) daje Ako $p \in M$, onda $\neg p \notin M$. Ovaj je uvjet ispunjen akko je skup normi lišen proturječja, tj. akko je konzistentan: $\neg L \notin Cn(A/''^*)$.

Deskriptivno promatrajući, empirijski je očito da je oprimjerenje bilo kojega od ovih svojstava kontingentne naravi. Normativno promatrajući, potrebna su nam metanormativna načela ili intuicije kako bismo procijenili treba li neko svojstvo biti prisutno u skupu normi.

1.2.2 Mogućnost stvaranja sustava normi promulgacijom normi

Po samoj je definiciji teorija T deduktivno zatvoren skup ili simbolički: $T = Cn(T)$. Bilo koji deduktivno zatvoren skup T beskonačan je zahvaljujući uključenosti logičkih istina, čiji broj nije konačan ili simbolički: $Cn(O) \notin T$ i $|N| < |Cn(O)|$. Posljedično, pristajanje uz definiciju normativnoga sustava kao skupa zapovjedenih sadržaja nosi sa sobom ontološku obvezu na tvrdnju da postoje beskonačni predmeti, s obzirom da su normativni sustavi beskonačni skupovi, kao i epistemološku obvezu na istraživanje njihove spoznatljivosti. Ako se logičke istine oduzmu od skupa posljedica $Cn^*(T) = Cn(T) - Cn(O)$, nastali skup $Cn^*(T)$ uz T sadržavat će samo relevantne posljedice skupa T, tj. one elemente čija dedukcija počiva na sadržajima iz T.

6 Ovaj se uvjet može napisati i u svojem općem obliku kao $p \notin N$ ili $p \in M$.

Primjer 2. Zamislimo da je normativni sustav M . stvoren jednom jedinom zapovijedi 'Zabranjeno je činiti da nešto bude slučaj onomu tko želi da to nešto ne bude slučaj' upućen jednomu jedinom akteru i .⁷ Može li akter i postati svjestan svake pojedine norme iz skupa $Cn^*(M)$? Modalnologički prijevod izražava uvjetnu prohibiciju 'Akteru je zabranjeno činiti da bude slučaj nešto ($Fi:stit\ p$) za što želi da to nešto ne bude slučaj ($Di-p$)' ili simbolički: (1.2). U skup ovnoteorijskome pristupu deontični operator zamijenjen je odnosom članstva između sadržaja zapovijedi i njegovoga skupa normi. Sadržaj zapovijedi glasi 'Ako akter i želi da $-p$, onda i ne čini da p bude slučaj' ili simbolički: (1.3). Sadržaj opisuje kako izgleda povinovanje normi i stoga pripada jednočlanome skupu normi M , ili simbolički: (1.4).⁸

$$Di-p \wedge Fi:stit\ p \quad (1.2)$$

$$Di-p \wedge -i:stit\ p \quad (1.3)$$

$$rDi-p \wedge -i:stit\ p^n \in M \quad (1.4)$$

Ako se varijabla p odnosi na rečenice beskonačnoga jezika \mathcal{L} , pruža se beskonačno mnogo rečenica koje mogu zamijeniti p u (1.4). Dakle, broj će rečenica u skupu $Cn^*(M)$ biti beskonačan.

Očito je da ni jedan normativni izvor ne može dovršiti sintaktičko stvaranje beskonačnoga skupa sadržaja zapovijedi. Je li nužno pretpostaviti postojanje logičkih predmeta kao što su beskonačni, deduktivno zatvoreni skupovi? Dodatni se problem u vezi deduktivne zatvorenosti javlja s logičke strane: je li odnos posljedice koji se nalazi u definiciji teorije identičan odnosu posljedice koji definira deduktivnu zatvorenost skupa normi? Postavka o postojanju *sui generis* odnosa posljedice u imperativnoj jezičnoj uporabi (Žarnić 2011: 95) podupire odbacivanje redukcije odnosa posljedice u skupu normi na 'logiku pokoravanja' u indikativnome jeziku, baš kao što je Hans Kelsen tvrdio (Kelsen 1973: 254).

Ontološko se obvezivanje na postojanje beskonačnih skupova normi ili logičko obvezivanje na redukciju imperativne logike na indikativnu daje lako izbjeći usvajanjem definicije skupa normi tek kao skupa sadržaja eksplicitnih zapovijedi, s jedne strane i postavkom da je deduktivna zatvorenost skupa normi pod nekom logikom kontingentno svojstvo, s druge strane.

7 Ovaj se normativni sustav može protumačiti kao utemeljen na Nietzscheovoj maksimi "Budi ono što jesi!".

8 'Quineovi navodnici' koriste se za oblikovanje imena nekoga izraza. Mogu se ispustiti ako ne postoji mogućnost zabune imena izraza za izraz, no u slučajevima gdje se ista formula i koristi i spominje, Quineovi će se navodnici koristiti.

1.3 Metanormativna načela

Von Wright (1999) uvodi pojam "normativnih zahtjeva za normativne sustave" ili pojam 'metanormativnoga načela', kako će odsad nadalje biti zvano:

[drugi način] ... jest promatrati same ideje potpunosti i lišenosti proturječja kao *normativne* ideje, kao normativne zahtjeve za normativne sustave. Mogle bi se nazvati *meta-normativnim* načelima. One su norme *višega reda*. (von Wright 1999: 33)

Na prvi pogled, čini se mogućim shvatiti metanormativna načela kao tvrdnje o tome da skup normi treba imati određeno svojstvo te izraziti te tvrdnje u formalnome jeziku uvođenjem ugniježđenih KD modaliteta. U svrhu analize metanormativnih načela, izražajna će moć formalnoga jezika biti obogaćena uvođenjem S5 aletičnih modaliteta nužnosti • i mogućnosti 0.⁹ Aletični se modaliteti mogu protumačiti na različite načine; kao logičke, nomološke ili historijske mogućnosti.¹⁰ Pojmovi su poredani po inkluziji: historijska je mogućnost nomološka mogućnost, a nomološka je mogućnost logička.

Sljedeći popis sadrži neka *prima facie* plauzibilna metanormativna načela, označena njihovim dolje ponuđenim formalnim prijevodima:

- Skup normi treba biti bez praznina: (O.def).
- Skup normi treba biti deduktivno zatvoren: (O.RN) zajedno s (O.K).¹¹
- Skup normi treba biti konzistentan: (O.D).
- Skup normi treba biti ostvariv: (O.OO).¹²
- Skup normi treba biti ostvaren: (O.T).

Sljedeći su formalni modalni izrazi dobiveni uporabom novoga simbola O za obligaciju drugoga reda:

$\mathbf{v O-p}$	(O.def)
$\ast \mathbf{Op}$	(O.RN)
$p \ast q \ast (\mathbf{Op} \ast \mathbf{Oq})$	(O.K)
$\ast \mathbf{Pp}$	(O.D)
$\ast \mathbf{op}$	(O.OO)
$\ast \mathbf{p}$	(O.T)

9 S5 logika može se aksiomatizirati pravilom necesitacije: Ako I-p, onda I-Dp, aksiomskim shemama: (K) $a(p \bullet q) \bullet (Dp \bullet Dq)$, (T) $Dp \bullet p$, (4) $Dp \bullet Ddp$, (5) $\bullet p \bullet aOp$, i definicijom: $\bullet p \wedge \neg \neg p$.

10 Logička je mogućnost svijet u kojem vrijede zakoni logike, nomološka mogućnost svijet u kojem vrijede logički i prirodni zakoni, a historijska mogućnost je nomološka mogućnost koja leži u budućnosti druge nomološke mogućnosti.

11 Ako se modalitet • tumači kao logička nužnost, onda metanačelo kaže da zadani skup normi treba uključivati sve logičke istine.

12 Modalitet • može se u ostatku teksta tumačiti kao historijska mogućnost.

Budući da je u skupovnoteorijskome pristupu moguće ponuditi samo prijevode prvoga reda, on se mora proširiti kako bi mogao iskazati i metanormativne izraze. Jedno od rješenja koje se nameće jest postupiti s metanormativnim izrazima kao tvrdnjama da zadani skup normi pripada određenoj klasi tipova skupova normi. Prijevod za obligaciju prvoga reda Op jest ' p je član skupa normi A^* ', tj. $p \in M$. Gotovo analogno tomu, izgleda da izjava 'svojstvo p jest savršeno svojstvo' i njezina ekstenzionalna reformulacija 'skup skupova normi koje ispunjavaju uvjet p član je savršenoga skupa' pružaju dostupan prijevod za tvrdnju o obligaciji drugoga reda Op . Nazovimo Savršenim skup skupova onih skupova normi koji dijele određena savršena svojstva. Reći da je svojstvo p skupova normi savršeno svojstvo ne znači drugo doli reći da 'skup skupova normi koji ispunjavaju uvjet p jest element Savršenoga' ili simbolički, ' $\{Af \setminus M \text{ ispunjava uvjet } p\} \in \text{Savršeno}$ '.

Primjedba 3. Ako se prihvati Gödelova pretpostavka kako svojstvo drugoga reda bivanja pozitivnim svojstvom stvara ultrafilter, onda skup skupova normi koji imaju sva savršena svojstva mora biti neprazan. Nazovimo ga Idealnim. Neka a bude skup skupova normi koje imaju određeno savršeno svojstvo. Onda izraz ' $a \in \text{Savršeno}$ ' znači isto što i 'Idealno $\in a$ '. Ultrafilter zadanoga skupa jest skup njegovih podskupova zatvorenih pod presjekom i odnosom nadskupa, pri čemu prazan skup nije njegov element i za bilo koji skup vrijedi da je ili on sam, ili njegov komplement član ultrafiltra.¹³

Primjedba 4. Može li skup normi imati svojstvo da svako izvedivo stanje stvari čini obvezujućim ili zabranjenim? Nazovimo ovo svojstvo *svojstvom neopcionalnosti* s obzirom na to da ne ostavlja mjesta za opcionalne radnje i suzdržavanje od djelovanja. Ako je normativni sustav zamišljen kao proizašao dedukcijom iz skupa normi, onda valja zapaziti da Gödelov poučak nepotpunosti implicira neispunljivost tog uvjeta; $p \in Cn(N) \vee \neg p \in Cn(M)$ za svaki skup normi formuliran u jeziku dovoljno bogatom da iskaže vlastitu sintaksu (primjerice, prirodni jezik). Budući da ni jedan normativni sustav ne može ispuniti ovaj zahtjev, svojstvo neopcionalnosti ne može unutar gödelovske ontologije pozitivnih svojstava biti savršeno svojstvo.

Dalje nastavljamo s algoritmom prevođenja za formule u kojima opetovani deontični modaliteti istoga tipa nisu dopušteni, no dopušteno je da se deontični modaliteti prvoga reda pojavljuju unutar dosega onih drugoga reda.

Definicija 5. Neka \mathcal{L}_{APi} bude jezik aletične modalne logike. Funkcija T^1 prevodi formule s deontičnim modalitetima prvoga reda:

$$T^1(p) = p \text{ ako } p \in COPI$$

$$T^1(Op) = \neg T^1(p) \in N$$

13 Za uvid u Gödelovu ontologiju svojstava vidi Kovač (2003).

$$\begin{aligned} T^1(Pp) &= \ulcorner T^1(\ulcorner p \urcorner) \urcorner \text{ i } N \\ T^1(-p) &= \ulcorner -T^1(p) \urcorner \\ T^1((p \bullet q)) &= (T^1(p) \bullet T^1(q)) \end{aligned}$$

Definicija 6. Funkcija T^2 prevodi one formule čiji je glavni operator deontični modalitet drugoga reda:

$$\begin{aligned} T^2(Op) &= \{N \mid T^1(p)\} \text{ e Savršeno} \\ T^2(Pp) &= \{N \mid -T^1(p)\} \text{ i Savršeno} \end{aligned}$$

Primjer 7. Neka p bude rečenica bez pojave modaliteta prvoga ili drugoga reda:

$$\begin{aligned} T^2(O(Op \bullet Op)) &= \{Af \mid T^1(Op \bullet Op)\} \text{ e Savršeno} \\ &= \{N \mid T^1(Op) \bullet T^1(Op)\} \text{ e Savršeno} \\ &= \{A/\ulcorner \mid T^1(p) \text{ e } N \bullet Op\} \text{ e Savršeno} \\ &= \{M \mid \ulcorner p^n \text{ e } A/\bullet Op\} \text{ e Savršeno} \end{aligned}$$

Prijevod za uvjet (O.OO) kaže da je zahtijevanje samo onoga što je moguće savršeno svojstvo skupa normi.

Primjer 8. Prijevod za uvjet (O.T) mnogo je manje plauzibilan.

$$T^2(O(Op \bullet p)) = \{N \mid \ulcorner p^n \text{ e } M \bullet p \urcorner\} \text{ e Savršeno}$$

Ovo nam govori kako je zahtijevanje samo onoga što je slučaj savršeno svojstvo skupova normi, ali to očito nije željena interpretacija za načelo da *skup normi treba biti ostvaren*.

Nejednaka plauzibilnost prijevoda u primjerima (7) i (8) pokazuje da obilježje drugoga reda označene homonimnim izrazom — 'treba biti' u 'skup normi treba biti ostvariv' i u 'skup normi treba biti ostvaren' — ne pripadaju istoj kategoriji.

1.3.1 Načelo rimskoga prava kao norma za davatelja normi

Cilj nam je povući pojmovnu distinkciju između tipova obligacija drugoga reda s obzirom na uloge aktera uključenih u promulgaciju (proglašenje), realizaciju (ostvarivanje) i aplikaciju (primjenu) normi. Obratimo prvo pozornost na prvi tip, točnije normativni kontekst promulgacije normi, odnosno obligacije za davatelja normi. Takozvano 'Načelo rimskoga prava' zabranjuje davatelju normi da zahtijeva neizvedive radnje s obzirom na to da nitko ne može biti obvezan učiniti nemoguće. Pokazat će se kako je sa stajališta standardne deontične

logike uporaba termina 'načelo' neopravdana zbog toga što će 'Načelo rimskoga prava' biti zadovoljeno normativnim sustavom čije norme konzistentno izabiru samo ono što je moguće.

Sadržaj Op — Op metanormativnoga načela (O.OO) odigrao je važnu ulogu u teoriji normativnosti. Aristotelova tvrdnja da u promišljanju "Ako se ljudi susretnu s nemogućim, oni odustaju" (Aristotel, *Nikomahova etika*, 1112b) može se razumjeti kao protupostavna formulacija srodnoga načela. U metanonormativnome tumačenju aristotelovsko načelo promišljanja iskazuje da ono nemoguće ne smije biti sadržaj namjere. Bliže načelu (O.OO) jest načelo iz rimskoga prava *ultra posse nemo obligatur* (*ad impossibilia nemo tenetur, impossibilium nulla obligatio*), samo po sebi prethodnik načela da 'treba' implicira 'može' koje je Kant formulirao i za koje se čini da Op — Op daje izravan prijevod.¹⁴ Ipak, logika se akterove sposobnosti djelovanja razlikuje od logike aletične mogućnosti. Neki teoremi aletične logike ne vrijede u logici sposobnosti djelovanja. Primjerice, postavka da *Ako je nešto slučaj, onda je to moguće*, $p — Op$, valjana je u aletičnoj logici, no njezin parnjak u logici sposobnosti djelovanja nije: postavka *Ako je nešto učinjeno, onda to može biti učinjeno* ne važi u logici sposobnosti djelovanja.¹⁵ Metanormativno načelo s aletičnim modalitetom predstavlja po-općavanje ovih načela: što god je zabranjeno zbog aletične nemogućnosti, također je zabranjeno i načelom da 'treba' implicira 'može', no obratno ne vrijedi.

Terminološki govoreći, uporaba termina 'načelo' nije ispravna u kontekstu načela (O.D) i (O.RN) s obzirom na to da je Op — Op poučak koji slijedi iz $\bullet p — Op$ u konjunkciji s Op — Pp, tj. iz sadržaja (O.D) i (O.RN). U prilog ovoj činjenici bit će dana dva stilom različita dokaza.

Poučak 9. $Op — Op \text{ e } Cn(\{Dp — Op, Op — Pp\})$

Dokaz. Izvedimo prvo dokaz dedukcijom koji se oslanja na sintaksu jezika. Iz $mp — Op$ te definicija deontičnih i aletičnih modaliteta dobivamo korolarij: *Ako je dopušteno da neko stanje stvari bude slučaj, onda je moguće da ono bude slučaj*, $Pp — Op$. Pretpostavimo da je p obvezatno, Op . Onda je p dopušteno, Pp , u skladu s aksiomom D. Iz korolarija slijedi da je p moguće, Op . Stoga, ako je stanje stvari obvezatno, onda je ono moguće, $Op — Op$. Q.E.D.

Dokaz. Kao drugo, ponudimo dokaz u semantičkim terminima! Osnovna semantička ideja modalne logike jest da je istinitosna vrijednost formule u točki vrednovanja ovisna o istinitosnim vrijednostima formule u drugim točkama vrednovanja dostupnima putem odgovarajućega odnosa. Deontični odnos

14 Brojni su odlomci iz Kantovih djela koji se bave ovim načelom. Primjerice, u *Religiji unutar granica čistoga uma* (1793) dana je sažeta formulacija u obliku "dužnost ne zapovijeda ništa osim onoga što možemo učiniti" (Kant: 68).

15 Izabiranje kraljice srca iz špila karata ne implicira sposobnost da se to i učini; vidi Brown (1992).

dostupnosti, Dwv , povezuje svijet w s njegovim normativnim alternativama v u kojima je skup normi ostvaren, $M \subset v$ za sve $v \in \{v \mid Dwv\}$. Slično tomu, ale-tični odnos dostupnosti protumačen kao recimo nomološka mogućnost, Nwv , povezuje svijet w bilo s kojom od njegovih alternativa v u kojima vrijede logički i prirodni zakoni. Za neke je modalne formule (Sahlqvistove formule) moguće izračunati odgovarajuće svojstvo prvoga reda odnosa dostupnosti koristeći se Sahlqvist-van Benthemovim algoritmom.¹⁶ Poznato je da $Op - Pp$ karakteri-zira svojstvo serijalnosti deontičnoga odnosa, $\forall x \exists y Dxy$. Kao što je prethodno rečeno, to znači da je zadani skup normi konzistentan. Koristeći se algoritmom, moguće je izračunati sljedeća međuodnosna svojstva:

- $Op - Op$ karakterizira $\forall x \exists y (Dxy \wedge Nxy)$ međuodnosno svojstvo. Može ga se nazvati 'svojstvom konvergirajuće serijalnosti odnosnoga para' i ono kaže da uvijek postoji deontički dostupna situacija koja je također i nomološki mo-guća. Ili da se poslužimo metaforom profesora Segerberga, *nema tragičnih dile-ma* (Segerberg, 2003). Skup normi koji oprimjeruje ovo svojstvo pruža moguć i zakonit izlaz iz bilo koje situacije.

- $\bullet p - Op$ karakterizira podređenost deontičnoga odnosa nomološkome $\forall x \forall y (Dxy - Nxy)$. Skup normi može se ostvariti samo u nomološki mogućim situacijama: ako postoji zakonit izlaz iz situacije, on je također i moguć izlaz.¹⁷

Lako je uvidjeti da ako je deontični odnos serijalan i podređen nomološko-me, on uvijek mora s njim konvergirati u nekoj točki, točki u kojoj su norme ostvarene u nomološki mogućem svijetu.¹⁸ Stoga, 'treba' implicira 'može' nije samoopravdavajuće načelo, već posljedica drugih načela. Q.E.D.

2 NORME I DRUŠTVENO MEĐUDJELOVANJE

U komunikaciji se obično prepoznaju dvije akterske uloge: uloga pošiljalca i uloga primatelja poruke, no u normama vođenome društvenom međudjelova-nju, osim uloga izdavatelja normi i podložnika normama postoji i dodatna uloga, ona primjenitelja normi. Komunikacija je vrsta čina, a to prema Parsonsovoj

16 Van Benthem definira skup formula algoritamski prevodivih u njihove ekvivalente prvoga reda u sljedećemu počku: "Poučak 19. Postoji efektivan algoritam koji prevodi sve modalne aksiome oblika $A - B$ u odgovarajuća svojstva prvoga reda, gdje je A sastavljeno od osnovnih formula $\bullet, \blacksquare, Dp$ koristeći se samo $A, V, 0, B$, je 'pozitivno': sastavljeno od propozicijskih slova samo pomoću $A, V, 0, \bullet$ " (van Benthem 2010: 106).

17 Ilustracije radi upotrijebimo Sahlqvist-van Benthemov algoritam za određivanje korespon-dencija. Započinjemo s (i) $Dp - Op$ i primjenjujemo standardni prijevod u dva koraka: (ii) $VP \text{STx}(dp - Op)$; (iii) $VP(\forall y(RNxy - Py) - \forall y(Roxy - Py))$. Potom određujemo minimal-no vrednovanje (iv) $Pu := RNxu$ i izvodimo supstituciju: (v) $\forall y(RNxy - RNxy) - \forall y(Roxy - RNxy)$. Pojednostavljenjem dobivamo (vi) $T - \forall y(Roxy - RNxy)$ i konačno (vii) $\forall x \forall y (Roxy - RNxy)$.

18 Formula $(\forall x \exists y Dxy \wedge \forall x \forall y (Dxy - Nxy)) - \forall x \exists y (Dxy \wedge Nxy)$ jest logička istina prvoga reda.

definiciji znači da pošiljatelj poruke ima neki cilj u situaciji čiji su uvjeti i sredstva podređeni normativnim zahtjevima.¹⁹ Posljednji uvjet u Parsonsovoj definiciji djelovanja upozorava na njegovu normativnu dimenziju. Slično tomu, Habermas izjednačava *društveni svijet s normativnim kontekstom*.²⁰ Djelovanja koje se odnose na norme (proglašenje, pokoravanje, primjena) kao djelovanja i kao društvene činjenice moraju imati svoje vlastite normativne kontekste koji su, u skladu s našom pretpostavkom, eksplicirani u njihovim metanormativnim načelima.

2.1 Normativni konteksti s normama odnosnih djelovanja

Kao što je gore navedeno, u normama vođenome međudjelovanju postoje tri aktera: uloga izdavatelja normi, ona podložnika normama i ona primjenitelja normi; tako postoje i tri tipa djelovanja koja se odnose na norme: promulgacija normi, normama upravljano djelovanje i na normama zasnovano prosuđivanje. U ovoj vrsti međudjelovanja izdavatelj normi njihovom promulgacijom upravlja djelovanjima podložnika normama, o čijemu pokoravanju njima prosuđuje primjenitelj normi.

Prvo se okrećemo normativnome kontekstu radnje promulgacije normi. Prema našem tumačenju, jezik KD logike jest deskriptivan jezik čiji aksiomi opisuju svojstva skupova normi: aksiom K definira posljedičnost, a aksiom D definira konzistentnost. Ako je promulgacija skupa normi djelovanje (u Parsonsovome smislu) ili društvena činjenica (u Habermasovome smislu), onda barem jedno od njegovih svojstva jest ili dopušteno, ili zabranjeno. Naprimjer, ako se ne smatra poželjnim da promulgirani skup normi bude inkonzistentan, onda poželjnost svojstva konzistentnosti utemeljuje normativni kontekst za promulgaciju normi. Ovo se poželjno svojstvo može protumačiti kao obligacija drugoga reda i može se izraziti tvrdnjom da skup normi treba biti konzistentan, kao što je iskazano u (O.D) gore. Što se tiče pitanja je li poželjno da skup normi sadrži sve svoje deduktivne posljedice, čini se da je niječan odgovor neizbježan jer proizvođenje beskonačnoga teksta nije izvedivo djelovanje. Stoga poželjnost

19 Parsonsova definicija čina: "...čin' uključuje logički sljedeće: (1) Podrazumijeva činitelja, 'aktera.' (2) U svrhu definicije čin mora imati 'cilj,' buduće stanje stvari prema kojemu je process djelovanja usmjeren. (3) Mora započeti u 'situaciji' čiji se razvojni smjerovi razlikuju u jednome ili više pogleda od stanja stvari kojemu je djelovanje usmjereno, tj. cilja. Ovu je pak situaciju moguće analizirati na dvije skupine elemenata: one nad kojima akter nema kontrole, tj. one koje ne može u skladu sa svojim ciljem izmijeniti ili spriječiti da budu izmijenjeni, te one nad kojima ima kontrolu. Prvospomenuti se elementi mogu nazvati 'okolnostima' djelovanja, a drugospomenuti 'sredstvima.' Konačno, (4) inherentan je poimanju ovoga jedinstva, u njegovoj analitičkoj uporabi, određeni način povezanosti između ovih elemenata. To znači da u izboru alternativnih sredstava za neki cilj, u mjeri u kojoj situacija dopušta alternative, postoji 'normativno usmjeravanje 'čina' (Parson, 1937: 44).

20 Habermas piše: "Društveni se svijet sastoji u normativnome kontekstu koji nalaže koja međudjelovanja pripadaju cjeloukupnosti zakonitih međusobnih odnosa" (Habermas, 1984: 88).

konzistentnosti pripada kategoriji različitoj od poželjnosti posljedičnosti ili deduktivne zatvorenosti.

Drugo, istražimo normativni kontekst pokoravanja normama. Poseban se tip poželjnosti javlja u metanormativnoj postavci (O.T), postavci koja se može plauzibilno protumačiti kao *Pokoravanje je normama poželjno, Dužnost se mora ispuniti, Norme se trebaju ostvariti itd.*²¹ Kao što je gore primijećeno, nije međutim plauzibilno tumačiti ovu postavku kao tvrdnju o poželjnome svojstvu skupa normi s obzirom na to da tvrdnja *Poželjno je da norme zahtijevaju samo ono što je slučaj* završava u svojevrsnome normativnom kolapsu. Postavku prije treba razumjeti kao načelo pokoravanja s obzirom na to da pokazuje kako je norma ono čemu se treba pokoriti. Iz ove perspektive gledano, postoji važna razlika između dviju metanormi: za razliku od izdavatelja normi, podložnik normama nema obveza koje se tiču svojstava skupova normi, a za razliku od podložnika normama, izdavatelj normi nema obveza koje se tiču pokoravanja njima.

Treće, pozabavimo se normativnim kontekstom primjene normi. Primjenitelj normi ili sudac odlučuje o deontičnome statusu stanja stvari uspostavljenoga djelovanjem podložnika normama. Pretpostavimo da je podložnik uspostavio stanje da p . Primjenitelj normi treba odrediti deontični status p s obzirom na neki skup normi $J \setminus f$, a to može učiniti dvjema logički ekvivalentnim metodama: bilo dodavanjem p u N i provjeravanjem konzistentnosti proširenoga skupa $M \cup \{p\}$, bilo ispitivanjem je li $\neg p$ posljedica skupa N . Prema prvoj metodi, ako $M \cup \{p\}$ nije konzistentno, onda je p zabranjeno, a ako je konzistentno, p je dopušteno, kao što je pokazano u (2.5) i (2.6). Sličan slučaj vrijedi i za drugu metodu, kao što je pokazano u (2.7) i (2.8).

Ako $\pm e (N \cup \{p\})$, onda Fp . (2.5)

Ako $\pm i (J \setminus f \cup \{p\})$, onda Pp . (2.6)

Ako $\neg p \in Cn(A0)$, onda Fp . (2.7)

Ako $\neg p \in Cn(M)$, onda Pp . (2.8)

Primjenitelj normi izvodi dedukciju, no nema nikakvoga "normativnoga sustava", tj. deduktivno zatvorenoga skupa $Cn(M)$ koji bi morao prethoditi ili bi mogao nastati iz tako dobivenoga određenja deontičnoga statusa stanja stvari koje je uspostavio podložnik normama svojim djelovanjem ili suzdržavanjem od djelovanja. Iako zahtjev drugoga reda za deduktivnom zatvorenosću ili načelo posljedičnosti ne definira savršeno svojstvo empirijskoga skupa normi, on

21 B. Chellas odobrava uporabu obligacija drugoga reda unutar postavke OU. $O(OA \bullet A)$ ili O.T u našoj notaciji: "Primijetimo da je OU poučak deontične S5 ... Shema izražava postavku da treba biti slučaj da što god treba biti slučaj, bude slučaj. Radi se o često raspravljanome načelu u deontičnoj logici jer je jedan od rijetkih plauzibilnih slučajeva poučka oblika OA u kojemu A nije trivijalno." (Chellas 1980: 193).

definira metanormativni kontekst za primjenitelja normi. Načelo posljedičnosti pokazuje da se normativne prosudbe trebaju podvrgavati zakonima logike.

Usmjerene obligacije drugoga reda Različita metanormativna načela prilažu se različitim ulogama u normama vođenome međudjelovanju. Dok su norme uvijek upućene podložnicima normama, obligacije drugoga reda mogu se razlikovati po njihovim adresatima, kao što je pokazano u tablici 1:

ULOGE u normama upravljane međudjelovanju:	Njihove obligacije drugoga reda:
IZDAVATELJ NORMI g	Treba stvarati skupove normi savršenih svojstava
PODLOŽNIK NORMAMA s	Treba se pokoravati normama
SUDAC j	Treba primjenjivati norme

Tablica 1. Različite uloge u normama upravljane međudjelovanju i njihove obligacije drugoga reda

Ova činjenica upozorava na potrebu reformulacije metanormativnih načela razmatranih u Odsječku 1.3: obligacije drugoga reda O moraju se indeksirati imenima uloga za koje vrijede.²² Ako se uloga izdavatelja normi označi indeksom G, uloga podložnika normama sa s te uloga primjenitelja normi (suca) sa J, izborom iz metanormativnih načela dobiva se sljedeća reformulacija:

$Og(O_{sp} \wedge P_{sp})$	(Og.D)
$Os(O_{sp} \quad p)$	(Os.T)
$Oj(O_s(p \quad q) \wedge (O_{sp} \wedge O_{sq}))$	(Oj.K)

Čitanje se reformuliranih metanormativnih načela može iskazati u terminima modalne semantike. Naprimjer, (Oj.K) čitamo 'Logičke posljedice obligacija podložnika normama jesu njegove obligacije u svim svjetovima u kojima su zadovoljene obligacije primjenitelja normi'.

2.2 Savršeno svojstvo u odnosu na derogaciju

Dinamični fenomen revizije teorije prepoznat je najprije i najistaknutije unutar pravne tradicije. Uspostavljeno je nekoliko načela za razrješenje nor-

22 Na isto je upozorio i Yamada (2011: 63): "Formula oblika O,f znači da je za djelatnika i obvezatno učiniti da bude slučaj da 9. Iako indeksiranje deontičnih operatora skupom djelatnika nije standardno u deontičnoj logici, moramo moći razlikovati djelatnike kojima su zapovijedi upućene od ostalih ako želimo rabiti deontičnu logiku za razmišljanje o tome kako činovi zapovijedi mijenjaju situacije".

mativne inkonzistentnosti zahvaljujući određenju hijerarhijskih odnosa među skupovima normi na temelju njihove razine općenitosti (*lex specialis derogat legi generali*), vremenskoga prethođenja (*lex posterior derogat legi priori*) i pravne podređenosti (*lex superior derogat legi inferiori*).²³ Prema Kristan (2014), načela su normativnih sukoba "pravila o pravilima" koja nastaju promulgacijom i stoga pripadaju skupu normi. Gledano iz perspektive normama upravljano međudjelovanje, ova se pravila obraćaju ulozi primjenitelja zakona dajući mu metodu za ponovno uspostavljanje konzistentnosti. Postojanje normativnoga sukoba pokazuje da davatelj normi nije uspio zadovoljiti načelo višega reda, načelo konzistentnosti ili preciznije rečeno, vanjske konzistentnosti između skupova normi, međutim zahtjev za konzistentnošću još uvijek vrijedi za primjenitelja normi.

U najjednostavnijemu slučaju čiste derogacije "važenje jedne zakonske norme ukida se i ni jedna nova ne zauzima njezino mjesto," da upotrijebimo Kelsenov opis (1973: 269). Kristan (2014) tvrdi da u ovome slučaju gdje je jedna jedina norma x normativnoga sustava derogirana "novi skupovi A i $Cn(A)$ sastavljeni su od svih elemenata prijašnjih skupova, osim norme x " (i posljedica ovisnih o x). Ova tvrdnja nije općevaljana.

Najjednostavnija derogacija odgovara operaciji kontrakcije u AGM teoriji (Alchourrón, Gärdenfors i Makinson, 1985). Primjenjujući pojam AGM kontrakcije u normativnome kontekstu, dobivena je sljedeća definicija za operaciju čiste derogacije: sadržaj norme p skupa normi N derogiran je akko operacijom nastaje novi skup $N+p$ koji je najveći mogući podskup skupa M koji ne povlači za sobom p . Operacija čiste derogacije pododređena je s obzirom da će u tipičnome slučaju biti više od jednoga najvećega mogućeg podskupa M koji ne povlači za sobom p . Skup takvih skupova može se nazvati preostatkom skupa M oduzimanjem p , $J \setminus f _L p$. On sadrži sve i samo one skupove M , koji ispunjavaju sljedeće uvjete:

1. Uvjet očuvanja: novi skup normi nastao derogacijom podskup je izvornoga skupa, $M. \text{ } _L M$.
2. Uvjet nepovlačenja: novi skup ne povlači za sobom derogiranu normu, $p \text{ } _Z Cn(M)$.
3. Uvjet najveće moguće veličine: novi skup zadržava najveći mogući broj normi iz izvornoga skupa, ne postoji skup M' takav da $M. \text{ } _C M'$ $_L N$ i $p \text{ } _Z Cn(M')$.

Analogno operaciji kontrakcije, operacija $N+p$ čiste derogacije treba dodatnu operaciju izbora y za izabiranje člana iz preostatka: $N+p = y(A) _L p$. Poseban i uredan slučaj čiste derogacije javlja se kad su norme početnoga skupa

23 Aksiomi za složene hijerarhijske odnose nastale kombinacijom temelja dani su u Malec (2001).

normi međusobno neovisne, tj. kad ni jedna norma nije proizašla iz drugih, tj. $p \notin Cn(M - \{p\})$ za svaki $p \in M$. Samo u ovome posebnom slučaju vrijedi da čista derogacija ne zahtijeva odabir člana s obzirom na to da postoji točno jedan član preostatka skupa, naime $M - \{p\}$, (2.9).

Ako $p \notin Cn(M - \{p\})$ za sve $p \in M$, onda $A/V p = M - \{p\}$ (2.9)

U svjetlu moguće derogacije, neovisnost normi biva jednim od savršenih svojstava skupa normi, ono koje lišavanjem primjenitelja normi tereta izbora omogućuje "uniformnost sudske prakse". Ako skup normi nema svojstvo neovisnosti, onda bi čista derogacija mogla dovesti do zamjene uloga; bivajući prisiljenim izabrati između elemenata preostatka skupa, primjenitelj normi zapravo bi postao njihovim izdavateljem.

— Zahvala.— Priprema ovoga članka potpomognuta je subvencijom Filozofskoga fakulteta Sveučilišta u Splitu. Autori zahvaljuju anonimnim recenzentima na kritičkim čitanjima rukopisa i konstruktionim primjedbama.

S engleskog prevela Gabriela Bašić.

Bibliografija

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1998: The expressive conception of norms. *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Ur. L. Paulson and B. Litschewski-Paulson. New York: Oxford University Press. 383-410
- Carlos E. ALCHOURRÓN, Peter GÄRDENFORS & David MAKINSON, 1985: On the logic of theory change: Partial meet contraction and revision functions. *Journal of Symbolic Logic* 50 (1985) 2. 510-530.
- ARISTOTEL, 2000: *Nicomachean Ethics*. Preveo Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University Press.
- Johan van BENTHEM, 2010: *Modal Logic for Open Minds*. Chicago: University of Chicago Press.
- John BROOME, 2013: *Rationality Through Reasoning*. Malden: Wiley-Blackwell.
- Mark A. BROWN, 1992: Normal bimodal logics of ability and action. *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic* 51 (1992) 3-4. 519-532.
- Brian F. CHELLAS, 1980: *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lou GOBLE, 2009: Normative conflicts and the logic of 'ought'. *Noûs* 43(2009) 3. 450-489.
- Jürgen HABERMAS, 1984: *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. Boston: Beacon Press.
- Immanuel KANT, 1998 [1793]: *Religion Within the Boundaries of Mere Reason: And Other Writings*. Preveo i uredio Allen Woodand & G. Di Giovanni. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hans KELSEN, 1973: *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- Srećko KOVAČ, 2003: Some weakened Gödelian ontological systems. *Journal of Philosophical Logic* 32 (2003) 6. 565-588.
- Andrej KRISTAN, 2014: V bran izraznemu pojmovanju pravil. *Revus. Časopis za ustavnu teoriju i filozofiju prava* (2014) 22.

- Andrej KRISTAN, u tisku: In Defence of the Expressive Conception of Norms. *Problems of Normativity, Rules and Rule-following*. Ur. Michal Araszkievicz, Pawel Banas, Tomasz Gizbert-Studnicki i Krzysztof Pleszka. Dordrecht: Springer.
- Andrzej MALEC, 2001: Legal reasoning and logic. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 4 (2001) 17. 97-101.
- Talcott PARSONS, 1937: *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. New York: McGraw Hill Book Company.
- Krister SEGERBERG, 2003: Some Meinong/Chisholm theses. *Logic, Law, Morality (Thirteen essays in practical philosophy in honour of Lennart Aqvist)*. Ur. Krister Segerberg i Rysiek Sliwinski. Uppsala: Uppsala University. 67-77.
- Jan WOLENSKI, 2008: Applications of squares of oppositions and their generalizations in philosophical analysis. *Logica Universalis* 2 (2008). 13-29.
- Georg Henrik von WRIGHT, 1999: Deontic logic: a personal view. *Ratio Juris* 12 (1999) 1. 26-38.
- Tomoyuki YAMADA, 2011: Acts of requesting in dynamic logic of knowledge and obligation. *European Journal of Analytic Philosophy* 7 (2011) 2. 59-82.
- Berislav ŽARNIĆ, 2010: A logical typology of normative systems. *Journal of Applied Ethics and Philosophy* 2 (2010) 1. 30-40.
- Berislav ŽARNIĆ, 2011: Dynamic models in imperative logic. *Theory of Imperatives from Different Points of View*. Ur. Anna Brožek, Jacek Jadacki i Berislav Žarnić. Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Semper. 60-119.

Berislav Žarnić*
Gabriela Bašić**

Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction

Critical examination of Alchourrón and Bulygin's set-theoretic definition of normative system shows that deductive closure is not an inevitable property. Following von Wright's conjecture that axioms of standard deontic logic describe perfection-properties of a norm-set, a translation algorithm from the modal to the set-theoretic language is introduced. The translations reveal that the plausibility of metanormative principles rests on different grounds. Using a methodological approach that distinguishes the actor roles in a norm governed interaction, it has been shown that metanormative principles are directed second-order obligations and, in particular, that the requirement related to deductive closure is directed to the norm-applier role rather than to the norm-giver role. The approach has been applied to the case of pure derogation yielding a new result, namely, that an independence property is a perfection-property of a norm-set in view of possible derogation. This paper in a polemical way touches upon several points raised by Kristan in his recent paper.

Keywords: normative system, standard deontic logic, metanormative principles, derogation, G. H. von Wright

1 THE NORMATIVE SYSTEM AS A SET OF NORMS

In his recent work on normative conflict resolution, Andrej Kristan (forthcoming) adopted the theoretical approach to normativity introduced by Alchourrón and Bulygin (1998). According to the set-theoretic approach presented in Alchourrón and Bulygin (1998), any sentence p describing "doable" states of affairs is a normative sentence: obligatory if p belongs to the set of logical consequences of "explicitly commanded propositions", permitted if its negation $\neg p$ does not belong to the set, and prohibited if not permitted.¹ The metaphor for prescriptive use of language is that of putting something into a container (a proposition into the norm-set). The metaphor should not be stretched too far since sets unlike containers have no identity other than what is

* bzarnic@ffst.hr | Professor in Philosophy at the University of Split, Faculty of Humanities and Social Sciences.

** gbasic@ffst.hr | Assistant in Philosophy at the University of Split, Faculty of Humanities and Social Sciences.

1 The term 'doable states of affairs' is taken from von Wright (1999) and denotes 'states of affairs which can come to obtain as the result of human action'.

given to them by their membership and, consequently, adding sentences to an existing norm-set creates a new set.

The range of properties that a set of propositions can have is vast and there are two ways to define them: descriptively and normatively. For example, on the descriptive side, a norm-set need not exemplify consistency as a matter of fact but, on the normative side, it may be subordinated to the consistency requirement as a matter of value. Kristan, following Alchourrón and Bulygin, defines the normative system W in a descriptive way as a set of logical consequences of explicitly commanded propositions A : $M = Cn(A)$. There are, however, some problems with this definition which will need to be resolved.

1.1 Consistency and deductive closure

In classical logic, a set T of propositions is deductively closed just in case the negation of any non-member of the original set can be consistently added to it.² This fact is symbolically represented by the formula (1.1).³

$$T = Cn(T) \text{ iff } \pm \notin Cn(T \cup \{-p\}) \text{ for all } p \in T \quad (1.1)$$

The notions of consequence and consistency are interdefinable and are both about desirable properties. Is there a reason to regard deductive closure as a property more fundamental than consistency? In this paper we will try to show that there is no order of precedence between these properties. Let the set of contents of explicit commands be the starting point of our analysis. This set is devoid of any inherent logical properties and its creation is an *empirical fact* brought about by the use of language.⁴

Example 1. Goble (2009: 484-5) and Broome (2013: 121-2) disagree on the question whether a normative system containing the explicitly commanded proposition (i) 'There shall be no camping at any time on public streets' must also include the proposition (ii) 'There shall be no camping on public streets on Thursday night'. Only if the normative system is defined as a set of all logical consequences of explicit commands, must the answer be in the affirmative, but

- 2 For the left-to-right direction, suppose, for the purpose of a *reductio ad absurdum*, that the negation of a non-member cannot be consistently added to the deductively closed set. If so, then the non-member of the set is a consequence of it, which is impossible since it is deductively closed. For the right-to-left direction, suppose, for the purpose of a *reductio ad absurdum*, that an arbitrary sentence is a consequence of the set but not its member. If so, the negation of the sentence can be consistently added to the set, which is impossible if the sentence is a consequence of the set.
- 3 The formula $\pm \in X$ says that falsum \pm is an element in X or, in other words, that X is inconsistent. The negation of the former formula is $\pm \notin X$ and it says that X is consistent.
- 4 In Broome's (2013) theory of requirements, a code delivers a set of propositions closed under congruence, i.e., if a proposition belongs to the set, then so does any proposition equivalent to it. In our approach, all properties, including congruence, are abstracted away.

there are compelling reasons against it, as Broome shows. On the other hand, as Goble notes, the relation between (i) and (ii) concerns "one's reasoning with ought-statements". We will try to show here that both positions are correct.

1.2 Perfection properties and norm-sets

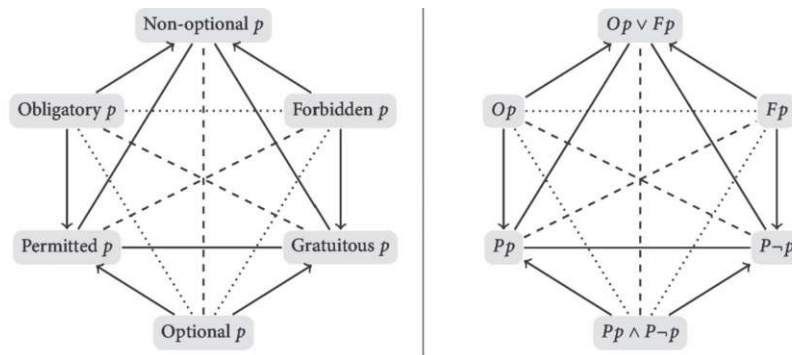
Extending von Wright's line of thought, we will show that deductive closure can be understood as one among other perfection-properties.

[C]lassic deontic logic, on the descriptive interpretation of its formulas, pictures a gapless and contradiction-free system of norms. A factual normative order *may* have these properties, and it may be thought desirable that it *should* have them. But can it be a *truth of logic* that a normative order has ("must have") these "perfection"-properties? Von Wright (1999: 32)

Standard or classical KD deontic logic accepts the interdefinability of the modal operators of obligation **O**, prohibition **F** and permission **P** as stated in (Def.) and graphically represented in Figure 1.⁵ KD deontic logic extends propositional logic with the necessitation rule (RN) and axiom schemata (K) and (D).

- Pp iff $\neg O\neg p$ iff $\neg Fp$. (Def.)
- If $\vdash p$, then $\vdash Op$. (RN)
- $O(p \wedge q) \wedge (Op \wedge Oq)$ (K)
- $Op \wedge Pp$ (D)

Figure 1: The hexagon of logical relations holding in standard KD deontic logic. The dotted line represents the contrariety relation, the dashed line represents contradiction, the full line represents subcontrariety, and the arrows represent subalternation (implication). Deontic concepts are expressed in natural language in the left hexagon while the right hexagon presents the corresponding formulas.



5 Wolenski (2008) has given a generalized account of squares, hexagons and octagons of logical relations, along with their applications to different domains of philosophical analysis.

1.2.1 Translating modal language to set-theoretic language

In Žarnić (2010), translation from the language of standard deontic logic without iterated operators is defined and it is proved that translated conditions of standard deontic logic describe the gapless, deductively closed and consistent type of norm-set AT. Our basic translations are similar to Alchourrón and Bulygin (1998) but with a slight difference in the definitia since 'membership in $Cn(A/)$ ' is now replaced by 'membership in the (possibly deductively unclosed) norm-set $A/^*$ ': $p \in A/$ for ' Op ', $\neg p \notin A/^*$ for ' Pp ', $\neg p \in A/$ for ' Fp '. In short, the connection between the set-theoretic notion of norm-set and the modal notion of obligation is given by the simple equation: $N = \{p \mid Op\}$. The following correspondences hold:

1. It follows from the translation of principle (Def.) on the interdefinability of deontic notions that any norm-set is gapless (complete), $Pp \vee O\neg p$, making each doable state of affairs either permitted or forbidden. When translated to set-theoretic language the definition (Def.) expresses a logical truth: $\neg p \notin A/^*$ or $\neg p \in NB$

2. The translation of the necessitation rule (RN) gives the claim that logical truths are included in a norm-set, $Cn(0) \in A/^*$, while the translation of (K) axiom schema requires closure under modus ponens: *If $p \bullet q \in N$ and $p \in M$, then $q \in M$* . Taken together, these two conditions are fulfilled iff a norm-set is deductively closed: $A/^* = Cn(A/^*)$.

3. The translation of the (D) axiom schema gives: *If $p \in M$, then $\neg p \notin M$* . This condition is fulfilled if a norm-set is free of contradiction, i.e. if it is consistent: $\pm \notin Cn(M)$.

On the descriptive side, it is empirically evident that the exemplification of any of these properties is a contingent matter. On the normative side, we must employ meta-normative principles or intuitions in order to evaluate whether some property ought to be encoded by a norm-set.

1.2.2 On the possibility of creating a norm-system by norm-promulgation

By its own definition, theory T is a deductively closed set, or symbolically: $T = Cn(T)$. Any deductively closed set T is infinite thanks to the inclusion of logical truths, whose number is not finite, or symbolically: $Cn(0) \in T$ and $|N| < |Cn(0)|$. Consequently, one who agrees to define a normative system as a set of command contents has an ontological obligation to concede that infinite objects exist, since normative systems are infinite sets, and also an epistemolo-

6 This condition can be rewritten in its general form as $p \notin M$ or $p \in M$.

gical obligation to investigate their knowability. If logical truths are subtracted from the set of consequences $Cn^*(T) = Cn(\neg) - Cn(0)$, the resulting set $Cn^*(T)$ in addition to T will contain relevant consequences, i.e., those elements whose deduction relies on a content from T .

Example 2. Imagine that the normative system M is created by the single command 'It is forbidden to see to it that something is the case if one desires it not to be the case' directed to a single actor i .⁷ Can actor i become aware of all and each norm from the set $Cn^*(W)$? Modal logic translation yields a conditional prohibition 'An actor is forbidden to see to it that something is the case ($F_{i:stip} p$) if she desires it not to be the case (D_{i-p})', or symbolically: (1.2). In the set-theoretic approach, the deontic operator is replaced by the membership relation between a command content and its norm-set. The content of the command is: 'If actor i desires that $\neg p$ then i does not see to it that p is the case', or symbolically: (1.3). The content describes what conformation with the norm looks like and so it belongs to the single command norm-set M , or symbolically: (1.4)⁸

$$D_{i-p} \wedge F_{i:stip} p \quad (1.2)$$

$$D_{i-p} \wedge \neg i:stip p \quad (1.3)$$

$$D_{i-p} \wedge \neg i:stip p \in M \quad (1.4)$$

If the variable p ranges over sentences of an infinite language \mathcal{L} , then it provides infinitely many sentences that can replace p in (1.4). So, the number of sentences in the set $Cn^*(M)$ will be infinite.

It is obvious that no normative source can complete the syntactic creation of an infinite set of command contents. Is it necessary to assume the existence of logical objects as infinite, deductively closed sets? The additional problem of deductive closure arises on the side of logic: is the consequence relation which defines a theory identical to the relation that defines the deductive closure of a norm-set? The thesis on the existence of a sui generis consequence relation in imperative language use (Žarnić 2011: 95) supports the rejection of the reduction of the consequence relation to the 'logic of observance' in the language of indicatives, just as Hans Kelsen claimed (Kelsen 1973: 254).

One can easily avoid ontological commitment to the existence of infinite norm-sets or logical commitment to the reduction of imperative-logic to indicative-logic by adopting the definition that a norm-set is merely a set of con-

7 This normative system can be interpreted as founded on Nietzsche's maxim "Be thyself!".

8 'Quine quotes' are used for forming the name of an expression. Their use can be omitted if there is no possibility of confusion, but in cases where the same formula is both used and mentioned, Quine quotes will be used.

tents of explicit commands, and the thesis that the deductive closure of a norm-set under some logic is a contingent property.

1.3 Metanormative principles

Von Wright (1999: 33) introduced the notion of "normative demands on normative systems" or the notion of 'the metanormative principle', as it will be called hereafter

[another way] /.../ is to view the ideas of completeness and freedom of contradiction as themselves *normative* ideas, as normative demands on normative systems. They could be called *meta-normative* principles. They are norms of *higher order*.

At first sight, it seems possible to understand meta-normative principles as claims that a norm-set ought to have a certain property and to express these claims in formal language by allowing embedded KD modalities. For the purpose of analysis of metanormative principles, the expressive power of formal language will be enriched by introducing S5 alethic modalities of necessity • and possibility O.⁹ Alethic modalities can be interpreted in different ways: as logical, as nomological, and as historical possibilities.¹⁰ The concepts are ordered by inclusion: historical possibility is a nomological possibility and nomological possibility is a logical possibility.

The following list contains some *prima facie* plausible metanormative principles, denoted by tags of their formal translations given below:

- A norm-set ought to be gapless: (O.def.).
- A norm-set ought to be deductively closed: (O.RN) with (O.K).¹¹
- A norm-set ought to be consistent: (O.D).
- A norm-set ought to be realizable: (O.OO).¹²
- A norm-set ought to be realized: (O.T).

The following formal modal expressions for the listed metanormative principles are obtained using new symbol O for the second-order obligation:

$O(Pp \vee O-p)$ (O.def.)

$O(dp * Op)$ (O.RN)

$O(O(p * q) * (Op * Oq))$ (O.K)

9 S5 logic can be axiomatized by rule of necessity: If $I- p$, then $I- Dp$, axiom schemata: (K) $m(p \bullet q) \bullet (Dp \bullet Dq)$, (T) $Dp \bullet p$, (4) $Dp \bullet \bullet Dp$, (5) $Op \bullet dOp$, and the definition: $Op \ll -d-p$.

10 Logical possibility is a world where laws of logic hold, nomological possibility is a world where logical and natural laws hold, and historical possibility is a nomological possibility that lies in the future of another nomological possibility.

11 If modality • is interpreted as logical necessity, then the meta-principle says that a given norm-set ought to include all logical truths.

12 Modality O can be interpreted as historical possibility in the remainder of the text.

$$\begin{aligned} 0(\mathbf{Op} * \mathbf{Pp}) & \quad (\text{O.D}) \\ 0(\mathbf{op} * \mathbf{op}) & \quad (\text{o.o.o}) \\ 0(\mathbf{Op} * p) & \quad (\text{O.T}) \end{aligned}$$

Since in the set-theoretic approach only first-order translations can be given, the approach will have to be extended in order to accommodate metanormative expressions. One suggestive solution is to treat metanormative expressions as claims that a given norm-set type belongs to a certain class of norm-set types. The translation for the first-order obligation \mathbf{Op} is 'p is a member of the norm-set A^p '. Almost analogously, the statement 'property p is a perfection property' and its extensional reformulation 'the set of norm-sets satisfying condition p is a member of the perfection-set' seem to provide a viable translation for the second-order obligation claim \mathbf{Op} . Let's call Perfect the set of sets of norm-sets sharing certain perfection properties. To say that a property p of norm-sets is a perfection property means to say that 'the set of norm-sets that satisfy condition p is an element in Perfect', or symbolically ' $\{A^p \mid M \text{ satisfies condition } p\} \in \text{Perfect}$ '.

Remark 3. If one accepts Gödel's assumption that the second order property of being a positive property creates an ultrafilter, then a set of norm-sets having all perfection properties must be non-empty. Let's call it Ideal. Let a be the set of norm-sets having a certain perfection property. Then the expression ' $a \in \text{Perfect}$ ' means the same as ' $\text{Ideal} \not\subseteq a$ '. An ultrafilter of a given set is a set of its subsets that is closed under intersection and superset relation, the empty set is not its element and for any set either the set or its complement is a member of the ultrafilter.¹³

Remark 4. Can a norm-set have the property of making each doable state of affairs either obligatory or forbidden? Let's call this property *the property of non-optionality* since it leaves no place for optional acts and forbearances. If a normative system is conceived as generated by deduction from a norm-set, then it should be noted that Gödel's incompleteness theorem implies the unsatisfiability of the condition $p \in \text{Cn}(M) \vee \neg p \in \text{Cn}(N)$ for a norm-set formulated in a language that is rich enough to express its own syntax (e.g., natural language). Since no normative system can satisfy this requirement, the property of non-optionality cannot be a perfection property under the Gödelian ontology of positive properties.

Next we proceed to the translation algorithm for the formulas where iterated deontic modalities of the same type are not allowed while first-order deontic modalities are allowed to occur within the scope of second-order ones.

13 For an investigation into Gödel's ontology of properties, see Kovač (2003).

Definition 5. Let $\mathcal{L} \bullet_{PL}$ be the language of alethic modal logic. Function T^1 translates formulas with first-order deontic modalities:

$$\begin{aligned} T^1(p) &= p \text{ if } p \in \mathcal{L}apL \\ T^1(Op) &= \ulcorner T^1(p) \urcorner \in M \\ T^1(Pp) &= \ulcorner T^1(\neg p) \urcorner \in M \\ T^1(\neg p) &= \neg T^1(p) \\ T^1((p * q)) &= (T^1(p) \quad T^1(q)) \end{aligned}$$

Definition 6. Function T^2 translates those formulas whose main operator is a second-order deontic modality:

$$\begin{aligned} T^2(Op) &= \{M \mid T^1(p)\} \in \text{Perfect} \\ T^2(Pp) &= \{M \mid \neg T^1(p)\} \in \text{Perfect} \end{aligned}$$

Example 7. Let p be a sentence with no occurrence of first-order or second-order modalities.

$$\begin{aligned} T^2(O(Op \quad Op)) &= \{Af \mid T^1(Op \quad Op)\} \in \text{Perfect} \\ &= \{Af \mid T^1(Op) \quad T^1(Op)\} \in \text{Perfect} \\ &= \{AA \mid T^1(p) \in AT \quad Op\} \in \text{Perfect} \\ &= \{Af \mid \ulcorner p \urcorner \in AT \quad Op\} \in \text{Perfect} \end{aligned}$$

The translation for the condition (O.OO) says that requiring only that which is possible is a perfection property of norm-sets.

Example 8. The translation for the condition (O.T) is much less plausible.

$$T^2(O(Op \quad p)) = \{Af \mid p \in N \quad p\} \in \text{Perfect}$$

This says that requiring only that which is the case is a perfection property of norm-sets and that is obviously not the intended translation for the principle *a norm-set ought to be realized*.

The unequal plausibility of the translations in examples (7) and (8) shows that second order obligations designated by the homonymous expression — 'ought to be' in 'a norm-set ought to be realizable' and in 'a norm-set ought to be realized' — do not belong to the same category.

1.3.1 Roman Law principle as a norm for the norm-giver

We aim to draw a conceptual distinction between types of second order obligations with respect to the roles of actors involved in norm promulgation, norm realization and norm application. First, let our attention be drawn to the first

type, namely to the normative context of norm promulgation, the obligations for the norm-giver. The so-called 'Roman Law principle' forbids the norm-giver to require non-doable acts since no-one can be obliged to do the impossible. It will be shown that from the standpoint of standard deontic logic the use of the term 'principle' is unjustified because the Roman Law principle will be satisfied by a normative system whose norms consistently select only that which is possible.

The content $Op - Op$ of the metanormative principle (O.OO) has played an important role in normativity theory. Aristotle's claim that in deliberation "If people meet with an impossibility, they give up" (Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1112b) can be understood as a contrapositive formulation of a related principle. In metanormative interpretation, the Aristotelian deliberation principle states that the impossible ought not to be the content of an intention. Closer to the (O.OO) principle comes the Roman Law principle *ultra posse nemo obligatur* (*ad impossibilia nemo tenetur, impossibilia nulla obligatio*), itself a predecessor of the 'ought' implies 'can' principle that Kant formulated and for which $Op - Op$ seems to be the direct translation.¹⁴ Nevertheless, the logic of the actor's ability differs from the logic of alethic possibility. Some theorems of alethic logic fail in the logic of ability. For example, the thesis *If something is the case, then it is possible*, $p - Op$, is valid in alethic logic but its ability counterpart is not: the thesis *If something is done, then it can be done* fails in the logic of ability.¹⁵ The metanormative principle with alethic modality is an over-generalization of these principles: whatever is forbidden because of alethic impossibility is also forbidden by the 'ought' implies 'can' principle, but the converse does not hold.

Terminologically speaking, the use of the term 'principle' is not correct in the context of principles (O.D) and (O.RN) since $Op - Op$ is a theorem that follows from $\bullet p - Op$ in conjunction with $Op - Pp$, i.e. from the contents of (O.D) and (O.RN). Two proofs, different in style, will be given for the fact.

Theorem 9. $Op - Op \in \text{Cn}(\{Dp - Op, Op - Pp\})$

Proof. First, let us give a deduction proof relying on the syntax of the language. From $Dp - Op$ and the definitions of deontic and alethic modalities we obtain the corollary: *If a state of affairs is permitted to be the case, then it is possible for it to be the case*, $Pp - Op$. Assume that p is obligatory, Op . Then p is permitted, Pp , according to axiom D. From the corollary it follows that p is possible, Op . Therefore, if a state of affairs is obligatory, then it is possible, $Op - Op$. Q.E.D.

14 There are numerous passages in Kant's works dealing with the principle. For example, in *Religion Within the Boundaries of Mere Reason* (1793), a succinct formulation is given as "duty commands nothing but what we can do" Kant (1998: 68).

15 Picking the queen of hearts out of a card deck does not imply the ability to do so; see Brown (1992).

Proof. Second, let us give a proof in semantic terms! The basic semantic idea of modal logic is that the truth value of a formula at a point of valuation depends on the formula's truth values at other valuation points accessible via an appropriate relation. The deontic accessibility relation, Dwv , connects the world w to its normative alternatives v in which the norm-set is realized, $M \models Q \ v$ for all $v \in \{v \mid Dwv\}$. Similarly, the alethic accessibility relation interpreted, say, as nomological possibility, Nwv , connects the world w to any of its alternatives v in which all logical and natural laws hold. For some modal formulas (Sahlqvist formulas), the corresponding first-order property of the accessibility relation can be computed using the Sahlqvist-van Benthem algorithm.¹⁶ It is known that $Op - Pp$ determines the seriality property of the deontic relation, $\forall x \exists y \ Dxy$. As stated above, this means that the given norm-set is consistent. Using the algorithm the following interrelation properties can be computed:

- $Op - 0p$ determines $\forall x \exists y (Dxy \wedge Nxy)$ interrelation property. It could be termed as the 'convergent seriality property of a relation pair' and it says that there is always a deontically accessible situation which is also nomologically possible. Or to use Professor's Segerberg's metaphor, *there are no tragic dilemmas* (Segerberg, 2003). A set of norms which exemplifies this property provides a possible and legal way out of any situation.

- $\bullet p - Op$ determines the subordination of the deontic relation under nomological $\forall x \forall y (Dxy - Nxy)$. A set of norms can be realized only in nomologically possible situations: if there is a legal way out of a situation, then this is also a possible way out.¹⁷

It is easy to see that if the deontic relation is serial and subordinated to the nomological, it must always have a point of convergence with it, a point where norms are realized in a nomologically possible world.¹⁸ Therefore, 'ought' implies 'can' is not a self-justifying principle but a consequence of other principles. Q.E.D.

16 Van Benthem defines the set of formulas algorithmically translatable to their first order equivalents in the following theorem: "Theorem 19. There exists an effective algorithm which translates all modal axioms of the form $A - B$ into corresponding first-order properties, where A is constructed from basic formulas $\bullet \bullet Dp$ using only $\wedge, \vee, 0$, B is 'positive': constructed from proposition letters with only $\wedge, \vee, 0, \bullet$," (van Benthem 2010: 106).

17 For the purpose of illustration let us use the Sahlqvist-van Benthem algorithm to determine correspondences. We start with (i) $Op - Op$ and apply standard translation in two steps: (ii) $VP \text{ ST}_x(dp - Op)$; (iii) $VP(\forall y(R_{Nxy} - Py) - \forall y(R_{Oxy} - Py))$. Then we determine the minimal valuation (iv) $Pu := R_{Nxu}$ and perform substitution: (v) $\forall y(R_{Nxy} - R_{Nxy}) - \forall y(R_{Oxy} - R_{Nxy})$. By simplification we get (vi) $T - \forall y(R_{Oxy} - R_{Nxy})$ and, finally, (vii) $\forall x \forall y (R_{Oxy} - R_{Nxy})$.

18 The formula $(\forall x \exists y Dxy \wedge \forall x \forall y (Dxy - Nxy)) - \forall x \exists y (Dxy \wedge Nxy)$ is a first-order logical truth.

2 NORMS AND SOCIAL INTERACTION

Two actor roles in communication are commonly recognized: the role of sender and the role of receiver, but, in a norm governed social interaction, besides the roles of norm-giver and norm-subject there is an additional role, the role of norm-applier. Communication is a kind of action, and that, according to Parsons' (1937) definition, means that the sender has an aim in a situation whose conditions and means are subordinated to normative requirements.¹⁹ The last condition in Parsons' definition of action points to its normative dimension. Similarly, Habermas equates the *social world* with the *normative context*.²⁰ The acts related to norms (promulgation, observance, application), as acts and social facts, must have their own normative contexts which, according to our hypothesis, are made explicit in their metanormative principles.

2.1 Normative contexts for norm related acts

As noted above, in a norm governed interaction there are three actor roles: the norm-giver, the norm-subject and the norm-applier role; and there are three types of norm related actions: norm-promulgation, norm-regulated action, norm-based judgement. In this kind of interaction, a norm-giver by norm-promulgation regulates the actions of a norm-subject whose observance of the norms is judged by a norm-applier.

First, we turn to the normative context of the norm-promulgation act. According to our interpretation, the language of KD logic is a description language and its axioms describe properties of norm-sets: the axiom *K* defines consequentiality and the axiom *D* defines consistency. If the promulgation of a norm-set is an act (in Parsons' sense) or a social fact (in Habermas' sense), then at least one of its properties is either permitted or forbidden. For example, if it is not considered desirable that a promulgated norm-set is inconsistent, then desirability of the consistency property constitutes the normative context for norm promulgation. This desirable property can be interpreted as a second-

19 Parsons' definition of action: "...an 'act' involves logically the following: (1) It implies an agent, an 'actor.' (2) For purposes of definition the act must have an 'end,' a future state of affairs toward which the process of action is oriented. (3) It must be initiated in a 'situation' of which the trends of development differ in one or more important respects from the state of affairs to which the action is oriented, the end. This situation is in turn analyzable into two elements: those over which the actor has no control, that is which he cannot alter, or prevent from being altered, in conformity with his end, and those over which he has such control. The former may be termed the 'conditions' of action, the latter the 'means.' Finally (4) there is inherent in the conception of this unit, in its analytical uses, a certain mode of relationship between these elements. That is, in the choice of alternative means to the end, in so far as the situation allows alternatives, there is a 'normative orientation' of action" Parsons (1937: 44).

20 Habermas writes: "A social world consists of a normative context that lays down which interactions belong to the totality of legitimate interpersonal relations" Habermas (1984: 88).

order obligation and can be expressed by the claim that a norm-set ought to be consistent, as stated in (O.D) above. As regards the question whether it is desirable that a norm-set has all of its deductive consequences, a negative answer seems inevitable since the production of an infinite text is not a doable act. Therefore, the desirability of consistency belongs to a category different from the desirability of consequentiality or deductive closure.

Second, let us investigate the normative context of norm observance. A specific type of desirability appears in the metanormative thesis (O.T), a thesis which can be plausibly interpreted as *Conformation to norms is desirable, Duty must be done, Norms ought to be realized*, and so on.²¹ As noted above, it is not plausible, however, to interpret the thesis as a claim about a desirable property of a norm-set since the claim *It is desirable that norms require only what is the case* results in a kind of normative collapse. Rather, the thesis can be understood as an observance principle since it shows that a norm is that which ought to be observed. From this perspective, there is an important difference between the two meta-norms: unlike the norm-giver, the norm-subject has no obligations with respect to the properties of norm-sets, and unlike the norm-subject, the norm-giver has no obligations with respect to the observance of norms.

Third, let us discuss the normative context of norm application. The norm-applier or judge decides on the deontic status of a state of affairs brought about by the norm-subject's act. Suppose that a norm-subject has brought about that p . The norm-applier has to determine the deontic status of p with respect to some norm-set N and can do so by two logically equivalent methods: either by adding p to M and testing the consistency of the extended set $A \cup \{p\}$ or by examining whether $\neg p$ is a consequence of N . According to the first method, if $H \cup \{p\}$ is not consistent, then p is forbidden, and if it is consistent, then p is permitted, as shown in (2.5) and (2.6). A similar case holds for the second method, as shown in (2.7) and (2.8).

$$\text{If } \pm e (A \cup \{p\}), \text{ then } Fp. \quad (2.5)$$

$$\text{If } \pm g (N \cup \{p\}), \text{ then } Pp. \quad (2.6)$$

$$\text{If } \neg p e Cn(A), \text{ then } Fp. \quad (2.7)$$

$$\text{If } \neg p g Cn(N), \text{ then } Pp. \quad (2.8)$$

The norm-applier performs deduction but there is no "normative system", no deductively closed set $Cn(N)$ that needs to precede or can result from the thus

21 B. Chellas approves the use of the second order obligation within the thesis OU. $O(OA \bullet A)$ or O.T in our notation: "Note that OU is a theorem of deontic S5 /.../ The schema expresses the thesis that it ought to be the case that whatever ought to be the case be the case. It is a much discussed principle in deontic logic, because it is one of the few plausible cases of a theorem of the form OA in which A is non-trivial ..." (Chellas 1980: 193).

obtained determination of the deontic status of the state of affairs brought about by a norm-subject act or by forbearance. Although the second-order requirement of deductive closure or the consequentiality principle does not define the perfection-property of an empirical norm-set, it does define the metanormative context for the norm-applier. The consequentiality principle shows that normative judgements ought to obey the laws of logic.

Directed second-order obligations. Different metanormative principles are attached to different roles in norm-governed interaction. While norms are always directed to norm-subjects, second-order obligations can be differentiated by their addressees as shown in Table 1. This fact indicates the need to reformulate the metanormative principles discussed in Section 1.3: second-order obligations *O* must be indexed by their holders' names.²² If the norm-giver role is denoted by the index *g*, the norm-subject role by *s* and the norm-applier (judge) role by *j*, the selection of metanormative principles obtains the following reformulation:

$$\begin{array}{ll}
 O_g (O_{sp} * P_s p) & (O_g.D) \\
 O_s (O_{sp} \ p) & (O_s.T) \\
 O_j (O_s(p \ q) \ (O_{sp} \ O_{sq})) & (O_j.K)
 \end{array}$$

The reading of reformulated metanormative principles can be given in terms of modal semantics. For example, (O_j.K) reads 'The logical consequences of the norm-subject's obligations are norm-subject obligations in all the worlds where the norm-applier's obligations are satisfied'.

Table 1: The different roles in norm governed interaction and their second-order obligations.

RoLES in norm governed interaction	Their second-order obligations:
NORM-GIVER <i>g</i>	ought to create norm-sets with perfection properties
NORM-SUBJECT <i>s</i>	ought to observe norms
JUDGE <i>j</i>	ought to apply norms

22 The same point has been made by Yamada (2011: 63): "The formula of the form *Oif* means that it is obligatory upon agent *i* to see to it that *f*. Although indexing of deontic operators with a set of agents is not standard in deontic logic, we need to be able to distinguish agents to whom commands are given from other agents if we are to use deontic logic to reason about how acts of commanding change situations".

2.2 A perfection-property related to derogation

The dynamic phenomenon of theory revision has been first and foremost recognized within the legal tradition. Several principles for the resolution of normative inconsistency have been established thanks to the determination of hierarchical relations between norm-sets on the grounds of their generality level (*lex specialis derogat legi generali*), temporal precedence (*lex posterior derogat legi priori*) and legal subordination (*lex superior derogat legi inferiori*).²³ According to Kristan (forthcoming), the principles of normative conflict are "rules about rules" which are generated by promulgation and thus belong to a norm-set. Viewed from the perspective of norm-governed interaction, these rules address the role of the norm-applier, giving a method for consistency restoration. Normative conflict shows that the norm-giver has failed to satisfy the higher-order principle of consistency or, more precisely, external consistency between norm-sets, but the requirement of consistency still holds for the norm-applier.

In the simplest case of pure derogation "the validity of a legal norm is repealed and no new one takes its place," to use Kelsen's (1973: 269) description. Kristan claims that in this case where a single norm x of a normative system is derogated "the new sets A and $Cn(A)$ are composed of all the elements of the previous ones, except x " (and the consequences depending on x). This claim is not generally valid.

The simplest derogation corresponds to the contraction operation in AGM theory (Alchourrón, Gärdenfors, and Makison, 1985). Applying the notion of AGM contraction to the normative context, the following definition for the operation of pure derogation is obtained: a norm-content p of a norm-set M is derogated iff the operation results in a new set $M+p$ which is a maximal subset of M that does not entail p . The operation of pure derogation is sub-determined since, typically, there will be more than one maximal subset of M not entailing p . The set of such sets can be called the remainder set of M by p , $M _L p$. It contains all and only those sets M . that satisfy the following conditions:

1. The preservation condition: a new norm-set resulting from derogation is a subset of the original set, $M. _L M$.
2. The non-entailment condition: a new set does not entail the derogated norm, $p _i Cn(M)$.
3. The maximality condition: a new set retains the maximal number of norms from the original set, there is no M' such that $M. _c A4' _L M$ and $p _i Cn(M')$.

²³ The axioms for complex hierarchical relations resulting from combinations of grounds are given in Malec (2001).

Analogously to the contraction operation, the operation A/Vp of pure derogation needs an additional choice operation γ to pick a member of the remainder set: $A/Vp = \gamma(A/' _L p)$. The special and neat case of pure derogation arises when the norms of the initial norm-set are independent, i. e. when no norm from the set is entailed by the rest, i. e. $p \notin Cn(N - \{p\})$ for all $p \in Af$. Only in this special case does it hold that pure derogation imposes no need to choose since there is exactly one member in the remainder set, namely $N - \{p\}$, (2.9).

$$\text{If } p \notin Cn(M - \{p\}) \text{ for all } p \in M, \text{ then } M+p = M - \{p\} \quad (2.9)$$

In view of possible derogation, independence turns out to be another perfection property of a norm-set, one that by relieving the burden of choice from the norm-applier enables "uniformity of judicial practice". If a norm-set does not have the independence property, then pure derogation could lead to the switching of roles: by being forced to choose between the elements of the remainder set, the norm-applier actually becomes the norm-giver.

— **Acknowledgments.**— *The preparation of this paper has been supported by a grant from the Faculty of Humanities and Social Sciences-University of Split. The authors would like to thank the anonymous referees for critical reading of the manuscript and constructive suggestions.*

Bibliography

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1998: The expressive conception of norms. *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Eds. L. Paulson and B. Litschewski-Paulson. New York: Oxford University Press. 383-410.
- Carlos E. ALCHOURRÓN, Peter GÄRDENFORS, and David MAKINSON, 1985: On the logic of theory change: Partial meet contraction and revision functions. *Journal of Symbolic Logic* 50 (1985) 2. 510-530.
- ARISTOTLE, 2000: *Nicomachean Ethics*. Transl. by Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University Press.
- Johan van BENTHEM, 2010: *Modal Logic for Open Minds*. Chicago: University of Chicago Press.
- John BROOME, 2013: *Rationality Through Reasoning*. Malden: Wiley-Blackwell.
- Mark A. BROWN, 1992: Normal bimodal logics of ability and action. *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic* 51(1992) 3-4. 519-532.
- Brian F. CHELLAS, 1980: *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lou GOBLE, 2009: Normative conflicts and the logic of 'ought'. *Noûs* 43(2009) 3. 450-489.
- Jürgen HABERMAS, 1984: *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. Boston: Beacon Press.
- Immanuel KANT, 1998: *Religion Within the Boundaries of Mere Reason: And Other Writings* [1793]. Transl. and Ed. by Allen Wood and George Di Giovanni. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hans Kelsen, 1973: *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- Srećko KOVAČ, 2003: Some weakened Gödelian ontological systems. *Journal of Philosophical Logic* 32(2003) 6. 565-588.
- Andrej KRISTAN, forthcoming: In defence of the expressive conception of norms. *Problems of Normativity, Rules and Rule-following*. Eds. Michal Araszkiewicz, Pawel Banas, Tomasz Gizbert-Studnicki, and Krzysztof Pleszka. Dordrecht: Springer.
- Andrzej MALEC, 2001: Legal reasoning and logic. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 4 (2001) 17. 97-101.

- Talcott PARSONS, 1937: *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. New York: McGraw Hill Book Company.
- Krister SEGERBERG, 2003: Some Meinong/Chisholm theses. *Logic, Law, Morality (Thirteen essays in practical philosophy in honour of Lennart Aqvist)*. Eds. Krister Segerberg & Rysiek Sliwinski. Uppsala: Uppsala University. 67-77.
- Jan WOLENSKI, 2008: Application of squares of oppositions and their generalizations in philosophical analysis. *Logica Universalis* 2 (2008). 13-29.
- Georg Henrik von WRIGHT, 1999: Deontic logic: a personal view. *Ratio Juris* 12 (1999) 1. 26-38.
- Tomoyuki YAMADA, 2011: Acts of requesting in dynamic logic of knowledge and obligation. *European Journal of Analytic Philosophy* 7(2011) 2. 59-82.
- Berislav ŽARNIĆ, 2010: A logical typology of normative systems. *Journal of Applied Ethics and Philosophy* 2(2010) 1. 30-40.
- , 2011: Dynamic models in imperative logic. *Theory of Imperatives from Different Points of View*. Eds. Anna Brožek, Jacek Jadacki and Berislav Žarnić. Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Semper. 60-119.

Miodrag Jovanović*

Preispitivanje pojma međunarodnog prava - o metodološkim aspektima

Ovaj rad se bavi metodološkim aspektima obnovljenih pravno-filozofskih nastojanja da se preispita pojam međunarodnog prava. Posle kratkog osvrtu na istoriju pravne filozofije i ključne tačke Hartovog i Kelzenovog pozitivističkog stanovišta, u radu se dalje ispituje na koji način se savremene pravne teorije, kako u pozitivističkoj, tako i u ne-pozitivističkoj tradiciji, bave međunarodnim pravom. Poslednji deo rada predstavlja pokušaj da se skiciraju određene smernice za novi početak u filozofskoj obradi međunarodnog prava. Prvo, istorija rasprava u ovoj oblasti svedoči o tome da su metodološki pravni teoretičari u pravu kada tvrde da nam utvrđivanje odgovarajućeg metoda pomaže u odgovoru na pitanje šta je pravo. Drugo, imajući na umu stalno promenjivu prirodu međunarodnog prava, odgovarajući metodološki pristup zahteva „evolucionarnu epistemologiju“ (D'Amato), koja teško da se može nazvati obeležjem analitičke jurisprudencije. Najzad, takva epistemologija je na kompleksan način povezana sa našim istraživanjem šta međunarodna pravda ili, bar, šta međunarodna „unutrašnja moralnost“ zahteva.

Ključne reči: međunarodno pravo, metodologija, međunarodna pravda, Hart, Kelzen

1 UVOD - ULOGA METODOLOGIJE U NASTAJANJU JURISPRUDENCIJE KAO SAMOODRŽIVE DISCIPLINE

Započecu ovaj rad iznoseći neke potencijalno trivijalne teze. Svaka naučna disciplina sastoji se iz predmeta svog proučavanja, sopstvenih istraživačkih metoda i sadržaja dostignutog znanja. Odnos između ova tri elementa je, najblaže rečeno, zamršen. Na primer, da bi jedna disciplina započela svoj život, ona mora da se osloni na izvesno prethodno znanje o predmetu svog istraživanja; sam predmet, s druge strane, u velikoj meri određuje obim raspoloživih istraživačkih metoda, isto kao što primenjena metodološka sredstva utiču na nagomilano disciplinarno znanje. Budući da jedan isti predmet može da bude izučavan u okviru različitih disciplina, uobičajeno je da upravo metodologija istraživanja služi kao *differentia specifica* date discipline. Pravo, na primer, očigledno predstavlja jedan takav predmet koji mogu da proučavaju različite discipline, kao što su ekonomija, antropologija ili politička teorija. Stoga se nastanak jurisprudencije (shvaćene kao pravna filozofija) kao autonomne istraživačke discipline često povezuje sa težnjom da se utemelji samosvojna pravna metodologija, koja

* miodrag@ius.bg.ac.rs | Profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

bi ovu disciplinu odvojila od ostalih naučnih disciplina. U faznoj kategorizaciji razvoja pravnofilozofskog mišljenja, ova faza se obično smešta u period od 17. do 19. veka, koji se smatra periodom nastanka klasične angloameričke analitičke jurisprudencije. Autori koji se povezuju sa ovom fazom jesu Hobs, Bentam i Ostin.¹

Filozofske rasprave o pravu svakako nisu započele sa ovim autorima, ali ono zbog čega se oni slave, bar u određenim naučnim krugovima, jeste to što su težili - naročito dvojica poslednjepomenutih autora - da ustanove metodološke parametre za proučavanje prava koji bi odoleli negativnim uticajima drugih grana filozofije i teologije. Den Pril je nedavno uverljivo pokazao da se, uprkos spornim vezama između naučnog (posebno logičkog) pozitivizma i pravnog pozitivizma, ova pravnofilozofska tradicija može precizno označiti kao „pozitivistički“ pravni pozitivizam, pre svega zbog njene metodološke orijentacije ka *scijentizmu*. Prema ovom metodološkom stanovištu, „znanje bi trebalo da se stiče upotrebom naučnih *metoda* i *ciljeva*, naročito onih koji se odnose na prirodne nauke. Glavni cilj naučne metode jeste da obezbedi objektivni opis i objašnjenje pojava u svetu”.² U tom smislu, pomenuti rani pravni pozitivisti, kao i nekolicina njihovih dvadesetovekovnih sledbenika, poput Alfa Rosa, najistaknutijeg predstavnika skandinavskog pravnog pozitivizma, i Hansa Kelzena, osnivača Čiste teorije prava, uglavnom su bili zaokupljeni introspektivnim, meta-teorijskim zadatkom da se utvrdi šta znači filozofirati o pravu. Prema njihovom mišljenju, ovo pitanje se u velikoj meri svodilo na razjašnjavanje naučne prirode pravnog istraživanja. Naučna strogost novonastajuće jurisprudencije obično je navođena kao nešto što stoji nasuprot navodno „besmislenim“ i metafizičkim, tj. anti-empirijskim spekulacijama prirodnopravne teorije.³

1 "Može se reći da je angloamerička *analitička* jurisprudencija započela sa Hobsom a da je svoj vrhunac dostigla u devetnaestom veku u radovima britanskog pravnika Džona Ostina i njegovih sledbenika sa engleskog govornog područja". Summers (1966: 862). Ovaj period se i u najuticajnijoj kontinentalnoj tradiciji, a to je nemačka, takođe označava kao period rađanja pravne nauke kao nezavisne i autonomne discipline. *Vidi*, Brockmöller (1997).

2 Priel (2012: 279). Ostala obeležja „pozitivističkog“ pravnog pozitivizma jesu: materijalizam, anti-istoricizam i minimalna uloga jezičke analize u davanju objašnjenja. Priel (2012: 279-280).

3 U više navrata, i Bentam i Ostin su neke poznate teze prirodnopravne teorije nazivali „besmislenim“. Tako je Bentam ostao upamćen po tome što je „prirodna prava“ okarakterisao kao „besmislicu na kub“ („nonsense upon stilts“). Ovom „jeziku terora“ zatim je suprotstavljen „jezik razuma i jasnog smisla“. Bentham (1987).

Slično tome, Ostin je stanovište prirodnog prava koje glasi da „ljudski zakoni koji su u suprotnosti sa božanskim pravom nisu obavezujući, to jest, uopšte i nisu zakoni“ nazvao „čistom besmislicom“. Austin (1995: 158). Ros je tvrdio da ono što se podvodi pod filozofiju prirodnog prava jeste „puka metafizička spekulacija koja nije naučno zasnovana“. Ross (1959: 25). Kelzen takođe govori o „metafizičkoj spekulaciji“ prirodnopravne teorije, koja bi trebalo da ustupi mesto empirizmu njegove Čiste teorije prava. Kelsen (1988: 231).

Pravni pozitivisti iz sredine 20. veka u velikoj meri napuštaju opštu metodološku sklonost prethodne struje zamenjujući spoljašnje posmatranje unutrašnjim razumevanjem. Prema ovom novousvojenom stanovištu, „pošto ne postoji način da se razlozi za delovanje 'prevedu' na kauzalni opis, to je svaki pokušaj da se pruži naučno objašnjenje ljudskog delovanja osuđen na propast”.⁴ Iz tog razloga, Raz odbacuje Kelzenov scijentizam kao „nesumnjivo pogrešan”. Metode se moraju prilagoditi predmetu proučavanja, a ukoliko ga „nije moguće proučavati na 'naučan' način, onda njegovo proučavanje ne bi trebalo da teži da bude naučno”.⁵ Umesto toga, Hartovo „interno stajalište”⁶ postaje nova paradigma u pristupu pravnih pozitivista.⁷ To ni u kom slučaju ne znači da se u ovom pravcu pravnog pozitivizma odustalo od naučnih ciljeva neutralnosti, objektivnosti i tačnosti. Stoga bi bilo pošteno reći da je „Hart nastojao da se u metodološkom smislu zaustavi na pola puta kako bi izbegao zamke [naučnog, M. J.] pozitivizma ali bi takva pozicija, smatrao je on, bila u dovoljnoj meri naučno rigorozna da obezbedi objektivni opis stvarnosti.”⁸

Iako su im mišljenja podeljena kada je reč o pitanju da li jurisprudencija, metodološki govoreći, potpada pod okrilje prirodnih ili društvenih nauka, svi pravni pozitivisti su saglasni da treba odbaciti metode evaluacije i normativnog opravdanja, koji se obično povezuju sa teorijom prirodnog prava. Pozitivisti se, međutim, razilaze u pogledu pitanja da li postoji *određena* metodologija jurisprudencije, odnosno da li normativni pristupi predmetu tj. oni koji se tiču njegove evaluacije i opravdanja, mogu takođe da dobiju status zasebnih grana jurisprudencije ili je, pak, reč o potpuno različitim disciplinama koje se moraju odvojiti od pravne filozofije.⁹

4 Ostala obeležja ovog „anti-pozitivističkog” pravnog pozitivizma jesu holizam, istoricizam i pripisivanje centralne uloge analizi jezika u objašnjavanju ljudskog delovanja. Pril povezuje ovo stanovište sa Hartom, Razom i njihovim sledbenicima. Priel (2012: 280-281).

5 Raz (2009: 297).

6 Hart (2013: 148).

7 Nije, međutim, sasvim jasno šta se u metodološkom smislu tačno podrazumeva pod „internim stajalištem”. Za argument protiv poistovećivanja „internog stajališta” sa „stajalištem insajdera”, *vidi*, Shapiro (2006: 1157-1170).

8 „On se klonio kako subjektivnosti humanističkog 'narativnog' objašnjenja - u kojem svako ima svoje viđenje priče, gde ne postoji način da se kaže ko je u pravu - tako i onoga što je smatrao neprimerenim objašnjavanjem, pod kojim je imao na umu naučno 'spoljašnje' objašnjenje.” Priel (2012: 316-317).

9 Kelzen, recimo, pravi jasnu razliku između jurisprudencije kao pravne nauke i pravne politike. Dok ova prva „pokušava da odgovori na pitanje šta i kako pravo *jeste*”, ova druga usredsređena je na pitanje „kakvo bi ono trebalo da bude”. Kelsen (1967: 1). S druge strane, Hart kaže: „Ne smatram da je analitička jurisprudencija ekskluzivna u odnosu na druge oblike jurisprudencije. Ima, naravno, prostora i za druge pristupe”. Hart (1957: 974). Lesli Grin je još izričitiiji: „Nijedan pravni filozof ne može da bude samo pravni pozitivist. Zaokružena teorija prava mora takođe da objasni koje stvari bi eventualno mogle da se okarakterišu kao kriterijumi pravnosti (mora li pravo da bude efikasno ili elegantno, kao i pravedno?); koju ulogu bi pravo trebalo da ima u donošenju presuda (da li bi važeće pravo uvek trebalo da

2 PRAVNOFILOZOFSKA OBRADA MEĐUNARODNOG PRAVA

Razlika koja se danas pravi između međunarodnog i unutrašnjeg prava u izvesnoj meri podseća na razliku koja se u antičkom dobu pravila između prirodnog i pozitivnog prava, utoliko što je potonja podela bila napravljena, između ostalog, i na osnovu kriterijuma prostorne sfere važenja ta dva sistema pravnih pravila. Tako, po Aristotelovom viđenju, prirodno (*physikon*) pravo predstavlja pravo sa univerzalnom snagom, dok je pozitivno (*nomikon*) pravo ono koje se konvencionalno ustanovljava za potrebe izvesne političke zajednice.¹⁰ Doktrina prirodnog prava, međutim, dobila je punu potvrdu sa filozofijom stoicizma, koja u centar istraživanja više nije stavljala *polis* već *kosmopolis*. Stoici su tvrdili da je kosmos polis, „jer je u kosmosu uspostavljen savršen poredak putem prava, koje predstavlja ispravan razum.“¹¹ Shodno tome, oni su smatrali da se argument u korist prirodnog prava zasniva na tvrdnji da postoji skup pravila čije je važenje, zbog njihovog sadržaja, univerzalno i odnosi se na sve političke zajednice i sva ljudska bića.

Stoici su uspeli da izvrše uticaj na kasnije teorije prirodnog prava, naročito na one iz rimskog perioda.¹² Ciceronovo tumačenje ideja stoika predstavljalo je, s druge strane, značajan izvor inspiracije za Huga Grocijusa kada je pisao spis *De iure belli ac pacis*, koji se smatra jednim od kamena temeljaca novonastajuće discipline međunarodnog prava. U isto vreme, ovo delo može da se posmatra kao tipičan primer rane racionalističke teorije prirodnog prava.¹³ Tako je pravo naroda, to jest, međunarodno pravo, od samog početka bilo usko povezano sa doktrinom prirodnog prava.

Ovo se u određenoj meri odnosi i na začetnika moderne angloameričke jurisprudencije, Tomasa Hobsa.¹⁴ S jedne strane, za ovog autora se obično kaže da je „sam sebi oduzeo svaku mogućnost da shvati prirodu međunarodnog prava“,

se primenjuje?); na osnovu čega moramo da poštujemo pravo (postoji li obaveza da se ono poštuje?); kao i da odgovori na suštinsko pitanje - kakve zakone treba da imamo i da li uopšte treba da imamo pravo.“ Green (2007).

10 "Državno pravo je dvojako: prirodno i pozitivno. Prirodno je ono koje svuda ima istu važnost, a ne zavisi od toga da li je usvojeno ili nije. Pozitivno je ono pravo za koje je prvobitno bilo sporedno da li je glasilo ovako ili onako, ali to više nije otkako je zakonski ustanovljeno". Aristotel (1970: 129). Drugi kriterijum podele odnosio se na vremenski aspekt važenja. Stoga se „univerzalno pravo ne menja /.../ jer to je pravo prirode, a pisani zakoni se često menjaju.“ Aristotle (2010: 67).

11 Kleingeld & Brown (2013).

12 *Vidi*, Baltzly (2010).

13 Grotius (1925).

14 „Za Hobsa i njegove savremenike, glavni izvor promišljanja o odnosima između država poticao je iz prirodnopravne tradicije - to jest, tradicije moralne teologije koja je bila pod jakim uticajem hrišćanstva“. Newey (2008: 160).

time što je pravo definisao kao zapovest suverena.¹⁵ Kako međunarodni suveren ne postoji, to se ne može govoriti ni o kakvom (pozitivnom) međunarodnom pravu. S druge strane, Hobs pominje „međunarodni zakon“ („law of nations“), izričito tvrdeći da su taj zakon i „prirodni zakon jedno isto“.¹⁶ Iako zakoni prirode, to jest „diktati razuma“ nisu zakoni *stricto sensu*, pojedini autori ipak smatraju da treba pribeci ekstenzivnijem čitanju Hobsa koje bi vodilo zaključku da ne samo da pomenuti zakoni u međudržavnom prirodnom stanju moraju da budu efikasniji od onih koji postoje među ljudima,¹⁷ već i da se iz njih mogu logički izvesti i neka konkretnija pravila i obaveze međunarodnog postupanja.¹⁸

Odmah nakon što je jurisprudencija uspela da se konstituiše kao samoodrživa disciplina, time što je, između ostalog, odbacila ključne metodološke postulate prirodnopravne doktrine, status međunarodnog prava kao predmeta pravnofilozofskog izučavanja postao je ugrožen. Pri tom, činilo se da metodološke dileme imaju drugorazredni značaj u odnosu na ontološko pitanje da li postoji išta što bi se pod nazivom „pravo naroda“ moglo podvesti pod predmet proučavanja jurisprudencije. Bentam je bio prvi koji je u pogledu toga iskazao sumnju. Razlikujući pet kriterijuma za dalju podelu različitih grana ekspozitorne (*expositorial*) i cenzorske (*censorial*) jurisprudencije,¹⁹ on kao jedan od njih navodi *politički kvalitet* osoba čije postupanje zakoni treba da regulišu.²⁰ Ovde

15 Passerin d'Entreves (1967: 111).

16 On dalje ističe da „isti onaj zakon koji diktira ljudima što ne stoje ni pod kakvom državnom vlašću šta da čine, a šta da izbegavaju u svojim međusobnim odnosima, diktira to isto i državama“. Hobs (1991: 341).

17 Ovaj argument proizilazi iz sledećeg pasusa: „Funkcija suverena /.../ sastoji se u cilju radi koga mu je poverena suverena vlast, a to je staranje o bezbednosti naroda. On je obavezan da se o tome stara po prirodnom zakonu.“ Hobs (1991: 324). Shodno tome, „zbog naloga koji kaže da bi suvereni trebalo da nastoje da očuvaju *salus populi*, narodi bi trebalo da budu naklonjeniji poštovanju prirodnog prava od pojedinaca u prirodnom stanju.“ Akashi (2000: 212).

18 Akaši govori o principu jednakosti suverenih država, o pravu na samoočuvanje i samoodbranu, o principu nemešanja u unutrašnje stvari drugih država, kao i o principima koji proizilaze iz jedne opštije obaveze „izbegavanja ratnog stanja i postizanja mira“, kakvi su, na primer, „nepovredivost izaslanika, priznavanje obavezne snage ugovora (*pacta sunt servanda*), prihvatanje *kompromisa* i odluke o arbitraži, itd.“ Akashi (2000: 213-214).

19 Prema mišljenju Bentama, ključna metodološka razlika koju treba povući jeste ona između potrage za odgovorom na pitanje šta je pravo („ekspozitorna jurisprudencija“) i potrage usredsređene na pitanje da li postojeće pravo mora da bude u skladu sa određenim pretpostavljenim standardom („cenzorska jurisprudencija“). Bentham (2000: 234). Ovaj bentamovski projekat višestrukih aspekata pravne nauke još uvek nije odbačen, i on se, doduše pod različitim nazivima, još uvek može pronaći u novijim radovima. Na primer, jedan od savremenih nemačkih pravnih pozitivista, Štefan Kirste, takođe govori o tri sastavna dela pravne filozofije. Prvi je „teorija pravne nauke“ (*Theorie der Rechtswissenschaft*), koja je usredsređena na pitanje „naučnosti“ jurisprudencije. Ostala dva su „pravna teorija“ (*Rechtstheorie*), koja se bavi pitanjem pojma i forme prava, i „pravna etika“ (*Rechtsethik*), koja se bavi evaluacijom, odnosno pravičnošću pozitivnog prava. Kirste (2010).

20 Ostala četiri su: *delokrug* dotičnih zakona u pogledu sfere važenja, na osnovu čega se pravi razlika između „lokalne“ i „univerzalne“ jurisprudencije; *vreme* u kojem su zakoni na snazi,

reč može da bude o pripadnicima iste države ili pripadnicima različitih država. Ipak, samo je „međusobno poslovanje između suverena, kao takvih ... predmet proučavanja one grane jurisprudencije koja se jedina ispravno može nazvati *međunarodnom*.” Uprkos tome što nije imao nikakve dileme u pogledu delokruga jedne takve pravnofilozofske discipline, Bentam je mnogo više sumnje iskazivao u pogledu postojanja njenog predmeta - „U kojoj meri je prikladno propise u vezi sa ponašanjem lica na koje se odnosi ovaj opis nazvati *zakonima* - pitanje je na koje se ne može odgovoriti dok se detaljnije ne ispita priroda stvari koja se naziva *zakonom*”.²¹

Njegov sledbenik, Ostin, bio je još izričtiji u tom pogledu.²² Iako je hvalio autore poput fon Martensa, koji je pravio jasnu razliku između prirodnog međunarodnog prava, shvaćenog kao međunarodni moral, i pozitivnog međunarodnog prava, čiji izvor mogu da budu ili običaji ili ugovori,²³ Ostin je ostao upamćen po tvdnji da „pravo naroda” treba podvesti pod kategoriju „pozitivnog morala, a ne pozitivnog prava”.²⁴ Preciznije rečeno, u njegovoj taksonomiji zakona, u kojoj se izvesna pravila „prikladno”, a izvesna „neprikladno” nazivaju zakonima (*laws properly and improperly so called*), međunarodno pravo pripada klasi pravila koja su „u bliskoj analogiji sa ljudskim zakonima”.²⁵

3 KELZEN I HART O MEĐUNARODNOM PRAVU

Iako pripadaju različitim pravcima pravnog pozitivizma, i Kelzen i Hart su pokušavali da rasvetle međunarodno pravo, kao da su bili svesni upozorenja da „nijedna pravna teorija ne može da se smatra zadovoljavajućom sve dok se ne pozabavi problematičnim položajem međunarodnog prava u oblasti prava”.²⁶ Ono što im je takođe zajedničko odnosi se na primenu iste pojmovne aparature njihovih teorija koja je inicijalno bila osmišljena za paradigmatičan slučaj unutrašnjeg prava. Kelzen je, međutim, kao što je poznato, posvetio mnogo više prostora međunarodnom pravu kao predmetu pravnofilozofskog proučavanja.

što je kriterijum za razlikovanje „drevne” i „žive” jurisprudencije; način na koji su zakoni *izraženi*, koji bi se odnosio na različit pravnofilozofski tretman običaja i zakona, za šta Bentam nije nalazio dovoljno opravdanja; konačno, kriterijum *kažnjavanja*, koji generiše razliku između „građanske” i „krivične” jurisprudencije. Bentham (2000: 234-238).

21 Bentham (2000: 236).

22 Upoređujući ova dva autora, Meredithova zapaža sledeće: „Iako nije sporno da je Bentam gajio sumnje u pogledu pravnog karaktera međunarodnog prava, on ni u kom slučaju nije bio skeptik kakav je bio Ostin.” Meredith (1984: 411).

23 *Vidi*, von Martens (1796: 1-3).

24 Austin (1995: 219).

25 Austin (1995: 20).

26 Rigaux (1998: 325).

Bez obzira na to što je u svojoj Čistoj teoriji prava pokazivao opštu tendenciju ka scijentizmu, Kelzen započinje jedan od svojih najvažnijih spisa o međunarodnom pravu tvrdnjom da „svaki pokušaj da se definiše jedan pojam mora da pođe od određene upotrebe jezika, od uobičajenog značenja reči kojom želimo taj pojam da označimo”.²⁷ Međutim, za razliku od Ostina, on ovim zapažanjem nije imao nameru da istakne potencijalno problematičan status koji bi međunarodno pravo kao vrsta prava imalo u datoj jezičkoj praksi. Kelzen zapravo postavlja pitanje da li postoji neki definišući karakter „prava” kao takvog, čime neposredno nagoveštava da ono što važi za pravo uopšte, važi i za međunarodno pravo. Shodno tome, ne samo da postoji jedinstven predmet proučavanja kojim se bavi jurisprudencija, već i ona sama predstavlja jednu jedinstvenu disciplinu čija su metodološka sredstva podjednako primenjiva na različite oblasti prava, pa i na međunarodno pravo.²⁸

Nakon što je ustanovio društveno organizovane sankcije kao definišući kriterijum prava kao normativnog poretka, Kelzen istražuje na koje načine međunarodno pravo zadovoljava ovaj kriterijum. Njegov je zaključak da se za međunarodno pravo može reći da je pravo „u pravom smislu te reči” ako je „silu koju jedna država usmerava ka drugoj u principu moguće tumačiti ili kao sankciju ili kao prekršaj”.²⁹ Pošto se ponašanje države može okvalifikovati kao prekršaj samo ako država koja je odgovorna za ovo ponašanje podleže sankciji, istraživanje u krajnjoj meri zavisi od toga da li je moguće utvrditi međunarodne sankcije. Kelzen na posletku navodi represalije i pravedan (čitaj: zakonit) rat kao specifične sankcije međunarodnog prava. Oslanjanje na mere samopomoći potvrđuje činjenicu da je međunarodno pravo relativno decentralizovan oblik prinudnog poretka, što je, u isto vreme, i najvažnije obeležje međunarodnog prava koje ga odvaja od unutrašnjeg prava.³⁰ Samo u ovom ograničenom smislu

27 Kelsen (1952: 3).

28 U tom smislu, naročito revolucionarno bilo je Kelzenovo odbijanje da tretira međunarodno pravo kao tvorevinu suverene volje države. Crpeći inspiraciju iz nemačke tradicije 19. veka na polju teoretisanja o međunarodnom pravu, Kelzen je postavio svoju „tezu o identitetu”, prema kojoj država nije ništa drugo do centralna tačka uračunavanja svih postupaka njenih organa. Ona predstavlja samo „personifikujuću fikciju” preovlađujuće pravne doktrine. Kelsen (1920: 18). Prema mišljenju Bernstorfa, „teza o identitetu” postala je središnja tačka u priželjkivanoj reviziji pojmovne aparature međunarodnog prava”. Von Bernstorff (2010: 50).

29 Kelsen (1952: 18).

30 Jedan od dalekosežnih zaključaka Kelzenove teorije jeste i to da u pogledu predmeta regulisanja međunarodnog i nacionalnog prava, „ne postoji nijedno pitanje koje ne bi moglo da se reguliše međunarodnim pravom, već samo nacionalnim pravom. Svako pitanje koje jeste, ili može biti, regulisano nacionalnim pravom može takođe biti regulisano i međunarodnim pravom.” Kelsen (1952: 406). Ovo je jedno od glavnih načela Kelzenove monističke teorije o jedinstvu nacionalnog i međunarodnog prava.

možemo da povučemo paralelu između nekog primitivnog prava i međunarodno-pravnog režima u povelju.³¹

Hart dolazi do donekle sličnog zaključka, ali ono čemu je on generalno bio sklon jeste da međunarodno pravo tretira kao jedan od „graničnih slučajeva”, koji su u svakom slučaju samo stvar od drugorazrednog značaja za *pojam prava*.³² Nadalje, veliki deo poslednjeg poglavlja koji je posvećen međunarodnom pravu sastoji se od kritika upućenih Kelzenovom stanovištu, uključujući i uverenje ovog autora da postoji ili mora postojati „osnovna norma” međunarodnog prava. Polazeći od prethodno razvijenog pojma prava kao jedinstva primarnih i sekundarnih pravila, Hart dolazi do zaključka da međunarodno pravo ne poseduje sve elemente potpuno razvijenog pravnog sistema. Uprkos činjenici da međunarodno pravo zaista poseduje pravila, a naročito ona primarna, „takva pravila ne obrazuju sistem, već običan skup”, jer nam nedostaje „način da se dokaže važenje pojedinih pravila pozivanjem na neko konačno pravilo sistema”. Drugim rečima, u jednostavnijem obliku društva, kakvo je međunarodno, „moramo da sačekamo i vidimo da li će jedno pravilo biti prihvaćeno kao pravilo ili ne; u sistemu sa osnovnim pravilom priznanja možemo da kažemo, pre nego što je pravilo zaista doneseno, da će ono *biti važeće ako* je u skladu sa zahtevima pravila priznanja.”³³ Shodno tome, Hart je verovao da najviše što je neko u trenutku pisanja ove knjige mogao da kaže jeste da između unutrašnjeg i međunarodnog prava postoje izvesne sličnosti u pogledu „funkcije i sadržine”, ali ne i „forme”. One koje se odnose na funkciju „najjasnije se ispoljavaju kada razmišljamo o načinima na koje se međunarodno pravo razlikuje od morala”, dok se „sličnosti u pogledu sadržine sastoje u nizu načela, pojmova i metoda koji su zajednički i unutrašnjem i međunarodnom pravu i omogućuju slobodno prebacivanje pravničke tehnike iz jedne oblasti na drugu”.³⁴

4 MEĐUNARODNO PRAVO I SAVREMENE TEORIJE U TRADICIJI PRAVNOG POZITIVIZMA

U jednom od skorašnjih radova, Voldron iznosi optužbe na račun analitičke pravne filozofije govoreći da je „sramno to što u njoj nema dobrih radova o međunarodnom pravu”. Iako se može primetiti da situacija u tom pogledu „počinje da se menja”, Voldron zaključuje da se „među najistaknutijim Hartovim

31 Kelsen (1952: 16). Kelzen je, međutim, verovao da se proces centralizacije međunarodnog prava „postojano odvija zbog osnivanja međunarodnih organizacija kojima se uspostavljaju međunarodni tribunali i tela međunarodne egzekutive.” Kelsen (1952: 403).

32 Hart (2013: 75).

33 Hart (2013: 290).

34 Hart (2013: 292).

sledbenicima još niko ne ističe kao predvodnik".³⁵ Ne samo da se međunarodno pravo u velikoj meri zanemaruje u novim pravnim teorijama koje se razvijaju u pozitivističkoj tradiciji, već se ova tema gotovo jedino proučava u vezi sa radovima Kelzena i Harta. Čini se, međutim, da su oni koji su krenuli Kelzenovim stopama u mnogo većoj meri skloni da tvrde da metodološka aparatura Čiste teorije prava i danas može da bude veoma korisna za osvetljavanje međunarodnog prava.³⁶ Ipak, čak i oni autori koji, poput Rigoa, hvale Kelzenovu teoriju da je popločala put preovlađujućem savremenom mišljenju da međunarodno pravo može da obuhvati svaki aspekt ljudskog života, čime se, sledstveno, obezbeđuje i zaštita ljudskih prava, kritikuju Kelzena da je međunarodno pravo prevahodno posmatrao kroz „etatističku" prizmu. Naime, osnovna zamerka koja se može uputiti Kelzenovoj teoriji odnosi se na njegovo „uporno nastojanje da pravni karakter međunarodnog prava temelji na pribegavanju fizičkoj sili, na obrascu nasilne odmazde (*Vergeltung, talio, vendetta*), preuzetom iz primitivnih zajednica iz daleke prošlosti".³⁷ Rigo primećuje da se međunarodno pravo ne oslanja toliko na čistu fizičku silu koliko na neke druge mehanizme, kao što su, na primer, uskraćivanje članstva nepokornim državama.³⁸

Zamerajući, između ostalih, i Kelzenu da pravo posmatra kao „organizaciju sile"³⁹, što bi u sledećem koraku međunarodnom pravu moglo da oduzme karakter prava, Hatavejeva i Šapiro nedavno su izneli slično mišljenje. Pomenuti autori tvrde da svi oni koji dovode u pitanje pravnu prirodu međunarodnih pravila uz obrazloženje da ona nisu prinudljiva, te da su stoga neefikasna i da ne predstavljaju „istinsko" pravo, zasnivaju svoj stav „na ograničenom i netačnom poimanju prinudljivosti prava", koja se pogrešno izjednačava sa „internalizaci-

35 Waldron (2013a: 211).

36 *Vidi, npr.*, Kammerhofer (2006: 5-54); Somek (2007: 409-451); von Bernstorff (2010); Kammerhofer (2011).

37 Rigaux (1998: 337). Valja, međutim, primetiti da pojedini kritičari ne uspevaju da shvate suštinu Kelzenovog stava. Šo, recimo, tvrdi da tretirati prava država na samoodbranu i represalije kao sankcije međunarodnog prava „znači pogrešno shvatiti ulogu koju sankcije imaju unutar sistema zato što one stoje na raspolaganju državama, a ne samom sistemu". Osim toga, prema mišljenju ovog autora, ne bi trebalo prenebegnuti činjenicu „da savremena tendencija u međunarodnom pravu jeste da se ograniči upotreba sile koliko god je to moguće, što dovodi do apsurdna da što je više sile kontrolisano u međunarodnom društvu, to manje pravno postaje međunarodno pravo". Shaw (2008: 5). Ono što, međutim, Kelzen želi da naglasi, jeste da pravna priroda međunarodnih pravila odlučujuće zavisi od činjenice da je međudržavna upotreba sile dozvoljena samo kao ovlašćeni postupak sankcionisanja. Od drugorazrednog je značaja da li se ovo ovlašćenje javlja u nekom obliku samopomoći (npr. represalije) ili mera predviđenih Glavom VII Povelje Ujedinjenih nacija. Da je ovo njegova jedina namera postaje jasno iz sledećeg pasusa: „Sila zajednice može biti centralizovana ili decentralizovana ... Monopol nad silom koji jedna zajednica ima je decentralizovan ako preovlađuje načelo samopomoći ... Čak i ako načelo samopomoći nadvlada, treba praviti razliku između zakonite i nezakonite upotrebe sile". Kelsen (1952: 14).

38 Rigaux (1998: 338).

39 Kelsen (1949: 21).

jom i silom'. Umesto toga, ono što je stvarno karakteristično za međunarodno pravo jesto to da je prinuda eksternalizovana, to jest, da je ne primenjuje sam režim. Pored toga, ova prinuda se najčešće ispoljava u formi „izgona“ (*outcasting*), koje podrazumeva „da se nepokornim članovima uskraćuje pravo na korist od društvene saradnje i članstva“.⁴⁰

Hartov doprinos filozofiji međunarodnog prava bio je od samog početka prihvaćen sa mnogo manje entuzijazma. Dok je Kelzenova teorija od starta priznavala „istinski pravnu“ prirodu međunarodnog prava, ali je bila izložena kritici zbog „etatističkog“ pristupa, koji nije bio u potpunosti primenjiv na međunarodnom polju, Hart se našao pred donekle suprotnim izazovom - činilo se da ga inicijalna „etatistička“ perspektiva sprečava da međunarodno pravo smatra „istinskim pravom“, to jest, pravnim sistemom koji samostalno funkcioniše.⁴¹ Stoga Braunli optužuje Hartovu teoriju za „*apriorizam* i preterano pojednostavljivanje“, jer ona polazi od pravnih sistema „modernih država“ kao „jasnih standardnih slučajeva“, koje, potom, upoređuje sa „sumnjivim slučajevima“ primitivnog i međunarodnog prava. U tom pogledu, Hartovo razjašnjenje pojma prava podseća na

potragu za jednom vrstom leptira za koju se veruje da poseduje određene karakteristike iako ona još uvek nije pronađena. Leptiri na koje se tokom potrage naišlo ignorišu se jer ne odgovaraju modelu za kojim se traga. Kada se pronađe leptir za koji se u jednom trenutku veruje da odgovara modelu, ostali koji su zapaženi *ex hypothesi* gube svaki značaj.⁴²

Kada se ovako iščitava, Hartova koncepcija prava biva izložena kritici zbog toga što nije utemeljena u relevantnim empirijskim činjenicama, bar ne onim koji se tiču međunarodnog prava,⁴³ što je svakako ozbiljna optužba, naročito ako je upućena teoriji koja se, po rečima njenog autora, „može posmatrati kao ogled iz deskriptivne sociologije“.⁴⁴

I Voldron i Pajandeh upućuju kritike na račun Hartovog poglavlja o međunarodnom prava. Voldron započinje pohvalama, zbog toga što Hart inicijalno nudi neke značajne uvide u prirodu suvereniteta i ulogu sankcija u međunarodnom

40 Šapiro i Hatavejeva naglašavaju da „ne nameravaju da u potpunosti odgovore na pitanje da li međunarodno pravo jeste pravo“, jer bi to od njih zahtevao da „razviju jednu kompletnu teoriju prava, da pokažu da ova teorija smatra da je međunarodno pravo istinski pravni sistem, i da odgovore na brojne prigovore koji su se tokom poslednjih nekoliko vekova podnosili protiv pravnosti međunarodnog prava“. Ipak, oni veruju da njihova argumentacija „pomaže da se otkriju određene istine o tome na koji način međunarodno pravo utiče na postupanje države o kojima do sada nisu govorili autori koji neposredno proučavaju takva pitanja“. Hathaway & Shapiro (2011: 258).

41 Hartov stav o međunarodnom pravu je, u tom smislu, sličan onom koji je zastupao Ostin, od čije je opšte teorije prava želeo da se distancira. *Vidi*, Beckett (2008: 51-83).

42 Brownlie (1981: 6).

43 Brownlie (1981: 6).

44 Hart (2013: 7).

poretku.⁴⁵ Međutim, čim čitalac počne da od Harta očekuje da na originalan način rasvetli institucionalni aspekt međunarodnog prava, on nastavlja „kao da je njegovo interesovanje za ovu temu upravo presahlo. Njegovi argumenti postaju nesmotreni, a njihova primena na ovu vrstu prava nepromišljena”.⁴⁶ Stoga je Voldronova i Pajandehova osnovna zamerka to da je Hartova metodološka i pojmovna aparatura, koja je prvobitno razvijena za unutrašnji pravni sistem, mogla da bude doslednije primenjena i na međunarodnom planu. To bi, zauzvrat, nagnalo Harta da prizna istinski pravnu prirodu međunarodnog prava.

Umesto toga, Hart tvrdi da u odsustvu sudstva i zakonodavstva koji podsećaju na državu, međunarodno pravo u najboljem slučaju liči na primitivno pravo. Razlog za to je što ono nema sekundarna pravila promene i presuđivanja, niti objedinjavajuće pravilo priznanja kojim se utvrđuju izvori prava.⁴⁷ Međutim, ako se ključna razlika između primitivnog prava i nekog razvijenijeg pravnog sistema tiče sposobnosti ovog drugog da odgovori na izazove u vezi sa neizvesnošću, statičnošću društvenih pravila i neefikasnošću mehanizama primene, „onda ne postoji nijedan ubedljiv razlog zbog kojeg međunarodno pravo mora po svojoj *formi* da podseća na unutrašnji pravni poredak”. Ono što je, otuda, potrebno jeste da se priroda međunarodnog pravnog poretka proceni „na osnovu toga da li on sadrži pravila i mehanizme koji obavljaju tri *funkcije* koje Hart smatra neophodnim za postojanje pravnog sistema”. U slučaju da ih poseduje, „nema razloga da se međunarodnom pravu ospori status pravnog sistema”.⁴⁸

Imajući u vidu Hartovo prilično apstraktno shvatanje sekundarnih pravila presuđivanja i promene, bilo bi veoma teško da se tvrdi da međunarodno pravo ne poznaje takva pravila. Voldron, stoga, zaključuje da i pravno uređenje Međunarodnog suda pravde kao sudskog tela, kao i njegovo funkcionisanje, koje, bez obzira na nepostojanje pune obavezne nadležnosti,⁴⁹ podrazumeva opšte prihvatanje njegovih odluka, ne mogu drugačije da se posmatraju do kroz prizmu Hartovih sekundarnih pravila.⁵⁰ Slično tome, teško se može osporiti činjenica da je međunarodni poredak postepeno razvio sekundarna pravila za utvrđivanje načina promene međunarodnog prava, koja su kasnije kodifikovana u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu iz 1969. godine. Istina je da se ovaj režim promene razlikuje od onog u modernom unutrašnjem pravnom

45 Waldron (2013a: 211-213).

46 Waldron (2013a: 214).

47 Hart (2013: 270).

48 Payandeh (2010: 981).

49 Kao što primećuje Aleksandrov, ono što se naziva „obaveznom nadležnošću” Međunarodnog suda pravde ne podrazumeva „obaveznost” u uobičajenom smislu te reči, budući da nadležnost Suda zavisi od pristanka država. Tek kada država utvrdi uslove pod kojima prihvata tu nadležnost, odluke Suda za nju postaju obavezujuće. Alexandrov (2006: 29-38).

50 Waldron (2013a: 216).

sistemu - „on je pre plenaran nego reprezentativan i funkcioniše po principu dobrovoljnog pristupanja, a ne većinskog odlučivanja" - ali suštinski on obavlja istu funkciju.⁵¹ Konačno, Hart se čvrsto drži stava da međunarodno pravo treba da poseduje *objedinjavajuće* pravilo priznanja kako bi postalo potpuno razvijen pravni sistem. Međutim, Hartu se može prigovoriti da su zahtevi koje postavlja međunarodnom pravu veći od onih koje postavlja unutrašnjem pravnom sistemu. Stoga je moguće zaključiti da svaka razlika između ova dva prava u pogledu dostignutog sistemskog kvaliteta predstavlja pre „razliku u stepenu", nego razliku u vrsti.⁵²

5 MEĐUNARODNO PRAVO I SAVREMENE TEORIJE PRAVNOG NE-POZITIVIZMA

Hartovo poimanje međunarodnog prava odmah je izazvalo reakcije, a u jednoj od njih se tvrdi da njegovo „nastojanje da primeni pozitivističku Okamovu oštricu na moral ili prirodno pravo u međunarodnom pravu može da dovede do značajnog izobličavanja u poimanju tog prava".⁵³ Imajući na umu pomenutu istorijsku povezanost međunarodnog prava i teorije prirodnog prava, od teoretičara ove škole bi se očekivalo da ponude neka iscrpnija teorijska objašnjenja ovog skupa pravila. Međutim, takvu teoriju nije ponudio nijedan od uticajnijih autora koji pišu u tradiciji prirodnopravne teorije. Jedan od razloga za takvo stanje stvari mogao bi se pronaći u činjenici da savremeni teoretičari prirodnog prava nemaju mnogo dodirnih tačaka sa svojim prethodnicima, utoliko što su skloni da svoje supstantivne i metodološke stavove grade, jednim delom, u formi pobijanja argumenata suparničke škole mišljenja. Pošto su pravni pozitivisti u najvećoj meri odredili okvire i pravila savremene pravnofilozofske rasprave, a međunarodno pravo nikada nije bilo visoko rangirano na listi njihovih prioriteta, to su se i prirodnopravni teoretičari klonili ovog polja izučavanja. Tome bi trebalo dodati da su odgovori na ključne stavove savremenog pravnog pozitivizma toliko mnogostruki i raznoliki da ih je nemoguće sve podvesti pod pojam prirodnopravne teorije. Stoga je danas prisutan trend da se sve teorije koje se distanciraju od pravnog pozitivizma podvedu pod zajednički termin - pravni ne-pozitivizam.⁵⁴

51 Waldron (2013a: 218).

52 Waldron (2013a: 220). Braunli zapaža da „Hart na nepostojanje obavezne nadležnosti i zakonodavstva ne gleda kao na specifično obeležje sistema koji funkcioniše u uslovima određene vrste, već kao na beleg izgnanika, leptira kojeg niko ne želi za svoju unapred osmišljenu zbirku". Brownlie (1981: 8).

53 D'Amato (1965: 324).

54 U jednom od skorije objavljenih radova, Aleksi pravi razliku između *ekskluzivnog ne-pozitivizma*, kao najsnažnijeg oblika pravnog ne-pozitivizma; *super-inkluzivnog ne-pozitivizma*, u kojem se iznosi stav da moralni nedostaci pravnih pravila uopšte ne utiču na pravno važenje;

Verovatno najistaknutija teorija pravnog ne-pozitivizma koja ne pripada tradicionalnoj prirodnopravnoj školi jeste teorija Ronalda Dworkina.⁵⁵ U svom članku iz 2009. godine Čali zapaža da Dworkinov interpretativizam predstavlja jednu od savremenih teorija prava koja je „naišla na ravnodušan prijem kod teoretičara međunarodnog prava". Ovu ravnodušnost on pripisuje činjenici da je „Dworkin samo još jedan u nizu pravnih filozofa koji nisu uspjeli da međunarodno pravo prouče na sveobuhvatan način".⁵⁶ Ispostaviće se, međutim, da se Dworkinovo poslednje delo iz oblasti pravne filozofije, koje je posthumno objavljeno, tiče upravo međunarodnog prava.⁵⁷ To predstavlja nemalo iznenađenje, kako za sledbenike, tako i za kritičare njegovog dela, imajući u vidu to koliko se malo Dworkin prethodno bavio ovom temom. Na primer, u pretposlednjoj knjizi *Justice for Hedgehogs*,⁵⁸ koja se smatra „velikom sintezom" Dworkinovog opusa,⁵⁹ izraz „međunarodno pravo" se izričito spominje samo tri puta, i to isključivo u vezi sa raspravom o prirodi ljudskih prava. Međutim, već je i Dworkinovo proučavanje ovog posebnog međunarodnog pravnog režima⁶⁰ ukazalo na moguće inherentne tenzije unutar teorijskog projekta koji je svojevremeno označen kao „parohijalan"⁶¹ - što je etiketa koju je je Dworkin očigledno bio spreman da prihvati u izvesnoj meri.⁶²

Dworkinova teorija o ljudskim pravima zasniva se na koncepciji dostojanstva koje, prema njegovom mišljenju, ima status univerzalne, objektivne i moralne istine. U članku 'A Philosophy for International Law' on ide korak dalje, zasnivajući celokupno međunarodno pravo na svojoj glavnoj etičkoj koncepciji jedinstva vrednosti. On odbacuje „samoograničavajući pristanak suverenih država ... kao osnovni temelj međunarodnog prava",⁶³ što je, navodno, zajedničko polazište svih pravnih pozitivista u ovoj oblasti. Umesto toga, on smatra da „istinska moralna osnova međunarodnog prava" leži u „opštoj obavezi svake države da unapređuje svoju političku legitimnost", koja takođe „podrazume-

i *inkluzivnogne-pozitivizma*, zasnovanog na mišljenju da moralni nedostaci podrivaju pravno važenje samo u slučajevima ekstremne nepravедnosti pravnih pravila. Alexy (2012: 2-14).

55 Planket govori o „široj *antipozitivističkoj* tradiciji u filozofiji prava koja uključuje kako takozvane 'klasične' prirodnopravne teoretičare, kao što je Finis, tako i filozofe poput Ronalda Dworkina i Marka Grinberga". Plunkett (2013: 573).

56 Uprkos tome, Čali iznosi „argument o važnosti interpretativizma za teorijske i normative rasprave o međunarodnom pravu i o važnosti osnovne tvrdnje ovog pravca da pravo predstavlja interpretativni pojam". Qali (2009: 805-806).

57 Dworkin (2013: 2-30).

58 Dworkin (2011).

59 Waldron (2013b: 2).

60 Ovom temom se i ranije, na temeljniji način, bavio u Dworkin (2008: Ch. 2).

61 Raz (2004: 332).

62 Dworkin (2006: 231).

63 Dworkin (2013: 10).

va i obavezu da se pokuša da se unapredi celokupan međunarodni sistem'.⁶⁴ Neublaženi sistem vestfalske državne suverenosti šteti građanima određenih država na različite načine: države mogu da krše osnovna ljudska prava svojih građana; one mogu da se uzdrže od intervencije i pomoći građanima drugih država koji su izloženi sistemskim i masovnim kršenjima ljudskih prava; države nisu ohrabrene da sarađuju na međunarodnom planu, pa su njihovi građani često izloženi velikim ekonomskim, zdravstvenim ili ekološkim problemima; konačno, ovaj sistem onemogućava unapređenje demokratske legitimnosti određenih država, koja se sastoji u „genuinoj, ma koliko minimalnoj i posrednoj” ulozi građana u donošenju i sprovođenju političkih odluka sopstvene vlade.⁶⁵ Dworkin se, otuda, zalaže za „princip ublažavanja” (*principle of mitigation*), koji predstavlja „najopštiji strukturalni princip i interpretativni osnov međunarodnog prava”. On se, međutim, mora dopuniti i „principom značaja” (*principle of salience*), koji glasi:

Ako je značajan broj država, u kojima živi značajan broj stanovnika, razvio dogovoreni način postupanja, bilo putem ugovora ili nekog drugog oblika koordinacije, onda druge države imaju, u najmanju ruku, *prima facie* obavezu da i one postupaju na takav način, uz važnu ogradu da ova obaveza važi samo ako bi jedno opštije postupanje tog tipa, koje bi bilo prošireno na pomenuti način, unapredilo legitimitet države pristupnice i međunarodnog poretka kao celine.⁶⁶

Ovo nije samo teorija o temeljima međunarodnog prava, već je takođe i strategija za tumačenje ovog korpusa prava, koja se zaniva na ideji da se ciljevi koji proizilaze iz ublažavanja vestfalskog modela moraju tumačiti tako da se učine međusobno kompatibilnim.⁶⁷

Dworkinova skica nove filozofije za oblast međunarodnog prava ima sve značajne odlike njegove poslednje faze filozofskog promišljanja o unutrašnjem pravu: ona predstavlja pokušaj da se pravo tretira kao distinktivni deo onoga što moral nalaže na međunarodnom planu;⁶⁸ ona predstavlja normativnu teoriju jednog interpretativnog koncepta;⁶⁹ ona nudi interpretativnu strategiju za

64 Dworkin (2013: 17).

65 Dworkin (2013: 17-18).

66 Dworkin (2013: 19).

67 "Pravilno tumačenje nekog međunarodnog dokumenta, kao što je Povelja UN-a, jeste ono tumačenje koje tekstu daje najbolji smisao, uzimajući u obzir implicitni cilj međunarodnog prava, a to je stvaranje međunarodnog poretka koji štiti političke zajednice od spoljne agresije, štiti građane ovih zajednica od domaćeg varvarstva, omogućava koordinaciju kada je to neophodno i obezbeđuje izvestan stepen učešća ljudi širom sveta u upravljanju sopstvenom državom. Ovi ciljevi se moraju tumačiti zajedno: oni se moraju tumačiti tako da se učine kompatibilnim". Dworkin (2013: 22).

68 Dworkin (2013: 13). Za pokušaj da se ovo stanovište dalje razvije, ne uvek na liniji onoga što je rečeno u *Justice for Hedgehogs*, vidi, Waldron (2013c: 1-28).

69 Dworkin (2013: 11).

teoriju presuđivanja;⁷⁰ i dokazuje svoju nadmoć nad hartovskim „sociološkim” pristupom, tako što se usredsređuje na „teške slučajeve” u kojima se razmatraju interpretativna doktrinarna pitanja (npr. intervencija NATO-a na Kosovu).⁷¹ Međutim, kao derivativna teorija, ona se, pored problema na koje je nailazila i Dworkinova izvorna teorija namenjena unutrašnjem pravu, suočava i sa nekim novim problemima. Ovaj rad se, iz očiglednih razloga, njima ne može podrobnije baviti.⁷² Stoga ću ih ovde izneti samo u kratkim crtama.⁷³ Prvo, već i samo Dworkinovo izlaganje o međunarodnom pravnom režimu ljudskih prava može da se izloži kritici zbog toga što se oslanja „na nejasne i inherentno kontroverzne tvrdnje o objektivnosti 'naših' vrednosti”.⁷⁴ Na opštijem međunarodnom planu, ova teorijska tvrdnja postaje još ranjivija na kritike, a Dworkinov odgovor da nam ništa drugo ne preostaje nego da svoj metodološki pristup opravdamo pozivanjem na istinitost zvuči veoma neuverljivo, pogotovo ako je reč o istini tipa „bolje bi vam bilo da verujete”.

Drugo, govoreći o sličnostima između pojma pravnosti (*legality*) i drugih političkih pojmova, kao što su sloboda, jednakost ili demokratija, Dworkin naglašava jednu važnu distinktivnu osobinu ovog prvog pojma: „U svojim prime-nama, pravnost ispoljava osetljivost /.../ na istoriju i održive prakse zajednice /.../ zato što politička zajednica izražava pravnost, pored ostalih uslova, i time što na određene načine ostaje verna svojoj prošlosti”.⁷⁵ Standardi pravnosti duboko su ukorenjeni u institucionalnoj istoriji i tradiciji jedne političke zajednice, a otvoreno odustajanje od njih moglo bi da se izjednači sa revolucijom. Bez obzira na to koliko revolucija može da bude u skladu sa slobodom, jednakšću ili demokratijom, ona „uvek podrazumeva direktan atak” na pravnost.⁷⁶ Dworkinovo moralno čitanje međunarodnog prava dovodi upravo do takvog jednog revolucionarnog raskida sa ustanovljenim institucionalnim praksama i standardima međunarodne zajednice. On to čini: tako što pojedince, a ne države, smatra primarnim subjektima ove oblasti prava; tako što preuveličava vestfalska obeležja savremenog međunarodnog prava; tako što zanemaruje težnju specijalnih međunarodnopravnih režima da funkcionišu kao samostalni sistemi, što je autoritete u ovoj oblasti navelo da govore o „fragmentaciji međunarodnog prava”⁷⁷; i konačno, tako što smatra da različite međunarodnopravne vrednosti i principi, poput mira, pravde, pravne sigurnosti, političke stabilnosti,

70 Dworkin (2013: 22).

71 Dworkin (2013: 5).

72 Neki od problema koji se ovde ne razmatraju izneti su u: Chilton (2013: 105-115).

73 Iscrpnija kritika izneta je u radu Jovanović (2014).

74 Sloane (2010: 104).

75 Dworkin (2006: 183).

76 Dworkin (2006: 184).

77 International Law Commission (2006).

itd., mogu da se tumače kao da su komplementarne i pomoćne u odnosu na vrednost ljudskog dostojanstva.

Ovo dovodi do trećeg, potpuno novog problema u vezi sa Dworkinovom filozofijom međunarodnog prava. Ona je duboko futuristička i utopistička.⁷⁸ Tu više nije reč o tvrdnji da „pravo kakvo jeste“ mora da se procenjuje u svetlu „prava kakvo treba da bude“, u skladu sa nekim inherentnim standardima političkog morala date političke zajednice, već da to treba činiti u svetlu nekog prava koje bi moglo da nastane jednom u dalekoj budućnosti.⁷⁹ U tom smislu, ovde zaista nije reč o filozofiji postojećeg međunarodnog prava, već, kao, kao što i sam naslov sugerise, o filozofiji *za* neko buduće međunarodno pravo. Kao takva, Dworkinova teorija, čini se, ne uspeva da prođe ono što je Bjukenan nazvao testom „pravog realizma“, bez čega je svaki predlog moralne reforme - a Dworkinova skica to jeste - osuđen na to da skonča kao primer „jalovog utopizma“.⁸⁰

6 NOVI POČETAK?

Čini se da je nakon višedecenijskog zanemarivanja, međunarodno pravo ponovo u središtu interesovanja pravne filozofije. Povrh toga, autori koji se bave međunarodnim pravom danas otvorenije pokazuju interes za teorijsko objašnjenje međunarodnog prava.⁸¹ Međutim, dok oni bez zadržke prihvataju čuvenu izjavu Tomasa Frenka da živimo u „postontološkoj eri“, u kojoj ključno pitanje više nije da li međunarodno pravo predstavlja „pravo“ pravo,⁸² pravni filozofi su izgleda i dalje zaokupljeni ovim „pitanjem svih pitanja“. Stoga se svako preispitivanje metodologije filozofije međunarodnog prava spotiče na prethodnom pitanju samog postojanja predmeta preispitivanja. Kao što Raz primećuje, „iz prirode predmeta može se saznati na koji način bi ga trebalo ispitivati ali

78 Dworkin završava svoj članak sledećim pasusom: „Ako se pravo shvati kao poseban deo političke moralnosti, i ako ono dobro služi svojoj zajednici, njegove doktrine će se vremenom iskristalizovati. Njegovi koreni u političkoj moralnosti sve manje će se isticati u običnom pravnom argumentovanju - mada će u slučaju potrebe biti dostupni. Taj progres od principa do doktrine biće znak njegovog uspeha. Ipak, strogo razdvajanje pravnog i moralnog argumenta u razvitku međunarodnog prava bilo bi prerano u sadašnjem momentu i ubrzalo bi njegovu praktičnu nevažnost“. Dworkin (2013: 30).

79 Takvo je, na momente, Dworkinovo tumačenje člana 2 (4) Povelje UN-a, *ibid.*, 22ff.

80 Buchanan (2004: 61).

81 D'Amato (2006) i D'Amato (2010: 1-23). Trebalo bi da budemo svesni činjenice da istaknuti autori iz oblasti međunarodnog prava nisu uvek blagonaklono gledali na „uplitanje“ jurisprudencije u polje međunarodnog prava. Braunli je, recimo, jednom izjavio sledeće: „Uprkos tome što sam u značajnoj meri bio izložen teoriji, a imam i izvesno iskustvo u nastavi jurisprudencije, moj krajnji stav je da teorija, osim u jednom slučaju, ne donosi nikakve stvarne koristi i često zaklanja interesantnija pitanja.“ Brownlie (1998: 30).

82 Franck (1995: 6).

ne može se pretpostavljati da taj predmet ima određeni karakter zato što neko želi da ga proučava na određeni način".⁸³ S druge strane, već samo utvrđivanje prirode predmeta podrazumeva korišćenje određenih metodoloških pretpostavki. Kao što Keps primećuje, „svaki odgovor na ontološki problem počiva na rešenju prvog aspekta metodološkog problema: kako je moguće doći do koncepata pravnih fenomena”.⁸⁴ Hart je, na primer, verovao da tradicionalna *per genus et differentiam* definicija nije ni od kakve pomoći prilikom razjašnjenja pravnih pojmova.⁸⁵

Od kada je jurisprudencija, pod dominacijom pravnog pozitivizma, uspešla da se izgradi kao samoodrživa disciplina, „pravnost” međunarodnih pravila merila se prema standardu unutrašnjeg prava.⁸⁶ Međutim, taj pristup je nedavno doveden u pitanje. Besonova i Tasioulas idu čak i korak dalje iznoseći tvrdnju da „iako je istorijski gledano, možda postojao razlog da se unutrašnje pravo koristi kao paradigma prava uopšte, to više nije slučaj”. Razlog za to leži u činjenici da one karakteristike države od kojih pravna filozofija uobičajeno polazi prilikom procene „pravnosti” međunarodnog prava nisu same po sebi „imune na teorijski izazov”. Otuda, ako se definišuća obeležja pojma prava, svojstvena domaćem pravu, ne sreću na međunarodnom nivou, „to onda možda neće biti (samo) problem za pravnost međunarodnog prava, već (takođe) i za same te kriterijume, pa stoga i za datu pravnu teoriju”. Najzad, pošto domaći pravni porijek ne može više da bude tretiran kao zaseban i odvojen od međunarodnog, „pravna teorija mora da objasni ovu složenu novu pravnu realnost na holistički i integrisan način”.⁸⁷

U jednom od najopsežnijih skorašnjih radova na temu filozofskih osnova međunarodnog prava, Keps nastoji da napravi razliku između različitih metodoloških koraka u procesu formiranja pojmova, kako prava uopšte, tako i međunarodnog prava. U tom smislu, on zapaža da „na nivou naše svakodnevne prakse, institucija i upotrebe jezika”, možemo da nađemo „paradigmatične slučajeve prava”, koji se obično nazivaju pravom (npr. parlamentarno zakonodavstvo) i „nepravilne slučajeve prava”, koji se uobičajeno ne smatraju pravom (npr. neki interni administrativni cirkular ministarstva).⁸⁸ Međutim, na nivou pravnofilozofskog formiranja koncepata, razliku bi trebalo napraviti između „pojma prava” (ili, centralnog slučaja prava), koji sadrži konstitutivna obe-

83 Raz (2009: 297-298).

84 Capps (2009: 33).

85 Hart (1983: 21-48).

86 Cf. von Daniels (2004: 19-27).

87 Besson & Tasioulas (2010: 8).

88 Capps (2009: 35). U tom smislu, Keps sledi Dworkina, koji kaže da svaki pravni filozof polazi od „prilično nesporne predinterpretativne identifikacije domena prava, a potom nastavlja sa neproverenim paradigmama kojima želi da potkrepi svoj argument i da na uljudan način dovede suparnike u nezgodnu situaciju”. Dworkin (1986: 92).

ležja prava, „perifernog slučaja prava“, koji sadrži samo neke od osobina pojma prava, i „lažnog slučaja prava“, koji nema nijednu suštinsku karakteristiku prava (npr. naučni zakoni).⁸⁹ Za razliku od Harta, koji nastoji da pojam prava izvede direktno iz paradigmatičnih slučajeva prava, Keps tvrdi da „naši paradigmatični i nepravilni slučajevi predstavljaju osporive primere prava i, sami po sebi, nužno ne predstavljaju primer ni pojma prava ni perifernih slučajeva prava”.⁹⁰ Ovaj konceptualni odnos se, *mutatis mutandis*, proširuje i na odnos između „paradigmatičnih slučajeva međunarodnog prava” (npr. višestrani ugovori), „nepravilnih slučajeva međunarodnog prava” (npr. rezolucije Generalne skupštine) i „pojma međunarodnog prava”, koji se izvodi iz opšteg pojma prava.⁹¹ U zavisnosti od toga da li je pojam međunarodnog prava konstruisan u širem ili užem smislu, nepravilni slučajevi međunarodnog prava, kao što su rezolucije Generalne skupštine biće okarakterisane ili kao primeri „stvarnog” međunarodnog prava ili kao „posredujuće pravne tvorevine”, koje potpadaju pod kategoriju „mekog prava”⁹², koje se, u najboljem slučaju, može smatrati „perifernim slučajem međunarodnog prava”.

Dakle, opšti pojam prava se u jurisprudenciji može upotrebiti kao „klasifikatorni instrument”, što je bila namera i Ostinove i Hartove teorije, na osnovu kojeg je potom utvrđeno da međunarodno pravo ne ispunjava uslove za dobijanje statusa „pravog” prava; ili bi se mogao upotrebiti kao „kritički standard”, prema kojem se paradigmatični slučajevi mogu procenjivati i dalje reformisati.⁹³ Ovde se, po mišljenju Kepsa, nalazi linija razdvajanja između dva metodološka pristupa - *konceptualne* i *žarišne* analize. Dok ova prva polazi od stava da se koncepti mogu izvesti iz naših jezičkih i društvenih praksi, druga analiza polazi od ideje da date društvene prakse predstavljaju svrsishodne pojave. Sledeći Fortenbauovu rekonstrukciju Aristotelove analize prijateljstva, koja se često po-

89 Capps (2009: 35-36).

90 Capps (2009: 36).

91 Capps (2009: 36-37).

92 Ovako, recimo, Besonova opisuje pravno neobavezujuće Rezolucije Generalne skupštine. Ove posredujuće pravne tvorevine „mogu da budu dokaz kako prakse država, tako i *opinio juris-a*, na osnovu čega se onda može podržati razvitak neke običajne norme. To je ono što se često podrazumeva pod razlikom između tvrdog i mekog prava, iako se meko pravo ponekad koristi i da se označi *lex lata*, a time i važeće pravne norme čiji je stepen normativnosti veoma nizak”. Besson (2010: 170). Ovakvo gledište odražava ono što Keps smatra dominantnim stavom među pravnicima koji se bave međunarodnim pravom - a to je da oni „nisu spremni da potvrde da su rezolucije Generalne skupštine nesporno pravni fenomeni”. Capps (2009: 38).

93 Keps smatra da bi Frenkova ranije pomenuta maksima trebalo da se tumači na taj način. Odnosno, „zadatak pravnik koji se bavi međunarodnim pravom jeste da osigura da manjkavi aspekti paradigmatičnih slučajeva ili nepravilnih slučajeva budu otklonjeni ili izmenjeni tako da u većoj meri odražavaju pojam međunarodnog prava. U tom smislu, ono čime se Frenk zaista bavi jeste verzija pitanja da li je međunarodno pravo zaista pravo”. Capps (2009: 39).

grešno smatra primerom žarišnog definisanja,⁹⁴ Keps dolazi do zaključka da su pomenuta dva metodološka pristupa međusobno isprepletana, a koji će od njih nadvladati ponajviše zavisi od toga kako će biti okarakterisana priroda „sirovih podataka“ relevantne društvene prakse.⁹⁵ Stav da su „sirovi podaci“ u domenu prava relativno stabilni i koherentni mogao bi, međutim, da vodi u oba pravca - bilo do ideje da se opšti pravni pojmovi mogu izvesti iz stanovišta učesnika i svakodnevnog jezičkog prakse (Hart), bilo do ideje da data društvena praksa manifestuje doslednu svrsishodnu orijentaciju, te da, stoga, pravo poseduje suštinsku, singularnu svrhu (Veber). Keps, ipak, odbacuje ovo polazište i, sledeći Finisa, tvrdi da su sirovi podaci u domenu prava nesređeni i da, otuda, nalažu aktivnu ulogu pravnika u procesu formiranja koncepata, što se postiže usvajanjem „perspektive praktičke razboritosti“.⁹⁶

94 Fortenbau kaže: „Nikomahovo objašnjenje prijateljstva prikazuje Aristotela u najboljem svetlu. On daje kako analizu u pogledu sličnosti, tako i analizu u pogledu funkcije i analogije, ali on ne čini grešku i ne pokušava da pruži žarišnu analizu. Čini se da je on svestan ne samo snage, već i ograničenja svojih različitih modela konceptualne analize“. Fortenbaugh (1975: 62). Iako Finis citira Fortenbauov članak, on ipak koristi termin „žarišno značenje“ kao da je Aristotel upravo taj metod upotrebio u svojoj analizi prijateljstva. Finnis (2011: 10). Rodrigez-Blankova predbacuje Finisu da na pogrešan način primenjuje Aristotelov pojam centralnog slučaja na pojam prava. Rodriguez-Blanco (2007: 257-283). Finis na ovu kritiku odgovara u, Finnis (2007: 315-344, pogl. I).

95 Prema Kepsom shvatanju, „naše viđenje sirovih podataka menja naše viđenje uloge pravnog naučnika“. Capps (2009: 47). Keps polazi od Finisove karakterizacije sirovih podataka o pravu. Ovaj autor primećuje da je predmet pravnofilozofskog istraživanja ustanovljen „ljudskim postupcima, praksama, navikama, sklonostima, kao i ljudskim diskursom. Postupci, prakse, itd. svakako su pod uticajem 'prirodnih' uzroka koji su na ispravan način istraženi putem metoda prirodnih nauka, uključujući i deo psihologije. Međutim, postupci, prakse, itd. mogu se u potpunosti razumeti samo ako se shvati njihova suština, to jest, njihov cilj, njihova vrednost, njihova važnost ili značaj, onako kako to shvataju ljudi koji ih praktikuju, koji u njima učestvuju, itd. Ove koncepcije ciljeva, vrednosti, važnosti i značaja odraziće se u diskursu tih istih ljudi, u konceptualnim razlikama koje oni prave ili ne uspevaju ili odbijaju da naprave. Osim toga, ovi postupci, prakse, itd. a shodno tome, i ovi koncepti, u velikoj meri će se razlikovati od osobe do osobe, od jednog do drugog društva, od jednog vremena i mesta do drugog vremena i mesta.“ Finnis (2011: 3-4).

96 Capps (2009: 48). Aktivna uloga pravnog naučnika podrazumeva tri koraka. Gledište praktičke razboritosti „predstavlja ne-proizvoljnu perspektivu iz koje treba tumačiti značenje različitih normativnih praksi“ tako da budu žarišno orijentisane ka osnovnom poštovanju ljudskog dostojanstva. U drugom koraku, Keps nastoji da pokaže kako se ovo gledište može upotrebiti da se objasni priroda prava kao normativne prakse. Pravo je, prema njegovom mišljenju „ključno u *konstituisanju* uslova na osnovu kojih članovi zajednice mogu da imaju dostojanstvo, a ovaj zaključak od suštinske je važnosti za razumevanje zašto je pravo važno i značajno sa stanovišta praktičke razboritosti“. Konačno, neophodno je da se pokaže na koji način međunarodno pravo predstavlja vrstu prava. Prema njegovom mišljenju, „međunarodno pravo je ona vrsta prava koja pokušava da utvrdi uslove na osnovu kojih individualni delatnici mogu da imaju dostojanstvo u određenoj oblasti ljudskog delovanja: u odnosima između država.“ Capps (2009: 103).

Ovaj rad nema ambiciju da pruži celovitiji osvrt na Kepssov rad⁹⁷, a još manje da reši sve metodološke sporove vezane za konceptualizaciju međunarodnog prava. Ono što, ipak, prethodna analiza otkriva jeste da su „metodološki pravni teoretičari” u pravu kada smatraju „da nam iznalaženje odgovarajuće metode pomaže da pronađemo odgovor na pitanje šta je pravo”.⁹⁸ Da je ovaj stav ispravan, u najmanju ruku potvrđuje celokupna istorija filozofskih promišljanja o međunarodnom pravu. Što se tiče pitanja koja je metodološka orijentacija, generalno gledano, pogodnija u procesu izgradnje koncepta međunarodnog prava, čini se da je, uprkos nedostacima njegovog teorijskog nacrtu, Dworkin načelno u pravu kada tvrdi da „predmet proučavanja moramo da oslobodimo tromosti pravnog pozitivizma”.⁹⁹ Analitička jurisprudencija, recimo, nije u stanju da u potpunosti „uhvati” i iskaže konstantno promenjivu prirodu međunarodnog prava, čija pravila svojevremeno „Grocijusu nisu pala s neba, već su polako nastajala kako su se društva razvijala”.¹⁰⁰ Ovaj postepeni, ali stalni razvoj predmeta istraživanja¹⁰¹ zahteva pristup koji D'Amato naziva „*evolucionarnom epistemologijom*”.¹⁰² Takva epistemologija je, opet, na kompleksan način povezana sa našom potragom za pitanjem šta nalaže međunarodna pravda, ili bar, međunarodni „unutrašnji moral”.¹⁰³ Pomalo iznenađujuće, jedna od najsnažnijih afirmacija ovog metodološkog opredeljenja dolazi od tvrdokornog pravnog pozitiviste - Kelzena. Opravdavajući svoju tvrdnju da doktrina *bellum iustum* predstavlja ključ za razumevanje prirode međunarodnog prava, Kelzen na jednom mestu kaže:

Čak i ako takvo opravdanje ima pre moralni nego striktno pravni značaj, ono i dalje ima veliku važnost: jer u krajnjoj analizi, međunarodna moralnost predstavlja tlo koje omogućuje razvitak međunarodnog prava: međunarodna moralnost je ono što određuje opšti pravac razvoja međunarodnog prava. Šta god da se smatra 'pravедnim' u

97 Za početak, ono što bi moglo da se nađe pod udarom potencijalne kritike odnosi se na tvrdnju o „ne-proizvoljnoj perspektivi” stanovišta praktičke razboritosti, kao i uverenje da je ljudsko dostojanstvo žarišna tačka analize ovog korpusa pravila za koji se od početka smatralo da reguliše prevashodno odnose između država.

98 Predstavnici suprotne struje pravne teorije iznose stav „da pre pronalazjenja odgovarajuće metode treba odgovoriti na pitanje šta je pravo”. Rodriguez-Blanco (2007: 257-258).

99 Dworkin (2013: 30).

100 D'Amato (2006: 8).

101 Za argument da međunarodno pravo nije „jedinstveni proizvod modernog, racionalnog uma”, vidi, Bederman (2004). D'Amato takođe ukazuje na činjenicu da su „arheolozi među najranijim ostacima iz Mesopotamije u periodu između 3000. i 1000. godine pre nove ere, pronašli brojne ugovore o miru i aneksiji, sporazume o povratku begunaca i državnom razgraničenju. Postojalo je čak i običajno pravilo o tumačenju ugovora”. D'Amato (2006: 8).

102 Ovo je jedna od „smernica” kako bi jedna iscrpnija teorija međunarodnog prava trebalo da se razvija. Ostale su: *priklanjanje najboljem objašnjenju; taksonomija pravila; moć v. pravo; igre sa N brojem učesnika; teorija o umreženju; represalije; efikasnost*. D'Amato (2006: 1-24).

103 Fuller (1964).

smislu međunarodne moralnosti, pokazuje, u najmanju ruku, tendenciju da postane međunarodno pravo.¹⁰⁴

Može se, na samom kraju, reći da obnovljeno interesovanje za filozofiju međunarodnog prava ne samo da ponovo otvara staru raspravu o statusu analitičkih i normativnih metoda u jurisprudenciji i njihovom međusobnom odnosu,¹⁰⁵ kao i onu o razlikama i sličnostima između metodologije pravne filozofije i metodologije pravne prakse,¹⁰⁶ već daje i dalji podsticaj za raspravu o posve neobičnom disciplinarnom karakteru pravne filozofije, koja je, izgleda, osuđena da egzistira negde između prirodnih i društvenih nauka.¹⁰⁷

Bibliografija

- Kinji AKASHI, 2000: Hobbes' Relevance to the Modern Law of Nations. *Journal of the History of International Law* (2000) 2.
- Stanimir A. ALEXANDROV, 2006: The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It? *Chinese Journal of International Law* 5 (2006) 1.
- Robert ALEXY, 2012: Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris* 25 (2012) 1.
- ARISTOTLE, 1970: *Nikomahova etika*. Serb. transl. by Radmila Šalabalić. Beograd: Kultura.
- , 2010: *Rhetoric*. Transl. by Rhys Roberts. A Penn State Electronic Classics Series Publication. URL: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/aristotl/Aristotle-Rhetoric.pdf>.

104 Kelsen (1997: 36-37).

105 Vodeći autori u oblasti filozofije prava smatraju da su „najvažnija pitanja koja se danas javljaju u vezi sa međunarodnim pravom prevashodno normativna po svom karakteru”. Besson & Tasioulas (2010: 4).

106 Koskeniemi, na primer, tvrdi da ne postoji razlika između metodologije filozofije međunarodnog prava i metodologije međunarodnopravne prakse. On kaže: „*Međunarodno pravo* je argumentativna praksa. Tu je reč o ubeđivanju ciljne publike kao što su sudovi, kolege, političari i čitaoci pravničkih tekstova o pravnoj korektnosti - zakonitosti, *legitimitnosti*, pravdi, dopustivosti, važenju, itd. - stava koji se brani. Drugim rečima, ono što može da prođe kao metod mora da ima veze sa onim što se smatra ubeđljivim argumentima u međunarodnom pravu. Ključ za ubeđljivost leži u tome da argument bude prepoznatljiv kao dobar *pravni* argument a ne, recimo, kao snažna *moralna* poenta, prihvatljivo *političko* stanovište ili uverljiv *sociološki* opis nečega.” Koskeniemi (2008: 1).

107 Završavajući svoj članak posvećen ovoj problematici, Pril se pita šta je sledeći korak u razvitku opšte jurisprudencije. On odmah daje odgovor, nudeći „jedno moguće rešenje, ono koje pokušava da sačuva nešto od ideje o jurisprudenciji koja stoji između prirodnih i društvenih nauka, ali to čini na potpuno drugačiji način u odnosu na trenutno preovlađujući pristup”. Za razliku od aktuelnog viđenja, koje kombinuje prirodno-naučni cilj opisivanja sa humanističkim metodom istraživanja, Pril kaže da bi „plodonosniji mogao da bude suprotan pristup: on bi usvojio ciljeve slične onima koje ima politička filozofija, tako što bi se fokusirao na pitanja normativnosti i legitimnosti, a naročito na pitanje legitimnosti prava koje se razlikuje od pitanja legitimnosti države, ali bi mnogo više bio oslonjen na naučni rad, posebno u domenu kognitivne psihologije, i svesniji značaja koji bi taj rad mogao da ima za pronalaženje odgovora na ova pitanja”. Očigledna prednost ovog pristupa, prema mišljenju Prila, sastojala bi se u činjenici da on „zadržava interes za 'unutrašnje stajalište', tako što se bavi ulogom koju pravo igra u životima ljudi i načinom na koji ove teme dotiču pitanja o legitimnosti”, ali u isto vreme, „usvaja 'spoljašnju' metodologiju da bi odgovorio na ovo pitanje”. Pril (2012: 322).

- John AUSTIN, 1995: *The Province of Jurisprudence Determined*. Ed. Wilfrid E Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dirk BALTZLY, 2010: Stoicism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <http://plato.stanford.edu/entries/stoicism/>.
- Jason A. BECKETT, 2008: The Hartian Tradition in International Law. *The Journal of Jurisprudence* (2008).
- David J. BEDERMAN, 2004: *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jeremy BENTHAM, 1987: Anarchical Fallacies. 'Nonsense upon stilts': Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man. Ed. Jeremy Waldron. London: Methuen. Available at: http://english.duke.edu/uploads/media_items/bentham-anarchical-fallacies.original.pdf.
- , 2000: *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation* [1781]. Kitchener: Batoche Books.
- Jochen von BERNSTORFF, 2010: *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Transl. by Thomas Dunlop. Cambridge: Cambridge University Press.
- Samantha BESSON, 2010: Theorizing the Sources of International Law. *The Philosophy of International Law*. Eds. Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press.
- Samantha BESSON & John TASIIOULAS (Eds.), 2010: *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Annette BROCKMÖLLER, 1997: *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.
- Ian BROWNLIE, 1981: The Reality and Efficacy of International Law. *British Yearbook of International Law* (1981) 51.
- , 1998: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations. *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Allen BUCHANAN, 2004: *Justice, Legitimacy, and Self-Determination - Moral Foundation for International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Patrick CAPPS, 2009: *Human Dignity and the Foundations of International Law*. Oxford, Portland (Or.): Hart Publishing.
- Adam S. CHILTON, 2013: A Reply to Dworkin's New Theory of International Law. *The University of Chicago Law Review Dialogue* 80 (2013).
- Ba'ak QALI, 2009: On Interpretativism and International Law. *European Journal of International Law* 20 (2009) 3.
- Anthony D'AMATO, 1965: The Neo-Positivist Concept of International Law *American Journal of International Law* 59 (1965).
- , 2006: The Need for a Theory of International Law. URL: <http://ssrn.com/abstract=912767>.
- , 2010: A Few Steps Toward an Explanatory Theory of International Law. *Santa Clara Journal of International Law* 7 (2010) 2.
- Ronald DWORKIN, 1986: *Law's Empire*. Cambridge (Mass.), London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- , 2006: *Justice in Robes*. Cambridge (Mass.), London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- , 2008: *Is Democracy Possible Here? Principles for A New Political Debate*. Princeton, London: Princeton University Press.
- , 2011: *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.), London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- , 2013: A New Philosophy for International Law. *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013) 1.
- Detlef von DANIELS, 2004: Is Positivism a State-Centered Theory? *Law, Morality and Legal Positivism* [ARSP Beiheft No. 98]. Ed. Kenneth Einer Himma. Stuttgart: Franz Steiner Verlag: 2004.
- John FINNIS, 2007: Grounds of Law and Legal Theory: A Response. *Legal Theory* 13 (2007) 3-4.
- , 2011: *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- William W. FORTENBAUGH, 1975: Aristotle's Analysis of Friendship: Function and Analogy, Resemblance, and Focal Meaning. *Phronesis* 20 (1975) 1.
- Thomas M. FRANCK, 1995: *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Clarendon Press.
- Lon L. FULLER, 1964: *The Morality of Law*. New Haven, London: Yale University Press.
- Leslie GREEN, 2007: Legal Positivism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/legalpositivism/>.
- Hugo GROTIUS, 1925: *De Iure Belli ac Pacis I-III* [1625]. Transl. by Francis W. Kelsey. Oxford: Clarendon Press.
- Herbert HART, 1957: Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodeheimer. *University of Pennsylvania Law Review* 105 (1957).

- , 1983: *Definition and Theory in Jurisprudence. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- , 2013: *Pojam prava (treće izdanje, s predgovorom Lesli Grina)*. Serb. transl. by Dušan Vranjanac and Goran Dajović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu and Službeni glasnik.
- Thomas HOBBS, 1991: *Levijatan*. Serb. transl. by Milivoje Marković. Niš: Gradina.
- Oona HATHAWAY & Scott J. SHAPIRO, 2011: *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*. *The Yale Law Journal* 121 (2011).
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006: *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi)*. A/CN.4/L.682. 13 April 2006.
- Miodrag JOVANOVIĆ, Forthcoming: *Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?*. McMaster Conference 'The Legacy of Ronald Dworkin' (30. maj - 1. jun. 2014).
- Jörg KAMMERHOFER, 2006: *The Benefits of the Pure Theory of Law for International Lawyers, or: What Use is Kelsenian Theory?* *International Legal Theory* 12(2006).
- , 2011: *Uncertainty in International Law - A Kelsenian Perspective*. London, New York: Routledge.
- Hans KELSEN, 1920: *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck).
- , 1949: *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 1952: *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company Inc.
- , 1967: *Pure Theory of Law*. Transl. Max Knight. Berkeley: University of California Press.
- , 1988: *Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre*. Ed. Friedrich Koja. Wien-Köln-Graz: Böhlau Verlag.
- , 1997: *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures (1940-41)*. Buffalo, New York: W. S. Hein & Co.
- Stephen KIRSTE, 2010: *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt: WBG.
- Pauline KLEINGELD & Eric BROWN, 2013: *Cosmopolitanism. The Stranford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/cosmopolitanism/>.
- Martti KOSKENNIEMI, 2008: *Methodology of International Law. The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press.
- Georg Friedrich von MARTENS, 1796: *Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht auf Verträge und Herkommen gegründet*. Göttingen: Dietrich.
- Pamela L. MEREDITH, 1984: *Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law'*. *American Journal of International Law* 78 (1984) 2.
- Glen NEWEY, 2008: *Routledge Philosophy Guidebook to Hobbes and Leviathan*. London and New York: Routledge.
- Alexander PASSERIN D'ENTREVES, 1967: *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Mehrdad PAYANDEH, 2010: *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*. *European Journal of International Law* 21 (2010) 4.
- David PLUNKETT, 2013: *Legal Positivism and the Moral Aim Thesis*. *Oxford Journal of Legal Studies* 53 (2013) 3.
- Dan PRIEL, 2012: *Jurisprudence Between Science and the Humanities*. *Washington University Jurisprudence Review* 4 (2012) 2.
- Joseph RAZ, 2004: *Can There Be a Theory of Law? The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Eds. Martin P. Golding & William A. Edmundson. Oxford: Blackwell Publishing.
- , 2009: *The Purity of the Pure Theory. The Authority of Law - Essays on Law and Morality* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Francois RIGAUX, 1998: *Hans Kelsen on International Law*. *European Journal of International Law* 9 (1998) 2.
- Veronica RODRIGUEZ-BLANCO, 2007: *Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence*. *Legal Theory* 13 (2007) 3-4.
- Alf ROSS, 1959: *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- Scott J. SHAPIRO, 2006: *What Is the Internal Point of View?* *Fordham Law Review* 75 (2006).
- Malcolm N. SHAW, 2008: *International Law* (6 ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Robert D. SLOANE, 2010: *Human Rights for Hedgehogs?: Global Value Pluralism, International Law, and Some Reservations for the Fox*. *Boston University Law Review* 90 (2010).
- Alexander SOMEK, 2007: *Kelsen Lives*. *European Journal of International Law* 18 (2007) 3.
- Robert S. SUMMERS, 1966: *The New Analytical Jurist*. *New York University Review* 41 (1966).

Jeremy WALDRON, 2013a: International Law: A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence. *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'*. Eds. Luis Duarte dAlmeida, James Edwards and Andrea Dolcetti. Oxford: Hart Publishing.

, 2013b: Ronald Dworkin: An Appreciation. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series - Working Paper No. 13-39*.

, 2013c: Jurisprudence for Hedgehogs. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series - Working Paper No. 13-39*.

Synopsis

Alessio Sardo

Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza

Un'introduzione critica

SLOV. | *Alexy, sorazmernost in zatrjevanje pravilnosti. Krični uvod.* Namen tega uvodnega zapisa je dokaj skromen. Najprej bom na kratko predstavil doktrino sorazmernosti, kot jo pojmuje Robert Alexy. Nato bom izpostavil nekaj pomembnih posledic te doktrine. Na koncu pa bom podal nekaj posameznih ugovorov proti *performativnim protislovjem*. Tako bom skušal dokazati, da v jezikovni praksi - nasprotno od tega, kar meni Alexy - predpisna dejanja ne vključujejo nujno zatrditve pravilnosti.

Ključne besede: sorazmernost, zatrjevanje pravilnosti, Alexy, govorna dejanja, norme

ITA. | L'obiettivo di questo saggio è modesto. Presenterò brevemente la dottrina della proporzionalità, così come concepita da Robert Alexy. Evidenzierò quindi alcuni aspetti rilevanti della stessa, per poi formulare una critica puntuale all'argomento della *contraddizione performativa*. In particolare cercherò di provare che, contrariamente a quanto pensa Alexy, la pratica della prescrizione non solleva alcuna pretesa di correttezza morale.

Parole chiave: proporzionalità, pretesa di correttezza, Alexy, atti linguistici, norme

ENG. | *Alexy, Proportionality and the Claim to Correctness. A Critical Introduction.* The aim of this paper is quite modest. First, I shall briefly present the doctrine of proportionality, as conceived by Robert Alexy. Second, I shall point out a few important implications of this doctrine. Third, I will provide specific objections against the *performative contradiction*: I will attempt to prove that, contrary to what Robert Alexy thinks, the linguistic practice of prescribing does not raise any claim to moral correctness.

Keywords: proportionality, claim to correctness, Alexy, speech acts, norms

Summary: 1. Premise. — 2. A Short Reconstruction. — 3. Some Clarifications. — 3.1. *The Presupposed Notion of Proposition.* — 3.2. *Proportionality Is Not a "Solitary Monad"*. — 4. The Claim to Correctness: a Tricky Question. — 4.1. *The First Fallacy.* — 4.2. *The Second Fallacy.*

Alessio Sardo is a research fellow (ital. *assegnista di ricerca*) and a doctoral student at the University of Genoa. | Address: Tarello Institute for Legal Philosophy, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy. E-mail: alessiosardo@gmail.com.

Synopsis

Robert Alexy

Constitutional Rights and Proportionality

SLOV. | *Ustavne pravice in sorazmernost*. Glede odnosa med ustavnimi pravicami in presojo sorazmernosti obstajata dva temeljna pogleda. Po prvem je med ustavnimi pravicami in sorazmernostjo nujna zveza, medtem ko je po drugem vprašanje povezanosti ustavnih pravic in sorazmernosti odvisno od dejanske odločitve ustavodajalca, tj. od pozitivnega prava. Prvi pogled lahko poimenujemo tudi kot »trditev o nujni zvezanosti«, drugega pa kot »trditev o nenujni zvezanosti«. Skladno s trditvijo o nujni zvezanosti je legitimnost presoje sorazmernostni vprašanje narave ustavnih pravic, medtem ko je skladno s trditvijo o slučajni zvezanosti to vprašanje razlage. Avtor v tem prispevku zagovarja trditev o nujni zvezanosti ustavnih pravic in sorazmernosti. | Starejša različica te razprave je objavljena v *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, Vol. 2010, 221-235.

Ključne besede: teorija načel, presoja sorazmernosti, ustavne pravice, nujna zveza, človekove pravice, dvojna narava

ENG. | There are two basic views concerning the relationship between constitutional rights and proportionality analysis. The first maintains that there exists a necessary connection between constitutional rights and proportionality, the second argues that the question of whether constitutional rights and proportionality are connected depends on what the framers of the constitution have actually decided, that is, on positive law. The first thesis may be termed 'necessity thesis', the second 'contingency thesis'. According to the necessity thesis, the legitimacy of proportionality analysis is a question of the nature of constitutional rights, according to the contingency thesis, it is a question of interpretation. The article defends the necessity thesis. | A previous version of this article has been published in *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, Vol. 2010, 221-235.

Keywords: principles theory, proportionality analysis, constitutional rights, necessary connection, human rights, dual nature

Summary: 1. Necessary and Contingent Connections. — 2. Principles Theory and Proportionality: The First Necessity Thesis. — 2.1. *Rules and Principles*. — 2.2. *The Principle of Proportionality*. — 2.3. *Two Necessary Connections*. — 2.4. *Two Objections to the First Necessity Thesis*. — 3. Constitutional Rights and Proportionality: The Second Necessity Thesis. — 3.1. *Contingency and Positivity*. — 3.2. *The Dual Nature of Constitutional Rights*. — 3.3. *Constitutional Rights and the Claim to Correctness*.

Robert Alexy is a Professor at the Christian Albrechts University, Kiel, Germany. | Address: Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Juristisches Seminar, Olshausenstr. 40, 24118 Kiel. E-mail: alexy@law.uni-kiel.de.

Synopsis

Andrej Kristan

V bran izraznemu pojmovanju pravil

SLOV. | Razprava je napisana v odgovor kritikam, ki so zadnja tri desetletja letele na ekspresivno ali izrazno pojmovanje pravil. Avtor najprej dokazuje, da ob izraznem pojmovanju lahko obravnavamo fakultativna dejanska stanja, ne da bi se v opisu normativnega sistema pri tem porodilo kakršnokoli protislovje. Nato pokaže, da je mogoče opisati (i) propozicijsko vsebino metapравil, ne da bi semantizirali kazalnik ilokucijske (normativne) moči predmetnega pravila, in (ii) dovolilno zaporo normativnega sistema, tudi če zanikamo pojmovno avtonomijo dovolitvenih dejanj. Na tej podlagi v sklepu ponudi rešitev za izrazno ponazoritev pogojnih pravil. Medtem ko je prvi del razprave namenjen razjasnjevanju, predlogi iz zadnjega dela stremijo k napredku v izrazni teoriji, razširjeni med pravniki.

Ključne besede: logična teorija normativnih sistemov, prednostna pravila, dovolilna zapora, metapравila, pogojna pravila

ENG. | *In Defence of the Expressive Conception of Norms.* Against a background of the past three decades of critique directed towards the expressive conception of norms, the author argues first that paradigm expressivists can well account for facultative states of affairs without introducing inconsistencies into the normative system. He then shows how to describe the propositional content of a meta-rule without semanticizing the force indicator of object-rules. Finally, the author provides a formal reconstruction of conditional norms and of permissive closure, without admitting the conceptual autonomy of acts of permitting. The first parts of this paper are of a clarifying nature, whereas the last parts purport to present an advancement in the expressivist theory.

Keywords: logical theory of normative systems, rules of preference, permissive closure, meta-rules, conditional norms

Summary: 1. What is at Issue? — 2. The Fundamental Distinctions. — 3. Facultativity without Contradiction in the System. — 4. Propositional Content of Rules about Rules. — 5. The Rule of Closure and Other Conditional Norms.

Andrej Kristan is a research fellow and PhD candidate at the University of Genoa.
| Address: Tarello Institute for Legal Philosophy, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy.
E-mail: andrej.kristan@gmail.com

Synopsis

Berislav Žarnić
Gabriela Bašić

Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction

SLOV. | *Metanormativna načela in z normami urejano družbeno življenje.* Če kritično preverimo opredelitev normativnega sistema, ki sta jo z uporabo teorije množic podala Alchourrón in Bulygin, ugotovimo, da deduktivna zaprtost ni njegova neizbežna lastnost. Sledeč von Wrightovemu sklepu, da aksiomi standardne deontične logike opisujejo popolnostne lastnosti množice norm, avtorja predstavita algoritem, ki modalni jezik prevaja v jezik teorije množic. Prevodi nam razkrijejo, da ima verodostojnost metanormativnih načel različne temelje. Ob ločitvi igralnih vlog, ki jih imajo udeleženci z normami urejane interakcije, se izkaže, da so metanormativna načela usmerjene obveznosti drugega reda, predvsem pa, da so zahteve, povezane z deduktivno zaprtostjo, naslovljene na vlogo uporabnika norm in ne na vlogo njihovega ustvarjalca. Če ločevanje vlog uporabimo tudi na primeru čiste derogacije, pridemo do novih zaključkov. Ugotovimo namreč, da je neodvisnost iz vidika morebitne derogacije popolnostna lastnost dane množice norm. Avtorja se tako polemično dotikata nekaterih točk, ki jih je nedavno v svojem članku izpostavil Kristan.

Ključne besede: normativni sistem, standardna deontična logika, metanormativna načela, derogacija, G. H. von Wright

ENG. | Critical examination of Alchourrón and Bulygin's set-theoretic definition of normative system shows that deductive closure is not an inevitable property. Following Von Wright's conjecture that axioms of standard deontic logic describe perfection-properties of a norm-set, a translation algorithm from the modal to the set-theoretic language is introduced. The translations reveal that the plausibility of metanormative principles rests on different grounds. Using a methodological approach that distinguishes the actor roles in a norm governed interaction, it has been shown that metanormative principles are directed second-order obligations and, in particular, that the requirement related to deductive closure is directed to the norm-applier role rather than to the norm-giver role. The approach has been applied to the case of pure derogation yielding a new result, namely, that an independence property is a perfection-property of a norm-set in view of possible derogation. This paper in a polemical way touches upon several points raised by Kristan in his recent paper.

Keywords: normative system, standard deontic logic, metanormative principles, derogation, G. H. von Wright

Summary: 1. The Normative System as a Set of Norms. — 1.1. *Consistency and Deductive Closure.* — 1.2. *Perfection Properties and Norm-sets.* — 1.2.1. *Translating Modal Language to Set-theoretic Language.* — 1.2.2. *On the Possibility of Creating a Norm-system by Norm-promulgation.* — 1.3. *Metanormative Principles.* — 1.3.1. *Roman Law Principle as a Norm for the Norm-giver.* — 2. Norms and Social Interaction. — 2.1. *Normative Contexts for Norm Related Acts.* — 2.2. *A perfection-property to derogation.*

Berislav Žarnić is a Professor in Philosophy at the University of Split, Faculty of Humanities and Social Sciences. | Address: Sveučilište u Splitu, Filozofski fakultet, Sinjska 2, 21000 Split. E-mail: bzarnic@ffst.hr.

Gabriela Bašić is an Assistant in Philosophy at University of Split, Faculty of Humanities and Social Sciences. | Address: Sveučilište u Splitu, Filozofski fakultet, Sinjska 2, 21000 Split. E-mail: gbasic@ffst.hr.

Synopsis

Miodrag Jovanović

Revisiting the Concept of International Law - Methodological Aspects

SLOV. | *Preizpraševanje pojma mednarodnega prava - metodološki vidiki.* Razprava obravnava metodološke vidike obnovljenih pravoslovnih poskusov, da mednarodno pravo opojmujemo na novo. Po kratkem zgodovinskem pregledu pravne filozofije in predstavitvi ključnih poudarkov Hartovega in Kelsnovega pozitivističnega stališča, je pozornost namenjena obravnavi mednarodnega prava v sodobnih pravnih teorijah (tako tistih, ki sledijo pozitivističnemu izročilu, kot tistih, ki prevzemajo nepozitivistični pogled). V zadnjem delu avtor izpostavi nekaj smernic za svež razmislek o mednarodnem pravu. Iz zgodovine razprav s področja mednarodnega prava izhaja, prvič, upravičenost trditve metodoloških pravoslovcev, da izbira primerne metode pripomore k iskanju odgovora na vprašanje, kaj je pravo. Ob upoštevanju stalno spreminjajoče se narave mednarodnega prava je, drugič, primeren metodološki pristop tak, ki vključuje D'Amatovo »evolucijsko epistemologijo«. Po eni strani bi zanjo težko trdili, da je značilna za analitično pravoslovje, po drugi pa se zdi, da je takšna epistemologija močno povezana z iskanjem odgovora na vprašanje, kaj zahteva mednarodna pravičnost - ali pa vsaj mednarodna »notranja morala«.

Ključne besede: mednarodno pravo, metodologija, mednarodna pravičnost, Hart, Kelsen

ENG. | This paper deals with methodological aspects of reemerged jurisprudential attempts to revisit the concept of international law. After a cursory detour into the history of legal philosophy and presentation of the key tenets of Hart's and Kelsen's positivistic accounts, the paper proceeds by examining the treatment of international law by contemporary theories in both the positivist and non-positivist tradition. The closing section is an attempt to sketch some guidelines for a fresh beginning in philosophizing about international law. First, the history of debates in this field testifies to the fact that methodological legal theorists are justified in holding that determining an appropriate method helps us to find an answer to the question of what law is. Second, having in mind the constantly changing nature of international law, an adequate methodological approach calls for the "evolutionary epistemology" (D'Amato), which is hardly a feature of analytical jurisprudence. And finally, such an epistemology appears to be complexly connected to our inquiry of what international justice, or at least, of what international "internal morality" requires.

Keywords: international law, methodology, international justice, Hart, Kelsen

Summary: 1. Introduction – The Role of Methodology in the Creation of Jurisprudence as a Self-Sustaining Discipline. — 2. Legal Philosophical Treatment of International Law. — 3. Kelsen and Hart on International Law. — 4. International Law and Contemporary Theories in the Legal Positivism Tradition. — 5. International Law and Contemporary Theories of Legal Non-Positivism. — 6. A New Beginning?

Miodrag Jovanović is a Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law. | Address: Bulevar kralja Aleksandra 67, 11000 Beograd, Serbia. E-mail: miodrag@ius.bg.ac.rs.