

Naravno pravo ali problem Drugega v pravu

Jelica Šumić-Riha

Preambula

Funkcija prava naj bi bila, da opredeli, predvidi in seveda tudi reši družbene oz. javne konflikte. Za vse civilizirane družbe je družbeni konflikt temeljni problem, saj je »naravna« rešitev problema – naj zmaga tisti, ki je močnejši – že vnaprej izključena. Država naj bi zato imela monopol na uporabo legitimne sile, kar naj bi pomenilo, da ima vsak državljan pravico, da – prek države in z njeno pomočjo – uporabi legitimno moč države za reševanje katerega koli javnega konflikta.

Legitimno moč države za reševanje konfliktov pa je mogoče uporabiti le za konflikte, ki jim je priznan status javnosti oz. pravnosti. V sodobnih družbah sodi razsojanje o tem, kaj je pravno in kaj ne, v pristojnost samega prava. Pravo je že od začetka postavljeno kot avtonomno: pravo torej definira samo sebe, postavlja pravila za svojo (re)produkcijo in uporabo. V tem pogledu ima pravo privilegirano mesto glede na druge družbene institucije:

»Pravna norma ima v primerjavi z nepravno normo zmožnost in moč, ki ju nepravna norma nima. Vedite, da se je pravno pravilo zmožno polastiti katerega koli drugega družbenega pravila, narobe pa ni mogoče.«¹

Avtonomija prava temelji na pravici, ki je pravu splošno priznana, da reducira vse na distinkcijo legalno/nelegalno oziroma, da je indiferentno do vseh drugih distinkcij, ki jih ni mogoče prevesti v kod legalno/nelegalno. Tako so, denimo, distinkcije tipa moralno/nemoralno, resnično/neresnično, koristno/škodljivo, lepo/grdo ipd. iz prava preprosto izključene.

Edina skrb prava je, da ohranja svojo avtonomijo in kontinuiteto lastne produkcije in reprodukcije. Pravo se ravna samo po svojih notranjih, pravnih kriterijih, katerih smoter spet ni nič drugega, kakor da omogočajo nemoteno izvrševanje pravnih operacij. Tudi če je zunanji učinek kakšne pravne operacije vprašljiv, nemoralen in krivičen za prizadeto stran, to ni problem prava, temveč prizadetega oz. družbe kot celote: *fiat justitia, pereat mundi*.

Pravo se kot predmet filozofske refleksije odlikuje po tem, da samo zahteva svojo omejitev: pravo dobi svojo realnost tako na ravni empirične oz. fenomenalne eksistence kakor tudi na ravni pojma le tako, da samemu sebi določa meje. S tem pa, ko določa svoje meje, določa hkrati tudi tisto, kar ni pravo. Še več, pravo samo določa, kdaj, v katerih pogojih in s kakšno pravico mu je mogoče oporekati.

1. J. Carbonnier, »Les phénomènes d'internormativité«, *European Yearbook in Law and Sociology*, Nijhoff, Haag 1977, str. 42.

Nobeno zgodovinsko, empirično dejstvo ne more namreč spodbijati prava, če se ne sklicuje na kakšno načelo legitimnosti. Dejstvo, vzeto samo na sebi, je zgolj danost, o kateri ima pravico razsojati samo legitimna avtoriteta. Dejstvo je dejstvo samo, če ga za takega razglasi ustrezna pravna avtoriteta. Pravo ni le zmožno reflektirati svojih meja, marveč se lahko sprašuje tudi o legitimnosti norme, ki ga spodbija. Skratka, samó pravo ima pravico, da spodbija pravo. In prav v tej dozdevni vsemogočnosti prava vidi sodobna filozofija prava nevarnost za njegovo izničenje.

Kajti, ne glede na to, da filozofska refleksija priznava pravo zmožnost samoomejevanja in samodoločanja, skratka, ne glede na to, da ga priznava kot samorefleksivno teorijo in prakso, ga na drugi strani vseeno obravnava kot realnost, katere status in temelji ostajajo vselej problematični. Zato filozofska refleksija s skorajda samodejnim vzgibom podvoji oz. dopolni refleksijo o temeljih prava z refleksijo o njegovi smotrnosti. Težava pa je v tem, da pravo, ki sodi v red tistega, kar je »zmerom že tu«, prav s svojo pozitivnostjo, torej prav s svojo masivno, nepresojno prezenco v formi zakonov prej onemogoča kakor spodbuja spraševanje o smotrnosti.

Pravo, vzeto na ravni svojega samorazumevanja, kakor se neposredno daje tudi filozofski refleksiji, je najprej in predvsem dejanstvo, katerega izvir in zgodovina sta zmerom manj pomembna od njegove dejanske praktične učinkovitosti. Ta »es ist so« prava pa je hkrati tudi eleganten način, kako pravo zavrne vsako zahtevo po svojem upravičenju: pravo je v svoji pozitivnosti samozadostno in kot tako ne potrebuje ne utemeljitve ne upravičenja. Kritiko takega grobega pozitivizma, ki se zadovolji z opisovanjem gole danosti prava, bi lahko izbrskali že pri Kantu, ko je spraševal, s kakšno pravico je pravo pravo, kar bi lahko dopolnili še z vprašanjem, na čem temelji njegova avtoriteta in zahteva, da se mu pokorimo.

Potem ko je nemška šola historičnega prava pokazala, da pravo ne izvira iz nikakršne zunanje idealnosti in potem ko je pravni pozitivizem povzel in nadaljeval to spoznanje historicistov, gre prav Kelsnu zasluga, da je pokazal, da odsotnost zunanje utemeljevalne reference še ne pomeni odpovedi notranji (racionalni) utemeljitvi prava. Ali, kot je pokazal F. Ewald:

»Ker se pravo ni več moglo opirati na kakšno filozofijo, se je poslej lahko utemeljevalo le v svoji lastni pozitivnosti. Hans Kelsen je pokazal, da je to mogoče in s tem rešil možnost samega prava. Praksa obćih načel nas ne sili, da opustimo to pozitivistično usmeritev; pokaže, da je v sami pozitivnosti prava možnost za pravo prava.«²

Temeljni problem sodobne pravne teorije od Kelsna naprej je, da mora ohraniti pridobitve pozitivistične kritike jusnaturalizma, kar pomeni predvsem odpoved zunanji utemeljitvi in napotitev nazaj na golo pozitivnost, in hkrati upravičiti normativnost prava. A v tem tudi je paradoks prava: kako naj mu priznamo zmožnost prepovedovanja in predpisovanja, skratka, kako naj mu priznamo normativno naravo, ko pa se pravo kot množica imperativnih zapovedi, prepovedi in predpisov lahko konstituira le z nekakšno samozatrditvijo. Pravo se mora s celo vrsto različnih deklarativnih in utemeljevalnih postopkov kar naprej zatrjevati in potrjevati kot

2. F. Ewald, *L'Etat-Providence*, Grasset, Paris 1986, str. 356.

pravo, kar seveda ne pomeni nič drugega, kakor da je edina opora, edino jamstvo prava samo njegovo izjavljanje. Na drugi strani pa vera v veljavnost prava, v njegovo trajnost ali vsaj kontinuiteto, pa tudi navidezno zaupanje prava vase, ki izvira iz prepričanja, da ga prežema avtoriteta, katere voljo naj bi uresničevalo, opozarja jo na nenavadnost in problematičnost njegovega statusa.

A zdi se, kakor da lahko pravo učinkuje le na podlagi nekakšne pozabe svojega izvira, svoje (samo)konstitucije. Pogoj za njegovo učinkovitost ni le to, da ga mi, njegovi subjekti/podložniki, identificiramo z najbolj vsakdanjo, skorajda naivno predstavo o njegovi vsemogočnosti in utemeljenosti v nekakšnih večnih in umnih načelih, marveč da se z njo identificira tudi ono samo. Prav iluzija o večnosti in univerzalnosti njegovih načel, ki si jo je pravni pozitivizem zaman prizadeval razpršiti, torej prav vera v pravo kot večnostno, trdno entiteto, katere realnost je - kot je pokazala historična kritika - vprašljiva, je, paradokсно rečeno, pogoj za možnost prava in za njegovo funkcioniranje v družbi. Če pravo nič ne ve o svojem bolj ali manj kontingentnem nastanku - ta vednost bi namreč lahko zamajala njegovo avtoriteto in s tem tudi možnost njegovega funkcioniranja - potem je spričo nespornega dejstva, da pravo vendarle deluje, edina rešitev lahko ta, da je pravo kot *Pravo* nezavedno.

Gotovo ni mogoče zanikati prava kot zgodovinskega in družbenega dejstva, a vendarle paradoksnega dejstva, kolikor samo v sebi nima upravičenja, glede česar bi se strinjali tako jusnaturalisti kakor tudi pozitivisti. Za klasični jusnaturalizem to tudi ni problem, saj dobi pravo po njihovem nauku upravičenje od zunaj. Pozitivistom, a ne le pozitivistom, temveč tudi modernim jusnaturalistom pa to povzroča veliko hujske težave. Če namreč pravo nima upravičenja v samem sebi, na drugi strani pa samo sebe postavlja, lahko to počne le s slabo vestjo, saj zatrjuje, da s to samopostavitvijo zgolj aktualizira, manifestira ali povnanja univerzalna načela, ki ga utemeljujejo in ki izvirajo bodisi iz človekove narave bodisi iz razuma³, ali pa išče svoje upravičenje v zgodovinski nujnosti, kot poudarja pravni pozitivizem. V nobenem primeru pa pravo ne more odkrito priznati, da je samo sebi smoter, samo sebi namen. Pravo je zato zlasti z nastopom pozitivizma obremenjeno z dvojno, a glede na povedano protislovno, zahtevo: ker pravo samo sebe postavlja, mora samo izrekati svoj smoter in hkrati tudi oskrbeti sredstva za njegovo doseg. Kriterij za njegovo veljavnost pa postane zmožnost nenehnega samopreseganja, saj mora zunanjo nujo, s katero se utemeljuje in upravičuje, razglasiti za svojo notranjo nujnost.

Vrnitev k naravnemu pravu

Veliko zaslug za obnovo pravne in politične filozofije v zadnjih štiridesetih letih ima nedvomno konservativni mislec L. Strauss, borec proti »historicizmu« in »pozitivizmu« moderne, ki sta po njegovem mnenju pripeljala do radikalnega izničenja pravne filozofije in s tem tudi politične filozofije.⁴ Možnost obnove

3. Zato ne preseneča, da se naravno pravo kot temelj pozitivnega prava zlasti po Kantu opredeljuje tudi kot racionalno pravo.

4. O vlogi L. Straussa pri obnovi sodobne politične teorije - ključni Straussovi deli, poleg razglašene *Naravnega prava in zgodovine* sta: »Political philosophy and history«, *Journal of the History of Ideas*,

pravnopolitične refleksije vidi Strauss v vrnitvi h klasičnemu naravnemu pravu, zlasti k Platonu in Aristotelu. Politična filozofija, ki jo Strauss po Platonovem zgledu razume kot analizo narave »najboljše ureditve« in pogojev za njeno realizacijo, je po Straussovem mnenju mogoča le, če sta izpolnjena dva temeljna pogoja:

1. priznanje razkoraka med dejanskim in idealnim oziroma priznanje prepada med *Sein* in *Sollen*. Kajti o možnostih najboljše ureditve se je mogoče spraševati le, če obstaja razkorak, nesklad med državo, kakršna je, in državo, kakršna bi morala biti. Temu razmiku med *Sein* in *Sollen* ustreza tudi razmik med naravnim in pozitivnim pravom, pri čemer je naravno pravo tisto transcendentno merilo, na katerega se sklicuje vsaka kritika pozitivnosti.

2. Drugi pogoj za obnovo politične misli pa je praktična racionalnost oziroma možnost racionalnega razpravljanja o naravi najboljše ureditve, ki bi pripeljalo do resničnega ali vsaj verjetnega mnenja glede možnosti njene realizacije. Drugače povedano: Strauss si prizadeva ponovno vključiti razpravljanje o vrednotah v pravnopolitično refleksijo.

Iz navedenih pogojev je razvidno, zakaj vidi Strauss v historicizmu in pozitivizmu, ki sta temeljni potezi sodobne misli, zanikanje politične in pravne filozofije:

1. historizem s tem, da vse pojmuje kot zgodovinski produkt, zanika nasprotje med najstvom in dejstvom oz. normo in dejstvom, kar je po Straussovem prepričanju ravno predpostavka prava,

2. po drugi strani pa pozitivizem onemogoči izpolnitev drugega pogoja politične misli, ker izhaja iz prepričanja, da na področju etičnih, političnih ali pravnih vrednot ni možna gotovost.

Naloga sodobne politične teorije je, da ugotovi, ali je Straussova kritika pozitivizma in historicizma upravičena in ali je obnova pravne in politične filozofije možna le prek vrnitve h klasičnemu naravnemu pravu, nas pa bo v nadaljevanju zanimalo, v kolikšni meri je naravno pravo problem za sodobno pravno filozofijo.

Vprašanje o možnosti oz. nemožnosti sodobnega naravnega prava je bilo obsojeno na to, da postane večno vprašanje, saj so se ravno okoli tega vprašanja skoraj dve stoletji sukale vse refleksije o pravu, hkrati pa je, kot pravi A. Renaut,⁵ delovalo kot ločnica med »tradicionalnimi« in »novatorskimi« pristopi v obravnavi pravnih problemov. Ukvarjanje z naravnim pravom je po tradiciji sodilo v pravno filozofijo⁶ ali, če uporabimo Kelsnov nekoliko zaničljivi izraz, v »pravno filozofijo filozofov«⁷. V nasprotju s »pravno filozofijo«, ki se ukvarja predvsem s tem,

X, 1949 in *Political philosophy: six essays*, New York 1975, pomembna sta predvsem dva članka iz tega zbornika: »What is political philosophy?« in »The three waves of the modernity« – cf. L. Ferry: »De la critique de l'historicisme à la question du droit«, v: *Rejouer le politique*, Galilée, Paris 1981.

5. Cf. A. Renaut, »Le droit naturel dans les limites de la simple raison. De Wolff à Fichte«, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, št. 11, 1987, str. 31.

6. Izraz »pravna filozofija« se je uveljavil v začetku 19. stoletja v Nemčiji. Srečamo ga sicer lahko že prej, denimo, pri Leibnizu ali celo pri Ciceru v *De Legibus*, I, 5, vendar je k njegovi razširjenosti največ prispevala Heglova *Pravna filozofija*, objavljena l. 1821.

7. H. Kelsen v odgovoru na vprašanje »Kaj je pravna filozofija?«, ki ga je najvidnejši teoretikom prava postavila revija *Archives de philosophie du droit*. Objavljeno v *Archives de philosophie du droit*, 1962, str. 131.

kakšno bi moralo biti pravo, da bi ustrezalo vsakokratnemu idealu pravičnosti, se »znanstveni« pristop k pravu, ki ga pogosto povzamejo z izrazom »teorija prava«, omeji na to, da »analizira strukturo pozitivnega prava in da določi temeljne pojme pravnega spoznanja«⁸. Kelsnovi obsodbi »metafizičnega nauka o naravnem pravu«, ki naj bi si prisojalo zmožnost, da »določi, kaj je pravično pravo, in da hkrati s tem določi tudi kriterij za vrednotenje pozitivnega prava«⁹, se je pridružila večina sodobnih filozofov prava in pravnih teoretikov, tako da bi lahko rekli, da je za sodobno pravno filozofijo jusnaturalistični nauk kot prizadevanje po »temeljnem pravu« zanimivo le še kot pričevanje o preseženi *episteme*.

V nasprotju s to morda prehitro zapečateni usodo jusnaturalizma na eni strani in ravno tako vprašljivo revalorizacijo naravnega prava v njegovi klasični podobi¹⁰ se v zadnjih letih zlasti v Franciji uveljavlja prizadevanje ponovno premisliti naravno pravo, resda ne naravno pravo, vzeto tako rekoč neposredno, marveč prej tisto funkcijo, ki jo je v pravnem sistemu nekdanj opravljal naravno pravo.¹¹ Stališče te nove refleksije naravnega prava bi na kratko lahko povzeli takole: tudi če nam zgodovina pravne teorije kaže naravno pravo v zelo raznolikih, med seboj pogosto sprtih podobah, to še ne pomeni, da problem, ki ga postavlja naravno pravo, še danes ne vztraja in da ni preizkusni kamen, vreden sodobnih pravnih teorij.

Zgodovina pravne teorije pozna pravzaprav eno samo naravno pravo: klasično naravno pravo. Klasična misel, kar velja zlasti za Platona, Aristotela in stoike v antiki ter za Tomaža Akvinskega v srednjem veku, je pravo pojmovala, izhajajoč iz naravne norme, ki bi se ji pozitivno pravo moralo po svojih močeh kar najbolj približati, se po njej ravnati in jo sankcionirati. Ker so Grki naravo pojmovali kot nekaj na sebi dobrega in umnega, je veljala tudi ljudem za normo in vzor, za organizacijski zakon njihovega obstoja. Red in harmonija sta za Grke *telos*, h kateremu stremita narava in po njenem zgledu tudi družba, zato je človekova »moralna dolžnost«, da skrbi za to, da je v harmoničnem odnosu do sveta. V harmoničnem odnosu do sveta pa je le, če ga pri tem vodi pravičnost, ki je po Villeyevem mnenju jedro oz. »duša« klasičnega naravnega prava. Zato ne preseneča, da so Grke mučila vprašanja, ki so nam seveda popolnoma nepojmljiva, denimo: Ali je bolje trpeti krivico ali jo prizadejati? Ali je bolje popraviti že storjeno krivico ali živeti v neredu in krivici? Klasično naravno pravo bi zato na kratko lahko opredelili kot nekakšen prenos večnega, nujnega in umnega naravnega zakona na družbo.

Če je bila narava za Grke že prva in neposredna podlaga naravnega prava, pa je bila moderna misel prisiljena na novo premisliti pojem naravnega prava, ker so

8. H. Kelsen, *ibid.* »Predmet splošne pravne teorije je pravo, kakršno dejansko je, to se pravi, pozitivno pravo.«

9. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Leipzig, Wien 1934, str. XIV.

10. Značilna predstavnika tega »vračanja k antiki« sta bojevnika proti pozitivizmu in historicizmu v pravni refleksiji, L. Strauss in M. Villey, ki sta pojem naravnega prava omejila le na antično naravno pravo in kritizirala njegove novoveške inačice (od Grotiusa in Pufendorfa do Fichteja) kot razkroj naravnega prava.

11. Opozarjamo zlasti na delo »foucaultovca« F. Ewalda, *L'Etat-Providence*, in na vrsto člankov A. Renauta v *Cahiers de philosophie politique et juridique*.

Kopernikova, Keplerjeva in Galilejeva dognanja ovrgla klasično podobo vesolja kot umne, urejene in harmonične celote. Narava zgubi z dognanji astronomije »dušo«, reducirana je zgolj na mehanični sistem vzrokov in učinkov. Za moderno misel naravni zakoni niso najstvo, ki bi zavezovalo človeka ali družbo kot celoto h kakršnemu koli ravnanju. Še več, naravno stanje ni harmonično in urejeno, marveč prej stanje kaosa in nasilja. Narava zato ne nalaga človeku nobenih (moralnih) imperativov oziroma edini imperativ, ki je človeku naložen v naravnem stanju, je – če sledimo Hobbesu – da preživi.

Moderno naravno pravo torej ne more več biti množica večnih, univerzalnih zakonov, ki uravnavajo človekov obstoj v skladu z vesoljnim oz. naravnim redom. Teoretiki tega obdobja so morali zato odgovoriti na vprašanje: kako misliti pravo, ko se ni več mogoče sklicevati na naravno normo, kakršno je poznala klasična misel? Edina narava, na katero se pravo poslej lahko sklicuje, je pač sama človekova narava, pa še na to se lahko sklicuje le, če njenim lastnostim priznava univerzalnost. Jusnaturalisti so zato značilno poudarjali to ali ono potezo človekove narave, ki naj bi bila univerzalna: naravna težnja po ohranitvi pri Hobbesu, enakost, svoboda in lastnina pri Locku. Ne glede na to, ali so v svojem pojmovanju naravnega prava zvesto sledili njegovi klasični podobi, ali pa so temu pojmu dali novo vsebino, se lahko strinjamo z L. Straussom, da je z Machiavellijem, ki je prvi zanikal, da bi narava bila že na sebi dobra, prišlo do preloma v zgodovini naravnega prava, zaradi česar je Strauss celo dvomil o upravičenosti rabe tega izraza za porenesečno pojmovanje naravnega prava. Začetek sodobnega pojmovanja prava obarva predvsem globoka kriza naravnega prava, natančneje, nemožnost ohraniti klasični pojem naravnega prava, brž ko temeljna referenca ne morejo biti več naravni zakoni, marveč človekova narava.

Ker se moderni jusnaturalisti ne morejo več opirati na naravno normo, ki bi bila že sama na sebi umna, ni več pglavitno vprašanje vprašanje smotrnosti prava, marveč prej vprašanje njegovega izvira. V tisti meri, v kateri so se morali odpovedati objektivni (naravni) smotrnosti klasičnega naravnega prava, so morali politični sistem in pravo premisliti tako rekoč »ex nihilo«. Njihovo delo bi lahko razumeli predvsem kot prizadevanje po radikalni utemeljitvi. In tisto mitično točko pred vsako družbeno formo so poimenovali *naravno stanje*.

V nasprotju s klasičnim naravnim pravom, ki je naravno stanje pojmovalo kot harmonično, urejeno stanje, h kateremu je treba stremeti, je za moderni jusnaturalizem naravno stanje stanje kaosa in nasilja. In edini izhod iz tega kaotičnega in nasilnega naravnega stanja vidijo moderni teoretiki naravnega prava v družbeni pogodbi. Družbena pogodba postane temelj za človekovo pravno in politično existenco s tem, ko kaos in nasilje obrzda z zahtevo po pravičnosti in enakosti. Družbena pogodba postane temelj za (edino možno) človekovo existenco, potem ko je njegova naravna existenca odrinjena v bolj ali manj mitično preteklost. Poslej imamo opraviti z medsebojno artikulacijo treh členov: pogodba je resda eden temeljnih konceptov pozitivnega prava, toda sama temelji na naravnem pravu, ki ji določa vsebino in podeli legitimnost.

Ne glede na to, ali so sami jusnaturalisti verjeli v zgodovinski obstoj naravnega stanja, je njegova funkcija predvsem *logična*, je namreč tista metafora, s pomočjo katere je sploh bilo mogoče misliti izvir družbe, političnega sistema in seveda tudi prava. Kolikor njihov izvir ni dostopen zgodovinski raziskavi, ga je mogoče misliti le s pomočjo te filozofske oz. teoretske fikcije naravnega stanja. In prav kot taka fikcija je naravno stanje ne le rabilo za pojasnitev izvira prava, pač pa tudi za njegov temelj, hkrati pa je omogočilo tudi artikulacijo osnovnih načel, konstituentov pozitivnega prava.

Fikcija naravnega stanja in družbene pogodbe kot razrešitve tega kaotičnega stanja in vzpostavitve legalnosti je eden od načinov, kako je sodobna pravna misel poskusila pojasniti izvir prava. Problem modernega jusnaturalizma je bil namreč: kako pojasniti nastanek prava, ko pa pravo zmerom nastopa, kot da bi že od nekdaj bilo tu, kot da ne bi imelo izvira? Natančneje rečeno, kako pojasniti pravo kot brezčasno strukturo, ki je zmerom že tu, sinhrono strukturo, pri kateri je vprašanje izvira tako rekoč po logični nujnosti izključeno? Zgodba o naravnem stanju in družbeni pogodbi ima zato funkcijo fantazme, ki naj zapolni to praznino. Nujnost vpeljave družbene pogodbe pa opozarja na problematično artikulacijo ali, rajši, nesklad med naravnim in pozitivnim pravom tako v moderni pravni teoriji kakor tudi v klasični. Od kod sploh nujnost podvojitve prava na naravno in pozitivno pravo? Od kod sploh nujnost naravnega prava?

Prva težava, na katero trčimo, ko hočemo pojasniti naravno pravo, je že samo ime: naravno pravo. Kako je sploh mogoče govoriti o *naravnem* pravu, ko pa se celo jusnaturalisti strinjajo, da je pravo mogoče le v družbi in da narava ne pozna zakonodaje, ali vsaj ne zakonodaje, ki bi jo bilo mogoče primerjati s pravom? Tudi jusnaturalisti namreč priznavajo, da je pravo – vsaj do neke mere – umetna, konvencionalna tvorba, torej družbena institucija par excellence. Po drugi strani pa nujnost in univerzalnost zakonov, ki si jih postavlja človek sam, posnemata nujnost in univerzalnost naravnih zakonov, kar spet oporeka konvencionalnemu izviru prava. Klasični jusnaturalisti so poskušali to težavo rešiti tako, da so po Aristotelovem zgledu naravno pravo razumeli kot nekakšen juridični podaljšek kozmičnega reda, h kateremu stremita tako narava kakor človek, in ki naj bi obstajal pred vsako družbeno institucijo. Toda s tem so problem samo preložili, saj bi, strogo vzeto, morala jamčiti za družbeni red in ohranitev že človekova naravna morala in vrojeni občutek za pravičnost in bi bilo (pozitivno) pravo potemtakem odveč. Vendar razen v t.i. primitivnih družbah, kjer naj bi odnose med ljudmi urejali tradicija in navada, ljudje ne verjamejo preprosto na besedo, marveč skrbi zakon za to, da člani družbe spoštujejo sklenjene pogodbe in dogovore.

Čeprav je pozitivno pravo že od začetka določeno kot podrejeno glede na naravno pravo, kot zgolj pripomoček, mrtva črka nasproti naravnemu pravu kot njegovi duši, pa je jusnaturalizem v zadregi, brž ko naj ne bi nastanka pozitivnega prava pojasnjeval zgolj kot kontingentno empiričnost. Rešitev tega problema bi lahko tu le nakazali s tem, da bi opozorili na analogen primat glasu glede na pismo, ki ni drugega kakor potvorjena reprezentacija sami tej opoziciji predhodnega

procesa pisanja, razločevanja, kot je pokazal Derrida. Na to, da ta analogija ni čisto poljubna, nas napeljuje že ena izmed razločevalnih potez naravnega prava, ki – poleg tega, da velja kot univerzalno in nespremenljivo v nasprotju s pozitivnim pravom, ki je partikularno in spremenljivo – ni pisano, za pozitivno pravo pa je zapis prav pogoj za njegov obstoj. Vendar zdaj ne gre zgolj za preprosto zamenjavo členov opozicije naravnega in pozitivnega prava in za primat pozitivnega prava, marveč za to, da je dejstvo, da ni enega brez drugega, mogoče razumeti le, če je naravno pravo vselej naravno pravo v luči čisto konkretnega, zgodovinsko določenega pozitivnega prava. Naravno pravo je vselej zanazajski konstrukt iz perspektive vsakokratnega pozitivnega prava. In pozitivno pravo kot tisto, kar naj bi bilo zgolj orodje, ničev dodatek, se pokaže, prav narobe, kot pogoj za obstoj naravnega prava.

Če jusnaturalizem v nekem odločilnem pomenu ni bil zmožen utemeljiti in pojasniti nujnosti prehoda iz naravnega prava v pozitivno, pa je naš problem v tem, da nam je postal pojem »naravnega prava«, ki je skoraj dvatisočpetsto let omogočal refleksijo prava, tako rekoč nedojemljiv. Danes naravno pravo razumemo predvsem kot nekakšno moralo, peščico domnevno univerzalnih pravil za vedenje ljudi, ki naj bi jih pozitivno pravo ne le sankcioniralo, marveč se po njih tudi samo ravnalo. Težava s to razlago, ki tako na hitro opravi z naravnim pravom, je v tem, da pomeša med seboj dvoje: predstavo o univerzalni morali – ki je vsebina naravnega prava – in njegovo *funkcijo*, ki je v tem, da zakonitosti, pozitivnemu pravu, zagotovi legitimnost.

To funkcijo naravnega prava kot utemeljila prava bi morda še najbolj opredelili takole: zato da bi bilo mogoče (pozitivno) pravo, mora pravo na neki način že biti tu. Pravo ni nastajalo postopoma, kot postopen prehod iz stanja popolnega kaosa in brezpravlja v pravni red, marveč je prehod iz *lawless* stanja v *lawlike* nenaden, izvrši se naenkrat. To pa seveda pomeni, da se pozitivno pravo ne razvije postopoma iz naravnega, marveč pravo že od začetka nastopa kot podvojeno, kot dvojica naravnega in pozitivnega prava.

Ne glede na to, da se jusnaturalisti sami sklicujejo na naravo in njene zakone, pa naravno pravo pomeni – tako rekoč proti njihovi lastni zavestni nameri – ravno diskontinuiteto glede na naravni red, ki naj bi mu bila družba doslej podrejena, je torej tisti trenutek, ko se družba, kantovsko rečeno, osvobodi tako, da si sama vsili prisilo. Naravno pravo ne le, da ni podaljšek narave, ampak je prav trenutek, ko vznikne družbenost v pravem pomenu. Naravno pravo je natanko tista metafora, ki omogoča, da dojamemo pravo v njegovi čistosti in nepogojenosti, torej kot popoln prelom z vsako oporo v naravi. Če naravno pravo razumemo predvsem glede na njegovo funkcijo, ki jo je opravljalo v pravni tradiciji, je jasno, da s tem, ko odpravimo naravo kot zadnjo referenco, še nismo rešili problema naravnega prava.

Prikazi naravnega prava se ponavadi osredinijo predvsem na univerzalno moralo in v izrazu »naravno pravo« poudarijo bolj »naravo« kakor »pravo«. Zato tudi ni bilo težko pokazati notranjih protislovij, v katera se zapletajo različne zgodovinske upodobе naravnega prava. Univerzalnost, na katero pretendira naravno

pravo, naj bi bila zgolj partikularnost, ki se izdaja za univerzalnost, absolutno pa zgolj preobleka relativnega. Taka kritika naravnega prava pove pravzaprav le to, da se danes ne moremo obračati na naravo tako, kot so se nanjo lahko obračali Platon, Aristotel, Tomaž Akvinski, Grotius ali tudi še Rousseau. Toda pozitivistična kritika jurnaturalizma je že od začetka obsojena na neuspeh zaradi specifične epistemološke ovire, ki je v tem,

»da je narava postala nema referenca in da imamo občutek ireduktibilne razpršitve vrednosti in prepričanje, da nimamo nobenega sredstva, ki bi nam pomagalo, da dosežemo soglasje glede enega pojmovanja pravičnosti.«¹²

Z eno besedo, ta pozitivistična kritika jurnaturalizma, naj je še tako radikalna in naj je na neki ravni še tako upravičena, pokaže le to, da ni zmožna pojasniti vloge naravnega prava v zahodnem pravnem izkustvu, da ne more odgovoriti na vprašanje, zakaj je bilo skoraj dvatisoč petsto let mogoče misliti pravo le v okviru kategorije »naravnega prava«.

Enega najbolj dognanih poskusov ponovnega premisleka jurnaturalizma in hkrati ohranitve pridobitev pravnega pozitivizma najdemo pri F. Ewaldu, pri čemer se sam ta poskus že umešča v čisto določen kontekst sodobnega pravnega izkustva. Sodobna teorija prava je zavezana radikalni pozitivistični kritiki jurnaturalizma in prelomu, ki ga je v pravno teorijo vpeljala Kelsnova *Čista teorija prava*. Prava torej ni mogoče izpeljati iz večnih naravnih ali umnih načel, zato se tudi ni več mogoče zadovoljiti ne z nekakšno jurnaturalistično nostalgijo Lea Straussa ali Michela Villeya, a na drugi strani ni nič bolj sprejemljiv grobi pravni pozitivizem, ki ni zmožen utemeljiti normativnosti prava, marveč se mora teorija prava konstituirati kot *kritični pozitivizem*, če si sposodimo izraz F. Ewalda, kar pomeni, da mora ohraniti *dogmatizem* avtoritete in zakona, a hkrati biti *kritična* teorija in praksa samoomejevanja in nenehnega samopreseganja.

Ewald razume svojo teorijo prava kot kritični pozitivizem, ki bi ga lahko v grobem označili tudi kot aplikacijo Foucaultove metode na pravo. To pa pomeni v prvi vrsti, da postavi v oklepaj samo idejo Prava, ki je za Foucaulta v najboljšem primeru lahko le univerzalna abstrakcija, tako kot »Država«, »Moč« ipd., za katere nenehno dokazuje, da sta njihova očitnost in samoumevnost zgolj navidezni. Za foucaultovsko stališče, ki je strogo nominalistično, Pravo ne obstaja oziroma obstaja le kot ime. To ime pa ne označuje kakšne substance, katere večno bistvo bi lahko teorija izluščila, marveč prej množico partikularnih (pravnih) praks.

Za Foucaulta je praksa najprej in predvsem umna praksa ali kar preprosto praktični um. Praksa je neločljiva od tipa racionalnosti, s pomočjo katere se misli, se artikulira in se uresničuje. Po Ewaldu ni pravna praksa v tem pogledu nobena izjema, saj jo je treba pojasnjevati prej znotraj kategorije razsojanja, sodbe, kakor v okviru kategorije prisile. Pravna praksa je torej najprej in predvsem praksa razsojanja in ne gola aplikacija poprej postavljenega pravila na dano situacijo. Zakonodaja, pravni nauk, jurisprudenca so ravno tako pravne oblike prakse

12. F. Ewald, »Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit«, *Droits*, 1, str. 140.

razsojanja. Njihova artikulacija, distribucija in medsebojne pristojnosti so odvisne od vsakokratnega tipa racionalnosti, ki za neki pravni red določi *pravilo za razsojanje* kot načelo njegove juris-dikcije. Tega pravila seveda ne more izreči nobena instanca, saj ni nekakšno vnaprej dano in enkrat za vselej določeno pravilo, ki bi ga bilo mogoče aplicirati, marveč je tisto, s pomočjo česar vse instance sploh razsojajo. Je transcendentalni pogoj za razsojanje, ki pa se zgodovinsko spreminja, skratka, je tisto, kar bi najustrezneje poimenovali *zgodovinski apriorij*. In predmet foucaultovske arheološke metode na področju prava je prav to pravilo za razsojanje in njegove vsakokratne zgodovinske transformacije.

Pravilu za razsojanje je morda še najbližja Kelsnova temeljna norma kot pogoj za možnost pravnega reda: je samo načelo za ločevanje *de facto* in *de jure*, *Sein* in *Sollen* in zato tudi načelo za ločevanje pravnega od nepravnega. Tako kot temeljna norma je tudi pravilo za razsojanje »predpostavljeno«, in sicer predpostavljeno tako kot reflektivna instanca kakor tudi kot zadnja, nujna referenca, ki jo zahteva samo pravo. Ena od značilnosti pravne prakse razsojanja je, da je prav zato, ker ni zgolj aplikacija pravila za razsojanje, prisiljena, da ga nenehno eksplicira. A ne glede na to, da ga zakon, pravna doktrina in praksa resda nujno implicirajo in predpostavljajo, ga vseeno nanje ni mogoče reducirati. Ali, kot pravi Ewald,

»(Pravilo za razsojanje) je nekakšen nujni ideal, s pomočjo katerega pravne prakse reflektirajo prisilo, ki jih povezuje, svojo enotnost in sistematičnost. ... Idejo o pravilu za razsojanje je mogoče izraziti le s pomočjo formule, da ni (pozitivnega) prava brez prava prava /droit du droit/ (tipa racionalnosti, s pomočjo katerega se prakse pozitivnega prava reflektirajo).«¹³

Z drugimi besedami, tistega, čemur ponavadi pravimo »pravo«, ne tvorijo toliko normativne izjave kakor pravilo, ki jih konstituira kot pravne izjave. To tudi pojasni, zakaj pravna sociologija ne more pojasniti prava kot takega. Tisto, kar je v pravnih praksah pravno v pravem pomenu, ne sodi v red dejstev, kot je pokazal že Kelsen. Vendar se pravilo za razsojanje v toliko loči od Kelsnove temeljne norme, ker ni podlaga za hierarhijo norm, marveč je prej način mišljenja, specifična artikulacija (pravnih) kategorij, ki so hkrati transcendentalne in historične, saj v konkretni zgodovinski konstelaciji določajo, da so nekatere družbene prakse razsojanja pravne prav v tisti meri, v kateri implicirajo različne oblike prisile.

Lahko bi rekli, da dobi celo pojem pozitivnega prava kot množice dejanskih pravnih izjav, če jih jemljemo v njihovi raznoličnosti, celo zgodovinski, politični in družbeni kontingentnosti, svoj pravi pomen le, če se sklicuje na obče pravilo za razsojanje kot temeljno referenco pravnega sistema v celoti. Od Aristotela naprej je funkcijo takega pravila za razsojanje opravljalo naravno pravo, ki je izrekalo načela, s pomočjo katerih je bilo mogoče prepoznati, interpretirati in presojati norme pozitivnega prava. Če uporabimo Ewaldovo formulacijo, potem bi lahko rekli, da je naravno pravo *pravo prava* oziroma Drugi prava.

13. *Op. cit.*, str. 141.

Skoraj dvatisoč petsto let smo pravo prava poznali samo v obliki naravnega prava. Pravo je reflektiralo samo sebe s pomočjo in prek naravnega prava. Različni jusnaturalistični nauki niso v tej perspektivi nič drugega kakor različni načini samorefleksije prava, kakor so jo naddoločali vsakokratni splošni epistemološki pogoji, ki so tudi sami spremenljivi. Zato Ewald upravičeno opozarja na nezadostnost pozitivistične kritike naravnega prava: »Lahko se znebimo reference na naravo, a zato nič manj ne ostanemo soočeni s problemom naravnega prava oz. z naravnim pravom kot problemom«. ¹⁴ Lahko se je torej znebiti naravnega prava, veliko teže pa je opraviti z načinom problematizacije, ki ga je naravno pravo toliko časa utelešalo. To se je morda še najbolj očitno pokazalo pri Kelsnu, zlasti v njegovi *Čisti teoriji prava*, ki po Ewaldu

»zaznamuje tisti trenutek, ko je pozitivno pravo moralo najti svojo točko refleksije v ideji pravne znanosti, ki abstrahira od vsake posebne normativne vsebine. Za kelsnovski pozitivizem je manj značilno to, da je izrekel nemožnost in jalovost vsakršnega naravnega prava, kakor da je na njegovo mesto postavil program čiste teorije. To nedvomno zaznamuje pomemben prelom v razmerju do tradicije, ki pa je popolnoma enakovreden prelomu, ki zaznamuje prehod antičnega naravnega prava v moderno naravno pravo.« ¹⁵

Kelsnov prelom v pravu bi lahko opredelili takole: prej je pravna filozofija iskala temelj, načelo pravnosti in veljavnosti pozitivnega prava zunaj njega, Kelsen pa je pokazal, da lahko pravnost in veljavnost pravnega sistema izvirata le iz njegove lastne pozitivnosti. Po Kelsnu torej pozitivnosti pravnega reda ne pojasnimo tako, da se sklicujemo na kakšno (zunanjo) legitimacijsko instanco, marveč dobi sama pozitivnost prava eksplikativno vrednost. »Pravo utemeljuje pravo« bi lahko povzeli Kelsnov credo. Edina razsodniška instanca, ki jo lahko priznava neki dani pravni sistem, je on sam.

Prva posledica Kelsnove teze, da je pravo utemeljeno na svoji lastni pozitivnosti, je, da se je treba projektu utemeljitve prava na čem zunanem, denimo, na naravnem pravu, na ideji o najboljši možni družbeni ureditvi, na pojmu pravičnosti ali celo na človekovih pravicah, odpovedati kot jalovemu in nesmiselnemu početju. Kelsnova teorija je gotovo obeležena z globoko krizo, ki jo je preživljala Evropa tistega časa, zlasti pa z zavestjo, da vodi prizadevanje po utemeljitvi prava na kakršnem koli nauku o pravičnosti v partikularizme in v zadnji instanci v kaos. Pravičnost, človekove pravice, vse tiste predstave in ideje, ki bi utegnile pretendirati na univerzalnost, so se pokazale kot potencialni povzročitelj krvavih spopadov. Ali, kot pravi Ewald:

»Prav v trenutku, ko so se nauki naravnega prava, na katere so po Aristotelu opirali možnost prava, pokazale in potrdile kot uničevalke prava, je Kelsen s pozitivističnim stališčem rešil zahodno izkustvo prava. Prav v trenutku, ko so izmi, historicizem, sociologizem, z eno besedo, relativizem človekovih družb zaprli vsak nauk o naravnem pravu v partikularizem njegove posebnosti, je Kelsen pokazal, da je bilo pravo kljub vsemu mogoče, in to pod pogojem, da se oboro-

14. *Op. cit.*, str. 142.

15. *Ibid.*

žimo proti vsaki skušnjavi hoteti utemeljiti pravo na kakršnem koli naravnem pravu.«¹⁶

Poduk, ki nam ga daje Kelsnov nauk glede naravnega prava, je najprej izkustvo izvirnega manka. Sodobno pravno izkustvo ni le osiromašeno za to kategorijo, marveč nam je naravno pravo postalo tako tuje, da si danes skorajda ne moremo več predstavljati, kaj je pomenilo v preteklosti. Vsekakor pa se danes ni več mogoče sklicevati nanj. Vrnitev k naravnemu pravu po Kelsnovem obratu ni več mogoča, pač pa je mogoče – potem ko smo spoznali v naravnem pravu funkcijo utemeljila in refleksivne instance prava o samem sebi – naravno pravo raziskovati kot obliko samorefleksivnosti, značilno za pravne sisteme pred nastopom pozitivizma. Seveda to tudi pomeni, da hkrati z izginotjem naravnega prava ni izginila tudi potreba po refleksiji prava o samem sebi. In ključni problem sodobnih pravnih teorij je, da artikulirajo to potrebo prava po samorefleksiji in jo fiksirajo v neki instanci, pa naj bo to pravilo za priznanje pravila (Hart), temeljna norma (Kelsen), sodnikova normativna zmožnost (sodobna ameriška jurisprudenca) ali kaj podobnega.

Osnovno tezo F. Ewaldove teorije prava bi povzeli takole: ni prava brez prava prava.¹⁷ Ni pozitivnega prava, ni pravnega reda oz. pravnega sistema brez refleksivne instance, instance, v kateri pravo reflektira samega sebe. Ta samorefleksivnost je najprej odgovor na imanentno, logično zahtevo prava samega, ki izvira iz njegove samonanašalnosti. Že Kelsen je pokazal, da je norma lahko pravna le, če ji tak status podeli norma, ki je tudi sama pravna.¹⁸ Pravo torej samega sebe predpostavlja, je samemu sebi nujno predhodno. Za pravo *kot pravo* je značilno, da njegovega izvira ni mogoče pripisati nobenemu empiričnemu, ne-pravnemu dejstvu, oziroma s Kelsnovimi besedami, da vsaka pravna norma predpostavlja drugo, ki ji podeli pravni status. Tu ne bi bila neumestna primerjava med strukturalno lingvistiko in sodobno, pokelsnovsko pravno teorijo: tako kot je nesmiselna predstava o izoliranem označevalcu,¹⁹ tako je nesmiselna tudi predstava o izolirani pravni normi. V obeh primerih je izvirna danost struktura, struktura je zmerom že tu, in tako kot dobi označevalec svojo vrednost le v razmerju do vseh drugih označevalcev, tako dobi norma juridično vrednost le v nanosu na druge juridične norme.

Vendar ta preddobnost prava samemu sebi ali, natančneje, aposteriorna apriornost, ki je tako rekoč razpoznavni znak Kelsnove pravne teorije in njenih dedičev, ni bila neznana niti v teorijah o naravnem pravu, še posebej razvidna pa je v teorijah modernega naravnega prava, ki se opirajo na družbeno pogodbo. Prednost kelsnovske zastavitve, ki vztraja pri imanentni transcendentalni naravi prava oz. družbene pogodbe je v tem, da se ogne preveč enostavni pozitivistični in sociologistični redukciji prava na družbeno prisilo, a kot je pokazal L. Althusser za Rousseaujevo teorijo o družbeni pogodbi,²⁰ je težava fikcije o družbeni pogodbi

16. F. Ewald, *L'Etat-Providence*, str. 249.

17. »C'est un fait: il n'y a pas de droit sans un droit de droit.« *Op. cit.*, str. 245.

18. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, str. 255 ff.

19. F. Saussure, *Cours de linguistique générale*, Paris 1965, IV. pogl. »La valeur linguistique«, str. 155.

20. L. Althusser, »Sur le 'Contrat social'«, *Cahiers pour l'Analyse*, št. 8, str. 5.

kot temelju prava v tem, da se vrta v krogu: resda pogodba lahko nastane le s pogodbenim dejanjem, a tisto, kar podeli legitimnost samemu pogodbenemu dejanju, določa (za nazaj) sama pogodba.

Družbena pogodba ali pa Kelsnova temeljna norma sta le dva odgovora na logično nujnost ali zahtevo po pravu prava. Sta le dve formulaciji istega problema, namreč nujne cirkularne utemeljitve prava: pogoji za možnost prava/pogodbe so pravu oz. pogodbi imanentni. Zato ni presenetljivo, da sta prav zaradi svoje transcendentalne narave družbena pogodba in temeljna norma, ki napotujeta sicer na različna pravna imaginarija, na različni ideološki ozadji napeljali na isto napako – ki bi jo lahko razumeli tudi kot beg pred cirkularnostjo – da so namreč njuno veljavnost preverjali, izhajajoč iz realne možnosti njune uresničitve, ali pa da so iskali njun vir v dejansko sklenjeni pogodbi ali pa v temeljni normi, ki bi bila dejansko nekdanje izrečena. Sociologizem in pozitivizem zabredeta v težave, brž ko si predstavljata pravni akt, ki je vir te normativne instance, ki ji Ewald pravi pravo prava, kot zgodovinsko dejstvo, ki bi ga bilo treba odkriti, in ne kot logično funkcijo, kot transcendentalni pogoj možnosti, ki ga ni mogoče fiksirati, a ne zato, ker je tako izjemen v primerjavi z drugimi pravnimi akti, marveč prej zato, ker na njem ni nič izjemnega in ker se lahko v njegovi vlogi znajde kateri koli akt.

Avtopoietična teorija prava

To, da se zavedamo, da pravna teorija danes ni več zmožna ponovno formulirati naravnega prava, prej povzroča nove probleme, kakor da bi jih rešilo. Predvsem pa zahteva od pravne teorije, da za samorefleksijo prava poišče primernejšo formo od naravnega prava. Danes se pravna teorija vedno bolj zaveda, da bi bilo pravo, če bi ta funkcija iz njega izginila, reducirano na golo izvrševanje take ali drugačne režimske prisile. Na prvi pogled je nadvse zadovoljiv odgovor na zahtevo po reformulaciji te refleksivne instance v pravu dala *avtopoietična teorija prava*, ki razume pravo kot avtoregulativni sistem, zmožen samoporajanja. Glavne značilnosti avtopoietičnega sistema, bi lahko v grobem povzeli takole:

- Avtopoietični sistem se producira in reproducira v skladu s svojimi lastnimi pravili. Novi elementi nastajajo izključno z manipulacijo elementov znotraj samega sistema;
- obstoj in dinamika avtopoietičnega sistema sta odvisna od ohranitve njegove zmožnosti za *autopoiesis*;
- noben zunanji vzrok ne more povzročiti spremembe avtopoietičnega sistema, vse spremembe so izključno notranje, strukturno imanentne.²¹

Avtopoietični proces je dojet kot čisto konvencionalna tvorba nove govorice z lastno sintakso, opirajočo se na aksiome, ki si jih sama postavlja, s kriteriji, ki jih

21. Avtopoietična teorija družbenih sistemov se opira na temeljno tezo o avtonomiji in samonanašalni strukturi kompleksnih sistemov. Ta teza se je uveljavila zlasti v kibernetiki, v konstruktivistični epistemologiji, teoriji komunikacije, teoriji o *black-box*, logiki ter sociološki teoriji o družbenih sistemih. Najpomembnejši zagovorniki avtopoietične teorije v pravu pa so: N. Luhmann, G. Teubner in H. Willke. Dovolj reprezentativno delo za to teorijo je zbornik, ki ga je izdal G. Teubner: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1988.

sama ustvari in ki odločajo o tem, kateri teoremi bodo znotraj nekega določenega avtopoietičnega sistema veljali kot pravilni.

Značilno je, da avtopoietična teorija nastopi potem, ko je svoje delo opravila kritika logike vsakršne identitete, ko so se zamajale vse gotovosti in ko se pokaže, da so kontingentne vse ontologije razen ontologije kontingence. Izhod iz tega izkustva radikalne negotovosti in kontingentnosti, neobvladljivosti specifičnih, diferenciranih družbenih sistemov (ekonomskega, političnega, pravnega, znanstvenega ipd.) naj bi ponudila teorija o *autopoiesis* teh kompleksnih sistemov.

Na prvi pogled se zdi, da je avtopoietična teorija imela za pravo najprej in predvsem osvobojevalen učinek, ko je zadržila, da pravo ni suženj ne religioznih ne ekonomskih kontingentnih zgodovinskih konstelacij, temveč se ravna izključno po pravilih, ki si jih samo postavlja. A ker to stališče velja prav za vse družbene podsisteme in ni pravo v tem pogledu nobena izjema, se moramo vprašati, ali ne gre pri avtopoietičnem nauku zgolj za zunanjo aplikacijo obče, abstraktne sociološke teorije na različne družbene komplekse?

Iz perspektive prava bi lahko to vprašanje formulirali tudi takole: ali je avtopoietična teorija kot refleksivna instanca prava oziroma ali je avtopoietična teorija kot Drugi prava, ki ima za samo pravo zakonodajno funkcijo, saj določa pravila za njegovo produkcijo in reprodukcijo, kriterije za pravnost, pogoje za veljavnost njegovih norm, skratka, ali je ta Drugi Zakona samemu pravu zunanji ali notranji? Ali si ga je postavilo samo pravo ali pa mu je bilo vsiljeno od zunaj tako kot vsem drugim družbenim podsistemom, kolikor se producirajo in reproducirajo s pomočjo *autopoiesis*?

Sama avtopoietična teorija sicer zavrne zunanjo pozicijo, vendar ne da povsem nedvoumnega odgovora na gornje vprašanje. Na neki način hoče zasesti nemogočo pozicijo, kjer se križata notranjost in zunanjost: avtopoietična teorija hoče biti znanost o pravu in hkrati način, kako pravo samo sebe generira. V tej nemogoči poziciji križanja notranjosti in zunanjosti sledi Kelsnovi *Čisti teoriji*, ki je v tisti meri, v kateri se je razumela kot znanost o pravu, hotela ostati zunanja svojemu objektu, v tisti meri, v kateri se je razumela kot zakonodajna instanca prava, pa se je nujno umeščala v njegovo notranjost.

Vendar bi pomen avtopoietične teorije zgrešili, če bi jo dojeli zgolj kot nadaljevalko *Čiste teorije*. Avtopoietična teorija se dojema predvsem kot poskus rešitve antinomij dveh izključujočih se gledišč, notranjega oz. transcendentalnega in zunanjega oz. empirističnega, pri tem pa priznava, da je tudi sama dedinja obeh. Ta razcep je po mnenju avtopoietične teorije danes nevzdržen, kajti kelsnovska zastavitev je sprejemljiva, kolikor izhaja iz transcendentalnega, notranjega gledišča, a cena, ki jo za to plača, je konservativnost in dogmatičnost, ki ji onemogočata misliti tako različnost pravnih sistemov kakor tudi možnost njihovih zgodovinskih transformacij. Na drugi strani pa je sociološko stališče, ki ima v toliko prav, kolikor uresničuje zahtevo po kritiki prava, vendar pa tega namena ne more doseči, ker s tem, da vztraja zgolj na zunanjem, empiričnem gledišču zgreši resnično, transcendentalno naravo svojega predmeta.

Avtopoietična teorija je prav gotovo odgovor na aktualno zahtevo ali celo nujnost po spravi, po teoriji, ki bi bila sinteza zunanjega in notranjega, empiričnega in transcendentalnega gledišča. Avtopoietična teorija prava je odkrila na prvi pogled elegantno formulo sprave: pravo je družbeni sistem, natančneje, je diferencirani družbeni podsistem, ki pa se avtonomno oz. avtopoietično reproducira. Ravno zato, ker ima za avtopoietično gledišče transcendentalno prednost pred empiričnim, je mogoče iz perspektive avtopoietične teorije brez protislovja dojeti artikulacijo prava, zaprtega sistema, na družbeno kot difuzno množico ravno tako zaprtih in notranje močno razčlenjenih sistemov.

Avtopoietična teorija sicer zavrača hipotezo o temeljni pranormi in namesto nje postavlja hipotezo o interakciji, korelaciji, solidarnosti med normami, ohranja pa bistveno potezo Kelsnovega obrata, da je namreč pravo samonanašalno: če je pravni red transcendentalen, potem je samonanašalnost v pravu nujna. Toda avtopoietična teorija je zvesta Kelsnu tudi v tistem, kar je pri njem sporno: tako kot v Kelsnovim pojmovanju prava, za katerega je pravo časovno neobeleženo, imuno na zgodovino in konflikt vrednot, je tudi v avtopoietični teoriji pravo nedovzetno za zgodovinske pretrese, zmožno neskončne reprodukcije.

Toda po drugi strani ni nič manj zavezana sociološki tradiciji refleksije prava, ki jo je močno obeležila pozitivistična kritika naravnega prava. Po tem sociološkem gledišču naj bi bila družba sama zmožna razsojati o sami sebi s pomočjo norm in kriterijev, ki bi jih sama družba nenehno producirala. Toda projekt sociologije prava je problematičen v toliko, kolikor – kljub svojemu izrecnemu nasprotovanju jusnaturalizmu – vendarle ponavlja naravno pravo. Edina razlika je v tem, da temeljna referenca ni več narava, temveč družba. Jusnaturalizem je iskal pogoje za pravično pravo, sociološki pravni nauk pa je kot njegov negativni refleks nenehno ponavljal, da je pravo krivično, da je zakonitost varljiva in da rabi predvsem za to, da prikriva razmerja moči in gospostvo enega razreda nad drugimi. Tako jusnaturalizmu kakor sociologiji prava je skupno to, da presojajo pozitivno pravo glede na idejo pravičnosti in da ga kritizirajo v imenu te ideje.

V čem je potemtakem sploh novost avtopoietične teorije prava, zakaj je za nas zanimiva, čeprav ni težko pokazati, da je deležna vseh slabosti obeh svojih legitimnih virov, Kelsnove transcendentalne čiste teorije prava in empiristične sociologije prava? Če bi bila avtopoietična teorija samo poseben odgovor na problem avtorefleksivnosti prava, potem ji ne bi smeli pripisati kakšnega posebnega mesta v zgodovini pravne teorije, saj lahko navsezadnje tudi jusnaturalizem razumemo kot svojevrstno rešitev avtorefleksivnosti prava. Odgovor na naše vprašanje bi morali poiskati tam, kjer naj bi bila avtopoietična teorija po njenem lastnem samorazumevanju najmočnejša, namreč v poskusu sprave med transcendentalno pravno teorijo in empirično sociologijo prava. Naj avtopoietična teorija še tako poudarja, da noče reducirati ene na drugo, zgolj s tem, da si prizadeva za spravo, zakrije razcep med empiričnim in transcendentalnim, med individuum in družbo, torej tisti razcep, ki konstituira samo pravo, in v toliko imajo prav kritiki avto-

poietične teorije, poleg Ewalda, denimo, tudi Ch. Grzegorzcyk²², ki v njej vidi jo prej pot v propad prava kakor rešitev iz krize.

A težave kritike avtopoietične teorije prava so prav v tem, da se zdi, da je ta teorija naravnost sumljivo popolna, saj tako rekoč anticipira vse možne ugovore in nanje tudi odgovarja. Da ni metaprava, tako kot tudi ni metagovorice, je prav temeljna teza avtopoietične pravne teorije: opazovalec je že vključen v opazovanje oziroma opazovanje je odvisno od načina, kako se opazovano kaže opazovalcu, opazovano je rekonstruirano v skladu z opazovalčevimi »percepcijskimi« pravili. Utemeljuje se na nenehnem kroženju, nenehnem napotovanju izjave na njeno izjavljanje.

Avtopoietična teorija pretendira na občo veljavnost, šteje se za splošno matrico vseh avtopoietičnih sistemov, a hkrati zatrjuje, da je sama zgolj partikularna. Zatrjuje, da je zmožna reflektirati svojo lastno partikularnost in svojo posebnost vidi v tem, da je zmožna zaobseči vsak družbeni podsistem prav v njegovi posebnosti, partikularnosti, zato je iz njene perspektive na neuspeh obsojeno vsako prizadevanje po univerzalni teoriji, veljavni za vse primere in čase. Svoje veljavnosti ne utemeljuje s tem, da je bolj resnična od drugih teorij, saj je zanjo sama opozicija resnično/neresnično neustrezen kriterij za ločevanje teorij, marveč s tem, da je bolj »produktivna«, da ima v dani konjunkturi večjo pojasnjevalno moč od drugih teorij. Drugače rečeno, nima vrednosti na sebi, marveč le glede na konstelacijo, ki vlada v sodobnih pravnih in družboslovnih refleksijah.

Referenčni okvir teh refleksij pa je spoznanje, da pomeni odpoved naravi kot zadnji, temeljni referenci, hkrati tudi odpoved pretenzijam po univerzalnosti in objektivnosti. Družba je razpršena, razdeljena med nasprotujoče si interese, brez načela, ki bi jo lahko totaliziralo, zacelilo. Nobena družbena entiteta, instanca nima identitete na sebi, marveč jo doseže le v razmerju z drugimi entitetami, instancami. Vsaka pretenzija po univerzalnosti zgolj prikriva voljo po dominaciji. Vsako sklicevanje na pravičnost, na naravne pravice in dolžnosti vodi v partikularizem in v zadnji instanci v razkroj prava. Zato ima poklesnovski pozitivizem, kamor se prišteva tudi avtopoietična teorija prava, prav, ko kategorijo pravičnosti izključi kot nepertinentno pravno kategorijo. Pravo ne najde pogojev za svojo možnost, za objektivnost svojih predpisov in norm ne v naravnem pravu – saj je narava kot univerzalna referenca razvrednotena – ne v zakonodajalčevi volji, ki je kot taka zmerom partikularna, pač pa le v samem sebi.

A to, kar naj bi bila rešitev iz krize, v katero je pravo zabredlo po razkroju naravnega prava, ni nič manjša nevarnost za pravo. Vztrajanje pri goli pozitivnosti prava, natančneje, pri njegovi legalnosti, vodi v inflacijo zakonov in predpisov, saj ni instance, ki bi jih bila zmožna presoati glede na njihovo *pravnost* in ne zgolj glede na njihovo legalnost. Še več, ker ni kriterijev za objektivnost in univerzalnost, se avtopoietična teorija zadovolji z golim formalizmom, izpraznjenim vsake vsebine. Vsebina je že vnaprej razvrednotena, saj lahko katera koli vsebina postane vsebina pravne norme.

22. Ch. Grzegorzcyk, »Système juridique et réalité: discussion de la théorie autopoïétique du droit, v: *Controverses autour de l'ontologie du droit*, ur. P. Amselek in Ch. Grzegorzcyk, PUF, Paris 1989.

Po drugi strani pa razpršenost in množenje partikularnih norm in pravnih praks napotuje na nujnost določitve razsodniške instance. Nemožnost avtopoietične teorije prava, da zadovolji zahtevo po taki refleksivni instanci, pa je opozorila na aporijo sodobnega prava in njene teorije: ker pravna teorija ni zmožna določiti pogojev, v katerih je legalnost pravna, to je, pogojev za objektivno in pravično sodbo, se zdi, da se moramo zadovoljiti zgolj z negativno ugotovitvijo, da *Pravo ne obstaja*.

Četudi za ceno lastne razpršitve, je sodobno pravo obsojeno na to, da vztraja pri pozitivizmu, saj ni nobene transcendence, ki bi mu bila lahko v oporo. Pozitivizem je naš referenčni okvir, je paradigma v Kuhnovem pomenu besede, ki še ni izčrpala svojih potencialov. V pozitivizmu moramo vztrajati,

»ker nas k temu sili epistemološka konjektura. Ni se kaj dosti spremenila, odkar je Kelsen formuliral program Čiste teorije prava: relativnost vrednot, nemožnost artikulacije pozitivnega prava na naravno pravo, nemožnost vsakršnega sklicevanja na transcendentno objektivnost. Naša doba je v procesu razpršitve, manjka ji poenotujoče načelo. Je doba partikularizacije partikularnosti, doba, ko se lahko pravo opira le na svojo lastno pozitivnost, doba, ko je pozitivno pravo samemu sebi pogoj za svojo objektivnost.«²³

Tako kot Kelsen se tudi avtopoietična teorija zaveda, da je odločilno vprašanje prava vprašanje njegovih temeljev, njegove utemeljitve, sicer postane pravo popolnoma arbitrarno. In v odgovoru na to vprašanje tudi avtopoietična teorija, tako kot Kelsen, vztraja pri »temeljni cirkularnosti«. Tudi za avtopoietično teorijo se pravo utemeljuje v svoji lastni pozitivnosti in se iz nje tudi pojasnjuje. Normativnost pravnih norm je cirkularna in rekurzivna: nove pravne norme se producirajo iz že obstoječih pravnih norm. Pravna norma je norma, ki jo za tako razglasi že priznana pravna norma. Kriterij pravnosti bi lahko formulirali, denimo, kot Searlovo konstitutivno pravilo: »X šteje za/velja kot Y«.

V svojem radikalnem relativizmu in partikularizmu avtopoietična teorija prava spregleda, da je pogoj za funkcioniranje prava kot avtoreglativnega sistema obstoj nekakšnega ekvivalenta kelsnovske pranorme, to je, obstoj pravila-izjeme, meta-pravila, kakršno je, denimo, Hartovo pravilo za prepoznavo (*recognition rule*). Tako meta-pravilo totalizira, zaceli množico pravnih norm zgolj s tem, da jih prepozna/razglasi za *pravne* norme. Pravo, ki je razpršeno v množici svojih praks, najde svoje organizacijsko načelo, lahko bi rekli celo idejo svoje enotnosti v takem meta-pravilu. V notranji ekonomiji pravnega sistema deluje meta-pravilo ne le kot regulativna in zakonodajalna instanca za razpršene, nenehno porajajoče se norme in predpise, marveč daje pravo tudi jamstvo in gotovost, da se ne bo razpustilo. Meta-pravilo zgolj s tem, da obstaja, pove, da pravo ni nekakšen v ničemer utemeljen skupek arbitrarnih vedenjskih pravil, marveč, da obstaja kot Zakon, ki ga moramo spoštovati. Skratka, šele meta-pravilo zbudi prepričanje, da Pravo obstaja, še več, da obstaja kot deduktivni sistem.

Zakaj v zadnjem času v središču filozofskih diskusij tako odločno stopa pravo? Zakaj se pravo vedno bolj vsiljuje kot nekakšen privilegiran predmet filozofske

23. F. Ewald, »Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit«, *Droits*, 1, str. 142.

refleksije? Ne gre zgolj za definicijo prava oz. za definicije te samorefleksivne instance v pravu, tega meta-pravila, ki so mu včasih rekli naravno pravo, danes pa pravilo za razsojanje (Ewald) oz. pravilo za prepoznavo (Hart). Gre namreč za to, da je od definicije prava, ki si jo navsezadnje daje samo pravo, odvisna tudi interpretacija sveta, v katerem živimo. Pravo ima danes status *uradne hermenevtike realnosti*.²⁴

Ta interpretacija oz. kvalifikacija, če uporabimo pravniški izraz, je pravna institucija par excellence in je ne moremo omejiti na filozofski ali pa literarnoteoretski pojem interpretacije. Nekaj obstaja za pravo le, če ga pravo samo razglasi za pravno dejstvo. Pravo ni v prvi vrsti vodilo za človekovo ravnanje, marveč omogoča konvergenco delovanja ljudi le tako, da poprej organizira socialni oz. simbolni univerzum, da poenoti, uniformira videnje realnosti. Zato bi bilo morda ustrežnejše, da v pravu ne vidimo hermenevtike, interpretacije, temveč prej način biti. Pravo je

»način biti katere koli reči, ki je priklicana v legalno eksistenco, bodisi da je že prej obstajala v dejanskem svetu na način čisto surove eksistence, bodisi da nima in tudi ne more imeti druge realnosti kakor tiste, ki ji jo prisodi pravo.«²⁵

Ta vloga prava kot uradnega interpreta realnosti je resda navzoča v vseh modernih družbah, nastala pa je v natančno določeni zgodovinski konstelaciji in je kot taka tudi podvržena transformacijam. Pravo je v obdobju kontingentnosti vsake ontologije, edino, ki lahko pretendira na ta naslov. Pravo je sodobna ontologija v tistem pomenu, v katerem je Lacan opredelil ontologijo po Aristotelu, namreč kot diskurz gospodarja. Če kje, potem ravno v pravu velja, da je bit bit na ukaz, torej tisto, kar bi moralo biti, tisto, kar bi bilo, če bi poslušali njegov ukaz:

»Sleherna razsežnost biti se proizvede v teku diskurza gospodarja, tistega, ki tedaj, ko izreče neki označevalec, pričakuje, da bo kot posledica te njegove izreke nastopil eden tistih učinkov označevalne vezi, ki ga ni zanemariti in ki sestoji v tem, da označevalec ukazuje. Označevalec je najprej imperativen.«²⁶

24. Ch. Grzegorzcyk, »Le droit comme interprétation officielle de la réalité«, *Droits*, št. 11, str. 31.

25. J. Combacau, »Une manière d'être des choses«, *Droits*, št. 11, str. 11.

26. J. Lacan, *Še, Analecta*, Ljubljana 1985, str. 29.