

Kenneth Einar Himma*

Logika dokazivanja mogućnosnih tvrdnji

Positivan argument u korist uključnog pravnog pozitivizma i moralnih temelja prava

U ovome radu zagovaram stajalište koje uključni pozitivisti dijele s Ronaldom Dworkinom. Prema tezi o uključenosti morala (TUM), logički je moguće da pravni sustav uključuje moralne kriterije pravnosti (ili, kao što to Dworkin kaže, „temelje prava”). Do ovoga trenutka rasprava je uvijek imala oblik napada na koherentnost TUM-a, pri čemu su branitelji TUM-a samo pokušavali osporiti napadajući argument. Ja u prilog TUM-u iznosim pozitivan argument, koji započinjem objašnjenjem logike dokazivanja mogućnosnih tvrdnji kao što je to TUM. Pritome na samom početku vrijedi istaknuti da se logika dokazivanja mogućnosnih tvrdnji umnogome razlikuje od logike dokazivanja kontingentnih deskriptivnih tvrdnji ili nužnih tvrdnji. Zbog toga će ovdje biti potrebno dati neka pojašnjenja važnih obilježja semantike modalne logike. Nakon prikladne razrade strukturnog okvira, argument u prilog TUM-a bit će zasnovan na iznenađujuće jednostavnom mislenom eksperimentu. Zapravo, argument pronalazi svoje nadahnuće u Razovom argumentu u prilog mogućnosti postojanja pravnog sustava koji se ne temelji na prisilnoj mašineriji izvršavanja prava; prema njemu, društvo anđela i dalje bi imalo sustav prava, iako u tom sustavu ne bi postojala prisilna mašinerija. Moj argument sadržavat će dvije teorijski važne značajke koje sadrži i Razov snažno jednostavan, ali u konačnici neuspješan argument.

Ključne riječi: moral, pravo, temelji prava, kriteriji valjanosti, uključni pozitivizam, isključni pozitivizam, Dworkin, prirodno pravo

1 UVOD

U ovome radu zalažem se za stajalište koje uključni pozitivisti dijele s Ronaldom Dworkinom i zagovornicima jake prirodnopravne struje:

Teza o uključenosti morala (TUM): Logički je moguće da pravni sustav uključuje moralne kriterije pravnosti¹ (ili, kao što to Dworkin kaže, „temelja prava”).²

* himma@uw.edu | Gostujući profesor, Odsjek za povijest filozofije, Državno sveučilište u Tomsku, Predavač, Pravni fakultet Sveučilišta u Washingtonu.

1 Kriterije pravnosti nazivat ću i „kriterijima prava”. Nekoć su kriterije pravnosti pozitivisti obično nazivali „kriterijima valjanosti”.

2 Naravno, Dworkin i prirodnopravni teoretičari iznose snažniju tvrdnju o odnosu između temelja/kriterija prava, odnosno da je logički nemoguće da postoji pravni sustav *bez* moralnih temelja/kriterija prava.

Ovdje vrijedi istaknuti da se TUM-om iznosi vrlo slaba tvrdnja. TUM-om se ne stvara čak niti dojam da se išta želi izreći o *zbijskim* (ili postojećim) pravnim sustavima. Prvo, TUM-om se ne ustvrđuje niti sugerira da u *zbijskome* svijetu (tj. logički mogućem svijetu koji nastanjujemo, a koji je jedan od neprebrojivo beskonačno mnogo logički mogućih svjetova³) pravni sustavi postoje, postojali su ili će ikada postojati. Drugo, TUM-om se ne ustvrđuje niti sugerira išta o vjerojatnosti postojanja takvih sustava – izuzev tvrdnje da ta vjerojatnost nije jednaka nuli. Njime se tvrdi tek sljedeće: među neprebrojivo beskonačnim brojem logički mogućih svjetova barem je jedan logički moguć svijet u kojemu postoji nešto što se smatra „pravnim sustavom” s moralnim temeljima prava. Odnosno, TUM-om se ustvrđuje ono što ću nazvati „mogućnosnom tvrdnjom”.

Započet ću s objašnjenjem logike dokazivanja mogućnosnih tvrdnji, poput TUM-a. Na samome početku vrijedi istaknuti da se logika dokazivanja mogućnosnih tvrdnji uvelike razlikuje od logike dokazivanja kontingentnih opisnih tvrdnji ili nužnih tvrdnji. Zbog toga će ovdje biti nužno dati neko objašnjenje važnih obilježja semantike modalne logike. Jednom kad se strukturni okvir na odgovarajući način razradi, argument u prilog TUM-u zasnivat će se na iznenađujuće jednostavnom mislenom eksperimentu. Zapravo, argument crpi nadahnuće iz Razova argumenta u korist mogućnosti postojanja pravnog sustava bez prisilne izvršne mašinerije; prema njemu, društvo anđela moglo bi imati sustav prava iako ne postoji nikakva prisilna mašinerija. Moj argument sadržavat će dvije teorijski važne značajke koje obilježavaju i Razov snažno jednostavan, ali u konačnici neuspješan argument.⁴

2 VRSTE TEORIJE PRAVA I TEZA O UKLJUČENOSTI MORALA

Postoji nekoliko različitih vrsta teorije prava. Empirijska teorija prava u pravilu se bavi utvrđivanjem ili objašnjavanjem određenih obilježja ili značajki postojećih pravnih sustava; takva je teorija barem po svojoj naravi opisna te se usredotočuje na kontingentne značajke pravnih sustava koji se istražuju. Primjerice, empirijska teorija prava mogla bi se baviti utvrđivanjem ili objašnjavanjem sadržaja pravnih normi kojima se u SAD-u navodno uređuje privatnost

3 Skup je *prebrojivo beskonačan* ako i samo ako se njegovi elementi mogu jednoznačno preslikati u prirodne brojeve. Skup je *neprebrojivo beskonačan* ako i samo ako je beskonačan, ali ne prebrojivo beskonačan. Intuitivna je zamisao da se svi elementi prebrojivo beskonačnog skupa mogu nabrojati (iako bi to moglo potrajati čitavu vječnost), dok je neprebrojivo beskonačan skup prevelik da bi se njegovi elementi mogli nabrojati (ili izbrojati). Čak ni svemoguće vječno biće ne može nabrojati elemente neprebrojivo beskonačnog skupa. Vidjeti, primjerice, Hrbacek & Karen 1999.

4 Za raspravu o tome zašto je Razov argument neuspješan vidi u nastavku na str. 28–29.

informacija. Slično tomu, takva bi se teorija mogla baviti objašnjavanjem funkcije kojoj navodno služi neki skup pravnih praksi u Kolumbiji. Nasuprot tomu, normativna teorija prava uglavnom se bavi određivanjem značajki koje pravne norme ili institucije moraju imati da bi bile moralno legitimne. Primjerice, normativni teoretičar prava mogao bi tvrditi da pravo, kao stvar supstantivne moralne teorije, treba zaštititi privatnost informacija na niz određenih načina ili da redarstvene snage države opravdano provode samo određene vrste zaštite privatnosti informacija.

Međutim, pojmovnim teorijama prava pokušava se pristupiti temeljnom pitanju koje normativne i opisne teorije prihvaćaju zdravo za gotovo – a to je pitanje utvrđivanja naravi prava kao takvog – te se njima stoga pokušava odgovoriti na pitanje „Što je to pravo?” Pojmovne teorije pokušavaju identificirati ona obilježja i značajke koji prema *našem* pojmu prava čine narav prava kao takvog pa tako razlikuju entitete koji se valjano mogu okarakterizirati kao „pravo” od entiteta koji se ne mogu valjano okarakterizirati kao „pravo”. Te teorije u pravilu izražavaju ili podrazumijevaju pojmovno nužne uvjete glede toga što se smatra pravom te se općenito mogu podvesti pod sljedeću shemu:

U bilo kojem društvu s pravnim sustavom S nužno postoji skup uvjeta $c1, c2, \dots, cj$, takvih da za bilo koju normu N , N je pravo u društvu S ako i samo ako N ispunjava uvjete $c1, c2, \dots, cj$.

Pozitivisti i prirodnopravni teoretičari uvjetima $c1, \dots, cj$ (gdje j predstavlja arbitrarni prirodni broj) pridaju različite nazive, od „kriterija pravnosti”, „kriterija pravne valjanosti” do „kriterija valjanosti”. Ronald Dworkin naziva ih „temeljima prava”. Ja ću te izraze koristiti naizmjenice, pod pretpostavkom da razlike koje među njima postoje, ma kakve one bile, nisu od važnosti za argument ovoga rada.

U svezi s tim temeljnim problemom redovito postoje tri glavna problema. Prvo, potrebno je objasniti imaju li temelji prava nužno status prava; pozitivizam, primjerice, smatra da temelji prava jesu pravo, ali nisu pravno valjani. Drugo, ako je tomu tako, potrebno je objasniti zašto temelji prava imaju status prava; pozitivist tvrdi da konvencionalno pravilo priznanja kojim se definiraju temelji prava ili kriteriji pravne valjanosti ima status prava na temelju toga što ga u praksi primjenjuju oni koji u pravnom sustavu izvršavaju funkciju nositelja pravne vlasti. Treće, potrebno je objasniti uvjete postojanja za pravni sustav; pozitivizam smatra da pravni sustav postoji kad postoji konvencionalno pravilo priznanja koje u praksi primjenjuju nositelji pravne vlasti te kada se građani uglavnom pokoravaju zakonima pravno valjanima na temelju pravila priznanja.

Neki od najvažnijih sporova u području pojmovne teorije prava tiču se pitanja postoji li pojmovni odnos između temelja prava i moralnih načela – spor koji je započeo prije mnogo godina između pozitivista Jeremyja Bentham i klasičnog prirodnopravnog teoretičara Tome Akvinskoga i koji se i danas vodi

između neoprirodnopravnih teorija, Dworkinova konstruktivizma, uključnog pozitivizma i isključnog pozitivizma. Pravni pozitivizam zapravo je nastao kao odgovor na prirodnopravno stajalište prema kojem nepravedni zakoni ne mogu postojati zato što postoje nužni moralni kriteriji pravne valjanosti – nužni u smislu da vrijede za sve moguće pravne sustave, ograničavajući u svakome od njih sadržaj prava. Pravni pozitivisti, počevši s Johnom Austinom i Jeremyjem Benthamom, tu su snažnu tezu osporavali, prihvativši kao dio temelja svoje teorije tezu o odvojivosti: prema tezi o odvojivosti ne postoje pojmovno nužni moralni temelji prava (ili kriteriji valjanosti). Prema pozitivistima, pravo i pravni sustavi društveni su artefakti koje stvaraju ljudi – a artefaktno svojstvo institucija i normi proteže se takoreći do najniže razine, do temelja prava. Kako je to iznio H. L. A. Hart, „to da zakoni reproduciraju ili zadovoljavaju određene zahtjeve morala, iako su to zapravo često činili, nije ni u kojem smislu nužna istina.”⁵

I dok i dalje postoje nesuglasice glede pitanja uključuju li *nužno* temelji prava moralna načela, znatan dio nedavne rasprave u pojmovnoj filozofiji prava o teorijski istaknutim odnosima između prava i morala bio je usredotočen na to je li *moguće* da temelji prava uključuju moralna načela. Korijeni te rasprave, koja je postala središnjim pitanjem među pravnim pozitivistima tijekom posljednjih petnaest godina, mogu se pronaći u Dworkinovim utjecajnim ranim kritikama pravnoga pozitivizma. U razdoblju od sredine do konca 1970-ih, Dworkin je tvrdio da pravnom pozitivizmu nedostaju sredstva kojima bi objasnio ulogu koju u sudskom rasuđivanju i odlučivanju imaju moralni standardi i rasuđivanje. Kako on to (ponešto zavaravajuće) kaže u „Modelu pravila II”:

Njihovo podrijetlo kao pravna načela ne leži u određenoj odluci nekog zakonodavnog tijela ili suda, nego u osjećaju prikladnosti koji se s vremenom razvio u struci i javnosti. Njihova kontinuirana snaga ovisi o održavanju tog osjećaja prikladnosti. Kada se više ne bi činilo nepravičnim ljudima dopustiti da ostvare korist od protupravnih djela koja počinu ili pravičnim oligopolima koji proizvode potencijalno opasne strojeve nametnuti posebne terete, ta načela, čak i ako od njih nikada nije bilo odstupljeno ili nikada nisu bila ukinuta, u novim predmetima više ne bi bila od neke važnosti.⁶

Prema Dworkinu, pravници i suci svoje argumente redovito temelje na moralnim načelima koja status prava imaju ne zato što su bila formalno ili službeno proglašena nego zbog svojeg *moralnog* sadržaja.

U pogledu toga kako odgovoriti na Dworkinov argument pozitivisti su se podijelili. Isključni pozitivisti, poput Josepha Raza, Scotta Shapira, Andreia

5 Hart (1996: 185–186).

6 Dworkin (1977: 40–41). Ovdje kažem „zavaravajuć” zbog toga što kaže da ta moralna načela imaju status prava jer praktičari *vjeruju* da sadržaj odražava objektivne zahtjeve morala. U svojim kasnijim radovima Dworkin, čini se, smatra da ta moralna načela imaju status prava na temelju svojeg logičkog odnosa sa zahtjevima objektivnog morala.

Marmora i Briana Leitera, odbacili su dworkinijansku tvrdnju da ta moralna načela imaju status prava na temelju svojega sadržaja. Isključni su pozitivisti tako prihvatili i branili tezu o izvorima kojom se osporava mogućnost postojanja pravnih sustava s moralnim kriterijima pravne valjanosti. Uključni pozitivisti, poput Julesa Colemana, Matthewa Kramera, Wilfrida Waluchowa i mene, prihvaćaju ono što ću nazvati tezom o uključenosti morala, a koju ću ponoviti u ponešto izmijenjenom izričaju:

Teza o uključenosti morala (TUM): Postoji logički moguć pravni sustav u kojemu temelji/kriteriji prava (ili kriteriji pravne valjanosti) uključuju neke moralne norme.

Iako taj izričaj redovito koriste uključni pozitivisti, njega prihvaća i stanoviti broj drugih teoretičara: isto stajalište dijele i istaknuti prirodnopravni teoretičari poput Tome Akvinskoga i Blackstonea (ako je logički nužna istina da temelji/kriteriji prava uključuju moralne norme, logično slijedi TUM), neki neoprirodnopravni teoretičari i Ronald Dworkin. Istina je da svaki od tih teoretičara ponešto snažnije zagovara tvrdnju o pojmovnom odnosu između morala i temelja/kriterija prava; međutim, ta snažnija stajališta logički podrazumijevaju slabiju tvrdnju uobličenu kao TUM.

Važnosti rasprave dodatno je pridonijela pojava stajališta koja se smještaju između pravnog pozitivizma i najsnažnijeg oblika prirodnopravne teorije, koji se tradicionalno tumači kao osporavanje teze o odvojivosti. Ta važna nova stajališta uključuju Dworkinovu zrelu „treću teoriju prava” i neoprirodnopravna stajališta poput onoga Marka Murphyja, prema kojemu je logički nužno da su zakoni moralno problematičnog sadržaja manjkavi *qua* pravo. Razvoj tih suparničkih stajališta potiče trajnu raspravu o tome je li TUM istinit.

Naravno, TUM je pojmovna tvrdnja – i k tome vrlo slaba. Ona se ne tiče onoga što je nužno ili čak zbiljsko, a što bi je učinilo djelomično empirijskim pitanjem; ona se tiče onoga što je *moguće*. Njome se samo tvrdi da je za pravni sustav logički *moguće* da ima moralne temelje prava; drugim riječima, tvrdi se da su naši pravni pojmovi konzistentni s postojanjem moralnih temelja valjanosti – a ta je tvrdnja na meti, primjerice, Razova argumenta o vlasti (autoritetu) kojim se osporava logička kompatibilnost moralnih temelja prava s pojmom pravne vlasti (autoriteta). Tvrdnje o tome što je samo logički, metafizički ili pojmovno moguće posebno je teško braniti. Kako bi se ta vrsta tvrdnje dokazala, treba dokazati da je moguće smisljeno zamisliti pravni sustav s moralnim temeljima prava. To uključuje dokazivanje da postojanje pravnoga sustava s moralnim temeljima prava nije protuslovno ni samome sebi ni drugim ključnim doktrinama teorije prava. Mogućnosne ili koherentnosne tvrdnje poput ovih teško nalaze potporu u pozitivnim argumentima. Stoga se vodi rasprava u kojoj zagovornik stajališta da je moralno utemeljenje prava nemoguće daje argumente kojima želi dokazati da je postojanje takvih temelja logički nekonzistentno s nekom drugom vjerojatnom pojmovnom istinom o pravu.

U tom pogledu rasprava nalikuje raspravi o logičkoj koherentnosti samoga pojma svesavršenoga Boga. Netko tko odbacuje stajalište da je taj pojam koherentan obično iznosi argumente u prilog navodnoj pojmu implicitnoj nekonzistentnosti: primjerice, tvrdilo se da biće ne može istodobno biti savršeno milosrdno i savršeno pravično: savršena pravednost uvijek zahtijeva (kako po prilici glasi argument) da se prema osobi postupi onako kako ona to zaslužuje, dok savršeno milosrđe zahtijeva da se prema osobi ponekad postupi manje strogo nego što to ona zaslužuje. Prema mojem saznanju, teistima nedostaje pozitivan argument u prilog konzistentnosti svih relevantnih pojmova sadržanih u složenom pojmu bića koje oprimjeruje takvo savršenstvo te se stoga usredotočuju na pobijanje argumenata kojima se ustvrđuje nekonzistentnost pojma svesavršenoga Boga. Razlog tomu jest činjenica da je vrlo teško iznijeti pozitivan argument u prilog tvrdnji da su te ideje konzistentne; nedostaje nam neposredan osjećaj glede toga koje su to tvrdnje koherentne jer se nekonzistentnost može pritajiti duboko ispod površine. Zato se struktura ovoga spora između onih koji prihvaćaju TUM i onih koji ga osporavaju obično podudara sa strukturom rasprave o koherentnosti pojma svesavršenoga Boga.

Kao što bi i trebalo biti očitim, mogućnosne se tvrdnje teško podupiru pozitivnim argumentima. Tvrditi da je stanje stvari S moguće jest tvrditi ništa jače od sljedećega: skup propozicija koje iscrpno opisuju S logički je konzistentan ili, drugim riječima, nije sebi protuslovan. Tvrdnja, dakle, da je neko stanje stvari moguće izražava, u biti, logičku tvrdnju o skupu rečenica koje iscrpljuju opis svih teoretski istaknutih obilježja S -a – odnosno da taj skup rečenica ne sadrži rečenice koje podrazumijevaju logičko proturječje.

To ne bi smjelo biti uzrokom nikakve zabune: riječ je o jednostavnoj primjeni načela u temeljima semantike mogućega svijeta koju pretpostavljaju standardni sustavi modalne logike. Zapravo, mogući svijet redovito se definira kao maksimalno konzistentan skup rečenica.⁷ Skup rečenica S je *maksimalan* u odgovarajućem smislu ako i samo ako, za svaku propoziciju p , S sadrži jednu rečenicu koja je ili p ili $ne-p$. Skup rečenica S je konzistentan ako i samo ako nije slučaj da S logički implicira proturječje. Stoga, mogući je svijet skup rečenica koji sadrži jednu koja je ili p ili $ne-p$, za svaku propoziciju p , i koji logički ne implicira proturječje. Pozitivan argument u prilog tvrdnji da je moguće da p – shematski oblik mogućnosne tvrdnje – zahtijeva dokazivanje postojanja maksimalno konzistentnog skupa rečenica koji sadrži p .

Prema tome, uspješan pozitivan argument u prilog TUM-a mora biti uobličen tako da dokazuje postojanje maksimalno konzistentnog skupa rečenica koji uključuje propoziciju da za neki institucionalni sustav L , L je pravni sustav koji ima moralne temelje prava. To zahtijeva dokazivanje da ne postoji nikakvo logičko proturječje između (1) tvrdnje da je L sustav prava (sa svime što to pret-

7 Za klasičan i još uvijek koristan tekst o modalnoj logici vidi, npr., Chellas 1980.

postavlja u smislu pojmovno povezanih tvrdnji, primjerice, o vlasti (autoritetu), obvezi itd.) i (2) tvrdnje da *L* ima moralne temelje prava.

3 USTROJ RASPRAVE IZMEĐU UKLJUČNOG I ISKLJUČNOG POZITIVIZMA

Do sada je ponuđeno malo pozitivnih argumenata u prilog TUM-u – a svaki od njih bio je neuspješan. Rasprava bi uglavnom, prisjetit ćemo se, poprimala oblik argumenata u smislu da ne postoji nikakav konzistentan skup propozicija koji bi sadržavao sljedeće propozicije: (1) skup propozicija koji ispravno opisuje uvjete postojanja prava; (2) propoziciju da je, za neki entitet *L*, *L* pravni sustav; i (3) propoziciju da *L* ima moralne temelje/kriterije prava. Razov se argument temelji na tvrdnji da skup definiran pod (1) uključuje propoziciju da pravo pretendira na legitimnu vlast (autoritet) kao i propozicije koje izražavaju njegovo uslužno shvaćanje vlasti (autoriteta). Njegov argument glasi da je institucionalan sustav normi koji bi uključivao, takoreći, moralne temelje za članstvo u sustavu, *logički nekonzistentan* s ispunjenjem, od strane toga sustava, skupa definiranog pod (1). Prema Razu, problem je u tome što je postojanje moralnih temelja prava nekonzistentno s pojmovnom pretenzijom prava na vlast (autoritet). Slično tomu, Shapirov argument glasi da skup definiran pod (1) sadrži takozvanu tezu o praktičnoj važnosti.⁸ Struktura njegova argumenta posve je identična Razovoj: ideja je da se pokaže da je institucionalan sustav normi koji uključuje moralne temelje/kriterije za članstvo *nekonzistentan* sa skupom definiranim pod (1). Prema Shapiru, problem je u tome što su moralni temelji/kriteriji prava logički nekonzistentni s tvrdnjom da je pravo sposobno biti od praktične važnosti.

Uključni pozitivisti uglavnom su branili TUM pokušavajući na pojedinačnoj osnovi pokazati da je svaki takav „argument o nekonzistentnosti” neuspješan jer se argument u pitanju oslanja na lažnu premisu, bila ona izričita ili prešutna. Uključni pozitivisti, a među njima i ja, branili su TUM od Raza dokazujući da se Razov argument oslanja na lažne tvrdnje o naravi prava ili naravi vlasti (autoriteta).⁹ Naime, obrana od Raza temelji se na pokušaju pobijanja jedne ili više od sljedećih triju ideja: (1) pravo nužno pretendira na vlast (autoritet); (2) autoritativne smjernice pružaju prednosne (preemptivne) razloge za djelovanje; ili (3) vlast (autoritet) je opravdana samo ukoliko njezine smjernice točnije identificiraju što bi subjekt trebao učiniti u skladu s pravim razlogom od subjektive vlastite ocjene razloga.¹⁰ Isto tako, uključni pozitivisti branili su TUM

⁸ Shapiro (1998: 469–507).

⁹ Vidi Raz 1994.

¹⁰ Raza sam kritizirao u pogledu određenog broja tih pretpostavki. Vidi, primjerice, Himma 2001a, Himma 2007a, Himma 2007b i Himma (2001b: 61–79).

od Shapirova argumenta osporavajući ili (1) to da pozitivizam uključuje tezu o praktičnoj važnosti; ili (2) to da teza o praktičnoj važnosti implicira da se u svojim razmatranjima suci vode i pravilom priznanja i relevantnim prvorazinskim normama koje uređuju ponašanje građana.¹¹

Od ključne je važnosti primijetiti da su u oba slučaja te obrane ključnih pozitivista „negativne” u smislu da se njima pokušava dokazati da su ti argumenti o nekonzistentnosti neuspješni – odnosno, ti negativni argumenti ograničavaju se na dokazivanje da određeni argumenti protiv TUM-a ne stoje. To vrijedi primijetiti jer, strogo govoreći, takvi argumenti ne pružaju apsolutno *ništa* u smislu pozitivne potpore TUM-u. Razlog tomu jednostavno su osnove logike: tvrdnja da je neki argument pogrešan ne pruža nikakav razlog za smatranje zaključka argumenta pogrešnim. Ono što to znači jest da se tim argumentima uspijeva dokazati tek da TUM nije dokazan pogrešnim. Nijedan od tih argumenata sam po sebi ne daje ikakav razlog smatrati da je TUM istinit jednostavno zato što to *ne može* po pravilima osnova logike.¹² Dokazati, primjerice, da nije istina da pravo nužno pretendira na legitimnu vlast (autoritet) samo po sebi ne pruža nikakav razlog smatrati da bi mogli postojati moralni temelji prava. Pregled literature navodi na zaključak da je golema većina radova objavljenih tijekom posljednjih petnaest godina koji brane TUM uključivala iznošenje ove vrste negativnih argumenata. U prilog TUM-u ponuđeno je vrlo malo pozitivnih argumenata.

4 IZNOŠENJE POZITIVNOG ARGUMENTA U PRILOG MOGUĆNOSTI TVRDNJI

Isključivo obrambeni stav ključnih pozitivista mogao bi se na prvi pogled doimati zbunjujućim; međutim, razlog zašto je rasprava poprimila ovaj oblik jednostavno je shvatiti jednom kada postane jasno što bi uključivalo osmišljavanje uspješnog pozitivnog argumenta. Kao što se ispostavilo, stvarni je problem, u biti, u shvaćanju logike relevantnih modaliteta koje nije dovoljno dobro da bi se učinilo ono što je potrebno za osmišljavanje pozitivnog argumenta u prilog TUM-u. Pretpostavljam da je ljudima kojima nedostaje obuke u metafiziци prilično teško posve shvatiti narav raznih metafizičkih tvrdnji kao i koja bi

11 Vidi Himma (2000: 1–43).

12 Time se ne želi navesti na pomisao da ti negativni argumenti ne mogu tvoriti osnovu pozitivne obrane TUM-a; ako bi se uspjelo dokazati da je svaki od tih argumenata pogrešan i da ti argumenti iscrpljuju sve moguće logičke sukobe između naravi prava i postojanja moralnih temelja prava, tada bi se moglo zaključiti da je TUM istinit. No ovdje je ključno istaknuti da ova pozitivna obrana zahtijeva nešto više od samih zaključaka negativnih argumenata. Ona osim toga zahtijeva i novu premisu u smislu da postojeći argumenti obuhvaćaju sve moguće napetosti – a to bi, naravno, zahtijevalo *pozitivnu* obranu te nove premise.

to metodologija bila ispravna, što je, naravno, tema o kojoj se i vodi spor. Kada se jednom u razgovor uvedu modaliteti kao što su nužnosni operator (odnosno, nužno je da p ili, simbolički, $\Box p$) i mogućnosni operator (odnosno, moguće je da p ili, simbolički, $\Diamond p$), logički standardi na kojima se temelji deduktivni argument postaju znatno kompliciraniji – a ta složenost odražava analognu složenost metafizike kao zasebne discipline. A ovdje možda treba shvatiti – što se često, možda baš zato što je ta misao tako očita ili nepotrebna, previđa – da je pojmovna filozofija prava ništa doli metafizika prava.

Ovdje je korisno ponovno razmotriti pitanje koherentnosti pojma svesavršenoga bića – što je, treba primijetiti, i metafizičko pitanje. Relevantna ateistička tvrdnja je da ne postoji (da zapravo *ne bi mogla postojati*) stvar koja ispunjava uvjete postojanja za savršenstvo jer su neki od tih uvjeta logički nekonzistentni s drugim uvjetima. Kao što je, primjerice, prethodno istaknuto, tvrdilo se da savršeno milosrđe i savršena pravednost ne mogu biti istodobno oprimjereni u jednome biću jer su kriteriji za bivanje savršeno pravednim logički nekonzistentni s kriterijima za bivanje savršeno milosrdnim. Kao što sam, međutim, također prethodno istaknuo, teistima nedostaje pozitivan argument kojim bi se neposredno osvrnuli na pitanje konzistentnosti tako što bi dokazali da su sva savršenstva takoreći logički kompatibilna. Iako, naravno, postoje argumenti u prilog postojanju Boga (primjerice, takozvani argument inteligentnog dizajna), oni nisu neposredno usmjereni na koherentnost pojma svesavršenoga bića. Naravno, ukoliko je jedan od tih argumenata uspješan u dokazivanju postojanja svesavršenoga Boga, logično proizlazi da je pojam koherentan. Međutim, tim se drugim argumentim čak ni ne pokušava neposredno upustiti u osporavanje ateističkih argumenata o nekonzistentnosti.

Razlog razmjernom nedostatku pozitivnih argumenata u prilog koherentnosti pojma svesavršenoga Boga jest taj da su uz neposredno zagoravanje mogućnosnih tvrdnji (odnosno, u ovome slučaju, da je moguće da biće oprimjeruje obje savršenosti) vezane posebne poteškoće. Teško je uvidjeti kako bi se to točno mogao iznijeti pozitivan argument u prilog relevantnoj mogućnosnoj tvrdnji. Kako bi se to, primjerice, uopće počelo dokazivati da je moguće da neko biće istodobno bude i svemoguće i sveznajuće? Iako bi se moglo činiti očitim da je barem to moguće, tomu je tako zato što ne možemo uvidjeti kako bi ta dva svojstva mogla postati nekonzistentna. Ako bi nas to, posve razumno, moglo navesti da posumnjamo u postojanje bilo kakve takve konzistentnosti, naša nemogućnost da zamislimo kako bi ta dva svojstva mogla doći u sukob ne pruža nikakvu znatnu pozitivnu potporu tvrdnji da ona *ne* dolaze u sukob.¹³ Ako promislimo o tome kako pristupiti davanju pozitivnog argumenta kojim bi se

13 Ta je tvrdnja poduprta brojnim primjerima. Nismo mogli shvatiti kako bi, primjerice, Euklidov postulat o paralelama mogao biti suprotan Einsteinovoj teoriji relativnosti koja pretpostavlja neeuclidijanski postulat o paralelama.

dokazalo da su navedena dva svojstva konzistentna, vjerojatno ćemo ostati bez odgovora – što objašnjava zašto se struktura rasprave o tome je li moguće da neko biće oprimjeruje sva savršenstva (odnosno, je li pojam svesavršenoga bića koherentan) podudara sa strukturom rasprave o tome je li moguće da pravni sustav ima moralne temelje prava. Problem je taj što može biti, a često i jest, vrlo teško uvidjeti kako dokazati da su dvije apstraktne propozicije konzistentne.

Ako se filozofima to čini iznenađujućim, u drugim akademskim disciplinama to se prihvaća zdravo za gotovo. Općepoznato je da dokazivanje mogućnosne tvrdnje predstavlja posebne teškoće u čistoj matematici. Jedno pitanje koje se u kontekstu proučavanja određenog formalnog aksiomatskog sustava u matematici, kao što je to teorija skupova, redovito javlja, jest je li skup aksioma konzistentan; i ako jest, može li se konzistentnost toga skupa dokazati. Postoje dva moguća teorema o konzistentnosti – jedan jači i stoga poželjniji od drugoga. Najpoželjniji ishod bio bi dokaz da je skup aksioma *apsolutno konzistentan*, a to je ono što redovito imamo na umu kada kažemo da je neki skup propozicija konzistentan. Ono što je potrebno da bi se dokazala apsolutna konzistentnost skupa aksioma jest tumačenje svih simbola formalnog jezika aksiomatskog sustava u kojemu su aksiomi isitiniti; takvo je tumačenje poznato kao *model* za skup aksioma.

Od presudne je važnosti primijetiti odnos između pronalaska modela za skup aksioma i davanja pozitivnog argumenta u prilog TUM-u. Intuitivno, ideja koja stoji iza matematičkog projekta jest protumačiti simbole jezika tako da se može stvoriti koherentna priča u kojoj su svi protumačeni aksiomi očito istiniti. To je analogno onome što moramo učiniti kod davanja uspješnog pozitivnog argumenta u prilog TUM-u. Ako se može proizvesti model za aksiome odgovarajućeg matematičkog sustava, tada slijedi da su aksiomi konzistentni – odnosno, da *postoji neki mogući svijet u kojemu su svi aksiomi istiniti*. Ako zagovornik TUM-a može proizvesti koherentnu priču u kojoj nešto što je očito pravni sustav (prema odgovarajućoj teoriji) također očito sadrži moralne temelje prava, tada je to dovoljan dokaz toga da je postojanje moralnih temelja prava konzistentno s odgovarajućom teorijom prava – odnosno, da *postoji neki mogući svijet u kojemu postoji pravni sustav s moralnim temeljima prava*. Drugim riječima, ako zagovornik TUM-a može proizvesti takav „model”, tada je to dovoljno za dokazivanje TUM-a na temelju, kako sam to nazvao, pozitivnog argumenta.

Intrigantno je da se u matematici ishodi koji predstavljaju apsolutnu konzistentnost vrlo teško ostvaruju zato što se pokazalo odvrćajuće teškim izgraditi nešto što očito služi kao model za odgovarajuću matematičku teoriju.¹⁴ Razlozi tomu djelomično se tiču činjenice da se pojam „konzistentnosti” koristi u svim

14 Vidi, primjerice, „Equiconsistency,” na: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency>>. Ovdje je dostatno citirati Wikipediju zato što ništa od navedenoga nije ni izdaleka sporno.

matematičkim teorijama. U matematici ne postoji neko arhimedsko stajalište prema kojemu je moguće proizvesti analizu toga je li neki skup konzistentan, a kojom se ne pretpostavlja neki element sustava u pitanju: standardi kojima se definira pojam konzistentnosti (namjerna igra riječima) konzistentno se primjenjuju u svakoj standardnoj matematičkoj teoriji. Međutim, drugi se razlog zasigurno tiče poteškoća vezanih uz pokušaj da se *ni iz čega* izgradi tumačenje simboličkog jezika i model kojim bi se jasno dokazala konzistentnost sustava (čak i kad bismo mogli formulirati test konzistentnosti izvan razmatranoga sustava). Ova je priča mnogo složenija i spornija nego što bi se iz navedenoga dalo naslutiti, no dovoljno je vjerojatno da ukazuje na problem s kojim su suočeni teoretičari svake discipline koji (dokazivanjem ishoda koji predstavljaju apsolutnu konzistentnost) nastoje dokazati mogućnosnu tvrdnju.

Stoga je mnogo češće slučaj da se matematičari moraju zadovoljiti dokazivanjem onoga što se naziva *relativnom konzistentnošću*. Zamisao je da se uzme skup aksioma, *S*, koji se, intuitivno gledajući, čini jasnije konzistentnim i pokuša dokazati da su aksiomi razmatranog sustava, *T*, teoremi *S*-a. Dokaz da su aksiomi *T*-a aksiomi *S*-a dokazuje da je *T* u sljedećem smislu *konzistentan s obzirom na S*: ako je *S* konzistentan, tada je *T* konzistentan. U golemoj većini slučajeva relativna konzistentnost je ono najbolje što se može postići; štoviše, nije moguće dokazati čak ni da je matematika apsolutno konzistentna.

Kao što se iz prethodnoga da naslutiti, vjerojatno ne postoji nikakvo sveobuhvatno, pristupačno teorijsko objašnjenje, koje bi osim toga osiguralo i konsenzus, glede toga zašto se ishodi koji predstavljaju apsolutnu konzistentnost u matematici postižu tako teško; ali, kao što smo već vidjeli, moguće je steći grubu sliku zašto bi to moglo biti točno. Možda nije moguće doći do preciznog teorijskog objašnjenja zašto se u filozofiji prava ishodi koji predstavljaju konzistentnost teško podupiru pozitivnim argumentima. Ali možemo donekle shvatiti složenost koja obilježava izradu modela kojim bi se potvrdio TUM.

5 PRVI POKUŠAJ PRUŽANJA POZITIVNOG ARGUMENTA U PRILOG TUM-U

Jedna primamljiva pomisao je da postoji mnogo lako dostupnih modela postojećih pravnih sustava i da se bilo koji od tih postojećih pravnih sustava može koristiti za dokazivanje da su moralni temelji prava moguć. Na kraju krajeva, trivijalna je istina – barem prema svakom standardnom sustavu modalne logike koji je neposredno primjenljiv na filozofsku analizu – da za sve propozicije *p*, *p* logički implicira $\Diamond p$. Ako se može dokazati da neki postojeći pravni sustav ima moralne temelje prava, tada *a fortiori* slijedi da je moguće da pravni sustav ima moralne temelje prava, što je upravo ono što se izražava TUM-om.

Ta strategija pokazala se mnogo manje privlačnom nego što se to čini zbog razloga koji, kao što će biti pokazano, objašnjavaju zašto sam prihvatio povezanost, ali izravniji pristup pronalasku modela za TUM. Ovdje vrijedi istaknuti da će me taj pristup dovesti do izrade modela koji bi se mnoge čitatelje, nevične modalnoj logici, mogao dojmiti kao neprihvatljivo pojednostavljen, nevjerovatan i inače problematičan i neobećavajuć. Međutim, kao što ćemo u nastavku vidjeti, taj je dojam netočan i utemeljen na pogrešnom shvaćanju logike i metodologije one vrste izrade modela koja je ponuđena u ovome radu.

U svojoj opravdano utjecajnoj knjizi *Inclusive Legal Positivism* Wil Waluchow prihvaća tu strategiju u onome što je možda jedini postojan pokušaj davanja pozitivnog argumenta u prilog TUM-u. Waluchow je pronašao ono što je pretpostavio da je jasan model za TUM u pravnim praksama povezanim sa supstantivnim jamstvima kanadske Povelje. Tvrdio je, primjerice, da se suci, odlučujući o pitanjima koja proizlaze iz tih jamstava, redovito utječu moralnim načelima te da su ta moralna načela pravno obvezni primjenjivati. Na temelju tih praksi zaključuje da je kanadski pravni sustav pravni sustav s moralnim kriterijima valjanosti i da je stoga TUM istinit.

Problem s Waluchowovom analizom je u tome što ona pretpostavlja sporno tumačenje tih pravnih praksa. Moralna načela na koja se suci pozivaju u slučaju teških poveljnih predmeta Waluchow – neargumentirano – tumači kao prethodno postojeća načela koja imaju status prava; sudac u takvim poveljnim predmetima *otkriva* sadržaj prava definiranog Poveljom. Suprotno tomu, isključni pozitivist tumači takvo pozivanje kao sudsko izvršavanje kvazipravotvorbene diskrecije da se zađe onkraj prava pri *izumljivanju* (ili stvaranju) novoga prava. Kao što to Stephen Perry ustvrđuje:

Nakon što je podosta iskomplicirao prilično očitu stvar da sudska mišljenja u poveljnim predmetima uključuju moralno rasuđivanje, Waluchow pokušava dokazati da moralni standardi korišteni u poveljnim predmetima, izvedeni iz, primjerice, odjeljka 7. Kanadske Povelje o pravima i slobodama (pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost) ili prvog amandmana na američki Ustav (sloboda govora i okupljanja), barem ponekad imaju ulogu testova za postojanje ili sadržaj valjanih zakona. Kad bi se to moglo dokazati, uključni bi se pozitivizam pokazao istinitim, a isključnom bi se pružio protuprimjer. Waluchow tvrdi da isključni pozitivizam raspolaže „samo jednom očitom mogućnošću” da objasni poveljne izazove, to jest idejom da se u odredbi kao što je odjeljak 7. Kanadske povelje ne izlažu pravni kriteriji valjanosti, nego se jednostavno upućuje na izvanpravne, moralne kriterije „kojima su se suci dužni ili slobodni uteći” (157). No isključni bi pozitivist zapravo mogao reći više od toga jer bi se mogao pozvati na Waluchowov pojam presuđivačke vlasti ili dužnosti na određene načine odlučivati o poveljnim predmetima. Iako Waluchow to ne spominje, Raz na uglavnom sličan način karakterizira slučajeve kontrole ustavnosti pri tome se koristeći svojim pojmom usmjerene vlasti.¹⁵

15 Perry (1996: 367).

Iako je Perry nedvojbeno u pravu što to smatra problemom, on s ovdje iznesenim Waluchowovim argumentom ne razotkriva posve i narav problema.

Perry, čini se, vjeruje da je problem samo onaj spornoga tumačenja – a to je problem koji Waluchow pokušava otkloniti tvrdnjom da je uključno tumačenje poveljnih praksa nadmoćnije pristupu isključnih pozitivista. Kao što Perry opisuje Waluchowove sljedeće korake u argumentu:

Waluchow kritizira ono što smatra najboljim mogućim objašnjenjem isključnih pozitivista po tri glavne osnove: (i) ono odbacuje opće shvaćanje poveljnih odredaba kao ukorijenjenih temeljnih prava koja su po svojoj naravi pravna, a ne samo moralna; (ii) ono je protivno jeziku koji se često koristi u samim ustavima, poput odredbe u čl. 52. st. 1. kanadskog Ustavnog zakona prema kojoj je svaki zakon koji nije u skladu s Ustavom bez pravne snage ili učinka; i (iii) ono ne može objasniti tako lako kao što to može objašnjenje uključnih pozitivista retroaktivni učinak poveljnih izazova. Zbog tih razloga Waluchow zaključuje da povelje i zakoni o pravima stvaraju „subjektivna prava čiji sadržaj djelomično ovisi o moralnim razmatranjima” (162).¹⁶

Onako kako Perry objašnjava problem, Waluchowov postupak čini se jednim razumnim postupkom. Waluchow treba dokazati da je tumačenje uključnih pozitivista sukladnije odgovarajućim poveljnim praksama nego tumačenje isključnih pozitivista; a to je upravo onaj postupak opisan u gore citiranome tekstu.

Perry ne dovodi u pitanje legitimnost te strategije; odnosno, on ne daje nikakav dodatan odgovor na Waluchowovu tvrdnju da će tumačenje poveljnih praksa isključnih pozitivista biti obilježeno problemima opisanima pod (i), (ii) i (iii) u gornjem odlomku.

Umjesto toga, Perry odgovara na druge Waluchowove kritike tumačenja isključnih pozitivista za koje Waluchow vjeruje da dokazuju da je tumačenje uključnih pozitivista sukladnije poveljnim praksama nego tumačenja isključnih pozitivista. Kao što to Perry ustvrđuje:

Jedan od Waluchowovih argumenata u prilog tumačenju uključnih pozitivista je da objašnjenje isključnih pozitivista odbacuje opće shvaćanje prema kojemu su poveljna prava po svojoj naravi pravna, a ne samo moralna (158-59). Međutim, isključni pozitivist može prisvojiti Waluchowov pojam presuđivačkih subjektivnih prava, koji je ovaj razvio u sklopu svoje na izvorima temeljene koncepcije *common lawa* u 3. poglavlju, i tvrditi da, iako poveljna subjektivna prava možda nisu strogo govoreći pravna subjektivna prava, ona nisu ni samo moralna; ona su presuđivačka subjektivna prava koja građani imaju u odnosu na sudove. (Kao što je ranije istaknuto, Raz zapravo čini upravo taj korak, koristeći svoj vrlo sličan pojam usmjerene vlasti.) Drugi Waluchowov argument u prilog objašnjenja sudske kontrole ustavnosti uključnih pozitivista jest da se njime retroaktivni učinak poveljnih predmeta objašnjava bolje nego objašnjenjem isključnih pozitivista (160-62). Međutim, i predmeti kojima se ukidaju precedenti *common lawa* obično imaju retroaktivni učinak pa bi ono što bi Waluchow poželio reći o

16 Perry (1996: 367).

retroaktivnosti u tom kontekstu, u sklopu na izvorima temeljene koncepcije *common lawa* koju razvija u 3. poglavlju, vjerojatno moglo poslužiti isključnim pozitivistima u obrani na izvorima temeljenog tumačenja sudske kontrole ustavnosti.¹⁷

To ostavlja dojam da se spor između isključnih i uključnih pozitivista može riješiti jednostavno usredotočimo li se na određeni pravni sustav i u okviru nje ga sagledamo koja vrsta tumačenja bolje odgovara praksama. Time se, čini se, pretpostavlja da bi takvo što, da je Waluchow uspio dokazati da je tumačenje uključnih pozitivista usklađenije s poveljnim praksama od tumačenja isključnih pozitivista, bilo dovoljan dokaz u prilog TUM-u.

To možda i jest opće stajalište, no ono se temelji na pogrešnom shvaćanju same biti modalne naravi TUM-a i onoga što ta narav zahtijeva u smislu pozitivne potpore. Čak i ako je TUM, kao što to isključni pozitivisti vjeruju, netočan, svejedno bi se mogla proizvesti koherentna tumačenja koja se u nekom smislu logički temelje na TUM-u – i vjerojatna (pod pretpostavkom da ne znate da je TUM netočan).

Što to omogućava? Razlog tomu nužno nije očita stvar da iz kontradikcije proizlazi bilo koja propozicija, što bi bilo točno u pogledu tvrdnje da neki pravni sustavi moralne temelje valjanosti imaju ako je TUM netočan. Niti je razlog nužno taj da TUM sadrži toliko proturječnih načela da se može odabrati neki preferirani skup skrojen usko kako bi podupro svaku propoziciju – to je, naravno, osnova za tvrdnju kritičke pravne škole da je pravo tako globalno neodređeno da suci u teškim predmetima uz pomoć naoko racionalnih argumenata mogu doći do bilo koje od dviju proturječnih presuda. Razlog je uži: taj što se i dalje mogu iznaći prihvatljiva tumačenja koja proizlaze iz TUM-a, a koja ne proizlaze niti (1) *iz same kontradikcije ako je TUM netočan* niti (2) *iz one vrste neodređenosti za koju teoretičari kritičke pravne škole vjeruju da rezultira gotovo posve nesputanom diskrecijom donošenja odluka jer je s obzirom na to da postoje mnogobrojne sukobljene vrijednosti koje objašnjavaju globalnu neodređenost prava moguće opravdati svaku odluku*.

Na prvi bi se pogled to moglo učiniti neprihvatljivim, no upravo je iznalaženje prihvatljivog tumačenja utemeljenoga na TUM-u ono što je Waluchow učinio s poveljnim praksama. Perry nije čak ni pokušao dokazati da je Waluchowovo uključno tumačenje poveljnih praksa nekonzistentno ili nekoherentno. Umjesto toga, Perry je identificirao relevantnu poveljnu praksu i dao isključno tumačenje čija je koherentnost s tim praksama, tvrdilo se, podjednako dobra kao Waluchowovo uključno tumačenje. Međutim, čak i kad bi Perry iznašao isključno tumačenje koje je s odgovarajućim praksama koherentnije, iz toga ne bi slijedilo da uključni pozitivisti ne mogu iznaći koherentno tumačenje ni jedne određene poveljne prakse. Činjenica da je jedno tumačenje koherentno

17 Perry (1996: 379).

tnije s odgovarajućom pojavom ne implicira da je neko drugo nekoherentno. Koherentnost je stvar stupnja. Niti činjenica da je jedno tumačenje prihvatljivije implicira da je neko drugo neprihvatljivo. Jedna teorija jednostavno bi mogla biti prihvatljivija od druge. Prihvatljivost je, kao i koherentnost, stvar stupnja.

Međutim, to je također obilježje mogućnosnih tvrdnji u matematici; uvijek je moguće da ono što se čini modelom kojim se dokazuje mogućnost svijeta u kojemu su relevantni aksiomi svi točni zapravo uopće nije model za aksiome. Podsjetimo se, za aksiomatske sustave u matematici, uključujući one koji tvore temelj svog deduktivnog rasuđivanja – to jest, matematičku logiku – gotovo je nemoguće proizvesti ishode apsolutne konzistentnosti. Razlog je epistemološki: nemamo nikakvu arhimedsku točku iz koje bismo ocijenili uspijeva li putativno i prihvatljivo tumačenje modelirati relevantne aksiome. Činjenica da se tumačenje čini prihvatljivim i koherentnim konzistentna je s njegovom netočnošću. Osim toga, to je konzistentno s nekonzistentnošću tumačenja *pod uvjetom da se nekonzistentnost teško uočava*.

Štoviše, mi možemo znati da je teorija nekonzistentna, ali imati opravdanje za primjenu različitih elemenata te teorije na određene pojave u svijetu. Primjerice, fizika je podijeljena na dvije analitički zasebne teorije: (1) teoriju vrlo velikoga (to jest, teoriju relativnosti) i (2) teoriju vrlo maloga (to jest, kvantnu mehaniku). S obzirom na njihovu sposobnost predviđanja, ni jednoj ni drugoj u povijesti fizike nema premca. Međutim, općepoznato je da su te dvije teorije međusobno *nekonzistentne* u uobičajenom smislu da obje ne mogu biti istinite. Doista, to je ono što motivira neprestanu potragu za „jedinstvenom teorijom svega,” potragu koja se neko vrijeme bila usredotočila na teoriju struna. No unatoč svemu tome, teorija relativnosti i teorija kvantne mehanike koriste se za tumačenje, objašnjenje i predviđanje fizičkih pojava. Vratimo li se na spor između uključnog i isključnog pozitivizma, rezultat je sljedeći: pretpostavka Stephena Perryja da se spor između uključnog i isključnog pozitivizma može riješiti pronalaskom nekog pravnog sustava, poput onoga Kanade, s praksama koje se najbolje tumače kao uključne – što bi dokazalo postojanje uključnog pravnog sustava i tako dokazalo TUM – previda činjenicu da bi TUM, čak i kad bi se pokazao netočnim, i dalje mogao biti izvorom prihvatljivih tumačenja. I opet, čisti matematičari i dalje izvode korisne, prihvatljive teoreme iz skupova aksioma koji bi se lako moguće mogli pokazati nekonzistentnima; doista, kao što smo vidjeli, malo je, ako uopće, modela za bilo koji skup aksioma koji bi dokazali apsolutnu konzistentnost tih aksioma. Osim toga, unatoč dokazima da su kvantna mehanika i teorija relativnosti međusobno nekonzistentne i da na ovome svijetu obje ne mogu biti istinite, fizičari i dalje izvode uobičajene rezultate i iz jedne i iz druge teorije.

Pravi problem s Waluchowovom strategijom argumentiranja seže dublje od Perryjeve tvrdnje da Waluchow nije iznašao uključno tumačenje koje bi bilo

koherentnije s postojećom poveljnom praksom od onoga koje bi mogli iznaći isključni pozitivisti. U biti, ono zbog čega je Waluchowov argument u konačnici pogrešan jest da njegovo tumačenje odgovarajućih pravnih praksi predstavlja *petitio principii*. Waluchowovo tumačenje tih praksi u konačnici počiva na pretpostavci da su moralni kriteriji valjanosti mogući; bez toga on nema čak ni *prima facie* opravdanje za takovrsno tumačenje kanadske prakse. Tumačenje je promašaj zato što isključni pozitivisti osporavaju samu koherentnost uključenih tumačenja. Kad bi postojao snažan razlog vjerovati da je TUM netočan, tada ne bi bilo ni najmanje važno koliko je privlačno neko tumačenje poveljnih praksa koje su predložili uključni pozitivisti. To bi tumačenje odmah bilo diskvalificirano kao ono koje se temelji na proturječnoj tvrdnji.

Evo još jednog načina sagledavanja toga važnog pitanja: ako već znamo da su uključni sustavi mogući, postaviti će se pitanje je li ijedan postojeći pravni sustav uključni – uključujući kanadski pravni sustav. Argument koji Waluchow nudi u prilog TUM-u pružio bi prihvatljiv razlog za vjerovanje da je najbolje tumačenje kanadske pravne prakse ono koje uključuje moralne kriterije valjanosti – *ako već znamo da su moralni temelji prava mogući*. To bi se stajalište, naravno, moglo pobijati, no ono ne bi bilo osporeno Perryjevom primjedbom da isključni pozitivisti te iste prakse tumače drukčije. Ako pak već znamo da su uključni pravni sustavi mogući, tada se postavlja pitanje koje je tumačenje kanadske pravne prakse bolje. Ako je Waluchowovo tumačenje bolje (u smislu da je koherentnije s odgovarajućim pravnim varijablama), tada je to dobar razlog smatrati da Kanada ima uključni sustav s moralnim temeljima prava. Ako je u relevantnom smislu razijansko tumačenje bolje, tada je to dobar razlog smatrati da Kanada *nema* uključni sustav. Međutim, bez obzira na to koje je tumačenje bolje, zaključak ne seže ništa dalje od toga kako okarakterizirati određene prakse kanadskog pravnog sustava. Ako nemamo prethodno opravdanje smatrati da su moralni temelji prava mogući, jednostavno ne postoji nikakav razlog (a koji se ne bi sveo na *petitio principii*) smatrati da je Waluchowovo tumačenje bolje.

Iznenadujuće, ono što je s Waluchowovom strategijom zapravo pogrešno jest to da je u te prakse kanadskog pravnog sustava ugrađeno previše složenosti da bi one činile osnovu nekontroverznog modela TUM-a. TUM-om se iznosi vrlo jednostavna tvrdnja – čak i ako je to ona vrsta tvrdnje koju se, kao što sam primijetio, zbog njezine modalne naravi čini teško poduprijeti pozitivnim argumentom. Tom se tvrdnjom ustvrđuje postojanje nekog mogućeg svijeta u kojemu postoji nešto što se smatra „pravnim sustavom” s nečime što se smatra „moralnim temeljima/kriterijima prava”. Pokazalo se, međutim, da slabost te tvrdnje na neki način upućuje na to kako prionuti izgradnji pozitivnog argumenta u obliku modela. Sve što je potrebno učiniti jest osmisliti *koherentnu* priču kojom se pokazuje (1) da bi mogao postojati pravni sustav (2) s moralnim temeljima prava: to su obilježja kojim se treba voditi.

6 POZITIVAN ARGUMENT U PRILOG TUM-U

To nam jasno ukazuje na to da moramo odabrati vrlo različito polazište od onoga kojega je odabrao Waluchow. Problem ne proizlazi samo iz činjenice da je Waluchow odabrao postojeći pravni sustav; problem je u tome što su poveljne prakse izrazito složene – toliko složene da uključuju previše značajki koje su kompatibilne i s uključenim i s isključnim pozitivizmom. U kanadskome pravnom sustavu jednostavno postoji previše materijala koji zamagljuju pitanja, zahtijevajući tumačenja toliko složena da sadrže mnogo ulaznih točaka za međusobno suprotstavljena tumačenja.

Potrebno je nešto daleko jednostavnije – a to od nas zahtijeva izgradnju modela od dna naviše, vodeći pritom računa da u sustav koji želimo izgraditi ne ugradimo ništa više od onoga što je razumno nužno za pružanje modela za TUM. Svaka dodatna informacija otvara logički prostor za nesuglasice i stoga međusobno suprotstavljena tumačenja. Kao što ćemo vidjeti, prihvaćanje ovoga pristupa rezultirat će modelom koji bi, barem na početku, mogao (1) djelovati pretjerano pojednostavljenim i (2) sadržavati pripisivanje subjektima svojstava koja se ne mogu prihvatljivo pripisati ljudima na ovome svijetu. U stvari, doći ćete u iskušenje da model odbacite samo zbog njegove jednostavnosti i nesličnosti sa složenostima pravnoga sustava u zbiljskome svijetu – odnosno, samo zbog oprimjerenja (1) i (2).

Međutim, u ovome trenutku trebalo bi biti jasno da bi, budući da se TUM-om iznosi tako upadljivo slaba tvrdnja – odnosno da se njime ustvrđuje samo da je pravni sustav s moralnim temeljima/kriterijima prava *moguć* – bilo pogrešno odbacivanje modela zato što oprimjeruje (1) i (2). Samom tom tvrdnjom ništa se ne kaže o tome kako bi takav pravni sustav trebao izgledati. Štoviše, njome se čak ne implicira postojanje, u nekome svijetu, uključenog pravnog sustava kojemu su podređena bića s posve istim skupom sposobnosti i svojstava koja imamo i mi. Sve što je potrebno u smislu pretpostavki o subjektima dvije su tvrdnje: (1*) subjekti su racionalni; i (2*) subjekti su sposobni da u svojem ponašanju budu usmjeravani normama. Nije potrebno da, primjerice, bića u tom modelu (ili tim modelom opisanom mogućem svijetu) imaju iste kognitivne sposobnosti i psihološke karakteristike kao i ljudi na ovome svijetu. Štoviše, TUM-om se niti implicira niti ustvrđuje niti čak insinuira da subjekti prava moraju pripadati kategoriji ljudskih bića.¹⁸

18 Razlog tomu je što odgovarajućim mogućnosnim tvrdnjama, po svojoj naravi, jednostavno nedostaje ona vrsta objašnjajuće snage koja se vezuje uz, recimo, psihološke teorije. To su u konačnici metafizičke tvrdnje i teorije, a takve teorije ne mogu objasniti kontingentne događaje ni na kojem svijetu zato što su metafizičke tvrdnje navodno nužno istinite – pa su stoga istinite i na svjetovima na kojima se odgovarajući kontingentni događaji odigravaju kao i na svjetovima na kojima se ti događaji ne odigravaju. Jedini način da se problem izbjegne jest da se ustroji misleni eksperiment na način da se uklone sve sporne pretpostavke. Ukoliko se rezultirajući model čini prejednostavnim da bi bio uspješan, to će vjerojatno imati neke

Vrlo koristan primjer onoga što mnogi smatraju uspješnim modelom za mogućnosne tvrdnje, unatoč tomu što Razov model oprimjeruje (1) i (2), može se pronaći u radu Josepha Raza. Raz razmatra pitanje je li prisila nužna značajka prava; on to pitanje postavlja kako slijedi, „Je li *moguće* da postoji pravni sustav koji ne predviđa sankcije ili ne ovlašćuje na njihovo prisilno izvršenje?”¹⁹ Indikativno je da Raz pitanje uobličuje kao njegovu negaciju: umjesto da izravno pita je li poduprtost pravnoga sustava prisilom stvar pojmovne nužnosti, on pita je li *pojmovno moguće* da se nešto čemu nedostaju mehanizmi prisilnoga izvršenja smatra pravnim sustavom.

Razlog zašto Raz pitanje uobličuje u vidu mogućnosti zamišljanja pravnoga sustava bez prisilnoga izvršenja jest da tako postavlja argument u kojemu koristi *upravo prethodno opisanu metodologiju*. Zapravo, to je gotovo pa i izrijeком rekao:

Odgovor je, čini se, da je to ljudski nemoguće, ali logički moguće. Ljudski je to nemoguće zato što je za ljudska bića, onakva kakva ona jesu, potrebna potpora u obliku sankcija koje se, ako treba, izvršavaju prisilno, da bi se osigurao razuman stupanj usklađenosti s pravom i spriječilo njegovo potpuno urušavanje. A ipak, možemo zamisliti druga racionalna bića koja podliježu pravu, koja imaju i koja bi priznala da imaju više nego dovoljno razloga poštovati pravo bez obzira na sankcije. Raz (1999: 158–159).

Raz ovdje pretpostavlja da je jedan od valjanih načina dokazivanja da prisila nije nužna značajka prava taj da se dokaže da je moguće – koherentno – *zamisliti* pravni sustav bez mehanizama prisilnoga izvršenja. On priznaje da to, zbog nekih naših psiholoških obilježja, možda ne možemo učiniti s ljudskim bićima; međutim, to takvo što čini samo *nomološki* nemogućim (tj., nemogućim s obzirom na zakone uzročnosti u našem univerzumu). Raz iznosi slabiju tvrdnju da je *logički moguće* imati pravni sustav. On tvrdi da je moguće zamisliti logički moguć pravni sustav bez prisilnih mehanizama, ali ne i onaj koji je *nomološki* moguć.

Ovdje treba iznijeti dvije primjedbe. Prvo, Raz jasno daje do znanja da će model koji gradi kao pravne subjekte sadržavati racionalna bića i da on, stoga, zadovoljava (1*); isto tako, Raz jasno naznačuje da su subjekti modela sposobni biti usmjeravani normama (odnosno, da ta biće „bez obzira na sankcije, imaju više nego dovoljno razloga da poštuju pravo”) te da stoga model zadovoljava (2*). Drugo, Razovo objašnjenje njegove metodologije izrijeком naznačuje da će model oprimjeriti (2) jer će uključivati bića s psihološkim značajkama koje nedostaju ljudskim bićima – a to je jedan od dva problema koja bi se mogla

veze s dojmom da je model koji sam proizveo prejednostavan da bi imao ikakvu objašnjujuću snagu u svjetovima kao što je naš. Međutim, to jednostavno predstavlja pogrešno shvaćanje modalne naravi TUM-a kao i logičke sposobnosti pojmovnih i metafizičkih tvrdnji da objasne značajke pravnog sustava koje su očito kontingentne.

19 Raz (1999: 158; isticanje dodano).

pojaviti u svezi s modelom uključenog pravnog sustava koji gradim u nastavku.²⁰ Budući da ljudskim bićima nedostaju ključna psihološka svojstva koja bi osigurala učinkovitost sustava normi u smislu usmjeravanja ponašanja, *nomološki* je nemoguće, tvrdi Raz, da postoji pravni sustav bez mehanizama prisilnoga izvršenja. Ali moguće je logički, što znači – s obzirom na njegovo stajalište da je takav pravni sustav *nomološki* nemoguć – da će relevantni pravni subjekti imati znatno drukčija svojstva od onih koja imaju ljudska bića. Stoga nije neobično da se argumenti u prilog mogućnosnim tvrdnjama oslanjaju na pretpostavke koje ne vrijede za ljudska bića ili druge važne pojave u zbiljskome svijetu. Raz očito priznaje da je (2) legitimno svojstvo modela kojima se u pojmovnoj filozofiji prava uspostavljaju mogućnosne tvrdnje.

Istina je, naravno, da se intuitivno utemeljenje hartijanske analize može pronaći u ovdje danim primjerima onoga što smatramo paradigmatima. TUM-om se ne kaže ništa što bi ikoga trebalo navesti na pomisao da ijedan pravni sustav s moralnim temeljima ili kriterijima prava mora imati ijednu od značajki koje smatramo paradigmatiskim značajkama pravnoga sustava. Pojmovni filozofi prava promatraju paradigmatске značajke pravnoga sustava zato što nam one doista ukazuju na nešto bitno o pravu: to su paradigmatске značajke jer su – za razliku od više bliskograničnog ili čak graničnog primjera – središnji primjer neke bitne značajke. Ako postoji pravni sustav koji utjelovljuje moralne temelje ili kriterije prava, on mora imati sve bitne značajke prava. Međutim, jednostavno nema razloga smatrati da ijedna od njegovih značajki mora biti paradigmatška značajka; što se pojmovne analize tiče, svaka bitna značajka takvoga pravnog sustava mogla bi, ako je to moguće, biti bliskogranična ili granična. Istina je da ih možda ne bismo prepoznali kao sustave prava zato što značajke koje su granične pripadaju značenjskoj otvorenosti pojma te su stoga epistemički neodređene. Međutim, činjenica da ne možemo utvrditi je li granična značajka zapravo bitna značajka ne implicira da granična značajka nije bitna značajka. Neki granični slučajevi pojma podpadaju pod pojam, a neki ne.

Drugi problem koji bi netko mogao postaviti u svezi s modelom koji gradim u nastavku – naime, problem glede obilježja pod (1), odnosno da je model jednostavan – javlja se i u svezi s Razovim modelom pravnoga sustava koji nema mehanizme prisilnog izvršenja. Njegov argument iskazan je u obliku modela koji zadovoljava gore razmatrana ograničenja modalne logike:

Čak i društvo anđela može imati potrebu za zakonodavnim tijelima vlasti da bi osiguralo koordinaciju. Anđeli mogu biti sporazumni i u pogledu svojih vrijednosti i u pogledu najboljih politika za njihovu provedbu. Međutim, ona vrsta društva koje je prethodno opisano ne pretpostavlja takvu mjeru sporazumnosti. Njegovi članovi mogu nastojati ostvariti mnogo različitih i međusobno suprotstavljenih ciljeva i mogu kao i mi imati poteškoće pri rješavanju sporova i sukoba interesa uzajamnim dogovorom.

20 U nastavku ćemo vidjeti da i on zadovoljava (1).

Od nas se razlikuju samo po tome što osjećaju univerzalno i duboko ukorijenjeno poštovanje prema svojim pravnim institucijama i što nemaju nikakvu želju kršiti njihove odluke. Stoga imaju sve one razloge koje i mi imamo za imanje tijela zakonodavne i izvršne vlasti.²¹

Sada se, kao što je prethodno spomenuto, može vidjeti da Raz stvara model koji uključuje bića sa svojstvima koja ljudskim bićima nedostaju pa stoga njegov model oprimjeruje gore navedeni pod (2). Međutim, za naše je svrhe važnija jednostavnost modela. Razov se model u cijelosti temelji na pretpostavci da je društvo anđela *logički moguće*; on jednostavno pretpostavlja postojanje koherentnog skupa koji sadrži sve druge propozicije potrebne da bi se u potpunosti opisao svijet koji je konzistentan s postojanjem društva anđela. Argument je, dakle, samo taj da će društvo anđela imati potrebu za presuđivanjem određenih sporova i rješavanjem određenih koordinacijskih problema.

Dojam jednostavnosti prilično je zavaravajuć. Mogući svijet sastoji se od koherentnog skupa koji sadrži neprebrojivo beskonačan broj propozicija: to je koherentan maksimalan skup propozicija u smislu da je za svaku moguću rečenicu *A* u svijetu istinito ili *A* ili *ne-A*. Razlog za jednostavnost modela je taj da nitko ne može navesti beskonačan broj propozicija. Stoga će se definicija modela, kao stvar *nomološke nužnosti*, sastojati od specifikacije konačnog broja propozicija i pretpostavke da postoji ostatak koherentnoga modela. Razov se model čini jednostavnim zato što on skiciranju modela posvećuje samo dva odlomka, a izričitima čini samo ključne ideje. Prihvatljiva je pretpostavka da postoji maksimalno koherentan skup propozicija (koje definiraju logički moguć svijet) koji sadrži neprebrojivo beskonačan broj propozicija. A opet, nitko ne bi mogao specificirati svaku propoziciju u beskonačnome skupu. Pitanje glede jednostavnosti je neutemeljeno jer se zasniva na pogrešnom shvaćanju logike mogućnosnog operatora.

Imajući na umu ta prethodna opažanja, model pravnoga sustava kojim se utjelovljuju moralni kriteriji pravnosti može biti oblikovan kako slijedi – pod sljedećim uvjetima i pretpostavkama. Prvo, odmah na početku pretpostavit ću da nijedan od argumenata isključnih pozitivista protiv uključnog pravnog pozitivizma nije uspio osporiti uključni pravni pozitivizam – a to je pretpostavka koja bi trebala biti prilično prihvatljiva. Takve daleko najbolje argumente dali su Joseph Raz i Scott Shapiro: dok Raz tvrdi da su moralni temelji/kriteriji prava inkompatibilni s pojmom pravne vlasti (autoriteta), Shapiro tvrdi da su moralni temelji/kriteriji prava inkompatibilni s tezom o praktičnoj važnosti. Iz oba argumenta iznikao je stanovit broj odgovora koji – u najmanju ruku – dovode u pitanje njihovu prikladnost. Iako smatram da određeni broj argumenata uspješno pobija ta dva argumenata, može se slobodno ustvrditi da je spor zašao u sli-

21 Raz (1999: 159).

jepu ulicu. Stoga je razumno pretpostaviti da TUM nije opovrgnut. Argument, naravno, ovisi o toj pretpostavci.

Drugo, taj ću argument pokušati izgraditi na način koji je kompatibilan i s (1) temeljnim tezama pravnog pozitivizma i s (2) temeljnim pretpostavkama o pravu koje su zajedničke kako pravnim pozitivistima tako i antipozitivistima. Prvi korak u argumentu usmjeren je na (1). Na temelju pozitivističke pretpostavke da su temelji prava u cijelosti određeni konvencionalnim praksama u smislu da su kriteriji pravnosti potpuno definirani društvenim pravilom priznanja, zagovaram *mogućnost* pravnoga sustava s moralnim temeljima prava pružajući model koji se zasniva na nekim vrlo neobičnim pretpostavkama.

Treće, argumentom će se specificirati samo nekoliko propozicija kojima se namjerava definirati logički moguć svijet. S tim u svezi, korisno je prisjetiti se da se mogući svijet sastoji od neprebrojivo beskonačnog broja propozicija; sve-moćno biće može specificirati prebrojivo beskonačan broj propozicija, no čak ni ono ne može specificirati neprebrojivo beskonačan broj propozicija. Ljudska bića nisu sposobna specificirati čak ni prebrojivo beskonačan broj propozicija – pa čak ni dovoljno velik konačan broj propozicija. Modeli su, kako u filozofskoj tako i u matematičkoj praksi, definirani relativno malim brojem propozicija, što će i ovdje biti slučaj. To da su prejednostavni u smislu da je model specificiran malim brojem propozicija nije, kao što smo vidjeli, općenita kritika argumenata kojima se definiraju modeli.

Četvrto, i vezano uz gorenavedenu prvu točku, argument tako ovisi o pretpostavci da se specificirane propozicije konzistentno mogu spojiti s neprebrojivo beskonačnim skupom propozicija kako bi se oblikovao *maksimalno konzistentan skup* i stoga moguć svijet. Ako pretpostavka koju sam iznio u prvoj od ovih točaka nije istinita (odnosno, da nijedan od isključnih argumenata protiv TUM-a nije uspio), tada ni ova četvrta pretpostavka ne stoji. Isključnim bi se argumentima bilo pokazalo da ne postoji skup propozicija, uključujući druge propozicije o pravnom sustavu, koje se mogu spojiti s propozicijama kojima se model definira kako bi se oblikovao maksimalno konzistentan skup.

Nakon svega navedenog, slijede propozicije kojima se definira model. Za početak, postoji pojmovno moguć svijet u kojemu svi nepogrešivo razabiru zahtjeve morala, ali, u cilju promicanja vlastitih sebičnih interesa, često postupaju na načine koji su suprotni tim zahtjevima. Nadalje, u jednom takvom svijetu uspostavljen je institucionalni sustav pravila čiji je cilj urediti ponašanje građana koji postupaju tako da svoje sebične interese pretpostavljaju zahtjevima morala. Također, osnove za članstvo u tom institucionalnom sustavu pravila iscrpljene su u normi da pravni sustav sadrži sve moralne norme i samo njih. Činjenica da su svi moralno nepogrešivi znači da svatko uvijek zna što pravo nalaže u pogledu svakog pojedinog čina.

Vrijedi obratiti pozornost na odnos između tih propozicija i propozicija kojima se specificira Razov model. Oba modela pretpostavljaju da su u pogledu moralnih zahtjeva pravni subjekti *nepogrešivi*; razlika je u tome što su u Razovu modelu pravni subjekti moralno *besprijevodni* i nikada ne griješe, budući da su anđeli, dok su u mojem modelu subjekti zainteresirani za promicanje isključivo vlastitih interesa i često griješe. Međutim, a to je osobito važno istaknuti, u oba modela pravni subjekti imaju svojstvo koje ljudska bića nemaju – naime, nepogrešivi su u pogledu zahtjeva morala. Kao što sam već ustvrdio, kad je riječ o dokazivanju mogućnosnih tvrdnji, to jednostavno nije problem.

Kao dio mogega modela potrebno je specificirati i neke dodatne propozicije. Prvo, da bi red bio održan, sustav koristi mehanizme prisilnog izvršenja koji su i sami u skladu sa zahtjevima političkog morala, što pomaže osigurati da oni koji su dovoljno pametni svoje ponašanje usklađuju s prvorazinskim moralnim normama kojima se uređuje njihovo ponašanje, čime institucionalni sustav normi biva učinkovitim usmjeravateljem ponašanja. Drugo, sporove koji proizlaze iz tih institucionalnih normi suci uvijek rješavaju ispravno.

Ključni koraci u argumentu mogu se skicirati na sljedeći način. Budući da sustav uključuje minimalan sadržaj prirodnog prava, a prvorazinske norme potvrđene temeljima toga sustava u pravilu se poštuju, sustav se smatra *pravnim sustavom*. U mjeri u kojoj suci nepogrešivo odlučuju što moral od građana zahtijeva i moralno opravdanim prisilnim mehanizmima uspješno uvjeravaju građane da se u skladu s tim normama i ponašaju, norme su, u najmanju ruku, sposobne pružiti razloge za djelovanje – a to, prema svakom razumnom objašnjenju i čine; čak i ako sadržaj prava ne daje nikakve razloge za djelovanje, neupitno je da to čine mehanizmi prisilnog izvršenja. Očito je da imamo razloga izbjeći mehanizme prisilnog izvršenja. Naposljetku, ukoliko moral tvori bešavnu mrežu, kao što se to obično pretpostavlja, ispravan je uvijek jedan odgovor do kojega uvijek dolaze te ga izvršavaju suci i čini se jasnim da temelji prava uključuju moralna načela – štoviše, da su njima iscrpljeni. Ako je to točno, tada je moguće da pravni sustav ima moralne temelje prava te da je stoga TUM istinit.

Ovdje trebam naglasiti da se ovim konkretnim argumentom ne dokazuje ništa više od mogućeg postojanja moralnih temelja prava s obzirom na određene pretpostavke o pravu i pozitivizmu. Tim se pretpostavkama definira tek vrlo uzak skup okolnosti (uključujući neke epistemičke okolnosti) pod kojima se moral može ugraditi u temelje prava.

Pa ipak, s obzirom na ono što smo spoznali o implikacijama održivog sustava modalne logike u pogledu mogućnosnih tvrdnji, argument koji sam skicirao i više je nego dovoljno jak za potrebnu svrhu. Zapravo, vrijedi podsjetiti na odnos između ovdje definiranog modela i Razovog modela kojim se želi dokazati da sankcije nisu nužna značajka prava. Za početak, Raz pretpostavlja da je

društvo anđela pojmovno moguće u svijetu koji je dovoljno sličan našem da bi bio osnovom za argument o *našem* pojmu prava i vlasti (autoriteta). Valja, međutim, primijetiti da je nomološki nemoguće da ijedno ljudsko biće na ovome svijetu bude anđeo. Nadalje, u svoj model pravnoga sustava bez prisile Raz ne ugrađuje mnogo izričitijih pretpostavki. Pretpostavka je, a to je na prvi pogled sigurno dovoljno prihvatljivo, da sve ostalo što u pogledu toga mogućeg svijeta treba biti istinito kako bismo izveli zaključak o zbiljskome svijetu *zapravo jest istinito!* Nijedan se argument u pogledu toga čak ni ne pokušava dati – i to je dopušteno. Malo je razloga smatrati da nisu zadovoljeni drugi elementi koji su nam potrebni da bi taj moguć svijet bio na odgovarajući način srodan ovome našem.

Problem s razijanskim argumentom ne leži u metodologiji; njegova je pogreška zapravo pojmovne naravi. Problem je u tome što sustav normi koji bi bio potreban da se u društvu anđela izvrše određene koordinacijske funkcije ne bi bio sustav *prava* zbog toga što se sporovi, ma koja vlast (autoritet) bila potrebna za njihovo rješavanje, neće ticati „minimalnog sadržaja prirodnog prava”; društvo anđela ta će pravila znati i bez njihova objavljivanja, a anđeli će im prilagoditi svoje ponašanje bez potrebe da ih smatraju prednosnim (preemptivnim) razlozima. Na kraju krajeva, anđeli su, pretpostavlja se, i moralno nepogrešivi i moralno besprijekorni (odnosno uvijek postupaju ispravno).

Zbog toga, dakle, prema Razovoj vlastitoj teoriji prava i vlasti (autoriteta), „vlast” („autoritet”) takvoga sustava jednostavno ne bi mogla biti pravna vlast (autoritet). Doista, teško je uvidjeti u kojem bi relevantnom smislu moglo biti istinito da „pravo” takvoga društva, ako se njime rješavaju jedino koordinacijski problemi (koji bi bili jedina vrsta problema za koju je vjerojatno da bi prouzročila sporove među anđelima), sadrži minimalan sadržaj prava. Ako je, prema tome, ta analiza razijanske tvrdnje točna, tada se model TUM-a ne bi mogao temeljiti na društvu anđela kako ga Raz opisuje – *jer bez obzira na to koji sustav normi društvo anđela imalo za rješavanje koordinacijskih problema, taj sustav ne bi bio sustav prava*. To, međutim, ovdje nije jedini problem: utemeljenje modela TUM-a na društvu anđela bilo bi problematično jedino zbog supstantivnih razloga; ono ne bi bilo problematično zbog metodoloških razloga. Jednostavna činjenica da pravni subjekti ne sliče dovoljno ljudskim bićima ne predstavlja metodološki problem za razijanski model, kao ni za model koji ja nastojim oblikovati.²²

22 Iako se čini da Hart smatra da je ugradnja minimalnog sadržaja prirodnog prava u pravo tek stvar prirodne nužnosti, postoje neki vrlo dobri razlozi za shvaćanje da pravo mora uključivati takav sadržaj. Prvo, problem legitimnosti prava javlja se djelomično zato što je pravo prisilno, kao i zato što se njime uređuje široki raspon radnji koji uključuje kako radnje kojima se drugima nanosi šteta tako i radnje za koje se čini da su čisto privatne naravi. Dio je to same naravi prava da njegova vlast (autoritet) (ma što ona pojmovno predstavljala) obuhvaća i uređuje radnje obuhvaćene minimalnim sadržajem prirodnog prava. Drugo, ako se porekne tvrdnja

Upravo kako bih takve probleme izbjegao, ja zagovaram TUM oslanjajući se na općenitije temeljne pretpostavke koje su zajedničke raznim teorijama. S time u svezi vrijedi napomenuti da bi se argument koji ovdje iznosim pozitivistima mogao učiniti kao izricanje nekih neprihvatljivo snažnih pretpostavki o tome kako službene prakse određuju temelje prava. Međutim, ako se prihvati da nositelji pravne vlasti u pravo mogu ugraditi neodređena načela utvrđujući njihov sadržaj kroz iskaz norme, kao što na to upućuje Jules Coleman, tada je to lakše iznijeti pozitivne argumente u prilog TUM-u upravo zbog toga što se tom tezom dopušta mogućnost da nositelji pravne vlasti tipično čine pogreške u svezi s društvenim pravilom priznanja, a da se time ne promijeni status toga pravila kao onoga kojim se postavljaju temelji prava.²³ Ovdje je osobito značajno i to da bi argument koji se može iznijeti na temelju Colemanove pretpostavke TUM-u pružio potporu na način koji je konzistentan s Dworkinovim stajalištem o odnosu između rečenica kojima se izriču pravila i sadržaja tim rečenicama izraženih propozicija.

7 OGRANIČENA OBJAŠNJUJUĆA SNAGA MOGUĆNOSNIH TVRDNJI

Tvrđenje o tome što je samo moguće imaju ograničenu objašnjujuću snagu u pogledu onoga što doista postoji zato što mogući svijet koji tvrdnju potvrđuje, a to je nedvojbeno istina kad je riječ o mojim argumentima, možda nimalo ne nalikuje zbiljskome svijetu. U zbiljskome svijetu ljudi nisu moralno nepogrešivi – iako su skloni činiti ono što smatraju pogrešnim kako bi ostvarili vlastite sebične interese. Što se tiče one vrste koherentnosnih argumenata koje ovdje iznosim, njima se samo čini razumljivom ideja o moralnim temeljima prava (tj., kao ona kojom se ne proturječi drugim očitim pojmovnim istinama o pravu). Iako Colemanova pretpostavka omogućava tumačenje pravne prakse u Sjedinjenim Američkim Državama na način da ona uključuje moralne temelje prava, u skladu s načinom na koji je Waluchow tumačio pravnu praksu u Kanadi kroz vizuru TUM-a, njome se, tvrdim, ne postiže ništa više od toga. Isključni pozitivist i dalje može tumačiti takovrsni pravni sustav kao onaj koji ne uključuje moralne temelje prava – iako bi se time, u nedostatku uvjerljivog protuargumenta (za koji sam prethodno ustvrdio da nedostaje), počinio *petitio principii*.

da pozitivno pravo uključuje prirodno pravo, tada postaje to teže razlikovati pravo od drugih vrsta pravila, poput pravila koja se odnose na šahovski klub. Ta bi se pravila prihvatljivo mogla nazvati „pravom”, no to nisu „sustavi državnoga prava”, što je vrsta prava kojim se bavi pojmovna filozofija prava.

- 23 Coleman (2001: 77–81). Ovdje se pretpostavlja da bi se normom mogao utvrditi sadržaj prava a da sudac nužno ne zna kako se u svim slučajevima taj iskaz primjenjuje, no da ipak prihvaća ideju da postoje ispravni odgovori u teškim pravnim slučajevima koji uključuju tumačenje norme.

Kako bi se uvidjela prihvatljivost ideje da se TUM-om ne nudi mnogo u smislu objašnjajućeg potencijala, korisno je razmotriti pitanje iz filozofije religije. Neki su filozofi tvrdili da je sam pojam svesavršenoga Boga nekoherentan; ako je to istina, tada nije moguće da postoji nešto što oprimjeruje sva obilježja koja podrazumijeva izričaj „svesavršen”. Dakle, uspješan argument u smislu da je pojam svesavršenoga Boga nekoherentan podrazumijeva nepostojanje *svesavršenoga* Boga. To nam ponešto govori o tome kako objasniti događaje u svijetu; govori nam da ih nije moguće objasniti kao radnje *svesavršenoga* Boga. Valja, međutim, primijetiti da je objašnjujuća snaga toga minimalna jer se time ništa ne kaže o tome što objašnjava događaje u svijetu; kaže se tek što te događaje ne objašnjava.

Objašnjujuća snaga uspješnog argumenta u drugome smjeru još je manja. Ako izostavimo upitnu ideju da savršenstvo podrazumijeva nužno postojanje, tada dokazivanje koherentnosti pojma svesavršenoga Boga ne pruža *ništa* u smislu objašnjajuće vrijednosti. Razlog tomu je da ono što se time dokazuje nije da Bog *stvarno* postoji (tj., postoji u ovome svijetu), nego da postoji logički moguć svijet u kojem Bog postoji. Budući da ne znamo je li taj moguć svijet zbiljski svijet, tvrdnja da Bog postoji u nekom svijetu ništa nam ne govori u smislu objašnjenja događaja u ovome svijetu.²⁴ Ono što bi u najmanju ruku bilo potrebno jest dokazati da Bog postoji u ovome svijetu; barem bi tada imali razloga smatrati da bi se neki od događaja u ovome svijetu *moгли* objasniti kao Božjih ruku djelo. Međutim, takav dokaz nije sam po sebi dostatno opravdanje tvrdnji da Božja djela objašnjavaju bilo koji pojedini događaj u svijetu.

Posve isto rasuđivanje vrijedi i u pogledu TUM-a. Budući da se TUM-om ne ustvrđuje postojanje *zbiljskih* pravnih sustava koji sadrže moralne temelje, a još manje specificiraju oni koji ih imaju, njime se ne mogu objasniti nikakve postojeće pravne prakse jer ne pruža nikakvu podlogu za utvrđenje koje od njih imaju moralne temelje prava. Njime se ne ustvrđuje ništa doli ideja da su moralni temelji prava koherentni i da stoga postoji pojmovno moguć pravni sustav koji uključuje moralne temelje prava. Argument koji iznosim u prilog tvrdnji upućuje nas, istina je, u smjeru karakteristika koje predstavljaju nužne uvjete da bi pravni sustav to činio – u ovome slučaju, društvo u kojemu su ljudi moralno nepogrešivi, ali nisu skloni postupati ispravno. Međutim, budući da očito nismo moralno nepogrešivi, ne možemo izabrati svjetove u kojima ljudi jesu jer da bismo odredili imaju li ljudi u nekom mogućem pravnom sustavu tu sposobnost, trebali bismo moći nepogrešivo utvrditi sva ispravna moralna načela. Zbog toga je, tvrdim, objašnjujuća snaga TUM-a od neznatne teorijske važnosti. Zapravo, djelomičan razlog za privremeno utihnuće rasprave jest taj

24 Neki filozofi tvrde da ako je Božje postojanje moguće, tada je ono nužno. Ti su argumenti, međutim, prijeporni.

da se mnogim pojmovnim filozofima prava pitanje počelo činiti u znatnoj mjeri nevažni. Čini se da ono nema nikakvu praktičnu vrijednost.

U stvari, mnogi pravni teoretičari izvan okvira pojmovne filozofije prava prilično su kritični o čitavom pothvatu pojmovne analize. Razmotrite, primjerice, prihvatljiv argument Richarda Posnera prema kojemu pojmovna filozofija prava nema nikakvu praktičnu vrijednost. On kaže:

Dopuštam da se o *pojmu* prava može raspravljati čak i ako se riječ „pravo” ne može definirati; a to je na kraju krajeva i Hartov naslov, iako on često koristi riječ „definicija”. Filozofsko promišljanje pojma pravde koristan je pothvat još od Platona; o tome postoji pravodobna filozofska literatura. Nemam ništa protiv filozofske spekulacije. Ali željelo bi se da od nje bude i neke koristi; *nešto* bi trebalo ovisiti o odgovoru na pitanje „Što je to pravo?” da bi to pitanje bilo vrijedno postavljanja od strane ljudi koji bi svoje vrijeme mogli koristiti na druge društveno vrijedne načine. Međutim, o tom pitanju ništa ne ovisi. Ja idem i dalje: središnja je zadaća analitičke filozofije prava, ili bi barem trebala biti, ne dati odgovor na pitanje „Što je to pravo?”, nego pokazati da se to pitanje ne bi trebalo postaviti jer samo unosi zbrku.²⁵

Na ovome mjestu o tome ne mogu podrobno raspravljati, ali mislim da je Posner (1) uvelike u pravu u pogledu praktičnih implikacija pojmovne filozofije prava, ali da (2) ne prepoznaje intelektualno (i moralno – budući da se njegova kritika čini *moralnom*) legitimne razloge za bavljenje pojmovnom filozofijom prava. Što se tiče onoga pod (1), odabir pojmovne teorije, koliko to mogu reći (a to je tema za neki drugi rad) ničime ne doprinosi rješavanju pojedinih supstancijivnih problema u svezi s pravom i paradigmatiskim pravnim praksama. Istina je, naravno, da se može učiniti da pojedini problemi prema jednoj pojmovnoj teoriji nestaju, a prema drugim njoj suprotstavljenim pojmovnim teorijama nastaju; međutim, taj je dojam varljiv. Da navedem samo jedan relevantan primjer, Dworkin tvrdi da se idejom da suci imaju kvazizakonodavnu diskrecijsku vlast implicira da predmeti u kojima se ta diskrecija izvršava kako bi se stvorilo novo pravo koje se primjenjuje na predmet u tijeku podrazumijeva da suci nelegitimno primjenjuju pravo *ex post facto*. Međutim, Dworkinova teorija suočena je s analognom poteškoćom. Pod pretpostavkom da na svako pravno pitanje postoji jedan ispravan odgovor, ništa ne jamči da će sudac donijeti ispravnu odluku. U tom slučaju, možda nije riječ o „pravu” koje se primjenjuje na *ex post facto* način, nego o prisilnim mehanizmima prava koji se tako primjenjuju u cilju izvršenja pravila – a to uzrokuje iste moralne probleme. No, čak i kada sudac donese ispravnu odluku u teškom predmetu, pravo u teškom predmetu ne djeluje kao razumno upozorenje i stoga ne usmjerava ponašanje na moralno legitiman način. Zapravo, moglo bi se ustvrditi da je razlog zašto su *ex post facto* pravna pravila nelegitimna upravo taj što građani nisu razumno upozoreni o načinu na koji će protiv njih biti nepovoljno primijenjeni prisilni mehanizmi

25 Posner (1997: 4).

države. Da se izrazim metaforički, promjena pojmovnoga okvira u cilju rješavanja problema analogna je pokušaju izravnjavanja tepiha koji je na jednome mjestu, zbog zračnoga džepa, izdignut. Jednostavnim pritiskom na to izbočenje ne postiže se ništa drugo nego njegovo pomicanje na drugo mjesto na tepihu.

Zapravo, čini se da to vrijedi za mnoge, ako već ne za sve, probleme pojmovne analize. Razmotrite trivijalnu pojmovnu istinu da su neženje neoženjeni. Teško je uvidjeti koje bi to događaje u svijetu ova istina mogla uopće i početi objašnjavati. Razlog tomu je taj što prema tradicionalnoj metodologiji, poznatoj većini filozofa, ideja da su pojmovne istine nužne istine podrazumijeva da istina pojmovne tvrdnje ne ovisi o nekoj kontingentnoj značajci nekoga svijeta. U mjeri u kojoj je to točno, ona se može znati, a da se o nekom svijetu ne zna ništa drugo osim pojmovnog sadržaja izraženog pojmom-terminom (tj., osim značenja odgovarajućih termina). Teško je shvatiti kako bi pojmovne tvrdnje istinite u svakom mogućem svijetu mogle objasniti kontingentne događaje u bilo kojem pojedinom svijetu, uključujući našem.²⁶

Međutim, nepostojanje praktične koristi ne implicira, suprotno Posneru, da je izučavanje pojmovne filozofije prava bezrazložno. Posnerova je kritika, u konačnici, moralna kritika u smislu da bavljenje teorijama koje su lišene korisne vrijednosti predstavlja trošenje vrijednih resursa koji se mogu upotrijebiti za rješavanje praktičnih problema. To jednostavno nije u skladu s općenito prihvaćenim stajalištima o vrijednosti znanja *per se*; prema uobičajenom shvaćanju znanje vrijedi stjecati radi njega samoga. Štoviše, nije neprihvatljivo smatrati da se mnoga područja čiste matematike izučavaju bez obzira na to jesu li potencijalno vrijedna u smislu njihove korisnosti. Nadalje, za neka od najpoznatijih postignuća u matematici ne čini se, u ovome trenutku, da će biti od neke praktične koristi. Doista, za sada se ne čini da će dokaz Fermatova posljednjeg teorema koji je izveo Andrew Wile biti od ikakve praktične koristi, pa ipak su stotine matematičara potrošile tisuće sati pokušavajući dokazati teoriju.²⁷ Neke su tvrdnje vrijedne spoznaje radi njih samih – odnosno, zato što su njima izražene istine intrinzično, a ne samo korisnosno vrijedne.

*S engleskoga jezika preveli
Ana Burazin i Luka Burazin.*

26 Već sam razmatrao kako se taj problem tiče drugih važnijih pojmovnih pitanja iz drugih područja filozofije. Konkretno, iznio sam sličan argument prema kojemu odabir teorije prirode uma ničime ne doprinosi rješenju problema um-tijelo ili srodnih problema poput problema mentalne uzročnosti. Ponovnim opojmovljenjem uma samo se mijenja način na koji je problem izražen, a da se pritom ni na koji način ne ublažava ozbiljnost problema. Vidi Himma 2005.

27 Ovdje trebam navesti da, iako nisam ni matematičar ni filozof matematike, imam veliko iskustvo izučavanja čiste matematike na poslijediplomskoj razini dok sam bio student filozofije.

Bibliografija

- Brian F. CHELLAS, 1980: *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jules COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Ronald DWORKIN, 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Equiconsistency. *Wikipedia*. URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency>.
- H.L.A. HART, 1996: *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Kenneth E. HIMMA, 2000: H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory* 6 (2000) 1.
- , 2001a: Law's Claim of Legitimate Authority. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Ed. Jules L. Coleman. Oxford: Oxford University Press.
- , 2001b: The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism. *Law and Philosophy* 20 (2001) 1.
- , 2005: What is a Problem for All is a Problem for None: Substance Dualism, Physicalism, and the Mind-Body Problem. *American Philosophical Quarterly* 42 (2005) 2.
- , 2007a: Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Razian Conception of Authority. *APA Newsletter on Philosophy and Law* 6 (2007) 2.
- , 2007b: Just Because You're Smarter than Me Doesn't Give You the Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007) 1.
- Karel HRBACEK & Thomas KAREN, 1999: *Introduction to Set Theory*. New York: Marcel Dekker.
- Stephen PERRY, 1996: Two Varieties of Legal Positivism. Critical notice of Waluchow's Inclusive Legal Positivism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 9 (1996).
- Richard POSNER, 1997: *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Oxford University Press.
- Joseph RAZ, 1994: Authority, Morality and Law. Reprinted in: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- , 1999: *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press.
- Scott SHAPIRO, 1998: On Hart's Way Out. *Legal Theory* 4 (1998) 4.

Kenneth Einar Himma*

The Logic of Showing Possibility Claims

A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law

In this essay, I argue for a view that inclusive positivists share with Ronald Dworkin. According to the Moral Incorporation Thesis (MIT), it is logically possible for a legal system to incorporate moral criteria of legality (or “grounds of law,” as Dworkin puts it). Up to this point, the debate has taken the shape of attacks on the coherence of MIT with the defender of MIT merely attempting to refute the attacking argument. I give a positive argument for MIT. I begin with an explanation of the logic of establishing possibility claims, such as MIT. At the outset, it is worth noting that the logic of establishing possibility claims is very different from the logic of establishing contingent descriptive claims or necessary claims. For this reason, some explication of the relevant features of the semantics of modal logic will be necessary here. Once the structural framework is adequately developed, the argument for MIT will be grounded on the strength of a thought experiment of a surprisingly simple kind. Indeed, the argument is inspired by a Razian argument for the possibility of a legal system without coercive enforcement machinery; on his view, a society of angels could still have a system of law without any coercive machinery. My argument will possess two theoretically important qualities that are also possessed by Raz’s powerfully simple, but ultimately unsuccessful, argument.

Keywords: morality, law, grounds of law, criteria of validity, inclusive positivism, exclusive positivism, Dworkin, natural law

1 INTRODUCTION

In this essay, I argue for a view that inclusive positivists share with Ronald Dworkin and strong natural lawyers:

The Moral Incorporation Thesis (MIT): It is logically possible for a legal system to incorporate moral criteria of legality¹ (or “grounds of law,” as Dworkin puts it).²

It is worth noting here that MIT makes a very weak claim. MIT does not even purport to say anything about *actual* (or existing) legal systems. First, MIT

* himma@uw.edu | Visiting Professor, Department of History of Philosophy, Tomsk State University, Part-time Lecturer, University of Washington School of Law

1 I will also refer to criteria of legality as “criteria of law.” The criteria of legality were once more commonly referred to among positivists as “criteria of validity.”

2 Dworkin and natural lawyers, of course, make a stronger claim about the relationship between the grounds/criteria of law, namely that it is not logically possible for there to be a legal system *without* moral grounds/criteria of law.

does not assert or imply that there are, have been, or ever will be legal systems in the *actual* world (i.e., the logically possible world that we inhabit, which is one among an uncountably infinite number of logically possible worlds³). Second, MIT does not assert or imply anything about the probability that such systems exist – beyond the claim that this probability is non-zero. It claims no more than this: among the uncountably infinite logically possible worlds, there is at least one logically possible world in which there is something that counts as a “legal system” with moral grounds of law. That is, MIT asserts what I will call a “possibility claim.”

I begin with an explanation of the logic of establishing possibility claims, such as MIT. At the outset, it is worth noting that the logic of establishing possibility claims is very different from the logic of establishing contingent descriptive claims or necessary claims. For this reason, some explication of the relevant features of the semantics of modal logic will be necessary here. Once the structural framework is adequately developed, the argument for MIT will be grounded on the strength of a thought experiment of a surprisingly simple kind. Indeed, the argument is inspired by a Razian argument for the possibility of a legal system without coercive enforcement machinery; on his view, a society of angels could still have a system of law without any coercive machinery. My argument will possess two theoretically important qualities that are also possessed by Raz’s powerfully simple, but ultimately unsuccessful, argument.⁴

2 TYPES OF LEGAL THEORY AND THE MORALITY INCORPORATION THESIS

There are a number of different types of legal theory. Empirical legal theory is usually concerned with identifying or explaining certain features or properties of existing legal systems; such theory is, at least, descriptive in character and focuses on contingent properties of the legal systems under study. An empirical legal theory, for example, might be concerned with identifying or explaining the content of legal norms that purport to govern information privacy in the U.S. Similarly, such a theory might be concerned with explaining the function that some set of legal practices in Colombia purports to serve. In contrast, normative legal theory is largely concerned with determining the properties that

3 A set is *countably infinite* if and only if its members can be placed in one-to-one correspondence with the natural numbers. A set is *uncountably infinite* if and only if it is infinite but not countably infinite. The intuitive idea is that the members of a countably infinite set can be listed completely (though it might take an eternity to do it), while the members of an uncountably infinite set is too large to be listed (or counted). Not even an omnipotent eternal being can list the members of an uncountably infinite set. See, e.g., Hrbacek & Karen 1999.

4 See, below, for a discussion of why Raz’s argument is unsuccessful, p. 99.

legal norms or institutions must have to be morally legitimate. A normative legal theorist, for example, might argue that law, as a matter of substantive moral theory, should protect information privacy in a number of specified ways or that only certain protections of information privacy are justifiably enforced by the police power of the state.

Conceptual theories of law, however, attempt to address an underlying foundational issue taken for granted by normative and descriptive theories – namely, identifying the nature of law as such – and hence attempt to answer the question “What is law?” Conceptual theories attempt to identify those features and properties that constitute the nature of law as such, according to *our* concept of law, and hence distinguish entities properly characterized as “law” from entities not properly characterized as “law.” These theories usually express or imply conceptually necessary conditions on what counts as law and generally conform to the following schema:

Necessarily, in any society with a legal system *S*, there is a set of conditions *c1*, *c2*, ..., *cj* such that, for any norm *N*, *N* is a law in a society *S* if and only if *N* satisfies the conditions *c1*, *c2*, ..., *cj*.

The conditions *c1*, ..., *cj* (where *j* represents an arbitrary natural number) have variously been called by positivists and natural law theorists “the criteria of legality,” “the criteria of legal validity,” or “the criteria of validity.” Ronald Dworkin refers to them as the “grounds of law.” I shall use the terms interchangeably, the assumption being that whatever differences there are between them are of no significance with respect to the argument of this essay.

There are generally three major problems connected with this foundational problem. First, one must explain whether the grounds of law necessarily have the status of law; positivism, for example, holds that the grounds of law are law but not legally valid. Second, if so, one must explain why the grounds of law have the status of law; a positivist states that a conventional rule of recognition that defines the grounds of law or criteria of legal validity has the status of law in virtue of being practiced by those who serve as officials in the legal system. Third, one must explain the existence conditions for a legal system; positivism holds that a legal system exists when there is a conventional rule of recognition practiced by officials and where citizens generally obey the laws validated by the rule of recognition.

Some of the most important disputes in conceptual jurisprudence involve the issue of whether there is a conceptual relationship between the grounds of law and moral principles – a dispute that started many years ago between the positivist Jeremy Bentham and the classical natural law theorist Thomas Aquinas and continues today among neo-natural law theories, Dworkin’s constructivism, inclusive positivism, and exclusive positivism. Indeed, legal positivism arose in response to the natural law view that there could not be unjust

laws because there are necessary moral criteria of legal validity – necessary in the sense that they apply to all possible legal systems, constraining the content of law in each. Beginning with John Austin and Jeremy Bentham, legal positivists denied this strong thesis, adopting the Separability Thesis as part of its foundation: according to the Separability Thesis, there are no conceptually necessary moral grounds of law (or criteria of legality). On the positivist view, law and legal systems are social artifacts manufactured by people – and the artifactual quality of the institution and norms extends all the way down, so to speak, to the grounds of law. As H.L.A. Hart puts the thesis, “it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.”⁵

While disagreement continues on the issue of whether the grounds of law *necessarily* include moral principles, the focus of much recent discussion in conceptual jurisprudence on theoretically salient relationships between law and morality has been on whether it is *possible* for the grounds of law to include moral principles. The roots of this debate, which became a central concern among legal positivists during the last fifteen years, can be found in Ronald Dworkin’s influential early criticisms of legal positivism. In the mid- to late-70s, Dworkin argued that legal positivism lacked the resources to explain the role that moral standards and reasoning play in judicial reasoning and decision-making. As he (somewhat misleadingly) puts the point in “The Model of Rules II”:

The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained. If it no longer seemed unfair to allow people to profit by their wrongs, or fair to place special burdens upon oligopolies that manufacture potentially dangerous machines, these principles would no longer play much of a role in new cases, even if they had never been overruled or repealed.⁶

According to Dworkin, lawyers and judges routinely ground their arguments in moral principles that have the status of law not because they have been formally or officially promulgated but rather because of the *moral* content of these principles.

Positivists became divided over how to respond to Dworkin’s argument. Exclusive positivists, like Joseph Raz, Scott Shapiro, Andrei Marmor, and Brian Leiter, rejected the Dworkinian claim that these moral principles had the status of law in virtue of content. Exclusive positivists thus adopted and defended the

5 Hart (1996: 185–186).

6 Dworkin (1977: 40–41). I say “misleading” here because the suggestion is that these moral principles have the status of law because practitioners *believe* that the content reflects objective requirements of morality. In Dworkin’s later work, he seems to think that these moral principles have the status of law in virtue of the logical relationship they bear to the requirements of objective morality.

Sources Thesis, which denies there can be legal systems with moral criteria of legal validity. Inclusive positivists, like Jules Coleman, Matthew Kramer, Wilfrid Waluchow, and myself, hold what will be called the Moral Incorporation Thesis, which I reiterate in slightly different language as follows:

Moral Incorporation Thesis (MIT): There is a logically possible legal system in which the grounds/criteria of law (or criteria of legal validity) include some moral norms.

Although this language is typically used by inclusive positivists, it is held by a number of other theorists: strong natural law theorists, such as Aquinas and Blackstone (if it is a logically necessary truth that the ground/criteria of law include moral norms, MIT logically follows), some neo-natural law theorists, and Ronald Dworkin hold this view. It is true that each of these theorists holds a somewhat stronger claim about the conceptual relation between morality and the grounds/criteria of law; but the weaker claim expressed by MIT is logically implied by these stronger views.

Further contributing to the importance of the debate was the emergence of positions that fall between legal positivism and the strongest form of natural law theory, which is traditionally interpreted as denying the separability thesis. These important new positions include Dworkin's mature "third theory of law" and neo-natural law positions like Mark Murphy's view that, as a matter of logical necessity, laws with morally problematic content are defective *qua* law. The development of these competing views has fueled the continuing debate over whether MIT is true.

Of course, MIT is a conceptual claim – and a very weak one at that. The claim is not about what is necessary or even actual, which would make it a partly empirical issue; it is about what is *possible*. The claim is just that it is logically *possible* for a legal system to have moral grounds of law; otherwise put, the claim is that our legal concepts are consistent with there being moral grounds of validity – a claim that is the target of, for example, Raz's authority argument, which denies that moral grounds of law are logically compatible with the concept of legal authority. Claims about what is merely logically, metaphysically, or conceptually possible present special difficulties in defending them. In order to make an affirmative case for this kind of claim, one has to show that one can coherently conceive of a legal system with moral grounds of law. This involves showing that the existence of a legal system with moral grounds of law is neither self-contradictory nor contradicts other core doctrines of a theory of law. Possibility or coherence claims like this are difficult to support by positive argument. In consequence, the debate has taken place with the proponent of the view that moral grounds of law are impossible giving an argument to show that the existence of such grounds is logically inconsistent with some other plausible conceptual truth about law.

In this respect, the debate resembles a debate about the logical coherence of the very notion of an all-perfect God. Usually, someone who rejects the view that this notion is coherent will argue for an alleged inconsistency implicit in the notion: it has been argued, for example, that a being cannot be perfectly merciful and perfectly just at the same time: perfect justice requires always (or so the argument goes) giving a person what she deserves while perfect mercy requires sometimes giving a person less harsh treatment than she deserves. To my knowledge, theists lack a positive argument for the consistency of all the relevant notions comprising the complex concept of a being that instantiates such perfection, focusing instead on rebutting arguments asserting the inconsistency of the concept of an all-perfect God. The reason for this is that it is very difficult to make a positive argument for the claim that these ideas are consistent; we lack a very direct sense of what claims are coherent because inconsistency can lurk deep beneath the surface. For this reason, the structure of this dispute between those who affirm MIT and those who deny it generally parallels the structure of the debate concerning the coherence of the notion of an all-perfect God.

As should be evident, possibility claims are difficult to support with positive arguments. To claim that a state of affairs *S* is possible is to claim nothing stronger than this: a set of propositions that exhaustively describe *S* is logically consistent or, alternatively put, is not self-contradictory. The claim, then, that a state of affairs is possible expresses, in essence, a logical claim about the set of sentences that exhaust the description of all theoretically salient features of *S* – namely that this set of sentences does not contain sentences that entail a logical contradiction.

There should not be any confusion about this: it is a straightforward application of principles at the foundation of the possible-world semantics presupposed by standard systems of modal logic. Indeed, a possible world is typically defined as a maximally consistent set of sentences.⁷ A set of sentences *S* is *maximal* in the relevant sense if and only if, for every proposition *p*, *S* contains one of either *p* or not-*p*. A set of sentences *S* is consistent if and only if it is not the case that *S* logically implies a contradiction. Thus, a possible world is a set of sentences that contains one of either *p* or not-*p*, for every proposition *p*, and does not logically imply a contradiction. A positive argument for a claim that it is possible that *p* – the schematic form of a possibility claim – requires showing that there is a maximally consistent set of sentences containing *p*.

Accordingly, a successful positive argument for MIT must be constructed to show that there is a maximally consistent set of sentences that includes the proposition that, for some institutional system *L*, *L* is a legal system that has moral grounds of law. This requires showing that there is no logical contradic-

7 For a classic and still useful text on modal logic, see, e.g., Chellas 1980.

tion between (1) the claim that *L* is a system of law (with all that this presupposes by way of conceptually related claims, for example, about authority, obligation, etc.) and (2) the claim that *L* has moral grounds of law.

3 THE STRUCTURE OF THE DEBATE BETWEEN INCLUSIVE AND EXCLUSIVE POSITIVISM

Up to this point, there have been few positive arguments offered in support of MIT – and none successful. The debate has largely taken the shape, as will be recalled, of arguments to the effect that there is no consistent set of propositions containing the following propositions: (1) the set of propositions correctly describing the existence conditions for law; (2) the proposition that, for some entity *L*, *L* is a legal system; and (3) the proposition that *L* has moral grounds/criteria of law. Raz's argument is grounded in the claim that the set defined by (1) includes the proposition that law claims legitimate authority, as well as the propositions expressing his service conception of authority. His argument is that an institutional system of norms including, so to speak, moral grounds for membership in the system is *logically inconsistent* with its satisfying the set defined by (1). The problem, on Raz's view, is that the existence of moral grounds of law is inconsistent with law's conceptual claim to authority. Similarly, Shapiro's argument is that the set defined by (1) contains the so-called Practical Difference Thesis.⁸ His argument has exactly the same structure as Raz's: the idea is to show that an institutional system of norms that includes moral grounds/criteria for membership is *inconsistent* with the set defined by (1). On Shapiro's view, the problem is that moral grounds/criteria of law are logically inconsistent with the claim that law is capable of making a practical difference.

Inclusive positivists have largely defended MIT by attempting to show, on a piecemeal basis, that each such "inconsistency argument" is unsuccessful by showing that the argument in question relies on a false premise, whether explicit or implicit. Inclusive positivists, including myself, have defended MIT against Raz by showing that the Razian argument relies on false claims about the nature of law or the nature of authority.⁹ In particular, the defense against Raz is grounded in an attempt to rebut one or more of the following three ideas: (1) law necessarily claims authority; (2) authoritative directives provide preemptive reasons for action; or (3) authority is justified only insofar as its directives more accurately identify what a subject should do according to right reason than the subject's own assessment of the reasons.¹⁰ Likewise, inclusive

8 Shapiro (1998: 469–507).

9 See, Raz 1994.

10 I have challenged Raz on a number of these assumptions. See, e.g., Himma 2001a; Himma 2007a; Himma 2007b; and Himma (2001b: 61–79).

positivists have defended MIT from Shapiro's argument by denying either (1) that positivism includes the Practical Difference Thesis; or (2) that the Practical Difference Thesis implies that judges must be guided in their deliberations both by the rule of recognition and the relevant first-order norms regulating the acts of citizens.¹¹

It is of critical importance to note that, either way, these defenses of inclusive positivists are "negative" in the sense that they attempt to show that these inconsistency arguments are unsuccessful – that is to say, these negative arguments are limited to showing that certain arguments against MIT fail. This is noteworthy because, strictly speaking, such arguments provide absolutely *nothing* by way of positive support for MIT. The reason for this is a simple matter of basic logic: the claim that an argument is unsound does not provide any reason for thinking that the conclusion of the argument is false. What this means is that these arguments succeed in doing no more than showing that MIT has not been shown false. By itself, none of these counterarguments give any reason to think that MIT is true simply because, as a matter of elementary logic, they *cannot*.¹² To show, for example, that it is not true that law necessarily claims legitimate authority does not, by itself, give any reason to think there could be moral grounds of law. A review of the literature suggests that the vast majority of content defending MIT published over the last fifteen years has involved making negative arguments of this sort. Very few positive arguments have been offered in support of MIT.

4 GIVING A POSITIVE ARGUMENT FOR A POSSIBILITY CLAIM

At first glance, the exclusively defensive posture of the inclusivist might seem puzzling; however, it is easy to understand why the debate has taken this shape once it becomes clear what would be involved in crafting a successful positive argument. As it turns out, the real problem is, at bottom, that the logic of the relevant modalities has not been understood well enough to do what is needed to make a positive argument in support of MIT. It is difficult enough, I would surmise, for people who lack training in metaphysics to fully under-

11 See, Himma (2000: 1–43).

12 This is not to suggest that these negative arguments cannot form the basis of a positive defense of MIT; if one could succeed in showing that each of these arguments fail and that these arguments exhaust all the possible logical conflicts between the nature of law and the existence of moral grounds of law, then one could infer that MIT is true. But here it is crucial to note that this positive defense requires more than just the conclusions of the negative arguments. In addition, it requires a new premise to the effect that the existing arguments encompass all of the possible tensions – and this, of course, would require a *positive* defense of that new premise.

stand the character of various metaphysical claims as well as what the proper methodology might be, which is, of course, a topic under dispute. Once modalities like the necessity operator (i.e., it is necessary that p or, symbolically, $\Box p$) and the possibility operator (i.e., it is possible that p or, symbolically, $\Diamond p$) are introduced into the conversation, the logical standards governing deductive argument become considerably more complicated – a complexity that reflects the corresponding complexity of metaphysics as a separate discipline. And it is important to realize here, as is frequently overlooked, perhaps because thought obvious or unnecessary, that conceptual jurisprudence is nothing more than the metaphysics of law.

Here it is helpful to consider again the issue of whether the concept of an all-perfect being is coherent – which, it should be noted, is also a metaphysical issue. The relevant atheistic claim is that there is not (indeed, *could not be*) a thing that satisfies the existence conditions for perfection because some of these conditions are logically inconsistent with other conditions. As noted above, for example, it has been argued that being perfectly merciful and perfectly just cannot be simultaneously instantiated by a being because the criteria for being perfectly just are logically inconsistent with the criteria for being perfectly merciful. As I also noted above, though, theists lack a positive argument that directly addresses the consistency issue by showing that, so to speak, all the perfections are logically compatible. While there are, of course, arguments for the existence of God (e.g., the so-called intelligent design argument), they do not directly address the coherence of the concept of an all-perfect being. Of course, insofar as one of these arguments is successful in showing that an all-perfect God exists, it follows as a corollary that the concept is coherent. But these other arguments do not even attempt to directly engage with the inconsistency arguments of atheism.

The reason for the comparative lack of positive arguments for the coherence of the concept of an all-perfect God is that there are special difficulties associated with arguing directly for possibility claims (i.e., in this case, it is possible for a being to instantiate each of the perfections). It is hard to see exactly how one could make a positive argument for the relevant possibility claim. How, for example, would one even begin to show that it is possible for a being to be omnipotent and omniscient at the same time? While it might seem obvious that at least that much is possible, this is because we cannot think of how an inconsistency might arise between those two qualities. If that might lead us, reasonably enough, to doubt that there is any such consistency, our inability to imagine how those two qualities might conflict does not provide any significant positive support for the claim that they *do not* conflict.¹³ When one reflects on how one

13 There are many examples that secure the point. We could not, for example, see how Euclid's Parallel Postulate might conflict with Einstein's theory of relativity, which presupposes a non-Euclidean Parallel Postulate.

might go about providing a positive argument that shows that the two qualities are consistent, one will likely come up blank – which explains why the structure of the debate as to whether it is possible for a being to instantiate all the perfections (i.e., whether the concept of an all-perfect being is coherent) parallels the structure of the debate as to whether it is possible for a legal system to have moral grounds of law. The problem is that it can be, and frequently is, exceedingly difficult to see how to show that two abstract propositions are consistent.

If this seems surprising to philosophers, it is taken for granted in other academic subjects. Establishing possibility claims in pure mathematics is well known to present special difficulties. One issue that commonly arises in the context of studying a particular formal axiomatic system in mathematics, such as set theory, is whether the set of axioms is consistent; and whether, if so, the consistency of that set can be proved. There are two possible consistency theorems – one stronger and hence more desirable than the other. The most desirable result would be a showing that a set of axioms is *absolutely consistent*, which is what we usually have in mind when we say that some set of propositions is consistent. What is needed to show that a set of axioms is absolutely consistent is an interpretation of all of the symbols of the formal language of the axiomatic system in which the axioms are true; such an interpretation is known as a *model* for the set of axioms.

It is absolutely crucial to note the relationship between finding a model for a set of axioms and giving a positive argument for MIT. Intuitively, the idea behind the mathematical project is to interpret the symbols of the language in such a way that we can create a coherent story in which all the interpreted axioms are clearly true. This is analogous to what must be done by way of giving a successful positive argument for MIT. If one can produce a model for the axioms of the relevant mathematical system, then it follows that the axioms are consistent – which is to say that *there is some possible world in which all the axioms are true*. If the proponent of MIT can produce a coherent story in which something that is clearly a legal system (under the relevant theory) also clearly contains moral grounds of law, then that is sufficient to show that the existence of moral grounds of law is consistent with the relevant theory of law – which is to say that *there is some possible world where there is a legal system with moral grounds of law*. In other words, if the proponent of MIT can produce such a “model,” that suffices to establish MIT by what I have been calling a positive argument.

Intriguingly, absolute consistency results are very difficult to achieve in mathematics because it turns out to be prohibitively difficult to construct something that clearly serves as a model for the relevant mathematical theory.¹⁴ The

14 See, e.g., “Equiconsistency,” at: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency>>. It suffices here to cite Wikipedia because none of this is even remotely controversial.

reasons for this have, in part, to do with the fact that the notion of “consistency” is also deployed within every mathematical theory. It is not as if there is some Archimedean point of view in mathematics in which one can produce an analysis of whether some set is consistent that does not presuppose some element of the system under question: standards defining the notion of consistency are (pun intended) consistently applied throughout every standard mathematical theory. But a second reason surely has to do with the difficulty of trying to construct an interpretation of the symbolic language and model *from scratch* that would clearly establish the consistency of the system (even if we could formulate a test for consistency from outside the system being studied). The story here is much more complicated and contentious than this might suggest but it is plausible enough that it gestures in the direction of a problem faced by theorists of any discipline attempting to establish a possibility claim (by way of proving an absolute consistency result).

In consequence, mathematicians must, much more often than not, settle for showing what is called *relative consistency*. The idea is to take a set of axioms, *S*, that seems more perspicuously consistent from an intuitive point of view and attempt to show that the axioms of the system under study, *T*, are theorems of *S*. A proof that the axioms of *T* are axioms of *S* shows that *T* is *consistent relative* to *S* in the following sense: if *S* is consistent, then *T* is consistent. In the vast majority of cases, relative consistency is the best that can be done; indeed, it cannot be shown even that arithmetic is absolutely consistent.

As intimated above, there is probably no comprehensive, accessible theoretical account, and one that commands a consensus, of why absolute consistency results are so difficult to obtain in mathematics; but, as we also saw, we can get a rough sense for why this might be true. It might not be possible to produce a rigorous theoretical explanation as to why consistency results are difficult to support with positive arguments in philosophy of law. But we can get a sense for the complexity involved in producing a model that would validate MIT.

5 A FIRST STAB AT A POSITIVE ARGUMENT FOR MIT

One tempting thought is that there are many readily available models of existing legal systems and that any one of these existing legal systems can be used to show moral grounds of law are possible. After all, it is a trivial truth – at least, under any standard system of modal logic that has direct application to philosophical analysis – that, for all propositions *p*, *p* logically implies $\Diamond p$. If one can show that some existing legal system has moral grounds of law, then it follows *a fortiori* that it is possible for a legal system to have moral grounds of law, which is precisely what is expressed by MIT.

This strategy turns out to be much less attractive than it appears for reasons that, as will be shown, explain my adoption of a related but more direct approach to finding a model for MIT. It is worth noting here that this approach will lead me to construct a model that might strike many readers, untrained in modal logic, as implausibly simplistic, improbable, and otherwise problematic and unpromising. But, as we will see below, this impression is incorrect, and grounded in misconceptions about the logic and methodology of model construction of the sort offered in this essay.

In his justifiably influential book, *Inclusive Legal Positivism*, Wil Waluchow adopts this strategy in what is perhaps the only sustained attempt to give a positive argument in support of MIT. Waluchow saw what he took to be a clear model for MIT in the legal practices associated with the substantive guarantees of the Canadian Charter. He argued, for example, that judges routinely have recourse to moral principles in deciding issues arising under these guarantees and are legally bound to apply these moral principles. On the strength of these practices, he concluded that the Canadian legal system is a legal system with moral criteria of validity and hence that MIT is true.

The problem with Waluchow's analysis is that it presupposes a contentious interpretation of those legal practices. Waluchow interprets – without argument – the moral principles to which judges turn in hard Charter cases as pre-existing principles that have the status of law; the judge in such Charter cases *discovers* the content of the law defined by the Charter. In contrast, the exclusive positivist interprets such recourse as the judicial exercise of a quasi-lawmaking discretion to reach beyond the law in *inventing* (or making) new law. As Stephen Perry puts the point:

After making rather heavy weather of the fairly obvious point that judicial opinions in charter cases involve moral reasoning, Waluchow attempts to show that the moral standards employed in charter cases, drawn from e.g. section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (right to life, liberty and security of the person), or the First Amendment of the American Constitution (freedoms of speech and assembly), function at least sometimes as tests for the existence or content of valid laws. If this could be shown, it would establish the truth of inclusive positivism and provide a counterexample to exclusive positivism. Waluchow maintains that exclusive positivism has available to it “only one obvious possibility” to explain charter challenges, namely, the idea that provisions such as section 7 of the Canadian Charter do not set out legal criteria for validity, but simply make reference to extra-legal, moral criteria “to which judges are required or at liberty to appeal” (157). But in fact an exclusive positivist could say more than this, since he could appeal to Waluchow's own notion of a legal-adjudicative power or duty to decide charter cases in certain ways. Although Waluchow does not mention it, Raz employs his notion of a directed power to characterize judicial review cases along very much these lines.¹⁵

15 Perry (1996: 367).

Although Perry is certainly correct in thinking this is a problem, he does not fully appreciate the character of the problem with Waluchow's argument here.

Perry seems to believe that the problem is just that the interpretation is contentious – a problem that Waluchow attempts to address by arguing that the inclusivist interpretation of Charter practices is superior to an exclusivist approach. As Perry describes Waluchow's next steps in the argument:

Waluchow criticizes what he takes to be the exclusionary positivist's best possible account on three main grounds: (i) it flouts the common understanding of charter provisions as entrenched fundamental rights that are legal, not just moral, in character; (ii) it runs counter to language often found in constitutions themselves, such as the provision in section 52(1) of the Canadian Constitution Act that any law inconsistent with the Constitution is of no force or effect; and (iii) it cannot explain as easily as the inclusive account the retroactive effect of charter challenges. For these reasons, Waluchow concludes that charters and bills of rights create "legal rights whose content is partly dependent on moral considerations" (162).¹⁶

As Perry explains the problem, Waluchow's move seems to be the only sensible move. Waluchow needs to show that the inclusivist interpretation better coheres with the relevant Charter practices than the exclusivist interpretation; and this is exactly the move described in the text quoted above.

Perry does not question the legitimacy of this strategy; that is to say, he does not provide any further response to Waluchow's claim that any exclusivist interpretation of Charter practices will be marred by the problems described by (i), (ii), and (iii) in the passage above.

Instead, Perry responds to another of Waluchow's criticisms of exclusivist interpretations that Waluchow believes show that an inclusivist interpretation better coheres with Charter practices than exclusivist interpretations. As Perry argues:

One of Waluchow's arguments in favour of the inclusive-positivist interpretation is that the exclusive-positivist account flouts the common understanding that charter rights are legal and not just moral in character (158-59). Yet the exclusive positivist can borrow Waluchow's own notion of legal-adjudicative rights, developed as part of the latter's source-based conception of the common law in chapter 3, and argue that while charter rights might not be legal rights in the strict sense, they are not just moral either; they are legal-adjudicative rights that citizens hold against the courts. (As noted earlier, Raz makes essentially just this move, employing his very similar notion of a directed power.) Another of Waluchow's arguments in support of the inclusive-positivist account of judicial review is that it explains the retroactive effect of charter cases better than the exclusive-positivist account (160-62). But cases overruling common law precedents likewise generally have retroactive effect, so whatever Waluchow would wish to say about retroactivity in that context, as part of the source-based conception of the common law he develops in chapter 3, can presumably be relied upon by the exclusive positivist in defending a source-based interpretation of constitutional judicial review.¹⁷

16 Perry (1996: 367).

17 Perry (1996: 379).

This makes it seem as though the dispute between the exclusive positivist and the inclusive positivist can simply be settled by looking at a particular legal system to see which type of interpretation better conforms to the practices. The idea here seems to be that had Waluchow succeeded in showing that the inclusivist interpretation better coheres with Charter practices than an exclusivist interpretation, this would be enough to show MIT.

This might be a common view but it is grounded in a fundamental misunderstanding of the modal character of MIT and what that character requires by way of positive support. Even if MIT is false, as exclusive positivists believe, one might still be able to produce coherent interpretations that are, in some sense, logically grounded in MIT – and plausible ones (assuming you do not know that MIT is false).

What makes this possible? The reason here is not necessarily the obvious point that any proposition follows from a contradiction, which would be true of the claim that some legal systems have moral grounds of validity if MIT is false. Nor is the reason necessarily that MIT contains so many conflicting principles that one can select some favored set narrowly tailored to support any proposition – this, of course, being the basis for the Critical Legal Studies claim that law is so globally indeterminate that judges can reach either of two conflicting holdings in hard cases with an ostensibly rational argument. The reason is more narrow: it is that one can still produce plausible interpretations that come out of MIT that derive neither (1) *from the contradiction itself if MIT is false* nor (2) from the kind of indeterminacy that the Critical Legal Theorists believe results in nearly unfettered discretion to reach any decision because any decision can be justified because of the multiplicity of conflicting values that explain the global indeterminacy of law.

This might seem implausible at first blush, but producing a plausible interpretation grounded in MIT is exactly what Waluchow did with Charter practices. Perry did not even attempt to show that Waluchow's inclusivist interpretation of Charter practices was inconsistent or incoherent. Rather, Perry identified the relevant Charter practice and provided an exclusivist interpretation that was claimed to cohere as well with these practices as Waluchow's inclusivist interpretation. But even if Perry produced an exclusivist interpretation that was more coherent with the relevant practices, it would not follow that inclusivists could not produce a coherent interpretation of any particular Charter practice. That one interpretation better coheres with the relevant phenomenon does not imply that another is incoherent. Coherence is a matter of degree. Nor does the fact that one interpretation is more plausible imply that another is implausible. One theory might simply be more plausible than another. Like coherence, plausibility is a matter of degree.

But this is also a feature of possibility claims in mathematics; it is always possible that what *seems* to be a model showing the possibility of a world in which the relevant axioms are all true is not really a model at all for the axioms. As will be recalled, it is nearly impossible to produce absolute consistency results for axiomatic systems in mathematics, including those that form the foundation for all deductive reasoning – i.e., mathematical logic. The reason is epistemological: we have no Archimedean point from which to assess whether a putative and plausible interpretation succeeds in modeling the relevant axioms. The fact that it seems plausible and coherent is consistent with its being false. Further, it is consistent with the interpretation being inconsistent *provided that the inconsistency is difficult to see*.

Indeed, we might know a theory is inconsistent but be justified in applying various elements of that theory to certain phenomena in the world. For example, physics is divided into two analytically distinct theories: (1) the theory of the very big (i.e., the theory of relativity) and (2) the theory of the very small (i.e., quantum mechanics). Both are unparalleled in the history of physics with respect to the results they predict. However, it is well known that the two theories are *inconsistent* with each other in the standard sense that they cannot both be true. Indeed, this is what motivates a continuing search for a “unified theory of everything,” a search that focused for a time on string theory. But despite all this, the theory of relativity and the theory of quantum mechanics are used to interpret, explain, and predict physical phenomena.

Returning to the dispute between inclusive and exclusive positivism, the upshot is this: Stephen Perry’s assumption that the dispute between inclusive positivism and exclusive positivism can be settled by finding some legal system with practices, like Canada, that are best interpreted as inclusive – which would show the existence of an inclusive legal system and thereby prove MIT – overlooks the fact that MIT could still be the source of plausible interpretations even if it turned out to be false. Again, pure mathematicians continue to derive useful, plausible theorems from sets of axioms that might very well turn out to be inconsistent; indeed, as we have seen, there are few, if any, models for any set of axioms that would show the absolute consistency of these axioms. Further, physicists continue to derive usual results from both quantum mechanics and the theory of relativity, despite proofs that the two theories are inconsistent and cannot both be true in this world.

The real problem with Waluchow’s argument strategy goes deeper than Perry’s claim that Waluchow has not produced an inclusivist interpretation that better coheres with existing Charter practice than the exclusivist can produce. At bottom, what ultimately goes wrong with Waluchow’s argument is that his interpretation of the relevant legal practices *begs the question*. Waluchow’s interpretation of these practices ultimately rests on an assumption that moral criteria of validity are possible; without that, he lacks even a *prima facie* justification

for interpreting Canadian practice that way. The interpretation is a non-starter because the very coherence of inclusivist interpretations is challenged by the exclusive positivist. If we had compelling reason to think MIT were false, then it would not matter in the least how attractive some proposed inclusivist interpretation of Charter practices might be. That interpretation is immediately disqualified as grounded in a contradictory claim.

Here's another way to see this important point: if we already know that inclusive systems are possible, there will be an issue as to whether any particular legal system is inclusive – including the Canadian legal system. The argument Waluchow offers in support of MIT would provide a plausible reason for thinking that the best interpretation of Canadian legal practice is as incorporating moral criteria of validity – *if we already know that moral grounds of law are possible*. That view could be countered, of course, but it would not be refuted by Perry's observation that exclusivists interpret those same practices differently. If, again, we already know inclusive legal systems are possible, then the issue becomes which is the better interpretation of Canadian legal practice. If Waluchow's interpretation is better (in the sense that it better coheres with the relevant legal data points), then that is good reason to think Canada has an inclusive system with moral grounds of law. If the Razian interpretation is better in the relevant sense, then that is a good reason to think Canada does *not* have an inclusive system. But, regardless of which one is the better interpretation, the conclusion reaches no further than to how the particular practices of the Canadian legal system should be characterized. If we are not antecedently justified in thinking that moral grounds of law are possible, there is simply no non-question begging reason to think Waluchow's interpretation is better.

Surprisingly, what goes wrong, at bottom, with Waluchow's strategy is that there is too much complexity built into these practices of the Canadian legal system to form the basis of an uncontroversial model of MIT. MIT asserts a very simple claim – even if it is the kind of claim that seems, as I have remarked, difficult to support with a positive argument in virtue of its modal quality. The claim is that there is some possible world in which there is something that counts as a “legal system” with something that counts as “moral grounds/criteria of law.” As it turns out, the weakness of this claim provides some guidance as to how to go about producing a positive argument in the form of a model. All one has to do is cook up a *coherent* story that shows (1) how there could be a legal system (2) with moral grounds of law: those are the guiding features.

6 A POSITIVE ARGUMENT FOR MIT

This makes it clear that we must adopt a very different starting point from the one Waluchow adopts. It is not just that Waluchow chooses an existing le-

gal system that causes the problem; it is that Charter practices are enormously complex – so complex that they include too many features that are compatible with both inclusivism and exclusivism. There is simply too much material in the Canadian legal system that obscures the issues by requiring interpretations so complex that they contain many entry points for contesting interpretations.

What is needed is something far simpler – and this requires that we construct a model from the ground up, taking care to ensure that we build no more into the system we wish to construct than what is reasonably necessary to provide a model for MIT. Every piece of additional information creates a logical opening for disagreement and hence for opposing interpretations. As we will see, adopting this approach will result in a model that might, at least initially, (1) seem overly simplistic, and (2) contain attributions of properties to subjects that cannot plausibly be attributed to people in this world. Indeed, one will be tempted to reject the model just on the strength of its simplicity and dissimilarities with the complexities of legal system in the actual world – that is, just on the strength of instantiating (1) and (2).

But, at this point, it should be clear that rejecting a model because it instantiates (1) and (2) would be a mistake because MIT makes such a strikingly weak claim: it asserts merely that a legal system with moral grounds/criteria of law is *possible*. That, by itself, says nothing about what such a legal system should look like. Indeed, it does not even imply that there is an inclusive legal system in some world that governs beings with exactly the same set of capacities and qualities we have. All that is needed by way of assumptions about the subjects is two claims: (1*) the subjects are rational; and (2*) the subjects are capable of being guided in their behavior by norms. It need not be the case, for example, that the beings in that model (or the possible world it describes) share the same cognitive abilities and psychological characteristics that people have in this world. Indeed, MIT does not imply, assert, or even insinuate that the law subjects must belong to the class of human beings.¹⁸

A very helpful example of what many consider to be a successful model for a possibility claim, despite the fact that Raz's model instantiates (1) and (2), can be found in the work of Joseph Raz. Raz considers the question of whether coercion

18 The reason is that the relevant possibility claims simply, by nature, lack the kind of explanatory power associated with, say, psychological theories. These are ultimately metaphysical claims and theories, and such theories cannot explain contingent events at any world because metaphysical claims purport to be necessarily true – and are hence true at worlds where the relevant contingent events occur as well as true at worlds where these events do not occur. The only way to avoid the problem is to structure a thought experiment in such a way as to eliminate all the contentious presuppositions. Insofar as the resulting model seems too simple to be successful, it will likely have something to do with a sense that the model I produce is too simple to have any explanatory power whatsoever in worlds like ours. But that simply misunderstands the modal character of MIT, as well as the logical capacity of conceptual and metaphysical claims to explain features of a legal system that are clearly contingent.

is a necessary feature of law; as he puts the matter, “Is it *possible* for there to be a legal system in force which does not provide for sanctions or which does not authorize their enforcement by force?”¹⁹ It is telling that Raz frames the question in terms of its negation: instead of asking directly whether it is a matter of conceptual necessity that a legal system be backed by coercion, he asks whether it is *conceptually possible* for something lacking coercive enforcement mechanisms to count as a legal system.

The reason Raz expresses the question in terms of whether it is possible to imagine a legal system without coercive enforcement is that he is setting up an argument that uses *exactly the methodology explained above*. Indeed, he all but makes this explicit:

The answer seems to be that it is humanly impossible but logically possible. It is humanly impossible because for human beings as they are the support of sanctions, to be enforced by force if necessary, is required to assure a reasonable degree of conformity to law and prevent its complete breakdown. And yet we can imagine other rational beings who may be subject to law, who have, and who would acknowledge that they have, more than enough reasons to obey the law regardless of sanctions. Raz (1999: 158–159).

Raz is presupposing here that one proper way of showing coercion is not a necessary feature of law is to show that one can – coherently – *imagine* a legal system without coercive enforcement mechanisms. He concedes that we might not be able to do it with human beings because of certain psychological qualities we have; however, that only makes it *nomologically* impossible (i.e., impossible given the causal laws in our universe). Raz stakes out the weaker claim that it is *logically possible* to have a legal system. He claims we can imagine a logically possible legal system without enforcement mechanisms but not nomologically possible.

Two observations should be made here. First, Raz makes clear that the model he constructs will contain rational beings as law subjects and, thus, satisfies (1*); likewise, Raz makes clear that the subjects of the model are capable of being guided by norms (i.e., these beings have “more than enough reason to obey the law regardless of sanctions”), and thus that the model satisfies (2*). Second, Raz’s explanation of his methodology is explicit in indicating that the model will instantiate (2), since it will involve beings with psychological features that human beings lack – one of the two concerns that might arise about the model I construct below of an inclusive legal system.²⁰ It is not *nomologically* possible, Raz maintains, for there to be a legal system without coercive enforcement mechanisms because human beings lack crucial psychological attributes that would ensure the efficacy of the system of norms in guiding behavior. Rather, it

¹⁹ Raz (1999: 158; emphasis added).

²⁰ We will see below that it also satisfies (1).

is logically possible, which means – given his view that such a legal system is not nomologically possible – that the relevant law subjects will have very different properties than human beings possess. It is, thus, not unusual for arguments for possibility claims to rely on assumptions that do not apply to human beings or other relevant phenomena in the actual world. It is clear that he acknowledges (2) is a legitimate property of models that establish possibility claims in conceptual jurisprudence.

It is, of course, true that the intuitive foundation for the Hartian analysis can be found in these instances of what we regard as paradigms. MIT says nothing that should lead anyone to think that any legal system with moral grounds or criteria of law must possess any of the features that we regard as paradigmatic features of a legal system. Conceptual jurists look at paradigmatic features of a legal system because they do tell us something essential about law: they are paradigmatic features because they are a core – as opposed to more nearly borderline or even borderline – instance of some essential property. If there is a legal system incorporating moral grounds or criteria of law, it must have all the essential features of law. However, there is simply no reason to think that any of its features must be paradigmatic features; as far as conceptual analysis is concerned, every essential feature of such a legal system, if possible, could be near-borderline or borderline. It is true we might not recognize them as systems of law because features that are borderline fall within the open texture of a concept and thus are epistemically indeterminate. But the fact we cannot identify whether a borderline feature is actually an essential feature does not imply that the borderline feature is not an essential feature. Some borderline cases of a concept fall within the concept; some do not.

The second concern one might have about the model I construct below – namely, property (1), which is that the model is simplistic – also arises in connection with the model Raz constructs of a legal system that lacks coercive enforcement mechanisms. His argument is in the form of a model that satisfies the constraints of modal logic discussed above:

Even a society of angels may have a need for legislative authorities to ensure co-ordination. Angels may be in agreement about both their values and the best policies for implementing them. But the sort of society described above does not presuppose such a measure of agreement. Its members may pursue many different and conflicting goals and they may share our difficulties in settling disputes and resolving conflicts of interests by mutual agreement. They differ from us only in having universal and deep-rooted respect towards their legal institutions and in lacking all desire to disobey their rulings. They have, therefore, all the reasons that we have for having legislative authorities and an executive.²¹

21 Raz (1999: 159).

It can now be seen, as mentioned above, that Raz creates a model with beings that have attributes that human beings lack, and his model, thus, instantiates (2) above. More importantly, for our purposes, is the simplicity of the model. Raz's model is grounded wholly in the assumption that a society of angels is *logically possible*; he simply assumes that there is a coherent set containing all the other propositions needed to fully describe a world that is consistent with there being a society of angels. The argument is, then, just that a society of angels will need certain disputes adjudicated, and certain coordination problems solved.

The simplistic appearance is quite misleading. A possible world consists of a coherent set containing an uncountably infinite number of propositions: it is a coherent maximal set of propositions in the sense that for every possible sentence *A*, either *A* is true in the world or *not-A* is true. The reason for the simplicity of the model is that no one can list an infinite number of propositions, so the definition of a model will, as a matter of *nomological necessity*, consist in the specification of a finite number of propositions and the assumption that the rest of a coherent model exists. Raz's model seems simplistic because he devotes just a couple of paragraphs to sketching the model, and he makes explicit only the key ideas. The assumption that there is a maximally coherent set of propositions (defining a logically possible world) containing an uncountably infinite number of propositions is a plausible one. And, again, no one could specify every proposition in an infinite set. The simplistic concern is unfounded because based on a misunderstanding of the logic of the possibility operator.

With these preliminaries in mind, the model of a legal system incorporating moral criteria of legality can be developed as follows – subject to the following conditions and assumptions. First, I assume at the outset that none of the exclusivist arguments against inclusive legal positivism succeed in refuting the latter – an assumption that should be quite plausible. By far, the best such arguments have been made by Joseph Raz and Scott Shapiro: Raz argues that moral grounds/criteria of law are incompatible with the concept of legal authority, while Shapiro argues that moral grounds/criteria of law are incompatible with the Practical Difference Thesis. Both arguments have generated a number of responses, which – at the very least – call into question the adequacy of the arguments. While I think a number of the arguments successfully refute these two arguments, it is safe to say that the dispute is at an impasse. Thus, it is reasonable to assume that MIT has not been refuted. The argument, of course, depends on that assumption.

Second, I will attempt to construct this model in a way that is compatible with both (1) the fundamental theses of legal positivism and (2) fundamental assumptions about law that are shared by legal positivists and anti-positivists alike. The first step in the argument is to address (1). On the positivist assumption that the grounds of law are completely determined by conventional practices in the sense that the criteria of legality are fully defined by a social rule of

recognition, I argue for the *possibility* of a legal system with moral grounds of law by providing a model that is grounded in some highly unusual assumptions.

Third, the argument will specify only a few propositions that are intended to define the logically possible world. In this connection, it is helpful to recall that a possible world consists of an uncountably infinite number of propositions; an omnipotent being can specify a countably infinite number of propositions, but even an omnipotent being cannot specify an uncountably infinite number of propositions. Human beings lack the ability to specify even a countably infinite number of propositions – or even a sufficiently large finite number of propositions. Models are, in both philosophical and mathematical practice, defined by a comparatively small number of propositions, as will be the case here. It is, as we have seen, not a general criticism of arguments defining models that they are too simplistic in the sense that the model is specified through a small number of propositions.

Fourth, and related to the first point above, the argument thus depends on the assumption that the specified propositions can consistently be joined with an uncountably infinite set of propositions to form a *maximally consistent set* and hence a possible world. If the assumption I made in the first of these points is not true (i.e., that none of the exclusivist arguments against MIT succeed), then this fourth assumption also fails. The exclusivist arguments would have shown that there is no set of propositions, including other propositions about the legal system, that can be joined to the propositions that define the model to form a maximally consistent set.

Having said all this, here are the propositions defining the model. To begin, there is a conceptually possible world in which everyone is infallible in discerning the requirements of morality but frequently acts in ways contravening those requirements in order to further his or her own selfish interests. Further, in one such world, an institutional system of rules is set up to regulate the behavior of citizens who act out of selfish interest when it conflicts with morality. Moreover, the grounds for membership in this institutional system of rules are exhausted by the norm all and only moral norms constitute a rule of the system. The fact that everyone is morally infallible means that everyone always knows what the law requires with respect to any particular act.

It is worth noting the relationship of these propositions to the propositions specifying Raz's model. Both models assume that law subjects are *infallible* with respect to moral requirements; the difference is that in Raz's model, law subjects are morally *impeccable* and never do wrong, as they are angels, while the subjects in my model are self-interested and frequently do wrong. But, and this is especially important to note, the law subjects of both models have a property that human beings lack – namely, infallibility with respect to the requirements of morality. As I have argued, this is simply not a problem when it comes to establishing possibility claims.

Some further propositions must be specified as part of my model. First, to keep order, the system employs coercive enforcement mechanisms that also conform to the requirements of political morality, which helps to ensure that people who know better conform their behavior to the first-order moral norms governing their behavior thereby making the institutional system of norms efficacious in guiding behavior. Second, judges always decide disputes arising under these institutional norms correctly.

The key steps in the argument can be sketched as follows. Since the system includes the minimum content of the natural law and the first-order norms validated by the grounds of this system are generally obeyed, the system counts *as a legal system*. Insofar as judges infallibly decide what morality requires of citizens and successfully persuade citizens to behave in accordance with those norms through morally justified coercive mechanisms, the norms are, at the very least, capable of providing reasons for action – and, on any sensible account do; even if the content of the law provides no reasons for action, there is no question that the coercive enforcement mechanisms do. Clearly, we have a reason to avoid coercive enforcement mechanisms. Finally, insofar as morality forms a seamless web, as is commonly assumed, there is always one correct answer and that answer is always reached and enforced by the judges, the grounds of law seem clearly to include – indeed, are exhausted by – moral principles. If that is correct, then it is possible for a legal system to have moral grounds of law and hence that MIT is true.

I should emphasize here that this particular argument shows no more than the possibility of moral grounds of law given certain assumptions about law and about positivism. These assumptions define no more than a very narrow set of circumstances (including some epistemic circumstances) in which morality can be incorporated into the grounds of law.

Even so, the argument I have sketched is more than strong enough to do the needed work, given what we have come to understand about the implications of a viable system of modal logic with respect to possibility claims. Indeed, it is worth recalling the relationship between the model I define here and Raz's model that purports to show sanctions are not a necessary feature of law. To begin, he assumes that a society of angels is conceptually possible in a world that bears sufficient resemblance to ours to ground an argument about *our* concepts of law and authority. But notice that it is not nomologically possible for any human being in this world to be an angel. Further, Raz does not build many more explicit assumptions into the model he is constructing of a legal system free of coercion. The assumption is, and this is surely plausible enough at first blush, that everything else we need to be true of this possible world to draw a conclusion about the actual world *is, in fact, true!* No argument is even attempted here – and that's fair game. There is little reason to think that the

other elements we need for that possible world to be properly related to this one are not satisfied.

The problem with Razian argument is not with its methodology; rather, he makes a conceptual mistake. The problem is that whatever system of norms would be necessary to perform these coordination functions in a society of angels, it would not be a system of *law* because whatever authority is needed to settle disputes, those disputes will not concern the “minimum content of the natural law”; a society of angels will know those rules without promulgation, and the angels will conform their behavior without needing to treat them as pre-emptive reasons. Angels, after all, are presumed to be both morally infallible and morally impeccable (i.e., always do what is the right thing to do).

Accordingly, the “authority” of such a system, for that reason, simply could not be a legal authority, on Raz’s own theory of law and authority. Indeed, it is hard to see in what meaningful sense it could be true that the “law” of such a society, if concerned only to solve coordination problems (which would be the only kind of problem likely to give rise to disputes among angels), contains the minimum content of the law. Now if that is a correct analysis of the Razian claim, then a society of angels as Raz describes it could not ground a model of MIT *because whatever system of norms it has to solve coordination problems does not constitute a system of law*. But that is not the only problem here: grounding a model of MIT in a society of angels would be problematic only because of substantive concerns; it would not be problematic because of methodological concerns. A Razian model, like the model I attempt, would not be methodologically problematic simply because the law subjects do not sufficiently resemble human beings.²²

It is to avoid such problems that I argue for MIT on the basis of more general fundamental assumptions shared across theories. In this connection, it is worth noting that the argument I offer here might strike positivists as making some implausibly strong assumptions about how official practices determine the grounds of law. But if one allows that officials can incorporate vague principles into the law by fixing the content through the statement of a norm, as Jules Coleman suggests, then it is that much easier to make the positive case for MIT

22 Although Hart seems to regard the incorporation of the minimum content of natural law into the law as merely a matter of natural necessity, there are some very good reasons to think that law must incorporate such content. First, the problem of the law’s legitimacy comes up partly because it is coercive but also because law regulates a wide range of acts that includes acts that harm others, as well as acts that seem purely private in character. It is part of law’s very nature that its authority (whatever that amounts to conceptually) covers and regulates the acts covered by the minimum content of the natural law. Second, if one denies the claim that positive law incorporates natural law then it becomes that much harder to distinguish law from other kinds of rules, such as rules governing a chess club. It might be plausible to call these rules “law,” but they are not “systems of municipal law,” which is the type of law with which conceptual jurisprudence is concerned.

precisely because it allows for the possibility of officials characteristically making mistakes about a social rule of recognition without its changing the status of that rule as stating grounds of law.²³ Of particular significance here is that the argument that can be made under Coleman's assumption would also provide support for MIT in a manner that is consistent with Dworkin's view about the relationship between sentences stating rules and the content of the propositions expressed by those sentences.

7 THE LIMITED EXPLANATORY POWER OF POSSIBILITY CLAIMS

Claims about what is merely possible have limited explanatory power with respect to what actually exists because the possible world that validates the claim, and this is certainly true of my arguments, might look nothing like the actual world. In the actual world, people are not morally infallible – although they are prone to doing what they believe to be wrong for the purpose of satisfying their own self-regarding interests. As far as coherence arguments of the type I offer here are concerned, they simply make intelligible the idea of moral grounds of law (i.e., as not contradicting other obvious conceptual truths about law). While Coleman's assumption makes possible a way of interpreting legal practice in the United States as incorporating moral grounds of law, along the lines of how Waluchow interpreted legal practice in Canada through the filter of MIT, it accomplishes, I argue, no more than that. An exclusive positivist can still interpret a legal system of that type as not incorporating moral grounds of law – although this would beg the question in the absence of a compelling counterargument (which I have argued above is lacking).

To see the plausibility of the idea that MIT has little to offer by way of explanatory potential, it is helpful to consider an issue in philosophy of religion. Some philosophers have argued that the very concept of an all-perfect God is incoherent; if that is true, then it is not possible for something to exist that instantiates all of the properties entailed by the locution "all-perfect." So a successful argument to the effect that the concept of an all-perfect God is incoherent implies that an *all-perfect* God does not exist. This does tell us something about the explanation of events in the world; it tells us that they cannot be explained in terms of the acts of an *all-perfect* God. But notice that what explanatory power this has is minimal because it tells you nothing about what explains events in the world; it simply tells you what does not explain those events.

23 Coleman (2001: 77–81). The assumption here is that norm could fix the content of the law without a judge necessarily knowing exactly how that statement applies in all cases but nonetheless endorsing the idea that there are correct answers to hard legal cases involving the interpretation of the norm.

A successful argument in the other direction has even less explanatory power. If we omit the questionable idea that perfection entails necessary existence, then a showing that the concept of an all-perfect God is coherent nets *nothing* by way of explanatory value. The reason is that what this shows is not that God *actually* exists (i.e., exists in this world) but rather that there is a logically possible world in which God exists. Given that we do not know whether that possible world is the actual one, the claim that God exists in some world tells us nothing by way of explaining events in this world.²⁴ What would be needed at the very least is a showing that God exists in this world; at least, then, we have reason to think that some of the events in this world *might* be explained by God's acts. But such a showing is not enough, by itself, to justify claims that God's acts explain any particular event in the world.

Exactly the same reasoning applies to MIT. Because MIT does not assert that there are *actual* legal systems that incorporate moral grounds, much less specify which ones do, it cannot explain any existing legal practices because it provides no grounds for identifying which ones have moral grounds of law. It asserts nothing more than the idea that moral grounds of law are coherent and thus that there is a conceptually possible legal system that incorporates moral grounds of law. The argument I give for the claim, it is true, points us in the direction of characteristics that are necessary conditions for a legal system to do this – in this case, a society where people are morally infallible but not inclined to do the right thing. But, as we are clearly not morally infallible, we cannot pick out worlds in which people are because we would have to be able to infallibly identify all the correct moral principles to determine whether people in some possible legal system have that capacity. For this reason, the explanatory power of MIT is, I argue, of negligible theoretical significance. Indeed, part of what might have temporarily quieted the debate is that the issue has come to seem substantively irrelevant to many conceptual jurisprudes. Nothing of practical value seems to turn on this.

Indeed, many legal theorists outside of conceptual jurisprudence are quite critical of the entire enterprise of conceptual analysis. Consider, for example, Richard Posner's plausible argument that conceptual jurisprudence is of no practical value. As he puts the point:

I grant that even if the word 'law' cannot be defined the *concept* of law can be discussed; and that is after all Hart's title, though he uses the word 'definition' a lot. Philosophical reflection on the concept of justice has been a fruitful enterprise since Plato; for that matter, there is a philosophical literature on time. I have nothing against philosophical speculation. But one would like it to have some pay-off; *something* ought to turn on the answer to the question 'What is law?' if the question is to be worth asking by

24 Some philosophers argue that if God's existence is possible, then it is necessary. But these arguments are contestable.

people who could use their time in other socially valuable ways. Nothing does turn on it. I go further: the central task of analytic jurisprudence is, or at least ought to be, not to answer the question ‘What is law?’ but to show that it should not be asked, because it only confuses matters.²⁵

I cannot argue the point here in detail, but I think that Posner (1) is largely correct with respect to the practical implications of conceptual jurisprudence but that (2) fails to recognize the intellectually (and morally – since his seems to be a *moral* criticism) legitimate reasons for engaging in conceptual jurisprudence. As to (1), the choice of conceptual theory, as far as I can tell (and this is the subject for a different essay) contributes nothing to the solution of certain substantive problems arising with the law and paradigmatic legal practices. Of course, it is true that certain problems can seem to disappear under one conceptual theory that arise under other contending conceptual theories; however, the appearance is deceiving. To cite just one relevant example, Dworkin argues that the idea that judges have quasi-legislative discretion implies that cases in which that discretion is utilized to create new law that is applied to the case at bar entails that judges are illegitimately applying law in an *ex post facto* fashion. But Dworkin’s theory faces an analogous difficulty. Assuming there is one right answer to every legal question, there is no guarantee that the judge will reach the correct decision. In that case, it might not be “law” that is applied in an *ex post facto* fashion; but the coercive mechanisms of law are being applied to enforce rules in that fashion – and that raises the same moral problems. But even when judges reach the right answer in a hard case, the law in a hard case fails to provide reasonable notice and hence fails to guide behavior in a way that is morally legitimate. Indeed, one can argue that the reason *ex post facto* laws are illegitimate is precisely because citizens do not have reasonable notice of how the coercive mechanisms of the state will be applied adversely against them. To put the point metaphorically, changing one’s conceptual framework to solve a problem is analogous to trying to smooth out a carpet where an air pocket causes a bulge. Simply pushing on it accomplishes no more than to displace the bulge to another location on the carpet.

Indeed, this appears true of many, if not all, problems of conceptual analysis. Consider the trivial conceptual truth that bachelors are unmarried. It is hard to see what events in the world this truth could even begin to explain. The reason for this is that, on the traditional methodology with which most philosophers are familiar, the idea that conceptual truths are necessary truths entails that the truth of a conceptual claim does not depend on any particular contingent feature of a world. Insofar as that is true, it can be known without knowing anything more about a world except the conceptual content expressed by a concept-term (i.e., the meanings of the relevant terms). It is hard to see how

25 Posner (1997: 4).

conceptual claims true in every possible world could explain contingent events in any particular world, including this one.²⁶

But the absence of practical benefits, *contra* Posner, does not imply that there is no reason to study conceptual jurisprudence. Posner's criticism is, at the end of the day, a moral criticism to the effect that pursuing theories that have no instrumental value wastes valuable resources that can be deployed to solving practical problems. This is simply not consistent with commonly held views about the value of knowledge *per se*; knowledge is, on the ordinary view, worth pursuing for its own sake. Indeed, it is not implausible to think that many areas of pure mathematics are pursued without regard for whether they are potentially valuable from an instrumental point of view. Further, some of the most famous achievements in mathematics do not seem likely, at this point in time, to have much by way of practical benefits. Indeed, Andrew Wiles's proof of Fermat's Last Theorem does not yet seem to have any practical benefits, yet hundreds of mathematicians spent thousands of hours pursuing a proof of the theory.²⁷ Some claims are worth knowing for their own sake – that is, because the truths they express are intrinsically, and not just instrumentally, valuable.

Bibliography

Brian F. CHELLAS, 1980: *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jules COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Ronald DWORKIN, 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

Equiconsistency. *Wikipedia*. URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Equiconsistency>.

H.L.A. HART, 1996: *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Kenneth E. HIMMA, 2000: H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory* 6 (2000) 1.

—, 2001a: Law's Claim of Legitimate Authority. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Ed. Jules L. Coleman. Oxford: Oxford University Press.

—, 2001b: The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism. *Law and Philosophy* 20 (2001) 1.

—, 2005: What is a Problem for All is a Problem for None: Substance Dualism, Physicalism, and the Mind-Body Problem. *American Philosophical Quarterly* 42 (2005) 2.

—, 2007a: Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Razian Conception of Authority. *APA Newsletter on Philosophy and Law* 6 (2007) 2.

²⁶ I have discussed this problem as it pertains to other more important conceptual questions in other areas of philosophy. In particular, I have made a similar argument that the choice of a theory of the nature of mind contributes nothing the solution of the mind-body problem or related problems such as the problem of mental causation. Reconceptualizing the mind simply changes the way in which the problem is expressed without diminishing the gravity of the problem in any way. See Himma 2005.

²⁷ I should note here that, although I am neither a mathematician nor a philosopher of mathematics, I have extensive experience studying pure mathematics at the graduate level while I was an undergraduate studying philosophy.

- , 2007b: Just Because You're Smarter than Me Doesn't Give You the Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007) 1.
- Karel HRBACEK & Thomas KAREN, 1999: *Introduction to Set Theory*. New York: Marcel Dekker.
- Stephen PERRY, 1996: Two Varieties of Legal Positivism. Critical notice of Waluchow's Inclusive Legal Positivism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 9 (1996).
- Richard POSNER, 1997: *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Oxford University Press.
- Joseph RAZ, 1994: Authority, Morality and Law. Reprinted in: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- , 1999: *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press.
- Scott SHAPIRO, 1998: On Hart's Way Out. *Legal Theory* 4 (1998) 4.

*Synopsis***Kenneth Einar Himma****The Logic of Showing Possibility Claims****A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law**

SLOV. | *Logika dokazovanja trditev o možnosti: pozitiven argument v prid odprtega pravnega pozitivizma in moralnih temeljev prava.* Avtor zavzame stališče, ki ga odprti pozitivisti delijo z Ronaldom Dworkinom in po katerem je logično mogoče, da pravni sistem vključuje moralne kriterije pravnosti (oziroma »temeljev prava« kakor temu pravi Dworkin). To stališče je poznano kot trditev o vključenosti morale (TVM). Dosedanja razprava o tej temi se je v odvijala v okviru napadov zoper koherentnost TVM, pri čemer so skušali zagovorniki obravnavane trditve te napade zgolj odbiti. Ta članek pa podaja pozitiven argument v prid TVM. V ta namen najprej predstavi logiko dokazovanja možnostnih trditev, kakršna je TVM. Ker je ta logika precej drugačna od tiste, ki ureja dokazovanje opisovalnih trditev, da sta pravo in morala povezani priložnostno ali nujno, se avtor posluži razlage pomembni značilnosti modalne logike. S tem postavi temelje za argument v prid TVM, ki ga nato izvede s pomočjo presenetljivo preprostega miselnega preizkusa. Pri tem se opre na Razov argument o možnosti obstoja pravnega reda brez mehanizmov prisilnega izvrševanja prava (po njem naj bi v družbi angelov lahko imeli pravni red, četudi bi ne razpolagali s sredstvi prisile). Ta je sicer v končni fazi neuspešen, a premore dve prvini, ki ju avtor uporabi v svojem pozitivnem argumentu v prid TVM.

Ključne besede: morala, pravo, temelji prava, merila veljavnosti, odprti pozitivizem, zaprti pozitivizem, Dworkin, naravno pravo

ENG. | In this essay, the author argues for a view that inclusive positivists share with Ronald Dworkin. According to the Moral Incorporation Thesis (MIT), it is logically possible for a legal system to incorporate moral criteria of legality (or "grounds of law," as Dworkin puts it). Up to this point, the debate has taken the shape of attacks on the coherence of MIT with the defender of MIT merely attempting to refute the attacking argument. The author gives a positive argument for MIT. He begins with an explanation of the logic of establishing possibility claims, such as MIT. At the outset, it is worth noting that the logic of establishing possibility claims is very different from the logic of establishing contingent descriptive claims or necessary claims. For this reason, some explication of the relevant features of the semantics of modal logic will be necessary here. Once the structural framework is adequately developed, the argument for MIT will be grounded on the strength of a thought experiment of a surprisingly simple kind. Indeed, the argument is inspired by a Razian argument for the possibility of a legal system without coercive enforcement machinery; on his view, a society of angels could still have a system of law without any coercive machinery. The argument in this paper possess two theoretically important qualities that are also possessed by Raz's powerfully simple, but ultimately unsuccessful, argument.

Keywords: morality, law, grounds of law, criteria of validity, inclusive positivism, exclusive positivism, Dworkin, natural law

Summary: 1. Introduction. — 2. Types of Legal Theory and the Morality Incorporation Thesis. — 3. The Structure of the Debate between Inclusive and Exclusive Positivism. — 4. Giving a Positive Argument for a Possibility Claim. — 5. A First Stab at a Positive Argument for MIT. — 6. A Positive Argument for MIT. — 7. The Limited Explanatory Power of Possibility Claims.

Kenneth Einar Himma is a Visiting Professor at the Department of History of Philosophy, Tomsk State University and a Part-time Lecturer at the University of Washington School of Law. | Address: University of Washington School of Law, William Gates Hall, Box 353020, Seattle, WA 98195-3020, United States. E-mail: himma@uw.edu.