

journal for constitutional theory and philosophy of law

revus

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

Ljubljana, 2015

revus

VSEBINA

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

UVODNIK

Giovanni Tuzet

7 Crtica o probavnom realizmu

Giovanni Tuzet

11 A Short Note on Digestive Realism

TEORIJA NORM

Maribel Narváez Mora

15 Izražanje norm

O ubeseditvah norm in drugih ontoloških danostih v teoriji prava

Maribel Narváez Mora

43 Expressing Norms

On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory

Maribel Narváez Mora

71 Expresiones de normas

Sobre formulaciones normativas y otras entidades en la teoría del derecho

PРАВNA METODOLOGIJA

Mauro Barbeis

101 Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ?

REVUSOV FORUM. Pravno sklepanje in argumentacija

David Duarte

127 Analogija i vaganje: teza o djelomičnoj svodljivosti i njezini problemi

David Duarte

141 Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems

Bartosz Brożek

155 Analogno sklepanje in tehtanje Odgovor Davidu Duarteju

Bartosz Brożek

163 Analogy and Balancing A Reply to David Duarte

KNJIGE

Diego Dei Vecchi

171 La normatividad desenmascarada Breves comentarios acerca de *The Many Faces of Normativity* (Copernicus Press 2013)

189 POVZETKI IN KLJUČNE BESEDE

TABLE OF CONTENTS

This issue is composed of papers in English, Spanish, French, Slovenian and Croatian. For English synopses and keywords, see pages 189–193.

EDITORIAL

Giovanni Tuzet

- 11** A Short Note on Digestive Realism
(*also in Croatian*)

THEORY OF NORMS

Maribel Narváez Mora

- 43** Expressing Norms
On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory (*also in Spanish and Slovenian*)

LEGAL METHODOLOGY

Mauro Barbeis

- 101** Does Neoconstitutionalism Exist? (*in French*)

DISCUSSIONS. Legal Reasoning and Argumentation

David Duarte

- 141** Analogy and Balancing: the Partial Reducibility Thesis and Its Problems
(*also in Croatian*)

Bartosz Brożek

163 Analogy and Balancing
A Reply to David Duarte
(also in Slovenian)

BOOKS

Diego Dei Vecchi

171 Normativity Unmasked
Some Comment on *The Many Faces of Normativity*
(Copernicus Press 2013)
(also in Spanish)

189 ENGLISH SYNOPSES AND KEYWORDS

Crtica o probavnom realizmu

Prema najekstremnijem obliku pravnoga realizma sudske odluke ovise o tome što su suci jeli za doručak. Nejasno je je li itko od američkih pravnih realista takvo što zaista i tvrdio.¹ Ponekad se to ekstremno stajalište pripisuje Jeromeu Franku, što nije iznenađujuće s obzirom da se Franka obično smatra najradikalnijim, najskeptičnijim i najciničnijim među tim realistima. Tvrdi se zapravo da su kritičari američkog pravnog realizma promovirali »frankifikaciju« toga pokreta upravo kako bi ga učinili u potpunosti neuvjerljivim i lako oborivim.²

Svrha je ove crtice primijetiti da navedeno stajalište ima nekoliko glasovitih prethodnika te raspraviti što iz njega proizlazi ako pretpostavimo da je točno.

Barem dvojica plemenitih preteča toga stajališta potječu iz doba Prosvjiteljstva. Prvi je Julien Offray de La Mettrie. Drugi je Cesare Beccaria. U svom djelu *L'homme machine* (1747), La Mettrie nam govori o švicarskom sucu, gosp. Steigueru iz Wittighofena, koji je bio najpošteniji, čak i najpopustljiviji među sucima kada bi gladovao, no sposoban objesiti nevinog, kao i krivog čovjeka kada bi se gostio.

Iako možda zvuči iznenađujuće, i Beccaria je u jednom od odlomaka *Dei delitti e delle pene* (1764) zastupao inačicu probavnog realizma. U odlomku koji se nalazi u IV. poglavlju (o tumačenju zakona), tvrdi se da je iznimno opasno kaznenim sucima dopustiti odstupanje od doslovnog značenja zakona te nagađanje o »duhu« zakona: kada oni to čine, postaju skloni najrazličitijim mišljenjima, predrasudama i utjecajima, uključujući onima koji se odnose na kakvoću njihove probave. Duh zakona, u ustima sudaca, može biti posljedica dobre ili loše probave.

Namjera mi nije ispitivati je li gledište probavnog realizma točno ili netočno. To bi zahtijevalo visoko sofisticirano empirijsko istraživanje koje nisam kadar provesti. Također se ne namjeravam baviti niti suptilnim razlikama između probavnog realizma (sudske odluke ovise o probavnim procesima) te *gourmet* realizma (sudske odluke ovise o kakvoći doručka). Probavni realizam u širem smislu obuhvaća oba pitanja. Ne namjeravam se upuštati niti u neuroznanost radi otkrivanja poveznica između probavnih procesa, cerebralnih stanja i sudskih odluka. Cilj mi je promisliti o posljedicama toga osporavanog gledišta pod pretpostavkom njegove ispravnosti. Što vjerojatno proizlazi iz činjenice da je sudac pojeo dobar doručak? I koja je razlika u odnosu na loš doručak?

1 Iako je na »probavne poremećaje« uputio Cohen 1937: 9.

2 Vidi Leiter 1997: 267–315, posebno str. 269 (sada u Leiter 2007: 1. poglavlje).

No prije negoli se upustim u to, dopustite mi istaknuti nekoliko uvodnih stvari (možda dvije očite). Prvo, prisjetite se da je tvrdnja sama po sebi posve opisna: prema probavnom realizmu ne tvrdi se da je dobro (ili loše) donijeti odluku na temelju dobrog (ili lošeg) doručka; prema njemu se jednostavno tvrdi da do nekih odluka suci dolaze zbog onoga što su jeli za doručak. Konkretnije, Beccaria tvrdi da se to događa onda kada su suci slobodni nagađati o duhu zakona te je njegov zaključak kritične naravi: on ne želi da suci odlučuju na taj način! Ipak, kritični stav ne mijenja opisni status osnovne tvrdnje. Drugo, ova opisna tvrdnja je uzročna: ona uzročnopsljudično povezuje doručak i odluku. Ipak, uzročnopsljudični proces je nešto složeniji: vjerojatno će se kretati od kakvoće doručka prema raspoloženju suca, a od ovoga do samoga ishoda predmeta.

Koji je dakle predvidiv ishod dobrog doručka ili dobre probave ako pretpostavimo da je uzročna tvrdnja točna? Ovo me pitanje uvijek navodilo na razmišljanje. Prema mojim spoznajama, literatura koja se bavi probavnim realizmom glede toga je iznenađujuće tiha. Možete se pitati hoće li u kaznenom predmetu *dobar* doručak dovesti do odluke u korist okrivljenika. Da, to može biti slučaj kada donositelji odluka na optuženika gledaju pozitivno zbog svoga doručka. No također je moguće da zbog dobrog doručka, kada takav doručak izazove simpatije donositelja odluke prema optužbi, odluka bude donesena u korist tužitelja. Dakle, doručak i probava nedovoljni su za objašnjavanje i predviđanje odluka. Pretpostavite da je sudac pojeo velik, ukusan i u potpunosti zadovoljavajući doručak: on bi bio dobro raspoložen, ali to nije dovoljno da se predvidi njegova odluka. Povrh toga, potrebno je poznavati njegove stavove prema tuženicima i tužiteljima. Moguće je da kada je dobro raspoložen, sudac odluči u korist tuženika. No, moguće je i da u tim okolnostima odluči u korist tužitelja. To bi ovisilo o tome je li pristran prema tuženicima ili pak tužiteljima. To bi objasnilo razliku popunjavajući ključan lanac u uzročnoj vezi.

Ako je to točno, kakvoća doručka ili probave nije dovoljna da se objasni i predvidi ishod. Za probavne procese (u širem smislu) predlažem naziv *podraživači predrasuda*: oni aktiviraju proces poticanja predrasuda u kojem donositelji odluka dopuštaju da njihove predrasude odrede ishod predmeta koji rješavaju.

U cilju boljšeg objašnjenja kako to djeluje, zamislite sada slučaj *lošega* doručka. Pretpostavite da je sudac imao mali, otužan i vrlo nezadovoljavajući doručak: sudac bi bio loše raspoložen, no to nije dovoljno za predviđanje njegove odluke ako ne poznajete njegove stavove prema tuženicima i tužiteljima. Bi li odlučio u korist tužitelja? Ako ima općenitu predrasudu prema tužiteljima (jer smatra da su sadistični inkvizitori) ili konkretnu predrasudu prema tužitelju u sporu (jer je homoseksualac, ili Židov, ili štogod drugo), njegovo bi loše raspoloženje odredilo odluku u korist okrivljenika kroz poticanje te predrasude. Nasuprot tome, ako sudac ima općenitu predrasudu prema tuženicima (jer

smatra da su svi oni krivi i zaslužuju najstrože kazne) ili ako ima konkretnu predrasudu prema optuženiku u slučaju (jer je crnac, ili katolik, ili štogod drugo), njegovo bi loše raspoloženje odredilo odluku u korist tužitelja kroz poticanje te predrasude.

Ako pretpostavimo da je opisna uzročna teza probavnog realizma točna, isto bi općenito vrijedilo i za sudačke pristranosti prema tužiteljima i tuženicama u građanskim sporovima. Također, isto bi bilo točno i za odluke porote, kako u građanskim, tako i u kaznenim predmetima. Naravno, neke bi se predrasude razlikovale (primjerice, u građanskom sporu predrasuda prema državnim odvjetnicima bila bi besmislena, osim ako donositelj odluke osjeća da postoji podudarnost između državnih odvjetnika i privatnih tužitelja). No osnovni bi mehanizam bio isti. Probavni procesi bili bi podraživači predrasuda.

Stoga, ako netko želi utvrditi istinitost probavnog realizma, mora razmotriti ne samo probavne procese sudaca i porotnika, nego i (što je još bitnije) predrasude koje takvi procesi mogu potaknuti, te utvrditi do koje mjere te predrasude ostaju uzročno trome u odsustvu takvih probavnih procesa.

Giovanni Tuzet,

*izvanredni profesor pravne filozofije na
Sveučilištu Bocconi (Milano, Italija)*

S engleskog prevela

Tina Oršolić Dalessio

Bibliografija

Cesare BECCARIA, 1764: *Dei delitti e delle pene*.

Felix S. COHEN, 1937: The Problems of a Functional Jurisprudence. *The Modern Law Review* 1 (1937). 5–26.

Brian LEITER, 1997: Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review* 76 (1997). 267–315. Sada u: *Naturalizing*

Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy (2007). Oxford: Oxford University Press. 1. pogl.

Julien OFFRAY DE LA METTRIE, 1747: *L'homme machine*.

A Short Note on Digestive Realism

The most extreme form of legal realism says that judicial decisions depend on what judges had for breakfast. It is unclear whether any of the American realists really claimed anything of that sort.¹ Sometimes Jerome Frank is charged with that extreme view, which is not surprising given that Frank is generally considered to be the most radical, skeptical and cynic among those realists. It has been said in fact that critics of American legal realism have promoted a “Frankification” of this movement just to make it wholly implausible and easily rebuttable.²

The purpose of this short note is to remark that that view has some illustrious predecessors, and to discuss what follows from it if we assume it to be true.

The view has at least a couple of noble forerunners from the age of Enlightenment. One is Julien Offray de La Mettrie. The other is Cesare Beccaria. In his work *L’homme machine* (1747) La Mettrie tells us of a Swiss judge, Mr. Steiguer from Wittighofen, who was the most upright and even indulgent of judges when fasting but was capable of hanging the innocent as well as the guilty when he had feasted.

Surprising as it may sound, Beccaria too held a form of digestive realism in one passage of *Dei delitti e delle pene* (1764). The passage is in chapter IV (on statutory interpretation) and contends that it is extremely dangerous to let criminal judges deviate from the literal meaning of statutes and speculate about the “spirit” of the law: when they do this they become prone to the most various opinions, biases and influences, including the quality of their digestive process. The spirit of the law, in the judges’ mouth, can be the result of a good or bad digestion.

It is not my intention to inquire whether the view of digestive realism is true or is false. This would require a highly sophisticated empirical research I am not able to perform. Nor will I dwell on the subtle differences between *digestive* realism (judicial decisions depend on digestive processes) and *gourmet* realism (judicial decisions depend on breakfast quality). Digestive realism writ large covers both issues. Nor will I embark in neuroscience to discover the connections between digestive processes, cerebral states and judicial decisions. My aim is to wonder about the consequences of that disputed view on the assumption

1 But a reference to “digestive disturbances” is made by Cohen 1937: 9.

2 See Leiter 1997: 269.

of its being true. What does it plausibly follow from the fact that the judge had a good breakfast? And what is the difference with a bad one?

Before going into that, let me point out a couple of preliminary things (maybe too obvious). First, remember that the claim in itself is purely descriptive: digestive realism doesn't say that it is good (or bad) to decide upon a good (or bad) breakfast; it simply says that judges are led to some decisions because of what they had for breakfast. More specifically, Beccaria claims that this happens when they are free to speculate about the spirit of the law, and his point is critical: he doesn't want judges to decide like that! But a critical stance doesn't change the descriptive status of the basic claim. Second thing, the descriptive claim is causal: it causally connects breakfast and decision. But the causal process is a bit more complex: it is likely to go from the quality of the breakfast to the judge's mood, and from this to the outcome of the case.

Now, what is the predicable outcome of a good breakfast, or a good digestive process, assuming that the causal claim is true? This is a point I've been always puzzled about. To my knowledge, the literature on digestive realism is surprisingly silent on this. You may wonder whether, in a criminal case, a *good* breakfast will determine a decision for the defendant. Yes, it might be the case when decision-makers feel positive about the defendant because of their breakfast. But it might also happen that a good breakfast determines a decision for the prosecution, when breakfast makes them sympathetic with it. So breakfast and digestion are insufficient to explain and predict decision. Suppose that the judge had a large, nice and completely satisfying breakfast: he would be in a good mood, but this is insufficient to predict his decision. You need to know in addition his attitudes towards defendants and prosecutors. It might be that when he's in a good mood he decides for the defendant. But it might also be that in those conditions he decides for the prosecutor. It would depend on whether he has a bias in favor of defendants, or rather in favor of prosecutors. That would explain the difference filling in a crucial chain in the causal connection.

If that is correct, the quality of the breakfast or of the digestive process is not sufficient to explain and predict an outcome. Digestive processes (writ large) are what I propose to call *bias-arousers*: they trigger a process of bias-arousing in which decision-makers let their biases determine the outcome of the case in hand.

To better illustrate how that works, imagine now the case of a *bad* breakfast. Suppose that the judge had a small, sad and gravely unsatisfying breakfast: he would be in a bad mood, but this is insufficient to predict his decision if you don't know his attitudes towards defendants and prosecutors. Would he decide in favor of the prosecutor? Well, if he has a general bias against prosecutors (for he thinks they are sadistic inquisitors), or if he has a particular bias against the prosecutor of the case (for he's gay, or Jew, or whatever), his bad mood would

determine a decision in favor of the defendant through the arousing of that bias. On the contrary, if he has a general bias against defendants (for he thinks they are all guilty and deserve the most severe sentence), or if he has a particular bias against the defendant of the case (because he's black, or catholic, or whatever), his bad mood would determine a decision for the prosecutor through the arousing of that bias.

Assuming that the descriptive causal claim of digestive realism is correct, the same would be generally true of judicial biases towards plaintiffs and defendants in civil trials. And the same would be true of jury decisions, both civil and criminal. Of course some of the biases would be different (for instance, a bias against prosecutors would be pointless in a civil lawsuit, unless the decision-maker feels an analogy between prosecutors and plaintiffs). But the basic mechanism would be the same. Digestive processes would be bias-arousers.

So, if someone wants to ascertain the truth of digestive realism, he must inquire not only into the digestive processes of judges and jurors but also (and more importantly) into the biases that such processes arouse, and he must establish to what extent these biases remain causally inert without such digestive processes.

Giovanni Tuzet,

*Associate Professor of Legal Philosophy,
Bocconi University (Milan, Italy)*

Bibliography

Cesare BECCARIA, 1764: *Dei delitti e delle pene*.

Felix S. COHEN, 1937: The Problems of a Functional Jurisprudence. *The Modern Law Review* 1 (1937). 5–26.

Brian LEITER, 1997: Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review* 76 (1997). 267–315. Now in: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (2007). Oxford: Oxford University Press. Ch. 1.

Julien OFFRAY DE LA METTRIE, 1747: *L'homme machine*.

Maribel Narváez Mora*

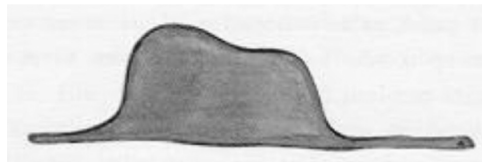
Izražanje norm

O ubeseditvah norm in drugih ontoloških danostih v teoriji prava

Razlika med normami in ubeseditvami norm zavezuje pravoslovce k obravnavanju pravnih norm kot danosti. Avtorica najprej osvetli pot, ki so jo tlakovali nekateri analitični filozofi jezika in ki vodi od pomena do danosti. Nato predstavi sklop problemov, ki nastanejo zaradi obravnavanja norm kot danosti. Ne glede na to, s katero vrsto danosti imamo opraviti, moramo razlikovati med merili prepoznave (ali identifikacije) in primeri poposameznjenja (ali individuacije) tovrstnih danosti. V predstavljenem primeru abstraktnih danosti pa to razlikovanje pade. S tem, da avtorica zamenja pojma pomenske vsebine (ali intenzije) in pomenskega obsega (oz. ekstenzije) besed za vsebinski in obsežnostni vidik tega, o čemer govorimo, očrta tudi predlog metodološkega načrta za pravo in pravno teorijo.

Ključne besede: norme, ubeseditve norme, abstraktne danosti, prepoznavna in poposameznjenje danosti, pomenski obseg (ekstenzija) in vsebina (intenzija)

Moja prva risba je bila takšna.



To svojo mojstrovino sem pokazal starejšim in jih vprašal, ali jih moja risba kaj straši.

Odgovorili so mi: »Zakaj pa bi bil klobuk strašljiv?«

Moja risba ne predstavlja klobuka. Predstavlja kačo boo, ki je pojedla slona.

Saint-Exupéry (1943: 12)

* maribel.narvaez@udg.edu | Profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Gironi (Španija).

1 NORME IN UBESEDITVE NORM KOT ONTOLOŠKE DANOSTI

V pravni teoriji običajno razlikujemo med normo in njeno ubeseditvijo.¹ To razlikovanje temelji na spoznanju, da se norme in njihove ubeseditve med seboj ne ujemajo v razmerju ena proti ena; po eni strani je vsako normo mogoče izraziti z uporabo več različnih ubeseditiv, po drugi strani pa tudi posamezna ubeseditiv prav lahko izraža več različnih norm.²

Predpostavka, da je pravna norma *eno*, ubeseditiv, ki normo izraža, pa nekaj drugega,³ porodi vprašanja, kakršno je tole: Kakšna vrsta ontoloških danosti (»stvari«) so norme? Če namreč norme niso pravna besedila, ki jih ustvarja zakonodajalec, ampak so *tisto, kar ubeseditve norm izražajo*,⁴ potem se nam samo po sebi ponuja vprašanje o tem, kakšna je »narava« ontoloških danosti, ki jih takšne ubeseditve izražajo.

Razlikovanje med normo in ubeseditvijo norme zrcali dobro znano vzporedno razlikovanje med določenimi kategorijami, ki prihajajo iz analitične filozofije: tj. med pomenom in besedo oz. med propozicijo in stavkom. Takšen razlikovalni pristop s sabo prinaša določene koristi, izhaja pa iz težnje, ki jo je v filozofiji v prejšnjem stoletju povzročil t. im. jezikovni obrat. Ta je v težnji po razjasnitvi filozofskih zagonek preusmeril pozornost s predmetov spoznanja (s poimenovanih esenc) na tiste množice ontoloških danosti, ki izhajajo iz (jezikovne) rabe pojmov. Zaradi tega obrata naj bi bilo mogoče nekatera nasprotujoča si stališča bolje izčistiti in tako morda prispevati tudi k filozofskemu napredku.

Omenjeni pristop je na široko odprl vrata za jezikovno in pojmovno filozofsko analizo.⁵ Ker je *tisto*, kar neki izraz imenuje, odvisno od tega, kako je ta izraz opredeljen, bodo odgovori na vprašanje, kaj je norma, odvisni od pomenov, ki jih ima beseda »norma«, s tem pa od predmetnih pojmov norme. Glavni namen tovrstnega razčlenjevalnega načina (ponazarja ga, na primer, pomenoslovni nauk Rudolfa Carnapa) je bil v tem, da se razkrinka neznanstvena,

1 Izraz *ubeseditiv norme* ima kar nekaj sopomenk, med drugim: *določilo, pravno besedilo, izraz norme*.

2 Bogat prikaz možnih kombinacij norm in normativnih ubeseditiv najdemo v naslednjih delih: Guastini 1992: 15, Guastini 1993 in Guastini 2004: 99–103.

3 Ta predpostavka sicer ni vsesplošno sprejeta. Jadacki (2013: 69), na primer, pravi, da so norme ubeseditve obveznosti: »Obveznosti se ubesedi z velelniki, normami ali povednimi stavki[.] Stavki /.../ »Oseba B bi morala povzročiti stanje S,« [je] norma. *Norma* je glavni način izražanja (tetičnih) obveznosti.«

4 V opozorilo, da že vprašanje samo vrstno določa odgovor, Baker & Hacker (1985: 41) pravita tole: »Če norma ni isto kot ubeseditiv in če norme izražamo z ubeseditvavi, potem je *norma* prav gotovo *tisto, kar ubeseditiv norme izraža!* /.../ Ob tem je pritisk, da vzkliknemo »Norme so amstraktne danosti« zelo velik.«

5 Za poglobljeno obravnavo dosega pojmovne analize v teoriji prava glej Raz 1998.

metafizična stališča.⁶ In vendar ob dejstvu, da je predmet nanašanja odvisen od naših opredelitev, pomenoslovna pojasnitev vsaj sama po sebi ne odpravlja ontoloških zavez pri tistih, ki trdijo, da nas odnosi nanašanja vodijo od jezika k *tistemu, kar je* (tj., kar obstaja kot danost). Težava bo zaznavna šele v primeru, da nas prevzete zaveze postavijo v neprijeten položaj. Zato pa lahko domnevamo, da bo vsako pojmovanje našlo ravno tisto tipsko danost, ki ustreza njej lastnim ontološkim in spoznavnostim potrebam.

Prizadevanja empiristov so bila usmerjena v preprečitev vključevanja abstraktnih danosti v njihovo ontologijo. A vse kaže, da načrtna uporaba razpoložljivih empirističnih ontologij vodi v problem ravnanja po pravilih. Empiristu ta problem nalaga takšno razumevanje norm, po katerem so te bodisi objektivne in abstraktne danosti, dojemljive le zasebno (kar empirist seveda zavrača), ali pa niso absolutno nič, kar bi obstajalo.⁷

Sporočilo tega članka je mogoče izraziti na neposreden in preprost način takole: pravne norme niso ontološke danosti. Reči, da so pravne norme danost ene ali druge vrste, je filozofski nesmisel.⁸ S tem ne trdim, da nič, na kar se »norma« nanaša v eni ali drugi rabi tega izraza, ne obstaja.⁹ Trdim pa, da z govorom o normah in rabo te besede še ni nujno predpostavljati obstoja neke vrste danosti (ne empirične, abstraktne, materialne, idealne, in ne faktične).¹⁰ V tem pogledu je *norma* podobna *šali*. Z besedo »šala« se ne nanašamo na nobeno vrsto danosti; šale niso nikakršne danosti, četudi jih izražamo z jezikom in je šala eno, besede, s katerimi se jo pripoveduje, pa so nekaj drugega. Niti norme niti šale niso (ontološke) danosti.¹¹

Na to bi bilo mogoče odgovoriti, da v resnici prav nihče ne trdi, da so pravne norme vrsta danosti. Le govorilo naj bi se tako, saj da gre za zgolj hevrističen

6 V drugi polovici XX. stoletja so dela Saula Kripkeja in Hilaryja Putnama zavračala trditev, da je z opredelitvami mogoče izničiti metafizično nujnost.

7 Glej Kripke 1982: 54.

8 Glej Wittgenstein 1937, Hacker 1996 in Narváez 2010.

9 Tu izpuščam obravnavo cele vrste pojmov obstajanja, ki so nam na voljo. Vseeno naj opozorim, da ne mislim na formalni pojem obstajanja v tistem smislu, v katerem rečemo, da obstajajo neka množica ali člani množice.

10 V prid razumevanja tega stališča primerjajmo pojem norm kot danosti s primerom neobstoječih danosti, kot so čarovnice. Če kdo trdi, da so čarovnice ženske, ki imajo zaradi dogovora s hudičem neko nadnaravno moč, ali če kdo opredeli besedo »čarovnica«, tako da ta izraža pojem ženske, ki ima zaradi dogovora s hudičem nadnaravno moč, potem je smiselno, da ta oseba na koncu določenega preiskovalnega postopka sklene, da čarovnice ne obstajajo. Svoj sklep pa bi lahko predstavila tudi s trditvijo, da čarovnice niso nobena (ontološka) danost. Vendar bi v tem primeru na podlagi določenih pomenskih in spoznavnih predpostavk trdila isto, kot če reče, da povedku »je čarovnica« ne zadosti nobena ženska, da »nič ne zadosti lastnostim čarovnice«, ali da »je pomenski obseg besede "čarovnica" prazna množica«.

11 Kasneje bom poskušala predstaviti primero z več podrobnostmi, da bi bila s tem bolj razumljiva sprememba predlagane razlagalne sheme ali filozofske abecede.

način izražanja. V skladu s tem odgovorom naj pravne teorije ne bi zanimali kakršni koli že preprosti predmeti, ampak zapletena družbena dejanskost. Zato naj bi se pravna teorija zgolj v prid poenostavljanju in priročnosti nanašala na norme kot na neke vrste danosti. Konec koncev naj nikomur ne bi bilo treba uporabljati pojma norme, ki izhaja iz opredelitve besede »norma« kot »izraza, ki je uporaben za nanašanje na takšno in takšno danost«. Pojem pravne norme naj bi bil precej bogatejši in kot tak vsaj proizvod opisne sociologije,¹² ne pa samo jezikovnega razčlenjevanja.

Takšno razmišljanje bi bilo uspešno le, če bi se odnosa pripadanja in vsebovanja (tj. inkluzije) napačno obravnavalo kot enakovredna. To, da med normami izberemo tiste, ki so na primer posledica množice zapletenih družbenih praks, zato da oblikujemo podmnožice pravnih norm, še ne pomeni, da so tudi tem podmnožicam pripadajoče norme zapletene družbene prakse. Ob upoštevanju teh praks ostane nedotaknjeno razlikovanje med normami kot *posledico* neke množice praks na eni strani in ubeseditvami, s katerimi izražamo te norme, na drugi.

Naj poudarim, da s predstavitvijo takšnega filozofskega ali pravnega pojmovanja, po katerem norme niso neka danost, ne postavljamo nobene trditve, ki bi bila zunanjega značaja. Takšna trditev bi zahtevala najprej predlog meril za uspešno prepoznavo (ali identifikacijo) neke vrste danosti, kasneje, ob zaključku ustreznega raziskovalnega postopka, pa tudi zanikanje obstoja takšnih danosti. To bi v določenih primerih vodilo v očitno protislovje, kakor izhaja iz naslednje trditve: »Te danosti (na katere bi kazali) ne obstajajo.« Isto lahko povemo tudi v besednjaku teorije množic, če rečemo, da je množica norm prazna množica. Ob tem je ključnega pomena v tej razpravi pojasnilo, da je povsem smiselno za-trjevati obstoj neskončnega števila norm, nesmiselna pa je trditev, da so norme nekaj, kar obstaja kot danost.

Moj predlog tvori naslednje pojmovanje: nobenega smisla nima zatrjevati ontološkega značaja norm. Kar zagovarjam, je mogoče razumeti kot metafizično, slovnično ali pojmovno stališče – pač odvisno od filozofskega okvira, v katerega se moj predlog umesti. Pri njem ne gre za resničnostno zaznamovano trditev o stvarno obstoječem svetu niti za takšno o svetu abstraktnih predmetov, pač pa za predstavno pravilo, izraz smisla ali filozofsko stališče.¹³

Če bi bil moj cilj utemeljiti neko trditev o empiričnem ali abstraktnem svetu, bi bile strategije lahko drugačne. Lahko bi, na primer, predlagala preizkus, ki bi pokazal, da se norme in ubeseditve norm ne ujemajo z nobeno od ontoloških in spoznavoslovnih ureditev, ki so nam na voljo. Po drugi strategiji bi lahko i) celovito preučili pravoslovno spisje, kjer je obravnavano razlikovanje med

12 Kot je znano, je Hart (1961) poskusil z uporabo omenjenega načina preučevanja upoštevati družbene prakse.

13 Glej Narváez 2002.

normami in ubeseditvami norm, ii) celovito preučili ontološke zaveze, ki jih to razlikovanje predpostavlja, in iii) dokazali, da noben ontološki pogled ne pojasni dejanskega delovanja norm. Vendar je precej težje predlagati alternativo, ki nam brez ontologije dopušča govoriti o obstoju in ponuja vse tiste pojme, ki jih potrebujemo. Predpostavljene predstavne sheme (tj. pojmi, s katerimi operira vsako filozofsko delo in ki jih je treba upoštevati) se med seboj ne skladajo, zato lahko pri oblikovanju svojega predloga uporabim zgolj takšne pojme, ki so tistim iz drugih predlogov le delno enakovredni.

V nadaljevanju se bom omejila na kratko predstavitev:

- a) težnje, ki je analitično filozofijo jezika osvobodila ontoloških zavez in s tem povezanih težav;
- b) problema, ki ga predstavlja obravnavanje pojma norme s pomočjo razčlenjevalne sheme, ki ločuje pomensko vsebino besed (ali intenzijo) od njihovega pomenskega obsega (ali ekstenzije);
- c) alternativne sheme, ki priznava, da smisel tega, kar počnemo, ni vprašanje nekih danosti; ter končno
- č) zgolj načrtnega predloga, da se omenjena metodološka shema uporabi v pravni teoriji.

2 TEŽNJA LOGIČNEGA EMPIRIZMA V ANALITIČNI FILOZOFIJI JEZIKA

Vprašanje »Kateri vrsti danosti ustrezajo norme?« se ob veliko preprostejšem vprašanju »Kaj so norme?« zdi pretirano zapleteno. Vseeno pa v okviru analitične filozofije jezika¹⁴ ti dve vprašanji nista obravnavani enako. Na vprašanja, kakršni sta: »Kaj je x ?« in »Kaj so x ?«, se je v izročilu srednjeveške logike odgovarjalo z aristotelskimi opredelitvami *per genus proximum et differentiam specificam*. Prvi korak k takšni opredelitvi je prepoznavanje neke kategorije ali splošne množice (lat. *genus* ali rod), ki ji opredeljeno (lat. *definiens*) pripada. Drugi korak je opredelitev tistih značilnosti (lat. *differentiae*), po katerih se opredeljeno razlikuje od drugih članov iste množice. S stvarnimi opredelitvami stremimo k opredelitvi resničnega pomena nekega imena – lat. *definitiones quid nominis* – ali k resničnemu opisu bistvenih značilnosti nekega predmeta – lat. *definitiones quid rei*.¹⁵

Tisti, ki so imeli razpravljanje o stvarnih opredelitvah za brezplodno, so v novih razčlenitvah odnosov med besedo in pomenom Gottloba Fregeja, Bertranda Russella, Ludwiga Wittgensteina in Rudolfa Carnapa – med drugimi

14 Glej Dumett 1982, D'Agostino 1997 in Glock 2008.

15 Primerjaj Robinson 1954: 152–156, Belvedere *et al.* 1979: 6–7 in Tarello 1980: 183.

arhitekti jezikovnega obrata – videli napredek filozofije. Takšne razčlenitve so bile osnovane na tem, da se je pomen ubeseditve izrecno izrazilo z jezikovnimi opredelitvami, po katerih odnos med besedami in njihovim pomenom ni nekaj esencialnega, ampak arbitrarnega. Jezikovne opredelitve ponujajo merila rabe besed v nekem jeziku – pa naj bo to v obliki opisa rabe besed ali v obliki njene stipulacije. Le s pojasnjenim pomenom besed se izognemo zgolj besednim nesoglasjem (tj. takšnim, v katerih vsaka stran uporablja iste besede z drugačnimi pomeni). Le tako vemo, o čem razpravljamo. In, kar je še pomembnejše, to nam omogoča ugotoviti, kdaj trditve – tu razumljene v smislu opredelitev izrazov, ki jih tvorijo – niso resničnostno zaznamovane in se zato ne morejo uporabljati v spoznavnem ali znanstvenem govoru.

Arbitrarnost odnosa med besedo in pomenom je dobro poznana in je bila učinkovito predstavljena tudi v predlogu Ferdinanda de Saussurja v *Predavanjih iz splošnega jezikoslovja*. Vredno je poudariti, da so v njegovi jezikoslovni obravnavi besede razumljene kot neločljiva povezava med označevalcem in označenecem. Označevalec je bil pojmovan kot zvočna slika besede, označenec pa kot pojem, ki ga znak izraža. To je pomembno, ker tisto, kar je arbitrarno ob tako zamišljenih jezikovnih odnosih, ni povezava med pomenom in besedo, ampak povezava med določenim pojmom oz. pomenom in zvočno sliko oz. označevalcem.

Na jezikoslovnem področju se je na vprašanje o pravilnosti enačenja dveh znakov, A in B, po obrazcu $A = B$ odgovorilo z enačenjem, ki ga navadno med različnimi jeziki izvajamo s prevodom. Enačenje $A = B$ je pravilno, če A in B, ob tem da gre za dva različna znaka, izražata isti pojem oz. pomen.

Na področju analitične filozofije se je to vprašanje precej bolj zapletlo. Frege je začel razmišljati o enakosti v obrazcih tipa $A = B$ z vprašanjem, ali enakost izraža razmerje med znaki ali med predmeti. V prid trditve, da gre za razmerje med znaki, je ugotovitev, da imata obrazca $A = A$ (tj. tautološka izjava) in $A = B$ (poljubno resnična ali neresnična izjava) različno spoznavno vrednost. Če gre za enakost med tistim, na kar se znaka nanašata (tj. med nanosnikoma), potem bi bila v primeru, da je res $A = B$, spoznavna vrednost tega izraza enaka kot spoznavna vrednost $A = A$. Zato se zdi, da gre tu za razmerje med znakoma, pri čemer sta A in B imeni, ki se nanašata na isti predmet. Enakost v predmetu nanašanja bi tako utemeljevala enačenje.

Na tej točki pa je Frege ob misli na arbitrarnost, s katero se znaki nanašajo na predmete, dojel, da izraz $A = B$ nakazuje zgolj način označevanja, ki ga uporabljamo. Informacija, ki jo dobimo iz izraza enakosti, naj bi bil zgolj jezikovnega značaja. Spet, če se A – tokrat kot znak – ne bi razlikoval od znaka B, potem bi spoznavna vrednost $A = A$ morala biti ista kot spoznavna vrednost $A = B$. Zato je Frege menil, da mora imeti znak poleg nanosnika (tj. kar znak označuje)

tudi smisel¹⁶ oz. določeno obliko predstavljanja označenega predmeta. Frege je tako sklenil, da je nujno zaradi informativnosti izraza enakosti, da razlika med znakoma ustreza razliki med načinom predstavljanja tistega, kar je označeno.¹⁷

Imenovalni izrazi so tisti znaki oz. množice znakov, ki imajo za nanosnik neki predmet v zelo širokem pomenu te besede, za smisel pa imajo poseben način predstavljanja tistega predmeta. Povedkovni izrazi imajo, na drugi strani, za nanosnik pojem ali funkcijo, za smisel pa nepopolni del misli, ki deluje kot merilo pri določanju resničnosti ali neresničnosti izraza, v katerem se pojavlja nek imenovalni izraz kot argument takšnega povedkovnega izraza.¹⁸ Zadnja trditev je morda nekoliko problematična, saj Frege ni ponudil svoje opredelitve smisla povedkovnih izrazov.¹⁹ Povedki ali splošni izrazi so, v Fregejevem besednjaku, nenasičeni izrazi.

Fregejev okvir predstavi tabela:²⁰

Znaki	Smisel	Nanosnik
Imenovalni izrazi, logična imena, posamični izrazi ali nasičeni izrazi	Jezikovni način predstavljanja predmetov ali posamični jezikovni opisi	Predmeti
Povedkovni izrazi, logični predikati, splošni izrazi ali nenasičeni izrazi	Nenasičeni ali nepopolni del misli	Pojmi, funkcije
Stavčne zveze, trdilni stavki, imeni Resničnosti in Neresničnosti	Vsebina ali misel	Resničnostne vrednosti (predmeti)

Fregejevo zgradbo se je obravnavalo kot okvir, v katerem so znaki imena za danosti – za njihove nanosnike –, to pa je povzročilo celo vrsto težav, med

16 Glej Wienpahl 1950: 483–484.

17 V besedah Kennyja (1995: 127): »Frege v *Sense and Reference* trdi, da je izraz enakosti informativen edinole, če razlika med znakoma ustreza razliki med načinom predstavljanja tega, kar je označeno.«

18 Prim. Wienpahl (1950: 486–487): »Fregejeva razprava vzpostavi razliko med smislom in nanosnikom, pri čemer ima zadnji jasen pomen, prvi pa ne. Ker je smisel nekega znaka mogoče ločiti od objektivnih prvin (nanosnik) in subjektivnih prvin (pojem, po Fregeju), povezanih z njegovo uporabo, in ker ne vemo točno, kaj je smisel, se ga je obravnavalo kot obstojno danost.«

19 Kljub temu Kenny (1995: 118, op. 9) izpostavi kratko pripombo iz Fregejevih *Posthumous Writings* (1981: 119): »Tudi nenasičeni del misli razumemo kot smisel: gre za tisti del stavka, ki ostane poleg lastnega imena.«

20 Sam Frege je v pismu Husserlu z dne 24. marec 1891 predstavil diagram. O tem Wiggins (1984: 126), ki skuša pojasniti meje razlikovanja med smislom in nanosnikom v primeru posamičnih izrazov in povedkov.

katerimi je sprejemanje, da so zaključeni trdilni stavki imena za Resnično in Neresnično. Carnap je, da bi presegel to vprašanje, v delu *Meaning and Necessity* predlagal kot ključ svojega načina preučevanja, da izrazov »ne obravnavamo kot imena, ampak kot nekaj, kar ima pomensko vsebino in pomen obseg«, ²¹ Trdil je, da je kljub razlikam, ki obstajajo med njim in Fregejem, po katerem se je sam nadvihoval (Carnap, 1947: 118), Fregejev pojem smisla (nem. *Sinn*) in njegov pojem pomenske vsebine (angl. *inclusion*) mogoče enačiti, in da Fregejev pojem nanosnika (nem. *Bedeutung*) in njegov pojem pomenskega obsega (angl. *extension*) delujeta podobno.

Ne glede na to Frege nikoli ni jasno izrazil stališča, da je nanosnik stvar zunajjezikovnih prvin, medtem ko je bil Carnap v tej točki izrecen. ²² Po Fregeju imamo dve vrsti neopredeljivih temeljnih ontoloških kategorij. V tabeli se pojavijo v tretjem stolpcu kot nanosnik: predmeti in funkcije (ali pojmi). Predmeti so nanosnik imenovalnih izrazov. Funkcije ali pojmi so nanosnik povedkovnih izrazov.

Smisel nekega izraza lahko razumejo sposobni govorci jezika, ki mu izraz pripada. Ko dojamemo smisel izraza, poznamo pogoje, pod katerimi je izražena trditev resnična. Za gotovost spoznanja pa potrebujemo tudi nanosnik, brez katerega nimamo dostopa do pomenske vrednosti izraza ali do njegove resničnostine vrednosti. ²³

Zdi se, da Fregejevo razumevanje povezav med jezikom in svetom prek nanosnika ustreza stališču ontološkega realizma, kot trdi Dummet: ²⁴

Po Fregeju nam torej zares uspeva govoriti o resničnem svetu, tj. o svetu, ki obstaja neodvisno od nas, in glede na to, kakšen je ta svet, je tisto, kar izgovorimo, resnično ali neresnično: izražene misli so objektivno resnične ali neresnične, odvisno pač od tega, kakšen je resnični svet v domeni nanosnika, in neodvisno od tega, ali mi vemo, ali so naše misli resnične ali neresnične.

Poleg tega nekateri trdijo, da je Frege zavračal njemu sodobno izročilo nemškega idealizma, kar le še utrjuje prejšnji sklep. Kljub temu pa se drugi s tem ne strinjajo. ²⁵ Sam Frege je utemeljeval potrebo, da upoštevamo nanosnik, s sklicevanjem na namen tistega, ki uporablja trdilne stavke: ²⁶

/.../ za utemeljitev omembe nanosnika nekega znaka je sprva dovolj že to, da pokažemo na namen našega govora ali misli. (To pa seveda s pridržkom, da tak nanosnik obstaja.)

21 Carnap 1947: v.

22 Carnap 1947: 19.

23 Carl 1994: 117.

24 Dummett 1973: 198.

25 Glej Sluga 1977, Resnik 1979 in Carl 1995.

26 Frege 1892: 9.

Zanimivo je, da je Carnap pri razvijanju svoje teorije izrecno izpostavil zunajjezikovni značaj nanosnika, obenem pa je trdil, da je ontološka vprašanja mogoče obravnavati znotraj jezikovnega okvira. Carnap to uvede takole:²⁷

4-12. Dva povedka *imata isti pomenski obseg*, če in samo če sta enakovredna.

4-13. Dva povedka *imata isto pomensko vsebino*, če in samo če sta L-enakovredna /.../

4-14. *Pomenski obseg nekega povedka* (prvega reda) je ustrezna množica.

4-15. *Pomenska vsebina nekega povedka* (prvega reda) je ustrezna lastnost.

/.../ Če to prenesemo na povedek »Č« v S_1 , potem dobimo:

4-16. Pomenski obseg povedka »Č« je množica Človek.

4-17. Pomenska vsebina povedka »Č« je lastnost Človek.

Eden od Carnapovih glavnih ciljev je izrecno zapisan v njegovem delu *Empiricism, Semantics and Ontology* iz leta 1950. Šlo mu je za to, da bi pojasnili, kako je mogoče uporabljati jezik z nanašanjem na abstraktne danosti in pri tem ostati zvest filozofskemu empirizmu. Po njegovem mnenju izvira strah empiristov pred sprejemanjem večjega števila danosti, kot pa je tistih, ki so skladne z njihovimi znanstvenimi izhodišči, iz dejstva, da niso jasno razložili med tem, kar je on v razmerju do jezikovnega okvira poimenoval »notranja« in »zunanja« vprašanja. Predlagal je, da se zaradi obravnave novih vrst danosti ustvari nove načine govora, ki bodo urejeni z novimi pravili; predlagal je uvedbo jezikovnih okvirov. S tem naj bi bilo mogoče ločiti vprašanja o obstoju novih danosti znotraj okvira (tj. notranja vprašanja) od vprašanj, ki se nanašajo na resnični obstoj sistema vseh danosti kot celote (tj. od zunanjih vprašanj).²⁸

Tako jezik o stvareh kot jezika o številkah in propozicijah naj bi torej sestavljali jezikovne okvire. Sprejemanje kateregakoli od teh okvirov pomeni tudi sprejemanje ustreznih oblik ubeseditve in primerjanja trditev, nasprotovanja trditvam in obravnavanja trditev kot resničnih ali neresničnih.²⁹

Vsak jezikovni okvir omogoča ubeseditve notranjih ontoloških vprašanj, na katera je mogoče odgovoriti bodisi z empiričnim raziskovanjem ali z logiko. Tako dobijo logična vprašanja logično utemeljitev, empirična vprašanja pa empirično, pač glede na to, za kakšno teorijo gre. Kadar se postavlja vprašanje o ontološkem statusu danosti, vključenih v določen jezikovni okvir, pa gre za vprašanje, ki je zunanjega značaja. Po Carnapu so zunanja vprašanja lažna vprašanja, kljub temu da se zdi, kakor da bi imela neke vrste prvenstvo pred notranjimi vprašanji (ker namreč sprašujejo, ali imajo obravnavane danosti neodvisno naravo oz. ali je množica, ki jih vsebuje, prazna ali ne). Gre za lažna vprašanja, saj z odgovorom nanje ne moremo oblikovati sistema resničnih ali

²⁷ Carnap 1947: 18–19.

²⁸ Carnap 1950: 402.

²⁹ Od tod načelo kritičnega sprejemanja: »Bodimo previdni pri postavljanju trditev in kritični pri njihovi obravnavi, a bodimo obenem strpni pri dopuščanju jezikovnih ubeseditve.« Carnap 1950: 411.

lažnih trditev glede resničnega obstoja danosti, ampak lahko le sprejmemo ali zavrremo predmetni jezikovni okvir kot celoto. To pa je konec koncev praktično vprašanje, in ne teoretično.³⁰

Po Carnapu moramo tako razlikovati notranja vprašanja, npr. »Ali je vsako praštevilo vsota dveh sodih števil?«, od zunanjih vprašanj, kot je »Ali obstajajo števila?«, pri čemer na druga ni mogoče podati teoretičnega odgovora, saj se ne nahajajo znotraj nobenega jezikovnega okvira.

3 ONTOLOŠKA ZAVEZA

Ontološka zaveza je odgovor na vprašanje, kaj počnemo, kadar o predmetu določene vrste »govorimo«, že samo zato, ker uporabljamo jezik, ki se vsaj na videz nanaša na ta predmet.

Razlaga, s katero Carnapovemu stališču nasprotuje W. V. O. Quine, temelji na zanikanju razlikovanja med »sintetičnim« in »analitičnim«, ki ga je Quine osvetlil v svojem članku *Two Dogmas of Empiricism*. Dogmi, ki po Quinu vežeta verifikacijski empirizem, sta dogma prevedljivosti ali redukcije in dogma razlikovanja med sintetičnim in analitičnim. Obe dogmi naj bi bili medsebojno povezani. Neki izraz je mogoče osmisлити z vidika takšnega empirizma le ob prisotnosti verifikacijskih pogojev, ti pa so bodisi empirični ali logični. Da bi torej lahko osmislili izraze, ki se ne nanašajo na empirično obstoječe predmete, je nujno to, da jih je mogoče prevesti v druge izraze, katerih nanosnik je seveda empiričen. Tako s pomenskimi pravili opravimo ontološko redukcijo.

Quine se strinja s Carnapom, da sta vprašanji, katere danosti neka teorija predpostavlja in katere danosti resnično obstajajo, dve ločeni vprašanji. Kljub temu pa Quine zavrača način, na katerega Carnap predstavi oblikovanje jezikovnih okvirov. Po Carnapu se jezikovni okvir oblikuje takole:³¹

Dva glavna koraka sta /.../ naslednja. Prvič, uvedba nekega splošnega pojma, nekega predikata višjega reda za novo množico danosti, ki nam omogoča, da za katero koli posamično danost rečemo, da pripada množici (npr. »Rdeča je lastnost«, »Pet je število«). Drugič, uvedba spremenljivk novega tipa. Nove danosti so vrednosti teh spremenljivk; stalnice oz. konstante (in zaprti sestavljeni izrazi, če obstajajo) lahko nadomestijo spremenljivke. S temi spremenljivkami je mogoče oblikovati nove stavke, ki se nanašajo na nove danosti.

Quine trdi, da lahko ob tem vprašanje »Ali takšna in takšna stvar obstaja?« razumemo na dva načina. Po prvem gre za zunanje vprašanje; po Quinu se vprašanje kategorij postavi pred oblikovanjem jezikovnega okvira, nanaša pa se na zaželenost novih jezikovnih oblik. Po drugem načinu razumevanja gre za

30 Carnap 1950: 411.

31 Carnap 1950: 410.

notranje vprašanje ali za vprašanje podmnožice, saj to ne izčrpa »razpona posebnih vrst vezanih spremenljivk«. ³²

Vendar je zunanja vprašanja ali vprašanja kategorije mogoče preoblikovati v vprašanja podmnožice, če preprosto uporabimo stratifikacijo (plastenje). Po mnenju Quine tudi sam Carnap ne bi zanikal te trivialne trditve, čeprav ta nasprotuje tistemu, kar je nemški filozof hotel pokazati: tj. da stavki, ki jih navadno razumemo kot ontološke trditve (»obstajajo fizični predmeti« ali »obstajajo množice«), niso nič drugega kot analitični (ali pa protislovni) izreki v danem jezikovnem okviru. ³³ Prav to pa tvori drugo dogmo empirizma: določen tip stavkov, tj. analitične stavke, potrjujejo logični razlogi.

Po Quineu trditev, da je razpravljanje o uporabnosti jezikovnega okvira vprašanje pragmatične strpnosti, zgreši dva od svojih ciljev. Ne dopušča nam uživati sistematičnih pridobitev abstraktnih predmetov brez njihovih slabosti. In ne uspe utemeljiti misli, da je sprejemanje takšnih predmetov stvar ustajljene jezikovne rabe, ki se na neki način razlikuje od resnih pogledov na resničnost.

Način, da se izognemo »ontološki zavezi«, pravi Quine, ³⁴ temelji na razlikovanju med sintetičnim in analitičnim, kot da bi obstajali primeri izjav, katerih resničnost je odvisna izključno od jezika; kar pa ni mogoče. Po mnenju empiristov moramo resničnost izjav razumeti kot nekaj, kar je deloma odvisno od jezika, deloma pa od dejstev. Po Quinovih besedah so izjave »v skrajnem primeru, da je pomembna edinole jezikovna sestavina,« analitične; ³⁵ in takšna sta tudi primera izjav »obstajajo fizični predmeti« in »obstajajo množice«, kadar se ju obravnava znotraj jezikovnega okvira, tj. brez pomenskega vzpona. ³⁶

Skratka, tako Quine kot Carnap bi se lahko strinjala, da pomeni sprejemanje določenih danosti odločitev, da se kvantificira spremenljivke, katerih vrednost predstavljajo te danosti. ³⁷ A za Carnapa to nikoli ni bilo vprašanje dejstev, ampak vprašanje izbire nekega jezikovnega okvira ali ustrezne pojmovne sheme. Na drugi strani pa je Quine menil, da je razlikovanje med razpravljanjem o ontoloških vprašanjih – tj. o tem, kar obstaja ³⁸ – in o vprašanju priročnosti spre-

32 Quine 1966: 207

33 Quine 1966: 210.

34 »Ko razmišljam o *ontoloških zavezah* neke teorije, se sprašujem zgolj to, kaj po tej teoriji obstaja.« Quine 1966: 203.

35 Quine 1951: 239.

36 Holistično stališče Quinea (1951: 230–239) ima iste temelje.

37 Quine 1953: 39 in naslednje.

38 Za Quinea »to, kar je« izraža enostavnost in zapletenost ontološkega problema. Prim. Quine (1970: 189): »Ontološki problem je zanimiv zaradi svoje enostavnosti. V angleščini ga je mogoče izraziti s tremi enozložnicami: »What is there?« Nanj pa je mogoče odgovoriti z eno besedo – »Vse« – in vsakdo bo ta odgovor sprejel kot resnico. A to vendar pomeni zgolj to, da

jemanja nekega jezikovnega okvira dogma; razliko bi bilo namreč po njegovem treba razumeti kot razliko v stopnji.³⁹

4 TEŽAVA: NORME KOT DANOSTI

V tem filozofskem okviru je težava, ki izhaja iz popredmetenja norm, naslednja. Razlikovati moramo med normami in njihovimi ubeseditvami, saj ena ubeseditve lahko izraža več različnih norm, obenem pa je tudi eno normo mogoče ubesediti na več različnih načinov. Če norma ni ubeseditve, stavek ali besedilo, ki to izraža, potem je norma nekaj drugega. A kaj to je, bo odvisno tega, kako normo pojmuje. Če sledimo Carnapovemu pomenoslovnemu modelu, bomo morali, potem ko povedek »biti norma« opredelimo vsebinsko (tj. intenzionalno), reči tudi, kaj vsebuje temu ustrezna množica. Vendar bi bilo precej brezplodno, če rečemo, da je množica norm sestavljena iz norm. Kadar moramo podati primer norme, nam ne preostane nič drugega, kot da podamo primere ubeseditve norm. Vendar ubeseditve norm niso norme. Če naj torej obdržimo razlikovanje med izrazi (kot ubeseditvami norm) in tem, kar ti izražajo (tj. normami) – neodvisno od tega, katera množica predstavlja pomenski obseg povedka »biti norma«, zaidemo v neskončni regres. Da bi se temu izognili, bi morali pojem norme spremeniti tako, da bi norme ne potrebovale jezikovne ubeseditve. Vendar bi posledično potrebovali čudne načine spoznavanja. V resnici je pojav neskončnega regresa le druga filozofska različica problema ravnanja po pravilih,⁴⁰ razlog, zakaj do neskončnega regresa ne pride v ekstenzionalnih primerih, pa tiči v jasni razliki med merilom prepoznave (ali identifikacije) in merilom poposameznjenja (ali individuacije).⁴¹ Pogosto se sicer pri prepoznavi predmetov nanašamo na opredeljena merila za rabo besed, vendar je iz spoznavoslovnega vidika treba razlikovati med merili za vrstno

obstaja, kar obstaja. Prostor ostaja za nesoglašanje o primerih; in tako je vprašanje ostalo živo skozi stoletja.«

- 39 Prim. Quine (1951: 243): »Carnap, Lewis in drugi pragmatično pristopijo k vprašanju izbire med jezikovnimi oblikami ali znanstvenimi okviri; vendar jih njihov pragmatizem zapusti ob namišljeni meji med analitičnim in sintetičnim. Z zavrženjem takšne meje sprejemam močnejši pragmatizem: Vsak človek prejme neko znanstveno dediščino skupaj z neskončno energijo čutnih spodbud; in razmisleki, ki ga vodijo pri uskajevanju lastne znanstvene dediščine s čutnimi spodbudami, so – če so razumni – pragmatični.«
- 40 Ta različica problema ravnanja po pravilih je še najbolj podobna tisti, ki jo je leta 1982 predstavil Caracciolo (2009).
- 41 Pri kriminalističnem in sodnoizvedeniškem preučevanju dokazov se razlikuje med značilnostmi vrste (prepoznavna) in značilnostmi posameznika (poposameznjenje). Za ponazoritev: eno je prepoznavna določenih ostankov prek značilnosti kot ostankov človeškega telesa, drugo pa je poposameznjenje teh ostankov s preizkusom DNA, ki pokaže, čigavo je truplo. Prim. Kaye 2009. Za napotilo nanj se zahvaljujem Nicoli Muffatu.

prepoznavo predmetov in merili za poposameznjenje enega od teh predmetov znotraj množice istovrstnih predmetov.

Če sledimo Carnapovemu načinu preučevanja, bomo že v izhodišču morali priznati, da si izraza *norma* in *ubeseditev norme* nista enakovredna ne po pomenski vsebini (ali intenzionalno) ne po pomenskem obsegu (ali ekstenzionalno). V nadaljevanju ponujam nekaj pomenskih nadomestitev v izogib sklepu, da ima »norma« za pomensko vsebino lastnost *biti norma*. Z drugimi besedami, ponujam nekaj stipulativnih opredelitev besede »norma«:

Pojem norme (1)

Pomenska vsebina povedka »je norma«: Normativo zaznamovanje nekega dejanja ali dejanskega stanja stvari.

Pomenski obseg povedka »je norma«: Množica normativnih zaznamovanj dejanj ali dejanskih stanj stvari.

Pojem norme (2)

Pomenska vsebina povedka »je norma«: Razložena normativna ubeseditev. Pomenski obseg povedka »je norma«: Množica razloženih normativnih ubeseditiv.

Pojem norme (3)

Pomenska vsebina povedka »je norma«: Razlaga besedilnih zapisov. Pomenski obseg povedka »je norma«: Množica razlag besedilnih zapisov.

Četudi le poskusno moramo zdaj podati primere normativnih zaznamovanj nekega dejanja, razloženih normativnih ubeseditiv ali razlag besedilnih zapisov, ki bi lahko pripadali ustreznim množicam (ali bi bili, po Fregejevem besednjaku, nanosnik imenovalnega izraza »norma«). Naj bo seznam osnovan na tem primeru:

»Kajenje prepovedano«

»Kaditi ni dovoljeno«

»/.../«

Pojem (1)

Ker gre za seznam članov množice norm, na njem ne more biti opisnih stavkov in propozicij. A kar je še pomembneje, tam ne more biti niti ubeseditiv norm. Množica norm (tj. pomenski obseg izraza) ne more vključevati ubeseditiv norm. Poleg tega pa je ni mogoče obravnavati niti kot po obsegu enakovredno množici ubeseditiv norm, saj razlikovanje med normami in ubeseditvami norm v izhodišču temelji na njunem neujemanju. In vendar ni nobenega dvoma, da je seznam nič drugega kot skupek ubeseditiv norm.

Pojem (2)

Po drugem pojmu norme je množica razloženih ubeseditiv norm podmnožica ubeseditiv norm. To pomeni, da se je v univerzumu diskurza, sestavljenem samo iz ubeseditiv norm, uvedlo razdelitev med ubeseditvami, ki so bile razložene, in tistimi, ki niso razložene. Seznama bi ne sestavljale opravljene razlage, ampak podmnožica tistih členov nekega zakona, ki so bili podvrženi razlaganju. Ob takšni preopredelitvi bi lahko sklenili, da množica ubeseditiv norm vključuje nerazložene ubeseditve, množica norm pa da vključuje razložene ubeseditve. Vendar bi morali pojasniti odnos med tema dvema množicama, ki si po obsegu ne moreta biti enakovredni. Če je množica razloženih ubeseditiv podmnožica množice ubeseditiv, potem gre še vedno za ubeseditve.

Pojem (3)

Težava tretjega pojma je enaka kot v prejšnjem primeru. Po tretji opredelitvi bi rekli, da množica ubeseditiv norm vključuje nerazložene besedilne zapise, množica norm pa razložene besedilne zapise. Vendar moramo zdaj pojasniti, v kakšnem razmerekju sta ti dve množici, ki si po obsegu ne moreta biti enakovredni. Če je množica razloženih besedilnih zapisov podmnožica množice zapisov, potem gre še vedno za besedilne zapise.

Ta značilnost, ki jo imajo pravne norme in po kateri so ubeseditve norm eno, tisto, kar norme izražajo, pa je nekaj drugega, je prisotna na vseh področjih družbenega življenja. Hevristično lahko izpostavimo podobnosti med normami in šalami,⁴² da bi pojasnili neontološko naravo norm. Poudariti velja, da z vzpostavitev podobnosti ne moremo utrditi enakosti. To je pomembno, ker nas pri preučevanju smisla (pomenske vsebine) zamenjevanje podobnosti in enakosti vodi v stare in znane filozofske težave.⁴³

Tudi v primeru šal lahko razlikujemo ubeseditiv neke šale od te šale same. Dejansko je namreč mogoče isto šalo povedati na več načinov. Prav tako je mogoče najti pomenski nadomestek za besedo »šala« – tj. vsebinopisni nadomestek, kot so: »hec«, »smešnica« ali »kratka pripoved oz. besedna igra, ki nas spravi v smeh«. Če želimo, lahko rečemo, da so vsi ti nadomestki različni pomeni besede »šala«, a s tem še ne razrešimo vprašanja, ali vsi izražajo isti pojem šale. Ti nadomestki bi bili prav lahko tako različne razlage *istega* pojma kakor tudi izrazi *različnih* pojmov. K tem vprašanju se bomo vrnili kasneje.

Zdaj si pogledjmo šalo, ki je med filozofi dobro znana:

Razlogi smrti filozofov:

Frege: Padel je pod pojem.

42 Ob tem, da trditev velja za šale, velja tudi za prepričanja, namene, želje ali nesporazume.

43 Primer tovrstnih težav je mogoče opaziti na področju deontične logike, kjer se podobnost vzpostavlja med aletičnimi in deontičnimi operatorji.

Ockham: Obril se je bolj, kot je bilo potrebno.

Paley: Slab načrt.

/.../

Čeprav lahko povem isto šalo (tj. posredujem isti smisel) na različne načine – z uporabo različnih znakov, v različnih jezikih ali z različnimi besedami –, te šale ne morem poposamezniti, ne da bi se poslužila smisla. O šali v nasprotnem primeru sploh ne bi mogla govoriti.

Obenem to, ali pripoveduješ isto šalo ali ne, ni odvisno od abstraktnosti nobene ontološke danosti. Šalo mi lahko poveš *družage*, a če bo različica dovolj podobna prvi, me nič ne bo presenetilo in se zato tudi smejala ne bom tako kot prvič, ko sem *isto* šalo slišala v malenkost drugčani obliki. V takšnih primerih naš odziv navadno pojasnimo rekoč, da šalo že poznamo.

Šale in prakse pripovedovanja šal je mogoče raziskovati empirično z namenom, da ponudimo razlago, zakaj nas kaj spravlja v smeh. To raziskovanje je mogoče tudi ponaravosloviti.⁴⁴ Pri tem pa je pomembno opozoriti, da predmet tovrstnega raziskovanja ni šala kot abstraktna ontološka danost (smisel). Enako kot v primeru norm lahko tudi tu izpostavimo, da imajo šale abstraktno naravo, tako kot jo imajo propozicije ali števila (prve so smisel opisnih stavkov, druge pa so smisel števk). A ponovno služi izpostavljanje abstrakne narave ali pomen-ske vsebine česar koli le zatrjevanju, da nas ne zanima ontološka danost, pač pa nam je pomemben smisel.

5 OBSEŽNOSTNI IN VSEBINSKI VIDIK TEGA, O ČEMER GOVORIMO

Carnap je trdil, da se njegov predlog v precejšnji meri sklada z običajno rabo,⁴⁵ in morda to danes, po šestdesetih letih njegove uporabe v številnih filozofskih delih, tudi drži. Kljub temu sama mislim, da je zavajajoče obravnavati povedkovne izraze kot vsebinopisna (tj. intenzionalna) imena za množice, ki predstavljajo pomenski obseg (tj. ekstenzijo). Sledeč precej drugačnemu navdihu lahko razlikujemo med obsežnostnimi in vsebinskimi vidiki *tega*, o čemer govorimo. To, o čemer govorimo, ima torej vsebinopisne in obsežnostne vidike, zato pa isto ne velja za *pomene* izrazov, ki jih pri govorjenju uporabljamo. V nasprotnem primeru bi se kot *pomen naših besed* obravnavalo *tisto*, kar izražamo in na kar se z besedami nanašamo. Če kaj dejansko izražamo z našimi besedami, potem je to gotovo pomen naših besed. Vendar ta pomen ni tisto, kar zbuja

44 »Ponaravosloviti« pomeni, da se ga izvaja v skladu z načeli naravoslovnih raziskav (op. prev.). To je na primer storjeno v delu McGraw & Warren 2010.

45 Carnap 1947: 19.

družbeno, politično ali pravno zanimanje, in verjetno tudi nima posebnega filozofskega pomena.

Z drugimi besedami, težava⁴⁶ je v tem, da se kot podobni obravnava Fregejevo in Carnapovo shemo. Po Fregejevi shemi se »norma« kot imenovalni izraz (posamični izraz) nanaša na predmete, povedkovni (tj. splošni) izraz »je norma« pa se nanaša na pojem. Po Carnapovi shemi sta »norma« in »je norma« povedkovna izraza, ki imata zaradi svoje pomenske vsebine tak ali drugačen pomenski obseg. Po Carnapovi shemi mora biti merilo pripadanja množici, ki predstavlja pomenski obseg (to merilo deluje kot merilo prepoznavne predmetnih ontoloških danosti) drugačno od merila, ki omogoča poposameznjenje (individuacijo) danosti znotraj množice.⁴⁷ In vendar ta zahteva ni izpolnjena v primeru abstraktnih ontoloških danosti. Norm in šal ne moremo prepoznati, ne da bi jih poposameznili; povsem vsebinopisne stvarnosti (tj. smisla) ne moremo prepoznati brez poposameznjenja. Norme ne morem prepoznati kot takšne, ne da bi jo poposameznili, in šale ne morem prepoznati kot takšne, ne da bi jo poposameznili.

Kako pa se je to počelo v pravni teoriji? Po eni strani se je uporabljalo formalne oznake: tj. s črkami, ki so se uporabljale kot imena ali simbolni nadomestki za predstavljanje norm. Izrazi, kot so »norma N1« ali »N1«, omogočajo ponaazoritev s primerom in poposameznjenje. Po drugi strani se je besedila – tako kot se to počne v običajnem jeziku brez kakršnih koli težav – poposameznjevalo z obsežnostnimi merili: od obsežnostno prepoznanega Hamurabijevega zakona (2,4 metra visok kos diorita) do 427. člena Versajske pogodbe (besedilo, izpisano v omenjenem dokumentu pod številko 427).

Ali torej zatrujem, da povedki, pojmi in pomeni niso del obsegajočega sveta? Vse to je že znano. Ker jih ni bilo mogoče obravnavati kot obsegajočih danosti, smo jih obravnavali kot abstraktne. A bistvo mojega sporočila je, da jih sploh ni treba obravnavati kot danosti. Ena rešitev je v tem, da pomenskega obsega besede »norma« ne razumemo kot predmet ali množico predmetov, druga pa je v prenehanju iskanja ontoloških danosti, ki bi bile del obsegajoče množice.

Tu zatrujem, da ima to, o čemer govorimo, dva vidika – obsežnostni vidik (snov, energija) in vsebinski vidik (pomen ali smisel) – in da povedkovni izrazi, ki jih uporabljamo, niso imena za obsegajoče (ekstenzionalne) ali neobsegajoče (intenzionalne) danosti. Zelo presenetljivo je, da bi se arbitrarni značaj »zvočnih odtisov« besed v naravnih jezikih lahko uporabil kot podlaga za od-

46 Ceno, ki jo za predstavljeno zamenjevanje plačuje pravna teorija, poznamo pod imenom pomenoslovni ubod (angl. *semantic sting*).

47 Zaradi tega empirist, ki iz očitnih razlogov takšne danosti zavrača, opreza za čim večjim množicam številom empiričnih danosti, ki so po njegovem razumevanju povezane s tem, o čemer hoče govoriti. Empirist je zavezan k ponaravoslovljenju svojih teorij. Glej Haack 1993 za različne cilje, ki se skušajo doseči pri ponaravoslovljenju filozofije.

govore na ontološka vprašanja. Kot je povedal Saussure, so arbitrarnega značaja označevalci, s katerimi v jeziku izražamo pomene, ne pa tudi pojmi. Pojmi so nenujni (kontingenti), ne pa arbitrarni, in tako kot vsi drugi vidiki družbene dejanskosti so pojmi odvisni od določenih družbenih procesov. Imamo tiste pojme, ki jih imamo, a lahko bi imeli tudi drugačne. Arbitrarnosti označevalcev pa z nenujnostjo pojmov ni zamešal le logični empirist, ampak tudi kulturalist, ki najbarvitejše ontologije vleče iz pripovedi in diskurzov. Z jezikom se ne da ustvariti Kockovega bacila,⁴⁸ tako kot se z opredelitvami ne da odkriti prenosa tuberkuloze.

Res je, da z jezikom imenujemo tiste danosti, za katere imamo merila za prepoznavo, vendar predvsem in v glavnem prepoznavamo smisel. Res lahko razumemo tisto, kar vidimo, slišimo ali beremo, a to ne pomeni, da je bilo razumevanje vzpostavljeno z dotikom neke ontološke danosti.

Da se izognemo težavam, ki jih povzroča tista vrsta pojmovne analize, ki s »pojmom pojma« razlikuje med besedami, pomeni in danostmi, bomo uporabili notranji odnos med pomenom in pravilno rabo besed. Ta odnos se vzpostavi s sočasnim delovanjem smisla ali pomenske vsebine, ki se pripisuje okoliščinam, pojavom in izrazom, ter pomenskega obsega, ki bi morda lahko bil vpleten. Tisto, o čemer govorimo, nima nujno tudi obsegajočega obstoja.

Notranji odnos obstaja med:

A. tem, o čemer govorimo,

B. obsežnostnimi vidiki tega, o čemer govorimo (tj. morebitni obseg tega, o čemer govorimo),

C. vsebinskimi vidiki tega, o čemer govorimo (tj. smisel, ki ga ima ali se mu pripisuje).

Kar zadeva točko A, je treba opozoriti, da nas zanima, o čem govorimo (angl. *aboutness*): Ali govorimo o tej mizi ali mizah, o tej gori ali gorah, o prepričanju ali prepričanjih, o pravni normi ali pravnih normah, o šali ali šalah? A govorim lahko tudi o mizah v Ikei, ki se prodajajo po nizkih cenah, o gori, na katero bi rada splezala, o pravnih normah, ki jih sodnik v danem primeru ne bi uporabil, ali o internetnih šalah o razlogih smrti pri filozofih. Ustvarjalnost jezika nam vedno omogoča proizvajanje novih pomenskih vsebin ali smislov. Zato pa nam ustvarjalnost jezika ne dopušča tudi proizvajanja obsegajočih (ekstenzionalnih) predmetov.

Kar zadeva točko B, moramo opozoriti, da ima tisto, o čemer govorimo, lahko obsežnostne vidike, lahko pa je tudi brez njih. Medtem ko so lahko mize iz lesa ali iz plastike, prepričanja in norme niso nekaj snovnega.

⁴⁸ Zanimiv primer se najde v Latour 2000.

Ob točki C moramo poudariti, da ima tisto, o čemer se govori, brez dvoma smisel vsaj za tistega, ki govori. Smisel se na primer razkrije ob nadomeščanju enega izraza z drugimi, ki so z nekogaršnjega vidika uztrenice prvega.

Med tem, o čemer govorimo, in smislom, ki ga temu pripisujemo, vzpostavimo razmerje pomenskega enačenja, ki je navadno delno in začasno. Vendar za vzpostavitev tega razmerja ni pomenskih razlogov. Jezikovna preoblikovanja teh enačenj so tisto, kar dejansko določa takšen ali drugačen obsežnostni vidik tega, o čemer govorimo. Zato lahko govorimo tudi o izmišljajah ali rečeh, ki ne obstajajo. Takšna preoblikovanja so tisto, kar nam dopušča govoriti o nadomeščanju in razvoju pojmov. Merila o tem, ali je prišlo do nadomestitve ali spremembe pojma, niso imanentna jeziku.⁴⁹

Shema beseda-pomen-danost ne otežuje le razprave o teoriji norm, ampak je obenem vir tudi drugih filozofskih zmešnjav. Tako paradoks konstitucije kot paradoks analize ali problem ravnanja po pravilih temeljijo na tej shemi. Omenjenih težav tu ne morem obravnavati podrobno.

Pri paradoksu konstitucije je težava v tem, da povedek »biti kip« ni nekaj obsegajočega, čeprav imajo kipi seveda neki obseg. Vsi razumemo, da imajo kipi neki obseg⁵⁰ in da je pojem kipa nekaj neobsegajočega (vsebinskega), a potem govorimo, da obsegajoče oz. gradivo kipa ni tisto, kar iz kipa dela kip, saj »biti kip« ni isto kot »biti gradivo kipa«. Seveda to ni isto. Gre za dva različna povedka, čeprav bi ta dva povedka lahko v nekem jeziku (za nekoga ali v neki skupnosti) postala enakovredna povedka iz razlogov, ki jih ne bi bilo težko pojasniti.

V primeru paradoksa analize je težava podobna. Če A v neki analizi izraža isto kot B, potem je analiza trivialna, če pa tega ne izraža, je analiza nepravilna. Kot smo videli, je nepravilno reči, da povedek »biti kip« izraža isto kot povedek »biti gradivo kipa«, čeprav gotovo ni trivialno ponuditi popolne ali delne pomenske ustreznice povedka »biti kip«.

Problem ravnanja po pravilih se razreši s pojasnitvijo notranjih odnosov med pravilom in njegovo uporabo. V našem primeru gre za pravila o pravilni rabi povedka »biti kip« in njihovi uporabi za kipe. Vendar tega odnosa, ki bi ga bilo mogoče razumeti kot odnos konstituiranja enega primerka kipa, ni mogoče iskati v gradivu kipa, ampak v tem, kako to gradivo obravnavamo. Notranji odnos med povedkovnim oznamovanjem nečesa in primeri tega, kar oznamujemo, ali pa med pravili in primeri njihove uporabe, ni trdno določen, ampak

49 Razlog, da Fregejevega »pojma pojma« ni mogoče uporabiti za naravne jezike – česar sam, kot je znano, niti ni imel namena –, je njegova popolna izenačenost s pojmom funkcije: »To, kar pri funkcijah imenujemo nenasičenost, lahko pri pojmihi imenujemo povedkovna narava.« Frege 1982–1985: 91.

50 Ko bodo nove tehnologije omogočale hologramske kipe, bo za namene tega argumenta obsežnostni značaj prepoznavanja še vedno deloval enako.

se kaže skozi povedkovno rabo (s podajanjem mnenj, oblikovanjem sodb itd.) Razlage, na primer, ponujamo kot utemeljene nadomestke ene ubeseditve norme z drugo ubeseditvijo. Na vprašanje, katere norme te razlage izražajo, lahko odgovorimo le s pogledom na primere ravnanja po normi oz. pravilu. Vendar tega ni mogoče potrditi z opazovanjem obsežnostnih vidikov tega, kar počnemo, govorimo ali pišemo.

Odsotnost obsegajočega v notranjih odnostih ne preprečuje dejanskega vsebinskega zamejevanja. Notranji odnosi postavljajo zelo močne meje našemu razumevanju sveta. Lahko rečem, da so bikoborbe za nekatere ljudi del kulturno-umetniškega izražanja, medtem ko so za druge izraz okrutnosti in zlorabljanja živali. Vendar moram predmetno dogajanje moči obsežnostno prepoznati neodvisno od tega, ali gre za eno ali za drugo. Treba ga je moči prepoznati kot tako iz obeh vidikov. To pa vedno ni mogoče. Na primer:

(1) če je odnos med »bikoborbo« in »kulturno-umetniškim izražanjem« notranji odnos in

(2) če je odnos med »kulturno-umetniškim izražanjem« in »izrazom okrutnosti in zlorabljanja živali« izključujoč odnos, potem

(3) nobenega primera »bikoborbe« ne bo mogoče obravnavati (razumeti, dojemati) kot »izraz okrutnosti in zlorabljanja živali«.

6 METODOLOŠKI NAČRT: PRAVO IN TEORIJA PRAVA, OSVOBOJENA ONTOLOŠKIH DANOSTI

Zahtevo, da se v teoriji prava iz filozofskih ali pojmovnih razlogov zavrže popredmetenje norm, bi bilo mogoče kritizirati kot praktično nepomembno. Koga briga, ali filozofskopravni modeli norme popredmetujejo! Če bi zakonodajalci, sodniki in policija še naprej počeli to, kar počno, potem bi imela omenjena zahteva za posledico lahko le spremembe usmerjenih univerzitetnih programov in prodajo novih učbenikov.

Sama menim, da metodološki predlog, po katerem se v pravni teoriji ne bi več popredmetovalo norm in ki bi se prenesel v vsakodnevno prakso pravnega izobraževanja, ni koristen zgolj za boljše razumevanje pravne prakse, ampak tudi za boljšo pripravo udeležencev te prakse. Na tem mestu lahko ponudim le skico novega metodološkega načrta.

Načrt mora omogočati dinamično prepoznavanje prave pravilnosti in nepravilnosti. To pomeni prepoznavo (razlago in razumevanje) izgrajene pravne normativnosti, ki je vedno pod vprašanjem in spremenljiva v postopkih »dejanske« interakcije, v katere so vpete »pravne prvine«. Z »dejansko« interakcijo tu mislim na to, da njena izvedba poraja pravne posle med določenimi posame-

zniki v opredeljenih okoliščinah in s posebnimi težavami. Na drugi strani to, da so v te interakcije vpete »pravne prvine«, pomeni, da so se vpleteni posamezniki sklicevali na formalne pravne kategorije.

Težje je opredeliti normativnost kot osrednji vidik družbenih praks. Na splošno je tisto, kar naj bi imelo normativni značaj, podvrženo sodbam o pravilnosti ali nepravilnosti. Razpolagamo s pomenskim nadomestkom izraza »norma«, ki je teoretsko manj zavezujoč: normativno zaznamovanje dejanj. Če posmislimo na to, kdo, kdaj in kako opravi takšno zaznamovanje, v katerih okoliščinah je to sprejemljivo, kako je zagotovljeno, kakšen je odziv do tistih, ki ga ne upoštevajo, v katerih primerih je spregledano ali poizjemljeno, potem opravljamo dinamično prepoznavanje normativnosti ali, kar je isto, obravnavamo normativno prakso kot postopek pogajanja o smislu. Jasno je, da so prav vse naše družbene prakse vključene v omenjeno dinamiko.

V primeru prava se vsa pomembna zaznamovanja porodijo v formaliziranih in institucionaliziranih postopkih, vendar je to vedno le izhodiščna, ne pa tudi končna točka, saj se konkretni načini uporabe teh zaznamovanj vedno določijo v interakcijah in pogajanjih, ki imajo precej drugačno naravo.

Prepoznavna normativnosti (tj. pravilnosti ali nepravilnosti) nam dopušča razumeti smisel prakse, ki jo udeleženci ustvarjajo na dinamičen in odprt način. To prakso je mogoče videti kot istorodno ali razpršeno – odvisno od standardov, ki jih uporabljajo raziskovalci, ki so vedno umeščeni v lasten prostor normalnosti.⁵¹ Zaradi tega bodo označeni z nekim posebnim zanimanjem v pogajanju o smislu upoštevani udeleženci in časovno-prostorski kontekst.⁵²

Podatki, ki nas tu zanimajo, se nanašajo na smisel in so proizvod upoštevanja deljenih prepričanj, vzajemnih pričakovanj ali prepričanj drugega reda. To pomeni, da so posledica poznavanja nagnjenj posameznikov, njihovih zahtevkov in zavez.⁵³

Takšno pojmovanje prava, ki v središče postavi normativna zaznamovanja dejanj (z različnimi ozadji, dobo trajanja in nameni), ki so predmet sklicevanj, obravnave in pogajanj v neki skupnosti, se sooča z očitnim izzivom: Kaj je pri takšnem pojmovanju pravnega? Ali nimamo prej opraviti s splošnim sociološkim vedenjem?⁵⁴ Teža tega izziva izvira iz tukaj grajanega popredmetenja norm, tj.

51 Na splošno izhaja zanimanje za pogoje normalnosti iz njihovega propada. T. im. »skrito normalnost« se zazna, ko ta nepričakovano izgine. Vendar je to vprašanje del spoznavoslovnega aparata raziskovalca. Za analizo vloge, ki jo imajo pogoji normalnosti v kontekstu izgradnje identitete udeleženca, glej Medina 2006: 154–165.

52 Glej poglavje *On the Chronology (and Topology) of the legal* v Melissaris 2009: 129–149.

53 Glej Narváez 2004: 336–341, Bicchieri 2006: 8–28 in Melissaris 2009: 109–127.

54 To vprašanje je dobro znano iz raziskav o pravnem pluralizmu: »Kje se konča govor o pravu in začne preprosto opisovanje družbenega življenja? Ali je koristno imenovati pravo tovrstno obliko urejanja? Skozi ukvarjanje s pravnim pluralizmom sem prišla do spoznanja, da je potem, ko presežemo pravni centralizem, zavajajoče imenovati pravo tudi vse tiste obli-

predpostavke, da je »norma« beseda, ki se nanaša na neoprijemljive in šteвне ontološke danosti, v pravni teoriji pa jo je mogoče uporabljati v naslednjih izrazih: »/.../ nova norma,« »/.../ dve normi,« »malo norm« itd. Ta predpostavka sicer omogoča razvrstitev norm v skupine, z oblikovanjem podmnožic moralnih ali pravnih, pa tudi družbenih, skladenjskih, šahovskih in drugih norm. A, kot sem rekla, predpostavka takšnega jezikovno-spoznavoslovnega značaja zahteva za uspešno raziskovanje pravnih norm izpolnitev dveh pogojev.

Prvi pogoj je vzpostavitev meril za prepoznavo pravnih norm; ta dajejo odgovor na vprašanje, kaj je pravna norma. Drugi pogoj je razpoložljivost meril za poposameznjenje pravne norme; ta dajejo odgovor na vprašanje, kaj je tisto, kar neko pravno normo loči od preostalih, pravnih in nepravnih norm. Kadarkoli imamo pred seboj obsegajočo stvarnost (fizične predmete, empirične danosti), se lahko opremo na razvrstilne sisteme, ki nam dopuščajo obsežnostno poposameznjenje: Zemljo, na primer, od vseh drugih planetov loči (vsaj) njena prostorsko-časovna umestitev. A kadar smo pred neobsegajočo (vsebinopisno) stvarnostjo, kakršna so norme in šale (pa tudi pozdravi, nesporazumi, žaljivke itd.), se soočimo z dilemo, ki spodbuja razlikovanje med normami in ubeseditvami norm. Po eni strani lahko uporabimo obsežnostna merila za poposameznjenje – določen izpisani stavek, izgovorjene besede, neki zapis –, a namen poposameznjenja ostane neizpolnjen, ker je mogoče prav vsaki od teh empiričnih danosti pripisati več kot le en smisel. Po drugi strani lahko uporabimo (vsebinopisna) merila, ki poposameznijo smisel tiste danosti, a potem norm ne moremo več obravnavati kot »diskretnih danosti« znanja ali pomenskih paketov. Kot sem rekla, je ta problem dediščina združitve empirizma in pomenoslovnega konvencionalizma s spoznavoslovjem, ki se naslanja na jezikovni obrat.⁵⁵

Ker pravna teorija cilja na raziskovanje pravnih norm, in ne katerih koli drugih norm (v nasprotnem primeru bi šlo za povsem sociološko raziskovanje), se zdi, da na pravnost lahko nakazujejo le prisotne formalne značilnosti, kakršni sta obstoj zakonskega besedila in njegovo omenjanje pri razlogovanju in utemeljevanju. A to, kot smo rekli, ne zadošča, saj je takšnemu besedilu (zakonom, skupku določil, smernic itd.) mogoče razlagalno pripisati več kot en smisel. Če se vse naše prakse vključujejo v normativno dinamiko, kot smo rekli, potem bomo potrebovali neko »razmejitevno« merilo. Zdi se, da je mnoštvo nasprotujočih si normativnih zaznamovanj – ki so v postopkih sprejemanja odločitev in oblikovanja rešitev predmet uporabe, prevpraševanja in pogajanja –, treba razložiti in razumeti brez takšnega razmejevanja. A vprašanje je, ali ni mogoče ubrati nasprotno poti. Zakaj bi raziskovanje interakcij pri uporabi prava ne bilo

ke urejanja, ki ne predstavljajo državnega prava. V literaturu s tega področja se še vedno ni vzpostavila jasna razmejitev med normativnimi ureditvami, ki jih lahko, in tistimi, ki jih ne moremo imenovati pravo.« Merry 1988: 878–879.

55 Glej Winch 1958: 21.

pravno raziskovanje? Tudi to, kaj je in kaj ni uporaba prava, je predmet pogajanj v postopku ustvarjanja pravnega smisla.

Priznati moramo, da izhaja možnost, da je v nekih družbenopolitičnih okoliščinah vse pravno, ali pa da nič ni pravno, iz narave neobsegajočih (vsebinopisnih) področij. Po stališču, ki je v pravni teoriji ustaljeno, lahko pri analizi uporabljamo tri kategorije: izraze, njihov smisel in predmete, na katere se ti izrazi nanašajo. Obstoj takšnih predmetov nikakor ni odvisen od razpoložljivosti pomenljivih izrazov za njihovo poimenovanje. A če te kategorije uporabimo pri analizi neobsegajoče stvarnosti, tj. njihovih pomenljivih vidikov, zabredemo v težave. Norme in šale (pozdravi, nesporazumi ali žaljivke) so v celoti odvisni od pomenljivih izrazov, s katerimi se sklicujemo na normativni obstoj iste neobsegajoče (vsebinopisne) stvarnosti, ki je predmet analize.

Če želimo reči, da se različni pojmi prava nanašajo na različne normativne prakse oz. institucije, se mora izbira enega od teh pojmov opraviti na podlagi pragmatičnih, ocenjevalnih ali etičnih meril, ne pa na podlagi priznavanja predobstojećih danosti. Nič, kar je izven prakse pripisovanja in priznavanja pravnega statusa, ne more služiti kot merilo razmejevanja. Vprašanje je, koliko je neka praksa pravna, medtem ko se njena pravnost izgrajuje s pripisovanjem smisla. Vendar se to vprašanje poraja le takrat, kadar pripoznanje pravnosti ni več nekaj samodejnega in nevidnega, ali kadar se odločitve udeležencev, ki so to priznavali, ne skladajo več, ali pa (in v teh okoliščinah bolj pogosto), kadar novi udeleženci zahtevajo svojo vključitev v ta postopek.

Priznanje, da je neko normativno zaznamovanje, ki je formalno gledano pravno, le še eno od normativnih zaznamovanj, ni enako priznanju, da gre za zgolj še eno družbeno zaznamovanje.⁵⁶ Zdi se, da je bistvenega pomena odločitve, ali norme tvorijo splošno množico, medtem ko pravne in družbene norme tvorijo podmnožici, ali pa družbene norme tvorijo splošno množico, medtem ko so pravne norme njena podmnožica, ravno zato, ker se je tako v pravu kot v sociologiji popredmetilo označence izraza »norma« in vzpostavilo dva različna diskurzivna univerzuma. Vendar tekmovanje in boj med ustvarjalci normativnih zaznamovanj, pa tudi med načini reševanja pravnih sporov, pripisovanja pravnih položajev in priznavanja pravnih dejstev, potekata v prostoru *družbenega*, tj. znotraj skuposti. Poleg tega gre *družbeno*, od mikro – lokalnega do makro – globalnega, poprej prevladujoči srednji – državni nivo ustvarjanja in odločanja pa je zdaj pred izzivom, tako kot so bile prej mnoge druge strukture. Ta izziv se kaže na ožjih dogmatičnih področjih, kot so upravno pravo,⁵⁷ gospodarsko pravo⁵⁸ in odškodninsko pravo. Srednji prostor državnega ustvarjanja

56 Glej Croce 2012, ki za pravo razvija projekt samozadostnosti brez polne avtonomije.

57 Primer so raziskave o samoregulaciji, mehkeemu pravu (angl. *soft law*), upravljanju (angl. *governance*) itd.

58 Takšen primer so raziskave o novem *lex mercatoria*.

je videti preveč odvisen od globalnega okolja, da bi bil avtonomen, obenem pa ima vedno manjši vpliv na multikulturna okolja in lokalne stvarnosti, ki so se deloma ali v celoti vrnila k normativnim praksam in interakcijam izpred časov podržavljenja ali kolonizacije.

Trdim, da je vse to plod uporabe določenih predstavnihih shem, ki jih s ciljem oddaljitve od vprašanja razmejitev lahko spremenimo. Na splošno uporabljamo obsežnostne sheme za oznamovanje neobsegajočih (vsebinopisnih) stvarnosti, ne da bi se tega sploh zavedli. Mislimo, da lahko na družbene ali pravne nanosnike pokažemo z izbiro množic okoliščin z določenimi značilnostmi, prav tako kot na naravne nanosnike pokažemo z oblikovanjem množic danosti z določenimi značilnostmi, ki so umeščene v prostoru in času. Seveda imajo družbeni in kulturni »predmeti« vpliv na raznovrstne oblike fizičnih razsežnosti, a priznanje njihovega »obstoja« poteka v samih normativnih praksah, ki ta obstoj tudi pogojujejo.⁵⁹

Po razumevanju, ki norme obravnava kot normativna zaznamovanja dejanj, priznavamo edinole obstoj izdajanja pravih in nepravih sodb. Ni ne zaznamovanj pravih brez osebka, ki jih zagovarja ali jih je zagovarjal,⁶⁰ ne zaznamovanj pravih ali nepravih brez družbene skupnosti, ki takšna zaznamovanja posvaja ali zavrača. V resnici je izražanje norm tako kot izražanje pomena nekaj, kar se le izvedeno počne preko besedil. V praksi imamo vzpostavljene postopke za priznavanje takšnih zaznamovanj in njihovega avtorstva, čeprav so tudi ti lahko postavljeni pod vprašaj. Ta zaznamovanja so lahko ohranjena, predpostavljena, omenjena ali uporabljena na povsem neviden način. A v določenih okoliščinah to nevidnost ogrozi raznolikost udeležencev, raznorodnost interesov, različna razumevanja preteklih pripovedi, sedanjih situacij ali načrtov za prihodnost.⁶¹ Opozoriti velja, da ta trditev ne daje niti vzročne niti funkcionalne razlage. Ne trdim, da raznolikost, raznorodnost ali različnost porajajo, proizvajajo ali povzročajo vidnost nasprotujočih si normativnih zaznamovanj, temveč da je njihova prisotnost prepoznana kot izraz te raznolikosti, raznorodnosti in različnosti.⁶² Interakcije, prek katerih se dolo-

59 Tu ne branim stališča normativnega solipsizma, kakršno je Fittipaldijevo (2012: 9–18), ki kljub obravnavi normativnih ontologij po vzoru psihičnih uporablja za »umestitev« omenjenih stvarnosti. Fittipaldi 2012: 10–11: »[P]ravne stvarnosti obstajajo izključno v psihi vsakega posameznika.« »[P]ravne stvarnosti obstajajo zgolj v psihah vsakega od nas ...«

60 Ta dvojnost (pravilno/nepravilno) ne ustreza Teubnerjevi (1992: 1451) dvojnosti pravno/nepravno, ki po njegovem mnenju ni značilna izključno za državno pravo.

61 Kadar govorimo svoj materni jezik, ohranjamo eno takšnih zaznamovanj s postavitvijo prireditelja na pravo mesto v stavku.

62 Izjava »Konflikti so izraz različnosti interesov« ni teoretska trditev, ampak je izraz nekega pojmovanja ali neke ponazoritve/predstave norm. Z drugimi besedami, deluje kot delna opredelitev vanjo vključenih izrazov. Prav tako bi jo bilo mogoče razumeti kot kantovsko analitično sodbo, v kateri povedek »so izraz različnosti interesov« vključuje osebek »konflikti«. Narváez 2004b.

čata pomembnost in vsebina tega mnoštva zaznamovanj, imajo lahko prvine zelo različnega izvora. In to raziskovalci preučujejo na način, ki je odvisen od nekega konkretnega položaja in razumevanja. Prav zato bo imela (ali ne imela) pravnost določeno prisotnost v omenjenih postopkih in od tod izhaja njen dinamični značaj. Ta zahteva neko sodbo, ki naj bi kljubovala metateoretičnemu smislu opravljenega pravnega raziskovanja: stvar razprave je lahko, ali je neka nova oblika tržne regulacije pravna ali ne, in ali gre sploh za obliko regulacije. A čeprav je smiselno govoriti o metagovoru, kadar je predmet tega neki drug govor, je nemogoče imeti metaprakso; »praksa o praksi« je – če je sploh mogoča – še vedno ista praksa.

Razlog, da predlagana metodologija ne zapira vrat pred pravnostjo, predvsem ko je ohranjanje kategorij in praks, ki so značilna za državno pravo, še naprej tako močno razširjeno, je v vrednostni teži izraza »praven«. Kot je rekel Mariano Croce: »To, kar je tu na tla, je zaloga simbolne moči, ki je z izrazom »pravo« neločljivo povezana.«⁶³ Nobena skupina, ki se o svojem položaju pogaja v dinamičnem normativnem konfliktu – ali ki ocenjuje, da njen položaj ni dovolj priznan –, ne bo prenehala s trdom, da njene zahteve dobijo pravno osnovo,⁶⁴ in to se bo nadaljevalo, vse dokler ostaja legitimni monopol nad sredstvi prisile, skupaj z učinkovitostjo, v rokah pravnih oz. državnih oblasti.

V nasprotnem primeru, kadar za izpolnitev zahtevka niso nujno potrebne (državno)pravne prvine, nihče ne zahteva pravnega priznanja, ali pa to stori zaradi čustvene vrednosti. Treba je poudariti, da izpolnitev, o kateri tu govorim, nima nič z maksimizacijo ene same vrste dosežka: lahko gre tako za družbeni kapital kot tudi za pravičnost. Ne le, da bi lahko preučili, ali je neka interakcija bolj ali manj zgrajena okrog normativnih zaznamovanj, ki izvirajo iz oblik pravno-institucionalnega ustvarjanja, ampak je treba biti pripravljen dati za pravno okolje razumljive in sprejemljive odgovore, če želimo, da dobi sprememba *status quo* pravno priznanje.

Takšna pojmovanja prava, ki so pozorna na družbene prakse,⁶⁵ so v boljšem položaju za razlago pravnih pojavov na prej opisani način. Takšno pojmovanje, ki resno jemlje poljubnost smisla, njegovo krhkost in spremenljivost, nas bo zaustavilo pred iskanjem utemeljitev zunaj nas samih in nam pomagalo prevzeti odgovornost. Utrditev novih notranjih odnosov med tem, kar rečemo in počnemo, se ponavadi zazna, ko je že prepozno, da bi jih spremenili. To je zato, ker je izgradnja teh odnosov prepletena z našimi zmožnostmi zaznavanja

63 Croce 2012: xv.

64 Kot vsa vsebinopisna vprašanja se tudi to ne potrdi z odkritjem, ampak skozi izgradnjo v družbeni interakciji. Zato bomo imeli bodisi soglasje o tem, kaj pomeni imeti pravni pomen (npr. pravni pomen je dosežen, ko parlament sprejme zakon, ki priznava pravice x , y in z), pri čemer bo bistveno doseči takšen položaj, ali pa se bo spremenilo to, kar šteje kot »imeti pravni pomen«. To nalogo se velikokrat razume kot del sodniškega aktivizma v precedenčnih sistemih, pa tudi v sistemih, ki poznajo zavezujočo sodno prakso.

sprememb. Zaznavamo namreč tisto, kar opazimo, in lažje opazimo tisto, prisotnost česar nas preseneča.

–**Zahvala.**– Za dragoceno pomoč se zahvaljujem Sebastiánu Figueroju in Pablu Rapettiju. Še posebej pa bi se rada zahvalila Nicoli Muffatu za njegovo velikodušnost in podporo.

Prevedel
Andrej Kristan.*

Literatura

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Nueva York/Viena: Springer (Library of Exact Philosophy).
- , 1981: The Expressive Conception of Norms. *New Essays in Deontic Logic*. Ed. Risto Hilpinen. Dordrecht/Boston/London: Reidel. 95–124.
- Gordon P. BAKER & Peter M. S. HACKER, 1984: *Scepticism, Rules and Language*. Oxford: Blackwell.
- , 1985: *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*. Vol. II of an Analytical Commentary on the Philosophical Investigations. Oxford/Cambridge: Blackwell.
- Reza BANAKAR, 2009: Law Through Sociology's Looking Glass. *The ISA Handbook in contemporary Sociology*. Eds. Ann Denis & Deborah Kalekin-Fishman. Londres: SAGE. 58–73.
- Mauro BARBERIS, 1990: *Il diritto come discorso e come comportamento*. Trenta lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli.
- George BEALER, 1998: Intensional Entities. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Craig. London: Routledge. Consultado 13 de mayo de 2013, en <http://www.rep.routledge.com/article/X019>.
- David BELL, 1996: Objectivity. *A Companion to Epistemology*. Eds. Jonathan Dancy & Ernest Sosa. Oxford: Blackwell.
- Yemima BEN-MENAHM, 1998: Explanation and Description: Wittgenstein on Convention. *Synthese* 115 (1998) 1. 99–130.
- Ricardo CARACCILO, 2009: Conocimiento de normas. *El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 133–145. Speech given at "Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho". La Plata, octubre 1982.
- Wolfgang CARL, 1994: *Frege's Theory of Sense and Reference. Its Origins and Scope*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rudolf CARNAP, 1934: On the Character of Philosophic Problems. *Philosophy of Science* 1

65 Villa 1993.

* V prevodu sem uporabil nekaj strokovnih domačih izrazov za sicer bolj znane tujke (referenca, intenzija, ekstenzija, identifikacija, individuacija, predikat itd.). Kot »nanosnik« prevajam angl. *reference* oz. Fregejev nem. *Bedeutung*. Carnapova angl. *intension* & *extension* prevajam kot »pomensko vsebino« (ali »vsebinopisni pomen«) in »pomenski obseg«. Angl. *identification* je »prepoznava«, angl. *individuation* pa je »poposameznjenje«. Namesto o »predikatu« in »predikatnih izrazih« govorim o »povedku« in »povedkovnih izrazih«, le v primeru »logičnega predikata« sem ostal pri tujki.

- (1934). Baltimore: The Williams and Wilkins Company. 5–19. Publicado también en: *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method. With two Retrospective Essays*. Ed. Richard M. Rorty. Chicago/London: The University of Chicago Press [1992]. 54–62.
- , 1947: *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Chicago: The University of Chicago Press.
- , 1950: Empiricism, Semantics, and Ontology. *Revue Internationale de Philosophie* (1950) 4. 20–40. Navajam po: Empirismo, semántica y ontología. Prev. Alfredo Deaño: *La concepción analítica de la filosofía*. Comp. Javier Muguerza. Madrid: Alianza [1981]. 400–419.
- Pompeu CASANOVAS, 1999: *Pragmatics and legal culture: a general framework*. Barcelona: UBA.
- Mariano CROCE, 2012: *Self-Sufficiency of Law. A Critical Institutional Theory of Social Order*. New York/London: Springer.
- Franca D'AGOSTINI, 1997: *Analitici e Continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milano: Raffaello Cortina.
- Jonathan DANCY & Ernest SOSA (Eds.), 1992: *A Companion to Epistemology*. Oxford: Basil Blackwell.
- Mario DE CARO & David MACARTHUR (Eds.), 2010: *Naturalism and Normativity*. New York: Columbia University Press.
- Pablo DE LORA, 2010: Corridos de toros, cultura y Constitución. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33. 739–765.
- Michael A. E. DUMMETT, 1973: *Frege, Philosophy of Language*. London: Duckworth.
- , 1978: Frege's Distinction Between Sense and Reference. *Truth and Other Enigmas*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. 116–144.
- Kit FINE, 2002: *The Limits of Abstraction*. Oxford: Oxford University Press.
- Edoardo FITTIPALDI, 2012: *Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Frame of Leon Petrażycki's Theory of Law*. Milano: LED.
- Gottlob FREGE, 1891: Funktion und Begriff. Eng. translation: Function and Concept. In: *Translations from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*. Comp. Peter Geach & Max Black. Oxford: Basil Blackwell [1960]. 21–41.
- , 1892: Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* (nueva serie) 100 (1892). 25–50. Navajam po: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 7–18.
- , 1892–1895: Ausführungen über Sinn und Bedeutung. *Nachgelassene Schriften*. Eds. Hans Hermes, Friedrich Kambartel & Friedrich Kaulbacheds. Prev. Ulises Moulines: Consideraciones sobre el sentido y la referencia. En *Estudios sobre semántica*. Barcelona: Orbis [1984]. 90–98.
- , 1918–1919: Der Gedanke. Eine logische Untersuchung. *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus* 1. 58–77.
- Riccardo GUASTINI, 1992: *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli.
- , 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- , 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Susan HAACK, 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*. Oxford: Blackwell.
- Bob HALE & Crispin WRIGHT, 1996: *A Companion to the Philosophy of Language*. Oxford: Blackwell.
- Jacek JADACKI, 2013: *Being and Duty. The Contribution of 20th Century Polish Thinkers to the theory of Imperatives and Norms*. Kraków: Copernicus Center Press.
- David H. KAYE, 2009: Identification, Individualization and Uniqueness: What's the Difference? *Law, Probability & Risk* 8 (2009) 2. 85–94.
- Anthony KENNY, 1968: Cartesian Privacy. *Wittgenstein: The Philosophical Investigations*. Dir. George Pitcher. London: Macmillan. 352–370.
- Razmig KEUCHEYAN & Gérald BRONNER (Dirs.), 2012: *La théorie sociale contemporaine*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Saul A. KRIPKE, 1980: *Naming and Necessity*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 1982: *Wittgenstein. On Rules and Private Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- Cooper H. LANGFORD, 1942: The Notion of Analysis in Moore's Philosophy. *The Philosophy of G.E. Moore*. Ed. Paul A. Schilpp. La Salle, Illinois: Open Court. 321–342. Navajam po: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 403–413.
- Bruno LATOUR, 2000: On the Partial Existence of Existing and Non-existing Objects. *Biographies of Scientific Objects*. Ed. Lorraine Daston. Chicago: Chicago University Press. 247–269.

- Peter McGRAW & Caleb WARREN, 2010: Benign Violations: Making Immoral Behavior Funny. *Psychological Science* 21 (2010) 8. 1141–1149.
- José MEDINA, 2006: *Speaking from Elsewhere: a New Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*. Albany: State University of New York.
- Emmanuel MELISSARIS, 2009: *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Farnham/Burlington: Ashgate.
- Sally E. MERRY, 1988: Legal Pluralism. *Law and Society Review* (1988) 22. 869–896.
- Edward H. MINAR, 1991: Wittgenstein and the »Contingency« of Community. *Pacific Philosophical Quarterly* (1991) 72. 203–234.
- Maribel NARVÁEZ MORA, 2004a: Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho. *Análisi e Diritto* (2001–2003). 211–240.
- , 2004b: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- , 2006: Las Expresiones de *lege lata* en tanto que creencias ajustadas a derecho. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*. Ed. Christian Courtis. Madrid: Trotta. 231–258.
- , 2010: Detectando concepciones. El test de la negación. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33. 553–569.
- David NELKEN, 1984: Law in Action or Leaving Law? Back to the Beginning in Sociology of Law. *Legal Studies* (1984) 4. 157–174.
- David PEARS, 1967: Is Existence a Predicate? *Philosophical Logic*. Ed. Peter Strawson. Oxford: Oxford University Press [1967]. 97–102.
- Philip PETTIT, 1990: The Reality of Rule-Following. *Mind* (1990) 99. 1–21.
- Hilary PUTNAM, 1973: Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy* (1973) 28. 699–711.
- , 1975: The Meaning of 'Meaning'. In: Language, Mind, and Knowledge. *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (1975) 7. Ed. Keith Gunderson. 131–193.
- Willard Van Orman QUINE, 1951: Two Dogmas of Empiricism. *Philosophical Review* (1951) 60. 20–43. Prev. Manuel Sacristán: Dos dogmas del empirismo. *La búsqueda del significado*. Ed. L. M. Valdés Villanueva. Murcia/Universidad de Murcia: Tecnos [1991]. 220–243.
- , 1953: *From a Logical Point of View*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- , 1960: *Word and Object*. Cambridge (Mass.): MIT.
- , 1966: Carnap's View on Ontology. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press. Revised ed. (1976). 203–211.
- , 1970: On What There Is. *Semantics and the Philosophy of Language. A Collection of Readings*. Ed. Leonard Linsky. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press. 189–206. (Speech given on March 15, 1948 at the Graduate Philosophical Seminary of Princeton University).
- Joseph RAZ, 1998: Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *Legal Theory* (1998) 4. 249–282.
- Michael D. RESNIK, 1967: The Context Principle in Frege's Philosophy. *Philosophy and Phenomenological Research* XXVII (1967). 356–365.
- , 1976: Frege's Context Principle Revisited. *Studien zu Frege III: Logik und Semantik*. Ed. Matthias Schirn. Stuttgart: Frommann-Holzboog. 35–49.
- , 1979: Frege as Idealist and then Realist. *Inquiry* (1979) 22. 350–357.
- Antoine de SAINT-EXUPÉRY, 1943: *Le Petit Prince*. Citado por la traducción castellana de Bonifacio del Carril [1953]. Alianza: Madrid.
- Hans D. SLUGA, 1977: Frege's Alleged realism. *Inquiry* 20 (1977). 227–242.
- Peter F. STRAWSON, 1959: *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*. London: Methuen.
- , 1976: Entity and Identity. *Entity and Identity and Other Essays*. Oxford: Clarendon Press [1997]. 21–51. (Prva izdaja: *Contemporary British Philosophy*. Fourth Series. Ed. H. D. Lewis. London: George Allan & Unwin).
- Giovanni TARELLO, 1967: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino [1974].
- Gunter TEUBNER, 1992: The two faces of legal pluralism. *Cardozo Law Review* 13 (1992). 1443–1462.
- Judith Jarvis THOMSON, 2008: *Normativity*. Chicago: Open Court.
- Charles TRAVIS, 1989: *The Uses of Sense. Wittgenstein's Philosophy of Language*. Oxford: Clarendon Press.
- Ernst TUGENDHAT, 1970: The Meaning of »Bedeutung« in Frege. *Analysis* (1970) 30. 177–189.
- Edna ULLMANN-MARGALIT, 1977: *The Emergence of Norms*. Oxford: Clarendon Press.

Mariana VALVERDE, 2003: *Law's Dream of a Common Knowledge*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.

Vittorio VILLA, 1993: *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.

Ralph WEDGWOOD, 2007: *The Nature of Normativity*. Oxford: Clarendon Press.

Paul D. WIENPAHL, 1950: Frege's *Sinn und Bedeutung*. *Mind* 59 (1950). 483–494.

David WIGGINS, 1984: The Sense and Reference of Predicates: A Running Repair to Frege's Doctrine and a Plea for the Copula. *Frege: Tradition and Influence*. Ed. Crispin Wright. Oxford: Basil Blackwell. 126–143.

Peter WINCH, 1958: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. 2nd ed. (1990). London: Routledge and Kegan Paul.

Maribel Narváez Mora*

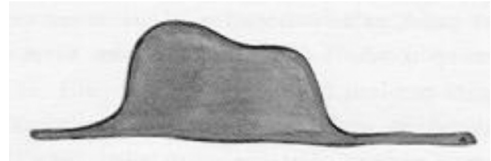
Expressing Norms

On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory

The distinction between norms and norm-formulations commits legal theorists to treating legal norms as entities. In this article, the author first explores the path from meaning to entities built by some analytical philosophers of language. Later, she presents a set of problems produced by treating norms as entities. Whatever type of entities we deal with calls for a clear differentiation between the identification and individuation criteria of such entities. In the putative case of abstract entities, the differentiation collapses. By changing the notions of the intension and extension of words by extensional and intensional aspects of what we talk about, the author outlines a methodological programme for Law and Legal Theory. That programme is based in the identification of normativity.

Key words: norm, norm-formulation, abstract entity, identification and individuation of entities, extensional vs. intensional

My Drawing Number One /.../ looked like this.



I showed my masterpiece to the grown-ups, and asked them whether the drawing frightened them.

But they answered. "Frighten? Why should anyone be frightened by a hat?"

My drawing was not a picture of a hat. It was a picture of a boa constrictor digesting an elephant.

Saint-Exupéry (1974: 7–8)

* maribel.narvaez@udg.edu | Professor of Law and Society and Legal Theory at the University of Girona.

1 NORMS AND NORM-FORMULATIONS AS ENTITIES

In Legal Theory it is quite common to distinguish between norms and norm-formulations.¹ The distinction is based on the thesis that there is no one-to-one correspondence between the formulations contained in a legal text and the norms expressed by them: a norm can be expressed through various norm-formulations, and a norm-formulation can express different norms.²

Assuming that one thing is the legal norm and another thing the formulation by which the norm is expressed³ leads to questions such as “What kind of entities (“things”) are norms?” If legal norms are not legal texts produced by legislation, but *what is expressed by norm-formulations*,⁴ then we are naturally leaded to start an ontological enquiry about the “nature” of the entities that are expressed by such formulations.

The distinction between norms and norm-formulations mirrors the well-known one between meaning and syntactic form, between propositions and sentences, and is constructed employing certain specific categories taken from analytical philosophy. This kind of treatment, which seemed to afford some important advantages, was inspired in the past century by the linguistic turn. If we move our philosophical focus from the objects of knowledge, seen as named essences, to the sets of entities resulting from the use of concepts, we are able to clarify conflicting positions and contribute to philosophical progress.

The door was thus enthusiastically opened to linguistic and conceptual analysis.⁵ Since what a term names is made dependent on how this term is defined, norms will be one thing or another by virtue of the meaning of the word “norm” – of the concept of norm – in question. The main purpose of such a method of analysis, for example in Rudolf Carnap’s semantics, was to debunk unscientific, metaphysical⁶ positions. However, given that what we refer to depends on our definitions, semantic clarification, at least by itself, does not remove the onto-

1 Several synonyms of *norm-formulation* are available, including *disposition*, *legal text*, *expression of a norm*.

2 A rich combination of options relating to norms and norm-formulations can be found in Guastini 1992: 15, Guastini 1993 and Guastini 2004: 99–103.

3 According to an assumption that is not universally acknowledged, e.g. Jadacki, norms are verbalizations of obligations: “Obligations are verbalized by means of imperatives, norms, or declaratives sentences /.../ The sentence /.../ ‘The person B should cause S to occur’ [is] a norm. The main method of expressing (thetic) obligations is a *norm*.” See Jadacki 2013: 69.

4 Implying that a specific response is predetermined by the very question we can read: “If a rule is not a rule-formulation, and if we state rules by means of rule-formulations, then surely *what a rule is must be what is expressed by rule-formulations!* /.../ At this point the pressure to declare ‘Rules are abstract entities’ is very great”. Baker and Hacker 1985: 41.

5 For an in-depth treatment of the scope of conceptual analysis in Legal Theory see Raz 1998.

6 In the second half of the twentieth century, the works of Saul Kripke and Hilary Putnam disputed whether, by way of definition, metaphysical necessity could be made to disappear.

logical commitment for those who claim that referring relations take us from language to *what there is*. The point will be perceived as problematic only if the undertaken commitments are uncomfortable. Presumably, each conception will find the type of entity that meets its own ontological and epistemological needs.

The efforts of the Empiricists were aimed at preventing the incorporation of abstract entities into their ontology. But the systematic use of the available empirical ontologies seems to lead into the rule-following problem. Such a problem obliges us to accept that norms are objective abstract entities that are privately captured or nothing at all.⁷

What is advocated in this paper can be stated in a simple and direct way: legal norms are not entities of any kind. Saying that legal norms are entities of some kind is philosophical nonsense.⁸ I do not intend to argue that what we refer to by using the word “norm” does not exist,⁹ but that by speaking of norms, and using them, we do not need to accept any kind of entity (empirical, abstract, material, ideal, or factual¹⁰). The case of *norm* is similar to the case of *joke*. The word “joke” is not the name of a type of entity: jokes are not entities of any kind, but they are linguistically expressed, and we are able to distinguish the joke from the words used to tell it. Neither norms nor jokes are entities.¹¹

One could argue that no one really holds that legal norms are entities. It would only be a manner of speaking, a merely heuristic recourse. Legal Theory, the reasoning would continue, would not be interested in any simple objects, but in complex social realities, and only for the purposes of simplification and convenience it would refer to norms as to entities. After all, no one is required to use a concept of a norm resulting from defining the word “norm” as the “*entity that is so-and-so*”. The concept of a legal norm provided by Legal Theory, one can claim, is much richer. It is descriptive sociology¹² and not merely linguistic

7 Cf. Kripke 1982: 54.

8 See Wittgenstein 1937, Hacker 1996 and Narváez 2010.

9 I will not consider here the variety of concepts of existence, although I am certainly not concerned with the formal concepts of existence of a class or of an element of a class.

10 To understand this position, let us compare the idea that norms are entities with a case of non-existent entities: witches. If someone says that witches are women with extraordinary powers under a deal with the devil, or defines the word “witch” by saying that it expresses the concept of a woman with extraordinary powers under a deal with the devil, it makes sense, after certain types of research, for her to conclude that witches do not exist. She may also present her conclusion claiming that witches are not entities of any kind. But that would be equivalent to saying that the predicate “being a witch” is not satisfied by any woman, that “there is nothing that satisfies the property of being a witch” or that the extension of the word “witch” is the empty set. What I’m saying is that the concept of norm is very different from the concept of witch: the second, but not the first, refers to a (non-existent) entity.

11 Later on, I will try to present the analogy in greater detail in order to make the core idea of this paper more intelligible.

12 As is well known, Hart (1961) purports to take into account social practices through such a method.

analysis, one may argue, that provides the input for a legal-theoretic conception of a norm.

Such reasoning would only be successful if membership and inclusion relations were mistakenly treated as equivalent. Selecting those norms that result from a set of complex social practices to generate subsets of legal norms does not make the norms belonging to these subsets complex social practices. When considering such practices, the distinction between the norms, *products* of a complex social practice, and the formulations used to express them remains untouched.

It should be noted that in presenting a philosophical or legal conception stating that norms are not any type of entity no external thesis is held. Indeed, to put forward such a thesis would first involve the provision of criteria for identifying some entities of any kind and then the denial of those entities' existence after the appropriate research. With extensional predication terms, that would clearly result in a contradiction, tantamount to saying "these entities (pointing to such and such things) do not exist". The same point could be rephrased in the set-theoretical vocabulary by saying that the set of norms is empty. The key point of the discussion is to clarify that although it makes sense to assert that there are infinite norms does not to say that they are any kind of entity.

My proposal is to put forward the following conception: it makes no sense to assert the ontological character of norms. What is advocated can be seen as a metaphysical position – a grammatical or conceptual standpoint, depending on the philosophical map in which it is inserted. It is not a true thesis about a material world nor about a world of abstract objects, but a rule of representation, an expression of sense, or a philosophical statement.¹³

If my aim were proving a thesis about an empirical or abstract world, the strategies might be different. For example, I might elaborate a test that proves that norms and norm-formulations do not fit in any ontological and epistemological available classifications. Another strategy could amount 1) to comprehensively examine the treatment of the distinction between norm and norm-formulation in the literature, 2) to consider the ontological commitments for each of these two elements and 3) to prove that under no ontological treatment could norms work as they actually do. But to propose an alternative that allows talking of existence without ontology and that offers the needed concepts is much more problematic. The underlying representation schemes – the concepts that each philosophical work displays and that should be considered – are not consistent with each other and the route of my proposal could only be carried out with partially equivalent elements of such works.

13 See Narváez 2002.

Therefore, I will briefly present:

- a) *précis* of the aspirations of analytical philosophy to rid itself of ontological commitments and the related difficulties;
- b) the problem of treating the concept of norm under the intension / extension scheme of analysis;
- c) an alternative scheme that recognizes that the meaning of what we do is not a matter of entities of any kind, and finally
- d) a purely programmatic proposal to apply this different methodological framework in Legal Theory.

2 AN ASPIRATION OF LOGICAL EMPIRICISM THROUGH ANALYTICAL PHILOSOPHY OF LANGUAGE

The question “What kind of entity are norms?” seems an extravagance, given that we have a much simpler one: “What are norms?”. However, in the framework of the analytical philosophy of language,¹⁴ the two questions deserve different treatments. Following the Medieval logical tradition, the method for dealing with questions such as “What is x?” or “What are the x?” was to use real definitions, and particularly the Aristotelian definition *per genus proximum et differentiam specificam*. The first step consists in identifying a category or general class (the *genus*) to which the *definiens* belongs, the second in pointing out which traits (the *differentiae*) distinguished it from other items in that category. Real definitions aim at defining the true meaning of a name – *definitiones quid nominis* – or the true descriptions of the essential characteristics of an object – *definitiones quid rei*.¹⁵

Those who considered the discussions concerning real definitions to be sterile, envisaged in the new analysis of the relationships between words and meaning by Gottlob Frege, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein and Carnap – among other architects of the linguistic turn – a chance for philosophical progress. These analyses were based on making explicit the meaning of the expressions through verbal definitions, according to which the relationship between words and their meanings is not essential but arbitrary. With verbal definitions, the criteria for the use of words in a language are provided, either through a description of the common usage or by a stipulation. Once the meaning of the words is clarified or established, mere verbal discussions – those in which each contestant attributes a different meaning to the same word – will

14 See Dummett 1982, D’Agostino 1997 and Glock 2008.

15 Cf. Robinson 1954: 152–156, Belvedere et al. 1979: 6–7 and Tarello 1980: 183.

be avoided, it would be possible to increase the knowledge of the object of discussion. More importantly, it will be possible to discover when assertions – understood in light of certain definitions of their terms – are not truth-apt, and therefore should not be incorporated into cognitive or scientific discourses.

The arbitrariness of the relationship between words and meaning is well known in recent history of philosophy, and was strongly advocated in Ferdinand de Saussure's *Cours de linguistique générale*. Note that Saussure's linguistic treatment of the words turned them into an inseparable union of signifier and signified. The signifier was conceived as the acoustic image of the word and the signified as the concept that the sign means. This is important, because what the linguistic relationships (considered as such) made arbitrary was the association of a determined concept or meaning with that acoustic image or signifier, and not the association of a meaning to a word.

In the field of linguistics, the question of whether the equivalence between the signs A and B, in a scheme of the type $A=B$, was correct, was answered in terms of equivalence between languages, as it ordinarily functions in translations. $A=B$ is a correct equivalence if, being A and B different signs, both express the same concept or meaning.

In analytical philosophy this issue became much more complex. Frege started from contemplating the relationship of identity in schemes of the form $A=B$, wondering whether signs or objects were related in them. Evidence in favour of the claim that the relationship was between signs is the different cognitive value of $A=A$ – a tautological expression – and $A=B$ – a contingently true or false expression. If equality relates what the signs refer to, were $A=B$ to be true, its cognitive value should be the same as $A=A$. It seems, therefore, that the relation is established between signs, that is, A and B, names that refer to the same object. The identity of reference would be the justification for the equivalence.

At this point, however, considering the arbitrariness with which the signs refer to objects, Frege understood that the expression $A=B$ just shows the way of designation we use. The information obtained from the equivalence would be purely linguistic. Again, unless A is different from B (where A and B are intended as signs), then the cognitive value of $A=A$ and $A=B$ should be the same. It is necessary, therefore, that the sign, in addition to having a reference – as designated by the sign – has a sense,¹⁶ that is, a certain way of presenting the selected object. Thus Frege concludes that in order for an identity statement to be informative, it is necessary that the difference between signs corresponds to a difference in the way of presenting what is designated.¹⁷

16 See Wienpahl 1950: 483–484.

17 In Anthony Kenny's (1995:127) words: "In 'Sense and Reference', Frege says that a statement of identity can be informative only if the difference between the signs corresponds to a difference in the mode of presentation of what is designated".

Nominative expressions are those signs or sets of signs that have as their reference an object, in a very broad sense, and as their “sense” a particular form of presenting that object. Predicative expressions, in turn, have as their reference a concept or function, and as their sense the incomplete part of a thought that serves as the criterion for determining the truth or falsity of an expression in which a nominative expression appears as an argument of such predicative expression.¹⁸ This statement, however, is somewhat risky, since Frege did not develop any notion of sense for predicates.¹⁹ Predicates or general terms are, in Fregean vocabulary, non-saturated expressions.

Frege’s model is summarized in the following scheme:²⁰

Signs	Sense	Reference
Nominative expressions, logical names, singular terms or saturated expressions	Linguistic form of presentation of objects, Individual linguistic descriptions	Objects
Predicative expressions, logical predicates, general terms or non-saturated expressions	Non-saturated part of a thought or incomplete sense of a thought	Concepts, functions
Sentence expressions, assertive sentences or names of the Truth and the Falsehood	Content or thought	Truth values (objects)

Frege’s construction was interpreted as a model in which signs were understood as names of entities – their references – and this generated some difficulties, among which was the idea that complete assertive sentences were names of truth values. To overcome issues like that, in the paper *Meaning and Necessity*, Carnap, as a key point of his method, proposed to understand ‘an expression, not as naming anything, but as possessing an intension and an extension’²¹

18 Cf. Wienpahl (1950: 486–487): “Frege’s discussion leaves us with the distinction between sense and referent, and with a clear meaning for the latter but none for the former. Since the sense of a sign is distinguishable from the objective elements (referent) and the subjective elements (conceptio, in Frege’s usage) connected with its employment, and since we do not know clearly what sense is, it has been regarded as a subsistent entity”.

19 However, Kenny (1995: 118, n. 9) highlights a brief commentary from Frege’s *Posthumous Writings* (1981: 119): “The unsaturated part of the thought we take to be a sense too: it is the sense of the part of the sentence over and above the proper name”.

20 Frege himself drew a diagram in a letter to Husserl (dated March 24, 1891). About this topic, see Wiggins 1984: 126.

21 Carnap 1947: v.

Carnap maintained that, despite the differences between his work and that of Frege, by whom he was inspired, the Fregean notion of sense (*Sinn*) and his notion of intension were assimilable in non-oblique contexts, while Frege's notion of reference (*Bedeutung*) and his notion of extension worked the same way.

However, the idea that referring led to extra-linguistic elements was not explicitly supported by Frege, while Carnap made it explicit.²² According to Frege, there are two fundamental ontological non-definable categories. In the third column, they appear as references: objects and functions (or concepts). The references of nominative expressions and sentence expressions are objects. The references of predicative expressions are functions or concepts.

The sense of an expression can be understood by a competent user of the language at issue. When we grasp the sense of an expression, we can know which the truth conditions of the corresponding formulated assertion are. But in order to achieve certain knowledge, a reference is needed to reveal the semantic value of the assertion, i.e. its truth value.²³

Frege's considerations about the connection, *via* reference, between language and the world, seem to place him into a realist ontological position, as asserted by M. Dummett:

For Frege, then, we really do succeed in talking about the real world, a world which exists independently of us, and in virtue of how things are in that world that the things we say are true or false: the thoughts that we express are true or false objectively, in virtue of how things stand in the real world – in the realm of reference – and independently of whether we know them to be true or false.²⁴

It has also been claimed that Frege reviled the German idealist tradition of his time, and so such a conclusion is strengthened. However, other considerations do not find it necessary to reach that point.²⁵ Frege himself justifies the need to take into account the reference, appealing to the intention of those who use assertive sentences:

[...] in order to justify mention of the reference of a sign it is enough, at first, to point out our intention in speaking or thinking. (We must add the reservation: provided such reference exists).²⁶

It is curious that Carnap, in developing his semantic method, explicitly recognized the extra-linguistic character of reference while also he claimed that it

²² Carnap 1947: 19.

²³ Carl 1994: 117.

²⁴ Dummett 1973: 198.

²⁵ See Sluga 1977, Resnik 1979 and Carl 1995.

²⁶ Frege 1892: 9.

was possible to treat ontological matters as internal to a linguistic framework. Carnap introduced his model as follows:²⁷

- 4-12. Two predicates *have the same extension* if and only if they are equivalent.
- 4-13. Two predicates *have the same intension* if and only if they are L-equivalent. /.../
- 4-14. The *extension of a predicate* (of degree one) is the corresponding class.
- 4-15. The *intension of a predicate* (of degree one) is the corresponding property.
- /.../ If this is applied to the predicate 'H' in S_1 , we obtain:
- 4-16. The extension of 'H' is the class Human.
- 4-17. The intension of 'H' is the property Human.

One of the main purposes that Carnapian method, made explicit in his 1950 work *Empiricism, Semantics and Ontology*, aimed at reaching was to clarify how language can be used to refer to abstract entities without abandoning philosophical Empiricism. In his opinion, empiricists' fear of embracing more entities than those compatible with their scientific postulates came from not having clearly distinguished between what he called "internal" and "external" questions relative to a linguistic framework. He proposed analyzing talk about these types of entities as a creation of new ways of speaking subject to new norms; that is, he proposed to build a linguistic framework. This would allow separating questions about the existence of new types of entities within the frame -internal questions- from questions concerning the reality of the system of entities understood as a whole -external question-.²⁸

Both the language about things and that about numbers and propositions constitute linguistic frameworks. The acceptance of each of these frameworks implies, in turn, the acceptance of appropriate ways of formulating, contrasting, rejecting or taking as true specific statements.²⁹

Each linguistic framework enables the formulation of internal ontological questions, which will be settled either empirically or logically. Thus, a logical justification will be given to logical issues and empirical justification to empirical issues, depending on the type of theory we are dealing with. When a question arises about the ontological status of the entities incorporated in the linguistic framework, it has an external character. According to Carnap, even if external questions seem to have some kind of priority – because they ask whether the entities at issue possess an independent nature, or whether the class that incorporates them is empty or not –, they are actually pseudo-questions: an appropriate answer to such questions doesn't amount to formulating true or false assertions into a system about the reality of the entities, but to accepting

²⁷ Carnap 1947: 18–19.

²⁸ Carnap 1950: 426.

²⁹ Hence the "principle of critical tolerance", Carnap (1950: 434): 'Let us be cautious in making assertions and critical in examining them, but tolerant in permitting linguistic forms'.

or rejecting the framework as a whole. And this, after all, is a practical concern, not a theoretical one.³⁰

Carnap's proposal involves distinguishing between internal questions, such as "Is every prime number the sum of two even numbers?", and external ones, such as "Do numbers exist?", and arguing that the latter could not receive a theoretical answer, since they can't be understood in the light of any linguistic framework.

3 ONTOLOGICAL COMMITMENT

The ontological commitment is an answer to the question of what we do when we "talk" about some kind of object, by the mere fact of using a language in which we refer, at least apparently, to such an object.

The explanations that allow W.V.O. Quine to criticize Carnap's position are based on the denial of the synthetic/analytic distinction, as presented in *Two Dogmas of Empiricism*. The two dogmas supported by verificationist empiricism were, according to Quine, reductionism (or translatability) and the synthetic/analytic distinction, and these were directly related to each other. The ability to make sense of a statement from the perspective of such empiricism required verification conditions, and these could only be empirical or logical. Thus, to make sense of the expressions by which we apparently do not refer to empirical objects, it is necessary that they can be translated into other expressions whose reference is clearly empirical. An ontological reduction was so achieved through certain semantic norms.

Quine agrees with Carnap in recognizing that it is one thing to ask which entities are assumed by a theory, and another to ask whether certain entities actually exist. However, he contests the way in which Carnap presents the construction of linguistic frameworks. According to Carnap, to build a linguistic framework

The two essential steps are [...] the following. First, the introduction of a general term, a predicate of higher level, for the new kind of entities, permitting us to say of any particular entity that it belongs to this kind (e.g. "Red is a property", "Five is a number"). Second, the introduction of variables of the new type. The new entities are values of these variables; the constants (and the closed compound expressions, if any) are substitutable for the variables. With the help of the variables, general sentences concerning the new entities can be formulated.³¹

Quine argues that given this construction there are two ways of understanding the question "Are there any such and such things?" The first, consists in con-

30 Carnap 1950: 432.

31 Carnap 1950: 429–430.

sidering it external: according to Quine, a categorial question is normally posed before building the linguistic framework, and concerns the desirability of new linguistic forms. The second way consists in constructing it as an internal issue, a subclass question, because it does not exhaust 'the range of a special style of bound variables'.³²

But categorial questions can become subclass questions by means of stratification: what is an external or categorial matter can become an internal or subclass matter. According to Quine, the same Carnap would not deny this triviality; but that goes against what the German philosopher attempts to prove: statements that are usually considered ontological claims, such as "physical objects exist" or "there are classes", are merely analytical (or contradictory) statements in a given linguistic framework.³³ This is precisely what constitutes the second dogma of empiricism: statements of a certain kind, analytical statements, are confirmed for logical reasons.

According to Quine, accepting that the debate about the usefulness of a linguistic framework is a pragmatic question of tolerance fails to achieve the two intended purposes. It neither allows us to enjoy the systematic benefits of abstract objects without having to endure these same, nor substantiates the idea that the acceptance of such objects is a linguistic convention somehow distinct from serious opinions about reality.

The way to avoid the ontological commitment, says Quine,³⁴ has been based on holding the synthetic-analytic distinction, as if there were cases of statements whose truth depends solely on language: but this is not possible. From the empiricist point of view, the way to understand the truth of statements is to consider that it depends partly on a linguistic component and partly on a factual one. In his words, 'in the extreme case that the only thing that matters is the component language, the statement is analytic',³⁵ and this is the case with 'physical objects exist' and 'classes exist' when analyzed internally without semantic ascent.³⁶

In short, both Quine and Carnap could agree that to admit a type of entities is to decide to quantify variables that take such entities as values.³⁷ In Carnap's opinion, however, this has never been a factual question, but rather the choice of a linguistic framework or of an appropriate conceptual scheme. From Quine's point of view, instead, distinguishing the ontological question – about what

32 Quine 1966: 207.

33 Quine 1966: 210.

34 Quine 1966: 203: 'When I inquire into the *ontological commitments* of a given theory, I am merely asking what, according to that theory, there is'.

35 Quine 1951: 461.

36 The holistic position of Quine (1951: 452) has the same bases.

37 Quine 1953: 39 ss.

there is³⁸ – from about the convenience of accepting a linguistic framework, is a dogma: the distinction must rather be understood as a matter of degree along a continuum.³⁹

4 THE PROBLEM: NORMS AS ENTITIES

Given this philosophical frame, the problem that the reification of norms generates is ultimately as follows. We need to distinguish between norms and norm-formulations because the same formulation can express different norms, and the same norm can be formulated in different ways. If the norm is not the sentence, text or formulation that expresses it, it will be something else, and that will depend on the concept of norm in place. If we assume Carnap's semantic model, once we determine intensionally the predicate "norm", we will need to specify what integrates the corresponding class, but it would be useless to merely say that the class of norms contains norms. When asked to give instances of norms, we have no choice but to offer normative formulations. However, normative formulations are not norms. By keeping the distinction between the expression (norm-formulation) and the expressed (norm) – whatever belongs to the extension of the predicate "norm" – we are lead to an infinite regress. To avoid this result, the concept of norm must be modified so as to norms could be not linguistically formulated, and consequently grasped through some (bizarre) methods. Actually, the occurrence of this infinite regress is another version of the philosophical problem of rule-following,⁴⁰ and the reason why that does not occur in extensional cases is that a clear difference between the identification criteria and individuation criteria is in place.⁴¹ Notice that very often we talk about the identity of ob-

38 In Quine's view, "what is there?" expresses the simplicity and complexity of the ontological problem. Cf. Quine (1970: 189): 'A curious thing about the ontological problem is its simplicity. It can be put in three Anglo-Saxon monosyllables: "What is there?". It can be answered, moreover, in a word – "Everything" – and everyone will accept this answer as true. However, this is merely to say that there is what there is. There remains room for disagreement over cases; and so the issue has stayed alive down the centuries.'

39 Cf. Quine (1951: 462): 'Carnap, Lewis, and others take a pragmatic stand on the question of choosing between language forms, scientific frameworks; but their pragmatism leaves off at the imagination boundary between the analytic and the synthetic. In repudiating such boundary I espouse a more thorough pragmatism. Each man is given a scientific heritage plus a continuing barrage of sensory stimulation; and the considerations which guide him in warping his scientific heritage to fit his continuing sensory promptings are, where rational, pragmatic.'

40 This version of the problem of norm-following is more akin to that presented in 1982 by Caracciolo 2009.

41 The study of evidence in Criminalistics and Forensic Sciences differentiates between class characteristics (identification) and individual characteristic (individualization). To identify

jects as provided by definitional criteria for the use of words, but epistemically there is a huge difference between offering a criterion of identification of a type of object and to offer a criterion of individuation of one of those objects among the others of the same type.

If we try to use Carnap's method regarding the predicates "norm" and "norm-formulation" an obvious starting point is to accept that they are neither extensionally nor intensionally equivalent. We can try some semantic substitutions so as not to limit ourselves to consider that the intension of the predicate "norm" is the property of *being a norm*, that is, we can stipulate some definitions.

Concept of norm (1)

Intension of the predicate "norm": Normative qualification of an action or state of affairs.

Extension of the predicate "norm": The class of normative qualifications of actions or states of affairs.

Concept of norm (2)

Intension of the predicate "norm": Interpreted norm-formulation.

Extension of the predicate "norm": The class of interpreted norm-formulations.

Concept of norm (3)

Intension of the predicate "norm": Interpretation of inscriptions.

Extension of the predicate "norm": The class of interpretations of inscriptions.

Now we need to provide, albeit tentatively, normative qualifications of actions or interpreted norm-formulations, or interpretations of inscriptions, to be treated as members of the class at issue (or, in the Fregean vocabulary, references of the nominative expression "norm"). Let the list be represented by:

"Smoking is prohibited"

"No smoking allowed"

"[...]"

Concept (1)

The members of the list, by virtue of being members of the class of norms, cannot be descriptive statements or propositions. But, more importantly, neither

the remains as human through certain characteristics and to individualize those remains as Sara's corpse through DNA testing can exemplify the main idea. Kaye 2009.

can they be norm-formulations. The class (extension) of norms cannot contain norm-formulations as its members. Furthermore, we cannot treat this class as extensionally equivalent to the class of norm-formulations precisely because the starting point of the distinction is the lack of correspondence between norms and norm-formulations. Yet undoubtedly the list as such is nothing more than a set of norm-formulations.

Concept (2)

This second concept makes the class of interpreted norm-formulations a subset of the class of norm-formulations. We already know that this means that in a universe of discourse consisting only of norm-formulations, a partition has been made between those that have been and those that have not been interpreted. The above list could be something like the subset of articles on a legal text on which interpretations have been performed, but not the interpretations themselves. With this definitional change we could say that the class of norm-formulations contains uninterpreted formulations and the class of norms contains interpreted formulations. But now we have to specify the relationship between the two classes, which cannot be coextensive. If the class of interpreted formulations is a subset of the class of formulations, they are still formulations.

Concept (3)

Here we have a class of interpretations that results from assigning a meaning to each norm-formulation. However, we have again a list of expressions formulated in a language, and the starting point obliges us to distinguish an expression from its sense.

That characteristic of norms (and legal norms), that norm-formulations and what they express are two different things, can in fact be found in all areas of social life. Heuristically, we can consider an analogy between norms and jokes⁴² to clarify the *non-entity* character of norms. It is noteworthy that establishing an analogy cannot count as the defense of a homology. This is important because in the study of intensional issues, requiring an analogy to behave as a homology does produces perennial philosophical problems (or conceptual cramps).⁴³

In the case of jokes too it's possible to distinguish the formulation of a joke from the joke itself: in fact, we can tell the same joke in different ways. We can also endorse a semantic substitute – a specific intension – for the word “joke”, e.g. “pleasantry”, “sally”, or “brief narrative or set of words that makes me laugh”. If we want, we can say that these semantic substitutes are different meanings of the word “joke”. But by saying that, no decision has been made about the

42 Besides jokes, this claim would also be valid for beliefs, intentions, desires or misunderstandings.

43 As an example of this type of problem, we can see what in the field of deontic logic has made the analogy between alethic and deontic operators.

equivalence between the concepts of joke; it could be the case they express the same concept of joke or not. These substitutes may be different interpretations of the *same* concept or expressions of *different* concepts. We will return later to this issue.

Let us consider the well-known joke about philosophers:

Causes of death of philosophers:

Frege: Fell under a concept

Ockham: Shaved beyond necessity

Paley: Bad design

/.../

Although I can tell the same joke – a joke (sense) in different ways (through different signifiers, different languages or different words) – I cannot individualize the joke without resorting to some sense: otherwise there would be no joke.

In addition, whether you are telling the same joke or not does not depend on the abstract nature of any entities. A different version of a joke can be told, but if it is similar enough to the first version, it does not surprise us and does not make us laugh like we did when we first heard the slightly different version of the same joke. We say then that we don't laugh because we already know the joke.

It is possible to conduct empirical research on jokes – on practices where jokes are told, invoked, named – to offer explanations of why an occurrence makes us laugh, and to naturalize their study.⁴⁴ Yet note that what is not part of such a kind of research (as a scrutinized entity) is a sense. As in the case of norms, we can continue to insist that the jokes have an abstract character, as do propositions or numbers. With this insistence, we create the illusion of two independent – and related – entities. Invoking the abstract character or intensional nature of anything is, again, only done in order to claim that what matters is its significance or sense: no entity is needed.

5 EXTENSIONAL AND INTENSIONAL ASPECTS OF WHAT WE TALK ABOUT

Carnap said his proposal was sufficiently in agreement with customary usage,⁴⁵ and maybe after having been used for sixty years in countless philosophical works this has come true. Nevertheless, I guess that considering predi-

⁴⁴ This is what is done, for example, in works such as McGraw & Warren 2010.

⁴⁵ Carnap 1947: 19.

cates as names of extensions by virtue of their intensions can be confusing. A very different intuition would allow us to distinguish extensional and intensional aspects of *what we talk about*. What we talk about has intensional and extensional aspects, but the *meanings* of the expressions we use to talk do not. Otherwise we would be treating what *we express and refer to with* our words as the *meaning of our words*. Of course if there is anything that can be expressed with our words, it is the meaning of our words: but that has no social, political, or legal interest, and it barely has philosophical relevance.

To put it another way, the problem⁴⁶ consists in having treated the schemes of Frege and Carnap as similar. For Frege, “norm” as a nominative expression (singular term) refers to an object, but “being a norm” as a predicative expression (general term) refers to a concept. For Carnap, “norm” and “being a norm” are predicates that, depending on their intensions, will have one or another extension. According to Carnap, the scheme of a membership criterion to an extensional class, which serves as identification criterion of the entity in question, should be different from the criterion for the individuation of the entities within the class.⁴⁷ Yet this methodological demand cannot be satisfied when abstract entities are in question. Norms and jokes cannot be identified without being individuated; purely intensional reality cannot be identified without being individuated: I cannot identify a norm without individuating it, I cannot identify a joke without individuating it.

How has this been done in Legal Theory? On one hand, by using formal notations: by letters that function as names or symbolic substitutes representing norms. Expressions like “the norm N1” or “N1” serve to exemplify and individuate norms. On the other hand – as it happens in ordinary language without difficulty – by identifying texts with extensional criteria: from the code of Hammurabi – a piece of diorite 2.4 meters high – to art. 427 of the Treaty of Versailles – the written text located after the number 427 in a document, identified extensionally.

Am I simply saying that predicates, concepts, or meanings are not extensional? This was already known. The problem is to keep looking for the entities named by words: if we need entities that cannot be extensional, let them be abstract. The point is that we do not need entities of any kind if we do not treat the reference of the word “norm” as an object or set of objects, or if we do not look for entities integrating the extension of the predicate “norm”.

46 The price Legal Theory paid for such confusion is known as the problem of the *semantic sting*.

47 Thus when, for obvious reasons, an empiricist rejects such entities, he looks for as many empirical entities as possible that he considers related to what he wants to talk about – that is to say that the empiricist is committed to the naturalization of his theories. See Haack 1993 about the different aims involved in the task of naturalizing philosophy.

What is advocated here is that what we talk about involves both extensional (matter, energy) and intensional (meaning or sense) aspects, but that the predicates we use when talking are not names of extensional or intensional entities. It is very curious that the arbitrary character of the “acoustic images” of words in natural languages can be used as the basis for answering ontological questions. As Saussure held, signifiers that are used to convey meaning in language are arbitrary, but concepts are not. Concepts are contingent, not arbitrary, and like any other aspect of social reality, dependent on the occurrence of certain social processes. We have the concepts we do, but we could have had others. Not only has the logical empiricist confused the arbitrariness of signifiers with the contingency of concepts, but so also has the culturalist who extracts colorful ontologies from narratives and discourses. We neither build Kock’s bacillus by language⁴⁸ nor discover the transmission of tuberculosis from definitions.

It is true that in using language we name entities for which we have identification criteria: but we primarily identify senses. That is, we understand what we see, hear, or read, and understanding is not produced by coming into contact with entities.

To avoid the problems caused by the type of conceptual analysis with a “concept of concept” that separates words, meanings and entities, we can resort to the notion of internal relation between meaning and cases of correct use of words.

The internal relationship is established between:

A. What we talk about

B. Extensional aspects of what we talk about: The extension eventually involved in what we talk about.

C. Intensional aspects of what we talk about: The sense we give to it or that it has.

With regard to A, the relevant question here is *what* we talk about (*aboutness*): this table, or tables, this mountain or mountains, a belief or beliefs, a legal norm or legal norms, a joke or jokes. But I can also talk about the tables that are sold at very low prices in Ikea, a mountain I would have liked to climb, the legal norm that the judge would not apply in that case, or the jokes about the causes of deaths of philosophers that run around the internet. The productivity of language always allows us to create new concepts or senses. But the productivity of language cannot generate extensional entities.

With regard to B, what we talk about can have extensional aspects or not. Tables can be made of wood or plastic, while beliefs and norms are not material.

48 A curious case can be found in Latour 2000.

With regard to C, what we talk about certainly has sense for someone. The sense is shown, for example, by replacing words with equivalent words according to someone's view.

We establish semantic equivalence relations, which are usually partial and temporary, between what we talk about and the sense we give to it. But we do not establish such equivalences for semantic reasons. Transformations of those equivalences in language are what determine, in effect, that the extensional aspects of what we talk about are how they are. So we can also talk about fiction, or about what does not exist. Of course, such transformations allow us to speak of both substitution and evolution in the concepts, and criteria for deciding when a substitution or change has taken place are not immanent to language.⁴⁹

The word-meaning-entity scheme not only hinders the debate on the theory of norms, but is also a source of other philosophical puzzles. Both the paradox of the constitution and the paradox of analysis, as well as the rule-following problem, are based on the maintenance of this scheme.

Regarding the paradox of the constitution, the problem is that the predicate "being a sculpture" is not extensional, although sculptures have an extension. Everyone understands that sculptures are extensional⁵⁰ and that the concept of sculpture is intensional: but we fall prey of an equivocation when we say that the extension, the materials from which the sculpture is made are not what constitutes its being a sculpture because "being a sculpture" is not the same as "being the material the sculpture is made of". Of course not: they are two different predicates – although they could become equivalent predicates in a language (for a subject or a community) for reasons that may be explained.

In the case of the paradox of the analysis, the problem is similar to that of the constitution. If in the analysis A expresses the same as B, the analysis is trivial, but if it does not, then it is wrong. What is wrong, as we have seen, is to hold that "being a sculpture" expresses the same as "to be the material of which the sculpture is made": it will certainly never be trivial to provide a full or partial sense equivalent of "being a sculpture".

The rule-following problem is solved by clarifying the internal relationship between a rule and its application – in our case, between the rules for a correct use of the predicate "being a sculpture" and their application to sculptures. That relationship, which can be read as the fact of constituting an instance of statue, cannot be found in the material stuff the statue is made of, but in the way we

49 The reason why Frege's "concept of concept" does not work for natural language – which we know he did not intend it to – is its complete assimilation with the concept of function: 'What, in the function we call non-saturation, in the concept we can call it, its predicative nature.' Frege 1892–1895: 119.

50 When new technologies make sculptures with holograms, the extensional character of the identification will work in the same way.

correctly treat it. The internal relationship between stating something and the correct cases of identifying that something, or between norms and their cases of application, is not fixed, but shown by use (giving opinions, making judgments, etc.). Interpretations, for example, are offered as a justified replacement of one expression of the norm by another. Knowing what norms are expressions of is shown in the cases we call “following the norm/rule”. But this cannot be proven by the inspection of extensional aspects of what you do, say, or write.

The lack of extensionality in internal relations does not prevent intensionality from providing real constrictions. Indeed, internal relations are very powerful limits: they are limits to our understanding. I can say that, for some people, bullfights are cultural and artistic expressions, while for others they are expressions of cruelty and mistreatment of animals. But I have to be able to extensionally identify what is going on as one thing or the other, something that can be seen under both considerations, and that is not always possible. For example, if

(1) the relationship between “bullfight” and “cultural and artistic expression” is internal (for someone, in a context, ...etc.), and

(2) the relationship between “cultural and artistic expression” and “expression of cruelty and mistreatment” is exclusionary (for someone, in a context, ...etc.), then

(3) a “bullfight” cannot be considered (seen, understood, perceived as...) an expression of the cruelty and mistreatment of animals.

6 METHODOLOGICAL PROGRAMME: LAW AND LEGAL THEORY WITHOUT ENTITIES

Requiring Legal Theory not to reify norms for philosophical reasons could be criticized as practically irrelevant. Who cares if legal theoretical models reify norms?! If legislators, judges, or the police will continue doing what they do, fulfilling this request would only serve to modify specialized academic programs or sell new textbooks.

I think that a methodological proposal for a Legal Theory that rules out the reification of legal norms and that fits in turn into ordinary practices of legal training is useful not only for a better understanding of legal practice but also in empowering the agents participating in it. Here I would just sketch some programmatic lines of a renewed agenda.

The program has to make viable the dynamic identification of legal correctness and incorrectness. That means an identification of a constructed legal normativity that is always questioned and mutable in “real” interaction processes where “legal elements” are present. By “real” interactions I mean that their

effective implementation gives life to the transactions experienced by certain individuals, in specific areas and with concrete problems. In turn, saying that “legal elements” are present in such interactions involves the invocation of legal formal categories by those individuals.

More contested is the characterization of normativity as a central aspect of social practices. Generally speaking, when something has a normative character, it is subject to judgments of correctness and incorrectness. Our available semantic substitute for “norm”, because it involves less theoretical commitments, is “normative qualification of actions”. If we think about who made these qualifications, when and how they are performed, in which circumstances they are welcome, how are they secured, what the reactions of those who ignore them are, in which cases they are suspended or excepted, then we are performing a dynamic identification of norms, that is, considering a normative practice as a process of negotiation of sense. Of course, all our social activities participate in this dynamic.

In the case of law, relevant qualifications are generated through formalized institutional processes, but that is always a starting point and not a destination, because the concrete ways of using those qualifications are settled in interactions and negotiations of a very diverse nature.

The identification of normativity (of correctness and incorrectness) allows us to understand the sense of the practice that participants are generating in a dynamic and open way. This may appear homogeneous or dispersed in the light of the standards used by researchers, which are always located in their own space of normality.⁵¹ Therefore, the subjects involved and the spatial and temporal context to be taken into account in negotiations about meaning will be marked by specific interest.⁵²

The data of interest in this area has an intensional nature and are the result of taking into account shared beliefs, mutual expectations, or second order beliefs – that is, the result of knowing the attitudes of individuals, their claims and commitments.⁵³

A conception of law that takes as its focal point the normative qualification of actions (with different backgrounds, lifetimes, purposes) that are invoked, dealt with and negotiated by a community, will have to face an obvious challenge. Is a similar conception “legal”? Are we not dealing with a case of gen-

51 Generally, interest in normal conditions comes from the breakdown of such conditions. The so called “Hidden Normality” is detected when it disappears unexpectedly. But this is an issue that is part of the researcher’s epistemological apparatus. For an analysis of the role of conditions of normality in the context of the construction of agents’ identity, see Medina 2006: 154–165.

52 Cf. the chapter “On the Chronology (and Topology) of the legal” in Melissaris 2009: 129–149.

53 See Narváez 2004: 336–341. Bicchieri 2006: 8–28. Melissaris 2009: 109–127.

eral sociological knowledge?⁵⁴ The relevance of that challenge is based on the point criticized here, the reification of norms: the assumption that “norm” is a term that applies to entities that have discrete character, are countable, and can be used in expressions like “/.../, a new norm”, “/.../ two norms”, “not so many norms” etc., has been incorporated into legal theory beyond the expressions’ metaphorical value. Such an assumption, in turn, makes it possible to classify norms into partitions, creating subsets of moral, legal, social, grammatical, and chess norms, among many others. But, as I said, to assume these traits would require two conditions to operate in research on legal norms.

The first is the establishment of identification criteria: what is a legal norm? The second is to count on individuation criteria: what differentiates a legal norm from any other norm, legal or not? Whenever we face extensional realities (physical objects, empirical entities), we can count on classification systems that allow us to individuate entities extensionally: what differentiates Earth from any other planet is (at least) its spatial-temporal location. But given the intensional character of norms (and also of jokes, greetings, misunderstandings, insults, etc.), we are faced with a dilemma that fosters the distinction between norms and normative formulations. We can use an extensional criterion of individuation – say a written sentence, a spoken word, an inscription: in which case the purpose of individuation is thwarted inasmuch as all such empirical entities are open to more than one single attribution of sense. Alternatively, we can use an approach that points to the sense of that entity, in which case we can no longer treat norms as “discrete objects” of knowledge or packages of meaning. As I said, this difficulty is a legacy of combining semantic empiricism and conventionalism, with an epistemology based upon the linguistic turn.⁵⁵

Since Legal Theory aims at the study of legal norms and not other types of norms (otherwise it would be purely sociological research), it seems that the legality can only be marked by the presence of formal characteristics, as would be the existence of a legislative text and its mention-invocation in reasoning and justification. Yet, as we said, this is insufficient, because multiple interpretations are assignable to such texts (codes, sets of provisions, guidelines, or catalogs). If, as here understood, all our practices participate in normative dynamics, it seems that we need a criterion of “demarcation”. A plurality of conflicting normative qualifications, used, questioned, negotiated in processes to

54 This is a strong demand in the study of legal pluralism: ‘Where do we stop speaking of law and find ourselves simply describing social life? Is it useful to call these forms of ordering law? In writing about legal pluralism, I find that once legal centralism has been vanquished, calling all forms of ordering that are not state law by the term law confounds the analysis. The literature in this field has not yet clearly demarcated a boundary between normative orders that can and cannot be called law.’ Merry 1988: 878–879.

55 Cf. Winch 1958: 21.

achieve solutions seems to have to be explained and understood avoiding the problem of “demarcation”. However, could we not adopt the inverse approach? Why shouldn’t the study of the interactions that take place within the scope of the application of law be legal? What the application of law is or is not is also negotiated in producing legal sense.

It must be recognized that the possibility to make *everything* and *nothing* legal in a particular socio-political context comes from a characteristic of intensional domains. According to the received view in Legal Theory, we can use three analytical categories: the expressions, their sense, and the objects to which these expressions refer. The existence of such objects does not depend in any way on the availability of meaningful expressions to name them. However, when this model is applied to the analysis of intensional reality, that is, its meaningful aspects, the use of these three categories just creates problems: rules, jokes, (greetings, misunderstandings, or insults) depend entirely on meaningful expressions by which we invoke the normative existence of the very intensional reality we are analyzing.

If we want to say that different concepts of law refer to different normative practices/institutions, choosing among these concepts has to be done – and justified – for pragmatic, evaluative, or ethical reasons, but not because we recognize pre-existing entities. There is nothing outside of the practice of ascription and recognition of legal status that can count as a criterion of demarcation. What is at stake is to recognize to what extent a practice is legal while building its legal dimension. Yet this type of dispute only occurs when the recognition of the legal dimension is not automatic and invisible, or when decisions cease to converge, or, as is more usual in this context, when new agents claim their participation in this process.

Acknowledging that a formally legal normative qualification is just the same type of normative qualification as any other, is not equivalent to admitting that it is just a social qualification like any other.⁵⁶ It seems to be crucial to settle whether the norms are a general class and legal and social norms subclasses, or whether social norms are the general class and legal norms a subtype, just because both law and sociology have reified the reference of “norm” and produced different universes of discourse. However, the concurrence of and competition between producers of normative qualifications, ways of solving legal conflicts and assigning legal statuses, and the recognition of legal facts, take place in the social arena, within communities. In addition, production and decision range from micro-local to macro-global levels, and the former supremacy of the middle-state level is now questioned as many other structures were questioned before. Such a challenge has been incorporated into parcels of more specific legal

56 See the project of self-sufficiency without autonomy for law in Croce 2012.

doctrines as clearly happened with Administrative Law,⁵⁷ Commercial Law,⁵⁸ and Tort Law. The middle space of state production is seen, then, as too affected by the global environment to be autonomous and has a decreasing incidence in multicultural local environments.

However, this whole scenario is the result of using certain representation schemes that can be modified to take relevance away from the demarcation question. In general, we use extensional schemes to characterize intensional realities without even noticing it. We think we are able to point to social or legal references by selecting sets of circumstances with certain characteristics, in the same way we point out natural references as sets of entities, located in space and time, with certain properties. Of course, social or cultural “objects” have an impact on physical extensions of all kinds; but the point is that the recognition of their “existence” takes place in the very normative practices on which their existence also depends.⁵⁹

Using the rationale that understands norms as normative qualifications of actions, all one admits is that judgments of correctness and incorrectness are issued. There is neither qualification of correctness without a subject that sustains or has sustained it⁶⁰ nor correct/incorrect qualifications without a social community that assumes or rejects such qualifications. Actually expressing a norm, like expressing a meaning, is something done just derivatively, through texts. In practice, we follow procedures to recognize such qualifications and their authorship, although these can be questioned in turn. These qualifications can be maintained, presupposed, invoked, and used in a totally invisible way. Yet, in certain circumstances, the diversity of agents, the heterogeneity of interests, and the divergent understandings of narratives about past and present situations or future projects put the aforementioned invisibility at risk.⁶¹ Notice that my reconstruction does not constitute a causal or functional explanation. I do not claim that heterogeneity or divergence generates, produces, or causes the visibility of conflicting normative qualifications, but rather that the presence of conflicting normative qualifications is identified as an expression of

57 This would apply, for example, to studies on soft-law, self-regulation, governance, etc.

58 This would be the case, for example, for studies on the new *Lex Mercatoria*.

59 This position is not similar to Edoardo Fittipaldi's normative solipscism. See Fittipaldi 2012: 9–18, where the author uses extensional vocabulary in order to “situate” the said entities, even though he treats normative ontologies as psychological. “[L]egal realities exist exclusively *in* the psyche of each individual”, “/.../ legal realities exist only *in* the psyches of each of us...” (Fittipaldi 2012: 10–11).

60 This duality (good / bad), however, is not equivalent to Teubner's binary code legal / illegal, which he says is not exclusive of national law. Cf. Teubner 1992: 1451.

61 When speaking our native language, we are keeping one of these qualifications by putting an adjective in the correct position in a sentence.

those diversity, heterogeneity, and divergence.⁶² The interactions by which the relevance and content of this plurality is decided may be configured by elements which are diverse in origin. Thus they are considered from a particular located position and understanding. This will offer or divert some presence to the legal, and that will be realized in these very processes, hence its dynamic character. This requires a kind of judgment that seems to defy the meta-theoretical sense of legal research: a controversy can start over whether this or that is a new legal form of market regulation, or a non-legal one, or even if it is not a form of regulation. What happens is that even though it makes sense to speak of a meta-language when the object of that language is another speech, there is no way of having meta-practices: a “practice about a practice” is, if it is something, the very same practice.

The reason why this methodology does not close the door to categories and practices that are typically legal, is the evaluative weight of the term “legal”. As Mariano Croce says: ‘What is at stake here is the stock of symbolic power that is inevitably linked to the term ‘law’.⁶³ No group negotiating its position in a dynamic normative conflict – or self-evaluating its position as deserving insufficient recognition– will stop trying its claim achieves legal significance,⁶⁴ and that will continue as long as the legitimate monopoly of force, with its final effectiveness, remains in legal authorities.

When that is not the case, that is, when the satisfaction of the claim does not require the presence of legal elements, no one asks for recognition of legality, although such recognition could be asked for expressive reasons. Notice that the satisfaction which I refer to here has nothing to do with maximizing one specific type of achievement. It can be either symbolic capital or justice. Not only could it be explored if an interaction is built around normative qualifications that originate from institutional legal production methods, but the answers to be provided must be understandable and bearable by a legal environment if the reversal of the *status quo* is to have legal recognition.

62 A statement like “Conflicts are an expression of divergent interests” is not a theoretical statement, but the expression of a conception or a representation norm, that is, it functions as a partial definition of the expressions involved. It could also be seen as an analytic judgment from a Kantian perspective, where the predicate “being an expression of divergent interests” integrates the subject “conflicts”. See Narváez 2004b.

63 Cf. Croce 2012: xv.

64 The achievement of legal significance, like all intensional issues, is not verified by discovery, but constructed by social interactions. So either there is agreement about what does it mean to have legal significance (for example legal significance is achieved when Parliament passes a law that recognizes the rights x, y and z), and the point is to reach that situation, or the status to be modified counts as having legal significance. This task is often seen as part of judicial activism in case law systems, but also when courts are obliged to follow mandatory judicial interpretations from other superior courts.

Conceptions of law that pay attention to social practices⁶⁵ are best positioned to understand legal phenomena in the way outlined here. A conception of legality that is serious about the contingency of sense, its fragility and mutability will stop us from looking outside ourselves for justification and help us to take responsibility. The consolidation of new internal relationships between what we say, what we do and what is going on is usually detected when it is too late to change them, because their mechanisms of construction go hand in hand with our ability to detect changes. We detect what we see, and it is easier to see what we don't expect to see up there.

—**Acknowledgments.**— I wish to thank Sebastián Figueroa and Pablo Rapetti for their valuable help; I would also like to thank Nicola Muffato for his intensional generosity and extensional support.

References

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. New York/Wien: Springer (Library of Exact Philosophy).
- , 1981: The Expressive Conception of Norms. *New Essays in Deontic Logic*. Ed. Risto Hilpinen. Dordrecht/Boston/London: Reidel. 95–124.
- Gordon P. BAKER & Peter M. S. HACKER, 1984: *Scepticism, Rules and Language*. Oxford: Blackwell.
- , 1985: *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity. Volume II of an Analytical Commentary on the Philosophical Investigations*. Oxford/Cambridge: Blackwell.
- Reza BANAKAR, 2009: Law Through Sociology's Looking Glass. *The ISA Handbook in Contemporary Sociology*. Eds. Ann Denis & Deborah Kalekin-Fishman. London: SAGE. 58–73.
- Mauro BARBERIS 1990: *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- George BEALER, 1998: Intensional Entities. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Craig. London: Routledge. URL: <http://www.rep.routledge.com/article/X019> (May 13th, 2013).
- David BELL, 1996: Objectivity. *A Companion to Epistemology*. Eds. Jonathan Dancy & Ernest Sosa. Oxford: Blackwell.
- Yemina BEN-MENACHEM, 1998: Explanation and Description: Wittgenstein on Convention. *Synthese* 115 (1998) 1. 99–130.
- Ricardo CARACCIOLO, 2009: Conocimiento de normas. *El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 133–145. First presented in: “Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho”. La Plata, October 1982.
- Wolfgang CARL, 1994: *Frege's Theory of Sense and Reference. Its Origins and Scope*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rudolf CARNAP, 1934: On the Character of Philosophic Problems. *Philosophy of Science* 1 (1934). Baltimore: The Williams and Wilkins Company: 5–19. Also published in: *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method. With two Retrospective Essays*. Ed. Richard M. RORTY. Chicago/London: The University of Chicago Press [1992]. 54–62.
- , 1947: *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Chicago: The University of Chicago Press.
- , 1950: Empiricism, Semantics, and Ontology. *Revue Internationale de Philosophie* (1950) 4. 20–40. Quoted from: *Analytic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 425–435.
- Pompeu CASANOVAS, 1999: *Pragmatics and legal culture: a general framework*. Barcelona: UBA.

65 Villa 1993.

- Mariano CROCE, 2012: *Self-Sufficiency of Law. A Critical Institutional Theory of Social Order*. New York/London: Springer.
- Franca D'AGOSTINI, 1997: *Analitici e Continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milano: Raffaello Cortina.
- Jonathan DANCY & Ernest SOSA (Eds.), 1992: *A Companion to Epistemology*. Oxford: Basil Blackwell.
- Mario DE CARO & David MACARTHUR (Eds.), 2010: *Naturalism and Normativity*. New York: Columbia University Press.
- Pablo DE LORA, 2010: Corridos de toros, cultura y Constitución. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33. 739–765.
- Michael A. E. DUMMETT, 1973: *Frege, Philosophy of Language*. London: Duckworth.
- , 1978: Frege's Distinction Between Sense and Reference. *Truth and Other Enigmas*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 116–144.
- Kit FINE, 2002: *The Limits of Abstraction*. Oxford: Oxford University Press.
- Edoardo FITTIPALDI, 2012: *Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Frame of Leon Petrażycki's Theory of Law*. Milano: LED.
- Gottlob FREGE, 1891: Funktion und Begriff. Eng. translation: Function and Concept. In: *Translations from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*. Eds. Peter Geach & Max Black. Oxford: Basil Blackwell [1960]. 21–41.
- , 1892: Über Sinn und Bedeutung. In: *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* 100 (1892). 25–50. Quoted from: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 7–18.
- , 1892–1895: Ausführungen über Sinn und Bedeutung. In: *Nachgelassene Schriften*. Eds. Hans Hermes, Friedrich Kambartel & Friedrich Kaulbacheds. Oxford: Blackwell [1979]. 118–125.
- , 1918–1919: Der Gedanke. Eine logische Untersuchung. *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*. 1. 58–77.
- Riccardo GUASTINI, 1992: *Dalle fonti alle norm*. Torino: Giappichelli.
- , 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- , 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Susan HAACK, 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*. Oxford: Blackwell.
- Bob HALE & Crispin WRIGHT, 1996: *A Companion to the Philosophy of Language*. Oxford: Blackwell.
- H.L.A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Jacek JADACKI, 2013: *Being and Duty. The Contribution of 20th Century Polish Thinkers to the Theory of Imperatives and Norms*. Kraków: Copernicus Center Press.
- David H. KAYE, 2009: Identification, Individualization and Uniqueness: What's the Difference? *Law, Probability & Risk* 8 (2009) 2. 85–94.
- Anthony KENNY, 1968: Cartesian Privacy. *Wittgenstein: The Philosophical Investigations*. Ed. George Pitcher. London: Macmillan. 352–370.
- Razmig KEUCHEYAN & Gérald BRONNER (Eds.), 2012: *La théorie sociale contemporaine*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Saul A. KRIPKE, 1980: *Naming and Necessity*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 1982: *Wittgenstein. On Rules and Private Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- Cooper H. LANGFORD, 1942: The Notion of Analysis in Moore's Philosophy. *The Philosophy of G.E. Moore*. Ed. Paul Arthur Schilpp. La Salle, Illinois: Open Court. 321–342. Quotation pages from: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 403–413.
- Bruno LATOUR, 2000: On the Partial Existence of Existing and Non-existing Objects. *Biographies of Scientific Objects*. Ed. Lorraine Daston. Chicago: Chicago University Press. 247–269.
- Peter McGRAW & Caleb WARREN, 2010: Benign Violations: Making Immoral Behavior Funny. *Psychological Science* 21 (2010) 8. 1141–1149.
- José MEDINA, 2006: *Speaking from Elsewhere: a New Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*. Albany: State University of New York.
- Emmanuel MELISSARIS, 2009: *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Farnham/Burlington: Ashgate.
- Sally E. MERRY, 1988: Legal Pluralism. *Law and Society Review* (1988) 22. 869–896.
- Edward H. MINAR, 1991: Wittgenstein and the "Contingency" of Community. *Pacific Philosophical Quarterly* (1991) 72. 203–234.
- Maribel NARVÁEZ MORA, 2004a: Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho. *Análisis e Derecho* (2001–2003). 211–240.
- , 2004b: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

- , 2006: Las Expresiones de *lege lata* en tanto que creencias ajustadas a derecho. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*. Ed. Christian Courtis. Madrid: Trotta. 231–258.
- , 2010: Detectando concepciones. El test de la negación. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33, 553–569.
- David NELKEN, 1984: Law in Action or Leaving Law? Back to the Beginning in Sociology of Law. *Legal Studies* (1984) 4, 157–174.
- David PEARS, 1967: Is Existence a Predicate? *Philosophical Logic*. Ed. Peter Strawson. Oxford: Oxford University Press [1967]. 97–102.
- Philip PETTIT, 1990: The Reality of Rule-Following. *Mind* (1990) 99, 1–21.
- Hilary PUTNAM, 1973: Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy* (1973) 28, 699–711.
- , 1975: The Meaning of ‘Meaning’. In: *Language, Mind, and Knowledge. Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (1975) 7. Ed. Keith Gunderson. 131–193.
- Willard Van Orman QUINE, 1951: Two Dogmas of Empiricism. *Philosophical Review*. (1951) 60, 20–43. Quoted from: *Analytic Philosophy. An Anthology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 450–462.
- , 1953: *From a Logical Point of View*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- , 1960: *Word and Object*. Cambridge (Mass.): MIT.
- , 1966: Carnap’s View on Ontology. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press. 203–211.
- , 1970: On What There Is. *Semantics and the Philosophy of Language. A Collection of Readings*. Ed. Leonard Linsky. Urbana: University of Illinois Press. 189–206. (Talk given on the 15th of March 1948 in the Graduate Philosophical Seminary of Princeton University).
- Joseph RAZ, 1998: Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *Legal Theory* (1998) 4, 249–282.
- Michael D. RESNIK, 1967: The Context Principle in Frege’s Philosophy. *Philosophy and Phenomenological Research* XXVII (1967). 356–365.
- , 1976: Frege’s Context Principle Revisited. *Studien zu Frege III: Logik und Semantik*. Ed. Matthias Schirn. Stuttgart: Frommann-Holzboog. 35–49.
- , 1979: Frege as Idealist and then Realist. *Inquiry* (1979) 22, 350–357.
- Antoine de SAINT-EXUPÉRY, 1943: *Le Petit Prince*. Quoted from the English translation by Katherine Woods. London: Piccolo Books.
- Hans D. SLUGA, 1977: Frege’s Alleged Realism. *Inquiry* 20 (1977). 227–242.
- Peter F. STRAWSON, 1959: *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*. London: Methuen.
- , 1976: Entity and Identity. *Entity and Identity and Other Essays*. Oxford: Clarendon Press [1997]. 21–51. (First published in: *Contemporary British Philosophy*. Fourth Series. Ed. H. D. Lewis. London: George Allan & Unwin).
- Giovanni TARELLO, 1967: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino [1974].
- Gunter TEUBNER, 1992: The two faces of legal pluralism. *Cardozo Law Review* 13 (1992). 1443–1462.
- Judith Jarvis THOMSON, 2008: *Normativity*. Chicago: Open Court.
- Charles TRAVIS, 1989: *The Uses of Sense. Wittgenstein’s Philosophy of Language*. Oxford: Clarendon Press.
- Ernst TUGENDHAT, 1970: The Meaning of “Bedeutung” in Frege. *Analysis* (1970) 30, 177–189.
- Edna ULLMANN-MARGALIT, 1977: *The Emergence of Norms*. Oxford: Clarendon Press.
- Mariana VALVERDE, 2003: *Law’s Dream of a Common Knowledge*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- Vittorio VILLA, 1993: *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Ralph WEDGWOOD, 2007: *The Nature of Normativity*. Oxford: Clarendon Press.
- Paul D. WIENPAHL, 1950: Frege’s *Sinn und Bedeutung*. *Mind* 59 (1950). 483–494.
- David WIGGINS, 1984: The Sense and Reference of Predicates: A Running Repair to Frege’s Doctrine and a Plea for the Copula. *Frege: Tradition and Influence*. Ed. Crispin Wright. Oxford: Basil Blackwell. 126–143.
- Peter WINCH, 1958: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge and Kegan Paul.

Maribel Narváez Mora*

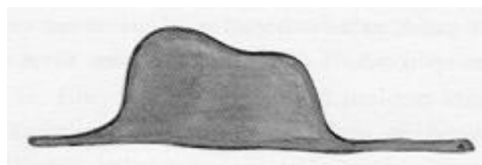
Expresiones de normas

Sobre formulaciones normativas y otras entidades en la Teoría del Derecho

La distinción entre normas y formulaciones normativas lleva a los teóricos del derecho a tratar las normas jurídicas como entidades. En este artículo la autora explora el recorrido transitado por algunos filósofos analíticos del lenguaje, que va desde una noción de significado hasta la necesidad de entidades. Después, presenta un conjunto de problemas producidos al considerar las normas entidades. Sea cual sea el tipo de entidad que consideremos tiene que ofrecerse una distinción clara entre criterios de identificación y de individualización. En el supuesto caso de las entidades abstractas la distinción se disuelve. A través de una sustitución de las nociones de intensión y extensión de las palabras, por las nociones de aspectos intensionales y extensionales de aquello de lo que hablamos, la autora bosqueja un programa metodológico para el derecho y la Teoría Jurídica. El programa se basa en un proceso dinámico de identificación de normatividad.

Palabras claves: norma, formulación normativa, entidad abstracta, identificación e individuación de entidades, extensional vs. intensional

Mi dibujo número 1 era así.



*Mostré mi obra maestra a las personas mayores
y les pregunté si mi dibujo les asustaba.*

*Me contestaron: “¿Por qué habrá de asustar un
sombrero?”*

*Mi dibujo no representaba un sombrero.
Representaba una serpiente boa que digería un
elefante.*

Saint-Exupéry (1943: 12)

* maribel.narvaez@udg.edu | Profesora en la Universidad de Girona.

1 NORMAS Y FORMULACIONES NORMATIVAS COMO ENTIDADES

La distinción entre norma y formulación normativa es habitual en la teoría jurídica.¹ Se basa en sostener que no existe una correspondencia uno a uno, entre las formulaciones que contiene un texto jurídico y las normas que éste expresa: una norma puede ser expresada mediante diversas formulaciones normativas, y una formulación normativa puede expresar normas diversas.²

Asumir que una *cosa* es la norma jurídica y otra la formulación que la expresa,³ suscita preguntas como ¿qué tipo de entidades son las normas? Si estas no son los textos jurídicos producto de la legislación, sino *aquello que es expresado mediante formulaciones normativas*,⁴ se pone en marcha una indagación ontológica sobre la “naturaleza” de las entidades que son expresadas por tales formulaciones.

La estructura de la distinción entre norma y formulación normativa se elaboró en paralelo a las distinciones entre palabra-significado y entre oración-proposición, tratándose el tema con ciertas categorías propias de la filosofía analítica del lenguaje. La ventaja que dicho tratamiento parecía ofrecer provenía de una aspiración del llamado giro lingüístico. Si para el esclarecimiento de los problemas filosóficos pasamos de centrar nuestra atención en objetos de conocimiento, en tanto que esencias nombradas, a centrarla en las clases de entidades en tanto que resultado del uso de conceptos, se clarificarían las posturas y se podría contribuir al progreso filosófico.

Quedaba así justificado el método del análisis filosófico lingüístico o análisis conceptual.⁵ Lo que un término nombra se hace depender de cómo este sea definido, así que cuando se trata de hablar de normas, estas serán una cosa u otra en virtud del significado de la palabra “norma” – del concepto de norma – que se considere. La esperanza, encarnada por ejemplo en la semántica de

1 Disponemos de diversos sinónimos para la expresión *formulación normativa*, entre los que se encuentran: *disposición*, *texto jurídico*, *expresión de norma*.

2 Una rica combinación de opciones relacionando normas y formulaciones normativas se encuentra en Guastini 1992: 15, Guastini 1993 y Guastini 2004: 99–103.

3 Lo que no siempre es el caso, así, para Jacek Jadacki las normas son la verbalización de obligaciones: “Obligations are verbalized by means of imperatives, norms, or declaratives sentences, /.../ The sentence /.../ “The person B should cause S to occur”. [is] a norm. The main method of expressing (thetic) obligations is a NORM”. Véase Jadacki 2013: 69.

4 Señalando que un tipo de respuesta se preconfigura en la pregunta podemos leer: »If a rule is not a rule-formulation, and if we state rules by means of rule-formulations, then surely *what a rule is must be what is expressed by rule-formulations!* /.../ At this point the pressure to declare “Rules are abstract entities” is very great.” Baker & Hacker 1985: 41.

5 Para un tratamiento en profundidad del alcance del análisis conceptual en la Teoría Jurídica véase Raz 1998.

Rudolf Carnap, era desbancar posturas metafísicas anticientíficas.⁶ No obstante, una vez asumido que aquello a lo que nos referimos depende de nuestras definiciones, la aclaración semántica, por sí misma, no consigue cerrar el paso al compromiso ontológico, para todo aquel que sostenga que referir nos lleva desde el lenguaje a *lo que hay*. La cuestión se verá como problemática sólo si los compromisos adquiridos son incómodos. Es de suponer que cada concepción encontrará el tipo de entidad que satisfaga sus propios presupuestos ontológicos y epistemológicos.

Los esfuerzos del empirista fueron encaminados a evitar la incorporación de entidades abstractas en su ontología. Pero el uso de las alternativas factuales a su disposición parece desembocar sistemáticamente en el problema del seguimiento de reglas, esto es, el empirista se encuentra en la encrucijada de aceptar que o bien las normas son entidades objetivas abstractas que se captan privadamente – algo que obviamente descarta – o bien no son nada en absoluto.⁷

Lo que se defiende en este trabajo puede ser enunciado de manera directa y simple: las normas jurídicas no son entidades de tipo alguno. Decir que las normas jurídicas son tal o cual tipo de entidad es un sinsentido filosófico.⁸ No sostengo que aquello a lo que se refiere la palabra “norma”, en cualquiera de las acepciones del término al uso, no exista,⁹ sino que al hablar de normas, al utilizarlas, no necesitamos aceptar ningún tipo de entidad (ni empírica, ni abstracta, ni material, ni ideal, ni factual).¹⁰ El supuesto de las *normas* es similar al de los *chistes*. La palabra “chiste” no refiere a un tipo de entidad, los chistes no son entidades de tipo alguno, aunque los chistes se expresen lingüísticamente, y una cosa sea el chiste y otra las palabras usadas para contarlos. Ni las normas jurídicas, ni los chistes son entidades.¹¹

6 Los trabajos de Saul Kripke y Hilary Putnam en la segunda mitad del siglo XX pusieron en duda que por el expediente de la definición pudiese desterrarse la necesidad metafísica.

7 Cf. Kripke 1982: 54.

8 Véanse: Wittgenstein 1937, Hacker 1996 y Narváez 2010.

9 Aquí no consideraré la variedad de conceptos de existencia con los que podríamos tratar, y desde luego no se trata de la idea de existencia de una clase o del elemento de una clase.

10 Para entender la postura comparemos el supuesto con un caso de entidades inexistentes, pensemos en las brujas. Si alguien afirma que las brujas son mujeres con poderes extraordinarios en virtud de un pacto con el diablo, o define la palabra “bruja” diciendo que expresa el concepto de mujer con poderes extraordinarios en virtud de un pacto con el diablo, tiene sentido que tras cierto tipo de investigación concluya que las brujas no existen. Podría presentar su conclusión afirmando también que las brujas no son entidades de tipo alguno. Pero en este caso a partir de ciertas asunciones semánticas y/o epistemológicas estaría sosteniendo tesis como las siguientes: que el predicado “ser bruja” no es satisfecho por ninguna mujer, que “no hay nada que satisfaga la propiedad ser una bruja” o que “la extensión de la palabra “bruja” es el conjunto vacío”.

11 Más adelante intentaré presentar la analogía con más detalle, como recurso para hacer inteligible el cambio de esquema interpretativo o gramática filosófica que se propone.

Es posible replicar diciendo que en realidad nadie sostiene que las normas jurídicas sean entidades. Se trataría sólo de una forma de hablar, de un recurso meramente heurístico. La Teoría Jurídica, continuaría la réplica, no tendría interés en unos objetos simples cualesquiera, sino en complejas realidades sociales, y sólo a efectos de simplificación y comodidad cabría referirse a las normas como entidades. Después de todo, nadie está obligado a utilizar un concepto de norma que resulte de definir la palabra “norma” como “término aplicable a aquella entidad que tiene tales o cuales características”. El concepto de norma jurídica, se diría, es mucho más rico, como mínimo fruto de la sociología descriptiva¹² y no del mero análisis lingüístico.

Un razonamiento de ese tipo sólo tendría éxito si tratase las relaciones de pertenencia e inclusión como equivalentes. Seleccionar, de entre las normas, aquellas que son resultado de, por ejemplo, un conjunto de prácticas sociales complejas, para generar subconjuntos de normas jurídicas, no hace que las normas pertenecientes a esos subconjuntos sean prácticas sociales complejas. Cuando se tienen en cuenta tales prácticas la distinción entre las normas *product*o de un conjunto de prácticas y las formulaciones utilizadas para expresarlas queda intacta.

Hay que tener en cuenta que, al presentar una concepción filosófica o jurídica diciendo que las normas no son ningún tipo de entidad, no se sostiene una tesis de carácter externo, que primero suponga la identificación efectiva de unas entidades del tipo que sea y luego niegue su existencia. Con predicados extensionales ello sería auto contradictorio, valdría tanto como decir “estas entidades (señalando a tales o cuales cosas) no existen”. Utilizando el vocabulario de la teoría de conjuntos se diría en ese caso que el conjunto de las normas está vacío. El punto clave es clarificar que aunque tenga sentido decir que existen infinitas normas no lo tiene decir que las normas son entidades.

Mi propuesta es la presentación de una concepción: no tiene sentido afirmar el carácter ontológico de las normas. Creo que esto convierte lo que aquí se defiende en un postulado metafísico, gramatical o conceptual – dependiendo del mapa filosófico en que se inserte. No es una tesis verdadera sobre un mundo material ni sobre un mundo de objetos abstractos, sino una norma de representación, una expresión de sentido o de carácter filosófico.¹³

Si de lo que se tratase fuese de probar una tesis acerca de un mundo empírico o abstracto las estrategias podrían ser de cierto tipo. Por ejemplo, examinar las clasificaciones ontológicas y epistemológicas disponibles y probar de forma exhaustiva que no hay forma de encajar nada que funcione como de hecho lo hacen las normas y las formulaciones normativas. Otra podría examinar de

12 Como se sabe, Hart (1961) se propuso tener en cuenta las prácticas sociales mediante dicho método.

13 Véase Narváez 2002.

forma exhaustiva el tratamiento de la distinción norma/formulación normativa en la literatura iusteórica considerando los compromisos ontológicos por lo que hace a cada uno de esos dos elementos y probar que bajo cualquiera tratamiento ontológico de las normas estas no podrían funcionar cómo de hecho lo hacen. Pero proponer una alternativa con la que hablar de existencia sin ontología y mostrar que nos ofrece los conceptos que necesitamos es mucho más problemático. El esquema de representación subyacente, o si se quiere, los conceptos con los que se trabaja en cada trabajo filosófico y deben tenerse en cuenta no son coincidentes entre sí, y el recorrido expositivo de mi propuesta sólo podría llevarse a cabo con elementos parcialmente equivalentes con los de tales trabajos.

Por eso me limitaré a presentar brevemente:

- a) en qué consistió la aspiración de la filosofía analítica del lenguaje de librarse de los compromisos ontológicos y su dificultad para conseguirlo;
- b) el problema que supone tratar el concepto de norma bajo el esquema intensión-extensión de las palabras;
- c) un esquema alternativo con el que reconocer que el sentido de lo que hacemos no es una cuestión de entidades de ningún tipo, y finalmente
- d) una propuesta meramente programática para aplicar dicho esquema metodológico en Teoría del Derecho.

2 UNA ASPIRACIÓN DEL EMPIRISMO LÓGICO USANDO LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL LENGUAJE

La pregunta ¿Qué tipo de entidad son las normas? Puede parecer una extravagancia si disponemos de la pregunta ¿Qué son las normas? No obstante, en el marco de la filosofía analítica del lenguaje¹⁴ ambas preguntas no son tratadas del mismo modo. A preguntas con un esquema del tipo “¿Qué es x?”, o “¿Qué son los x?” se les daba respuesta en la tradición lógica medieval con el modelo de definición aristotélico conocido como *per genus proximum et differentiam specificam*. Se identificaba una categoría o clase general (*el genus*) al que pertenece el *definiens* y se señalaba que rasgos (las *differentiae*) lo distinguían del resto de elementos de esa categoría, sin abandonar el ámbito de las definiciones reales. Las definiciones reales pretenden ser la definición del verdadero significado de un nombre – *deffinitiones quid nominis* – o se proponen la descripción verdadera de las características esenciales de un objeto – *deffinitiones quid rei*.¹⁵

14 Véase Dumett 1982, D’Agostino 1997 y Glock 2008.

15 Cf. Robinson 1954: 152–156, Belvedere et al. 1979: 6–7 y Tarello 1980: 183.

Quienes consideraban estériles las discusiones sobre definiciones reales, vieron en los nuevos análisis de la relación entre palabra y significado de Gottlob Frege, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein y Rudolf Carnap – entre otros artífices del giro lingüístico – un avance filosófico. Tales análisis se basaban en la explicitación del significado de las expresiones a través de definiciones verbales, según las cuales la relación entre las palabras y su significado no es esencial sino arbitraria. Con las definiciones verbales se ofrecen criterios de uso de las palabras en un lenguaje, – ya sea de forma descriptiva del uso o estipulativa de este. Sólo aclarado el significado de las palabras se evitarán discusiones meramente verbales – aquellas en las que cada contendiente da un sentido distinto a una misma palabra –, sólo así se sabrá de qué se discute. Y lo que es más importante, se conseguirá descubrir cuando las afirmaciones – entendidas a la luz de ciertas definiciones de sus términos – no son aptas para la verdad, y por lo tanto no deban incorporarse a los discursos cognoscitivos, o científicos.

La arbitrariedad de la relación entre palabra y significado nos resulta bien conocida, y fue reivindicada con fuerza en la propuesta de Ferdinand de Saussure en su *Curso de Lingüística General*. Hay que notar que su tratamiento lingüístico hacía de las palabras la unión inseparable de significante y significado. El significante era concebido como la imagen acústica de la palabra y el significado como el concepto que el signo expresa. Esto es importante, porque las relaciones semánticas así contempladas hacían que lo arbitrario fuese asociar a esa imagen acústica o significante un determinado concepto o significado y no la asociación de un significado a una palabra.

En el ámbito de la lingüística preguntarse si la equivalencia entre los signos A y B, en un esquema del tipo $A=B$ era correcta, se contestaba en términos de la equivalencia entre lenguas, como lo hacemos ordinariamente en las traducciones. $A=B$ es una equivalencia correcta si – siendo A y B, como son, signos distintos – expresan el mismo concepto o significado.

En el ámbito de la filosofía analítica esa cuestión se hizo más compleja. Frege partió de contemplar la relación de identidad en esquemas de la forma $A=B$ preguntándose si así se relacionaban signos u objetos. A favor de decir que la relación lo es entre signos se encuentra la constatación del distinto valor cognoscitivo de $A=A$ –expresión tautológica– y $A=B$ –expresión contingente. Si la igualdad relacionase aquello a lo que se refieren los signos, en el caso de que $A=B$ fuese verdadero, su valor cognoscitivo tendría que ser el mismo que el de $A=A$. Parece, por tanto, que la relación se establece entre signos, siendo A y B nombres que se refieren al mismo objeto. La identidad de referencia sería la razón de su equivalencia.

Pero una vez llegado a este punto, Frege, considerando la arbitrariedad con la que los signos se refieren a objetos, entendió que la expresión $A=B$ indicaba

tan sólo el modo de designación que utilizamos. La información que se obtendría de la expresión de igualdad sería de carácter lingüístico. De nuevo, si A no se diferenciaba, ahora como signo, de B entonces el valor cognoscitivo de $A=A$ y $A=B$ debería ser el mismo. Se necesitaba, por tanto, que el signo además de tener una referencia – lo designado por el signo –, tuviese un sentido,¹⁶ es decir, una forma determinada de presentar el objeto designado. Así, Frege concluye que, para que un enunciado de identidad pueda resultar informativo es necesario que la diferencia entre signos se corresponda con una diferencia en el modo de presentar lo que es designado.¹⁷

Las expresiones nominativas son aquellos signos o conjuntos de signos, que tienen por referencia un objeto, en un sentido muy amplio, y por sentido un modo peculiar de presentar dicho objeto. Las expresiones predicativas, por su parte, tienen por referencia un concepto o función, y por sentido la parte incompleta de pensamiento que funciona como criterio para determinar la verdad o falsedad de una expresión en la que aparece una expresión nominativa como argumento de tal expresión predicativa.¹⁸ Esta última afirmación es algo arriesgada dado que Frege no elaboró ninguna noción de sentido para los predicados.¹⁹ Los predicados o términos generales son expresiones no-saturadas en la terminología fregeana.

El modelo fregeano puede presentarse con el siguiente esquema:²⁰

Signos	Sentido	Referencia
Expresiones nominativas, nombres lógicos, términos singulares o expresiones saturadas	Modo lingüístico de presentación de los objetos o descripciones lingüísticas individuales	Objetos

16 Véase Wienpahl 1950: 483–484.

17 En palabras de Kenny (1995: 127): “In ‘Sense and Reference’, Frege says that a statement of identity can be informative only if the difference between the signs corresponds to a difference in the mode of presentation of what is designated.”

18 Cf. Wienpahl (1950: 486–487) “Frege’s discussion leaves us with the distinction between sense and referent, and with a clear meaning for the later but none for the former. Since the sense of a sign is distinguishable from the objective elements (referent) and the subjective elements (conceptio, in Frege’s usage) connected with its employment, and since we do not know clearly what sense is, it has been regarded as a subsistent entity.”

19 Sin embargo, Kenny (1995: 118, n. 9) rescata un breve comentario al respecto en los *Posthumous Writings* (1981: 119): “The unsaturated part of the thought we take to be a sense too: it is the sense of the part of the sentence over and above the proper name.”

20 Existe un diagrama confeccionado por el propio Frege en una carta escrita a Husserl con fecha de 24 de marzo de 1891, sobre el que ha trabajado Wiggins (1984: 126) para intentar aclarar las limitaciones cuando se usa la distinción entre sentido y referencia para términos singulares y predicados.

Expresiones predicativas, predicados lógicos, términos generales, o expresiones no-saturadas	Parte no-saturada o incompleta del pensamiento	Conceptos, función
Expresiones oracionales, enunciados asertivos, nombres de lo verdadero y lo falso	Contenido o pensamiento	Valores de verdad (objetos)

La construcción de Frege se interpretó como un modelo en el que los signos se entendían como nombres de entidades – su referencia – y ello generaba una serie de dificultades, entre las cuales estaba la aceptación de que las oraciones fuesen nombres de lo verdadero y lo falso. Para superar cuestiones como esa, en el trabajo *Meaning and Necessity*, Carnap proponía como clave de su método entender “an expression, not as naming anything, but as possessing an intension and an extension”.²¹ Carnap sostuvo que a pesar de las diferencias con el trabajo de Frege, en el que se inspiró (Carnap, 1947:118), la noción fregeana de sentido (Sinn) y su noción de intensión, eran asimilables para contextos no oblicuos, y que la noción fregeana de referencia (Bedeutung) y su noción de extensión funcionaban del mismo modo.

Sin embargo, la idea de que referir apuntase a elementos extralingüísticos no fue claramente sostenida por Frege, mientras que Carnap la hizo explícita.²² Para Frege las categorías ontológicas fundamentales no definibles son de dos tipos. Aparecen en la tercera columna como referencias: objetos y funciones (o conceptos). Son objetos, las referencias de las expresiones nominativas y de las expresiones oracionales. Las referencias de las expresiones predicativas son funciones o conceptos.

El sentido de una expresión puede ser comprendido siendo un usuario competente del lenguaje que se trate. Con ello se capta un pensamiento que a su vez permite saber cuáles son las condiciones de verdad del enunciado. Pero para alcanzar cierto conocimiento es necesaria la referencia que permitirá conocer el valor semántico del enunciado, o su valor de verdad.²³

Las consideraciones de Frege sobre la vinculación, mediante la referencia, entre lenguaje y mundo parecen colocarle en una posición ontológica realista, tal y como sostiene M. Dummett:

For Frege, then, we really do succeed in talking about the real world, a world which exists independently of us, and in virtue of how things are in that world that the things we say are true or false: the thoughts that we express are true or false objectively, in

21 Carnap 1947: v.

22 Carnap 1947: 19.

23 Carl 1994: 117.

virtue of how things stand in the real world – in the realm of reference – and independently of whether we know them to be true or false.²⁴

También se ha dicho que Frege repudiaba la tradición idealista alemana de su tiempo, de modo que una tal conclusión se robustece. Sin embargo, otras consideraciones no encuentran necesario llegar a ese punto.²⁵ El propio Frege justificaba la necesidad de tener en cuenta la referencia, apelando a la intención de quien utiliza los enunciados asertivos,

/.../ basta con señalar nuestro propósito al hablar o al pensar, para justificar el que hablemos de la referencia de un signo, si bien con la reserva: caso que exista tal.²⁶

Lo curioso es que sea Carnap quien, a pesar de explicitar en su método semántico el carácter extralingüístico de la referencia, sostenga la posibilidad de tratar de cuestiones, en principio ontológicas, de manera interna al marco lingüístico. El esquema bien conocido de Carnap se enuncia el modo siguiente:²⁷

4-12. Dos predicados *tienen la misma extensión* si y sólo si son equivalentes.

4-13. Dos predicados *tienen la misma intensión* si y solo si son L-equivalentes. /.../

4-14. La *extensión de un predicado* (de grado uno) es la clase correspondiente.

4-15. La *intensión de un predicado* (de grado uno) es la correspondiente propiedad.

/.../ Si esto se aplica al predicado 'H' en S_1 , obtenemos:

4-16. La extensión de 'H' es la clase Humano.

4-17. La intensión de 'H' es la propiedad Humano.

Parte de la aspiración del método de Carnap explicitada en su trabajo *Empiricism, Semantics and Ontology* fue aclarar cómo era posible utilizar un lenguaje que se refiriese a entidades abstractas, sin que con ello se renunciase al empirismo filosófico. En su opinión, el temor entre los empiristas a abrazar más entidades que las compatibles con sus postulados científicos, provenía de no haber delimitado con claridad entre lo que él llamaba “cuestiones internas” y “cuestiones externas” a un marco lingüístico. Propuso que para considerar un nuevo tipo de entidades, se creasen de nuevas maneras de hablar sujetas a nuevas reglas, mediante la construcción de un marco lingüístico. Separaría las cuestiones sobre la existencia de nuevas entidades del nuevo tipo dentro del marco – o cuestiones internas – y las cuestiones concernientes a la realidad del sistema de entidades entendido como un todo – o cuestiones externas.²⁸

Tanto el lenguaje de las cosas, como el de los números o el de las proposiciones, constituirían así marcos lingüísticos. La aceptación de cada uno de

24 Dummett 1973: 198.

25 Véanse: Sluga 1977, Resnik 1979 y Carl 1995.

26 Frege 1892: 9.

27 Traducción propia de Carnap 1947: 18–19.

28 Carnap 1950: 402.

esos marcos supone, a su vez, la aceptación de formas adecuadas para formular enunciados, y contrastarlos, darlos por verdaderos, o rechazarlos.²⁹

Cada marco lingüístico permite formular cuestiones ontológicas internas, que serán dirimidas o bien de forma empírica o bien de forma lógica. De esta manera, se dará una justificación lógica a las cuestiones lógicas y una justificación empírica a las cuestiones empíricas, en virtud de la teoría de que se trate. Cuando se plantea una cuestión sobre el estatus ontológico de las entidades incorporadas al marco lingüístico, ésta tiene carácter externo. Para Carnap, aunque dicha cuestión se presente pretendiendo ser de carácter previo, o pretendiendo dirimir si las entidades de que se trate poseen naturaleza independiente, o si la clase que las incorpora es o no vacía, lo cierto es que constituye una pseudo-cuestión, ya que no se trata de formular aserciones verdaderas o falsas en el sistema sobre la realidad de las entidades, sino de aceptar o no el marco y esa es una cuestión práctica y no teórica.³⁰

La propuesta de Carnap pasa así por distinguir entre cuestiones internas como “¿Todo número primo es la suma de dos números pares?”, y externas como “¿Existen los números?”, y sostener que las segundas no podían recibir una respuesta teórica, ya que se encontrarían fuera de cualquier marco lingüístico.

3 EL COMPROMISO ONTOLÓGICO

El compromiso ontológico es una respuesta a la pregunta ¿qué hacemos cuando “hablamos” de algún tipo de objeto, por el sólo hecho de usar el lenguaje con el que, al menos aparentemente, nos referimos a tal objeto?

Las explicaciones con las que W.V.O. Quine se opone a la postura de Carnap están fundamentadas en la negación de la distinción entre “sintético” y “analítico” expuesta por Quine en *Two Dogmas of Empiricism*. Los dos dogmas con los que el empirismo verificacionista se encontraba ligado eran, según Quine, el de la traducibilidad o reducción, y el de la distinción sintético/analítico, y ambos estaban para él directamente relacionados. La posibilidad de dotar de sentido a un enunciado desde el prisma de tal empirismo requiere contar con las condiciones de verificación del mismo y éstas sólo pueden ser condiciones empíricas o lógicas. Así, para dotar de sentido a las expresiones con las que aparentemente no nos referimos a objetos empíricos es necesario que éstas puedan ser traducidas a otras expresiones en las que, claramente, la referencia lo sea. Con ello se consigue una reducción ontológica a través de ciertas reglas semánticas.

29 De ahí el principio de tolerancia crítica “Seamos cautelosos al hacer aserciones y críticos al analizarlas, pero seamos también tolerantes en la admisión de formas lingüísticas ...”. Carnap 1950: 411.

30 Carnap 1950: 411.

Quine está de acuerdo con Carnap en que una cosa es preguntarse por qué entidades están presupuestas en una teoría y otra qué entidades existen realmente. Sin embargo, la forma en la que Carnap presenta la construcción de marcos lingüísticos, es la que resulta impugnada. Según Carnap, para la construcción de un marco lingüístico:

Los dos pasos esenciales son más bien los siguientes. En primer lugar, la introducción de un término general, un predicado de nivel superior, para la nueva clase de entidades, que nos permita decir de cualquier entidad que pertenece a esa clase (por ejemplo, “Rojo es una propiedad”, “Cinco es un número”). En segundo lugar, la introducción de variables de Nuevo tipo. Las nuevas entidades son valores de esas variables; las constantes (y las expresiones compuestas cerradas si las hubiera) pueden sustituir a las variables. Con la ayuda de las variables se pueden formular oraciones generales concernientes a las nuevas entidades.³¹

Quine sostiene que dada esta construcción hay dos formas de entender la pregunta “¿Existen los tal y tal cosa?”. La primera, que coincidiría con considerarla una cuestión externa, para Quine es una cuestión de categoría, y se propone antes de construir el marco lingüístico en términos de la deseabilidad de utilizar una nueva forma lingüística. La segunda consiste en entenderla como una cuestión interna, o de subclase, porque no agotaría el rango de un tipo particular de variable ligada.³²

Pero las cuestiones de categoría se pueden convertir en cuestiones de subclase, simplemente por el expediente de la estratificación: lo que es una cuestión externa o de categoría se puede convertir en una cuestión interna o de subclase. Para Quine ésta es una trivialidad que el propio Carnap no negaría, pero que va en contra de lo que pretende mostrar: que los enunciados que normalmente se toman por afirmaciones ontológicas, tales como “existen objetos físicos” o “existen clases”, no son más que enunciados analíticos o contradictorios en un determinado marco lingüístico.³³ Y es precisamente esto lo que constituye el segundo dogma del empirismo: que exista un tipo de enunciado, los analíticos, que se confirman por razones lógicas.

Aceptar que el debate acerca de la utilidad del marco lingüístico es una cuestión pragmática de tolerancia, según Quine no consigue los dos propósitos que con ello se pretendía: ni “disfrutar de los beneficios sistemáticos de los objetos abstractos sin tener que soportar éstos mismos” ni fundamentar “la idea de que la aceptación de tales objetos es una convención lingüística distinta de algún modo de las opiniones serias acerca de la realidad”.

31 Carnap 1950: 410.

32 Quine 1966: 207

33 Quine 1966: 210.

La forma de evitar el “compromiso ontológico”,³⁴ nos dice Quine, ha sido fundamentada en sostener la distinción sintético-analítico, como si hubiese casos de enunciados cuya verdad depende exclusivamente del lenguaje, y ello no es posible. Si la manera de entender la verdad de los enunciados desde el punto de vista empirista, pasa por considerar que ésta depende por una parte de un componente lingüístico y otro factual “/.../ en el caso extremo de que lo único que importe sea la componente lingüística, el enunciado es analítico”;³⁵ y eso es lo que ocurría con “existen objetos físicos” y “existen clases”, cuando se analizaban internamente sin el ascenso semántico.³⁶

En definitiva, tanto Quine como Carnap podían coincidir en que la admisión de un tipo de entidades consiste en decidir si deben cuantificarse variables que tomen a esas entidades como valores.³⁷ Pero eso para Carnap no era nunca una cuestión factual, sino la elección de un marco lingüístico o esquema conceptual conveniente. Por su parte Quine consideraba que mantener la diferencia entre estar discutiendo una cuestión ontológica – sobre lo que hay³⁸ – y la conveniencia de aceptar una marco lingüístico, como cuestiones nítidamente separadas, era un dogma, porque ello debe entenderse como una cuestión de grado.³⁹

4 EL PROBLEMA: LAS NORMAS COMO ENTIDADES

En este marco filosófico el problema al que nos lleva la reificación de normas en definitiva, es el siguiente. Necesitamos distinguir entre normas y formulaciones normativas porque una misma formulación puede expresar normas

34 Quine 1966: 203 “When I inquire into the *ontological commitments* of a given theory, I am merely asking what, according to that theory, there is.”

35 Quine 1951: 239.

36 La postura holista de Quine (1951: 230–239) tiene las mismas bases.

37 Quine 1953: 39 y ss.

38 Para Quine, “lo que hay” expresa la simplicidad y la complejidad del problema ontológico, Cf. Quine (1970: 189): “A curious thing about the ontological problem is its simplicity. It can be put in three Anglo-Saxon monosyllables: ‘What is there?’ It can be answered, moreover, in a word – ‘Everything’ – and everyone will accept this answer as true. However, this is merely to say that there is what there is. There remains room for disagreement over cases; and so the issue has stayed alive down the centuries.”

39 Cf. Quine (1951: 243) “Carnap, Lewis y otros adoptan una actitud pragmática en la elección entre formas lingüísticas o estructuras científicas; pero su pragmatismo se detiene ante la imaginaria frontera entre lo analítico y lo sintético. Al repudiar esa frontera expongo un pragmatismo más completo: Todo hombre recibe una herencia científica más un continuo y graneado fuego de estímulos sensoriales; y las consideraciones que le mueven a moldear su herencia científica para que recoja sus continuos estímulos sensoriales son, si racionales, pragmáticas.”

distintas, y una misma norma puede ser formulada de modos diferentes. Si la norma no es la formulación – el enunciado, texto o formulación que la expresa – será otra cosa. Aquello que sea dependerá del concepto de norma que se utilice. Si se asume el modelo de Carnap una vez determine intensionalmente el predicado “ser norma” tendremos que decir qué integra correspondiente clase, pero sería bastante inútil decir meramente que la clase de las normas contiene normas. Al ofrecer instancias de norma, no tendremos más remedio que ofrecer formulaciones normativas. Pero las formulaciones normativas son una cosa y las normas otra. Si mantenemos la distinción entre expresión de norma (formulación normativa) y lo expresado (norma) sea lo que sea integre la extensión del predicado ser norma, llevará a un regreso al infinito. Para que no sea así el concepto de norma tendría que cambiar lo suficiente como para que las normas no necesitasen ser formuladas lingüísticamente, con la consecuencia de necesitar extraños métodos de conocimiento. En realidad, que se produzca el regreso al infinito es otra versión filosófica del problema del seguimiento de reglas,⁴⁰ y que no se produzca en los casos extensionales no es más que poner en marcha la diferencia entre criterio de identificación y criterio de individuación.⁴¹ Nótese que con frecuencia hablamos de la identidad de objetos como determinada por los criterios de uso de vocablos, pero existe una gran diferencia epistemológica entre ofrecer criterios de identificación de un tipo de objetos y ofrecer un criterio de individuación de uno de dichos objetos entre el resto del mismo tipo.

Si utilizamos el método de Carnap con los predicados *norma* y *formulación normativa* un presupuesto de partida obvio es que no son equivalentes ni extensionalmente, ni intensionalmente. Podemos intentar algunas sustituciones semánticas para no limitarnos a decir que la intensión del predicado norma es la propiedad de *ser norma*, esto es, estipular diversas definiciones del término “norma”.

Concepto de norma (1)

Intensión del predicado norma: Calificación normativa de una acción o estado de cosas.

Extensión del predicado norma: La clase de las calificaciones normativas de acciones o estados de cosas.

40 Como versión del problema del seguimiento de reglas, ésta se asemejaría más a la que hiciera en 1982 Ricardo Caracciolo. Véase Caracciolo 2009.

41 En el estudio de las pruebas en Criminalística y Ciencias forenses se distingue entre las características de la clase (identificación) y la característica individual (individuación). Identificar restos como humanos a través de ciertos criterios e individualizar dichos restos como el cadáver de Sara mediante un test de ADN puede ejemplificar esta idea. Cf. Kaye 2009. Esta referencia me fue amablemente facilitada por Nicola Muffato.

Concepto de norma (2)

Intensión del predicado norma: Formulaciones normativas interpretadas
Extensión del predicado norma: La clase de las formulaciones normativas interpretadas.

Concepto de norma (3)

Intensión del predicado norma: Interpretaciones de inscripciones.
Extensión del predicado norma: La clase de las interpretaciones de inscripciones.

Ahora necesitamos un listado tentativo cualquiera de calificaciones normativas de acciones, o formulaciones interpretadas, o interpretaciones de inscripciones, que tratar como miembros de la clase en cuestión (o, en el vocabulario fregeano, referencias de la expresión nominativa “norma” si se han asimilado los dos esquemas). Ofrezcamos un listado cualquiera:

“Fumar está prohibido”

“Prohibido fumar”

“Se prohíbe fumar”

“/.../”

Concepto (1)

Los miembros de la lista, en virtud de su pertenencia a la clase de las normas, no puede estar integrado por enunciados descriptivos, ni proposiciones, pero lo que es más importante, tampoco por formulaciones normativas. La clase de las normas no puede contener formulaciones normativas. Además no podemos tratar a dicha clase como extensionalmente equivalente a la de las normas precisamente porque el punto de partida de la distinción es la no correspondencia entre normas y formulaciones normativas. Pero sin duda una tal lista no es más que un conjunto de formulaciones normativas.

Concepto (2)

Este segundo concepto hace de la clase de las formulaciones normativas interpretadas un subconjunto de la clase de las formulaciones normativas. Y ya sabemos lo que eso significa, que sobre un universo del discurso integrado sólo por formulaciones normativas se ha operado una partición entre las que han sido y no han sido interpretadas. El listado anterior podría ser algo así como el subconjunto de los artículos de un texto normativo sobre los que se han ofrecido interpretaciones pero no las interpretaciones realizadas. Con esta variación definicional podemos decir que la clase de las formulaciones normativas contiene formulaciones no interpretadas y la de las normas, formulaciones interpretadas. Pero tenemos que especificar la relación entre ambas clases que no puede

ser coextensiva. Si la clase de las formulaciones interpretadas es un subconjunto de la clase de las formulaciones, seguirán siendo formulaciones.

Concepto (3)

Analizando esta variación el problema es el que presentaba con el segundo concepto. Con ese cambio definicional podríamos decir la clase de las formulaciones normativas contiene inscripciones sin interpretar, y la clase de las normas inscripciones interpretadas. Pero ahora tenemos que aclarar la relación entre ambas clases que no puede ser coextensiva. Si la clase de las inscripciones interpretadas es un subconjunto de la clase de las inscripciones, seguirán siendo inscripciones.

Pero la circunstancia que afecta a las normas jurídicas, para las que vale sostener que una cosa son las formulaciones normativas y otras lo que expresan, es común en todos los ámbitos de la vida social. Podemos elaborar una analogía, ahora sí como recurso heurístico, entre normas y chistes⁴² para intentar explicar el carácter no ontológico de las normas. Vale decir que el establecimiento de una analogía no puede contar como la defensa de una homología. Ello es importante porque en el estudio de las cuestiones de sentido si se le pide a una analogía que tenga el alcance de una homología se comete un error exigiendo a la primera lo que sólo puede hacer la segunda.⁴³

También podemos distinguir la formulación de un chiste del propio chiste puesto que podemos contar el mismo chiste de formas distintas, y por supuesto podemos establecer un sustituto semántico para el vocablo “chiste”, por ejemplo “broma” “ocurrencia graciosa”, o “narración breve o juego de palabras que hace reír”. Si queremos, podemos decir que esos sustitutos semánticos son diferentes significados de la palabra “chiste”. Pero eso no es todavía decir si expresan o no el mismo concepto de chiste. Esos sustitutos podrían ser interpretaciones distintas del mismo concepto o expresar conceptos distintos. Volveremos sobre esta cuestión.

Supongamos el conocido chiste en el gremio de filósofos:

Causas de la muerte de los filósofos:

Frege: Cayó bajo un concepto.

Ockham: Rasurado más allá de lo necesario.

Paley: Diseño inadecuado.

/.../

42 Además de para los chistes, esta afirmación valdría también para las creencias, las intenciones, los deseos o los malentendido.

43 Como ejemplo de este tipo de problema podemos ver lo que en el ámbito de la lógica deóntica ha supuesto la analogía entre operadores aléticos y deónticos.

Aunque puedo contar el mismo chiste (sentido) de formas diversas (a través de significantes diversos, lenguas diversas, palabras distintas), no puedo individualizar el chiste sin recurrir a algún sentido: de lo contrario no habría chiste.

Además, que esté contando o no el mismo chiste, no depende del carácter abstracto de entidades. Pueden contarme una *versión distinta*, pero lo suficientemente similar como para que no me sorprenda y no me haga reír como cuando escuché por primera vez la versión ligeramente diferente *del mismo chiste*. Solemos decir entonces, al no reírnos: ya me lo sabía.

Es posible realizar investigaciones empíricas sobre los chistes –sobre las prácticas en las que se cuentan, invocan, nombran chistes– para ofrecer explicaciones de por qué nos hace reír una ocurrencia, y naturalizar su estudio.⁴⁴ Pero nótese que lo que no forma parte de esas investigaciones como objeto investigado es el chiste en tanto que entidad abstracta (sentido). Como en el caso de las normas podemos seguir insistiendo en que los chistes tienen carácter abstracto como lo tienen las proposiciones, los números siendo las primeras el sentido de los enunciados descriptivos y los segundos el sentido de los guarismos, pero apelar al carácter abstracto o intensional de cualquier cosa es, de nuevo, tan solo apelar a que lo que importa es su significatividad o sentido.

5 ASPECTOS EXTENSIONALES E INTENSIONALES DE AQUELLO SOBRE LO QUE SE HABLA

Carnap decía que su propuesta se encontraba suficientemente de acuerdo con el uso habitual,⁴⁵ y tal vez después de utilizarla durante sesenta años en muchos trabajos filosóficos sea así. Sin embargo, creo que considerar a los predicados nombres de extensiones en virtud de sus intensiones puede llevar a error. Una intuición diferente aquí nos permitirá distinguir entre los aspectos extensionales e intensionales de *aquello de lo que hablamos*. Aquello de lo que hablamos tiene aspectos intensionales y extensionales, pero los *significados* de las expresiones que usamos para hablar no. De lo contrario estaríamos tratando *lo que expresamos y a lo que nos referimos* con nuestras palabras como el *significado de nuestras palabras*. Por supuesto, si hay algo que puede ser expresado *con* nuestras palabras, es el significado *de* nuestras palabras: pero no es eso lo que tiene interés social, político o jurídico, y tal vez tampoco tenga relevancia filosófica.

Dicho de otra forma, el problema⁴⁶ consiste en haber tratado como análogos los esquemas de Frege y Carnap. Para Frege, “norma” como expresión nomi-

44 Esto es lo que se hace, por ejemplo, en trabajos como el de McGraw y Warren 2010.

45 Carnap 1947: 19.

46 El precio que en la Teoría Jurídica se ha pagado por dicha confusión se conoce como problema del aguijón semántico.

nativa (término singular) refiere a objetos, pero “Ser norma” como expresión predicativa (término general) refiere a un concepto. Para Carnap, “Norma” – como palabra de clase –, y “Ser norma” son predicados que según sea su intensión, tendrán una u otra extensión. En el esquema de Carnap el criterio de pertenencia a la clase extensional, que funciona como criterio de identificación de la entidad de que se trate, no puede contar como criterio de individuación de las entidades dentro de la clase.⁴⁷ Y eso es lo que ocurre con lo que se consideran entidades abstractas. Las normas y los chistes no pueden identificarse sin haberse individualizado; la realidad puramente intensional (el sentido) no puede ser identificada sin ser individualizada: no puedo identificar una norma sin individualizarla, no puedo identificar un chiste sin individualizarlo.

¿Y cómo lo viene haciendo la Teoría del Derecho? Por un lado, mediante el uso de notaciones formales: mediante letras que funcionan como nombres o que representan normas. Decir, “la norma N1”, o “N1” permite ejemplificar e individualizar. Por otro lado como se hace en el lenguaje ordinario sin dificultad, identificando textos con criterios extensionales, desde el código de Hamurabi – un pedazo de diorita de 2,4 metros de altura – hasta el art. 427 del Tratado de Versalles – el texto escrito tras el número 427 en un documento, identificado extensionalmente.

¿Estoy simplemente diciendo que los predicados, los conceptos, los sentidos no son extensionales? eso ya se sabía, por eso decimos que son abstractos.

Aquí se defiende que aquello de lo que hablamos tiene aspectos tanto extensionales (materia, energía) como intensionales (sentido y significado), pero no que los predicados que usamos sean nombres de entidades extensionales o intensionales. Es muy curioso que el carácter arbitrario de “las imágenes acústicas” de las palabras en los lenguajes naturales se pueda utilizar como base para contestar preguntas ontológicas. Como sostendría Saussure lo arbitrario es que *ese* sea el significante que se usa para expresar un significado en un lenguaje, no los conceptos. Los conceptos son contingentes, no arbitrarios, como todo lo que depende de la ocurrencia de ciertos hechos. Tenemos los conceptos que tenemos y podríamos tener otros. Por cierto es que no sólo el empirista lógico ha confundido la arbitrariedad de los significantes con la contingencia de los conceptos sino que también lo ha hecho el culturalista que extrae ontologías de lo más variopintas de las narrativas y discursos. Ni construimos el bacilo de Kock con el lenguaje⁴⁸ ni descubrimos la transmisión de la tuberculosis con definiciones.

47 De ahí que cuando, por razones obvias, un empirista rechaza tales entidades eche mano de cuantas entidades empíricas considere *vinculadas* a aquello sobre lo que quiere hablar. El empirista está comprometido con la naturalización de sus teorías. Véase Haack 1993 sobre los diferentes propósitos involucrados en la tarea de naturalizar la filosofía.

48 Un curioso caso se encuentra en Latour 2000.

Con el lenguaje es cierto que nombramos entidades para las que tenemos criterios de identificación, pero prioritaria y primariamente identificamos sentidos, esto es, comprendemos lo que vemos, escuchamos, o leemos, y la comprensión no se da por entrar en contacto con entidades.

Para evitar los problemas que produce el tipo de análisis conceptual con un “concepto de concepto” que separa palabras-significados-entidades, contamos con la noción de relación interna entre significado y usos correctos de las palabras. Dicha relación se establece operando simultáneamente con el sentido otorgado a las situaciones, ocurrencias o expresiones y con la extensión que eventualmente pueda estar involucrada. Aquello de lo que hablamos no es aquello que extensionalmente hay.

La relación interna se establece entre:

A. Aquello de lo que hablamos.

B. Aspectos extensionales de lo que hablamos: La extensión que tiene aquello de lo que hablamos.

C. Aspectos intensionales de lo que hablamos: El sentido que tiene o que le otorgamos.

Por lo que hace a A, hay que tener en cuenta que la cuestión pertinente aquí es DE QUÉ – acerca de qué, sobre qué- hablamos (*aboutness*): esta mesa, o las mesas, esta montaña o las montañas, una creencia o las creencias, una norma jurídica, o las normas jurídicas, un chiste o los chistes. Pero además puedo hablar sobre las mesas que se venden a precios muy bajos en Ikea, las montañas que me hubiese gustado escalar, la norma jurídica que el juez no quiso aplicar en ese caso, o los chistes sobre causas de muertes de filósofos que corren por internet. La productividad del lenguaje siempre me permite la creación de nuevas intensiones o sentidos. Pero la productividad del lenguaje no me permite generar objetos extensionales.

Por lo que hace a B, aquello de lo que hablo puede tener aspectos extensionales o no tenerlos.

Por lo que hace a C, aquello de lo que hablo tiene con toda seguridad para quien hable sentido.

Entre aquello de lo que hablamos y el sentido que le otorgamos establecemos una relación de equivalencia semántica, generalmente parcial y provisoria, pero no establecemos dicha equivalencias por razones semánticas. Son las transformaciones de tales equivalencias en el lenguaje las que determinan, en efecto, que los aspectos extensionales de lo que hablamos sean unos u otros, e incluso que hablemos de lo que no existe. Por supuesto tales transformaciones

permiten hablar tanto de sustitución como de evolución en los conceptos y los criterios para decidírnos no son immanentes al lenguaje.⁴⁹

El esquema palabra-significado-entidad, no sólo dificulta el debate sobre la teoría de las normas, sino que es fuente de otro tipo de confusiones filosóficas. Tanto la paradoja de la constitución como la paradoja del análisis o el problema del seguimiento de reglas se basan en el mantenimiento de dicho esquema. Aquí no puedo tratar con detalle todas estas cuestiones.

En el supuesto de la paradoja de la constitución el problema es que predicar “ser escultura” no es algo extensional, pero las esculturas tienen extensión. Todo el mundo entiende que las esculturas son extensionales⁵⁰ y el concepto de escultura es intensional, pero luego se dice “la extensión – la materia – de la que está hecha la escultura no es lo que la constituye en “ser una escultura”, no es lo mismo “ser una escultura” que “ser la materia de la que está hecha la escultura”. Desde luego que no, se trata de dos predicados distintos- aunque podrían llegar a ser predicados equivalentes para un sujeto o una comunidad por razones que podrían explicarse-.

En el caso de la paradoja del análisis el problema es similar al de la constitución. Si en el análisis A expresa lo mismo que B, el análisis es trivial, pero si no es incorrecto. Lo que es incorrecto, como hemos visto, es decir que “ser escultura” expresa lo mismo que “ser la materia de la que está hecha la escultura” – en ciertos contextos, por ejemplo para mí misma –, y desde luego nunca será trivial ofrecer un equivalente completo o parcial de “ser escultura”.

El problema del seguimiento de reglas se soluciona clarificando lo que se conoce como relación interna entre las reglas y sus casos de aplicación. Esto es entre “ser estatua” y las estatuas. Pero dicha relación, que puede leerse como la relación de constituir una instancia de estatua, y no de otra cosa, no está en la extensión de la estatua, sino en el trato que le damos. Así la relación interna entre predicar algo y los casos de los que predicamos ese algo, o entre reglas y sus casos de aplicación, no se fija, sino que se muestra con predicaciones en uso (opiniones, juicios etc.). Las interpretaciones se ofrecen como una sustitución justificada de la expresión de la regla por otra. Saber de qué reglas son expresión se muestra en los casos que llamamos seguir la regla. Pero eso no lo vamos a probar a base de observar los aspectos extensionales de lo que se hace, dice o escribe.

49 La razón por la que el “concepto de concepto” de Frege no sirve para los lenguaje naturales –cosa que ya sabemos que no pretendió– es su total asimilación con el concepto de función: “Lo que, en la función llamamos no-saturación, en el concepto podemos llamarlo su naturaleza predicativa”. Frege 1982–1985: 91.

50 Cuando a partir de las nuevas tecnologías las esculturas sean hologramas, a los efectos de la argumentación el carácter extensional para su identificación funcionaría del mismo modo.

La falta de extensionalidad de las relaciones internas no impide que lo intensional sea un límite o restricción real. Puedo decir que para algunas personas las corridas de toros son una muestra cultural de carácter artístico; y para otras son una muestra de crueldad y malos tratos a los animales. Pero tengo que poder identificar extensionalmente, o de forma independiente a ser una cosa o la otra, aquello de lo que voy a decir que tiene a la vez la consideración de lo uno y lo otro, y eso no siempre es posible. Por ejemplo: si

(1) la relación entre “corrida de toros” y “muestra cultural de carácter artístico” es interna, y

(2) la relación entre “muestra cultural de carácter artístico” y “muestra de crueldad” es de exclusión, entonces

(3) ningún caso de “corrida de toros” podrá ser tratado como “muestra de crueldad”.

6 PROGRAMA METODOLÓGICO: DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA SIN ENTIDADES

Pedir a la teoría del Derecho que por razones filosóficas o conceptuales abandone la reificación de normas pudiera criticarse por falta de relevancia práctica. ¡Qué más da que los modelos de Filosofía Jurídica reifiquen normas! Si los legisladores, los jueces o los policías van a seguir haciendo lo mismo que hacen, cumplir la petición sólo serviría para integrar programas académicos especializados o vender libros de texto.

Hacer una propuesta metodológica para la Teoría del Derecho que descarte la reificación de normas jurídicas y que a su vez tenga encaje en las prácticas ordinarias de formación jurídica no sólo es útil para mejorar la comprensión del sentido de la práctica jurídica sino que puede ser emancipador para los agentes que en ella intervienen. Aquí sólo se puede ofrecer un bosquejo programático de su uso.

El programa tiene que hacer viable la identificación dinámica de corrección e incorrección jurídica. Eso supone identificar (explicar y comprender) la normatividad construida, cuestionada y cambiante en procesos de interacción “reales” en los que están presentes “elementos jurídicos”. Por interacciones “reales” aquí cabe entender que su efectiva ejecución conforma las transacciones experimentadas por ciertos sujetos, en concretos ámbitos y con específicas problemáticas. Por su parte, decir que en tales interacciones están presentes “elementos jurídicos” equivale a sostener que se han invocado, por parte de dichos sujetos, categorías formales propias del Derecho.

Más compleja resulta la caracterización de la normatividad en tanto que aspecto central de las prácticas sociales. En general, cuando se sostiene que una cuestión, del tipo que fuere, tiene carácter normativo se considera que está sometida a juicios de corrección e incorrección. Disponemos de un sustituto semántico de “norma” con un menor compromiso teórico: calificación normativa de acciones. Si pensamos en quiénes realizan tales calificaciones, cuándo y cómo se realizan, qué acogida reciben, cómo se afianzan, cuáles son las reacciones ante quienes las ignoran, en qué casos se suspenden o excepcionan, estaremos realizando una identificación dinámica de normatividad, o lo que es lo mismo, considerando una práctica normativa como un proceso de negociación del sentido. Por supuesto todas nuestras actividades sociales participan de dicha dinámica.

En el caso del Derecho las calificaciones relevantes se generan a través de procesos institucionales formalizados, pero ese es siempre un punto de partida y no de llegada, ya que los concretos modos de utilizar esas calificaciones siempre se gestionan en interacciones y negociaciones de muy diversa índole.

La identificación de la normatividad (de corrección e incorrección) permite entender el sentido de la práctica que los participantes van generando de manera dinámica y abierta. Ésta puede presentarse homogénea o dispersa a la luz de los estándares que utilicen los investigadores que siempre se encuentran situados en su propio espacio de normalidad.⁵¹ Por ello, los sujetos involucrados y el contexto espacio temporal que serán tenidos en cuenta en una negociación sobre el sentido vendrán marcados por algún interés específico.⁵²

Los datos que interesan en este ámbito tienen carácter intensional y son el producto de tomar en consideración creencias compartidas, expectativas recíprocas, o creencias de segundo orden, en definitiva, de conocer las actitudes de los sujetos, sus reclamaciones y compromisos.⁵³

Una concepción del derecho que toma como central las calificaciones normativas de acciones –con distintas procedencias, vigencias, propósitos– que se invocan, dirimen y negocian por parte de una colectividad enfrenta un cuestionamiento frecuente ¿Qué tiene tal investigación de jurídica? ¿No estamos acaso ante el conocimiento sociológico general?⁵⁴ La pertinencia de estas preguntas

51 Por lo general el interés por las condiciones de normalidad proviene de la ruptura de tales condiciones. La normalidad oculta se detecta cuando esta cesa inopinadamente. Pero esta es una cuestión que forma parte del aparato epistemológico del investigador. Para un análisis del papel que juegan las condiciones de normalidad en el contexto de construcción de la identidad de los agentes véase Medina 2006: 154–165.

52 Véase el capítulo “On the Chronology (and Topology) of the legal” en Melissaris 2009: 129–149.

53 Véanse Narváez 2004: 336–341; Bicchieri 2006: 8–28; Melissaris 2009: 109–127.

54 Esta es una demanda conocida en el estudio del pluralismo jurídico: “Where do we stop speaking of law and find ourselves simply describing social life? Is it useful to call these forms of ordering law? In writing about legal pluralism, I find that once legal centralism has been

se sustenta en el presupuesto aquí criticado, el de la reificación de las normas: el de presuponer que “norma” es un término que se aplica a entidades que tienen carácter discreto – contable –, de modo que las siguientes locuciones tengan un sentido pleno incorporadas a la teoría jurídica “/.../, una nueva norma”, “/.../ dos normas.”, “no tantas normas”. A su vez, ese presupuesto es el que permite clasificar normas en una partición, generando subconjuntos de normas morales, jurídicas, sociales, de la gramática, del ajedrez, entre otras muchas. Pero como he dicho, al asumir estos rasgos – lingüístico-epistémicos – se necesitan dos condiciones para poder operar una investigación sobre normas jurídicas.

La primera es el establecimiento de criterios de identificación: qué es una norma jurídica. La segunda es contar con criterios de individuación: qué hace de una norma jurídica, que sea esa y no otra norma jurídica. Siempre que estamos ante realidades extensionales (objetos físicos, entidades empíricas) contamos con sistemas de clasificación que nos permiten individuar extensionalmente: lo que hace de un planeta el que sea ese y no otro planeta es su ubicación (espacio-temporal). Pero ante las realidades intensionales como las normas y los chistes, (pero también, los saludos, malentendidos e insultos), nos encontramos con el dilema que propicia la distinción entre formulaciones normativas y normas: o bien usamos como criterio de individuación uno también extensional: una frase escrita determinada, unas palabras pronunciadas, una inscripción, en cuyo caso se frustra el propósito de individuación al poder tener todas esas entidades empíricas más de un sentido; o bien usamos un criterio que apunta a la intensión, o sentido de esa entidad, en cuyo caso ya no podemos tratar las normas como “entidades discretas” de conocimiento. Como he dicho esa dificultad es una herencia de combinar el empirismo y convencionalismo semántico, con la epistemología basada en el proyecto del giro lingüístico.⁵⁵

Puesto que la tarea tiene que realizarse sobre normas jurídicas y no sobre normas de otro tipo, ya que de lo contrario la investigación sería puramente sociológica, el distintivo jurídico parece que sólo puede ofrecerlo la presencia de características formales, como sería la existencia de un texto legislativo y su invocación. Pero como hemos dicho ello resulta insuficiente porque tales textos (códigos, conjuntos de disposiciones, catálogos de pautas) son asociables a interpretaciones múltiples de sentido. Si, como aquí se entiende, todas nuestras prácticas participan de dinámicas normativas parecemos necesitados de un criterio de “demarcación”. Una pluralidad de calificaciones normativas en conflicto, utilizadas, cuestionadas, negociadas en procesos para dirimir y fijar soluciones o resultados parece que tiene que explicarse y comprenderse sorteando

vanquished, calling all forms of ordering that are not state law by the term law confounds the analysis. The literature in this field has not yet clearly demarcated a boundary between normative orders that can and cannot be called law.” Merry 1988: 878–879.

55 Cf. Winch 1958: 21.

el problema de la “demarcación”. Pero ¿No podríamos hacer el planteamiento inverso? ¿Cómo no va a ser jurídico el estudio de interacciones que transcurren dentro del ámbito de aplicación del derecho? Qué sea o no sea aplicación del derecho también se negocia en la producción de sentido jurídico.

Debemos reconocer que la posibilidad de hacer que *todo* sea jurídico o que *nada* lo sea en un determinado contexto socio-político proviene de una característica propia de las conceptualizaciones en ámbitos intensionales. Para el análisis teórico de la realidad entendida de modo extensional contamos con tres categorías: las expresiones, su significado y los objetos a los que tales expresiones refieren. La existencia de tales objetos no depende en modo alguno de contar con expresiones significativas que los nombren. Sin embargo, cuando se trata de analizar la realidad intensional, esto es, los elementos con sentido, el uso de esas tres categorías sólo genera problemas: las normas, chistes, (saludos, malentendidos o insultos) dependen enteramente de las expresiones significativas con las que invocamos la existencia normativa de la misma realidad intensional que estamos analizando.

Si queremos decir que los diversos conceptos de Derecho refieren a prácticas/instituciones normativas diferentes, la elección de alguno de ellos por sobre los demás tiene que hacerse mediante criterios pragmáticos, valorativos, o éticos pero no por el criterio de reconocimientos de entidades preexistentes. No hay nada fuera de la práctica de adscripción y reconocimiento del estatuto de jurídico que pueda contar como criterio de demarcación. Lo que está en juego es reconocer cuán jurídica es una u otra práctica mientras se construye – dota de contenido y significado – lo jurídico. Pero esto sólo tiene lugar cuando el reconocimiento de lo jurídico deja de ser automático e invisible, o bien cuando dejan de converger las decisiones al respecto de los agentes que hasta ahora lo reconocían, o bien, como suele ser más habitual en este contexto, cuando nuevos agentes reclaman su participación en ese proceso.

Reconocer que una calificación normativa formalmente jurídica es un tipo de calificación normativa más, no equivale a admitir que sea una calificación social más.⁵⁶ Discutir si las normas son la clase general y las normas jurídicas y sociales subclases, o bien, si las normas sociales son la clase general, y las jurídicas un subtipo de estas se basa en que tanto desde el Derecho como desde la Sociología se han reificado los referentes de la expresión “norma” y se han establecido universos del discurso diversos. Pero la concurrencia de, y la competencia entre, productores de calificaciones normativas, así como la concurrencia de, y la competencia entre, los modos de dirimir conflictos y reconocer la ocurrencia de hechos jurídicos, se lleva a cabo en la arena de *lo social*, en el seno de comunidades. Además, *lo social* va desde lo micro-local a lo macro-globalizado haciendo del nivel medio-estatal de producción y deci-

56 Véase el proyecto de auto-suficiencia sin plena autonomía para el derecho en Croce 2012.

sión un ámbito cuya supremacía se entiende ahora cuestionada como antes lo estuvieron otros. Dicho cuestionamiento se va incorporando a parcelas de la dogmática jurídica más específicas como claramente ha ocurrido en el Derecho Administrativo⁵⁷ o el Derecho Mercantil⁵⁸, el Derecho de Daños. El espacio intermedio de producción estatal es visto aquí como demasiado afectado por el entorno global para ser autónomo y con una incidencia cada vez menor en entornos multiculturales o realidades territoriales que han vuelto parcial o totalmente a prácticas e interacciones normativas previas a procesos de colonización o estatalización.

Pero todo este panorama, como digo, es fruto de ciertos esquemas de representación que podemos modificar para quitarle pertinencia a la pregunta por la demarcación. En general, usamos esquemas extensionales para caracterizar las realidades intensionales, sin apenas darnos cuenta. Creemos poder señalar referentes sociales o jurídicos como conjuntos de circunstancias con ciertas características, igual que señalamos referentes naturales como conjuntos de entidades localizadas espacio-temporalmente con propiedades determinadas. No es que los objetos culturales o sociales no tengan impacto en las extensiones físicas de todo tipo, – en especial en la vida de nuestros propios cuerpos – sólo que el reconocimiento de su existencia se lleva a cabo en las propias prácticas normativas de las que depende también su existencia⁵⁹.

Usando la racionalidad que entiende las normas como calificación normativa de acciones, lo único que admitimos es que se emiten juicios de corrección e incorrección. No hay calificación de corrección o sin un sujeto que la sustente o la haya sustentado⁶⁰ ni calificaciones de corrección o incorrección sin una comunidad que asuma o rechace tales calificaciones. En realidad expresar una norma, como expresar un significado, es algo que sólo derivativamente se hace mediante textos. En las prácticas contamos con procedimientos establecidos para reconocer tales calificaciones y su autoría, si bien tampoco éstos están libres de ser cuestionados. Las calificaciones pueden ser, mantenidas, presupuestas, invocadas y usadas con total invisibilidad. Pero en determinadas circunstancias la diversidad de agentes, la heterogeneidad de intereses, la divergencia de comprensiones sobre narraciones del pasado, situaciones de presente

57 Sería el caso, por ejemplo, de los estudios sobre autorregulación, soft-law, autorregulación, gobernanza etc.

58 Sería el caso, por ejemplo, de los estudios sobre la nueva Lex Mercatoria.

59 Aquí no se defiende una postura como la del solipsismo normativo de Edoardo Fittipaldi (Fittipaldi, 2012: 9–18) quien, a pesar de tratar las ontologías normativas como psíquicas utiliza un vocabulario extensional para “situar” dichas realidades. “/.../ legal realities exist exclusively *in* the psyche of each individual”, “/.../ legal realities exist only *in* the psyches of each of us...” (Fittipaldi 2012: 10–11).

60 Esta dualidad (correcto/incorrecto) no equivale al código binario de Teubner que distingue entre legal/illegal, del que dice que no es exclusivo del derecho estatal Teubner 1992: 1451.

o proyectos de futuro ponen en jaque la invisibilidad mencionada.⁶¹ Nótese que esta afirmación no constituye una explicación causal ni funcional: no sostengo que la diversidad, heterogeneidad o divergencia, genere, produzca o cause la visibilidad de las calificaciones normativas conflictivas en juego; se trata más bien de que identificamos la presencia de calificaciones normativas conflictivas como expresión de toda esa diversidad, heterogeneidad y divergencia.⁶² Las interacciones mediante las que se decide la relevancia y los contenidos de esa pluralidad de calificaciones pueden contener elementos de procedencia muy diversa. Y ello es contemplado de forma situada desde alguna concreta posición y comprensión por parte de los investigadores. Pero esto le otorgará cierta presencia a lo jurídico – o no – que está por concretarse en dichos procesos, de ahí su carácter dinámico. Será necesario un juicio que parece meta teórico sobre el sentido de lo que se ha constatado: se puede desatar la controversia sobre si tal o cual modalidad constituye una nueva forma jurídica de regulación de los mercados, o una forma no jurídica de hacerlo, o si no es ni siquiera una forma de regulación. Lo que ocurre es que aunque tenga sentido hablar de metalenguaje, cuando el objeto de ese lenguaje es otro discurso, no hay forma de contar con meta-prácticas: una práctica sobre una práctica es la misma práctica.

La razón por la que no se cierra la puerta a la presencia de lo jurídico, sobre todo mientras el mantenimiento de las categorías y prácticas propias del derecho estatal siga fuertemente asentado, es el peso valorativo del apelativo “jurídico”. Como dice Mariano Croce: “What is at stake here is the stock of symbolic power that is inevitably linked to the term ‘law’”.⁶³ Ningún grupo que negocia su situación en una dinámica normativa conflictiva – o en la que considera insuficiente su posición – deja de aspirar a que su pretensión alcance relevancia jurídica,⁶⁴ y eso continuará allí donde el monopolio considerado legítimo de la fuerza, con su correspondiente efectividad, siga estando en manos del Estado.

61 Cuando hablando nuestra propia lengua materna colocamos un adjetivo en la posición correcta en una frase estamos manteniendo una de tales calificaciones.

62 Decir “Los conflictos son la expresión de divergencia de intereses” no es hacer una afirmación teórica; se trata de ofrecer una concepción o regla de representación, esto es, funciona como una definición parcial de las expresiones que integra. Podría verse también como un juicio analítico desde una perspectiva kantiana donde el predicado “ser expresión de divergencia de intereses” integra el sujeto “los conflictos”. Narváez 2004b.

63 Croce 2012: xv.

64 Ocurre que esta, como todas las cuestiones intensionales, no es una operación que se verifica por descubrimiento, sino que se construye. Por eso o bien está fijado lo que es tener relevancia jurídica –por ejemplo “que el Parlamento apruebe una ley que reconozca los derechos x” y se pretende llegar a ese punto; o bien se transforma lo que cuenta como “tener relevancia jurídica”. Esa tarea es muchas veces vista como parte del activismo judicial en los sistemas con precedente, pero también en los casos de utilización de interpretaciones jurisprudenciales obligatorias de unos a otros tribunales.

Cuando no es así, esto es, cuando la efectividad de la pretensión no requiere de la presencia de lo jurídico estatal, ésta no se reivindica, o se hace por razones expresivas. Nótese que la efectividad a la que me refiero no tiene que ver con la maximización de un solo tipo de logro: puede tratarse tanto de capital social, como de justicia. No sólo cabe estudiar si una interacción se construye más o menos entorno a calificaciones normativas que tienen origen en modos de producción jurídico-institucionales, sino que se tiene que estar preparado para dar respuestas comprensibles y asumibles por un entorno jurídico cuando se quiere una reversión del *statu quo* con reconocimiento jurídico.

Las concepciones del derecho que tienen en cuenta las prácticas sociales⁶⁵, se encuentran mejor posicionadas para la comprensión del fenómeno jurídico. Una concepción de la legalidad que se toma en serio la contingencia del sentido, su fragilidad y mutabilidad tiene que servir para dejar de buscar justificaciones fuera de nosotros mismos y responsabilizarnos. La consolidación de nuevas relaciones internas entre lo que decimos y lo que hacemos la detectamos, por lo general, cuando ya es demasiado tarde para modificarla porque sus mecanismos de construcción funcionan a la par que nuestras capacidades de detectar cambios. Detectamos las que vemos y vemos con más facilidad las que nos parece que no deberían estar ahí.

–Agradecimientos.– Deseo agradecer la valiosa ayuda prestada por Sebastián Figueroa y Pablo Rapetti. En especial quiero dar las gracias a Nicola Muffato por su intensional generosidad y su apoyo extensional.

Bibliografía

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Nueva York/Viena: Springer (Library of Exact Philosophy).
- , 1981: The Expressive Conception of Norms. *New Essays in Deontic Logic*. Ed. Risto Hilpinen. Dordrecht/Boston/London: Reidel. 95–124.
- Gordon P. BAKER & Peter M. S. HACKER, 1984: *Scepticism, Rules and Language*. Oxford: Blackwell.
- , 1985: *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*. Vol. II of an Analytical Commentary on the Philosophical Investigations. Oxford/Cambridge: Blackwell.
- Reza BANAKAR, 2009: Law Through Sociology's Looking Glass. *The ISA Handbook in contemporary Sociology*. Eds. Ann Denis & Deborah Kalekin-Fishman. Londres: SAGE. 58–73.
- Mauro BARBERIS, 1990: *Il diritto come discorso e come comportamento*. Trenta lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli.
- George BEALER, 1998: Intensional Entities. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Craig. London: Routledge. Consultado 13 de mayo de 2013, en <http://www.rep.routledge.com/article/X019>.
- David BELL, 1996: Objectivity. *A Companion to Epistemology*. Eds. Jonathan Dancy & Ernest Sosa. Oxford: Blackwell.
- Yemima BEN-MENAHAM, 1998: Explanation and Description: Wittgenstein on Convention. *Synthese* 115 (1998) 1. 99–130.
- Ricardo CARACCILO, 2009: Conocimiento de normas. *El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

65 Villa 1993.

- 133–145. Charla dada en: “Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho”. La Plata, octubre 1982.
- Wolfgang CARL, 1994: *Frege's Theory of Sense and Reference. Its Origins and Scope*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rudolf CARNAP, 1934: “In the Character of Philosophic Problems. *Philosophy of Science* 1 (1934). Baltimore: The Williams and Wilkins Company. 5–19. Publicado también en: *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method. With two Retrospective Essays*. Ed. Richard M. Rorty. Chicago/London: The University of Chicago Press [1992]. 54–62.
- , 1947: *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Chicago: The University of Chicago Press.
- , 1950: Empiricism, Semantics, and Ontology. *Revue Internationale de Philosophie* (1950) 4. 20–40. Citado por: Empirismo, semántica y ontología. Traducción de Alfredo Deño en: *La concepción analítica de la filosofía*. Comp. Javier Muguerza. Madrid: Alianza [1981]. 400–419.
- Pompeu CASANOVAS, 1999: *Pragmatics and legal culture: a general framework*, Barcelona: UBA.
- Mariano CROCE, 2012: *Self-Sufficiency of Law. A Critical Institutional Theory of Social Order*. New York/London: Springer.
- Franca D'AGOSTINI, 1997: *Analitici e Continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*. Milano: Raffaello Cortina.
- Jonathan DANCY & Ernest SOSA (Eds.), 1992: *A Companion to Epistemology*. Oxford: Basil Blackwell.
- Mario DE CARO & David MACARTHUR (Eds.), 2010: *Naturalism and Normativity*. New York: Columbia University Press.
- Pablo DE LORA, 2010: Corridos de toros, cultura y Constitución. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33. 739–765.
- Michael A. E. DUMMETT, 1973: *Frege, Philosophy of Language*. London: Duckworth.
- , 1978: Frege's Distinction Between Sense and Reference. *Truth and Other Enigmas*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. 116–144.
- Kit FINE, 2002: *The Limits of Abstraction*. Oxford: Oxford University Press.
- Edoardo FITTIPALDI, 2012: *Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Frame of Leon Petrażycki's Theory of Law*. Milano: LED.
- Gottlob FREGE, 1891: Funktion und Begriff. Eng. translation: Function and Concept. In: *Translations from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*. Comp. Peter Geach & Max Black. Oxford: Basil Blackwell [1960]. 21–41.
- , 1892: Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* (nueva serie) 100 (1892). 25–50. Citado por: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 7–18.
- , 1892–1895: Ausführungen über Sinn und Bedeutung. *Nachgelassene Schriften*. Eds. Hans Hermes, Friedrich Kambartel & Friedrich Kaulbacheds. Citado por la traducción castellana de Ulises Moulines: Consideraciones sobre el sentido y la referencia. En *Estudios sobre semántica*. Barcelona: Orbis [1984]. 90–98.
- , 1918–1919: Der Gedanke. Eine logische Untersuchung. *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus* 1. 58–77.
- Riccardo GUASTINI, 1992: *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli.
- , 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- , 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Susan HAACK, 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*. Oxford: Blackwell.
- Bob HALE & Crispin WRIGHT, 1996: *A Companion to the Philosophy of Language*. Oxford: Blackwell.
- Jacek JADACKI, 2013: *Being and Duty. The Contribution of 20th Century Polish Thinkers to the theory of Imperatives and Norms*. Kraków: Copernicus Center Press.
- David H. KAYE, 2009: Identification, Individualization and Uniqueness: What's the Difference? *Law, Probability & Risk* 8 (2009) 2. 85–94.
- Anthony KENNY, 1968: Cartesian Privacy. *Wittgenstein: The Philosophical Investigations*. Ed. George Pitcher. London: Macmillan. 352–370.
- Razmig KEUCHEYAN & Gérald BRONNER (Dirs.), 2012: *La théorie sociale contemporaine*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Saul A. KRIPKE, 1980: *Naming and Necessity*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 1982: *Wittgenstein. On Rules and Private Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- Cooper H. LANGFORD, 1942: The Notion of Analysis in Moore's Philosophy. *The Philosophy of G.E. Moore*. Ed. Paul A. Schilpp. La Salle, Illinois: Open Court. 321–342. Citado por: *Analitic Philosophy. An Antology*. Eds. A. P. Martinich & David Sosa. Oxford: Blackwell [2001]. 403–413.
- Bruno LATOUR, 2000: On the Partial Existence of Existing and Non-existing Objects. *Biographies of Scientific Objects*. Ed. Lorraine Daston. Chicago: Chicago University Press. 247–269.

- Peter McGRAW & Caleb WARREN, 2010: Benign Violations: Making Immoral Behavior Funny. *Psychological Science* 21 (2010) 8. 1141–1149.
- José MEDINA, 2006: *Speaking from Elsewhere: a New Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*. Albany: State University of New York.
- Emmanuel MELISSARIS, 2009: *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Farnham/Burlington: Ashgate.
- Sally E. MERRY, 1988: Legal Pluralism. *Law and Society Review* (1988) 22. 869–896.
- Edward H. MINAR, 1991: Wittgenstein and the “Contingency” of Community. *Pacific Philosophical Quarterly* (1991) 72. 203–234.
- Maribel NARVÁEZ MORA, 2004a: Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho. *Analisi e Diritto* (2001–2003). 211–240.
- , 2004b: Wittgenstein y la teoría del derecho. *Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- , 2006: Las Expresiones de *lege lata* en tanto que creencias ajustadas a derecho. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*. Ed. Christian Courtis. Madrid: Trotta. 231–258.
- , 2010: Detectando concepciones. El test de la negación. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2010) 33. 553–569.
- David NELKEN, 1984: Law in Action or Leaving Law? Back to the Beginning in Sociology of Law. *Legal Studies* (1984) 4. 157–174.
- David PEARS, 1967: Is Existence a Predicate? *Philosophical Logic*. Ed. Peter Strawson. Oxford: Oxford University Press [1967]. 97–102.
- Philip PETTIT, 1990: The Reality of Rule-Following. *Mind* (1990) 99. 1–21.
- Hilary PUTNAM, 1973: Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy* (1973) 28. 699–711.
- , 1975: The Meaning of ‘Meaning’. In: Language, Mind, and Knowledge. *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (1975) 7. Ed. Keith Gunderson. 131–193.
- Willard Van Orman QUINE, 1951: Two Dogmas of Empiricism. *Philosophical Review* (1951) 60. 20–43. Citado por la traducción castellana de Manuel Sacristán: Dos dogmas del empirismo. *La búsqueda del significado*. Ed. L.M. Valdés Villanueva. Murcia/Universidad de Murcia: Tecnos [1991]. 220–243.
- , 1953: *From a Logical Point of View*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- , 1960: *Word and Object*. Cambridge (Mass.): MIT.
- , 1966: Carnap’s View on Ontology. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press. Revised ed. (1976). 203–211.
- , 1970: On What There Is. *Semantics and the Philosophy of Language. A Collection of Readings*. Ed. Leonard Linsky. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press. 189–206. (Charla dada en 15 marzo 1948 en Graduate Philosophical Seminary of Princeton University).
- Joseph RAZ, 1998: Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *Legal Theory* (1998) 4. 249–282.
- Michael D. RESNIK, 1967: The Context Principle in Frege’s Philosophy. *Philosophy and Phenomenological Research* XXVII (1967). 356–365.
- , 1976: Frege’s Context Principle Revisited. *Studien zu Frege III: Logik und Semantik*. Ed. Matthias Schirn. Stuttgart: Frommann-Holzboog. 35–49.
- , 1979: Frege as Idealist and then Realist. *Inquiry* (1979) 22. 350–357.
- Antoine de SAINT-EXUPÉRY, 1943: *Le Petit Prince*. Citado por la traducción castellana de Bonifacio del Carril [1953]. Alianza: Madrid.
- Hans D. SLUGA, 1977: Frege’s Alleged Realism. *Inquiry* 20 (1977). 227–242.
- Peter F. STRAWSON, 1959: *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*. London: Methuen.
- , 1976: Entity and Identity. *Entity and Identity and Other Essays*. Oxford: Clarendon Press [1997]. 21–51. (Primera publicación en: *Contemporary British Philosophy*. Fourth Series. Ed. H. D. Lewis. London: George Allan & Unwin).
- Giovanni TARELLO, 1967: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino [1974].
- Gunter TEUBNER, 1992: The two faces of legal pluralism. *Cardozo Law Review* 13 (1992). 1443–1462.
- Judith Jarvis THOMSON, 2008: *Normativity*. Chicago: Open Court.
- Charles TRAVIS, 1989: *The Uses of Sense. Wittgenstein’s Philosophy of Language*. Oxford: Clarendon Press.
- Ernst TUGENDHAT, 1970: The Meaning of “Bedeutung” in Frege. *Analysis* (1970) 30. 177–189.
- Edna ULLMANN-MARGALIT, 1977: *The Emergence of Norms*. Oxford: Clarendon Press.

- Mariana VALVERDE, 2003: *Law's Dream of a Common Knowledge*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- Vittorio VILLA, 1993: *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Ralph WEDGWOOD, 2007: *The Nature of Normativity*. Oxford: Clarendon Press.
- Paul D. WIENPAHL, 1950: Frege's *Sinn und Bedeutung*. *Mind* 59 (1950). 483–494.
- David WIGGINS, 1984: The Sense and Reference of Predicates: A Running Repair to Frege's Doctrine and a Plea for the Copula. *Frege: Tradition and Influence*. Ed. Crispin Wright. Oxford: Basil Blackwell. 126–143.
- Peter WINCH, 1958: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. 2nd ed. (1990). London: Routledge and Kegan Paul.

Mauro Barberis*

Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ?

‘Néoconstitutionnalisme’ est assurément le nouveau nom pour une famille de théories du droit bien connues: un nom jusqu’à maintenant utilisé seulement au sein de la théorie du droit du monde latin. Mais contrairement à une critique récente de Riccardo Guastini, et conformément à une plus large analyse de ce mouvement dans mon dernier livre, *Manuale di filosofia del diritto* (2011), le néoconstitutionnalisme existe effectivement – exactement comme le droit naturel, le positivisme juridique ou encore le réalisme juridique existent. Dans cette contribution, en fait, trois thèmes centraux du néoconstitutionnalisme sont examinés – la connexion droit-morale, la distinction règle-principes et le balancement ou pondération – afin d’en fournir une meilleure théorie positiviste. Ainsi, je reconnais une connexion contingente mais théoriquement essentielle entre le droit et la morale; j’admets une distinction quasiment radicale entre les règles et les principes juridiques, et je fournis une théorie du balancement (ou pondération) positiviste, réaliste et axiologiquement pluraliste.

Mots-clés: néoconstitutionnalisme, droit et morale, règles et principes, pondération, pluralisme des valeurs

*This is the old Platonic riddle of nonbeing.
Nonbeing must in some sense be, otherwise
what is it that there is not?*

Quine (1948 : 21)

1 INTRODUCTION

Après les grandes discussions dont il a été l’objet en Italie, Espagne et Amérique latine, cela était inévitable : tôt ou tard, quelqu’un finirait par se demander si le néoconstitutionnalisme *existe*. C’est mon maître et ami Riccardo Guastini qui prit en charge cette tâche : selon lui, le mot ‘néoconstitutionnalisme’ ne désignerait pas « une thèse proprement théorique et susceptible d’être discutée » mais « un conglomerat /.../ de positions axiologiques et de thèses normatives ».¹ A la vérité, dans la même intervention, Riccardo ne se limite

* barberis@units.it | Professeur ordinaire de Philosophie du droit à l’Université de Trieste (Italie). Ce texte fut défendu à l’Université de Gironne (Espagne). Que soient ici remerciés pour leurs observations à une première version de ce travail Pietro Faraguna, Nicola Muffato, Alesio Sardo et tous les participants du séminaire de Gironne.

1 Voir Guastini (2013 : 255), qui cite, en y adhérant, des considérations analogues de Francisco Laporta, dans Atienza & Laporta 2009 : 209–223. Une sorte de manifeste du néoconstitution-

pas à des regrets ; il met en évidence deux ou trois thèses théoriques du néo-constitutionnalisme et il les critique longuement : la connexion droit-morale, la différence entre principes et règles, l'application des principes par pondération et des règles par subsomption.

Coupable de la genèse du concept, avec Susanna Pozzolo et Paolo Comanducci,² je devrais essayer de le défendre; mais je suis tenté de l'abandonner à son destin pour au moins deux raisons. Tout d'abord, nous avons inventé le mot néoconstitutionnalisme surtout afin de le critiquer ; et il est assez paradoxal qu'aujourd'hui un nombre croissant de théoriciens des pays « latins » du Vieux et du Nouveau Continent se rangent sous cette étiquette douteuse, inconnue dans le reste du monde.³ Mais, surtout, les doutes de Guastini sont tout à fait fondés ; si le 'néoconstitutionnalisme' continuait notamment à être défini comme je l'ai défini moi-même jusqu'ici, il pourrait tout à fait s'agir d'un concept vide, d'une théorie qui n'a jamais été soutenue par aucun auteur en chair et en os voire, pire encore, il pourrait s'agir d'un concept mal formé, qui se contredit du fait même de sa définition.

Dans les principales sections de ce travail, je voudrais affronter trois problèmes implicitement et explicitement soulevés par la provocation de Guastini. Un problème méthodologique, avant tout : qu'est-ce qui autorise à parler d'une nouvelle théorie du droit ? Un problème métathéorique, ensuite : si l'on admet que le néoconstitutionnalisme existe, et après tout pourquoi pas, comment convient-il de le définir ? Un problème théorique, enfin : le néoconstitutionnalisme représente-t-il une alternative théorique plausible au positivisme juridique? Pour couper court à tout suspense, voici par avance mes conclusions : non seulement le néoconstitutionnalisme existe, mais des positivistes comme Guastini devraient le prendre beaucoup plus au sérieux, comme ils le font déjà, du reste, sans toutefois l'admettre.

nalisme, qui confirme quelque peu les impressions de Guastini, est Atienza & Ruiz Manero 2007 : 7–28 : texte à partir duquel commence une longue discussion entre Atienza lui-même et Pierluigi Chiassoni (Atienza & Chiassoni 2010 : 285–331).

2 Cf. Pozzolo 1998 : 339–353, pour l'origine du mot; Barberis 2008 : 29–37, pour une première définition ; Comanducci 2007 : 74 (n. 2), pour une première problématisation.

3 On parle de *néoconstitutionnalisme* surtout en Italie et en Amérique Latine; en Espagne l'on parle plutôt de *constitutionnalisme*, en confondant cette ancienne tradition philosophico-politique avec la théorie juridique contemporaine indiquée par 'néoconstitutionnalisme'. Dans le monde de langue anglaise, par contre, dès les années 90, on parle de *new constitutionalism* en se référant aux derniers développements du constitutionnalisme global, en particulier au rôle croissant joué par les juges: cf. Stone Sweet & Matthews 2008 : 85 (n. 27), et Hirschl 2006 : 721–754.

2 MÉTHODOLOGIE : APRÈS TOUT, LE NÉOCONSTITUTIONNALISME EXISTE

Voici ma *première* question, d'ordre méthodologique : qu'est-ce qui autorise à parler des diverses thèses défendues dans les cinquante dernières années sous des noms différents – tels que 'Thèse des droits', 'Droit comme intégrité', 'Droit comme interprétation', 'non positivisme', 'constitutionnalisme', 'post-positivisme', 'positivisme inclusif' – comme d'une nouvelle théorie du droit ? Ne faudrait-il pas s'abstenir d'utiliser toutes ces étiquettes équivoques et ne parler que des thèses soutenues par des hommes en chair et en os, tels que Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Alfonso García Figuerola et bien d'autres ? Même si l'on ne peut faire l'économie des étiquettes, est-il tout au moins possible de les définir auparavant, et si oui en recourant à quel genre de définition ? Enfin et surtout : quelle définition donner du 'néoconstitutionnalisme' ?

2.1. Avant tout, peut-être faudrait-il s'abstenir d'utiliser des expressions telles que 'néoconstitutionnalisme', mais aussi 'positivisme', 'objectivisme éthique', 'pluralisme des valeurs', et ainsi de suite. Comme le note en effet Joseph Raz, il ne s'agit là que d'étiquettes et lorsque l'on fait de la théorie, il serait plus pertinent de parler de thèses défendues par des auteurs de façon singulière.⁴ Le même Raz applique du reste le conseil à la lettre en discutant seulement des auteurs qu'il connaît personnellement ou qu'il rencontre tous les jours à Oxford, et auxquels, en cas de besoin, il peut même demander l'interprétation authentique de leurs pensées. D'un autre côté, se déplacer à Oxford pour discuter avec des auteurs en chair et en os serait coûteux et même, de surcroît, impossible puisqu'il ne reste que des os de nombreux théoriciens du droit oxoniens. Mais surtout, s'abstenir des étiquettes est une tâche vraiment difficile, qui devient presque impossible au niveau de la (méta)théorie.

L'auteur qui a montré cela mieux que tout autre est justement l'ancien maître de Raz, Herbert Hart. Hart a fait un grand usage des étiquettes en les imposant à deux discussions théoriques qui sont loin d'être closes : la question des rapports entre droit et morale et le problème de l'interprétation. La question des rapports entre droit et morale a été abordée par Hart en distinguant entre *iusnaturalisme*, identifié à la Thèse de la connexion nécessaire, et *positivisme*, identifié à la Thèse de la séparation entre droit et morale. De la même façon, le problème de l'interprétation a été affronté par Hart en distinguant entre *formalisme* (interprétatif), *scepticisme* (interprétatif) et *théorie mixte*.⁵

4 Cf. Raz 2007 : 35.

5 Opérations qui sont déjà toutes deux lisibles dans Hart 1958, puis dans Hart 1961, de façon peut-être historiquement discutable, mais théoriquement fructueuse.

Dans les deux cas, Hart a accompli la même opération, plus synthétique qu'analytique : non seulement, il a mis des étiquettes sur des thèses d'auteurs profondément différents voire incomparables, qui de fait s'étaient ignorés jusqu'alors, afin d'ouvrir une discussion internationale qui n'existait presque pas encore. C'est à cette fin qu'il a dû non seulement inventer des étiquettes mais aussi des techniques définitionnelles qui peuvent encore être employées au sujet du néoconstitutionnalisme, comme on le verra dans la prochaine sous-section. Mais, mieux encore, Hart a dû faire un grand usage du principe de charité interprétative en s'efforçant d'attribuer un sens raisonnable même à des thèses qu'il ne partageait pas.

Bien sûr, il n'y avait rien de révolutionnaire dans cette attitude : la charité interprétative n'étant que l'extension au débat international d'une des règles non-écrites du débat oxonien.⁶ A Gênes aussi la charité interprétative est, il est vrai, employée pour les amis ; aux adversaires, en revanche, est réservé un style d'interprétation et d'argumentation opposé : la chasse aux idéologies. Certes, celle-ci n'est plus utilisée dans sa première version marxiste, ni dans l'une de ses nombreuses versions postmodernes ; d'habitude, l'on se contente de discuter les opinions des autres dans leur *pire* interprétation, à savoir en s'efforçant de montrer qu'elles ne sont pas raisonnables ou même qu'elles sont insensées, et en parvenant à cette fin le plus souvent.⁷

C'est de cette façon que le néoconstitutionnalisme interprété peu charitablement finit par apparaître comme une idéologie ; mais l'ennui c'est alors qu'aucune théorie du droit n'échappe au soupçon d'idéologie. Certes, le jusnaturalisme, enchevêtré comme il l'est de thèses normatives, conceptuelles et empiriques, n'y échappe pas ; mais même le positivisme – et ce positivisme méthodologique qu'est le réalisme juridique – n'y échappent pas non plus. Leurs plus impeccables théories cognitives sont imbriquées elles aussi dans une foule de prémisses et de conséquences normatives. Si l'on veut prendre au sérieux toutes ces théories, il ne reste donc qu'à les interpréter de façon plus charitable, à la Hart : ce qui vaut aussi pour le néoconstitutionnalisme, dernier poussin de cette auguste nichée.

2.2. En admettant qu'il soit permis, opportun et même inévitable d'utiliser des étiquettes, encore faut-il dans tous les cas les définir rigoureusement, en synthétisant en formules représentatives des théories beaucoup plus articulées. Dans le cas du néoconstitutionnalisme, notamment, il convient de le définir et de le reconstruire comme une théorie tout à la fois plausible et critiquable : s'il ne s'agissait que d'une théorie incohérente dès sa définition, ce ne serait pas

6 Comme le montre efficacement Ricciardi (2008), dont je ne partage cela étant pas la réinterprétation néojusnaturaliste de Hart.

7 Cf. déjà dans Barberis 1987 : 317–355, et, pour une interprétation plus charitable de la même chasse aux idéologies, Celano 2007 : 355–388. Sur l'École de Gênes il faut désormais citer comme ouvrage de Ferrer Beltrán & Ratti 2011.

la peine d'en parler. Mais à partir de là surgissent au moins quatre problèmes : tout d'abord, remédier à l'ambiguïté théorie/objet de la théorie qui afflige d'habitude les noms en '-isme' ; ensuite, chercher une technique définitionnelle qui convienne aux noms des théories; d'autre part, éviter la particulière *vagueness* commune à ces mêmes noms; enfin, appliquer tous ces outils à la redéfinition du terme 'néoconstitutionnalisme'.

Commençons par affronter les trois premiers problèmes, en renvoyant la solution du quatrième au point suivant. Avant tout, il convient de résoudre l'ambiguïté théorie/objet de la théorie ;⁸ 'néoconstitutionnalisme', comme le suggère le préfixe 'néo', ne prétend certes pas regrouper tout l'ensemble de pratiques et de doctrines aujourd'hui caractérisées par des termes comme 'constitutionnalisme', 'libéralisme' et 'pluralisme'. 'Néoconstitutionnalisme', comme ce terme est utilisé à Gênes, n'indique que la *third theory of law* – troisième théorie entre droit naturel et positivisme juridique, comme l'a appelée John Mackie⁹ – défendue les cinquante dernières années par Ronald Dworkin et ses *fans* à propos du droit *constitutionnalisé* : le droit typique de l'État de droit constitutionnel ou État constitutionnel (en all. *Verfassungsstaat*) sans autre qualification.¹⁰

Ensuite, il faut trouver une technique définitionnelle qui convienne aux noms des théories, même si ici le choix est presque obligatoire. Si l'on veut identifier le néoconstitutionnalisme en le distinguant des autres théories du droit, il n'y a en effet pas d'alternative à la technique définitionnelle choisie par Hart à propos de 'jusnaturalisme' et 'juspositivisme' : il s'agit de trouver une série de thèses caractéristiques du néoconstitutionnalisme, telles que l'on puisse distinguer ses partisans des partisans du jusnaturalisme et du positivisme. Nous verrons au prochain point quelles peuvent être ces thèses caractéristiques; mais il faut ici mentionner au moins un troisième problème soulevé par cette technique définitionnelle.

Les étiquettes en '-isme', nous l'avons vu, souffrent de l'ambiguïté théorie/objet de la théorie ; leurs signifiés, à leur tour, souffrent d'une forme de *combinatory vagueness* : forme qui est peut-être la seule irrémédiable. Tandis que des termes comme 'jeu', 'nombre', 'religion', 'science', 'droit', peuvent après tout être définis, même *per genus et differentiam*, pour les noms en '-isme', ce n'est tout au moins pas le cas pour 'jusnaturalisme' et 'juspositivisme' : ils indiquent rarement des thèses vraiment communes à tous les auteurs ainsi étiquetés. Prenons

8 Cf. Comanducci 2002 : 71; tandis que 'constitutionnalisme' et 'néoconstitutionnalisme' sont souvent utilisés dans les deux sens, 'new constitutionalism' (cf. *supra*, n. 3) indique surtout l'objet de la théorie.

9 Cf. Mackie 1977 : 3–16.

10 A propos du concept de constitutionnalisation, cf. au moins Dyzenhaus 2004, et surtout Guastini 2011 : 195–223.

seulement le terme ‘juspositivisme’, qui d’après Hart devrait désigner des théories ayant en commun la Thèse de la séparation droit/morale.

Eh bien, ceci n’est même plus vrai depuis quelques années ; à Oxford ou dans ses alentours, des interprétations différentes de cette Thèse ne cessent de fleurir : on en arrive même à la juger trop absurde pour penser que quiconque ait pu un jour la défendre.¹¹ Il y a même un positiviste-type – toujours Raz – selon lequel il y aurait des connexions conceptuelles presque infinies entre le droit et la morale : du moins lorsqu’on se réfère, non pas au problème de l’identification du droit, ou du *quid iuris*, mais au problème de sa définition ou du *quid ius*.¹² Raz propose alors comme caractéristique du positivisme juridique sa Thèse des sources sociales, qui soulève tout autant de problèmes, excluant du champ du positivisme le positivisme inclusif, Hart compris.

Quelque chose de semblable arrive, on va le voir, avec la Thèse de la connexion droit/morale soutenue par les néoconstitutionnalistes en des versions très différentes, mais qui, selon Luigi Ferrajoli, relèveraient toutes du jusnaturalisme.¹³ Enfin, on ne peut évidemment pas non plus soutenir que pour être rangé parmi les néoconstitutionnalistes il suffit d’en discuter les problèmes typiques, même sans en partager les solutions.¹⁴ Guastini, par exemple, ne fait pas autre chose depuis des décennies, mais cela ne suffit pas à l’étiqueter ‘néoconstitutionnaliste’. Il faudra donc fournir une liste de thèmes et de thèses, de problèmes et de solutions typiquement néoconstitutionnalistes ; l’adverbe ‘typiquement’ avertissant ici que l’on peut adhérer *plus ou moins* au néoconstitutionnalisme, comme aux autres «-ismes», en fonction des thèmes ou des thèses que l’on partage.

A la *combinatory vagueness* des noms de théories – dont ‘néoconstitutionnalisme’ est affecté, ni plus ni moins que tous les autres «-ismes» – on pourrait trouver un remède au moyen d’une définition par cas paradigmatiques (et airs de famille), en fournissant une liste d’exemples typiques des problèmes et des solutions néoconstitutionnalistes.¹⁵ Ce type de définition a été originairement

11 Sur les interprétations avancées par les positivismes normatif, exclusif et inclusif, cf. au moins Moreso 2004 : 45–62 ; sur l’opinion selon laquelle la Thèse de la séparabilité droit/morale « est absurde et qu’aucun philosophe du droit de ce nom n’a pu un jour s’en revendiquer comme il paraît », cf. Gardner 2001 : 223.

12 Cf. encore Raz 2007 : 20–21 ; celui-ci, comme cela est assez connu, propose comme critère de distinction du positivisme juridique sa propre ‘Thèse des Sources sociales’ qui d’ailleurs soulève encore plus de problèmes que la ‘Thèse de la séparabilité’, en particulier en gommant le positivisme inclusif de Hart lui-même.

13 Cf. Ferrajoli 2010 : 2771–2816, qui aujourd’hui distingue entre un constitutionnalisme positiviste et “garantiste” (le sien) et un constitutionnalisme jusnaturaliste et “principlaliste” (le néoconstitutionnalisme lui-même). Cf. Barberis 2011a, pour une foule d’objections.

14 Comme l’ont proposé pour la définition de la philosophie analytique Jori & A. Pintore 1988 : 85 ss.

15 Cf. Villa 1992 : 275–310, mais, en dehors du nom, il s’agit d’une technique définitionnelle dénotative déjà employée, entre autres, par Ludwig Wittgenstein, Max Black et Peter Alston.

proposé par Vittorio Villa et par moi-même pour tous les termes qui, tels ‘jeu’, ‘religion’, ‘droit’, présentent cette *vagueness* de telle façon qu’il apparaît impossible de les définir par genre et différence. Aujourd’hui, je pense qu’il est presque toujours possible de donner des définitions à ces termes, même *per genus et differentiam*, mais pour les noms de théorie en «-ismes» la définition par cas paradigmatiques me semble préférable.

2.3. Enfin, en admettant que ‘néoconstitutionnalisme’ puisse être défini en recourant à ces techniques, on doit encore trouver une définition meilleure que celle proposée par moi-même en termes de Thèse de la connexion nécessaire entre droit et morale dans *l’État constitutionnel*,¹⁶ qui est une définition défectueuse pour au moins deux raisons. D’un côté, seuls Alexy et Nino parlent expressément d’une connexion *nécessaire* entre droit et morale, mais sans la limiter à l’État constitutionnel ; dans ces conditions, ils devraient être étiquetés non pas néoconstitutionnalistes, mais jusnaturalistes *tout court*. D’un autre côté, une Thèse de la connexion nécessaire ainsi formulée sonne comme une contradiction dans les termes : comment peut-on déclarer nécessaire une connexion ouvertement limitée au seul État constitutionnel ?¹⁷

La plus ambitieuse définition du néoconstitutionnalisme fournie jusqu’à aujourd’hui est due à Comanducci et elle est calquée sur la célèbre tripartition du positivisme juridique selon Bobbio : ‘néoconstitutionnalisme’ indiquerait une méthodologie, une théorie et une idéologie distinctes de celles du juspositivisme.¹⁸ J’ai eu moi-même l’occasion d’utiliser la définition de Comanducci en changeant l’ordre des éléments ; j’ai ainsi présenté le néoconstitutionnalisme comme une *théorie* du droit de l’État constitutionnel, qui en tant que telle pourrait être tout à fait semblable à celle fournie par le positivisme méthodologique, mais qui aboutit au contraire à violer le principe de la *Wertfreiheit* – cœur de la *méthodologie* positiviste – et risque toujours de se précipiter dans une *idéologie* favorable à toute constitution en tant que telle.¹⁹

Aujourd’hui, la définition de Comanducci me paraît pourtant défectueuse ; elle attribue au néoconstitutionnalisme le même penchant idéologique dont parle Guastini – reproche repoussé par les néoconstitutionnalistes – mais surtout elle admet que les *théories* néoconstitutionnaliste et positiviste méthodologique

16 Cf. Barberis 2008 : 31 (texte à partir duquel est sorti une quatrième édition, Barberis 2011c, dont ce travail est une anticipation).

17 Bien sûr, l’on pourrait dire que la connexion instituée entre le droit et la morale dans l’État constitutionnel par une définition stipulative est nécessaire en ce qu’elle vaut *par définition* : mais comme l’a noté Eugenio Bulygin en critiquant Alexy, une définition stipulative n’est pas une bonne façon d’établir une connexion nécessaire.

18 Cf. Comanducci 2007 ; et la tripartition de Comanducci à laquelle Guastini se réfère quand il fait allusion aux (prétendus, selon lui) éléments méthodologiques, théoriques et idéologiques du néoconstitutionnalisme.

19 Je renvoie ici à Barberis 2011b (notamment 231–238).

pourraient être identiques. Or, même en admettant que néoconstitutionnalistes et positivistes discutent du même objet, c'est-à-dire du droit de l'État constitutionnel, et que quelquefois on ne peut pas les distinguer – pensons simplement à Prieto²⁰ – je préfère définir 'néoconstitutionnalisme' d'une autre façon, par ses thèses caractéristiques. Mais en cherchant justement des thèses théoriques caractéristiques du néoconstitutionnalisme, je reconnais que je n'arrive pas à en trouver de meilleures que celles mises en évidence par Guastini.

Après avoir en effet banni le néoconstitutionnalisme au nom de l'idéologie, Guastini consacre presque tout son travail à en discuter deux ou trois thèses théoriques, les mêmes que Ferrajoli critique aujourd'hui :²¹ la connexion (nécessaire ?) entre droit et morale, la distinction (forte ?) entre règles et principes, l'application des règles et des principes (respectivement ?) par subsomption et pondération. Comme les points d'interrogations entre parenthèses le mettent en évidence, les néoconstitutionnalistes fournissent à ces trois problèmes typiques trois solutions toutes aussi typiques : ils répondent par l'affirmative à ces questions, comme on le verra dans la prochaine section. Dans la section qui y fera suite, nous verrons par ailleurs qu'il est possible de fournir une réponse négative aux trois interrogations, et une solution positiviste aux trois problèmes.

Pour récapituler, 'néoconstitutionnalisme' n'est bien sûr qu'une étiquette collée à des thèses soutenues par des auteurs divers sous des noms différents : mais cette circonstance ne rend pas le néoconstitutionnalisme moins intéressant, soutenable et critiquable que le jusnaturalisme ou le juspositivisme. Certes, chaque auteur mérite d'être interprété et discuté de façon singulière, sans utiliser d'étiquettes qui – pour les néoconstitutionnalistes comme pour tout autre – peuvent toujours s'avérer trompeuses. Mais les étiquettes sont utiles pour la discussion théorique, en permettant de sélectionner les thèmes et les thèses pertinentes, tout comme est indispensable ce minimum de charité interprétative qui permet de prendre au sérieux les opinions d'autrui et même les siennes : car sans cela, tout se réduirait à un tas d'idéologies.

3 MÉTATHÉORIE: UNE RECONSTRUCTION DU NÉOCONSTITUTIONNALISME

La *seconde* question, métathéorique, se pose en ces termes: comment reconstruire la théorie néoconstitutionnaliste de façon à pouvoir la discuter, comme on le fera dans la section suivante ? On a déjà vu quel type de définition peut être plus utile à cette fin et quels peuvent en être les éléments : le néoconstitution-

20 Cf. Prieto Sanchís (2007 : 213–235) : un travail à propos duquel – sauf le choix de 'constitucionalismo' au lieu de 'neocostitucionalismo' – je crois être parfaitement d'accord.

21 Cf. Ferrajoli 2010 : 2777–2778.

nalisme peut être considéré comme une famille de thèses théoriques concernant les rapports droit-morale, la distinction règles/principes, l'application des premières par subsumption et des secondes par pondération. Dans cette section, les trois thèses néoconstitutionnalistes seront formulées dans un esprit de charité, sans les prendre pour de simples têtes de turc : mais sans aller jusqu'au point d'en cacher le caractère générique, l'ambiguïté et les problèmes.

3.1. La *première* thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme concerne la *connexion droit-morale*, notamment dans l'État constitutionnel et par l'intermédiaire des principes constitutionnels. Tous les néoconstitutionnalistes disent en effet adopter une troisième position entre jusnaturalisme et positivisme – théories qui valaient, elles, peut-être pour l'État législatif (en all. *Gesetzstaat*) du dix-neuvième ou vingtième siècles, mais qui seraient dépassées pour l'État constitutionnel (en all. *Verfassungsstaat*) contemporain.²² Dans le *Gesetzstaat*, doté de constitutions flexibles et qui ne connaissait pas encore de contrôle de légitimité constitutionnelle des lois, les principes constitutionnels n'étaient que des valeurs morales ou politiques externes au droit positif ; tout au plus pouvaient-ils fonctionner en tant que principes programmatiques et non prescriptifs jusqu'à leur éventuelle application par le législateur ordinaire.²³

Dans l'État constitutionnel, caractérisé par la rigidité de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois, la situation change ; les valeurs morales, externes au droit positif, deviendraient des principes constitutionnels à l'intérieur de ce dernier. Les dispositions constitutionnelles, toutefois, peuvent être interprétées de deux façons différentes : soit comme des règles qui limitent les lois ordinaires, soit comme des principes inspireurs du droit tout entier. En utilisant la terminologie de Ferrajoli le néoconstitutionnalisme serait, dans le premier cas, une théorie *garantiste*,^{24**} proche du positivisme de Hans Kelsen, l'inventeur du contrôle de constitutionnalité centralisé. En revanche, dans le deuxième cas, il deviendrait une théorie *principlaliste*, et les valeurs morales finiraient par envahir le droit positif tout entier.

22 Pour cette opposition, dans la version fumeuse fournie par Peter Häberle, cf. Zagrebelsky 2009 : 117–146.

23 Sur le caractère programmatique de nombreuses dispositions de principe de la constitution italienne, soutenu encore en 1949 par la Cour de Cassation italienne, tandis que la Cour constitutionnelle, dès sa première décision 1/1956, en affirma la valeur prescriptive, cf. au moins Fioravanti 2009 : 3–40, et Ferrajoli 2010 : 2797–2799.

24 ** [NdT : Le terme “garantisme” (en it. “garantismo”) se trouve chez Ferrajoli, depuis son ouvrage Ferrajoli 1989, et désigne une théorie de la garantie et de la protection de l'État de droit constitutionnel contre le droit invalide, incomplet ou arbitraire, pour assurer, au-travers de règles précises, l'exercice d'une parfaite cohérence, légalité et légitimité de la décision judiciaire. À l'inverse, le terme “principlisme” (en it. “principlismo”) désigne une théorie du droit gouvernée par des principes qui concernent spécifiquement la justice matérielle ou substantielle des cas concrets (Dworkin, Alexy, etc.). On pourra se reporter utilement, en plus du texte précité de Ferrajoli, à Carbonell & Salazar : 2009.]

Dans ces conditions, le problème n'est pas seulement de savoir si les principes constitutionnels doivent être classés parmi des valeurs morales ou des normes juridiques et, dans le second cas, parmi des règles ou des principes. Le problème n'est pas non plus de savoir si les principes constitutionnels sont sujets à une *moral reading* ou bien à l'interprétation commune de la loi. Je crois plutôt que l'objet de toutes les disputes est celui-ci : quelles (re)définitions de 'norme', 'règle', 'principe', etc., faut-il adopter pour expliquer toutes ces activités ? Et, au fond, le problème le plus difficile de tous est celui-ci : le droit positif peut-il incorporer la morale *sans restrictions*, tout en restant du droit (positif), ou bien finit-il par être aspiré dans la morale ? Cela serait le cas, probablement, si les règles, dans le raisonnement juridique, pouvaient toujours être substituées aux principes qui les justifient.

Nous verrons au point 4.1 ma réponse à cette question. Ici, je me limite à constater que le néoconstitutionnalisme est une théorie *explicite* de la connexion droit morale :²⁵ connexion caractéristique de l'État constitutionnel – mais qui ne lui est pas spécifique. Dans l'État législatif aussi le droit incorporait des valeurs morales, par le biais des clauses générales :²⁶ pour ne pas parler du droit pré-moderne et extra-occidental, impossible à distinguer de la morale. Le néoconstitutionnalisme, par ailleurs, peut se définir comme une théorie des rapports entre droit et morale *in genere* : tous les néoconstitutionnalistes théorisent ces rapports, même si chaque théoricien le fait en des termes différents (comme rapports nécessaires, contingents, essentiels, profonds, etc.). Le néoconstitutionnalisme n'est que la théorie qui discute ces rapports, lesquels ont été ignorés par les positivistes jusqu'à Hart, et qui aujourd'hui encore ne sont que négligés par Guastini et Ferrajoli.²⁷

3.2. La *seconde* thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme est la *distinction entre règles et principes*. Le positivisme théorique jusqu'à la première moitié du vingtième siècle s'est représenté le droit comme un ensemble fini de règles destinées à guider la conduite humaine : des commandements (John Austin), des jugements hypothétiques (Kelsen), des prescriptions (Uberto Scarpelli, Georg-Henrik von Wright). Le néoconstitutionnalisme paraît adopter la distinction entre *rules* et *principles* formulée par Dworkin dans *Taking Rights Seriously* (1977), mais abandonnée tacitement par lui dès *Law's Empire* (1986), pour deux raisons me semble-t-il : d'abord, parce que dès le début Dworkin ne

25 Comme le souligne, contre Ferrajoli, Pino 2011.

26 Cf. Velluzzi 2010. De ce point de vue, l'État constitutionnel « n'est rien d'autre qu'un prolongement de l'empire de la loi jusqu'à la norme constitutionnelle » : Atienza & Laporta 2009 : 209.

27 Cf. Ferrajoli (2010 : 2786) : les constitutions « expriment et incorporent des valeurs ni plus ni moins que ne le font les lois ordinaires », opinion partagée par Guastini et Laporta en ayant recours à l'argument kelsénien du Roi Midas, selon lequel tout ce que le droit touche devient du droit.

s'intéressait pas tant à la théorie cognitive des normes qu'à la connexion normative droit-morale; ensuite, parce qu'il s'est immédiatement aperçu que sa distinction n'était pas pertinente.

Ses successeurs, en particulier Alexy, ont reproposé la distinction abandonnée par leur héros : distinction *forte* ou *dichotomique* entre règles et principes, comme classes de normes mutuellement exclusives et conjointement exhaustives. Leur distinction est structurale, basée sur la forme logique respective des règles et des principes : tandis que les premières auraient la forme logique des jugements hypothétiques kelséniens ('si x alors y '), les seconds sont définis par Alexy comme des commandements d'optimisation (en all. *Optimierungsgebote*), par Atienza et Ruiz Manero comme des normes à champ d'application ouvert, par Zagrebelsky comme des normes sans champ d'application – conceptions différentes qui saisissent seulement certains aspects des principes, sans toujours réussir à bien les distinguer des règles.

L'échec de la distinction forte conduit aujourd'hui des positivistes (comme Ferrajoli et Cristina Redondo) à penser que toutes les normes juridiques ne peuvent être que des règles, et des néoconstitutionnalistes (comme García Figueroa) à penser que toutes les normes fonctionnent comme des principes.²⁸ Mais les raisons de l'échec étaient claires dès le départ : le terme 'principe' est lui aussi un terme vague, qui n'indique *pas* des choses dotées de caractères communs et rigoureusement distinctes des règles.²⁹ Surtout, les raisons de cet échec n'empêchent pas de tracer une distinction entre règles et principes, même en définissant ces termes par genre et différence, mais en limitant la validité de la définition aux cas typiques ou paradigmatiques.³⁰ La distinction forte entre règles et principes peut être ainsi remplacée par la distinction faible – non structurale mais fonctionnelle, non dichotomique, mais quasi-dichotomique – que l'on proposera dans la prochaine section : 'règle' indique des normes qui guident directement la conduite, 'principe' des normes qui la guident indirectement, au moyen des règles.³¹

Avant d'aborder le fonctionnement différent des règles et des principes dans le raisonnement juridique, je voudrais par ailleurs constater que le néoconstitutionnalisme a (ou est) une théorie des normes : justement la théorie qui distingue les règles des principes, en privilégiant les seconds.³² D'après les néoconstitutionnalistes, en effet, les principes ne servent pas seulement de limites

28 Cf. García Figueroa 2009 : 133–172.

29 Cf. Carrió 1970 : 127–148.

30 Pour un exemple relatif à la définition du 'droit', cf. Barberis 2008b : 92–100.

31 Cf. Schauer 2000, pour la distinction entre règles et raisons sous-jacentes, ainsi que, dans les termes repris dans le texte, de nouveau Barberis 2008b : 67–70 & 106–117.

32 Cf. Zagrebelsky (2009 : 90) : si le positivisme est la thèse selon laquelle « les normes juridiques authentiques sont les règles », alors le néoconstitutionnalisme est la thèse selon laquelle dans le droit les principes sont plus importants que les règles.

à la législation ('garantisme' dans le lexique de Ferrajoli), mais ils exercent une sorte d'effet d'irradiation (en all. *Ausstrahlungswirkung*), sur le processus entier de production, d'interprétation et d'intégration des règles ('principalisme' dans le même lexique). Certes, cette théorie des normes soulève un problème analogue à celui de la Thèse de la connexion droit-morale : comme le droit risque toujours de s'effondrer dans la morale, le recours aux principes qui justifient les règles risque toujours d'éclipser ces dernières. Mais, de nouveau, une chose au moins ne saurait être niée : le néoconstitutionnalisme a (ou est) aussi une théorie des normes.

3.3. La troisième thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme concerne la distinction entre application de règles et application de principes : les premières seraient appliquées (seulement) par *subsumption*, les seconds (seulement) par *balancement* ou *pondération*.³³ Appliquer une règle comme l'interdiction du meurtre équivaldrait à subsumer un cas concret (par exemple le meurtre d'Abel par Caïn) sous une norme abstraite, en attribuant au premier la solution prescrite par la seconde, et en déduisant de la règle abstraite la règle concrète. Appliquer un principe comme celui de la sacralité de la vie apparaît comme une activité profondément différente : l'application de ce principe ne pourrait se réduire à la déduction tirée de la règle interdisant l'homicide (cf. 4.2). Les principes seraient applicables en un sens beaucoup plus large du terme 'appliquer' : par balancement ou pondération.

On tend souvent à utiliser 'balancement', au sens strict, seulement pour désigner une famille de techniques argumentatives utilisées par les juges nationaux, communautaires et internationaux, et théorisée par les réalistes américains bien avant les néoconstitutionnalistes : famille qui comprendrait au moins le *balancing* nord-américain et l'*Abwägung* allemand.³⁴ Il s'agirait toujours de la confrontation entre deux principes - comme le droit du fœtus à la vie et le droit de la femme à la santé, ou comme le droit individuel au respect de la vie privée et le droit collectif à l'information - permettant d'en tirer une règle applicable par subsumption. Mais le terme 'balancement' renvoie aussi au raisonnement moral le plus général, consistant à tenir compte de toutes les raisons pertinentes :³⁵ il s'agit donc, comme nous le verrons en 4.3, de toutes les applications juridiques possibles de ce raisonnement éthique, y compris celles opérées par le législateur ordinaire ou par le constituant.

33 Cf. de façon lapidaire Bernal Pulido (2003 : 225) : « Il existe deux formes simples pour appliquer les normes : la pondération et la subsumption. Les règles s'appliquent au moyen de la subsumption, tandis que la pondération est la manière d'appliquer les principes ».

34 Cf. au moins Cohen-Elyia & Porat 2010 : 263–286 et, récemment, Matthews & Stone Sweet 2011 : 101–179.

35 Cf. Raz 1975 : 36.

Les néoconstitutionnalistes soutiennent, à ce sujet, au moins cinq thèses qui seront discutées dans la prochaine section: 1) le conflit entre principes constitutionnels dissimulerait un ordre objectif de valeurs (en all. *objektive Wertordnung*) formé par les principes constitutionnels ; 2) le balancement serait une procédure rationnelle pour la solution de cas constitutionnels douteux, difficiles ou tragiques ;³⁶ 3) le balancement opèrerait une conciliation des principes en question, dont l'un serait totalement sacrifié au profit de l'autre seulement à l'occasion de cas extrêmes; 4) le balancement serait lié à la justice du cas concret, auquel seraient appliqués valeurs, principes et droits pertinents ; 5) la subsomption et le balancement s'excluraient réciproquement, s'utilisant respectivement pour les règles et pour les principes.

J'examinerai à la fin de la prochaine section ces thèses et la critique qu'en fait Guastini ; mais j'anticipe maintenant deux conclusions. D'abord, je pense que le balancement ne peut se réduire, comme le pensent Guastini et Jürgen Habermas, à une idéologie des juristes :³⁷ il s'agit, au contraire, d'une argumentation rendue nécessaire par la pluralité, l'indétermination et la conflictualité des valeurs morales et des principes constitutionnels. En outre – tout comme l'affirme Guastini, mais comme le reconnaissent depuis longtemps les néoconstitutionnalistes eux-mêmes – entre subsomption et pondération, comme entre règles et principes, droit et morale, il y a ce rapport de complémentarité théorisé par Habermas : « la morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé entretiennent bien plutôt une *relation de complémentarité* ».³⁸

En particulier, l'application, au sens large, d'un principe générique comme la sacralité de la vie, la dignité humaine ou l'égalité formelle, consiste dans sa concrétisation en une règle. Cette concrétisation peut requérir le balancement d'un principe avec un autre (avec lequel il entre en conflit) : mais elle le requiert de façon contingente et non de façon nécessaire. De ce balancement contingent, et de la concrétisation *nécessaire*, on parvient à une règle abstraite applicable au sens strict, c'est-à-dire par subsomption. Droit et morale, règles et principes, subsomption et pondération s'entrelacent donc dans tout raisonnement juridique – le terme « balancement » étant utilisé ici par métonymie (*pars pro toto*). Mais une chose au moins ne peut être dite : que, de tout cela, le néoconstitutionnalisme n'ait pas de théorie.

En adoptant un minimum de charité interprétative, enfin, les thèses néoconstitutionnalistes à propos des rapports droit-morale, de la théorie des normes et du raisonnement juridique ne paraissent plus réductibles à des idéologies, mais peuvent tout au moins être discutées comme s'il s'agissait d'authentiques théories. De telles théories, alors, ne parlent pas seulement des aspects les

36 Cf. en particulier Alexy 2005 : 97–123.

37 Habermas 1996 : 302 & 1997 : 277.

38 Habermas 1996 : 130 & 1997 : 122.

plus caractéristiques des ordres juridiques contemporains : elles sont aussi liées – comme on l’a vu pour le balancement, et comme on le verra tout à l’heure – à certaines des questions parmi les plus discutées de l’éthique actuelle. Et que les thèses néoconstitutionnalistes puissent être discutées en tant que théories n’exclut pas, mais au contraire implique, que l’on puisse en fournir de meilleures, comme on va le voir dans la prochaine section.

4 UNE CRITIQUE POSITIVISTE DU NÉOCONSTITUTIONNALISME

La *troisième* question, *théorique*, est la suivante : bien que le néoconstitutionnalisme soit une théorie et ait proposé des thèmes parmi les plus stimulants du débat théorique contemporain, est-il toutefois une théorie acceptable ? Par exemple, les trois problèmes mis en évidence dans la précédente section ne pourraient-ils pas recevoir de meilleures solutions de la part d’un positivisme méthodologique actualisé par rapport au positivisme théorique des siècles derniers ? Mon opinion personnelle, exprimée de façon plus articulée dans mon *Manuale di filosofia del diritto* (2011), y incline. Je l’argumenterai ici en m’efforçant de fournir une ébauche de théorie positiviste, inspirée de certaines thèses de Cass Sunstein et Frederick Schauer, pour chacun des trois thèmes théoriques caractéristiques du néoconstitutionnalisme.

4.1. En ce qui concerne les *rapports droit-morale*, je crois que le positivisme peut les théoriser à deux conditions reliées l’une à l’autre. La *première* est de reconnaître la connexion contingente entre droit et morale, comme l’admet Hart et le positivisme inclusif ; la *seconde* condition est de redéfinir les limites de cette connexion, qui jusqu’à présent ont été formulées de façon obscure par le positivisme exclusif. Des positivistes exclusifs tels que Raz semblent en effet postuler une sorte de connexion nécessaire négative : le droit *ne peut nécessairement pas* être connecté à la morale. Cette thèse, tout aussi apodictique que la Thèse jusnaturaliste de la connexion, me semble admissible seulement au sens où le droit ne peut être *indéfiniment* connecté à la morale : un droit entièrement « par principes » ne serait plus du droit positif mais une morale appliquée par les juges, une justice de cadi.

En reprenant un vieil argument de Kelsen, pensons à une constitution rigide et garantie par une Cour constitutionnelle qui énonce explicitement le principe « la législation ordinaire doit être juste ». ³⁹ Evidemment, un pareil principe ôte-

³⁹ Comme on l’a dit, d’après Alexy, le droit contiendrait toujours, *implicitement*, une prétention de correction; ici, je soutiens que le même droit ne pourrait convoquer cette prétention *explicitement* sans s’autodétruire en tant que droit. Du reste, c’est une thèse célèbre de Kelsen: cf. Kelsen 1968 : 1864.

rait toute fonction à la législation et même au Parlement qui la produit : en invoquant ce principe, la Cour constitutionnelle pourrait annuler n'importe quelle loi s'écartant du sens de la justice partagé par la majorité de ses membres. Pire encore, tout juge ordinaire pourrait exercer une « interprétation adéquate » (en all. *Verfassungskonforme Auslegung*) de toute loi qu'il appliquerait, en la substituant avec la règle qu'il aurait retenue plus juste. Si les positivistes exclusifs n'entendent que cela, ils ont parfaitement raison ; le droit ne peut être indéfiniment ouvert à la morale sans devenir lui-même une morale (positive) : qui plus est, une morale positive particulièrement répugnante, car elle serait arbitrairement créée par les juges.

Tout cela achève le noyau de bon sens du positivisme exclusif. Celui-ci a raison d'exclure seulement l'ouverture *indéfinie* du droit qui conduirait à ce qu'il soit aspiré par la morale : ce qui se produirait en admettant sans restrictions « l'effet horizontal » (en all. *Drittwirkung*) des principes constitutionnels. Ces derniers, comme on l'a vu, ne sont applicables qu'après leur éventuelle pondération avec d'autres principes et après leur nécessaire concrétisation en règles : activités toutes deux assez discrétionnaires pour qu'au sein d'une démocratie constitutionnelle vraiment démocratique, pour le dire ainsi, elles soient réservées au Parlement, de façon positive, et à la Cour constitutionnelle, de façon négative.⁴⁰ Dans une *démocratie* constitutionnelle, en effet, les juges ordinaires ne peuvent se substituer au Parlement et les juges constitutionnels ne peuvent qu'annuler la législation inconstitutionnelle et interpréter celle qui n'est pas clairement inconstitutionnelle en la conformant à la constitution.

Mais reste encore à examiner le terrible problème de la délimitation des rapports entre le droit et la morale (positive ou critique). Cette délimitation requiert, certes, une solution plus nuancée que celle proposée par les positivistes inclusifs et exclusifs. Mais laquelle ? Les positivistes inclusifs et exclusifs partagent l'idée que les rapports entre le droit et la morale sont *modulés* par les principes constitutionnels.⁴¹ De quelle façon ? Dans mon *Manuale* je propose cette solution, inspirée de Frederick Schauer : entre principes constitutionnels et règles qui les concrétisent il y a le même rapport qu'entre le principe d'utilité et les règles dans l'utilitarisme de la règle (en angl. *Rule utilitarianism*).⁴² Autrement dit, *on* présume que les principes constitutionnels – pluriels, génériques et conflictuels, à la différence du principe d'utilité – ne s'appliquent d'ordinaire que par l'intermédiaire des règles qui les actualisent, quoique cette

40 Cf. Barberis 2011d, où je soutiens une théorie néokelsénienne de la démocratie constitutionnelle : le Parlement n'est pas souverain mais se limite à appliquer et actualiser la constitution.

41 Cf. Raz 2009 : 182–202, et Moreso 2001a : 37–63.

42 Cf. Austin (1954 : 47) : « Nos règles devraient être basées sur l'utilité ; notre conduite sur nos règles ».

présomption puisse être exceptionnellement renversée, comme l'admet le positivisme *présomptif* de Schauer.⁴³

Prenons encore l'exemple de la valeur de la vie, formulée ou formulable dans une constitution sous la forme du principe « La vie est sacrée ». Formulée ainsi, la valeur de la vie reste générique et toujours potentiellement en conflit avec d'autres valeurs. Évidemment, cette valeur doit se concrétiser dans la règle qui interdit l'homicide. Mais de quel homicide parle-t-on ? Pas de l'homicide en cas de légitime défense, bien sûr, où l'on sacrifie la vie de l'agresseur, ni de l'homicide en état de nécessité, où l'on sacrifie l'une des deux vies également sacrées. Mais que dire dans le cas de l'homicide de l'embryon et du fœtus, où la sacralité de la vie peut entrer en conflit avec la santé de la femme ? Et dans le cas de l'homicide de la personne qui veut être assistée pour mettre fin à ses jours, où la sacralité de la vie entre en conflit avec la dignité humaine ? Qu'en est-il de l'homicide du condamné à mort, de celui de l'ennemi de guerre, de celui des cellules staminales ?

L'absolue indétermination (en all. *Unbestimmtheit*) de ce principe pourrait être un bon exemple de ce que Sunstein nomme les *accords partiellement théorisés* (en angl. *incompletely theorized agreements*). Cet auteur parle de deux types différents d'accords. Le premier type – que l'on nommera ici APT1 – intervient justement parmi les constituants qui formulent des principes extrêmement génériques, comme celui de la sacralité de la vie, en recourant à une forme d'abstraction qui pourrait être nommée *ascension conceptuelle* (en angl. *conceptual ascent*). L'autre accord partiellement théorisé – appelons-le APT2 – peut aussi intervenir parmi les constituants quoiqu'il intervient le plus souvent parmi les législateurs ordinaires qui balancent et concrétisent les principes constitutionnels, ce que Sunstein qualifie de *descente conceptuelle* (en angl. *conceptual descent*).⁴⁴

APT1 permet d'atteindre un accord parmi des constituants qui ont des opinions morales même opposées en opérant une ascension ou encore une abstraction conceptuelle : les principes constitutionnels assez génériques se formulent de telle façon que chacun des constituants peut y souscrire sans changer ses opinions respectives. Naturellement, rien n'interdit que sur des questions moins controversées que celle de la vie, les constituants s'accordent sur des règles spécifiques ; mais dans des sociétés éthiquement divisées comme les nôtres, l'accord ne peut souvent être obtenu que sur des principes génériques, quitte à renvoyer au législateur et aux juges constitutionnels les questions les plus controversées. C'est là que s'ouvre l'espace du choix démocratique qui, dans une démocratie constitutionnelle revient de façon positive au Parlement, et de façon négative à la Cour constitutionnelle.

43 Cf. Schauer 2000 : 196 ss.

44 Cf. Sunstein 2001 : 50.

4.2. En ce qui concerne la *distinction règles/principes*, sa version positiviste ne peut pas être forte et dichotomique, mais, comme on va le voir, quasi-dichotomique. D'abord, il faut souligner qu'une même disposition peut être interprétée comme une règle, applicable directement (déductivement) au cas concret, ou comme un principe, applicable indirectement au cas concret par l'intermédiaire de la pondération – contingente – et de la concrétisation – nécessaire – en diverses règles, suivies de l'application déductive de celles-ci. Le critère de distinction entre règles et principes est de la sorte redéfini en des termes purement fonctionnels : on appelle règles, des normes appliquées directement à la conduite par déduction ; on appelle principes, des normes appliquées à la conduite indirectement, après leur concrétisation en règles.⁴⁵

De cette distinction théorique découle de nombreuses conséquences. D'ailleurs, les *mêmes* normes – il suffit de penser aux *rationes decidendi* du *common law* et aux principes généraux de la *civil law* – peuvent fonctionner soit comme des règles, quand on en déduit directement la solution du cas concret, soit comme des principes, quand on les balance et les concrétise pour en tirer des règles. Du reste, quelle que soit leur définition, règles et principes ne peuvent être que complémentaires : des règles – par le biais de l'ascension (abstraction) conceptuelle, APT1 – peuvent toujours s'abstraire des principes différents ; des principes à leur tour – par le biais de la descente (concrétisation) conceptuelle, APT2 – peuvent toujours être concrétisés par des règles différentes.

Mais à bien y regarder, la distinction reste quasi-dichotomique : les principes décisionnels et généraux sont en réalité des règles applicables déductivement au cas concret, tandis que les principes constitutionnels ou fondamentaux sont les seuls, à la rigueur, qui requièrent toujours une concrétisation et souvent une pondération pour pouvoir être appliqués. C'est cette conséquence qui choque Ferrajoli⁴⁶ pour deux raisons : l'une théorique, car son système axiomatique, le système de *Principia Iuris* (2007), n'admet que des règles, applicables déductivement ; l'autre idéologique, car admettre des principes affaiblit selon lui la normativité de la constitution.

En effet, les principes (constitutionnels) ne s'appliquent qu'au sens large par l'intermédiaire de règles (législatives). Là où l'accord ne se trouve pas au Parlement, on a recours à APT2, c'est-à-dire à un compromis sur une règle justifiable par des principes, même s'ils sont opposés. Sunstein donne l'exemple d'une disposition qui autorise les travailleurs à pratiquer leur religion sur le lieu de travail : disposition sur laquelle religieux et laïcs, employeurs et travailleurs,

45 Il s'agit de la reformulation de la redéfinition de 'règle' et de 'principe' fournie dans Barberis 2011c : §§ 3.2 & 3.7. Je ne me pose pas ici la question de savoir si à cette distinction fonctionnelle correspond une ou plusieurs distinctions structurelles.

46 Cf. encore Ferrajoli 2010 : 2800 ss., où la distinction entre règles et principes est réduite à un problème de style, à l'exception des principes qu'il nomme directifs (les « commandements d'optimisation » d'Alexy), et Redondo 2011.

pourraient tout à fait s'accorder pour de multiples raisons. Un compromis de ce genre produit souvent ce que Giovanni Tarello nommait une *législation purement formelle* (en it. « *di mera formula* »), à savoir une disposition de loi votée par le Parlement, tout en sachant qu'ensuite les juges l'interpréteront de façon différente, voire contradictoire.⁴⁷

APT1 et APT2 sont deux raisonnements que l'on pourrait nommer respectivement – bien entendu, toujours par métonymie – balancement au *sens très large ou constitutionnel* et balancement au *sens large ou législatif*, en les distinguant ainsi du balancement au *sens strict* opéré par la Cour constitutionnelle et éventuellement par les juges ordinaires.⁴⁸ Ferrajoli parle lui aussi de balancement législatif et judiciaire, mais seulement pour réduire les deux à une « bulle terminologique » et/ou à la vieille interprétation systémique,⁴⁹ avec la terreur de saper le système axiomatique et la normativité de la constitution. Je crois qu'une véritable théorie positiviste méthodologique, c'est-à-dire *Wertfrei*, pourrait indiquer de façon plus sereine deux différences entre balancement législatif et balancement judiciaire.

La *première* différence, superficielle, consiste en ce que le balancement est d'habitude *implicite* lorsqu'il est réalisé par le Parlement, et *explicite* s'il est opéré par le juge constitutionnel : je dis d'habitude, car rien n'interdit au juge de le réaliser implicitement, en passant sous silence un principe mis en balance, et au législateur de le faire quasi explicitement, en mentionnant les principes mis en balance dans le titre ou dans le préambule de la loi. La *seconde* différence, plus profonde, vient du fait que le balancement législatif se produit de façon positive, et est *libre*, tandis que le balancement du juge se produit de façon négative, et est *contraint* d'être motivé : ce n'est que pour cela que le second est explicite. En substance, les deux balancements sont distincts seulement par leur degré de pouvoir discrétionnaire : entre celui du législateur et celui du juge, y compris dans l'application de la constitution, il y a la même différence que dans la *Rahmenslehre* de Kelsen adoptée par Guastini.⁵⁰

Considérons la législation italienne actuelle sur l'interruption volontaire de grossesse, produite par le Parlement après l'annulation par la Cour constitutionnelle de l'interdiction fasciste de l'avortement. La Cour avait mis en balance les valeurs de la vie du fœtus et de la santé de la femme, ce que le Parlement reprend à l'identique trois ans après, en faisant référence jusque dans le titre de la loi aux deux principes en conflit : la vie et la santé. Dans les deux cas, le balan-

47 Cf. Tarello 1980 : 366–377, et Fioriglio 2004 : 547–553.

48 Cf. Barberis 2008c : 86–89, et Pino 2010 : 174.

49 Ferrajoli 2010 : 2805 ss.

50 Cf. Kelsen 1981 (notamment p. 147, mais aussi p. 189), où il déconseille de formuler la constitution en termes de principes, parce que cela finirait par saper le primat du Parlement dans l'application de la constitution.

cement tranche le cas générique de l'avortement en deux sous-cas génériques, auxquels il applique deux règles différentes : l'une, sur les trois premiers mois de grossesse, admet l'avortement en lui appliquant le principe qui garantit la santé de la femme ; l'autre, sur les mois successifs, l'interdit, en lui appliquant le principe qui garantit la vie du fœtus. Entre pondération des juges et du législateur il n'y a que cette différence : pour la Cour, l'avortement est justifié seulement par la santé *physique*, pour le Parlement il l'est aussi par la santé *psychique* de la femme.⁵¹

S'ouvre ici, parallèlement à cette distinction entre balancement législatif et balancement judiciaire, la grande alternative politico-normative entre application de la constitution par le Parlement seul ou par le Parlement et la Cour constitutionnelle. Sur le plan *normatif*, je crois que même dans une démocratie constitutionnelle où le Parlement n'est plus souverain, la Cour ne se doit d'intervenir que lorsque les lois violent la constitution. Sur le plan *cognitif*, en revanche, les deux applications sont indifférentes seulement si l'on adopte l'ancienne doctrine de la souveraineté du Parlement, comme le fait encore aujourd'hui Jeremy Waldron, selon lequel le dernier mot ne peut revenir qu'au Parlement ou à la Cour.⁵² Mais si l'on *n'adopte pas* une telle doctrine – en admettant que l'exercice de la souveraineté est toujours divisé, de telle sorte que nul n'a jamais le dernier mot, tout au plus l'avant-dernier – alors le Parlement et la Cour ont tous les deux leur mot à dire, qu'ils soient en conflit ou en dialogue.⁵³

4.3. Enfin, en ce qui concerne la *distinction subsomption/pondération*, elle peut aussi devenir l'objet d'une théorie *Wertfrei*, mais pas nécessairement selon la théorie de la pondération développée par Guastini. Je reprends de suite les cinq thèses néoconstitutionnalistes sur le balancement énumérées au point 3.3, en les confrontant avec les critiques de Guastini et en essayant d'ébaucher une théorie du balancement différente de la sienne. En particulier, je ne considère pas le balancement comme un choix arbitraire entre valeurs irrationnelles, opéré par des juges constitutionnels qui voudraient déposséder le Parlement de ses pouvoirs, mais plutôt comme un raisonnement rendu presque inévitable par le *pluralisme des valeurs* (en angl. *values pluralism*) : théorie méta-éthique selon laquelle les valeurs morales, même formulées en principes constitutionnels, restent plurielles, génériques et conflictuelles, de telle sorte que les juges, afin de les

51 Cf. Cour constitutionnelle italienne, décision n. 27/1975, et loi du 22 mai 1978 n. 194, art. 4, intitulée justement « Normes pour la protection sociale de la maternité [la vie du fœtus] et sur l'interruption volontaire de grossesse [la santé de la femme] ». Je dois à Nicola Muffato cette représentation du balancement : en particulier l'idée que l'on applique à des sous-cas généraux deux règles diverses, spécifiées à partir de principes différents.

52 Cf. J. Waldron 2006 : 1346–1406 ; et contre cette position, je renvoie à Finnis 1980 : 220, et à Barberis 2005 : 78–80.

53 Sur le dialogue institutionnel, cf. Pino 2007 : 109–141.

appliquer, sont toujours contraints de les spécifier et de les pondérer en cas de conflit.⁵⁴

La *première* thèse néoconstitutionnaliste soutient que l'apparent conflit entre principes cacherait un *objektive Weltordnung*, une hiérarchie cohérente des principes constitutionnels ou de leurs noyaux essentiels.⁵⁵ Ici Guastini, avec sa théorie bien connue de la hiérarchie axiologique mobile entre les principes,⁵⁶ a bien montré l'in vraisemblance de l'irénisme néoconstitutionnaliste. Mais, comme Ferrajoli et Habermas, il semble aussi penser que le balancement n'est qu'un des moyens utilisés par les juges. En réalité, d'après le pluralisme des valeurs, les valeurs plurielles, génériques et conflictuelles formulées en principes constitutionnels ne peuvent être appliquées qu'en les concrétisant, et en les concrétisant en cas de conflit : activités certes discrétionnaires dans leur résultats, mais presque obligées si l'on accepte la reconstruction conceptuelle fournie jusqu'ici.

La *seconde* thèse néoconstitutionnaliste décrit le balancement comme une procédure rationnelle pour la solution des cas constitutionnels. Là aussi je crois que Riccardo a raison de suspecter que ces théories sont uniquement des rationalisations d'une jurisprudence constitutionnelle caractérisée par un énorme pouvoir discrétionnaire. Mais il me semble qu'il a tort de présenter le balancement comme un raisonnement arbitraire. Si l'on admet la pluralité, l'indétermination et la conflictualité des valeurs morales et des principes constitutionnels, on ne voit pas de vraie alternative raisonnable au balancement. Il serait bien plus déraisonnable, à l'inverse, de masquer la multiplicité des principes pertinents et d'appliquer le principe choisi comme s'il n'était que le seul principe pertinent, comme le font les juges constitutionnels utilisant l'approche textualiste ou originaliste aux Etats-Unis.⁵⁷

La *troisième* thèse néoconstitutionnaliste présente le balancement comme une conciliation des principes pertinents : conciliation qui sacrifierait totalement lors des cas extrêmes un principe à l'autre. Là aussi, Guastini semblerait avoir raison : souvent les juges constitutionnels argumentent de façon si sommaire qu'ils peuvent faire penser qu'ils choisissent totalement un principe, en le sacrifiant totalement à l'autre.⁵⁸ Mais n'importe quel pluraliste des valeurs pour-

54 Pour ma version de cette théorie, tirée d'auteurs assez différents tels que Max Weber, Isaiah Berlin et Joseph Raz, cf. encore Barberis 2005 : chap. 5 ; pour une application constitutionnelle semblable de la même idée, cf. Porat 2009 : 909-924.

55 On pourrait définir ici comme une *modeste objectivité des valeurs constitutionnelles*, le fait que toutes les constitutions fournissent une version différente de la même liste: cf. Dworkin 2010 : 13, et Barberis 2008a : chap. 6.

56 Cf. récemment Guastini 2011 : 301-303.

57 Pour une critique, cf. encore Matthews & Stone Sweet 2011 ; pour une proposition de compromis entre partisans et adversaires du balancement, cf. Porat 2006 : 1393-1441.

58 Cf. dernièrement Guastini (2010 : 232) : « La pondération, pour autant, n'est pas proprement une "conciliation". Elle ne consiste pas à "mettre d'accord", comme l'on dit parfois, les deux

rait admettre que là où le conflit est justement tragique, le compromis est inévitable ;⁵⁹ du reste, quel sens y aurait-il à balancer – c'est-à-dire à admettre la pertinence de *deux* principes – dans le but d'en sacrifier totalement *un* ? Pourquoi ne pas l'exclure dès le départ en renonçant ainsi à tout balancement ?

Prenons encore l'exemple de l'avortement. D'après Guastini, la décision de la Cour italienne devrait être interprétée comme un choix total pour la santé de la femme et comme un sacrifice total de la vie du fœtus. En effet le cas générique de l'avortement est divisé en deux sous-cas auxquels sont appliquées deux règles différentes, spécifiées à partir de principes opposés : dans les trois premiers mois de la grossesse il est possible d'avorter, ensuite cela est interdit. En réalité, les juges avant, le législateur plus largement après, réalisent une conciliation entre les deux valeurs (sacralité de la vie du fœtus et santé de la femme) par rapport au cas générique de l'avortement, et ce n'est que par rapport aux deux sous cas qu'un seul principe est appliqué (la santé dans les trois premiers mois, la vie ensuite).

La *quatrième* thèse affirme que le balancement relèverait de la justice du cas concret : celle-ci serait obtenue précisément en balançant, c'est-à-dire en tenant compte de tous les raisons pertinentes. Par sa théorie du balancement comme hiérarchie axiologique mobile, Guastini a raison de souligner que, entre deux principes, dans un premier cas le premier principe peut l'emporter tandis que le second l'emportera dans le deuxième. Mais que signifie ici le mot 'cas' ? Riccardo semble penser à un cas concret, comme dans les décisions de la Cour suprême aux Etats-Unis. D'autres semblent plutôt penser à un cas abstrait, comme dans les décisions des Cours constitutionnelles continentales.⁶⁰ Je crois qu'il peut s'agir de l'un ou de l'autre – du *definitional balancing* ou du *balancing ad hoc*, selon la terminologie ambiguë utilisée aux Etats-Unis – parce que les deux sont en corrélation : la même décision peut toujours être formulée ou comme règle spécifique ou comme principe générique.⁶¹

Enfin, la *cinquième* thèse néoconstitutionnaliste est que la subsomption et le balancement s'excluent réciproquement comme les règles et les principes : la subsomption serait réservée aux règles, la pondération aux principes. Là aussi on aurait toutes les raisons de critiquer cette thèse insoutenable, si les principaux théoriciens néoconstitutionnalistes ne l'avaient abandonnée depuis longtemps : Dworkin depuis trente ans, en substituant à la distinction règles/principes une

principes en conflit, ou à trouver un "point d'équilibre" ou une "voie intermédiaire", entre de tels principes. Elle ne consiste pas en l'application et au sacrifice partiel de ces derniers. L'un des deux principes est appliqué, l'autre est momentanément laissé de côté, inappliqué ».

59 Cf. par exemple Hampshire 2001 : 17.

60 Cf. Moreso 2001 : 201–221, avec les objections de Celano 2002 : 223–239 et la contre-objection de Pino (2010 : 191) : « il n'existe pas de règles absolument indéfectibles ».

61 Cf. déjà déjà Kahn 1987 : 12 (n. 46) : « Tout modèle de balancement que je décris peut se produire à chaque niveau d'abstraction, et les mêmes se produisent à n'importe quel niveau ».

théorie du droit comme interprétation ; de même que Alexy, importateur des thèses de Dworkin en Europe, et Zagrebelsky, importateur des thèses d'Alexy en Italie, l'ont fait il y a au moins une décennie.⁶² La chasse aux idéologies, devrait en effet aussi rencontrer cette limite : quand l'adversaire abandonne lui-même le champ de bataille, il suffit de lui appliquer la vieille maxime « il faut faire un pont d'or à l'ennemi qui fuit ».

5 CONCLUSION

Dans ce travail j'ai cherché à montrer de façon négative que si le néoconstitutionnalisme n'existait pas comme théorie du droit, alors aucune autre théorie du droit ne pourrait exister : tout serait seulement de l'idéologie. Mais je me suis surtout efforcé de montrer de façon plus positive que le néoconstitutionnalisme a, ou est, une théorie du droit, des normes et du raisonnement juridique, ce qui revient à une situation vraiment enviable pour une théorie qui n'existerait pas. Il est probable que dans ma *soft* défense du néoconstitutionnalisme ait joué cette sorte d'indulgence que les parents ont pour leurs enfants dissipés : en règle générale, personne, sinon nous-mêmes, n'a le droit d'en dire du mal. Mais, trêve d'indulgence, il ne me semble pas que le néoconstitutionnalisme ait encore besoin d'être davantage défendu. Tout au plus, le moment est venu de le prendre au sérieux.

*Traduit de l'italien par Pierre Brunet
et Jérémy Mercier.*

Bibliographie

- Robert ALEXY, 2003 : On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16 (2003) 4. 433–449.
- , 2005 : Die Gewichtsformel [2003]. Trad. it. La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento. *Ars Interpretandi* (2005). 97–123.
- Manuel ATIENZA & Pierluigi CHIASSONI, 2010 : Debate sobre el positivismo jurídico. *Analisi e diritto* 2010. 285–331.
- Manuel ATIENZA & Francisco LAPORTA, 2009 : Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Isonomía* (2009) 31. 209–223.
- Manuel ATIENZA & Juan RUIZ MANERO, 2007 : Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía* (2007) 27. 7–28.

62 Cf. Alexy 2003 : 433–449 (et notamment 439) : la différence entre subsumption et pondération « est l'expression de deux dimensions du raisonnement juridique dont l'un a trait au classement et l'autre à l'évaluation, et qui peuvent et doivent être combinés ensemble de plusieurs façons ».

- John AUSTIN, 1954 : *The Province of Jurisprudence Determined* [1832]. London : Weidenfeld and Nicolson.
- Mauro BARBERIS, 1987 : Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria. *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1987) 2. 317–355.
- , 2005 : *Etica per giuristi*. Roma-Bari : Laterza.
- , 2008a : *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*. Bologna : Il Mulino.
- , 2008b : *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003). Torino : Giappichelli, 2008, p. 31;
- , 2008c : Legittima difesa e bilanciamenti. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*. Dir. Alessandro Bernardi, Baldassare Pastore & Andrea Pugiotto. Giuffrè : Milano.
- , 2011a : Ferrajoli, o el neocostitucionalismo no tomado enserio. *Doxa* (2011) 34. 89–93.
- , 2011b : *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bologna : Il Mulino.
- , 2011c : *Manuale di filosofia del diritto*. Torino : Giappichelli.
- , 2011d : Tre rimedi per la crisi della democrazia. *Teoria politica* (2011) 1. 351–366.
- Carlos BERNAL PULIDO, 2003 : Estructura y límites de la ponderación. *Doxa* (2003) 26. 225–238.
- Miguel CARBONELL & Pedro SALAZAR, 2009 : *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ème éd. Madrid : Trotta.
- Genaro R. CARRIÓ, 1970 : Principi di diritto e positivismo giuridico. *Rivista di filosofia* (1970) 2. 127–148.
- Bruno CELANO, 2002 : 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. *Ragion pratica* (2002) 18. 223–239.
- , 2007 : Ragione pubblica e ideologia. *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*. Dir. Isabel Trujillo & Francesco Viola. Bologna : Il Mulino. 355–388.
- Moshe COHEN-ELYIA & Iddo PORAT, 2010 : American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins. *I-Con* (2010). 263–286.
- Paolo COMANDUCCI, 2002 : Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica. *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Dir. Tecla Mazzarese. Torino : Giappichelli.
- , 2007 : *Constitución y teoría del derecho*. México: Fontamara.
- Ronald DWORKIN, 2010 : *Justice in Robes* [2006]. Trad. it. *La giustizia in toga*. Roma-Bari : Laterza.
- David DYZENHAUS (dir.), 2004 : *The Unity of Public Law*. London-Portland (Or.) : Hart.
- Jordi FERRER BELTRÁN & Giovanni Battista RATTI (dir.), 2011 : *El realismo jurídico genovés*. Madrid : Marcial Pons.
- Luigi FERRAJOLI, 1989 : *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza.
- , 2010 : Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale* (2010) 3. 2771–2816.
- John FINNIS, 1980 : *Natural Law and Natural Rights*. Oxford : Clarendon.
- Maurizio FIORAVANTI (dir.), 2009 : Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla costituzione. *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*. Roma-Bari : Laterza. 3–40.
- Gianluigi FIORIGLIO, 2004 : L'ambiguità normativa, la legislazione di mera formula ed il ruolo della magistratura. *Materiali per una cultura della storia giuridica* (2004) 2. 547–553.
- Alfonso GARCÍA FIGUEROA, 2009 : *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid : Trotta. 133–172.
- John GARDNER, 2001 : Legal Positivism: 5 ½ Myth. *American Journal of Jurisprudence* 46 (2001).
- Riccardo GUASTINI, 2010 : *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- , 2011 : *La sintassi del diritto*. Torino : Giappichelli.
- , 2013 : Sur le néoconstitutionnalisme. Trad. franç. J. Mercier. In : *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*. Sous la coord. de Jean-Yves Chérot et al. Bruxelles : Bruylant (Coll. Penser le droit).
- Jürgen HABERMAS, 1996 : *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Trad. it. de Faktizität und Geltung [1992]. Milano : Guerini.
- , 1997 : *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. Trad. fr. de Faktizität und Geltung [1992]. Paris : Gallimard (Coll. NRF Essais).
- Stuart HAMPSHIRE, 2001 : *Justice is Conflict* [2000]. Trad. it. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Milano : Feltrinelli.
- H.L.A HART, 1958 : Positivism and Separation of Law and Morality. *Harvard Law Review* 71 (1958) 4. 593–629.
- , 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Ran HIRSCHL, 2006 : The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2006) 2. 721–754.

- Mario JORI & Anna PINTORE, 1988 : *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino : Giappichelli.
- Paul W. KAHN, 1987 : The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell. *Yale Law Journal* 97 (1987).
- Hans KELSEN, 1968 : Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit [1929]. *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Vol II. Dir. Hans Klecatsky, Rene Marcic, Herbert Schambeck. Wien : Europa-Verlag.
- , 1981 : La garantie juridictionnelle de la constitution [1928]. Trad. it. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In : *La giustizia costituzionale*. Milano : Giuffrè.
- John MACKIE, 1977 : The Third Theory of Law. *Philosophy & Public Affairs* 7 (1977). 3–16.
- Jud MATTHEWS & Alec STONE SWEET, 2011 : All Things in Proportion? American Rights Review and the problem of Balancing. *Emory Law Journal* 60 (2011). 101–179.
- José Juan MORESO, 2001a: In Defense of Inclusive Legal Positivism. *The Legal Ought*. Dir. Pierluigi Chiassoni. Torino : Giappichelli. 37–63.
- , 2001b : Conflitti fra principi costituzionali. *Ragion pratica* (2001) 18. 201–221.
- , 2004 : Positivismo jurídico y aplicación del derecho. *Doxa* (2004) 27. 45–62.
- Giorgio PINO, 2007 : La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*. Dir. Isabel Trujillo & Francesco Viola. Bologna : Il Mulino. 109–141.
- , 2010 : *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna : Il Mulino.
- , 2011 : Principios, ponderación y separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus criticos. *Doxa* (2011) 34. 201–228.
- Iddo PORAT, 2006 : The Dual Model of Balancing: a Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review* 27 (2006). 1393–1441.
- , 2009 : The Plural Implications of Value Pluralism. *San Diego Law Review* 46 (2009) 4. 909–924.
- Susanna POZZOLO, 1998 : Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa* (1998) 21. 339–353.
- Luis PRIETO SANCHÍS, 2007 : *El constitucionalismo de los derechos* [2004]. Maintenant dans : *Teoría del neoconstitucionalismo*. Dir. Miguel Carbonnel. Madrid-México : Trotta-UNAM. 213–235.
- Willard Van Orman QUINE, 1948: On What There Is. *Review of Metaphysics* 2 (1948) 5. 21–38.
- Joseph RAZ, 1975 : *Practical Reason and Norms*. London : Hutchinson.
- , 2007 : The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Dir. George Pavlakos. Oxford : Hart.
- , 2009 : Incorporation by Law [2003]. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford : Oxford University Press. 182–202.
- Cristina REDONDO, 2011 : El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. *Doxa* (2011) 34.
- Mario RICCIARDI, 2008 : *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*. Pisa : Ets.
- Frederick SCHAUER, 2000 : *Playing by the Rules* [1991]. Trad. it. *Le regole del gioco*. Bologna : Il Mulino.
- Alec STONE SWEET & Jud MATTHEWS, 2008 : Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).
- Cass SUNSTEIN, 2001 : *Designing Democracy. What Constitution Do*. Oxford : Oxford University Press.
- Giovanni TARELLO, 1980 : *L'interpretazione della legge*. Milano : Giuffrè. 366–377.
- Jeremy WALDRON, 2006 : The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* 115 (2006). 1346–1406.
- Vito VELLUZZI, 2010 : *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Gustavo ZAGREBELSKY, 2009 : *Intorno alle legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino : Einaudi. 117–146.

David Duarte

**Analogija i vaganje: teza
o djelomičnoj svodljivosti
i njezini problemi**

*Analogy and Balancing: the Partial
Reducibility Thesis and Its Problems*

Bartosz Brożek

**Analogno sklepanje in tehtanje.
Odgovor Davidu Duarteju**

*Analogy and Balancing. A Reply
to David Duarte*

David Duarte*

Analogija i vaganje: teza o djelomičnoj svodljivosti i njezini problemi

Na temelju analize strukture i slijeda postupka analogije, autor upućuje kritiku tezi o djelomičnoj svodljivo-sti, tj. tezi prema kojoj se analogija, izuzev onoga njezinog koraka koji predstavlja strogu analogiju, može svesti na vaganje. U radu se stoga prvo iznose neki problemi navedene teze, poput nenužnosti svodljivosti ili činjenice da se pod krinkom vaganja provodi prava analogija. Središnja je teza rada tvrdnja da analogiju nije moguće uspješno svesti na oblik vaganja.

Gljučne riječi: analogija, prednjak (antecedent), vaganje, čimbenici usporedbe, pravne praznine, teza o djelomičnoj svodljivosti, načela, pravila, sličnost, podvođenje

1 TRI KAO POČETNA TOČKA ANALOGIJE I VAGANJA

Idea da primjena prava uključuje tri osnovna postupka, podvođenje, vaganje i analogiju, nedavno je postala središnja tema teorije prava, pružajući nove uvide u analizi njihovih veza: (i) podvođenja i analogije, (ii) podvođenja i vaganja te (iii) analogije i vaganja.¹ Međutim, uzimajući u obzir činjenicu da se podvođenje provodi u svakom slučaju primjene prava, a analogija i vaganje koriste samo u određenim normativnim uvjetima, proizlazi da je treća veza jedina koja povezuje osnovne postupke koji su, prema ovom shvaćanju, normativno nenužni.² To obilježje analogije i vaganja predstavlja određene probleme: (i) koji su njihovi posebni normativni uvjeti? (ii) postoji li ikakvo preklapanje između tih uvjeta? i (iii) u kojoj mjeri se analogija i vaganje mogu udružiti ili jedno drugo ometati? Upravo ovdje do izražaja dolazi teza o djelomičnoj svodljivosti.³ Uobličena kao objašnjenje analogije u smislu vaganja, ta teza odnosi se upravo

* davidduarte@fd.ulisboa.pt | Sveučilište u Lisabonu. Zahvaljujem Hendriku Kapteinu, Luisu Duarteu d'Almeidi, Pedru Múriasu, Pedru Monizu Lopesu i dvama anonimnim recenzentima na njihovim komentarima na raniju inačicu ovoga rada.

- 1 O tri osnovna postupka vidi Alexy (2010: 9 i dalje), Brožek (2008: 188 i dalje) i Bustamante (2012: 59 i dalje).
- 2 Prva premisa čini se neospornom: nijedan pravni slučaj ne može se riješiti a da nije ispunjen prednjak (antecedent) (norme ili odlučne norme (*decision-norm*)). Drugu premisu objasniti će kasnije.
- 3 Brožek 2008: 188 i dalje.

na probleme koji proizlaze iz veze između tih dvaju osnovnih postupaka primjene prava.

2 ANALOGIJA PO KORACIMA: NEKA OSNOVNA RAZMATRANJA GLEDE SLIJEDA

Unatoč tome što analogija predstavlja sam postupak usporedbe, ona je, u strogom smislu, i rezultat: utvrđenje, za neku svrhu, odnosa sličnosti.⁴ Da bi se dosegla krajnja točka, potrebno je poduzeti neke korake: (i) identificirati uspoređivane izraze, (ii) sačiniti popis čimbenika usporedbe, (iii) procijeniti sličnost ili ne-sličnost na temelju svakog od čimbenika, (iv) izvršiti odabir odlučujućeg čimbenika i (v) zaključiti da analogija postoji, ako ona postoji na temelju odbranog čimbenika.⁵ Dakle, čitav je postupak razmjerno složen.

Složenost postupka očituje se već u pogledu čimbenika usporedbe. Kao što je poznato, oni su, naravno, beskonačni.⁶ Neovisno o tome što je predmet usporedbe, uzimajući u obzir neograničena svojstva izraza i beskonačne izvanjske kriterije analize, sve se može koristiti kao čimbenik usporedbe. Budući da kontekst usporedbe može suziti skup čimbenika, taj učinak smanjivanja olakšava savladivost čitavog postupka.

- Kad uspoređujemo automobile (*a*) i bicikle (*b*), skup čimbenika je beskonačan: $\check{c}_1$ – cijena, $\check{c}_2$ – brzina, $\check{c}_3$ – metalna građa, $\check{c}_4$ – udobnost, $\check{c}_5$ – ljepota, $\check{c}_6$ – zadovoljstvo koje pružaju Johnu, itd.
- Ako se *a* i *b* uspoređuju s obzirom na kontekst kupnje, skup je sužen: neki čimbenici mogu postati nevažni; primjerice, $\check{c}_3$ (metalna građa) ili $\check{c}_6$ (zadovoljstvo koje pružaju Johnu).

Složenost postupka dolazi do izražaja i kod procjene sličnosti ili ne-sličnosti koja proizlazi na temelju svakog od čimbenika. S obzirom na svaki od čimbenika treba donijeti sud kako bi se ustvrdila ili odbacila sličnost. Na neki način, taj korak predstavlja srž analogije: upravo se u tom koraku uspoređivani izrazi stvarno sučeljavaju na temelju specifične analize sličnosti. Ne smije se previdjeti važnost toga koraka. Zbog nedosljednih sudova stvorenih u ovome stadiju često se javljaju lažne analogije.⁷

4 Naravno, vrsta analogije o kojoj ovdje govorim ona je koja se odnosi na klasifikaciju a ne analogija kojom se podupire predviđanje (Macagno & Walton 2009: 171).

5 O koracima kod analogije vidi Araszkiewicz (2011: 103).

6 Brewer 1996: 932. Peczenik 1996: 312.

7 O lažnoj analogiji, među ostalim argumentima protiv analogije, vidi Shelley (2002: 489).

- usporedba između a i b na temelju $\check{c}_1$ (cijena) može voditi k zaključku o sličnosti (=) ili ne-sličnosti ($\neq$);⁸
- usporedba na temelju $\check{c}_2$ (brzina) također može voditi k zaključku $o =$ ili $\neq$; i tako dalje za svaki čimbenik.

Čak i kad je sužena kontekstom, moguće je da će usporedbu i dalje biti potrebno napraviti na temelju mnoštva čimbenika. Iz toga proizlazi da su moguće i različite procjene sličnosti i ne-sličnosti. Dakle, za uspoređene se izraze javlja tablica s različitim rezultatima: izrazi su na temelju nekih čimbenika slični, a na temelju drugih ne-slični. Kako bi i bilo za očekivati, na temelju zajedničkog popisa čimbenika, što su izrazi bliži, to je manje rezultata ne-sličnosti.⁹

- za a i b : $\check{c}_1 \neq$, $\check{c}_2 \neq$, $\check{c}_3 =$, $\check{c}_4 \neq$, $\check{c}_5 \neq$, $\check{c}_6 =$;
- za b_1 i b_2 , hipotetički: $\check{c}_1 =$, $\check{c}_2 =$, $\check{c}_3 =$, $\check{c}_4 =$, $\check{c}_5 \neq$, $\check{c}_6 =$.

Srž složenosti analogije leži, međutim, u odabiru odlučujućeg čimbenika.¹⁰ Ako su određeni izrazi slični na temelju jednog čimbenika, a ne-slični na temelju drugoga, zaključak o postojanju analogije posve je ovisan o odabranom čimbeniku. Taj je odabir, ipak, izvanjski u odnosu na usporedbu: jednak položaj svakog od čimbenika u pogledu izraza podrazumijeva da postupak sam po sebi ne sadrži nikakve kriterije za određivanje bilo kakve nadmoći među čimbenicima.¹¹ Tako je ukupan postupak analogije određen metačimbenikom: onim na temelju kojega je, kad se sve uzme u obzir, moguće odlučiti koji čimbenik treba odabrati.

- za a i b : $\check{c}_1 \neq$, $\check{c}_2 \neq$, $\check{c}_3 =$, $\check{c}_4 \neq$, $\check{c}_5 \neq$, $\check{c}_6 =$;
- za a i b : $(\check{c}_1 \neq) \vee (\check{c}_2 \neq) \vee (\check{c}_3 =) \vee (\check{c}_4 \neq) \vee (\check{c}_5 \neq) \vee (\check{c}_6 =)$;
- za a i b , hipotetički, s metačimbenikom ($m\check{c}_a$) na temelju kojeg se odabire $\check{c}_3$: $a = b$.

3 ISTI KORACI KOD ANALOGIJE U PRAVNIM SLUČAJEVIMA

Prethodnu je shemu moguće u cijelosti primijeniti kada se postupak analogije koristi kako bi se našlo rješenje za slučaj nepredviđen i jednom normom pravnoga poretka. Kada za pravno pitanje nije predviđen nijedan odgovor, postupak analogije je potreban kako bi se utvrdilo je li slučaj u pitanju sličan nekom drugom slučaju koji ispunjava uvjete predviđene nekom postojećom normom.

8 O koracima kod analogije vidi Araszkiewicz (2011: 103).

9 I *vice-versa*. O količinskoj sličnosti vidi Davis & Russell (1987: 265).

10 Ili čimbenici: sva upućivanja na odlučujući čimbenik uključuju, naravno, skup odlučujućih čimbenika.

11 Alexy 2010: 17. Aarnio 1987: 104.

Pravni slučajevi tako postaju izrazi koje treba usporediti. Ako je zaključak da analogija postoji, tada *prima facie* neprimjenljiva norma postaje odlučna norma (*decision-norm*) za slučaj u pitanju i pravno je pitanje odgovoreno.¹²

- Slučaj: »Ulazak u park motociklom«.
- Nepostojanje norme o ulasku u park motociklom.
- Pravilo₁: »Ulazak u park automobilom nije dopušten«.
- »Ulazak automobilom« (*a*) i »Ulazak motociklom« (*m*) su izrazi koje treba usporediti.
- Ako su *a* i *m* analogni, ni »ulazak motociklom« nije dopušten.¹³

Kada su uspoređivani izrazi slučajevi, kao kod pravnog rasuđivanja na temelju analogije, kontekst usporedbe pruža pravno pitanje: ono što je ovdje bitno jest dobiti odgovor glede deontičkog statusa nepredviđene radnje. Upravo tim pitanjem sužava se beskonačan popis čimbenika. Čimbenici koji se ni na koji način ne odnose na to normativno pitanje bit će nevažni za potrebe usporedbe.¹⁴

- Slučajevi: »Ulazak u park automobilom« (*a*) i »Ulazak u park motociklom« (*m*).
- Pravno pitanje: je li dopušten ulazak u park motociklom?
- Nevažni čimbenici: č₁ – broj kotača, č₂ – udobnost za vozača, itd.
- Važni čimbenici: č₃ – zagađivač, č₄ – opasnost za pješake, itd.

Čak i ako se popis čimbenika suzi, još uvijek je moguće postojanje mnoštva čimbenika, koji mogu voditi k tablici s različitim rezultatima. Bez obzira na pouzadnost pojedine procjene, bilo koja dva slučaja mogu biti slična na temelju jednog, a ne-slična na temelju drugog čimbenika.

- za *a* i *m*: č₃ (zagađivač), č₄ (opasnost za pješake), č₅ (vozačeva sloboda djelovanja), č₆ (šteta za vegetaciju u parku), itd;
- za *a* i *m*: č₃ ≠, č₄ ≠, č₅ =, č₆ ≠.

Rezultirajuće sličnosti i ne-sličnosti iz tablice usporedbe predstavljaju temeljni problem u postupku analogije: odabir odlučujućeg čimbenika. Kao što smo vidjeli, ako se na temelju odlučujućeg čimbenika procjeni da postoji sličnost, tada slijedi zaključak o postojanju analogije. Ako ne, pravno pitanje ostaje bez pravnog rješenja na temelju postupka analogije.

12 Nino 2011: 293. Weinreb 2005: 97 i dalje. Guastini 1993: 370.

13 Taj primjer, naravno, pretpostavlja pravnu prazninu glede ulaska u park motociklom, a koja ne postoji ako u obzir uzmemo opće načelo o slobodi djelovanja. Međutim, primjer je valjan ako dodamo normu koja blokira dopuštenje koje proizalzi iz tog načela: primjerice, »ulazak u park ovisi o posebnom pravilu glede vrste vozila u pitanju«. Uz tu normu, i uz postojanje pravila glede automobila i nepostojanje pravila glede motocikala, u odnosu na potonju vrstu vozila postoji pravna praznina.

14 Araszkiwicz 2011: 102. Roth 2000: 115.

- Za a i m : ($\check{c}_3 \neq$) $\vee$ ($\check{c}_4 \neq$) $\vee$ ($\check{c}_5 =$) $\vee$ ($\check{c}_6 \neq$).
- Za a i m : ako $\check{c}_5$ onda »Ulazak u park motociklom nije dopušten«.
- Za a i m : ako $\check{c}_4$ onda nema analognog odgovora.

Presudna točka u pravnom rasuđivanju na temelju analogije također redovito počiva na odredbi metačimbenika temeljem kojega će se odabrati prevladavajući čimbenik. Međutim, pravni poredak mora podržavati taj metačimbenik: ako u postupku analogije zaključak podupire nešto što djeluje kao »nova norma«, ne može biti podržana nijedna druga mogućnost. Problem je, naravno, kako.

4 TEZA O DJELOMIČNOJ SVODLJIVOSTI

U kontekstu osnovnih postupaka u primjeni prava, prema tezi o djelomičnoj svodljivosti analogija se djelomično može objasniti pojmom vaganja.¹⁵ Prema toj tezi podržava se samo djelomična autonomnost postupka analogije: izuzev onoga njezinog koraka koji predstavlja strogu analogiju, preostali se koraci mogu svesti na vaganje. Dakle, za sporno pravno pitanje rješenje se može izvesti vaganjem sukobljenih načela, kao i kod svakog vaganja.¹⁶

Ipak, teza o djelomičnoj svodljivosti ovisi o razlici između dviju razina sličnosti: sličnosti₁ i sličnosti₂. Sličnost₁ odgovara onome na što se u ovome radu upućivalo kao na kontekst usporedbe i predstavlja bliskost između slučajeva koji proizlaze iz određenog pravnog pitanja. To pitanje određuje kao slične₁ sve slučajeve čije rješenje je odgovor na isti pravni problem, postavljajući granice za početni stadij sličnosti.¹⁷ Odabrani slučajevi potom su predmet daljnje procjene.

- Pravno pitanje: je li dopušten ulazak u park motociklom?
- Pravilo₁: »Ulazak u park automobilom (a) nije dopušten«.
- Pravilo₂: »Ulazak u park biciklom (b) je dopušten«.
- Ne postoji norma o ulasku u park motociklom (m).
- Pravilo₃: »Najveća brzina kretanja bicikala (b) u parku ograničena je na 10 km/h«.
- Slučajevi a i b su slični₁ slučaju m .
- Slučaj ograničenja brzine b nije sličan slučaju m na ovoj razini sličnosti₁.

Sličnost₂ presudna je razina sličnosti jer stvara normu za slučaj kojom se uspostavlja pravno rješenje. Na ovoj se razini moraju usporediti slučajevi oda-

¹⁵ Brožek 2008: 193.

¹⁶ Brožek 2008: 194.

¹⁷ Što je, kako je već rečeno, neproblematična razina sličnosti (Brožek 2008: 191).

brani na razini sličnosti₁ i donijeti odluka o »relevantnoj sličnosti«. Budući da su slični₁ slučajevi povezani s različitim rješenjima, odgovor na pravno pitanje proizlazi iz onoga slučaja koji je procijenjen kao sličan₂. Zbog toga sličnost₂ predstavlja konačan i dublji odabir sličnosti.¹⁸

- Ne postoji norma o ulasku u park motociklom (*m*).
- Slučaj automobila (*a*): »Ulazak u park automobilom nije dopušten«.
- Slučaj bicikla (*b*): »Ulazak u park biciklom je dopušten«.
- Ako $m = c$ onda $m \sim D$ park;
- Ako $m = b$ onda $m D$ park.

Srž teze o djelomičnoj svodljivosti leži, međutim, u načinu kako se određuje i rješava sličnost₂. Budući da su slučajevi odabrani na temelju sličnosti₁ povezani s različitim rješenjima, ključno je otkriti načela koja podupiru svako od tih rješenja. Kako ta načela po definiciji upućuju u različitim smjerovima, stvara se uobičajeni scenarij sukoba načela.¹⁹

- Pravilo₁ za slučaj automobila (*a*) (»Ulazak u park automobilom nije dopušten«) poduprto je načelom N₁;
- N₁: »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- Pravilo₂ za slučaj bicikla (*b*) (»Ulazak u park biciklom je dopušten«) poduprto je načelom N₂.
- N₂: »Svatko ima slobodu djelovanja«.²⁰
- Kod pitanja je li dopušten ulazak u park motociklom načela N₁ i N₂ dolaze u sukob.

U slučaju sukobljenih načela do rješenja se dolazi vaganjem, tj. uporabom »formule težine«: načela se važu i jedno će prevladati nad drugim. U skladu s time, načelo koje prevlada pruža rješenje za slučaj u pitanju te se na temelju činjenica slučaja i posljedica koje proizlaze iz pobjedničkog načela stvara »kolizijsko pravilo«.²¹ Takvim se pristupom problem sličnosti₂ preobražava u problem vaganja načela, a što, prema tezi o djelomičnoj svodljivosti, ima značajnu prednost: umjesto postavljanja pitanja glede toga koji su izrazi slični₂, treba samo izvršiti jednostavno vaganje.²²

18 Brožek 2008: 191.

19 Brožek 2008: 194.

20 Ovo načelo početno je bilo predstavljeno u obliku: »ljudi su ovlašteni aktivno se odmarati« (Brožek 2008: 194). Međutim, radi veće pravne preciznosti, u tekstu koristim oblik načela koji, u istom kontekstu, koristi Alexy (2010: 16). Ova izmjena ni na koji način ne utječe na izvedenu shemu.

21 O »kolizijskom pravilu« (zakonu suprotstavljenih načela) vidi, primjerice, Alexy 2002: 54 i Pino 2010: 190 i dalje.

22 Brožek 2008: 195.

- N_1 (okoliš treba biti pravno zaštićen) $\rightarrow m \sim D$ park.
- N_2 (svatko ima slobodu djelovanja) $\rightarrow m D$ park.
- Ako na temelju »formule težine« $N_1 > N_2 \rightarrow m \sim D$ park.

5 PRVI PROBLEM: SLUČAJNI ISHOD VAGANJA

Iz teze o djelomičnoj svodljivosti, unatoč njezinoj neospornoj zanimljivosti, proizlazi nekoliko problema. Prvi i najintuitivniji tiče se izbora načela koja stoje u pozadini pravila koja uređuju slične₁ slučajeve. Iako izgrađena kao pojednostavljen model, teza o djelomičnoj svodljivosti, čini se, zanemaruje činjenicu da je moguće postojanje različitih načela koja podupiru pravila koja uređuju slične₁ slučajeve. To je neposredno važno zbog dvaju razloga. Prvo, jer pokazuje da je izbor načela složeniji nego što se čini i, najviše, jer konačan rezultat ovisi o načelima koja su uključena u vaganje.²³

- Slučaj automobila (*a*): pravilo₁ (»Ulazak u park automobilom nije dopušten«) poduprto je načelom N_1 i ili načelom N_3 .
- N_1 : »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- N_3 : »Tjelesna cjelovitost je nepovrediva«.
- Slučaj bicikla (*b*): pravilo₂ (»Ulazak u park biciklom je dopušten«) poduprto je načelom N_2 .
- N_2 : »Svatko ima slobodu djelovanja«.
- Pravno pitanje i dalje je isto: je li dopušten ulazak u park motociklom (*m*)?
- Ako su upletenja N_2 u N_1 i u N_3 različita (kako motocikli zagađuju i kako mogu nanijeti štetu tjelesnoj cjelovitosti), ishodi vaganja mogu se razlikovati.
- Hipotetički: $N_1 > N_2 \rightarrow m \sim D$ park, ali $N_3 < N_2 \rightarrow m D$ park.

6 DRUGI PROBLEM: ANALOGIJA POKRIVENA VAGANJEM

U vezi s prethodnom točkom, čini se da teza o djelomičnoj svodljivosti zanemaruje i činjenicu da su načela koja su izabrana za provođenje postupka vaganja materijalno povezana s čimbenicima koji se koriste za uspoređivanje slučajeva: svako od načela u postupku vaganja opisuje neki čimbenik za slučajeve odabrane tijekom stadija sličnosti₁. Dakle, ne samo da izbor načela opisuje

²³ Naravno, ništa ne priječi da s obje strane pitanja bude više od jednog načela, što onda zahtijeva proširenu »formulu težine« (Alexy 2002: 409; Sieckmann 2010: 110). Međutim, bit je u tome da, korištenjem vaganja, analogija postaje ovisna o dvojbenom izboru između načela (ometajući dosljednost ishoda analogije).

odabir čimbenika, nego je, štoviše, postupak vaganja izložen samo kao shema za organiziranje odabira odlučujućeg čimbenika. To stoga vodi k tvrdnji da se vaganje ovdje koristi samo kao alat za utvrđivanje metačimbenika: vaganjem se samo odlučuje koji će od čimbenika odabranih temeljem izabranih načela prevladati. Pod krinkom vaganja provodi se prava analogija.²⁴

- Za a , b i m : $\check{c}_1$ (zagađivač), $\check{c}_2$ (sloboda kretanja), $\check{c}_3$ (opasnost za pješake).
- Načela N_1 , N_2 i N_3 predstavljaju $\check{c}_1$, $\check{c}_2$ i $\check{c}_3$.
- N_1 : »Okoliš treba biti pravno zaštićen«; u $\check{c}_1$: $m = a$; $m \neq b$.
- N_2 : »Svatko ima slobodu djelovanja«; u $\check{c}_2$: $m = a$; $m = b$.
- N_3 : »Tjelesna cjelovitost je nepovrediva«; u $\check{c}_3$: $m \neq a$; $m = b$.
- Izbor načela N_1 i N_2 znači da su »glavni čimbenici« $\check{c}_1$ i $\check{c}_2$.
- Ako $N_1 > N_2$, tada je odlučujući čimbenik $\check{c}_1$: $m = a$; $m \neq b$.
- $N_1 \rightarrow \check{c}_1 \rightarrow m = a$.

7 TREĆI PROBLEM: VAGANJE NEVAŽNIH NAČELA

Uzimajući u obzir da je, na temelju teze o djelomičnoj svodljivosti, zamjena stadija sličnosti₂ ostvarena vaganjem načela koja podupiru pravila neprimjenljiva na slučaj, javlja se još jedan problem: nevažnost tim pravilima prizvanih načela. Zapravo, unatoč sličnosti₁, ne postoji ništa što bi predstavljalo osiguranje da ta načela neće biti nevažna za neregulirani slučaj, u kojem slučaju ona ne bi mogla opravdati nijedno rješenje. Glavni razlog za takav ishod proizlazi iz neprimjenljivosti jednog od tih načela na slučaj za koji se traži odgovor, što je posljedica činjenice da obilježja koja opisuju taj slučaj ne odgovaraju prednjaku (antecedentu) načela. U tom scenariju, načela prizvana na temelju sličnosti₁ ovdje ne igraju nikakvu ulogu. To vodi k sljedećoj tvrdnji: djelomično svođenje analogije na vaganje moguće je jedino ako je neregulirani slučaj, unatoč sličnosti₁, analogan reguliranom slučaju do te mjere da aktivira upravo ona ista načela koja podupiru pravila čija je analogna primjena predmetom razmatranja.

- Slučaj automobila (a): pravilo₁ »ulazak u park automobilom nije dopušten« poduprto je načelom N_1 .
- N_1 : »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- Slučaj bicikla (b): pravilo₂ »ulazak u park biciklom je dopušten« poduprto je načelom N_2 .
- N_2 : »Svatko ima slobodu djelovanja«.

24 Kad se uzme u obzir da se vaganjem, u njegovom pravom smislu, samo odlučuje koju između svih primjenljivih normi treba primijeniti na slučaj, postaje jasno da se vaganjem, kad se ono koristi za izbor jedne od različitih na slučaj neprimjenljivih normi, samo određuje bliskost i udaljenost između slučaja i svake od neprimjenljivih normi.

- Novi slučaj sličnosti₂: smije li se u park ući memorijalnim tenkom (*mt*)?
- Ne postoji norma o ulasku u park memorijalnim tenkom (*mt*).
- Kod sličnosti₁ se ništa nije promijenilo: pitanje se i dalje odnosi na dopuštenje ulaska.
- Vaganje načela N_1 i N_2 za slučaj *mt* je besmisleno: u najboljem slučaju, načelo N_2 je nevažno.
- Neregulirani slučaj ne ispunjava prednjak (antecedent) načela N_2 .²⁵

8 ČETVRTI PROBLEM: MANJAK NAČELA ZA VAGANJE

Prepreka tezi o djelomičnoj svodljivosti koja leži u podlozi prethodnog problema može se proširiti na sve normativne situacije u kojima pravila koja uređuju slične₁ slučajeve nisu utemeljena ni na jednom načelu ili, možda najčešće, u kojima su ta pravila poduprta istim načelom. U takvim situacijama vaganje nije moguće zbog jednostavnog razloga što ne postoji dovoljno načela za vaganje. Poznato je da je vaganje postupak rješavanja normativnih sukoba nerješivih na temelju normi u sukobu: zbog tog razloga, za vaganje su potrebne dvije ili više normi.²⁶ Stoga, kad su načela poduprta istim načelom, ne može doći do vaganja.

- Pravilo₁: »Promet automobilima ograničen je na tri dana u tjednu«.
- Pravilo₂: »Automobili čiji registracijski broj započinje parnim brojem mogu prometovati ponedjeljkom, srijedom i petkom«.
- Pravilo₃: »Automobili čiji registracijski broj započinje neparnim brojem mogu prometovati utorkom, četvrtkom i subotom«.
- Nije doneseno pravilo za nekolicinu automobila čiji registracijski broj započinje slovom.
- Slučaj parnog broja (*p*): pravilo₂ poduprto je načelom N_1 .
- Slučaj neparnog broja (*n*): pravilo₃ poduprto je načelom N_1 .
- N_1 : »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- Pravno pitanje: kada mogu prometovati automobili čiji registracijski broj započinje slovom?
- Vaganje je neupotrebljivo: načelo N_1 podupire oba pravila; ne postoji normativni sukob.

²⁵ To je još vidljivije ako se ono koristi u svojoj prvotnoj inačici: »ljudi su ovlašteni aktivno se odmarati« (Brožek 2008: 194). Čini se neospornim da ulazak u park memorijalnim tenkom ni u kojim okolnostima ne predstavlja primjer aktivnog odmaranja.

²⁶ Primjerice, Pino 2010: 185 i dalje, i Duarte 2010: 56 i dalje.

9 POZADINSKI PROBLEM: ANALOGIJA I VAGANJE SE NE PREKLAPAJU

Svi do sada identificirani problemi s tezom o djelomičnoj svodljivosti, na neki način, ne predstavljaju ništa više nego posljedicu jednog šireg problema: analogija i vaganje se ne preklapaju. To postaje jasnije kada uzmemo u obzir činjenicu da svaki od tih osnovnih postupaka zahtijeva suprotne normativne okolnosti: dok analogija ovisi o nepostojanju ijedne primjenljive norme, vaganje se oslanja na primjenljivosti dviju ili više normi. Činjenica da tim postupcima prethode suprotne normativne okolnosti upućuje na njihovo međusobno isključivanje. Slučaj u kojem je potrebno izvršiti analogiju nije slučaj u kojem bi trebalo izvršiti vaganje i *vice-versa*.

- Slučaj: »Ulazak u park motociklom (m)«.
- Normativne okolnosti analogije: ne postoji norma o m .
- Normativne okolnosti vaganja: u pogledu m , načelo N_1 i načelo N_2 su u sukobu.

Moguće objašnjenje preklapanja postupaka analogije i vaganja, unatoč njihovom međusobnom isključivanju, leži, čini se, u reduktivnom shvaćanju uloge načela kao stvarno usmjeravajućih normi. Prihvatanje činjenice da su načela norme poput svih ostalih normi, što je neizbježna posljedica njihove deontičke naravi, mora podrazumijevati to da načela reguliraju slučajeve na isti način kao i pravila. Osobita obilježja načela, počevši od njihove primjenljivosti u različitim stupnjevima, ne utječu na činjenicu da ona i pružaju pravna rješenja: ako slučaj ispunjava prednjak (antecedent) načela, onda za taj slučaj postoji pravna posljedica. Očito je da, ako jedno načelo dođe s drugim u sukob, rješenje ovisi o njihovom vaganju. Međutim, jednom kad je ishod vaganja poznat, poznata je i konačna posljedica i nema više mjesta za uključivanje analogije.

- Pravno pitanje: je li dopušten ulazak u park motociklom?
- N_1 : »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- N_2 : »Svatko ima slobodu djelovanja«.
- Ulazak motociklom slučaj je na koji su primjenljiva načela N_1 i N_2 .
- Ne postoji norma o »ulasku u park automobilom«.
- Ne postoji norma o »ulasku u park biciklom«.
- Do pravnog rješenja dolazi se vaganjem načela N_1 i N_2 .

Dakle, ispada da reduktivno shvaćanje uloge načela kao stvarno usmjeravajućih normi utječe na ispravno razumijevanje pravne praznine. Ako pravna praznina i dalje predstavlja izočnost regulacije, kod razumijevanja dosega pravne praznine mora se uzeti u obzir da i načela i pravila na jednak način predviđaju pravne posljedice, iako su načela, sa svojim širokim prednjacima (antecedenti-

ma) koji pokrivaju veliki dio stvarnosti, znatno suzila prostor za neregulirane slučajeve. Stoga, za primjenu prava ne postoji pravna praznina ako je sporni slučaj manifestacija prednjaka (antecedenta) načela: ako slučaj aktivira pravilo, pravilo je primjenljivo, ali ako aktivira »samo« načelo, slučaj je također predviđen pravom i, uz prethodno vaganje ili bez njega, treba primijeniti načelo.²⁷

- Pravno pitanje: je li dopušten ulazak u park motociklom?
- N₁: »Okoliš treba biti pravno zaštićen«.
- N₂: »Svatko ima slobodu djelovanja«.
- Ulazak motociklom slučaj je na koji su primjenljiva načela N₁ i N₂.
- Pravilo₁: »Ulazak u park automobilom nije dopušten«.
- Pravilo₂: »Ulazak u park biciklom je dopušten«.
- Do pravnog rješenja ne dolazi se na temelju analogije.
- Do pravnog rješenja i dalje se dolazi na temelju vaganja načela N₁ i N₂.
- Pravno pitanje: je li dopušten ulazak u park automobilom?
- Pravno rješenje pruža pravilo₁.

Čini se da se ono što se razumijeva pod »pravnom prazninom« znatno promijenilo uzimajući u obzir razliku između načela i pravila i, posljedično, ono što proizlazi iz naravi načela kao »optimizacijskih zahtjeva«.²⁸ Ako se prihvati da se i načelima i pravilima propisuju pravne posljedice i da se, dakle, i primjenom načela i primjenom pravila na isti način mogu rješavati slučajevi, doseg »pravne praznine« sada, čini se, pokriva samo dvije normativne situacije: (i) malo vjerojatnu situaciju u kojoj nijedna norma, ni pravilo ni načelo, nije primjenljiva na slučaj i (ii) situaciju u kojoj pravilo, blokirajući primjenljivost načela, predviđa posljedicu koja nije posebno određena za kategoriju koja, između ostalih, spada i u njegovo područje primjene.²⁹ Ako te normativne situacije određuju

27 Ali sigurno bez primjene analogije, s obzirom na to da nisu nazočne njezine normativne okolnosti. Time se opravdava tvrdnja da neki oblici navodne analogije ne mogu biti smatrani analogijom (vidi, primjerice, Verheij & Hage 1994: 65; također, u okviru reduktivnog pristupa, Kaptein 2005: 502). Naravno, s obzirom na pojam pravne praznine, ovdje se uzimaju u obzir samo normativne praznine (o razlici između normativnih i aksioloških praznina vidi Nino 2003: 281 i Rodríguez 2000: 152).

28 Primjerice, Alexy 2002: 47 i dalje, i Brožek 2012: 223.

29 Ono što se ovdje želi reći jest da normativne praznine postoje samo na razini pravila ako je praznina stvorena na temelju pravila, odnosno na razini načela ako je ijedno načelo primjenljivo (Ruiz Manero 2005: 123). Primjerom koji slijedi u glavnom tekstu, u slučaju pravne praznine₂, dobro se može pokazati na što se ovdje misli. S druge strane, važno je istaknuti da uobičajeno razlikovanje izričitih i prešutnih načela (primjerice, Burazin 2014: 171) ni na koji način ne utječe na ovo pitanje. Ako je načelo nepisano, moguće su samo dvije situacije: ili ono jest ili nije norma skupa (pravnog poretka). U potonjem slučaju, načelo ne postoji i iz njega ne proizlazi ništa. Međutim, ako je ono stvarna norma skupa, što je naravno slučaj kad je riječ o običajnom izvoru, onda se ono ponaša kao i sva ostala načela i ni po čemu nije različito od

što može ući u doseg »pravne praznine«, iz toga slijedi da je osnovni postupak analogije ograničen upravo na njih.³⁰

- Slučaj₁: promet automobilima čiji registracijski broj započinje slovom.
- Prazninom ispunjena situacija₁: ako slučaj₁ nije pokriven nijednim pravilom ili nijednim načelom (pravna praznina₁).
- Prazninom ispunjena situacija₂: ako postojeće norme sadrže neodređene posljedice za slučaj₁, primjerice:
- Pravilo₁: »Promet automobilima ograničen je na tri dana u tjednu«.
- Pravilo₂: »Automobili čiji registracijski broj započinje parnim brojem mogu prometovati ponedjeljkom, srijedom i petkom«.
- Pravilo₃: »Automobili čiji registracijski broj započinje neparnim brojem mogu prometovati utorkom, četvrtkom i subotom«.
- Nije doneseno pravilo za nekolicinu automobila čiji registracijski broj započinje slovom (pravna praznina₂).

10 ZAKLJUČNA PRIMJEDBA

Analogija je usmjerena k cilju: između čimbenika usporedbe, osobito na razini sličnosti₂, odabir se može izvršiti samo s obzirom na neku svrhu. Bez neke takve svrhe neodrediv je metačimbenik na temelju kojega se odlučuje o tome koji će od čimbenika prevladati i, zbog tog razloga, nedostaje opravdanje za odabir između čimbenika pa odabir postaje posve arbitraran. Budući da načela šire i očitije propisuju ciljeve koje je usvojio pravni poredak i budući da se ti ciljevi uvode u postupak analogije kako bi se riješio problem metačimbenika, ciljno usmjerena narav analogije u toj je vrsti normi pronašla svoj glavni izvor sposobnosti djelovanja. Ovdje se, međutim, načela javljaju u dvojakoju ulozi: kao »propisivači ciljeva« i, s obzirom na to da pružaju neposredna rješenja za slučajeve, kao »smanjivači pravnih praznina«. S tom dvojakošću treba biti oprezan: kad god je slučaj reguliran načelom, načelo odmah zaustavlja korištenje analogije i tako uklanja mogućnost da tvori kriterij glede toga što je čemu slično.

*S engleskog jezika preveo
Luka Burazin.*

pisanih načela. Bilo ono pisano ili ne nevažno je za određivanje pravne posljedice, pod uvjetom da je (prihvaćeno kao) norma koja pripada skupu.

30 Sve to pretpostavlja da analogija, kao postupak koji se može koristiti kako bi se stvorilo odlučnu normu (*norm-decision*) koju nije donijela normativna vlast, ovisi o normi koja dopušta njezinu uporabu pod određenim uvjetima i činjenici da je taj uvjet postojanje pravne praznine.

Bibliografija

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer.
- Robert ALEXY, 2010: Two or Three? *On the Nature of Legal Principles*. Ur. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 9–18.
- , 2002: *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Michał ARASZKIEWICZ, 2011: *Analogy, Similarity and Factors. Proceedings of the 13th International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM. 101–105.
- Scott BREWER, 1996: Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Arguments by Analogy. *Harvard Law Review* 109 (1996) 5. 923–1029.
- Bartosz BROŻEK, 2008: Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* 94 (2008) 2. 188–201.
- , 2012: Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale* (2012) 17. 205–226.
- Luka BURAZIN, 2014: Antinomies Between Implicit Legal Principles: a Solution to the Total-Partial Antinomy. *Courts, Interpretation, The Rule of Law*. Ur. Miodrag Jovanović and Kenneth E. Himma. The Hague: Eleven International Publishing. 167–180.
- Thomas BUSTAMANTE, 2012: Finding Analogies Between Cases. On Robert Alexy's Third Basic Operation in the Application of Law. *On the Philosophy of Precedent*. Ed. Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 59–71.
- Todd DAVIES & Stuart RUSSELL, 1987: A Logical Approach to Reasoning by Analogy. *Proceedings of the Tenth International Joint Conference on Artificial Intelligence*. Ur. John P. McDermott. Burlington: Morgan Kaufmann Publishers. 264–270.
- David DUARTE, 2010: Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Ur. Jan Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 51–62.
- Riccardo GUASTINI, 1993: *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Hendrik KAPTEIN, 2005: Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and E Contrario Argument. *Argumentation* 19 (2005) 4. 497–507.
- Fabrizio MACAGNO & Douglas WALTON, 2009: Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories. *Philosophy & Rhetoric* 42 (2009) 2. 154–182.
- Juan Ruiz MANERO, 2005: Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas. *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 103–126.
- Carlos Santiago NINO, 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11. izd. Barcelona: Ariel.
- Aleksander PECZENIK, 1996: Jumps and Logic in the Law. *Artificial Intelligence and Law* 4 (1996) 3–4. 297–329.
- Giorgio PINO, 2010. *Diritti e Interpretazione*. Bologna: Il Mulino.
- Jorge Luis RODRÍGUEZ, 2000: Axiological Gaps and Normative Relevance. *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* 86 (2000). 151–167.
- Bram ROTH, 2000: New Reasoning Patterns in Analogical Legal Case-Based Reasoning: An Informal Investigation. *Legal Knowledge and Information Systems*. Ur. Joost Breuker. Amsterdam: IOS Press. 113–122.
- Cameron SHELLEY, 2002: Analogy Counterarguments and the Acceptability of Analogical Hypotheses. *British Journal of Philosophy of Science* 53 (2002) 4. 477–496.
- Jan SIECKMANN, 2010: Balancing, Optimisation, and Alexy's »Weight Formula«. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Ur. Jan Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 101–118.
- Bart VERHEIJ & Jaap HAGE, 1994: Reasoning by Analogy: A Formal Reconstruction. *Legal Knowledge Based Systems. The Relations with Legal Theory*. Ur. Henry Prakken. Lelystad: Koninklijke Vermande. 65–78.
- Lloyd WEINREB, 2005: *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. New York: Cambridge University Press.

David Duarte*

Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems

With an analysis of the structure and the sequence of analogy, the paper is mainly a critique to the partial reducibility thesis: a thesis sustaining that analogy, besides a strictly analogical step, is in the remaining part reducible to balancing. Thus, the paper points out some problems raised by the partial reducibility thesis, such as the contingency of reducibility or the fact that a proper analogy is done under the cover of a balancing. The main point is, however, the claim that analogy and balancing have opposite normative conditions, being this premise the reason to a structural explanation for the unacceptability of the reducibility enterprise.

Key words: analogy, antecedent, balancing, factors of comparison, gaps, partial reducibility thesis, principles, rules, similarity, subsumption

1 THREE AS THE STARTING POINT FOR ANALOGY AND BALANCING

The idea that the application of law includes three basic operations, subsumption, balancing and analogy, has recently become a central matter in legal theory, yielding new insights into the analysis of their connections: (i) subsumption and analogy, (ii) subsumption and balancing, and (iii) analogy and balancing.¹ However, taking into account the fact that subsumption is performed in every case of the application of law, and analogy and balancing are used only under specific normative conditions, it follows that the third connection is the only one linking the basic operations that are, under this point of view, normatively contingent.² This feature of analogy and balancing poses certain problems: (i) what are their respective specific normative conditions, (ii) is there any intersection between those conditions, and (iii) to what extent can analogy

* davidduarte@fd.ulisboa.pt | University of Lisbon. I thank Hendrik Kaptein, Luís Duarte d'Almeida, Pedro Múrias, Pedro Moniz Lopes and the two anonymous referees for their comments on an earlier version of this paper.

1 On the three basic operations, Alexy (2010: 9 and ff.), Brożek (2008: 188 and ff.), and Bustamante (2012: 59 and ff.).

2 The first premise seems undeniable: no legal case can be solved without the fulfilment of an antecedent (of a norm or a decision-norm). The second one will be explained later.

and balancing be combined or interfere with each other. It is precisely here that the partial reducibility thesis comes into play.³ Formulated as an explanation of analogy in terms of balancing, this thesis deals exactly with the problems raised by the connection between these two basic operations of the application of law.

2 ANALOGY BY STEPS: SOME BASIC CONSIDERATIONS CONCERNING THE SEQUENCE

Despite being used to represent the operation of comparison itself, analogy is, rigorously, a result: the establishment, for any purpose, of a relation of similarity.⁴ In order to reach the final point, some steps must be taken: (i) identification of the terms compared, (ii) list of comparison factors, (iii) evaluation of similarity or non-similarity under each factor, (iv) choice of the decisive factor, and (v) conclusion of analogy, if this is the case under the factor chosen.⁵ The overall operation is therefore relatively complex.

The operation is complex, immediately, with regard to factors of comparison. As it is known, they are naturally endless.⁶ Independently of what is compared, everything can be used as a factor, considering the illimitable properties of the terms and the infinite external criteria of analysis. Since the context of comparison is able to narrow the set of factors, this decreasing effect gives some manageability to the process.

- When comparing cars (*c*) and bicycles (*b*), the set of factors is endless: f_1 – price, f_2 – speed, f_3 – metal texture, f_4 – comfort, f_5 – beauty, f_6 – how it pleases John, and so on.
- If *c* and *b* are compared for buying purposes, the set is narrowed: some factors may become irrelevant; for instance, f_3 (metal texture) or f_6 (how it pleases John).

Complexity also arises from the evaluation of similarity or non-similarity that each factor confers. Beneath each one of them, a judgment has to be made in order to state or refute similarity. In a certain way, this step is the core of analogy: it is here that the terms compared are effectively confronted under the specific analysis of resemblance. Its importance cannot be overlooked. Often false analogies appear from the inconsistent judgments made at this level.⁷

3 Brożek 2008: 188 and ff.

4 Naturally, the kind of analogy considered here is that regarding a classification and not the analogy supporting a prediction (Macagno & Walton 2009: 171).

5 On analogy steps, Araszkiewicz (2011: 103).

6 Brewer 1996: 932. Peczenik 1996: 312.

7 On false analogy, among other analogy counterarguments, see Shelley (2002: 489).

- Comparison between b and c under f_1 (price) can lead to similarity ($=$) or non-similarity ($\neq$).⁸
- Under f_2 (speed) it can also lead to $\neq$ or $=$; and so on for all the factors.

Even if narrowed by context, a comparison may still have to be done under a plurality of factors. From this it follows that different evaluations of similarity and non-similarity may be carried out. Therefore, for the terms compared, a table with different results appears: terms are similar under some factors and non-similar under others. As would be expected, under a common list of factors, the more proximate the terms, the fewer the results of non-similarity.⁹

- For b and c : $f_1 \neq, f_2 \neq, f_3 =, f_4 \neq, f_5 \neq, f_6 =$.
- For b_1 and b_2 , hypothetically: $f_1 =, f_2 =, f_3 =, f_4 =, f_5 \neq, f_6 =$.

The complexity of the analogy lies, however, in the choice of the decisive factor.¹⁰ If certain terms are similar under a factor and non-similar under another, the conclusion of analogy is wholly dependent on the factor selected. This choice is, nonetheless, external to the comparison: the equal position of each factor with respect to the terms implies that the operation, in itself, holds no criteria for defining any kind of prevalence.¹¹ Thus, the overall analogy operation is decided through a meta-factor: the one that decides which factor, all things considered, is to be chosen.

- For b and c : $f_1 \neq, f_2 \neq, f_3 =, f_4 \neq, f_5 \neq, f_6 =$.
- For b and c : $(f_1 \neq) \vee (f_2 \neq) \vee (f_3 =) \vee (f_4 \neq) \vee (f_5 \neq) \vee (f_6 =)$.
- For b and c , hypothetically, with a meta-factor (mf_a) that chooses f_3 : $b = c$.

3 THE SAME STEPS IN A LEGAL CASES ANALOGY

The previous scheme is entirely applicable when the operation is used to provide a solution for a case unforeseen under any norm of the legal order. Here, where no answer to the legal question is provided, an operation of analogy is required to define whether the case at hand is similar to another which fulfils the conditions foreseen in an enacted norm. Legal cases, then, become the terms to be compared. If the conclusion is an analogy, then the *prima facie* inapplicable norm becomes the decision-norm of the case and the legal question is answered.¹²

8 The symbols $=$ and $\neq$ are used here for simplification purposes, just to represent similarity and non-similarity.

9 And *vice-versa*. On quantitative similarity, Davis & Russell (1987: 265).

10 Or factors: all references to a decisive factor include, naturally, a set of decisive factors.

11 Alexy 2010: 17. Aarnio 1987: 104.

12 Nino 2011: 293. Weinreb 2005: 97 and ff. Guastini 1993: 370.

- Case: Motorcycle entrance into the park.
- No norm on motorcycle entrance into the park.
- Rule₁: “Cars are not allowed to enter the park.”
- “Car entrance” (*c*) and “motorcycle entrance” (*m*) are terms of comparison.
- If *c* and *m* are analogous, “entrance on a motorcycle” is not allowed.¹³

When terms of comparison are cases, as in legal reasoning by analogy, the context of comparison is given by the legal question: what matters here is to obtain an answer to the deontic status of an unforeseen action. The endless list of factors is narrowed precisely by that question. Factors with no bearing on that normative issue will be irrelevant for the comparison.¹⁴

- Cases: “Car entrance into the park” (*c*) and “Motorcycle entrance into the park” (*m*).
- Legal question: Is a motorcycle allowed to enter the park?
- Irrelevant factors: f_1 – number of wheels, f_2 – comfort for the driver, and so on.
- Relevant factors: f_3 – pollutant, f_4 – danger to pedestrians, and so on.

Even if narrowed, there may still be a plurality of factors which may lead to a table with different results. No matter what the reliability of each evaluation is, any two cases may be similar under some factor and non-similar under another.

- For cases *c* and *m*, the factors of comparison are: f_3 (pollutant), f_4 (danger to pedestrians), f_5 (drivers' freedom of action), f_6 (damage to the park vegetation), and so on.
- For *c* and *m*: $f_3 \neq$, $f_4 \neq$, $f_5 =$, $f_6 \neq$.

Now the results of similarity and non-similarity offered by the table of comparison present the main problem in the analogy operation: the selection of the decisive factor (step iv). As we have seen, if the decisive factor implies an evaluation of similarity, then a conclusion of analogy follows. If not, the legal question remains without a legal solution with regard to the analogy operation.

- For *c* and *m*: $(f_3 \neq) \vee (f_4 \neq) \vee (f_5 =) \vee (f_6 \neq)$.
- For *c* and *m*: if f_5 then “Motorcycles are not allowed to enter the park”.
- For *c* and *m*: if f_4 then no analogical answer.

13 This example presupposes, obviously, a gap concerning the entrance of motorcycles into the park, inexistent if a general principle regarding freedom of action is taken into account. However, the example is valid if a norm blocking the permission given by that principle is added: for instance, “entrance into the park depends on a specific rule regarding the kind of vehicle in question”. With this norm, and with a rule for cars and no rule for motorcycles, there is a gap regarding the latter kind of vehicle.

14 Araszkiewicz 2011: 102. Roth 2000: 115.

As is generally the case, the decisive point in legal reasoning by analogy also rests upon the definition of the meta-factor according to which the prevailing factor will be selected. However, this meta-factor must be sustained by the legal order: if in an analogy operation the conclusion supports something that works as a “new norm”, no other option can be upheld. The problem is, of course, how.

4 THE PARTIAL REDUCIBILITY THESIS

In the context of the basic operations in the application of law, the partial reducibility thesis says that analogy can be partially explained through balancing.¹⁵ The thesis sustains only the partial autonomy of the analogy operation: besides a strictly analogical step, the remaining part is reducible to balancing. Thus, for the legal question at hand, the solution is drawn by weighing up the principles in conflict, as in any balancing.¹⁶

The partial reducibility thesis depends, however, on a distinction between two levels of similarity: similarity₁ and similarity₂. Similarity₁ is equivalent to what was referred to here as the context of comparison and stands for the proximity between the cases brought by the legal question at hand. This question defines as similar₁ all cases whose solution is an answer to the same legal problem, setting the boundaries for an initial stage of similarity.¹⁷ The cases selected here are then subject to further evaluation.

- Legal question: Are motorcycles allowed into the park?
- Rule₁: “Cars (*c*) are not allowed into the park.”
- Rule₂: “Bicycles (*b*) are allowed into the park.”
- No norm on motorcycle (*m*) entrance into the park.
- Rule₃: “Speed limit for bicycles (*b*) in the park is 10 km/h.”
- Cases with cars (*c*) and bicycles (*b*) are similar₁ to the cases with motorcycles (*m*).
- Speed limit case *b* is dissimilar to the case *m* at this level of similarity₁.

Similarity₂ is the decisive level of similarity since it creates the norm for the case establishing the legal solution. Here, the cases that were selected at the level of similarity₁ have to be compared and the decision on the “relevant similarity” must be taken. As similar₁ cases are linked to different solutions, the answer to the legal question is given by the case that is evaluated as similar₂. For this reason, similarity₂ stands for the conclusive and deeper choice of similarity.¹⁸

¹⁵ Brožek 2008: 193.

¹⁶ Brožek 2008: 194.

¹⁷ Which is, as stated, an unproblematic level of similarity (Brožek 2008: 191).

¹⁸ Brožek 2008: 191.

- No norm on motorcycle (m) entrance into the park.
- Car case (c): “Cars are not allowed into the park.”
- Bicycles case (b): “Bicycles are allowed into the park.”
- If $m = c$ then $m \sim P$ park.
- If $m = b$ then $m P$ park.

The core of the partial reducibility thesis lies, however, in the way similarity₂ is defined and solved. As the cases selected under similarity₁ are linked to a different solution, the main point is to discover the principles backing each one of those solutions. Since these principles by definition point in different directions, a common scenario of principles in conflict is created.¹⁹

- Car case (c) Rule₁ (“Cars are not allowed into the park.”) is backed by principle P_1 .
- Principle P_1 : “The environment should be protected by law.”
- Bicycles case (b) Rule₂ (“Bicycles are allowed into the park.”) is backed by principle P_2 .
- Principle P_2 : “Everyone has freedom of action.”²⁰
- With the question if motorcycles are allowed into the park, principles P_1 and P_2 conflict.

In the case of conflicting principles, the solution is obtained through balancing, namely the use of the “weight formula”: here, principles are weighed and one of them will prevail over the other. Accordingly, the prevailing principle yields the solution of the case and a “collision rule” is created with the case facts and the consequence withdrawn from the winning principle.²¹ With this approach, the problem of similarity₂ is transformed into the problem of the weighing of principles, which encompasses, as the partial reducibility thesis sustains, a significant advantage: instead of asking which terms are similar₂, only simple balancing must be carried out.²²

- Principle P_1 (“The environment should be protected by law.”) $\rightarrow m \sim P$ park.
- Principle P_2 (“Everyone has freedom of action.”) $\rightarrow m P$ park.
- If with the “weight formula” $P_1 > P_2 \rightarrow m \sim P$ park.

19 Brożek 2008: 194.

20 In its original presentation, the principle mentioned here is “people are entitled to rest actively” (Brożek 2008: 194). However, as is legally more accurate, the principle used in the text is that adopted, in the same context, by Alexy (2010: 16). The change does not affect the scheme in any way.

21 On the “collision rule” (law of competing principles), for instance, Alexy 2002: 54, and Pino 2010: 190 and ff.

22 Brożek 2008: 195.

5 FIRST PROBLEM: RANDOM WEIGHING OUTCOME

Despite it being of undeniable interest, the partial reducibility thesis poses several problems. The first and most intuitive concerns the choice of the principles that stand behind the rules governing similar₁ cases. Albeit constructed as a simplified model, the thesis seems to disregard the fact that different principles may be available to back the rules that sustain similar₁ cases. This is immediately relevant for two reasons. First, because it shows that the principle choice is more complex than it seems and, mainly, because the final result depends on the principles brought to weighing.²³

- Car case (*c*): Rule₁ (“Cars are not allowed into the park”) is backed by principle P₁ and/or principle P₃.
- Principle P₁: “The environment should be protected by law.”
- Principle P₃: “Physical integrity is inviolable.”
- Bicycles case (*b*): Rule₂ (“Bicycles are allowed into the park”) is backed by principle P₂.
- Principle P₂: “Everyone has freedom of action.”
- Legal question is still the same: Are motorcycles (*m*) allowed into the park?
- If interferences of P₂ in P₁ and in P₃ are different (how motorcycles pollute and how they can damage physical integrity), the weighing result can differ.
- Hypothetically: P₁ > P₂ → *m* ~P park, but P₃ < P₂ → *m* P park.

6 SECOND PROBLEM: ANALOGY COVERED BY BALANCING

Related to the previous point, the partial reducibility thesis also seems to disregard the fact that the principles chosen to carry out the weighing process are materially connected with the factors used to compare cases: each principle within balancing describes a factor for the cases selected during the similarity₁ phase. Therefore, not only does the choice of a principle describe the selection of a factor, but, furthermore, the balancing process is merely set out as a scheme for organising the choice of the decisive factor. Hence, this leads to the claim that balancing is used here only as a tool for determining the meta-factor: among the factors selected by the principles chosen, balancing just decides which one of them prevails. Under the cover of balancing, proper analogy is performed.²⁴

23 Of course, nothing prevents there being more than one principle on each side of the question, requesting an extended “weight formula” (Alexy 2002: 409; Sieckmann 2010: 110). However, the point is that, through the use of balancing, analogy becomes dependent on a dubious choice among principles (disturbing the consistency of the analogy outcome).

24 When one considers that balancing, in its proper sense, just decides which norm among all those applicable is to be applied to a case, it becomes clear that, when used for selecting one

- For c , b and m : f_1 (pollutant), f_2 (freedom of movement), f_3 (danger to pedestrians).
- Principles P_1 , P_2 and P_3 represent f_1 , f_2 , and f_3 .
- Principle P_1 : “The environment should be protected by law.”; in f_1 : $m = c$; $m \neq b$.
- Principle P_2 : “Everyone has freedom of action.”; in f_2 : $m = c$; $m = b$.
- Principle P_3 : “Physical integrity is inviolable”; in f_3 : $m \neq c$; $m = b$.
- Selection of principles P_1 and P_2 means that the “main factors” are f_1 and f_2 .
- If $P_1 > P_2$, then the decisive factor is f_1 : $m = c$; $m \neq b$.
- $P_1 \rightarrow f_1 \rightarrow m = c$.

7 THIRD PROBLEM: BALANCING IRRELEVANT PRINCIPLES

Taking into account that, under the partial reducibility thesis, the replacement of the similarity₂ phase is achieved by balancing principles that support rules inapplicable to a case, another problem arises: the irrelevance of the principles called on by those rules. In fact, in spite of similarity₁, there is nothing to ensure that those principles are not irrelevant for the unregulated case, in which case they would be unable to justify any solution. The main reason for this result comes from the inapplicability of one of those principles to the case requiring an answer, which follows from the fact that the features describing that case do not match the principle's antecedent. Under this scenario, the principles called on under similarity₁ play no role here. This leads to the following claim: the partial reducibility of analogy to balancing only works if the unregulated case, in spite of similarity₁, is analogous to the regulated case to the point that it triggers exactly the same principles as those backing the rules whose application by analogy is being considered.

- Car case (c): Rule₁ (“Cars are not allowed into the park”) is backed by principle P_1 .

Principle P_1 : “The environment should be protected by law.”

- Bicycles case (b): Rule₂ (“Bicycles are allowed into the park”) is backed by principle P_2 .
- Principle P_2 : “Everyone has freedom of action.”
- New similarity₂ case: May a memorial tank (mt) enter the park?
- No norm on memorial tank (mt) entrance into the park.

of the distinct inapplicable norms for a case, balancing merely defines the proximity and distance between the case and each one of the inapplicable norms.

- Under similarity₁, nothing has changed: the question is still the permission to enter.
- Balancing of principles P₁ and P₂ for *mt* is meaningless: at least, principle P₂ is irrelevant.
- The unregulated case does not fulfil the antecedent of principle P₂.²⁵

8 FOURTH PROBLEM: NOT ENOUGH PRINCIPLES FOR BALANCING

The obstacle to the partial reducibility thesis that underlies the previous problem can be extended to all normative situations in which the rules governing similar₁ cases are not based on any principle or, probably most often, in which those rules are supported by the same principle. In such situations no balancing is possible for the simple reason that there are not enough principles in play. It is known that balancing is an operation used to solve the normative conflicts unsolvable by norms of conflicts: for that reason, balancing requires two or more norms.²⁶ Therefore, when cases are backed by the same principle, no balancing can take place.

- Rule₁: “Car circulation is restricted to three days per week.”
- Rule₂: “Plates with an even first digit: Mondays, Wednesdays and Fridays.”
- Rule₃: “Plates with an odd first digit: Tuesdays, Thursdays and Saturdays.”
- No rule was enacted for the few cars whose plate starts with a letter.
- Even first digit case (*e*): Rule₂ is backed by principle P₁.
- Odd first digit case (*o*): Rule₃ is backed by principle P₁.
- Principle P₁: “The environment should be protected by law.”
- Legal question: When can cars whose plates start with a letter circulate?
- Balancing is unusable: principle P₁ backs both rules; no normative conflict exists.

9 THE BACKGROUND PROBLEM: ANALOGY AND BALANCING DO NOT MATCH

All of the problems with the partial reducibility thesis identified so far are, in a sense, no more than a consequence of a larger one: analogy and balancing do

²⁵ This is even more visible if it is used as the original principle P₂: “people are entitled to rest actively” (Brożek 2008: 194). It seems undeniable that in any circumstance the entrance of the memorial tank can be an instance of resting actively.

²⁶ For instance, Pino 2010: 185 and ff., and Duarte 2010: 56 and ff.

not match. This becomes rather clearer when we take into account the fact that each one of these basic operations demands the opposite normative circumstances: while analogy depends on the absence of an applicable norm, balancing relies on the applicability of two or more norms. Based on their reverse opportunity, this opposition points towards a mutual exclusion. A case requiring an analogy does not call for balancing and *vice-versa*.

- Case (*m*): “Motorcycle entrance into the park.”
- Normative circumstances of analogy: No norm on *m*.
- Normative circumstances of balancing: About *m*, principle P_1 conflicts with principle P_2 .

The probable explanation for the overlap between analogy and balancing, notwithstanding their mutual exclusion, seems to be in a reductive understanding of the role played by principles as effective regulating norms. Acceptance of principles as norms like all others, which is an inevitable consequence of their deontic character, has to imply that they govern cases in the same way that rules do. All the particular features of principles, starting with their ability to be applied in various degrees, do not interfere with the fact that they provide for legal solutions as well: if a case fulfils the antecedent of a principle, then there is a legal consequence for that case. It is obvious that, if this principle conflicts with another, the solution becomes dependent on their balancing. However, once there is a weighing outcome, a final consequence is obtained and there is no place for intromitting an analogy.

- Legal question: Are motorcycles allowed in the park?
- Principle P_1 : “The environment should be protected by law.”
- Principle P_2 : “Everyone has freedom of action.”
- Motorcycle entrance is an instance of principles P_1 and P_2 .
- No norm on “car entrance into the park”.
- No norm on “bicycle entrance into the park”.
- Legal solution is obtained through balancing of principles P_1 and P_2 .

The reductive understanding of the role played by principles as effective regulating norms turns out to affect, then, the proper comprehension of what a gap is. If it still represents an absence of regulation, its extension must consider that both principles and rules are in the same way providing legal consequences, even though principles, bearing expansive antecedents which cover larger amounts of reality, have considerably narrowed the space for unregulated cases. Thus, for the application of law no gap exists if the case at hand is an instance of a principle's antecedent: if it triggers a rule, the rule is applicable, but if it trig-

gers 'only' a principle, the case is legally foreseen as well and, with or without balancing, the principle has to be applied.²⁷

- Legal question: Are motorcycles allowed in the park?
- Principle P₁: “The environment should be protected by law.”
- Principle P₂: “Everyone has freedom of action.”
- Motorcycle entrance is an instance of principles P₁ and P₂.
- Rule₁: “Cars are not allowed into the park.”
- Rule₂: “Bicycles are allowed into the park.”
- Legal solution is not achieved by analogy.
- Legal solution is still obtained through balancing of principles P₁ and P₂.
- Legal question: *Are cars allowed in the park?*
- Legal solution is given by Rule₁.

It seems that what is meant by “gap” has significantly changed pursuant to the distinction between principles and rules and, consequently, to what follows from the “optimisation requirement” character of principles.²⁸ If one accepts that both principles and rules stipulate legal consequences, and thus that both are capable of solving cases in the very same way, the extension of “gap” now has a range that seems to cover only two normative situations: (i) the unlikely situation in which no norm is applicable to a case, neither a rule nor a principle, and (ii) the situation in which a rule, blocking the applicability of principles, has a consequence that has not been specified for a category that, among others, also belongs to its sphere.²⁹ If these normative situations define what can enter into the extension of “gap”, it follows therefrom that the basic operation of analogy is confined to them.³⁰

27 But surely without analogy, as its normative circumstances are not present. This justifies why some forms of alleged analogy cannot be considered as such (for instance, Verheij & Hage 1994: 65; also in the case of a reductionist approach, Kaptein 2005: 502). Naturally, with regard to the concept of the gap, only normative gaps are relevant here (on the distinction between normative and axiological gaps, Nino 2003: 281, and Rodríguez 2000: 152).

28 For instance, Alexy 2002: 47 and ff., and Brožek 2012: 223.

29 The point here is that normative gaps exist only at the level of rules if rules created the gap or at the level of principles if any is applicable (Ruiz Manero 2005: 123). The following example, in the case of gap₂, shows what is meant by this. On the other hand, it is important to note that the common distinction between explicit and implicit principles (for instance, Burazin 2014: 171) is of no consequence for this matter. If a principle is unwritten, one of two scenarios has to be real: it is or is not a norm of a set (legal order). If the second alternative is the case, there is no principle at all and nothing follows from it. But, if it is an effective norm of a set, which is naturally the case with a customary source, then it behaves as all principles do and is no different from written principles. Being written or not is irrelevant to defining a legal consequence, provided that it is (accepted as) a norm belonging to a set.

30 All this presupposes that analogy, as an operation adoptable in order to create a decision-norm not enacted by the normative authority, depends on a norm allowing its use under a specific condition and the fact that this condition is the existence of a gap.

- Case₁: Circulation of cars whose plates start with a letter.
- Gap situation₁: If case₁ is not covered by any rule or any principle (gap₁).
- Gap situation₂: If existing norms have unspecified consequences for case₁, for instance:
- Rule₁: “Car circulation is restricted to three days per week.”
- Rule₂: “Plates with an even first digit: Mondays, Wednesdays and Fridays.”
- Rule₃: “Plates with an odd first digit: Tuesdays, Thursdays and Saturdays.”
- No rule was enacted for the few cars whose plates start with a letter (gap₂).

10 FINAL REMARK

Analogy is goal-oriented: no choice among comparison factors, particularly at the level of similarity₂, can be carried out except in view of some purpose. Without some such purpose, the meta-factor deciding which factor prevails is indefinable and, for this reason, the choice among factors lacks justification and becomes a strictly arbitrary option. Since principles provide the ends adopted by a legal order both on a larger scale and more perceptibly, and since these ends are usually introduced in analogy in order to solve the meta-factor problem, the goal-oriented character of analogy has found its main source of operability in these kind of norms. Here, however, principles play a double role: as “end-providers” and, while giving direct solutions for cases, as “gap-decreasers”. This duplicity has to be treated carefully: whenever principles govern a case, they immediately put analogy aside and thus remove the possibility of them constituting the criteria with regard to what is similar to what.

References

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer.
- Robert ALEXI, 2002: *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2010: Two or Three? *On the Nature of Legal Principles*. Ed. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 9–18.
- Michał ARASZKIEWICZ, 2011: Analogy, Similarity and Factors. *Proceedings of the 13th International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM. 101–105.
- Scott BREWER, 1996: Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Arguments by Analogy. *Harvard Law Review* 109 (1996) 5. 923–1029.
- Bartosz BROŻEK, 2008: Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 94 (2008) 2. 188–201.
- , 2012: Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale* (2012) 17. 205–226.

- Luka BURAZIN, 2014: Antinomies Between Implicit Legal Principles: a Solution to the Total-Partial Antinomy. *Courts, Interpretation, The Rule of Law*. Eds. Miodrag Jovanović and Kenneth E. Himma. The Hague: Eleven International Publishing. 167–180.
- Thomas BUSTAMANTE, 2012: Finding Analogies Between Cases. On Robert Alexy's Third Basic Operation in the Application of Law. *On the Philosophy of Precedent*. Ed. Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 59–71.
- Todd DAVIES & Stuart RUSSELL, 1987: A Logical Approach to Reasoning by Analogy. *Proceedings of the Tenth International Joint Conference on Artificial Intelligence*. Ed. John P. McDermott. Burlington: Morgan Kaufmann Publishers. 264–270.
- David DUARTE, 2010: Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Ed. Jan Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 51–62.
- Riccardo GUASTINI, 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Hendrik KAPTEIN, 2005: Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and A Contrario Argument. *Argumentation* 19 (2005) 4. 497–507.
- Fabrizio MACAGNO & Douglas WALTON, 2009: Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories. *Philosophy & Rhetoric* 42 (2009) 2. 154–182.
- Juan Ruiz MANERO, 2005: Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas. *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 103–126.
- Carlos Santiago NINO, 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11ª ed. Barcelona: Ariel.
- Aleksander PECZENIK, 1996: Jumps and Logic in the Law. *Artificial Intelligence and Law* 4 (1996) 3–4. 297–329.
- Giorgio PINO, 2010: *Diritti e Interpretazione*. Bologna: Il Mulino.
- Jorge Luis RODRÍGUEZ, 2000: Axiological Gaps and Normative Relevance. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 86 (2000). 151–167.
- Bram ROTH, 2000: New Reasoning Patterns in Analogical Legal Case-Based Reasoning: An Informal Investigation. *Legal Knowledge and Information Systems*. Ed. Joost Breuker. Amsterdam: IOS Press. 113–122.
- Cameron SHELLEY, 2002: Analogy Counterarguments and the Acceptability of Analogical Hypotheses. *British Journal of Philosophy of Science* 53 (2002) 4. 477–496.
- Jan SIECKMANN, 2010: Balancing, Optimisation, and Alexy's "Weight Formula". *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Ed. Jan Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 101–118.
- Bart VERHEIJ & Jaap HAGE, 1994: Reasoning by Analogy: A Formal Reconstruction. *Legal Knowledge Based Systems. The Relations with Legal Theory*. Ed. Henry Prakken. Lelystad: Koninklijke Vermande. 65–78.
- Lloyd WEINREB, 2005: *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. New York: Cambridge University Press.

Bartosz Brożek*

Analogno sklepanje in tehtanje

Odgovor Davidu Duarteju

Cilj članka je odgovoriti na kritiko, ki jo je David Duarte usmeril zoper tezo o delni zvedljivosti, tj. trditev, ki jo Brożek zagovarja v eni izmed svojih knjig in pravi, da je analogno sklepanje deloma zvedljivo na tehtanje pravnih načel. Prvi del članka oriše okvir, ki je avtorju služil pri oblikovanju teze o zvedljivosti, tj. Alexyjevo teorijo pravnega sklepanja. Drugi del je namenjen ovrženju Duartejevih ugovorov. Ti naj namreč ne bi upoštevali prej omenjenega okvira. V zadnjem delu avtor še zatrdi, da so nekateri vidiki njegove teorije analognega sklepanja neodvisni od omenjenega teoretskega okvira in zato uporabni za katerokoli pojmovanje analogije v pravu.

Ključne besede: analogija, tehtanje, teza o delni zvedljivosti

1 TEZA O DELNI ZVEDLJIVOSTI IN ALEXYJEV TEORETSKI OKVIR

V enem svojih del (Brożek 2008) sem predlagal, da je mogoče – v okviru Alexyjevega pojmovanja pravnega sklepanja – analogijo delno zvesti na tehtanje pravnih načel. Postopek, v grobem, zgleda tako:

- (1) Znajdemo se pred problematičnim primerom, tj. takšnim, za katerega ni nobenega neposredno uporabljivega pravnega pravila
- (2) Prepoznamo primere, ki so *prima facie* podobni (tj. podobni₁) predmetnemu primeru in za katere obstajajo nekatere rešitve, tj. za katere imamo neposredno uporabljiva pravna pravila.
- (3) Prepoznamo načela v ozadju, ki utemeljujejo pravna pravila, urejajoča *prima facie* podobne primere.
- (4) S tehtanjem načel pridemo do odločitve, katero načelo naj ureja predmetni primer. (S tem tudi doženemo, kateri od *prima facie* podobnih primerov je predmetnemu primeru pomembno podoben – ali podoben₂).
- (5) Ravnanje, ki ga predpisuje močnejše načelo, predstavlja rešitev za predmetni primer.

* bbroze@yahoo.com | Profesor pravne filozofije. Oddelek za filozofijo prava in pravno etiko, Jagelonska univerza in Kopernikov center za interdisciplinarne študije, Krakov.

Na ta način, tako sem trdil, je mogoče rešiti največji problem katere koli razlage analognega sklepanja v pravu, tj. problem pomembne podobnosti. Navadno je precej preprosto določiti vrsto že rešenih pravnih primerov, ki so – tako ali drugače – podobni predmetnemu primeru. Težko pa je odločiti, kateri od teh primerov je predmetnemu pomembno podoben, tj. kateri naj služi kot podlaga za odločitev po analogiji. Menim, da sem s preoblikovanjem tega problema v tehtanje načel nepoznan postopek (npr. izbiranje »prevladujočega dejavnika«, ki ga predmetni primer deli z enim od *prima facie* podobnih primerov) zamenjal s poznanim (tj. s tehtanjem načel; ta je, seveda, poznan tistim, ki so seznanjeni z Alexyjevim pogledom na pravno sklepanje in se z njim strinjajo). To pomeni, da je mogoče analogno sklepanje razdeliti v dve fazi. Prva je sestavljena iz prepoznavne primerov, ki so *prima facie* podobni neurejenemu primeru. Ta faza je v celoti hevristična in jo je mogoče preskočiti (kot takrat, ko problematični primer rešimo brez premišljevanja o podobnih primerih in se namesto tega neposredno ozremo k uporabljivim načelom). V drugi fazi se oblikuje utemeljitev, sestavljena pa je (ta faza) iz tehtanja pravnih načel, ki urejajo *prima facie* podobne primere. Še pomembneje od tega je, kot sem zatrjeval v istem zapisu, da analogno sklepanje »deluje« – vsaj v splošnem – zato, ker navadno obstaja več kot en primer, ki je *prima facie* podoben predmetnemu primeru. Seveda obstajajo tudi primeri, v katerih analogija deluje zgolj z enim *prima facie* podobnim primerom, čeprav to – vsaj tako sem trdil – ni tipično. Da bi prav ovrednotili mehanizem analognega sklepanja, moramo upoštevati njegovo dialektično razsežnost. Prav ta namreč analogiji daje racionalnost, saj tehtanju omogoči, da stopi na oder.

Preden preučim ugovore, ki jih David Duarte niza zoper ta pogled na analogno sklepanje in tezo o delni zvedljivosti, je najprej treba nameniti nekaj besed Alexyjevi teoriji, ki je moji analizi služila kot okvir. Sledeč Ronaldu Dworkinu Alexy razlikuje med pravili in načeli:

Načela so norme, ki zahtevajo, da se v danih pravnih in dejanskih okoliščinah nekaj uresniči v največji možni meri. Načela so zahteve po optimizaciji, zaznamovane z dejstvom, da jih je mogoče uresničiti v različni meri, in s tem, da je primerna mera uresničitve odvisna ne zgolj od tega, kaj je dejansko mogoče, temveč tudi od tega, kaj je pravno mogoče. (Alexy 2002: 47)

Na drugi strani so pravila »norme, ki so vedno bodisi izpolnjene bodisi ne. Če je pravilo veljavno uporabljivo, potem se zahteva točno to, kar pravilo pravi, nič več in nič manj« (Alexy 2002: 48).

Ko sprejmemo tezo, da je pravni sistem sestavljen iz pravil in načel (osebno imam pomisleke o tej delitvi; glej Brožek 2012), ima to pomembne teoretične posledice. Te posledice je najlažje doumeti, če si zamislimo pravni sistem, sestavljen zgolj iz načel, tj. iz »zahtev po optimizaciji«, kot so »Okolje bi moralo biti pravno varovano« ali »Vsakdo ima svobodo gibanja«. V takem primeru bi

bila uporaba prava izjemno zapletena, saj bi (najbrž) moral v vsakem primeru sodnik izpeljati postopek tehtanja (tj. v vsakem primeru bi obstajala načela, ki vodijo do nasprotujočih si zaključkov). To je razlog, da zakonodajalec uporabi pravna pravila. Ta je namreč mogoče uporabljati s preprostim *modus ponens*. Vseeno je pomembno pripomniti, da so pravna pravila že rezultat prehodnega tehtanja nekih načel, čeprav to tehtanje ni izvedeno v povezavi s posameznim primerom, temveč v povezavi s skupino primerov. Tako je pravilo »Vozilom ni dovoljen vstop v park« rezultat tehtanja, ki je bilo izvedeno v okviru zakonodajnega postopka, v katerem se med seboj tehtajo načela kot »Okolje bi moralo biti pravno varovano« in »Vsakdo ima svobodo gibanja« zato, da bi oblikovali pravno pravilo, ki naj ureja splošen primer. Glede na to, da zakonodajni postopek ne more upoštevati vseh možnih okoliščin, v katerih se pojavi vprašanje, ali lahko neko vozilo (recimo reševalno vozilo, ki prevaža resno poškodovano osebo) vstopi v park, je še vedno mogoče, da uporabo pravila v konkretnem primeru prepreči neko drugo načelo (npr. »Pravo mora varovati človeško življenje«). Vendar pa Alexy opozarja, da so takšni primeri redki, saj je za to, da bi načelo prevladalo nad pravilom, treba, da to pretehta ne le nad načelom, ki utemeljuje pravilo, ampak tudi nad t. i. formalnimi načeli, kot so »Pravila, ki jih sprejme oblast v okviru svojih pristojnosti, je treba spoštovati« ali »Brez dobrega razloga se ne sme odstopiti od vzpostavljene prakse« (Alexy 2002: 58). A to praktično ne vpliva na opredelitev razmerja med pravili in načeli: slednja so logično predhodna v razmerju do prvih v smislu, da je vsako pravilo rezultat tehtanja določenih načel (glede na skupino primerov). Prav mogoče si je namreč zamisliti pravni sistem, sestavljen zgolj iz načel, nemogoče pa si je zamisliti pravni sistem, ki bi bil sestavljen zgolj iz pravil (ta trditev izhaja iz Alexyjevega vztrajanja, da je pravni diskurz trdno zasidran v splošnem praktičnem diskurzu; prim. Brožek 2007: 160–189). Še ena posledica Alexyjevega razumevanja pravnega sistema je tudi trditev, da v pravu ni pravih praznin (tu se strinjam z Duartejevim zaključkom; prim. Duarte 2015: 7). Edino vrsto »praznin«, o katerih je mogoče govoriti, pomeni situacija, v kateri pravno pravilo, ki bi urejalo predmetni primer, ne obstaja; vendar pa vedno obstajajo načela, ki so uporabna v kateri koli dani okoliščini.

2 DUARTEJEVI UGOVORI

Naj se zdaj obrnem k preučitvi ugovorov Davida Duarteja zoper tezo o delni zvedljivosti. Prvič, Duarte trdi, da naj bi bilo težko natančno določiti načela, ki stojijo za pravnimi pravili, urejajočimi *prima facie* podobne primere; nadalje pripomni, da je takšnih načel lahko več. Tako lahko, na primer, pravilo, ki prepoveduje vstop vozilom v park, podpirata tako načelo, ki se nanaša na varovanje okolja, kot načelo, ki se nanaša na varnost na javnih mestih. Duartejeva prva

skrb je pristna, vendar gre za ugovor zoper Alexyjevo teorijo pravnega sklepanja na splošno, in ne zoper tezo o delni zvedljivosti. Alexy jasno trdi, da je mogoče prepoznati načela, ki »stojijo za« danim pravnim pravilom. To se zahteva, med drugim, ko odločamo v konfliktu med pravnim pravilom in pravnim načelom. V takem primeru tehtamo med spornim načelom na eni strani in, na drugi strani, tistim načelom, ki stoji (skupaj s formalnimi načeli) za ubeseditvijo pravila. Menim, da bi bil Alexyjev odgovor na ta problem precej enostaven: da bi prepoznali pravna načela, ki podpirajo dano pravno pravilo, se opiramo na zdrav razum, pa na splošna pravna določila pravnega akta, v katerem je pravilo izraženo, kakor tudi na dokumente, proizvedene v toku zakonodajnega postopka, ter na doktrino. Duartejevo drugo skrb – da bi lahko za določenim pravilom stalo več kot eno načelo, zaradi česar bi bilo za izvedbo tehtanja treba izbrati enega – je prepoznal in nanjo neposredno odgovoril že Alexy sam. V enem svojih del (Alexy 2007) je razdelal svoje pojmovanje utežnega obrazca, tako da omogoča sočasno tehtanje več načel.

Drugič, Duarte trdi, da je tehtanje – kot se ga uporablja pri analognem sklepanju – zgolj fasada: kar se resnično dogaja, je:

določanje metadejavnika: glede dejavnikov, ki jih določijo izbrana načela, tehtanje odloči zgolj to, kateri izmed njih bo prevladal. Pod krinko tehtanja poteka resnično analogno sklepanje (Duarte 2015: 5).

Duarteja sam razumem takole: katera koli dva primera sta si tako podobna kot sta tudi različna na nešteto načinov. Avtomobile in kolesa, na primer, je mogoče primerjati na podlagi neskončnega števila dejavnikov: cene, hitrosti, kovinske teksture, udobja, lepote, kako zadovoljijo Johna itd. (Duarte 2015: 2). Analogno sklepanje stremi k prepoznavi merila, ki bi določilo, katerega od možnih dejavnikov primerjave je treba upoštevati, da bi med primeroma vzpostavili odnos pomembne podobnosti in tako razrešili predmetni primer. Ob tem se zdi, da je za Duarteja izbira tega metadejavnika bistvo analognega sklepanja. Iz tega pa sledi, da je uporaba postopka tehtanja, ki sem ga za določitev pomembne podobnosti med dvema primeroma predlagal jaz, zgolj »krinka« za določitev takšnega metadejavnika. V resnici se izbere bistveni dejavnik, to izbiro pa se opiše, »kot da bi« se tikala nečesa popolnoma drugega. Mislim, da tu Duarte zgreši nekaj pomembnega. Temeljni razlog za vpeljavo teze o delni zvedljivosti je bil v tem, da se odpravi vsakršno razpravo o dejavnikih in metadejavniki, saj je takšen govor preprosto zavajajoč. To je vidno že na površju Duartejevega argumenta: ko primerja dva primera – ali je s kolesom dovoljeno vstopiti v park in ali je z avtomobilom dovoljeno vstopiti v park – končno primerja avtomobile in kolesa, ne pa primerov! Po moji razlagi je situacija drugačna. Trdim namreč, da je analogno sklepanje povezano z vzpostavitvijo dveh vrst podobnosti. *Prima facie* podobnost med dvema primeroma se nanaša na vprašanje, ali se ta primera nanašata na isto vrsto problema. Problem bi bilo mogoče najpre-

prosteje opredeliti kot par protislovnih izjav (ne lastnosti!), npr. {p, ~p}, kjer p pomeni »dovoljen je vstop v park« (seveda je mogoče oblikovati bolj zapleteno in intuitivno smelo opredelitev problema). To, da sta dva primera *prima facie* podobna, pomeni, da sta del istovrstnih problemov. Naj ob tem opozorim na dejstvo, da je ob takšnem govoru sklicevanje na kakršne koli dejavnike (kot te razume Duarte) nepotrebno. Kar je dobro, saj sta si – ko analogijo pojmujeemo z dejavniki – katera koli dva primera podobna *prima facie* (s čimer postane sam pojem *prima facie* podobnosti neuporaben); hkrati pa ni res, da katera koli dva primera zadevata istovrstni problem. Poleg tega je po tezi o delni zvedljivosti, druga faza analognega sklepanja sestavljena iz tehtanja pravnih načel, kar tudi ne vključuje dejavnikov. S tem ne trdim, da se metadejavnike določa skozi tehtanje načel, ampak da je treba zavrniti že samo misel na mehanizme analognega sklepanja, ki temeljijo na dejavnikih. Dodatna posledica tega teoretskega manevra je v tem, da se analogija – razumljena skladno s tezo o delni zvedljivosti – trdno vklopi v širše pojmovanje utemeljitve (npr. v Alexyjevo teorijo praktičnega diskurza). Če se držimo pojmovanja analognega sklepanja z dejavniki, smo v precej težjem teoretskem položaju, kar se tiče utemeljevalne moči analognega sklepanja.

Tretjič, Duarte ugotavlja, »da nič ne zagotavlja, da /.../ načela [prepoznana z določitvijo *prima facie* podobnih primerov] niso nepomembna za neurejeni primer in torej ne bi mogla utemeljiti nobene odločitve« (Duarte 2015: 6). Tako bi bilo, če bi bili *prima facie* podobni primeri določeni na podlagi podobnosti nekih dejavnikov; ko pa je *prima facie* podobnost omejena na primere, ki zadevajo istovrstni problem (kot smo to opredelili prej), ta ugovor ne vzdrži več: nobena nevarnost namreč ni več, da pravna načela iz analognega primera ne bi bila v ničemer pomembna za predmetni primer.

Končno, Duarte še trdi, da »so vsi problemi s tezo o delni zvedljivosti /.../ zgolj posledica večjega problema: tj., da se analogno sklepanje in tehtanje ne ujemata« (Duarte 2015: 6). To je domnevno utemeljeno z dejstvom, da analogno sklepanje in tehtanje zahtevata »nasprotujoče si normativne okoliščine: medtem ko je analogno sklepanje odvisno od odsotnosti uporabljive norme, zahteva tehtanje uporabljivost dveh norm ali več« (Duarte 2015: 6). Vendar, kot sem skušal pokazati prej, ni tako; vsaj ne v okviru Alexyjeve teorije prava in pravnega sklepanja, v katerem nikoli ni mogoče priti do situacije, ko ne bi imeli nobene uporabljive pravne norme (tj. bodisi pravila bodisi načela). Edina možnost za sprožitev analognega sklepanja se pojavi, kadar predmetni primer ni urejen z nobenim pravnim pravilom (vedno pa namreč obstaja vsaj eno pomembno in uporabljivo načelo).

3 SKLEP

Naj ponovim glavne poudarke mojega argumenta:

(1) Teza o delni zvedljivosti je smiselna zgolj v okviru Alexyjevega pogleda na pravo (ali temu podobnega pojmovanja), po katerem je pravo sestavljeno tako iz pravil kot iz načel in po katerem v pravnem sistemu ni resničnih pravnih praznin.

(2) Teza o delni zvedljivosti zamenjuje nepoznan in nekoliko skrivnosten postopek določanja pomembne podobnosti med pravnimi primeri z bolj poznanim postopkom tehtanja načel.

(3) V tem okviru je analogija dvofazni postopek, sestavljen iz hevristične faze (tj. prepoznavna *prima facie* podobnih primerov in načel, ki te urejajo) ter faze oblikovanja utemeljitve (tj. tehtanje pravnih načel).

(4) Moj predlog stremi k odpravi pogleda, ki analogno sklepanje razčlenjuje z zatekanjem k dejavnikom; namesto tega predlagam, da se *prima facie* podobnost med primeri ugotovi s sklicevanjem na problem, ki zadeva predmetni primer, pomembno podobnost pa naj se določi s postopkom tehtanja. Namen predloga ni v drugačni ubeseditvi tega, kar trdijo zagovorniki na dejavnikih utemeljenih pogledov na analogno sklepanje; mišljen je kot bistveno drugačno pojmovanje analognega sklepanja.

(5) Bistvena ugotovitev mojega predloga je, da je analogno sklepanje – v splošnem primeru – dialektično. Na neki način skušam obrniti tradicionalni pogled na analogno sklepanje. Po tradicionalnem pogledu naj bi vedno, kadar imamo opravka z neurejenim primerom, neutrudno iskali neki drug primer, ki je prvemu pomembno podoben. Sam pa trdim, da je navadno ob katerem koli neurejenem primeru lahko prepoznati vrsto primerov, ki so del podobnih problemov, pri čemer je težji del odločitev, kateri od teh primerov je predmetnemu primeru pomembno podoben. Obstoj več *prima facie* podobnih primerov omogoča razlikovanje in primerjavo različnih rešitev za predmetni primer, kar pa olajša tudi določitev pomembne podobnosti in s tem razrešitev predmetnega primera.

Še zadnja pripomba: vedno znova sem ponavljal, da je teza o delni zvedljivosti smiselna zgolj ob opiranju na Alexyjevo teorijo pravnega sklepanja. Kljub temu pa menim, da so nekateri vidiki analognega sklepanja, ki sem jih skušal osvetliti – predvsem tisti, na katere se sklicujem v točkah (4) in (5) – pomembni za vsak teoretski poskus razlage analognega sklepanja v pravu.

Iz angleškega izvirnika prevedel

Matija Žgur.

Literatura

- Robert ALEXY, 2002: *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2007: The Weight Formula. *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Ur. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Wojciech Załuski. Kraków: Jagiellonian University Press. 9–27.
- Bartosz BROŻEK, 2007: *Rationality and Discourse*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- , 2008: Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 94 (2008) 2. 188–201.
- , 2012: Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale* (2012) 17. 205–226.
- David DUARTE, 2015: Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015) 25. URL: <http://revus.revues.org/3244>; DOI: 10.4000/revus.3244.

Bartosz Brożek*

Analogy and Balancing: A Reply to David Duarte

The goal of the paper is to reply to David Duarte's critique of the partial reducibility thesis – a claim I defended in one of my books that analogy is partly reducible to the balancing of legal principles. In the first part of the paper I sketch the framework against which the thesis was formulated, i.e. Robert Alexy's theory of legal reasoning. In the second part I attempt to rebut Duarte's objections, pointing out that they do not take into account the Alexian background of my considerations. Finally, I suggest that some aspects of my theory of analogical reasoning are independent of its theoretical background and may be of value for any conceptualization of analogy in the law.

Key words: analogy, balancing, partial reducibility thesis

1 PARTIAL REDUCIBILITY THESIS AND THE ALEXIAN FRAMEWORK

In Brożek 2008 I suggested that – within the context of Robert Alexy's conception of legal reasoning – analogy may be partially reduced to the balancing of legal principles. The procedure looks roughly as follows:

- (1) One encounters a problematic case, i.e. a case for which there is no directly applicable legal rule.
- (2) One identifies cases *prima facie* similar (or similar₁) to the given one, for which there exist definite solutions, i.e. for which there are directly applicable legal rules.
- (3) One identifies principles standing behind (backing) the legal rules that govern the *prima facie* similar cases.
- (4) Through the balancing of principles, one decides which of the principles should govern the case at hand. (This also establishes which of the *prima facie* similar cases is relevantly similar – or similar₂ – to the case at hand.)
- (5) The course of action dictated by the prevailing principle(s) is the decision in the case at hand.

In this way, I argued, one is able to solve the most pressing problem for any account of analogical reasoning in the law: that of relevant similarity. Usually,

* bbroze@yahoo.com | Professor of Legal Philosophy. Department for the Philosophy of Law and Legal Ethics, Jagiellonian University, and Copernicus Center for Interdisciplinary Studies, Kraków.

it is quite easy to determine a number of already solved legal cases which are similar – in one way or another – to the case at hand. The hard problem is to decide which of those cases is relevantly similar, i.e. which is to serve as the basis for the analogical decision. By transforming this problem into the balancing of principles, I believe to have replaced an unfamiliar procedure (e.g., choosing the ‘prevailing factor’ which the case at hand shares with one of the *prima facie* similar cases) with a familiar one (i.e. balancing of legal principles; of course, it is familiar for those who know Alexy’s view of legal reasoning and agree with it). This means that analogy can be divided into two phases. The first phase consists in identifying cases which are *prima facie* similar to the unregulated case. It is purely heuristic – it may be dispensed with (as when one resolves the problematic case without contemplating any similar cases, but instead directly looks for the applicable principles). The second phase, in turn, is justification-generating and consists in balancing of the legal principles which govern the *prima facie* similar cases. More importantly, in the paper I claimed that what makes analogy “work” – at least in the general case – is that, given a problematic case, there usually is more than one case *prima facie* similar to the contemplated case. Of course, there are instances in which analogy operates with only one *prima facie* similar case. However, this is – or so I argued – not typical. In order to fully appreciate the mechanism of analogical reasoning, one needs to recognize its dialectical dimension. It is that dimension that makes analogy rational, as it is what enables balancing to enter the stage.

Before I examine David Duarte’s objections against this view of analogy, and the partial reducibility thesis, it is necessary to devote a few words to the Alexian framework which served as the background for my analyses. Following in the footsteps of Ronald Dworkin, Alexy distinguishes rules and principles:

Principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. (Alexy 2002: 47)

Rules, on the other hand, “are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it says, neither more nor less” (Alexy 2002: 48).

When one accepts the thesis that any legal system is made of rules and principles (I have my doubts regarding the distinction in question; see Brożek 2012), important theoretical consequences follow. It is best to grasp them by imagining a legal system which consists solely of principles, i.e. “optimization requirements” such as “The environment should be protected by the law” or “Everyone has freedom of movement”. In such a case, the application of law would become very complex, as for (presumably) every case the judge would have to carry

out a balancing procedure (i.e., for any case there would be principles leading to contradictory conclusions). This is the reason why the legislator introduces legal rules, which are applied *via* simple *modus ponens*. But it is necessary to notice that legal rules are already a result of weighing some principles, although not in relation to a particular case, but to a class of cases. Thus, the legal rule “Vehicles are not allowed into the park” is an outcome of the balancing procedure undertaken during the legislative process in which such principles as “The environment should be protected by the law” and “Everyone has freedom of movement” are weighed against each other to produce a legal rule governing a generic case. Moreover, since the legislative process cannot take into account all the possible circumstances in which the question arises of whether a vehicle (say, an ambulance carrying a seriously injured person) can enter the park, it is still possible that the application of the rule may be blocked by another principle (say, “Human life should be protected by the law”). However, Alexy emphasizes that such an occurrence is rare, since for a principle to prevail over a legal rule requires that the principle outweighs not only the principle backing the rule, but also the so-called formal principles, such as “Rules passed by an authority acting within its jurisdiction are to be followed” or “One should not depart from established practice without a good reason” (Alexy 2002: 58). This changes little, however, when it comes to characterizing the relationship between rules and principles: the latter are logically *prior* to the former in the sense that each rule is an outcome of balancing some principles (for a class of cases). It is possible to imagine a legal system consisting solely of principles, while it is impossible to imagine a legal system consisting only of rules (this thesis follows from Alexy’s insistence that legal discourse is firmly embedded in the general practical discourse, cf. Brożek 2007: 160–189). One further consequence of Alexy’s view of the legal system is that there are no genuine gaps in the law (and here I concur with Duarte’s conclusion; cf. Duarte 2015: 7). The only kind of “gap” one can speak of is a situation when there is no legal *rule* governing the given case; however, there always are *principles* which are applicable to any given circumstances.

2 DUARTE’S OBJECTIONS

Let me now turn to examine David Duarte’s objections to the partial reducibility thesis. First, he claims that it may be difficult to pinpoint the principle standing behind the legal rule governing a *prima facie* similar case; further, he observes that there may be more than one such principle. For example, the rule forbidding cars to enter the park may be backed by both the principle pertaining to the protection of the environment, and the principle pertaining to the safety in public places. Duarte’s first worry is genuine, but it is an objection

against Alexy's theory of legal reasoning in general, and not the partial reducibility thesis. Alexy clearly claims that it is possible to identify principles "standing behind" the given legal rule. It is required, *inter alia*, when one decides a conflict between a legal rule and a legal principle. In such a case, one weighs, on the one hand, the conflicting principle, and on the other, the principles standing behind the formulation of the rule (together with the formal principles). I believe that Alexy's reply to this problem would be quite straightforward: in order to identify legal principles supporting the given legal rule one makes recourse to common sense, but also to the general legal provisions of the legal act in which the rule is expressed, as well as the documents produced during the legislative process and doctrinal theories. Duarte's second worry – that there may be more than one principle standing behind the given rule, which would make it necessary to pick one of them for the process of balancing – has been identified and answered directly by Alexy. In Alexy 2007 he elaborates his conception of the Weight Formula in such a way that enables the simultaneous balancing of several principles.

Second, Duarte claims that balancing – as used in analogy – is only a façade: what really goes on, is the

determining of the meta-factor: among the factors selected by the principles chosen, balancing just decides which one of them prevails. Under the cover of balancing, proper analogy is performed. (Duarte 2015: 5)

I read Duarte as saying the following: each two cases are similar and dissimilar in an endless number of ways. For example, cars and bicycles may be compared according to an infinite number of factors: price, speed, metal texture, comfort, beauty, how it pleases John, etc. (Duarte 2015: 2). Analogical reasoning aims at identifying a criterion which would determine which of the possible comparison factors should be taken into account to establish relevant similarity between two cases, and thus resolve the case at hand. Further, Duarte seems to claim that the selection of this meta-factor is the essence of analogical reasoning. It follows that the use of the process of balancing I suggested for establishing relevant similarity between cases is just the determination of the meta-factor "in disguise". What really happens, is the selection of the relevant factor; and the selection is described "as if" it concerned something completely different. I believe that Duarte misses an important point here. The very reason for introducing the partial reducibility thesis was to dispense with all the talk about factors and meta-factors, as such idiom is simply misleading. It is visible already at the surface level of Duarte's argument: when he compares two cases – of whether a bicycle can enter the park and whether a car can enter the park – he ultimately compares cars and bicycles, not cases! Meanwhile, on my account the situation is different. I claim that analogical reasoning is connected to establishing two kinds of similarity. *Prima facie* similarity between two cases

pertains to whether those cases are concerned with the same *kind of problem*. In its simplest form, a problem may be defined as a pair of contradictory *statements* (not *properties*!), e.g. $\{p, \sim p\}$, where p stands for “may enter the park” (of course, it is possible to provide a more complex and intuitively sound definition of a problem). To say that two cases are *prima facie* similar means that they pertain to the same kind of problem. Let us observe that this mode of speaking makes it unnecessary to refer to any factors (as understood by Duarte). This is quite fortunate, since when analogy is conceptualized in terms of factors, any two cases are *prima facie* similar (making the very concept of *prima facie* similarity meaningless); but it is not true that any two cases address the same kind of problem. Furthermore, according to the partial reducibility thesis the second stage of analogical reasoning consists of balancing legal principles, which also does not involve factors. Thus, my claim is not that the determination of the meta-factor is done through the balancing of principles, but rather that the very idea of the factor-based mechanism of analogy should be rejected. One further consequence of this theoretical manoeuvre is that analogy – understood along the lines of the partial reducibility thesis – becomes firmly embedded in a more general conception of justification (i.e., Alexy’s theory of practical discourse). When one sticks to the account of analogy in terms of factors, one is in a more difficult theoretical position regarding the justification force of analogy.

Third, Duarte observes that “there is nothing to ensure that those principles [identified by determining the *prima facie* similar cases] are not irrelevant for the unregulated case, in which case they would be unable to justify any solution (Duarte 2015: 6).” This would be so if the *prima facie* similar cases were determined on the basis of the similarity of some factors; however, when the *prima facie* similarity is limited to those cases which address the same kind of problem (as defined above), this objection seems no longer valid: there is no real danger that the legal principles involved in the analogical case would have no relevance for the case at hand.

Finally, Duarte claims that “all of the problems with the partial reducibility thesis /.../ are /.../ no more than a consequence of a larger one: analogy and balancing do not match” (Duarte 2015: 6). This point is supposedly justified by the fact that analogy and balancing require “opposite normative circumstances: while analogy depends on the absence of an applicable norm, balancing relies on the applicability of two or more norms” (Duarte 2015: 6). As I tried to show above, this is not true, at least within the framework of the Alexian theory of law and legal reasoning, where a situation in which there is no applicable legal norm (i.e., a rule or a principle) can never take place. The only possibility to trigger analogical reasoning is when the given case is not regulated by a legal *rule* (there always will be at least one relevant and applicable principle).

3 CONCLUSION

Let me reiterate the main points of my argument:

(1) Partial reducibility thesis makes sense only within the framework of the Alexian view of the law (or a similar conception), in which the law consists of both rules and principles, and where there are no genuine gaps in the legal system.

(2) Partial reducibility thesis replaces an unfamiliar and somewhat mysterious process of determining the relevant similarity between cases with the more familiar procedure of balancing principles.

(3) In this setting, analogy is a two-step procedure and consists of the heuristic stage (the identification of *prima facie* similar cases and the principles that govern them) and the justification-generating stage (balancing of legal principles).

(4) My proposal aims at dispensing with analysing analogy by recourse to factors; instead, I suggest to determine *prima facie* similarity of cases by referring to the *problem* involved in the case at hand, and relevant similarity by the process of balancing. This is not intended as another way of saying what the proponents of the factor-based accounts of analogy claim; rather, it is an essentially different conceptualization of analogy.

(5) The important insight of my proposal is that analogy is – in the general case – dialectical. In a sense, I try to reverse the traditional picture of analogical reasoning. On the traditional view of analogy, when one is dealing with an unregulated case, one is desperately looking for another case which is relevantly similar to the case at hand. What I suggest is that – given an unregulated case – it is usually easy to identify a number of cases dealing with similar problems, and the hard part is to decide which of these cases is relevantly similar. The existence of various *prima facie* similar cases makes it possible to *contrast* and *compare* various possible solutions to the case at hand, which facilitates the determination of relevant similarity, and hence the solution to the case.

One final remark: I have repeatedly observed that the partial reducibility thesis is meaningful only against the background of Alexy's theory of legal reasoning. However, I believe that some aspects of analogical reasoning I have tried to highlight – notably those referred to in theses (4) and (5) above – are relevant to any theoretical attempt to account for analogy in the law.

Bibliography

- Robert ALEXY, 2002: *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2007: The Weight Formula. *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Wojciech Załuski. Kraków: Jagiellonian University Press. 9–27.
- Bartosz BROŻEK, 2007: *Rationality and Discourse*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- , 2008: Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 94 (2008) 2. 188–201.
- , 2012: Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale* (2012) 17. 205–226.
- David DUARTE, 2015: Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of law* (2015) 25. URL: <http://revus.revues.org/3244>; DOI: 10.4000/revus.3244.

Diego Dei Vecchi*

La normatividad desenmascarada

Breves comentarios acerca de *The Many Faces of Normativity*.

Eds. Stelmach, Brożek & Hohol

(Copernicus Press, Kraków 2013)

El autor lleva a cabo una revisión de la obra *The Many Faces of Normativity* (2013) intentado resaltar algunos rasgos comunes que se van presentando a lo largo de los diversos textos que componen la obra revisada. Luego de abordar la visión de Robert Audi acerca de las tendencias hacia la naturalización de la normatividad así como el análisis que Jaap Hage efectúa de los conceptos normativos, se tratan dos ataques a la distinción ser-deber ser que defienden argumentos que, sobre la base de esa distinción, han sido considerados falaces al menos desde David Hume. Posteriormente se tratan una serie de aportes con una tendencia común, y que a criterio del autor dan una especial identidad a la obra en su conjunto. Se trata de la tendencia, en buena medida reduccionista, que acopla la explicación de la normatividad a hipótesis provenientes del flamante campo de las neurociencias.

Palabras claves: normatividad, razones para la acción, ser/deber, neurociencias

... los mecanismos de la homeostasis básica constituyen una vía de desarrollo cultural de los valores humanos que nos permite juzgar las acciones como buenas o malas, y clasificar los objetos como bonitos o feos. En aquella época, escribir sobre esta idea me hizo albergar la esperanza de establecer un doble puente entre la neurobiología y las humanidades, para así abrirnos el camino hacia una mejor comprensión del conflicto humano y una explicación más global de la creatividad. Me complace informarles de que se está avanzando hacia la construcción de este tipo de puente...

Antonio Damasio, *El error de Descartes*

1 INTRODUCCIÓN

No resulta en absoluto novedoso afirmar que la *normatividad* ha invadido prácticamente todos los territorios explorados por la filosofía: desde la moral a la epistemología, desde el len-

guaje a la matemática, pasando por la lógica y, por supuesto, el derecho. De allí que muchos de quienes han explorado esos territorios hayan comenzado a centrar, al menos por algún instante, el foco de atención en la invasora misma; algunas veces centrándose en sus rasgos generales, otras intentando identificar ciertos rostros específicos que ella presentaría en cada campo.

Entre estas iniciativas aparece el proyecto de investigación titulado *Mind and Normati-*

* deivecchidm@gmail.com. | Doctorando en Tarello Institute for Legal Philosophy, Universidad de Génova (Italia).

ty, supervisado por el Profesor Jerzy Stelmach y llevado a cabo por un importante grupo de académicos. Este proyecto forma parte de uno más amplio: *The Limits of Scientific Explanation*, desarrollado en el seno del Copernicus Center for Interdisciplinary Studies de Cracovia, con el apoyo de la John Templeton Foundation desde el año 2011 y con fecha de finalización prevista para el año en curso.¹

Los resultados de estas indagaciones sobre la normatividad se han ido presentando en numerosos seminarios y conferencias, y se han ido difundiendo además con la publicación de artículos científicos en diversas revistas especializadas así como también mediante algunos volúmenes específicos. En particular han de destacarse: *Studies in the Philosophy of Law: The Normativity of Law*² y *The Many Faces in Normativity*.³ El objeto del presente texto es hacer algunas consideraciones acerca de este último trabajo, presentando a muy grandes rasgos algunas de las ideas del grupo de investigadores a los que se hizo alusión.

La obra se compone de catorce sólidos artículos divididos en tres secciones. Los cinco textos de apertura constituyen la primera de ellas, titulada *Foundations of Normativity*. Se abordan allí cuestiones más bien generales, como la posibilidad de naturalización de la normatividad, las relaciones entre los discursos deóntico y epistémico, los conceptos normativos básicos y las llamadas falacias naturalista y antinaturalista. Los cinco textos siguientes, bajo el acápite de *Key Debates*, constituyen la segunda sección, dirigiéndose dos de ellos a la discusión de la normatividad del significado, un tercero a la normatividad de las matemáticas, un cuarto a la concepción de la normatividad de Friedrich A. von Hayek, y un

quinto y último al problema de la normatividad en ausencia del emisor del mandato. Los cuatro últimos textos constituyen la sección final de la obra, acomodados bajo el título de *Normativity and Natural Sciences*. Tres de ellos se ocupan de nociones neuropsicológicas relacionadas con la normatividad y el razonamiento práctico, mientras que el último propone un enfoque histórico-evolutivo de la ética, mostrando una ambivalencia en dicha evolución.

Si bien intentaré en lo que sigue ofrecer una imagen de la totalidad de la obra, dada la magnitud de la misma y la multitud de problemas en ella abordados, me centraré en algunos rasgos comunes que muchos de los autores parecen encontrar en los diversos rostros de la normatividad.⁴ En concreto, se pondrá especial atención en los trabajos que, abordando el problema de la normatividad a partir de algunas tesis provenientes de las neurociencias, procuran aparentemente contribuir a la construcción del puente al que Damasio refería en el epígrafe de este texto. Este espíritu es bastante evidente en algunos pasajes de la obra:

*vale la pena agregar que las hipótesis formuladas por los filósofos han de tener en cuenta al conocimiento mejor y más corriente. Hoy en día, las ramas más desarrolladas del conocimiento quizás sean las ciencias acerca del cerebro y de la mente: la neurociencia y las ciencias cognitivas. Creo que referir a ellas puede conducirnos a resultados interesantes también en relación al enigma de la normatividad de las matemáticas.*⁵

2 EL ROSTRO DE LA BONDAD

El primer texto de la obra, "The Nature of Normativity and the Project of Naturalizing the Normative", autoría de Robert Audi, casi a modo premonitorio, aborda directamente una cuestión que en mayor o en menor medida, explícita o implícitamente, estará latente en todos los textos siguientes: la relativa a la naturalización de la normatividad.

4 No se harán aquí mayores consideraciones sobre los artículos que componen la tercera parte de esta obra, por lo demás, sumamente interesantes.

5 Hohol 2013: 207.

1 El grupo de investigación está compuesto por los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho y Ética Jurídica de la Jagiellonian University de Cracovia: los Profesores J. Stelmach, B. Brożek, W. Cyrul y W. Załuski; y los Dres. Ł. Kurek y M. Soniewicka. Asimismo el grupo cuenta con otros investigadores como J. Dębiec, D. Dudek, M. Heller, J. Vetulani, W. Grygiel y M. Hohol.

2 Stelmach & Brożek 2011.

3 Stelmach, Brożek & Hohol 2013. Cabe mencionar también dentro de las iniciativas de los integrantes de este grupo B. Brożek 2013, con valiosos comentarios de Zorzetto 2013.

La cuestión, tal como él la plantea, está en determinar si *las propiedades* que los términos morales expresan son naturales o dependen de propiedades tales, y no tanto en establecer si los términos o conceptos mismos lo son. Así, luego de encontrar la motivación para buscar la naturalización de la normatividad en la que denomina *autoridad epistémica de la percepción*, Audi explora dos tendencias diversas con ese objetivo, según se apunte a naturalizar (a) las propiedades ético-normativas o bien (b) al razonamiento práctico.

Dentro de la primera categoría (a) distingue entre realistas y anti-realistas, ubicándose entre los primeros a las tentativas reduccionista (que a su vez podría ser analítica o empírica)⁶ y no reduccionista. Dentro de las iniciativas anti-realistas Audi presenta como alternativas al no-cognitivismo y al constructivismo. Todas las teorías presentadas presentan serios problemas a los ojos del autor, aunque el realismo no reduccionista, identificado con las ideas W. D. Ross, aparece favorecido. Para Audi, si bien es una línea de pensamiento 'no del todo naturalista', el intuicionismo ha de ser leído como un intento de naturalización de la normatividad al anclar (sin reducir) *consecuencialmente* las propiedades morales a propiedades naturales.

Para la naturalización (b) del razonamiento práctico, por su parte, habrían de seguirse las huellas de D. Hume dado que en esa línea de pensamiento las razones prácticas remiten en última instancia a la *satisfacción de deseos*, noción que podría ser plausiblemente asumida como naturalista. El razonamiento práctico, de tal modo, se reduce a la *instrumentalización* dirigida a la satisfacción de esos deseos básicos (no instrumentales). Audi señala unos cuantos problemas de esta concepción que no pueden ser aquí tratados y ensaya algunas posibles correcciones que conducen a que el instrumentalismo dependa en un sentido relevante de la noción de *creencia racional*. De allí que la naturalización del razonamiento práctico pase a depender de la po-

sibilidad de naturalizar esta última noción. Para ello, Audi candidatea a la línea de pensamiento que en epistemología suele identificarse como *Reliabilist theories of justification*,⁷ pero sostiene que aun cuando ella fuere exitosa, la noción de *justificación* parecería todavía resistirse a la completa naturalización.

Esta es, al menos en parte, la cuestión que aborda Jan Woleński en el artículo siguiente: "Some Analogies Between Normative and Epistemic Concepts". Allí, mediante una ampliación del conocido cuadro de oposición de juicios lógicos, el autor muestra una analogía relevante entre las modalidades deónticas y epistémicas que obra en favor de incluir a estas últimas dentro de los fenómenos *normativos*.⁸ En efecto, Woleński muestra que las modalidades epistémicas responden a ciertos teoremas propios del discurso deóntico de modo del todo diverso a, por ejemplo, las modalidades aleáticas. Esa respuesta residiría, precisamente, en la noción de *justificación* ínsita en el concepto de conocimiento.⁹

Como fuere, el paso siguiente de Audi consiste en anclar la percepción moral a la percepción ordinaria de propiedades naturales de modo que la primera posea el elemento causal que caracte-

7 Por todos, Goldman 2011.

8 Sobre el punto pueden verse, entre otros, Fumerton 2001 y Steup 2001.

9 Woleński 2013. Aunque el artículo es sumamente ilustrativo y riguroso, no me ocuparé mayormente de él en el presente comentario. Solo dos comentarios. Primero, la analogía toma como punto de partida a la 'ley de Hume', i.e. la barrera que impide inferir un *deber ser* de un enunciado del *ser*. En este orden de ideas, a diferencia de las modalidades aleáticas, las modalidades epistémicas se comportan del modo en que lo indican ciertos teoremas del discurso deóntico, teoremas que son resultado de la aplicación de la ley de Hume. Pues bien, resultaría sumamente interesante extraer todas las consecuencias que para el análisis de Woleński parecen entrañar las ideas de A. Brożek 2013, Stelmach 2013 quienes, como se verá, proponen un ataque frontal a la ley de Hume. Segundo, si bien la analogía reposa en la noción de justificación como notoriamente problemática lo cierto es que se ponen de manifiesto expresamente las dificultades en torno a incluir a ambos discursos (i.e. deóntico y epistémico) como instancias de una noción unívoca de normatividad, sobre la cual quedan muchas dudas.

6 A su vez la línea analítica del reduccionismo se presentaría con distintos matices según sostenga la equivalencia, la identidad débil o la identidad fuerte (conceptual) entre las propiedades morales y las naturales. Por razones de extensión no avanzaré aquí sobre esta distinción.

riza a la segunda,¹⁰ así como también una similar autoridad normativa, prescindiendo de toda autoridad supranatural.¹¹ La idea de Audi se cimienta en el hecho de que, así como las percepciones auditivas u olfativas no nos proporcionan (a diferencia, por ejemplo, de las visivas) imágenes *cartográficas* de lo percibido; del mismo modo habría algo así como una percepción moral consecuente a la percepción de ciertas propiedades naturales, sin que haya entre esta y aquella una relación representacional cartográfica. Se trataría de un *sense of injustice* que puede, aunque no necesariamente, estar combinado con algún elemento emocional. Del mismo modo en que uno puede *percibir* ciertas propiedades psicológicas como el enojo, el dolor o la angustia, aunque solo a través de algunas de sus “manifestaciones constitutivas” directamente perceptibles, uno podría percibir la injusticia. Lo que aquí se naturaliza, en definitiva, son las explicaciones morales, no, o no necesariamente, las propiedades morales: dado el modo en que la gente ve ciertas propiedades básicas como suficientes para identificar una injusticia sería garantía perceptual suficiente para la creencia de que alguien está llevando a cabo una injusticia y, en consecuencia, base para el *conocimiento* de ello.

No obstante, se me presenta especialmente dificultoso el no identificar esas respuestas *fenomenológicas*¹² en que se identifican las propiedades morales, con respuestas emocionales concretas que, para el autor, son contingentes.¹³

10 La causalidad se limita al hecho de ser las propiedades morales *consecuenciales* respecto a ciertas propiedades naturales: son resultado de “representaciones perceptuales que integran información sensorial con una respuesta fenomenológica que tiene un cierto carácter moral” (Audi 2013: 41).

11 Audi 2013: 39. Esta cuestión es tratada desde una perspectiva diferente en Soniewicka 2013.

12 “Dada la constitución psicológica de los adultos normales, quizás ellos sean normalmente incapaces de atestiguar estos eventos [ver el arrebato de la cartera a una mujer u oír una grosería durante una lección] sin una sensación fenoménica de ser la acción incorrecta, integrada a su representación sensorial de los hechos incorrectos” (Audi 2013: 41).

13 De hecho, esto es lo que Nečka 2013 sugiere cuando sostiene que las reglas abstractas de la moralidad son, de acuerdo a ciertos experimentos e hipótesis neurocientíficas, producto *post-hoc* de la racionalización de emociones.

Me pregunto, en efecto, si sea concebible la *percepción* de la injusticia de un evento frente al cual (o frente a la descripción del cual) no hay ningún tipo de respuesta emocional por parte de individuo alguno. Obsérvese que una persona A que desconoce el dolor, alguien que padece de CIPA por ejemplo,¹⁴ no parece poder *percibir* el dolor de otra persona B del modo en que ella lo *percibe* o incluso en el modo en que lo percibe quien no padece de esa condición (un individuo C). Paralelamente, pareciera que un amoral D no puede *percibir* la injusticia ni tampoco percibir que otro la percibe.¹⁵ Pero mientras que en el primer caso es plausible afirmar que *hay dolor* (dado que B lo percibe) aun cuando A no logre percibirlo (en tanto que padece de una patología o una incapacidad), en el segundo caso pareciera quedar todavía espacio para dudar de que *haya injusticia* y, en todo caso, la atribución de una ‘patología’ podría ser sostenida en ambas direcciones.

Por su parte, el que B padezca de dolor depende intrínsecamente de que lo perciba efectivamente. No hay dolor no *sentido*. Si nadie sintiera dolor, el dolor simplemente no existiría, ¿sucede lo mismo con la injusticia? Porque si la presencia de una respuesta emocional por parte de alguien es contingente frente a la presencia de una injusticia, tal como Audi sostiene, pareciera entonces que la respuesta es negativa y que, a diferencia de lo que ocurre con el dolor, sí habría injusticia no *sentida*. En efecto, en la concepción del autor, la suficiencia de la percepción de ciertas propiedades naturales para afirmar que hay percepción moral depende de que la respuesta fenoménica sea *apropiada*. Pues bien, ¿cómo se determina cuándo una u otra respuesta frente a ciertas propiedades naturales *es la apropiada* y, en consecuencia, resultado de haber percibido una propiedad moral? La respuesta a esta pregunta nos dirá también cuándo, ante una verdadera injusticia, alguien no ha respondido *apropiadamente* desde el punto de vista fenoménico.

14 Del inglés: Congenital insensitivity to pain with anhidrosis.

15 I menos no del mismo modo: quien padece CIPA o el amoral pueden aprender a identificar signos externos que en general presentan quienes sufren dolor o juzgan un estado de cosas o una acción como injusta, pero la *percepción* parece ser claramente distinta.

En este sentido, para Audi la normatividad no puede ser completamente naturalizada, pero el meollo de la cuestión parece estar, precisamente, en esos aspectos resistentes a la naturalización.

3 EL GESTO REQUERIDO

El trabajo de Jaap Hage, "The Deontic Furniture of the World", se propone también explícitamente echar algo de luz sobre una noción unificada de la normatividad. Él retoma para ello el trabajo de Alan White, al menos metodológicamente, centrando la atención en el análisis de diversos conceptos normativos. Parte de la idea preliminar y rudimentaria de que la normatividad tiene que ver con estándares concernientes a lo que tendría *[should]* que hacerse o a cómo las cosas tendrían *[should]* que ser.¹⁶ Estándares tales proporcionarían una guía prospectiva para la acción al tiempo que, retrospectivamente, funcionarían de criterios evaluativos de acciones y estados de cosas. Hage se centra deliberadamente en lo primero.

El autor estructura su trabajo sobre la base de una serie de distinciones, y subdistinciones. La primera de ellas es la que traza entre *reglas* y *hechos*. La segunda es la que contrapone razones motivacionales a razones *rectoras* [*guiding reasons*]. La idea central a que conduce la distinción entre hechos y reglas es a que existen *hechos normativos* cuya presencia depende, por su parte, de la existencia de *razones deónticas*. Las razones deónticas, con ciertos tintes de circularidad, serían "razones que indirectamente, esto es, a través de otros hechos deónticos intermediarios, constituyen un *deber hacer* [*ought*]".¹⁷ ¿Cuáles serán esos otros *hechos deónticos* que tornan deón-

ticas a las razones que, por su parte, determinan qué hechos deónticos hay?

Para responder a esta cuestión Hage propone la distinción quizás más sugestiva de su trabajo, que parte de la disolución de la clásica distinción entre reglas constitutivas y reglas regulativas: todas las reglas, sostiene Hage, son en algún sentido constitutivas. Las llamadas reglas regulativas solo 'regulan' si *constituyen* hechos normativos. Por su parte, todas las reglas pueden ser distinguidas en dinámicas y estáticas. Las reglas dinámicas son aquellas que enlazan nuevos hechos, o modifican o eliminan hechos existentes, como consecuencia de un evento. Estas reglas, dice el autor, *pueden* ser condicionales, aunque creo que en rigor de verdad no solo *pueden serlo*, sino que lo son por definición.¹⁸ Las reglas estáticas, a su vez, se presentan en dos variedades (i) Las reglas *fact-to-fact*, i.e. reglas que enlazan un hecho a la presencia de otro hecho, como por ejemplo el hecho de *tener P competencia para vender el bien O* por ser, por caso, el propietario de ese bien. (ii) Las reglas *count as*, por su parte, serían aquellas que determinan que los individuos de una clase *cuentan como* individuos de otra. Para Hage todas las reglas llamadas regulativas pueden reducirse a una de las tres categorías de reglas constitutivas (i.e. dinámicas, *fact-to-fact* o *count as*) dado que ellas siempre *constituyen* hechos deónticos.

No obstante, por ahora, esto presupone lo que hay que probar: que hay hechos deónticos y que los hay en virtud de que hay cierta clase de razones que son razones deónticas. Y todavía más, pareciera necesario mostrar que esos hechos deónticos no se identifican con lo que un defensor de la concepción hilética llamaría lisa y llanamente *norma* o *regla* (utilizados ahora como sinónimos). En este sentido, si se tratase del mismo 'ente' la cuestión sería meramente terminológica y en un sentido el autor tendría razón: si lo que él denomina *regla* se identifica con un enunciado normativo, pues sí, todas las 'reglas'

16 Evito traducir el término *should* como *debería* o *debe*, dado que el análisis del autor se basa en buena medida en la distinción, entre otros, de los conceptos expresados por *shall*, *duty* y *ought*. Él declara abiertamente que su análisis puede alejarse del uso ordinario, muchas veces sinónimo o indistinto, de estos términos. Su punto consiste, precisamente, en que encontrar/estipular el significado riguroso de cada uno de esos términos conduce a una mayor comprensión de la normatividad. En lo que sigue, traduciré al primero de esos términos como lo que *tendría que ser*, al segundo como *deber* y al tercero como lo que *debe hacerse*.

17 Hage 2013: 82.

18 El ejemplo que da para mostrar esta *posibilidad* es el de una regla que establezca que 'si está oscuro, la ocurrencia de un accidente automovilístico obliga al conductor a colocar una luz en la carretera cerca del vehículo'. La cuestión es que, si la condición de la oscuridad no estuviere prevista, la regla sería todavía condicional dada la condición de 'ocurrencia del accidente'.

(i.e. enunciados normativos) *constituyen* 'hechos normativos': i.e. expresan normas o reglas en sentido hilético. Pero además de quedar reducida la cuestión a un desacuerdo terminológico, lo cierto es que clasificación entre reglas constitutivas y reglas regulativas parecería sobrevivir, ya que ella recae sobre los entes constituidos y no sobre los constituyentes.

Como fuere, el punto central parece estar entonces en el asumir que existen ciertas *razones* que determinan los aspectos deónticos de 'la realidad'. Las razones, en el análisis clásico, pueden aducirse básicamente de dos modos: como guías para la acción o como explicaciones causales de ella (a lo que muchos llamarían *motivos*).¹⁹ Una satisfactoria explicación de la normatividad habría de dar cuenta necesariamente, entre otras cosas, de cómo las razones rectoras [*guiding reasons*] motivan para la acción. Para esto Hage ensaya una definición de lo que suele denominarse *razón motivacional* (i.e. una razón rectora [*guiding reason*] con idoneidad motivante) a partir del concepto de razón explicativa. Ésta es, por su parte, una noción empírica, dependiente de la *tendencia* a la motivación. Específicamente, el autor distingue entre razones personales y razones sociales.

Una (i) razón personal es un hecho concreto (*token*) relevante para llevar a cabo una acción de un cierto tipo (i.e. una acción *type*). La relevancia radica en, o depende de, la *tendencia a verse motivadas* a la acción de las personas conscientes de la presencia de la clase de hechos de la cual el hecho concreto es una instancia (esta tendencia determina que el mero hecho constituya una genuina razón). Hay dos exigencias adicionales: el agente ha de saber que la conciencia del hecho tiende a motivarlo para llevar a cabo la acción, y ha de *asentir* (en el sentido mínimo de no objetar) el verse motivado por ese hecho para esa acción.

Una (ii) razón es social, toda vez que el hecho de que se trate sea una razón personal para un número suficiente de miembros del grupo relevante, al tiempo que un número suficiente de miembros de ese grupo: (a) crea que ese hecho es una razón personal para un número suficiente

de miembros, (b) crea que un número suficiente de miembros tiene esa misma creencia y (c) tenga la expectativa de que para otros miembros del grupo esta clase de hechos sean una razón personal. Estas condiciones definen el *punto de vista interno* de los participantes del grupo.

Pues bien, de las razones sociales se desprenden las razones deónticas: aquellas razones rectoras [*guiding reasons*] que obligan [*obligate*]. Lo que hace que estas razones obliguen, a diferencia de lo que ocurre con otras razones rectoras [*guiding reasons*], ha de buscarse, dice Hage, en la noción de *second-personality* de Robert Darwall, la cual entraña la idea de reclamo o exigencia de una determinada conducta por parte de otra persona o grupo, o de algo que funcione como un grupo.²⁰ Una razón deóntica puede, por caso, ser una razón personal. Así "el paso desde las razones personales a las sociales es un paso en el camino desde la motivación hacia la normatividad".²¹

Ahora bien, aunque en principio pareciera que la normatividad depende del asentimiento de la persona sobre la que el reclamo recae; Hage da un paso algo sorprendente, pasando a afirmar que es posible

*que deberes y obligaciones existan [sobre la base de razones deónticas], y que alguien deba hacer algo, incluso si la persona afectada quien es consciente de la presencia del deber o de la obligación no se encuentra en absoluto motivada a obedecerlo.*²²

De allí que, mientras que el internalismo sería adecuado para dar cuenta de las razones personales, para las razones sociales, incluidas las deónticas, habría de sostenerse una posición externalista. Y todavía más, para Hage no es suficiente con la tendencia a la motivación, incluso cuando se den además las condiciones para que la razón personal sea una razón social: la Razón (entendida ahora como capacidad de raciocinio), exigiría que las razones sean razonables, 'buenas razones'. De modo que si bien se parte se un *input* de hechos que cuentan para alguien como razones, lo cierto es que cuando la Razón despliega sus roles extensivos y reconstructivos sobre ellas,

19 Por ejemplo, Guastini 2013: 17. Sobre esta distinción ver también Redondo 1996: 80.

20 Lo cual podría ser incluso una auto-exigencia. Ver Hage 2013: 97.

21 Hage 2013: 97.

22 Hage 2013: 98.

el set de razones personales puede verse seriamente alterado.²³

Por su parte, una razón institucional es una razón que hace que ciertos hechos institucionales existan, como por ejemplo aquella que hace que alguien sea propietario de algo. El caso paradigmático de razón institucional, dice, son las razones jurídicas, cuya idoneidad como guía de conducta derivaría de las reglas jurídicas. Así: si hay una regla jurídica válida entonces hay un hecho institucional por ella constituido. La validez de la regla derivaría de la satisfacción de ciertos criterios establecidos por otras reglas del tipo *count as*, reconocidos dentro del grupo social, por ejemplo, los relativos a la legislación.

Si bien esto es independiente del hecho de que las personas en particular se vean efectivamente motivadas a actuar de acuerdo a los requerimientos de las reglas válidas, para Hage todavía persiste la conexión entre *guidance reasons* y motivación, desde que la fuerza de guía de conducta de las reglas institucionales deriva de la existencia de un sistema de reglas que *en general* tiene capacidad motivacional.²⁴ Así, si bien el autor dice que las razones institucionales, por ejemplo las jurídicas, son solamente razones *from that point of view*, lo que está queriendo decir con esto no es que ellas vinculen tan solo a quienes ostenten un punto de vista interno, sino que cuáles sean las razones relevantes depende de las reglas definicionales que especifican ese punto de vista. Pareciera que para él, si hay un sistema jurídico, las reglas jurídicas resultantes son vinculantes para todos, aceptantes y no.²⁵ Y si bien esto podría sonar un tanto desconcertante, una consideración más rigurosa de los conceptos deónticos (que el autor explicita recién al final de su texto) torna un tanto más intuitiva a su idea.

En efecto, en consonancia con la orientación metodológica propuesta inicialmente, Hage

concluye su análisis con la presentación de una redefinición de los términos referentes al *deontic furniture of the world*. La primera distinción recae sobre aquello que uno *tiene* [*shall*] que hacer frente a lo que uno *debe* [*ought*] hacer. Lo primero supondría una respuesta en primera persona, dependiente de razones personales para la acción. Lo segundo, en cambio, supondría una perspectiva desde la segunda persona. Que uno *deba* [*ought*] hacer algo depende de razones deónticas, pero que además *tenga* [*should*] que hacerlo depende de que las razones deónticas pertinentes hayan sido internalizadas, i.e. sean al mismo tiempo razones por las cuales uno *tiene* que hacer algo. De modo que el hecho de que alguien *deba hacer algo* no es nunca una razón para hacer lo que debe hacerse, aun cuando la razón por la que uno debe hacer algo pueda ser también una razón para *tener que hacerlo*: “[e]l deber hacer algo no es en sí mismo una razón”.²⁶ Pero tampoco el *tener que hacer algo* [*should*] es una razón para la acción: la razón para la acción es la que hace que alguien tenga que hacer algo, i.e. el hecho o evento relevante. Esto es así porque tanto *should* cuanto *ought* son conclusiones de razonamientos, práctico y deóntico, respectivamente, no razones para la acción en sí.

La segunda serie de distinciones se da entre los conceptos de *deber* [*duty*], *obligaciones* [*obligations*], *estar obligado* [*being obligated*] y *estar compelido* [*being obliged*].²⁷ Tener un deber o tener obligaciones son la clase de razones (deónticas) por las que uno eventualmente *debe* [*ought*] hacer algo. Un *deber* sería una razón deóntica por la que uno *está obligado* a hacer algo en función de una posición o rol, y en virtud de una *fact-to-fact rule*. La diferencia entre *deber* hacer algo [*ought*] y *estar obligado* a hacerlo [*being obligated*] reside en que, al tiempo que lo segundo surge de una sola y única razón deóntica, lo primero puede surgir de un conjunto de razones (entre las que insoslayablemente, entiendo, han de haber razones deónticas). En contraste, en la concepción de Hage, las *obligaciones* [*obligations*] son consecuencias de eventos, producto de lo que él denomina *reglas dinámicas*. Las razones por las cuales alguien tiene una obligación son las razo-

23 (a) El rol extensivo hace que ciertos hechos no tenidos como razones personales califiquen, sin embargo, como razones. (b) El rol reconstructivo tiende a tornar coherentes, i.e. racionales, al conjunto de razones relevantes (Hage 2013: 102).

24 Hage 2013: 103.

25 “Las razones deónticas institucionales constituyen deberes, obligaciones, etc., y de ese modo hacen que las personas deban hacer cosas específicas” (Hage 2013: 105).

26 Hage 2013: 109.

27 Hage 2013: 110–112.

nes por las cuales alguien *está obligado* a llevar a cabo la acción que satisface la obligación. Por su parte, uno *está compelido* [*is obliged*] a hacer algo solo si las posibilidades fácticas con que cuenta para satisfacer la obligación se lo imponen. El ejemplo de Hage es el de la promesa (i.e. sometimiento voluntario a una obligación) de enviar una carta. En virtud de esa promesa uno *está obligado* a llevar a cabo la acción que la satisfaga: suponiendo que el único modo fácticamente posible de llevar a cabo esa acción sea dirigiéndose a un buzón de correos, pues uno *está compelido* [*is obliged*] a hacerlo, aunque no está obligado concretamente a ello, ya que la obligación recae sobre el enviar la carta y no en el caminar hacia un buzón de correos.

En suma, para Hage, como se decía, una adecuada imagen de la normatividad ha de dar cuenta de los aspectos motivacionales. Para ello, se define a las razones normativas a partir del concepto de razones personales. Sin embargo la interdependencia se debilita toda vez que de las razones personales se pasa a las razones sociales y, mucho más, cuando se recurre a la noción de 'buenas' razones, i.e. las 'razones racionales'. Unas y otras parecieran por momentos del todo independientes respecto a la motivación de los agentes a quienes aplican. Así las cosas, aun cuando este análisis pueda acaso proporcionar una depuración de ciertos conceptos normativos, lo cierto es que parece dejar todavía algunos hiatos abiertos entre razón normativa y motivación.

4 LA DISTINCIÓN SER-DEBER SER ¿ENTRE LA DECREPITUD Y LA ESQUIZOFRENIA?

Dos textos de la primera sección se ocupan de la distinción entre *ser* y *deber ser* y, especialmente, de dos falacias que en ella suelen cimentarse. Ambos ensayos se dirigen a socavar sea la distinción, sea el carácter pretendidamente falaz de las inferencias pertinentes, todo por estimarlas un rasgo vetusto, cuando no directamente patológico, del discurso filosófico en general. Así, luego de conjeturar acerca de las razones que condujeron al dualismo entre *ser* y *deber ser*, afirmaba Stelmach que en la 'gran distinción' reside acaso la mayor paradoja del «pensamien-

to dualista» de un modo hace eco a las ideas de M. Warnock:

*[a] partir de la adopción de la tesis del dualismo ser-deber ser, nosotros podemos discernir el tipo de error que nosotros mismos generamos dentro de nuestro propio discurso normativo a través de esa adopción. En lugar de abordar la cuestión clave para todo aquél preocupado con la "práctica del deber ser", que es el problema asociado a la adopción de deliberaciones normativas correctas, estamos debatiendo alternativamente sobre la falacia naturalista o la anti-naturalista.*²⁸

Pues bien, el trabajo de A. Brožek, "The Naturalistic Fallacy From the Metodological Point of View", se centra en las dos versiones más conocidas de la falacia en que se incurre toda vez que, asumido el dualismo, se cruza de la riba del *ser* a la del *deber ser*: i.e. la falacia naturalista. Las dos versiones de esta falacia, como es sabido, se suelen identificar en los trabajos de D. Hume y de G. E. Moore, respectivamente: (a) la inferencia de enunciados deónticos a partir de enunciados fácticos y (b) la definición del término *bueno* [*good*] a partir ciertas propiedades empíricas.

La estrategia de A. Brožek es mostrar la insuficiencia de los argumentos de Hume y de Moore frente a algunas preguntas concretas, cuatro dirigidas al análisis de Hume y tres al de Moore; siendo independientes las respuestas correspondientes a cada uno de los grupos, pero presentándose ciertas dependencias entre algunas de las del primer grupo y algunas de las del segundo. La autora proporciona respuestas alternativas a las de los análisis criticados en todas las cuestiones, las cuales, en combinación y desmantelando la 'gran distinción' y sus emparentadas falacias, ofrecerían una mejor comprensión de los problemas planteados.

Así, luego de argumentar en favor de una concepción descriptivista de los enunciados deónticos *sensu stricto*, reduciéndolos a enunciados no deónticos (paragonando los conceptos de obligación y permisión a los de necesidad y posibilidad), busca «regularity-like dependencias» entre estados de cosas naturales y deónticos, recurriendo al difundido análisis de J. Searle sobre el asunto. Esquemas de inferencia como

28 Stelmach 2013: 138.

el utilizado por Searle, mostrarían que no hay mayores inconvenientes con derivaciones de enunciados deónticos a partir de enunciados descriptivos. Sin embargo, y aunque no es posible hacer aquí un análisis pormenorizado sobre este punto, ha de decirse que esta conclusión se sostiene tan solo presuponiendo la presencia de una *autoridad deóntica*, de un individuo que *ordena* algo a otro constituyendo esa orden un *deber*.²⁹ Pues bien, creo que un análisis profundo de esta cuestión no puede meramente presuponer 'semejante' noción y dejar de dar cuenta de la fuente de una autoridad tal, dado que la brecha entre ser y deber ser, más que sorteada, parece entonces ocultarse detrás de la máscara de la autoridad deóntica.

Por lo demás, en relación al argumento de G. E. Moore concerniente a la imposibilidad de definir el término *bueno* (dado que se trataría de una propiedad simple, no reducible a otras propiedades), luego de ponerse en dudas incluso esta última afirmación, se aduce que el problema de la definición es independiente del carácter simple o compuesto de la propiedad en cuestión. La respuesta negativa de Moore, dice A. Brožek, se debe al compromiso con una concepción de la definición demasiado exigente, por cuanto requiere la determinación completa de la connotación del término definido. Una serie de distinciones y una concepción más laxa (y moderna) de la definición, permitirían sortear esta dificultad. A partir de esa concepción se concluye que la propiedad de ser *algo bueno* puede ser definida, sea mediante una de las definiciones que la autora llama 'connotativas totales' (i.e. las que atribuyen la totalidad de las propiedades adscriptas al *designata* por el *definiendum*, en el caso 'la bondad'), sea mediante definiciones 'denotativas parciales' (i.e. proporcionando algunos ejemplos de cosas buenas). Por su parte, la *bondad*, si bien pareciera no definible, aun cuando fuere una propiedad simple, podría ser definida 'por abstracción', recurriendo a los referentes que poseen la propiedad en cuestión: así, podrían definirse las *buenas acciones* diciendo que son "todas aquellas

moralmente equivalentes a la acción de ayudar a una persona necesitada de ayuda".³⁰ Pero aquí la crítica esbozada a Audi precedentemente recobra fuerza: lo que dificulta la definición de la bondad es precisamente esa *equivalencia*. La cuestión no es nueva: remite a la relación entre 'propiedades primarias' y 'propiedades secundarias', a la relación entre las primeras (e.g. reflejo de ondas luminosas) y las segundas (e.g. colores), y deja en este caso todavía abierta la brecha entre lo fáctico y lo normativo. Esto así, dada la diversa forma en que los valores 'supervienen' a propiedades fácticas, la especial capacidad 'cognitiva' que se requiere, las 'patologías' que determinan la incapacidad de percepción valorativa, las diferentes 'relaciones' entre propiedades según los contextos sociales (lo que no se daría entre propiedades 'no valorativas').

Por último, se discute la posibilidad de considerar a la propiedad de *ser algo bueno* como una propiedad natural. Si se entiende que una propiedad natural es la connotación de un término observacional, la *falacia naturalista* (según Moore) radicaría en identificar la propiedad de *ser bueno* con ciertas propiedades esenciales naturales que los objetos buenos tengan. Sin embargo, del hecho de que la identificación de esas propiedades no proceda automáticamente (de modo que la propiedad natural N poseída por la clase C constituya la propiedad D de ser buena dicha clase), no se sigue necesariamente la negación de la identificación (i.e. la negación de que N constituye D). Quizás solo las intuiciones lingüísticas puedan resolver esta cuestión, del mismo modo en que lo resuelven allí donde uno define *cuadrado* a partir de las propiedades de 'ser un rectángulo' y 'ser equilátero'. En este sentido, se rechaza el argumento mooreano de *la pregunta abierta*.³¹

Este es en buena medida el argumento en que Stelmach centra su atención cuando discute la falacia naturalista en "The Naturalistic and Antinaturalistic Fallacies in Normative Discourse". Dicho argumento, dice el autor, se basa en tres presuposiciones infundadas: brevemente, (i) el

29 A. Brožek 2013: 121, notas 5 y 6. Un análisis pormenorizado de por qué un mandato autoritativo depende de la presencia de normas no generadas por mandatos autoritativos en Bayón Mohino 1991: 277–291.

30 A. Brožek 2013: 133.

31 Moore 2000 [1903]: 67. Pero ¿cómo puede uno establecer cuándo una determinada pregunta puede ser planteada y cuándo no? Se pregunta A. Brožek 2013: 134.

dualismo ontológico, (ii) la idea de que ese dualismo es superable y (iii) la primacía de la naturaleza. Solo la tercera de estas ideas es considerada justificable por el autor; la segunda, sostiene, es “una noción un tanto idiota; primero innecesariamente adoptamos la dicotomía, para pretender luego superarla”.³²

Por su parte, la pretendida falacia antinaturalista, si bien presupone también el dualismo, estaría basada en la asunción de que ese dualismo no es superable, no habiendo conexión alguna entre los mundos del ser y del deber ser. De allí se pasa al dualismo epistemológico “una visión esquizofrénica del conocimiento que simultáneamente defiende dos diferentes metodologías”.³³ Para el autor, la idea de falacia antinaturalista conduce a que todo intento por definir cualquier noción normativa padezca del defecto del *idem per idem*. O aún peor, dada la indefinición de *ought*, en general considerado el término normativo por excelencia, toda definición de términos normativos será una definición *ignotum per ignotius*.

El dualismo, considera Stelmach, fuerza a la comisión de una de las dos falacias, la naturalista o la antinaturalista, la noción de *ought* deviene indefinible y los juicios normativos injustificables. De allí que haya de buscarse, sostiene el autor, un *integrated discourse*, rechazando el dualismo (y sus emparentadas falacias) y abrazando un monismo ontológico de tipo nominalista: interpretando “*ought* como un ‘simple objeto’ o como una posible manifestación de un tal objeto o como una relación entre simples objetos: en todo caso, como un elemento integral del ser (*is*)”.³⁴ Esto, sostiene, se condice con el modo en que el discurso normativo funciona de hecho, tanto en relación al modo en que usualmente se razona acerca de *lo debido*, i.e. teniendo un caso concreto en mente; cuanto respecto al modo en que normalmente se explicita el discurso y se trata a los enunciados de carácter normativo, i.e. cual si tuviesen valor de verdad. Aun cuando esto carezca de justificación filosófica, dice llamativamente el autor,

uno puede no tratar a la ligera o ignorar el hecho de que el sistema global estándar del pen-

*samiento jurídico (que es en esencia positivista) descansa en la aceptación de la asunción intuitiva de que a las normas puede ser adscripto un valor de verdad o falsedad /.../ El deber ser abstraído del contexto y de los objetos deviene una “entidad puramente imaginaria”, un mito ontológico alrededor del cual se ha construido un debate teórico acerca de la normatividad.*³⁵

5 EL ROSTRO PANTOMÍMICO DEL DEBER

La búsqueda de una noción unívoca de la normatividad, que aparece recurrentemente en toda la obra, se presenta incluso en algunos de los trabajos que, dentro de la estructura del libro, se ubican en las secciones segunda y tercera. Es decir, trabajos en los que, en principio, se discutiría sobre rasgos específicos y no tan generales de cada uno de los diversos rostros de la normatividad.

Estas tendencias hacia una concepción unificada aparecen, incluso con cierta homogeneidad en el planteamiento, en los trabajos de Bartosz Brożek y Aeddan Shaw, dedicados a la normatividad del significado; en el trabajo de Mateusz Hohol, dirigido a analizar la normatividad de la matemática, y en el de Marcin Gorazda que analiza el pensamiento de Hayek en relación a la normatividad.

En todos esos textos se concibe a la normatividad como un producto cultural, resultado de la interacción social, presentándose como especialmente determinante la habilidad humana de la imitación. Así, si bien en casi todos los casos el punto de partida filosófico está en las ideas de Wittgenstein en relación al problema del seguimiento de reglas; los trabajos aquí considerados buscan cimentar esas ideas en recientes teorías neurocientíficas y, en especial, en el sistema de *neuronas espejo*. Estas ideas, por lo demás, parecen ser un desafío determinante para la tesis chomskyana de la gramática innata.³⁶

35 Stelmach 2013: 143–144.

36 Discute el punto, principalmente, Shaw 2013. Más precisamente, sobre todo en los tres primeros autores mencionados, se trata de hipótesis acerca de la filogénesis y ontogénesis de la disposición y capacidad de seguir reglas (explícitamente: Hohol 2013: 207, B. Brożek 2013: 171). Este último, tal

32 Stelmach 2013: 139–140.

33 Stelmach 2013: 141.

34 Stelmach 2013: 142.

Gorazda encuentra antecedentes teóricos de esos descubrimientos científicos en el pensamiento de Hayek, para quien la información cultural heredada es producto de las propensiones miméticas de los seres humanos, lo cual juega un papel relevante en material jurídica también.³⁷ Este es el modo en que Hayek resolvería el problema ontológico de la existencia de reglas concibiéndola como meras propensiones motivacionales dentro de la sociedad, pero dando una respuesta radicalmente escéptica frente a lo que Gorazda llama “normatividad *sensu stricto*”: cualquier tentativa dirigida a fundar la existencia de razones objetivas para la acción sería en vano.

Por su parte, B. Brożek, en la búsqueda de la normatividad del significado, llega a una noción unificada de la normatividad, a partir de la distinción entre reglas *rudimentarias* y reglas *abstractas* y, correlativamente, entre dos diversas clases de normatividad: rudimentaria y abstracta, respectivamente. Las reglas (y la normatividad) rudimentarias serían los *andamios* de las reglas (y de la normatividad) abstractas. Esta distinción es explícitamente adoptada también por Hohol para ser aplicada al análisis de las ciencias formales, especialmente la matemática. Él llama *proto-rules* al correlativo a las reglas rudimentarias (correspondiente a la *proto-normativity*) y *full-blooded-rules* (correspondiente a la *full-blooded normativity*) al correlativo de las reglas abstractas.

En lo que aquí interesa, dado que las reglas rudimentarias “están (relativamente) unificadas normativamente”³⁸ no serían susceptibles de ser clasificadas y, en principio, ni siquiera identificadas mediante criterios absolutos. Se trataría de una normatividad única, rudimentaria, determinativa de los rasgos que todos los ‘rostros de la normatividad’ necesariamente han de presentar.³⁹ Esta normatividad básica constaría de (a) patrones de conducta *objetivos* propagados mediante la imitación, (b) cuya aplicación correcta o incorrecta se

determina por las reacciones de la comunidad,⁴⁰ y (c) seguidos *ciega o inconscientemente*.

Las reglas abstractas, por su parte, serían entidades individualizables y susceptibles de ser categorizadas, resultado de la reflexión acerca de la conducta en comunidad (i.e. acerca de las reglas rudimentarias), y siendo en todos los casos *entidades lingüísticas*.⁴¹ Llevado al campo del derecho esta distinción aparece también en el análisis del pensamiento de Hayek: las reglas entendidas como propensiones a actuar de determinados modos, espontáneamente creadas en sociedad gracias a la habilidad mimética, y constituyentes del *nomos*, darían lugar a otras reglas, no espontáneas y formuladas de un modo abstracto.⁴² La explicación de la normatividad abstracta de cada una de las categorías que contingentemente se construyan (e.g. normatividad moral, legal, del significado, etc.) puede resultar sumamente variable, la cuestión es que los cimientos estarán siempre dados por las reglas rudimentarias.⁴³ Veamos brevemente cómo se despliega este enfoque general sobre los específicos campos de la normatividad a los que se aplica en la obra bajo consideración.

Los dos trabajos dirigidos al análisis de la normatividad del significado (“The Normativity of Meaning”, de Bartosz Brożek, y “The Perspectivist Account of the Normativity of Meaning Debate”, de Aeddan Shaw) analizan y muestran lo insatisfactorio de las tres explicaciones más usuales de la normatividad del significado, esto es, del estatus de los criterios que determinan la aplicación correcta o incorrecta de los términos lingüísticos. Estas perspectivas serían: la que considera que se trata de criterios no normativos,⁴⁴ la que estima

como lo indica el concepto mismo de *embodied-embedded mind* al que recurre, identifica sus ideas como resultantes de la ‘segunda generación’ de las ciencias cognitivas.

37 Gorazda 2013: 238.

38 B. Brożek 2013: 173.

39 B. Brożek 2013: 174, Hohol 2013: 208.

40 Aunque no pueden ser alegadas como razones *justificativas* de la acción, en especial dado el punto (c).

41 Hohol 2013: 208.

42 Gorazda 2013: 245.

43 Es interesante contraponer estas tesis con las afirmaciones ontogénicas y antropogénicas acerca de la moralidad en Nečka 2013: 302, donde la sugerencia termina siendo algo así como una “gramática moral universal” a la Chomski.

44 Quienes afirman que los criterios que determinan los usos correctos o incorrectos del lenguaje son *no normativos*, entienden a los términos ‘corrección’, ‘incorrección’, ‘regla’, ‘deber’, etc., en sentido descriptivo siempre que se refieran a la relación entre término y significado (ver, Hattiangadi 2009).

que se trata de una normatividad extrínseca y, por último,⁴⁵ la que afirma que se trata de una normatividad intrínseca.⁴⁶

Sea como fuere, los autores sostienen que el fracaso de estas tres tentativas explicativas radica en que todas asumen una concepción *formalista* del lenguaje,⁴⁷ presuponiendo que el sistema de reglas lingüísticas es independiente de todo otro (*tesis del aislamiento*), y ofreciendo una imagen sumamente pobre que solo enfocaría la punta del iceberg. Esa asunción, en efecto, escondería el hecho de que la formalización, y el consecuente sistema independiente, abstracto, de reglas lingüísticas, suceden a la existencia de reglas 'rudimentarias' que, como se vio, no son clasi-

ficables bajo categoría alguna.⁴⁸ En tanto y en cuanto la discusión parta de la presuposición de la *tesis del aislamiento*, pues la discusión sobre su normatividad será "escolasticismo puro y fútil (en el sentido peyorativo del término), uno basado en falsas asunciones y conducente a irresolubles sutilezas inútiles".⁴⁹

En consecuencia, ambos autores rechazan la concepción formalista del lenguaje. Shaw postulando una concepción que denomina *Usage Based Perspective*, B. Brožek adoptando una *Embedded view of language*. Desde estas perspectivas, el lenguaje es un producto eminentemente cultural, insertado dentro de un más amplio sistema de reglas que gobiernan la interacción social. El punto original está, como se adelantó, en que tanto B. Brožek como Shaw destacan las bases evolutivas y neurocientíficas de esta perspectiva filosófico-lingüística. Estas bases se sustentan, dice B. Brožek, en dos pilares básicos: (a) el lenguaje es un efecto de la posibilidad comunicativa y de la adaptación cultural, al tiempo que (b) el papel fundamental dentro de esa adaptación es llevado a cabo por la capacidad imitativa, en sentido amplio, y más específicamente por las habilidades miméticas [*mimetic skills*].⁵⁰ Así, ciertas

Tanto B. Brožek como Shaw ofrecen poderosos argumentos en contra de estas tesis. Shaw, sin embargo, pone de manifiesto un sentido en el cual la idea de no-normatividad del significado cobra cierta relevancia: el relativo al *feedback loop* entre significado y uso, y la consecuente hipotética situación extrema de un lenguaje 'tiránico' al estilo Humpty Dumpty (Shaw 2013: 181).

- 45 La concepción del lenguaje como obteniendo su aspecto normativo desde el exterior es presentada sobre la base de las ideas de Paul Boghossian, según el cual el lenguaje solo es condicionalmente normativo, hipotéticamente, residiendo la fuente de la (contingente) normatividad fuera del fenómeno lingüístico. La deficiencia más grave de esta concepción de la normatividad semántica estaría en el someter a los estándares lingüísticos a razones prudenciales o morales. Pareciera innegable que aun cuando estemos moralmente justificados en utilizar un determinado término con un significado distinto al que la regla semántica indica, cuando lo hagamos, *estaremos hablando mal*.
- 46 La concepción de la normatividad del lenguaje como intrínseca al mismo concibe a las reglas semánticas como generadoras de genuinas obligaciones (aunque *prima facie*, i.e. derrotables). La respuesta de B. Brožek a esta concepción está íntimamente enlazada con la precedente: en breve, las reglas semánticas no proporcionan razones justificativas *de la acción* (B. Brožek 2013: 156).
- 47 Una concepción formalista se caracterizaría por comprometerse con tres tesis: la tesis del aislamiento (i.e. el sistema de reglas lingüísticas es independiente de cualquier otro), la tesis de la distinción entre forma y contenido, y la tesis de la prioridad de la forma. Por lo demás, es interesante observar las analogías y diferencias entre el formalismo lingüístico tal como se lo delineó aquí, con el formalismo en matemáticas delineado algunos capítulos después por Hohol 2013: 200–205.

48 B. Brožek 2013: 163.

49 B. Brožek 2013: 176.

50 Son aquí fundamentales los trabajos de Merlin Donald y Michael Arbib. El primero distingue entre mímica (copia de una acción sin entendimiento de su propósito), imitación (copia de la acción teniendo en cuenta su propósito) y mimesis: reduplicación del evento con propósito comunicativo, donde se tiene en cuenta al auditorio y se requiere adoptar una perspectiva de tercera persona. El trabajo de Arbib, por su parte, ofrece el soporte 'anatómico-neuronal' a este tipo de concepción a través de la *Neuron System Hypothesis*: para él, la *paridad* [*parity*] del lenguaje es producto evolutivo del sistema de 'neuronas espejo' [*mirror neurons*] presentes en la zona de Broca del cerebro inicialmente adecuadas para el reconocimiento y ejecución de acciones manuales. Su teoría evolutiva lo lleva de las (i) acciones manuales a los (ii) gestos, de allí a las (iii) habilidades pantomímicas, de ellas a las (iv) habilidades de representación, desde donde se habría evolucionado hacia los (v) proto-signos (gestos convencionales que dan precisión a la pantomima) hasta llegar al (vi) proto-lenguaje: "el cual surgió de la separación de la mímica manual convencional y los gestos vocales" (B. Brožek 2013: 172).

habilidades miméticas *preceden* históricamente al lenguaje.⁵¹

En este orden de ideas, Shaw toma especialmente en consideración los trabajos de Michael Tomasello y sostiene que *los lenguajes* son producto del desarrollo de habilidades simbólicas que pueden bifurcarse hacia diversas estructuras normativas, o incluso hacia diversas fuentes de normatividad, según las necesidades culturales y comunicativas lo impongan.

Quedaría todavía la pregunta abierta: ¿qué hace que las reglas rudimentarias sean *normativas*? La respuesta de B. Brożek es que la normatividad rudimentaria es una propiedad absoluta o intrínseca de las reglas rudimentarias, no es condicional, sino que se genera por las regularidades en la conducta social acompañada de ciertas actitudes mentales. Frente a la normatividad rudimentaria “/.../ nunca decidimos aceptar el sistema de reglas rudimentarias”.⁵²

En la misma orientación, centrado en la normatividad de la matemática, Hohol parte de la formulación del problema en esta disciplina, también a partir de la paradoja wittgensteniana del seguimiento de reglas. A ella adiciona las ideas acerca de la normatividad intrínseca que para Robert Hanna caracteriza a las ciencias formales, tales como la matemática y la lógica. Hohol comienza mostrando lo insatisfactorio de las dos perspectivas más usuales en torno a la matemática frente al problema así planteado.

En efecto, tanto el platonismo cuanto el formalismo serían incapaces de dar cuenta de la normatividad de la matemática en tanto y en cuanto, para decirlo muy brevemente y con cierta rusticidad, ambos están obligados a hacer frente al problema de la *intuición* o *mathematical insight*, al tiempo que ambos parecen carecer de las herramientas para hacerlo. Así, mientras que el platonismo está obligado a responder a este problema dado que de ello depende el acceso al universo de las verdades matemáticas, el formalismo se ve constreñido a ello toda vez que presuponga operaciones con contenidos semánticos en tanto y en cuanto requerirá de algo así como la intuición platónica a los fines de identificar y operar con esos contenidos. El autor aduce que ambas teorías fracasan en esta iniciativa lo

que en parte proviene del tratarse de dos teorías con pretensiones *fundacionalistas*.

Hohol propone, alternativamente, un entendimiento de la normatividad matemática en seis pasos sobre los cuales, si bien no puede aquí llevarse a cabo un análisis profundo, parece fecundo detenerse al menos un instante. A lo largo de estos seis pasos se evidenciarían tres diversos grados de normatividad. Así, como primer paso, se rechaza el fundacionalismo. Segundo, como se adelantó, se adopta la concepción de la normatividad expuesta por B. Brożek distinguiendo entre *proto-rules* y *proto-normativity*, por una parte, y *full-blodded rules* y *full-blodded normativity*, por la otra. Tanto una como otra responden a dos condiciones: la de ser razón para la acción y la de constituir un patrón de conducta. El aporte de Hohol en este punto radica, y este es su tercer paso, en ofrecer una explicación alternativa de las *proto-rules*⁵³ partiendo de la noción más general de *embodied embedded mind*:⁵⁴ he aquí el primero de los grados de normatividad matemática, i.e. las *Embrained mathematics*, de algún modo incluidas en el ‘software’ innato.⁵⁵ Como cuarto paso, el autor trata de emprender el difícil ‘cruce del Rubicón’, desde las *proto-mathematics* (desde el primer grado de normatividad) hasta las matemáticas más complejas. Él menciona como una de las más sofisticadas respuestas provenientes de las *embodied mathematics* a la que concibe a las habilidades matemáticas como conectadas intrínsecamente con la experiencia e interacción en el ambiente,⁵⁶ enfatizando especialmente en la herramienta de la *metáfora*.⁵⁷ Para Hohol, sin embargo, si bien la propuesta es interesante, lo es solo a nivel de *proto-mathematics*. En cualquier caso, explicita un segundo grado de nor-

53 Concebidas a partir de otros trabajos de B. Brożek como creaciones emergentes de estados mentales y conductas sociales (Hohol 2013: 208).

54 Por todos, véase Gallese & Lakoff 2005 desde donde se caracteriza a la perspectiva adoptada.

55 Cfr. Dehaene 2011, Dehaene & Brannon 2011.

56 Lakoff & Nuñez 2000.

57 “La metaforización, entendida como habilidad cognitiva, consiste en la transferencia de estructuras significativas desde el mundo físico hacia el dominio de los conceptos. Gracias a las metáforas, es posible crear conceptos abstractos como los conceptos matemáticos” (Hohol 2013: 214).

51 En el mismo sentido Hohol 2013: 208.

52 B. Brożek 2013: 174.

matividad, i.e. el de las *Embodied mathematics*, que responden al sistema conceptual basado en el funcionamiento del *sistema senso-motor*.

Como fuere, sería todavía necesario llegar a la *full-blooded normativity*. Ello requiere de un quinto paso: ingresar a la segunda parte del paradigma de la *embodied-embedded mind*, e *insertando* [embedded] a la mente en las prácticas socio-lingüísticas. Este paso se da apoyándose, una vez más, en el trabajo de Michael Tomasello, para quien el rasgo distintivo de la cognición humana está en el haber creado un método *acumulativo* de evolución cultural, a través del «efecto trínquete» que permite preservar la evolución cultural.⁵⁸ Esta tesis se relaciona con una tesis ontogenética según la cual el nacer y crecer en comunidades culturales y sociales evita el redescubrimiento de la cultura existente. Pero, lo que es quizás más importante, todo ello remite a una tesis filogenética a la que se hizo referencia en el párrafo precedente: la inusual y exclusiva capacidad de auto-identificación y conciencia del ser humano que permite el desarrollo cultural se debe a la *habilidad de imitación*.⁵⁹ El sexto paso es fácil de predecir y parte de una consideración general acerca de la normatividad: “gracias a la imitación y basada en la específica forma de cognición social humana, en el curso de las interacciones sociales, emergen las reglas de la *full-blooded-normativity*”. Este es el tercer y último grado de normatividad que, aplicado concretamente a la matemática, constituye a las *Embedded mathematics*.

6 LA DESCARADA AUTORIDAD

El ensayo de Marta Soniewicka, “A Command Without a Commander - From the Paradigm of Normativity to the Paradigm of Responsibility”, si bien ubicado entre los debates específicos, es de alguna manera uno de los textos más generales en torno al problema de la normatividad. Si uno asume la tesis de la unidad del razonamiento

práctico y acepta que en la cúspide de la jerarquía de razones se encuentran las razones morales, pues el trabajo aquí considerado se enfrenta a dos de las preguntas más desafiantes para la normatividad: ¿por qué uno está obligado a actuar de acuerdo a las pautas de la moralidad? Y, ¿de qué autoridad ella proviene?

En rigor de verdad, este es también, al menos en parte, el foco de interés de Nęcka, “Normativity: A Psychological Perspective”, aunque más bien en términos de onto- y antropogénesis. Este último se centra, en efecto, en tres aspectos de la normatividad: el auto control, la moral y la conformidad hacia normas creadas por un grupo. En lo que a la moral respecta, él marca un paso evolutivo desde una moral pre-convencional (aprendida por reciprocidad y temor a las consecuencias) hacia la moral convencional de reglas abstractas y llegando hacia una moral post-convencional en el estrato de máxima evolución. En la moral post-convencional se aprecian los valores y pueden ‘derrotarse’ las normas abstractas de la moral convencional, lo cual depende de la comprensión del contexto y de la motivación más que de las reglas abstractas.

Marta Soniewicka, en cambio, aborda la contraposición entre dos concepciones filosóficas de la moralidad, a saber: por un lado, la ética imperativa formal kantiana, basada en el deber;⁶⁰ por el otro, las concepciones de Scheler y Hartmann, para quienes las bases de la moralidad han de buscarse en el valor, colapsando la normatividad en el concepto de responsabilidad.⁶¹ Ella mues-

58 Tomasello 2007: 15.

59 Esta habilidad, y el reconocimiento de otros seres de la misma especie como agentes intencionales pudiéndose predecir sus estados mentales (i.e. la ‘teoría de la mente’), por lo demás y en consonancia con lo ya dicho precedentemente, se desarrollaría antes de la dominación del lenguaje (de modo que apoya la *cultural first theory*).

60 Desde esta perspectiva: (a) el juicio moral es apriorístico perteneciendo el contenido de la moral al inalcanzable mundo nouménico. El imperativo categórico, meramente formal, identificable a través del razonamiento práctico determina el deber moral que, por lo tanto, precede al bien y al mal y los define; (b) la ética kantiana se divorcia tajantemente de la noción de *felicidad* que, desde una concepción moral definía a la ética de la antigua Grecia y, desde una concepción psicológica (como la que Kant por lo demás asume), define a la ética utilitarista (tesis del *rigorismo ético*); (c) las acciones moralmente valiosas han de ser autónomas lo cual significa, negativamente, ausencia de interferencia externa y, positivamente, sujetarse a la ley moral.

61 La crítica de estos autores a la ética kantiana apuntaría: (a) a la tesis del formalismo ético que, como el nominalismo ético, niega la existencia de hechos morales. Para Scheler y para Hartmann,

tra que al tiempo que el reduccionismo imperativista kantiano hace de algún modo miserable a la vida humana al reducir lo bueno al seguimiento del deber, el reduccionismo axiológico de Scheler y Hartmann elimina la agencia humana, haciendo de la persona un medio a través del cual, eventualmente, los valores se realizan (al menos los valores morales que, vale la pena recordar, no pueden en esa concepción ser buscados sino que son resultado de realizar otros valores). Las dos posiciones llevarían a una convergencia que la autora encuentra en el pensamiento de Karol Wojtyła y que parte del concepto de *voluntad*:

La voluntad unifica normas (el Deber) y valores (el sentir valores) en un acto moral. La normatividad proporciona una dirección para el actuar moral (el sentir la normatividad no tiene solo un carácter negativo – una norma puede dar

por el contrario, hay valores objetivos universales, pertenecientes a un mundo ideal, pero aprehensibles mediante intuición no-formal, el 'sentido del valor'. Los valores son por tanto reducidos a un nivel emocional, perdiendo su carácter normativo. (b) A la tesis del rigorismo ético (si bien también se rechaza al utilitarismo que reduce lo valioso a lo deseado) se le critica el hacer colapsar el valor con lo ordenado de modo que la acción sea más moralmente venerable cuanto más inclinado esté el agente a violar el deber. Los valores, por el contrario, están por detrás, fundan, eventualmente, al deber. Así, dado que la felicidad (que no es ya concebida en términos hedónicos sino en términos de sentimiento de valores) alcanza su mayor profundidad por la autoconciencia acerca del propio actuar moralmente correcto, y dado que ese actuar no puede *buscarse* sino que es sentido luego del actuar de acuerdo a valores elevados, pues entonces esa consciencia es también *resultado* de un tal actuar. Así, la concepción de Scheler y Hartmann rechaza al eudaimonismo: "happiness is the root and source of virtue" (Soniewicka 2013: 275 citando a Scheler). (c) Por último, dada la incompatibilidad que encuentran entre la voluntad libre y la autonomía de la razón práctica como legisladora, fundan la normatividad en la *responsabilidad*, i.e. en la libertad y capacidad del individuo para *ponderar* a la esfera objetiva de los valores tal como se los percibe. En este sentido, el concepto de responsabilidad no es el ordinario (que presupone de hecho un deber y, negativamente, la violación del mismo), sino uno que mira hacia el futuro y tiende, positivamente, a la realización de un valor.

*un ejemplo positivo), y el actuar es la fuente de valores.*⁶²

¿Hay acaso alguna relación entre esta concepción filosófica acerca de la convergencia deber/valor y la tesis evolutiva de carácter psicológico sobre el paso de la moral convencional (deber) a la post-convencional (valor)?

Sea como fuere, el punto central en el trabajo de Soniewicka parece estar en mostrar que la posición de Scheler y Hartmann conduce, al igual que la de Kant, al 'auto-juzgamiento'. De modo que las mismas dudas que se planteaban acerca de la compatibilidad entre la libertad y la auto legislación, se plantean en torno al concepto de responsabilidad y la asunción de ser uno responsable ante uno mismo. Hay un mandato o se es responsable, pero ni hay emisor del mandato ni hay tribunal ante el cual se es responsable, de modo que uno se encuentra en la posición del mensajero imperial kafkiano quien

debe, tras aquello, luchar durante su camino hacia abajo por las escaleras; y si lo lograra, nada se lograría en ello; todavía tiene que cruzar las cortes; y tras las cortes, el segundo palacio externo; y una vez más, más escaleras y cortes; y de nuevo otro palacio; y así por miles de años.

Y sin embargo, no está claro por qué *debe* hacer todo ello.

En conclusión, parece quedar fuera de discusión el que *The Many Faces of Normativity* constituye una obra sumamente ambiciosa y fecunda. Lo es tanto por su objetivo explícito cuanto por otro que parece haberse ido gestando casi casual y espontáneamente. Así, es evidente que la obra pretende mostrar del modo más riguroso y original posible cada particular rostro de la normatividad. Pero uno puede ver que además de ello, en prácticamente todas las contribuciones al volumen, una iniciativa, una sugerencia o incluso una implícita tentativa de demarcación de ciertos rasgos presuntamente comunes a todos los rostros de la normatividad. Algo así como las propiedades últimas de lo normativo.

El primero de los objetivos parece saldado con creces: cada uno de los textos mencionados resulta sumamente ilustrativo sin por ello

62 Soniewicka 2013: 281.

renunciarse a distinciones y estipulaciones originales, así como tampoco a tesis en ocasiones sumamente sugestivas. Sobre el segundo de los objetivos, por caso algo utópico, el panorama no es del todo claro, y creo que se va tornando cada vez más gris a medida que se profundiza en la relación entre los diversos textos del volumen. Esto así, dado que los aparentes rasgos comunes de la normatividad, incluso de acuerdo a muchos textos que a primera lectura parecieran conducir a los mismos 'genes', parecen provenir en rigor de verdad de progenitores diversos, muchas veces desconocidos. Piénsese, por ejemplo, en los aspectos no naturalizables de la normatividad que Audi destaca; en la confluencia, propugnada por Hage, de las aguas de las razones personales (i.e. hechos que empíricamente tienden a moti-

var) con las de las razones sociales, y en especial las deónticas, pasando ellas por el filtro de la racionalidad; en la superación de la brecha entre la normatividad rudimentaria y la normatividad *full-blodded* que desvela de diversos modos a B. Brożek a Shaw y a Hohol; en la fuente no autoritativa de la moralidad que perturba kafkianamente a Soniewicka, etc. En este orden de ideas, muchas cosas parecen quedar todavía por resolverse frente a estos aspectos recalcitrantemente grises de la normatividad. *The Many Faces of Normativity* no solo impulsa y motiva a la búsqueda de un panorama en que el gris se disipe; además de ello, propone numerosos caminos alternativos que explorar con ese propósito.

Bibliografía

- Robert AUDI, 2013: The Nature of Normativity and the Project of Naturalizing the Normative. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Juan Carlos BAYÓN MOHINO, 1991: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales (El derecho y la justicia).
- Anna BROŻEK, 2013: The Naturalistic Fallacy From the Methodological Point of View. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Bartosz BROŻEK, 2013: The Normativity of Meaning. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Stanislas DEHAENE, 2011: *The number sense: how the mind creates mathematics*. New York: Oxford University Press.
- stanislas DEHAENE & Elizabeth M. BRANNON, 2011: *Space, time and number in the brain: searching for the foundations of mathematical thought*. London: Elsevier Academic Press (Attention and performance series).
- Richard FUMERTON, 2001: Epistemic Justification and Normativity. *Knowledge, truth, and duty: essays on epistemic justification, responsibility, and virtue*. Ed. Matthias Steup. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Vittorio GALLESE & George LAKOFF, 2005: The Brain's Concepts: The Role of the Sensory-Motor System in Conceptual Knowledge. *Cognitive Neuropsychology* (2005) 3/4: 455–479.
- Alvin GOLDMAN, 2011: Reliabilism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/reliabilism/>>.
- Marcin GORAŻDA, 2013: Normativity According to Hayek. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Riccardo GUASTINI, 2013: *Distinguendo ancora*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paolo: Marcial Pons (Filosofía del diritto positivo).
- Jaap HAGE, 2013: The Deontic Furniture of the World: An Analysis of the Basic Concepts that Embody Normativity. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Anandi HATTIANGADI, 2009: Some more thoughts on semantic oughts: A reply to Daniel Whiting. *Analysis* (2009) 1: 54–63.
- Mateusz HOHOL 2013: The Normativity of Mathematics. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- George LAKOFF & Rafael E. NUÑEZ, 2000: *Where mathematics comes from: how the embodied mind brings mathematics into being*. New York: Basic Books.
- George E. MOORE, 2000: *Principia ethica* [1903]. Cambridge: Cambridge University Press.

- Edward NEĆKA, 2013: Normativity: A Psychological Perspective. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- María Cristina REDONDO, 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (El derecho y la justicia).
- Aeddan SHAW, 2013: The Perspectivist Account of the Normativity of Meaning Debate. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Marta SONIEWICKA, 2013: A Command Without a Commander – From the Paradigm of Normativity to the Paradigm of Responsibility. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Jerzy STELMACH, 2013: The Naturalistic and Antinaturalistic Fallacies in Normative Discourse. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Jerzy STELMACH & Bartosz BROŻEK, 2011: *The normativity of law*. Kraków: Copernicus Center Press (Studies in the philosophy of law, 6).
- Jerzy STELMACH, Bartosz BROŻEK & Mateusz HOHOL, 2013: *The Many Faces of Normativity*. Kraków: Copernicus Center Press.
- Matthias STEUP (Ed.), 2001: *Knowledge, truth, and duty: essays on epistemic justification, responsibility, and virtue*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Michael TOMASELLO, 2007: *Los orígenes culturales de la cognición humana*. Transl. by Alfredo Negrotto. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu (Biblioteca de psicología cognitiva).
- Jan WOLEŃSKI, 2013: Some Analogies Between Normative and Epistemic Discourse. *The Many Faces of Normativity*. Eds. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek & Mateusz Hohol. Kraków: Copernicus Center Press.
- Silvia ZORZETTO, 2013: Thinking of Impossibility in Following Legal Norms: Some Brief Comments About Bartosz Brożek's Rule-Following. *Revus* (2013) 20: 47–60.

*Synopsis***Maribel Narváez Mora****Expressing Norms****On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory**

SLO. | *Izražanje norm. O ubeseditvah norm in drugih ontoloških danostih v pravni teoriji.* Razlika med normami in ubeseditvami norm zavezuje pravoslovce k obravnavanju pravnih norm kot danosti. Avtorica najprej osvetli pot, ki so jo tlakovali nekateri analitični filozofi jezika in ki vodi od pomena do danosti. Nato predstavi sklop problemov, ki nastanejo zaradi obravnavanja norm kot danosti. Ne glede na to, s katero vrsto danosti imamo opraviti, moramo razlikovati med merili prepoznave (ali identifikacije) in primeri poposameznjenja (ali individuacije) tovrstnih danosti. V predstavljenem primeru abstraktnih danosti pa to razlikovanje pade. S tem, da avtorica zamenja pojma pomenske vsebine (ali intenzije) in pomenskega obsega (oz. ekstenzije) besed za vsebinski in obsežnostni vidik tega, o čemer govorimo, očrta tudi predlog metodološkega načrta za pravo in pravno teorijo.

Ključne besede: norme, ubeseditve norme, abstraktne danosti, prepoznavna in poposameznjenje danosti, pomenski obseg (ekstenzija) in vsebina (intenzija)

ENG. | The distinction between norms and norm-formulations commits legal theorists to treat legal norms as entities. In this article the author first explores the path from meaning to entities built by some analytical philosophers of language. Later, she presents a set of problems produced by treating norms as entities. Whatever type of entities we deal with calls for a clear differentiation between identification and individuation criteria of such entities. In the putative case of abstract entities the differentiation collapses. Through changing the notions of the intension and extension of words by extensional and intensional aspects of what we talk about, the author outlines a methodological programme for Law and Legal Theory. That programme is based in the identification of normativity.

Key words: norm, norm-formulation, abstract entity, identification and individuation of entities, extensional vs. intensional

Summary: 1. Norms and Norm-Formulations as Entities. — 2. An Aspiration of Logical Empiricism Through Analytical Philosophy of Language. — 3. Ontological Commitment. — 4. The Problem: Norms as Entities. — 5. Extensional and Intensional Aspects of What We Talk About. — 6. Methodological Programme: Law and Legal Theory without Entities.

Maribel Narváez Mora is a Professor of Law and Society and Legal Theory at the University of Girona, Spain. | Address: Facultat de Dret, Universitat de Girona, Campus de Montilivi, s/n, 17071 Girona, Spain. E-mail: maribel.narvaez@udg.edu.

*Synopsis***Mauro Barberis****Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ?**

SLO. | *Ali novo ustavništvo obstaja?* Gotovo je »novo ustavništvo« novo ime za družino sicer dobro znanih teorij prava; to ime je bilo doslej uporabljeno zgolj v »latinski« teoriji prava. A v nasprotju z nedavno kritiko Riccarda Guastinija, in skladno s širšo obravnavo tega stališča v avtorjevi knjigi *Manuale di filosofia del diritto* (2011), slednji v tem članku trdi, da novo ustavništvo dejansko obstaja – ravno tako kot naravnopravništvo, pravni pozitivizem in pravni realizem. V tem prispevku avtor obravnava tri osrednje teme novega ustavništva, tj. povezavo prava in morale, razlikovanje med pravili in načeli ter tehtanje; vse z namenom, da za njih ponudi boljšo pozitivistično razlago. Tako v tem članku pripozna nenujno, a teoretično bistveno zvezo med pravom in moralo; sprejme kvazi-strogo ločnico med pravnimi pravili in pravnimi načeli; in končno, ponudi pozitivistično, realistično in na pluralizmu vrednot utemeljeno teorijo tehtanja.

Ključne besede: novo ustavništvo, pravo in morala, pravila in načela, tehtanje, pluralizem vrednot

ENG. | *Does Neoconstitutionalism Exist?* To be sure, 'Neoconstitutionalism' is a new name for a family of well-known theories of law: a name till now used only in "Latin" theory of law. But, contrary to Riccardo Guastini's recent criticism, and in compliance with a larger treatment of such a stance in my still more recent book *Manuale di filosofia del diritto* (2011), neoconstitutionalism does exist – just as well as natural law, legal positivism and legal realism do. In this contribution, in fact, three central topics of neoconstitutionalism are discussed – the law-morals connection, the rules/principles distinction and balancing or ponderation – in order to provide a better positivist theory of them. Here, in particular, a contingent but theoretically essential connection between law and morals is recognized; a quasi-hard distinction between legal rules and legal principles is admitted; a positivist, realist and value-pluralist theory of balancing is provided.

Key words: neoconstitutionalism, law and morals, rules and principles, balancing, value pluralism

Summary: 1. Introduction. — 2. Methodology: Neoconstitutionalism Exists After All. — 3. Meta-theory: a Reconstruction of Neoconstitutionalism. — 4. A Positivist Critique of Neoconstitutionalism. — 5. Conclusion.

Mauro Barberis is a Professor of Legal Philosophy at the University of Trieste, Italy. | Address: Università degli studi di Trieste, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste, Italy. E-mail: barberis@units.it.

*Synopsis***David Duarte****Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems**

SLO. | *Analogno sklepanje in tehtanje: teza o delni zvedljivosti in njeni problemi.* Avtor z analizo zgradbe in poteka analognega sklepanja poda kritiko teze o delni zvedljivosti, tj. teze, po kateri je analogno sklepanje – z izjemo tistega koraka, ki ustreza strogi analogiji – mogoče razložiti kot obliko tehtanja. Avtor najprej izpostavi nekatere probleme omenjene teze; na primer nenujnost zvedljivosti in dejstvo, da se pod krinko tehtanja opravlja prava analogija. Osrednje sporočilo razprave pa je trditev, da analognega sklepanja ni mogoče uspešno zvesti na obliko tehtanja.

Ključne besede: analogija, antecedent, tehtanje, dejavniki primerjave, praznine, teza o delni zvedljivosti, načela, pravila, podobnost, subsumpcija

ENG. | With an analysis of the structure and the sequence of analogy, the paper is mainly a critique to the partial reducibility thesis: a thesis sustaining that analogy, besides a strictly analogical step, is in the remaining part reducible to balancing. Thus, the paper points out some problems raised by the partial reducibility thesis, such as the contingency of reducibility or the fact that a proper analogy is done under the cover of a balancing. The main point is, however, the claim that analogy and balancing have opposite normative conditions, being this premise the reason to a structural explanation for the unacceptability of the reducibility enterprise.

Key words: analogy, antecedent, balancing, factors of comparison, gaps, partial reducibility thesis, principles, rules, similarity, subsumption

Summary: 1. Three as the Starting Point for Analogy and Balancing. — 2. Analogy by Steps: Some Basic Considerations Concerning the Sequence. — 3. The Same Steps in a Legal Cases Analogy. — 4. The Partial Reducibility Thesis. — 5. First Problem: Random Weighing Outcome. — 6. Second Problem: Analogy Covered by Balancing. — 7. Third Problem: Balancing Irrelevant Principles. — 8. Fourth Problem: Not Enough Principles for Balancing. — 9. The Background Problem: Analogy and Balancing Do Not Match. — 10. Final Remark.

David Duarte is an Associate Professor of Law at the University of Lisbon, Portugal. | Address: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa, Portugal. E-mail: davidduarte@fd.ulisboa.pt.

*Synopsis***Bartosz Brożek****Analogy and Balancing: A Reply to David Duarte**

SLO. | *Analogno sklepanje in tehtanje. Odgovor Davidu Duarteju.* Cilj članka je odgovoriti na kritiko, ki jo je David Duarte usmeril zoper tezo o delni zvedljivosti, tj. trditev, ki jo Brożek zagovarja v eni izmed svojih knjig in ki pravi, da je analogno sklepanje deloma zvedljivo na tehtanje pravnih načel. Prvi del članka oriše okvir, ki je avtorju služil pri oblikovanju teze o zvedljivosti, tj. Alexyjevo teorijo pravnega sklepanja. Drugi del je namenjen ovrženju Duartejevih ugovorov. Ti naj namreč ne bi upoštevali prej omenjenega okvira. V zadnjem delu avor še zatrdi, da so nekateri vidiki njegove teorije analognega sklepanja neodvisni od omenjenega teoretskega okvira in zato uporabni za katero koli pojmovanje analogije v pravu.

Ključne besede: analogija, tehtanje, teza o delni zvedljivosti

ENG. | The goal of the paper is to reply to David Duarte's critique of the partial reducibility thesis – a claim I defended in one of my books that analogy is partly reducible to the balancing of legal principles. In the first part of the paper I sketch the framework against which the thesis was formulated, i.e. Robert Alexy's theory of legal reasoning. In the second part I attempt to rebut Duarte's objections, pointing out that they do not take into account the Alexian background of my considerations. Finally, I suggest that some aspects of my theory of analogical reasoning are independent of its theoretical background and may be of value for any conceptualization of analogy in the law.

Key words: analogy, balancing, partial reducibility thesis

Summary: 1. Partial Reducibility Thesis and the Alexian Framework. — 2. Duarte's Objections. — 3. Conclusion.

Bartosz Brożek is a Professor of Law and Philosophy at the Jagiellonian University in Krakow, Poland. | Address: Department for the Philosophy of Law and Legal Ethics, Jagiellonian University, Bracka Str. 12, 31-005 Krakow, Poland. E-mail: bbroze@yahoo.com.

*Synopsis***Diego Dei Vecchi****La normatividad desenmascarada**Breves comentarios acerca de *The Many Faces of Normativity*

Eds. Stelmach, Brožek & Hohol (Copernicus Center Press, Kraków 2013)

SLO. | *Razkrinkana normativnost*. Avtor v tem komentarju knjige *The Many Faces of Normativity* (2013) kritično izpostavi nekatere skupne lastnosti več izbranih prispevkov, ki sestavljajo obravnavano delo. Najprej izriše Audijev pogled na poskuse naturalizacije normativnosti ter analizo normativnih pojmov Jappa Hageja. Zatem očrta dva napada na delitev dejstvo/najstvo, s katerima se utrjuje nekatere argumente, ki jih na podlagi iste delitve navadno zavračamo vsaj od Davida Huma naprej. Avtor za konec analizira še več prispevkov s skupno redukcionistično težnjo: razlago normativnosti namreč povezujejo s hipotezami s cvetočega področja nevroznanosti.

Ključne besede: normativnost, razlogi za ravnanje, dejstvo/najstvo, nevroznanosti

ENG. | *Normativity Unmasked*. The author carries out a review of the book *The Many Faces of Normativity* (2013), attempting to highlight some common features emerging throughout the various chapters that comprise the work under consideration. After addressing Robert Audi's view about attempts toward the naturalization of normativity, and Jaap Hage's analysis of normative concepts, the author takes up two attacks against the is/ought distinction that favour arguments considered fallacious – on the basis of the said distinction – at least since David Hume. Subsequently, the author analyses a number of contributions having a common tendency. In his opinion, their (somewhat reductionist) tendency of linking together the explanation of normativity with the hypotheses from the booming field of neurosciences gives to the revised work as a whole a special character.

Key words: normativity, reasons for action, is/ought, neurosciences

Summary: 1. Introduction. – 2. The Goodness Face. – 3. The Required Gesture. – 4. The 'Is/Ought' Distinction: Between the Decrepitude and Schizophrenia? – 5. The Pantomimic Face of Duty. – 6. The Bold-faced Authority.

Diego Dei Vecchi is a doctoral candidate at the Tarello Institute for Legal Philosophy, University of Genoa (Italy). | Address: Tarello Institute for Legal Philosophy, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy. E-mail: deivecchidm@gmail.com.

