

Hartov koncept prava ali etika v pravu

Jelica Šumič-Riha

»Droit (Le Droit): On ne sait pas ce que c'est«.

G. Flaubert

Krivca za nebogljenost navadnega človeka, soočenega s svetom zakonov, je Kant razglasil že pred več kot dvesto leti v *Kritiki čistega uma*, ko je zapisal: »Pravniki še niso našli definicije za koncept prava.« Kantova trditev ima še danes določeno težo, še zlasti če vemo, da jo je izrekel filozof, ki ima v tradiciji zahodne pravne filozofije - od Platona prek Aristotela, T. Akvinskega, Bodina, Hobbesa, Locka, Pufendorfa, Spinoze, Montesquieuja, Rousseauja, Hegla in Marxa tja do Kelsna in Harta danes - ključno mesto. A ne glede na to, kako so filozofi prava opredeljevali pravo, v nečem so se vendarle strinjali, namreč v tem, da je pravo mogoče le v družbi: *Ubi societas, ibi ius*. Natančneje rečeno, pravo je tista institucija, s katero se družba v našem pomenu besede šele konstituira. Šele v tem okviru dobi pravi pomen tudi Flaubertova trditev: »Ne vemo, kaj je pravo,« saj bi jo morali dopolniti takole: Tudi če ne vemo, kaj je pravo, nam to še ne onemogoča, da ga ne bi v svojem vsakdanjem izkustvu nenehno prakticirali. Daleč od tega, da bi ta paradoks vsakdanjega pravnega izkustva poskušali pojasniti z nekakšno intuitivno ali kar vrojeno vednostjo o zakonih, ki jih moramo spoštovati, ga moramo prej dojeti kot udejanjenje imanentne protislovnosti prava samega: na eni strani se mora ločiti od morale, a hkrati ohraniti kot svoj ideal pravičnosti, kajti *lex iniusta non est lex*, na drugi od političnega nasilja: ni zgolj orodje prisile, ki omejuje subjektovo svobodo, ampak vzpostavlja prav tiste pogoje, ki šele odprejo prostor za subjektovo svobodo.

Ta notranja protislovnost prava, ki se je v zgodovini pravne filozofije zrcalila v nenehnih sporih med jusnaturalisti in pozitivisti, se še danes kaže v različnih odgovorih na vprašanje: Zakaj zakone sploh spoštujemo? Kaj nas sili, da se jim podredimo? V čem je utemeljena njihova obligativna narava? V delih H.L.A. Harta, sopotnika J.L. Austina, začetnika filozofije naravne govornice, morda ne najdemo odgovorov na gornja vprašanja, ki bi nas popolnoma zadovoljili, gotovo pa nakaže smer, v kateri bi jih morali iskati.

Hartova zasluga je, da je v zdaj že klasičnem delu *The Concept of Law* iz šestdesetih let in v dvajset let pozneje objavljenih *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*¹ v nasprotju z vso dosedanjo tradicijo pravne filozofije,

1. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, Toronto 1961; *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1982.

tako jusnaturalistične kakor tudi pozitivistične, ki je na vprašanje: Kaj nas obvezuje k temu, da spoštujemo zakon, odgovorila bolj ali manj nerefektirano s tautologijo: Zakon je treba spoštovati zato, ker je pač zakon, zvezo med obveznostjo in zakonom postavil kot temeljno vprašanje pravne teorije, ki določi tudi okvir za definicijo koncepta prava.

Nekateri sodobni pravni teoretiki, med njimi, denimo, M.B.E. Smith,² so ta problem spoštovanja zakona odpravili tako, da so ga čisto preprosto razglasili za kvazi-problem. Po Smithovem mnenju namreč nič ne povemo o zakonu, če rečemo, da nas zakon obvezuje k temu, da ga spoštujemo, tako kot nič ne povemo o obljudi, če rečemo, da obljava zahteva, da jo izpolnimo. Tiha predpostavka tega stališča je, da je zveza med zakonom oz. obljudo in obveznostjo spoštovanja tako samoumevna, da o njej sploh ni vredno izgubljeni besed. Narobe pa je pravna filozofija, ki deluje v okviru Hartove paradigme,³ pokazala, opirajoč se pri tem tudi na dognanja teorije govornih dejanj, zlasti na analize obljuje kot zgleda za ilokucijski akt, da obveznost spoštovanja ni nevprašljiva pritoklina zakona oz. obljuje, pač pa da pomeni povezati zakon oz. obljudo z obveznostjo, da ju že na čisto določen način razumemo, način, ki ga je treba ravno pojasniti. Preprosto rečeno, kako naj vemo, ali nas zakon oz. obljava k nečemu obvezujeta/zavezujeta, če ne povemo, kaj sta zakon oz. obljava? V tem pomenu je treba razumeti tudi Soperjevo retorično vprašanje: »Ali je res mogoče, da na sklep o tem, ali zakon obvezuje k spoštovanju, ne vpliva to, na katero stališče se postavimo v sporih v pravni teoriji?«⁴

Tudi če bi predpostavili, da vlada v pravni teoriji konsenz vsaj glede tega, da zakon obvezuje k spoštovanju – kar nikakor ni nujno⁵ – bi še vedno ostalo odprto vprašanje, ali je obveznost, ki zapoveduje poslušnost, moralna obveznost, ali specifična, iz narave zakona samega izvirajoča obveznost, ali pa čisto preprosto ni take obveznosti, pač pa zakon spoštujemo zato, ker se bojimo kazni, ker smo konformisti in se zgledujemo po drugih, ker tako ravnamo iz navade itn. Brž ko torej poskušamo natančneje opredeliti to obveznost, dozdevno strinjanje izgine in pokaže se, da imamo opraviti z različnimi, skorajda izključujočimi se konceptijami prava: jusnaturalistično, pravno avtonomistično, utilitaristično itn., skratka, pokaže se, da vsaka izmed njih na specifičen način opredeljuje obveznost v pravu glede na razmerje prava do morale in politične moči, glede na mesto in funkcijo prava v družbi.

Po tradicionalni pravni teoriji, torej tako jusnaturalistični kot pozitivistični, moramo storiti tisto, kar nam zakon zapoveduje, oz. ne smemo storiti nečesa, kar nam

2. M.B.E. Smith, »Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?«, *Yale Law Journal*, vol. 82 (1973).

3. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1980, P. Soper, »The Obligation to Obey the Law« v *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart* (Ur. R. Gavison), Clarendon Press 1987.

4. P. Soper, »The Obligation to Obey the Law«, *op. cit.*, str. 129.

5. Če je v tradicionalni pravni teoriji prevladovalo stališče, da obstaja dolžnost oz. obveznost, ki nam zapoveduje poslušnost zakonom, pa se od srede sedemdesetih let naprej vedno bolj uveljavlja nasprotno stališče, da take univerzalne dolžnosti, veljavne za vse čase in kraje, ni. Cf. M.B.E. Smith, »Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?«, *Yale Law Journal*, vol. 82 (1973), R.A. Wasserstrom, »The Obligation to Obey the Law«, v *Essays in Legal Philosophy* (Ur. R.S. Summers), Oxford 1979, Raz, »The Obligation to Obey The Law«, v *The Authority of Law*, Oxford 1979.

prepoveduje, zgolj zato, ker zakon tako določa, ne upošteva kakšnih drugih razlogov, ki bi subjekta zakona gnali k poslušnosti, denimo, moralni občutek dolžnosti, lastna korist, strah pred kaznijo itn. Z vidika obveznosti spoštovanja zakona je popolnoma vseeno, ali dejanje, ki ga zakon sankcionira, izvršimo zato, ker smo prepričani, da je moralno, ker si od svojega početja ometamo kakšne koristi, ali pa se bojimo kazni. Tako za tradicionalno kakor tudi za sodobno pravno teorijo so subjektivni razlogi in motivi za spoštovanje zakona popolnoma irelevantni za koncept zakonske obveznosti. Bistvene razlike v pojmovanju te obveznosti pa se pokažejo, ko se vprašamo, ali je dolžnost spoštovati zakon utemeljena v zakonu samem ali v kakšni instanci, ki je zakonu zunanja ali glede nanj heterogena. Jusnaturalisti utemljejejo obveznost spoštovanja zakona v večnih, univerzalnih moralnih načelih pravičnosti, skupnih vsem ljudem, pa naj izvirajo od Boga ali iz Razuma. Za utilitariste pa je treba spoštovati zakone zato, ker je za družbo kot celoto in seveda za nas kot njene člane bolj koristno, da spoštujemo zakone, tudi za ceno svoje okrnjene svobode, kakor da živimo v kaosu, vojni vseh proti vsem. Tako jusnaturalistom kakor pozitivistom pa je skupno to, da obveznosti spoštovanja zakona ni mogoče utemeljiti v zakonu samem.

V zadnjih stopetdesetih letih je pozitivizem skoraj popolnoma izrinil jusnaturalistične refleksije iz pravne teorije, zato so glavna tarča Hartovih kritik predvsem utilitaristične različice pravnega pozitivizma. Največjo pomanjkljivost utilitaristične teorije vidi Hart v tem, da razume zakone kot ukaze oz. zapovedi, ki jih spoštujemo zato, ker je za vsako kršitev odmerjena ustrezna, bolj ali manj boleča kazen. Utilitarist po Hartovem mnenju v najboljšem primeru lahko pojasni, zakaj smo nekaj prisiljeni narediti (*ought to do*) – denimo zato, ker se bojimo kazni – ne pa tudi, zakaj je naša obveznost (*to have an obligation*), da naredimo kar zakon od nas zahteva:

»Obveznost spoštovati [zakon] ... je nekaj, kar se loči od vsakršnega morebitnega moralnega razloga za poslušnost zaradi ugodnih posledic (oz. zato, da bi preprečili trpljenje); obveznost izvira iz sodelovanja članov družbe kot take in ne iz tega, da gre za človeška bitja, ki jim ne bi smeli povzročiti trpljenja.«⁶

Naloga pravne teorije, kot jo razume Hart – se pravi teorije, ki ni normativna in ne predpisuje, kakšno naj bi bilo pravo, ampak opisuje, kako pravni sistem v resnici deluje – je v tem, da pokaže, da je že samo dejstvo, da prepoznamo, identificiramo neko pravilo ali zapoved kot zakon že zadosten moralni razlog za to, da ga spoštujemo:

»A noben pozitivist, za katerega, tako kot tudi zame, pravne pravice in dolžnosti niso posebna vrsta moralnih pravic in dolžnosti, ne bi trdil, da pravne pravice in dolžnosti, ki izvirajo iz moralno trdnih pravnih načel, ne bi mogle biti vsaj prima-facie moralni razlog za delovanje in njihovo uveljavitev. Pač pa pozitivist trdi, da ni prepričljivih razlogov za to, da koncepta pravne pravice in pravne dolžnosti omejimo na take primere, in da ni prepričljivih argumentov za to, da v deskriptivni pravni teoriji ne bi smeli uporabiti konceptov, ki niso tako omejeni.«⁷

6. H.L.A. Hart, »Are there any Natural Rights«, *Philosophical Review*, 64 (1955), str. 176.

7. Isti, komentar k R. Dworkin, »Legal Theory and the Problem of Sense«, v *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, str. 42.

Bistveno za Hartovo pojmovanje obveznosti spoštovati zakone je, da na eni strani vztraja, da je obveznost spoštovati zakone *moralna* obveznost, in da se kljub temu šteje za pozitivista. V prizadevanju ločiti pravo od morale je šel, denimo v *Esejih o Benthamu*, celo tako daleč, da je trdil, da ima beseda obveznost v sintagmah »moralna obveznost« in »pravna obveznost« popolnoma različen pomen.⁸ Ta presenetljiva trditev, ki je niso kritizirali le zagovorniki posodobljenega, modificiranega jusnaturalizma, kakršen je, denimo, Ronald Dworkin,⁹ temveč tudi Hartovi zagovorniki, med njimi predvsem Neil McCormick,¹⁰ avtor ene najboljših monografij, posvečenih Hartovi teoriji, dobi svoj pravi pomen šele na ozadju Hartove razmejnitve od naturalistične in tradicionalne pozitivistične pozicije.

Hartova izvirnost je v tem, da tradicionalnih pojmovanj koncepta prava in spoštovanja zakona, ki ju je kritiziral, ni zavrnil kot preprosto napačnih, temveč je pokazal, da zastopata dve stališči oz. dva odnosa, ki ju imajo do zakona njegovi subjekti/podložniki. Pozitivist se postavi na stališče zunanjega opazovalca, ki ugotavlja, ali drugi spoštujejo zakone, jusnaturalist zagovarja notranji vidik zakona in poudarja, da je zakone treba spoštovati iz občutka moralne dolžnosti. Pozitivist ohranja distanco do zakona, jusnaturalist jo prepoveduje. Za pozitivista ni ničesar ne v zakonu ne v subjektu samem, kar bi ga sililo k spoštovanju zakonov razen zunanje prisile, za jusnaturalista je prisila ponotranjena: subjektova moralna dolžnost je, da spoštuje zakone, ker so zakoni sami utemeljeni na univerzalnih, moralnih načelih pravičnosti. Ta dva odnosa, pozitivistični oz. *zunanjji*, kot pravi Hart, in naturalistični oz. *notranjji*, nista nič arbitrarnega, kontingentnega glede na pravo, temveč sta utemeljena v dvojnosti pravnega reda samega.

O pravnem redu v pravem pomenu besede je po Hartovem mnenju mogoče govoriti šele, ko bazična ali primarna pravila oz. norme, ki subjektom prepovedujejo nekatera dejanja, druga pa zapovedujejo, neodvisno od njihovih subjektivnih motivov in razlogov, nadgradijo sekundarna ali konstitutivna pravila ali norme, ki omogočajo, da subjekti s tem, da nekaj izrečejo ali naredijo, vpeljejo nova primarna pravila, odpravijo stara, določijo in nadzorujejo izvrševanje še veljavnih primarnih pravil. Primarna pravila nalagajo dolžnosti, sekundarna podeljujejo moč in oblast.

Pravni red v pravem pomenu besede se po Hartu konstituira šele z vpeljavo sekundarnih pravil. Sekundarna pravila so v nekem smislu pravila na drugo potenco, so pravila za primarna pravila: v nasprotju »s primarnimi pravili, ki zadevajo dejanja posameznikov, ki jih ti morajo izvršiti ali ne smejo izvršiti, sekundarna pravila zadevajo sama pravila. Določajo, kako je treba vpeljati, uveljaviti, odpraviti in spremeniti primarna pravila in kako ugotoviti njihovo kršitev.«¹¹

Zato da bi ustrezno opisali in pojasnili ireduktibilno razliko med primarnimi in sekundarnimi zakonskimi normami oz. pravili, je po Hartovem mnenju nujno, da

8. Isti, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, str. 147.

9. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.) 1978.

10. N. McCormick, *H.L.A. Hart*, London 1981.

11. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, str. 92.

ločimo dva odnosa subjekta do pravila: notranji in zunanji. Na ravni primarnih pravil, ki jim Hart pravi tudi obligacijska, ni nujno, da subjekt čuti dolžnost ali obveznost, da jih spoštuje. Konformnost vedenja, ki jo ta pravila zahtevajo, je zagotovljena že z grožnjo fizičnih sankcij za kršilce. Zato tudi zunanji pogled pozitivista vidi obveznost predvsem kot družbeni pritisk, ki vsili posameznikom uniformno obliko vedenja s pomočjo različnih represivnih institucij, ki bodisi zahtevajo in odmerijo kazni za kršilce ali pa jih izvršujejo. Toda imeti neko obveznost, dolžnost do zakona ne pomeni tudi čutiti se zavezan, da spoštuješ zakon. To notranje izkustvo dolžnosti pa je pozitivistu, ki se postavi na stališče zunanjega opazovalca, ko ugotavlja, ali v neki skupnosti obstaja in deluje pravni red, nedostopno, kajti »... tako splošno poslušnost kot nadaljnjo uporabo zakonov lahko spodbudijo strah, inertnost, spoštovanje tradicije ali dolgoročno računanje na sebične interese in priznavanje moralne obveznosti. Kolikor obstaja splošna kompleksna praksa, to že zadostuje za to, da ugotovimo, da pravni red obstaja. Vprašanje, kaj motivira to prakso, pa zahteva popolnoma ločeno raziskavo.«¹²

Pozitivistu, ki po vedenju posameznikov ugotavlja, ali v neki skupnosti deluje pravni red ali ne, pomeni, da je imel nekdo obveznost, da nekaj naredi (*had an obligation to do*), najprej in predvsem, da je bil prisiljen to narediti (*was obliged to do it*). Lahko bi rekli, da je za pozitiviste, denimo, za J. Austina,¹³ ki zakonske norme razumejo kot zapovedi, katerih kršitev je ustrezno sankcionirana, vprašanje obveznosti do zakona v zadnji instanci irelevantno, in sicer prav v tisti meri, v kateri ima pravni sistem na voljo dovolj učinkovita sredstva, da svoje podložnike prisili k poslušnosti, ne glede na njihova osebna prepričanja, verjetja, strahove ali moralne vzgibe. Pozitivisti imajo po Hartu prav, ko vprašanje obveznosti do zakona ločijo od vseh morebitnih subjektivnih razlogov za njihovo spoštovanje. Cena za to, da obveznost – popolnoma upravičeno – »depsihologizirajo«, pa je, da jo lahko razumejo le kot napoved, da bo kršilce zakona, če jih bodo odkrili, doletela predpisana kazen. Hartov temeljni ugovor pozitivistični interpretaciji je, da ne vidi, da kršitev zakonske norme »ni zgolj podlaga za napoved, da bodo sledile bodoče reakcije, ali da bo sodišče uporabilo sankcije zoper tiste, ki so jih kršili, temveč tudi razlog in upravičenje za tako reakcijo in za uporabo sankcij.«¹⁴

Hartova kritika pozitivističnega pojmovanja kršitve zakona kot podlage za napoved za kazen in ne kot razloga za kazen opozori na neko temeljno nekompatibilnost med pozitivističnim zunanjim odnosom do zakona in obveznostjo. Za pozitiviste obveznost spoštovati zakon koincidira z dejanskim spoštovanjem, zato je zanje nesmiselno in morda celo protislovno reči, da je nekdo po zakonu dolžan, obvezan, da pred sodiščem resnično priča, in hkrati trditi, da ga ne bo doletela kazen, če bo lažno pričal, bodisi da je tako prepričljivo lagal, bodisi da je podkupil sodnike. Za Harta pa taka izjava ni nič protislovnega, ampak je povsem vsakdanja in vsem

12. Isti, »Legal and Moral Obligation«, v *Essays in Moral Philosophy* (Ur. A.I. Melden), Seattle 1958, str. 92 sl.

13. Gre za J. Austina, avtorja *The Province of Jurisprudence Determined*, enega najbolj vplivnih pravnih pozitivistov 19. stol., in ne za J.L. Austina, začetnika filozofije naravne govornice.

14. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, str. 82.

razumljiva. Tako kot ni protislovno reči, da je treba obljubo izpolniti, ne glede na to, ali jo bodo dejansko izpolnili, tako tudi ni protislovno reči, da je zakone treba spoštovati, ne glede na to, ali jih bomo tudi dejansko spoštovali. V tem pomenu vsaka kršitev zakona zahteva kazen, ne glede na to, ali jo odkrijejo ali ne.

V tej razliki med pojmovanjem kršitve zakona kot *podlage za napoved* kazni in pojmovanjem kršitve kot *razlogom* za kazen se kaže tudi razlika med zunanji in notranji pogledom na zakon. Pozitivist kot zunanji opazovalec lahko le na podlagi vedenja skupine ugotavlja, ali v njej velja kakšno pravilo, ki predpisuje ali prepoveduje članom te skupine neko uniformno obliko vedenja. Če ugotovi uniformno vedenje večine članov in kaznovanje deviantnega vedenja manjšine, potem sklepa, da v skupini velja neko obligacijsko pravilo z določenimi sankcijami. Odstopanje od standardnega, normalnega vedenja večine razume kot znamenje, da bodo za kršilce sledile boleče reakcije. Pozitivist po Hartovem mnenju ravna podobno kot nekdo, ki opazuje vedenje prometnih udeležencev, ko zagledajo rdečo luč na semaforju. Za opazovalca je rdeča luč znak, da se bo promet ustavil, za prometnega udeleženca pa rdeča luč ni le znak za to, da se bodo drugi ustavili, ampak je znak zanj, da se mora on ustaviti, skratka, zanj je pravilo, ki ga je dolžan spoštovati in mu prilagoditi svoje vedenje, ne glede na to, ali se mu zdi smiselno ali ne, saj ga bodo v nasprotnem primeru doletele bolj ali manj neprijetne posledice.

Poanta Hartove kritike pozitivističnega pristopa je, da s stališča zunanjega opazovalca ni mogoče ugotoviti, ali ima posameznik – ne glede na to, ali dejansko krši neko zakonsko normo, ali se po njej ravna – zunanji ali notranji odnos do nje. Drugače rečeno, iz zunanjega gledišča do zakona ni mogoče utemeljiti obveznosti, da je zakon treba spoštovati. Vendar zunanjega odnosa do zakona nima le opazovalec, ki ugotavlja, kako se glede na neko normo vedejo drugi, ampak ga imajo lahko tudi tisti, ki bi normo morali spoštovati kot vodilo za svoje vedenje. Pozitivistični pristop je potemtakem utemeljen, kolikor se v njem reflektira način, kako norma funkcionira za nekatere člane skupnosti, namreč za tiste, ki normo zavračajo oz. jo spoštujejo le, kolikor sodijo, da jih bodo doletele neprijetne posledice, če jo bodo kršili. Njihov odnos do norme bi lahko opisali, denimo, takole: »Prisiljen sem to storiti, sicer...«, »Če tega ne storim, potem bom kaznovan« itn., nikakor pa zanje ne bi mogli reči, da so »čutili dolžnost, da nekaj storijo«. Zanje bi lahko rekli, da se samo »pretvarjajo«, da so sprejeli »pravila igre«, v resnici pa ne čutijo vezi, ki tiči v besedi obveznost, vezi, ki konstituira neko skupnost.

Hartovo opredelitev zunanjega odnosa do zakona bi lahko opredelili tudi takole: tisto, kar manjka tako pozitivistu, ki od zunaj ugotavlja, ali pravni red funkcionira v neki skupnosti, kot tudi podložniku zakona, ki ga zakon »ni zagrabil od znotraj«, je Drugi oz. Zakon kot Drugi, ki mu Hart pravi obveznost spoštovati zakone. Prav zato, ker pozitivist ne priznava Drugega kot »moralne dolžnosti« spoštovati zakone, priznati pa ga ne more, ker mu s točke, od koder pravni red opazuje, tudi ni dostopen, ostaja zanj regularnost vedenja članov neke skupnosti popolnoma naključna konvergenca. Za pozitivista je zato tudi skupnost, v kateri naj bi vladal pravni red, zgolj konglomerat posameznikov, ki imajo zunanji odnos do zakonov,

ne čutijo se jim zavezane, vendar se iz različnih razlogov (strahu, koristoljubja, navade itn.) po njih ravna oz. ne ravna, če so dovolj spretni, da se izmaknejo kazni. Za pozitivista Družba ne eksistira, ker ni ničesar, kar bi jo konstituiralo, nobene konvencije, nobenega pakta ni, ki bi zavezoval njene člane. Pozitivistova skupnost, ki naj bi imela pravni sistem, je še najbolj podobna ladji norcev, skupku posameznikov, ki jih nič ne sili, da se ravna po zakonih, in jim nič ne preprečuje, da jih ne bi kršili, ali si izmislili novih zakonov, saj jim ravno manjka tisti Zakon-izjema, ki bi totaliziral množico spreminjajočih se zakonov, manjka jim temeljna norma, če uporabimo Kelsnov izraz, ki ni nič drugega kot zapoved, da je zakone treba spoštovati.

Hart ne gre v svoji kritiki pozitivizma tako daleč, ker mu priznava zmožnost ustreznega opisa funkcioniranja bazičnih oz. obligacijskih zakonskih norm prav zato, ker se omeji na zunanji vidik zakonov in postavi v oklepaj vse subjektivne motive za spoštovanje zakonov. Pozitivist kot nezainteresirani zunanji opazovalec ugotovi, da je trditev, da obstaja v neki skupnosti zakonska norma, utemeljena le, če opazi zadostno stopnjo konformnosti oz. regularnosti v vedenju te skupnosti, opiše pa jo zgolj z zunanjega vidika zakonske norme, denimo: »Člani skupnosti S ponavadi (praviloma) naredijo X v situaciji tipa Y«. Ne more pa pojasniti, kaj motivira tako regularnost. Za to je po Hartu potrebna posebna »refleksivna kritična drža«, ki se kaže kot medsebojna zahteva članov skupnosti po skladnosti z normo, kot kritika odstopanja od norme in kot sprejetje take kritike kot upravičene.¹⁵ Tej refleksivni kritični drži pravi Hart notranji vidik obstoja zakonske norme. Eden izmed temeljnih pogojev za tako notranje gledišče pa je, da moramo imeti na voljo določene kriterije ali standarde za identifikacijo norme, ki jim Hart pravi sekundarna pravila. Preprosto rečeno, neko zakonsko normo lahko spoštujemo le, če vemo, da je zakonska norma. Med sekundarnimi pravili, katerih poglobljena funkcija je po Hartu, da identificirajo norme kot zakonske norme, je zato najpomembnejše ali najvišje pravilo ravno pravilo za prepoznavo (*the rule of recognition*).

Pravilo za prepoznavo določa neko potezo ali več potez, ki jih mora imeti primarno, obligacijsko pravilo zato, da bi ga lahko popolnoma nedvoumno prepoznali kot pravilo. Ena od najbolj značilnih prepoznavnih potez pravila je njegov *zapis*. Zapis pravila pomeni po Hartovem mnenju odločilni korak iz predpravnega reda v pravni red. Tudi če je sam zapis, zgodovinsko gledano, nekaj popolnoma kontingentnega, pa zgolj s tem, da zapisu pravila pripoznavamo težo avtoritete, pomeni, da mora biti pravilo, če naj velja kot zakon, nujno zapisano. Funkcija zapisa ni, da fiksira nepisano pravilo, po katerem se je skupnost ravnala, in da na podlagi tako utrjene oblike pravila omogoči enoumno interpretacijo njegovega pomena, pač pa da subjektu »pove«, da je soočen z zakonsko normo, to je, z nekim pravilom za vedenje, katere kršitev ima za posledico bolj ali manj boleče sankcije. Pomen zakonske norme je lahko še naprej odprt, področje njene uporabe in veljavnosti je stvar bolj ali manj široko določene sodnikove diskrecijske pravice, a tisto, kar mora biti popolnoma nedvoumno, česar torej ni mogoče postaviti pod vprašaj, je, da gre ravno za zakon in ne, denimo, za bolj ali manj obvezujoče pravilo (lepega) vede-

15. *Op. cit.*, str. 56.

nja. Zapis pravil je torej prvo in najpomembnejše znamenje za to, da v neki skupnosti vlada pravni red.

Pravilo za prepoznavo, ki podeli primarnim pravilom status zakona, je lahko v sodobnih pravnih sistemih bolj ali manj kompleksno, saj primarnih pravil ne identificira le s pomočjo zapisa, temveč tudi glede na to, katera instanca jih predlaga, katera jih sprejema, kakšni so pogoji za njihovo aplikacijo itn., a tisto, kar je specifično za pravilo za prepoznavo, kar je samo njegovo bistvo, je, da zgolj s tem, da dá primarnim pravilom pečat avtoritete, poenoti množico ločenih, nepovezanih pravil v pravni sistem. V tem pomenu bi lahko rekli, da je pravilo za prepoznavo, skupaj z drugimi sekundarnimi pravili, temelj prava, je njegov Drugi. Z drugimi besedami, sekundarna pravila imajo v sodobnih pravnih sistemih, ki so se odpovedali referenci na Boga, Razum, na Naravo ali kako drugo univerzalno utemeljitveno instanco, funkcijo naravnega prava kot temelja pozitivnega prava, namreč to, da zagotovi *legitimnost legalnosti*, to je, da zagotovi legitimnost množici pozitivnih zakonskih norm. Sekundarna pravila, predvsem pravilo za prepoznavo, so po Hartu pravo prava, njegov Zakon, instanca, na kateri pravo reflektira samo sebe. Ta instanca samorefleksije prava je hkrati tudi instanca samonanašanja, saj je v nasprotju z jusnaturalisti, ki so jo postavljali v naravno pravo kot zunanje pozitivnemu pravu, postavljena v samo pravo, v sekundarna pravila, natančneje, v sekundarna pravila, kolikor so utelešena v »uradnikih«, »funkcionarjih« [officials] prava.

Hart vseskoz poudarja temeljno, ireduktibilno razliko med navadnimi podložniki zakona in uradniki, med katerimi ima najpomembnejšo vlogo sodnik:

»Pravni sistem ... 'obstaja' ... le, če je učinkovit Skoraj celotno prebivalstvo lahko vztraja v stanju pasivne poslušnosti. Gledišče uradnikov samih pa mora biti nekoliko drugačno. Kajti 'pravni sistem' že po definiciji zahteva pravilo za prepoznavo, pravilo, ki predpiše uradnikom, kako so dolžni aplicirati določena pravila kot 'zakon'. A za to, da bi samo to pravilo obstajalo, je nujno, da uradniki v njem vidijo zavezujoče družbeno pravilo. Sprejeti ga morajo in opazovati 'z notranjega gledišča'.«¹⁶

Preprosto rečeno: navadni podložniki zakona lahko vseskoz vztrajajo na zunanjem odnosu do zakona, notranji odnos zanje ni obvezen, uradniki pa po definiciji ne morejo imeti zunanjega odnosa. Notranjega odnosa do zakonov pa nimajo tisti, ki se zaradi takih ali drugačnih subjektivnih razlogov čutijo dolžne, da sprejmejo zakone in se po njih ravnaajo, pač pa tisti, ki jih morajo na tak način sprejeti po svoji funkciji. Sodnikovo gledišče je po Hartu po definiciji notranje, ne glede na to, da je lahko subjektivno prepričan, da je neka zakonska norma krivična ali celo nemoralna. Za navadnega državljana pa je vseeno, ali se glede na zakonsko normo postavi na zunanje gledišče ali notranje, saj za to, da bi pravni sistem deloval, zado-
stuje, če njegovo vedenje bistveno ne odstopa od vedenja večine.

Bistveno vprašanje je, na kakšen način Hart utemelji to ireduktibilno razliko med

navadnimi državljani in pravnimi uradniki, razliko, ki ne izvira iz kakšnega razsvetljskega elitizma?

Funkcija sekundarnih pravil, zlasti pravila za prepoznavo, je podobna funkciji Kelsnove bazične norme¹⁷ v tem, da sekundarna pravila utemeljujejo vsa druga pravila, zato so, denimo, sodniki dolžni, lahko bi rekli celo, da so moralno zavezani k temu, da uporabljajo primarno pravilo tako, kot so ga identificirali s pomočjo kriterijev, ki jih dajejo sekundarna pravila. Navadni državljani, ki imajo ponavadi le megleno predstavo o pravni strukturi in o kriterijih za veljavnost zakonskih norm, resda – sodeč po njihovem vedenju – spoštujejo zakonske norme, a nikakor ni nujno, da se »zakon«, kot ga oni razumejo, ujema s tistim, kar so uradniki prava prepoznali kot zakonsko normo. Za to, da bi navaden državljan spoštoval zakon, ne le da ni potrebno, da ga spoštuje iz občutka moralne dolžnosti, temveč ga lahko spoštuje, tudi če, strogo vzeto, ne ve, da ga spoštuje, če zakona sploh ne pozna.

»Funkcionar zakona« po Hartovem mnenju seveda ne more biti nikdar v tem položaju nevednosti glede zakona, ker je šele on tisti, ki pove, kaj zakon je. To seveda ne pomeni, da sodnik popolnoma arbitrarno »ustvarja« zakone – ne glede na to, da je sodnikova diskrecijska pravica dojeta v anglosaških deželah zelo široko – pač pa, da dobi neka zakonska norma nevprašljiv, dokončen status šele, ko jo sodnik, opirajoč se na pravilo za prepoznavo, aplicira v nekem konkretnem primeru. Vloga sodnika v pravu je po Hartovem mnenju podobna vlogi sodnika v igri.¹⁸ V nogometu in podobnih igrah šteje zaden kot zaden šele, ko ga razglasi sodnik. To ne pomeni, da sodnik poljubno razglša ali razveljavlja zadetke, ampak da v ustreznih situacijah uporabi pravilo za določitev zadetka.

Na tem razmeroma preprostem zgledu Hart ponazori, da sodnikova funkcija ni utemeljena v njegovem boljšem poznavanju zakonov, pač pa v tem, da bo neko dejstveno stanje dobilo legalen status šele, ko ga bo za takšno razglasil sodnik. Načelno je mogoče igrati nogomet in podobne igre tudi brez sodnika. zadostuje, da vlada med igralci konsenz glede pravil igre in njihove uporabe. A brž ko je vzpostavljena funkcija sodnika, ki naj razglasi zadetke in izid igre, so vse izjave igralcev (in gledalcev), tudi če pravilno aplicirajo pravilo za določitev zadetka in tudi če sodnik napačno razglasi ali razveljavi zadetek, za izid igre popolnoma nezavezujoče. Izjave igralcev in gledalcev so neuradna uporaba pravila za določitev zadetka in kot take ne štejejo, sodnikove rzsodbe pa so nevprašljive in dokončne, tudi če se je zmotil ali celo goljufal, saj jim daje težo avtoriteta, ki mu pritiče že zaradi funkcije, ki jo ima v igri. In tudi že bi sodnik zelo poljubno uporabljal svoje »diskrecijsko pravilo«, bi še vedno veljalo, da je »zaden tisto, kar sodnik razglasi za zaden«. Razlika glede na standarden ali normalen potek igre bi bila le v tem, da bi sodnik vsakič, ko bi razglasil zadetek, uporabil drugačno, novo pravilo. Sodnikova rzsodba bi bila še vedno dokončna in nezmotljiva oziroma, natančneje, vprašanje zmot-

17. H. Kelsen, »On the Basic Norm«, *California Law Review*, št. 47 (1959).

18. *Op. cit.*, str. 139 ssl.

ljivosti ali nezmotljivosti bi postalo nesmiselno, saj ne bi bilo nobenega neodvisnega kriterija za ločev pravilnega od napačnega.

Hartova teorija jasno pokaže, da je temeljni problem prava problem njegove utemeljitve, ker se ne more izmotati iz začaranega kroga samonanašanja. To je še najbolj očitno v vlogi sodnika kot najvišje avtoritete v pravnem sistemu. Sodnik ne interpretira le pomena primarnih pravil v konkretnih primerih njegove aplikacije, ampak mora v primerih, za katere ni ustreznega primarnega pravila, izumiti novo pravilo in ga uporabiti tako, kakor da bi že od nekdanj obstajalo, pravilo, ki bo po- slej obvezujoče za nadaljnjo prakso. Temeljno vprašanje pa je, kaj daje oporo sod- nikovi razsodbi. Hart vseskoz vztraja, da je pomen pravil odprt, kar velja tako za primarna kakor tudi za sekundarna pravila. Resda sodnik identificira primarna pravila s pomočjo sekundarnih, vendar nima na voljo kakih višjih pravil tretje vr- ste, ki bi določala aplikacijo sekundarnih pravil. V zadnji instanci je »zakon tisto, kar sodnik razglasi za zakon«. Načelno ni sodnik nič manj nepošten, nemoralen ali strahopeten od navadnih državljanov, edino, kar ga loči od navadnih državljanov je, da mora prostovoljno sprejeti »pravila igre«:

»Nujni pogoj za obstoj normativne moči je, da morajo vsaj nekateri prostovoljno sodelovati v sistemu in sprejeti njegova pravila. ... Ni pa res, da tisti, ki sprejemajo sistem prostovoljno, morajo sebe dojeti kot moralno zavezane, da to storijo ... V resnici se lahko njihova uklonitev sistemu opira na celo vrsto različnih ozirov: raču- nanje na dolgoročne koristi, nezainteresirano zanimanje za druge, nereflektirano sprejeta ali tradicionalna stališča ali gola želja, da bi ravnali tako kot drugi. In ravno tako ni nobenega razloga, zakaj si ne bi tisti, ki so sprejeli avtoriteto sistema, izprašali vesti in ugotovili, da z moralnega gledišča sistema ne bi smeli sprejeti, pa vendar ga zaradi različnih razlogov še naprej sprejemajo.«¹⁹

V sodniku so zgoščena vsa protislovja prava kot avtopoietičnega, samonanašalnega sistema, torej sistema, ki samega sebe ustvarja, ki aplicira, korigira in ukinja neka- tere izmed svojih norm v skladu s kriteriji, ki jih sam postavlja. V sodniku koincidi- rata največja moč in nemoč, največja svoboda in nesvoboda. Če namreč velja, kot pravi Hart, da je »zakon tisto, kar sodnik razglasi za zakon«, in če načelno sodni- ku nič ne onemogoča, da ne bi razsojal popolnoma samovoljno, iracionalno in ka- priciozno, bi bile njegove razsodbe, dokler bi seveda opravljal funkcijo sodnika, še vedno dokončne in nevprašljive. Vendar kapricioznosti in iracionalnosti razsodb ne bi pripisovali sodniku – saj je, kot Hart nenehno ponavlja, za funkcioniranje prav- nega sistema popolnoma irelevantno, kakšna so njegova osebna prepričanja – ampak pravnemu sistemu, kajti sodnik ni nič drugega kot telo prava, usta, skozi katera se razglša.

Obveznost spoštovati zakone dobi pravi pomen šele na ravni sodnika: prav zaradi brezopornosti prava samega, zato, ker je njegov temelj zgolj pravilo za prepozna- vo, je nujno, da sodnik, kot pravi Hart, »prostovoljno sodeluje v sistemu«, z dru- gim besedami, da žrtvuje svojo svobodo, da izgine kot oseba in obstaja le kot »funkcionar«.

19. *Op. cit.*, str. 198 sl.