

menjati za patološki narcisizem, reflektivnost, ki se razširi tudi na vprašanje telesnosti in telo, pa za hedonizem. Samoidentiteta namreč ni pasiven objekt, opozarja Giddens, temveč refleksiven projekt, ki ima vse pogoje za emancipacijo.

Barbara Potrata



H. L. A. Hart

KONCEPT PRAVA

Prevodi, Ljubljana 1994
268 str., cena: 2.100 SIT

Hartovo delo *Koncept prava* spada nedvomno med pomembnejše sodobne prispevke na področju analitične pravne teorije. Njegov namen je poglobiti in razširiti razumevanje prava kot pojava *sui generis*. Pisec se že kar uvodoma odreče iskanju odgovora na vprašanje, kaj je pravo oziroma kaj je narava (ali bistvo) prava. Pozornost nameni trem ponavljajočim se pravno-filozofskim problemom: V čem se pravna (beri: zakonska) obveznost razlikuje od ukaza, ki se opira na prisilo ali grožnjo z uporabo prisile? Kakšno

je razmerje med pravom in moraljo? Kakšna je narava pravil?

Hart izhaja iz podmene, da niti prava niti katerekoli druge oblike družbene strukture ni mogoče razumeti, če ne upoštevamo razlike med "notranjimi" in "zunanji" sodbami: subjekt ima zunanji odnos do norme v primeru, ko ga le-ta na notranji (psihični) ravni ne zavezuje; notranji odnos do pravila pa ima v primeru, ko pravilo sprejema kot vodilo in opravičilo (vrednostno-normativno utemeljitev) za svoje vedenje. Pravni sistem opredeli kot kompleksno zvezo primarnih in sekundarnih pravil. Primarna pravila določajo dolžnosti pravnih subjektov. Sekundarna pravila po eni strani opredeljujejo – v skladu z idealom vladavine prava (*rule of the law*) – pristojnosti državnih organov, ki ustvarjajo, spreminjajo in uporabljajo primarna pravila, po drugi strani pa omogočajo – v skladu z idealom avtonomnega državljana – članom pravnega občestva, da z oporokami, pogodbami in drugimi pravnimi posli svobodno oblikujejo nove pravice in obveznosti v normativnem okviru veljavnega pravnega reda. Za razliko od Austinove imperativne koncepcije prava, ki realistično opredeli pravo kot instrument suverene politične moči (oblasti), Hartova teorija prava opiše kot samonanaševalni red, ki sam določa: (a) katero pravilo kaže šteti za veljavno; (b) kako (po)ustvarjati in spreminjati veljavna vedenjska pravila; (c) kako razsojati o konkretnih kršitvah veljavnih pravil. Sociološka trditev, da pravni sistem obstaja (beri: velja), je potemtakem sodba z dvojnimi obrazom. Po eni strani govori o tem, da pravno-politični subjekti ("navadni državljanji") v splošnem ubogajo primarna pravila, in sicer ne glede na to, ali jih tudi dejansko sprejemajo kot obče in abstraktne vedenjske norme, in hkrati priznavajo, da je njihova dolžnost ravnati v skladu z njimi. Po drugi strani pa

kaže na dejstvo, da državni organi ("uradniki sistema"), namreč zakonodajalci, sodniki in drugi člani vlade, razumljene v najbolj splošnem pomenu, dejansko priznavajo sekundarne norme – pravila za pripoznavo, spreminjanje in razsojanje – kot obče in javne vedenjske norme.

Hart dokazuje, da je pravilo veljavno, če ustreza merilom, ki jih določa pravilo za pripoznavo. Glede na to, da pravilo za pripoznavo postavlja kriterije veljavnosti, se ni mogoče vprašati, ali je tudi ono samo veljavno. Pravilo za pripoznavo v bistvu ne more biti niti veljavno niti neveljavno, saj je lahko edinole sprejeto kot pravilo, ki ustreza tovrstni rabi. Po Hartovem mnenju pravilo za pripoznavo "obstaja" samo v obliki usklajene prakse sodišč, državnih uradnikov in navadnih državljanov, ki se pri iskanju odgovora na vprašanje, kaj je pravo oziroma, natančneje rečeno, kaj je veljavno, sklicujejo na določena merila, katerih obstoj je – dejstvo. Vidimo torej, da so Hartova razmišljanja značilno pozitivistična, pa tudi empiristična. Zato so v najboljšem primeru koristna le za pojasnitev pojma "veljavnost": veljavno je tisto pravilo, ki ga državni uradniki (člani vlade) priznavajo za tako. Toda to še ne pomeni, da je veljavno pravilo tudi pravno, zakaj jasno je, da lahko vlada sprejema in uporablja tudi politična, moralna (moralistična) ali psevdoreligiozna pravila. Zakonodajalec seveda lahko misli, da ravna kot pravo-dajalec, vendar se lahko pri tem tudi moti. Zdi se, da je naloga pravne teorije ravno v tem, da ponudi avtonomna merila za presojo pravnosti veljavnih norm, pa tudi delovanja oseb, ki jih uporabljajo in ustvarjajo. Nedvomno je to naloga, ki si jo postavlja konceptualistična pravna jurisprudenca, ne pa empirična pravna teorija, katere predstavnik je – podobno kot večina drugih angloameriških pravnih

filozofov – tudi Hart. Nenavadno je torej, da nam delo *Koncept prava* ne daje ravno tistega, kar v naslovu obljublja, namreč koncepta prava, kolikor seveda besedo “koncept” razumemo kot “Idejo” (Platon), “Idealtypus” (Weber), “Fenomen” (Husserl) ali “bistvo” (Kojève). V tem je pravzaprav njego-va ključna pomanjkljivost.

Hart povsem utemeljeno poudari, da je sistem primarnih in sekundarnih pravil pomensko “odprtá struktúra”. Pravniški “raj konceptov”, ki ga je poveljevalo zlasti “mehanično” pravoznanstvo, je torej mit, kolikor temelji na domnevi, da je mogoče splošnemu izrazu dodeliti vselej isti pomen, in to ne le pri sleherni posamezni aplikaciji določenega pravila, ampak vsakič, ko se pojavi v kateremkoli pravilu veljavnega normativnega reda. V resnici je vsako veljavno – splošno in abstraktno – pravilo bistveno nedoločeno oziroma, natančneje rečeno, hipotetično. Zakonodajalec namreč ne more vnaprej predvideti vseh možnih – subjektivnih in objektivnih – okoliščin, v katerih bi se utegnili zastaviti vprašanje, ali je pravilo, ki ga postavlja, kršeno. Zdi se, da Hart ne razume povsem dobro, v čem je bistvo neodpravljljive nedoločenosti pravila. To dejstvo pripisuje človeški nezmožnosti, da bi napovedovali prihodnost, še posebej pa zakonodajalčevemu nepoznavanju prihodnjih dejstev in njegovi relativni neodločenosti glede ciljev, ki naj jim sledi družba oziroma njeni člani. Vendar pa takšna razlaga ni popolna. Pravilo je nedoločeno, ker je polje njegove veljavnosti določeno znotraj sistema vseh veljavnih norm, med katerimi so kajpada nujno tudi dopustitvene norme, ki jih iz strukturnih (logično-semantičnih in vrednostnih) razlogov ni mogoče artikulirati na način, ki je denimo značilen za prepovedne norme.

Slabost Hartove analize pravnega fenomena je tudi razlaga

razmerja med pravičnostjo in pravom. V tej zvezi je dovolj pomembno že dejstvo, da pisec obravnava ta problemski sklop v okviru poglavja, ki ima naslov Pravičnost in morala. Avtor v tej zvezi sicer povsem upravičeno kritizira tomistično tradicijo naravnega prava, ki izhaja iz dveh predpostavk: (1) obstajajo nekatera načela pristne morale ali pravičnosti, ki so dostopna človeškemu razumu brez razodetja, in to navzlic svojemu božjemu izvoru; (2) človeški zakoni, ki nasprotujejo tem načelom, niso del veljavnega prava, pač v skladu z maksimo, da *lex iniusta non est lex*. Hart sprejme tradicionalno koncepcijo pravičnosti, ki jo razčleni v dve bistveni vodili: (a) podobne primere je treba obravnavati podobno; (b) različne primere je treba obravnavati različno. Jasno je, da sta obe načeli abstraktni oziroma formalni, saj ne določata, katere podobnosti in razlike so pomembne. Zato bi pričakovali, da bo pisec ravno temu vprašanju namenil največ pozornosti, saj se ravno v tem problemskem vozlišču križajo in razhajajo različna razumevanja zamisli o pravici, vendar tega ne stori v zadostni meri, bržkone zato, ker je kot pozitivist prepričan, da mora vztrajati pri dozdevno nevtralni teoretični poziciji, še zlasti, ko gre za presojanje vrednostnih izhodišč, ki praviloma niso le različna, ampak tudi neuskladjljiva oziroma protislovna. Hart se zadovolji edinole z apologetsko opazko, da je ena izmed najpomembnejših prednosti demokracije v tem, da dopušča eksperimentiranje in izbiro med različnimi možnostmi, ki jo je vselej mogoče predrugačiti. Vendar pa se zdi takšno stališče precej problematično, še posebej če pomislimo, da je nemara večina “eksperimentov” in “alternativ” v družbah realne demokracije v bistvu namenjena temu, da se ohranja zastarela in iracionalna organizacija gospodarstva ter izkazito neenaka

porazdelitev ekonomske, politične in ideološke moči.

Hart meni, da je mogoče določiti “minimalno vsebino naravnega prava”, ki je nujna vsebina slehernega pravnega ali moralnega sistema. Brez te vsebine namreč konvencionalna morala in pravo ne bi mogla prispevati k ohranjanju družbene organizacije. Minimalno vsebino naravnega prava izpelje iz naslednjih trizmov o človekovi naravi: (a) človeška ranljivost (ki je razlog prepovedi ubijanja in povzročanja telesnih poškodb); (b) približna enakost posameznikov glede na njihovo moč; (c) omejena sebičnost ljudi, ki niso niti angeli niti demoni (prvi ne poznajo skušnjave škodovati drugemu, tako da so pravila o odrekanju zanje povsem nepotrebna; drugi pa so pripravljeni uničevati za vsako ceno, tako da jih ni mogoče obzdati z normativno ureditvijo); (d) omejeni viri; (e) omejenost razumevanja in moči volje, zaradi katere lahko v določenih okoliščinah vsakdo podleže skušnjavi in se dokoplje do svoje neposredne koristi s kršitvijo pravila (kljub temu pa so prednosti vzajemnega odrekanja otipljive do te mere, da sta število in moč tistih, ki so pripravljene prostovoljno sodelovati znotraj danega sistema prisile, običajno pomembnejša od povezav med prestopniki). Hart ob tem poudarja, da pravičen sistem skrbi za življenjske interese vseh tistih, od katerih zahteva poslušnost. Le v tem primeru lahko pridobi in ohrani odobravanje večine in s tem tudi lastno trdnost. Žal pa ob tem pozabi povedati, ali tak pravni sistem sploh kje obstaja. V razredni kapitalistični družbi, utemeljeni na eksploataciji, uničevanju narave, skrajno neekonomični izrabi najdragocenejših človeških “virov”, kakršni so denimo človek, čas, zdravje in energija, in krivični porazdelitvi bogastva in dohodkov, pravni red v bistvu varuje predvsem interese vladajoče

manjšine, vendar je videti kljub temu precej trden. Zakaj je tako? Hartova knjiga *Koncept prava* ne daje prav nobenega odgovora na to – vsekakor izredno pomembno – vprašanje, in to navzlic dejstvu, da jo kaže po avtorjevih izrecnih navodilih brati tudi kot razpravo iz opisne sociologije.

Hart meni, da je zveza med pravom in pravico kontingentna in ne logično nujna. Takšno – že skorajda bizarno – stališče je bržkone logično nujni posledek dejstva, da se pisec ne ukvarja s konceptom prava, marveč bolj z razlago veljavnosti normativnega sistema. Prav ta problemska usmeritev pa mu omogoči, da se dokoplje do pravilne ugotovitve, da krivično pravilo ni neveljavno pravilo. Krivičnost pravila pa je lahko razlog, da ga pravni subjekt ne uboga, sodnik pa kršitve ne sankcionira. Seveda pa je treba vedeti, da so lahko mnenja o tem, ali je pravilo (ne)pravično, zelo raznolika, lahko pa se tudi povsem razhajajo. Do tega prihaja zato, ker posamezniki (ali skupine, ki jim pripadajo) izhajajo iz različnih koncepcij pravice ali pa iz različnih aplikacij istega ideala pravice na dane družbene razmere. Kakorkoli že, Hart ima gotovo prav, ko trdi, da je treba neveljavnost pravila ločiti od njegove krivičnosti oziroma – če uporabimo avtorjeve (precej neustrezne) besede – od njegove nemoralnosti. Pravo se dejansko razlikuje od morale, vendar razlike ni tam, kjer jo išče angleški pravni filozof. Bistven razloček med omenjenima pojavoma je namreč v tem, da se pravo nanaša na sporna (konfliktna) družbena razmerja, morala pa na posameznika kot takega (ki je s pravnega zornega kota povsem nezanimiv oziroma je zanimiv zgolj, kolikor je pomemben za presojo protipravnosti njegovega ravnanja).

Nesporna odlika Hartove analize je njegova pojasnitev mednarodnega prava. V zvezi z le-tem

se namreč pogosto zastavlja vprašanje, ali je sploh pravo, še zlasti glede na odsotnost mednarodne zakonodaje, sodišč z obvezno (prisilno) jurisdikcijo in centralizirano organiziranih sankcij oziroma mednarodne policijske sile. Očitno je torej, da se je mednarodno pravo – predvsem zaradi povsem drugačnega dejanskega ozadja – razvilo v obliki, ki se bistveno razlikuje od oblike domačega prava. V tej zvezi je pomemben zlasti pojem “suverenost”. Kako naj bo suverena država zavezana ali normativno podrejena določenemu pravilu oziroma sistemu pravil? Hart upravičeno postavi pod vprašaj zamisel o suverenosti, utemeljeni na arhaičnem pojmovanju, ki Suverena enači z nekakšnim Nadčlovekom, se pravi Bitjem, ki ni podrejeno nobenemu zakonu, hkrati pa je sam absoluten zakonodajalec, čigar zakoni zavezujejo njegove podložnike. Jasno je namreč, da vlada v današnjem času ni suverena (v omenjenem smislu) niti normativno niti faktično. Na normativni ravni jo zavezuje mednarodno pravo, v prvi vrsti mednarodne določbe o človekovih pravicah, med katerimi kaže opozoriti predvsem na *Splošno deklaracijo človekovih pravic*, ki jo je leta 1948 sprejela Generalna skupščina Združenih narodov. Na dejstveni ravni pa je suverenost vlade omejena z raznovrstnim delovanjem “de facto svetovne vlade” (Chomsky), se pravi institucij, kakršne so denimo Mednarodni denarni sklad, Svetovna banka, G7, GATT in druge podobne, formalne ali neformalne (vsekakor pa nedemokratične) strukture, ki v novi imperialni dobi služijo interesom nadnacionalnih gospodarskih družb (njihov kapital nemalokrat presega kapital, s katerim razpolaga velik del svetovnih vlad), bank in investicijskih firm. Zanimivo je, da vlade svojih mednarodnopravnih obveznosti, predvsem tistih, ki zadevajo

človekove politične, ekonomske, socialne in kulturne pravice, praviloma ne upoštevajo, vsaj v celoti ne. Po drugi strani pa jim faktična nesuverenost precej učinkovito onemogoča, da bi na primer izvajale racionalno nacionalno gospodarsko politiko, recimo tako, ki ne bi upoštevala izključno zasebnih interesov ekonomskih lastnikov produkcijskih sredstev, ampak predvsem interese družbene skupnosti, kar bi z drugimi besedami pomenilo, da produkcija ne bi bila namenjena kopičenju dobičkov, ki se stekajo v žepu družbene elite, ampak zadovoljevanju temeljnih potreb vseh članov družbe.

Hartov *Koncept prava* je napisan v privlačnem slogu, ki gotovo razveseli slehernega bralca. V tem oziru je prepričljiv dokaz, da je mogoče tudi o zamotanih in kompleksnih teoretičnih vprašanjih razpravljati jasno in razumljivo. Čeravno je delo namenjeno v prvi vrsti študentom pravne teorije (pravoznanstva), pa je nedvomno zanimivo za slehernega mislečega družboslovca, ki se noče zadovoljiti s partikularističnim oziroma specialističnim razmišljanjem o družbenih pojavih.

Zoran Kanduč

John L. Casti

SEARCHING FOR CERTAINTY

What Scientists Can Know About The Future

Abacus 1993 (1. izd. 1991)
496 str.

Ob koncu 19. stoletja je v znatnosti kazalo, da je že našla vse bistvene odgovore na vprašanja, ki si jih je zastavljala v obdobju “brezkončne rasti”. Potem je seveda sledila hladna prha: Planckova