



Zbornik znanstvenih razprav  
Letnik 75 (2015) / Volume 75 (2015)  
Oktober / October 2015

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Spletna stran Zbornika: / Journal website:  
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>  
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Dr. Aleš Novak\**

## ***Imago iudicis, štiri podobe iz idejne zgodovine sojenja***

### **1. Preludij: (samo)podoba in njen učinek**

Je kdaj mogoče odstreti tančico, za katero se skriva sodnikovo razlogovanje? Ali lahko uzremo resničnost, ki jo prikriva podoba o njegovem delovanju, podoba, ki nam jo slika sodnik sam in ki nam jo o njegovem delovanju slikajo drugi?

Naše spraševanje o naravi sodnikovega odločanja – in s tem o naravi pravnega razlogovanja nasploh – je vedno razpeto med tri pole, ki določajo naše razumevanje tega »misterija« in sooblikujejo »stvarnost«, ki jo skušamo odkriti. Prvi pol tvorijo tisti miselni procesi, ki so lastni slehernemu človekovemu odločanju, tudi sodnikovemu razlogovanju. V svetu naravoslovja bi to zadoščalo. Če smo sposobni pravilno spoznati predmet opazovanja, smo se dokopali do resnice. Napačno razumevanje sveta okoli nas, pa čeprav je splošno sprejeto, na predmet opazovanja ne vpliva. Ptolomejska slika vesolja, po kateri se Sonce vrti okoli Zemlje, ni na gibanje planetov prav nič vplivala tudi takrat, ko so tak pogled sprejemali vsi, od največjih učenjakov tistega časa do otrok v šoli. V svetu duhovnih znanosti – in pravo sodi mednje – je resnica bolj izmuzljiva. Splošno sprejeto razumevanje določenega pojava, denimo sodnega odločanja, nanj vpliva in ga sodoloča. Naše predstave o tem, kako bi moralo potekati sodnikovo odločanje, podoba, ki si jo o tem ustvarimo, je drugi pol, ki soustvarja podobo sodnika in njegove dejavnosti. Tretji pol je predstava, ki si jo o svoji dejavnosti oblikuje in jo goji sodnik sam. Zagotovo ta predstava na sodno odločanje vpliva celo bolj kot pričakovanja drugih. Vsi trije dejavniki: narava (sodnega) razlogovanja, splo-

---

\* Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; ales.novak@pf.uni-lj.si.

šno sprejeto razumevanje tega procesa in sodnikovo samorazumevanje ustvarjajo podobo, ki jo določen prostor in obdobje sprejemata za kanonično.

Oblikovanje te kanonične podobe sodnika je pogosto plod nasprotovanja dotlej prevladujoči podobi njegovega dela. Nov ideal se rodi iz kljubovanja, zato je skoraj vedno prevzet od drugod – iz drugega okolja, tujega pravnega sistema, ki ga dojemamo kot boljšega ali bolj razvitega. Pri tem prevzemanju, prenosu tuje podobe, pa pride do zanimivih in kdaj nemalo ironičnih popačenj in idealiziranja ter vnašanja lastnih predstav v tujo izkušnjo, ki je drugačna, kot se nam dozdeva. Zdi se, kot bi se določena podoba sprehajala skozi hišo ogledal, ki podobo kdaj popačijo, jo kdaj obrnejo na glavo in nam nato znova pokažejo njen resnični odsev.

## 2. Prva slika: Montesquieujev sodnik nekoč in danes

Med upodobitvami sodnika se ni nobena v zahodni misli ukoreninila globlje kot Montesquiejeva. Njegova krilatice, da bi moral sodnik privzeti vlogo »ust, ki izgovarjajo besede zakona«,<sup>1</sup> je kmalu postala *locus communis* premišljevanja o sodnikovi vlogi, bodisi kot točka soglasja ali kot izhodišče kritike. Podobno kot vsak pomemben prispevek k zgodovini idej je bil tudi ta namreč deležen mešanih odzivov. Nekateri so v peščici misli, ki jih je francoski baron brez posebne sistematike namenil vlogi sodnika, prepoznali nujno predpostavko svobodne države. Resnična svoboda, ta izmuzljivi ideal človeštva, naj bi bil dosegljiv le tam, kjer bi bil sodnik strogo vezan na zakon, ki ga je Rousseau generacijo kasneje opisal kot »dejanje obče volje«. <sup>2</sup> Podobno kot nas je pred stoletji Cicero podučil, da smo sužnji zakonov le zato, da smo lahko svobodni,<sup>3</sup> velja – če privolimo v drobno, a pomenljivo spremembo – tudi za sodnika. Vežanost sodnika na zakon je morda res suženjstvo, a suženjstvo, ki je nujno zato, da so lahko svobodni drugi državljani.<sup>4</sup> Spet drugi so v Montesquieujevi podobi sodnika prepoznali eno najbolj kvarnih predstav v zgodovini zahodne pravne misli, ki je tlakovala

<sup>1</sup> Montesquieu, THE SPIRIT OF THE LAWS II, 11, 6 (str. 163).

<sup>2</sup> Rousseau, DRUŽBENA POGODBA II, 6. Prim. še 6. člen Deklaracije o pravicah človeka in državljana (1789).

<sup>3</sup> Cicero, PRO CLUENTIO 53, 146: »... *legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.*« Pomenljiv je tudi uvodni del stavka, ki se glasi: »*Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices ...*« Cicero bi na vlogo sodnika torej gledal nekoliko drugače kot Montesquieu.

<sup>4</sup> Politične predpostavke takšnega razumevanja prava, ki ga opiše kot vezano pravno odločanje, je najbolj celovito opisal Wróblewski v delu THE JUDICIAL APPLICATION OF LAW (1992), str. 274–278.

pot »mehanicističnemu pojmovanju prava«<sup>5</sup> in grozila, da bo na evropskem kontinentu izkoreninila sodniško ustvarjanje prava.<sup>6</sup> Koliko ji je to uspelo, lahko presodimo po tem, da je, »pa čeprav le za kratek čas«, postala navdih zakonodajnih reform francoske revolucije in napoleonske dobe.<sup>7</sup> Obe razumevanji – da nam Montesquiejeva podoba sodnika kaže pot k svobodi ali da nam tlakuje pot v suženjstvo – vsebujeta zrno resnice in hkrati zametek zmote, do katere nas kaj hitro privede preveč poenostavljeno razumevanje ene ali druge razlage njegovih misli o vlogi sodnika.

Danes težko najdemo avtorja, ki Montesquiejeve podobe ne bi povezoval z racionalistično dobo, ki je na Kontinentu sovpadala z vzponom kodifikacij in ki je vodila k predstavi, da mora sodnik odločati v strogi pokorščini črki zakona. Prevladujoče razumevanje je sodnika začelo enačiti z, kot je zapisal avtor iz kasnejše dobe, »dedukcijskim avtomatom« (*Deduktionsautomat*),<sup>8</sup> ki je – kot menda vendar vsi vemo – značilen za kontinentalne pravne sisteme. Kako le bi lahko drugače razumeli sodnika, čigar naloga je zgolj to, da ponavlja besede, ki jih je v zakon zapisal zakonodajalec?

Montesquiejeva dediščina nas lahko upravičeno bega. Kako je mogoče, da je isti avtor, ki se mu imamo zahvaliti, da je prvi jasno ubesedil idejo delitve oblasti, s katero je sodstvo povzdignil na raven ene od treh oblasti, hkrati tudi avtor, ki sodniku pripisuje tako osiromašeno vlogo? Montesquieu je bil namreč prvi, ki je zahteval, da se oblast razdeli na tri dele, zakonodajno, izvršilno in sodno, ne moremo pa mu priznati primata pri spoznanju, da državna oblast ni enotna, temveč da lahko v njej prepoznamo različne funkcije, ki so v rokah ločenih organov. Locke je že dobrega pol stoletja pred njim govoril o ločitvi zakonodajne in izvršilne oblasti, o sodstvu kot ločeni veji oblasti pa je pomenljivo molčal. Montesquieu – tako je vsaj splošno sprejeto – je sodstvu prvi priznal enakovredno in prirejeno mesto ob boku drugih dveh vej oblasti.<sup>9</sup> Takšno razumevanje, ki sodstvu pripisuje pomembno mesto v ustroju državne oblasti, je

<sup>5</sup> Furlan, Naravna pravna načela (§7 avstr. drž. zak.) – Prispevek k problemu popolnosti pravnega reda, v: BORIS FURLAN, PROBLEM REALNOSTI PRAVA (2002), str. 11.

<sup>6</sup> Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik (1906), str. 357.

<sup>7</sup> Strömholm, A SHORT HISTORY OF LEGAL THINKING IN THE WEST (1985), str. 200.

<sup>8</sup> Reichel, GESETZ UND RICHTERSPRUCH (1915), str. 16.

<sup>9</sup> Čeprav je zanimivo, da se v ustavah različnih držav, sprejetih v različnih obdobjih in na različnih koncih sveta, sodstvo pri naštevanju še vedno znajde na nič kaj uglednem zadnjem mestu, prim. npr. drugi odstavek 20. člena nemške ustave (1949), tretji člen finske ustave (2000), prvi odstavek 5. člena litovske ustave (1992), 8. člen bolgarske ustave (1991), ustave ZDA (1789, kjer je sodstvo urejeno v III. členu, za zakonodajno in izvršilno vejo oblasti) in, končno, tudi slovenske ustave (drugi odstavek 3. člena).

imelo daljnosežen vpliv na zasnovo moderne države. Montesquieujevo pisanje je bilo najprej domala kot evangelij sprejeto v osamosvojenih angleških kolonijah v severni Ameriki, nato pa še pri oblikovanju ustave Združenih držav Amerike.<sup>10</sup> Madison, eden izmed ustanovnih očetov nove države, je v Spisih federalistov zapisal, da je Montesquieu »orakelj, s katerim se vedno posvetujemo in ga navajamo«,<sup>11</sup> ko pride do vprašanj v zvezi z delitvijo oblasti. Njihovo razumevanje oraklja se zrcali v zasnovi ameriškega ustavnega sistema, ki je nato služilo kot zgled neštetim državam sveta kot »dogma liberalnega ustavopisja«. <sup>12</sup> Pozorno branje tega oraklja pa nam razkrije nekoliko drugačno razumevanje položaja in vloge sodne veje oblasti. Že ob prvi omembi treh vej oblasti je Montesquieu zagoneten. Ne omenja namreč sodne veje oblasti, temveč zastavi svojo delitev treh oblasti v državi nekoliko drugače:

»V vsaki državi so tri vrste oblasti: zakonodajna oblast, izvršilna oblast nad zadevami, ki so odvisne od prava ljudstev (*droit des gens*), in izvršilna oblast nad zadevami, ki so odvisne od državnega prava (*droit civil*).«<sup>13</sup>

Že v naslednjem odstavku sicer izvemo, da je tretja oblast »moč sojenja« (*la puissance de juger*), vendar pa Montesquieujeva izbira besed v uvodnem stavku njegovega poglavja ni bila naključna. Dovolj je, da se spomnimo na podoben poskus določanja vej oblasti iz Lockove Druge razprave o oblasti. Tudi on državno oblast deli na tri dele. Prva je zakonodajna oblast, ki jo opiše kot »*vrhovno oblast* politične skupnosti«. <sup>14</sup> Druga oblast je izvršilna in nadzoruje »izvrševanje postavljenih in veljavnih zakonov«. <sup>15</sup> Tretja oblast, ki jo Locke opiše kot »federativno« (*federative*), pa obsega »odločan[j]e o vojni in miru, zvezah, zavezništvi in trgovskih poslih z vsemi osebami in skupnostmi zunaj politične skupnosti«. <sup>16</sup> Pri obeh avtorjih lahko opazimo jasno zavedanje, <sup>17</sup> da obstaja zakonodajna oblast in da obstajajo razmerja, kjer nosilci oblasti vstopajo v pravne odnose zunaj meja svoje politične skupnosti. Prav tako lahko pri obeh opazimo bolj ali manj medlo zavedanje, da obstaja poleg prejšnjih dveh še polje družbe-

<sup>10</sup> Prim. Franklin, *The Passing of the School of Montesquieu and its System of Separation of Powers* (1937), str. 1–2.

<sup>11</sup> Madison, *Federalist 47*, v: Hamilton, Madison, Jay, *THE FEDERALIST* (1996), str. 247.

<sup>12</sup> Sabine, *A HISTORY OF POLITICAL THEORY* (1968), str. 558.

<sup>13</sup> Montesquieu, *THE SPIRIT OF THE LAWS II*, 11, 6 (str. 156).

<sup>14</sup> Locke, *SECOND TREATISE OF GOVERNMENT XI*, § 134. Pri prevodu sledim slovenskemu prevodu v delu Locke, *DVE RAZPRAVI OBLASTI, PISMO O TOLERANCI* (2010).

<sup>15</sup> Locke, *SECOND TREATISE OF GOVERNMENT XI*, § 144.

<sup>16</sup> Locke, *SECOND TREATISE OF GOVERNMENT XI*, § 146. Prim. še Ratnapala, *John Locke's Doctrine of the Separation of Powers* (1993), str. 204–205.

<sup>17</sup> Obseg Montesquieujevega opiranja na Lockovo pionirsko delo ni povsem jasen; prim. Müßig, *At the Roots of European Legal Culture* (2009) 2, str. 119–121.

nih odnosov, kjer nosilci državne oblasti stopajo v razmerja s podrejenimi člani svoje politične skupnosti in kjer njihovo ravnanje usmerja pravo, ki ga sprejema zakonodajni organ. Sodna veja oblasti je bila za Locka še vedno povsem spojena z izvršilno vejo oblasti.

Predstava, da obstaja tesna vez med sodno in izvršilno vejo oblasti, je bila in ostaja v anglo-ameriškem prostoru bolj živa, kot se nam utegne zdeti. Zgodovinsko gledano ni sporno, da je bila ta vez izrazito močna. Dovolj je, da se spomnimo na *equity*, vzporeden pravosodni sistem, ki se je v Angliji 15. stoletja začel vzpostavljati kot alternativa togemu in »formalističnemu« sistemom *common law*.<sup>18</sup> *Equity* je oblikoval in razvijal kraljevi kancler. Gre torej za pravosodni sistem, ki ga je neposredno oblikoval in nadziral kralj.<sup>19</sup> Še slabih dvajset let po izidu Montesquieujevega dela se Blackstone ni obotavljal kralja opisati kot »izvir pravičnosti«. <sup>20</sup> Sodna oblast sicer res izhaja iz ljudstva, priznava avtor znamenitih Komentarjev, vendar je kralj edini, ki sme ustanavljati sodišča, sodniki pa izvršujejo svojo oblast namesto njega le zato, ker je časovno neizvedljivo, da bi te naloge opravljal sam.<sup>21</sup> Dediščino takšne tesne vezi med izvršilno in sodno vejo oblasti lahko še danes prepoznamo v drobcih, kot je denimo odsotnost določb v ameriški ustavi o nezdružljivosti funkcij v sodni in izvršilni veji oblasti, čeprav le-ta vsebuje več določb o nezdružljivosti drugih funkcij.<sup>22</sup> Časovno bližje je še vedno pogosta praksa, da ameriški predsednik zvezne sodnike imenuje v različne komisije, ki delujejo v okviru izvršilne veje oblasti.<sup>23</sup>

Montesquieujeva zasluga je brez dvoma v tem, da je to dejavnost opisal kot izvrševanje sodne oblasti<sup>24</sup> in s tem sodni funkciji priznal *simbolni* pomen, ki

<sup>18</sup> Več o tem glej David in Grasmann, UVOD V VELIKE PRAVNE SISTEME (1999), str. 316–320.

<sup>19</sup> Spori o pristojnosti med sodišči *common law* in *equity* je tako kmalu postal spor med parlamentom (kjer je bil vodja opozicije lord Coke, ki je načeloval sodstvu) in kraljem. Glej še Plucknett, A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW (1956), str. 193–195.

<sup>20</sup> Blackstone, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1809), str. \*266 (očitno gre za frazo, ki jo je Blackstone povzel po znamenitem procesu proti Hardyju iz leta 1794, prim. str. \*237, op. 1).

<sup>21</sup> Prav tam, str. \*267.

<sup>22</sup> Podrobneje glej Calabresi, Larsen, One Person, One Office (1994), str. 1122–1131. Amandma, ki bi takšno nezdružljivost uvedel, je bil na konvenciji dvakrat predlagan in obakrat zavržen. Da to ni bilo naključje, potrjuje opazka Johna Adamsa, ki je leta 1776 zapisal, da so sodišča le del izvršilne veje oblasti (prav tam, str. 1128). Že kmalu po sprejetju ameriške ustave je vrsta zveznih sodnikov opravljala funkcije v izvršilni veji oblasti (prav tam, str. 1128–1130).

<sup>23</sup> O tem pojavu glej npr. Ackerman, Separation of Powers and Judicial Service on Presidential Commissions (1986), str. 993–994 *et passim*. Pooblastila takšnih komisij so včasih lahko dokaj široka (prav tam, str. 994–995).

<sup>24</sup> Prezrl pa tisti del dejavnosti oblastnih organov, ki bi ga danes uvrstili pod upravno pravo. Gotovo je k temu prispevalo tudi to, da ta vidik delovanja državne oblasti v njegovem času ni imel pomembnejše vloge. Prim. Parker, Separation of Powers Revisited (1951), str. 1018.

ga dotlej ni imela.<sup>25</sup> A kakšen *dejanski* pomen ji je v resnici pripisal? Pravzaprav dokaj skromnega. V zasnovi države, ki jo opisuje v šestem poglavju svojega *Duha zakonov*, le težko prepoznamo zametke modernega sodstva, zlahka pa opazimo odsev Montesquieujevih strahov. Prvi med njimi je bil strah, da bi sodna funkcija zahtevala specifična znanja in bi zato postala stalna. Sodišča je zato treba oblikovati tako, da so njihovi člani izbrani iz vrst ljudstva.<sup>26</sup> Njihov mandat je vezan na odločanje o konkretni zadevi, zato obstajajo le tako dolgo, »kot to zahteva nujnost«. <sup>27</sup> Tako zasnovana sodišča niso več grožnja svobodi, ki je pravzaprav končni cilj Montesquieujeve ideje delitve oblasti. Vse to pa je mogoče doseči le za določeno ceno:

»Na ta način postane moč sojenja (*la puissance de juger*), ki se ljudem zdi tako strašna in ki ni povezana ne z določenim stanom ne z določenim poklicem, tako rekoč nevidna in nična (*invisible et nulle*).«<sup>28</sup>

Ob pozornem branju znanega Montesquieujevega dela postane kaj kmalu jasno, da v njem manjka prav tisto, kar danes prepoznamo kot njeno bistveno vsebino: manjka namreč (poklicni) sodnik. Ali, če povem bolj natančno, sodna oblast postane krotka, celo tako rekoč neopazna:

»Med tremi oblastmi, o katerih smo govorili, je sodna na neki način nična (*est en quelque façon nulle*). Ostajata le dve ...«<sup>29</sup>

Med njegovim razumevanjem delitve oblasti in razumevanjem vloge, ki naj bi jo igral sodnik, torej ni tako velikega razhajanja, kot se nam morda utegne zdeti. Sodstvu je sicer res prvič priznana drugima dvema oblastema prirejena vloga, a zasnova tretje veje oblasti je takšna, da njeno dejansko oblast izvotli do te mere, da sodniki v resnici postanejo »usta, ki izrekajo besede zakona«.

Na tem mestu pa postane zgodba o podobi sodnika zanimiva.

Le malokdo namreč opazi, da je znani Montesquieujev opis sodnika, ki naj bi za zakonodajalcem le pohlevno izgovarjal besede, zapisane v zakon, umeščen v poglavje, posvečeno opisu *angleške* ustave. Montesquieu v občudovanju angleške ustave ni bil osamljen.<sup>30</sup> Vrsta njegovih sodobnikov je v angleški ustavni monarhiji prepoznala zgled, ki bi mu lahko sledili tudi sami. Čeprav lahko naletimo tudi na avtorje, ki opozarjajo, da je Montesquieu glede angleške

<sup>25</sup> Prim. Claus, Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation (2005), str. 422, in Thomas, INTRODUCTION TO POLITICAL PHILOSOPHY (2000), str. 61.

<sup>26</sup> Montesquieu, THE SPIRIT OF THE LAWS II, 11, 6 (str. 158).

<sup>27</sup> Montesquieu, THE SPIRIT OF THE LAWS II, 11, 6 (str. 158).

<sup>28</sup> Montesquieu, THE SPIRIT OF THE LAWS II, 11, 6 (str. 158).

<sup>29</sup> Montesquieu, THE SPIRIT OF THE LAWS II, 11, 6 (str. 160).

<sup>30</sup> Prim. Cairns, Montesquieu's »Indirect« Legal Philosophy (1996), str. 45.



ustave gojil tudi dvome,<sup>31</sup> in vidijo v njegovem opisu bolj francosko razumevanje angleške ustave,<sup>32</sup> pa velika večina avtorjev šesto poglavje njegovega *Duha zakonov* razume kot nekoliko prirejeni opis angleškega ustavnega sistema.<sup>33</sup> Pohlevna usta, ki izgovarjajo besede zakona, so Montesquieujev opis *angleškega sodnika*.

To spoznanje težko uskladimo s splošno sprejeto predstavo o večji ustvarjalnosti angleškega (in na splošno *common law*) sodnika v primerjavi s kontinentalnim sodnikom, ki mu navadno pripisujemo slepo sledenje zakonu, manjšo mero ustvarjalnosti in ga zato skoraj intuitivno postavimo v vlogo Montesquieujevih »ust, ki izgovarjajo besede zakona«. Pa vendar lahko v Montesquieujevem opisu vloge sodstva v idealni državi prepoznamo zelo jasne obrise angleškega sodnega sistema.<sup>34</sup> Očitno je, da so njegovi sodniki oblikovani po vzoru angleške porote in da je njegovo vztrajanje, da bi morala za plemiče veljati izjema, po kateri jim lahko sodi le zakonodajno telo, ki ga sestavlja plemstvo,<sup>35</sup> zasnovana po angleškem zgledu.

Avtorji, ki so se s tem paradoksom soočili, navadno poiščejo enostavno pot iz zagate. Njihov odgovor je navadno enostaven: Montesquieu se je zmotil. Ehrlich, denimo, pripiše francoskemu baronu »napačno razumevanje sodniške vloge«, saj »britanski sodniki odkrivajo pravo in določajo pravila sodniškega prava«. <sup>36</sup> Spet drugi avtorji mu očitajo slabo poznavanje angleškega (sodnega) sistema.<sup>37</sup> Vendar pa takšna razlaga ni povsem prepričljiva. Montesquieu namreč

<sup>31</sup> Npr. Krause, *The Spirit of Separated Powers in Montesquieu* (2000), str. 231–233.

<sup>32</sup> Franklin, *The Passing of the School of Montesquieu and its System of Separation of Powers* (1937), str. 3.

<sup>33</sup> Večina avtorjev prepozna zgled za Montesquieujev opis idealne vladavine v angleški ustavni ureditvi tistega časa; glej npr. Spektorskiy, *ZGODOVINA SOCIJALNE FILOZOFIJE* (1932), str. 234, Sabine, *A HISTORY OF POLITICAL THEORY* (1968), str. 558–560, Möllers, *THE THREE BRANCHES* (2013), str. 25, in Brand, *Montesquieu and the Separation of Powers* (1933), str. 179. Krause navaja v svoji razpravi *The Spirit of Separated Powers in Montesquieu* dodatne avtorje, ki prav tako štejejo, da Montesquieujev idealni režim tesno sledi angleškemu (*The Review of Politics* (2000), str. 232, op. 2). Vseeno pa kaže opozoriti na njegovo opazko v sedmem poglavju, kjer zapiše, da v »nam znanih monarhijah« tri oblasti »niso razdeljene in oblikovane po vzorcu ustave, ki smo ga omenili« (Montesquieu, *THE SPIRIT OF THE LAWS II*, 11, 7 (str. 166)).

<sup>34</sup> Tako izrecno Claus, *Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of the Separation* (2005), str. 423.

<sup>35</sup> Montesquieu, *THE SPIRIT OF THE LAWS II*, 11, 6 (str. 163).

<sup>36</sup> Ehrlich, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence* (1915–1916), str. 594. Zgovorno je, da se je zdelo Ehrlichu vredno poudariti, da gre za »britanske« sodnike. Zagotovo je bil prepričan, da je to lastno vsakemu sodnemu odločanju in ne le sodnemu odločanju onkraj Rokavskega preлива.

<sup>37</sup> Npr. Claus, *Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of the Separation* (2005), str. 431–433. Kritike seveda ne letijo zgolj na Montesquieujev opis angleškega sodstva; prim. Hastings,



angleškega sistema ni opazoval le od daleč. V Angliji je preživel leto in pol ter v tem času srečal pomembne osebe svojega časa.<sup>38</sup> Med njimi je najbolj tesno vez skoval s Henryjem Bolingbromom, članom angleškega parlamenta in vplivnim politikom, s katerim si je dopisoval tudi po vrnitvi v domovino.<sup>39</sup> Baron de Secondat je bil za svoj čas brez dvoma dober poznavalec sosednje dežele. Paradoks pa spet tretji avtorji pojasnjujejo z Montesquieujevo zaslepljenostjo z duhom časa. »Montesquieujevo razpravljanje o nalogi sodišč – ki dokazuje, da ni bil zmožen odkriti temeljne pravodajne dejavnosti *common law* sodnikov – je osupljiva izjema,« zapiše Stig Strömholm, »od sicer realističnega in pragmatičnega pogleda velikega Francoza.«<sup>40</sup> Vse to pa je mogoče pripisati, nadaljuje avtor, »naivnemu racionalizmu razsvetljenskega obdobja.«<sup>41</sup>

Vendar se je Montesquieu motil manj, kot se zdi njegovim kritikom. Njegov opis angleškega sodnika je pravilen. Ali, če povem nekoliko bolj natančno: njegov opis vloge angleškega sodnika se domala v celoti ujema s tem, kako so angleški sodniki tistega časa sami razumeli svoje delo. Navdih za idealno podobo sodnika, ki naj pravo zgolj odkriva, ne da bi mu kar koli dodajal, je »uradni portret«,<sup>42</sup> ki so ga o svojem delu naslikali angleški sodniki sami.

Da pa bi bil paradoks še večji, je Montesquieu želel s tem zdravilom – torej strogo in dosledno vezanostjo sodnika na pravo, za katero se mu je zdelo, da jo je odkril v Angliji – ozdraviti bolezen, ki jo je kot sodnik spoznal v svoji domovini. Sodišča, tako imenovani *parlements*, so v času Montesquieujevega pisanja v Franciji imeli moč, o kateri so angleški sodniki lahko samo sanjali. *Parlements*, ki so se sicer razvili iz kraljevega svetovalnega organa (*curia regis*),<sup>43</sup> a so že v 13. stoletju pridobili pretežno sodne pristojnosti, so lahko izdajali

---

Montesquieu and Anglo-American Institutions (1918-1919), str. 420 in 425, Parker, Separation of Powers Revisited (1951), str. 1019.

<sup>38</sup> Montesquieu in England: his 'Notes on England', with Commentary and Translation (prevod in komentar Iana Stewarta), Oxford U Comparative L Forum 6, URL: ouclf.iuscomp.org, Uvod.

<sup>39</sup> Baum, MONTESQUIEU AND SOCIAL THEORY (1979), str. 110. Razprava o tem, koliko je Bolingbroke, tudi sam pisec političnih pamfletov, vplival na razvoj Montesquieujeve politične misli, ostaja odprto; prim. Kramnick, BOLINGBROKE AND HIS CIRCLE (1992), str. 144–150.

<sup>40</sup> Strömholm, A SHORT HISTORY OF LEGAL THINKING IN THE WEST (1985), str. 200.

<sup>41</sup> Prav tam, str. 200.

<sup>42</sup> Izraz si izposojam pri Lasser, Judicial (Self)Portraits (1994–1995), str. 1326.

<sup>43</sup> Ravà, INTRODUZIONE AL DIRITTO DELLA CIVILTÀ EUROPEA (1982), str. 64. Morda kaže omeniti, da je bil britanski parlament zgodovinsko gledano predvsem sodišče (prim. npr. Chrimes, ENGLISH CONSTITUTIONAL IDEAS IN THE FIFTEENTH CENTURY (1966), str. 70 in nasl.) in da je šele kasnejši razvoj v ospredje prinesel njegovo zakonodajno pristojnost. Okoliščina, da je vse do reforme iz leta 2005 vlogo vrhovnega sodišča opravljal zgornji dom parlamenta (oz. *law lords* kot člani lordske zbornice), tako ni naključje.

tudi splošne pravne akte (*arrêtes de règlements*) in tako imeli formalno moč, da ustvarjajo pravo. Pristojnost pa ni obstajala zgolj na papirju, temveč so se jo *parlements* tudi dejansko uporabljali.<sup>44</sup> Bolj zanimiv je obseg njihovih pristojnosti na sodnem področju. Ker je bili *parlement* izvorno posvetovalni organ kralja, ki je predstavljal podanike, kralj pa je po prevladujoči teoriji zakone lahko sprejemal le s soglasjem svojih podanikov, so *parlements* ohranili pristojnost, da so potrjevali predloge zakonov, ki jim jih je kralj moral predložiti.<sup>45</sup> Pariški *parlement* (sčasoma so nastali še drugi, tako da je bilo na predvečer francoske revolucije takšnih organov kar trinajst) je tako dejansko odločal, ali bo zakon pridobil zavezujočo moč ali ne. Kot merilo svoje presoje so uporabljali *leges fundamentales*, temeljne zakone kraljestva, ki so ostali kategorija brez jasnih ločnic, tako da so *parlements* predloge kraljevih zakonov presojali z vidika zakonitosti (in pri tem presojali, ali so zakoni skladni s temeljnimi zakoni, pa tudi z že veljavnimi zakoni prejšnjih vladarjev), smotrnosti (sprejemanja novega zakona) in pravičnosti.<sup>46</sup> Brez pretiravanja lahko rečemo, da v institucionalni zasnovi predrevolucionarnega francoskega sodstva prepoznamo zelo jasne obrise tiste vrste sodne presoje, ki jo danes opisujemo kot ustavnosodno. Francoski sodnik tistega časa je v nasprotju z mitom, ki je danes splošno sprejet, pravo razlagal veliko bolj ustvarjalno kot sodnik v pravnem sistemu *common law*,<sup>47</sup> se izdatno opiral na sodno prakso ter si lastil položaj »edinega legitimnega razlagalca javnega prava«. Ne le, da so si *parlements* pridobili izjemno pristojnost, ki je ni mogel prezreti niti tako mogočen vladar, kot je bil Ludvik XIV., te svoje moči niso niti skrivali in sami sebe brez obotavljanja opisali kot organ, ki je »suveren«.

Ideal neustvarjalnega angleškega sodnika, ki strogo sledi črki zakona, je Montesquieu zato videl kot rešitev pred prevelikimi, skoraj ustavnosodnimi pristojnostmi francoskih sodišč, ki so s svojo ustvarjalno razlago prava in omejevanjem kraljeve oblasti postajali osrednja oblast v državi.

<sup>44</sup> Dawson navaja primere aktov, ki jih je izdal pariški *parlement* in jih lahko opišemo le kot splošne pravne akte (predpise), prim. Dawson, *THE ORACLES OF LAW* (1968), str. 306–310, in Baker, *AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY* (2007), str. 207–208.

<sup>45</sup> Prim. Skinner, *THE FOUNDATION OF MODERN POLITICAL THOUGHT* (1979), str. 274, Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? (1985-1986)*, str. 11, in Mateucci, *NOVOVEŠKA DRŽAVA* (1999), str. 251. Gre za t. i. *la vérification in l'enregistrement*.

<sup>46</sup> Donato, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancient régime: una storia politico-istituzionale*, parte seconda (2005), str. 66.

<sup>47</sup> Dawson, *THE ORACLES OF LAW* (1968), str. 316.

<sup>48</sup> Donato, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien régime: una storia politico-istituzionale*, parte prima (2004), str. 153. S tem pa seveda ne želim trditi, da bi vsebinska merila presoje ustrezala današnjemu razumevanju zahtev vladavine prava. V ospredju so bili tedaj pogosto interesi plemstva, ki je sestavljalo glavnino sodnikov francoskih *parlements*.

### 3. Druga slika: angleški sodnik kot »orakelj prava«

Ko je Blackstone v svojih slavnih Komentarijih sodnike opisal kot »žive oraklje prava«,<sup>49</sup> kaže njegov opis razumeti dobesedno. Prerok je oseba, ki ima poseben uvid v prihodnost. In za fatalizem Starih je bila prihodnost enako resnična in nespremenljiva kot preteklost. Ko je orakelj spregovoril, je govoril o nečem, kar je človeku usojeno, ne da bi lahko na to kakorkoli vplival. Govoril je o tistem, kar je resnično, čeprav se še ni zgodilo. Blackstonov opis sodnikov je zato več kot le posrečena retorična figura. Sporoča nam, da je sodnikov poseben položaj v tem, da pravo pozna in razume, ne pa da ga ustvarja, podobno kot preročišče ne ustvarja prihodnosti, ampak nam jo na podlagi svojega uvida razkriva.

Predstava, da sodniki odkrivajo, ne pa (so)ustvarjajo pravo, pa ni bila izvirna Blackstonova domislica. Gre za tako imenovano deklaratorno teorijo, ki uči, da sodniške odločitve prava nikoli ne ustvarjajo, temveč le razglašajo pravo, ki že obstaja.<sup>50</sup> Zasledimo jo lahko že v sedemnajstem stoletju, ko je znani angleški sodnik Coke zapisal, da vloga sodnika ni ustvarjanje prava, temveč to, da ga »razglašča v skladu z zlatim merilom prava«.<sup>51</sup> V ozadju takšnega razumevanja sodnikove vloge je prepričanje, da pravo obstaja podobno kot platonične ideje,<sup>52</sup> ločene in odmaknjene od sveta, ki ga določajo, ne da bi se jih dotaknili poskusi navadnih smrtnikov, da bi jih čim bolj zvesto poustvarili. Takšno razumevanje prava se je zrcalilo tudi v razumevanju vloge sodnika. *Common law*<sup>53</sup> obstaja v svojem svetu, sodniki pa skušajo v svojih sodbah ugotoviti njegovo pravo vsebino. Matthew Hale je v svojem delu *The History of the Common Law of England*, ki je izšlo leta 1713, dobro stoletje za Cokom in dobra tri desetletja pred izidom Montesquieujevega Duha zakonov, dovolj nazorno opisal za tisti čas značilno razumevanje sodnikove vloge:

<sup>49</sup> Blackstone, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1809), str. \*69.

<sup>50</sup> Cross in Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW (1991), str. 27–34, in Duxbury, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (2008), str. 39–45. Analitičen opis deklaratorne teorije ponuja Brewbaker, Found Law, Made Law and Creation (2006–2007), str. 262–263. V slovenskem prostoru je o tem pisal Tilen Štajnpihler v delu PRECEDENČNI UČINEK SODNIH ODLOČB (2012), str. 229–236.

<sup>51</sup> Coke, THE SECOND PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND, cit. po Strang, An Originalist Theory of Precedent (2006), str. 449. Znana misel se v celoti glasi: »It is the function of a judge not to make but to declare the law according to the golden mete-wand of the law, and not by the crooked cord of discretion.«

<sup>52</sup> Prim. Lee, Stare Decisis in Historical Perspective (1999), str. 660. Ali morda kot naravni zakoni. Povsem mogoče je, da je na takšno razumevanje sodnikove vloge vplival znanstveni pristop, ki se je pričel razvijati v petnajstem stoletju (prim. Berman, LAW AND REVOLUTION (1997), str. 155).

<sup>53</sup> S povečevanjem vloge postavljenega prava se enako razumevanje razširi tudi nanj.

»... odločitve sodišč niso pravo v pristnem pomenu besede (*Law properly so called*), čeprav po moči zakonov tega kraljestva zavezujejo kot pravo med strankama [v sporu] ... (saj lahko pravo ustvarjata le Kralj in Parlament), imajo pa veliko težo in moč pri razlagi, razglašanju in objavljanju, kaj pravo Kraljestva je ... in čeprav so takšne odločitve manj kot pravo, so močnejši dokaz o [vsebini] prava kot pa mnenje slehernega zasebnika ...«<sup>54</sup>

Izhodišče deklaratorne teorije prava je bilo v svojem času zagotovo prepričljivo. Pravo so razumeli kot objektivno merilo, na podlagi katerega je mogoče presojati pravilnost sodniških odločitev. Če bi postala ločnica med pravom in sodniško odločitvijo povsem porozna, bi lahko celo napačna odločitev sodnika spreminjala vsebino zakona. Deklaratorna teorija skuša zato ohraniti smiselno razlikovanje med tistimi sodnimi odločbami, ki izhajajo iz prava, in tistimi, ki ga kršijo. Blackstone, ki deklaratorno teorijo povsem enako kot njegovi sodobniki brez zadržkov sprejema, opozori prav na ta vidik:

»Pravo in mnenje sodnika tako nista zamenljiva pojma, ki označujeta eno in isto stvar; kdaj se lahko zgodi, da se sodnik *zmoti* glede prava. Na splošno pa lahko kot splošno pravilo sprejmemo, da so sodne odločitve dokaz, kaj je *common law*.«<sup>55</sup>

Sodniško pravo ne uživa samostojnega obstoja, kaj šele, da bi mu pripisovali pravotorno vlogo, temveč je v celoti izpeljano iz »pristnega« prava. Ne le, da mora sodnik ponavljati vsebino prava, deklaratorna teorija tudi izhaja iz neizrečene predpostavke, da pravo ne pozna pravnih praznin, ki bi jih sodnik lahko zapolnjeval. A vzgibi takšnega razumevanja prava in njegova teoretična prepričljivost na tem mestu niso odločilni. Za moje raziskovanje sta pomembnejši dve okoliščini. Prva se nanaša na dejstvo, da takšno razumevanje prava za seboj potegne povsem določeno razumevanje vloge *sodnika*. Sodnikova kreativna vloga je po opisanem razumevanju sorazmerno skromna. Njegova naloga je, da odkrije pravo, ki že obstaja bodisi v zakonodajnih aktih bodisi v *common law*. Po prevladujoči ideologiji, ki so jo brez očitnih zadržkov sprejemali angleški, kasneje pa tudi drugi sodniki v državah *common law*,<sup>56</sup> sodnik ni poklican k ustvarjanju

<sup>54</sup> Hale, THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND (1820), str. 89–90.

<sup>55</sup> Blackstone, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND [1765–1769], str. \*69. Poudarki so v izvorniku.

<sup>56</sup> Brez dvoma to (po prevladujočem prepričanju) velja za Združene države Amerike, prim. Strang, An Originalist Theory of Precedent (2006), str. 452–457 (za čas pred revolucijo) in 462–467 (za čas po revoluciji), Lee, Stare Decisus in Historical Perspective (1999), str. 666. Eden izmed avtorjev nazorno opiše razumevanje Američanov pred revolucijo, ko oceni, da so »pričakovali, da bodo njihovi sodniki avtomati (*automatons*), ki bodo mehanično aplicirali nespremenljiva pravna pravila na dejstva vsakega primera« (Nelson, AMERICANIZATION OF THE COMMON LAW (1994), str. 19).

prava. Druga okoliščina se nanaša na prav tako nesporno dejstvo, da je takšno razumevanje sodnikov vloge uživalo popolno prevlado vse do začetka dvajsetega stoletja in da je še danes močno navzoče v svetu *common law*. Prvi kritični glasovi, ki so podvomili v to »otroško fikcijo«,<sup>57</sup> so se oglasili šele na začetku devetnajstega stoletja z Benthamom ter kasneje z Austinom in drugimi pozitivisti.<sup>58</sup> Kljub osamljenim glasovom tistih, ki so opozarjali na neizbežno ustvarjalnost sodnikove vloge, pa je mit o sodnikovem odkrivanju prava prevladoval tako v razpravah o sodniški dejavnosti<sup>59</sup> kot tudi v sodni praksi.<sup>60</sup> Vsaj od sedemnajstega pa do začetka prejšnjega stoletja je to prevladujoče samorazumevanje sodnika v sistemu *common law*.

Koliko ustvarjalnosti takšno razumevanje sodnikove dejavnosti dopušča, ostaja odprto vprašanje. Zagotovo lahko pri različnih avtorjih in v različnih obdobjih naletimo na različne ocene. Vsekakor je najmanj privlačen tisti opis, ki sodnika razume le kot nekoga, ki mora poiskati že obstoječe pravilo. Nastavke za takšno razumevanje lahko najdemo že pri Blackstonu. Pravo, ki ga mora sodnik poiskati, se skriva v »ustaljenih običajih kraljestva«. <sup>61</sup> Nedvomno je poznavanje teh virov zahtevalo veliko »izkušenj in študija«, ki v »dvajsetih letih neprespanih moči« sodnike spremeni v »skrbnike (*depositaries*) prava«, <sup>62</sup> vendar njegovo opisovanje ne zbuja vtisa, da bi sodnik pri svojem odločanju moral delovati kdo ve kako ustvarjalno. Vsaj med sodobnimi avtorji je takšno razumevanje preseženo. Danes sodnikove vloge nihče ne razume zgolj kot iskanje pravila, ki se – povsem izoblikovano – nekje že skriva. V natančnejše izrisani podobi sodniškega odločanja, ki nam jo ponujajo nekateri sodobni avtorji, pa lahko še vedno prepoznamo obrise deklaratorne teorije. Vzemimo Dworkinov opis sodnikove dejavnosti. Dworkin je prepričan, da celo pri soočanju s težkimi primeri obstaja le en pravilen odgovor. <sup>63</sup> Sodnikova naloga je, da pravilen odgovor poišče, ne pa, da ga ustvari. Pri iskanju odgovora se namreč lahko opre tudi na pravna načela, ki sicer niso del pozitivnega prava, vendar tvorijo njegovo politično (ali, povedano bolj

<sup>57</sup> Austin, LECTURES ON JURISPRUDENCE, II. del, str. 634.

<sup>58</sup> Pozitivistična teorija je deklaratorno teorijo že kmalu podvrgla uničujoči kritiki; prim. Duxbury, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (2008), str. 38–40.

<sup>59</sup> Npr. Cross in Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW (1991), str. 28, in Duxbury, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (2008), str. 40–41.

<sup>60</sup> Prav tam, str. 45, op. 61.

<sup>61</sup> Blackstone, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND [1765–1769], str. \*70.

<sup>62</sup> Prav tam, str. \*69. »Dvajset let neprespanih noči« (*lucubrations viginti annorum*) si je Blackstone izposodil pri Fortescueju (*DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE* VII, 23). Pojem »depository« je seveda dvoumen: pomeni lahko skrbnike, pa tudi depozitorij, skladišče.

<sup>63</sup> Dworkin, Is There Really No Right Answer in Hard Cases?, v delu A MATTER OF PRINCIPLE (1985), str. 119, Dworkin, Hard Cases, v delu TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978), str. 81.

sprejemljivo za kontinentalna ušesa, vrednostno) podstat. »Načelo,« pojasnjuje Dworkin, »je pravno načelo, če je del najboljše (*soundest*) pravne teorije, s katero lahko utemeljimo izrecna vsebinska in institucionalna pravila« določenega pravnega reda.<sup>64</sup> Opiranje na pravna načela mu omogoči, da z razširitvijo pojma prava na »pravno teorijo« sodnikovo odločitev predstavi kot odkrivanje že obstoječega prava in ne ustvarjanje novega prava. Tudi ko v kasnejšem delu, *Law's Empire*, njegova teorija doživi temeljito preobrazbo, ostane ta motiv skoraj enak. »Ustvarjalna« (*constructive*) razlaga od sodnika zahteva, da na podlagi temeljite analize empiričnega pravnega gradiva izlušči smiseln opis dejavnosti, nato pa poišče »splošno utemeljitev pglavitnih prvin [te] dejavnosti.«<sup>65</sup> To iskanje poteka skozi spraševanje, katera razlaga zbrano empirično gradivo pokaže »v najboljši luči.«<sup>66</sup> Celotna dejavnost je podobna, trdi Dworkin, pisanju verižnega romana, kjer dobi avtor v roke besedilo, ki ga je spisal njegov predhodnik, in mora romanu dodati svoje poglavje. Njegov prispevek bi lahko razumeli kot nadaljevanje romana samo, če bi pri oblikovanju zgodbe ohranil smiseln stik s že napisanim besedilom, denimo tako, da se pojavljajo isti literarni liki, da ti ohranijo že razkrite značajske poteze in podobno.<sup>67</sup> Na tem mestu sicer puščam ob strani dokaj očitno dejstvo, da je takšno pisanje nujno ustvarjalno, saj bo naslednji pisatelj ustvaril svoje nadaljevanje zgodbe, ki je ne bo mogel »odkriti« v tem, kar je bilo že napisano. Zanimivo pa se mi zdi, kako vztrajen (in celo trmoglav) je Dworkin v dokazovanju, da sodnik pri pisanju svojega verižnega romana ostaja *znotraj sveta prava* in ga zato nikakor ne ustvarja,<sup>68</sup> pa čeprav mora zato meje prava razširiti onkraj splošno sprejetega pojma prava.

Dworkinova prizadevanja so (v tem pogledu) sicer obrodila skromne sadove, vseeno pa lahko tudi danes naletimo na peščico zagovornikov deklaratorne teorije. Druži jih prepričanje, da prava ne sestavljajo le določbe veljavnega prava. Postavljeno pravo razumejo kot le zadnjega v vrsti poskusov, da bi z zakoni ali sodbami ubesedili notranjo logiko prava, ki ostaja nespremenjena. Ta skriti temelj prava je bil v angleškem pravno-kulturnem prostoru *common law*, ki so ga angleški pravniki skozi zgodovino razumeli kot »nespremenljivo celoto zdravega razuma in razlogovanja.«<sup>69</sup> Celo ko postavljeno pravo molči, se sodnik ne znajde

<sup>64</sup> Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1978), str. 66.

<sup>65</sup> Dworkin, *LAW'S EMPIRE* (1986), str. 66.

<sup>66</sup> Dworkin, »NATURAL« *LAW REVISITED* (1982), str. 170.

<sup>67</sup> Dworkin, *LAW AS INTERPRETATION* (1987), str. 530–536, in Dworkin, *A MATTER OF PRINCIPLE* (1985), str. 149–154.

<sup>68</sup> Prim. Dworkin, *JUSTICE IN ROBES* (2006), str. 41–43, in Dworkin, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* (2011), str. 130–131: razlaga je, opozarja Dworkin v svojem zadnjem delu, »*truth-seeking*«. Sodnik mora torej iskati resnično pravo.

<sup>69</sup> Baker, *AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY* (2007), str. 195–196.

v praznem prostoru, marveč se še vedno napol intuitivno vrača k pravnim načelom in iz njih črpa navdih, kako naj odloči.<sup>70</sup> Včasih pa sodnikovo iskanje prava poteka na še bolj diskreten in težje opazen način. Vsak sodnik, trdi Krygier, je del določene »življenjske oblike«, tradicije, ki oblikuje njegov miselni svet in mu narekuje, da ubira že uhojene poti pri reševanju zagat, s katerimi se pri sojenju sooča.<sup>71</sup>

Pa takšna razlaga sodnikove dejavnosti res korenito spremeni izhodiščno predpostavko deklaratorne teorije, da sodnik pravo le odkriva? Sodobni zagovorniki stališča, da pomeni sodniško odločanje le ponovno, čeprav morda nekoliko bolj izostreno, ubeseditev prava, ki je že obstajalo, nas opozorijo na zapletenost odkrivanja prava. Jasno postane, da nas pravno pravilo, ki ga iščemo, ne čaka že izgotovljeno in pripravljeno za uporabo. Oblikovanje takšnega vodila zahteva razumevanje notranje logike prava in tradicije, v katero je umeščeno. Oblikovati pravno pravilo iz grobe tvarine pravnih načel, splošno sprejetih toposov, ustaljenih pristopov k reševanju pravnih problemov, ki zaznamujejo značilno pravniški način mišljenja, ni preprosto opravilo. A še vedno ostaja ta zahtevna in težavna dejavnost *odkrivanje* in ne ustvarjanje prava. Sodnik je bolj podoben restavradorju, ki mora obnoviti zbledelo in poškodovano podobo, ki jo je narisal nekdo drug, kot pa slikarju, ki se znajde pred praznim platnom.

Deklaratorna teorija, ki je sodniku v sistemu *common law* dolga stoletja ponujala edino – pa čeprav ne najbolj prepričljivo – razlago njegovega odločanja, pa je presenetljivo blizu Montesquieujevi predstavi o vlogi, ki naj bi jo igral sodnik.

#### **4. Tretja slika: podoba angleškega sodnika v očeh nemških (svobodno)pravnih**

V času, ko je bila prevlada deklaratorne teorije v svetu *common law* skoraj popolna, tako da lahko malodane odmislimo nekaj redkih kritičnih glasov, ki so ji nasprotovali, lahko v nemškem prostoru zasledimo prve znake vrenja, ki bo spremenilo naše razumevanje sodnikove vloge. Ob zori dvajsetega stoletja se je zdelo, da je zmagoslavni pohod postopne kodifikacije veljavnega prava neustavljiv, s tem pa tudi spremljajoče prepričanje, da mora biti sodnik na zakon strogo vezan. Razsvetljenska vera v zakon ter hkratno nezaupanje v sodnika in njegovo razlago zakona sta v tem času dosegli vrhunec. Dovolj je, da se spomnimo na

<sup>70</sup> Prim. Beaver, *THE DECLARATORY THEORY OF LAW* (2013) 3, str. 427.

<sup>71</sup> Krygier, Julius Stone: *Leeways of Choice, Legal Tradition and the Declaratory Theory of Law* (1986), str. 36.



Beccarijevo trpko oznako razlage kot »zla«,<sup>72</sup> iz katere seva upanje, da je mogoče pravo uporabljati, ne da bi ga razlagali.<sup>73</sup> Privlačnosti predstave, da je sodnik strogo vezan na zakon, za nemški prostor ne gre podcenjevati. Pretežni del devetnajstega stoletja je Nemčija še vedno preživela razcepljena na množstvo bolj ali manj avtoritarnih držav, v katerih so monarhi vajeti sodne oblasti trdno držali v svojih rokah. Predstava, da bi bil sodnik pri svojem odločanju vezan na zakon, ki bi ga za nameček sprejel še (kolikor toliko) demokratično izvoljen predstavniški organ, je pomenila znaten napredek. Pa vendar je poskus poenotenja prava, ki je v novi združeni nemški državi doživel svoj vrhunec s sprejemom civilnega zakonika, takšno razumevanje sodnega odločanja postavil pred izziv.

Že v tistem času je bilo namreč jasno, da morajo biti za uresničenje takšnega ideala uresničene določene predpostavke. Prvič, pravna pravila morajo biti znana, kar so avtorji tistega časa razumeli kot zahtevo po tem, da so zapisana (in objavljena).<sup>74</sup> Drugič, biti morajo jasna in razumljiva. In tretjič, zakonodajalčevo urejanje določnega polja družbenih razmerij mora biti popolno. Če ob vsem tem verjamemo še, da je mogoče abstraktno zasnovano pravno vodilo s pomočjo »popolnega silogizma« uporabiti na primeru, ki se znajde pred sodnikom, je mogoče Montesquieujevo idejo delitve oblasti v razmerju med zakonodajalcem in sodnikom prenesti v resničnost. Sodnikova vezanost na zakon je tako lahko popolna, pravna varnost pa zagotovljena. Postopno krušenje Montesquieujeve izposojene podobe sodnika se je začelo prav s spoznanjem, da so te predpostavke v znatni meri nedosegljive.

Spoznanje o tem je najbolj jasno dozorelo v skupini pravnikov, ki so kmalu postali znani kot svobodnopravno gibanje. Če v prispevkih raznolike družine akademikov, odvetnikov in sodnikov sploh lahko najdemo točke, ki so jih povezovala, zagotovo izstopata dve. Prva takšna točka je globok dvom v popolnost in določnost prava, druga pa prepričanje, da je sodnikova dejavnost nujno ustvarjalna. Obe lastnosti sta, če ju premostrimo pozorno, pravzaprav le dve plati iste medalje.

Predstava o popolnosti prava je zagotovo najbolj očitna šibka točka v oklepu tedaj prevladujoče podobe sodnika. Pojemovna jurisprudenca, kakor so kritični duhovi opisovali tedaj prevladujoči pristop k razlagi prava, sicer ni trdila, da ob-

<sup>72</sup> Beccaria, O ZLOČINIH IN KAZNIH (2002), str. 66 (pogl. V).

<sup>73</sup> Ogorek, RICHTERKÖNIG ODER SUBSUMTIONSAUTOMAT (1986), str. 39–41.

<sup>74</sup> Spomnimo se, kako ostro kritiko je Bentham, še en otrok razsvetljenstva, namenil sistemu *common law* prav zaradi tega, ker njegova pravila niso bila objavljena in tako dostopna navadnim ljudem. Takšen pravni sistem je opisal kot »pravo za pse«, saj naj bi sodnik počakal, da oseba nekaj stori, nato pa jo za to dejanje kaznoval, ne da bi ji to napovedal vnaprej, podobno kot gospodarji vzgajajo svoje štirinožne prijatelje (Bentham, Truth versus Ashhurst (1843), str. 235).

staja za vsak dejanski stan že izoblikovano pravno pravilo. Prepričani pa so bili, da je mogoče iz veljavnega prava (zlasti iz splošnih pravnih pojmov), logično izpeljati rešitev za vsak konkretni primer. Rudolph Sohm, eden izmed zagovornikov takšnega pristopa k razumevanju prava, prepozna v splošnih pravnih pojmih tiste miselne oporne točke, iz katerih je nato mogoče nadalje »ustvarjati pravo«. <sup>75</sup> Z nastopom kodifikacij se razumevanje, kaj obsega pojem prava, skrči na zapisano besedilo, ki ga sprejme zakonodajalec. V takó razumljenem pravu pa je otročje lahkó pokazati na vrsto vrzeli in spregledov, ki jih bo zagrešil vsak, še tako natančen zakonodajalec. Svobodnopravno gibanje s prstom sprva pokaže na to dokaj očitno pomanjkljivost novih kodifikacij <sup>76</sup> in dokazuje, da sodnik težko ponavlja besede, ki jih zakonodajalec ni izrekel.

Bolj daljnosežno pa je bilo svobodnopravniško spoznanje, <sup>77</sup> da so za prevladujoče razumevanje sodnikove vezanosti na zakon in prepričanje, da je mogoče strogo logično subsumiranje, težje premostljiv izziv pomensko odprti pojmi. V njihovem obstoju lahko morda prepoznamo premajhno skrbnost zakonodajalca, ki pri naslavljanju pravnih subjektov (in posredno sodnika) ni izbral dovolj jasnih besed. Vendar pa je takšna izbira včasih povsem zavestna, saj želi zakonodajalec s pomensko širokimi pojmi sodniku dati možnost, da razlago pojma prilagaja družbenim okoliščinam. Nedoločne pojme Karl Georg Wurzel, eden procljivejših svobodnopravnikov, opiše kot »ventilne«, <sup>78</sup> saj sodniku omogočajo, da s spremembo razumevanja doseže sproščanje družbenih napetosti. Kmalu pa postane jasno, da težava niso samo posamezni primeri, najsi gre za pravne praznine ali nedoločne pojme, temveč da je težava v abstraktnosti zakonodajalčevega jezika, ki je po svoji naravi nujno nejasen. Če sprejmemo takšno razumevanje, ki izhaja iz prepričanja o radikalni pomenski odprtosti jezika, potem postane vsaka beseda pravna praznina, ki zahteva sodnikovo pomensko dopolnjevanje. Zakon potemtakem res ne vsebuje »nič manj (pravnih) praznin kot besed«. <sup>79</sup>

<sup>75</sup> Sohm, Über Begriffsjurisprudenz, Deutsche Juristen-Zeitung (1909), str. 1022. Na tej točki je podobnost med razumevanjem nadaljnega razvijanja prava (*Rechtsfortbildung*) v pravnem sistemu *common law* in pojmovno jurisprudence pravzaprav dokaj velika.

<sup>76</sup> Pionirsko delo je tu opravil Ehrlich v svoji razpravi Über Lucken im Rechte, ki je leta 1888 v nadaljevanjih izhajala v Juristische Blätter; glej npr. del, ki je objavljen v: Juristische Blätter (1888), str. 447.

<sup>77</sup> Prim. Herget, Unearthing the Origins of a Radical Idea (1995), str. 64–70, ki opisuje prispevek svobodnopravnega gibanja k spoznanju, da je pravo nedoločno, pa tudi prispevek nekaterih zgodnejših mislecev, ki so svobodnopravnemu gibanju v nemškem prostoru tlakovali pot, kot sta Franz Adickes in Oskar Bülow.

<sup>78</sup> Wurzel, DAS JURISTISCHE DENKEN (1924), str. 83–86.

<sup>79</sup> Kantorowicz, DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT (1906), str. 12.

Zrcalna podoba razsvetljenskega ideala popolnega in določnega zakona je vezanost sodnika na zakon. Montesquieujevo prizadevanje za delitev oblasti in posledično tesno vezanost sodnika na zakon je bilo posledica negotovanja nad izjemno močjo, ki so si jo pridobili nadvse ustvarjalni sodniki v času *Ancien Régime*. Montesquieujev sodnik, ki ponavlja besede zakona, je sestavni del njegove ideje delitve oblasti, ki ni – tega ne kaže pozabiti – vrednota sama po sebi, temveč svojo vrednost črpa iz prepričanja, da je na ta način edino mogoče zagotoviti svobodo posameznika.<sup>80</sup> Predstava, da naj bo sodnik dosledno vezan na zakon, je postala lahka tarča kritikov tega vidika razsvetljenske dediščine. Za trenutek lahko pustimo ob strani (danes že povsem očitno) opažanje, da je takšna podoba odtujena resničnosti in da je njihovo opisovanje sodnikove ustvarjalne vloge primernejši opis resničnosti.<sup>81</sup> Pomembnejše pa se mi zdi, da so opozorili na kvaren vpliv prevladujoče *podobe* sodnika, pa čeprav ta ni ustrezala resničnosti. Podoba sodnika, kot ga izrisuje po njihovem prepričanju prevladujoča teorija in se zrcali v samorazumevanju sodnikov, prikazuje sodnika na popolnoma zavajajoč način. Ta podoba nam sodnika prikazuje kot »hlapca zakona«,<sup>82</sup> kar ga oropa njegove ustvarjalne vloge. Sodnik postane »izvedenec v umetnosti pokorščine« (*Gehorsamkünstler*), pravo pa preneha biti družbena veda ter postane »znanost pokorščine [ali] znanost sledenja ukazom«.<sup>83</sup> Retorični zanos, s katerim so različni avtorji opisovali to podobo sodnika, razkriva globino obupa, ki so ga ob tej prevladujoči podobi občutili. Sodnika tako opisujejo kot »dlakocepski stroj« (*Haarspaltenmaschine*) ali »hidravlično prešo« (*hydraulische Presse*),<sup>84</sup> kot »subsumpcijski avtomat« (*Subsumptionsautomat*), »stroj za izdelovanje sodb« (*Urteilmaschine*) ali »pravni avtomat« (*Rechtsautomat*)<sup>85</sup> ali kot »dedukcijski avtomat« (*Deduktionsautomat*).<sup>86</sup> Očitno je, da jih moti ena in ista stvar: prepričanje, da je uporabljanje zakona mogoče brez osebne vrednostnega vložka tistega, ki sodi.

Podobo sodnika, ki je bila tarča kritike, čudovito opiše morda najbolj vplivni predstavnik svobodnopravnega gibanja, Hermann Kantorowicz, v uvodnem odstavku svojega dela *DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT*, ki je postalo osrednje programske besedilo novega gibanja:

<sup>80</sup> Montesquieu, *THE SPIRIT OF THE LAWS* II, 11, 3 (str. 154), in II, 11, 6 (str. 157).

<sup>81</sup> Npr. Kantorowicz, *DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT* (1906), str. 6, Rumpf, *GESETZ UND RICHTER* (1906), str. 2, in Rundstein, *Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins* (1910), str. 5 in 6.

<sup>82</sup> Prav tam, str. 16.

<sup>83</sup> Wurzel, *DAS JURISTISCHE DENKEN* (1904), str. 33.

<sup>84</sup> Ehrlich, *FREIE RECHTSFINDUNG UND FREIE RECHTSWISSENSCHAFT* (1903), str. 33.

<sup>85</sup> Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung* (1906), str. 358.

<sup>86</sup> Reichel, *GESETZ UND RICHTERSPRUCH* (1915), str. 16.

Prevladujoča idealna predstava o pravnikih je takšna: višji državni uradnik z univerzitetno izobrazbo, ki sedi, oborožen le s svojim miselnim strojem – resda najboljše vrste – v svoji celici. Njegovo edino pohištvo je zelena miza, na kateri pred njim leži državni zakonik. Če se nanj obrnemo s katerimkoli primerom – pa najsi je resničen ali izmišljen –, lahko v skladu s svojo dolžnostjo in s pomočjo povsem logičnih operacij ter skrivne veščine (*Geheimtechnik*) pokaže s strani zakonodajalca v zakoniku že vnaprej določeno rešitev s popolno natančnostjo.<sup>87</sup>

Svobodnopravniko so prvi korak, ki bi vodil stran od te »idealne predstave«, videli v ozaveščanju sodnika, da mora pri sojenju upoštevati še kaj več kot zakon. Zakon je nepopoln in nedoločen, zato mora te »pomankljivosti« nadomestiti sodnik s svojim vrednotenjem. Sodnik ne sme biti več hlapec zakona, temveč mora postati »zakonodajalčev sodelavec«. Ustvarjanje prava naj postane dejavnost, v kateri tvorno sodelujeta zakonodajna in sodna veja oblasti. Znanilci novega časa so v tem videli znak odraščanja. »Postali smo preveč samostojni,« zatrdi Rumpf,<sup>89</sup> »da bi še naprej pristajali na to stopnjo zaupanja v zakon«. Izhodišče sodnikovega dela ostaja postavljeno pravo, vendar ga mora dopolniti s svojo oceno družbenih potreb in ga, če ne gre drugače, popraviti ali od njega celo odstopiti.<sup>90</sup>

Očitno je, da stoji v središču zanimanja svobodnopravnikov uporabljanje prava. Prav tako je na dlani, da osrednje mesto ni več namenjeno zakonodajalcu, temveč sodniku. Max Rumpf je pri tem najbolj neposreden, ko zapiše: »Za nas stopi v središče metodologije uporabljanja prava sodnik.«<sup>91</sup> Njihovo preučevanje sodnikove vloge je še danes osupljivo sveže in pronicljivo. Vendar pa njihovo zanosno opisovanje »velike osebnosti sodnika«<sup>92</sup> ni povsem izvirno, temveč ima pred očmi povsem določen ideal. Več svobodnopravnikov se izrecno sklicuje na angleške zglede ali jih vsaj omenja, ko opisuje svoje videnje sodniškega odločanja. Splošni občutek, ki preveva vse te avtorje, je prepričanje, da je angleški sodnik pri svojem odločanju manj vezan na »zakon«, kot to velja na Kontinentu. Rumpf tako zapiše, da je angleški sodnik »bolj svoboden«,<sup>93</sup> Ehrlich pa v Angliji

<sup>87</sup> Kantorowicz, DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT (1906), str. 5. Prim. še Ehrlich, FREIE RECHTSFINDUNG UND FREIE RECHTSWISSENSCHAFT (1903), str. 8, kjer sodnika opiše kot Beamtenrichter.

<sup>88</sup> Rumpf, GESETZ UND RICHTER (1906), str. 149.

<sup>89</sup> Prav tam, str. 12.

<sup>90</sup> Za celovitejšo oceno o paleti svobodnopravniških razumevanj vezanosti na zakon glej Riebschlager, DIE FREIRECHTSBEWEGUNG (1968), str. 103–105.

<sup>91</sup> Rumpf, GESETZ UND RICHTER (1906), str. 31.

<sup>92</sup> Rundstein, Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins (1910), str. 12: »grosse Richterindividualität«. Avtor svari pred pretiranim svobodnopravniškim gojenjem kulta sodnika.

<sup>93</sup> Rumpf, GESETZ UND RICHTER (1906), str. 20.

vidi »klasično deželo svobodnega ustvarjanja prava«,<sup>94</sup> obljubljeni deželo, kjer lahko sodnik pri odločanju upošteva tudi družbene dejavnike. Tako ustvarjeno pravo je zagotovo bolj »ljudsko«, kar je lastnost, ki jo Kantorowicz pripisuje prav angleškemu pravu (najbrž pod vtisom instituta porote).<sup>95</sup> Mikavnost angleškega prava je bila za svobodnopravnike zlasti v postopnem oblikovanju prava skozi posamezne primere. Sodnik postavlja pravila v neposrednem stiku z družbeno resničnostjo<sup>96</sup> in tako neposredno poišče tisto rešitev, ki se mu v konkretnem primeru zdi najbolj pravična. Svobodnopravniki so zakonodajno urejanje občutili kot nasilje in ukalupljanje sodnika, ki bi moral pravičnost ustvarjati skozi svoje odločitve, ne pa s ponavljanjem paragrafov, zapisanih v zakoniku. Težnja, da odločitve v posameznih primerih postopno okamenijo v pravila, je sicer lahko razumljiva. Neukamp jo opiše kot naravno dogajanje, v katerem se pravo, zasnovano na primerih (*Fallenrecht*), postopno prelevi v pravo, zasnovano na pravilih (*Regelrecht*).<sup>97</sup> Zgovorno je, da se mu zdi potrebno oba pojma navesti še v angleščini (*case law in statute law*), s čimer zelo očitno razkrije vir svojega navdiha. Samo po sebi umevno je, da v nadaljevanju članka pozove k temu, da bi zakonsko pravo omejili v korist precedenčnega prava, ki ga ustvarja sodnik. Angleška izkušnja je bila za oblikovanje svobodnopravnega gibanja pomembna. Kantorowicz ji v svojem spisu *AUS DER VORGESCHICHTE DER FREIRECHTSLEHRE* odmeri kratek, a zgovoren odstavek,<sup>98</sup> Radbruch pa opozori na razkorak med Montesquieujevo zahtevo, da se sodna in zakonodajna oblast ne bi smeli združiti v rokah istega organa, in »cvetočo anglo-ameriško prakso«.<sup>99</sup>

Kot je očitno, da so oči svobodnopravnikov občudujoče uprte onkraj Rokavskega preliva, pa je prav tako zgovorno, da se očitno ne zavedajo tedaj prevladujočega samorazumevanja angleškega sodnika. Edini, ki se spotakne ob »staro pravljico, da angleški sodnik nikoli ne ustvarja prava«, je Max Rumpf.<sup>100</sup> Še danes ostaja uganka, ali gre pri drugih svobodnopravnikih za ostrejši pogled nekoga, ki določeno družbeno prakso opazuje od zunaj in ga zato ne slepijo miti in legende, ki jih določena družba brez pomislekov sprejema, ali pa za idealiziranje tujega, ki ga preprosto ne poznamo dovolj dobro, da bi pri opisovanju njegove narave upoštevali tudi tista samorazumevanja, ki to družbeno dejavnost pomembno (so)oblikujejo. Kakorkoli že, nekaj ironije se gotovo skriva v tem, da bi

<sup>94</sup> Ehrlich, *FREIE RECHTSFINDUNG UND FREIE RECHTSWISSENSCHAFT* (1903), str. 22.

<sup>95</sup> Kantorowicz, *DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT* (1906), str. 37. Kantorowicz se na angleško izkušnjo sklicuje tudi na (vsaj) dveh drugih mestih (str. 5 in 40).

<sup>96</sup> Ehrlich, *FREIE RECHTSFINDUNG UND FREIE RECHTSWISSENSCHAFT* (1903), str. 15.

<sup>97</sup> Neukamp, *Der gegenwärtige Stand der Freirechtbewegung* (1912), str. 49.

<sup>98</sup> Kantorowicz: *AUS DER VORGESCHICHTE DER FREIRECHTSLEHRE* (1925), str. 14–16.

<sup>99</sup> Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung* (1906), str. 357.

<sup>100</sup> Rumpf, *GESETZ UND RICHTER* (1906), str. 20–21.

bil ideal sodnika, ki so ga svobodnopravniki pripisovali Angležem, angleškemu sodniku tistega časa komaj prepoznaven.

## 5. Četrta slika: nemška podoba angleškega sodnika kot ideal za ameriški pravni realizem?

Trajna zasluga ameriškega pravnega realizma je zagotovo njegova odločna spodbuda, da se v središče zanimanja teoretičnega in filozofskega premišljanja o pravu postavi sodnik.<sup>101</sup> Pravna filozofija se ne posveča več odkrivanju naravnega prava ali poskusom, da bi pod plastjo raznolikih podob postavljenega prava odkrila empirično dokazljivo skupno zasnovo, zdaj v ospredje zanimanja stopi postopek odločanja o konkretnih primerih. Spodbudo za to preusmeritev pozornosti so bržkone našli v misli, ki jo je legendarni sodnik Holmes izrekel v nagovoru študentom bostonske pravne fakultete in kasneje objavil v razpravi *The Path of the Law*, kmalu pa je pridobila kulturni status:

»Prerokovanja, kako bodo sodišča v resnici ravnala, in nič bolj domišljavega, je tisto, kar je zame pravo.«<sup>102</sup>

Če kot pravo v resnici razumemo prerokovanja, kako bodo sodišča v resnici ravnala, postane dejansko delovanje sodišč pomemben predmet preučevanja. Pot takšnemu raziskovanju je še dodatno tlakovalo Grayevo zatrjevanje, da lahko kot pravo poimenujemo pravzaprav samo tisto, kar najdemo v odločbah sodišč.<sup>103</sup> Pravna vodila, ki jih najdemo v aktih zakonodajne ali izvršilne veje oblasti, zato niso pravo, temveč le viri prava, groba tvarina,<sup>104</sup> ki jo šele pravo ustvarjajoči akt sodne veje prikljče v (pravno) življenje. Najbrž pa bi vsi ti zanimivi miselni nastavki ostali le zanimivi drobcici v zakladnici pravne filozofije, če si jih ne bi dinamična in ustvarjalna skupina pravnih realistov vzela za miselno spodbudo, kako omajati prevladujoči način pravnega razlogovanja.

Preglavice z opredeljevanjem ameriškega pravnega realizma so rdeča nit domala vseh del, ki se ukvarjajo s tem gibanjem.<sup>105</sup> V gibanju z nejasnim članstvom, ki je imelo različne poglede na pot, ki bi jo želelo ubrati, in cilj, ki naj bi ga

<sup>101</sup> Npr. Bix, *JURISPRUDENCE* (2006), str. 178.

<sup>102</sup> Holmes, *The Path of the Law* (1897), str. 461.

<sup>103</sup> Grey, *THE NATURE AND SOURCES OF LAW* (2000), npr. § 200 in 215.

<sup>104</sup> Prav tam, § 276. Za oceno Grayeve pravne filozofije glej Postema, *LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY* (2011), str. 84–89.

<sup>105</sup> Glej npr. Horwitz, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW* (1992), str. 169–192, Duxbury, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* (2001), str. 65–71, Postema, *LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY* (2011), str. 82–84.

doseglo, lahko razberemo le redke skupne točke. Razen dveh.<sup>106</sup> Prva je ostro nasprotovanje tedaj prevladujočemu načinu pravnega odločanja, ki so ga prezirljivo opisovali kot »pravni formalizem«. Druga je drža, ki jo je Hart pomenljivo krstil za »skeptičnost glede pravil« (*rule scepticism*),<sup>107</sup> prepričanje, da igrajo pravna vodila pri usmerjanju sodniških odločitev veliko manjšo vlogo, kot je bilo do tedaj splošno sprejeto.

Pravni formalizem, ki je kot tarča kritike ameriške pravne realiste še najtesneje povezoval, je mogoče razumeti kot ohlapen opis vrste konkretnih očitkov, ki so jih realisti naslavljali na sodobno pravno znanost in zlasti na nekatere sodne odločbe tistega časa. Kontinentalnemu pravniku se morda zdi nenavadno, da bi bil lahko pravni sistem *common law* kriv takšnega greha, in še toliko manj, da so poglavitni grešniki sodniki, a prav to je bilo eno poglavitnih netiv za nastanek pravnega realizma. Ameriška sodišča so postopno prevzela nauk, ki ga je kot vero ob koncu devetnajstega stoletja s svoje prižnice na harvardski pravni fakulteti začel širiti njen dekan, Christopher Columbus Langdell. Svoje študente je učil, da je pravo znanost, ki se podobno kot naravoslovne znanosti ukvarja s preučevanjem empiričnih dejstev – sodb zlasti prizivnih sodišč – in na njihovi podlagi odkriva zakonitosti, ki se skrivajo za nepregledno množico odločitev v konkretnih primerih.<sup>108</sup> Sposobnost pravnega odločanja se skriva v logično pravilnem izpeljevanju sklepov iz pravnih načel, ki podobno kot naravne zakonitosti določajo meje pravnega in dopustnega v pravu. Njegova sokratična metoda, ki je izraz takšnega pristopa k preučevanju prava, je kmalu dosegla izjemen uspeh in postala splošno sprejeti kánon pravnega izobraževanja.<sup>109</sup> Ob vseh pozitivnih lastnostih pa je takšno razumevanje prava spodbujalo izrazito »mehanično« uporabljanje prava, kot je to pomanjkljivost opisal Pound.<sup>110</sup> Ko so sodniki na takšno razumevanje prava cepili še svojo zavezanost skrajno libertarnim pogledom na družbo,<sup>111</sup> se je pri velikem delu mlajših pravnikov izoblikoval občutek, da je takšno sodno odločanje povsem odtujeno resničnemu življenju.

<sup>106</sup> Pozoren bralec bo nemara že tu zaslutil zanimive vzporednice s svobodnopravnim gibanjem. Naj že na tem mestu opozorim, da opisujem prevladujoče razumevanje ameriškega pravnega realizma. V zadnjem času se pojavljajo upoštevanja vredni glasovi, ki opozarjajo, da se ta podoba ne sklada povsem z resničnostjo; prim. Tamanaha, *BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE* (2010), npr. str. 1–9.

<sup>107</sup> Hart, *THE CONCEPT OF LAW* (1992), str. 124 in 136–141.

<sup>108</sup> Prim. Hoeflich, *LAW & GEOMETRY: LEGAL SCIENCE FROM LEIBNIZ TO LANGDELL* (1986), str. 119–121.

<sup>109</sup> Duxbury, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* (2001), str. 17–25.

<sup>110</sup> Pound, *MECHANICAL JURISPRUDENCE* (1908), str. 607 et passim.

<sup>111</sup> Npr. Horwitz, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW* (1992), str. 19–31, in Duxbury, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* (2001), str. 25–32.



Druga točka soglasja ameriških pravnih realistov je bilo prepričanje, da pravna vodila, ki jih je mogoče najti v sodnih precedensih ali predpisih, pogosto ne usmerjajo dejanskega ravnanja naslovljencev (ali odločanja sodišč). Splošno občutenje realistov napoveduje ugotovitev iz vplivnega Cardozovega dela *The Nature of Judicial Process*:

»Pravil in načel precedenčnega prava (*case law*) niso nikoli obravnavali kot dokončnih resnic, temveč kot delovne hipoteze, ki jih nenehno preverjamo v tistih velikih laboratorijih prava, sodiščih.«<sup>112</sup>

Pravil veljavnega prava torej ne kaže jemati povsem resno. Že Roscoe Pound je opozarjal na razhajanje med »*law in books*« in »*law in action*«,<sup>113</sup> Llewellyn je enako razlikovanje opisal kot nasprotje med papirnimi pravili (*paper rules*) in delujočimi pravili (*working rules*),<sup>114</sup> na podoben način pa so k preučevanju prava pristopali tudi drugi pravni realisti.<sup>115</sup> Pravna pravila, strne skupno občutenje pravnih realistov Karl Llewellyn, niso pravzaprav nič drugega kot »lepe igračke«,<sup>116</sup> če se sodišča ne ravnavo tako, kot jim pravila narekujejo. In pogosto, zatrjujejo realisti, bodo sodišča pravila prezrla ali pa jih prikrojila svojemu razumevanju pravilne rešitve konkretnega primera. To pa je mogoče, nadaljujejo pravni realisti, zaradi palete razlogov: od jezikovne nedoločnosti pravil, mnoštva precedensov in tehnik, kako iz sodnih odločb izluščimo *ratio decidendi*, nabora številnih in pogosto nasprotujočih si metod razlage, pa do enkratnosti konkretnih položajev, ki bodo kdaj zahtevali posebno ustvarjalnost.<sup>117</sup> Karkoli je že razlog, da sodnik odloči drugače, kot mu narekuje določeno pravno pravilo, dejstvo je – in tu se bližamo bistvenemu poudarku –, da sodnik pri tem ravna ustvarjalno. Njegove odločitve ne narekujejo pravila, temveč nekaj drugega. Uvid ameriškega pravnega realizma morda še najbolj strne Jerome Frank, ki skuša klasično razumevanje sodniškega odločanja ponazoriti z enačbo »pravilo + dejstva = odločitev«. Realisti, trdi Frank, bi proces oblikovanja odločitve ponazorili nekoliko drugače: »dražljaji, ki vplivajo na sodnika + sodnikova osebnost = odločitev«. <sup>118</sup> Sodnik še zdaleč ne izgovarja zgolj besed zakona, temveč postane sam prirejen vir prava.

<sup>112</sup> Cardozo, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (1949), str. 23.

<sup>113</sup> Pound, *Law in Books and Law in Action* (1910), str. 15.

<sup>114</sup> Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence* (1930), str. 439 op. 9.

<sup>115</sup> Postema, *LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY* (2011), str. 109.

<sup>116</sup> Llewellyn, *BRAMBLE BUSH* (2008), str. 7.

<sup>117</sup> Za celovit pregled glej Rumble, *AMERICAN LEGAL REALISM* (1968), II. poglavje.

<sup>118</sup> Frank, *Are Judges Human? II* (1931–1932), str. 242. Podobno stališče je zavzel tudi Yntema, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws* (1927–1928), str. 480.

Na ameriški pravni realizem smo vajeni gledati, kot na – z besedami enega njegovih morda najbolj znanih sodobnih zagovornikov, Briana Leiterja – »najpomembnejše avtohtono pravoznanstveno gibanje v Združenih državah dvajsetega stoletja«. <sup>119</sup> Pa je v resnici avtohtono? Takšnemu razumevanju pritrjuje na Kontinentu vsenavzoča predstava o ustvarjalnosti in pravotvornosti sodnikov *common law*. Kaj bi bilo potemtakem bolj naravnega od tega, da se v osrčju te kulture porodi pravna filozofija, ki prav ta motiv postavi v izhodišče novega premisleka o naravi prava? Novejša raziskovanja pa odstirajo veliko bolj zanimivo sliko nastanka ameriškega pravnega realizma. <sup>120</sup>

Obrise te slike lahko zaslutimo že, če primerjamo poglobitve poudarke svobodnopravniškega gibanja, ki se je oblikovalo na začetku dvajsetega stoletja v nemškem prostoru, in ameriškega pravnega realizma, ki je zacvetel v tridesetih letih dvajsetega stoletja. Oba sta se upirala strogo deduktivnemu, »sholastičnemu« in »formalističnemu« načinu pravnega razlogovanja. Oba sta si za tarčo kritike izbrala dejansko odločanje sodišč. Oba sta poudarjala nedoločnost pravnih vodil in njeno zrcalno plat: nujnost ustvarjalnega odločanja sodnika. Oba sta v središče svojega zanimanja postavljala sodnika. Vzporednic je preprosto preveč, vsebinski poudarki pa so si preveč podobni, da bi lahko šlo za naključje.

Poglavitna razloga, da je ta pomembna in pomenljiva povezava – ki v resnici ostaja – ostala prikrita, sta dva. Prvi je dokaj banalen. Zgodba o »avtohtoniki« ameriški pravni filozofiji je preveč mikavna, da bi jo povsem opustili. Nacionalni ponos igra določeno vlogo tudi v zgodovini pravne filozofije. Drugi razlog je nekoliko bolj razumljiv. Vpliv svobodnopravniškega gibanja je bil – z eno pomembno izjemo – posreden. Ameriški pravni realisti se ne opirajo pogosto na svoje nemške predhodnike. Občasno navajanje tega ali onega svobodnopravnika <sup>121</sup> ostaja dovolj redko, da lahko izjemen pomen svobodnopravnega gibanja za oblikovanje ameriškega pravnega realizma zlahka prezremo. Da bi razumeli pomembnost svobodnopravnega gibanja za oblikovanje »intelektualnega programa« ameriškega pravnega realizma, moramo pogledati na generacijo mislecev, ki sami sicer niso bili pravni realisti, vendar so njihov poglavitni vpliv in spodbuda. Nesporno je, lahko med te »protorealiste« <sup>122</sup> štejejo Holmesa, Greya, Pounda

<sup>119</sup> Leiter, *American Legal Realism* (2005), str. 50.

<sup>120</sup> V mislih imam zlasti dve razpravi: Herget in Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* (1987), str. 399–455, in DiMatteo, *Reason and Context* (2004–2005), zlasti str. 409–416, ter vrsto drugih, sicer manj celovitih opazanj.

<sup>121</sup> Npr. Radin, *The Theory of Judicial Decision* (1925), str. 358 (kjer navaja Kantorowicza), Frank, *LAW AND THE MODERN MIND* (2009), str. 148, 301, 305, 336 (kjer navaja Ehrlicha) in str. 11, 30, 208, 245–247, 251, 276, 381 (kjer navaja Wurzla), in Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935), str. 848, op. 93 (kjer navaja Kantorowicza).

<sup>122</sup> Duxbury, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* (2001), str. 77.

in Cardoza. Pri treh od štirih avtorjev lahko najdemo neposredno prevzemanje tistih idej, ki določajo svobodnopравниško gibanje.

Zgovoren primer je Roscoe Pound, ki ga lahko štejemo za »vir in navdih« ameriškega pravnega realizma.<sup>123</sup> Že v svojem prvem članku *A New School of Jurists* iz leta 1904 se pri iskanju nove poti v pravni filozofiji izrazito opira na nemški prostor. V besedilu, ki ostaja pogosto prezrto, opozarja na oblikovanje nove šole, ki pri preučevanju prava ubira samosvojo pot in se pri tem ne ozira na dotlej že uhojene poti filozofske, zgodovinske in analitične šole prava. Gre za »sociološko šolo«,<sup>124</sup> v kateri lahko prepoznamo obrise Jheringove pravne filozofije, pa tudi vpliv Josepha Kohlerja, ki je bil eden izmed predhodnikov svobodnopravnega gibanja.<sup>125</sup> Že kmalu pa je Pound nove zamisli iskal neposredno pri svobodnopravnikih. To je mogoče razbrati v postopnem osredotočanju na motive, ki so značilni za svobodnopravnike (npr. sodno odločanje, vnašanje prvin socioloških ali ekonomskih znanosti v pravo in podobno),<sup>126</sup> pa tudi v neposrednem sklicevanju na svobodnopravno gibanje<sup>127</sup> in na nemško pišoče avtorje iz tega kroga.<sup>128</sup> Očitno je sorazmerno zgodaj vzpostavil tudi neposreden stik z vsaj nekaterimi svobodnopravniki. Iz pisma, ki ga je leta 1919 poslal sodniku Holmesu, lahko razberemo, da si je neposredno dopisoval z Ehrlichom in prebiral njegova dela.<sup>129</sup>

Opiranje na nemške vire, med drugim na svobodnopravnike, je značilno tudi za Johna Chipmana Graya, avtorja znane krilatice, da je pravo pravzaprav tisto, kar sodišča določijo, da je pravo.<sup>130</sup> Zdi se, da se je pri tem uvidu pomembno opi-

<sup>123</sup> Herget in Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* (1987), str. 433.

<sup>124</sup> Pound, *A New School of Jurists* (1904), str. 17.

<sup>125</sup> Prim. Riebschläger, *DIE FREIRECHTSBEWEGUNG* (1968), str. 31–32.

<sup>126</sup> Herget in Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* (1987), str. 422.

<sup>127</sup> Na nekem mestu tako zapiše: »*With all of these mitigating agencies arrested or rigidly tied down, resort must be had to the power of equitable application of legal rules. This power is assumed by courts in America much more widely than we suspect – or at least more widely than we like to acknowledge. But there is this characteristic difference. In Germany it is admitted. A scientific theory is worked out to explain and justify it, and an open controversy rages as to its propriety. With us the process is concealed. [...] Thus we have a great deal of freie Rechtsfindung in America, while disclaiming it in theory ...* (Enforcement of Law (1908), str. 404–405).

<sup>128</sup> Le v ilustracijo: v znani razpravi *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, *Harvard Law Review* 24 (1911) in 25 (1912) tako navaja Kantorowicza (str. 596 in 596, op. 21, str. 147, op. 29, 148, op. 31, 149, op. 35, 150, op. 36, 151, op. 42, 511, op. 88, 512, op. 93, 513 in 513, op. 49, 514 in 514, op. 96, ter 515, op. 101), Fuchsa (515, op. 101), Ehrlicha (515, op. 101) in Gmelina (515, op. 101).

<sup>129</sup> Pismo je ponatisnjeno v delu: Sayre, *THE LIFE OF ROSCOE POUND* (1948), str. 275.

<sup>130</sup> Glej zgoraj, odsek 5 te razprave.

ral na misel nemškega avtorja Oskarja Bülowa, pomembnega duhovnega očeta svobodnopravnega gibanja, ki je v svojem delu *Gesetz und Richteramt* zapisal:

»Sodna določitev prava se bliža, v njej lastni sferi moči določne in pravno zavezujoče zapovedi, celo v večji meri in močnejše kot zgolj abstraktna merila zakona.«<sup>131</sup>

Sorodnost pogledov je očitna, s tem pa tudi skupne (nemške) korenine, iz katerih so neposredno črpali svobodnopravniiki, posredno – prek Graya – pa ameriški pravni realisti.

Mnogo bolj neposredno pa so svobodnopravniške zamisli ameriške pravne realiste dosegle prek Cardozovega dela *The Nature of the Judicial Process*.<sup>132</sup> Besedilo je tako rekoč posejano z navedki iz del Ehrlicha, Kantorowicza, Gmelina, vseh po vrsti svobodnopravnikov, in Gényjeve *Méthode d'interprétation* (1919), ki je izpod peresa avtorja, ki je obvladal nemško, ponujala dotlej najbolj celovit prikaz nemškega svobodnopravnega gibanja. Očitno je, da se je razvijajoča se ameriška pravna filozofija izdatno napajala pri kontinentalnih, zlasti nemških virih.

Ameriški pravni realisti so svoje zamisli črpali predvsem pri treh že omenjenih avtorjih. Poleg Holmesa, pri katerem stika s sodobno nemško pravno filozofijo ni zaznati, so Pound, Cardozo in Gray (najbrž v tem vrstnem redu) najbolj odločilno določili tiste problemske sklope, okoli katerih se je kasneje izoblikoval ameriški pravni realizem. Dodatna spodbuda, ki je večini realistov omogočila neposredno seznanitev s svobodnopravniškim gibanjem, pa je bil izid dela z naslovom *The Science of Legal Method*, ki je vsebovalo obsežne odlomke iz vrste svobodnopravniških del (avtorjev, kot so Ehrlich, Gmelin, Wurzel in Gény).<sup>133</sup> V veliki meri je šlo torej za dvostopenjski proces, v katerem je svobodnopravno gibanje odprlo vrsto pomembnih pravnofilozofskih tem (kot so nedoločnost prava, ustvarjalna vloga sodnika, raziskovanje možnih novih pravnih virov), ki so si najprej utrle pot v dela predhodnikov ameriškega pravnega realizma (kot so Pound, Cardozo in Grey) in nato oblikovale ohlapen »program« ameriškega pravnega realizma.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1995), str. 76. Na drugem mestu Bülow – podobno kot Gray – zapiše, da je zakon le »načrt in skica zaželenih prihodnosti pravnega reda, ki je zakonodajalec sam ne more uresničiti«, ter ugotavlja, da »sodna oblast nadaljuje in izpopolni ustvarjanje pravnega reda, ki ga je zakon le začel« (str. 75).

<sup>132</sup> Grant Gilmore vidi v izidu te knjige začetek tretje, realistične dobe v ameriškem pravu (*THE AGES OF AMERICAN LAW* (1977), str. 74 in nasl.).

<sup>133</sup> Herget in Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* (1987), str. 428.

<sup>134</sup> Herget, *Unearthing the Origins of a Radical Idea* (1995), str. 63, in Twining, recenzija dela *The Case Law System in America*, *Yale Law Journal* (1991), str. 1097.

Vsaj pri enem ameriškem pravnem realistu pa vpliv ni bil zgolj posreden. Gre za Karla Llewellyna, tistega realista, ki je v polemiki s Poundom skušal določiti »skupna izhodišča« (*points of departure*), ki naj bi družila realiste.<sup>135</sup> S tem se si je – hote ali nehote – pridobil vlogo poglobitnega avtentičnega razlagalca ameriškega pravnega realizma.<sup>136</sup> Malo znano dejstvo o tem slikovitem realistu pa je, da je bil z nemškim prostorom izrazito tesno povezan. Starši so ga v najstniških letih poslali v Nemčijo, kjer je v mestu Schwerin preživel tri leta in leta 1911 opravil zaključni izpit na gimnaziji.<sup>137</sup> V študijskem letu 1928–1929 je preživel semester na univerzi v Leipzigu in svoja tamkajšnja predavanja zbral v delu *Prajudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*. Vsaj v tistem času je Llewellyn prišel v neposreden stik s svobodnopравниškimi razmišljanji, čeprav je že prej, denimo, spoznal Kantorowicza, ki je leta 1927 obiskal Columbio,<sup>138</sup> in ga gostil na svojem seminarju leta 1934.<sup>139</sup> Poleg Kantorowicza se je Llewellyn pogosto naslanjal na Ehrlicha, ki ga izrecno omeni v predgovoru k svojemu morda najbolj razvpitemu delu *THE BRAMBLE BUSH*,<sup>140</sup> v drugih razpravah pa še celo bolj jasno prizna svoje vsebinsko opiranje na Ehrlichova spoznanja.<sup>141</sup> Vpliv, ki ga je svobodnopravno gibanje imelo na Llewellyna, je očiten. Motivi, ki jih je sam navedel kot »skupna izhodišča«, so rdeča nit svobodnopravnega gibanja.<sup>142</sup> Med njimi je pomembno vlogo – Llewellyn ga omeni na prvem mestu, skupaj s prepričanjem, da je pravo v nenehnem gibanju – zavzemalo »sodniško ustvarjanje prava«.

Predstava o ustvarjalnem sodniku, ki povsem enakovredno z zakonodajalcem rešuje družbene probleme, je del dediščine, ki so jo ameriški pravni realisti

<sup>135</sup> Llewellyn, *Some Realism About Realism (1930–1931)*, str. 1235. O polemiki med Poundom in Llewellynom glej Twining, *KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (2012)*, str. 70–83.

<sup>136</sup> Twining, *Talk about Realism (1985)* 3, str. 363.

<sup>137</sup> Tesno čustveno vez, ki jo je čutil do Nemčije, še najbolje ponazarja dejstvo, da se je ob začetku prve svetovne vojne prostovoljno javil v nemško vojsko in bil za pogum celo odlikovan – baje kot edini Američan sploh. Več o Llewellynovem življenju glej Twining, *KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (2012)*, str. 87 in nasl. (prigoda s služenjem v nemški vojski je opisana na str. 535–543), ter Whitman, *Commercial Law and the American (1987–1988)*, str. 166–170.

<sup>138</sup> Lubben, *Chief Justice Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma (1998)*, str. 90, op. 46.

<sup>139</sup> DiMatteo, *Reason and Context (2004–2005)*, str. 413, op. 61.

<sup>140</sup> Llewellyn, *THE BRAMBLE BUSH (2008)*, str. xxxiii. Omeni ga celo pred Holmesom, Poundom in Cardozom.

<sup>141</sup> DiMatteo, *Reason and Context (2004–2005)*, str. 413, op. 61.

<sup>142</sup> Znani ameriški pravni zgodovinar Horwitz je o Llewellynovem članku *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, enem izmed programskih besedil ameriškega pravnega realizma – zapisal: »an intellectual 'cut and paste' job reflecting some existing tendencies in American jurisprudence read in conjunction with his newly acquired knowledge of German free law jurisprudence«, Horwitz, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW (1992)*, str. 172.

uvozili s Kontinenta. Podoba sodnika, ki ustvarja pravo, je s pravnimi realisti pridobila domovinsko pravico v sistemu *common law*, iz katerega je – preden je doživela številne preobrazbe – tudi izšla.

## 6. Koda: odsevi podobe v nas in podobe o nas samih

Zgodovina premišljevanja o vlogi sodnika se nam – če je v opisanem razvoju kaj resnice – razkriva kot sosledje pripisovanj. Montesquieu, nezadovoljen s preveliko močjo sodnikov v svoji domovini, se ozira k angleškemu sodniku in mu pripisuje togo vezanost na zakon. Njegov opis angleškega sodnika se – čeprav izkrivlja njegovo dejansko vlogo – sklada s samopodobo, ki jo sam o sebi goji sodnik onkraj Rokavskega preliva. »Usta, ki izgovarjajo besede zakona« se kmalu iz komplimenta, ki ga je francoski sodnik in pisec namenil angleškemu sodniku, spremenijo v zmerljivko za kontinentalnega sodnika. Montesquieujev ideal kmalu postane nočna mora: stroga sodnikova vezanost na zakon začenja vse preveč spominjati na suženjske okove, ki se jih želijo nemški svobodnoppravniki čim prej otresti. Znova se njihov pogled obrne k Drugemu – angleškemu sodniku, v katerem sedaj prepoznajo čisto nasprotje tega, kar je v njih videl francoski baron. Sodnik, ki je pri svojem odločanju svoboden in skupaj z zakonodajalcem ustvarja pravo, postane ideal, ki oblikuje vplivno novo razumevanje pravnega odločanja. Ta projekcija pa niti malo ne spremeni prevladujočega dojemanja angleških sodnikov, ki svoje delo še naprej doživljajo in prikazujejo kot odkrivanje, ne pa ustvarjanje prava. Zanos svobodnoppravnikov, ki so pod vplivom svoje predstave o ustvarjalni naravi sodnikovega dela izoblikovali nov ideal sodnika, spodbudi podobno kritično spraševanje o sodnikovi vlogi onkraj Atlantika. V Novem svetu je stara angleška podoba o sodniku, ki mora znotraj že veljavnega prava najti pravilen odgovor, sicer dobila novo preobleko v učenju, da je sodniško odločanje vrsta znanstvenega izpeljevanja sklepov iz empiričnega gradiva prejšnjih sodnih odločb. Jedro pa ostaja enako: sodnik prava ne ustvarja, temveč ga odkriva. Njihova kritika prevladujočega razumevanja sodniškega dela izriše novo podobo sodnika. Ta upodobitev se navdihuje pri svobodnoppravniškem idealu sodnika, ki odseva očaranost nad sodnikom iz sistema *common law*. *Imago iudicis*, ki si ga delita svobodnoppravno gibanje in ameriški pravni realizem, je danes pomembna, če ne celo prevladujoča sestavina našega razumevanja sodnika.<sup>143</sup>

Podoba se zdaj nemara končno res sklada z resničnostjo.

<sup>143</sup> Znana je krilatca, ki nas prepričuje, da smo »zdaj vsi realisti«; Twining, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (2012), str. 382.

**Literatura**

- Ackerman, Wendy E.: Separation of Powers and Judicial Service on Presidential Commissions, *The University of Chicago Law Review* 53 (1986), str. 993–1025.
- Austin, John: LECTURES ON JURISPRUDENCE AND THE PHILOSOPHY OF POSITIVE LAW, I in II, D. Auvermann, Glashütten im Taunus 1972.
- Baker, John H.: AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY, Oxford Univeristy Press, Oxford 2007.
- Baum, John Alan: MONTESQUIEU AND SOCIAL THEORY, Pergamon Press, Oxford 1979.
- Beccaria, Cesare: O ZLOČINIH IN KAZNIH (ur. L. Bavcon), Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002.
- Beever, Allan: The Declaratory Theory of Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 33 (2013) 3, str. 421–444.
- Bentham, Jeremy: Truth versus Ashhurst, v: COLLECTED WORKS V, William Tait, Edinburgh 1843.
- Berman, Harold J.: LAW AND REVOLUTION – THE FORMATION OF WESTERN LEGAL TRADITION, Harvard University Press, Cambridge 1997.
- Bix, Brian: JURISPRUDENCE – THEORY AND CONTEXT, Sweet & Maxwell, London 2006.
- Blackstone, William: COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (petnajsta izdaja, ur. E. Christian, Andrew Strahan), London 1809.
- Brand, James T.: Montesquieu and the Separation of Powers, *Oregon Law Review* 12 (1933) 3, str. 175–200.
- Brewbaker, William S. III: Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory, *Journal of Law and Religion* 22 (2006–2007), str. 255–286.
- Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt – Statutory Law and the Judicial Function (prev. J. E. Herget in I. Wade), *American Journal of Legal History* 39 (1995), str. 72–94.
- Cairns, Walter: Montesquieu's »Indirect« Legal Philosophy, v: *Bracton Law Journal* 28 (1996), str. 43–49.
- Calabresi, Steven G.; Larsen, Joan L.: One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?, v: *Cornell Law Review* 79 (1994), str. 1045–1157.
- Cardozo, Benjamin N.: THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS, Yale University Press, New Haven, London 1949.
- Chrimes, Stanley Bertram: ENGLISH CONSTITUTIONAL IDEAS IN THE FIFTEENTH CENTURY, American Scholar Publications, New York 1966.
- Claus, Laurence: Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation, v: *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2005) 3, str. 419–451.



- Cohen, Felix S.: Transcendental Nonsense and the Functional Approach, v: Columbia Law Review 35 (1935) 6, str. 809–849.
- Cross, Rupert; Harris, James W.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW, Clarendon Press, Oxford 1991.
- David, Réne; Grasmann, Günther: UVOD V VELIKE PRAVNE SISTEME. DRUGA KNJIGA, Cankarjeva založba, Ljubljana 1999.
- Dawson, John P.: THE ORACLES OF LAW, The University of Michigan Law School, Ann Arbor 1968.
- Deklaracija o pravicah človeka in državljana (prev. Anton Perenič), v: VARSTVO ČLOVEKOVIH PRAVIC – RAZPRAVE, ESEJI IN DOKUMENTI (ur. P. Jambreč, A. Perenič, M. Uršič), Mladinska knjiga, Ljubljana 1988.
- DiMatteo, Larry A.: Reason and Context: A Dual Track Theory on Interpretation, v: Penn State Law Review 109 (2004–2005), str. 397–486.
- Donato, Francesco di: Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'*Ancient régime*: una storia politico-istituzionale, parte seconda: La dinamica della prassi, v: Giornale di Storia Costituzionale 9 (2005), str. 65–86.
- Donato, Francesco di: Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'*Ancient régime*: una storia politico-istituzionale, parte prima: Fondamenti teorico-practici, v: Giornale di Storia Costituzionale 7 (2004), str. 147–165.
- Duxbury, Neil: PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE, Clarendon Press, Oxford 2001.
- Duxbury, Neil: THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Dworkin, Ronald: »Natural« Law Revisited, v: Florida Law Review 34 (1982) 2, str. 165–188.
- Dworkin, Ronald: A MATTER OF PRINCIPLE, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1985.
- Dworkin, Ronald: JUSTICE FOR HEDGEHOGS, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA) 2011.
- Dworkin, Ronald: JUSTICE IN ROBES, Belknap Press, Harvard, Massachusetts in London 2006.
- Dworkin, Ronald: LAW'S EMPIRE, Hart Publishing, Oxford 1986.
- Dworkin, Ronald: TAKING RIGHTS SERIOUSLY, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1977.
- Ehrlich, Eugen: FREIE RECHTSFINDUNG UND FREIE RECHTSWISSENSCHAFT (ponatis 1. izdaje iz 1903), Scientia Verlag, Aalen 1987.
- Ehrlich, Eugen: Über Lücken im Rechte, Juristische Blätter 17 (1888) 38, str. 447–449, 17 (1888) 39, str. 459–461, 17 (1888) 40, str. 471–473, 17 (1888) 41, str. 483–485, 17 (1888) 42, str. 495–498, 17 (1888) 43, str. 510–512, 17 (1888) 44, str. 522–525, 17 (1888) 45, str. 535–536, 17 (1888) 46, str. 546–547, 17 (1888) 47, str. 558, 17 (1888) 48, str. 569–570, 17 (1888) 49, str.

- 581–583, 17 (1888) 50, str. 594–597, 17 (1888) 51, str. 603–605, 17 (1888) 52, str. 618–620, 17 (1888) 53, str. 627–630.
- Ehrlich, Eugen: *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, v: *Harvard Law Review* 29 (1915–1916), str. 582–600.
- Frank, Jerome: *Are Judges Human? II*, v: *University of Pennsylvania Law Review* 80 (1931–1932), str. 233–267.
- Franklin, Mitchell: *The Passing of the School of Montesquieu and its System of Separation of Powers*, v: *Tulane Law Review* 12 (1937) 1, str. 1–11.
- Furlan, Boris: *Naravna pravna načela (§ 7 avstr. drž. zak.) – Prispevek k problemu popolnosti pravnega reda*, v: Boris Furlan, *PROBLEM REALNOSTI PRAVA* (ur. Marijan Pavčnik), Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002.
- Gilmore, Grant: *THE AGES OF AMERICAN LAW*, Yale University Press, New Haven, London 1977.
- Grey, John Chipman: *THE NATURE AND SOURCES OF LAW* (ponatis 1. izdaje iz 1909), Adamant Media Corporation, Leipzig 2000.
- Hale, Matthew, *THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND*, Butterworth, London 1820.
- Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John: *THE FEDERALIST*, Everyman, London, Vermont 1996.
- Hart, Herbert L. A.: *THE CONCEPT OF LAW* (2. izdaja), Clarendon Press, Oxford 1994.
- Hastings, William G.: *Montesquieu and Anglo-American Institutions*, v: *Illinois Law Review* 13 (1918–1919), str. 419–430.
- Herget, James E.; Wallace, Stephen: *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, v: *Virginia Law Review* 73 (1987), str. 399–455.
- Herget, James E.: *Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy*, v: *American Journal of Legal History* 39 (1995), str. 59–70.
- Hoeflich, Michael H.: *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, v: *The American Journal of Legal History* 30 (1986), str. 95–121.
- Holmes, Oliver Wendell: *The Path of the Law*, v: *Harvard Law Review* 10 (1897) 8, str. 457–478.
- Horwitz, Morton J.: *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870–1960 – THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY*, Oxford University Press, New York, Oxford 1992.
- Kantorowicz, Hermann (Gnaeus Flavius): *DER KAMPF UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT* (ponatis 1. izdaje iz 1906), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002.
- Kantorowicz, Hermann: *AUS DER VORGESCHICHTE DER FREIRECHTSLEHRE*, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

- Kramnick, Isaac: *BOLINGBROKE AND HIS CIRCLE: THE POLITICS OF NOSTALGIA IN THE AGE OF WALPOLE*, Cornell University Press, Ithaca 1992.
- Krause, Sharon: The Spirit of Separated Powers in Montesquieu, v: *The Review of Politics* 62 (2000) 2, str. 231–265.
- Krygier, Martin: Julius Stone: Leeways of Choice, Legal Tradition and the Declaratory Theory of Law, v: *UNSW Law Journal* 9 (1986), str. 26–38.
- Lasser, Mitchel de S.-O.-P'É., *Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, v: *Yale Law Journal* 104 (1994-1995), str. 1325–1410.
- Lee, Thomas R.: Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court, v: *Vanderbilt Law Review* 52 (1999), str. 647–735.
- Leiter, Brian: *American Legal Realism v: THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* (ur. M. P. Golding in W. E. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, Oxford, Carlton 2005, str. 50–66.
- Llewellyn, Karl N.: *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, v: *Columbia Law Review* 30 (1930) 4, str. 431–465.
- Llewellyn, Karl N.: *BRAMBLE BUSH*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Llewellyn, Karl N.: Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound, v: *Harvard Law Review* 44 (1930–1931), str. 1222–1264.
- Llewellyn, Karl N.: *THE BRAMBLE BUSH*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Locke, John: *DVE RAZPRAVI OBLASTI, PISMO O TOLERANCI* (prev. Zdenka Erbežnik, Igor Pribac, Janko Lozar, Aljoša Kravanja), Krtina, Ljubljana 2010.
- Lubben, Stephen J.: Chief Justice Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma, v: *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 7 (1998), str. 81–132.
- Mateucci, Niccola: *NOVOVEŠKA DRŽAVA*, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 1999.
- Möllers, Christoph: *THE THREE BRANCHES – A COMPARATIVE MODEL OF SEPARATION OF POWERS*, Oxford University Press, Oxford 2013.
- Montesquieu in England: his 'Notes on England', with Commentary and Translation (prevod in komentar Iana Stewarta), *Oxford University Comparative Law Forum* 6. URL: <http://ouclf.iuscomp.org/> (29. april 2015).
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat: *THE SPIRIT OF THE LAWS* (prev. Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, Harold Samuel Stone), Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- Müßig, Ulrike: At the Roots of European Legal Culture: Cross-Border Influences of Locke and Montesquieu, v: *Fundamina* 15 (2009) 2, str. 112–135.
- Neukamp X., *Der gegenwärtige Stand der Freirechtbewegung*, v: *Deutsche Juristen-Zeitung* 17 (1912) 1, str. 44–50.
- Ogorek, Regina: *RICHTERKÖNIG ODER SUBSUMTIONSAUTOMAT – ZUR JUSTIZTHEORIE IM 19. JAHRHUNDERT*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1986.
- Parker, Reginald: Separation of Powers Revisited – Its Meaning to Administrative Law, v: *Michigan Law Review* 49 (1951), str. 1009–1038.

- Plucknett, Theodor F. T.: A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW. LIBERTY FUND, Indianapolis 1956.
- Postema, Gerald J.: LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY: THE COMMON LAW WORLD, Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011.
- Pound, Roscoe: Enforcement of Law, v: Green Bag 20 (1908), str. 401–410.
- Pound, Roscoe: Mechanical Jurisprudence, v: Columbia Law Review 8 (1908) 8, str. 605–623.
- Pound, Roscoe: The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence I–III, v: Harvard Law Review 24 (1911) 8, 25 (1911–1912) in 25 (1912) 6, str. 591–619, 140–168 in 489–516.
- Radbruch, Gustav: Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung – Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit, v: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 4 (1906), str. 355–370.
- Radin, Max: The Theory of Judicial Decision, v: American Bar Association Journal 11 (1925), str. 357–362.
- Ratnapala, Suri: John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-evaluation, v: American Journal of Jurisprudence 38 (1993), str. 189–220.
- Ravà, Tito: INTRODUZIONE AL DIRITTO DELLA CIVILTÀ EUROPEA, Cedam, Milano 1982.
- Reichel, Hans: GESETZ UND RICHTERSPRUCH – ZUR ORIENTIERUNG ÜBER RECHTSQUELLEN- UND RECHTSANWENDUNGSLEHRE DER GEGENWART, Art. Institut Orell Füssli, Zürich 1915.
- Riebschläger, Klaus: DIE FREIRECHTSBEWEGUNG – ZUR ENTWICKLUNG EINER SOZIOLOGISCHEN RECHTSSCHULE, Duncker/Humboldt, Berlin 1968.
- Rousseau, Jean-Jacques: DRUŽBENA POGODBA (2., prirejena izdaja, prev. Maks Veselko, priredba Zdravko Kobe, Igor Pribac), Krtina, Ljubljana 2001.
- Rumble, Wilfrid E.: AMERICAN LEGAL REALISM, Cornell University Press, Ithaca 1968.
- Rumpf, Max: GESETZ UND RICHTER – VERSUCH EINE METHODIK DER RECHTSANWENDUNG (ponatis 1. izdaje iz 1906), Scientia Verlag, Aalen 1970.
- Rundstein, Szymon: Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins, v: Archiv für bürgerliches Recht 34 (1910), str. 1–40.
- Sabine, George H.: A HISTORY OF POLITICAL THEORY (3. izdaja), George G. Harrap & Co., London 1968.
- Sayre, Paul: THE LIFE OF ROSCOE POUND, College of Law Committee, Iowa City 1948.
- Skinner, Quentin: THE FOUNDATION OF MODERN POLITICAL THOUGHT, vol. II, Cambridge University Press, Cambridge 1979.
- Sohm, Rudolph: Über Begriffsjurisprudenz, v: Deutsche Juristen-Zeitung 14 (1909) 15/16, str. 1020–1024.
- Spektorski, Evgen: ZGODOVINA SOCIJALNE FILOZOFIJE, zv. I., Slovenska matica, Ljubljana 1932.

- Strang, Lee J.: An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good, v: *New Mexico Law Review* 36 (2006), str. 1729–1794.
- Strömholm, Stig: *A SHORT HISTORY OF LEGAL THINKING IN THE WEST*, Norstedts Förlag AB, Lund 1985.
- Štajnpihler, Tilen: *PRECEDENČNI UČINEK SODNIH ODLOČB PRI PRAVNEM UTEMELJEVANJU*, GV Založba, Ljubljana 2012.
- Tamanaha, Brian Z.: *BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE*, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2010.
- Thomas, Geoffrey: *INTRODUCTION TO POLITICAL PHILOSOPHY*, Duckworth, London 2000.
- Twining, William: *KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (2. izdaja)*, Cambridge University Press 2012.
- Twining, William: *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA (recenzija dela)*, v: *Yale Law Journal* 100 (1991), str. 1093–1102.
- Twining, William: *Talk about Realism*, v: *NYU Law Review* 60 (1985) 3, str. 329–384.
- Whitman, James: *Commercial Law and the American Volk Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, v: *Yale Law Journal* 97 (1987–1988), str. 156–175.
- William, Edward Nelson: *AMERICANIZATION OF THE COMMON LAW: THE IMPACT OF LEGAL CHANGE ON MASSACHUSETTS SOCIETY, 1760-1830*, University of Georgia Press, Athens 1994.
- Wróblewski, Jerzy: *THE JUDICIAL APPLICATION OF LAW*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London 1992.
- Wurzel, Karl Georg: *DAS JURISTISCHE DENKEN*, Verlag von Moritz Perles, Dunaj in Leipzig 1904.
- Yntema, Hessel E.: *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, v: *Yale Law Journal* 37 (1927–1928), str. 468–483.

## ***Imago iudicis*, Four Images from the History of Ideas on Judging**

### *Summary*

Throughout history it was the perception and not the actual mental process underlying the activities of the judge that defined the prevalent understanding of his role. The article focuses on four metamorphoses that the image of the judge underwent in Western legal thought. It starts by examining an interesting and often overlooked paradox behind the famous Montesquieu's description of a judge as "the mouth that pronounces the words of the law". Today, it is universally understood as an indictment of a continental judge, clinging to the law and shunning any judicial creativity. In fact, Montesquieu's metaphor is trying to convey his sympathetic opinion of a limited law-creating role an English judge had. This perception was in stark opposition to the power wielded by French *parlements*, essentially judicial bodies with wide-ranging legislative powers. They could, for example, refuse to promulgate law, adopted by the king, if they found that it contradicts *leges fundamentals*, basic laws of the kingdom. What was in essence judicial review gave these bodies, dominated by aristocrats, an extremely powerful tool that enabled them to create law. Montesquieu saw that as an encroachment on legislative power and demanded a separation of powers, limiting the reach of the judiciary.

His portrayal of the judge was therefore a compliment to the English judge, perceived by him to be a model of judicial restraint. To the surprise of many, this image of an English judge coincides to an astonishing degree with the self-perception of a typical English judge of that period. The so-called declaratory theory portrayed judges to be discovering the law and not creating it. This image dominated common law imagination since Coke in the 17<sup>th</sup> Century until Bentham's sustained attacks upon it loosened the grip it had on judges and academics alike. The author argues that we can still find residues of that outlook. Dworkin's theory of interpretation maintains, for example, that every legal situation, even the hardest of cases, has only one right solution. The judge's mission is to find that solution and not to step into lawmaker's shoes by employing discretion. The same persuasion is shared by a number, admittedly small, of other academics and is still to be found in judicial pronouncements.

Gradually, Montesquieu's image of a judge as a mouthpiece of the law evolved from a compliment to a term of abuse. It became synonymous with formalistic approach to judging, being perceived as casting judges into the role of inanimate automatons. His dream of a judge, deferring to legislative power

soon turned into nightmare. At least in the eyes of jurists and judges on the Continent, who rejected the Enlightenment ideology of the strict separation of powers. This fermentation soon formed into a movement, challenging the ideology of bound decision-making accompanying gradual codification on the Continent. In particular, they expressed severe doubts as to the completeness of codes and complementary belief that judges cannot avoid being creative when deciding cases. The Free Law Movement (*Freirechtbewegung*) became a centre of slow but inevitable transformation of our understanding of judicial decision-making. But the careful reading of their texts reveals a common inspiration. It is their understanding of the latitude given to and allegedly claimed by the common law judge. Even though this perception patently deviated from the common self-perception, the “official portrait” of the English judge, it was embraced by the new movement and incorporated into their vision of a modern judge.

Much the same dissatisfaction with the predominant mechanistic image of judging was beginning to emerge in the United States. The narrative shared by judges and academics portrayed judicial decision-making as a purely logical activity, owing partly to old English declaratory theory and partly reinforced by the new Langdellian notion of law being something akin to natural science. Critical voices began to question this formalistic approach to law. An important impetus, the author argues, was provided by a direct and an indirect encounter with the free law ideas. Proto-realists (i.e. authors who weren't themselves realists but inspired their criticism, such as Pound, Cardozo and Grey), were well acquainted with German jurisprudence and the Free Law Movement. The transmission was predominantly indirect with one notable exception: Karl Llewellyn, the standard-bearer of the realist movement spent time in Germany and knew personally some of the important figures in the Free Law Movement (e.g. Hermann Kantorowicz). The Realists adopted the Free Law Movement agenda to an important extent, part and parcel with the conviction that judicial creativity is an innate characteristic of judge's role. It is this conviction that still occupies the centre of all modern theories on judicial decision-making.



