



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

Ljubljana Law Review

2021

LETNIK LXXXI

*Aleš Novak**

Pravičnost onkraj zakona

Svobodnopravno gibanje in iskanje nove zasnove prava

1. Vrhunec ali začetek razkroja?

Začetek dvajsetega stoletja je dajal vtis vrhunca nekega obdobja v zgodovini prava. Nekaj let poprej se je vdala še zadnja pomembna trdnjava evropskega kontinenta, ki se je upirala kodifikaciji. Medtem ko je val kodifikacij pomemben del Evrope preplaval v stoletju, ki se je poslavljal,¹ pa je kodifikacijsko vnemo v Nemčiji ohladil Savignyjev odločni odziv na poskus, da bi francoskemu in avstrijskemu zgledu sledili tudi v nemškem prostoru. Nasproti razsvetlenskemu idealu kodifikacije, ki ga je v nemškem prostoru posebljal Thibautjev poziv k sprejemu »splošnega civilnega prava za Nemčijo«,² je postavil vizijo postopnega in organskega razvoja prava.³ Mistična in poudarjeno nacionalistična predstava o pravu kot izrazu narodnega duha je v ozračju oblikovanja enotne nemške identitete padla na dovolj plodna tla, da so se kodifikacijski napor ustavili za dobrega pol stoletja. Prizadevanja, ki jih je navdihoval revolucionarni zanos zamisli, da je mogoče tudi v svetu prava pomesti z »navlako zgodovine« in pravo zasnovati zgolj na razumu, so ob zori novega stoletja obrodila svoj zapozneli sad. S prvim januarjem leta 1900 je v Nemčiji začel veljati civilni zakonik. Proces, ki je bil zasnovan v nedrjih osemnajstega stoletja, je bil s tem »veličastnim«⁴ dosežkom v najpomembnejšem delu končan.

* *Katedra za teorijo in sociologija prava, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, ales.novak@pf.uni-lj.si.*

¹ Tako je bila 1863 sprejeta kodifikacija na Nizozemskem, 1866 v Italiji, 1864 v Romuniji, 1867 na Portugalskem in 1889 v Španiji. V Belgiji in Luksemburgu pa je tudi po koncu francoske okupacije v veljavi ostal *Code Napoléon*; prim. Bergel, 1987–1988, str. 1075.

² Wieacker, 1996, str. 390. Več o polemiki glej prav tam, str. 390–396; in Fassò, 2002, str. 45–48.

³ Savigny, 1814, str. 11 *et passim*.

⁴ Slavospevi, ki so jih zakoniku peli v Nemčiji, so za sodobnega bralca pogosto na meji dobrega okusa; prim. Stolte, v delu: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I.* (2003), str. 10.

Čeprav so daljnovidnejši duhovi že slutili, da bo novi čas pravni znanosti odmeril nekoliko skromnejšo vlogo, pa je bil sprejem zakonika hkrati tudi zmagoslavje pravne znanosti. V obdobju, ko je prevlada zgodovinske šole prava zaustavila prizadevanja za oblikovanje zakonika, so se s polno močjo nadaljevala prizadevanja pravne znanosti, da analizira, sistematizira in strukturira veljavno pravo. Nemški civilni zakonik je nastajal pod taktirko najuglednejših univerzitetnih profesorjev in se precej bolj kot katerakoli prejšnja kodifikacija opiral na dogmatična spoznanja pravne znanosti. Ko je nekaj let po združitvi Nemčije ideja kodifikacije znova zaživela,⁵ so zaporedne redakcijske komisije lahko gradile na trdnem temelju »pravniškega prava«,⁶ ki si ga je kot izhodišče kodifikacije predstavljal tudi Savigny.

Vsak vrhunec pa s seboj prinese napuh, ki mu tudi v moč kodifikacij zaverovani Evropi ni uspelo povsem ubežati. Korak predaleč je vera v zakonik stopila, ko je v njem začela videti popolno stvaritev človeka, ki si poleg obvladovanja sedanosti lasti tudi oblast nad prihodnostjo. Tu se v drzni zamisli, ki se napaja iz človekova naraščajoče samozavesti, začnejo kazati znaki njenega zatona. Glasnik tega postopnega zatona pa ni nihče drug kot svobodnopravno gibanje.

2. Kodifikacijska ideologija

V času po sprejemu velikih kodifikacij lahko skoraj brez izjeme opazujemo postopno, a gotovo premikanje težišča pravodajne dejavnosti v sfero zakonodajne oblasti. Na kontinentu, še zlasti v osrednji Evropi, je šel ta premik na rovaš pravne znanosti, ki se je morala odreči pomembni vlogi pri ustvarjanju prava. Ideja kodifikacije, ki se je razcvetela v devetnajstem in začetku dvajsetega stoletja, pa je več kot le prepričanje o potrebi po prenosu težišča pravodajne dejavnosti v sfero zakonodajne oblasti ali težnja po povečevanju obsega zakonodajnega urejanja. Ideja kodifikacije se nam v tem času kaže kot prava konstelacija predpostavljenih pravnofilozofskih podmen, ki prebijajo ozke meje zakonodajnega urejanja, in pomenijo destilat povsem določene pravnofilozofske in pravopolitične države.

Kodifikacija tako uteleša jasno izoblikovano ideologijo,⁷ ki presega le prepričanje o smotrnosti celovitega in sistematičnega zakonodajnega urejanja zaokroženih področij družbenega življenja. Prva ključna razlika, ki jo vnese kodifikacijska ideologija, je drugačen pristop k pravnemu urejanju. Vse do kodifikacij je bilo pravno urejanje pretežno odziv na probleme, s katerimi se je v danem trenutku soočala družba. Najbolj jasno je to mogoče prepoznati v modelu precedenčnega odločanja: sodna odločitev je vedno odziv

⁵ Delo na prvih osnutkih nove kodifikacije se je začelo leta 1874 in se končalo s sprejemom civilnega zakonika leta 1896. leta. Prim. Stolte, v delu: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I.* (2003), str. 8–10.

⁶ Savigny, 1814, str. 14.

⁷ Merryman, 1996, str. 26 in nasl.

na konkreten problem. Podobno velja tudi za model zakonodajne dejavnosti, značilne za antični Rim. *Lex* je bila najpogosteje poskus ureditve konkretnega spornega vprašanja⁸ in je v klasični dobi redko kazala željo po vseobsežni ureditvi posameznega področja. V dobi razsvetljenstva se naraščajoča človekova samozavest kaže tudi v želji po »prehitevanju« življenja, v težnji, da bi vnaprej predvideli vse sporne situacije, možne probleme, prihodnje točke razhajanj in jih uredili, še preden nastopijo. Zakon postane v dobi razsvetljenstva vzvod za razumsko obvladovanje negotove prihodnosti.

Negotovosti pa se lahko obvarujemo le tako, da je urejanje vseobsežno in popolno. Kodifikacija mora k urejanju družbenih odnosov zato pristopiti sistematično in celovito. Sistematičnost tu ne pomeni le notranje usklajenosti zakonodajnega podviga, ki se kaže v odsotnosti antinomij.⁹ Kodifikacija teži k vzpostavitvi sistema, ki je sposoben »samozapolnjevanja«, kot to pozneje opiše Carnelutti.¹⁰ Če kodifikacija ne preskrbi izrecnega odgovora na neki problem, potem nam njena sistematična narava ponuja možnost, da na logičen način pridemo do njegove rešitve. Pravni sistem se nam tako začne kazati kot logično sklenjen red, v katerem izrecne pravne rešitve dopolnjuje bogastvo prikritih, a že nakazanih rešitev, ki jih je mogoče po razumski poti zlahka dokončno razkriti. Pravne praznine so zato izmišljen problem, saj nam zakonik neposredno ali posredno ponuja vse potrebne odgovore. Kodifikacija postane samozadosten sistem, ki ne potrebuje in ne išče več povezave z življenjem. Odmaknjenost od konkretnega naj bi pravni znanosti omogočila objektivnost, h kateri po zgledu naravoslovnih znanosti stremi. Sistematičnost tako hkrati zagotavlja tudi celovitost urejanja. Pravni sistem, ki ga vzpostavlja kodifikacija, teži k vseobsežni ureditvi posameznega področja družbenega življenja.¹¹

Ideologija kodifikacije pa ima tudi močne pravno-politične temelje. Prizadevanje, da bi napravili zakonik za osrednji vir prava, ni le teoretično razpravljanje o pravnih virih, temveč tudi prikriti boj za politično moč, ki se navezuje na možnost ustvarjanja prava. Ta je bila prej pretežno v rokah sodne veje oblasti,¹² težišče moči pa se s povečevanjem pomena postavljenega prava začne premikati v sfero zakonodajne oblasti. Ta premik seveda ni naključen, temveč zrcali spremenjeno razmerje moči v družbi takratnega časa. Moč plemstva, ki ga posebej vlada (in ponekod drugi dom parlamenta) se postopno umika moči meščanstva, ki postopno prevlada v predstavniskem organu. Nedvomno

⁸ Prim. Kranjc, 2020, str. 99.

⁹ Bergel opozarja predvsem na ta vidik. Prim. Bergel, 1987–1988, str. 1083. Tallon po drugi strani opozarja predvsem na urejeno povezavo med različnimi pravnimi vodili, oblikovanje splošnih pojmov in uporabo logične klasifikacije. Prim. Tallon, 1979, str. 4.

¹⁰ Pojem, ki ga uporabi, je *autointegrazione*. Carnelutti, 1940, str. 144–152.

¹¹ Prim. Scarman, 1966–1967, str. 358. Za prelom s starejšo zgodovinsko tradicijo, ki je priznavala nevseobsežnost politične oblasti in s tem tudi meje njenega pravnega urejanja, glej Grossi, 2007, str. 14 in nasl.

¹² Pred očmi imam zlasti francosko izkušnjo. Sodna veja je bila – delno zaradi kupovanja služb, delno pa zaradi zahtevane izobrazbe – v času pred francosko revolucijo dostopna le višjim slojem.

dejstvo seveda je, da je le predstavniški organ imel določeno politično legitimacijo v obliki splošnih volitev.¹³ Na tej oporni točki je zasnovano naslednje pomembno ideološko izhodišče kodifikacije: ideja delitve oblasti. Tri osrednje funkcije oblasti naj bi bile tako razdeljene med tri sklope državnih organov. Zakonodajna veja oblasti, ki ima neposredno legitimacijo, naj bi bila pristojna za ustvarjanje prava, sodna veja za njegovo razlaganje, izvršilna veja oblasti (ki je bila v tistem času marsikje še v rokah vladarja) pa naj bi zakone izvrševala.

Povezava načela delitve oblasti s prepričanjem, da lahko iz kodifikacije logično izpeljemo odgovore na vsa vprašanja, ki jih zakonodajalec ni izrecno predvidel, pa omogoči oblikovanje morda najspornejšega vidika kodifikacijske ideologije, ki se kaže v jasno opredeljeni filozofiji razlage prava. Čeprav so različni avtorji to interpretativno filozofijo (ali nekatere vidike take filozofije) enačili bodisi s pravnim pozitivizmom¹⁴ – in tako prezrli, da gradi na miselnem modelu racionalističnega naravnega prava – bodisi s pojmovno jurisprudenco¹⁵ – in tako prezrli zelo podobna izhodišča francoske različice te filozofije, ki jo pooseblja eksegetična šola,¹⁶ postaja jasno, da gre za pristop, ki ni vezan na specifično pravnofilozofsko šolo ali na konkretno kulturno okolje. Wróblewski, denimo, tak pristop opisuje kot ideologijo vezanega sodnega odločanja.¹⁷

3. Kritika, ne oblikovanje nove teorije

Svobodnopravno gibanje je mogoče najboljšje razumeti kot upor zoper kodifikacijsko ideologijo. V svojem jedru gre za izrazito kritično gibanje, ki želi predvsem razgaliti pomanjkljivosti prevladujoče pravne doktrine, odreka pa se ambiciji, da bi izoblikovalo lastno doktrino.¹⁸ Njene privrženke tako bolj povezuje nezadovoljstvo z odgovori, ki jih

¹³ Čeprav volilna pravica še zdaleč ni bila enaka. Prim. Pitamic, 1926, str. 308 in nasl., kjer avtor opisuje načine, s katerimi so sodobni volilni sistemi izigrali idejo enakosti volilne pravice.

¹⁴ Na primer Wieacker, 1996, str. 579; ali Lombardi Vallauri, 1967, str. 217. Zanimivo je, da privrženec svobodnopravnega gibanja filozofije razlage prava, ki izvira iz kodifikacijske ideologije, ne enačijo vsepovprek s pravnim pozitivizmom. Kot cilj svoje kritike opredelijo nekatere vidike pravnega pozitivizma, kot so na primer prepričanje, da obstaja le državno pravo (Kantorowicz, 2020, str. 68) ali prepričanje, da je postavljeno pravo edini vir prava (Rumpf, 1906, str. 31).

¹⁵ Ta očitek je bil med privrženec svobodnopravnega gibanja precej pogostejši: Na primer Heck, 1909, str. 1457; Fuchs, 1910, str. 283 in nasl.; ter Kantorowicz, 1925, str. 6.

¹⁶ Prim. Pavčnik, 2013, str. 291–292.

¹⁷ Wróblewski, 1992, str. 273–279.

¹⁸ Prav zaradi pomanjkanja pozitivnega programa in pogoste odsotnosti soglasja o temeljnih teoretičnih izhodiščih je zato veliko primerneje kot o šoli svobodnega prava govoriti o svobodnopravnem gibanju. Najobširnejšo utemeljitev za opisano terminološko izbiro ponuja Lombardi Vallauri v delu *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), str. 221–229. Prim. tudi Schmidt, 1968, str. 7–8; in Pokrovac, 2018, str. 550–553.

ponuja splošno sprejeta doktrina, kot pa strinjanje o ponujenih rešitvah. V gibanju bi tako zaman iskali osrednjo osebo ali skupno filozofsko izhodišče. Prav tako so jalovi poskusi, da bi v domala nepreglednem številu različnih razmišljanj, prepričanj, zamisli in teoretičnih poskusov našli točke soglasja, na katerih bi lahko utemeljili notranje skladno teoretično zgradbo. Enako neuspešno bi bilo iskanje stabilnega jedra tega gibanja.¹⁹ Številni svobodnopravniko so se gibanju pridružili le za krajši čas ali pritrjevali le nekaterim prevladujočim stališčem gibanja. Gibanje je bilo omejeno na kratko obdobje in sestavljeno iz posameznikov, ki se niso dojemali kot izključne privržence izoblikovane teoretične doktrine ali se šteli vezane na jasna teoretična izhodišča. Iz skromnih zametkov je namreč svobodnopravno gibanje nastalo skoraj eruptivno in svoj vrh doseglo v kratkem razponu treh let, ko so izšla poglobljena »programska besedila«. ²⁰ Čeprav so nekateri avtorji gojili in razvijali ključne ideje svobodnopravnega gibanja še do zgodnjih tridesetih let, pa gibanje najpozneje v sredini prvega desetletja dvajsetega stoletja izgubi svoj dinamični naboj.²¹ Gre torej za kratko, a intenzivno obdobje, v katerem ideje svobodnopravnega gibanja zagorijo z velikim plamenom, vendar temu primerno hitro tudi izgorijo. Cvet svobodnopravnega gibanja se je morda hitro usul, a to ne pomeni, da ni zasejal mnogo semen. Zgodnji sopotniki tega gibanja so odigrali pomembno vlogo v šoli interesne jurisprudence,²² ki je pravzaprav otrok tega gibanja, ter v oblikovanju sociološkega pravoznanstva,²³ opazno pa je gibanje vplivalo tudi na zametke ameriškega pravnega realizma.²⁴ Vpliv gibanja pa presega ozke časovne okvire obdobja njegovega razcveta: večina modernih pogledov na razlago prava je na tak ali drugačen način dedič revolucionarnih idej svobodnopravnega gibanja.

¹⁹ Prim. tudi Schmidt, 1968, str. 8.

²⁰ Riebschläger, 1968, str. 33–46.

²¹ Prim. Riebschläger, 1968, str. 72: »Die Freirechtsbewegung als der spezifische Versuch einer eigenen Schulgründung hat das Jahrzehnt zwischen 1900 und 1913 nicht überdauert.« in Lombardi Vallauri v delu Saggio sul diritto giurisprudenziale (1967), str. 229–240 in 240 (za strnjeno periodizacijo). Pokrovac zaton gibanja umešča v čas po prvi svetovni vojni; prim. Pokrovac, 2018, str. 515–516 in 554–557. Pokrovčeva študija se sicer osredotoča na Kantorowicza, vendar se hkrati uvršča med najbolj poglobljene študije svobodnopravnega gibanja v svetovnem merilu.

²² Poleg Ernsta Stampeja kaže omeniti zlasti Philipa Hecka, ki je bil pozneje osrednja oseba interesne jurisprudence.

²³ Utemeljitelj sociološkega pravoznanstva je bil Eugen Ehrlich, ki sodi med ustanovne očete svobodnopravnega gibanja. Več o Ehrlichovi sociologiji prava glej Igljčar in Štajnpihler, 2018, str. 109–128.

²⁴ Na primer Herget in Wallace, 1987, str. 422 in nasl.; DiMatteo, 2004–2005, str. 409–416; in Pokrovac, 2018, str. 730–738.

4. Pravne praznine: »Namišljena stvaritev«²⁵ pravne teorije

Ahilova peta kodifikacijske ideologije je bila gotovo dogma o vsebinski sklenjenosti pravnega reda. Prepričanje, da je lahko zakonodajni akt venomer pomensko dovolj bogat, da lahko ponudi odgovor na sleherno vprašanje, ki bi se kadarkoli utegnilo postaviti sodniku, je ne le utemeljeno na vprašljivi filozofski podmeni, temveč se upira zdravemu razumu. V zaostreni obliki se neprepričljivost takega razumevanja prava pokaže v primeru pravnih praznin. A obstoj pravnih praznin kodifikacijski ideologiji še ne zada smrtnega udarca. O tem, da pozitivno pravo nima vnaprej pripravljenih odgovorov na sleherni pravni problem, so dvomili le redki.²⁶ Resnični spopad se je odvijal okrog vprašanja, ali je mogoče odgovore po strogo logični poti izpeljati (deducirati) iz pozitivnega prava in samo iz pozitivnega prava. Problem pravnih praznin je bil zato stičišče lepega števila dogmatičnih predpostavk kodifikacijske ideologije: popolnosti pozitivnega prava (na ravni pravnih pravil), sposobnosti pozitivnega prava, da »iz sebe« proizvede odgovore, ki jih pravna pravila (izrecno) ne ponujajo, vezanosti sodnika na zakon ter prepovedi, da bi sodnik ustvarjal pravo (onkraj prava, ki ga je zakonodajalec že postavil).

Čeprav opozorila na nezadostnost dogme o popolnosti pravnega reda niso bila nova,²⁷ svobodnopravnik na to vprašanje opozorijo z obnovljeno zavzetostjo in bolj pretanjenim občutkom za vse posledice spoznanja o nepopolnosti pravnega reda. Temelje svobodnopravni kritiki dogme o neobstoju pravnih praznin položi Eugen Ehrlich v svoji obširni razpravi *Über Lücken im Rechte* iz leta 1888. V njej nedvoumno zavrne tezo o vsebinski popolnosti pravnega reda²⁸ in jasno nakaže, da mora sodnik rešitev pogosto poiskati v virih onkraj pozitivnega prava.²⁹ Zgodnja lastovica pa ostane dolgo neopažena. Ko petnajst let pozneje Ehrlich v svojem predavanju ponovi ključne ugotovitve o pravnih prazninah, se zdi, da je čas za njegovo kritiko ideologije kodifikacije dozorel. Izhodišče kritike, v kateri lahko uzremo enega redkih skupnih mest svobodnopravnega gibanja,³⁰ je prepričanje, da zakon nekaterih primerov preprosto ni predvidel in da je zato treba pravilno odločitev v konkretnem primeru poiskati »svobodno«, torej neodvisno od pozitivnega prava, saj nam ta rešitve ne ponuja. Del svobodnopravnikov ostaja pri tej, dokaj preprosti ugotovitvi, ki obstoj pravnih praznin enači z nujnostjo iskanja prava onkraj

²⁵ Ehrlich, 1903, str. 6.

²⁶ Izstopajoč predstavnik takega naziranja je bil Bergbohm, ki je načeloma zavračal obstoj pravnih praznin; Bergbohm, 1892, str. 373 in nasl. Ker je bil Bergbohm eden najvidnejših predstavnikov pravnega pozitivizma, so nekateri avtorji tako stališče pripisovali pravnemu pozitivizmu na splošno. Na primer Rumpf, 1906, str. 148 in nasl.

²⁷ Schröder, 1988, str. 338–344.

²⁸ Ehrlich, 1888, str. 447.

²⁹ Prav tam, str. 448.

³⁰ Prim. Neukamp, 1912, str. 45; Kantorowicz, 1933–1934, str. 1241; in Pokrovac, 2018, str. 242–245 in 743.

zakonskega prava.³¹ Zrcalna podoba tega spoznanja je dokončna zavrnitev dogme o neobstoju pravnih praznin, na kateri je gradil pomemben del prevladujoče pravne znanosti tistega časa, in ki prav tako postane skupno izhodišče svobodnopравnikov.³² Spoznanje se je zdelo tako samoumevno, da je le redko zahtevalo posebno utemeljitev.³³ Največkrat je zadoščala že zdravorazumska ugotovitev, da zakonodajalec pač ne more predvideti vseh morebitnih primerov, ki jih bo prihodnost prinesla pred sodni stol.³⁴

5. Nepopolnost zakona

Zakon – svobodnopравniki imajo pred očmi kult pomensko sklenjenega zakonika – je tako vedno obsojen na nepopolnost. Če je kodifikacija stremela za (vsebinsko) popolnim, jasnim in nedvoumnim ter notranje koherentnim pravom, potem svobodnopравno gibanje opozori, da je veliki projekt, ki je zaposloval najodličnejše pravne duhove od osemnajstega stoletja do tedanjih dni, spodletel. Na najbolj površinski ravni se neuspeh kodifikacij kaže v obstoju pravnih praznin. Zakonik preprosto ne doseže cilja, ki si ga je velikopotezno zastavil, saj je življenje z bogastvom konkretnih spornih primerov vedno korak pred kodifikacijo.

Svobodnopравno gibanje pa se ne ustavi le pri tej šibki točki kodifikacij. Navidezna uspešnost kodifikacij gre pogosto na rovaš uporabljanja zelo abstraktnih pojmov, ki so sposobni velike prilagodljivosti. Pravno pravilo tako ostane enako, čeprav sčasoma ureja bistveno drugačne položaje, kot si jih je zamišljal zgodovinski zakonodajalec. Wurzel opisuje take, zelo abstraktne pojme kot »ventilne pojme«,³⁵ saj imajo v pravu podobno vlogo kot varnostni ventil pri parnem kotlu, ki preprečuje, da bi ga prevelik pritisk raznesel. Podobno tudi pomensko odprti pojmi blažijo napetosti, ki bi se lahko pojavile med zahtevami življenja in togostjo postavljenega prava.³⁶ Težava pa je, da ostane tako pravno pravilo, katerega pomenski obseg z razlago zdaj ožimo, zdaj širimo, *enako* pravno pravilo le po imenu. Videz nespremenljivosti kodifikacije je tako ohranjen za ceno tega, da se spreminjanje prava odvija v odmaknjenosti sodne dvorane: besedilo zakonika morada ostaja enako, pomen posameznih določb pa se spreminja skladno z bibavico življenja. Kodifikacija je ideal trajnosti in nespremenljivosti dosegla samo tako, da ga je v resnici izdala. Zatekanje v okrilje abstraktnih pojmov pa odpira še eno bolečo rano. Eden od

³¹ Na primer Ehrlich, 1903, str. 3.

³² Na primer Stampe, 1905c, str. 417 in nasl.; Stampe, 1905b, str. 713 in nasl.; Kantorowicz, 2020, str. 74–75; in Rundstein, 1910, str. 9.

³³ Na primer Rumpf, 1906, str. 14 in nasl.

³⁴ Na primer Sternberg, 1904, str. 131; in Rundstein, 1910, str. 6.

³⁵ Wurzel, 1904, str. 83–93, zlasti 86.

³⁶ Rumpf nekatere pojme primerja z elastiko, ki jo lahko po mili volji raztegujemo in krčimo; prim. Rumpf, 1906, str. 134.

idealov kodifikacijskega gibanja je bilo zagotavljanje jasnega in nedvoumnega prava.³⁷ S tem, ko se skušajo kodifikacije izogniti Scili prepogostega spreminjanja prava, nasedejo na Karibdo nejasnosti abstraktnih pojmov. Kolikor bolj so pravna pravila abstraktna, opozarja Kantorowicz, toliko bolj so brez vrednosti in neuporabna, saj za njimi ne stoji nič resničnega.³⁸ Ni torej pretirano, če je Ehrlich take pomensko zelo odprte pojme opisoval kot pravne praznine.³⁹

Problem nejasnosti pa dobi zaskrbljujoče razsežnosti, ko pomenske odprtosti ni mogoče očitati le posameznim pojmom (kot so na primer narava stvari, *boni mores*, dobra vera in poštenje itd.), temveč začnemo dvomiti o pomenski določenosti jezika na splošno. Resnici na ljubo je treba priznati, da so tako daleč odšli le redki svobodnopравниki. Pomenske nestabilnosti besed se je v krogu svobodnopravnega gibanja prvi jasno zavedel Wurzel. V svojem delu *Das juristische Denken* opozori na to, da lahko pri vseh besedah opazimo težnjo k širitvi njihovega pomenskega obsega.⁴⁰ Pojmi tako ne razkrijevajo več bistva nekega pojava, temveč so le »kristalizacijske niti«,⁴¹ na katerih se nabirajo vedno novi, a povezani pomeni, ki jih beseda do tedaj ni imela. Radikalno drugačno razumevanje jezika, ki pusti za seboj ontologizem pojmovne jurisprudence in sprejme konvencionalistično razumevanje jezika, pomeni obetavno odskočno desko za drugačno razumevanje prava. Prva žrtev novega razumevanja je predstava o statičnosti pozitivnega prava, ki izvira iz nespremenljivosti zakona. Globlje razumevanje jezika nam pokaže, da spreminjanje prava ne poteka le na ravni zakonodajnega postopka, temveč da gre za naravni proces, ki je posledica spojenosti prava z jezikom. Pomen pravnih norm je odvisen od pomena besed in pojmov, ki jih pravo uporablja, ti pa so podvrženi nenehnemu spreminjanju.⁴² To seveda še ne pomeni, da je vsebina pojmov povsem razpoložljiva. Pomen besed je podoben nejasni fotografiji: posneti liki in osebe so prepoznavni, le robovi podob so nekoliko zabrisani, tako da se zdi, da se podobe prelivajo ena v drugo.⁴³ Pravni pojmi ponujajo določeno oporo, le da je ta omejena in ne povsem zanesljiva. Podobni so »viru luči«,⁴⁴ ki sicer razsvetljuje del površine in pušča preostali del površine v

³⁷ Bellomo, 1995, str. 4 in nasl.

³⁸ Kantorowicz, 2020, str. 89.

³⁹ Ehrlich, 1903, str. iii.

⁴⁰ Wurzel, 1904, str. 40.

⁴¹ Prav tam, str. 42.

⁴² Pojav, da na oblikovni ravni nespremenjen (pravni) pojem uporabimo tudi za pojave, ki jih izvorno ni opisoval, je Wurzel opisal kot projekcijo (*Projektion*); prim. Wurzel, 1904, str. 43.

⁴³ Prav tam, str. 40.

⁴⁴ Rumpf, 1906, str. 141 in nasl. Tudi Kantorowicz govori o »pojmovnih jedrih« in nejasnem obrobju; prim. Kantorowicz, 2020, str. 73–74. Opozoriti kaže na osupljivo podobnost z Waismannovo tezo o »pomenski odprtosti« jezika (prim. Waismann, 1945, str. 121–123), ki jo je v svojo teorijo prevzel Hart (na primer *The Concept of Law*, 1994, str. 124–141) in jo napravil slavno z razlikovanjem med trdnim jedrom ustaljenega pomena in »polsenco«, ki ga obdaja.

temi, hkrati pa – kar pravnikom povzroča še največ preglavic – ustvarja kolobar polsen- ce, kjer se odvija boj za »pravilni« pomen posameznega pojma. Tak pristop pa lahko kaj kmalu privede tudi do radikalnejšega dvoma v pomensko določnost pravnih pravil. Tu vstopamo v svet popolne negotovosti, kjer je pomen prav vsake besede tako nejasen, da zahteva vnovično opredeljevanje in vsebinsko napolnjevanje. Če sprejmemo tako obliko relativizma, se nam lahko res upravičeno zazdi, da zakon ne vsebuje »nič manj (pravnih) praznin kot besed«. ⁴⁵

Pomenska poroznost jezika nujno vodi do spoznanja o nepopolnosti zakona. Ta je lahko večja ali manjša, niti najbolj prizanesljiv opazovalec pa ne more trditi, da je zakon samozadosten in da ne potrebuje dopolnjevanja. V zakonu lahko zato brez pretiranega napora prepoznamo »nedokončano delo« ⁴⁶ zakonodajalca, ki kliče po tem, da ga dokonča nekdo drug.

Nepopolnost kodifikacije pa se ne kaže le v odsotnosti urejanja, temveč tudi v čezmer- nem normiranju, ko več nasprotujočih si določb ureja isto družbeno razmerje. Obsto- j antinomij namreč vsaj v očeh nekaterih svobodnopравnikov priča o razcepljenosti zaka- nodajalčeve volje. Splošno sprejeta doktrina je v središču razlage postavljala zakonoda- jalčevo voljo, ki naj bi presekala gordijski vozle nejasnih ali dvoumnih zakonskih določb. Svobodnopравniki v predstavi o zakonodajalčevi volji prepoznajo poskus, da bi v obstoj pričarali »etično in logično popolnega zakonodajalca«, ⁴⁷ čeprav taka oseba ne obstaja. Zakon ni nič drugega kot kompromis, ki tudi po sprejemu kaže sledi nasprotujočih si etič- nih, družbenih in političnih pogledov. ⁴⁸ Razlaga, ki skuša s sklicevanjem na voljo zakonoda- jalca odpraviti nejasnosti in nasprotja v zakonu, je zato že vnaprej obsojena na neuspeh. Enako pa velja tudi za sklicevanje na namen zakona, saj gradi na paradoksalni predpo- stavki, da je »zakon [...] pametnejši kot zakonodajalec, jajce pametnejše od kokoši«. ⁴⁹

6. Kritika razlagalnih metod

Čeprav pravne praznine (vseh vrst) in deloma tudi antinomije zagotovo pričajo o mejah zakonskega prava in s tem tudi o omejenem dometu kodifikacij, pa niso kronski dokaz, ki bi v celoti ovrgel prepričljivost pojmovne jurisprudence – v nemškem prostoru sopotnice kodifikacijske ideologije. Pojemovna jurisprudenca ni v svoji bolj prefinjeni različici namreč nikoli zatrjevala, da je postavljeno pravo pomensko popolno, temveč le, da je mogoče iz pozitivnega prava *izpeljati* rešitve za vse možne primere. Sveta prava po

⁴⁵ Kantorowicz, 2020, str. 73. Prim. še Pokrovac, 2018, str. 245–250.

⁴⁶ Radbruch, 1906, str. 363.

⁴⁷ Rumpf, 1906, str. 108.

⁴⁸ Prav tam, str. 108. Prim. še Kulemann, 1912, str. 147.

⁴⁹ Radbruch, 1906, str. 360. Radbruch vidi izhodišče takega razumevanja v »romantičnem« nauku o nezavednem ustvarjanju.

prepričanju pojmovne jurisprudence še zdaleč ne sestavlja le pozitivno pravo. Bistvenega pomena za filozofsko zasnovo pojmovne jurisprudence je druga polovica prava, ki jo sestavlja svet pravnih pojmov. Resničnost prava se ne omejuje le na pozitivno pravo, saj pravni pojmi obstajajo na povsem enak način kot pozitivno pravo⁵⁰ in so zato enakovreden pravni vir. Še več, drugače kot pravna pravila, ki so lahko nepopolna in nejasna, obsegajo pravni pojmi »logično kvintesenco« pravnih institutov.⁵¹ Vsaka pravna praznina je lahko zato zgolj navidezna, saj obstaja le na ravni pozitivnega prava, spretna pravna tehnika (tako imenovani *Konstruktion*) pa lahko iz teh »nebes (pravnih) pojmov«⁵² izpelje potrebno in pravilno rešitev primera, ki pesti sodnika.

Prepričljivost pojmovne jurisprudence je v prvih letih dvajsetega stoletja že hudo zbledela in le malo pravnikov je bilo prepričanih, da lahko razlago prava razumemo kot izpeljevanje rešitev iz ontoloških pojavnosti, ki obstajajo neodvisno od prava. To pa še ne pomeni, da zapolnjevanja pravnih praznin niso razumeli kot izpeljevanja rešitev iz pozitivnega prava.⁵³ Temu naj bi služile razlagalne metode, s pomočjo katerih lahko iz nejasnega, dvoumnega ali pomanjkljivega zakonskega besedila izvabimo rešitev, ki je zakonodajalec morda ni predvidel, a je kljub temu rešitev, ki temelji na zakonu. To je veliko trši oreh, s katerim so se svobodnopravni morali soočili.

Zanimivo je, da so le redki opazili paradoksalnost zatrjevanja, da je razlaga, ki jo pridobimo s to ali ono razlagalno metodo, še vedno razlaga, ki temelji na zakonu.⁵⁴ Svojo kritiko klasičnega nabora razlagalnih metod so raje zasnovali na logični nedoslednosti in neprepričljivosti razlagalnih tehnik,⁵⁵ po katerih je prevladujoča teorija posegala pri soočanju z nepopolnostjo zakona. Kako je na primer mogoče potegniti prepričljivo ločnico med ekstenzivno razlago in analogijo?⁵⁶ Ali obstaja verodostojno merilo, ki nam pove, kdaj kaže uporabiti analogijo, kdaj pa sklepanje po nasprotnem razlogovanju?⁵⁷ Je mogoče določiti meje uporabe sklepanja po podobnosti?⁵⁸ Natančneje ko so privrženci novega

⁵⁰ Jhering, 1854, str. 387.

⁵¹ Prav tam, str. 390.

⁵² Jhering, 1884, str. 245 in nasl.

⁵³ Značilna stališča avtorjev, kot so Laband, Brinz in Bergbohm, da lahko pravne praznine očitamo zakonskim besedilom, ne pa pravnemu redu, navaja Somló, 1917, str. 400, op. 1 (in spremljajoče besedilo).

⁵⁴ Na primer Stampe, 1905b, str. 714.

⁵⁵ Splošno občutje je najlepše povzel Sternberg, ki je ugotovil, da so nadvse maloštevilna mesta, na katerih tradicionalne metode razlage vzdržijo logično in spoznavnoteoretično kritiko. Sternberg, 1904, str. 134.

⁵⁶ Rumpf, 1906, str. 143 in nasl.; Wurzel, 1904, str. 25; in Sternberg, 1904, str. 134 in nasl. Analogija je bila priljubljena tarča privržencev svobodnopravnega gibanja; prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 280–293.

⁵⁷ Fuchs, 1910, str. 284.

⁵⁸ Na primer Kantorowicz, 2020, str. 82–83.

gibanja analizirali različne metode razlage, manj prepričani so bili v njihovo koristnost. Namesto zanesljivih vodil je njihov kritični pogled razkrival nejasne in nasprotujoče si razlagalne metode,⁵⁹ med katerimi še zdaleč ne obstajajo toge meje,⁶⁰ temveč razlagalcu dopuščajo obilo maneverskega prostora. Pravno odločanje tako očitno ne more biti zasnovano le na goli logiki. Ta namreč na razpotju med dvema enakovrednima razlagama, ki ju, denimo, ponujata analogija in sklepanje po nasprotnem razlogovanju, svoje naloge namreč preprosto ne more opraviti, še toliko manj pa se lahko nanjo opremo pri iskanju namena zakona (*ratio legis*). Pravno odločanje zato nujno zahteva še subjektivni element, ki ga, denimo, Rumpf opiše kot »vrednotenje in hotenje« (*Werten und Wollen*).⁶¹ Kritika je posredno usmerjena zoper subsumpcijski model, ki ga pojmovna jurisprudenca ponudi kot opis interpretativne dejavnosti pravnikov. Silogistični sklep, ki tvori jedro tega opisa, pa nujno predpostavlja jasno izoblikovano zgornjo premiso v obliki te ali one zakonske določbe in nesporen nabor dejstev, ki jih sodišče ugotovi v dokaznem postopku. Zgornja in spodnja premisa ponujata sodniku trdno oporo za »logični« sklep,⁶² ki ga lahko povsem »objektivno« izpelje na tej podlagi.

Svobodnopravno gibanje podvomi o skoraj vsaki prvini tega opisa. Zakonsko pravilo ne stopi že izoblikovano pred sodnika, temveč je pogosto potreben resen ustvarjalni napor, da tako pravilo poiščemo ali da pomensko izpraznjeno normo vsebinsko zapolnimo.⁶³ A nič manj zahtevno ni oblikovanje spodnje premise, saj mora zbiranje dejstev potekati v luči poznejše subsumpcije.⁶⁴ Pravna pravila, ki utegnejo priti v poštev pri poznejšem sodnem odločanju, tako določajo sito, s katerim bo sodnik presojal pravno relevantnost posameznih dejstev. Oba postopka – tako oblikovanje zakonske norme, ki bo temelj poznejše odločitve, kot tudi ugotavljanje dejstev, na katera bo sodišče svojo odločitev oprlo – od sodnika zahtevata več kot le golo logiko ali čisto mišljenje. Subsumpcijski model, ki temelji le na logično-deduktivnih operacijah razlagalca, je s tem prepričljivo ovržen.

Kaj je torej tisto, kar bo sodniku v goščavi dejanskih stanov in zakonskih določb ter ob nezanesljivem vodstvu razlagalnih pravil kazalo pot k primerni odločitvi? Svobodnopravno gibanje nam tu ne ponudi enoznačnega odgovora. Paleto možnih odgovorov strnjeno predstavi Rumpf, ki naniza kot možne odgovore vrednotenje, hotenje

⁵⁹ Na primer Rundstein, 1910, str. 3 in nasl.

⁶⁰ Sternberg, 1904, str. 135.

⁶¹ Rumpf, 1906, str. 4 ter 50–81.

⁶² Rundstein, 1910, str. 2.

⁶³ Glej razdelka 4 in 5 tega prispevka.

⁶⁴ Rumpf, 1906, str. 4. Prim. še prav tam, str. 82: »*Schliesslich bezweckt dies vergleichende Hinundbergehen zwischen Norm und konkreten Fall natürlich die Würdigung und Erledigung dieses konkreten Falles.*« Tako razumevanje se zdi neposredni predhodnik Engischevega »potovanja pogleda sem in tja«. Prim. M. Pavčnik, 2013, str. 218–221.

(voljo) ter občutenje.⁶⁵ Svobodnopravnemu gibanju pa ni uspelo najti zadovoljivega odgovora na vprašanje, kakšno mesto velja odmeriti tem povečini subjektivnim občutkom pri sodnem odločanju. Če skrčimo vlogo teh dejavnikov na zanemarljiv obseg, potem se radikalna kritika subsumpcijskega modela spremeni le v njegov lepotni popravek. Če po drugi strani pripišemo preveliko vlogo vrednotenju, volji ali občutkom, tvegamo, da postane pozitivno pravo nepotrebno. Vse, kar sodnik potrebuje za sprejem odločitve, namreč črpa iz svoje subjektivnosti, zato je pozitivno pravo zanj le ovira.⁶⁶ Svobodnopravnik se gibljejo med tema dvema skrajnostma.

Zmernejši del svobodnopravnikov je zatrjeval le, da subjektivna stališča sodnika imajo določeno vlogo pri oblikovanju zlasti zgornje premise,⁶⁷ pa tudi spodnje premise pravnega silogizma⁶⁸ ter pri dejanskem odločanju (torej »izpeljavi« sklepa iz obeh premis).⁶⁹ Sodnikovo »vrednotenje, hotenje ali občutenje« ima tu vlogo svetovalca, ki nadgradi pozitivno pravo, ko je to dvoumno ali nejasno ali ko nam ponuja povsem izenačene možnosti razlage (na primer sklepanje po podobnosti ali po nasprotnem razlogovanju). Subjektivna odločitev sodnika je torej tista, ki prevesi tehtnico na to ali ono stran. Del svobodnopravnikov pa tvega še korak dlje: zanje subjektivna ocena sodnika ni le zadnji korak pri odločanju, temveč prvi korak. Radbruch tako na primer zapiše, da določa izbiro razlagalne metode zaželenost izida.⁷⁰ Če vemo, da nas bo posamezna metoda razlage vodila do rezultata, ki je (po našem razumevanju) nesmiseln ali (za nas) nesprejemljiv, bomo pač izbrali drugo metodo. Do podobnega sklepa je prišel tudi Sternberg, ki je lucidno opozoril na zamenjevanje etične in logične pravilnosti v pravu.⁷¹ Neka pravna odločitev ali rešitev se nam zdi logična samo zato, ker se z njo strinjamo, nelogična pa se nam zdi tista, ki je morda z vidika formalne logike neoporečna, a se upira naši osebni presoji.

Vlogi pozitivnega prava in sodnikove subjektivne presoje sta zdaj zamenjani. Zakon sodnika ne more niti več usmerjati, zdaj je sodnikova presoja tista, ki določi končni cilj, gibka tvarina pozitivnega prava pa sodniku nudi le neusahljivo zalogo gradiva, ki ga lahko poljubno izbira in oblikuje, da prikrije in podkrepi odločitev, ki jo je sprejel neodvisno od zakona. Celoten nabor razlagalnih argumentov se nam pokaže le kot maska

⁶⁵ Rumpf, 1906, str. 39: »Wertungen, Wollungen und Gefühlen«. Rumpf stavi zlasti na vrednotenje, ki ga razume kot spoj vrednostnih občutkov in mišljenja ter voljo (prav tam, str. 118).

⁶⁶ Prim. Reichel, 1915, str. 44; ter Stammler, 1922–1923, str. 878.

⁶⁷ Na primer Ehrlich, 1903, str. 29; Stampe, 1905b, str. 716; Rundstein, 1910, str. 9; in Kulemann, 1912, str. 147.

⁶⁸ Prim. op. 63 in spremljajoče besedilo.

⁶⁹ Na primer Rundstein, 1910, str. 5; ter Rumpf, 1906, str. 97–100 (glede vloge volje pri sodnem odločanju).

⁷⁰ Radbruch, 1906, str. 365. Zelo jasne namige na podobno razumevanje najdemo tudi v Kantorowiczovem delu *Boj za pravno znanost* (2020), str. 79–80.

⁷¹ Sternberg, 1904, str. 125 in nasl.

pred obrazom resničnega procesa odločanja, ki poteka neodvisno od pozitivnega prava ali celo v nasprotju z njim.⁷²

7. Kritika sodnikove vezanosti na zakon

Razlagalne metode, ki jih je svobodnopravna šola vzela pod drobnogled, pa tvorijo le delček zapletene celote, ki jo predstavlja sodno odločanje. Prevladujoče razumevanje razlage prava se je še vedno napajalo iz pravnofilozofskih predpostavk kodifikacijske ideologije,⁷³ ki jo je v nemškem prostoru v tem pogledu utelešala šola pojmovne jurisprudence. Ta je sodniško odločanje razumela kot racionalno dejavnost, ki se pri iskanju odločitev opira na deduktivno logiko, s pomočjo katere iz zakona izpeljujemo »nujne« sklepe.⁷⁴ V luči nesporne sodniške samovolje, ki je zaznamovala predrazsvetljensko dobo, je nihalo tu zanihalo v drugo skrajnost. Izneverjeno zaupanje v sodnika nadomesti zaupanje v zakon, ki mora biti čim določnejši, da bi dosegel osrednji ideal te dobe: pravno varnost. Jasni zakoni hkrati omejujejo sodnika, ki mora odločitev iskati znotraj racionalno začrtanih meja in jih ne sme opirati na subjektivne občutke. Sodno odločanje bo tako, kot je zapisal eden redkih občudovalcev pojmovne jurisprudence ob začetku dvajsetega stoletja, »objektivno« in »znanstveno«.⁷⁵

Ni posebej presenetljivo, da so se kmalu dvignili kritični glasovi zoper prenapeto in enostransko poudarjanje razuma na račun vseh drugih dejavnikov, ki vplivajo na sodno odločanje. Ena prvih svobodnopravnih monografij, Wurzelov *Das juristische Denken*, je izrecno zasnovana kot kritika stališča, da je pravno mišljenje lahko samozadostna kategorija.⁷⁶ Miselno naravnost, značilno za pojmovno jurisprudence, je v maniri, ki postane značilna za svobodnopravno kritiko, označil za sholastično-konstruktivistično logiko, ki skuša človeške izkušnje pretvoriti v pojme, podobne matematičnim pojmom.⁷⁷ Njegovemu zgledu se kmalu pridružijo drugi,⁷⁸ ki delijo prepričanje, da sodniško odločanje ne poteka mehanično. Njihova neverjetna domišljija pri zajedljivem opisovanju mehanicističnega razumevanja sodniškega dela, ki naj bi jo zagovarjala pojmovna jurispru-

⁷² Rundstein, 1910, str. 5; Rumpf, 1906, str. 129; in Wurzel, 1904, str. 95.

⁷³ Ta namreč predpostavlja, da sodniška dejavnost ne bo prestopila meja, ki jih določa načelo delitve oblasti. Njena dejavnost je zato strogo omejena na *razlago* zakona, ne pa na njegovo sprejemanje, dopolnjevanje ali spreminjanje. Prim. Reichel, 1915, str. 6–8; ter Wróblewski, 1992, str. 275–278.

⁷⁴ Prim. Savigny, 1993, str. 90, 104 *et passim*. Prim. tudi Vierhaus, 1909, str. 1172.

⁷⁵ Sohm, 1909, str. 1020.

⁷⁶ Wurzel, 1904, str. 4.

⁷⁷ Prav tam, str. 25 ter 37 *et passim*.

⁷⁸ Morda je med temi še najbolj sistematičen Rumpfov poskus (v monografiji *Gesetz und Richter*), da bi odkril, kateri psihološki dejavniki vplivajo na sodniško odločanje. Prim. Rumpf, 1906, na primer str. 4, 25 *et passim*.

denca, je še danes vredna občudovanja. Ehrlich tako pojmovni jurisprudence oponaša, da vidi sodnika le kot »dlakocepski stroj« (*Haarspaltenmaschine*) in »hidravlično prešo« (*hydraulische Presse*),⁷⁹ Radbruch ji očita, da sodniku pripisuje vlogo »subsumpcijskega avtomata« (*Subsumptionsautomat*), »stroja za izdelovanje sodb« (*Urteilmaschine*) ali »pravne avtomata« (*Rechtsautomat*),⁸⁰ Reichel pa, da pojmovna jurisprudence sodnika šteje za »dedukcijski avtomat« (*Deduktionsautomat*).⁸¹ Na pojmovno jurisprudence skoraj soglasno naslavlja očitek, da sodnike sili k čaščenju »kulta pojma« (*Begriffskultus*),⁸² ga vklepa v okove »zasužnjenosti pojmom« (*Begriffssklaverei*)⁸³ ter mu zapoveduje »malikovanje pojmov«.⁸⁴

Tarča svobodnopravne kritike je instrumentalno razumevanje sodne dejavnosti, ki sodnika ponižuje na raven »hlapca zakona«.⁸⁵ V trenutku, ko svobodnopravniki prepričljivo ovržejo predstavo pojmovne jurisprudence, da je pravo mogoče razumeti kot »dedukcijski rezervoar«,⁸⁶ postane pomanjkljivost zakona očitna. Pozitivno pravo, ki ga pestijo pravne praznine, pa tudi notranja nasprotja zakonskih določb, lahko zaživi le v rokah sodnika, ki bo te slabosti kreativno odpravljal. V tem je pravzaprav ključno sporočilo svobodnopravnega gibanja: sodna odločitev ni plod samoumevne in logične izpeljave rešitve, ki (vsaj v zametku) že obstaja na ravni zakona. Med zakonom in sodno odločitvijo obstaja vrzel, ki jo je treba ustvarjalno napolniti. Pozitivno pravo sodniku ne more vedno in povsod nuditi zadovoljive opore pri premoščanju te vrzeli. Prav tako se kot nekoristne izkažejo razlagalne metode, ki nam same po sebi ne nudijo enega, logično neizbežnega odgovora. Tudi njim šele sodnikova vrednostna odločitev vdahne življenje. Sodnik mora, povedano kratko, pri sprejemanju sodne odločitve delovati ustvarjalno.⁸⁷

8. Sodnikovo »osamosvajanje« od zakona

Tako razumevanje vloge sodnika pa korenito spremeni razmerje, ki je po dotedanjem prepričanju obstajalo med sodnikom in postavljenim pravom. Če razsvetljenski model sodnika razume kot podaljšek zakona, potem svobodnopravno gibanje naznanja, da je

⁷⁹ Ehrlich, 1903, str. 33.

⁸⁰ Radbruch, 1906, str. 358.

⁸¹ Reichel, 1915, str. 16.

⁸² Stampe, 1905c, str. 422.

⁸³ Fuchs, 1910, str. 284.

⁸⁴ Fuchs, cit. po Silberg, 2004, str. 10.

⁸⁵ Rundstein, 1910, str. 16.

⁸⁶ Stampe, 1905c, str. 419.

⁸⁷ To spoznanje lahko najdemo v skoraj vsakem besedilu, ki je nastalo pod vplivom svobodnopravnega gibanja. Če navedem le nekaj najbolj tipičnih mest: Ehrlich, 1903, str. 29; Stampe, 1905b, str. 716; Rumpf, 1906, str. 129 in 144; Kantorowicz, 2020, str. 99–100; ter Radbruch, 1906, str. 364.

napočil čas »sodnikove osamosvojitve od zakona«. ⁸⁸ Te v zanosu spočete in z mladostnim žarom izrečene krilatice seveda ne kaže jemati povsem dobesedno. Svobodnopravno gibanje pomena zakona ni želelo povsem izničiti. Kljub temu pa so številni privrženci delili občutek, da je sodnik prerasel čas, ko ga je moral zakon voditi podobno, kot mati vodi otroka. »Postali smo preveč samostojni,« zapiše Rumpf, ⁸⁹ »da bi še naprej pristajali na to stopnjo zaupanja v zakon«. Napočil je trenutek, ko sodnik ne bo več le ponavljal besed zakonodajalca, temveč jih bo kritično in odgovorno pretehtal ter sprejel odločitve, ki jo sam razume kot pravilno.

Svobodnopravniki svojega predloga ne ocenjujejo kot pretirano revolucionarnega. Edini izvorni vidik njihovega razumevanja sodniške dejavnosti se jim zdi iskrenost, s katero opišejo miselne procese, ki so bili do tedaj zaviti v polmrak. ⁹⁰ Njihovo prizadevanje, da bi opozorili na ustvarjalno vlogo sodnika, nima »konstitutivnega, temveč deklarativni pomen«, saj zatrjuje, da »je treba samo priznati, kar se je nezavedno [...] vedno in povesod izvajalo«. ⁹¹ Iskanje je tako vsaj na prvi pogled izrazito teoretično obarvano in usmerjeno bolj k pravilnemu opisu dogajanja kot pa k vsebinski spremembi sodnega odločanja. Vse stranpoti sodne prakse gredo na rovaš želje, da bi sodno prakso napeli na Prokrustovo posteljo, ki jo je izdelala pojmovna jurisprudenca, in pri tem povsem zanemarila »resnično življenje«.

Svobodnopравниški *credo* o stvarniški moči sodnika je tako le poskus, da bi ozavestili tisto, kar sodniki brez jasnega zavedanja že tako ali tako počnejo. ⁹² Kritike, ki so jih bila njihova razmišljanja deležna, so usmerjene v napačen cilj. Svobodnopravniki so svoja razmišljanja o sodniški moči razumeli prej kot demistifikacijo sodnega odločanja in posredno priznanje, da so odločitve sodnikov lahko izpostavljene kritičnemu motrenju. Stranski učinek kodifikacijske ideologije je namreč tudi prepričanje, da je sodba le »ponovitev pravne norme za konkretni primer«, ⁹³ zato je sleherna kritika sodnika pravzaprav neupravičena. Če je kritika morda potrebna, mora biti usmerjena proti zakonodajalcu, ne pa proti sodniku. Novo razumevanje zahteva drugačno vrednotenje vloge sodnikovega dela. Sodnik poslej ne more zatajiti svoje vloge pri oblikovanju odločitve in odgovornosti prevaliti na zakonodajalca, temveč si jo mora z njim deliti. ⁹⁴ Priznanje, da je sodna odločitev (vsaj) delno plod subjektivnih dejavnikov na strani sodnika, pa za nameček odpira

⁸⁸ Kantorowicz, 2020, str. 101. Kantorowicz se tukaj sprašuje, kako daleč naj taka sodnikova osamosvojitve gre.

⁸⁹ Rumpf, 1906, str. 12.

⁹⁰ Wurzel, 1904, str. 4 in nasl.

⁹¹ Kantorowicz, 2020, str. 66–67.

⁹² Prim. Rumpf, 1906, str. 2.

⁹³ Juhart, 1961, str. 413.

⁹⁴ Rumpf, 1906, str. 78; ter Stampe, 1905b, str. 716.

prostor za kritiko sodnih odločitev,⁹⁵ ki si ne morejo več lastiti avreole tiste nespornosti, s katero se je pogosto kitil zakon. Morebitna želja sodnika po neomejeni oblasti je tako prej otežena kot pa olajšana.

Pravno ustvarjajoča vloga je sodniku tako rekoč usojena: vsako uporabljanje prava vedno vsebuje vsaj ščepec ustvarjalnosti.⁹⁶ Če v sodniški dejavnosti prepoznamo oblastno dejavnost, ki v – čeprav omejenem obsegu – pravo ustvarja, kako lahko med sodno in zakonodajno oblastjo potegnemo prepričljivo ločnico? Jasna meja, ki jo v imenu varstva pred zlorabo oblasti med različnimi vejami potegne razsvetljenstvo, postane v razmerju sodne in zakonodajne oblasti zabrisana. Vsaj pri nekaterih svobodnopравnikih je to spoznanje že dozorelo. Sodnik se mora preleviti iz »pomožnega organa«⁹⁷ zakonodajalca v »zakonodajalčevega sodelavca«,⁹⁸ pravna znanost pa mu mora priznati povsem prirejeno vlogo pri ustvarjanju prava.⁹⁹ Nekateri drugi želijo ločnico med obema vejama oblasti ohraniti nedotaknjeno,¹⁰⁰ čeprav morda slutijo, da ni ne jasna, ne povsem prepričljiva. A že dokaj zmerno namigovanje na to, da bi bilo treba sodniku priznati določeno vlogo pri ustvarjanju prava, je v delu teorije zbudilo nelagodje. Kljub zatrjevanju svobodnopравnikov, da njihovo poudarjanje sodniške ustvarjalnosti zgolj opozarja na neizbežno lastnost sodnega odločanja, so se dvignili številni glasovi,¹⁰¹ ki so svobodnopравnemu gibanju očitali, da skušajo »večati sodnikovo moč na račun zakona«¹⁰² in da zagovarjajo »supremacijo posameznika nad zakonom«.¹⁰³

9. Meje sodnikove vezanosti na zakon

Nezaupljivost prevladujoče teorije je bila vsaj deloma razumljiva. Če je miselni okvir pojmovne jurisprudence dopuščal enoznačne odgovore – pa čeprav so bili ti v očitnem nasprotju z resničnostjo – potem prinese svobodnopравno gibanje obdobje zabrisanih ločnic, iskanje prave mere ter tehtanja slabosti in prednosti posameznih odgovorov. Svobodnopравniki niso ponujali jasnih odgovorov, ker jih preprosto niso mogli dati. Če pristanemo na to, da zakon številna vprašanja pušča nedorečena, potem ključno vpraša-

⁹⁵ Prav tam, str. 718.

⁹⁶ Prim. na primer Rumpf, 1906, str. 144; Ehrlich, 1903, str. 26, 29 in 38; Radbruch, 1906, str. 357, 364 itd.

⁹⁷ Kulemann, 1912, str. 147.

⁹⁸ Rumpf, 1906, str. 149.

⁹⁹ Kulemann, 1912, str. 147.

¹⁰⁰ Prim. Stampe, 1905c, str. 418; ter Stampe, 1905a, str. 1018.

¹⁰¹ Za celovit pregled kritičnih odzivov glej Riebschläger, 1968, str. 46–49; ter Reichel, 1915, str. 43–47.

¹⁰² Neukamp, 1912, str. 48.

¹⁰³ Unger, recenzija dela *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, ponatis v delu: Silberg, 2004, str. 158.

nje ni več, ali priznamo, da je sodnikovo delo ustvarjalno, temveč postane jabolko spora prava mera te ustvarjalnosti. Opraviti imamo z demarkacijskim sporom iskanja prave ločnice med avtoriteto zakona in sodnika,¹⁰⁴ sporom, ki poteka še danes.

Na načelni ravni ni nobena od strani oporekala temu, da je sodnik na zakon vezan. Svobodnopravno gibanje ni stremelo k temu, da bi v celoti izničilo razsvetljsko zasnovo modernega prava, temveč je želelo le popraviti in dopolniti sliko sodnega odločanja, ki je bila dediščina preteklega stoletja. Večina svobodnopравnikov je bila prepričana, da je mogoče doseči harmonično razmerje med zakonom in sodnikom, razmerje, kjer bi sodniku priznali moč ustvarjanja prava, a ne nujno na račun zakona. Njegovo poslanstvo bi se raztezalo predvsem na dopolnjevanje postavljenega prava in odpravljanje nejasnosti, ki se jim zakonodajalec ni mogel ali hotel izogniti. Težave pa se, kot vedno, skrivajo v podrobnostih. Navidez najmanj sporni so bili primeri nedvoumnih zakonskih določb. Kjer zakon govori z jasnim glasom, mu sodnik ne sme oporekati. Svobodnopравniki so se povprečno strinjali, da morajo sodniki takim določbam slediti,¹⁰⁵ ne glede na njihovo smotrnost ali pravičnost.

Več svobode pa si lahko sodniki obetajo, ko naletijo na pravne praznine ter nejasne ali dvoumne določbe. Še najmanj sporen je primer pravnih praznin. Sodnik v konkretnem sporu ne more odreči pravnega varstva,¹⁰⁶ hkrati pa za svojo odločitev nima izrecne pravne podlage v določbi zakona (ali zakonika). Določena mera sodnikove ustvarjalnosti je v takih primerih zato neizogibna. Različni svobodnopравniki so si prav ta, najočitnejši primer, vzeli za izhodišče dokazovanja, da je sodniška dejavnost po svoji naravi nujno ustvarjalna.¹⁰⁷

Zelo podoben je položaj pri nejasnem ali nedoločnem zakonskem besedilu. Nekateri svobodnopравniki so pomensko zelo odprte določbe že sicer šteli za prikrite pravne praznine¹⁰⁸ in temu primerno sodniku puščali bolj proste roke. V resnici nam take določbe jasno pokažejo, da je pravno urejanje lahko v znatni meri navidezno, saj težišče odločanja bolj ali manj prikrito prenaša na pleča sodne veje oblasti. Pomensko odprte določbe nam ponujajo le *videz* pravne urejenosti na zakonski ravni, določbo pa mora končno vsebinsko napolniti sodnik, ki se pri tem lahko opre na vrednote, svoje občutke ali voljo. Tudi tu se sodnik svoji ustvarjalni vlogi ne more izogniti, njegova dejavnost pa nedvomno pomeni ustvarjanje prava, pa čeprav poteka na ravni posamičnih in konkretnih norm.

¹⁰⁴ Prim. Schröder, 1988, str. 346.

¹⁰⁵ Na primer Ehrlich, 1903, str. 29; Rumpf, 1905, str. 406; Stampe, 1905a, str. 1019–1020; Fuchs, 1910, str. 284; ter Kantorowicz, Kantorowicz, 2020, str. 102.

¹⁰⁶ Prim. na primer 4. člen francoskega *Code civile*.

¹⁰⁷ Ehrlich, 1903, str. 3; Stampe, 1905c, str. 418 in nasl.; ter Kantorowicz, 2020, str. 72–74.

¹⁰⁸ Prim. razdelek 5 tega prispevka.

10. »Bajka« o odločanju *contra legem*

Senčna plat sodnikove ustvarjalnosti pa se kaže v razmerju sodnika do postavljenega prava. Sodnik je lahko ustvarjalen v polnem pomenu te besede le tam, kjer mu pozitivno pravo ne vsiljuje (vsaj načelnih) odločitev. Pravne praznine so primer, ko sodnik nima druge izbire, kot da ustvarjalno poišče pravno podlago za svojo odločitev. Tak primer so zagotovo tudi nejasne in pomensko odprte določbe ali antinomije. Na nekoliko bolj spolzkem terenu pa se sodnik znajde, ko želi postavljeno pravo spremeniti ali ga zaobiti. Sum, da skušajo svobodnopravnik opravičiti prav tako sodniško odločanje, je bil poglavitni očitek, s katerim se je moralo gibanje soočiti. Da je kritiko svobodnopravno gibanje vzelo zelo resno, zgovorno priča razprava, ki jo je Kantorowicz objavil z izključnim namenom, da bi ovrgele prav ta očitek.¹⁰⁹ Kljub ostri zavrnitvi pomislekov, ki so jih kritiki naslavljali na svobodnopravno šolo, pa so se očitki izkazali za zelo trdožive.¹¹⁰ Končno je kritika povzročila razcep tudi znotraj svobodnopravnikov. V želji, da bi zavrnilo kritiko in dokazali njeno neupravičenost, se začne del privržencev kritičnega gibanja postopno oddaljevati in končno oblikuje smer interesne jurisprudence.¹¹¹ Mnenja o tem, ali in koliko so bile kritike upravičene, se še vedno krešejo¹¹² in malo verjetno je, da bi spričo bogatega nabora različnih stališč med svobodnopravnikmi lahko prišli do enoznačnega in nedvomnega odgovora na to vprašanje. Čeprav lahko danes kritiko ocenimo za pretirano in nekoliko prenapeto, pa je prav tako težko pristati na oceno, da temelji kritika zgolj na »močnem izkrivljanju izjav, ki jih v očitani obliki ni izrekel noben drug svobodnopravnik razen Kantorowicza«.¹¹³

Meje sodnikove ustvarjalnosti so bile v očeh svobodnopravnikov precej bolj gibljive, kot bi se na prvi pogled lahko zdelo. Pozornejša analiza samoomejitev, ki si jih je postavilo svobodnopravno gibanje, nam pokaže nekoliko bolj zamegljeno sliko sodnikove vezanosti na zakon, kot pa so jo skušali prikazati sami. Nedvoumne zakonske določbe so

¹⁰⁹ Gre za razpravo Die Contra-*legem* Fabel, 1911, str. 258–263. V razpravi so pregledno zbrana stališča poglavitnih predstavnikov svobodnopravnega gibanja, ki zagovarjajo sodnikovo vezanost na zakon. Tudi naš Goršič (1913, str. 273) omenja ta očitek kot poglavitni razlog za zadržanost do gibanja.

¹¹⁰ Prim. na primer Wieacker, 1996, str. 579–581; in Engisch, 2005, str. 175, ki gibanju pripisuje stremljenje po tem, da bi zrahljalo vezanost (sodnika) na zakon ter napravilo prosto presojo za temeljno načelo ustvarjanja prava.

¹¹¹ Riebschläger, 1968, str. 49.

¹¹² Razprava se vrti predvsem okoli vpliva svobodnopravnega gibanja na prakso sodišč v času nacionalsocializma: na primer Grosswald Curran, 2001–2002, str. 161–166; Lubben, 1998–1999, str. 94–100. Kakovosten pregled problematike ponujajo Riebschläger, 1968, str. 103–105; Reichel, 1915, str. 128–147; pa tudi Tucak v tehtni razpravi Pravna misao Hermanna U. Kantorowicza i vrijeme nacionalsocializma (2019), str. 698–710.

¹¹³ Riebschläger, 1968, str. 105. Riebschläger navaja kot sporna le stališča Rumpfa (pri tem izpusti stališča, izražena v njegovi monografiji), Stampeja, Fuchsa in Kantorowicza.

morda res nesporna meja, ki je sodnik ne sme prestopiti, a kdaj lahko z zanesljivostjo trdimo, da je zakonska določba nedvoumna? Vsaj nekateri svobodnopravniki so gojili zelo skeptičen pogled na pomensko določnost jezika. Zakon, v katerem ni »nič manj pravnih praznin, kot je besed«,¹¹⁴ ali v katerem je domala vsaka pravna določba »kontroverzna«¹¹⁵ ne ponuja prepričljive omejitve sodniške samovolje, ki so se je bali kritiki svobodnopravne šole. Prav tako ni mogoče prezreti številnih mest, na katerih svobodnopravniki dokaj nedvoumno zagovarjajo sodnikovo možnost, da zakon »spremeni« ali »zaobide«. Stampe tako na primer že v enem od »programskih besedil«,¹¹⁶ razpravi *Gesetz und Richtermacht*, terja za sodnika pooblastilo, da »zakon dopolnjuje v neomejenem, spreminja pa v omejenem obsegu«. ¹¹⁷ Spreminjanje zakona je po njegovem prepričanju dopustno le toliko, kolikor ga brezpogojno zahtevajo »interesi skupnosti«. ¹¹⁸ Resen konflikt vrednot je tudi za Rumpfa dovolj prepričljiv razlog, da bi sodnik lahko s svojo odločitvijo prekršil zakon. Sodnikova zvestoba zakonu vedno vsebuje samoumevno omejitev, da zakon noče niti ne more prepovedovati, da bi njegove določbe »prikrojili«, še posebej »z analogno širitvijo določb, ki opredeljujejo izjeme«, če za to obstajajo »prisiljujoči razlogi pravičnosti«. ¹¹⁹ Na zelo podobno stališče lahko naletimo v njegovi monografiji *Gesetz und Richter*. Čeprav soglaša s stališčem, da sodna praksa ni zakonu enakovreden pravni vir, pa je prepričan, da lahko sodnik tudi odreče zvestobo zakonu. Če bi bila zakonska rešitev nezadovoljiva in bi privedla do resnega trenja med zakonsko zapovedano in pravilno odločitvijo, lahko sodnik odloči »v nasprotju z zakonom«. ¹²⁰ Pri tem si ne zatiska oči pred dejstvom, da je na tehtnici vrednota pravne varnosti, ki jo je treba žrtvovati takrat, ko bi na njen račun »po vestni presoji« prišli do spoznanja, da lahko le tako pridemo do »smiselne odločitve«. ¹²¹ Zelo podobna stališča lahko najdemo tudi pri nekaterih drugih svobodnopravnikih. Med njimi zagotovo še najbolj izstopa Kantorowicz, ki je v svojem programskem spisu *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* prav tako dopustil možnost, da sodnik pod določenimi pogoji odstopi od jasnega zakonskega določila. ¹²² Celo Kantorowiczu in svobodnopravnemu gibanju najbolj naklonjeni avtorji se strinjajo, da zapisanih besed ni mogoče razlagati drugače kot (pogojno) pooblastilo sodniku, da lahko zavestno zanemari postavljeno

¹¹⁴ Kantorowicz, 2020, str. 73.

¹¹⁵ Fuchs, 1910, str. 288.

¹¹⁶ Riebschläger, 1968, str. 33.

¹¹⁷ Stampe, 1905a, str. 1017.

¹¹⁸ Prav tam, str. 1017.

¹¹⁹ Rumpf, 1905, str. 406.

¹²⁰ Rumpf, 906), str. 27 in nasl.

¹²¹ Prav tam, str. 77. Rumpf uporabi izraz »das gesunde Ergebnis«.

¹²² Kantorowicz, 2020, str. 102. Za poglobljeno analizo njegovih stališč glej Pokrovac, 2018, str. 269–280; in Pokrovac, 1992, str. 303–307. Avtor ugotavlja, da je Kantorowicz svoja stališča pozneje znatno omilil, čeprav ne povsem opustil (prav tam, str. 307–317).

pravo.¹²³ Kantorowiczovo stališče lahko povsem upravičeno zbuja nelagodje, saj dopušča odstop od nedvoumne zakonske določbe, če po sodnikovem trdnem prepričanju ni verjetno, da bi »državna oblast, ki obstaja v času odločanja, sprejela tako odločitev, ki jo zahteva zakon«.¹²⁴

Nanizana stališča pa niso osamljena. Tudi manj izpostavljeni predstavniki tega gibanja, kot sta na primer Radbruch in Rundstein, sta vsaj v nekem obdobju svojega razvoja delila opisane poglede. Radbruch je tako prepričan, da sili prepoved odrekanja sodnega varstva sodnika onkraj jezikovne razlage k »pojasnjevanju, dopolnjevanju in *popravljanju* zakona«.¹²⁵ Vsaka znanstvena obravnava kot tudi praktična uporaba zakona obsega nujno tudi »popravljanje [...] pozitivnih pravnih pravil«, v skladu z »lastnimi vrednostnimi sodbami«.¹²⁶ Tudi Rundstein nedvoumno priznava sodniku pravico, da prezre zakon (*sich über das Gesetz hinwegzusetzen*) ali ga spremeni, če to zahtevajo potrebe življenja.¹²⁷

Strah pred odločanjem v nasprotju z zakonom tako kljub temu ni povsem neutemeljen. V delih svobodnopравnikov je več kot dovolj nastavkov za precej ohlapnejšo vezanost sodnika na zakon, kot si jo je in si jo še vedno predstavlja prevladujoča pravna teorija. Kljub temu pa bi bilo neutemeljeno svobodnopravni šoli naprtiti odgovornost za poznejše ekscese pravosodja v Nemčiji.¹²⁸ Kot pri številnih drugih vprašanih so si svobodnopravniki upali podvomiti v dogme, preizkušali sveže zamisli in iskali nove meje. V dobro jim lahko štejemo, da s svojimi stališči niso skušali vzpostaviti novega pravoverja, temveč so jih razumeli kot prispevek v razpravi, ki se nadaljuje.

11. Nabor pravnih virov

Meje sodnikovi ustvarjalnosti vsaj nekoliko postavlja tudi nabor pravnih virov, dejavnikov, ki jih sme in mora upoštevati pri oblikovanju odločitve. Svobodnopravno gibanje razburka pravno teorijo s svojo zahtevo po radikalni razširitvi nabora pravnih virov, ki segajo daleč onkraj pozitivnega prava.¹²⁹ Kljub temu pa ne kaže prezreti dejstva, da sleherni nabor pravnih virov, naj bo še tako bogat, vedno vsaj nekoliko omejuje svobodo sodnika in postavlja meje morebitni sodni samovolji.

¹²³ Riebschläger, 1968, str. 105; in Silberg, 2004, str. 35.

¹²⁴ Kantorowicz, 2020, str. 102.

¹²⁵ Radbruch, 1906, str. 363 (poudaril A. N.).

¹²⁶ Prav tam, str. 366 in nasl. V nadaljevanju Radbruch omeni le primere, ki zahtevajo izbiro med več možnimi pomeni, razreševanje antinomij in zapolnjevanje pravnih praznin.

¹²⁷ Rundstein, 1910, str. 8 in nasl.

¹²⁸ Za podoben sklep glej še Tucak, 2019, str. 710.

¹²⁹ Med redkimi študijami, ki svobodnopravnemu nauku o pravnih virih namenjajo pozornost, je Pokrovčevno delo *Slobodno stvaranje prava* (2018), str. 236–242.

Svobodnopravno gibanje je poglavitno slabost pojmovne jurisprudence začutilo v njeni neživljenjskosti (*Welt-* ali *Lebensfremdlichkeit*). Ko je Kantorowicz skušal podati opredelitev pojmovne jurisprudence, je poudaril predvsem oblikovanje pojmov, pri katerem stopa v ospredje njihova uporabnost v (pojmovnem) sistemu, zanemarjena pa so življenjska dejstva, iz katerih pojmi izhajajo, ter praktične posledice take zasnove pojmov, kar vodi v odločanje, ki poteka (zgolj) v skladu s tako oblikovanimi pojmi in zanemarija posledice, ki jih bodo take odločitve imele za življenje.¹³⁰ Taki oceni gotovo botruje skrajno restriktiven nabor pravnih virov, ki jih je pojmovna jurisprudenca sprejemala. V svoji želji, da bi pravo zasnovala kot samozadosten sistem, je kot edino izhodišče sodniškega odločanja dopuščala postavljeno pravo, zakon.¹³¹ Samoumevna posledica stroge vezanosti na zakon je tudi sodnikova dolžnost, da njegove odločitve ne narekujejo zunajpravne okoliščine.¹³²

Diagnoza vzrokov, ki so botrovali odtujenosti življenju, za katero je po mnenju svobodnopravnikov bolehala pojmovna jurisprudenca, je narekovala nekoliko bolj sproščen nabor pravnih virov.¹³³ Poglavitno gibalo svobodnopravnega gibanja je bila strastna vera v zmožnost sodnika, da v konkretnem primeru poišče pravično rešitev¹³⁴ in enako strastno prepričanje, da abstraktna pravna pravila niso zanesljiv kažipot pri tem iskanju. Pravična rešitev zahteva prilagajanje konkretnemu primeru, ta pa ni mogoča, če nas zavezujejo toga pravila. Edini odgovor nam zato ponuja radikalna razširitev in sprostitve nabora virov, na katere sodnik lahko opre svojo odločitev, četudi ga to vodi onkraj postavljenega prava.

Sodniku pa se ni treba nujno ozirati onkraj pozitivnega prava, da bi zapolnil pravne praznine ali odpravil neskladnosti zakonskih določb. Del poti do pravne odločitve nas lahko pripelje že pozorna in ustvarjalna analiza postavljenega prava. Stampe tako na primer opozori na danes splošno sprejeto dejstvo, da »zakon« ne pomeni le celote zapisanih pravil, temveč tudi »sistem nezapisanih načel«, od koder je pravzaprav mogoče izpeljati posamezne zakonske določbe.¹³⁵ V opozarjanju na to, »prikrito zakonsko vsebino«,¹³⁶ sicer lahko prepoznamo sledi pojmovne jurisprudence, a moramo hkrati priznati tudi

¹³⁰ Na primer Kantorowicz, 1912, str. 77. Na življenju odtujeno razlago opozarja tudi Rumpf (1906, str. 13 *et passim*). V slovenskem prostoru je bil odmev na prav te pomisleke dokaj hiter – glej Goršič, 1913, str. 259.

¹³¹ Na primer Sohm, 1909, str. 1020 in 1024.

¹³² V tem sodnik le sledi pravni znanosti, katere predmet je le in samo pozitivno pravo, ne pa »zgodovinske, politične ali filozofske ugotovitve«. Prim. na primer Laband, 1911, str. ix.

¹³³ Za celovit pregled prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 334–345.

¹³⁴ Prim. na primer Ehrlich, 1903, str. 1: naloga sodnika je »poiskati pravično (*billig*), okoliščinam primerno odločitev« ter Fuchs, 1910, str. 286, kjer opredeli pravoznanstvo kot »znanost in umetnost poiskati resnico v pravnih sporih in pravilno odtehtati interese, tj. oblikovati pravilne vrednostne sodbe«.

¹³⁵ Stampe, 1905b, str. 713 in nasl.

¹³⁶ Prav tam, str. 714.

pomembno razširitev obzorja sodnikove ustvarjalnosti, ki je bil po splošnem prepričanju vezan le na zakon.

Pomemben prostor sodnikovi ustvarjalnosti ponuja tudi svet razlagalnih metod, ki jih je svobodnoppravna šola razgalila kot ne pretirano logične, niti povsem samozadostne. Njihove pomanjkljivosti pa niso nujno vedno slabe. Morda razlagalne metode res ne vodijo do samoumevnih in logično nujnih rešitev, vsekakor pa ponujajo verodostojno krinko za sodnikovo ustvarjalno iskanje odgovorov, ki jih golo zakonsko besedilo ne bi dopuščalo. Veliko maneverskega prostora dopušča zlasti opiranje na *ratio legis*, namensko razlago, ki je bila svobodnoppravnikom zelo pri srcu. V nasprotju z opiranjem na zakonodajalčevo voljo oziroma njegov namen omogoča iskanje namena zakona sodniku več ustvarjalnosti.¹³⁷ O logični vrednosti namenske razlage si svobodnoppravniki najbrž niso delali utvar. Kantorowicz tako na primer z neprizanesljivo odkritosrčnostjo dokazuje, da nas lahko ta metoda pripelje do poljubnega izida.¹³⁸ Kljub temu pa lahko verodostojnost, ki jo ta razlagalna metoda uživa v prevladujoči pravni teoriji, spretni in ustvarjalni sodnik izrabi tudi za bolj prepričljivo utemeljitev odločitve, ki jo sam šteje za pravilno.

Do bolj življenjskih odločitev pa lahko sodnika pripelje tudi bogatejši nabor pravnih virov, ki ga sili k širitvi obzorja pravno upoštevnihih okoliščin. Eden zanimivejših prispevkov svobodnoppravnega gibanja je gotovo metoda tehtanja interesov, ki je pozneje postala zaščitni znak interesne jurisprudence. Prvič na to metodo naletimo v kratki razpravi *Rechtsfindung durch Interessenwägung* Ernsta Stampeja.¹³⁹ Tehtanje interesov naj bi po njegovem razumevanju sodniku pomagalo sprejeti odločitev, ko si nasproti stojita dva pravno zavarovana interesa, zakon pa ne določa, kateri od njiju je močnejši. V tem primeru mora sodnik poleg obeh interesov, ki sta že v igri, v odločanje pritegniti še »interese skupnosti« in tako priti do najprimernejše odločitve.¹⁴⁰ Metoda, ki jo predlaga Stampe, skuša preseči umetno oženje perspektive, ki jo pogosto zahteva zakon, ko le nekaterim interesom podeli pravno varstvo. Sodnik bi moral tako neživljenjsko razumevanje spora preseči in namesto tega na podoben način kot zakonodajalec¹⁴¹ upoštevati vse prizadete interese. Sodno odločanje tako ni nič drugega kot ponovitev zakonodajnega postopka v malem. Stampe ne prikriva, da bodo interesi skupnosti pri tehtanju najpogosteje prevladali,¹⁴² zato lahko za tehtanjem interesov prepoznamo željo, da bi vlogo v sodnem odločanju imeli tudi družbeni interesi in ne le pozitivno pravo. Predlagana metoda je torej le poziv k priznanju novega pravnega vira.

¹³⁷ Prav zato Rumpf (1906, str. 123) izrecno opozarja na globoko vsebinsko nasprotje med namenom zakonodajalca in namenom zakona.

¹³⁸ Kantorowicz, 2020, str. 84–85 in nasl. Prim. tudi Wurzel, 1904, str. 23–28.

¹³⁹ Objavljeno v *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1905) 15, str. 717–719.

¹⁴⁰ Stampe, 1905b, str. 717.

¹⁴¹ Prav tam.

¹⁴² Prav tam.

V iskanju pravnih virov, ki bi sodno odločanje približali življenju, se je svobodnopravno gibanje obrnilo tudi k pravu, ki je plod ljudi – običajnemu pravu.¹⁴³ Opiranje sodnika na običajno pravo bi tako lahko ubilo dve muhi na en mah: sodno odločanje bi postalo predvidljivo, naslovniki pa bi zlahka razumeli in intimno sprejeli razloge za odločitev, ki jo je sodišče sprejelo. Ni presenetljivo, da je k upoštevanju običajev pozival zlasti Ehrlich,¹⁴⁴ čeprav so se mu pridružili tudi nekateri drugi svobodnopravniki.¹⁴⁵ Enako privlačen pravni vir so tudi poslovni običaji,¹⁴⁶ ki delijo vse prednosti običajnega prava, le da živijo v ožji skupnosti.

Vlogo pravnega vira so svobodnopravniki pripisovali tudi sodni praksi.¹⁴⁷ V tem se zrcali njihovo prepričanje, da prava ne ustvarja le zakonodajalec, temveč tudi sodišča. Soglasja o tem, ali imajo odločitve sodišč splošno veljavo, med različnimi avtorji ni bilo.¹⁴⁸ Večina se je nagibala k temu, da sodna odločitev zavezuje le v konkretnem primeru in da nima enako zavezujoče moči kot zakon. Kljub temu pa na primer Stampe dopušča možnost, da neka sodna odločitev preraste v običajno pravo,¹⁴⁹ ki bi nato imelo enako stopnjo zavezujoče moči kot zakon. Kljub temu pa ima lahko sodna odločitev pomembno usmerjevalno vlogo, ki sodniku ponuja uhojeno pot, po kateri se bo napotil, če ga bo smer, ki jo že sprejeta odločitev ubira, prepričala.¹⁵⁰ Ustaljena sodna praksa pa zagotovo ima zelo pomembno vlogo v primerih nejasnih zakonskih določb.¹⁵¹ Sodni praksi se lahko – v enem od pomenov – bliža tudi tako imenovano pravniško pravo (*Juristenrecht*),¹⁵² ki so ga vsaj nekateri privrženci svobodnopravne šole šteli za samostojen pravni vir. Pravniško pravo je lahko tudi plod pravniškega delovanja pravnikov, ki ne opravljajo sodne funkcije.¹⁵³ Tako se lahko oblikujejo zaokroženi sklopi odločitev, ki veljajo bodisi na posameznem območju bodisi za posamezno dejavnost.¹⁵⁴

Kot samostojen pravni vir si je svobodnopravna šola želela uveljaviti tudi pravno znanost. Zanimivo je, da lahko v tej težnji prepoznamo sledi nostalgije po vlogi, ki jo

¹⁴³ Morda je zanimanje svobodnopravnikov zbudilo tudi dejstvo, da običaj kot pravni vir izrecno priznava 1. člen švicarskega civilnega zakonika, ki so ga pogosto navajali kot zgled modernega zakonika.

¹⁴⁴ Ehrlich, 1903, str. 1; in Ehrlich, 1907, str. 39–41.

¹⁴⁵ Sternberg tako izrecno šteje, da je običaj poleg zakona in dogovora pravni vir. Prim. Sternberg, 1904, str. 136.

¹⁴⁶ Prim. Reichel, 1915, str. 99–100.

¹⁴⁷ Na primer Kantorowicz in Patterson, 1928, str. 692 in 697.

¹⁴⁸ Prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 429, op. 102.

¹⁴⁹ Stampe, 1905a, str. 1019.

¹⁵⁰ Rumpf, 1906, str. 132 in nasl.

¹⁵¹ Prav tam, str. 65.

¹⁵² Več o pojmu pravniškega prava glej Lombardi Vallauri, 1967, str. 440, op. 129; ter Engisch, 2005, str. 136, op. 1.

¹⁵³ Ehrlich, 1903, str. 11–16.

¹⁵⁴ Prav tam, str. 12.

je pravna znanost некоč že imela. V času pred sprejemom kodifikacij je ob odsotnosti osrednje pravodajne oblasti povezovalno vlogo v nemškem prostoru imela pravna znanost, ki je gradila na skupnem in enotnem temelju recipiranega rimskega prava. Splet okoliščin je pravni znanosti tako namenil položaj »monopolista pri ustvarjalnem razvijanju prava (*Rechtsgewinnung*)«,¹⁵⁵ ki pa ga je kodifikacija močno ogrozila. Težnje svobodnoppravne šole morda ne bi bile tako paradoksalne, če ne bi bila osrednja vloga pravne znanosti vsaj delno posledica ideologije pojmovne jurisprudence, ki je pravni znanosti pripisovala zmožnost, da iz pravnih pojmov izpeljuje pozitivno pravo. Kljub temu pa lahko v prizadevanju svobodnoppravnega gibanja, zlasti njenega osrednjega predstavnika Kantorowicza,¹⁵⁶ prepoznamo nekoliko bolj uravnoteženo prizadevanje za priznanje pravne znanosti kot zgolj enega od pravnih virov, nikakor pa ne kot edinega ali privilegirane pravnega vira. Kantorowiczova vizija pravne znanosti kot pravnega vira se je od starejšega zgleada razlikovala tudi po tem, da bi pravna znanost odkrivala nastavke¹⁵⁷ pravnega urejanja, ne pa razvijala pravnih pravil sama iz sebe. Prenovljena pravna znanost naj bi tako v postopku svobodnega odkrivanja prava (*Rechtsfindung*) iskala »pravo skupnosti« (*Gemeinschaftsrecht*) ter se povzpela tudi do stopnje svobodnega ustvarjanja prava (*freie Rechtsschöpfung*), ko bi razkrivala »individualno pravo«. ¹⁵⁸ Kantorowicz si je prizadeval, da bi pravni znanosti poiskal prostor, kjer bi ta lahko ohranila svojo pravno ustvarjalno vlogo, ne da bi se morala zateči k preseženemu vzorcu pojmovne jurisprudence, Radbruch pa se je zadovoljil z ugotovitvijo, da pravna znanost tudi v dobi kodifikacij pravzaprav ni izgubila svoje vloge pri ustvarjanju prava.¹⁵⁹ Znanstveno obravnavanje zakonodajnega gradiva nujno obsega tudi popraviljanje in dopolnjevanje pravnih pravil,¹⁶⁰ tu pa je ustvarjalni prispevek pravne znanosti neizogiben.

Na domala neraziskano področje pa se svobodnoppravno gibanje poda z nekaterimi drugimi predlogi novih pravnih virov, na katere bi se sodnik pri odločanju lahko oprl. V številnih predlogih, ki so zbudili nelagodje¹⁶¹ ali celo ostro zavrnitev, se zrcali temeljno prepričanje svobodnoppravnikov, da človek ni *samo* racionalno bitje. Poleg razumskega pola, ki ga je čezmerno poudarjala pojmovna jurisprudenca, obstaja še subjektivni pol človeka, v katerem vladajo vrednotenje, občutki in volja. Ta vidik njihovega nauka kaže

¹⁵⁵ Schröder, 1988, str. 329.

¹⁵⁶ Prim. z naslovom Kantorowiczovega najbolj znanega dela *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* iz leta 1906.

¹⁵⁷ Prim. Kantorowicz, Patterson, 1928, str. 692. Svobodno pravo je vedno pravo, ki še ni zaključilo procesa dozorevanja v »formalno pravo«.

¹⁵⁸ Kantorowicz, 2020, str. 79 (poudarki so izpuščeni).

¹⁵⁹ Radbruch, 1906, str. 364.

¹⁶⁰ Prav tam, str. 365 in nasl.

¹⁶¹ Na primer Eggenschwyler, 1912, str. 482.

torej razumeti v luči želje, da bi uravnotežili podobo človeka, ki jo je slikala prevladujoča pravna teorija.

Vsaj nekateri svobodnopravniki skušajo tako na raven pravnega vira privzdigniti vrednotenje, saj se sodnik pogosto znajde v položaju, ko mora v primeru pravne praznine ali pri izbiri med enakovrednimi rešitvami, ki jih ponujajo tradicionalni pravni viri, poiskati rešitev. Ta odločitev, opozarja Rumpf, je pogosto vrednostna.¹⁶² Odločanje, pri katerem ima odločilno vlogo vrednotenje, pa še ne pomeni nujno iracionalnega odločanja. O vrednostnih sodbah lahko po Rumpfovem mnenju govorimo šele tedaj, ko vrednostne občutke povežemo z mišljenjem.¹⁶³ Sodno odločanje, čeprav se opira na vrednostne sodbe, zato še ne pomeni odločanje na podlagi kaprice.

Med kandidati, s katerimi je želelo svobodnopravno gibanje razširiti nabor pravnih virov, je tudi pravni občutek. Lombardi ga šteje celo med »temeljne kategorije svobodnopravnega gibanja«. ¹⁶⁴ Zagotovo lahko svobodnopravnemu gibanju priznamo pomembno vlogo pri odpiranju razprave o pravnem občutku in njegovi vlogi pri sodnem odločanju. Na splošno bomo zaman iskali zelo jasno opredelitev tega pojma. Še najbolj podrobno se je s pravnim občutkom ukvarjal Rumpf, ki pravni občutek razume kot posebno vrsto vrednotenja.¹⁶⁵ Odločanja na podlagi pravnega občutka še zdaleč ne razume kot izpeljevanja že oblikovanih pravnih pravil iz sfere nezavednega, temveč kot celoto številnih zavestnih vrednotenj in voljnih odločitev, ki povezujejo gol občutek in pravno pravilo.¹⁶⁶ Kljub temu pa Rumpfu ni uspelo povsem pomiriti strahov, da priznavanje pravnega občutka pri sodnem odločanju vodi v vladavino nebrzdanega subjektivizma. Vierhaus je tako – v dokaj značilnem odzivu – odrekel znanstveno naravo pravni znanosti, ki posega po »logično nedojemljivemu in nedoločnemu pravnemu občutku«.¹⁶⁷

Na še nekoliko bolj žolčne odzive pa so naleteli skrajnejši predlogi. Med njimi kaže omeniti Kantorowiczeva predloga, da bi med pravnimi viri mesto priznali tudi odločanju po prostem preudarku in, končno, voljni odločitvi sodnika (ali, povedano nekoliko bolj neposredno: samovolji). Oba predloga je Kantorowicz podal v svojem kontroverznem spisu *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.¹⁶⁸ Za navidez osupljivima predlogoma je stal zelo preprost premislek. Ker lahko v sodnem odločanju nastopi trenutek, ko nam tradicionalni pravni viri ne ponujajo enoznačnega odgovora, sodnik pa v sporu mora odločiti, mu lahko do odločitve pomaga samo dejanje volje, odločitev. Tega lahko zakon »prikrije« s podelitvijo pristojnosti za odločanje po prostem preudarku, v drugih primerih pa je

¹⁶² Rumpf, 1906, str. 65.

¹⁶³ Prav tam, str. 118.

¹⁶⁴ Lombardi Vallauri, 1967, str. 343, op. 464.

¹⁶⁵ Rumpf, 1906, str. 114. Pravni občutek bežno omenja tudi Kantorowicz, 2020, str. 77.

¹⁶⁶ Rumpf, 1906, str. 118.

¹⁶⁷ Vierhaus, 1909, str. 1171.

¹⁶⁸ Pozneje se je očitno od njih oddaljil, če se jim že ni povsem odrekel: Kantorowicz, 1925, str. 4.

odločitev samovoljna.¹⁶⁹ V ozadju lahko odkrijemo zelo jasno izraženo voluntaristično filozofsko podstat, ki zaznamuje Kantorowiczovo razumevanje prava na splošno in sodnega odločanja še posebej. Pravo zanj ni plod razumskega spoznanja, temveč dejanje volje.¹⁷⁰ Splošno spoznanje pa velja tudi na ravni sodnega odločanja. Sodnik mora v nekem trenutku sprejeti odločitev. Če ga zakon ne usmerja, ali so usmeritve nejasne ali protislovne, se sodnik znajde pred gordijskim vozlom, ki ga ni mogoče (razumsko) razvozlati, temveč le presekat. V tem trenutku lahko rešitev pokaže le voljna odločitev. Še več, »volja je tista, ki nas vodi pri izbiri zakonskih določb, s katerimi utemeljimo vnaprej izbrano odločitev«.¹⁷¹

12. Osebnost sodnika

Če dotlej v središču teorije o pravnih virih stoji (objektivno) pravo, potem postane jasno, da različni predlogi, ki so se porajali v okviru svobodnopravnega gibanja, kažejo na naraščajočo subjektivizacijo pravnih virov. Čedalje pomembnejše mesto pri sodnem odločanju ima posameznik, ki odločitev sprejema, in njegova subjektivna ocena, katera odločitev je »pravična«, čedalje manj pomembno vlogo pa zavzemata zakon in pravna znanost.¹⁷² V tem lahko zagotovo prepoznamo individualistični vidik svobodnopravnega gibanja, ki v ospredje vedno znova postavlja človeka v vsej njegovi celovitosti. A hkrati ne smemo pozabiti na senčno plat, ki jo vedno znova poudarjajo kritiki tega gibanja: cena, ki jo moramo plačati za sodnikovo samoniklo in ustvarjalno iskanje pravičnosti, je postopno zmanjševanje pravne varnosti.

Odgovor, s katerim so svobodnopravniko skušali pomiriti strahove kritikov, ki so se bali tiranije »sodnikov-kraljev«¹⁷³ ter muhastega pravosodja,¹⁷⁴ je bil povsem logična posledica njihovega temeljnega filozofskega prepričanja, ki gradi na veri v človeka. Nepopolna pravičnost, ki nam jo ponujata še tako dober zakon, ali nauk, ki ga oblikuje pravna teorija, ne more nadkriliti pravičnega sodnika. Temeljna predpostavka, tako rekoč vogelni kamen zgradbe, ki so jo začeli graditi svobodnopravniko, je sodnik z osebnostjo (*Richterpersönlichkeit*).¹⁷⁵ Tak sodnik mora imeti »poleg ostrega očesa za bistvo družbenih

¹⁶⁹ Kantorowicz, 2020, str. 77 in 100–101.

¹⁷⁰ Silberg, 2004, str. 27 in nasl. Pokrovac, 2018, str. 93–94.

¹⁷¹ Kantorowicz, 2020, str. 80.

¹⁷² Prim. Kantorowicz, 1925, str. 6.

¹⁷³ Prim. Reichel, 1915, str. 44; Engisch, 2005, str. 175. Izraz sodnik-kralj (nem. *Richterkönig*) je skoval Ernst Fuchs, sicer viden privrženec svobodnopravne šole, za naslov svojega dela *Schreibjustiz und Richterkönigtum*.

¹⁷⁴ Stammer, 1922–1923, str. 878. Pogosti so bili očitki, da se svobodnopravno gibanje zavzema za »Kadijustiz«.

¹⁷⁵ Rumpf, 1906, str. 78.

odnosov ter izrazitega občutka za potrebe prihodnosti tudi trajen stik z zgodovinsko izoblikovanimi prvini v pravu«,¹⁷⁶ posedovati mora modrost¹⁷⁷ ter značaj.¹⁷⁸ Stremljenje po idealnem sodniku je še toliko bolj goreče, ker je izkušnjo svobodnopravnikov zaznamoval sodnik z mentaliteto uradnika; »idealna predstava o pravniku«, se je norčeval Kantorowicz,¹⁷⁹ nam prikazuje »višjega državnega uradnika z akademsko izobrazbo,« oboževanega le z miselnim strojem in zakonikom. Zglede so le v manjši meri lahko iskali v sodobnih kontinentalnih pravnih sistemih,¹⁸⁰ ki so se povečini zgledovali po prevladujoči teoriji v nemškem in romanskem prostoru. Namesto tega so se ozirali v zgodovino, kjer je izrazito ustvarjalno vlogo imel rimski pretor, ter v anglosaški svet, kjer je v svetu prava kraljevala figura angleškega sodnika.¹⁸¹ Podoba idealnega sodnika, ki ga imajo svobodnopravniki ves čas pred očmi, zaokroža razumevanje prava, ki ga ponudijo svobodnopravniki. V tem drznem in morda utopičnem pogoj se nam razkrije jedro nauka, ki skuša sodnika osvoboditi jarma togih pravil, priznati omejitve razuma in položiti zaupanje v človeka, razumnega in čustvenega hkrati, obdarjenega s sposobnostjo logičnega sklepanja, a tudi z voljo, človeka, polnega nasprotij, a hkrati nekoga, ki hrepeni po pravičnosti.

13. Dediščina svobodnega prava

Svobodnopravno gibanje je kmalu po svojem nastanku prenehalo obstajati kot prepoznavna smer pravne teorije. A njeno nenadno izginotje z odra pravne filozofije morda le ni tako skrivnostno, kot bi se lahko zazdelo. Njen navidezni neuspeh pravzaprav priča o neverjetnem uspehu. Redko se namreč zgodi, da doživijo ključna spoznanja nekega gibanja tako hiter in soglasen sprejem v prevladujoči teoriji.¹⁸² Svobodno pravo ni izpuhtelo v zrak, izginilo je preprosto zato, ker so domala vse pravnoteoretične smeri sprejele prepričanje, da zakon ni popoln, da mora sodnik pri svojem odločanju ravnati ustvarjalno in da pravno odločanje ne poteka le v areni Razuma. A posnemovalci so se svobodnopravni misli tudi nekoliko izneverili, ko so njihova dvoma polna iskanja povzdignili na raven dogme. Svobodnopravno gibanje je odgovore iskalo, ne pa jih ponujalo.

¹⁷⁶ Ehrlich, 1903, str. 32.

¹⁷⁷ Kantorowicz, 2020, str. 108.

¹⁷⁸ Radbruch, 1906, str. 358.

¹⁷⁹ Kantorowicz, 2020, str. 65.

¹⁸⁰ Toda prim. Rumpf, 1906, str. 17–28, kjer navaja več primerov izrecnega priznavanja ustvarjalnosti sodnika v tujih pravnih redih.

¹⁸¹ Na primer Ehrlich, 1903, str. 22 (Ehrlich Anglijo opiše kot »klasično deželo svobodnega iskanja prava«) in 31; Kantorowicz, Kantorowicz, 2020, str. 65, 105 in 109; ter Kantorowicz, 1925, str. 14–16. Gre seveda za svobodnopravniško razumevanje lika angleškega sodnika, ki ne ustreza nujno resničnosti (tistega časa).

¹⁸² Prim. še Pokrovac, 2018, str. 745.

Izzivi, s katerimi se stoletje pozneje soočamo, so osupljivo podobni tistim, na katera je skušalo poiskati odgovore svobodnopravno gibanje: kako razmejiti vlogo zakona in sodnika pri sodnem odločanju, kje začrtati ločnico med dejavniki, ki jih sodnik pri svojem odločanju sme upoštevati, in tistimi, ki na njegovo odločanje ne smejo vplivati, kako odmeriti prostor razumu in kako iracionalnim gibalom človekovega odločanja in končno, kako preprečiti, da spoštovanje prava le-tega ne spremeni v versko dogmo.

Svobodnopravno gibanje je tako še danes, kljub vsem svojim pretiravanjem in občasni prenapetosti, zakladnica zanimivih idej, ki nas silijo v poglobljen premislek o samo-umevnostih našega razumevanja prava. Pot, ki jo ubirajo svobodnopravniki, je pogosto tvegana, saj nas vodi po robu prepada, od koder lahko zlahka strmoglavimo v prepad dvoma in relativizma, kjer za pravo, kot ga poznamo, ni veliko prostora. Hkrati z nespornimi nevarnostmi takega razumevanja prava pa nam lahko tvegana pot nad prepadom ponuja tudi drugačen, verjetno celo popolnejši, pogled na življenje prava.

Literatura

- Bellomo, M. (1995) *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800*. Washington: The Catholic University of America Press.
- Bergbohm, K. (1892) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig: Duncker und Humblot.
- Bergel, J. L. (1987–1988) ‘Principal Factors and Methods of Codification’, *Louisiana Law Review* 48, str. 1073–1097.
- Carnelutti, F. (1940) *Teoria generale del diritto*. Rim: Foro italiano.
- DiMatteo, L. A. (2004–2005) ‘Reason and Context: A Dual Track Theory of Interpretation’, *Penn State Law Review* 109, str. 379–486.
- Eggenschwyler, W. (1912) ‘Das freie Ermessen des Richters und die Gleichheit vor dem Recht’, *Recht und Wissenschaft* 1(5), str. 482–485.
- Ehrlich, E. (1907) *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (Inaugurationsrede)*. Leipzig in Dunaj: Franz Deuticke.
- Ehrlich, E. (1987) *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (ponatis 1. izdaje iz leta 1903). Aalen: Scientia Verlag.
- Ehrlich, E. 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.

- Engisch, K. (2005) *Einführung in das juristische Denken* (10. izdaja). Stuttgart, Berlin in Köln: Verlag W. Kohlhammer.
- Fassò, G. (2002) *Storia della filosofia del diritto (III. Ottocento e Novecento)*. Rim in Bari: Editori Laterza.
- Fuchs, E. (1910) 'Die soziologische Rechtslehre – Eine Erwiderung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 15(5), str. 283–288.
- Goršič, F. (1913) 'Nemški pokret za »prosto« pravo', *Slovenski pravnik* 29(9), str. 257–276.
- Grossi P. (2007) *L'Europa del diritto*. Bari in Rim: Laterza.
- Grosswald Curran, V. (2001–2002) 'Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law', *Cornell International Law Journal* 35, str. 101–187.
- Hart, H. L. A. (1994) *The Concept of Law* (2. izdaja). Oxford: Clarendon Press.
- Heck, P. N. (1909) 'Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wie bekämpfen?', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14(24), str. 1457–1461.
- Herget, J. E. in Wallace, S. (1987) 'The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism', *Virginia Law Review* 73, str. 399–455.
- Igličar, A. in Štajnpihler, T. (2018) *Sociologija prava*. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Jhering, R. (1854) *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Jhering, von R. (2006) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (ponatis iz 1884). Boston: Adamant Media Corporation.
- Juhart, J. (1961) *Civilno procesno pravo*. Ljubljana: Univerzitetna založba.
- Kantorowicz, H. (Gnaeus Flavius) (2002) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (ponatis 1. izdaje iz 1906). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Kantorowicz, H. U. in Patterson, E. W. (1928) 'Legal Science – A Summary of its Methodology', *Columbia Law Review* 18, str. 679–707.
- Kantorowicz, H. U. (1911) 'Die Contra-legem Fabel', *Deutsche Juristen-Zeitung* 16(8), str. 258–263.
- Kantorowicz, H. U. (1912) 'Was ist uns Savigny?', *Recht und Wirtschaft* 1(3), str. 47–54 in 76–79.
- Kantorowicz, H. (1925) *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*. Mannheim, Berlin in Leipzig: J. Bensheimer.
- Kantorowicz, H. (1933–1934) 'Some Rationalism about Realism', *Yale Law Review* 43, str. 1240–1253.

- Kranjc, J. (2020) *Rimsko pravo (4. pregledana in dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Kulemann, W. (1912) 'Recht und Richter', *Recht und Wirtschaft* 1(5), str. 145–149.
- Laband, P. (1911) 'Vorwort zur zweiten Auflage', v: *Der Staatsrecht des deutschen Reiches I*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Lombardi, L. (1967) *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: A. Giuffrè.
- Lubben, S. J. (1998–1999) 'Chief Justice Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma', *California Interdisciplinary Law Journal* 7, str. 81–132.
- Merryman, J. H. (1996) *The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2. izdaja). Stanford: Stanford University Press.
- Neukamp, E. (1912) 'Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 17(1), str. 44–50.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu (3. spremenjena in dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: GV Založba.
- Pitamic, L. (1926) *Država*. Celje: Družba sv. Mohorja.
- Pokrovac, Z. (1992) 'Hermann U. Kantorowicz and Contra-Legem-Fabel', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 28(1-2), str. 297–322.
- Pokrovac, Z. (2019) *Slobodno stvaranje prava – Hermann U. Kantorowicz i slobodnopравни pokret*. Zagreb: Naklada Breza.
- Radbruch, G. (1906) 'Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung – Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit', *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 4, str. 355–370.
- Reichel, H. (1915) *Gesetz und Richterspruch – Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*. Zürich: Art. Institut Orell Füssli.
- Riebschläger, K. (1968) *Die Freirechtsbewegung – Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*. Berlin: Duncker/Humblot.
- Rumpf, M. (1979) *Gesetz und Richter – Versuch eine Methodik der Rechtsanwendung* (ponatis 1. izdaje iz 1906). Aalen: Scientia Verlag.
- Rumpf, M. (1905) 'Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht', *Iherings Jahrbücher* 30, str. 333–406.
- Rundstein, S. (1910) 'Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins', *Archiv für bürgerliches Recht* 34, str. 1–40.
- Savigny, von F. C. (1997) *Vom Beruf unserer Zeit* (ponatis iz 1814). Goldbach: Keip Verlag.

- Scarman, L. G. (1966–1967) 'Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence', *Indiana Law Journal* 42, str. 355–368.
- Schmidt, J. (1968) *Das »Prinzipielle« in der Freirechts-bewegung – Eine Studie zum Freirecht, seiner Methode und seiner Quelle*. Bonn: H. Bouvier Verlag u. Co. Verlag.
- Schröder, R. (1988) 'Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz', *Rechtstheorie* 19, str. 323–367.
- Silberg, S. (2004) *Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin: Logos Verlag.
- Sohm, R. (1910) 'Begriffsjurisprudenz', *Deutsche Juristen-Zeitung* 15(2), str. 114–118.
- Sohm, R. (1909) 'Über Begriffsjurisprudenz', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14(15-16), str. 1020–1024.
- Somló, F. (1917) *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner.
- Stammler, R. (1922–1923) 'Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence', *Michigan Law Review* 21, str. 862–903.
- Stampe, E. (1905a) 'Gesetz und Richtermacht', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(22), str. 1017–1022.
- Stampe, E. (1905b) 'Rechtsfindung durch Interessenwägung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(15), str. 713–719.
- Stampe, E. (1905c) 'Rechtsfindung durch Konstruktion', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(9), str. 417–422.
- Sternberg, T. (1904) *Allgemeine Rechtslehre I (Die Methode)*. Leipzig: G. J. Göschen'sche Verlagshandlung.
- Stolte, S. (2003) 'Das Bürgerliches Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts', v: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Tallon, D. (1979) 'Codification and Consolidation of the Law at the Present Time', *Israeli Law Review* 14(1), str. 1–12.
- Tucak, I. (2019) 'Pravna misao Hermanna U. Kantorowicza i vrijeme nacionalsocializma', *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 695-6), str. 681–714.
- Unger, J. (2004) recenzija dela 'Der Kampf um die Rechtswissenschaft', ponatis v delu: Silberg, S.: *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*, str. 157–159.
- Vierhaus, F. (1909) 'Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14, 19, str. 1069–1175.
- Waismann, F. (1945) 'Verifiability', *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*, str. 119–150.

- Wieacker, F. (1996) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)* (2. izdaja). Göttingen: Vandenhoeck/Ruprecht.
- Wróblewski, J. (1992) *The Judicial Application of Law*. Dordrecht, Boston in London: Kluwer Academic Publishers.
- Wurzel, K. G. (1904) *Das juristische Denken*. Dunaj in Leipzig: Verlag von Moritz Perles.
- Zippelius, R. (1994) *Rechtsphilosophie*. München: Verlag C. H. Beck.

UDK: 340.1

DOI: 10.51940/2021.1.109-140

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 109–140

Aleš Novak

Pravičnost onkraj zakona – Svobodnopravno gibanje in iskanje nove zasnove prava

Avtor v članku zagovarja tezo, da pomeni svobodnopravno gibanje kritičen odziv na specifično ideologijo o naravi in uporabljanju prava, ki se je izoblikovala pod vplivom kodifikacije prava na kontinentu. Svobodnopravniki podvomijo v takrat splošno sprejeto predpostavko, da je pozitivno pravo popolno in opozorijo na obstoj pravnih praznin, ki kažejo na potrebo po dopolnjevanju prava. Zavračajo tudi razumevanje, po katerem je treba uporabljati prava razumeti kot logično dedukcijo vsebine iz abstraktnih pravnih norm, in opozorijo na pomembno vlogo, ki jo v uporabljanju prava ima človekova subjektivnost. V zahtevi po strogi vezanosti sodnika na zakon prepoznajo ideološko tančico, ki prikriva resnične vzgibe sodniškega odločanja. Sodnik tako pridobi vlogo soustvarjalca prava, ki si z zakonodajalcem deli odgovornost za pravično sodno odločitev. Kljub vsem slabostim je svobodnopravno gibanje ponudilo zanimiv in ploden pogled na naravo in uporabljati prava, ki je postavilo temelj sodobnemu razumevanju prava.

Ključne besede: svobodnopravno gibanje, kodifikacija, pojmovna jurisprudenca, pravne praznine, nedoločnost jezika, razlagalne metode, pravni občutek, tehtanje.

UDC: 340.1

DOI: 10.51940/2021.1.109-140

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXXI, 2021, PP. 109–140

Aleš Novak

Justice beyond Codification – The Free Law Movement and the Quest for a New Conception of Law

The author argues that the Free Law Movement should be understood as a critical response to a specific ideology about the nature and application of law, which was a result of and arose from the codification of law, taking place at the time across Europe. The Free Law Movement took issue with then commonly accepted view that positive law is in itself complete and called attention to the existence of gaps in law, arguing that law is inherently incomplete. Its followers also rejected the notion that application of law resembles logical deduction (from abstract legal norms) and highlight the importance of subjectivity in judicial decision-making. A demand that the judge be bound by the law is exposed by the free lawyers as nothing else but an ideological veil, hiding from our gaze the true motives behind judicial application of the law. In their view, a judge creates law on an equal footing with the legislature and shares the responsibility for a just outcome of a case in hand. Despite all the shortcomings Free Law Movement has, it offered an interesting and stimulating view on the nature of law and its application, which provided a corner-stone for modern understanding of law.

Key words: Free Law Movement, codification, jurisprudence of concepts, legal gaps, open texture of language, interpretative methods, judicial hunch, balancing.