

Znanstveni članek

DOI: 10.51940/2024.1.17-37

UDK: 340.12:165.82(73)

*Jure Spruk**

Ideološke premise ameriškega pravnega realizma

Povzetek

Avtor obravnava ameriški pravni realizem in njegove ideološke sledi. S pravno teoretičnega stališča ameriški pravni realizem zaobjema teorijo sodniškega odločanja, ki se je zlasti v dvajsetih in tridesetih letih 20. stoletja razvila kot odgovor na Langdellov pravni formalizem in formalistično sodniško odločanje. Namesto pravnih pravil so ameriški pravni realisti v središče analize sodniškega odločanja postavili iz konkretnih primerov izvedena dejstva, bolj kot notranja logika pravnega razlogovanja pa so jih zanimale njegove posledice. Umestitev teoretičnih poudarkov ameriškega pravnega realizma v družbeni kontekst njihovega nastanka pokaže na njihove ideološke implikacije. Z ideološkega vidika je kritika formalizma pomenila kritiko klasično liberalnih ideoloških konstruktov, zlasti nevtralnega in svobodnega trga, ki so družbeno moč pospešeno zgoščali v rokah posameznikov in korporacij na škodo manj privilegiranih družbenih skupin. Kritika eksaktnega preračunavanja pravilnosti sodniških odločitev je bila dejansko kritika naravne neizogibnosti trga kot pravičnega posrednika med interesi materialno neenakih posameznikov in družbenih skupin.

Ključne besede

ameriški pravni realizem, ideologija, teorija prava.

* Doktor politoloških znanosti, doktorski študent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

1. Uvod

Pričujoča razprava je namenjena ameriškemu pravnemu realizmu – pravnoteoretični usmeritvi, v kateri se je na začetku 20. stoletja zgostil odpor proti formalističnemu pojmovanju prava, kakršno se je pod vodstvom harvardskega profesorja Christopherja Langdella vzpostavilo v drugi polovici 19. stoletja. Natančneje, jedro razprave bo namenjeno razlagi hkratnega obstoja navidezno nasprotujočih si kategorij – ideološkega in realnega oziroma razlagi ideoloških primesi v dozdevni empirično-opisovalni realistični podobi prava, kot je izšla iz teoretskih nastavkov ameriškega pravnega realizma. Tukaj se potemtakem postavlja vprašanje, koliko *ideološkega* prenese *realno* v teoriji ameriškega pravnega realizma. Poudarek v razpravi bo na pojasnjevanju razmerja med realnim in ideološkim, pri čemer izhodiščna teza pravi, da realno idealnega ne izzove, ker v prvem ni mogoče zaznati drugega, temveč ga izzove, ker sta realno in ideološko kontekstualno pogojena. Kriteriji realnega in ideološkega so vselej vezani na konkretna družbena razmerja. Kontekstualna pogojenost realnega in ideološkega pomeni njuno izgrajevanje iz konkretnih materialnih in intelektualnih dejavnikov, ki nastajajo kot produkti politične, ekonomske in socialne prepletenosti družbe. Pravo kot družbeni fenomen se vsem tem vrstam prepletenosti preprosto ne more popolnoma izogniti. V temelju je ameriški pravni realizem formalizem izzval zaradi dekontekstualizacije prava, tj. zaradi neupoštevanja vzrokov in posledic pravnega urejanja družbenih razmerij. Šele upoštevanje posledic pravnega (beri: sodniškega) odločanja namreč pravo umešča v njegovo »naravno« okolje – človeško družbo z vsemi njenimi konjunktivnimi in disjunktivnimi procesi. Langdellova zagledanost v pravno *znanost* je predpostavila izolacijo prava od družbe in njenih pristranosti, namesto na družbene posledice prava se je osredotočala zlasti na izpopolnjeno logiko pojmovnih izpeljav. Ameriški pravni realizem je v temelju zavračal tako neživiljenjskost prava, v imenu katere so (pre)pogosto trpeli interesi deprivilegiranih družbenih skupin. Pravo lahko razumemo kot pravno znanost v toliko, kolikor nam uspe ignorirati enega ključnih poudarkov pravnega realizma, po katerem za nastankom, spremembo in uporabo prava vedno stoji človek z vso svojo odgovornostjo. Prav tako bi lahko ta poudarek pravni realisti usmerili proti najeminentnejšemu poskusu metodološke izpopolnitve pravne znanosti v 20. stoletju – Kelsnovi čisti teoriji prava, čeprav je Kelsen sam pravo razumel kot družbeni pojav,¹ pravno znanost pa kot družboslovno znanost² oziroma humanistično znanost.³

Ključ do prepoznave ideoloških premis ameriškega pravnega realizma je v instrumentalni razsežnosti prava. Pomen slednje so poudarjali skoraj vsi pionirji te pravno teoretične usmeritve, kar lahko pripišemo intrinzični povezavi med instrumentalizmom, voljo,

¹ Kelsen, 2005, str. 20.

² Prav tam, str. 10.

³ Prav tam, str. 27.

sredstvi, cilji in posledicami. Pravni realizem je v tem pogledu interdisciplinaren, saj teži prav k temu, kar je Kelsen očital tradicionalni pravni znanosti:

»Danes skorajda ni strokovnega področja, na pašnike katerega bi si pravnik pomišljaj vdreti. Prepričan je celo, da bo svoj znanstveni ugled z izposojanjem pri drugih vedah celo povečal. Ob tem pa se izgublja pravna znanost sama.«⁴

Pravni realisti na gornji očitek pogledujejo z dobršno mero skepse, tisti bolj zajedljivi pa bi lahko v njem prepoznali priročno izhodišče za porogljive in cinične komentarje. Biti (pravni) realist namreč pomeni, da posameznik skuša v svoji razlagi izbranega pojava zaobjeti kar največ dejavnikov vplivanja, v primeru ameriškega pravnega realizma to pomeni upoštevanje zunajpravnih dejavnikov vplivanja na (sodniško) pravo, najsi bodo to politični, ekonomski, socialni ali psihološki dejavniki. Kar sledi, je razprava o ideoloških premisah ameriškega pravnega realizma, ki naj pokaže, kako na ravni pravne teorije sovpadeta realno in ideološko, materialno in idejno.

2. Realno in ideološko: nepomirljivo nasprotje ali koristno zavezništvo?

Realno v osnovi pomeni nekaj otipljivega, zaznavnega, dejanskega. Kot tako je produkt grobega opisa brez upoštevanja vrednostnih sodb. Če smo realni, nas zanima dejansko stanje in ne stanje, kakršnega bi si želeli. Za realnega človeka rečemo, da trdno stoji na tleh, saj ga zlepa ne premamijo lepe besede ali izpričani konstruktivni nameni. Realist čaka predvsem na dejanja, pri načrtovanju pa se nasloni zgolj na že obstoječe dejavnike.

V pravni teoriji ločimo dve osnovni kategoriji prava – pravo *de lege lata* in pravo *de lege ferenda*. Pravnega realista (tako kot tudi pravnega pozitivista) očitno zanima prvo, torej pravo, kakršno dejansko je. Kelsen je na primer svojo čisto teorijo prava videl kot radikalno realistično teorijo prava, ker prava ne želi niti legitimirati kot pravičnega niti ga diskvalificirati kot nepravičnega.⁵ Zanimala ga je zgolj norma, sama na sebi, taka, kakršna obstaja brez človeških pritisklin. Kelsnov ontološki realizem kaže na njegov osrednji cilj – pravo vzpostaviti kot znanost o (pravnih) normah. V pravnem kontekstu je bila za Kelsna edina realnost pozitivno pravo. Ni ga zanimalo, kaj se dogaja v naravni realnosti, temveč ga je zanimalo, kaj naj se zgodi glede na pozitivno pravo, torej v pravni realnosti, zato je tako ameriškemu kot tudi skandinavskemu (Alf Ross) realizmu zaradi njunega behaviorizma odrekal realistično poreklo.⁶ Sklic na Kelsnovo teorijo prava je tukaj priročen, saj pokaže na konstrukcijo normativne realnosti, ki je samozadostna in se zato odmika od vsakršnih socialnih, političnih, ekonomskih in drugih vplivov. Ameriški pravni realizem (tako kot tudi skandinavski realizem) realnost pojmuje bistveno širše, namesto pravne realnosti ga zanima družbena realnost, katere del je pravo. Kelsnovi čisti teoriji prava

⁴ Prav tam, str. 19.

⁵ Prav tam, str. 30.

⁶ Bindreiter, 2013, str. 116.

delamo veliko krivico, če jo skušamo na silo umestiti v družbeno realnost, saj se tedaj izkaže za v resnici *nerealno* teorijo.⁷

Čista teorija prava je lahko *realna* zgolj v izključno pravnem univerzumu, ki pa je vselej del večjega družbenega univerzuma, kar pa je Kelsen seveda razumel. Kelsen s čisto teorijo prava ni želel razložiti vzročno posledičnega delovanja prava, zato s sociološkega vidika ne gre za realistično teorijo. Kelsnova čista teorija prava je toliko očiščena, da je od prava kot socialne resničnosti ostala le še formalna struktura prava.⁸ Ta vsebinska izpraznjenost je pravzaprav temeljni prvi pogoj čistosti pravne teorije, ki ne pristaja na naravnopravniške kriterije moralnosti prava ali pravnorealistični pragmatizem oziroma instrumentalizem. Za ameriške pravne realiste je bila zato Kelsnova teorija sterilni intelektualni dosežek, ki se je namesto življenju prava posvečal njegovim formalno logičnim razsežnostim.⁹

Nerealistična teorija je kontradiktoren pojem, saj je smisel teorije prav v tem, da opiše obstoječ pojav. Realnost teorije je vedno znova pogojena z okoljem, v katerem določimo predmet proučevanja, na kar nas opominja Kelsnova čista teorija prava, ki se omeji na svet prava in pravne norme. Ameriški pravni realizem je v osnovi teorija o sodniškem odločanju, pri čemer drugače kot Kelsen za svoje izhodišče vzame širše okolje, v katerega skuša umestiti predmet proučevanja. Ameriški pravni realisti so skušali sodniško odločanje umestiti v družbo kot celoto, zato jih ni zanimala zgolj pravna razsežnost tega pojava, temveč predvsem njegova politična, ekonomska in psihološka razsežnost, kar se je kazalo tudi v izboru metodoloških pristopov k proučevanju sodniškega odločanja, pri katerih v ospredju ni bil toliko vpliv pravne norme, temveč bolj vpliv zunjpravnih kriterijev odločanja.¹⁰

Zato je ameriški pravni realizem primer interdisciplinarnega pristopa k proučevanju prava, ki so ga na začetku 20. stoletja v ZDA razvijali zlasti na univerzah Yale in Columbia. Interdisciplinarno povezovanje prava in družboslovnih ved je za pravne realiste tudi danes najustreznejša metodološka izbira, saj z njo celovitejše zajamejo nasprotja, ki zaznamujejo sodobne družbe. Ta nasprotja so materialna in idejna, s katerimi mora upravljati praktično vsaka demokratična politična skupnost, pri čemer ima zelo pomembno vlogo pravo kot niz obvezujočih in učinkovitih normativnih vodil, ki so podprta z državno prisilo. Kot ključna predpostavka pravnih realistov se kaže prepričanje o tem, da sodniki v resnici ne presojujejo zgolj o zmagi in porazu v konkretnih sodnih primerih, temveč ob tem upoštevajo tudi javnopolitične kriterije odločanja, tako imenovane *policy* kriterije, pri katerih imajo znatno vlogo sodnikove ideološke premise, iz katerih

⁷ Kot primer lahko navedemo Kelsnovo vztrajanje pri zanikanju obstoja pravnih praznin v pravnem sistemu. Nemški svobodnopravniki in ameriški pravni realisti so (z nekaj pretiravanjem) prepričljivo pokazali, da je razumevanje prava kot popolnega sistema pomanjkljivo.

⁸ Pavčnik, 2015, str. 37.

⁹ Telman, 2010, str. 354.

¹⁰ To nikakor ne pomeni, da so ameriški pravni realisti pravne norme razumeli kot popolnoma irelevantne prireske sodniškega odločanja.

je mogoče razbrati njegovo razumevanje politične skupnosti kot celote. Pojem ideologija tukaj označuje hierarhično urejene vrednote, kot so na primer svoboda, enakost, individualizem, kolektivizem, etc., na podlagi katerih nastajajo vizije življenja v urejeni politični skupnosti, kar zajema tudi razumevanje vertikalnih in horizontalnih razmerij med ljudmi. Ideologija nam pomaga poiskati odgovore na vprašanja, kot so, kdo smo ter kaj želimo in kako to doseči. V tem smislu je ideologija vselej produkt idejnega oziroma intelektualnega napa, usmerjenega v urejanje medčloveških odnosov. Bolj so slednji nestabilni in nepredvidljivi, večjo moč dobi ideologija. Taka opredelitev ideologije se očitno odmika od bolj znanih opredelitev, denimo de Tracyjeve znanosti o idejah ali Marxove lažne zavesti, tj. ideologije niti ne povzdiguje niti je ne stigmatizira, pokaže pa, da je ideologija nujen sestavni del družbenopolitične strukture.

Med realnim in ideološkim ni vnaprejšnjega nasprotja, realno se vselej skuša umestiti v dominantno ideologijo, medtem ko se vsaka ideologija skuša uveljaviti kot realnost. Ideološka zasnova je doktrinarna, zato ideologija realnost predstavlja kot neizogibno, saj le tako lahko realno usmerja proti spremembi ali ohranitvi obstoječega stanja. V tem pogledu vse ideologije delujejo po enakem načelu.¹¹ Za analitične namene je vsekakor dobrodošlo, da razlikujemo med realnim in ideološkim, na ravni družbe pa se obe kategoriji zlijeta ena v drugo, ko je govora o dominantni ideološki shemi, ki osmišlja dano realnost. V vsakdanjem političnem življenju je ideologija hrbtna stran pragmatizma,¹² tj. profanim oblikam boja za oblast nudi idejno oporo. Ob tem se vnovič vračam k čisti teoriji prava, s katero je Kelsen želel pravno znanost očistiti političnih in ideoloških elementov. Da mu je to uspelo, je Kelsen verjel, ker so različni politični akterji tistega časa čisto teorijo prava pripisovali k ideološki zakladnici njihovih nasprotnikov. »Toda,« je ugotavljal Kelsen, »prav to še bolje kakor teorija sama dokazuje njeno čistost.«¹³

3. Teoretično jedro ameriškega pravnega realizma

Osrednji avtorji ameriškega pravnega realizma – Roscoe Pound, Karl Llewellyn in Jerome Frank¹⁴ – niso tvorili enotne teoretične šole. Med njimi je bilo kar nekaj pomembnih razlik, ki pa jih v tej razpravi ni mogoče podrobneje obrazložiti. Namen tega

¹¹ Kar družji različne ideologije, je njihov odklonilen odnos do ideološkosti *per se*, s čimer se kaže naravnost ideološkega, da se zlije z realnostjo. Vse glavne moderne ideološke doktrine – liberalizem, konservativizem in socializem – v ideologijo projicirajo negativne vplive na družbo. Paradoksalno posamezna ideologija postane dominantna tedaj, ko se ji uspe umestiti kot neideološka realnost.

¹² Heywood, 2012, str. 3.

¹³ Kelsen, 2005, str. 11.

¹⁴ Seznam z naštetimi imeni ni izčrpan, saj bi lahko dodali tudi imena, kot so Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, John Chipman Gray, Underhill Moore, Max Radin, Hermann Oliphant, Thurman Arnold, Robert Hale in Arthur Corbin.

razdelka je predstaviti teoretično jedro ameriškega pravnega realizma, ki se nanaša na njegovo metodološko (razlagalno) razsežnost. Skupna značilnost pravzaprav vseh pravnih realistov (ameriških, skandinavskih ali italijanskih) je njihov razlagalni skepticizem (zmeri ali skrajni), tj. metodološki pristop, ki kot temeljno predpostavko sprejema pomensko odprtost pravnih norm, zavrača pa predpostavko o enem in edinem pravilnem odgovoru na pravna vprašanja, katere najbolj znani zagovornik tudi danes ostaja Ronald Dworkin.¹⁵

Mauro Barberis meni, da je prav razlagalni skepticizem oziroma teorija o razlaganju tista značilnost, ki pravni realizem napravlja za samostojni nauk, zlasti v razmerju do pravnega pozitivizma, s katerim ga družita etični subjektivizem in ločevanje prava in morale.¹⁶ Ključna metodološka zahteva pravnih realistov je dosledno razlikovanje med vrednotami in dejstvi.¹⁷ Ameriški pravni realizem primarno namenja pozornost sodniškemu pravu,¹⁸ na vsebino katerega vplivajo tudi vrednote posameznih sodnikov, kadar upoštevajo javnopolitične kriterije odločanja in kadar se v procesu odločanja zatečejo k moralnim in političnim teorijam. Ob omembi sodniškega prava je treba dodati pojasnilo o nastajanju sodniškega prava. Ustvarjanje prava,¹⁹ kar sodniki počnejo v večini primerov, ne vodi mehanično do nastanka sodniškega prava, saj slednje nastane šele, kadar posamična pravna pravila, ki izhajajo iz konkretnega sodnega spora, začnejo učinkovati splošno in abstraktno.²⁰ Osrednje mesto pri nastajanju sodniškega prava, kot izhaja iz teorije pravnega realizma, imajo dejstva in ne pravne norme. Brian Leiter kot glavno maksimo pravnega realizma navaja deskriptivno tezo o sodniškem odločanju: sodnike pri odločanju bolj kot pravne norme stimulirajo dejstva konkretnih primerov.²¹ To pravzaprav pomeni, da sodnik bolj kot zakonu ali predhodnim sodnim odločbam (*stare decisis*) sledi dejstvom primera in iz njih izpeljani pravičnosti. V tem pogledu proces sojenja bolj kot postavitve silogističnega razmerja zaznamuje pragmatično »tehtanje« dejstev. Z vidika nastajanja sodniškega prava je pomembna zlasti skepsa pravnih realistov do doktrine *stare decisis*. Pravni realisti poudarjajo svobodo posameznih sodnikov pri upoštevanju predhodnih sodnih odločb, zato zanje razlikovanje med *ratio decidendi* in *obiter dictum*

¹⁵ Teorijo pravnega realizma sta poleg Dworkina zavrnila tudi Lon Fuller in H. L. A. Hart. Za Fullerjevo kritiko glej *The Law in Quest of Itself* (1940), za Hartovo kritiko glej *The Concept of Law* (1961) in za Dworkinovo kritiko glej *Law's Empire* (1986).

¹⁶ Barberis, 2011, str. 37.

¹⁷ Prav tam, str. 39.

¹⁸ John Chipman Gray je kot edino pravo označil sodniško pravo, torej pravo je zgolj tisto, kar odločijo sodniki. V tem pogledu je zakon pravni vir, sodna odločba pa pravo. Grayevo favoriziranje sodišč pred zakonodajalcem je odraz njegove osredotočenosti na ameriški sistem *common law*. Podobno kot Gray je pravo razumel tudi *enfant terrible* ameriškega pravnega realizma Jerome Frank.

¹⁹ Riccardo Guastini akt interpretacije pravne norme označuje za akt odločanja oziroma akt volje in ne za kognitivni oziroma spoznavni akt. Za več glej v Guastini, 2013.

²⁰ Novak, 2023, str. 341.

²¹ Leiter, 2007, str. 21.

niti ni bistveno.²² Kljub temu pa pravni realizem (v svoji radikalni obliki) sojenje, tj. reševanje konkretnih sporov, pojmuje kot splošnejšo funkcijo od zakonodajne funkcije.²³ Pravni realisti precedenčnega prava ne zavračajo *a priori*, vsekakor pa drži, da pravo razumejo kot izrazito dinamičen pojav, ki naj drži korak z razvojem družbe. Hessel Yntema je ključne hipoteze ameriškega pravnega realizma strnil v štiri točke:

1. koncipiranje prava kot sredstva za doseganje ciljev,
2. koncipiranje prava kot družbenega pojava,
3. koncipiranje vzajemnih sprememb tako v pravu kot tudi v družbi in
4. koncipiranje pravnega raziskovanja kot znanstvene dejavnosti.²⁴

Razen točke 4, ki je še najbližje Llewellynu, navedene hipoteze nakazujejo skupno izhodišče kritične analize osrednjega antagonistista – pravnega formalizma, ki ga je poosebljal Christopher Langdell skupaj s sodelavci na Univerzi Harvard. Formalizem je v osnovi metodologija, pri kateri je pomembna zlasti rigoroznost logike, ki se dviga nad instrumentalnostjo prava in njegovimi družbenimi posledicami. Mogoče najznamenitejši stavek v zgodovini pravne misli Oliverja Wendella Holmesa v razpravi *The Common Law* iz leta 1881 je deloval kot spodbuda za pionirje ameriškega pravnega realizma: življenja prava ni zaznamovala logika, temveč izkušnja. Zaznane potrebe časa, prevladujoče moralne in politične teorije, javnopolitične intuicije in predsodki posameznih sodnikov so k zakonom, s katerimi se vlada ljudem, prispevali veliko več kot silogizem.²⁵ Sporočilna moč Holmesovega stavka je tako pomembna zato, ker je z njim artikuliral zavračanje podobe prava kot tesno zaprtega in samozadostnega sistema, hkrati pa pokazal, da se v pravu kot človeški stvaritvi prepletajo elementi subjektivnega in objektivnega.

Ameriški pravni realisti so v njihovih razlagah prava resda dajali prednost iz konkretnih primerov izvedenim dejstvom pred pravnimi pravili, vendar to ne pomeni, da so vpliv slednjih v celoti zanikali. Tako je na primer Karl Llewellyn, nesporni voditelj ameriških pravnih realistov, pojasnil, da njegov namen ni niti v odvzemanju pomembnosti materialnih pravnih pravil in pravic niti v izključitvi obeh kategorij iz polja prava.²⁶ Izključitev pravnih pravil in pravic iz polja prava Llewellynu resda težko pripišemo,²⁷ je pa obema kategorijama očitno odvzel pomembnost, ki jima jo je namenil formalizem. Za Llewellyna pravna pravila niso bila osrednja referenca v pravnem diskurzu, zato je predlagal, da se jih nadomesti s kontaktnim območjem med sodniškim vedenjem in vedenjem

²² Cross in Harris, 1991, str. 49–50.

²³ Barberis, 2016, str. 8.

²⁴ Yntema, 1960, str. 323.

²⁵ Holmes, 1880, str. 1.

²⁶ Llewellyn, 1930/1993, str. 56.

²⁷ Llewellyn je v pravnih pravilih prepoznal avtoritativna pravila, ki uradnim osebam (beri: sodnikom) sporočajo, kaj naj storijo. Te osebe tovrstna pravila bodisi popolnoma ignorirajo bodisi jih delno ali v celoti upoštevajo.

laikov.²⁸ Povedano drugače, Llewellyn je predlagal, da se pravni diskurz pomakne od normativizma k pragmatizmu. Prevezmanje behavioristične paradigme je pravnim realistom služila prav v tem pogledu, tj. jedro pravnega diskurza so pomaknili od neoprijemljivih norm k empirično preverljivemu vedenju konkretnih ljudi, ki omogoča napovedovanje. Pragmatizem pravnih realistov se je kazal v njihovem glavnem cilju – napovedovanju, kaj bo dejansko storilo sodišče.²⁹ Pravo, na katerega se osredotoča pravni realizem, je zato sodniško pravo, ki je v primerjavi z zakonskim pravom prožnejše pri iskanju rešitev sodnih sporov. Pravni pragmatizem se od pravnega formalizma razlikuje v perspektivi, tj. formalistično pojmovanje sojenja je vezano na pogled nazaj k zapisani normi ali precedensu, pragmatizem pa to dvojje uporablja zgolj kot izhodišče za svoje urejanje bodočih družbenih interakcij. Teorija pravnega realizma v središče postavlja podobo sodnika, ki se odziva na dane družbene pogoje, kar pomeni, da ga bolj kot dogmatsko izvedena pravilnost pravnega razlogovanja zanimajo širše posledice vsebinske odločitve, ki jo sprejmejo v konkretnem sporu. Pragmatični sodnik torej manj pozornosti namenja vprašanju usklajenosti dejanskega stanja in semantičnega dosega pravnega pravila, saj ga zanima zlasti namen pravnega pravila, iz katerega razbira posledice posameznih rešitev.³⁰ Namensko interpretacijo pravnih pravil sestavljata subjektivni in objektivni namen, pri čemer se subjektivni namen osredotoča na avtorjeve neposredne namene, objektivni namen pa preseže konkretnega avtorja in se osredotoča bodisi na namen *razumnega* avtorja (ožji vidik) bodisi na namen, ki ga izvede iz temeljnih vrednot pravnega sistema (širši vidik).³¹ Za pravni pragmatizem velja zanimanje zlasti za širši vidik namenske interpretacije, s pomočjo katere konkretne sodne odločitve umešča v kontekst celotne politične skupnosti.

Pojmovno oziroma analitično pravoznanstvo, ki je skupaj z zgodovinsko šolo prava tvorilo glavni tok pravoznanstva ob koncu 19. stoletja, z vidika pravnega realizma zagreši kapitalno napako prav v svojem koncipiranju pravnega sistema kot celovitega in zaprtega sistema, iz katerega je mogoče logično izpeljati rešitev na prav vsako pravno vprašanje. Gre za predstavo o pravnem sistemu, ki so jo tedaj ustvarjali zlasti kodifikaciji naklonjeni nemški pravniki, kot prvi pa so jo odkrito kritizirali nemški svobodnopravniki, ki so jim nato sledili še ameriški pravni realisti. Nemški svobodnopravniki so se v svoji kritiki lotili ideje popolnega in celovitega pravnega sistema, ki ga obvladuje formalna logika, ameriški pravni realisti pa so kot svojega osrednjega antagonista določili domnevni formalizem občega prava (*common law*).

Kritika pravnih realistov je bila mogoče res pretirana glede na to, da večji del pravnikov, profesorjev in sodnikov ni sledil Poundovemu prikazu sojenja kot mehanične de-

²⁸ Prav tam.

²⁹ Leiter, 2007, str. 52.

³⁰ Posner, 2008, str. 243.

³¹ Barak, 2006, str. 126.

dukcije,³² vendar pa ostaja dejstvo, da je bilo v času poglobljanja socialne neenakosti kar nekaj družbeno odmevnih primerov odločeno po metodologiji togega ločevanja prava od družbe.³³ Aharon Barak sodniku v demokratičnih političnih sistemih namenja vlogo vmesnega člana med pravom in družbo,³⁴ to pa lahko uspešno opravlja, če mu je dopuščeno, da k pravu pristopa dinamično. Opravljanje te vloge prinaša veliko naporov, če vemo, da mora biti pravo stabilno, vendar hkrati gibljivo, kot je pravno dinamiko opisal Roscoe Pound.³⁵ Ameriški pravni realizem pravo razume izrazito dinamično, saj v njem prepozna predvsem sredstvo za doseg družbenih ciljev. Kot pravi Benjamin Cardozo, modrost pri izbiri poti ni možna, če ne vemo, kam nas pot vodi.³⁶

Ameriški pravni realizem je v osnovi teorija o sodniškem odločanju. Odgovoriti skuša na vprašanje, po kakšnih kriterijih sodniki dejansko presojuje konkretne sodne spore. Besedna zveza »dejansko presojuje« nakazuje realistično pomikanje onkraj vpliva pravnih pravil in precedensov pri sodniškem odločanju. Pravni realisti v tem pogledu proučujejo meje prava, ki jih dogmatična pravna znanost v svojem poudarjanju avtonomije prava le stežka priznava. Ker za pravne realiste pravo ni neprodušno zaprt sistem norm, so se (vsaj nominalno) usmerili v širše zastavljene metodologije družboslovnih znanosti, na primer sociologije in ekonomije, s čimer bi pravo iztrgali izolaciji samoreferenčnega sistema in ga tako približali družbeni stvarnosti. Ob tem lahko parafraziramo znano Marxovo misel iz 11. teze o Feuerbachu – sodniki naj se ne omejujejo na mehanično aplikacijo obstoječih pravnih pravil, temveč naj pravna pravila prilagajajo obstoječim okoliščinam. Le tako lahko pravo sledi danim potrebam ljudi in se ob tem izogne pastem mističnega konservativizma, revolucionarne vneme ali popreproščenega večinskega načela odločanja.³⁷

Tukaj je potreben vnovični opomnik, da pravni realisti (v veliki večini) pravnih pravil niso šteli za popolnoma nepomembne priveske sodniškega odločanja, kar je razvidno tudi iz njihovega osredotočanja na prizivno sodniško odločanje, znotraj katerega naj bi bilo več maneverskega prostora za diskrecijsko odločanje sodnikov. Slednjega ne smemo enačiti s samovoljnim odločanjem, saj tudi diskrecijsko odločanje sodnikov poteka znotraj določenih institucionalnih okvirov. H. L. A. Hart diskrecijo opisuje kot vmesno točko med osebno kaprico in jasnim metodološkim vodilom pri uporabi pravnega pravila.³⁸ Do te točke pridemo vselej, kadar se razumni in dobronamerni ljudje ne glede na

³² Tamanaha, 2010, str. 28. Tamanaha mehanično pravoznanstvo znotraj sistema *common law* označuje za mit.

³³ Vzorčni primer je *Lochner v New York* (1905).

³⁴ Barak, 2006, str. 5.

³⁵ Pound, 1923/2013, str. 1.

³⁶ Cardozo, 1921, str. 102.

³⁷ Calabresi, 2002-2003, str. 2120.

³⁸ Hart, 2013, str. 658.

njihovo stopnjo informiranosti ne morejo zediniti o pravilnem rezultatu.³⁹ Diskrecijsko odločanje se zdi neizogibno v okoliščinah razumnega nesoglasja, ki se v procesu pravnega odločanja zaradi (relativne) nedoločnosti pravnih pravil pojavlja zlasti v primerih obravnave tako imenovanih mejnih primerov, ko se pravna razlaga sooči z lastnimi omejitvami. Diskrecijsko odločanje je vprašljivo zlasti z vidika vladavine prava, ki med drugim predvideva obstoj pravnih pravil, ki so jasna, predvidljiva in določna. Gre torej za vprašanje pravne varnosti, ki se tesno prepleta z zaupanjem ljudi v pravo. Prav zaupanje v pravo je ključni moment v odpravljanju negotovosti ljudi tako v vertikalnih kot tudi horizontalnih razmerjih, s čimer se krepi koordinacijski potencial prava v družbi.⁴⁰ Za pravne realiste splošna koordinacijska funkcija prava ni vprašljiva, vendar pravo hkrati odrekajo popolno predvidljivost in s tem stabilnost.

Veliki izziv pravnih realistov je bil v iskanju odgovora na vprašanje, kako pravo napraviti bolj predvidljivo, zato so se metodološko pomaknili onkraj pravne dogmatike. Kljub interdisciplinarnosti pravnim realistom ni uspelo razviti prepričljivega teoretičnega modela za napovedovanje, kaj bo sodišče storilo v posameznih primerih, kar velja tudi za teoretične naslednike pravnega realizma, kot so ekonomska analiza prava ali psihologija pravnega odločanja. Pravna dogmatika uči, da sodniki prava ne ustvarjajo, ampak ga le iščejo. Ustvarjati pomeni stopati po še ne prehojenih poteh, na katerih ni mogoče najti trdnih opornih mest. Iskanje je aktivnost, pri kateri ni potrebe po ustvarjalnosti. Vztrajnost in natančnost običajno zadostujeta, saj iščemo nekaj, kar že obstaja. Za pravne realiste ni dvoma – sodniki pravo ustvarjajo in zato pravo ni toliko predvidljivo, kot to zahteva dogmatično pravo. Jerome Frank v prepričanju, da sodniki prava ne ustvarjajo, vidi le mit, ki ga vzdržujejo ljudje, za katere velja, da jih njihove subjektivne potrebe po stabilnosti ohranjajo v otroškem svetu, v katerem so popolnoma varni.⁴¹ V Frankovi kritiki je prisoten jasen odtis Freudove psihoanalize, tj. stabilna pravna pravila so ekvivalent za avtoritativnega očeta v primarni družini. Občutek stabilnosti in predvidljivosti je enako pomemben na ravni družine kot tudi na ravni družbe, odsotnost avtoritete pa je lahko vir močnih frustracij. Zaščitniški oče in stabilno (ter pravično) pravo imata zato podobno funkcijo – prvi krepi občutek varnosti v družini, drugo ga krepi v družbi. Ameriški pravni realisti so stabilnost in predvidljivost zamenjali za ustvarjalnost. Max Radin v sodnikovi arbitrarnosti (*sic!*) ni zaznal težav, saj naj bi sodniki s preostalimi ljudmi delili občutek za pravično, ki bi ga uveljavljali tudi brez usmerjanja pravnih pravil.⁴² Joseph Hutcheson je znaten vpliv pri iskanju pravičnih rešitev pripisoval sodnikovi intuiciji,⁴³ saj iz primera izluščena dejstva presegajo vpliv domnevno ustreznih pravnih

³⁹ Prav tam, str. 664.

⁴⁰ Spruk, 2022, str. 148.

⁴¹ Frank, 1949, str. 35.

⁴² Radin, 1925/1993, str. 198.

⁴³ Hutcheson, 1929/1993, str. 204.

pravil na sodbo. Felix Cohen je pot iz Jheringovih nebes pravnih načel premagoval z empiricismom, tj. z redefinicijo pravnih načel na podlagi konkretnih sodb, kot sta to predlagala že Holmes in Hohfeld.⁴⁴

Realnost, kot nam jo naslika ameriški pravni realizem, je negotova, vendar obvladljiva. Odgovor na izziv pravne nestabilnosti in nepredvidljivosti ne nudita niti dedukcija niti indukcija niti analogno sklepanje niti *stare decisis*. Ameriški pravni realisti so, podobno kot nemški svobodnopravniki, v kritiki pravnega formalizma ponekod pretiravali (na primer Frank ali Moore), toda njihova vloga ni bila ikonoklastična. Razlagalni skepticizem ne pomeni samovolje, gotovo pa pomeni, da je razlagalno polje, ki je na voljo razlagalcu, širše, kot je to pripravljena prenesti pravna dogmatika. Pri tem so znatne razlike med različnimi pravnimi panogami, tj. razlagalno polje je na primer v kazenskem pravu precej ožje kot v pogodbenem pravu. Ni naključje, da je bila velika večina ameriških pravnih realistov tako imenovanih civilistov, tj. strokovnjakov na področju zasebnega prava. Med pravnimi realisti bi težko našli takega, ki bi pravnim pravilom absolutno odrekal vpliv na sodniško odločanje, vsekakor pa je velika zasluga pravnega realizma v dekonstrukciji podobe prava, za katero je značilna že skoraj teološko navdahnjena transcendentalnost. Pravo prihaja od človeka za človeka, ljudje, ki pravo ustvarjajo in uporabljajo, niso posvečeni, so ljudje, kot vsi drugi.

4. Ideološke primesi ameriškega pravnega realizma

V pravno teoretičnem smislu je ameriški pravni realizem nastal kot odziv na formalistično pojmovanje prava, kakršno se je v 19. stoletju ustalilo na Univerzi Harvard. Langdellova zasnova pravne znanosti je bila za pravne realiste preozka, saj so se namesto na notranjo logiko prava osredotočili na njegove posledice. Natančneje, pravne realiste so zanimale družbene posledice prava, zato so jih bolj kot pravna dogmatika pritegnile družboslovne vede, kot so ekonomija, sociologija ali psihologija. Teoretične nastavke ameriškega pravnega realizma lahko najdemo že pri Poundu in Grayu (Harvard), vendar so glavni protagonisti realističnega gibanja izšli iz univerz Yale in Columbia. William Twining kot vodilne pravne realiste med letoma 1914 in 1931 našteva Llewellyna, Corbina, Hohfelda, Moora, Cooka in Oliphanta.⁴⁵ Ameriških pravnih realistov ni povezoval nikakršen skupni program, jih pa lahko razumemo kot gibanje v smislu medosebno povezanih posameznikov, ki so delili kompleksne ideje s poudarkom na nezadovoljstvu s tedaj obstoječim intelektualnim miljejem prava na splošno in pravnega izobraževanja konkretno.⁴⁶ Obdobje hitrih procesov urbanizacije in industrializacije je zahtevalo pri-

⁴⁴ Cohen, 1935/1993, str. 216.

⁴⁵ Twining, 2012, str. 26. Razen Oliphanta (Columbia) so bili v navedenem obdobju vsi naštetih povezani z univerzo Yale.

⁴⁶ Prav tam.

lagoditve, poenotenje in poenostavitve pravnih virov v sicer federalno razdeljenih ZDA, pri čemer je zlasti na področju zasebnega prava prevladoval vpliv sodišč.⁴⁷ Gibanje ameriških pravnih realistov tako lahko razumemo kot eno od faz v odgovoru ameriških pravnikov na izzive poenotenja, sistematizacije in modernizacije ameriškega prava.⁴⁸

V tem delu razprave želim razviti tezo, po kateri ameriški pravni realizem ni zgolj specifična pravna teorija, temveč lahko znotraj njega prepoznamo idejne oziroma ideološke premise, ki gredo onkraj teorije o sodniškem odločanju. Te razsežnosti so tiste, ki najbolj prepričljivo pokažejo na vpetost pravnih realistov v dane družbene okoliščine, ki so bile zaznamovane z naraščanjem socialnih razlik in z veliko gospodarsko krizo iz leta 1929. Dotlej prevladujoča pravna in politična doktrina je utrjevala podobo prava in države kot nevtralnih institucij, ki posredujeta med formalno enakopravnimi subjekti. Formalistično pojmovanje prava in klasično liberalna teorija minimalne države hodita z roko v roki. Ideološko jedro ameriškega pravnega realizma tvori predrugučeno konceptualizacijo razmerja med državo in posameznikom, tj. nadomestitev restriktivne vloge države tako na polju civilnega prava kot tudi javnega prava s posegajočo državo, ki aktivno gradi javni interes. Državni intervencionizem predpostavlja oblikovanje interesa, ki gre onkraj interesa posameznika, tj. gre za interes politične skupnosti kot celote. Na ravni ideologije gre za pomik od klasičnega liberalizma k modernemu liberalizmu, ki državne vloge regulatorja trga več ne dojema kot *a priori* grožnje posameznikovi svobodi. Na področju civilnega prava je bila največja sprememba vezana na razumevanje pogodbene svobode, ki so ji bile nadete omejitve javnega interesa. V zadevi *Lochner* iz leta 1905 sodišče teh omejitev še ni priznalo, saj je pogodbeno svobodo povzdignilo nad javni interes do zdravega in varnega delovnega okolja.⁴⁹ Znatnejši premiki na tem področju so se začeli sprožati v 30. letih dvajsetega stoletja, tj. neposredno po velikem gospodarskem zlomu in vpeljavi Rooseveltovega državnega programa *New Deal* med letoma 1933 in 1939. Holmesovo odklonilno ločeno mnenje v zadevi *Lochner* so med znamenite razprave povzdignili pravni realisti, ki so pritrjevali njegovi drzni tezi: splošna določila ne določajo

⁴⁷ Prav tam, str. 4–5. Ameriške pravne fakultete so se tradicionalno osredotočale na sodniško pravo, kar je izhajalo iz prevladujoče metode študija konkretnih primerov (*case study*), osredotočanja večjega dela pravne zgodovine na razvoj sodniškega prava in preučevanja narave sodnega procesa v okviru pravoznanstva.

⁴⁸ Prav tam, str. 7.

⁴⁹ Zadeva *Lochner v New York* v zgodovini prava velja za paradigmatični primer formalističnega sodniškega odločanja. Zakon zvezne države New York iz leta 1895 (*Bakeshop Act*) je lastnikom pekarn prepovedal zaposlovanje delavcev za več kot 10 ur na dan oziroma 60 ur na teden. Na podlagi zakona je newyorško sodišče leta 1899 lastnika pekarn Josepha Lochnerja obsodilo na plačilo kazni v znesku 50 dolarjev. Obsodbo so potrdila vsa prizivna sodišča v zvezni državi New York, zato je sledila pritožba na ameriško vrhovno sodišče, kjer pa je večina sodnikov presodila, da so bile Lochnerju z obsodbo kršene pravice iz 14. amandmaja k ustavi. V obrazložitvi se je večina sodnikov sklicevala na pogodbeno svobodo delodajalca in delojemalca in zavrnila argument javne politike zaščite zdravja zaposlenih v visoko rizičnih gospodarskih panogah.

izida konkretnih zadev. Pravni realisti so bili realisti v toliko, kolikor so jezikovni pomen pravnih pravil podredili družbenim izzivom, kot so jih razumeli sodniki. To pomeni, da se pravna pravila interpretirajo v sozvočju z aktualnimi političnimi, socialnimi ali ekonomskimi problemi, nikakor pa ne ločeno od njih. Tukaj se pokaže razumevanje prava kot sredstva za doseganje družbenih ciljev, kar izhaja že iz Jheringovega in Poundovega sociološkega pravoznanstva, ki v osrčje pravne analize postavita kategorijo interesa.

Prehod od srednjega veka k moderni dobi je potekal tudi skozi rekonceptualizacijo interesa, ki je v temelju prinesla zamenjavo korporativizma z individualizmom. Interes postane sredinska kategorija med neučinkovitim razumom in razdiralno strastjo, vase vnese dobre lastnosti obeh, tj. trdoživo strast samoljubja in razum na pogon moči strasti.⁵⁰ V srednjem veku je bil poglavitni smoter prava harmonično vzdrževanje družbenega *statusa quo*, v moderni dobi pa se pravo prilagodi idealizirani podobi družbe svobodnih in medsebojno tekmujočih posameznikov, ki se je dokončno izčistila šele v 19. stoletju.⁵¹ Rudolf Von Jhering je v razpravi *Pravo kot sredstvo za doseg cilja* celotno poglavje namenil vprašanju, kako egoizem usmeriti v altruizem. Jhering v iskanju odgovora prepozna načelo, ki prežema celotno življenje posameznika: vsak posameznik naj osebne namene uskladi z interesi drugih ljudi.⁵² Pri tem se postavi vprašanje nasprotja interesov. Funkcija prava v tem primeru je v prepoznavi različnih interesov, določitev prevladujočih interesov in zagotovitvi učinkovitega izvrševanja ter njihovi harmonizaciji z javnim interesom.⁵³ Za pravne realiste je bil formalizem iz 19. stoletja tako zelo moteč, ker je bil ovira prilagajanju prava danim družbenim okoliščinam. Močna kritika, ki jo je zoper formalizem usmeril zlasti Llewellyn, je ciljala na predstavo o avtonomni pravni znanosti, ki ni pristajala na prilagajanje pravnih pravil in precedensov družbeno želenim ciljem.⁵⁴ Poglavitna težava pravnih realistov s formalističnim odločanjem je bila prav v tem, da formalizem ne priznava izbiranja med večimi mogočimi rešitvami, temveč izbrano rešitev predstavi kot edino možno rešitev. To se je pokazalo tudi v že omenjeni zadevi *Lochner*, ki ni postala tarča kritike toliko zaradi napačne izbire rešitve, ampak zato, ker je bila očitna politična, moralna, socialna ali ekonomska izbira predstavljena kot edina možna rešitev.⁵⁵ Glavni očitke formalizmu s strani pravnih realistov je bil torej prav v tem, da posebej v zadevah, o katerih presojuje prizivna sodišča, pravo ne daje unikatnih rešitev, zato sodniki lahko ali morajo med več možnimi (pravnimi) rešitvami izbirati na podlagi zunajpravnih kriterijev.⁵⁶

⁵⁰ Hirschman, 2002, str. 47.

⁵¹ Pound, 1997, str. 13–14.

⁵² Jhering, 1913/2012, str. 28.

⁵³ Gordon, 1981, str. 1042.

⁵⁴ Sebok, 1998, str. 106.

⁵⁵ Schauer, 1988, str. 512.

⁵⁶ Schauer, 2012, str. xi.

Postrevolucionarno obdobje v Združenih državah Amerike je minilo v znamenju transformacije pravnega sistema, v okviru katere je zavezanost k regulaciji materialne pravičnosti ekonomske izmenjave izzvenela.⁵⁷ Zaščitniško, regulativno in paternalistično podoba naravnega in običajnega prava iz 18. stoletja je zamenjala podoba prava, ki je reflektirala obstoječo politično in ekonomsko moč posameznikov in korporacij na škodo kmetov, delavcev, potrošnikov in drugih manj vplivnih družbenih skupin.⁵⁸ Do sredine 19. stoletja je bila opisana transformacija končana, do tedaj prožno in instrumentalno pojmovanje prava je postalo nezaželeno, takoj ko so bili doseženi poglobitvi cilji nosilcev trgovinske in industrijske dejavnosti.⁵⁹ Nekoč progresivna ideološka paradigma nosilcev ekonomskega razvoja se je preobrazila v konservativno branjenje obstoječih razmerij moči. Pri tem je bila ključna vloga države kot osrednje pravnopolitične institucije z zakonodajno, sodno in izvršilno močjo.

Določitev vloge države v politični skupnosti je izrazito ideološke narave, saj so v njej razgrnjeni temeljni postulati razmerja med državno oblastjo in državljani, ki ga nikakor ne moremo izpeljati iz naravno ali božansko ustvarjenih principov. Delovanje države je vezano na upravljanje javnega oziroma skupnega prostora, znotraj katerega so parcialni interesi podrejeni splošnemu oziroma javnemu interesu. Ločitev na javno in zasebno sfero človekovega življenja oziroma na javno in zasebno pravo je ključen moment v določitvi dosega državne avtoritete, ki primarno brani javni interes, oziroma določitvi obsega prostora negativne svobode posameznika, v katero država ne sme posegati.⁶⁰ Na področju trgovinskega prava se je tekom 19. stoletja v Združenih državah Amerike razvila izrazito restriktivna doktrina poseganja države v substantivne standarde pravičnega trgovanja.⁶¹ Slednji so veljali za nekakšno atavistično ostalino preživetih časov, ko prosti trg še ni obstajal. Klasični liberalizem je prosti trg povzdignil na piedestal vrednot, saj je v njem prepoznal glavni instrument človekove svobode, regulatorno moč države pa za neupravičeno represijo. Na področju prava je posameznikovo svobodo na prostem trgu najbolj odražala pogodbeni svoboda, ki predpostavlja formalno enakopravne posameznike, ki brez poseganja države prostovoljno sklepajo pogodbene odnose. Iz klasičnega liberalizma izpeljana doktrina *laissez-faire* izključuje ekonomsko vlogo države in v maniri ekonomskega individualizma nasprotuje vsakršni regulaciji delovnih procesov, kot je denimo regulacija delovnega časa, dela otrok ali varnega delovnega okolja.⁶² Velik del pravnih realistov se je v nasprotju s tem zavzemal za državno regulacijo ekonom-

⁵⁷ Horwitz, 1977, str. 253.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Prav tam, str. 254.

⁶⁰ Morris Cohen je ločitev na javno in zasebno sfero kritično analiziral skozi enačaj med zasebno lastnino in oblastjo. Podrobneje v Cohen, 1927.

⁶¹ Prav tam.

⁶² Heywood, 2012, str. 48.

skih aktivnosti, saj so v prostem trgu prepoznali instrument zatiranja in ne osvobajajoče institucije.⁶³ Za pravne realiste je bila pogodbeni svoboda v okoliščinah velike materialne neenakosti le priročen mit, ki so ga pri življenju ohranjali privilegirani sloji. Institucionalna ekonomija je prostemu trgu zaradi neenakih pogajalskih izhodišč pogodbenih strani pripisovala prisilno naravo.⁶⁴ Pravni realisti so se formalizmu na sodiščih zoperstavili prav s to ključno predpostavko institucionalne ekonomije.⁶⁵ Spoznanje, da je pravo vsaj delno ideološko pogojeno, je lično urejeno podobo prava kot celovitega, popolnega in logično povezanega sistema zamajala v temeljih. Mit o notranji konsistentnosti in zunanji stabilnosti prava se je začel podirati, saj se življenjskih dejstev pač ne da spremeniti, s čimer je nastopila doba negotovosti.⁶⁶ Ali kot je zapisal pravni zgodovinar Grant Gilmore, vsak Blackstone mora imeti svojega Benthama in vsak Langdell mora imeti svojega Llewellyna.⁶⁷ Kar je združevalo ameriške pravne realiste, je bil njihov cilj ustvarjanja dinamičnega pravoznanstva kot osnove, na kateri bi lahko reševali problem prilagoditve pravnega sistema potrebam 20. stoletja.⁶⁸

Morton Horwitz kot najpomembnejšo zapuščino pravnega realizma prepozna v zasaditvi dvoma v popolno ločenost prava in politike ter morale.⁶⁹ Ameriška klasična pravna misel od revolucije naprej avtonomnost prava povezuje s preprečevanjem tiranije večine.⁷⁰ Ameriških pravnih realistov ne gre brati v smeri preprostega izenačevanja prava in politike, so pa opozarjali na poroznost meje med njima. Ideja vladavine prava v osnovi pomeni obstoj nekaterih procesnih načel, ki naj bodo spoštovana zato, da bomo lahko vsaj z določeno mero verjetnosti rekli, da nam vlada pravo in ne ljudje. Pravni realisti so bili do sintagme vladavina prava precej zadržani, saj so v njej prepoznali zavajajoče sporočilo o vladavini brezosebnih pravil brez vpliva in odgovornosti konkretnih ljudi, ki ta pravila v praksi uporabljajo. Njihovo kritiko vladavine prava je treba razumeti v kontekstu kritike abstrakcij, ki so tako v pravu kot tudi v ekonomiji ali politiki ovira na poti do pristne demokratične ureditve.⁷¹ Številni pravni realisti so se odkrito postavili na stran administrativne države, navsezadnje so nekateri med njimi aktivno sodelovali

⁶³ Duxbury, 1995, str. 105.

⁶⁴ Pravniki in ekonomisti Robert Hale je dokazoval, da celoten sistem *laissez-faire* temelji na prisilnem omejevanju posameznikove svobode ne glede na vsakršne formule enakih priložnosti ali enakih pravic. Podrobneje glej v Hale, 1923.

⁶⁵ Prav tam, str. 106.

⁶⁶ Gilmore, 1977, str. 68.

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ Twining, 2012, str. 8.

⁶⁹ Horwitz, 1992, str. 193.

⁷⁰ Prav tam.

⁷¹ Purcell, 1969, str. 436.

v programu *New Deal*, s katerim je predsednik Roosevelt načrtoval sanacijo velike ekonomske krize iz leta 1929.⁷²

Prepoznavne značilnosti pravnega realizma – nezaupanje v tradicionalna pravna pravila, funkcionalni pristop k pravu in empiricizem – so se izkazale za združljive s poudarki *New Deal*a na pragmatizmu, javni politiki in eksperimentiranju.⁷³ Izvrševanje »novega dogovora« je zahtevalo predružačen metodološki pristop k interpretaciji temeljnega pravnega in političnega dokumenta v državi – ustave, ki je nastala v 18. stoletju in jo je bilo po logiki vpeljave družbenih reform treba prilagoditi razmeram v 20. stoletju. Originalizem in *stare decisis* sta bolj kot korenite družbene spremembe obetala ohranjanje *statusa quo*, zato se je kot najbolj logična izbira izkazala namenska razlaga ustave, ki v svoji instrumentalno-pragmatični razsežnosti bolje zaobjame dinamiko prilagajanja prava spremenjenim družbenim razmeram. Tako se na primer Llewellynova teorija ustavnega prava s poudarki na prožnosti in eksperimentiranju ni zgolj slučajno prilegala *New Dealu*, temveč se je vsaj deloma neposredno sklicevala na ta prenoviteljski program.⁷⁴ Prožnost ustave, kot jo je zagovarjal Llewellyn, je v danih okoliščinah pomenila razširitev pristojnosti države pri poseganju v ekonomijo in krepitev administrativne vloge države, katerih cilj je bila izgradnja trdnjših temeljev socialne države. Razkorak med zmagovalci in poraženci kapitalistične igre prostega trga je bil namreč preprosto prevelik, dokončna socialna devastacija ne bi koristila nikomur in zdi se, da so šli pionirji ameriškega pravnega realizma s tem prepričanjem v mislih na okope teorije prava in države.

Odtujenost sodniškega prava od stanja v družbi, ki se je tako nazorno pokazala v zadevi *Lochner*, je nekatere pravne realiste usmerila v favoriziranje zakonskega prava, s katerim bi zakonodajalec potrebne reforme dosegel hitreje in zanesljiveje, toda zavedanje o odločujoči vlogi sodnika, ki razsoja v konkretnih zadevah, je vendarle ostalo. Ameriški pravni realizem je pravna teorija prav zato, ker v središče postavlja sodnika. Upor pravnih realistov zoper Langdellov formalizem je v širšem pogledu pomenil upor zoper konservativno ideološko zaledje večjega dela nosilcev sodne oblasti. Ameriški pravni realizem uči, da popolnoma avtonomna področja v družbi ne obstajajo. Ne obstaja popolnoma avtonomno pravo in ne obstaja popolnoma avtonomen trg, ki deluje po načelu nevidne roke. Družba je visoko kompleksna entiteta, v kateri se številna področja med seboj prepletajo. Da bi bolje razumeli pojav sodniškega odločanja, so se pionirji ameriškega pravnega realizma ozrli tudi k drugim družboslovnim vedam, od ekonomije in sociologije do psihologije. K naštetim družboslovnim vedam so se pravni realisti ozrli iz preprostega razloga – njihova podoba sodnika ne vključuje subsumpcijskega avtomata, ki sodbe ustvarja, ne da bi ob tem zaznaval lastno okolico.

⁷² Na primer, Thurman Arnold, Felix Cohen, Herman Oliphant in Jerome Frank so v okviru državne administracije aktivno sodelovali pri oblikovanju in izvrševanju programa *New Deal*.

⁷³ Curtis, 2015, str. 172–173.

⁷⁴ Prav tam, str. 178–179.

5. Sklep

Ali pravu z razgrinjanjem njegovih ideoloških razsežnosti odvzemamo veljavo in pomen? Lahko ameriške pravne realiste označimo za ikonoklaste, ki so uničili sveto podobo prava? Spoznavanje in priznavanje ideoloških razsežnosti pravu *per se* ne odvzema niti veljave niti pomena. Le kratek ekskurz k primerjalnemu pravu zadošča, da lahko zaznamo tako procesne kot tudi materialne razlike med posameznimi pravnimi tradicijami v državah z različnimi prevladujočimi ideologijami. Slovenski pravni red, ki deluje v okoliščinah ideološke prevlade liberalne demokracije, se v temelju razlikuje od pravnega reda Islamske republike Iran, ki deluje pod ideološkim okriljem konservativne teokracije, ali pravnega reda Demokratične ljudske republike Koreje, kjer prevladuje totalitarno ustrojena komunistična ideologija. Neideološko pravo je pravo brez vrednot, iz katerih vznikajo medčloveški odnosi. Pravo, morala, politika in ekonomija imajo lastne vrednotne temelje, kar pomeni, da gre za produkte človeškega uma, ki so v vsakdanjem življenju tesno prepleteni. Neideološko je lahko zgolj pravo, ki je tesno izolirano od politične skupnosti, ki naj bi ji pripadalo. Takšno pravo v realnem svetu pač ne obstaja.

Pravni realizem je pravna teorija, ki jo bolj kot rigoroznost interne logike pravnega sistema zanimajo njegove družbene posledice. Biti pravni realist pomeni pravo razumeti instrumentalno, tj. v smislu doseganja družbenih ciljev prek prava. Pravni realizem v pravu prepozna osrednji družbeni institut, saj poudarja njegovo funkcijo medija, skozi katerega politična skupnost sploh lahko deluje. Pravni realisti resda s skepto pogledujejo proti načelu vladavine prava, vendar ne zato, ker bi nasprotovali osnovni ideji, ki je za njim, temveč zato, ker se zavedajo vseh mogočih zlorab, povezanih s tem načelom. Ena od temeljnih funkcij prava je tudi oblastna funkcija, s katero državna oblast vzpostavlja vertikalna razmerja do posameznikov. Oblastna funkcija prava se najočitneje kaže v javnem pravu, ameriški pravni realisti pa so skušali pokazati, da oblastna funkcija prava ne deluje zgolj na polju javnega prava, temveč tudi na polju zasebnega prava. Tu korenini njihova kritika razdelitve prava na javno in zasebno. Velikega pomena za teorijo države je teza pravnih realistov, da oblasti ne izvršujejo zgolj nosilci državne oblasti, temveč tudi posamezniki. Prvi jo izvršujejo skozi državne institucije, drugi skozi svojo moč na »nevtралnem in svobodnem« trgu. Za ameriške pravne realiste trg ni ne nevtralen ne svoboden, saj se na njem srečujejo ljudje z izrazito neenakimi pogajalskimi močmi. Nevtralen in svobodni trg je tipičen ideološki konstrukt, ki ga je ustvaril klasični liberalizem zlasti v 19. stoletju. Ta se je že v izhodišču zadovoljil s formalno enakostjo ljudi, ki naj ponudi izhodišče za svobodno tekmo na trgu.

Čas, v katerem se je vzpenjal ameriški pravni realizem, je bil zaznamovan s socialnimi neravnovesji. V prvih desetletjih 20. stoletja se je pokazalo, da na trgu preveč ljudi izgublja in premalo ljudi zmaguje. Temeljne ideološke premise ameriškega pravnega realizma je mogoče izpeljati iz predrugачene vloge države na polju zasebnega prava, na katerem so se oblikovala lastninska razmerja moči med formalno enakopravnimi posamezniki.

Koncept posegajoče države predpostavlja regulatorno funkcijo države, s katero se blažijo posledice materialne neenakosti, ki prevladuje na trgu. Ameriških pravnih realistov ne smemo razumeti kot ikonoklastov, ki so razbili sveto podobo prava, kot so jo naslikali formalisti, zavedanje o »političnosti« prava je obstajalo že pred njimi, na kar prepričljivo pokaže Brian Tamanaha,⁷⁵ vendar jim ne smemo odrekati zaslug, da so kot intelektualno gibanje to zavedanje postavili v središče pravne analize. Z vidika ocenjevanja ideoloških premis ameriškega pravnega realizma je kritika, ki so jo njegovi pionirji usmerili zoper Langdellov formalizem, bila kritika konservativne socialne javne politike. Pravni realisti so razumeli, da pot k družbenim spremembam vodi skozi spremembo pravne metode – od rigorozne formalistične logike do namenske razlage pravnih pravil.

⁷⁵ Tamanaha, 2010.

Literatura

- Barak, A. (2006) *The Judge in a Democracy*. Princeton in Oxford: Princeton University Press.
- Barberis, M. (2011) 'Pravo in morala danes' (prevod Mariza Žgur, Matija Žgur in Andrej Kristan), *Revus. Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 16, str. 13–53.
- Barberis, M. (2016) 'For a truly realistic theory of law' (prevod Paolo Sandro), *Revus. Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 29, str. 7–14.
- Bindreiter, U. (2013) 'The Realist Hans Kelsen', v: L. Duarte d'Almeida, J. Gardner in L. Green (ur.) *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford in Portland: Hart Publishing, str. 101–129.
- Calabresi, G. (2002–2003) 'An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts', v: *Stanford Law Review* 55, str. 2113–1151.
- Cardozo, B. (1921) *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press.
- Cohen, F. (1935/1993) 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach', v: W. Fisher, M. Horwitz in T. Reed (ur.) *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, str. 212–227.
- Cohen, M. (1927) 'Property and Sovereignty', *Cornell Law Quarterly* 13, str. 8–30.
- Cross, R., in Harris, J. W. (1991) *Precedent in English Law* (4. izdaja). Oxford: Oxford University Press.
- Curtis, M. (2015) 'Realism Revisited: Reaffirming the Centrality of the New Deal in Realistic Jurisprudence', *Yale Journal of Law & Humanities* 27, str. 157–200.
- Duxbury, N. (1995) *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Frank, J. (1949) *Law and the Modern Mind*. London: Stevens & Sons Limited.
- Fuller, L. (1940/1999) *The Law in Quest of Itself*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Gilmore, G. (1977) *The Ages of American Law*. New Haven in London: Yale University Press.
- Gordon, R. (1981) 'Historicism in Legal Scholarship', *Yale Law Review* 90, str. 1017–1056.
- Guastini, R. (2013) 'Redefinicija pravnog realizma' (prevod Milan Franić), *Revus. Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 19, str. 83–96.
- Hale, R. (1923) 'Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State', *Political Science Quarterly* 38, str. 470–494.

- Hart, H. L. A. (1961/2012) *The Concept of Law* (3. izdaja). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2013) 'Discretion', *Harvard Law Review* 127, str. 652–665.
- Heywood, A. (2012) *Political Ideologies* (5. izdaja). London: Palgrave MacMillan.
- Hirschman, A. (2002) *Strasti in interesi*. Ljubljana: Založba Krtina.
- Holmes, O. W. (1881/1951) *The Common Law* (44. natis). Boston: Little, Brown and Company.
- Horwitz, M. (1977) *The Transformation of American Law 1780–1860*. Cambridge in London: Harvard University Press.
- Horwitz, M. (1992) *The Transformation of American Law 1870–1960*. Oxford: Oxford University Press.
- Hutcheson, J. (1929/1993) 'The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision', v: W. Fisher, M. Horwitz in T. Reed (ur.) *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, str. 202–204.
- Jhering, R. (1913/2012) *Law as a Means to an End*. Forgotten Books.
- Kelsen, H. (2005) *Čista teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Leiter, B. (2007) *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Llewellyn, Karl (1930/1993) 'A Realistic Jurisprudence – The Next Step', v: W. Fisher, M. Horwitz in T. Reed (ur.) *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, str. 53–58.
- Novak, A. (2023) 'Pojem in pojavnosti sodniškega prava', v: A. Novak in M. Pavčnik (ur.) *Sodniško pravo*. Ljubljana: GV Založba, str. 323–367.
- Pavčnik, M. (2015) *Čista teorija prava kot izziv*. Ljubljana: GV Založba.
- Posner, R. (2008) *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pound, R. (1997) *Social Control Through Law*. London in New York: Routledge.
- Pound, R. (1923/2013) *Interpretations of Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Purcell, E. (1969) 'American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory', *The American Historical Review* 75 (2), str. 424–446.
- Radin, M. (1925/1993) 'The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think', v: W. Fisher, M. Horwitz in T. Reed (ur.) *American Legal Realism*. Oxford: Oxford University Press, str. 195–201.
- Schauer, F. (1988) 'Formalism', *The Yale Law Journal* 97 (4), str. 509–548.

- Schauer, F. (2012) 'Foreword', v: W. Twining: *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (2. izdaja). Cambridge: Cambridge University Press, str. ix–xxiv.
- Sebok, A. (1998) *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spruk, J. (2022) 'Pravna država in pravno načelo zaupanja v pravo', *Zbornik znanstvenih razprav* LXXXII, str. 121–155.
- Tamanaha, B. (2010) *Beyond the Formalist – Realist Divide*. Princeton in Oxford: Princeton University Press.
- Telman, J. (2010) 'A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of Legal Realists', *Valparaiso University, Law Faculty Publications*, str. 353–376.
- Twining, W. (2012) *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (2. izdaja). Cambridge: Cambridge University Press.
- Yntema, H. (1960) 'American Legal Realism in Retrospect', *Vanderbilt Law Review* 14 (1), str. 317–330.