



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

8 | 2008

Sodniki in pravna kultura

Carl Schmitt in evropska pravna kultura

Carl Schmitt and the European Legal Culture

Mauro Barberis

Translator: Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/605>

DOI: 10.4000/revus.605

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 septembre 2008

Number of pages: 29-44

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Mauro Barberis, « Carl Schmitt in evropska pravna kultura », *Revus* [Spletna izdaja], 8 | 2008, Datum spletne objave: 24 octobre 2011, ogled: 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/605> ; DOI : 10.4000/revus.605

All rights reserved

Mauro Barberis

Carl Schmitt in evropska pravna kultura

Avtor komentira znamenito Schmittovo predavanje o položaju evropske pravne znanosti in opozarja na dvojnost Schmittovega teoretičnega udejstvovanja. Schmitt naj bi bil teoretično omogočil zmagoviti pohod nacističnega režima. V začetku naj bi bil celo veliki pravnik tega režima. Zaradi takšne sence se njegovemu delu neredko odreka veljavo. Pozoren pogled pa pokaže, da so bila nekatera njegova opazovanja – in napovedi o prihodnji podobi »skupnosti prava« v Evropi – precej bolj natančna, kot pa so bile slike danes na splošno bolj cenjenih avtorjev, tudi Kelsna. Prispevek je za *Revus* močno spremenjena različica uvoda v avtorjevo knjigo *L'Europa del diritto* (Evropa prava), ki je pravkar izšla pri italijanski založbi Mulino.

Ključne besede: *Položaj evropske pravne znanosti*, skupnost prava, obča pravna slovnica, pozitivizem, *ius publicum europaeum*, prihodnja in pretekla podoba Evrope prava

*Vojaki moji, sprejel sem odločitev, ki sem jo
moral sprejeti ne le kot odgovorni vodja nemške
države, pač pa tudi kot predstavnik evropske
kulture in civilizacije.*

Adolf Hitler, 21. junija 1941

V letih 1943–1944 je v Evropi, ki jo je pretresala vojna, Carl Schmitt po z nacizmom zavezanih deželah potoval z nenavadnim predavanjem, naslovljenim s *Položaj evropske pravne znanosti*.¹ Prav v teh letih, v katerih so si mnogi evropski razumniki začeli ponovno postavljati problem Evrope, so Schmitta vabili na

1 Carl Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1950), v *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (1958), Berlin, Duncker & Humboldt, 2003⁴; v besedilu so z rahlimi odkloni v prevodu navajane strani iz ital. prevoda: *La condizione della scienza giuridica europea* (ur. Agostino Carrino), Rim, Pellicani, 1996. *Opus magnum* je o Carlu Schmittu napisal Carlo Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Mulino, 1996; glej tudi, nazadnje, Carlo Galli, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, Mulino, 2008.

pravne fakultete in v odvetniška združenja, da bi govoril o, glede na okoliščine, precej osupljivi temi: o mestu evropske pravne znanosti. Tako je leta 1943 v Bukarešti in Budimpešti, leta 1944 pa v Madridu, Barceloni in Leipzigu – medtem ko je celotna Evropa razpadala na koščke in se je vse bolj jasno nakazoval poraz tretjega rajha – Schmitt v nemščini, španščini in francoščini govoril o nečem še bolj presenetljivem: govoril je o obstoju neke pravne znanosti, ki da je pristno evropska.

Predavanje, nato objavljeno leta 1950, je dobro poznano;² sam Schmitt je od takrat postal klasik, o katerem vemo vse: tudi tisto, česar raje ne bi vedeli. Vemo, na primer, da se je njegovo sodelovanje z nacizmom izčrpalo v letih 1933–1936, to je po Hitlerjevem prevzemu oblasti in ukinitvi weimarske ustave. Vemo tudi, da je z vnemo svežega spreobrnjenca sam prispeval k tem dogodkom: teoriziral je načelo vodje (nem. *Führerprinzip*), vendar novih gospodarjev kljub temu ni prepričal, da bi mu lahko zaupali.³ Vemo celo, da Schmitt od leta 1936 ni bil več pravnik tretjega rajha, ampak osamljenec, ki mu je SS grozila,⁴ njegova teoretična zanimanja pa so se od ustavnega prava preselila k mednarodnemu pravu: kakor se je v istih letih in iz ne preveč drugačnih razlogov zgodilo njegovemu glavnemu teoretičnemu nasprotniku, Hansu Kelsnu.

Slavno predavanje je kljub temu vredno ponovnega branja, saj je v kar treh pogledih na evropsko pravno kulturo presenetljivo primerno za današnji čas.⁵ Tem pogledom bodo namenjeni spodnji trije razdelki. Najprej, v svetovni zgodovini izvirnemu in paradigmatičnemu značaju evropskega prava: gre namreč za mešani značaj, sestavljen iz rimskega prava in *common law*. Potem je tu odločilna vloga, ki jo je v evropski pravni kulturi igrala pravna znanost, kot so jo iznašli pri Rimljanih in se je na novo preporodila na srednjeveških univerzah: znanost, ki jo je imel Schmitt, podobno kot Friedrich von Savigny, za varuhinjo pravnih virov – če že ne kar same za najodličnejši vir prava. Končno je tu, po Schmittu, neozdravljiva kriza osnovnih pojmov, ki jih pri razmišljanju o pravu – in predvsem o zakonodajstvu in legalnosti – uporablja pozitivizem.

2 Glej Olivier Beaud, *L'Europe entre droit commun et droit communautaire*, *Droits. Revue française de théorie du droit* (1992) 14, 3–16; v isti številki je objavljen tudi francoski prevod Schmittovega predavanja.

3 To, da je bil Schmitt tehnično podlež, ne upravičuje vsega skandalistično-moralističnega pisanja, ki se je v zadnjem času nabralo na njegov rovaš: glej posebej Yves-Charles Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Pariz, P. U. F., 2005, v ital. prevodu: *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, Genova, Il nuovo Melangolo, 2005.

4 O napadu, ki je 10. decembra 1936 prišel s strani časopisa SS, *Das Schwarze Korps*, je petindevetdesetletni Schmitt govoril v znamenitem intervjuju: Un giurista davanti a se stesso (1982), v Carl Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* (ur. Giorgio Agamben), Vicenza, Neri Pozza, 2005, 159.

5 Pod »pravno kulturo« razumem ne le pravo, ampak tudi doktrino, sodno prakso in samo filozofijo prava; pod »evropsko« se, na drugi strani, razume skup, ki ga predstavljajo nacionalne pravne kulture in, v zadnjih petdeset letih, pravna kultura Skupnosti.

Schmitta so dogodki, pa tudi njegove lastne politične poti⁶ silili k temu, da je bil v predavanju uglajen in ekumenski: da se drži kot kak *Umirajoči Galec*,⁷ ki je padel na zadnji rtič zgodovine (čeprav mu je bilo potem namenjeno živeti še petdeset let). Schmitta še posebno veseli, da govori kot star pravnik, ki lahko po nemirnem življenju v luči somraka zaobjame celotno evropsko pravno kulturo.⁸ Vse to bi se, odvisno od okusa, lahko zdelo tragično ali smešno, vendar daje neverjetno gosto besedilo z zgodovinskimi, teoretičnimi in filozofskimi opazkami; te opazke bi si sicer zaslužile tudi precej bolj poglobljeno obravnavo, kot jo lahko ponudim na tem mestu.

1 PRAVO IN EVROPA

»Govoriti o evropski pravni znanosti – začenja Schmitt – se danes [1943–1944, op. p.], še posebno za pravnika, nemara zdi nedopustno in neznanstveno. In to ne zgolj zaradi politične raztrganosti, v kateri se nahaja Evropa, razkosana v dveh svetovnih vojnah, ampak tudi zaradi nekega formalnega razloga.« Po Schmittovem pojmovanju naj bi v evropski pravni kulturi prevladujoči pravni pozitivizem dopuščal »zgolj nemško, francosko, špansko, švicarsko ali kate-rokoli na eno državo vezano pravo«; »v odsotnosti skupne evropske države in evropske normativne volje«, naj, nasprotno, ne bi bilo mogoče priznati »nobe-nega evropskega prava in nobene evropske pravne znanosti«.⁹ Že samo medna-rodno zasebno pravo, ki se je še za Savignyja štel za izraz določene evropske pravne skupnosti, je bilo zdaj s strani pravnih pozitivistov skrženo na notranje državno pravo.

Tisočletja so evropski pravniki pojmovali pravo kot enotno in težeče k uni-verzalnosti, pravno pozitivistični teoretiki pa so ga zdaj zdrobili: »dualistično« zdrobili, se priduša Schmitt, ozirajoč se na spor med dualizmom in monizmom, ki deli mednarodnopravnike.¹⁰ Ne le da med notranjim pravom in mednarodnim (javnim) pravom naj ne bi bilo več vezi, niti nasprotij, temveč naj tudi mednarodno pravo ne bi imelo nič več značilno evropskega. Samo če se postavimo na gledišče konkretnega in umeščenega (lokaliziranega) pravnega reda – gre za

6 Dejansko bi si bilo vredno postaviti vprašanje o tem, koliko je besedilo, objavljeno leta 1950, zvesto predavanjem, ki so bila dana pod nacizmom: predavanja so bila verjetno precej manj evropska in precej bolj zvesta govoric tretjega rajha, kot pa je to njihova oblika, ki je bila natisnjena po koncu vojne in porazu nacizma.

7 Gre za znameniti antični kip.

8 Še enkrat, »pravna kultura« bo uporabljana v smislu prava in doktrine in sodne prakse: to je v smislu, ki je paradigmatično zahodnoevropski ali, kot se reče, glede na pravo v ožjem pome-nu besede, ki pa vendar ne izključuje možnosti, da bi govorili o pravnih kulturah, ki niso ne evropske ne zahodne.

9 Schmitt 1996 (op. 1), 33.

10 Schmitt 1996 (op. 1), 35.

teorijo prava, ki jo je Schmitt posvojil po opustitvi decizionizma¹¹ – »se smisel in vsebina za evropska ljudstva bistvenih pojmov in ustanov presenetljivo skladata«, tako da se še vedno kaže določena »skupnost evropskega prava«. ¹²

Komaj je primerno oznaniti, da je prav ta izraz – »skupnost prava« (nem. *Rechtsgemeinschaft*) – ki sta ga uporabljala že von Savigny in Otto von Gierke, od njega nedolgo kasneje prevzel prvi predsednik Komisije Evropske gospodarske skupnosti Walter Hallstein, za njim pa samo sodišče taiste evropske skupnosti.¹³ Bilo bi preveč, če bi od Schmitta pričakovali prerokbe o pravu skupnosti, ki pride šele kasneje; tu avtor vztraja predvsem pri evropskem izvoru ustanov, ki nato postanejo svetovne: prav tako kot samo mednarodno pravo, pa naj bo zasebno ali javno. Vendarle pa je pri Schmittu najti tudi zamisel »neke pristne evropske skupnosti, katere skupno pravo, ne glede na velike razlike med germanskimi, anglosaškimi, latinskimi ali drugovrstnimi pravnimi okolji, s sabo nosi neodstranljive sledi pristnega *common law*«. ¹⁴

Izpostavlja, skratka, tezo, da obstaja neka evropska pravna istovetnost, ki je plod skupne zgodovine srečevanj in spopadov: stoletnega sodelovanja in latentnih sporov. »Kar naravnost lahko trdimo – vztraja Schmitt – da sta celotna zgodovina in celoten razvoj prava evropskih ljudstev že tisoče let zgodovina vzajemnih recepcij: kjer z "repcijo" ni mišljen raztresen sprejem brez domišljije, ampak tok izmenjujočih se vključevanj, prilagoditev in izpopolnitev.« ¹⁵ Schmitt misli predvsem na celinsko recepcijo rimskega prava, ki je v Nemčiji petnajstega stoletja postala uradna; vendar pa da vsaj še en drug primer, ki je z nje gove strani in posebej v tistem trenutku nemara manj pričakovan: gre najprej za evropsko, nato pa za svetovno recepcijo angleškega liberalnega ustavnštva (konstitucionalizma).

»Z ustavnimi zamislili in z gibanji 18. in 19. stoletja – nadaljuje Schmitt – se rodi celoten sistem pojmov in ustanov, ki se zaradi prevratov v letih 1830 in 1848 razširi na vse evropske države in končno na ves svet.« ¹⁶ Tok zaobjame vse pravne tvarine, od civilnega do kazenskega in do postopkovnega prava: po vsej

11 Glej Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), v slov. prevodu: O treh vrstah pravoznanskega mišljenja, v: Carl Schmitt, *Tri razprave* (ur. Jelica Šumič-Riha), Ljubljana, ŠOU (Zbirka Krt; 90), 1994; tudi Adalgiso Amendola, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Neapelj, Esi, 1999. O razliki med redom, ureditvijo (nem. *Ordnung*) in umestitvijo, lokalizacijo (nem. *Ortung*) pa glej Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), v ital. prevodu: *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Milano, Adelphi, 1991, 13.

12 Schmitt 1996 (op. 1), 37.

13 Glej Walter Hallstein, *Die europäische Gemeinschaft*, Düsseldorf-Dunaj, Econ, 1973, in za napotila o nadaljnjem branju, Giulio Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, 122, op. 109.

14 Schmitt 1996 (op. 1), 39.

15 Schmitt 1996 (op. 1), 39–40.

16 Schmitt 1996 (op. 1), 48.

Evropi se razprostre nekaj izvorno nacionalnega, kar potem privzame svetovno razsežnost. Očitno hoče tu Schmitt govoriti v imenu – ne le celinskega oziroma *civil law* izročila, ampak tudi *common law* izročila, in skratka – celotne evropske pravne kulture: torej kulture, ki je prenesena že povsod po svetu, pa je ni nič manj mogoče ali pa jo je nemara prav zaradi tega še vedno mogoče razlikovati po njenih posebnih potezah.

V zvezi z recepcijami, vključevanji in prilagoditvami na misel pride zgodovina lasulje angleških sodnikov: ti so lasuljo prevzeli od francoskih sodnikov, skupaj z njihovim pravniškim žargonom, ohranili pa so jo potem vse do današnjih dni, ko je v Franciji le še oddaljen spomin. Simboli, kot je ta, postajajo posebej pomenljivi, prav ko se perspektiva pravnika menja: ko iz notranje, in nacionalne, postane mednarodna in globalna. Tako simbol, kot je lasulja, svojčas izvožena v kolonije, nenadoma postane skoraj folkloristična posebnost zahodnoevropskega prava: znak pozahodnjenja sveta,¹⁷ a tudi evropskih krajev njih posebnosti, ki postajajo spet vidne.

Kakorkoli naj že bo, prav to je zgodba, ki jo Schmitt – z velikim predhajanjem svojih kasnejših besedil, od katerih je najbolj znano *Nomos zemlje* (*Der Nomos der Erde*, 1950) – začenja pripovedovati. Samo mednarodno javno pravo, ki je bilo od vestfalskega miru (1648) in do prve svetovne vojne zgolj pravo vzajemnih odnosov med evropskimi državami – in ki ga Schmitt prav zaradi tega imenuje *ius publicum europaeum*¹⁸ – je zdaj prvič preneseno na zunajevropske dežele: te se priznavajo kot civilizirane države, če že ne kot države *tout court*, samo če in toliko, kolikor ustrezajo »skupnemu evropskemu standardu prava in pravičnosti«. ¹⁹ Nato pa – že po Ottu von Bismarcku, ki je »poslednji državnik evropskega mednarodnega prava«²⁰ – *ius publicum europaeum* izhlapi skupaj s pravno ustanovo mednarodnega priznanja; vendar prav ta napredujoči razkroj Schmittu dopušča njegovo obravnavo in slavljenje.²¹

17 Glej vsaj Serge Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire* (1989), Pariz, Découverte, 2006, v ital. prevodu: *L'occidentalizzazione del mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992, in Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Rim-Bari, Laterza, 2006.

18 Glej vsaj Pier Paolo Portinaro, *La crisi dello ius publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Comunità, 1982; tudi Galli 1996 (op. 1).

19 Schmitt 1996 (op. 1), 37.

20 Schmitt 1996 (op. 1), 38.

21 »Jaz sem zadnji zavedajoči se predstavnik *ius publicum europaeum*, zadnji, ki ga je poučeval in proučeval v eksistencialnem smislu, njegov konec pa preživljam tako, kot je Benito Cereno [junak iz novele Hermana Melvilla; op. prev.] preživljal potovanje piratske ladje. Dobro in čas je molčati. Ne smemo se prestrašiti. Molče se spominjamo nas samih in našega božjega izvora.« Tako zaprti Schmitt, prepuščajoč se retoriki, v: *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit 1945/1947* (1950), v ital. prevodu: *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-1947*, Milano, Adelphi, 1987, 78.

Komajda je treba ponoviti, da se niti v besedilu iz let 1943–1944 niti v kasnejših delih ne omenja nikakršna Evropska unija, ki bi bila utemeljena na kakršnikoli skupnosti prava: to je vsaj presenetljivo, če ne kar čudno, tudi z vidika takratnega vedenja. Še več, prav nostalgичni poudarki dopuščajo uvideti razloge Schmittove sovražnosti v soočenjih z nadnacionalnim pravom, zgrajenim s pomočjo tehnik in argumentov, izjemno podobnih tistim, ki jih bo kasneje, v šestdesetih, on sam poimenoval kot »tiranijo vrednot«. ²² In vendar se Schmittovo pričevanje o zatonu *ius publicum europaeum* prav zaradi nostalgije, s katero se napaja, zdi bolj verodostojno; tako kot pri Alexisu de Tocquevillu je prav njegova osebna naperjenost proti več bodočim spremembam, ki jih je predvidel, tista, ki dela ta predvidevanja verodostojna.

Tako kot lahko zvezda postane vidna tisočletja potem, ko ugasne, tako se zdi, da tudi *ius publicum europaeum* postaja zaznaven šele po svoji svetovni projekciji in njej sledečem razkroju. Seveda Schmitt pri tem gleda predvsem navznoter, kot angel zgodovine Walterja Benjamina, ²³ vendar od njega ni mogoče zahtevati, da bi si predstavljal nepredstavljivo: da bodo nacije, razdeljene v dveh svetovnih vojnah in potem še z železno zaveso, skupaj postavile med drugim tako različna pravna izročila. In vendar je v retrogradnem – če ne kar v reakcionarnem – pogledu tega družabnika nacistične poti mogoče videti to, kar bi se nekemu skupnemu naprednemu, liberalnemu in federalističnemu razumniku zdelo neverjetno: da bi se Evropa lahko ponovno začela v svoji pravni kulturi.

2 RIMSKOPRAVNA ZNANOST

Za Schmitta so skupne matrice evropskega prava – tako *civil law* kot *common law* – v rimskem pravu ali, natančneje, v rimski doktrini ali pravni znanosti (nem. *Rechtswissenschaft*): »v recepciji rimskega prava [...] ne [gre] zgolj za recepcijo nekega prava, ampak za recepcijo določene pravne znanosti«. ²⁴ To, kar Schmitt reče o celinski recepciji rimskega prava, naj bi veljalo tudi za angleško pravo: kot je znano, tam do recepcije rimskega prava ni prišlo, več stoletij pa je manjkala tudi pristna pravna doktrina. Zgodovina evropskega prava se, s tega gledišča, začena ne toliko v rimskem pravu Rimljanov kot v ponovnem srednjeveškem odkritju Justinijanovih *Digesta*, sestavnega dela *Corpus iuris*, ki podaja rimsko pravno doktrino.

22 Glej Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (1967), v ital. prevodu: *La tirannia dei valori*, Rim, Pellicani, 1987.

23 Walter Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940), IX; v slov. prevodu Frana Jermana O pojmu zgodovine, IX, v: Walter Benjamin, *Izbrani spisi*, Ljubljana, Studia humanitatis, 1998, 219.

24 Schmitt 1996 (op. 1), 42.

Argumenti, ki jih Schmitt posvaja, da bi rimsko doktrino izoblikoval kot izvirno paradigmo evropskega in svetovnega prava, so podprti z drugačnimi in boljšimi od tistih, ki so uporabljeni pri mnogih romanistih. Kot je znano, so se ti po uzakonjenju (kodifikaciji) morali pehati za vedno novimi zgledi – nazadnje, za romanističnimi temelji evropskega prava²⁵ – da bi branili poučevanje predmeta, ki je bil takrat skoraj le še uvodni predmet v zasebno pravo. Schmitt ima, namesto tega, zgodovinjene (nem. *Historisierung*) rimskega prava za samo-umevno; še posebej ugotavlja, da je »evropski pomen rimskopravne znanosti« mogoče zagovarjati prav zato, ker dvesto let po uzakonjenju »skrb za praktično in pozitivno veljavo Pandekt, na srečo, ni več odvisna od nas«. ²⁶

Posledično mu ni več treba vztrajati pri »nadaljnji podtalni veljavi (nem. *Weitergelten*) rimskega prava v zakonitvah 19. stoletja«:²⁷ argument, ki so ga najbolj izpostavljali romanisti, da bi z njim podpirali trajno pomembnost rimskega prava. Naproti možnemu pomisleku, da ta argument velja samo za celinsko uzakonjeno pravo ali *civil law*, in ne za angleško pravo ali *common law*, se Schmitt seveda ne upre skušnjavi, da ne bi ponudil primerov romanističnih ostankov v angleški pravni zgodovini. Vendar pa njegov najboljši argument v prid vloge izvirne paradigme, ki jo v zgodovini evropskega in svetovnega prava odigrava rimska doktrina, ne omenja trajne veljavnosti niti trdovratnega vpliva, ampak naslednjo okoliščino:²⁸

Po vsej Evropi – tudi v občem pravu dežel, ki rimskega prava niso recepirale v svoje pravo – so nepreštevni in vplivni avtorji z naslovi ali poimenovanji, kot so »naravno pravo«, »razumno pravo«, »*ius gentium*« in »splošna teorija prava« (nem. *allgemeine Rechtslehre*), s stoletnim delom rimskopravne pojme vnesli v pravno znanost vsake dežele, s čimer so v vseh evropskih jezikih proizvedli določen inventar ustaljenih pojmov. Z delom pravnikov vseh evropskih ljudstev je rimsko pravo postalo obči besednjak, jezik skupnosti pravne znanosti, vzor, ki ga priznava pojmovno pravno delo, s tem pa tudi nekakšen pojmovni in duhovni evropski *common law*, brez katerega razumevanje med pravniki različnih narodov ne bi bilo niti teoretično mogoče. Kulturna zgradba, ki je zrasla tu iz evropskega duha, raste na takšni skupni osnovi, proizvedeni z neko občo znanostjo evropskega prava [...] Neskončno raznovrsten in plodovit tok tako imenovane recepcije rimskega prava, ki do današnjih dni deluje v vsakem okolju kulturnega življenja, bi že sam po sebi pustil govoriti tudi še danes o neki evropski pravni znanosti.

To bi lahko imenovali tudi argument slovnice: rimsko pravo je s pomočjo svojega univerzitetnega poučevanja postalo nekakšna temeljna pravna slovnica, vključena v vsako razpravo pravnikov. Od ponovnega odkritja *Digesta* na

25 Glej Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (1947), Berlin, München, Beck, 1966⁴, v ital. prevodu: *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, Nuova Italia, 1962, in, nazadnje, Francesco Paolo Casavola, *Dal diritto romano al diritto europeo*, Neapelj, Editoriale scientifica, 2006.

26 Schmitt 1996 (op. 1), 49.

27 Schmitt 1996 (op. 1), 49.

28 Schmitt 1996 (op. 1), 47.

srednjeveškem zahodu se začenja najprej evropski in nato svetovni tok širjenja – ne samega rimskega *ius civile*, katerega recepcija v Angliji, Skandinaviji in še mnogih drugih deželah spodleti, ampak – pojmov, ki izhajajo iz rimskega prava, pravniki z univerzitetno izobrazbo pa so jih izpopolnili: gre za tok, v katerem latinščina *Corpus iuris* več stoletij deluje kot *lingua franca*. Prav te pojme bodo kasneje občasno ponovno odkrivali poznavalci raznih ne strogo pozitiv-nopravnih strok, ki so prisotne v univerzitetnem poučevanju.

Znano je, da sta bila na srednjeveških univerzah glavna predmeta prav rimsko in kanonsko pravo: predmeta dvojčka, tako eden kot drugi namenjena univerzalnima ustanovama, Cerkvi in Cesarstvu. Medtem ko je kanonsko pravo ustrezalo dejansko delujoči ustanovi – rimski Cerkvi, pa se rimsko pravo, vsaj v začetku, ni poučevalo na univerzah, saj je služilo praksi: do spremembe pride kasneje, ko rimsko pravo postane obče pravo (lat. *ius commune*), ki posebna prava (lat. *iura propria*) dopolnjuje.²⁹ Rimsko pravo je bilo na novo odkrito in poučevano na univerzah prav zato, ker daje temeljno slovnico za poučevanje kateregakoli prava: četudi na koncu, ko se kot obče pravo pozitivira, to vlogo prepusti drugim predmetom.

Predvsem naravnemu ali, bolje, razumskemu pravu, ki naj bi – kot *ius naturae et gentium* in potem kot mednarodno pravo evropskih sil ali *ius publicum europaeum* – veljalo v velikem prostoru, ki se je odprl z zemljepisnimi odkritji. Potem, po uzakonjenju, splošni teoriji prava (nem. *Allgemeine Rechtslehre*): izvorno je obdelovala pojme, kot so oseba, sposobnost, pravni posel, skupne vsem vejam določenega državnega prava. Končno – četudi časovno pred *Allgemeine Rechtslehre* – pride disciplina, ki je Schmitt ne omeni, pa vendar prav ta najbolj izkazuje njegov namen: (*universal* ali *general*) *jurisprudence* Angležev.³⁰

Ustanovni očetje te discipline – Angleži s celinsko izobrazbo, kot so Thomas Hobbes, Jeremy Bentham in John Austin – so zatrjevali, da naj bi bila edina utemeljena zahteva po univerzalnosti naravnega prava naslednja. Po njihovem pojmovanju naj bi bili univerzalni pravni pojmi sestavni del vsakega prava na sebi: pravo (angl. *law*), pravice (angl. *rights*), norma, suverenost, obligacija, sankcija ... Gre za pojme, ki so, po Austinu, pridobljeni z napeljevanjem iz zgolj treh pozitivnih prav: občega rimskega prava, *common law* in uzakonjenega celinskega prava. Vendarle pa bi se lahko reklo, da je *jurisprudence*, ki te pojme proučuje, resnično univerzalna in da daje slovnico kateregakoli prava.³¹

29 Klasična dela o *ius commune* – v njih bo med drugim relativiziran celo njegov dopolnilni značaj – ostajajo dela Francesca Calassa. Glej predvsem Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune* (1951), Milano, Giuffrè, 1970, in Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, 2 dela, Milano, Giuffrè, 1954.

30 Za zgodovino filozofije prava po posameznih disciplinarnih izročilih bi napotil na Maura Barberisa, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.

31 Glej posebej John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence* (1832), v ital. prevodu: *Funzioni dello studio della giurisprudenza*, v *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995, 377.

Schmitt torej s svojimi pravnopozitivističnimi predhodniki, posebno še Angleži, deli zavedanje, da je tisto pravo, o katerem govori splošna teorija na celini in angleška *general jurisprudence*, v resnici evropski kulturni proizvod:³² vendar to pove v poučnejši in ambicioznejši obliki. Bolj poučno: pravo, ki je skupno vsem civiliziranim narodom splošnih teoretikov in sodobnih mednarodnopравnikov, je bilo za Schmitta dejansko zgolj pravo nekega zdaj že razsrediščenega prostora, stare Evrope, in nekega zdaj že minulega časa, novega veka. Bolj ambiciozno: znotraj izvoza zahodnoevropskega prava v svet Schmitt na delu vidi globlje in širše pojave.

To ni prostor, kjer bi govorili o tisti zamotani tvorbi – na pol teoriji na pol mitu ali zgodbi – ki jo predstavlja doktrina o *nomosu* zemlje: splošna zgodovina prilaščanja in deljenja zemlje med ljudi. Tu lahko le omenimo, da Schmitt tam zase zahteva dediščino tistega prava, ki ga je von Savigny – da bi ga ločil od običajnega in zakonskega prava – imenoval znanstveno: skratka, pravo, ki ga pravna znanost varuje, izdeluje in monopolizira.³³ Pred javnostjo pravnikov se Schmitt ne omeji na predstavljanje pravne doktrine ali znanosti kot varuhinje virov prava: gre za varuhinjo *resničnega* prava, ki naj ne bi bilo namensko postavljeno s strani zakonodajalca, ampak naj bi izhajalo iz »nenamenskega razvoja«.³⁴ Odločno zatrdi, da »je pristni vir prava ravno pravna znanost sama«.³⁵

V pisanjih iz zapora, objavljenih pod naslovom *Ex captivitate salus* (1950), bo Schmitt priporočilo dopolnil z domišljijским rodopisom; evropska pravna znanost naj bi bila hči rimskega prava in Katoliške cerkve: vendar pa je po ločitvi staršev izbrala, da bo ostala z očetom, torej z državo.³⁶ Tu Schmitt, potem ko je bil poveličeval von Savignyja kot predstavnika pravne znanosti – te »prvorodenke novoveškega evropskega duha, novoveškega zahodnega racionalizma«³⁷

32 Za kritiko splošno-teoretičnega etnocentrizma glej Mauro Barberis, *Universal Legal Concepts? A Criticism of »General« Legal Theory*, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* (1996) 9/1, 1–14; v spremenjenem ital. prevodu Mauro Barberis, John Austin, *la teoria del diritto e l'universalità dei concetti giuridici*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, 407–427.

33 Glej Maurizio Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e tradizione giuridica dell'Ottocento* (1987), zdaj v Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2. del, 604–656.

34 Schmitt 1996 (op. 1), 67.

35 Schmitt 1996 (op. 1), 69.

36 Glej Schmitt 1987 (op. 21), 71–72: pravna znanost »ni le praktična in niti zgolj tehnična vednost. Je globoko vpeta v avanturo zahodnega racionalizma. Kot duh izhaja iz plemenitih prednikov. Oče je ponovno rojeno rimsko pravo, mati pa je Rimska cerkev. Do ločitve od matere končno, po več stoletjih trdih sporov, pride v obdobju civilnih verskih vojn. Hči bo izbrala ostati z očetom, z rimskim pravom, in bo zapustila materino bivališče. Poiskala si bo novo domovanje in ga našla v Državi.« Drugače od tega, kar trdi Emilio Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 64, op. 198, Schmitt ne pravi, da je pravna znanost neločljivo zavezana državi: nasprotno, rodi se pred državo in obstala bo tudi po njej.

37 Schmitt 1996 (op. 1), 81.

– kljub vsemu konča s pozivom pravni znanosti: ta in samo ta bi lahko bila v Evropi in v svetu, ki sta potrebna obnove, »poslednje zavetišče pravne zave-sti«. ³⁸ Naslavljaljoč pravnike vseh dežel se predavatelj izrazi takole: ³⁹

Mi uresničujemo [...] nalogo, ki je ne more izpolniti nobena druga oblika ali način človekovega udejstvovanja. Ne moremo izbirati po našem okusu režima in menjajočih se nosilcev oblasti, lahko pa s spreminjanjem okoliščin skrbimo za to, na čemer raste razumen način človeške biti, ki ne more brez pravnih načel. K tem načelom spadajo priznanje osebe, ki ne nasprotuje, ampak stoji na vzajemnem spoštovanju; občutljivost za logiko in za skladnost pojmov in ustanov; občutek vzajemnosti in najnižje ravni postopkovne pravilnosti, *due process of law*, brez katerega ni prava. V varovanju neuničljivega jedra vsakega prava pred katerokoli razgradno normativno dejavnostjo je dostojanstvo, ki nam je zaupano in je danes v Evropi prisotno bolj kot v kateremkoli drugem obdobju in na kateremkoli drugem koncu zemlje.

Po najbolj prizanesljivi razlagi tu govori skesani nacist, ki so ga osebne nesreče naučile ponovno ovrednotiti pravna jamstva; po manj usmiljeni razlagi, nasprotno, govori bivši mogočnej, ki se glede na prihajajočo oblast že spreobrača. Če hočemo, lahko opazimo tudi to, da na drugih koncih te iste Evrope, po kateri je Schmitt še lahko potoval in imel predavanja, nacisti pospešujejo »dokončno rešitev« židovskega vprašanja: zločin, zaradi katerega bodo zmagovite sile kmalu tudi samemu Schmittu dvakrat odvzele prostost, obsodbi v Nürnbergu pa bo ubežal le za las. ⁴⁰ Na koncu je skoraj običajno pristaviti, da židje, cigani in homoseksualci, vključno z mnogimi osebni prijatelji predavatelja, niso mogli uživati ne »priznanja osebe« ne »postopkovne pravilnosti«, ki ju omenja.

Če Schmitta po eni strani pustimo samega z lastno vestjo, pa je treba po drugi strani opaziti, da so bile značilne poteze evropske pravne kulture – angleško sodno pravo, francosko zakonsko pravo, nemško doktrinalno ali znanstveno pravo ⁴¹ – redko očrtane tako jasno. Rimsko pravo in doktrina, posebno še v Justinijanovi zbirki, sta le izhodišče in usmerjevalnik, v katerih se germansko pravo – veliki manko tega predavanja – in anglo-ameriški *common law* utemeljuje v neki evropski pravni kulturi kot proizvodu prekrivanja univerzalne pravne kulture z nacionalnimi pravnimi kulturami: pravna kultura, katere isto-

38 Schmitt 1996 (op. 1), 80, a glej tudi 87.

39 Schmitt 1996 (op. 1), 83.

40 Glej Franco Volpi, *Il potere degli elementi*, spremna beseda v Carl Schmitt, *Terra e mare* (1942; 1954), Adelphi, Milano, 2002, 115–149; besedila preiskovalcev in Schmittovi spomini na obrambo se najdejo v Carl Schmitt, *Antworten in Nürnberg* (2000), v ital. prevodu: *Risposte a Norimberga*, Rim-Bari, Laterza, 2006. Hipoteza, da se pravna zgodovina evropskega povezovanja začenja na nürnberškem procesu, se pojavlja v Ulrich Beck in Edgar Grande, *Das kosmopolitische Europa*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 2004, v ital. prevodu: *L'Europa Cosmopolita*, Rim, Carocci, 2006, 22–23.

41 Glej Raul Charles van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, v ital. prevodu: *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.

vetnost, če dobro pogledamo, prihaja zgolj iz neke zgodovine sposojanj in recepcij, iz spleta podobnosti in razlik.

3 PRAVNI POZITIVIZEM, LEGALNOST IN LEGITIMNOST

Položaj evropske pravne znanosti vse od začetka razvija kritiko pravnega pozitivizma: ali, natančneje, *teoretičnega* pravnega pozitivizma, ki se pogosto imenuje tudi pravni formalizem.⁴² Če bi bralec sodil po zagrizenosti, bi lahko mislil celo to, da je za Schmitta pravni pozitivizem odgovoren za vse tegobe tistega obdobja, vključno z nacizmom: tako bo kmalu zatem zatrjevala povojna naravnopravna šola. Če v letih predavanja nacistični režim ne bi še vedno stal, bi bilo od katoliškega Schmitta mogoče pričakovati celo kakšno kritiko pozitivnopravne ideologije spoštovanja zakona, *Gesetz ist Gesetz*; kritiko, kot jo po vojni izoblikujeta Gustav Radbruch in Alf Ross.⁴³

Na srečo si spreobrnitev k naravnopravni šoli avtor prihrani: in ne zgolj zato, ker še ni trenutek, ali zato ker ima vsaka brezsravnost neko mejo. V resnici se Schmitt lahko zagriže proti pravnemu pozitivizmu ravno zato, ker je bila v naciziranem visokošolstvu to teorija (spreobrnjenega) žida Kelsna: teorija, torej, ki niti ne predstavlja več Sovražnika, temveč Drugega, Tujca, ki je zdaj že prepuščen tudi *damnatio memoriae*. Nasproti temu se Schmitt tako ne omeji na proizvodnjo protiformalističnih argumentov, s katerimi se je spogledoval v mladosti; raje pokaže tisto aristokratsko zaničevanje zakonodaje, ki je bilo značilno za večino nemške pravne znanosti od von Savignyja naprej: v tem je ta res sopodpisnica in sokrivec nacizma.⁴⁴

42 Za klasično razlikovanje med metodološkim, ideološkim in teoretičnim pravnim pozitivizmom – prvi od teh je povsem imun za kritike Schmitta in protiformalističnih gibanj – glej Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Torino, Giappichelli, 1996.

43 Glej Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), v slov. prevodu Amalije Maček Mergole Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo, v: Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2001, 271–281. Glej Alf Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), v ital. prevodu: *Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, v: *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (ur. Alberto Febbrajo in Riccardo Guastini), Bologna, Il Mulino, 1982, 137–158. V Schmittovem besedilu je le en namig na *Gesetz ist Gesetz*: »njihova [tj. pravnopozitivistična] dogma "zakon je zakon" se je izkazala tako problematična kot slogan "marka je marka"« (Schmitt 1996 (op. 1), 79).

44 Glej vsaj Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968; Ernesto Garzón Valdés, *Introducción*, v: *Derecho y filosofía* (1985), Ciudad de Mexico, Fontamara, 1993, 5–41; Christian Joerges, *Continuities and Discontinuities in German Legal Thought: the Darker Side of a Pluralist Heritage. Anti-liberal Traditions in European Social Theory and Legal Thought*, *Law and Critique* 2003, 2097–308; Christian Joerges in Navraj Singh Galeigh (ur.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Tradition*, Oxford, Hart, 2004.

Zaradi njenega egalitarnega in demokratičnega značaja so zakonodajo kritizirali reakcionarji vseh obdobj; in tudi Schmittu se ne zdi prav, da bi se zasidral v tem književnem toposu. V dveh osrednjih delih predavanja, potem ko potrdi, da »se je kriza evropske pravne znanosti začela pred sto leti, z zmago pravnega pozitivizma«,⁴⁵ označi dve postaji te krize. Prva, v osemnajstem stoletju, se ujema z znamenitim predavanjem Juliusa von Kirchmanna o pomanjkanju vrednosti doktrine kot znanosti in s še bolj znanim stavkom: »Tri besede, ki jih spremeni zakonodajalec, in celotne knjižnice postanejo odpadni papir.«⁴⁶ Njegov komentar je enak, kot bi ga bil lahko oblikoval von Savigny: »Kaj ostane od znanosti, katere smisel in cilj ni nič drugega kot s komentarji in razlagami spremljati pozitivne določbe v nenehnem spreminjanju?«⁴⁷

Druga postaja krize evropske pravne znanosti in kulture, v devetnajstem stoletju, se ujema s popolno mobilizacijo, ki ji sledi prva svetovna vojna: ko so parlamenti oropani zakonodajne oblasti v korist vlad, kot se zgodi tudi v Nemčiji z nemškim zakonom z dne 4. avgusta 1914, ki je prinesel zamenjavo splošnega in abstraktnega zakona s posamičnimi in konkretnimi določbami. Medtem ko je pred splošnimi in abstraktnimi zakoni pravna znanost še imela možnost razlagati subjektivno voljo zakonodajalca, in četudi je prednost dajala objektivni volji istega zakona, zdaj nič podobnega ni več mogoče pred »motoriziranim zakonom«, pred zakonodajno uredbo: vlada enostavno ukazuje, z voljo, ki se le težko razlaga in sistematizira.

Evropska pravna znanost naj bi imela proti temu toku razvrednotenja dve možnosti pobega: prvo Schmitt prouči v taistem besedilu, medtem ko bo drugo proučil v naslednjih besedilih. Prva možnost pobega, na veliko prehojena s strani ne zgolj nemških pravnikov po Auschwitzu, je ničkolikokratni povratek k naravnopravnemu nauku; a Schmitt si ta izhod zapre, s tem, da za izgovor vzame prav geslo Bernarda Windscheida: »Končane so sanje naravnega prava.«⁴⁸ V nadaljevanju bo Schmitt rekel, da v novoveškem svetu, ki ga označuje mnogoboštvo vrednot, poziv k objektivnemu naravnemu pravu zveni že kot kak vojni krik: zahteva drugemu vsiliti lastne subjektivne vrednote in kakorkoli nič bolj objektivne kot vrednote drugega.⁴⁹

Druga možnost pobega, še precej bolj prehojena s strani celinskih pravnikov, graditeljev ustavne države, oznamovane s togo ustavo in nadzorom ustavne legitimnosti zakonov, bo novo ustavnštvo: izraz, s katerim se v Italiji in Španiji označuje teorija prava, ki se giblje med naravnopravnim naukom in pravnim pozitivizmom in po kateri so naloge, zaupane naravnemu pravu, že razvite

45 Schmitt 1996 (op. 1), 49.

46 Julius H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847.

47 Schmitt 1996 (op. 1), 52.

48 Schmitt 1996 (op. 1), 49–50.

49 Glej Gustavo Zagrebelsky, *Introduzione*, v: Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, vii.

v ustavnih načelih.⁵⁰ Vendar bo Schmitt zavrnil tudi takšno pot, ki danes mnogim dopušča trditi, da je stari spor med naravnopravno šolo in pravnim pozitivizmom presežen. V dodatku k *Tiraniji vrednot* (1967) – znamenitem napadu na nemško ustavnosodno prakso in tudi na trditve, ki jih je glede vrednot izoblikovala Katoliška cerkev – bo Schmitt zapisal:⁵¹

Veljavnost vrednot temelji na dejstvu, da so te postavljene. A kdo je tisti, ki postavi vrednote? Pri Maxu Webru najdemo najbolj jasne in torej najbolj iskrene odgovore na to vprašanje. Po njegovem pojmovanju je človeški posameznik tisti, ki vrednote postavi v popolni osebni svobodi odločitve [...] Vendar pa povsem osebna svoboda postaviti vrednote vodi do večnega boja vrednot in pojmovanj sveta, do vojne vseh proti vsem [...] Stari bogovi vstajajo iz svojih grobov in nadaljujejo boj v svojem starem spopadu, vendar odčarani in – kot moramo danes dodati – z novimi bojnimi sredstvi, ki niso več orožja, ampak strašna sredstva uničenja [...] Vedno so vrednote tiste, ki ščuvajo k spopadu in budijo sovraštvo. Dejstvo, da so stari bogovi odčarani in da postanejo zgolj vrednote, dela spopad nezemeljski, in to tako, da bojevniki obupano zahtevajo svoj prav.

S tem, ko sta zaprti obe možnosti pobega – naravnopravni nauk in novo ustavníštvo – Schmittu proti pravnemu pozitivizmu ostaja le »vrnitev k von Savignyju«. »Von Savignyjev poziv k pravni znanosti iz leta 1814 – predavatelj kljub vsemu skuša osupniti poslušalstvo – je za nas le paradigmatičen dogodek, ki si ga moramo priklicati v spomin, da bi resnično razumeli današnji položaj evropske pravne znanosti. Vemo, da preteklih pravnih okoliščin ni mogoče poustvariti. Ena zgodovinska resnica je resnična samo enkrat.«⁵² Dejansko von Savigny, ki mu Schmitt dviguje vrednost, ni toliko tisti iz leta 1814, naperjen proti uzakonjanju, kot pa tisti iz leta 1849, ki je utemeljitelj mednarodnega zasebnega prava z evropskim pridihom.⁵³

50 Tu bo enkrat za vselej poudarjeno, da je »novo ustavníštvo« zgolj znamka, ki so si jo izmislili romanski pravni teoretiki (predvsem Italijani in Španci), zato, da bi oznamovali vrsto teorij in doktrin – razvili so jih tako raznorodni avtorji, kot so Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky in Luigi Ferrajoli, ki danes predstavljajo prevladujoč tok teorije prava: glej vsaj Mauro Barberis, *Neoconstitucionalismo*, *Revista brasileira de direito constitucional*, 2006, 18–30.

51 Tako Carl Schmitt, *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori* (1960), v Schmitt 1987 (op. 22), 58–60, zaključí: »to je nočna mora, ki jo slika opis Maxa Webra«. Nanaša se na Webrove teze o mnogoboštvu vrednot, posebej pa na Max Weber, *Wissenschaft als Beruf* (1919), v ital. prevodu: *La scienza come professione v: Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, posebej 31–33. Da so te teze manj neobrzdano iracionalistične, kot to trdi Schmitt, piše Raymond Boudon, *Le sens des valeurs*, Pariz, P. U. F., 1999, v ital. prevodu: *Il senso dei valori*, Bologna, Mulino, 2000, posebej 55 in nasl.

52 Schmitt 1996 (op. 1), 73.

53 Glej Schmitt 1996 (op. 1), 78 (»z izidom osmega dela *System des heutigen Römischen Rechts* leta 1849, to je z utemeljitvijo novoveškega mednarodnega zasebnega prava, von Savigny ponovno najde samega sebe in svojo evropsko veličino«) in 79 (»tu je bistveno to, da je neki predstavnik evropskega duha [...] v zakonodaji prepoznal nevarnost mehanizacije in tehnicizacije prava«).

Prav tako kot se je Schmitt »decizionist« naslonil na predhodnika pravnega pozitivizma iz sedemnajstega stoletja, Hobbesa, se tukaj Schmitt »institucionalist«, teoretik konkretnega reda, naslanja na enega njegovi prvih predlagateljev v osemnajstem stoletju: od tod enak končni poziv k pravni znanosti kot poslednjemu zatočišču evropske pravne zavesti. In vendar tudi ta aristokratska nostalgija po svetu, v katerem so bili pravniki, in ne parlament tisti, ki so proizvajali pravo, nekaj pove o evropski pravni istovetnosti kot zgodovinskem pojavu. Zaviti v evropsko retoriko *avant la lettre* se v tem predavanju pravzaprav rišeta dve filigranski podobi evropskega pravnega izročila: dve Evropi prava, ena pretekla, druga prihodnja.

Podoba pretekle Evrope prava je tako domača, da presega etno- in evrocen-trični topos. Iz rimskega *ius commune*, ponovno odkritega v zaprašenih rokopisih, univerzitetni razred pravnikov zgradi pravo, ki je neodvisno od religije in od morale, ki teži k univerzalnosti in je tudi zato uporabno v najrazličnejše namene: na primer, za legitimiranje kolonialnega prilaščanja ozemlja novega sveta ali pa, če želite, za branjenje človekovih pravic ameriških domorodcev.⁵⁴ Iz tega skupnega debela izhajajo tri glavne veje, ki ustrezajo trem glavnim evropskim vzorcem poučevanja in tudi delovanja prava: francoski zakonski model, nemški doktrinalni model in angleški sodni model.

Tudi zato za Schmitta, ki po nacistični izkušnji na novo odkrije neodvisnost prava od politike, glavna veja evropskega prava gotovo ni francosko zakonsko pravo. To je precej bolj gotovo nemško znanstveno-doktrinalno pravo: z njegove strani pridruženo – zaradi sodniškega značaja in neodvisnosti, ki jo pušča poklicnemu razredu pravnikov – k angleškemu sodnemu pravu. Že ta Schmitt, med drugim, začena prevrednotenje zakonske vloge: omejujoč se na trditev, da zakon, razen morda v osemnajstem stoletju – v obdobju, za katero je državo prav sam poimenoval zakonska država – nikoli ni izčrpal virov prava. Kasnejši Schmitt bo šel še dlje; proti neposredni uporabi (nem. *Drittwirkung*) ustave s strani ustavnih sodnikov bo on zahteval zgolj posredno uporabo: to je uporabo, ki jo posreduje sama zakonodaja.⁵⁵

Podoba prihodnje Evrope prava, ki veje iz predavanja, je na drugi strani, če je to sploh mogoče, še bolj domača. Schmitt si o sodnem pravu ne dela prevelikih utvar, ampak se zadovolji s pravom, v katerem sodelujejo zakonodajalec

54 Kot predstavnika teh dveh stališč bi lahko navedli Johna Locka in Bartolomea de Las Casas. Glej John Locke, *An Essay Concerning the True, Original Extent and End of Civil Government* (1690), v ital. prevodu: *Il secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 1998, in Bartolomeo de Las Casas, *De Regia Potestate* (1571), v ital. prevodu z istim naslovom, Rim-Bari, Laterza, 2007.

55 Glej še Carl Schmitt, *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori* (1960), v Schmitt 1987 (op. 22), 73: »v neki skupnosti, katere ustava predpostavlja zakonodajalca in zakone, je naloga zakonodajalca in njegovih zakonov, da posredovanje ustali z določljivimi in izvedljivimi pravili in da se izogiba grozi neposrednega in avtomatičnega izvajanja vrednot«.

(francoski model), doktrina (nemški model) in sodniki (angleški model). Če se tem »gospodom prava«, kakor reče Raoul van Caenegem, pridruži še ustavodajalec – nanj Schmitt namiguje, ko govori o britanskem izročilu liberalnega ustavnštva – se podoba prava resnično zdi kot današnje evropsko pravo, tako nacionalno kot skupnostno. In tudi s tega gledišča predavanje daje določeno upodobitev evropske pravne kulture, ki je bolj verodostojna kakor tista, ki bi jo lahko dali prisotnejši avtorji, kot je sam Kelsen.⁵⁶

Iz italijanskega izvirnika prevedel

*Andrej Kristan.**

56 Tudi o tem se je mogoče strinjati s Fioravantijem 2001 (op. 19), 610: »ne Kelsen, ampak Schmitt – vsaj *ta* Schmitt (glej tu, 636 in nasl.) – je pravi pravnik evropskega izročila, katerega veliki kritik bo vendar sam Kelsen«.

* Kot »uzakonjanje«, »uzakonjenje« ali »uzakonitev« sem, v skladu s sobesedilom, slovenil ital. *codificazione*. S tem sem se izognil tujki »kodifikacija«; ta je, glede na pomenski obseg, sicer popolnejša ustreznica za italijanski izvirnik. Podobno bi tujko »recepција«, ital. *recezione*, lahko slovenil z bolj določnima izrazoma, kot sta »sprejemanje« in »sprejetje«. Za takšen prevod se nisem odločil, ker je »recepција« pravno zaznamovan strokovni izraz, »sprejemanje« in »sprejetje« pa ne. Namesto tujk »konstitucionalizem« in »neokonstitucionalizem« rabim bolj domači, čeprav na novo skovani ustreznici »ustavništvo« in »novo ustavništvo«: **ustávníštvo** -a s [angl. *constitutionalism* iz lat. *constitutio* uredba, ustava + lat. *-ismus* nauk, smer, stanje, lastnost] a) pravno-politični nauk, smer ali gibanje, ki se zavzema za pravno omejevanje političnih oblasti b) pravno-politična ureditev, ki zahteve takšnega nauka prevaja s pojmi, kot so delitev oblasti, vladavina prava, pravna država in zakonitost PR., POLIT. **nóvo ustávníštvo** -ega -a s [ital. *neocostituzionalismo* iz lat. *neo-* nov + angl. *costitucionalism* konstitucionalizem] pravno-politični nauk, smer ali gibanje, ki trdi, da ustavna načela pomenijo logično vez med pravom in moralo; *tudi* poliberalno ustavništvo PR., POLIT.

Predstavitev avtorja

*Mauro Barberis poučuje filozofijo prava na pravni fakulteti v Trstu. Objavlja veliko knjig s področja teorije prava ter zgodovine pravne in politične kulture. Med njimi so *Il diritto come discorso e come comportamento* (Torino, Giappichelli, 1990), *Libertà* (Bologna, Mulino, 1999), *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (Torino, Giappichelli, 2003), *Breve storia della filosofia del diritto* (Bologna, Mulino, 2004), *Etica per giuristi* (Bari, Laterza, 2006) in, nazadnje, *L'Europa del diritto* (Bologna, Mulino, 2008). Sourednikuje uglednima revijama *Materiali per una storia della cultura giuridica* in *Ragion pratica*. Je član upravne odbora revije *Il Mulino*.*

Predstavitev prevajalca

*Andrej Kristan je sourednik revije *Revus* in odvetniški pripravnik v Kranju. Daljši čas se je izobraževal v Ljubljani, Poitiersu, Parizu, Bruslju, Alicanteju in Genovi. Po domači diplomi iz prava je tako študiral francosko pravo, filozofijo prava, zgodovino pravnih ustanov, teorijo prava in pravno argumentacijo. Nazadnje je objavil članek o pravu in hipertekstni književnosti v zborniku *Jeanne Gaakeer in François Ost (ur.), Crossing Borders: Law, Language, and Literature* (Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008). Na povabilo Enrica Pattara je postal dopisni član uglednega italijanskega združenja za pravo in književnost (www.lawandliterature.org).*