UNIVERSITY OF LJUBLJANA | PF Faculty of Law

Zbornik znanstvenih razprav – letnik LXXXIV, 2024
Ljubljana Law Review – Vol. LXXXIV, 2024 • pp. 39–64
ISSN 1854-3839 • eISSN: 2464-0077

CC BY ND
© The Author(s) 2024

Znanstveni članek
DOI: 10.51940/2024.1.39-64
UDK: 340.1

Timotej F. Obreza[*]

Privid pravne konstrukcije

O duhu in porah pravnega (spo)znanja

Povzetek

Pravniki pri svojem delu razmišljajo na podoben način. Prek vzorcev védenja, ki jih pridobijo z ustrezno izobrazbo in poznejšim delovanjem na posameznem pravnem področju, privzemajo ustaljeno miselno shemo. Avtor predstavi tezo, da je takšno miselno izhodišče smiselno razumeti kot privid pravne konstrukcije, ki se pravnikom pri njihovem delovanju utira pred očmi. Pri tem »privid« napoveduje dejstvo, da je ta podoba namišljena, čeprav nujna, »pravna konstrukcija« pa označuje zasnovo (rezultat) in snovanje (ustvarjalni proces) pravnega sveta. S prividom si pravniki ne samo zagotovijo dostop do specifične resnice, prek katere spoznavajo in razvijajo svet prava, pridobijo tudi privilegij, s katerim to področje védnosti monopolizirajo in monetizirajo. Ključna pri tem je priučena spoznavna metoda, ki tvori »ogrodje« pravne konstrukcije in je sestavljena iz enote, tehnike in vrline pravne sporočilnosti. Avtor te tri elemente na kratko ponazori, posebej pa poudari tudi nekatere pomanjkljivosti pravnega razmišljanja. Kot ključen je prepoznan metodološki pluralizem, ki šele omogoči celovitejše razumevanje sveta okrog nas: spoznavno sintezo. Rdeča nit, ki ideji privida pravne konstrukcije usodno botruje, zadeva sprejemanje pomembnosti pravnega dela na eni in odgovorno koriščenje privilegija pravnega znanja na drugi strani.

Ključne besede

privid, pravna konstrukcija, pravna vednost, metodološki pluralizem, odgovoren monopol znanja.

[*] *Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Katedra za teorijo in sociologijo prava, asistent, elektronski naslov: timotej.obreza@pf.uni-lj.si.*

1. Namesto začetka konec: očrt nekega miselnega izhodišča

Pravna znanost[1] se pogosto trudi biti ekskluzivna. Visokoleteči izrazi, nedostopnost platforme znanja in abstraktnost vsebine so vsaj nekateri od dejavnikov, ki k temu pripomorejo. Poleg tega je pogosto partikularna in kulturno pogojena. Čeprav o tem, kar bom tukaj poimenoval »tipično pravno razmišljanje«, na tak ali drugačen način pišejo na različnih koncih sveta, so med njimi pomembne razlike. K pojmu prava in arhitektoniki pravne vednosti pristopajo nekoliko drugače: prisvajajo si različne resnice in ponujajo različne trditve o tem, kaj naj bi pravo sploh bilo.

V prispevku obravnavam oba momenta in si prizadevam vsaj deloma doseči, da trditve o pravnih resnicah niso povsem borne in nedostopne. Prizadevam pa si tudi, da izmed možnih teoretskih nastavkov vsaj v zametku opredelim tistega, za katerega menim, da ima določeno vrednost za pravno znanje samo. Smo v trenutku zgodovine, ko lahko trdimo, da so velike tradicionalne smeri pravnega mišljenja presežene.[2] Pravni realizmi, pravni naturalizmi in pravni pozitivizmi sami zase ne prepričajo; preprosto ne nudijo dovolj trdnih izhodišč, da bi lahko privolili v njihovo samozadostnost. Postreči je treba z nečim »primernejšim«.[3]

Nadalje, razpravljanje o globinah pojavnosti, ki nas obdajajo, je tvegano početje. Še tako bujna domišljija težko prebije vrtenje v brezkončnem krogu ničkolikokrat prežvečenih položajev, nelukrativnosti poklica pa se s tem običajno pridruži še zavedanje o majhnosti lastnega intelektualnega obstoja. Stojimo na ramenih velikanov: biti skromen pred mogočnimi gorami zgodovine idej in nakopičene vednosti pa je morda največ, kar lahko z zretjem v globino sploh dosežemo. Zakaj vztrajati?

V prispevku se poskušam na zagate skromno in vsaj deloma odzvati. Bolj kot za izvirnost gre pri njem za očrt, napoved nekaterih lastnih stremljenj: pravni znanosti že dobro poznane elemente bom obravnaval v okviru tega, čemur pravim privid pravne konstrukcije. Zatrjeval bom, da se s skupnimi napori pravnikov zgodovinsko razvija in utemeljuje specifična pravna normativnost,[4] ki obstaja predvsem kot hoten privid; nekakšna miselna maska, ki pravniku omogoči dostopanje do specifične resnice.

S pomočjo tega miselnega eksperimenta si lahko olajšamo kompleksno »kognitivno-računsko« operacijo spoznavanja in mišljenja prava oziroma pravnega sistema. Z njim lahko obravnavamo to, kar pravnike druži: miselni duh, prežet z idejo pravne konstruk-

---

1 Pravne znanosti tukaj ne enačim s pravno doktrino oziroma pravno dogmatiko. Prim. Guastini, 2015, točka 4.

2 Teza ni nujno zgolj senzacionalistična. Glej na primer Somek in Forgó, 1996, str. 160 in nasl.

3 Neznanka ostaja, komu ta naloga pripada.

4 Ne gre torej za empirično vprašanje, temveč za vprašanje miselne sheme, ki je delujočemu pravniku eksistencialno nujna in ki jo kot umetno privzame. Ta deluje in je prisotna, kot da je resnična (prim. Vaihinger, 1922, str. 129–143, 154–160 in 771–790).

cije, ki je postavljena nadnje in ki ji zdaj bolj zdaj manj služijo.[5] Biti pravnik pomeni biti skromen ob pogledu na privid normativne gore, na katero se z odrekanjem in potrpežljivostjo vzpenja, vendar odločno zre z njenega vrha.[6] Privzeti duha pravnega spoznanja torej, vendar se hkrati zavedati njegovih nujnih por.

2. Imeti privide in zreti …

2.1. Previdno s prividnim

S prividom pravne konstrukcije merim na miselno shemo, rezultat, ki nastane s pomnjenjem, usvajanjem, razumevanjem, skratka: sintetiziranjem pravnega znanja. Ta miselni nastavek, ki ga privzamemo, oziroma maska, ki si jo nadenemo, predstavlja hkrati gonilo in tudi cilj ideala pravne urejenosti družbenega življenja. Pojmujem ga kot idealno-tipsko kategorijo – tudi sicer v ospredje jemljem prav idealno razsežnost[7] pravnega znanja – in ga najprej asociiram z izobraženim pravnikom. S pravom se v naši družbi namreč praviloma ukvarjajo prav ti: osebe, ki so prestale kurz določenega vednostnega in ideološkega[8] uokvirjanja.[9] To ni nepomembno, celo več, ključno je, da lahko prividu pripišem dve pomembni lastnosti: da je hoten in učinkovit.

Nadalje predlagam, da pojem privida ne nosi negativne konotacije; bolj kot za »vidno zaznavo brez stvarne podlage« gre pri njem morda za »izmišljeno, fantazijsko podobo česa«.[10] Kot tak ima pomembno kolektivno razsežnost: njegov obstoj in reprodukcija zadeva najprej tiste, ki pravno delujejo, njihovo delovanje pa je poleg tega usmerjeno v

---

5 To vprašanje, ki ima po svojem bistvu opraviti s poklicno oziroma etično dolžnostjo pravnika, je sicer povsem ločeno od vprašanja, ali sploh obstaja splošna (moralna) dolžnost, da pravo spoštujemo. Strinjam se z Novakom (2003, str. 393 in nasl.), ki to možnost zanika in predstavi koncept pripravljenosti sprejeti pravo (prav tam, str. 403–404).

6 Prispodobo normativne gore najdemo že pri Pitamicu (1917, str. 344).

7 Drugačen – materialističen – poudarek razvija Komel (2023, zlasti str. 175–186), ko govori o praktični vednosti pravnih delavcev.

8 Tukajšnje razumevanje pojma ideologije je blizu opredelitvi, ki jo poda Višković (1976, str. 49), kjer ga razlikuje od naziranja, značilnega za »marksistično in državljansko« literaturo. Moja delovna definicija torej nasprotuje Pašukanisovi (2014, str. 29), ki trdi, da »pravne kategorije nimajo nobenega drugega pomena razen ideološkega«. Prim. tudi Kelsen, 1979 (1931), str. 57 in nasl. S pojmom se je pri nas sicer na več mestih ukvarjal Cerar, zlasti 2001, 2006, 2009 in 2011.

9 Prim. Bourdieu, 1986, zlasti str. 18–19 (prevod dela je v slovenskem jeziku pred kratkim izšel pri reviji Problemi). O ideološki funkciji postulata kompletnosti pravnega sistema, ki jo bo tukajšnji koncept privida impliciral, govorita tudi Alchourrón in Bulygin, 1971, str. 176.

10 Geslo »privid«, Slovar slovenskega knjižnega jezika.

korist skupnosti, vseh nas torej.[11] Privid je odločilen za vzpostavitev »pravniškega ceha« in »pravne družbe«.

Če privid privzamemo kot družbeno nujen, je lahko to morda pretirano udobno. Utegne namreč nekritično privilegirati *status quo*, ista teza pa lahko po drugi strani izpade tudi pompozno, poetično, celo poduhovljeno.[12] Tukaj se do opazk ograjujem. Poudariti želim le ključno pozitivno plat oziroma paradigmo tega konceptualnega ustroja: pravniškemu delu – in s tem našemu prividu – je specifična, morda inherentna določena zgodovinsko razvijajoča se vizija,[13] ki ob krajevni, časovni in vsebinski kontingentnosti[14] vsakokratnega pravnega izvajanja in vrednotenja stremi k določenemu cilju. Ta cilj lahko pojmujemo na različne načine. Eni bodo za nas »bolj«, drugi »manj« ustrezni; eni si bodo prizadevali za opisno točnost, drugi za predpisovalno pravilnost, tretji pa bodo ti dve kategoriji hote ali nehote združevali. Gre za nerazrešljivo argumentativno bojno stanje, ki pa *volens nolens* vedno znova oživlja, morda celo osmišlja, samo razmišljanje o nedosegljivem.[15]

Zato se moram zateči k poenostavitvam. Ne pristajam, denimo, na tezo o inherentni moralnosti prava,[16] saj jo štejem za pretirano naivno in škodljivo nadzgodovinsko, čeprav ontološko mamljivo. Tudi ne na tezo o zaprtosti in samodoločnosti pravnega simbolnega koda[17] – ta je brezupna in spoznavno omejujoča, čeprav trdoživa – ali na tezo o pravu kot suverenovem ukazu,[18] ki je empirično in normativno neustrezna, čeprav zelo pragmatična. Glavna kvaliteta, »cilj« prava oziroma pravnega razmišljanja zato ni niti izključno moralna, izključno sistemska ali izključno zaukazujoča. Za primaren razločevalni element in »cilj« pravniškosti tukaj štejem že samo ohranjanje in prevpraševanje privida o pravni urejenosti družbenih položajev. Kako pravno opredelimo položaj *n* in zakaj prav

[11] V zvezi z dojemanjem prava na psihološki ravni glej na primer Cerar in Matić, 2001, str. 330–332.

[12] Ob tem se spominjam pogovora z dekanom frankfurtske Pravne fakultete Thomasom Vestingom, ki je diskurzivno teorijo svojega kolega Habermasa označil za pretirano preroško in *priestlike*. Cilj teze o prividu, drugače, ni biti *priestlike*, temveč stvari karseda preprosto opisati take, kakršne so. S podobnim tonom berem tudi Kelsnovo (1962, str. 316) trditev, da je naravnopravni nauk – v nasprotju s pozitivističnim, ki da je realističen – idealistični pravni nauk. Preveč preroški torej.

[13] Prim. Furlan (2002, str. 86), kjer pravi, da »[p]ravni instituti ne žive v nas kot neka aritmetična suma abstraktnih pravil, marveč neka enotna podoba.« V zvezi z nastajanjem in razvijanjem pravnih pojmov prim. Obreza, 2022, zlasti str. 87–89.

[14] Podoben poudarek napravi Furlan, 2002, str. 95–102.

[15] »*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriff vom Recht*« (»Pravniki še vedno iščejo definicijo svojega pojma prava«, prevod T. F. O.) cinično pravi Kant (2000, str. 759, opomba).

[16] Fuller, 1963, str. 33 in nasl.

[17] Luhmann, 2004, zlasti str. 76–140; glej tudi Luhmann, 2000, str. 56–58.

[18] Austin, 1995 (1832), *Lecture* I, str. 21; prim. Kelsen, 1923, str. 213 in nasl. Po Bobbiu (2011, str. 50) je pravni pozitivizem smiselno obravnavati iz treh različnih vidikov, in sicer bodisi kot metodo, teorijo ali ideologijo. Zame bo v nadaljevanju bistven metodološki vidik – v tem delu torej Austinovo tezo sprejemam.

tako? Do katerih pravnih posledic to vodi? Ustanovili smo institucijo in miselni nastavek, ki te odgovore zagotavlja.

V različnem kraju, ob različnem času in pri različnem vsebinskem vprašanju bomo oba, tako pravo kot tudi pravno rešitev, koncipirali na različna načina.[19] Toda neodvisno od tega bo štelo predvsem to, da je v družbi prisoten miselni nastavek, privid pravniškosti, ki ga deloma ohranimo in ohranjamo, deloma pa prevprašujemo in razvijamo, in na podlagi katerega običajno z grožnjo sile preoblikujemo, posegamo v našo družbeno resničnost. Privid ima torej statično in dinamično komponentno. Na opisan način deluje delujoči pravnik: oseba, ki ima razgled po normativnih planotah in ki mora svoje argumente podati jasno in prepričljivo. Njegova vloga pri tem ni poljubna: sodeloval naj bi pri skupnem družbenem projektu, ki si zdaj bolj in zdaj manj trudi biti »pravičen«.[20]

Toda končnih odgovorov na kateremkoli področju se moramo bati. Odstirajo bodisi na vnaprejšnjo dogmatično samozadostnost miselnega sistema, ki se že po definiciji zadovolji z danim naborom spremenljivk, ali pa na golo površnost pri izvajanju dokaza, ki ne vpne zadostnega dvoma. Običajno nam tako ne preostane nič drugega kot skromna relativna spoznavna zadovoljivost, ki jo je možno operacionalizirati.[21]

Podobno velja za opis pravnega delovanja: največ, kar lahko zanesljivo opredelimo, je spoznavna shema, skozi katero zaznavamo in izvajamo projekt pravnega. Ne glede na nevšečnost teze si je zato v naslednjem namenoma provokativnem primeru vredno priznati: tudi nacistični pravnik se je ukvarjal s pravom.[22] In presneto dobro ga je moral poznati, da ga je lahko zastavil na svoj, »boljši« način.[23]

Pravno delovati tako ne pomeni nujno biti moralen ali etičen, čeprav bi si morda tega želeli. Pomeni na podlagi privida pravne konstrukcije soustvarjati – ohranjati in prevpraševati – določeno družbeno resničnost. Pri tem pa je izbira vsakega posameznika in posameznice, kaj bo zanj ali zanjo pojem prava sploh predstavljal. Zaslužek? Gotovo.[24] Prestiž? Mogoče.[25] Integriteto? Usodno.[26]

---

19 V zvezi z nekaterimi epistemološkimi pogoji opredeljevanja prav(neg)a, ki sicer časovni, krajevni in vsebinski kontingentnosti nesporno botrujejo, glej Novak, 2001, str. 86–92.

20 Element vsakršnega pravnega razmišljanja bo stremljenje k tej ali oni pravičnosti; težavo, kot rečeno, vidim v tem, da je tudi pravičnost kategorija, ki se v času, prostoru in po vsebini spreminja. Nujno je, da je pravo razumno napredno družbeno gonilo in da imajo pravniki močen občutek za pravičnost. Toda to je lahko le relativen preskriptivni element, ki sheme pravnega razmišljanja ne konstituira, temveč spremlja. Praktičen razum bo vedno podajal različne univerzalizacije pravičnega.

21 O zgolj »približni« naravi spoznavanja smisla norme oziroma abstraktnih pojavov nasploh glej tudi Furlan, 2002, str. 89 in nasl.

22 Hart, 1958, str. 624–629.

23 Prim. Dahm in Schaffstein, 1933; Schaffstein, 1934, 614–627; Schmitt, 1934, str. 47–53; Fraenkel, 2019.

24 Somek, 2006, 9 in nasl.; prim. Somek in Forgó, 1996, 148–152.

25 Prav tam.

26 Dworkin, 1986, str. 176–224.

2.2. Še dve plati prividnega

Pravnikov privid, ločeno od vprašanja etičnega naboja, opravlja več funkcij. V grobem bi poudaril dva momenta. Prvi zadeva specifičen vid, lasten habitusu posameznega pravnega delavca.[27] Disciplina, s katero se bo strokovnjak ukvarjal, in mesto v pravosodnem sistemu, ki ga bo zavzemal, bosta pomembno sodoločala usmeritev in nabor njegovega dojemanja ter zatrjevanja o pravu. Tukajšnje opazke bodo morda ob priznanju, da jih dajem brez ustrezne lastne empirične analize, videti toliko bolj medle. Pa vendarle se mi zdi dovolj precizno opažanje, da bo usvojeni privid denimo državnemu tožilcu pomenil predvsem sredstvo, način boja zoper družbeno kriminaliteto, odvetniku pogoj za pridobitev stranke, sodniku pa vir racionalnega gradiva, s katerim bo poskušal zagotoviti karseda pravilno in pravično odločitev. Prek poklicne diferenciacije prihaja do niansiranega razumevanja in vrednotenja pravnih pojavov. Prilagaja se miselna shema – privid –, na podlagi katere pravniki delujejo, kar omogoča učinkovitejši potek pravnega dela in udejanjanje ciljev, h katerim posamezne poklicne skupine stremijo.[28]

Toda diferenciacija bi ovenela, če ne bi vsakega od pravnih akterjev družil minimalen skupni imenovalec: poistovetenje s smiselnostjo pravne igre. S tem pa je *volens nolens* neizogibno povezan drug, »zunanji« moment pravnikovega privida. Družbeni posledici diferenciacije dela in pravnega (pri)vida sta monopolizacija pravne vednosti in lukrativnost pravne ekspertize. V rokah peščice posameznikov in posameznic je orodje, s katerim razkrivajo tančico v obči službi pravnosti.[29]

2.3. Hoté zreti

Najbolj izčiščeno lahko o pravnem delovanju razmišljamo kot o naučeni aplikaciji kategorij najstva na družbeno dogajanje. Če nastopijo okoliščine O_1, naj bo pravna posledica P_1. Če O_1 in ne P_1, potem naj bo sankcija S_1. Privid predpostavlja odločitev o specifičnem zrenju: gre za spoznavni pogoj pravnega dogajanja, privzetje notranje perspektive pravne ureditve, prek katere se oziramo po normativnih planotah.[30] Imamo

---

[27] Prim. Bourdieu, 1986, str. 3–5. Koncept habitusa za tukajšnje potrebe dovolj jasno poudari pogojenost vzorcev delovanja poklicno diferenciranega pravnika. Na analitični ravni sicer bolj obeta Komelov pojem praktične vednosti (2023, zlasti str. 175–186), ki gre pri koncipiranju pravnega dela še korak dlje.

[28] Prim. Komel, 2023, str. 182–183.

[29] To dejstvo lahko bodisi prezremo, ker ni pravno *stricto sensu*, lahko pa ga postavimo kot problem. Mehanizmi socialne države so gotovo neprecenljivi. Toda dostopna mora biti tudi elita: moč privida prinaša družbeno odgovornost.

[30] Za razumevanje najstvenega dogajanja je ključen poudarek Merkl-Kelsnove teorije o stopnjevitosti (Kelsen, 1960, str. 72–73, 228 in nasl.; Merkl, 1931, str. 272 in 279). Zagotovi nam nastavek, ki je za privid usoden: mišljenje dinamične enotnosti pravnega reda. Somek (1996, str. 104–105) poudari Merklovo tezo, da morajo biti organi, ki ustvarjajo pravo, nujno vezani na enotno razumevanje

se za igralce, sodelujoče v pravni igri. Pred nami je zdaj nič, zdaj snovni svet, zdaj kompleksna pravna zasnova.

Privid je torej hoten: če pravnik želi pravno delovati, je priučeno shemo primoran priklicati. Pri tem privid sam zase nima niti pozitivne niti negativne vrednosti; je le odraz stanja družbe, ki pravu dodeljuje posebno vlogo. Toda če je hoten, je lahko tudi spregledan. Pretirano sledenje prividu je lahko zaslepljujoče, kar onemogoči stik z realnostjo.[31] Fiksacija na privid pravnega oteži spoznavno sintezo, ki vedno črpa tudi iz induktivno-kavzalne metode, lastne svetu dejstev, in ne zgolj deduktivno-normativne metode, lastne svetu pravnih kategorij.[32] Pravnikov privid je zato na individualni ravni le izhodišče, prek katerega poteka sinteza družbene totalnosti.

Če privid ni dovolj oster, pa bodo pravni odgovori ohlapni in nezanesljivi: ključno je torej še, da je učinkovit. Zagotavljanje poenotenega privida in njegove ostrine, ki omogočita spoznavanje in dograjevanje pravne normativnosti, mora biti najprej cilj pravne izobrazbe. »Ideološki obrazec«, ki sotvori družbo in učinkovito slika miselne sheme mladih kolegov.

3. … v pravno konstrukcijo

3.1. »Pravno, ki je konstruirano«

Definiranje prava je praviloma vsaj nehvaležna, če ne nemogoča naloga. Vsebuje namreč inherenten *non sequitur*, saj bosta cilj in vsebina takega izvajanja vedno odvisna od številnih izraženih ali neizraženih okoliščin, spremenljivk, ki si pri različnih opredeljevanjih nasprotujejo.[33] Denimo to, kaj želimo s pravom sploh početi, kakšen je naš intimen odnos do pravil, s katero (pravno) panogo in disciplino se ukvarjamo in podobno. Zato pristajam na nekatere poenostavitve.

Ko govorim o prividu pravne konstrukcije, merim na tiste pravne stavke, ki so predmet procesa pomnjenja, usvajanja, razumevanja in sintetiziranja. Na stavke torej, ki so v pravnem redu osrednji eksplicitni posredovalci normativne vsebine, prek katerih pravo z nami »komunicira« in ki se združujejo oziroma ki jih mi združujemo v pravna pravila.[34] Pri tem celoto pravnih stavkov v danem trenutku in prostoru imenujem pravno znanje

---

prava; ne samo, da to »navznoter« varuje kontinuiteto prava, hkrati tudi »navzven« omogoči pogoje njegove objektivizacije, s tem pa identifikacije. Pri tem se sicer distancira od Hartovega razlikovanja med internim in eksternim (prav tam, str. 106, op. 613).

31 Prim. Forgó, 2023, str. 462–465; Pavčnik, 2004, str. 83.

32 Pitamic, 1917, str. 340; glej tudi Pavčnik, 2008, str. 40–41.

33 Prim. Novak, 2001, zlasti str. 86–92.

34 Pravnih stavkov tukaj ne enačim s pravnimi pravili, prim. Kelsen, 1960, str. 72 in nasl.

oziroma pravna vednost.[35] Osrednja lastnost slednjega je, da je specifično pravniško in da je podlaga za oblikovanje veljavnopravnih argumentov oziroma trditev. Da bi se namreč lahko učinkovito udeležil pravne igre, je za pravnika ključno prav to, da je bil usvojil kritično maso znanja, prek katerega pozna in spoznava »pravo« – te stavke torej.

Zanje je značilno, prvič, da so normativne narave.[36] Znanje o lombrosijanskih kriminoloških teorijah, potencialih delavskega razrednega boja ali kompleksnosti palestinsko-izraelskega konflikta *stricto sensu* ne koristi. Vsaka od treh alternativ nesporno pomeni močno vpletenost ali indikacijo pravnega urejanja oziroma pravnega sankcioniranja, toda zgolj posredno – kot pri morebitni uporabi pravne norme navzoče družbeno dejstvo.

Drugič, odražati morajo veljavno pravo.[37] Znanje o specifikah turškega ustavnega prava, južnokorejske ureditve pregona mladoletnikov ali jugoslovanskega samoupravljanja pravniku *stricto sensu* ne koristi. Privid se mora nanašati na aplikabilnost »tukaj in zdaj«, kar hkrati pomeni, da anticipira določeno mišljenjsko ekonomijo.[38] Če ne vsebuje tipa sporočilnosti, ki je za pravnega delavca ključen, privid ni uporaben.[39]

3.2. »Konstrukcija, ki je pravna«

> »Pravniki so kot črvi, ki živijo samo od slabega lesa,« v zvezi z njihovo znanostjo pa velja, da zadoščajo le »tri popravljene besede zakonodajalca in celotne knjižnice bodo postale odpadni papir.«[40]

---

35 Pri tem izrazu zaradi analitičnosti predlagam razlikovanje od besedne zveze »znanje o pravu«, ki zadeva splošnejše, bolj oddaljene perspektive.

36 Pojem normativnosti je dvoumen. Ponekod je uporabljan kot nasprotje čisto deskriptivnega (vrednostno), ponekod pa kot nasprotje dejanskega (najstveno). Glej na primer Engisch, 2010, str. 197. Sam ga uporabljam v drugem smislu. Posebej sicer opozarjam tudi na koncept normativnih redov. Pravnoteoretično (pa tudi širše) se s tem ekstenzivno ukvarjajo v okviru sodobnejše frankfurtske misli. Glej na primer delo in platformo *Normative Ordnungen*, ki sta se razvila pod taktirko Rainerja Forsta in Klausa Güntherja.

37 Kelsen, 1923, str. 7–11. Pojem veljavnosti (angl. *validity*, nem. *Geltung*) je ena pomembnejših točk razhajanj med različnimi filozofskimi smermi. Za pozitiviste denimo tipično zadostuje, da je norma postavljena, za realiste šele, da jo sodniki uporabljajo. Sander (1923, str. 11) to cinično ponazori z »veljavnost [za dogmatičnega jurista] ni učinkovitost, temveč hipoteza učinkovitosti« (prevod T. F. O.). Guastini (1996, str. 376–377) sicer nazorno razlikuje še med veljavnostjo in obstojem (angl. *existence*) pravnega pravila. Prvo veže na usklajenost predmetnega pravila z vsemi, drugo pa na usklajenost zgolj z nekaterimi pravili, ki nadzorujejo njegov nastanek in vsebino (angl. *rules of change*).

38 Pitamic, 1917, str. 346–347. Za Pitamica je med drugim ključno, da ekonomično izbiramo tako izhodišče kot tudi pot svojega spoznavanja, s tem pa »preprečimo odvečne konstrukcije na področju najstva«.

39 Težko bi bilo sprejeti tezo, ki veljavno pravo opredeljuje na podlagi statistične napovedljivosti, tipično na primer Holmes, 1881, str. 1 in nasl. Miselna shema možnih pravnih argumentov v danem primeru nikoli ne bo determinirana s površno predikcijo.

40 Kirchmann, 1848, str. 23 (prevod T. F. O.).

Z izrazom pravni konstruktivizem se v zgodovini pravne misli na Kontinentu običajno označujejo tisti teoretski poskusi v prvi polovici 19. stoletja, ki so pravo pretežno opisovali kot postopek ali proizvod oblikovanja pravnoznanstvenih konceptov.[41] Korenine tega gibanja avtorji pogosto iščejo v civilistični pandektistiki, katere metoda se je pozneje prenesla tudi na javnopravno področje, kot nekateri glavni predstavniki pa so pogosto navedeni (zgodnji) Rudolf von Jhering, Georg Jellinek, Carl Friedrich von Gerber in Paul Laband. Značilno za »ta« pravni konstruktivizem je povezovanje obstoječih elementov in kvalitet pravnih institutov, kot so podani v pravnem gradivu, in ustvarjanje novih. Tipično je denimo Jhering pravnikovo vlogo videl v urejanju postavljenega prava v posebna pravna telesa (nem. *Rechtskörper*).[42] V tem smislu je (bilo) gibanju lastno prizadevanje, ki se ga je v zgodovini oprijelo precej stigme.[43] Združevati se ga je namreč začelo v zbirni pojem pojmovne jurisprudence.[44]

Od te smeri razlikujem vsaj dva druga pojava. Na eni strani je to način razlage prava v konkretnih primerih, značilen za sodišča v pravnih sistemih s tradicijo *common law*, kjer *construction* opisuje drugačen pristop k razlagi zakonskega prava kot goli *interpretation*. Slednja se osredotoča zgolj na besedilo, prejšnja pa na podlagi besedila in drugih virov opravlja zahtevnejšo sintezo, ki ima pogosto tudi precedenčni učinek.[45]

Po drugi strani pa je treba omeniti še sodobnejše konstruktivistične drže, ki se od »izvornega« razumevanja – čeprav nastopajo pod istim izrazom *legal constructivism* – pomembno razlikujejo. To je lahko problematično: ne le, da se avtorji, običajno anglosaško analitično navdahnjeni, te ključne zgodovinske tradicije pogosto ne zavedajo,[46] ampak so se pod pojem pravni konstruktivizem v zadnjih desetletjih začele vključevati številne vzporednice ali pa celo neposredne povezave s konstruktivističnimi gibanji drugih disciplin, denimo psihologije, sociologije in filozofije.[47] Do tega sem zadržan. Iz nekoč pravoznanstvenega projekta, ki motri, koncipira, razvija pravne vsebine, so tako nastali včasih že težko dojemljivi poskusi konstruktivističnih drž, ki na krilih smeri, kot so *social* in *radical constructivism* pravo soočajo z različnimi nastavki posameznikovega

41 Paulson, 1996, str. 799. Paulson v prispevku prikazuje Kelsnovo zgodnje obdobje, ki ga poimenuje *critical constructivism*. Somek (1992, str. 176 in nasl.) sicer omenja tri funkcije konstruktivistične drže – reduktivno, gramatično in produktivno.

42 Seinecke, 2013, str. 260–268.

43 Jhering (1899, str. 347 in nasl.) kot negativne pojme, ki se povezujejo z gibanjem, navaja na primer *Lückenlosigkeit des Rechts*, *innere Fruchtbarkeit*, *logische Expansionskraft*, *Subsumtionsidealismus*, *lebensferner Kult des Logischen* in *Konstruktivismus*.

44 Somek, 1992, str. 175; tudi Haferkamp, geslo *Begriffsjurisprudenz* v Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie; Haferkamp, 2004, str. 79.

45 Pitamic, 1956, str. 201, zlasti opomba 10; Scalia, 2018, str. 14 in nasl.

46 Primeroma navajam Lee, 2010.

47 Glej na primer Niet, 2021.

subjektivnega dojemanja zunanjega sveta ali pa vpliva pravnih institucij na zasnovo družbene resničnosti.

Tukaj natančnejše analize konstruktivističnih nastavkov ne želim in ne morem opraviti. Sam s prividom pravne konstrukcije prej merim na gibanje, kot se je razvijalo v 19. stoletju (in kot ga prevzame zgodnji Kelsen), čeprav se nanj ne navezujem povsem izčrpno. Natančneje, merim predvsem na dve stvari. Prvič, na konstrukcijo kot bolj ali manj trdno zasnovo pravnega znanja (pravnih stavkov), ki jo predvsem pravniki zgodovinsko razvijajo ter prek izobraževanja in prakse miselno prevzemajo. Drugič, na konstrukcijo kot na specifičen akt spoznavanja in ravnanja s pravnim znanjem (pravnimi stavki), prek katerega predvsem pravniki sodelujejo v procesu ustvarjanja – »konstruiranja« – nadaljnjega pravnega znanja.[48] Pravo je v okviru ambicije tega prispevka smiselno razumeti prav kot konstrukcijo, miselno in pojmovno *zgradbo* in *izgrajevanje*, ki sta oba odraz nekega zgodovinskega angažmaja in ki nista niti arbitrarna niti nespremenljiva.[49] Privid te pa je tisti, ki pravnika vodi, spremlja in opolnomoči.

S tem zanjo ne trdim, da je predeterminirana in ustaljena, le pravoznanstvena in abstraktna ali pa vezana le na postavljeno pravo. Tako razumevanje bi tvegalo usodo, ki jo v zgornjem citatu cinično napove Kirchmann. Za pravno konstrukcijo ni izključno relevanten niti konkreten nabor sodnih odločitev, pravnodogmatičen sistem, korpus zakonskega oziroma podzakonskega prava ali pa seznam z ustavo varovanih človekovih pravic. Privid, na podlagi katerega pravnik deluje in za učinkovitost katerega se izobražuje, anticipira obstoj, spoznavanje in razvijanje v nekem kraju ter času prisotnih veljavnih normativnih pravnih stavkov, ki jih lahko uporabi pri svojem delu. Zagotovi mu držo, s katero tudi počne, kar pač počne: zagotavlja zanesljivo pravno rešitev, zagovarja trdno pravno stališče, oblikuje prepričljivo pravno odločitev. Pravna konstrukcija, namišljeno postavljena nad vse nas, je privid, ki ga hkrati privzamemo in prebijamo.

4. Manifestacije zróčega duha

V sodnih dvoranah, odvetniških in notarskih pisarnah ter v predavalnicah (pozitivno) pravnih predmetov, če zelo poenostavljeno opredelim nekaj ključnih mest, kjer se privid pravne konstrukcije najbolj izčiščeno manifestira, je navzoč specifičen miselni duh. Tam se vse tegobe človeškega družbenega življenja reducirajo na pravne kategorije, poteka argument norme: vlada jezik prava. Podvržen je specifičnemu zrenju – pri opazovanju

[48] Prim. Dworkin, 1986, str. 52: »*Roughly, constructive interpretation si a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.*«

[49] Taka opredelitev se želi zoperstaviti »postmodernističnim« nastavkom, ki bi pravu odrekali legitimnost oziroma ga umetno umeščali na polje aparatov moči.

in razumevanju sveta privzema tipično pravniško prizmo.[50] Namen je pokazati, da ta tipična pravniškost – ne glede na svojo morebitno nedostopnost, kar ni *stricto sensu* težava pravne teorije in pravne filozofije, še več, morda je celo njun prvi pogoj – sledi določenemu simbolnemu kodu. Sledi (po)tezam, ki so glede na svoje lastnosti zdaj bolj zdaj manj utemeljeno zakoreninjene znotraj pravne kulture in pravnega znanja.[51]

Naloga je na prvi pogled preprosta: vse, kar moram narediti, je prepisati gradivo, ki ga uporabljam pri predmetih, ki jih poučujem. Toda resne težave lahko zelo hitro nastanejo že s tem, ko nekdo v znanstveno oziroma ideološko verodostojnost privida podvomi: »Zakaj bi na tovrstno teoretiziranje sploh pristali, če pa je tako zelo očitno, da je pravo le odsev družbenih okoliščin, raziskovanje in odkrivanje teh pa šele zares smotrno?«

Takrat bo namreč vsej hvalisani pravniškosti dodan priokus krutega družbenega življenja, moj poskus pa ultimativno poražen. »Duh« se bo razblinil ob intervenciji njegovih lovilcev, ki ne hlinijo tolikšne idealističnosti. Smo mar danes res vsi pravni realisti? Le prepisovati moram na zvit način.

Zatekel se bom k trem notoričnim manifestacijam zrenja, ki ga omenjam: k vprašanju jezika, tehnike in ponotranjenja normativnopravnega. Lastnost notoričnosti jim pripisujem zlasti, ker gre za tipična mesta tako pripoznavanja kot tudi kritiziranja najstvenega dogajanja. Hkrati pa – in kar je ključno – sestavljajo nosilno ogrodje pravne konstrukcije.[52]

4.1. Iskati skupen jezik

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v svoji odločitvi zapisalo:

P_1

> »Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišče meni, da bi tožeče stranke lahko razumno predvidele, da bodo imela njihova ravnanja v spornih vodah v skladu z veljavno hrvaško zakonodajo naravo prekrškov.«[53]

Zapis na prvi pogled ni nedostopen. Laiku, zlasti izobraženemu, bo njegova vsebina vsaj na površini preprosto ugotovljiva: »Sodišče« je nekaj pregledovalo in ugotavljalo, stranke, ki so tožile, so v določenih vodah bojda sporno ravnale, to pa je po hrvaški za-

[50] »Tipična pravniška prizma« nas sili, da smo udeleženci pravne igre. Od te se razlikuje perspektiva opazovalca, ki pravno razmišljanje spregleda in umesti v od njega oddaljeno – nepraktično – spoznavno shemo.

[51] Dva morda »najčistejša« (toda različna) nastavka v tem smislu sta Kelsnova čista teorija in Luhmannova sistemska teorija.

[52] Pravna konstrukcija ima tako zunanji in notranji element. Zunanjega sestavljajo navedeni trije elementi pravne vednosti, notranjega pa sama vsebina, ki jo odražajo pravni stavki.

[53] Sodba ESČP v zadevi *Chelleri in drugi proti Hrvaški*, št. 49358/22, 49562/22 in 54489/22, z dne 16. aprila 2024, točka 162.

konodaji prepovedano. Nekateri bi to še dodatno poenostavili: »Slovenija je pred celotno Evropo izgubila proti Hrvaški«. Kje tiči zajec?

Pravniški vidik ob zapisu omogoči dodatno, umetno, vendar *ne poljubno* stopnjo abstrakcije. Razsežnost, ki jo zagotovi privid, je osnova pravne vednosti. Izraze »razumno predvidele«, »sporne vode«, »veljavno hrvaško zakonodajo« in »naravo prekrškov« bo pravnik umestil v svojo miselno shemo, znotraj katere ti zavzemajo specifično odmerjeno pojmovno mesto. Ne gre torej le za poljubno frazo »predvidevanje, ki je razumno«, temveč za pripis in zahtevo specifičnega odnosa, ki so ga tožeče stranke morale in mogle gojiti do svojih ravnanj. Tudi zahteva ni poljubna, temveč najbolj neposredno izhaja iz 7. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), ki normira načelo zakonitosti.[54] Načelo zakonitosti je eden od temeljev kazenskega, pa tudi prekrškovnega prava nasploh. V prekrškovnem pravu je bistvena zahteva, da mora biti ravnanje, ki je prepovedano, posamezniku dano vnaprej: na jasen (*lex certa*) in strikten (*lex stricta*) način. Da prestane test načela zakonitosti, mora biti predvidljivost razumna, tj. ustrezati določenemu standardu dojemanja. S tem pa se je kljub vsemu v svoji bogati sodni praksi že večkrat ukvarjalo tudi Sodišče; oblikovalo je korpus opredelitev in distinkcij, ki (so) tvorijo vsebino uporabljenih pravnih pojmov.[55]

Podobno kot za opisanega velja za pojme »sporne vode« (stvar mednarodnopravne opredelitve je, kako točno poteka meja med Hrvaško in Slovenijo), »veljavna hrvaška zakonodaja« (to lahko ugotovimo šele prek formule prepoznave, ki jo omenjam spodaj) ali »naravo prekrškov« (prekršek v tipologiji pravnih pravil nacionalnih zakonodaj je specifična kršitev, ki se običajno kaznuje z globo, v tem primeru pa predpostavlja normativno zgradbo Republike Hrvaške, ki ga veljavno definira ter bolj ali manj sistematično ureja). Brez ustreznega miselnega nastavka ne (iz)vemo, kaj se v normativnem svetu sploh dogaja; vsebina nam preprosto ni dostopna.

Opraviti imamo s »pravnim« ali »normativnim« jezikom.[56] Ta je sredstvo pravn(išk)e komunikacije: tvori osrednjo *enoto sporočilnosti*, v kateri se izraža miselni duh pravnega.[57] Pravni pojmi, nastali ali uvoženi v pravni diskurz, opisujejo svet najstva. Njihovi izključni stvaritelji pa niso niti sodniki, profesorji, zakonodajalci ali sami naslovniki; stvar

---

[54] Prvi odstavek 7. člena EKČP.

[55] Glej na primer zadevi ESČP *Baranowski proti Poljski*, št. 28358/95, ter *Groppera Radio AG in drugi proti Švici*, št. 10890/84.

[56] Prim. Pavčnik, 2021, str. 115 in nasl; v zvezi s tem je treba posebej omeniti tudi slovenski Pravni terminološki slovar, ki smo ga dobili v letu 2018.

[57] »Pravo govori svoj lasten jezik,« pravi Engisch (2010, str. 139) (prevod T. F. O.). Nekoliko dlje gre Somek (2019, str. 216), ko zatrjuje, da je pravo neskončno in samodoločujoče, saj si meje postavlja samo. Nekateri avtorji pa za jezik prava štejejo kar pravno dogmatiko samo (prim. Jestaedt, 2014, str. 9). Kot delovno opredelitev slednje lahko tukaj navedem Bulyginovo (1993, str. 193–194), ki pravno dogmatiko definira kot *complex activity* treh faz: identifikacije, sistematizacije pravnih norm in modifikacije oziroma transformacije pravnih sistemov.

statistične oziroma empirične in ne vrednostne analize je, kdo k pravnemu pojmovnemu repertoarju sploh prispeva. Nekakšen konsenz – vsaj na Kontinentu – je, da ta privilegij pretežno pripada zakonodajalcem,[58] zaradi česar se pogosto (morda celo praviloma) govori tudi o zakonskem jeziku.[59]

Raziskovanje in zavzemanje stališč okrog izvora pravnega jezika me tukaj ne zanimata. V tej razpravi ga štejem za postranskega, saj se osredotočam na kvaliteto enote sporočilnosti kot take, ne pa na načine njenega vzpostavljanja. Podobno zadržan sem tudi do vprašanja tipiziranja vrst oziroma podmen »pravnega« jezika. Toda kljub sumničavosti, ki jo gojim, bi bilo naivno zanikati naslednje: uveljavljene distinkcije, denimo med jedrnim in robnimi pomeni pojmov[60] ali pa med tistimi pojmi, ki so izključen proizvod pravnega razmišljanja,[61] in tistimi, ki se v drugačni obliki uporabljajo tudi v splošnem pogovornem jeziku, so skoraj neizogibne. To je deloma razvidno tudi iz zgornjega primera, kjer izpostavljeni pojmi v citatu Sodišča tvorijo posebno maso sporočilnosti. Kot taki pa so dostopni zlasti tistemu, ki je usvojil privid: običajno izobraženemu pravniku.

4.2. Technê *pravne forme*

Prejšnji primer je poudarjal vprašanje jezika, naslednji primer pa v ospredje postavlja vprašanje pravne tehnike:[62]

P_2

> »[Glede nesubsumabilnosti varnih sob pod zakonski opis »da na razpolago prostore«] je treba poudariti, da je metoda teleološke redukcije dopustna tudi v kazenskem pravu in ne nasprotuje načelu zakonitosti.«[63]

Zapis je primer znanstvenega stališča o kaznivosti vzpostavljanja tako imenovanih varnih sob, v katerih bi se zasvojencem omogočilo varno in nadzorovano injiciranje drog. Avtor pravni jezik tvori in uporablja na podlagi specifične metode, ki je zanj pri obravnavi spornega vprašanja ena od možnih poti za njegovo rešitev. Vzorec, po katerem bo razmišljal izobražen pravnik, je mogoče napovedati z naslednjimi koraki. Ko si postavi vprašanje, ali je vzpostavitev varne sobe kaznivo dejanje, najprej preveri, kaj določa veljavna zakonodaja. Po prepoznavi ustrezne pravne določbe – šlo je za prvi odstavek

58 Glej Pavčnik, 2020, str. 395 in nasl.

59 Prav tam.

60 Hart, 1994, str. 123.

61 Pravo, nastajajoče s praktično in znanstveno aktivnostjo pravnikov, je Puchta poimenoval *Juristenrecht*. Glej Haferkamp, 2004, str. 141.

62 Prim. Kelsen, 1911, str. 25 in nasl.; Pavčnik, 2022a, str. 23. Posebej o tehniki, ki pa jo privzema pravna dogmatika kot specifičen tip pravnega diskurza, na primer van Hoecke, 1983, zlasti str. 217–225; Bulygin, 1983, str. 199 in nasl.; Bumke, 2014; Bydlinski, 1991, str. 8–50.

63 Ambrož, 2006, str. 235.

197. člena takrat veljavnega Kazenskega zakonika (KZ)[64] – sledi razlaga posameznih zakonskih znakov. V našem primeru je bila problematična izvršitvena oblika »kdor da na razpolago prostore«. Sledi vprašanje subsumpcije: varno sobo je pod te zakonske znake mogoče subsumirati; *species* umestimo pod *genus*. Varna soba je vendarle prostor, ki ga nekdo da na razpolago.

Mar res? Avtor zapisa se s tem ne strinja; trdi namreč, da je v takem primeru mogoče in smiselno uporabiti metodo teleološke redukcije. Z njo bo *in bonam partam* prebil jezikovni pomen kazenske norme in sklenil: *non sequitur*. Vzpostavljanje varnih sob več ne bo razumljeno kot kaznivo dejanje, saj očitno nasprotuje namenu kaznovalne norme. S čim imamo opraviti?

Enoti pravne sporočilnosti se v pravnem argumentu pogosto pridruži določena *formula sporočilnosti*: konstrukciji normativnega jezika je lastna struktura logičnih povezav, bolj ali manj ustaljenih oziroma sprejetih tehnik, s katerimi si pomagamo pri urejanju in razumevanju pravnega znanja. Če je pravni jezik (P_1) medij sporočilnosti, štejem pravno tehniko (P_2) za njegovo vezivo. Tega delim predvsem na formulo prepoznave veljavne normativne pravne ureditve, formulo razlage pravnega pravila in formulo njegove uporabe. Vse tri temeljijo na spoznavni poenostavitvi oziroma redukciji, usmerjene pa so v goli *know-how*, »mišično-kognitivni spomin« pravnega delovanja.

4.2.1. *»You know it when you see it«*

S formulo prepoznave merim na vzorce prepoznavanja in utemeljevanja veljavnosti nekega pravnega pravila; ključna za ta korak je ugotovitev, ali je (splošna oziroma posamična) pravna norma del pravnega reda, veljavnega *hic et nunc*, v katerem pravnik deluje. Ne glede na to, s kakšno gotovostjo lahko njeno morebitno (ne)aplikacijo v konkretnem primeru napovemo – denimo sklicujoč se na oceno, da je ta »očitno ustavnopravno sporna in zato neveljavna« ali pa na empirično dejstvo, da »je sodišča običajno sploh ne uporabljajo« – bo po tej formuli ključno predvsem, ali se lahko nanjo v pravnem svetu sploh veljavno sklicujemo.

4.2.2. Pomenske akrobacije

Prepoznano pravno pravilo lahko pravnik različno razlaga in razume.[65] Formula razlage je relevantna predvsem, ko smo soočeni s primerom, katerega pravna rešitev ni povsem

[64] Ta se je glasil »Kdor napelje drugega k uživanju mamila ali mu da mamilo, da ga uživa on ali kdo drug, ali kdor da na razpolago prostore za uživanje mamila, ali kako drugače omogoči drugemu, da uživa mamilo, se kaznuje z zaporom od treh mesecev do petih let.«

[65] Novak (2022, str. 284) v zvezi s tem ključno poudari, da številne okoliščine, vključujoč pravno tradicijo in specifično doktrinarno obravnavo, privedejo do tega, da »razlage ni mogoče razumeti le kot proces razumevanja besedila« (poudarki izpuščeni) in da znotraj enega pravnega reda obstajajo različni pristopi k interpretaciji besedila – kar poimenuje interpretativni pluralizem. Podobnost vidim z Esserjevim (1972, zlasti str. 116–141) konceptom *Vorverständnis*. Ker oba namigujeta na

očitna. Najpozneje takrat bomo posegli po ustaljenem kanonu pravnih razlag in pravnih argumentov,[66] ki pomeni nabor analitičnih orodij za soočanje s pravnim jezikom. V zgornjem primeru je avtor posegel po metodi teleološke redukcije, ki je specifičen miselni korak prebijanja pomena danega besedila. Varne sobe, ki je gotovo prostor v običajnem jeziku, ne bomo šteli za prostor v danem normativnem kontekstu. Prav za ta primer bomo naredili izjemo (»izjemni dejanski stan«).[67]

Pri razlaganju pravnih pravil lahko pridemo do različnih (tudi izključujočih se) rešitev, ki argument v danem primeru in trenutku zdaj bolje zdaj slabše utemeljujejo. Formula razlage nam ne pove, katera rešitev je pravilna; lahko le anticipira nabor možnih miselnih korakov, ki jih bomo v danem primeru iz tega ali onega razloga tudi izbrali. Ko pa se za eno od možnosti odločimo, je ambivalentnosti konec: najpozneje takrat se moramo zavedati, da je ta za nas najboljša možna – tj. pravilna – rešitev.

4.2.3. Aplikacija dognanega

Jasnost in preciznost, skratka optimalnost, naše razlage moramo naslovniku tudi razkriti. S formulo razlage tesno povezana je formula uporabe pravnega pravila, ki pomeni rešitev dialektike najstvenega in dejanskega, navzoče v konkretnem primeru. Tukaj primeroma navajam – sicer problematičen – logični obrazec, ki ga pravna teorija postopku uporabljanja pravnih pravil običajno predpisuje: pravni silogizem. Po njem bomo v abstraktnem zakonskem dejanskem stanu ZDS_1 prepoznali konkretni življenjski primer KDS_1, kar bo vodilo do predvidene pravne posledice PP_1.

4.3. Sprejem paradigme

Zadnji kos sheme, ki jo opisujem, zadeva vrednostno podstat, ki preveva vsakokratno pravno ureditev. Čeprav pravno delovati ne pomeni (nujno) biti moralen ali etičen – to zadeva vprašanje posameznikove lastne drže in vprašanje, katero oziroma čigavo moralo ali etiko imamo v mislih, je neizogibno, da pravni red poleg pravnih stavkov, ki ga vsebinsko tvorijo, spremlja tudi združevalni element. Drugače kot prejšnja dva je ta preskriptiven: poleg enote in formule pravne sporočilnosti se s prividom pravne konstrukcije usvoji in reproducira tudi določena *vrlina*.

Iz tega sledi, da še tako izvrstno poznavanje pravnega jezika in njegovih logičnih specifik ne more nadomestiti nekaterih niti politično-etičnega ustroja, lastnih instinktu pravnega delovanja in urejanja. Gre za področje neopisljivega, neizrekljivega: latentnega. Za argument, ki vključuje naslednjo tezo: če želimo sredstvo in tehniko pravne ko-

nekakšno »sedimentirano pravno znanje«, bi konceptualne vzporednice morda lahko iskali tudi pri Polanyiju (2022).

66 Pavčnik, 2022, zlasti str. 57–104, tudi str. 167–185; Bydlinski, 1991, str. 436 in nasl.

67 Pavčnik, 2022, str. 177–179.

munikacije sploh priznati oziroma uspešno privzeti, se moramo z normativno-pravnim diskurzom, ki ga opisujem, pretežno šele poistovetiti. S tem delujoči pravnik sistemu, znotraj katerega deluje, in svojemu delovanju kot takemu, pripiše ustrezno stopnjo legitimnosti.[68] Zagotovljen mu je odgovor na vprašanje: »Zakaj to sploh počnem?«

Naj ponazorim. V pogovoru dveh študentov višjih letnikov v avli fakultete sem zaznal naslednjo trditev:

P_3

> »Zadeva je jasna: izvršilni organ mora splošne pravne akte, zato da ti postanejo veljavni, ustrezno javno objaviti. Gre za osnovno zahtevo legalitetnega načela, ki izhaja že iz Ustave.«

Sodelovanje v pravni igri torej predvideva sprejetje njenih – latentnih – pravil. Pravila vsakokratne pravne igre so drugačna od pravnih pravil *stricto sensu*, tj. tistih pravil, ki vključujejo pravne stavke. Oboja se lahko glede na čas, prostor in politično ureditev razlikujejo. Toda med njima je pomembna razlika. Če pravna pravila običajno izražamo eksplicite, denimo prek določbe: »Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov«,[69] potem pravila pravne igre same – »etos« – običajno izražamo implicite. To denimo posredno storimo, ko trdimo, da »[l]egalitetno načelo, načelo demokratičnosti in načelo delitve oblasti [...] nimajo izjem: treba jih je spoštovati, tudi ko razsaja huda bolezen ali če je vladajoča politika brez potrebne večine v parlamentu« ali pa »Ustava je naš najmanjši skupni imenovalec, osnova našega družbenega sožitja. Vsi bi se morali truditi, da ji ne odrekamo spoštovanja.«[70]

Prek opazovanja in ponotranjenja vednostnih in etičnih vzorcev, skozi katere smo se izobrazili, pravnemu jeziku in pravni tehniki pripišemo minimalno mero legitimnosti. Menim, da nam v nasprotnem primeru pravniškega dela ne bo uspelo opravljati dobro.[71] Argument pod P_3 zato vendarle ni »zgolj« formalno-praven. Je odraz premisleka o in zaveze k temu, da naj oblastno delovanje poteka ustaljeno, odgovorno, pa tudi pravno urejeno. Pravnikova poklicna – in s tem *volens nolens* tudi politična[72] – aktivnost antici-

[68] Ni naključje, da v zadnjem času spremljamo čedalje več pobud za raziskovanje prav temeljev prava. Jheringov »*Warum*?« lahko tako vendarle razumemo kot opozorilo na zimzeleno problematiko, ki jo je treba vedno znova – zlasti pa v časih (pretirane) družbene diferenciacije in specializacije – kontekstualizirati in osmišljati.

[69] Drugi odstavek 120. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a).

[70] Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Špelce Mežnar k sklepu Ustavnega sodišča RS U-I-210/21 z dne 30. septembra 2021, str. 2.

[71] Do tega bi morda prišlo v (hipotetičnem) primeru, ko bi sodnik izrecno zavrnil sojenje po veljavnem pravu.

[72] To implicira Somek (1992, str. *VW* II), ko pravi, da bo njegova naloga »[...] *Rechtstheorie zu einem gewissen Abschluß zu bringen und die Theorie der Rechtsanwendung auf den Boden der politischen*

pira držo, ki je precej več kot zgolj tehnično-strokovna. Gre za odraz sprejetja paradigme, v kateri je ta posameznik.

5. Nekaj (s)pornih prividov

Pravno razmišljanje je nujno spoznavno pomanjkljivo. Z njim lahko operacionaliziramo le zelo omejen nabor spremenljivk, ki pa ne bodo nikoli mogle (vnaprej) celostno zajeti ustvarjalnosti in živahnosti niti normativnega niti dejanskega dogajanja. Glede prvega to pomeni, da v marsikaterem primeru še tako dober pravnik, ne glede na vlogo, ki jo opravlja, ne bo mogel podati zanesljivo predvidljivega – »pravilnega« – odgovora. V zvezi z drugim pa velja, da pravniška miselna shema navsezadnje zadeva le zelo ozek del družbenega življenja, ki nikakor ne omogoča spoznavnega prebijanja skozi nadaljnje sloje resnice tam zunaj.[73] Obravnavati moram torej nekatere najočitnejše (s)pore okrog pravnega razmišljanja; v zvezi s tem v nadaljevanju navajam dva tipska argumenta.

5.1. Norma presenečenja

S prvim argumentom – poimenoval ga bom argument normativnega presenečenja – zatrjujem, da so pravnemu redu nujni položaji, ko zanesljivi vnaprejšnji pravni odgovori niso mogoči. Gre za zlasti dve situaciji. Na eni strani je lahko že samo zaporedje pravnih stavkov (ki tvorijo pravno pravilo) pomensko odprto. V tem primeru bo pravnikova naloga ta, da izmed možnih rešitev izbere najboljšo in jo ustrezno utemelji. Vzrok za to težavo je lahko denimo nedoločnost oziroma nedoločljivost uporabljenega pravnega pojma, pa tudi logično nejasna sintaksa posameznih pravnih stavkov. Po drugi strani so lahko presenečenja le odraz kompleksnosti in nepredvidljivosti »družbenega laboratorija«.[74] Nekatere situacije bodo pravno tako zapletene, da jih bo obvladala šele skupina specialistov z različnih področij.

Obe situaciji nas lahko spravita v zadrego: kako obravnavati pomanjkljivost? Normativna presenečenja niso napaka v matrici. So del »vednostnega dizajna«, ki omo-

Philosophie zurückzuholen.« (»[…] pravno teorijo pripeljati do določenega zaključka in teorijo uporabljanja prava vrniti na področje politične filozofije«, prevod T. F. O.).

73 Če dosledno pristajamo na dihotomijo *Sein* in *Sollen*, pravna shema »resničnega« družbenega življenja sploh ne zadeva.

74 Namenoma se izogibam izrazu pravna praznina. Čeprav je v pravni teoriji prav konceptu oziroma problemu pravnih praznin namenjeno ogromno pozornosti – nekateri teoretski nastavki denimo pravne praznine zanikajo, drugi priznavajo – ga tukaj štejem za preozkega. Če s pravno praznino razumemo družbeni položaj, ki bi zaradi svoje pomembnosti moral biti pravno urejen, pa ni, potem s tem ne zajamemo situacij, kjer pravni red neko družbeno situacijo sicer ureja, vendar je pravna rešitev zaradi njene kompleksnosti, morda celo prelomnosti, le stežka doumljiva. Gre za presenečenje, ki ga moramo mukoma, toda metodično razčleniti.

goča prevajanje strogo družbenega v strogo najstveno. Privid pravne konstrukcije operira s predpostavko, da sta cilj in smisel pravnega razmišljanja šele v zagotavljanju ustrezne miselne sheme, ki nam bo zdaj omogočila brezhibno orientacijo po obstoječem in zdaj – vezano – kreiranje novega normativnega sveta. Presenečenja pravzaprav anticipira.

S tem pa se zoperstavlja pretiranemu formalizmu. Pravne konstrukcije namreč ne opredeljuje kot »vse, kar sploh je« in svojega obstoja ne utemeljuje s svetostjo pojmovnih nebes.[75] Za svoje reproduciranje ne potrebuje poslušnega, temveč ustvarjalnega posameznika: graditelja novega normativnega sveta.[76]

5.2. Materialističen rez

Za delujočega pravnika je ključno, da s prividom pravne konstrukcije usvoji določeno metodo. Šele takrat bo lahko pravo spoznaval, poznal, razumel in uporabljal. S tem pa mu bo tako na praktični kot tudi teoretični ravni vedno znova umanjkala neka perspektiva, ki bi te uokvirjene procese umestila v kontekst,[77] izpostavila kot kulturno in zgodovinsko pogojene, skratka: prebila onkraj njihove praktične relevantnosti »tukaj in zdaj«. Ne bi torej obravnavala usodnega dejstva, da je miselni duh pravnega tako na »mikro« kot tudi »makro« ravni vedno in tudi nujno del vladajočih ekonomskih,[78] političnih in drugih determinant. Manjkal bi del enačbe. Tovrstno (s)pornost pravnega razmišljanja orisujem še s pomočjo argumenta metodološke ukleščenosti.

Pri privzemanju privida bo najprej umanjkala predvsem izkušnja[79] družbeno-pravnega dogajanja, prek katere bi bila miselna shema preizkušena in diferencirana. »V praksi je namreč vse drugače,« odmeva ob inavguracijskih sestankih mladih odvetniških pripravnikov. Da bi v okviru posamezne pravne obrti šele lahko delovali, bo ključno, da pridobljene vzorce pravnega (spo)znanja modificiramo oziroma kalibriramo. Privid pravne konstrukcije s tem ne bo okrnjen, temveč dopolnjen: prestajal bo vedno znova

---

75 Prim. Jhering, 1899, str. 245 in nasl.

76 Tak graditelj deluje na podlagi Bobbiove (1997, str. 42–44) teze o možnosti izpopolnjevanja pravnega reda (angl. *rule of closure*).

77 Pri tem pa ne bo šlo zgolj za seznanitev s svetom tam zunaj *per se*, temveč bo lahko tako tudi lažje razumel, da in kako dejanske okoliščine vplivajo na pravno razlago samo (tj. uporabo pravne tehnike). Glej Novak, 2022, str. 286.

78 Posebno pozornost je treba nameniti Pašukanisovemu (1917) poskusu aplikacije marksizma na »buržoazno« razumevanje pravne forme, naloga katere je razkrinkanje razrednosti pravne logike (str. 41), njena predpostavka pa prisotnost blagovno-denarnega gospodarstva (str. 57).

79 V našem prejšnjem skupnem prostoru poskuša to težavo obravnavati integralna teorija prava. Višković (1976, str. 53) denimo pravi, da »*definicija prava treba da bude istodobno radikalno iskustvena*« (poudarek izpuščen) (»definicija prava mora biti sočasno radikalno izkustvena«, prevod T. F. O.). Največji zagovornik sicer modificirane integralne teorije prava v našem pravnem prostoru je Pavčnik.

razvijajoče se zaporedje spoznavnih sintez, vezanih na zakonitosti (pravnikove) partikularne življenjske situacije.

V teoretičnem smislu bo metodološka ukleščenost preprečevala seznanitev in sodelovanje z drugimi sistemi znanja,[80] kar vodi do dveh nujnih posledic. Pravni metodološki redukcionizem je nujen za razumevanje in delovanje znotraj normativnega sveta. Brez tako ločenega diskurza ne gre resno izpeljati družbenega projekta, ki gradi s »pravom« in na njegovi podlagi kot privida avtonomne celote. Sistem tega preprosto ne bi dopuščal. Pri tem je sicer na vsakemu od nas odločitev, ali bomo uresničevanje tega projekta tudi sprejeli ali zavrnili. Toda v nobenem primeru ne bo mogoče trditi, da prek usvojenega privida opisujemo več kot zgolj to, kar naj se zgodi. Opis družbenega dogajanja na način, da ga zvedemo na najstvene kategorije, ne ponudi opisa tega, kar poteka onkraj in mimo opisanega miselnega duha. Nujno je torej, da na drugi strani sprejmemo metodološki pluralizem: šele izstopanje iz najstvenih vzorcev bo omogočilo pogled na celostno sliko, ki jo s skupnimi močmi ustvarjamo.[81]

5.2.1. Silogizem – *non sequitur*

Argument metodološke ukleščenosti lahko hkrati razumemo kot hibo in odliko. Odločitev za prvo ali drugo bo pretežno odvisna od (oddaljenosti) perspektive, ki jo za opisovanje s pravom povezanega dogajanja privzemamo, kar pa je mogoče ponazoriti na problemu pravnega odločanja.

Silogistično sklepanje je v pravu najbolj plastična, redukcionistična formula, po kateri naj bi se miselno ravnal pravnik, ko je soočen s konkretnim primerom. Gre za logični obrazec, katerega *conclusio* je rezultat deduktivnega sklepa na podlagi dveh premis. Ta vključuje subsumpcijo relevantnih lastnosti konkretnega življenjskega primera pod abstraktno in splošno pravilo. Obrazec določa, da iz dejanskega stanja izluščimo tip ravnanja, ki ga predvidevajo vnaprej opredeljene najstvene kategorije: je torej izčiščen logični korak, v okviru katerega zgolj prepoznamo pravno rešitev.[82]

---

[80] Integralna teorija prava poskuša obravnavati tudi to zagato, zaradi česar Višković (prav tam, str. 57) vztraja, da mora integralna teorija prava zgraditi svojo metodologijo, in sicer takšno, ki bo zagotovilo celostno pravno spoznanje marksističnega tipa. To mu ni uspelo.

[81] Prim. Kantorowicz, 1911, str. 21–23; Pitamic, 1917, str. 366–367. Nemški prostor v tej razpravi sicer zelo veliko, če ne največ pozornosti namenja pravni dogmatiki, kar v začetku 20. stoletja problematizirajo zlasti svobodnopravniki. Glej na primer Kantorowiczevo (1917, str. 29) trditev: »*Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind*« (»Dogmatika brez sociologije je prazna, sociologija brez dogmatike pa slepa«, prevod T. F. O.).

[82] Furlan (1933, str. 48) je zapisal, da smo s tem »[v] individualnosti konkretnega primera [...] prepoznali splošni lik norme.« Vendar je do tega kritičen. Ne samo, da »je [to] neko intuitivno zrenje, neka neposredna danost, [ki] [...] ni istovetna z razumskimi danostmi«, samo spoznanje je »šele analiza med dvema sintezama«. Osrednjega pomena je zanj akt prepoznave, ki je »torej osnova vsakega pravnega sklepanja in vsake primembe prava.«

Prednost tega nastavka je predvsem v njegovi didaktičnosti in praktičnosti. Nudi prikladno formo, ki jo pravna teorija privzame in na podlagi katere kompleksnost pravnega dogajanja zvede na zgolj dve premisi: tip ravnanja lahko v vnaprej podanih kategorijah bodisi prepoznamo ali pa ne. Če prvo, potem obsodba; če drugo, potem oprostitev. Ker premisi anticipirata deduktiven sklep, s tem poenostavimo še način, s katerim do uporabe pravnega pravila bodisi pridemo ali pa ne. S tem pa prezremo vse druge logične možnosti in procese, ki spremljajo posameznikovo odločanje.[83]

Po drugi strani pa ima silogizem precejšnjo vrednost v kontekstu teorije argumentacije, ki posebno pozornost namenja pravni obrazložitvi.[84] Z ubiranjem sodnikovega vidika si ta prizadeva doseči, da je odločevalčeva miselna pot prenesena na navzven racionalno in preverljivo raven: brez ustreznega podajanja trditev in razlogov zanje pravni diskurz preprosto ne more steči.

Težave se pojavijo vsaj na dveh ravneh. Prva je ta, da silogistično sklepanje pravni metodi pravzaprav ne zadosti v celoti.[85] Zgornji P_2 – pa tudi drugi primeri, v katerih gre za »zapolnjevanje nepopolnosti v pravnih virih«[86] – zajema prav situacijo, ko bomo od jezikovnega pomena odstopili, zaradi česar bo deduktiven sklep logično nemogoč. Druga pa zadeva primere, ko pravno sklepanje opazujemo od zunaj, brez privzetja »pravne perspektive«. Pravna igra lahko takrat v resnici deluje precej izprijeno. Kar bo denimo iz pravnoteoretičnega gledišča racionalno silogistično utemeljevanje kazni, bo morda iz empiričnega, psihološkega oziroma kriminološkega gledišča predvsem prelivanje stereotipov s strani lačnega, podplačanega sodnika nad obsojenčevo usodo.

Pluralizem metode lahko prav tukaj prepreči morebiten konflikt: če nastalo »zadrego« postavimo kot znanstveno vprašanje, pogojeno z metodološko, disciplinsko in s tem spoznavno razlikujočimi se nastavki, oba sistema ohranita »svojo resnico«; pri tem pa bo politično vprašanje, kaj s takim znanjem sploh početi.

6. Namesto konca začetek: sprejeti nujno zlo

V prispevku sem nekaj besed namenil konceptu, ki sem ga poimenoval privid pravne konstrukcije. Pod njim sem združil že dobro poznane teoretične elemente. Zatrjeval sem, da pravniki prek ohranjanja in razvijanja specifične miselne drže zagotavljajo reproduciranje normativnega sveta, pri čemer sem opredelil nekaj ključnih mest, ki to držo spoznavno bodisi tvorijo ali pa ji poskušajo nasprotovati. Ob tem sem poudaril, da taka zasnova pridobivanja vednosti vodi do njene monopolizacije – »le« pravniku je

[83] Denimo indukcijo in predvsem tudi abdukcijo, ki sta nujno prisotni.

[84] Prim. Furlan, 1933, str. 49. Glej tudi Pavčnik, 2022, str. 268 in nasl. Za »hermenevtično rekonstrukcijo« silogizma glej Pavčnik, 2008.

[85] Štejemo pa ga lahko – z zadržkom – za »temeljno ogrodje«. Glej Pavčnik, 1990, str. 327.

[86] Glej Pavčnik, 2022, str. 167–185.

omogočen vpogled v abstraktne kategorije najstva –, kar pa se hkrati kaže tudi na trgu pravičnosti: dobra pravna storitev stane, sleherniku pa pogosto ni na voljo. Pravno razmišljanje sem pri tem opredelil kot nesamoumevno, potencialno problematično, vendar nepogrešljivo.

Toda zagotavljanje sinopsisa ne bo moj zadnji korak. Želim poudariti ambicijo, ki je prispevku pravzaprav ves čas botrovala. Pravno delovanje in podoba prava sta morda prepogosto na preizkušnji. Tako pravniku kot tudi pravnemu naslovniku – sleherniku – se morda prepogosto zdi, da pravo ne zagotavlja tega, kar naj bi najverjetneje bilo eno od njegovih ključnih vodil: služiti človeku. »To je igra za elito,« lahko beremo. S prispevkom sem se te problematike želel dotakniti na dva načina. Prvič, pravnemu razmišljanju, kljub ali pa morda prav zaradi njegove specifičnosti, moramo zaupati. Drugič, pravno razmišljanje se mora udejanjati prek skupne vizije, ki v ospredje ne postavlja samega sebe, temveč znotraj skupnosti odgovorno prevzema breme dobrega argumenta.

Privid pravne konstrukcije je morda le eden od načinov, kako lahko pravno miselno shemo koncipiramo. Toda cilj našega delovanja, ne glede na obliko, ki jo privzema, pa je lahko v svojem bistvu samo eden: ohranjati in razvijati boljši pravni in s tem dejanski svet.

Literatura

Alchourrón, E. C., in Bulygin, E. (1971) *Normative Systems*. Dunaj in New York: Springer-Verlag.

Ambrož, M. (2006) 'Varne sobe za injiciranje drog – tudi v Sloveniji', *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 57 (3), str. 232–239.

Austin, J. (1995) *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press.

Banovič, D. (2023) *Realistička teorija prava: ogledi o pravnom realizmu, konvencionalizmu i naturalizaciji u pravu*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta.

Bobbio, N. (1997) 'The Science of Law and the Analysis of Language' v Pintore, A., in Jori, M. (ur.) (1997) *Law and Language: The Italian Analytical School*. Liverpool: Deborah Charles Publications, str. 21–50.

Bobbio, N. (2011) *Giusnaturalismo e positivismo iuridico*. *Prefazione di Luigi Ferrajoli.* Edizione digitale: Biblioteca universale Laterza.

Bourdieu, P. (1986) 'La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique', *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 64, str. 3–19.

Bulygin, E. (1983) 'Legal Dogmatics and the Systematisation of Law', v Eckhoff, T., Friedman, M. L., in Uusitalo, J. (ur.) (1983) *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot, str. 193–210.

Bumke, C. (2014) 'Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft', *Juristen Zeitung* 13, str. 641–650.

Bydlinski, F. (1991) *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Zweite, ergänzte Auflage*. Dunaj in New York: Springer-Verlag.

Cerar, M., in Auersperger Matić, A. (2001) *(I)racionalnost modernega prava*. Ljubljana: Bonex.

Cerar, M. (2006) 'Ideološki vidiki razmerja med (demokratično) politiko in pravom', *Uprava (Ljubljana)* 4(2-3), str. 161–180.

Cerar, M. (2009) 'The Relationship Between Law and Politics', *Annual Survey of International & Comparative Law* 15(1), str. 19–41.

Cerar, M. (2011) 'The Ideology of the Rule of Law', *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 97(3), str. 393–404.

Dahm, G., in Schaffstein, F. (1933) *Liberales oder autoritäres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.

Dugar, G., Fajfar, T., Humar, M., Žagar Karer, M., Novak, A., Tičar, L., in Jemec Tomazin, M. (ur.) (2018) *Pravni terminološki slovar*. Ljubljana: Založba ZRC, ZRC SAZU.

Dworkin, R. (1986*) Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Engisch, Karl (2010) *Einführung in das juristische Denken. Elfte Auflage.* Stuttgart: Kohlhammer Verlag.

Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie: IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net>.

Slovar slovenskega knjižnega jezika, <https://fran.si/201/esskj-slovar-slovenskega-knjiznega-jezika>.

Esser, J. (1972) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt na Majni: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag.

Forgó, N. (2023) 'Jenseits der Rechtsdogmatik', v: Bezemek, C. (ur.) (2023) *Rechtsdogmatik: Stand und Perspektiven*. Dunaj: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, str. 459–468.

Forst, R., in Günther, K. (ur.) (2021) *Normative Ordnungen*. Frankfurt na Majni: Suhrkamp Verlag.

Fuller, L. L. (1963) *The Morality of Law*. New Haven in London: Yale University Press.

Furlan, B. (1933) 'Teorija pravnega sklepanja', *Zbornik znanstvenih razprav* 10, str. 29–53.

Frank, J. (1931) 'What Cours Do in Fact: Part One', *Illinois Law Review* 26, str. 645–666.

Fraenkel, E. (2019) *Dvojna država*. Ljubljana: cf. založba.

Guastini, R. (1996) 'Fragments of a Theory of Legal Sources', *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 9(4), str. 364–386.

Guastini, R. (2015) 'Realistični pogled na pravo in (s)poznavanje prava', *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 27, str. 35–44.

Haferkamp, P.-H. (2004) *Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«*. Frankfurt na Majni: Vittorio Klostermann.

Hart, H. L. A. (1958) 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 71(4), str. 593–629.

Hart, H. L. A. (1994) *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Van Hoecke, M. P. (1983) 'La Systematisation dans la Domatique Juridique', v: Eckhoff, T., Friedman, M. L., in Uusitalo, J. (ur.) (1983) *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot, str. 217–230.

Holmes, O. W. Jr. (1881) *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company.

Jestaedt, M. (2014) 'Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich', *Juristen Zeitung* 69 (1), str. 1–12.

Jhering von, R. (1899) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weinachtsgabe für das juristische Publikum*. Leipzig: Breitkopf und Härtel.

Kant, I. (2000) *Kritik der reinen Vernunft. Band I und II*. Frankfurt na Majni: Suhrkamp Verlag.

Kantorowicz, H. (1911) *Rechtswissenscahft und Soziologie. Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages zu Frankfurt am Main*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr.

Kelsen, H. (1911) Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. *Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr.

Kelsen, H. (1923) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Enwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr.

Kelsen, H. (1960) *Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*. Dunaj: Österreichische Staatsdruckerei.

Kelsen, H. (1962) 'Naturrechtslehre und Rechtspositivismus', *Politische Vierteljahresschrift* 3(4), str. 316–327.

Kelsen, H. (1979) *La teoria generale del diritto e il materialismo storico. Introduzione e Traduzione di Francesco Riccobono*. Roma: Christengraf (prevod Kelsnovega spisa *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* iz leta 1931).

Kirchmann von, J. H. (1848) *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin: Julius Springer Verlag.

Komel, S. (2023) 'Praktična vednost in praktična vednost pravnih delavcev', *Problemi: revija za kulturo in družbena vprašanja* 9-10, str. 159–193.

Leiter, B. (2008) 'Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches', *Public Law and Legal Theory Working Papers* 246, str. 1–15, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=public_law_and_legal_theory> (dostop: julij 2024).

Luhmann, N. (2000) 'Die Rückgabe des zwölften Kamels: zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts', *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21(1), str. 3–60.

Luhmann, N. (2004) *Law as a Social System*. Oxford in New York: Oxford University Press.

Merkl, A. J. (1931) 'Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus', v: Verdross, A. (ur). (1931) *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*. Frankfurt na Majni: Sauer und Auvermann, str. 252–294.

Nieto, E. C. (2021) 'The Foundations of Legal Constructivism' v: Fabra-Zamora, J. L., in Rosas Villa, G. (ur.) (2021) *Conceptual Jurisprudence: Methodological Issues, Classical Questions and New Approaches*. Cham: Springer Nature Switzerland AG, str. 295–319.

Novak, A. (2001) 'O definiciji prava', *Zbornik znanstvenih razprav* 61, str. 81–101.

Novak, A. (2003) *Narava in meje zavezujoče moči prava*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

Novak. A (2022) 'Interpretativni pluralizem' v: Novak, A., in Pavčnik, M. (ur.) (2022) *Pravne panoge in metodologija razlage prava.* Ljubljana: Lexpera (GV Založba), str. 275–304.

Novak, A. (2023) 'Pojem in pojavnosti sodniškega prava', v: Novak, A., in Pavčnik, M. (ur.) (2023) *Sodniško pravo*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), str. 323–367.

Obreza, F. T. (2022) *Pravnoteoretične in praktične razsežnosti pojma pravne dobrine*. Ljubljana: samozaložba.

Paulson, L. S. (1996) 'Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism', *The Modern Law Review* 59(6), str. 797–812.

Pavčnik, M. (1990) 'Okrog »pravnega silogizma«: odgovor prof. Lukiću in odpiranje novih vprašanj', *Zbornik za teoriju prava* 4, str. 327–334.

Pavčnik, M. (2004) 'Die (Un)produktivität der Positivistischen Jurisprudenz', v: Himma, E. K. (ur.) (2004) *Law, Morality, and Legal Positivism: Proceedings of the 21st World Congress of the IVR*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, str. 81–91.

Pavčnik, M. (2008) 'Das Hin und Herwandern des Blickes', *Slovenian Law Review* 5(1-2), str. 31–44.

Pavčnik, M., in Novak, A. (2020) *Teorija prava. Prispevek k razumevanju prava. Šesta, pregledana in dopolnjena izdaja (s poglavjem Aleša Novaka).* Ljubljana: Lexpera (GV Založba).

Pavčnik, M. (2022) *Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve. Četrta, pregledana in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).

Pavčnik, M. (2021) *Razumevanje prava.* Ljubljana: Lexpera (GV Založba).

Pavčnik, M. (2022a) 'Enotnost v različnosti, različnost v enotnosti', v: Novak, A., in Pavčnik, M. (ur.) (2022) *Pravne panoge in metodologija razlage prava*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), str. 17–35.

Pitamic, L. (1917) 'Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft', Österreichisches Zeitschrift fürr öffentliches Recht 3, str. 339–367.

Pitamic, L. (1956) 'Naturrecht und Natur des Rechtes', *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht NF* 7, str. 190–207.

Polanyji, M. (2022) *Razsežnost tihe vednosti*. Ljubljana: Krtina.

Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Špelce Mežnar k sklepu Ustavnega sodišča RS U-I-210/21 z dne 30. septembra 2021.

Radbruch, G. (1946) 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1(5), str. 105–108.

Sander, F. (1923) *Kelsens Rechtslehre – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck) Verlag.

Schaffstein, F. (1934) 'Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 53, str. 603–628.

Scalia, A. (2018) *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.

Schmitt, C. (2023), Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Vierte, korrigierte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.

Seinecke, R. (2013) 'Rudolf von Jhering anno 1858: Interpretation, Konstruktion und Recht der sog. „Begriffsjurisprudenz"', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung* 130, str. 238–280.

Somek, A. (1992) *Rechtssystem und Republik*. *Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens*. Dunaj in New York: Springer-Verlag.

Somek, A. (1996) *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis: Epitapth eines juristischen Problems.* Baden – Baden: Nomos.

Somek, A., in Forgó, N. (1996) *Nachpositivistiches Rechtsdenken: Inhalt und Form des positiven Rechts*. Dunaj: WUV-Universitätsverlag.

Somek, A. (2006) *Rechtliches Wissen*. Frankfurt na Majni: Suhrkamp Verlag.

Somek, A. (2019) '*Ex facto ius oritur*' v: Bersier Ladavac, N., Bezemek, C., in Schauer, F. (ur.) (2019) *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between Is and Ought*. Cham: Springer Nature Switzerland AG, str. 121–134.

Somek, A. (2021) *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key*. Oxford: Hart Publishing.

Vaihinger, H. (1922) *Die Philosophie des Als Ob:* System *der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus.* Leipzig: Felix Meiner Verlag.

Visković, N. (1976) *Pojam prava. Prilog integralnoj teoriji prava*. Split: Biblioteka Pravnog fakulteta u Splitu.

Znanstveni članek
DOI: 10.51940/2024.1.39-64
UDK: 340.1

Timotej F. Obreza

Privid pravne konstrukcije

O duhu in porah pravnega (spo)znanja

Pravniki pri svojem delu razmišljajo na podoben način. Prek vzorcev védenja, ki jih pridobijo z ustrezno izobrazbo in poznejšim delovanjem na posameznem pravnem področju, privzemajo ustaljeno miselno shemo. Avtor predstavi tezo, da je takšno miselno izhodišče smiselno razumeti kot privid pravne konstrukcije, ki se pravnikom pri njihovem delovanju utira pred očmi. Pri tem »privid« napoveduje dejstvo, da je ta podoba namišljena, čeprav nujna, »pravna konstrukcija« pa označuje zasnovo (rezultat) in snovanje (ustvarjalni proces) pravnega sveta. S prividom si pravniki ne samo zagotovijo dostop do specifične resnice, prek katere spoznavajo in razvijajo svet prava, pridobijo tudi privilegij, s katerim to področje védnosti monopolizirajo in monetizirajo. Ključna pri tem je priučena spoznavna metoda, ki tvori »ogrodje« pravne konstrukcije in je sestavljena iz enote, tehnike in vrline pravne sporočilnosti. Avtor te tri elemente na kratko ponazori, posebej pa poudari tudi nekatere pomanjkljivosti pravnega razmišljanja. Kot ključen je prepoznan metodološki pluralizem, ki šele omogoči celovitejše razumevanje sveta okrog nas: spoznavno sintezo. Rdeča nit, ki ideji privida pravne konstrukcije usodno botruje, zadeva sprejemanje pomembnosti pravnega dela na eni in odgovorno koriščenje privilegija pravnega znanja na drugi strani.

Ključne besede

privid, pravna konstrukcija, pravna vednost, metodološki pluralizem, odgovoren monopol znanja.

Scientific article
DOI: 10.51940/2024.1.39-64
UDC: 340.1

Timotej F. Obreza

The Phantasm of Legal Construction

On the Spirit and Pores of Legal Knowledge

Lawyers tend to think about their work in a similar manner. Through the patterns of knowledge acquired during their education and subsequent work in a particular area of law, they adopt an established cognitive scheme. This paper argues that such a cognitive scheme can be understood as a phantasm of a legal construction laid out before the eyes of lawyers. While "phantasm" refers to the fact that this image is indeed imaginary—albeit necessary—"legal construction" refers both to the conception (the result) and the design (the creative process) of the legal sphere. Through this phantasm, lawyers not only secure access to a specific truth by which they learn and shape the world of law; they also gain the privilege of monopolising and monetising this field of knowledge. The key to this is the learned cognitive method, which forms the "frame" of legal construction and consists of the unit, technique and virtue of legal communicability. The paper briefly illustrates these three elements and highlights some of the shortcomings of legal reasoning. It then identifies methodological pluralism as a crucial precondition for a more comprehensive understanding of the world around us—a cognitive synthesis. The central thread, which is fatal to the idea of the phantasm of legal construction and which the paper adopts, concerns accepting the importance of legal work on the one hand, and the responsible use of the privilege of legal knowledge on the other.

Key words

phantasm, legal construction, legal knowledge, methodological pluralism, responsible knowledge monopoly.