



Revus

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

8 | 2008

Sodniki in pravna kultura

Sodnika trije liki: Jupiter, Heraklej, Hermes

Jupiter, Hercules, Hermes: Three Models of a Judge

François Ost

Translator: Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/682>

DOI: 10.4000/revus.682

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 septembre 2008

Number of pages: 85-108

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

François Ost, « Sodnika trije liki: Jupiter, Heraklej, Hermes », *Revus* [Spletna izdaja], 8 | 2008, Datum spletne objave: 25 octobre 2011, ogled: 04 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/682> ; DOI : 10.4000/revus.682

All rights reserved

François Ost

Sodnika trije liki: Jupiter, Heraklej, Hermes

Ključne besede: piramida prava in zakonik, zamotana hierarhija, lijak prava in spis, ponovovneško pravo, omrežje prava in zbirka podatkov, kroženje pravnega pomena, igralna teorija prava

François Ost (Bruselj, 1952) je član belgijske Kraljeve akademije znanosti, književnosti in lepih umetnosti, soustanovitelj in direktor Evropske akademije za teorijo prava, vodja študijskega centra CEDRE za okoljsko pravo in podrektor katoliške valonske univerze Saint-Louis v Bruslju. Ni le pravnik, je tudi filozof in književnik.

Sourednikuje revijama *Droit et société* (www.reds.msh-paris.fr) in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (www.fusl.ac.be).

Njegove knjige so prevedene v številne jezike. Nekaj najbolj znanih je objavil v soavtorstvu. O pravu, mitu in razumu z Jacquesom Lenoblom, *Droit, mythe et raison* (Bruselj 1980). Z Michelom van de Kerchovom je pisal o morali in kazenskem pravu v *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique* (Bruselj 1981); o smernicah razlaganja v *Entre la lettre et l'esprit* (Bruselj 1989). O kritični teoriji, kaosu in protislovljnih pravne igre: *Jalons pour une théorie critique du droit* (Bruselj 1987, Bogota 2001), *Le système juridique entre ordre et désordre* (Pariz 1988, Oxford 1994, Madrid 1997), *Le droit ou les paradoxes du jeu* (Pariz 1992, Milano 1995). Na dialektično razpetost prava, ki se enkrat riše v obliki piramide, drugič spet v omrežju, sta nazadnje opozorila v knjigi *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (Bruselj 2002).

Kot soavtor in urednik je Ost sodeloval pri več zbornikih univerzitetne založbe FU Saint-Louis (Bruselj). Med njimi: *L'accélération du temps juridique* (1999), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature* (2001), *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?* (2007).

Vsa ta raznovrstna dela povezuje zavezanost k interdisciplinarnosti; na vprašanja, izoblikovana v eni stroki, tako vztrajno išče odgovore na poljih drugih ved.

Več opaznih knjig je objavil tudi samostojno. Klasično o pravnem interesu je postalo delo *Entre droit et non-droit, l'intérêt* (Bruselj 1990). Filozofskih podstav okoljskega prava se loteva v *La nature hors la loi* (Pariz 1995, Bilbao 1997, Lizbona 1998). Avto- in heteronomne legitimnosti v knjigi *Du Sinai au Champs-de-Mars* (Bruselj 1999, Soveria Mannelli 2004). O vprašanju časa v pravu: *Le temps du droit* (Pariz 1999, Lizbona 2002, Bauru Sao Paolo 2005, Mexico 2005).

Njegova knjiga *Sade et la loi* (Pariz 2005) je temeljno pravnofilozofsko delo o književnosti markiza de Sada; umišljeni zaključni pogovor med de Sadom in Portalisom, piscem francoskega Civilnega zakonika iz leta 1804, bo jeseni v Bruslju uprizorjen na dramskem odru. Prav tako se je v preteklosti zgodilo z *Antigone voilée* (Bruselj 2004). Med sodobne klasike prava in književnosti pa se je François Ost zapisal z delom *Raconter la loi* (Pariz 2004, Sao Leopoldo 2005, Bologna 2007), v katerem se zateka k izvirom pravne domišljije. Je tudi dopisni član uglednega italijanskega združenja za pravo in književnost (www.lawandliterature.org).

V zadnjem času se ukvarja s prevajalno paradigmo prava: *Le droit comme traduction*, o kateri je predaval na *College de France*. O boju za oblast nad slovarji in jezikom piše v *Furetière. La démocratisation de la langue* (Pariz 2008).

Nekaj njegovih angleških in francoskih člankov je dostopnih na spletišču www.dhdi.free.fr. Pet jih je bilo nedavno ponatisnjenih v *Dire le droit, faire justice* (Bruselj 2007). Med njimi tudi izvornik tu objavljenega *Jupiter, Hercule, Hermes: trois modèles du juge*. Ta je bil v španščini objavljen še v reviji *Doxa* (1993) 14, 169–194, sploh prvič pa v Pierre Bourzeta (ur.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Pariz, Esprit, 1991, 241–272. V članku skuša Ost izrisati sodobno podobo sodnika, vpetega v ponovoveško omrežje prava.

François Ost

Sodnika trije liki: Jupiter, Heraklej, Hermes

V francoski *Reviji Državne sodniške šole* iz junija 1990 je sodniški poklic opisan s temi izrazi: »Za poklic, ki postaja vse bolj mnogoličen in raznovrsten, očitno nimamo več nobenega naveznega modela, nobene enopomenske opredelitve.« Trditev je izražena v okviru opažanja, ki sodniško in pravno polje opredeli kot »raznorodno in zapleteno«, razvijajoča se dogajanja pa naj bi ob tem prepovedovala »vsakršen ozir na zamisel o nekakšnem modelu«. ¹

Vsaj navidez protislovno ta kriza modelov vsekakor izhaja precej manj iz odsotnosti ozirov kot iz njihovega preobilja, kakor da pravnik in posebej še sodnik iz skladišča dodatkov pravičnosti ne bi bil zmožil izbrati oblačila, ustrežajočega številnim vlogam, ki jih od njega zahtevamo. Ali naj bo to toga, lažni ovratnik ali bluza – če prevzamemo seznam, ki ga je svojčas ponujal André-Jean Arnaud?² Naj kar takoj poudarimo, da bi bilo tovrstno pomnoževanje – ki mu ni tuj iz zavesti travestije izhajajoči občutek zasmehovanja – lahko eno od znamenj ponovovestva, za katero so prekrivanje in stalna prepletanja iger jezika posebej značilni.

Kako torej uobličiti nekaj, kar se zdi uobličanju izmuzljivo? Začeli bi morda lahko z obuditvijo dveh skrajnih likov pravnosti, zato da bi nato v med-dvojnosti, ki ju ločuje, ali v prepolnosti, ki ju včasih zbližuje, izrisali tretji lik, ki bi zaradi svoje zapletenosti prav lahko ustrezal sedanji razsejanosti teorij, vrednot in razprav.

Naj bo prvi model piramide ali zakonika. Poimenovali ga bomo jupitrovsko pravo. To pravo, ki vedno prihaja z vrha kakšnega Sinaja, privze-

1 *Revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, št. 3, junij 1990, 14–15.

2 André-Jean Arnaud, *Le medium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, *Archives de philosophie du droit*, 1972, 165 in nasl. Primerjaj tudi François Ost, *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice*, v Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (ur.), *Fonction de Juge et pouvoir judiciaire. Transformation et déplacements*, Bruselj, FU Saint-Louis, 1983, 1–70.

ma obliko zakona. Izraža se v velelniku, največkrat kot prepoved. Vedno se vpisuje v neki svet depó: zakonske tablice ali novoveške zakonike in ustave. Iz tega vrhovnega zavetišča pravnosti izhaja vse preostalo pravo v obliki posamičnih odločitev. Tako se izrisuje piramida – presunljivi spomenik, ki pogled neubranljivo vleče proti vrhu, gorišču, iz katerega izžareva vsa pravičnost. To jupitrovsko pravo je povsem očitno oznamovano s svetostjo in transcendenco.

Pojav drugega, heraklejskega modela, ki nas pripelje nazaj na zemljo, zato kaže podobo preobrata – človeka ali, natančneje, sodnika postavi z ikonoklastičnim gibom za vir edinega veljavnega prava. Z različnimi smermi realizma – seveda tu mislimo na »ameriški realizem« in posebej na *sociological jurisprudence* – se izrisuje model, ki ga bom označil kot lijak (obrnjeno piramido) ali kot spis. Kot vemo, je bil Ronald Dworkin tisti, ki je liku novoveškega sodnika z močno poudarjenim vrednotenjem nadal poteze Herakleja. Ne da bi Dworkinovo stališče lahko izenačevali s stališčem ameriških realistov – daleč od tega –, bomo tu obdržali Heraklejevo ime, saj je to posebej dobrodošlo oznamovanje za tega sodnika polboga, ki si zadaja izčrpavajoče delo pravičnika in svet prenaša na svojih iztegnjenih rokah, s čimer zvesto poustvarja podobo lijaka. Odtlej drugega kot sodnega prava ni več, saj oblast predstavlja sodna odločba, ne pa zakon. Namesto zakonika pride spis; posameznost in konkretnost primera ima prednost pred splošnostjo in abstraktnostjo zakona. Ta zasuk vidika nas z vrhov zakonske transcendence vodi k imanenci naših tekmujočih koristi. Medtem ko je piramida napeljevala na svetost in najvišji vzor, lijak obuja materijo, posvetnost, celo živež. Meč nekakšne z jupitrovskim ukazovanjem navdahnjene pravičnosti je zdaj nadomestila tehtnica naših izračunavanj in vsakdanjih izravnavanj.

Lahko bi, kajpak, ostali pri tem in o prepletenosti teh prvih dveh likov poljubno glosirali. Prav nič težko ne bi bilo pokazati, da model piramide prevaja zahteve liberalne oziroma pravne države 19. stoletja, model lijaka pa izvajanja socialne države oziroma države blaginje 20. stoletja. V nadaljevanju bi bilo prav lahko zaključiti, da je naša pravna dejanskost oznamovana z neko glede na veje prava spreminjajočo se sestavo iz dveh pravnih racionalnosti, ki smo ju na kratko ravno razločili. Od prve naj bi z zakoniki in ustavami podedovali načela in pojme, ki naši stroki dajejo ogrodje, druga pa naj bi nam dala te sodnike, za katere se zdi, da – od ustavnih odločitev do začasnih odredb – izvršujejo monopol *jurisdictionis*.

To pa bi vendar pomenilo, da smo se izvlekli na lahko in bistvo pustili ob strani. Dejansko vse navaja k prepričanju, da je zapletenost, s katero se soočamo, še veliko večja, kot prekrivanje teh dveh modelov namiguje. Poleg dejstva, da sta tako eden kot drugi danes zašla v krizo, pa niti ne ponujata kaj

več kot precej osiromašeno predstavljanje okoliščin, ki naj bi jih bila svojčas opisovala. Družba in ponovoveško pravo si zaslužita več od tega teoretičnega zlepljanja. Zato bi bilo ustrezno, da si za nalogo zadamo izoblikovanje nekega novega modela.

Za ta model predlagamo, da se izriše v obliki Hermesa, božjega sla.³ Vedno v gibanju je Hermes hkrati na nebu, na zemlji in v peklu. Odločno zavzema med-prostor; zagotavlja izmenjavo med enimi in drugimi. Kot bog trgovcev predseduje menjavam; kot psihopomp povezuje žive in mrtve; kot bog pomorščakov utrjuje neznane poti. Hermes je obči posrednik, veliki sporočevalec. Ne pozna drugega zakona kot zakon kroženja diskurzov, s katerim vlada vedno ponavljajanim igram.

Tako kot sta se gora ali piramida prilegali veličanstvu Jupitra, lijak pa pragmatizmu Herakleja, tako se na drugi strani potovanje, ki ga riše Hermes, kaže v obliki mreže. Nič več nimamo enega pola niti dveh, celo prekrivanja ni več, marveč je tu množstvo med sabo povezanih točk. Pravno polje, ki se izraža v neskončni kombinatoriki včasih ločenih, včasih prepletenih, pogosto pa izmenljivih sil; množitvi igralcev; razločevanju vlog; izmenjavi odgovorov. Takšno kroženje podatkov in pomenov se ne pusti več držati v zakoniku oziroma v spisu, ampak se kaže kot zbirka podatkov. Ponovoveško ali Hermesovo pravo je red v omrežju, ki se prevaja v neskončnosti hkrati neposredno dostopnih in težko obvladljivih podatkov, kot je to pri zbirki podatkov. Da bi vendar skušali razvozlati smisel teh neskončno zapletenih in medsebojno prepletenih iger jezika, bomo predlagali nekaj vidikov tega, čemur bi se lahko reklo igralna teorija

3 Lik Hermesa v pravni misli ni neznan. Obuja ga več avtorjev, vendar v zelo drugačnih pomenih od tega, ki se ga bomo držali mi. Louis Sala-Molins (*La Loi, de quel droit?*, Pariz, 1977, 29 in nasl. ter 103 in nasl.) ga predstavi kot glasnika univerzalnega zakona poželenja, ki izkorišča politični zakon. Avtor mu pripiše filozofijo Ramóna Llulla, ki se sklada in izraža s temi besedami: »Sam sebi sem dovolj, naj gre zakon k hudiču.« Ta slika Hermesa se nam zdi popolnoma poenostavljena: daleč od tega, da bi bil izraz solipsističnega glasu, je Hermes nasprotno tolmač, posrednik, glasnik. Pri Sala-Molinsu za dialog in mediacijo ni prostora; ko beseda ni nič več kot monolog, kot samopotrjevanje, ni zakon nič drugega kot nasilje in sodba inkvizicija. Hermesa prav tako obuja neki drug sodobni avtor: Ronald Dworkin (*Law's Empire*, London, 1986, 317 in nasl.) ga tokrat izriše v obliki sodnika, ki zakon razlaga po volji zakonodajalca; to metodo pa avtor kritizira posebej zato, ker je takšno voljo nemogoče prepoznati. Našega Hermesa od Dworkinovega ločuje več potez. 1. Pri Dworkinu gre izključno za sodnika, medtem ko za nas Hermes pomeni vsakega pravnega igralca, vsakega govornika, ki se izraža v pravnem diskurzu – četudi je to preprost posameznik – če le prevzame »hermenevtični« odnos, ki ga bomo predstavili kot lastnega »modelu Hermesa«. 2. Pri Dworkinu se sodnik Hermes posveča razlaganju zakona v pomenu, ki ustreza volji zakonodajalca, medtem ko je za našega pravnika Hermesa volja avtorja besedila zgolj en element iz množice elementov, ki tekmujejo pri določanju optimalnega pomena norm, ki jih je treba razložiti. 3. Končno Dworkinov sodnik Hermes daje prednost volji zakonodajalca, medtem ko se naš pravnik Hermes trudi, da bi v graditev pravnega pomena vključil normative stvaritve, izhajajoče iz drugih virov, kot so sodna praksa, običaji, mednarodne konvencije, splošna pravna načela, doktrina itd.

prava. Končno bomo na novo postavili vprašanje njene legitimnosti v vsej njevovi korenitosti: saj če Hermes ni niti transcendenčen niti imanenten, ampak, še enkrat, med-dvema (dialektičen) ali, še bolje, protisloven (eden in drugi), potem se bomo morali naučiti tudi preoblikovanja naših odgovorov na vprašanje »dobrega prava«.

Pređen pa s Hermesom zakorakamo v labirintsko omrežje ponovoveškega prava, moramo nekoliko bolje preučiti model piramide in model lijaka.

1 JUPITER, PIRAMIDA IN ZAKONIK

Klasični pravni model, torej tisti, ki ga še naprej poučujejo na pravnih fakultetah in ki hrani kanonske predstave pravnikov, model, ki poleg drugega seveda ni povsem izgubil praktične uporabnosti, je model uzakonjenega prava. Ustvarjalna moč takšnega prava se navadno pripisuje enotnemu in vrhovnemu avtorju: Likurgu, Solonu, Justinijanu, Napoleonu. Jean-Jacques Rousseau, veliki teoretik civilne religije, takole skicira portret tega nenavadnega zakonodajalca: »Da bi se odkrila najboljša pravila družbe, ki ustrezajo narodom,« kot zapiše v *Družbeni pogodbi*, »bi potrebovali višji um, ki pozna vsa človeška poželjenja, ki nima nobene povezave z našo naravo, a jo pozna do potankosti, katerega sreča bi bila neodvisna od nas in vendar bi želel ukvarjati se z našo; ki končno lahko, pripravljajoč si v napredek časa oddaljeno slavo, deluje v enem stoletju in uživa v drugem. Treba bi bilo bogov, da bi dali zakone ljudem.«⁴

Takšno uzakonjeno pravo, pripeljano do preprostosti enotnega dela, se izraža v hierarhični in piramidalni obliki. Novoveški in pozitivistični teoretiki prava – kot sta Merkel in Kelsen, ki verjameta, da sta osvobojena vsakršne mitologije – ponujajo teorijo v obliki »zgradbe prava v stopnjah« (nem. *Stufenbau*). Po Kelsnu pravni sistem »ni skupek veljavnih norm, enih poleg drugih, ampak piramida oziroma hierarhija norm, ki so si ene drugim nadpostavljene oziroma podrejene, višje oziroma nižje.«⁵ Slapovju oblasti, ki so ena drugi strogo podrejene, odgovarja stopničenje hierarhično izpeljanih pravil. Gibanje, ki poživlja ta ustroj, je vedno premočrtno in enosmerno: če naj poiščemo temelj veljavnosti norm, potem bomo od nižje norme splezali k višji, da bi končno prišli do temeljne norme, ki vrhovno oblast poverja za ustvarjanje veljavnega prava; če naj preučimo, kako je neka nova pravna norma ustvarjena, pa bomo šli v nasprotni smeri, začeni pri prvem izvoru pristojnosti, da bi nato prekoračili različne stopnje normativne hierarhije, pri čemer se bo vsaka norma razčlenjevala

4 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social. Des principes du droit politique*, Pariz, 1972, 107. Primerjaj slov. prevod *Družbena pogodba*, Ljubljana, Krtina, 2001.

5 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2. izdaja, v francoskem prevodu Charlesa Eisenmanna, Pariz, 1962, 255.

hkrati kot uporaba oziroma individualizacija višje norme in poveritev organa, ki ustvari nižjo normo.

Zdi se nam, da logična ureditev tega ustroja precej slabo zakriva v njej zaobseženo politično teologijo, ki jo navdihuje. Werner Krawietz je v tem oziru pokazal, da suverenost zakonodajalca (*princeps legibus solutus*) naj ne bi bila drugega kot laicizacija božje *suprema potestas*, medtem ko naj bi členitev pozitivnih pravnih norm pomenila normativno slapovje, ki ga je posebej še sveti Tomaž vzpostavil med *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* in *lex positiva*.⁶ Poleg tega bo sam Kelsen, ki statuta temeljne norme ni nikoli prenehal premišljevat, končno pripoznal, da mora norma nujno izražati pomen nekega voljnega dejanja, in ne samo nekih miselnih podmen. Postavitev temeljne norme zato vključuje tudi postavitev obstoja neke »umišljene oblasti«, ki to normo »hoče«. Brez dvoma je to izmislek, pa vendar izmislek, ki je za pozitivistično učinkovitost veljavnih pravnih redov nujen.⁷ Če hočemo zagotoviti enotnost in učinkovitost pravnega sistema, bomo delali, »kot da« mu je dal začetni vzgib kak umišljeni gospod. Jupiter zagotovo ni prav daleč.

Dokončna racionalizacija tega pravnega modela – pojav, ki se, kot je spomnil Max Weber, razširja čez stoletja – pripelje do velikih novoveških uzakonitev. Vzpostavi se zamisel, da je treba vso pravno stvarino zbrati v en sam, enoten *Codex*, ki bi izražal kakovosti notranje skladnosti, popolnjenosti, jasnosti, neodvečnosti, preprostosti in uporabljivosti. Pri tem ne bi šlo zgolj za preprosto vzporejanje oziroma zbor kazuističnih rešitev, ampak za resnično pretvorbo pravil s pomočjo urejanja njihovih pojmov in njihovih načel, strogo izpeljanih iz nekaj začetnih aksiomov.

Uspeh uzakonitev ne pride le s to formalno racionalizacijo; vključuje tudi korenito poenostavitev pravne stvarine, ki je hkratna z niveliranjem družbenega sistema. Zakonodajalec je s tem, da iz preteklosti naredi nepopisan list, navdahnjen z nekim novim pojmovanjem družbenega, pravo na novo zapisal tako, da ga je približal nekaterim bistvenim skupinam. Neko pozornost zbudajoče uje-manje je opaziti med uspelimi uzakonitvami in okrepitevijo politične oblasti, pa naj gre pri tem za zmagoslavje neke vrste razsvetljenega despotizma, pojav nacionalne osvoboditve ali uspeh prevratnega procesa.

Zdi se nam, da model zakonika končno nujno spremljajo štiri stvari.

- 6 Werner Krawietz, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Eine säkularisierte politische Theologie?, v Werner Krawietz in Helmut Schelsky (ur.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humboldt (Rechtstheorie; 5), 1984, 257–264.
- 7 Hans Kelsen, Die Funktion der Verfassung, v Hans Klecatsky, Rene Marcic in Herbert Schambeck (ur.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1. del, Dunaj, 1968, 1977; o tem vprašanju primerjaj François Ost in Michel van de Kerchove, La référence à Dieu dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen, v *Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson (1929–1983)*, Bruselj, FU Saint-Louis, 1985, 285–324.

Prva je pravni monizem. V nasprotju z razpršitvijo zatočišč prava stvarina prava odslej zavzema prevladujočo obliko zakona, ta pa se uteleša v zakonikih, ki urejenost in oblastnost še dodatno krepijo.

Drugi nujni spremljevalec je politični monizem oziroma monizem državne suverenosti. Uzakonjenje – tako kot, med drugim, vzpostavitev ustave na vrhu normativne piramide – predpostavlja uspeh procesa nacionalnega poistovetenja in upravnega osredinjenja, ki doseže vrhunec v podobi suverena. Številnost institucij, stanov in drugih teles Starega režima tako nadomesti mitično poenoteni prostor nacionalne volje. Mnoga delna in področna soglasja nadomesti nacionalno soglasje – naj bo resnično ali vsiljeno, je pri tem malo pomembno – katerega glavne izbire prevaja zakonik.

Tretji nujni spremljevalec zamisli o uzakonjenju je tisti o izpeljani in premočrtni racionalnosti: posamične rešitve so izpeljane iz splošnih pravil, ki so sama izpeljana iz še splošnejših načel prek premočrtnih in hierarhičnih sklepov. Močan argument v pravnih sporih ni nič drugega kot s pomočjo izbrane razlage sklicevati se na zakonodajalčevo razumnost, ki je jupitrovski porok logične notranje skladnosti in ideološke ubranosti sistema.

Končno predpostavlja uzakonjenje še eno pojmovanje tistega časa, ki je usmerjeno proti obvladovani prihodnosti. V nasprotju s časom dolgoročnosti (v preteklost zagledano časnostjo, ki oznamuje običajno pravo) se polotitev uzakonjevanja naslanja na zelo novoveško vero v zgodovinski napredek: predstavo, da zakon z vnaprejšnjim pričakovanjem mogočega in bolj zaželenega stanja stvari lahko poskrbi za prihod lepše bodočnosti.⁸

Skratka, kot spominja Pierre Bourdieu, »uzakonjenje naredi stvari preproste, jasne, sporočilne.«⁹ Medtem ko je vendarle res, da smo dokončno vstopili v dobo zapletenosti, pa je mogoče podvomiti, da je paradigma piramide in zakonika zašla v zelo globoko krizo. Se je v teh razmerah treba čuditi, da nekateri, ki so željni korenitega odklona od prvega modela, sledijo poti popolnega zasuka – poti prevrata, za katerega bi vendar morali povedati, da pomeni tudi »vrnitev v izhodišče«. Sledeč »zakonu bipolarnosti zmot« – o njem je govoril Gaston Bachelard in po njem se napačni položaj ne zapusti, ne da bi takoj zavzeli nasprotni položaj, ki je prav tako poenostavljajoč in s prvim nedvomno deli določeno število bistvenih potez¹⁰ – bodo nekateri avtorji iz sodnika, in to iz vsakega sodnika, naredili izključno zatočišče pravnosti.

8 O vsem tem glej François Ost, *Codifier en 1987?*, *Journal des Procès*, št. 116, november 1987, 16 in nasl.

9 Pierre Bourdieu, *Habitus, code et codification*, *Actes de la recherche en sciences sociales*, št. 64, september 1986, 42.

10 O tem glej François Ost in Michel van de Kerchove, *De la »bipolarité des erreurs«, ou de quelques paradigmes de la science du droit*, *Archives de Philosophie du droit* (1988) 33, 177 in nasl. Glej tudi Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective* (1938), v slov. prevodu Vojslava Likarja: *Oblikovanje*

2 HERAKLEJ, LIJAK IN SPIS

Nekaj tragičnega je v liku Herakleja, prav tako kot v Prometejevem, ki s prvim ni nepovezan (mar ne pravimo, da je prav Heraklej tisti, ki Prometeja prinese s kavkaških gora, kjer je bil vklenjen, ker je bogovom ukradel ogenj, da bi ga dal ljudem?). Kot vemo, je Heraklej zaznamovan s prekletstvom Here; ne otrese se pokore za detomor, ki ga je storil na njeno prigovarjanje. Njegovo obsežno delovanje je znak odkupovanja za to napako. Za katero napako pa nosi pokoro naš heraklejski sodnik novega veka? Je to teža gospodarskega liberalizma, ki se je razvil v zavetju pravnega formalizma? Je to legalistična kratkovidnost eksegeze 19. stoletja?

Kakor koli naj že je, današnjemu sodniku blaginje ne bo nič prizaneseno. Spravljati družine v sporu, usmerjati podjetja v težavah, da bi se, če je mogoče, izognila stečaju; presojudati, ali je v otrokovo korist, da ga naravni oče prizna, kljub materinemu nasprotovanju (čl. 319/III belgijskega Civilnega zakonika); ocenjevati, ali »stanje žalosti« neseče matere upravičuje zeleno prekinitev nosečnosti (čl. 348 in nasl. belgijskega Civilnega zakonika); posegati v vroče kolektivne delovne spore in odločati, posebno še z začasnimi odredbami kakšnega 14. avgusta opolnoči, ali je ali ni zakonita stavka zračnih pilotov državnega podjetja, ki je predvidena za šesto uro naslednjega jutra;¹¹ presojati, ali je z zakonom skladno povečanje kapitala, ki je sprejeto z namenom obrambe pred javno ponudbo prevzema holdinške družbe, katere vrednost pomeni tretjino belgijskega gospodarstva;¹² nalagati moratorije za dela ali posle, ki ogrožajo ekološka ravnotežja; soditi, ali je nošenje muslimanske rute združljivo s pravili obnašanja in duhom šole ...

Heraklej je prisoten na vseh bojnih črtah: še vedno odloča in razsoja, kot je to počel njegov predhodnik, ki se je zatekal v senco Zakonika, vendar pa enako dobro poprijemlje tudi po drugih delih. V predhodnih postopkih svetuje, usmerja, preprečuje; po koncu sodnih postopkov sledi razvoju spisa, prilagaja svoje odločitve okoliščinam in potrebam, nadzira izvrševanje kazni. Jupitrovski sodnik je bil človek zakona; Heraklej se, na drugi strani, razpira v družbenega inženirja.

Razumljivo je, da takšen razvoj, predvsem kadar prizadene ustavnosodne oblasti, ki jim je naložena presoja ustavnosti zakonov (ali pa so si to pristojnost prilastile postopoma kot vrhovno sodišče ZDA), pripelje do relativizacije mita

znanstvenega duha, Prispevek k psihoanalizi objektivnega spoznanja, Ljubljana, Studia humanitatis, 1998, 20.

11 Trib. civ. Bruselj (réf.), 15. avgust 1987, neobjavljeno; o celotnem vprašanju glej François Ost, Rapport général de synthèse, v Jean Gillardin in Pierre Van Der Vorst (ur.), *Les conflits collectifs en droit du travail. Solutions négociées ou interventions judiciaires?*, Bruselj, FU Saint-Louis, 1989, 109–131.

12 Trib. comm. Bruselj (réf.), *Journal des Procès*, 1988.

o vrhovnosti zakonodajalca. Njen najbolj korenit izraz pa s tokovi realizma in *sociological jurisprudence* najdemo prav v Združenih državah Amerike.

Sodnik Oliver Wendell Holmes je bil prvi, ki je dregnil v tradicionalni hierarhični odnos med pravili in odločbami, ustvarjanjem in uporabo prava, ko je pravnost opredelil takole: »Prerokbe o tem, kar bodo sodišča dejansko storila, in nič bolj prevzetnega, to je tisto, kar pojmujem kot 'pravo'«. ¹³ Pravo v tem pogledu ni več najstvo ali skupek pravil, ampak zapleten dejanski pojav, sestavljen iz obnašanja pravnih oblasti. S tem pride do korenite spremembe v pogledu, ki odtlej pravo riše kot lijak ali narobe obrnjeno piramido. Jerome Frank je to spremembo paradigme precej posrečeno označil kot »kopernikanski obrat«: medtem ko tradicionalna pravna misel v središče sistema postavlja pravila in verjame, da je iz njih mogoče mehansko izpeljati odločitve v posameznih primerih, Holmes in realistično gibanje v srce sistema postavita sodne odločitve. ¹⁴ Splošna in normativna pravila so ponižana v *paper rules* (Llewellyn) ali preproste pravne možnosti, ki naj jim trdnost dajo sodniki pri odločitvah v posameznih primerih – *real rules* – oblikovanih v povedniku.

Namesto klasičnega vidika, ki ves prežet z moralizmom daje prednost pravilu in dolžnosti pokoriti se, imamo zdaj vidik *bad man*-a, ki ga skrbijo zgolj morebitne neprijetne posledice njegovih dejanj. Vprašanje torej ni več »Kaj je moja dolžnost?«, ampak »Kakšna je možnost, da sodna oblast moje ravnanje kaznuje?«. ¹⁵ Zato je razumljivo, da nič več ni pravilo tisto, ki odločbi daje utemeljitev, saj se odločevalcu ne vsiljuje več *a priori*; pomeni kvečjemu še nekakšno prerokbo bodočih odločitev. Nič več ni odločitev tista, ki izhaja iz pravila, marveč pravilo izhaja iz nje.

Takšen model je vsekakor zelo drugačen od prejšnjega; kljub temu pa je mogoče misliti, da po nekem zrcalnem učinku poustvarja njegovo obratno podobo. Po eni strani gre pri obeh paradigmah za nezmožnost na zadovoljiv način povezati dejstvo in pravo; po drugi strani – in to ni neodvisno od prvega – pa smo priča nekakšnemu pozabljenju resničnega življenja prava, saj to nazadnje izgineva v umišljenih krajih, iz katerih naj bi izhajalo: v vrhu piramide ali v skrajnem koncu lijaka.

Kar se tiče heraklejskega prava, je pri njem učinkovitost (neizpodbitnost dejstva) nujni in zadostni pogoj veljavnosti; zakonitost pravila, *a fortiori* pa tudi njena legitimnost pri tem nista upoštevni. Pravo je skrčeno na dejstvo, na neizpodbitno materialnost odločitve. Kot lahko vidimo, pa s tem prikladnost izgubi

13 Oliver Wendel Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* (1897) 10, 461; ponatis, dostopen na spletišču www.gutenberg.org.

14 Jerome Frank, *Mr. Justice Holmes and Non-euclidean Tegal Thinking*, *Cornell Law Quarterly* (1932) 17, 568; ponatisnjeno v Jerome Hall (ur.), *Readings in jurisprudence*, Indianapolis, 1938, 368.

15 Holmes (op. 13), 459.

sama zamisel o veljavnosti, z njo pa tudi tista o normativnosti. Mar ne priznava-jo realisti sami, da se njihova *real rules* spregajo v povedniku? Pri tem smo priča ne le atomizaciji pravnega, ki je razdrobljeno na množstvo odločb, ampak, kar je še bolj temeljno, tudi slabitvi normativnega, ki se izčrpava v razpršeni zbirki sporadičnih izrazov volje. V teh pogojih odločba ne premore zbrati več nič normativnosti pravila, ki je po definiciji odsotno, in se odtlej kaže kot »dejstvo sodnika«, ki mu veljave ne daje nobena normativna predpisanost. Kot je to zelo dobro razumel eden od predstavnikov tega toka, Jethro Brown, pravo končno nikjer več ne obstaja: ni ga niti v zakonu niti v preteklih ali sodobnih sodnih odločitvah (razen, kar zadeva slednje, za stranke v sporu). Vedno je zgolj v nastajanju; njegov edini kraj izvora je posamična odločitev, ki pa, kakor hitro se pojavi, tudi premine.¹⁶

Kar zadeva jupitrovsko pravo, pa je nujni in zadostni pogoj veljavnosti pravila mogoče najti v zakonitosti. Za normo zadošča, da jo je pristojna oblast izrekla po predvidenih postopkih; predhodna vprašanja legitimnosti in naknadna vprašanja učinkovitosti pri tem niso pomembna. Pri tem se spet pogrēša resnično življenje prava, ki povezuje dejstvo in pravo, ki je zlog zakonitosti, učinkovitosti in legitimnosti. Na koncu se vse pretvarja na neki začetni *volō*, na dejanje prvega nevidnega gibala, ki stroj spravlja v pogon, ne da bi se sicer ukvarjalo z njegovo kasnejšo potjo. Zgoščena na vrhu normativne piramide se pravnost razgalja kot izmislek umišljene oblasti, ki naj bi temeljno normo hotela.

Pustimo za zdaj te temeljne razčlembe in se še za trenutek vrnimo k Heraklejevim vsakdanjim opravilom. To, kar moramo še pokazati, je, da njegov pristop z vsemi zunanji znaki spisa nadomešča tiste znake, ki smo jih nedavno pripisovali modelu zakonika. Zakonik, bi rekli, vključuje normativni monizem. Spis pa, nasprotno, s sabo potegne pomnoževanje odločitev v posameznih primerih. Splošnost in abstraktnost zakona odstopata prostor posamičnosti in konkretности odločbe. Enako, če pravni pojav preučujemo glede na posamične pristojnosti, bomo videli, da razširjena in spremenljiva kategorija koristi ali interesov teži k podrtju jasnih meja in stroge hierarhije pravic, ki jih je vzpostavil Civilni zakonik iz leta 1804.¹⁷ Okretnosti tekmujočih koristi ustreza gibkost norme, ki je oblikovana kot spremenljiv merilni pripomoček, prekarni kompromis, statistično sredstvo.

Prav tako bomo opazili, da medtem ko zakonik predpostavlja politični monizem, na drugi strani spis za sabo ne potegne pluralizma (ta predpostavlja neko načelo očlenjevanja), ampak razpršitev tistih oblasti, ki so pristojne, da povedo, kaj pravo je: gre na neki način za drobitev brez povezovanja.

16 Jethro W. Brown, *Law and Evolution*, *Yale Law Journal* (1920) 29, 394.

17 O tem vprašanju primerjaj François Ost, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit civil*, drugi del zbornika: Philippe Gérard, François Ost in Michel van de Kerchove (ur.), *Droit et intérêt*, Bruselj, FU Saint-Louis, 1990.

Tretji nujni spremljevalec zakonika je bila izpeljevana in premočrtna racionalnost, ki izhaja iz poklicanosti prava, da se uporablja na dejstvih. Vendar se pristop takoj, ko je prvenstvo pravila izpodbito, obrne tako, da postane napeljevalen. Iz dejstev napeljujemo pravilo ali, natančneje, odločitev v posamičnem primeru, na katero se naslanja pravnost. Po resnici povedano se skrb za logično notranjo skladnost najpogosteje umakne iskanju praktične izvršitve, saj je stava Heraklejevega posredovanja bolj v tem, da predlaga najbolj razsodno ureditev tekmujočih koristi, kot pa v tem, da zagotovi najpravilnejšo uporabo zakona. Nič več ni logika tista, ki bo pravniku v pomoč, ampak so to ekonomija, računovodstvo, balistika, medicina in psihiatrija.

Končno smo uzakonjevanju pridružili neko časnost, ki je utemeljena na volji in trajanju, oznamovana pa s skrbjo za obvladovanje prihodnosti s pomočjo zakona in za zagotovitev napredka s pomočjo normativnega reda. Spis na drugi strani vključuje pretrgani čas, ki je sestavljen iz sporadičnih in po uporabi odvrgljivih pravnih vpadov.

Morda bi morali zaznati, da nista konec koncev Heraklej in Jupiter nič drugega kot dve podobi prava, dva modela, dva ideal-tipa, ki sta od pravne resničnosti precej oddaljena. Nedvomno. Kljub temu je treba priznati, da sta eden in drugi tipična lika pravne domišljije, ve pa se tudi to, da bi bilo podcenjevanje učinkovitost tovrstnih predstav velika napaka.

Vendar pa bodo nekateri, opozorjeni na omejujoči značaj skrajnih teorij, njihove postavke neprenehoma prilagajali, relativizirali, združevali. Pri tem sodeluje večina splošnih pravnih teorij, posebno tistih, ki so v fakultetnih učbenikih. Govori se, na primer, o zakonodajalcu, ki je družbeno občutljiv, ki skrbno povezuje predloge pazljive doktrine in razumno ustvarjalne sodne prakse, ki je primeroma zmožen svoje besedilo prilagoditi potrebam trenutka. Dovoljena je tudi misel, da z vrha svojega Olimpa Jupiter v dialogu s svojim ljudstvom temu predlaga neko novo zavezo.

Medtem ko se Jupiter človeči, bi se nasproti temu tudi Heraklej lahko vsaj deloma odtrgal od svoje človeške narave in se dvignil na neko raven višje racionalnosti. Ravno v tej smeri se podaja Dworkinov Heraklej, ta razumni sodnik, ki »temeljne pravice jemlje resno«, ki obvladuje »cesarstvo prava«, ki si v vseh okoliščinah, posebno pa še v »težkih primerih«, prizadeva najti edini vsiljujoči se »pravi odgovor«. Njegova religija je dejansko enotnost prava, ki jo je v vsaki od svojih sodb dolžan utrjevati: enotnost v dvojnem pomenu najboljše notranje skladnosti zgodbe, ki izhaja iz preteklega in sedanjega stanja prava, in najbolj zadovoljive hierarhije načel politične morale, ki jih skupnost v vsakem trenutku svoje zgodovine deli. Zelo daleč smo torej od decizionizma in od pragmatizma.

Pa smo se zato odtegnili od klasičnih modelov? O tem je dovoljeno podvomiti. Mar se za vzorno enotnost prava ne išče še vedno neko edinstveno in vrhovno zatočišče, ki bi bilo porok vsej racionalnosti? Jupitrovski sodnik je skle-

pal s predpostavko zakonodajalčeve razumnosti; Dworkinov Heraklej s predpostavko enotnosti prava, pri tem pa samega sebe postavlja za njenega junaka. Pa je v tem res kakšna razlika?

Kaj ni čas, da bi se zapletenost prava mislila iz nje same, ne pa kot dodatek in zapletanje preprostih modelov? Kaj ni čas, da bi se pravo raje mislilo kot neprestano kroženje pomena, in ne kot razpravljanje o resničnosti? Kaj ni čas, da bi se zavedeli množstva in mnogovrstnosti igralcev, ki so na pravni sceni in ki vsak po svoje sodelujejo pri »upovedovanju prava«?

Monizmu bi bilo treba nasproti postaviti ne razpršitev, ampak pluralizem; dvočleni absolutizem (dovoljeno/prepovedano, veljavno/neveljavno) bi bilo treba nadomestiti z relativizmom in stopnjevitostjo – ki se vendar ne preveže v skepticizem;¹⁸ hierarhični premočrtnosti bi bilo treba nasproti postaviti ne začarano krožnost, ampak plodovito vztrajno ponavljanje; zapiranje diskurza in njegov determinizem bi bilo treba nadomestiti z nadzorovano ustvarjalnostjo nekega korenito hermenevtičnega pravnega razpravljanja.

Treba bi si bilo prizadevati za teorijo raznovrstnega prava, pri čemer ta raznovrstnost vendar ne bi pomenila brezpravja in brezvladja. Treba bi bilo pokazati, kako se pravni red hrani z obrobnim ali celo z notranjim neredom in kako tudi sam zopet proizvaja nered. Treba bi bilo misliti neko avtonomnost, ki bi bila hkrati heteronomnost. Treba bi bilo dodati tudi nenehno prepletanje prisile in pravičnosti.

Z eno besedo, treba si je prizadevati za teorijo prava kot kroženja pomena. Pomena, nad katerim nihče, pa naj bo sodnik ali zakonodajalec, nima privilegija. Pravim »privilegija«, saj dejansko ne bi mogli reči bolje: »zasebnega zakona«. Kroženje pravnega pomena se odvija v javnem prostoru, ki si ga brez nasilja ali utvar nihče ne more prisvajati. To pa zato, ker pravo obstaja pred pravniki in bo obstajalo tudi za njimi. Nedvomno so ti danes najbolj pristojni razlagalci neizčrpane »zamisli prava« oziroma težnje po pravičnosti, vendar jim to ne zagotavlja nobenega monopola.

Zato gre pri tem v strogem pomenu besede za »igro« prava. Ta strogi pomen je nekakšen nevtralni oziroma medialni pomen: kot se govori o »igri« valov ali »igri« luči, obstaja tudi neke vrste samoniklo gibanje prava, notranja ustvarjalnost, ki ne nastopa kot hotenje ne vem kakšnega predpostavljenelega pravnega reda, ampak kot kolektivni, nepretrgani in večsmerni krogotok pravnega logosa.¹⁹

18 V tem smislu glej Jean-André Arnaud, *Repenser un droit pour l'époque postmoderne, Le courrier du C.N.R.S., Les sciences du droit*, april 1990, 81: »Togo pravo, ki je utemeljeno na vsemogočnosti zakona, filozof, teoretiki in sociologi danes skušajo nadomestiti z gibkim pravom, ki v poštev jemlje relativizem, pluralizem in pragmatizem, ki so značilni za ponovoveško obdobje.«

19 O tem medialnem smislu igre primerjaj Hans-Georg Gadamer, *Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 in več kasnejših dopolnjenih izdaj; v slov. prevodu Toma Virka: *Resnica in metoda*, Ljubljana, Literarno društvo Literatura (Labyrinth), 2001, 95.

Zato je tisti, ki mu nalagamo simboliziranje te igralne teorije prava, Hermes – bog sporazumevanja in kroženja, bog posredovanja, skromna oseba v službi mešetarjev in glasnikov, ki se umika v prid nadaljevanja igre.

3 HERMES, OMREŽJE IN ZBIRKA PODATKOV

Misel omrežja se danes vsiljuje na več področjih. Razčlenjevanje te nove in zapletene paradigme se srečuje z nevarnostjo zapadanja v ezoteričnost. Primeroma so se že omenjale struktura »rizoma«,²⁰ »heterarkija«²¹ in tudi »anastomoze« prava.²² Tveganje je veliko, od trenutka, ko se zavemo, da pravnega umevanja ni mogoče monopolizirati, da se ni mogoče odpovedati vsakršnemu razlaganju in se sredi globalne racionalnosti, ki je danes ni mogoče nadzorovati, zadovoljiti s popisom neke množice mini-racionalnosti. To je gotovo eno od tveganj ponovoveške kulture.²³ Problem je, še enkrat več, v zamenjavi enoglasja za večglasje, ne da bi nujno zapadli v neblagoglasje – v »šum«, kot se reče v informacijskem jeziku, v neizraznost.

Nenavadnost pravnega omrežja pa vendar ni takšna, da iz njega ne bi bilo mogoče potegniti trdnih zaključkov. Naučiti se je treba le natančno prepoznati vsa vozlišča, zapaziti povratne tokove podatkov, pokazati povezave med funkcijami. Videlo se bo, da v omrežju proizvedeni pomen ni popolnoma nepredvidljiv, saj imamo vedno besedila, ki jih je treba razlagati; videlo se bo tudi to, da razmerja moči, ki se pri tem razvijajo, niso popolnoma naključna, saj obstanejo tudi nekatere hierarhije, posebno še institucionalne. Gre zgolj za to, da je to razlaganje lahko ustvarjalno, prav tako pa so te hierarhije lahko zamotane.²⁴

Ta kombinatorna okoliščina – v antropološkem jeziku bi lahko rekli »medosebna« – napotuje na ontologijo prava, na to, kar je Paul Amselek nedavno

20 Gilles Deleuze in Felix Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Pariz, 1980, 32: »[To je] neosredinjen, nehierarhičen in neizrazen sistem, brez vodje in brez urejevalnega spomina oziroma središčnega avtomata, opredeljuje pa ga zgolj neko kroženje stanj.«

21 David Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach. An Eternal Golden Braid*, London, 1979 in več kasnejših izdaj: heterarhični program je brez nadzornikov in deluje izključno kot omrežje med sabo prepletenih prehajanj.

22 Jean-Louis Vullierme, *Les anastomoses du droit. Spéculations sur les sources du droit, Archives de philosophie du droit* (1982) 27, 11.

23 V tem smislu Boaventura de Sousa Santos, *La transition postmoderne: droit et politique, Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (1990) 24, 32.

24 O tem François Ost in Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselj, 1987, 183–253 (poglavje: *Création et application du droit. Structure circulaire du système juridique?*). [Prevajalčeva opomba: izraz »zamotana hierarhija« (fr. *hiérarchie enchevêtrée*, angl. *tangled hierarchy*) je prevzet po Hofstadter 1979 (op. 21), pomeni pa sistem, v katerem se pojavljajo »čudne zanke« (angl. *strange loops*, fr. *boucles étranges*), zaradi katerih se pri pomikanju navzgor ali navdol po ravnih hierarhičnih sistemov včasih nepričakovano najdemo prav tam, kjer smo začeli.]

imenoval »ontološka nenavadnost prava«.25 Pravo kot jezikovni znak v resnici zahteva, da ga njegovi naslovniki tolmačijo; kot izraz volje pa pravo zahteva, da je ponotranjeno in sprejeto. Ko »pravni subjekti« (ti niso subjekti *prava*, ampak prav *pravni* subjekti, torej hkrati bitja, ki so za pravo dovzetna in ki so soavtorji prava) miselno poustvarjajo nanje naslovljeno sporočilo in z voljnim dejanjem, ki je prav tako izraz svobode, sodelujejo pri njegovem udejanjanju, takrat je bit prava nujno neizpolnjena, vedno na čakanju in vedno zavračana, v neskončnost ujeta v posredovanju izmenjave.

Ta ontološki pristop bi se lahko naprej razvil in zasledoval na področju opisovanja doslej nevidenih oblik, ki jih pred našimi očmi dobivajo ponovoveški pravni sistemi.

Če je že res, da smo mi hkrati dediči liberalnega prava, ki ga ustvarja pravna država, prav tako pa tudi socialnega prava, ki ga proizvaja država blaginje; če je že res tudi to, da sta se ti dve obliki države obe znašli v krizi, ne da bi zaradi tega izginili; če je končno res, da iz teh preobratov izhaja ponovoveško pravo, katerega obrisi se še ne kažejo jasno, potem je zapletenosti današnjih razmer vendar treba izmeriti.

Prvi izraz zapletenosti je raznovrstnost pravnih igralcev. Veliko in z razlogom se govori o sodniku. Vendar se ne smejo izničevati posegi zakonodajalca, ki bolj kot kadar koli »bruha v normah«. Tudi tradicionalni tehniki uzakonjevanja, za katero smo mislili, da je dokončno opuščena, se spet priznava častna veljava. Je ob tem sploh treba spomniti, da se je Francija z veliko odločnostjo, kot se zdi, lotila predelave svojega kazenskega zakonika? V okrožnici »Rocard« z dne 25. maja 1988, ki naj bi oblikovala »deontološki kodeks vladnega delovanja«, je rečeno, da »uzakonjevanje ponuja izjemen okvir za zbor določenega sklopa pravil, ki so bila dotlej razmetana, pri tem pa pravo prenavlja in poenostavlja«. Kar zadeva upravo, ne bo nihče oporekal, da si je ta odločilno – nekateri mislijo, da prvo – mesto v postopku normative proizvodnje prilastila zaradi sistematičnega vmešavanja, ujemajočega se z vzpostavljanjem države blaginje, ki je korak za korakom postala izravnalna, prerazdelitvena, pedagoška, terapevtska, industrijska in bančna.²⁶ Prav tako bi bilo treba preučiti vlogo, ki jo imajo v prometu pravnih norm posamezniki, združenja in gospodarske družbe. Močno bi se uštel, če bi njihovo vmešavanje zamejevali na področje zasebnih razmerij. Kakor hitro pojmuje pravo ne samo kot skupek ukazov, temveč tudi kot skupek sredstev, se pokaže bistvena vloga, ki jo imajo za mobilizacijo pravnih možnosti »uporabniki« prava. Od zasebnih pobud, ki jih sprejemajo uporabniki, bo

25 Paul Amselk, *L'étrangeté ontologique du droit*, *Droits. Revue française de théorie du droit* (1990) 11, 88–92.

26 V tem smislu primerjaj Charles-Albert Morand, *Le Droit de l'Etat providence*, *Revue de droit suisse* (1988), 534: »Zaradi zapletenosti problemov, ki jih mora reševati država blaginje, in zaradi delovanja v omrežju, ki ga razvija, je uprava središče proizvodnje in udejanjanja norm.«

tako odvisen izid mnogih javnih politik, saj pobude krepijo pravne norme, ki jih te politike prevajajo, ali pa se jim, nasprotno, upirajo.²⁷

To nas pripelje do drugega izraza zdaj opaznih sprememb: gre za načrtno prekrivanje nalog, ki se pokaže, ko se skupine, kot na primer sindikati, iz raznih razlogov pripisujejo k odgovornostim javnih oblasti; ko si pravosodje od uprave sposoja svoje postopke in svoj slog; ko uprava sodeluje pri oblikovanju splošnih norm, medtem ko se parlamentarna zakonodaja najpogosteje slabo loči od uredbenih predpisov; ko se pravosodne naloge razpršujejo na sklop drugih javnih in zasebnih oblasti (pri tem imamo v mislih parlamentarne preiskovalne komisije, mnoge upravnosodne oblasti, razne etične odbore ...).

Tretji izraz zapletenosti je množitev oblastnih ravni. Dvočlena delitev, ki je v liberalni državi ločevala državo in civilno družbo, je nadomestila zelo gosta plastitev oblasti. Državo zdaj sestavljajo tudi pokrajinski in krajevni organi odločanja, in to prav v času, ko pomembne dele suverenosti prenašamo na nadnacionalne evropske pravne rede. Neredko je tudi to, da se uvajajo še oblike samonadzora, ki jih uporabljajo močni transnacionalni gospodarski dejavniki, kot tisti kodeksi dobrega obnašanja, ki jih naftne družbe izdajajo zato, da bi zagotovile (a tudi omejile) odškodovanja za okoljske katastrofe, za katere bi bile odgovorne. Pravo evropskih skupnosti je v tem pogledu neka nova meglica na nebesnem svodu pravnih pojavov; to pravo, težko 20.000 veljavnih direktiv in uredb, hkrati pomeni izid določenega toka racionalizacije in normalizacije, ki brez dvoma ne izključuje tveganja birokratizacije novega kova – »evrokracije« – in to prav ob spodbujanju navdušenja brez primere, kakor da bi Evropa, novi politični mit, danes ponovno napeljevala na lik »vrhovnega zakonodajalca«, razsvetljenega despota, ki je bil vzor razsvetljenstva in ki se ga res s težavo otrešamo.²⁸

Končno vse te spremembe povzročajo tudi vsebinska preoblikovanja v načinu pravnega udejstvovanja. Medtem ko se je liberalna država lahko zadovoljila že zgolj z dopustitvami, prepovedmi in zavezami (z uporabo dveh pravil: za posameznike »vse, kar ni prepovedano, je dovoljeno« in za javno oblast »vse, kar ni izrecno dovoljeno, je prepovedano«), pa danes država nasprotno potrebuje skoraj neskončno vrsto načinov vmešavanja v zadeve in ravnanja. Država od trenutka, ko naj bi vodila družbeno spreminjanje in nič več zgolj uokvirjala trg, obljublja, spodbuja, načrtuje (oziroma, nasprotno, odsvetuje ravnanja, ki jih ocenjuje kot nezaželena). V ta namen bo uporabljala širok nabor prilagodljivih orodij za usmerjanje družbenega delovanja: načrt, priporočila, proračun, vladne deklaracije, politične sporazume, upravne okrožnice z zunanjimi učinki,

27 O tem glej Pierre Lascoume, Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques, *L'année sociologique* (1990) 40, 50 in nasl.

28 Primerjaj Bruno Oppetit, *Leurocratie ou le mythe du législateur suprême*, Dalloz 1990, Chron., XIII, 73–76.

usklajevanja in pogodbeno urejanje ... Toliko prijemov, ki posegajo v zaporedja zapletenega dogajanja in so usmerjeni v izpolnjevanje ciljnih programov, v prid katerih se ta pravna in pravnim podobna sredstva vzajemno dopolnjujejo. Tako je dobro znano, da se usklajevanje izvaja pod grožnjo sprejetja oblastne zakonodaje, prav tako kot se v kazenskem pravu poravnava uveljavlja kot nadomestek za težjo kazen, medtem ko, nasprotno, zakoni, ki jih izglasuje parlament, navadno puščajo upravi neko udobno polje delovanja, ki ji dopušča soočati se z vsemi možnostmi. In če se po naključju ugotovi, da se neposredno vmešavanje izkaže za neuspešno, bo država postala »refleksivna«, kot se danes reče v nemški splošni teoriji prava: zadovoljila se bo z vzpostavitvijo postopkovnega okvira, s katerim naj bi utirila samoupravo podsistemov, ki so za samonadzor dovolj močni in notranje razdeljeni.²⁹ Zdi se, da se zdaj vse strategije uporabljajo sočasno; tako simbolne kot instrumentalne. Predpisi se odpravljajo, pa vendar to pogosto ni nič drugega kot le način ponovnega urejanja z drugačnimi predpisi;³⁰ odpravljajo se kazni, vendar je to najpogosteje v korist razvoja drugih prisilnih ukrepov, kot sta prisilno zdravljenje ali obdavčenje neželenih ravnanj;³¹ umika se sodniško odločanje, vendar se hkrati vzpostavljajo izvedenski, conciliacijski, mediacijski ali arbitražni mehanizmi.³²

Kdo se bo začudil, da je v teh razmerah pravo hkrati negibno in kratkotrajno oziroma poskusno, trdo in mehko (*hard in soft*), priložnostno in načelno (nikoli se ni toliko kot danes govorilo o splošnih pravnih načelih, posebno še spričo ustvarjalnega dela visokih državnih in evropskih sodnih oblasti)? Kdo ne vidi, da pravo hkrati prihaja iz središča, iz samega normativnega reda, in z obrobja, iz nereda (oziroma iz drugačnih redov), ki prevladajo zunaj? Kdo ne vidi, da so meje med notranjostjo in zunanostjo postale prepustne, celo obrnljive, kot da bi pravnost danes hodila po protislovni poti Möbiusovega traku, ki nas korak za korakom in brez prehodov vodi iz središča na obrobje in iz zunanosti v notranjost? Še vedno ni dovolj govoriti o »gibkem« pravu, kot je nedavno govoril Jean Carbonnier, oziroma o »mehkem« pravu, kot se govori danes. Pravo, s ka-

29 Primerjaj Günter Teubner, *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1982) 68, 13–59; Helmut Willke, *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften*, Weinheim, Juventa, 1989.

30 V tem smislu glej Jacques Chevallier, *Les enjeux de la déréglementation*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2/103 (1987), 286 in nasl.

31 V tem smislu glej Michel van de Kerchove, *Les différentes formes de baisse de la pression juridique et leurs principaux enjeux*, *Cahiers de recherche sociologique*, št. 13, pomlad 1989, 11 in nasl.

32 Kot to dobro pokaže Jacques Commaille, pozorno opazovanje prava, ki se uporablja v zapletenih novoveških družbah, razkriva izmenjujoče se napredovanje in umikanje pravnega in družbenega urejanja, ki tvorita dve plati iste medalje. Vsaka širitev ali krčenje pravnega urejanja sta torej zelo močno ambivalentna, kakor hitro nanju gledamo v širšem okviru družbenega urejanja. Jacques Commaille, *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales?*, *Annales de Vauresson* (posebna številka), 27-1987/2, 101 in nasl.

terim se srečujemo zdaj, je »tekoče«, luknjasto in neformalno pravo. Gre za pravo, ki se, ne da bi izgubilo istovetnost, ob določenih priložnostih predstavlja v tekočem stanju, ki mu dopušča, da se zlije z najbolj različnimi razmerami in da tako na mehko zavzame ves razpoložljivi prostor, pri tem pa se – če je potrebno – prilagaja zelo močnim pritiskom. Pa bi torej pravo, ki je povezano s predstavo o togosti – pravo, železno pravilo – lahko bilo tekoče? Pripuščeno na obrobje sistema smo že poznali pravo pravičnosti, pogosto primerjano s svinčnim pravilom – pravilom iz mehke kovine, ki se je na Lezbosu uporabljalo pri gradnji, zato ker so se tako lahko zaobjeli kamni nepravilnih oblik. Pa vendar: tekoče pravilo? In zakaj ne, ko pa imajo to posebnost tudi nekatere kovine, na primer merkurij?³³ Je res naključje, da so ime »Merkurja«, ki je latinski dvojniki grškega Hermesa, srednjeveški alkimisti nadeli neki tako posebni kovini?

Čeprav je ta skica še zelo nepopolna, pa je hkrati tudi že precej zapletena. Mar ne pomeni tveganja, da opazovalca zavede v ovinke omrežja ali pa ga s pomnoževanjem podatkov zaduši? Katera je Ariadnina nit tega labirinta, kateri je ključ te zbirke podatkov? Ne bomo ju našli niti v kakšni zunanji vzročnosti (kot je v marksistični vulgati ekonomska podstat) niti v kakšnem mehanizmu osrednjega poveljevanja. Le sam zakon kroženja pravnega diskurza lahko razjasni nastanek in razvoj tega omrežja. To pa je tisto mesto, kjer bomo ponovno srečali Hermesa in igralno teorijo, ki jo on simbolizira.

Pravo je *logos*, diskurz, viseči pomen prej kot pravilo in institucija. Izraža se *med* stvarmi: med pravilom (to ni nikoli v celoti normativno) in dejstvom (to ni nikoli povsem naslonjeno na dejanskost), med redom in neredom, med črko in duhom, med silo in pravico. Ker je dialektično, je pravo eno z drugim; ker je protislovno, je pravo eno *in* drugo. Zdi se nam, da je le igralna teorija prava zmožna upoštevati ovinke in obvoze neke tako protislovne racionalnosti.

Zapomnimo si, za zdaj, pet potez te zamisli o igri.

Najprej se bomo spomnili, da je igra sama zase svoje lastno gibanje; tako kot kak plesni lik ali učinek sloga izrisuje svoj lastni prostor, znotraj katerega se razvija njena samonikla ustvarjalnost. Nevtralni oziroma medialni pomen igre je tisti, zaradi katerega v čarobni krog, ki ga riše, ne vstopimo nekaznovani: v njem zavzemamo vsaj delno določene vloge, kot v veseloigri ali pri strategiji; posvajamo razpravne sloge, uporabljamo argumentiranje, spoštujemo *topoi* in predpostavljene avtoritete. V Bourdieujevem jeziku bi rekli, da igra prava označuje polje, ki proizvaja *habitus*.

Druga poteza niansira tisto, kar je prvi znak determinizma: igra, in posebej pravo kot velikanska igra družbe, prenese nedoločno število igralcev, katerih vloge in odgovori niso povsem načrtovani. To je po eni strani zato, ker se, kot smo videli, lahko porajajo zamotane hierarhije in čudne zanke: pri tem se druge

33 V tem smislu Amssele (op. 25), 89.

vloge včasih potiskajo v odrsko ospredje. Tako pa je tudi zato, ker je vsak udeleženec igre prava sočasno vpleten v precej drugih partijah, ki potekajo na drugih področjih, zlasti še družinskem, gospodarskem in političnem. Neizogibno je, da se med temi raznimi družbenimi igrami, ki so tudi jezikovne igre, vzpostavijo medsebojne povezave, vplivanja. Iz tega izhaja včasih počasno, včasih hitro, a neprenehno preoblikovanje ne le z veljavnimi pravili dovoljenih »udarcev«, ampak tudi teh pravil samih. Zdaj je razumljiva povezava, ki to drugo potezo približuje prvi: če je igra odprta za vse (oziroma vsaj za večino, opazka si seveda zasluži prilagoditev), potem ni izključno pridržana za nikogar. Noben igralec – kakršna koli že naj bo njegova pozicija moči in/ali avtoritete – ne more zahtevati, da bi imel prvo in zadnjo besedo. Brez neke najmanjše mere naključnosti, odprtosti in negotovosti ni več niti igre niti zgodovine niti prava: je zgolj čisto nasilje ali neskončna blaženost.

Tretja, nedvomno najpomembnejša poteza poudarja mešano naravo igre, ki v spremenljivi meri združuje pravilo in naključnost, dogovor in ustvarjalnost, odprtost in zaprtost. To dvojnost lepo izraža angleški jezik, saj pozna dva izraza za »igro«: *play*, ki meri bolj na svobodno in improvizirano igro, in *game*, ki napeljuje na igro, urejeno s pravili. Pa vendar, če gre za najbolj nebrzdano norijo, kot so v izročilu karnevalska rajanja, ali za igre, kot je šah, ki upoštevajo najbolj stroge dogovore, je vsaka igra sestavljena delno iz pravil in delno iz improvizacije. Tako torej igranja ni mogoče izenačiti niti s spoštovanjem pravil niti z golo nedoločenostjo. Onkraj pravil ni praznine, ampak je tam neki »prostor igre«, ki »pomen igre« premerja in raziskuje kot praktično intuicijo pomena, ki ga proizvaja igra sama. Osrednji del tega »pomena« ali »duha igre« je nedvomno v pristopu k »ciljem igre« in njihovim najbolj temeljnimi »stavam«. Ta model se izkaže za zelo koristnega pri razmišljanju o dejanjih razlaganja in vrednotenja, ki se jim pravniki posvečajo vsak dan. Medtem ko je Jupiter poudarjal »dogovorni« pól in Heraklej »ustvarjalni« pól, pa Hermes, nasprotno, spoštuje hermenevtični oziroma »razmišljalni« značaj pravne sodbe, ki ni enak niti improvizaciji niti preprosti iz višjega pravila izpeljani določljivosti.

Spomnimo še na dve drugi potezi zamisli o igri, ki pa ju tu ne bomo posebej razvijali.³⁴ Po eni strani bi rekli, da misel igre dopušča razčleniti razliko in razmisliti odnose med simbolnim polom igre kot predstave in utilitarističnim polom igre kot strategije. Te logike, ki so včasih različne, tudi nasprotujoče si, drugič pa povezane, družbene igre gotovo opredeljujejo, v pravnem polju pa najdejo nepreštevne ponazoritve. Končno pa bi razkrili to zadnjo potezo pojma igre, ki je s tem neločljivo povezana in ki vzpostavlja razlikovanje med notranjostjo in zunanostjo, razmejuje igro in tisto »onkraj igre«, razločuje med sistemom in

34 Za več podrobnosti glej François Ost in Michel van de Kerchove, *Les rôles du judiciaire et le jeu du droit, Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale. Un hommage au professeur Christian Debuyst*, Liège-Bruselj, 1990, 271–293.

njegovim okoljem. Vendar, kot smo videli, takšne meje ne nehajo biti gibljive in protislovne: vse poteka, kot da bi bile meje prava in ne-prava obrnljive. Vse teče, kot da bi bile ločnice pravnega sistema temu tako zunanje kakor notranje: pravo se poraja v srcu ne-prava, medtem ko se ne-pravo razvija v največjih globinah prava. Igra, kot je pravo, je vedno hkrati tudi drugo kot to samo, navkljub trudom, usmerjenim k poenotenju njegovega delovanja in uskladitvi njegovih podatkov. V njem se še naprej ohranja, včasih v obliki enostavnih možnosti, »ne-igra«, »druga igra« ali »dvojna igra«.

Tako so torej zelo zgoščeno obujene nekatere močnejše poteze teorije igre, ki bi lahko bila osnova neke splošne teorije prava, ustrezajoče omrežnemu pravu ali pravu Hermesa, kot ga poznamo danes. Vendar pa se moramo lotiti še zadnjega vprašanja, ki se mu ne smemo izogniti. Gre za etično vprašanje. Dejansko bi morda mislili, da je model igre, ki v spomin priključuje nekaj ponovoveškega norčevanja in lahkomišelnosti, že pred časom odpravil s skrbjo legitimnosti, ki je kot veliko drugih »novoveških« diskurzov pospravljena na polico zgodovinskih spominkov. Naši pozorni bralci pa se bodo morda spomnili, da je Hermes, božji sel in bog trgovcev, v staroveškem panteonu hkrati tudi bog tatov. Ali naj bi torej trgovanje nujno vodilo v izkoriščanje, javno razpravljanje v demagogijo, razlaganje in tolmačenje v izdajo? Če zavračamo ta zaključek, ki bi pomenil konec prava, je utemeljeno vprašanje, kako torej Hermesa učiti npravnosti, ne da bi spreminjali njegovo naravno podobo? Drugače povedano: kakšno legitimnost naj si zamislimo za ponovoveško pravo, ki je nezdržljivo z vsakim oblastnim diskurzom?

V razmislek o tem pomembnem vprašanju bi želeli nasvetovati nekaj zaključnih opazk. Prvi dve merita na poudarjanje pridobitev, onkraj katerih bi se bilo težko vrniti. Na ti točki je treba spomniti v času dvojnega tveganja nacionalističnega fanatizma in religioznega integritizma, kot da bi ponovoveška zapletenost, ki je odločno preveč tekoča, da bi navdajala z vero, povzročila te nazadnjaške kali nasilnosti.

Prva od teh pridobitev se tiče postopkovne legitimnosti prava. Kakršna koli naj že bo materialna vsebina rešitev, ki jih ta nalaga, je pravo predvsem postopek javnega in razumnega razpravljanja, je način enakopravnega in navzkrižnega reševanja sporov. Ko se naše družbe predstavljajo kot samoustanovljene in modela, ki mu gre slediti, ne iščejo več v kakšnem meta-družbenem poroku; ko torej naša, tudi najbolj temeljna pravila postajajo dogovorna, je prvo jamstvo legitimnosti v spoštovanju pogojev neprisilnega razpravljanja. To spoštovanje oblik, rokov, postopkov je za pravo res bistveno in temu tudi istosnovno. Ima dvojno zaslugo, da iz igre hkrati izključuje nasilje, ki bi skušalo s silo vsiljevati svoj pogled, in prepričanje večine, ki v imenu dozdevnega soglasja po svoje še vedno prinaša tveganje vsiljevanja lastnih pogledov. Pravni, parlamentarni in sodni postopek v dobesednem in v prenesenem pomenu preurejajo prostor, v

katerem se soočajo nasprotja; zagotavljajo uprizoritev oziroma ubeseditev spodbijanja, nesložnosti in branjenja. Družbeno ločevanje dela vidno in za to, da bi to postalo premostljivo, ponuja razpravne poti. Takšna je gotovo bistvena zasluga in izjemna izvirnost demokracije. Takšna je tudi krepost sodnikovega vmešavanja v spor. Še bolj kot od zunanjih vplivov neodvisna zasluga odločitve, ki naj bi jo sprejel, mu legitimnost daje njegova vrinjenost v jedro nekega razmerja sil. Legitimno je samo trikotenje: to vzpostavljanje razdalje, kakor majhna naj že bo, ta lahni razmik, ki ga on vzpostavlja med neko voljo in njenim udejanjanjem. To posredovanje, tako šibko in formalno, kot se zdi, stranke v postopku prisili, da svoj položaj upovedo, da svoje zahteve ubesedijo, da v občem jeziku in tudi v pravni obliki utemeljijo svoje ravnanje in svojo »pravico«. S tem so pred samimi sabo pritegnjene k uporabljanju poti razumnega razpravljanja. Hermes je izpolnil svojo nalogo: s posredovanjem med poželjeni jih odtegne od golega nasilja. Komisija in Evropsko sodišče za človekove pravice se ne motita, ko od vseh temeljnih pravic v pogodbi, ki jo varujeta, načrtno dajeta prednost šesti, ki meri še posebej na jamstva poštenega postopka. S takšnim »pravosodenjem« obrobni spornih zadev, kot so disciplinske in upravne sporne zadeve, telesa Konvencije o človekovih pravicah sočasno zagotavljajo pronicanje temeljnih pravic v vedno večje družbene prostore. Ta pomisel se navezuje na našo opazko.

Nekateri danes dejansko rade volje pritrjujejo, da pravu, ki med drugim lahko predstavlja katero koli vsebino, vso legitimnost daje to postopkovno posredovanje. To je vsekakor notranja šibkost pristnega političnega liberalizma: zaradi izpovedovanja strpnosti do vseh mnenj ne more za nobeno mnenje jamčiti, celo za svoje ne; ve se, da so imele nekatere od naših zahodnih demokracij v 20. stoletju s tovrstnim liberalizmom bolečo izkušnjo. Tudi tu si je Evropska konvencija o človekovih pravicah zapomnila nauk in v svojem 17. členu spomnila, da za sovražnike svobode ni svobode – Sodišče pa na svoji strani skrbi za to, da ta člen ne bi bil zlorabljan. Naša druga opazka zato želi opozoriti na nujno vez med spoštovanjem postopkov in temeljnimi pravicami. Če se dejansko zavežemo, da bomo skrbeli za manjšino, kakor tudi, da bomo načrtno dajali besedo obrambi, je res tudi to, da vsakomur, tudi najšibkejšim in najbolj tujim, priznavamo pravico do izpovedbe. Nasproti dialektiki istovetnosti in izključevanja (»mi« in »oni«) je vsaj delni ali mogoči učinek pravnih postopkov posplošnje in torej izenačitev priznavanja pravice do besede. Hkrati so to od priznanih glavne človekove pravice: svoboda mnenja in izražanja, telesna nedotakljivost in varnost (dejansko pod grožnjo fizične prisile ne bi moglo biti poštene razprave). Kar zadeva različne oblike, ki jih zavzemata svoboščini mnenja in izražanja – svoboda političnih volitev, pravica združevanja in sindikalna pravica, svoboda tiska in izobraževanja ... – bodo te stvar iznajdljivosti političnih skupnosti, prav tako kot nove pravice, ki bodo zahtevane v dinamiki pravice do besede, pravice »imeti pravice«, ki je bila priznana. Zato ni pravilno trditi, da se pravo in demo-

kracija zvajata na neko povsem formalno pravilo igre, združljivo s kakršno koli materialno vsebino. To pravilo igre, nasprotno, vključuje spoštovanje igralca, ki mu zagotavlja vsaj pravico uveljaviti svoj pogled, če že ne neke prednosti, ki bi ga postavila v enak položaj z najbolj izkušenimi ali najmočnejšimi soigralci.

Ti prvi dve opazki sta merili na to, da se v modelu Hermesa ohrani pridobitev, ki jo predstavlja vprašanje legitimnosti, tako kot sta ga izoblikovala misel in boj rodov pred nami. Dve pomisli, ki sledita, pa na drugi strani načenjata nova vprašanja, ki bi jih bilo v skrbi za prihajajoče rodove dobro upoštevati: Mar v civilizaciji, ki je zagotovo bolj usmerjena v prihodnost kot v preteklost, Hermes, ki mu je zaupano sporazumevanje med živimi in mrtvimi, ne bi mogel ravno tako skrbeti za bodoče goste planeta?

Prva pomisel se nagiba k upoštevanju zamisli, da človek ni zgolj subjekt pravic, ampak je tudi nosilec odgovornosti. Nasproti določeni retoriki človekovih pravic, ki to prestižno kategorijo v nekaterih primerih sprevača zato, da bi dala moč neposrednim zahtevam po najbolj individualističnih željah, je treba spomniti, da določena skupnost temelji tudi na skupaj prevzetih odgovornostih. Ta zamisel, ki je od prevrata leta 1789 zelo odrinjana, se udejanja le zelo postopno. Prvi rod pravic, to je rod »svoboščin-nedotakljivosti«, se je pojavil kot ščit, ki posameznika varuje pred poseganjem javne oblasti. V tem primeru so vse pravice na strani posameznika in vse dolžnosti na strani države. Drugi rod pravic, to je rod »pravic-zahtevkov«, teži k zagotavljanju enakosti materialnih in duševnih pogojev obstoja. Kaže se določena solidarnost, četudi zgolj v obliki davčnih in davčnim podobnih odtegljajev, namenjenih podpiranju javnih storitev, katerih naloga je zagotoviti njihovo dobro izvrševanje, vendar pa ta solidarnost ob zahtevkih zdrse v drugi plan, tako da kljub vsemu ne izstopimo iz solipsizma. Nasprotno pa tretji rod pravic – kategorija, ki je v resnici še vedno v pravnih povojih – na svoji strani meri na to, da bi zamisli o solidarnosti dal določeno vsebino, ali, če sledimo razvoju, zaznamovanemu s francoskim prevratom, da bi vsebino dal zamisli o bratstvu, ki naj bi s tem nasledilo za »svoboščine-nedotakljivosti« značilno svobodo in za »pravice-zahtevke« značilno enakost. Te solidarnostne pravice – pravica do spoštovanja okolja, pravica do napredka, pravica do delitve skupnih virov človeštva, pravica do miru – se bolj kot pravice in svoboščine izražajo kot legitimne koristi. Morda je tudi res, da je tu zamisel o dolžnosti pomembnejša od zamisli o pravici. To gotovo velja bolj za kolektivne odgovornosti kot pa za posebne pravice posameznikov. Brez dvoma vsaka pravica za sabo potegne neko ustrezno dolžnost v osebi drugega; vendar pa ni mogoče zanikati, da sta tako pravna domišljija kot politični diskurz to stvarnost močno zakrila, tako da bi vztrajanje pri zamisli o odgovornosti – kdaj bomo prišli do »Listine univerzalnih odgovornosti«? – za sabo potegnilo zelo globoko spremembo miselnosti.

To nas pripelje do naše naslednje opazke, ki tokrat meri na vztrajanje pri spremembi merila, spremembi, v katero so pravnik, prav tako pa tudi njegovi sodobniki, danes prisiljeni. Medtem ko v Starem režimu norma ni bila pojmovana in uporabljana drugje kot na družinski in krajevni ravni, medtem ko jo je napredek novoveštva prestavil na raven države, nas današnjost – resnično, in ne le besedno – zavezuje k razmišljanju na ravni univerzalnega, ravni, ki jo je Karl-Otto Apel opredelil kot »makrosfero«, ki zahteva medosebno veljavne norme univerzalne odgovornosti. Nove nevarnosti našega časa, od najbolj javnih – kot je černobilski oblak – do najbolj skrivnih – kot je smrtonosni virus aidsa – zahtevajo na ravni planeta usklajen odziv. Takšna ureditev nima niti najmanjše možnosti, da bi se vzpostavila, če se ne more nasloniti na etično vest, ki bi bila razširjena v razsežnostih obče skupnosti. Najpomembnejši izziv ponovoveškega prava sta razširitev demokracije na velikost svetovne države in hkratna skrb za usodo prihodnjih rodov.

Brez dvoma bi lahko ostali tu, tako širok je načrt, za katerega izvajanje je odgovoren naš Hermes. Vendar pa ga čakajo še drugi izzivi, ki se jih bo prisiljen lotiti. Tokrat mislimo na izrazito nova etično-pravna vprašanja, kakršna odpira združno delovanje znanstvenega napredka in najbolj blaznih želja: genski inženiring in biološke manipulacije zaradi plemenitenja vrst, kloniranja, določanja spola svojih otrok in drugih genealoških kupčij. Takšno združevanje tehnične izvršljivosti in željnih sil očitno ustvarja močno destabilizacijske izgube smisla. Kakšno bi tu lahko bilo Hermesovo sporočilo?

To je najprej neko zelo staro sporočilo, brez dvoma tako staro, kot je staro samo pravo. Gre za spomin na staro pravilo previdnosti, iz katerega določeno pravo jemlje svoje ime: *prudentia*, *jurisprudencia*, jurisprudenca. Pravnik Hermes pravi: »V dvomu bodi vzdržan.« In spomnimo se, da je postopek prav institucionalizacija previdnosti, vzpostavitev premirja, čas razmisleka. Postopek dvomu daje priložnost. Tako zadržanje najbolj suverenih družbenih projektov ima za poslanstvo tudi to, da čas nakloni spominu, tistemu družbenemu spominu, za katerega je Hannah Arendt lepo pokazala, da je včasih edini branik pred izbruhi totalitarizma.

Vendar pa je verjetno, da to včasovljenje in ta vzdržanost, ki izhajata iz previdnosti, ne bosta zadoščala. Slej ko prej bo Hermes prisiljen odločiti. Nihče ne ve, kako bo to storil. Kljub vsemu pa si lahko želimo, da se bo kot mojster jezikovnih iger spomnil, da ima vsakdo svoje posebnosti in da še posebno igri prava ne pritiče, da bi se pustila voditi igri nianosti. Pravo in znanost tvorita nedosegljivo »resničnost« po svojih lastnih paradigmah. Medtem ko ima znanost brez dvoma prednost delujočega poseganja v resnično – to je »vladavina tehnike« –, pa ji nasprotno nič ne zagotavlja prednosti na področju »resnice«, še manj pa legitimnosti njenega diskurza. Nasprotno, v urejeni družbi je pravo tisto, ki mu pripada izvedba najbolj temeljnih delitev. Še bolj kot njegova kazno-

valna in *a fortiori* upravljalska naloga je naloga poimenovanja, razdelitve in hierarhizacije tista, ki tvori svojskost prava. Reči, kdo ima kaj, kdo kaj dela in kdo je kdo, to so bistvene naloge prava. Vsekakor to ustanavljajoče upovedovanje ni namenjeno negibnosti in posvečeno golemu ponavljanju; kot vsako Hermesovo sporočilo tudi to razlaga obdajajoče ga diskurze in se samo posveča ponovnemu razlaganju. Vendar pa mu zato ni treba opustiti njegove samostojnosti.

Izrisati model ponovoveškega prava na nekaj straneh je vsekakor pretiran projekt, in to tudi ob pomoči tako cenjenega vodila, kot je Hermes. Zato pa bi v trenutku zaključka rad ponovil tiste modre besede dekana Vedela, ki je proti koncu svoje dolge in plodne kariere pravnika rekel: »Če že ne vem, kaj pravo je, pa vendar dobro vem, kakšna bi bila družba brez prava.«³⁵ Naloga ubesedovanja prava je torej res hermenevtično delo, ki se začenja vedno na novo.

*Iz francoskega izvirnika prevedel
Andrej Kristan.**

35 Georges Vedel, Indéfinissable, mais présent, *Droits. Revue française de théorie juridique* (1990) 11, 71.

* Za pomoč pri uglaševanju slovenskega besedila se zahvaljujem Martini Oberman Žnidarčič in Jožetu Kristanu. Dodatne pripombe bodo dobrodošle na naslov: andrej.kristan@gmail.com. Kot »pravosodenje« sem prevedel fr. *juridictionnalisation*, kot »pravnost« pa fr. *juridicité*. »Pravna država« je fr. *Etat de droit*, »država blaginje« pa fr. *Etat de providence*. Fr. *libertés-franchises* sem prevajal kot »svoboščine-nedotakljivosti«, fr. *droits-créances* pa kot »pravice-zahtevki«. Fr. *justice des référés* sem slovenil smiselno kot »začasne odredbe«. »Kroženje pravnega pomena« je prevod za fr. *circulation du sens juridique*, »igralna teorija prava« pa za fr. *théorie ludique du droit*. Fr. *codification* se pogosto prevaja s tujko »kodifikacija«. Sam sem se, glede na sobesedilo, raje odločal za enega od njenih štirih pomenov, ki pa so ožji in bolj določni: uzakonitev, uzakonjenje, uzakonjanje in uzakonjevanje. Geselski članek v slovarju tujk bi se lahko glasil takole: **kodifikacija** -e ž [fr. *codification* iz lat. *codex* zvezek, knjiga + lat. *facere* delati, narediti] 1. uzakonitev a) dejanje, ki v obliko zakona pretvori različna, navadno običajnopravna določila ali ustaljeno sodno prakso; *tudi* uzakonjenje b) dogodek izvršitve takšnega dejanja; *tudi* uzakonjenje c) predmet, proizvod takšnega dejanja; *tudi* zakon PR. 2. uzakonjanje a) delovanje, dejavnost, ki v obliko zakona pretvarja različna, navadno običajnopravna določila ali ustaljeno sodno prakso b) postopek takšnega pretvarjanja PR. 3. uzakonjevanje a) delovanje, ki ga sestavlja množica posamičnih uzakonitev b) dogajanje, celota uzakonitvenih dogodkov oz. dejanj PR.