

## Urednikovo pojasnilo

Prva izdaja Kaufmannovega Uvoda v filozofijo prava je iz leta 1994 in je torej stara že domala dvajset let. Namenjena je bila študentom pri predmetu Filozofija prava, ki so ga po starem (nebolonjskem) študijskem programu poslušali v petem semestru. Bolonjske spremembe so Filozofijo prava (skupaj z metodologijo pravnega vrednotenja) premestile na drugo stopnjo pravnega študija. Ta premik ustreza naravi filozofije prava, ki

»mora – drugače kot dogmatika – vsaj poskusiti pogledati tudi v ozadje temeljnih problemov in temeljnih predpostavk znanosti in sistemov (...)« in se mora »postaviti na stališče, ki presega sistem«. <sup>1</sup>

To nikakor ne pomeni, da sta pravna dogmatika in filozofija prava v razmerju, kot pravi Kaufmann, »pomembnejše ali manj pomembno«. V resnici gre za to, da sta v razmerju, v katerem, gledano s stališča spoznavanja in razumevanja prava, druga drugo dopolnjujeta. Dober pravnik ima razgled po pozitivnopravnih področjih, hkrati pa se sprašuje o naravi in smislu prava, o temeljnih (pravnih) vrednotah, o spoznavanju prava ipd. Če ta vprašanja zanimajo tudi tiste, ki se ukvarjajo predvsem s pozitivnim pravom, je to v korist tako pravni dogmatiki kot filozofiji prava.

---

<sup>1</sup> Glej Kaufmann, A. tč. I.I besedila, ki sledi.

Druga izdaja temelji na osmi nemški izdaji, medtem ko je prva izhajala iz šeste izdaje. V vmesnem času je profesor Kaufmann, kot je o zapuščanju tega sveta sam nekoč rekel, odšel v druge razsežnosti in na druge planete, zato so osmo izdajo z novo literaturo dopolnili njegovi sodelavci. Dodana literatura je posebej označena.

Druga izdaja se od prve bistveno razlikuje po tem, da opušča Kaufmannovo razpravljanje o filozofiji prava v postmoder ni dobi (nekdanje poglavje C) – deloma zato, ker Kaufmann ta vprašanja vsaj v določenem obsegu obravnava že znotraj zgo dovinskega diskurza, deloma pa zato, ker se s temi vprašanji spoprijema tudi metodologija pravnega vrednotenja.

Slovenski izdaji sta dodani dve razpravi. Prva – njen avtor je Aleš Novak – je namenjena anglo-ameriški pravni misli. Kaufmann se tej tematiki ne posveča podrobneje, ker je pri njem v ospredju zlasti evropska (kontinentalna) filozofija prava. Druga razprava, ki sem jo napisal sam, govori o metodološki jasnosti in (ali) predmetni čistosti prava. Vsaj v določenem pomenu gre za to, da je s tem predstavljen tudi Leonid Pitamic, ki je kot mi slec nemara najmočnejše zaznamoval slovensko pravno misel in jo popeljal tudi v svet.<sup>2</sup>

Marijan Pavčnik

---

<sup>2</sup> Prim. tudi z avtorji in prispevki, ki so natisnjeni v: Marijan Pavčnik (ur.): Izročilo pravne znanosti. GV Založba: Ljubljana 2008.

# Kazalo

Seznam kritic. . . . .	15
------------------------	----

## A. Uvod

(Arthur Kaufmann)

1. Filozofija prava, teorija prava, pravna dogmatika. . . . .	19
1.1. Filozofija prava in pravna dogmatika . . . . .	19
1.2. Področje filozofije prava . . . . .	21
1.3. O pravilnem spraševanju v filozofiji prava . . . . .	24
1.4. Napake scientizma in filozofizma ter napačno ravnaje s filozofijo. . . . .	26
1.5. Filozofija prava in pravna teorija. . . . .	28
1.6. Izvori filozofije in filozofije prava. . . . .	31
1.6.1. Ontologija (svet kot objektivnost) . . . . .	32
1.6.2. Spoznavna teorija (svet kot subjektivnost) . . . . .	33
1.6.3. Filozofija eksistence (svet kot proces samopostajanja) . . . . .	35
1.6.4. Sinteza različnih smeri. . . . .	37
1.7. Naloga filozofije in filozofije prava v današnjem času . . . . .	38
Izbrana literatura . . . . .	43
A. Uvodi v filozofijo, slovarji, enciklopedije . . . . .	43
B. Klasiki filozofije prava. . . . .	43

C. Glavna dela sodobne filozofije prava (vključno s pravno teorijo in metodologijo) . . . . .	44
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

**B. Zgodovinski diskurz**  
(*Arthur Kaufmann*)

2. Problemska zgodovina filozofije prava . . . . .	53
2.1. Predhodna opomba . . . . .	53
2.2. Zgodovinski razvoj filozofije prava . . . . .	56
2.2.1. Filozofija prava v antiki. . . . .	56
2.2.1.1. Arhaična doba . . . . .	56
2.2.1.2. Predsokratika . . . . .	57
2.2.1.3. Sofistika . . . . .	59
2.2.1.4. Atiška filozofija . . . . .	61
2.2.1.5. Stoicizem . . . . .	68
2.2.2. Srednjeveška filozofija prava . . . . .	71
2.2.2.1. Prehod od antike v srednji vek. . . . .	71
2.2.2.2. Avguštin . . . . .	72
2.2.2.3. Tomaž Akvinski . . . . .	73
2.2.2.4. Konec sholastike . . . . .	77
2.2.3. Pravna filozofija novega veka . . . . .	80
2.2.3.1. Novo razumevanje filozofije in znanosti . . . . .	80
2.2.3.2. Novoveško naravno pravo . . . . .	83
2.2.3.3. Konec klasičnega naravnega prava . . . . .	91
2.2.3.3.1. Zgodovinska pravna šola . . . . .	92
2.2.3.3.2. Kantova kritična filozofija . . . . .	93
2.2.3.3.3. Heglova idealistična filozofija . . . . .	101
2.2.3.3.4. Materialistično pojmovanje zgodovine . . . . .	106
2.2.3.3.5. Čas po Heglu . . . . .	110

2.2.3.4.	Pravnoznanstveni pozitivizem . . . . .	113
2.2.3.5.	Razpad pravnega pozitivizma . . . . .	121
2.2.3.6.	Filozofija prava in nacizem . . . . .	122
2.2.4.	Nov začetek po drugi svetovni vojni . . . .	124
2.2.4.1.	Renesansa naravnega prava . . . . .	125
2.2.4.2.	Neopozitivizem . . . . .	126
2.2.4.3.	Funkcionalizem . . . . .	128
2.2.4.4.	Nadaljnji poskusi obnove prava . . . . .	129
2.2.4.4.1.	Apriorna (fenomenološka) teorija prava .	129
2.2.4.4.2.	Stvarnologične strukture . . . . .	130
2.2.4.4.3.	Narava stvari . . . . .	130
2.2.4.4.4.	Novohegllovstvo . . . . .	131
2.2.4.5.	Formalne smeri – analitična teorija prava, teorija norm, pravna logika, topika, retorika. . . . .	132
2.2.4.6.	Analitično-hermenevtična diskusija . . . .	134
2.2.5.	Onkraj naravnega prava in pravnega pozitivizma . . . . .	135
2.2.5.1.	Gustav Radbruch . . . . .	135
2.2.5.2.	Krščanska filozofija prava . . . . .	143
2.2.5.3.	Pravna antropologija . . . . .	145
2.2.5.4.	Argumentiranje v odprtem sistemu . . . .	149
2.2.5.4.1.	Hermenevtika . . . . .	149
2.2.5.4.2.	Teorija argumentacije . . . . .	153
2.2.5.5.	Teorija <i>general principles of law</i> (splošnih pravnih načel). . . . .	157
2.3.	Zgodovinski razvoj novejšje pravne metodologije . . .	162
2.3.1.	Teorija zakonodaje. . . . .	163

2.3.2.	Friedrich Carl v. Savigny . . . . .	164
2.3.3.	Pojmovna jurisprudenca . . . . .	170
2.3.4.	Empirični pravni pozitivizem . . . . .	173
2.3.4.1.	Ernst Rudolf Bierling . . . . .	173
2.3.4.2.	Rudolf v. Jhering . . . . .	174
2.3.4.3.	Interesna jurisprudenca . . . . .	175
2.3.4.4.	Šola svobodnega prava . . . . .	176
2.3.4.5.	Empirična sociologija prava . . . . .	179
2.3.5.	Logični pravni pozitivizem, zlasti čista teorija prava Hansa Kelsna . . . . .	181
2.3.6.	Vmesna bilanca . . . . .	185
2.3.6.1.	Racionalne vrednostne sodbe . . . . .	185
2.3.6.2.	Ali je pravna znanost sploh znanost?. . . . .	186
2.3.6.3.	Subsumpcijska metoda . . . . .	187
2.3.6.4.	Vrste sklepanja. . . . .	188
2.3.6.4.1.	Dedukcija. . . . .	188
2.3.6.4.2.	Indukcija . . . . .	189
2.3.6.4.3.	Analogija in abdukcija. . . . .	189
2.3.7.	Stopnjevita zgradba v procesu uresničevanja prava . . . . .	190
2.3.8.	Hermenevitično razumevanje pravne metode . . . . .	192
2.3.8.1.	Predrazumevanje, krog, interpretacija, konstrukcija . . . . .	193
2.3.8.2.	Teorija izenačenja . . . . .	194
2.3.8.3.	Svobodno sodniško nadaljnje oblikovanje prava . . . . .	195
2.3.8.4.	Zakonodajna metoda . . . . .	196
2.3.8.5.	Izbira metod. . . . .	197

2.4. Proceduralne teorije pravičnosti . . . . .	198
2.4.1.    Sistemska teorija . . . . .	199
2.4.2.    Pogodbeni model . . . . .	199
2.4.3.    Diskurzni model . . . . .	201
2.4.4.    Konvergenčni model . . . . .	207
2.5. Osnutek personalno utemeljene proceduralne teorije pravičnosti . . . . .	209
Izbrana literatura . . . . .	212

### **C. Anglo-ameriška pravnofilozofska misel**

#### Izbrana poglavja

(Aleš Novak)

1. Metafore in zgodovina filozofije prava . . . . .	215
2. Thomas Hobbes . . . . .	218
2.1. Hobbes in moderna angleška pravna filozofija . . . . .	218
2.2. Hobbesovi naravni zakoni . . . . .	219
2.3. Slabitev naravnega prava . . . . .	220
2.4. Simbolna prevlada pozitivnega prava . . . . .	222
2.5. Zаметki zapovedne teorije prava . . . . .	224
3. Jeremy Bentham . . . . .	226
3.1. Radikalna relativnost razuma in privid naravnega prava . . . . .	226
3.2. Kritika pravnega sistema <i>common law</i> . . . . .	228
3.3. Zapovedna teorija prava . . . . .	230
3.4. Temelji pravnega pozitivizma . . . . .	232
4. John Austin . . . . .	232
4.1. Opisovanje ali vrednotenje prava . . . . .	232
4.2. Ključ za razumevanje pravoznanstva: zapoved . . . . .	234
4.3. Prednosti in pasti Austinovega razumevanja prava . . . . .	236

5.	Prvi koraki filozofije prava v novem svetu . . . . .	238
5.1.	Zaton filozofije prava v Angliji . . . . .	238
5.2.	Prvi premik: rojevanje »demona formalizma« . . . . .	240
5.3.	Drugi premik: prvi glasovi siren antiformalizma . . . . .	244
5.4.	Sodniško pravo in družbeni interesi: Gray in Pound . . . . .	247
6.	Ameriški pravni realizem . . . . .	250
6.1.	Kritika formalizma . . . . .	250
6.2.	Nedoločnost pravnih pravil . . . . .	250
6.3.	Misterij sodnega odločanja . . . . .	252
6.4.	Negotova gradnja na ruševinah formalizma . . . . .	254
7.	Lon L. Fuller . . . . .	257
7.1.	Vračanje naravnega prava . . . . .	257
7.2.	... v drugačni preobleki . . . . .	257
7.3.	Evnomika: nauk o dobrem pravu . . . . .	260
7.4.	Pravu lastna morala (notranja morala prava). . . . .	261
8.	Herbert L. A. Hart . . . . .	264
8.1.	Obuditev angleške pravne filozofije v življenje. . . . .	264
8.2.	Kritika Austinovega razumevanja prava . . . . .	265
8.3.	Notranji vidik pravnih pravil. . . . .	267
8.4.	Kontinuiteta prava in nujnost pravnih sankcij. . . . .	268
8.5.	Raznolikost pravnih pravil: primarna in sekundarna pravna pravila . . . . .	269
8.6.	Obstoj pravnega sistema . . . . .	271
8.7.	Ločljivost prava in morale. . . . .	271
8.8.	Pomenska odprtost jezika in razlaga prava . . . . .	273
9.	Ronald Dworkin . . . . .	274
9.1.	Težki primeri in kritika pravnega pozitivizma . . . . .	274
9.2.	Načela, ki določijo pravilno rešitev. . . . .	275



9.3. Odkrivanje načel: Herkulovo delo . . . . .	277
9.4. Interpretativni zasuk . . . . .	278
9.5. Splošna teorija sodniškega odločanja: konstruktivna razlaga . . . . .	279
9.6. Pravo kot integriteta . . . . .	281
10. John Finnis . . . . .	283
11. Spreminjajoče se podobe in osrednja vprašanja (anglo-ameriške) filozofije prava . . . . .	289
11.1. Spreminjajoče se podobe in brisanje meja . . . . .	289
11.2. Prvo osrednje vprašanje: volja ali razum. . . . .	290
11.3. Drugo osrednje vprašanje: (ne)avtonomnost prava . . . . .	291
11.4. Tretje osrednje vprašanje: opisovanje in predpisovanje . . . . .	293
11.5. Dopolnjujoči motiv: zakonodajno ali sodno ustvarjanje prava? . . . . .	294
Literatura . . . . .	296

### **Č. Metodološka jasnost in (ali) predmetna čistost prava?**

Ob Kelsnovih in Pitamičevih razpravljanih in razhajanih  
(*Marijan Pavčnik*)

1. Uvod . . . . .	307
2. Čistost prava . . . . .	310
3. Kelsnov normativni purizem in Pitamic . . . . .	314
4. Iskanje temeljne pravne norme (izhodišče čiste teorije prava) . . . . .	317
4.1. »Predpostavke ekonomije mišljenja v pravni znanosti« . . . . .	317
4.2. Predmet (objekt) in raziskovalna metoda . . . . .	321
4.3. Kelsnov odziv . . . . .	324

5. Nazaj k naravi prava .....	328
6. Metodološka jasnost namesto predmetne čistosti prava ..	333
6.1. Svoboda znanstvenega raziskovanja in poljubna vsebina prava.....	333
6.2. Ustvarjalnost normativnega purizma .....	335
6.3. Transformacije v pravo in znotraj prava .....	340
6.4. Kelsen, Pitamic in Radbruch .....	341
6.5. Prispevek k razumevanju prava.....	347
6.5.1. Metodološki pomen za čisto teorijo prava ...	347
6.5.2. Pomen za sintetično (integralno) razumevanje prava in za dialog med teorijami .....	348
O avtorju ( <i>M. P.</i> ) .....	355
Imensko kazalo ( <i>Mojca Zadavec</i> ) .....	359
Stvarno kazalo ( <i>Mojca Zadavec</i> ) .....	371

# A. Uvod

Arthur Kaufmann

## 1. Filozofija prava, teorija prava, pravna dogmatika

### 1.1. Filozofija prava in pravna dogmatika

Filozofija prava je veja filozofije, in ne veja pravne znanosti. Toda filozofija prava tudi ni posebna vrsta splošne filozofije. Filozofija se vedno in v vseh svojih oblikah ukvarja z osnovnimi problemi človeškega bivanja, kar *Karl Jaspers* imenuje »zaobsegajoče« (*Umgreifendes*),<sup>1</sup> v filozofiji gre na kratko vedno za »naspluh« (*Überhaupt*).

Filozofija prava se torej od drugih vej filozofije ne razlikuje po tem, da bi bila bolj specialna, temveč po tem, da gre za temeljna pravna vprašanja, temeljne pravne probleme, o katerih razmišlja, razpravlja in po možnosti nanje odgovarja na filozofski način. Nekoliko površno lahko rečemo: v filozofiji prava pravnik sprašuje in filozof odgovarja. Zato mora biti pravi pravni filozof doma v obeh disciplinah, v pravni znanosti in v filozofiji, in na pogosto vprašanje, ali je hujša filozofija prava »čistega filozofa« ali »čistega pravnika«, moramo pač odgovoriti, da sta obe enako slabi.

Filozofija prava torej ni pravna znanost, predvsem pa ni pravna dogmatika. Dogmatika je po *Kantu* »dogmatični posto-

---

<sup>1</sup> *Jaspers*, Einführung in die Philosophie, 25. izd., 1986, str. 24 s. V veliki meri v smislu besedila tudi *Edith Stein*, Einführung in die Philosophie, 1991, Einleitung (str. 21 s.).

pek čistega uma brez predhodne kritike lastne zmožnosti.«<sup>2</sup> Dogmatik izhaja iz predpostavk, ki jih ima, čeprav nepreverjene, za resnične, razmišlja *ex datis*. Pravni dogmatik ne sprašuje, kaj pravo sploh je in ali sploh, v katerih okoliščinah, v kakšnem obsegu in na kakšen način obstaja pravno spoznanje. To nujno ne pomeni, da pravna dogmatika ravna nekritično. Toda tudi kjer deluje kritično, npr. kritično preverja zakonsko normo,<sup>3</sup> vedno argumentira znotraj sistema, veljavni sistem ostaja nedotaknjen. V okviru pravne dogmatike je ta drža popolnoma legitimna. Postane pa nevarna, kadar začne zavračati ne-dogmatični (meta-dogmatični) način mišljenja filozofije prava in teorije prava kot nepotreben, »čisto teoretičen« ali celo neznanstven.

Seveda pa tudi filozofija, filozofija prava, ne more delati popolnoma brez predpostavk. To si lahko pojasnimo s tem, kar *Pa-scal* v Logiki Port Royaia (1662) imenuje – nedosegljiva – »najpopolnejša metoda«: Ne smemo uporabiti nobenega pojma, ki ne bi bil poprej enopomensko definiran, in ne smemo postaviti nobene trditve, ne da bi potrdili njeno resničnost. Nobene dolge razlage niso potrebne, da bi pokazali, da sta ti zahtevi neuresničljivi, ker bi vodili v neskončen regres.

Toda filozofija mora – drugače kot dogmatika – vsaj poskusiti pogledati tudi v ozadje temeljnih problemov in temeljnih predpostavk znanosti in sistemov, z drugimi besedami – mora se postaviti na stališče, ki presega sistem.<sup>4</sup> To stališče pač ni stališče *tabule rase*. Prav novejša hermenevtika je poka-

<sup>2</sup> *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Ausgabe B, str. XXXV. O tej temi prim. tudi: *Eike v. Savigny*, Die Rolle der Dogmatik – wissenschaftlich gesehen, v: U. Neumann idr., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, str. 100 s.

<sup>3</sup> Prim. npr. BGHSt 24, 40 s.: o »obrambi pravnega reda« (§§ 47, odst. 1, 56, odst. 3 StGB) – kritična, vendar popolnoma dogmatična pravna odločitev.

<sup>4</sup> Prim. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. izd., 1985, str. 3: »Filozofija prava mora torej prestopiti meje pravne znanosti, ne da bi se odpovedala spoznanjem, ki jih je le-ta izdelala na svojem področju; povezuje posebne probleme, ki jih nudi kulturni pojav prava, s splošnimi in načelnimi vprašanji filozofije.«

zala, da sta »predhodna sodba« ali »predhodno razumevanje« transcendentalni pogoj za razumevanje vsebine, iz česar izhaja njun posebni pomen predvsem za jezikoslovje (kamor spada tudi pravna znanost, kajti v bistvu ima opraviti z jezikovnimi besedili).<sup>5</sup> Toda filozofija nikoli ne sme ostati pri taki predhodni zasnovi, temveč jo mora »neprestano preverjati na temelju tega, kar izhaja iz nadaljnega prodiranja v pomen«. <sup>6</sup> V filozofiji – in isto velja vedno tudi za filozofijo prava – ni ničesar, kar ne bi moglo biti problematično, vključno z lastnim bistvom. Načelno filozof ničesar ne sme sprejemati kot samoumevno. Tako dejansko lahko rečemo, da filozofija ravna »temeljiteje« kot posamezne znanosti. Vendar iz tega ne smemo sklepati, da gre v filozofiji za »pomembnejše« stvari kot v posameznih dogmatičnih znanostih. Tako npr. medicinsko raziskovanje raka gotovo ni manj pomembno od pravnofilozofskega raziskovanja meril pravnega (pravičnega) prava. Filozofija in dogmatika nista v razmerju več ali manj, pomembnejše ali manj pomembno, temveč v razmerju drugačnosti. Zato ne moreta nadomestiti druga druge.

## 1.2. Področje filozofije prava

Različnost filozofije prava in pravne dogmatike se pokaže – kot smo nakazali že prej – v različnosti njunega področja. V teoriji znanosti razumemo kot *materialni predmet* konkretni predmet, s katerim se neka znanost ukvarja, in to v njegovi celoti. *Formalni predmet* pa je poseben ozir, pod katerim raziskujemo

<sup>5</sup> Gl. predvsem *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. izd., 1986, str. 330 s.; *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. izd., 1972, zlasti str. 136 s. Prim. nadalje *A. Kaufmann*, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 2. izd., 1993, str. 51 s., 74 s., 86 s., 92 s. V zadnjem času zelo jasno in temeljno *J. Stelmach*, Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, 1991.

<sup>6</sup> *Gadamer*, Wahrheit (op. 5), str. 271.

to celoto (zato ga občasno imenujejo tudi predmet raziskovanja). Za vsako znanost je značilen njen formalni predmet, medtem ko je materialni predmet lahko skupen več znanostim. Tako je pravo skupni materialni predmet vseh pravnih disciplin; njihovo razlikovanje na civilno pravo, državno pravo, upravno pravo, kazensko pravo itd. je odvisno od vsakokratnega formalnega predmeta. Prav v zadnjem času pa lahko vidimo, kako se materialni predmeti cepijo v vedno nove formalne predmete (npr. kriminologija kot posebna stroka poleg kazenskega prava, kriminologija pa se spet deli v več posebnih disciplin), kar je privedlo do vedno večje specializacije znanosti. Nujna posledica tega skoraj neustavljivega procesa pa je zoženje pogleda na omejeno strokovno področje; povezave, celota in osnova izginejo izpred oči. Toliko pomembnejša postane filozofija.

Če je bistvo posameznih znanosti, kot pove že ime, da so vedno usmerjene v posamezno, in ne v celoto bivajočega, je za bistvo filozofije značilna *celotnost njenega formalnega predmeta*. Kot vemo, v filozofiji ne gre nikoli za posamezno, tudi ne za veliko posameznosti, temveč za celoto, za povezave in temelje. V tem je eden najtežjih problemov filozofije.

Za posamezne znanosti je značilna navezanost na določen materialni predmet, na konkretno obstoječe, ki ga raziskujejo pod določenim vidikom, formalnim predmetom. Pri filozofiji pa te dvojne navezanosti na materialni in formalni predmet v tej obliki nimamo več. Ali sploh ima kak »predmet« (substancionalnega gotovo nima)? Določenega materialnega predmeta gotovo nima, formalni predmet, na katerem temelji, pa je nedoločen: »bit nasploh«. Zaradi te odsotnosti določenega materialnega predmeta na eni strani in univerzalnosti formalnega predmeta na drugi strani sta filozofsko spoznanje in filozofska metoda tako problematična. Čeprav mora veljati tudi za filozofijo, da vedno izhaja iz izkustveno dosegljivega posameznega (npr. določene pravne norme), vendar to ali ono posamezno ni nikoli njen dejanski predmet, temveč vedno samo sredstvo, da pride

do tistega, kar je zadaj, do presežnega, transcendentnega (npr. do vprašanja, kaj je »sploh« pravna norma).

To, da filozofija nima določenega materialnega predmeta, zato pa ima univerzalen formalni predmet, ji daje tudi nekaj spekulativnosti. Filozof naj bi spoznaval celoto, toda človeški razum je vedno lahko usmerjen samo v posamezno. Nikoli ne moremo neposredno obvladati celotne biti ali celotnega prava. Tako filozofija nikoli ne more zaobjeti svojega »predmeta« neposredno in z enim samim dejanjem, ampak mora izhajati iz posameznega – vendar vedno glede na cilj vsega filozofskega raziskovanja, namreč na celoto. Ali z besedami *Karla Jaspersa*: »Tudi če meri filozofija kot znanost na vse, se vendar udejanja vsakokrat samo v posameznem.«<sup>7</sup>

V posamezni znanosti lahko, prav zato ker gre za posamezno, načelno tudi posamezen raziskovalec v svojem študijskem kabinetu ali laboratoriju pride do znanstvenega odkritja. V filozofiji kaj takega ni mogoče. Samo iz mnogih delov se človeško spoznanje lahko približa celoti. Zato lahko cilj filozofije, kolikor je sploh dosegljiv, dosežemo samo v sodelovanju mnogih so-filozofirajočih, v diskurzu. Zato igra *komunikacija*, »skupnost prek sporočanja«,<sup>8</sup> v filozofiji tako pomembno vlogo, bolj kot v posameznih znanostih so pomembni interakcija, intersubjektivnost, konsenz, konvergenca.<sup>9</sup> Raznovrstnost stališč in *pluralizem* različnih naukov nista za filozofijo, če ju prav razumemo, nika-kršna ovira ali celo slepa ulica, temveč nasprotno nujen pogoj za njen polni razvoj.

To osvetljuje tudi problem (pravno-)filozofskega *relativizma*. Kdor gleda izjave različnih filozofov vsako posebej, kot da bi vsak izmed njih moral sam storiti vse, mora nujno priti do

<sup>7</sup> *Jaspers*, Philosophie, 3. izd., 1956, 1. zv., str. 322.

<sup>8</sup> Prim. *Jaspers*, Einführung (op. 1), str. 21 s. in večkrat. Gl. tudi A. *Kaufmann*, Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden, 1986, zlasti str. 122 s.

<sup>9</sup> Gl. A. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 2. izd., 1984, str. 57 s.

sklepa, da vlada v filozofiji strahoten relativizem. Samo kdor razume filozofijo iz skupnega delovanja mnogih v teku stoletij in tisočletij, kdor zmore videti konvergenco v divergenci, se bo izognil relativizmu.

### 1.3. O pravilnem spraševanju v filozofiji prava

V dogmatični (posamezni) znanosti njen predmet določa smer spraševanja. Ker je namreč od vsega začetka usmerjena le v posamezno, se spraševanje navezuje neposredno na to. Konkretno: problem, pred katerim stoji pravnik, izhaja seveda iz vsakokratnega formalnega predmeta. Če je ta npr. odškodnina zaradi nedovoljenega dejanja, se seveda sprašujemo, ali so zadevni § 823 in nasl. Civilnega zakonika (BGB).

Drugače je to v filozofiji, v filozofiji prava. Njen »predmet« je celota biti oziroma prava. Ker pa se, kot smo že rekli, naše mišljenje ne more takoj in z enim samim dejanjem polastiti te celote, temveč mora začeti pri posameznem, pri delu te celote, v filozofiji njen predmet ne more določati metodičnega spraševanja. Lahko sicer sprašujem: Kaj je bit v celoti? ali Kaj je pravo v celoti?, vendar tako v filozofiji oziroma v filozofiji prava metodično ne morem napredovati. Začeti moram bolj podrobno, npr. s spraševanjem o namenu in cilju prava, o pomenu pravnega pozitivizma, o razmerju med pravom in npravnostjo, o funkciji pravne norme, o trenutku zgodovinskosti prava, o metodičnem dualizmu med bitjo in najstvom, o razmerju med splošnimi načeli (*general principles*) in pravili (*rules*). Šele iz vseh teh mnogih podrobnosti lahko potem – čeprav samo približno – sestavimo celoto. Nobena znanstvena filozofija se ne more odpovedati analitični metodi; seveda ji mora slediti tudi sinteza.

Kaj pa zdaj določa pravilno postavljanje problemov, pravilno spraševanje v filozofiji? Na to je težko odgovoriti, kajti v filozofiji ni nobene prisile, da bi bilo treba spraševati v neko določeno smer. Načelno se lahko iz vsake podrobnosti približamo



celoti, če le pri tem prav ravnamo (seveda se prav pri razmerju med delom in celoto pokaže hermenevtični krog: kaj je del, ne moremo vedeti brez predhodnega razumevanja celote, le-ta pa postane dostopna samo prek védenja o delih). Pravnofilozofsko spraševanje se lahko prav tako vnema ob smrtni kazni ali krivdi kot ob splošni klavzuli § 242 Civilnega zakonika (BGB) ali ob instituciji pravne osebe. Da, tudi tako tehnično vprašanje, kot je vožnja po desni, lahko postane izhodišče za odgovarjanje na pravnofilozofsko vprašanje o smislu, bistvu in pomenu pravne norme nasploh.

Po vsem, kar smo rekli prej, je število možnih filozofskih vprašanj in problemov načelno neomejeno, čeprav je vsa filozofija končno usmerjena vedno k istemu cilju: k celoti biti, celoti resnice, celoti prava. Tudi po tem se filozofija spet razlikuje od posameznih znanosti, pri katerih je število problemov načelno omejeno. Zato lahko posamezna znanost glede na določeni predmet raziskovanja nekoč pride do cilja, medtem ko je to v filozofiji po »naravi stvari« nemogoče.

Ker pa filozofija nekega določenega časa nikoli nima pred očmi celote, temveč vedno le posamezne strani celote, to nujno pomeni, da ob tem zanemari druge strani. Za filozofijo nekega novega časa potem iz tega sledi naloga, da pogleda in zajame te doslej zanemarjene strani. Tako dobiva filozofija, čeprav ji gre končno vedno za isti cilj, iz zgodovine in torej iz *zgodovinske situacije* vedno nove in spremenjene naloge.<sup>10</sup> Konkretno: enostransko poudarjanje racionalne in idejne sestavine v pravu s strani racionalističnega in idealističnega nauka o naravnem pravu v 17. in 18. stoletju je moralo nujno poiskati svojo sprostitev v zgodovinski pravni šoli in končno v pravnem pozitivizmu. Prav-

---

<sup>10</sup> Če pravi *Radbruch*, »da mora vsaka doba svojo pravno znanost pisati na novo,« velja to še toliko bolj za filozofijo prava (*Rechtsphilosophie*, 9. izd., 1983, str. 222; GRGA, zv. 3, 1993). Prim. tudi *Jaspers*, *Einführung* (op. 1), str. 109: »Vzeti preteklo obdobje za svoje je prav tako nemogoče kot še enkrat ustvariti staro umetniško delo.«

ni pozitivizem 19. stoletja je vsekakor imel svojo zgodovinsko nalogo; v vidno polje je moral spet pripeljati *eksistencialno* stran prava, njegovo *pozitivnost*. Toda po neizmerni zlorabi prava, ki jo je izzvalo skrajno pozitivistično mišljenje v našem stoletju, je zdaj naša naloga, da najdemo »nerazpoložljivo«, ki bo postavilo meje samovoljnosti v postavljanju in ugotavljanju prava, česar pa ne smemo iskati v abstraktnih »vrednostnih nebesih«, temveč v pravni stvarnosti.<sup>11</sup> Iz tega primera tudi vidimo, da lahko filozof sprašuje mimo problemov svojega časa.<sup>12</sup>

Iz povedanega naj bi bilo razvidno, da je pravilno filozofsko spraševanje zelo daljnosežen problem in vprašanje precejšnje znanstvene odgovornosti. In pokazali naj bi, da neko filozofijo lahko razumemo samo na osnovi njenega spraševanja. Nobene filozofske misli ne moremo razumeti, če ne razumemo, s kakšnimi vprašanji se je določeni filozof lotil stvari, in če ne dojamemo zgodovinske situacije, ki je določenega misleca spodbudila k čisto določenim vprašanjem. Vednost o filozofskih teorijah še ni filozofija, temveč – kot zelo točno pravi *Heidegger* – »kvečjemu filozofska znanost«.<sup>13</sup>

#### **1.4. Napake scientizma in filozofizma ter napačno ravnanje s filozofijo**

Že prej smo pripomnili, da je filozofija prava »čistih filozofov« prav tako slaba kot filozofija prava »čistih pravnikov«. Začnimo s slednjim: popolnoma juristično usmerjeni »pravni filozof« zapade v napako *scientizma*, to je pretiranega vrednotenja (dogmatične posamezne) znanosti, enostranskega usmerjanja v (pravno)znanstveno mišljenje. Na pravnofilozof-

<sup>11</sup> Prim. npr. *W. Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozess, v: Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschr. f. W. Maihofer, 1988, str. 183 s.

<sup>12</sup> O tem podrobneje *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie (op. 9), zlasti str. 69 s., 101 s.

<sup>13</sup> *Heidegger*, Einführung in die Metaphysik, 1953, str. 9.

ske probleme – in tudi prav na temeljna vprašanja prava – bi želel odgovarjati brez uporabljanja filozofije in večinoma brez filozofskega znanja. Ta drža je zelo razširjena. *Jaspers* zadene v črno, ko o tem pravi: »V filozofskih stvareh vsakdo meni, da lahko presoja. Medtem ko ljudje priznavajo, da so v znanostih učenje, izobrazba in metoda pogoj za razumevanje, pa si glede filozofije vsakdo lasti pravico, da je lahko takoj poleg in o tem govori.«<sup>14</sup> Prav tako je pri pravnikih. Skoraj vsak meni, da je v zadevah filozofije prava strokovno pristojen, tudi če se ni nikoli resno ukvarjal s filozofijo. Najizraziteje se je ta pravniški scientizem pokazal na prelomu iz 19. v 20. stoletje pri tako imenovani čisti teoriji prava, tej »evtanaziji filozofije prava«,<sup>15</sup> ko je hotel pravniški »specialist« vzeti v roke filozofiranje in tako filozofijo prava spremeniti v »filozofijo pravnikov«. Rezultat takega pravniškega vrtenja v lastnem krogu je v najboljšem primeru vulgarna filozofija, ki intuitivno morda včasih zadene v črno, vendar ne pozna svojega lastnega delovanja; praviloma pa gre za goli diletantizem.

Nasprotno napako *filozofizma* zagreši zgolj filozofsko navdihnjeni in usmerjeni »pravni filozof«, ki se ne zanima za posebne probleme prava, za vprašanja, ki jih pravna znanost tukaj in zdaj postavlja filozofiji. Dobavlja nam včasih presenetljivo globoke raziskave o tem, kaj dobimo, če kakšno filozofsko miselno smer prevedemo v jezik filozofije prava, pri čemer pa »odgovarja« na vprašanja, ki jih določena zgodovinska situacija sploh ne postavlja in zato niso vredna spraševanja.

Razširjeno napačno vedenje nefilozofov do filozofije je prizadevanje, da bi filozofske misli, nauke in teorije prenesli na lastno področje, to je *uporabljali* filozofijo, kot uporabimo recept. Iz tega nastanejo potem znane smeri v filozofiji prava: tomizem, kantovstvo, hegllovstvo, marksizem idr. Temu je treba najprej

<sup>14</sup> *Jaspers*, Einführung (op. 1), str. 10.

<sup>15</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (op. 10), 74.

očitati, da izjave filozofije nikoli ne predstavljajo izgotovljenih rešitev – idealnih formul, ki bi jih lahko kratko malo prevzeli, kot prevzamemo matematično formulo. Pri tem gre bolj »samo« za vidike, smeri gledanja, ki se z določenega prostorsko-časovnega gledišča izkažejo kot bistvene. Žal pa filozofijo prepogosto obtožujejo, da je odpovedala, ko gre v resnici samo za njeno omejeno in nekritično obravnavanje. Nauk nekega filozofa si lahko prisvojimo samo v dejavnem podoživljanju mišljenja, z *lastnim* sofilozofiranjem. Taka *prisvojitve* pa se bistveno razlikuje od zunanjega prevzemanja: »Šele jemanje, ki pridobljeno s priličenjem prelije v lastno ravnanje, ni kraja.«<sup>16</sup>

Iz povedanega tudi sledi, da *oblikovanje šol* nasprotuje bistvu filozofije. Take šole imajo lahko še toliko zaslug, vendar se prej ali slej izrodijo v dogmatizem, ki se ne zmore več odpirati na druge strani in tako vodi do otrdelosti, zaskorjenosti in absolutiziranja »mnenja šole«. Vsi absolutizmi, vsi jedrnati, točni obrazci – »ukaz je ukaz« in »zakon je zakon«, pa tudi »pravo je pravičnost« – vsebujejo jedro neresnice in togosti. Samo tisto, kar je še odprto, nedokončano, sprašujoče, je živo. V bistvu je tako, kot točno pravi *Edith Stein*, da namreč ne moremo poučevati in se učiti filozofije, ampak to lahko počnemo samo s filozofiranjem.<sup>17</sup>

## 1.5. Filozofija prava in pravna teorija

Razmerje med filozofijo in dogmatiko lahko prikažemo sorazmerno z lahkoto. Kako pa se med seboj razlikujeta filozofija prava in pravna teorija? Na to do danes ni zadovoljivega odgovora. To se kaže v zunanostih. Članki, ki so objavljeni v *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Arhiv za pravno in socialno

<sup>16</sup> *Jaspers*, *Philosophie* (op. 7), 1. zv., str. 285. Na str. 287 s. tudi o in proti oblikovanju šol v filozofiji.

<sup>17</sup> *E. Stein*, *Einführung* (op. 1), str. 21.

filozofijo) ali v reviji *Rechtstheorie* (Pravna teorija), bi glede na svojo temo lahko izšli vsakokrat tudi v drugi reviji.

Obstoj pravne teorije poleg filozofije prava lahko razložimo samo zgodovinsko. Izraz pravna teorija je sicer že star, za označevanje posebne discipline pravne znanosti pa se uporablja šele dobra tri desetletja. Po drugi strani pa predmet pravna teorija spet ni tako nov, kajti kar je v 19. in v začetku 20. stoletja nosilo naziv »splošni pravni nauk«, sicer ni čisto isto, je pa precej podobno današnji pravni teoriji.

Sicer pa je razlika med filozofijo prava in pravno teorijo dokaj neostra. *Cum grano salis* sicer drži, da je filozofija prava usmerjena bolj vsebinsko, pravna teorija pa bolj formalno; ker pa ni stvari brez forme in forme brez stvari, tudi tu ne moremo dobiti natančne razmejitev. Filozofiji prava in pravni teoriji je skupno, da se ne omejujeta na veljavno pravo (tudi pravna teorija načelno ravna sistemsko-transcendentno), temveč je pravna teorija – čeprav pogosto samo posredno – usmerjena v »pravilno pravo« in se ne ukvarja kot pravna sociologija s pravnimi dejstvi.

V bistvu se pravna teorija razlikuje od filozofije prava samo po svojem motivu: gre za »*emancipacijo*« od filozofije, pravnik hoče sam odgovarjati na filozofska vprašanja v lastni režiji kot v nekakšni »pravniški filozofiji«. <sup>18</sup> Gre za proces, ki je bil že pogosto opisan: odhod znanosti iz filozofije, »konec filozofije«, filozofija kot le »residualna disciplina«. Predvsem *Heidegger* je opozoril, da »že v dobi grške filozofije pride do izraza odločilna poteza filozofije: gre za izoblikovanje znanosti znotraj obzorja,

<sup>18</sup> Prim. *Roellecke*, v: *isti* (ur.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, 1988, str. VII, I s. Poleg tega glej še *R. Dreier*, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, v: *isti*, *Recht, Moral, Ideologie*, 1981, str. 17 s.; *Jahr/Maihofer* (ur.), *Rechtstheorie*, 1972; *A. Kaufmann* (ur.), *Rechtstheorie*, 1971; *Adomeit*, *Rechtstheorie für Studenten*. 3. izd., 1990. – Načelno v zadnjem času *Ralf Dreier*, *Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, v: *V. Schöneburg* (ur.), *Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie*; *Festschrift für H. Klenner*, 1992, str. 15 s.

## O avtorju

Arthur Kaufmann (1923–2001) je eden vodilnih pravnih filozofov v Nemčiji. Pravne in druge znanosti je študiral v Heidelbergu, kjer je leta 1949 doktoriral pri Gustavu Radbruchu (1878–1949) z disertacijo *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts* (Zavest o nepravnosti v kazensko-pravnem nauku o krivdi). V letih 1952–1957 je bil sodnik na Deželnem sodišču v Karlsruheju. V letih 1957–1960 se je ponovno filozofsko izpopolnjeval v Heidelbergu in se tam tudi habilitiral za kazensko pravo, kazensko procesno pravo in filozofijo prava. V habilitacijskem delu je s stališča kazenskega prava in filozofije prava preučeval načelo krivde (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1961; druga izdaja 1976). Leta 1960 je postal redni profesor za kazensko pravo, kazensko procesno pravo in filozofijo prava v Saarbrücknu, kjer je ostal do leta 1969, ko je odšel v München. V Münchnu je bil predstojnik Inštituta za filozofijo prava in pravno informatiko vse do leta 1989, ko mu je bil podeljen naziv zaslužnega profesorja.

Profesor Kaufmann je bil večkratni častni doktor in redni član Bavarske akademije znanosti; častni predsednik Mednarodnega združenja za pravno in socialno filozofijo; častni predsednik nemške sekcije Mednarodnega združenja za pravno in socialno filozofijo; častni član Japonskega društva za kazensko pravo; častni dopisni član Inštituta za podiplomski pravni študij Univerze v Sydneyju itd.

Njegova bibliografija obsega prek 400 objav, zlasti s področja filozofije prava in kazenskega prava. Kopica del je prevedenih v doslej že 16 jezikov. Znan je tudi kot urednik in izdajatelj; od leta 1987 je bil glavni urednik znanstvenokritične izdaje zbranih del Gustava Radbrucha, ki so izšla v 20 zvezkih.

Ob disertaciji in habilitacijskem delu so Kaufmannova osrednja pravnofilozofska dela zlasti tale: *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (Naravno pravo in zgodovinskost, 1957); *Analogie und 'Natur der Sache'*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (Analogija in 'narava stvari'. Sočasno prispevek k nauku o tipu, 1965; druga izdaja 1982); *Die ontologische Begründung des Rechts* (Ontološka utemeljitev prava – urednik in soavtor, 1965); *Widerstandsrecht* (Pravica do upora – urednik, 1972); *Rechtsphilosophie im Wandel* (Filozofija prava v spreminjanju, 1972; druga izdaja 1984); *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Uvod v sodobno filozofijo in teorijo prava – sourednik in soavtor, 1976; osma izdaja 2011); *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (Prispevki k pravni hermenevtiki, 1984); *Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden* (Pravičnost – pozabljena pot k miru, 1986); *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat* (Gustav Radbruch. Pravni mislec, filozof, socialni demokrat, 1987); *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* (Filozofija prava v postmoderni dobi, 1990; druga izdaja 1992), *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit* (O neposlušnosti proti oblasti, 1991) in *Über Gerechtigkeit* (O pravičnosti, 1993).

Profesor Kaufmann je bil znanstveno dejaven domala do konca življenja. V času, ko je bil zaslužni profesor, je pripravil dve deli, ki sta že postali klasični – knjigo *Rechtsphilosophie* (Filozofija prava, 1997) in monografijo *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse* (Postopek pravnega odločanja. Racionalna analiza, 1999).

Kaufmannova Filozofija prava gradi tudi na tem, o čemer je beseda v obeh poglavjih, ki sta vključeni v pričujoči Uvod v



filozofijo prava. Kaufmann nikakor ne zavrača pomena forme in postopka, a zanj so »vsebine tako pomembne kot oblika«. <sup>1</sup> Njegova filozofija prava je vsebinska in se ukvarja z »zadevami« in realnimi problemi. Med njimi ga posebej privlačijo vsebine pravičnosti. Ta vprašanja so preveč pomembna, poudarja, da bi jih prepuščali izključno strankarskim politikom. <sup>2</sup> Med drugimi vsebinskimi problemi, s katerimi se spoprijema, so vprašanja logike in metodike, prava in jezika, ideje prava, pravice do upora in državljanske neposlušnosti, prava in morale, nauka o »pravno svobodnem« prostoru, svobode, vojne in miru in, ne nazadnje, tudi strpnosti, ki je bila ena Kaufmannovih priljubljenih tém.

Pravna hermenevtika in metodologija pravnega vrednotenja sta bili področji, h katerima se je nenehoma vračal. Tem vprašanjem se je poslednjič posvetil v že navedeni knjigi Postopek pravnega odločanja (1999). Kaufmannova ambicija je, da racionalno razčleni postopek odločanja, njegove vsebinske in oblikovne prvine, ki so tudi iracionalne in intuitivne. Naloga teorije ni, pravi slikovito, da razširja meglo, ampak da izostri pogled. <sup>3</sup> V knjigi, ki je na svoj način programska, obravnava nosilne oblike sklepanja (dedukcija, indukcija, abdukcija, analogija) ter nosilna vprašanja razlage in argumentacije v pravu. S tem nas postavi v areno, kjer je treba odgovorno pravno odločati.

Kaufmannu je bilo posvečenih več slavnostnih zbornikov. Iz obdobja po njegovem fizičnem odhodu naj bodo omenjeni zbornik *Verantwortetes Recht* (Odgovorno pravo, 2005), ki izrisuje osrednja področja njegovega delovanja, <sup>4</sup> monografija o

<sup>1</sup> Arthur Kaufmann: *Rechtsphilosophie*. 2. izd. C. H. Beck: München 1997, str. IX.

<sup>2</sup> Kaufmann, nav. delo, str. IX.

<sup>3</sup> Arthur Kaufmann: *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*. C. H. Beck: München 1999, str. VI.

<sup>4</sup> Ulfrid Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich Schroth (ur.): *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2005.



Kaufmannovi tretji poti, ki je razpeta med pravni pozitivizem in naravnopravni pogled na pravo,<sup>5</sup> in zbornik *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis/Justice – Theory and Practice* (Pravičnost – teorija in praksa, 2011),<sup>6</sup> v katerem so objavljeni referati s simpozija, ki je bil maja 2009 v Tajpeju na Tajvanu.

---

<sup>5</sup> Stefan Grote: *Auf der Suche nach einem »dritten« Weg. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Nomos: Baden-Baden 2006.

<sup>6</sup> Shing-I Liu, Ulfrid Neumann: *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis/Justice – Theory and Practice*. Nomos: Baden-Baden 2011.