

I. Univerzalnost hermenevtike

II. Začetki

III. Posebnosti

1. v primerjavi z analitično pravno teorijo
2. v primerjavi s sistemsko-teoretično pravno znanostjo

IV. Viri

1. Metodologija (konkretni dejanski stan in norma)
 - a) Besedilo zakona
 - b) Teorije o razlagi
 - c) Teorije o argumentaciji
2. Pravna filozofija (Sein in Sollen)

V. Poudarki

1. Konkretno naravno pravo
2. Teorije o razumevanju
3. Trije toposi
 - a) Konkretizacija norme in oblikovanje konkretnega dejanskega stanu
 - b) Predhodno razumevanje
 - c) Scenično razumevanje

I. UNIVERZALNOST HERMENEUTIKE

Dosedanja zgodovina odnosa med pravom in hermenevtiko je zgodovina medsebojnega poučevanja, oplajanja in bogatitve. Ta odnos obstaja med filozofsko in pravno hermenevtiko, pa tudi med hermenevtično pravno teorijo in pravno dogmatiko. Hermenevtično mišljenje je kot vez, ki more držati skupaj znanstvena področja, ki bi se sicer razšla, ter znanost in prakso in ki načelno lahko ustvarja enotnost.

* Naslov v izvirniku: *Juristische Hermeneutik*, v: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986) 2, str. 195-212. - Izbor besedila: Marjan Pavčnik.

** Dr. Winfried Hassemer, redni profesor za teorijo prava, sociologijo in kazensko pravo na Pravni fakulteti v Frankfurt/Main, ZRN.

To ni naključno. Hermenevtika ni "področje" znanstvene obdelave, znanstveni predmet ali disciplina; je metoda znanstvenega približevanja predmetom, gradnja znanstvenih teorij in sistemov; je strukturni pojav, ki ga je treba upoštevati pri vsaki vrsti znanstvene dejavnosti, je predhodnica in utemeljiteljica posameznih znanosti. Zato lahko razumemo, da razsežnosti hermenevtike nimajo nič opraviti z mejami znanosti¹, da hermenevtika - in to že dolgo, čeprav v različni obliki - vpliva na posamezne znanosti in jih spoznavnoteoretično soutemeljuje: od zgodovinoepisja² prek teologije³ in literarne znanosti⁴ pa do "poempiričnega obrata" v modernem naravoslovju⁵, ki spoznava, da ne obstajajo "podatki", ki bi bili neodvisni od teorije ali paradigme in bi bili "čisti" na razpolago empiričnemu opazovanju.

Vse to je seveda onkraj raziskovalnega obzorja "pravne hermenevtike". Vendar pa je vredno upoštevanja, ker znanstveno-teoretična univerzalnost hermenevtike vpliva tudi na njeno dojetje na področju pravne znanosti in pravne prakse: ta univerzalnost ni le pogoj, da hermenevtika odgovarja tudi na vprašanja pravne znanosti; poleg tega zmore tudi znanstveno-teoretično posredovati med področjem prava in drugimi področji, na novo vzbuditi razpravo o znanstvenosti pravne znanosti in jo globoko utemeljiti⁶.

Dela v krogu Cátedre Francisca Suáreza so prav univerzalnost hermenevtike vedno znova poudarjala in iz nje izhajala. Z vidika pravne hermenevtike moramo biti tem delom hvaležni zlasti za poglobljeno in kritično razumevanje teorije norm⁷, za posredovanje filozofskega, pravno-znanstvenega in sociološkega mišljenja⁸ ali za soočenje oblikovanja pravno-znanstvene teorije z materialističnim pogledom⁹.

To so vprašanja na visoki ravni abstrakcije - sadovi dolgotrajnega in sodobnega ukvarjanja s temeljnimi problemi znanstvene in pravne teorije. Razvoj pravne hermenevtike pa se je začel s preprostejšimi in konkretnjšimi vprašanji, vsaj s strani pravne znanosti in pravne prakse. Ta vprašanja so se srečala s pobudami in odgovori splošne hermenevtike. Odgovori so bili pripravljeni; splošna hermenevtika se je v 20. stoletju poleg temeljnih problemov teologije, literarne in zgodovinske znanosti zanimala tudi za temeljne probleme pravne znanosti¹⁰.

¹ To je npr. očitno iz zbornika *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984, ki sem ga uredil in ki vsebuje prispevke s področja filozofije, antropologije, pravne filozofije, pravne teorije, pravne metodologije, retorike, didaktike in literature.

² Temeljno delo Droyse, *Historik*, 1937.

³ Prim. npr. Simons/Hecker, *Theologisches Verstehen, Philosophische Prolegomena zu einer theologischen Hermeneutik*, 1969.

⁴ Prim. npr. Nassen (ured.), *Texthermeneutik, Aktualität, Geschichte, Kritik*, 1979.

⁵ Tako z dokazi ugotavlja Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, 1981, str. 161 sl. Tam po pravici zapiše, da to za neanalitično znanstveno teorijo naravoslovja ni nekaj novega.

⁶ Primer za to: Arthur Kaufmann, *Einige Bemerkungen zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, v: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, str. 67 sl.; tudi v: Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 1984, str. 119 sl.

⁷ Npr. López Calera, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, 1969, zlasti str. 129 sl.

⁸ Predvsem v delih Ollera, *Derecho y Sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía alemana actual*, 1973, zlasti str. 44 sl.; *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, 1978, zlasti str. 29 sl.; *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, 1982, passim, zlasti str. 100 sl., 170 sl., 246 sl.

⁹ Npr. Saavedra, *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, 1978, passim.

¹⁰ Prim. npr. konceptualizacije glede vloge razumevanja v pravu pri Gadamerju, *Wahrheit und Methode*, 4. izd. (1975), str. 307 sl., najbogatejši raziskavi splošne hermenevtike; tudi Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, 1984.

II. ZAČETKI

V primerjavi z zanimanjem za druga področja se je seveda hermenevitična teorija pozno začela zanimati za pravo. Standardno delo o splošni hermenevtiki v 19. stoletju obravnava sicer teološko in zgodovinsko hermenevtiko, ne pa pravne¹¹. Po drugi strani so pravne metodologije dobro poznale pojem "hermeneutica iuris"; vendar so ga uporabljale v nespecifičnem pomenu, če gledamo s stališča današnje pravne hermenevtike¹², ker so z njim označevale le teorije o razlagi, ki jih je v svojem predavanju o metodah 1802/1803 sistematično predstavil že Savigny¹³ in ki so - različno poimenovani - obvladovali metodologije prejšnjega stoletja¹⁴. Pravna hermenevtika je torej sorazmerno pozno rojen otrok splošne hermenevitične teorije.

Pravna teorija ali metodologija, ki veže uporabo pravnih norm pri konkretnih dejanskih stanovih na razlagalna pravila, gotovo pripravlja pot pravni hermenevtiki, čeprav še ni njena osnova. Kdor določi, da mora razumevanje zakona upoštevati besedilo, sistematično povezavo, voljo zakonodajalca in objektivni pomen zakona¹⁵, kdor povezuje interpretacijo zakona z vidiki avtonomije (objektivnosti) in enotnosti zakona, kdor daje pomen izvoru, stvarnemu pomenu besedila in primerjavi¹⁶, vsekakor izhaja iz tega, da je zakon možno in potrebno interpretirati in da različne metode razlaganja lahko pridejo do različnih rezultatov razlage. Metodologija, ki je zgrajena na teorijah o razlagi, vendarle ugotavlja odprtost zakonov in s tem nasprotuje obema temeljnima domnevama vsake stroge pojmovne jurisprudence, po katerih je zakon enoumen in popoln¹⁶.

Predvsem Coing¹⁷, ki se je opiral na Bettija¹⁸, Bollnowa¹⁹, Gényja²⁰ in tudi Gadamerja¹⁰, je kot stožer svoje teorije o razlagi postavil pomanjkljivost in nepopolnost zakonov in s tem ponazoril napetost med vezanostjo sodnika na zakon in njegovo nalogo, da ustvarja pravo²¹. S tem je bil izražen problem, s katerim se pravna hermenevtika ukvarja še danes in ki ga je šola svobodnega prava razrešila prenačljeno in z radikalnim pretiranjem²², problem "pravičnega" ravnanja z zakonom, "pravične" uporabe zakona v posameznem primeru. Ta problem sploh vidimo šele tedaj, ko zakonu

¹¹ J. Wash, *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 deli, 1916, 1929, 1933.

¹² Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, str. 22 sl.

¹³ F.C.v. Savigny, *Juristische Methodenlehre* (ured. Wesenberg), 1951.

¹⁴ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. izd. (1978), I. pogl. 1-3.

¹⁵ Takšna je "klasična" razdelitev nauk o razlagi: gl. npr. Larenz, *Methodenlehre*, str. 307 sl.

¹⁶ Pri čemer na tem mestu ne bi razčičevali, da je bila pojmovna jurisprudenca kdajkoli tako strogo in enoumenno izražena in dokončno oblikovana; v tej zvezi je vredno brati, kaj pravi o recepciji Montesquieuja Ogorek, *De l'esprit des légendes*, v: *Rechtshistorischer Journal* 2 (1983), str. 277 sl. Za sedanjo metodologijo in tudi za pravno hermenevtiko pa predstavlja pojmovna jurisprudenca bolj strašilo kot predmet raziskovanja.

¹⁷ Npr. razdelitev pri Coingu, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. izd. (1976), str. 309. sl.; gl. tudi že istega avtorja, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959.

¹⁸ Betti, *Teoria generale della interpretazione*, 1955; isti, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962.

¹⁹ Bollnow, *Das Verstehen. Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, 1949.

²⁰ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2. izd. (ponatis 1954).

²¹ Coing, zlasti *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (op. 15), str. 329 sl., 334 sl.

²² Prim. predvsem H. Kantorowicz (psevdonim Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; poleg tega Coing, *Grundzüge* (op. 16), str. 334 sl.; Arthur Kaufmann, *Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtslehre und Methodenlehre*, v: *Juristische Schulung*, 1965, str. 1 sl.; tudi v: isti, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. izd. (1984), str. 231 sl.

ne pripisujemo čisto deduktivnega podaljšanja v odločitev ob primeru, ko ne sprejemamo zakona kot osnove za logične sklepe, ko ga razumemo kot neenoumno, nepopolno in v prihodnost odprto navodilo za odločanje. Šele tedaj imamo namreč povod, da razmišljamo o produktivni vlogi tistega, ki zakon "razlaga" ali "uporablja", in v tem zvezi iščemo kriterije pravilnega razlaganja ali uporabe.

III. POSEBNOSTI

Pravna hermenevtika se približuje problemu pravilnega ravnanja z zakonom na poseben način (in se že v tem razlikuje od drugih teorij). Njen zorni kot je širši kot pri analitičnih teorijah²³ in drugačen kot zorni kot sistemsko-teoretične pravne znanosti²⁴.

1. v primerjavi z analitično pravno teorijo

Analitično utemeljenega zanimanja za določenost pravnega jezika - od zakonov prek pravnoznanstvenih teorij do dela na konkretnem dejanskem stanu - ter za jasnost in trdnost pravnih sistemov pravna hermenevtika ne zanemaruje, vendar relativizira njegov pomen.

Za pravno hermenevtiko so pogoji za pravilnost ravnanja z normativnimi besedili na bolj temeljni ravni, kot je raven semantike. Jasnost, določenost in konsistentnost same po sebi še ne zagotavljajo pravilnosti, temveč so pogoj za transparentnost in nadzorovanje predvsem sodniškega ravnanja. Čeprav sta transparentnost in nadzorovanje tudi osrednja in nujna cilja današnje pravne teorije, pravne znanosti in pravne prakse, pa mora zadovoljiva teorija pravilne uporabe zakonov ali iskanja prava poleg tega obdelati tudi možnost, da lahko tudi očitna krivica nastopa v analitično brezgrajni obleki²⁵ in da so značilnosti pravilnega presojanja, ki jih cenijo analitične pravne teorije, zgodovinsko spremenljivi kriteriji, ki so povezani z našim empirično usmerjenim pogledom na svet in znanost²⁶ in ki drugim pravnim kulturam niso čisto jasni²⁷.

2. v primerjavi s sistemsko-teoretično pravno znanostjo

Sistemsko-teoretično utemeljeno zanimanje za produkcijo posledic v pravnem sistemu, ki so ugodne za splošni sistem (absorpcija konfliktov, preusmeritev udeležencev na kognitivno učenje, stopnjevanje obvladljive kompleksnosti), ni zunaj obzorja

²³ Paradigmatično v zborniku (ured. H.J. Koch) *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976.

²⁴ Paradigmatično Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. izd. (1975); kritično s hermenevtičnega stališča Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. izd. (1972), pogl. IX ("Sistemska teorija in problematika konsenza"), str. 205 sl.

²⁵ Veliko primerov za to najdemo npr. pri Rühensu, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2. izd. (1973).

²⁶ Več v tej zvezi v mojem delu o ciljih kaznovanja v sociološko usmerjenem kazenskem pravu, v: W. Hassemer/Lüdersen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, str. 39 sl., 47 sl.

²⁷ Poučni primeri za to npr. pri D. Simonu, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, 1973, str. 13 sl., 22 sl.

hermenevtičnega spraševanja, vendar ga hermenevtika drugače formulira in drugače lokalizira (ter s tem bistveno spreminja).

Sistemsko-teoretični pravni znanosti in pravni hermenevtiki je skupno znanstveno zanimanje za povezave onkraj pravnega sistema; zlasti iz ontološko in spoznavnoteoretično utemeljenih hermenevtičnih zasnov²⁸ je očitno, da ta znanost ni ozko omejena na odnos med zakonom in sodnikovo sodbo, temveč gleda na pravni sistem kot na del sveta in znanosti. Poleg tega predstavlja - vsaj v mojih očeh - očitna sistemsko-teoretična usmerjenost pravnega sistema v "output"²⁹, okoli katere se v zadnjem času osredinjajo pravnoteoretične in pravnoznanstvene razprave³⁰, koncept, ki spada v izročilo pravne hermenevtike; upoštevanje posledic pravnega ravnanja spada k pravičnostnim pričakovanjem in pogojem konsenza, ki so osnove hermenevtičnega nadzorovanja pravilnosti³¹.

Kljub vsemu temu, kar je skupno sistemsko-teoretični in hermenevtični pravni teoriji, pa ne moremo spregledati temeljne razlike, ki je posledica znanstvenega izvora, iz katerega teoriji izhajata in kateremu je vsaka izmed njiju zavezana.

Funkcionalistična sistemska teorija more zaznavati pravne vrednote, kot so načela enakosti, pravičnosti ali avtonomije, le kot obstoječe sistemske funkcije, za hermenevtično teorijo pa so utemeljivi in dejavni pogoji pravilnega iskanja prava. Čeprav imata socialna filozofija in opisna socialna teorija veliko skupnega, kar postaja tudi vedno bolj očitno, pa kažeta prav v odnosu sistemsko-teoretične in hermenevtične pravne teorije podedovane razlike. Sistemsko-teoretična funkcionalizacija pravnih vrednot³² je za hermenevtično pravno teorijo nesprejemljiva, ker te funkcionalizacije ne more preformulirati v svoji lastni pojmovnosti, ki utemeljuje vrednote, ker npr. k njenemu izročilu spada temeljno razlikovanje bistva in obstoja prava, naravnopravnosti in pozitivnosti, pravičnosti in pravne varnosti³³ in ker torej (v kategorijah bistvo, naravnopravnost, pravičnost) obsega področje, ki ga prav funkcionalni opisi ne morejo ustrezno dojeti.

IV. VIRI

V Zvezni republiki Nemčiji je pravna hermenevtika³⁴ prvotno izhajala iz dveh virov, ki se v nekaterih, zlasti novejših zasnovah spet stekata; to sta po eni strani pravna

²⁸ Predvsem dela Arthura Kaufmanna, ki so združena v njegovem zborniku *Rechtsphilosophie im Wandel* (op. 22), lahko veljajo za tako osnovo pravne hermenevtike; prim. prav tam *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), str. 1 sl., 17 sl.; *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus* (1960), str. 51 sl., 57 sl.; *Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht* (1961), str. 69 sl., 93 sl.; *Die ontologische Struktur des Rechts* (1962), str. 101 sl., 117 sl.; *Gesetz und Recht* (1962), str. 131 sl., 152 sl.

²⁹ Četudi Luhmann (v: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1947, str. 31 sl.) - po mojem mnenju premalo diferencirano glede na posamezna pravna področja - ne pripisuje pravnemu sistemu uspešne usmerjenosti na posledice, pomeni vendar njegovo priporočilo, da je treba oblikovati "družbeno ustrezne pravne pojme" (prav tam, str. 49 sl.) tako za sistematično zgradbo kot tudi za pravno prakso, usmeritev v "output"; le-ta je v "družbeni ustreznosti" pravnih pojmov.

³⁰ Prim. npr. - vsakokrat z obilno literaturo - Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981; W. Hassener, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, v: *Festschrift für Coing*, Band I, 1982, str. 493 sl.

³¹ V tej zvezi zlasti Esser, *Vorverständnis* (op. 24), str. 142 sl.

³² Prim. npr. paradigmatično o pravičnosti kot "ustrezni kompleksnosti pravnega sistema" Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, v: *Rechtstheorie* 4 (1973), str. 131 sl., zlasti pogl. V sl.

³³ Posebno jasno: Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts* (op. 28), passim.

³⁴ Splošni pregled tudi Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976, str. 429 sl.

metodologija in po drugi strani pravna filozofija. Seveda je to razlikovanje idealno-tipično, saj je že razlikovanje med pravno filozofijo, pravno teorijo in metodologijo problematično³⁵. Prav razvoj pravne hermenevtike pa kaže, da moremo ne le jasno razlikovati med pravnofilozofskimi in metodološko usmerjenimi raziskovalnimi poudarki, temveč da njihove skupne točke tudi dokazujejo sovisnost in bogastvo pravnoznanstvenih temeljnih vprašanj. Pravna hermenevtika ima od tega korist.

1. Metodologija (konkretni dejanski stan in norma)

Izhodišče za metodološko usmerjeno pravno hermenevtiko, kamor spadajo zlasti imena Esser³⁶ in Larenz³⁷, pa tudi Kriele³⁸ in Friedrich Müller³⁹, je razmerje med normo⁴⁰ in življenjskim dejanskim stanom. To izhodišče seveda deli hermenevtika z vsako teorijo ustvarjanja prava (Rechtsgewinnung); kajti da konkretni dejanski stan "spada" pod ustrezno pravno normo, da je norma "primerna" za odločitev o konkretnem dejanskem stanju, da gre torej, kot pravimo, za "subsumpcijo" konkretnega dejanskega stana pod normo - to je skupno vsem predstavam o pravnem uporabljanju norm.

Korak, ki presega to samoumevnost in ki iz teorije šele naredi "hermenevtično" teorijo, je usmerjen v posebno razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom. To razmerje lahko opišemo kot "relacijo", "ustrezanje", "odvisnost". Njegovo znanstveno zasnovano so v novejši pravni metodologiji pripravljala zlasti dela Engischa⁴¹, čigar pogosto navajana podoba o "potovanju pogleda sem in tja med zgornjim stavkom (torej zakonsko normo; W.H.) in življenjskim dejanskim stanom"⁴² nazorno kaže, za kaj gre: normo in primer (ki sta se pri običajni metodologiji sklopila šele po deduktivni subsumpciji norme na primer) je treba v dejanju iskanja prava korakoma spraviti v medsebojen odnos, ju razvijati drugega k drugemu v vedno večji konkretnosti in v toliki meri drug drugega predpostavljata. S tem se dinamizira razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom. Uporabljanje norme postaja konkretizacija norme (ob

³⁵ O razlikovanju med pravno filozofijo in pravno teorijo Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, v: Kaufmann/Hassemer (ured.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. izd. (1985), str. 1 sl., 9 sl.; o razlikovanju med pravno teorijo in metodologijo W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, v: Arthur Kaufmann (ured.), *Rechtstheorie, Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, 1971, str. 27 sl.

³⁶ Zlasti: *Vorverständnis und Methodenwahl* (op. 24); *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, v: *Festschrift für L. Raiser*, 1974, str. 517 sl.; *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil. -hist. Klasse, 1979; sedaj Zaccaria, *Ermenutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, 1984.

³⁷ Zlasti: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (op. 14), II. Systematischer Teil; *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965; *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, v: *Festschrift für E.R. Huber*, 1973, str. 291 sl.

³⁸ Zlasti: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. izd. (1976).

³⁹ Zlasti: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt am Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; *Juristische Methodik*, 2. izd. (1976); *Strukturierende Rechtslehre*, 1984.

⁴⁰ Ne gre torej le za zakonske norme, za kodificirano pravo. Prejudici v "case law" so za hermenevtično teorijo funkcionalno enakovredni zakonskemu pravu; prim. v tej zvezi moje delo *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, v: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (op. 35), str. 193 sl., 205 sl.; tudi Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Zweck IV; *Dogmatischer Teil*, 1977, str. 202 sl ("Fallnorm"); Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, v: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (op. 35), str. 276 sl., 285 sl.

⁴¹ Zlasti: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. izd. (1963); *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. izd. (1968); *Einführung in das juristische Denken*, 7. izd. (1977).

⁴² *Logische Studien* (op. 41), str. 15.

konkretnem dejanskem stanu); odločanje o konkretnem dejanskem stanu postaja oblikovanje konkretnega dejanskega stanu (s pomočjo norme). Norma in konkretni dejanski stan drug drugega proizvajata v procesu uporabljanja norme oz. odločanja o konkretnem dejanskem stanu.

Preden je mogla pravna hermenevtika zasnovati in formulirati to razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom, je morala porušiti podedovano "subsumpcijsko ideologijo". Na osnovi subsumpcijske teze norme in konkretnega dejanskega stanu ni bilo mogoče razgibati, ker je bilo po tej tezi odločanje o konkretnem dejanskem stanu že vedno (čeprav nespoznano) vsebovano v normi in ker je torej uporabljanje norme lahko veljalo le za razvijanje obstoječega normativnega potenciala; za to ni bilo treba ničesar spremeniti, treba je bilo le konkretizirati, aktualizirati in sklepati. Pri rušenju subsumpcijske teze je pravna hermenevtika sodelovala z deli analitične pravne teorije⁴³ in se dala poučiti jezikoslovnim raziskavam o odvisnosti jezika od sobesedila⁴⁴.

Pravna hermenevtika se je proti pojmovanju, da je uporabljanje zakona samo subsumpcija konkretnega dejanskega stanu pod normo s pomočjo deduktivnega sklepanja, bojevala na obeh ravneh, za kateri je subsumpcijska teza mislila, da je našla na njih svojo pojmovnopravno zanesljivost: na ravni zakonskega besedila in na ravni teorij o razlagi in argumentaciji. To tezo se je dalo oslabiliti le, če se je moglo pokazati, da niti jezik zakona ne določa (popolnoma) njegove uporabe pri primeru niti metodologije razlaganja in argumentacije ne določajo enoumno, kako mora sodnik vsakokrat razlagati.

a. Besedilo zakona

Že interesna jurisprudenca⁴⁵ je odpravila predstavo, da je zakon lahko enoumen in popoln - ti dve lastnosti pa bi bili potrebni predpostavki za subsumpcijsko sklepanje iz zakona. Pravna hermenevtika je šla ob podpori novejšega jezikoslovja še dlje po tej poti in pokazala⁴⁶, da je jezik zakonov prav tako večpomenski kot pogovorni jezik, da je pomen besed odvisen od govornega položaja, zgradbe stavka in besednih polj in da večpomenske pojme v pravnem jeziku lahko razlikujemo glede na nedoločenost, poroznost, potrebo po napolnitvi z vrednostjo in odnos do dispozicije⁴⁷.

Jedro teh raziskav je spoznanje, da zakon svojega uporabljanja ob konkretnem dejanskem stanu ne more strogo določati, temveč v najboljšem primeru daje navodila. Pri vsakem odločanju o podreditvi konkretnega dejanskega stanu zakonu potrebuje oseba, ki odloča, informacije, ki ne izhajajo iz samega zakona, vodijo pa odločanje. Tudi noveliranje zakona, ki naj bi zajezilo razlago zakona, ki nasprotuje zakonodajalčevi volji, je spet pod interpretacijsko prevlado sodne prakse, ker mu nujno odpira možnosti

⁴³ Prim. v tej zvezi npr. jedmati povzetek tipov semantičnih prostorov pri H.- J. Kochu, *Über juristischdogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, v: Koch (ured.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frankfurt am Main 1977, str. 13 sl., 29 sl., 41 sl.; tudi npr. Priestler, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, v: Koch (ured.), *Juristische Methodenlehre* (op. 23), str. 155 sl.

⁴⁴ O tem npr. moje delo *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, str. 66 sl.

⁴⁵ Posebno jasno Heck, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, dodatek k: Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (ponatis 1958), str. 471 sl.

⁴⁶ V tej zvezi *Tatbestand und Typus* (op. 24), str. 67 sl.; Arthur Kaufmann, *Recht und Sprache*, 1983; tudi isti, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (op. 6), str. 101 sl.

⁴⁷ Zgoščen prikaz v mojem delu *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981; paragraf 18 o vsakdanjem jeziku, paragraf 19 o jeziku zakonov.

razlaganja⁴⁸. Torej zakon nikoli ne more "dohiteti" svojega razlaganja; tisti, ki razlaga, najde v zakonu vedno le nepopolno informacijo za odločitev, ki mu pušča prostor za odločanje⁴⁹.

b. Teorije o razlagi

Drugi instrument za zagotavljanje strokovnega ravnanja z zakonom je metodologija, ki v pravilih razlage in argumentacije daje navodila za pravilno odločanje, sklepanje in utemeljevanje. Analogija in *argumentum e contrario*; sklepi *a fortiori*, *a minore ad maius* ali obratno; ukazi, da je treba upoštevati besedilo zakona, sistematično povezanost norm, voljo zakonodajalca ali objektivni pomen zakona, pri tem pa se ne sme prekoračiti ustavnih meja - vse to niso le jezikovna pravila, ampak tudi pravila odločanja, ki naj bi ustvarila in zagotovila povezavo med normo in odločitvijo o konkretnem dejanskem stanu. Metodološko usmerjena pravna hermenevtika, začenši z deli Esserja⁵⁰, je poudarila, da velja za navodila metodologije isto kot za zakon: prostora za razlaganje zakonov in iskanje prava ne morejo odstraniti, lahko ga kvečjemu strukturirajo.

Že glede razdelitve in vsebine teorij o razlagi ni enotnosti⁵¹. Razlikujejo razlago in konkretizacijo norme, cilj razlage in sredstvo razlage, subjektivno in objektivno razlago itd., različne razdelitve pa pomenijo tudi različne vsebine. Tako pomeni "zgodovinska" razlaga nekaj drugega, če jo omejuje "genetična" razlaga⁵² ali ne⁵³. Iz tega izhaja, da ta del metodologije ne daje na razpolago nobenega sistema pravil, s katerega pomočjo bi bilo mogoče razlagati *more geometrico*; kajti kdor hoče uporabiti zakon s pomočjo teorije o razlagi, se mora pred tem najprej odločiti med različnimi sistemi razlage, za svojo odločitev torej potrebuje informacije, ki mu jih prav metodologija ne daje na razpolago.

Še večjega pomena za oblikovanje prostorov za razlaganje pa je okoliščina, da metodologija sicer vsebuje pravila razlage, nima pa nobenega meta-pravila za razlago.

Teoretično razumljivo je in sodna praksa vedno znova jasno potrjuje⁵⁴, da ima izbira nekega določenega pravila razlage velike posledice; če se razsoja po volji zakonodajalca, po besedilu norme ali po njenem smislu, se pride praviloma do različnih rezultatov razlage. Torej lahko pravila razlaganja povzročijo "vezanost" sodnika samo tedaj, če mu ne bi predpisovala samo - kar delajo - vsakokrat določenega postopka razlage, temveč bi poleg tega tudi predpisovala - česar ne delajo -, v katerih odločitvenih situacijah se mora ravnati po katerem pravilu razlage: če bi torej vsebovala meta-pravilo za svojo uporabo.

⁴⁸ Razvijam v svojem delu *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform* (op. 35).

⁴⁹ To ima seveda posledice za sodnikovo vezanost na zakon, o kateri so že v časih interesne jurisprudence razpravljali kot o spomen vprašanju; v tej zvezi prim. spor med Stampejem, *Rechtfindung durch Interessenwägung*, v: *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1905), 713 sl., in Heckom, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, prav tam 1140 sl. O današnjem stanju diskusije W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation* (op. 40); Lorenz, *Die Bindung des Richters* (op. 37).

⁵⁰ Zlasti *Vorverständnis und Methodenwahl* (op. 24), str. 124 sl. in passim.

⁵¹ O tem in naslednjem poučno Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik* (op. 40), str. 288 sl.

⁵² Tako npr. Müller, *Juristische Methodik* (op. 39), str. 160 sl.

⁵³ Tako podedovani in še danes splošni nauk, ki ga prenašajo tudi dogmatični predmeti; prim. npr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3. izd. (1978), paragraf 17 IV, ki se usmerja predvsem ob Engischu.

⁵⁴ Bogat material v tej zvezi je prinesel mlincenski raziskovalni projekt "Argumentacijsko-teoretični vidiki sprememb razsojanja najvišjih sodišč", ki so ga vodili Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann in Jochen Schneider in katerega rezultati še niso bili objavljeni.

To pravilo ne obstaja. Poskusi⁵⁵, da bi pravila razlage spravili v razumen odnos oz. jih razvrstili, teoretično niso prepričljivi in jih praktično ne upoštevajo⁵⁴. Pravila razlage torej ne določajo rezultatov. So ponudbe, da bi zaželenе (in drugače poiskane) rezultate legitimirali, kot da se ujemajo z voljo zakonodajalca, z besedilom zakona itd.: so sredstva prikazovanja in ne produkcije razlage zakonov.

c. Teorije o argumentaciji

Prav nič drugače ni z argumentacijskimi pravili pravne metodologije, sklepi *a fortiori*, *a similibus ad similia*, *e contrario* itd.⁵⁶ Tudi ti postopki predpostavljajo predhodno odločitev o kriterijih, ki jih sami ne vsebujejo. Ta odločitev se tiče primerljivosti (podobnost, nepodobnost) konstelacij, ki se s sklepanjem primerjajo. O tej primerljivosti argumentacijska pravila nič ne povedo; omogočajo le - glede tega so podobna pravilom razlage - strokovni prikaz in legitimacijo odločitve, ki jo je pred tem določila podobnost (kot predpostavka sklepanja po podobnosti) ali nepodobnost (kot predpostavka obratnega sklepanja).

S tem je bilo razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom osvobojeno pojmovno-pravne odrevenelosti in se je odprlo za medsebojen odnos. Zakona in metodoloških pravil ni bilo več mogoče pojmovati kot trdno določenih postavk, iz katerih bi mehanično izhajala odločitev o konkretnih dejanskih stanovih. Če smo se hoteli izogniti teoretično naivnemu, praktično nevarnemu in ustavno-pravno zaprtemu izhodu, po katerem bi lahko sodnik prazne prostore razlage zakona svojevoljno napolnjeval po lastnem okusu, nas je poznavanje odprtosti programov za pravne odločitve prisililo, da smo se spraševali dalje glede možnosti, ki so na razpolago za konkretizacijo zakona v smeri konkretnega dejanskega stanu, o katerem se je treba odločati. Konkretizacija zakona glede na konkretni dejanski stan je morala biti metodološki⁵⁷ program teorije o razlagi, potem ko je bilo jasno, da niti sam zakon niti metodološka pravila sami po sebi ne morejo zagotoviti razlage zakonov.

2. Pravna filozofija (*Sein in Sollen*)

Program konkretizacije zakona glede na konkretni dejanski stan je pripravil drugi vir pravne hermenevtike v Zvezni republiki Nemčiji, namreč pravnofilozofski. Tudi tam je bil osrednji predmet razmišljanja konkretizacijski teorem, ta razmišljanja pa so prav tako - seveda po drugih poteh - privedla do novega razumevanja norme in konkretnega

⁵⁵ Npr. pri Larenzu, *Methodenlehre* (op. 13), str. 332 sl.

⁵⁶ Prim. npr. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*. Učbenik, 1981, št. 69.

⁵⁷ Poleg metodološkega programa je moral iz spoznanja o odprtosti zakona izhajati tudi pravno-sociološki program, ki ni spraševal po "pravi" temveč po "dejanskem" izpolnjevanju prostorov sodniškega odločanja in pri tem naletel na držo, dispozicije, podzavestne motive, igro vlog itd.; prim. v teh zvezi Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973, drugi del, str. 61 sl. ("O sociologiji sodniškega ravnanja"); o pravni hermenevtiki prav tam, str. 32 sl.

dejanskega stanu, ki se je povezovalo z metodološkimi spoznanji pravne hermenevtike in jo globlje utemeljilo⁵⁸.

Izhodišče pravnofilozofsko usmerjene pravne hermenevtike, ki jo je - ob opiranju zlasti na *Radbrucha*⁵⁹ - izdelal predvsem *Arthur Kaufmann*⁶⁰, h kateri pa lahko štejemo tudi teoretike narave stvari⁶¹, stvarnologičnih struktur⁶² ali "narave stvari s spreminjajočo se vsebino"⁶³, je razmerje med pravom in zakonom, esenco in eksistenco, bistvom in bivanjem, med *Sollen* in *Sein*. To razmerje pojmujejo kot "ontološko diferenco" in opisujejo kot "napetostno polje" ali "ustrezanje".

Kar je za metodološko varianto pravne hermenevtike pomenilo razdretje toge povezave med normo in konkretnim dejanskim stanom, je bilo za pravnofilozofsko varianto razdretje odnosa izpeljave med naravnim pravom in pozitivnim pravom (zakonom), drugače povedano, možnost "pravičnega" prava po koncu vedno in povsod veljavnega abstraktnega naravnega prava. Tudi pravnofilozofska varianta je torej nastala iz kritike varljive zanesljivosti pri iskanju pravičnih pravnih odločitev, iz kritike možnosti preproste dedukcije iz nadrejenih odločitvenih načel. Tudi pravnofilozofska varianta pravne hermenevtike je odklanjala, da bi po koncu naravnopravnih odločitvenih determinacij vsako poljubno zakonodajalčevo odločitev pozitivistično sprejela kot "pravično". Tudi ona se je spraševala dalje po možnostih konkretizacije "pravičnega prava" v smeri konkretnega dejanskega stanu, o katerem se je treba odločiti. Tudi ona je iskala odgovor na to vprašanje v odnosu: med *Sollen* in *Sein*, med esenco in eksistenco, in je s tem razgibala razmerje med pravilom odločanja in predmetom odločanja, potem ko sta ga teorija o naravnem pravu in pozitivizmu pojmovala le mehanistično⁶⁴.

"Pravo je ustrezanje med *Sollen* in *Sein*" - ta programski stavek zajame bistvo pravnofilozofske hermenevtike. Je središčna teza spisa, ki je v nemški literaturi združila metodološko in pravnofilozofsko varianto pravne hermenevtike⁶⁵. Ustrezanje je ontološko utemeljeno v analogičnosti *Sein* in spoznanja⁶⁶. Vsako iskanje prava ima analogično strukturo⁶⁷, je "vzpostavitev ustreznosti" med življenjskim dejanskim stanom in normo⁶⁸.

S tem je ustvarjena povezava med metodološko in pravnofilozofsko varianto pravne hermenevtike. Razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom, ki se je po uničenju subsumpcijske teze razgibalo, najde ustrezanje v razmerju med *Sollen* in *Sein*. Pravna hermenevtika vidi svoj specifični predmet v teh razmerjih in v medsebojnem

⁵⁸ Zgoščen prikaz z literaturo v mojem delu *Der Begriff des positiven Rechts*, v: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 77 (1978), pod B (102 sl.).

⁵⁹ Predvsem: *Rechtsphilosophie*, 8. izd. (1973, ured. Hans P. Schneider in Erik Wolf); *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1948 (nova izdaja 1960); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. izd. (1965, ured. Arthur Kaufmann).

⁶⁰ Prim. predvsem dela, ki so združena v zbomikih *Juristische Hermeneutik* (op. 6) in *Rechtsphilosophie im Wandel* (op. 22).

⁶¹ Predvsem Maihofer, *Die Natur der Sache*, 1958; Bobbio, *Über den Begriff der "Natur der Sache"*, 1958; Baratta, *Natur der Sache und Naturrecht*, 1959; Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache"*, 1960; vsi natisnjeni v: Arthur Kaufmann (ured.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, str. 52 sl.; 87 sl.; 104 sl.; 164 sl.

⁶² Predvsem Stratsenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957, str. 7 sl., 28 sl.; Welzel, *Wahrheit und Grenze der Naturrechts*, 1963, str. 13 sl.

⁶³ Predvsem Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2. iz. (1926).

⁶⁴ V zvezi s tem in naslednjim izčrpejše moj prikaz *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, v: *Dimensionen der Hermeneutik* (op. 1), str. 1 sl., 3 sl., 7 sl.

⁶⁵ Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. izd. (1982), str. 18.

⁶⁶ Prav tam, str. 29 sl.

⁶⁷ Prav tam, str. 37.

⁶⁸ Prav tam, str. 38.

odnosu razmernih kategorij. Iz tega razvija svojo teorijo o razlaganju zakona in o odločanju o življenjskem dejanskem stanju.

V. POUDARKI

Seveda lahko razmerje med konkretnim dejanskim stanom in normo, med *Sein* in *Sollen* dinamizirano le s pomočjo elementa, ki obeh razmernih kategorij ne povezuje le situacijsko in slučajno. *Sollen* in *Sein*, norma in konkretni dejanski stan lahko postanejo medsebojno produktivni le, če premagamo njihovo metodološko-dualistično ločevanje, če pokažemo most med njimi, ki jih ne samo povezuje med seboj, temveč je z njim vsak od njih sam neločljivo povezan. Ta most najde pravna hermenevtika že pripravljen po eni strani v osnutkih "konkretnega naravnega prava", po drugi strani pa v teoriji o razumevanju.

1. Konkretno naravno pravo

"Konkretno naravno pravo", ki je po eni strani premagalo spoznavnoteoretično naivnost podedovanega abstraktnega, nadzgodovinskega naravnopravnega mišljenja (in je glede tega "konkretno"), po drugi strani pa nasproti pozitivizmu vztraja pri značaju "pravičnega" in vsebinsko "pravičnega" (in glede tega ostaja "naravno pravo"), so iskali po različnih poteh: v teorijah o "naravi stvari" ali o "stvarnologičnih strukturah" ali tudi v "institucionalnih pravnih teorijah"⁶⁹. Vsem so skupna naslednja temeljna prepričanja: Stroga ločitev med *Sein* in *Sollen* (metodološki dualizem) je analitično možna, fenomenološko pa napačna; nasprotuje vsemu človeškemu izkustvu. Ne moremo namreč najti niti čistega *Sein* niti *Sollen*. Tudi prava ne moremo dojeti kot "čiste" pravilnosti ali preproste dejstva. Tako kot pozitivnost potrebuje pravičnost, tudi pravičnost potrebuje pozitivnost.

S tem je bila ustvarjena povezava med *Sein* in *Sollen*, ki ju je nujno usmerjala drugega k drugemu. Če si *Sollen* brez povezanosti s konkretnimi dejanskimi stanovi ni bilo mogoče misliti (in obratno), je bila naslednja naloga pravne filozofije, da izdela posredovanje pravičnosti in pozitivnosti prava, in naslednja naloga pravne metodologije, da razvije postopke za približevanje življenjskega dejanskega stanju in norme.

2. Teorije o razumevanju

Ista določitev nalog pravne metodologije je izšla iz prevzetja splošne hermenevtike, predvsem kot so jo oblikovali *Schleiermacher*⁷⁰, *Dilthey*⁷¹ in *Gadamer*⁷², pa tudi

⁶⁹ Povzemajoč zgoljen prikaz z literaturo v Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, str. 18 sl., 23; prim. tudi Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, str. 171 sl., 186 sl. (3,5); Arthur Kaufmann, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, str. 82 sl. - oboje v: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (op. 35).

⁷⁰ Predvsem *Sämtliche Werke*, 1. del, 7. zvezek, 1838 (ured. Lücke), str. 143 sl.

⁷¹ Predvsem *Gesammelte Schriften*, zvezek VII, 1966 sl.

Heidegger⁷³. Ne da bi upoštevali razlike med temi oblikami⁷⁴, ki so za splošno hermenevtiko gotovo pomembne, lahko kot bistveno za pravno hermenevtiko poudarimo naslednje: razlaga zakona je razumevanje besedila. Razumevanje besedila je le en način razumevanja kot splošne oblike človeškega bivanja in zgodovinske povezave učinkov. Razumevanje predpostavlja predhodno poseganje po smislu, uvrščanje dela, ki naj bi ga razumeli, v vnaprej postavljeno celoto. Razumevanje je torej razvijajoč se proces približevanj, proces, ki približuje razumevajoči osebek in predmet, ki ga je treba razumeti, drugega drugemu in ju s tem drugega ob drugem spreminja. Ta proces se razvija v času; v njem sodelujeta razumevajoči posameznik s svojo življenjsko zgodbo in izročilo v družbi ("predhodno razumevanje"). Ker ni gledanje (osebka nasproti predmetu), temveč razvijajoče se približevanje, poteka v krogih ali, pravilneje rečeno⁷⁵, v obliki spirale: osebek in predmet se v procesu razumevanja gibata drug k drugemu, na stopnjah približevanja drug drugega predpostavljata. To gibanje izključuje, da bi mogli odmeriti in znova premeriti uspešno razumevanje ("resnično" spoznanje). Ker *res* in *intellectus* nista med seboj v statičnem razmerju gledanja, temveč v dinamičnem razmerju približevanja, "resnica" ne more biti "adaequatio rei et intellectus"; nasprotno, je pojav, ki je stvar dialoga, konsenza in postopka⁷⁶.

Vidimo, da je splošna hermenevtika blizu *Engischevi* podobi o "potovanju pogleda sem in tja"⁷⁷, pa tudi sodobnim naukom konkretnega naravnega prava. Vselej gre za konkretno dogajanje, za proces približevanja osebkoma in predmeta, *Sollen* in *Sein*, norme in konkretnega dejanskega stanu; vselej je vsak pol približevanja zasnovan kot odprt k drugemu polu in vselej rezultata približevanja ne moremo izračunati *more geometrico*.

3. Trije toposi

Pravna teorija in pravna metodologija sta to spoznanje večkratno izkoristili. Ta uporaba sega prek sodniške prakse⁷⁸ prav do pravne retorike⁷⁹ in tehnike poučevanja⁸⁰. Tu je ne moremo podrobneje razlagati. Na koncu bi želel označiti le tri topose, okoli katerih se v tem času osredinja pravna hermenevtika: konkretizacija norme in oblikovanje konkretnega dejanskega stanu; predhodno razumevanje; scenično razumevanje.

⁷² Prim. zgoraj op. 10.

⁷³ *Sein und Zeit*, 11. izd. (1967), zlasti str. 148 sl., 310 sl.

⁷⁴ Prim. v tej zvezi povzemajoče prikaze pri Schroth. *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, str. 23 sl.; Rottleuthner, *Richterliches Handeln* (op. 57), str. 32 sl.; splošneje Wittmann, *Der existenzialontologische Begriff des Vernehmens und das Problem der Hermeneutik*, str. 41 sl., in U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, str. 49 sl. - oboje v: *Dimensionen der Hermeneutik* (op. 1).

⁷⁵ W. Hassner, *Tatbestand und Typus* (op. 44), str. 107 sl.

⁷⁶ To izčrpeje razvijam v svojem delu *Einführung* (op. 47), paragraf 16 II 3, ekskurz 2.

⁷⁷ Prim. zgoraj pri in v op. 41, 42.

⁷⁸ Splošno Baratta, *Über Juristenrecht*, v: *Dimensionen der Hermeneutik* (op. 1), str. 57 sl.

⁷⁹ Haft, *Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik*, v: *Dimensionen der Hermeneutik* (op. 1), str. 91 sl.

⁸⁰ Philipps, *Juristische Hermeneutik und Lehrtechnologie*, v: *Dimensionen der Hermeneutik* (op. 1), str. 103 sl.

a. Konkretizacija norme in oblikovanje konkretnega dejanskega stanu

Mnenje, da je uporabljanje zakona subsumpcija konkretnega dejanskega stanu pod normo, ne temelji le na teoretično naivnem⁸¹, temveč tudi na praktično omejenem gledanju. To je pogled revizijskega sodnika, ki dobi gotov konkretni dejanski stan in ima potem samo še nalogo, da preveri uvrstitev tega konkretnega dejanskega stanu. To je le majhen del pravne prakse. Pri tem načinu gledanja se ne upošteva npr. dejavnost strank in odvetnikov ter naloga poizvedbenih organov in sodnikov, ki je v tem, da ustvarijo konkretni dejanski stan, ki ga je potem treba pravno presoditi.

Konkretni dejanski stanovi niso dani vnaprej, tudi se ne ustvarijo sami, temveč so rezultat ustvarjalnega postopka, pri katerem je produktivno udeležen tisti, ki hoče uporabljati zakon. Pravna hermenevtika je to spoznanje jasno izoblikovala in o njem obširno razpravljala⁸².

Pol a v procesu pravnega razumevanja, ki ju je treba drugega drugemu približati, da si bosta ustrezala, sta zakonska norma in življenjski dejanski stan. Norme ne moremo razumeti brez predstave o okoliščinah, katerim naj bi se prilegala⁸³. Kdor si predstavlja vsebino nekega *Sollen*, povezuje *Sollen* z - mišljenimi ali opazovanimi - dejstvi. Prav tako kot ne "obstaja" norma, pri kateri bi bil odmišljen vsak *Sein*, tudi ne "obstaja" konkretni dejanski stan, pri katerem bi odmislili vsako normo. Po eni strani bi bilo nesmiselno vključiti sleherni "konkretni dejanski stan" v pravno razmišljanje; za to razmišljanje so v vsakdanjem življenju pomembne samo okoliščine, ki imajo lahko praven pomen, "pravnega pomena" pa ne moremo dojeti brez predstave o pravnih pravilih⁸⁴. Po drugi strani pa so - in to je pomembnejše - konkretni dejanski stanovi vedno rezultat izbire in strukturiranja informacije. Okoliščine zunanjega sveta so v vsaki situaciji tako številne in zapletene, da jih v njihovi celotnosti že ne moremo zaznati. Povežemo jih v "celoto" in "obliko", ki daje neki "smisel"; to pa ne pomeni nič drugega, kot da jih vsakokrat izberemo in strukturno povežemo. Človeškega zaznavanja in jezika si ne moremo misliti brez izbire in strukturiranja.

"Dogajanje v zunanjem svetu" prav tako postane "življenjski dejanski stan" in potem "pravni konkretni dejanski stan" s postopki izbire in strukturiranja. Izbire in strukturiranja pa si spet ne moremo misliti brez načel, ki vodijo zaznavanje in odločanje, brez védenja, kaj naj velja kot "pomembno" in kaj kot "nepomembno", kaj naj bo središčno in kaj obrobno. Ta načela so za oblikovanje konkretnega dejanskega stanu norme, katerim mora konkretni dejanski stan ustrezati.

Torej niti norme niti konkretnega dejanskega stanu ne moremo niti razumeti niti ustvariti brez vsakokratnega drugega pola. Konkretizacija norme se lahko razvija le korakoma ob hkratnem ustvarjanju konkretnega dejanskega stanu. Zato pravna

⁸¹ O tem zgoraj pogl. IV. 1.

⁸² Temeljno delo Hruschka, *Die Konstitution des Rechtfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, 1965.

⁸³ Primerjajmo lepo Radbruchovo podobo, v kateri se ponovno kaže, kako se ujemata hermenevtična pravna filozofija in metodologija: "Umetniška ideja je drugačna, če naj bi se uresničila v marmorju, kakor če naj bi se uresničila v bronu. Ta odnos med idejo in snovjo bi lahko imenovali snovna določenost ideje" (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, str. 17).

⁸⁴ Tako imajo npr. premoženjske razmere nekega človeka čisto različen pravni pomen, če gre za davčno pravo, volilno pravo ali kazensko pravo; pri volivnem pravu je njihova nepomembnost zgodovinski dosežek; pri kazenskem pravu so te razmere praviloma brez pomena pri ugotavljanju krivde, lahko pa imajo pomen za odmero kazni - če gre npr. za določitev denarne kazni; vedno pa o pomembnosti odloča program pravnih norm.

hermenevtika označuje iskanje prava kot "razvijanje abstraktnega in konkretnega dejanskega stanu drugega ob drugem v kategoriji hkratnosti"⁸⁵.

b. Predhodno razumevanje

Ko se dogaja oblikovanje konkretnega dejanskega stanu s pomočjo pravne norme, pa se s tem hkrati sproži še en problem. Kajti norma ni na razpolago - zunaj konkretnega postopka razlage - kot nekakšna gotova računska vrednost, temveč je tudi sama pojav, ki se mora v procesu razlage dinamično razviti. Če natančno pogledamo, ne smemo govoriti o "normi", temveč le o "razumevanju norme" pri tistem, ki jo želi razumeti. To razumevanje norme ni niti statičen niti objektivni pojav; nujno se spreminja med procesom razumevanja in je zmožnost tiste osebe, ki opravlja proces razumevanja. Torej moramo - prav na področju prava, za katero je tipično, da ima razumevanje ali napačno razumevanje boleče posledice za druge ljudi - kritično spraševati, kako se taki procesi lahko upravičijo kot "pravilni", kako prizadete tretje osebe take procese lahko nadzirajo in se varujejo pred napačnim razumevanjem. Pravna hermenevtika odgovarja na to vprašanje s kategorijo "predhodnega razumevanja", ki ga je prevzela iz splošne hermenevtike in ga plodno uporabila pri svojih problemih⁸⁶.

Že spoznanje, da je iskanje prava proces razumevanja, je temelj za previdnost in kritičnost glede poteka in rezultata iskanja prava. Kajti razumevanje prvič ni nadomestljivo in ponovljivo, je (uspešna ali neposrečena) storitev nekega posameznika v času: nekdo drug bi morda razumel drugače in drugo, isto pa velja tudi za tega posameznika v drugi situaciji. Poleg tega noben človek ničesar ne razume "čisto" ali celo "objektivno"; nasprotno, predmet vidi s svojimi lastnimi očmi, na osnovi svojih lastnih življenjskih upanj, razočaranj in strahov, izbira in strukturira⁸⁷ s pomočjo svojih osebnih pričakovanj pomena, svojega osebnega predhodnega razumevanja. Če gledamo tako, ima kategorija predhodnega razumevanja slabšalen pomen predsodka ali celo pristranosti: razlaga zakona naj bi bila "rezultat svojega rezultata", kot je to nekoč izrazil *Gustav Radbruch*⁸⁸, pričakovanje pomena naj bi ustvarjalo pomen.

Ta pogled na predhodno razumevanje je sam po sebi pravilen, vendar nepopoln. Po pravici izraža, da ni razumevanja brez življenjsko utemeljenega pričakovanja pomena. Zanimarja pa dejstvo, da predhodno razumevanje ni le življenjski in s tem individualen pojav. Zato vzbuja napačen vtis, kot da bi obstajala alternativa k predhodnemu razumevanju, kot da bi bilo možno razumevanje "brez predsodkov".

Pričakovanja pomena, predhodna razumevanja so le v končni fazi zmožnosti posameznikov. Najprej so znamenja družbe in kulture, rezultati zgodovinske "povezave učinkov", v kateri niso le ljudje, temveč tudi njihovo vsakokratno pravo. Toliko niso situacijska, individualna in spontana, temveč objektivna in trajna. Predhodna

⁸⁵ W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (op. 44), str. 108.

⁸⁶ Temeljno Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl* (op. 24), str. 136 sl. in passim; z drugimi poudarki tudi W. Hassemer, *Einführung* (op. 47), paragraf 14, paragraf 15 I ekskurz 1.

⁸⁷ Prim. zgoraj pod V. 3. a.

⁸⁸ Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7. in 8. izd. (1929), str. 129. Citat v celoti: "Razlaga je rezultat - svojega rezultata, sredstvo razlage se šele izbere, ko je rezultat že dognan, takojmenovana sredstva razlage so v resnici namenjena le za to, da se naknadno iz besedila utemelji, kar se je v ustvarjalni dopolnitvi besedila že našlo."

razumevanja so poleg tega tudi rezultati poklicne socializacije; v izobraževanju pravnikov po pravici lahko vidimo poskus izročanja in obdelave pravnih pričakovanih pomena.

Če gledamo tako, bi bilo naivno in nevarno, če bi hoteli sodnika zapriseči k razlagi zakonov "brez predsodkov", zahtevati od njega, da se ogiba predhodnih razumevanj. Ker tega ne more, saj ne stoji zunaj družbe in zgodovine, bi bile v praksi posledice takega priporočila sodniške taktike zamegljevanja in zamolčevanja. Tudi splošna hermenevtika je ironizirala poskus, da bi se izognili hermenevtičnemu krogu, in priporočila, "naj ne bi šli iz kroga, temveč na pravi način vstopili vanj"⁸⁹. Za sodniško prakso to lahko le pomeni, da odkriva predhodna razumevanja, ki tako postanejo priobčljiva in jih je mogoče nadzirati, da se obveže k popolni refleksiji in argumentaciji v postopku⁹⁰. Če je predhodno razumevanje pogoj za možnost razumevanja, pravilnosti sodniškega razumevanja ne moremo ustvarjati in preverjati substancionalno, temveč le proceduralno.

c. Scenično razumevanje

S tem smo dosegli raven, s katere pravna hermenevtika danes lahko doživi nadaljnji razvoj: raven postopka⁹¹.

Čeprav se splošna hermenevtika že zgodaj - zlasti pri *Diltheyu* - ni osredotočala le na razumevanje besede, temveč je nasprotno imela pred očmi hkrati tudi življenjske izraze ali tuja duševna stanja kot predmet razumevanja, pa pravna hermenevtika ni upoštevala tega izročila; samo sebe je razumela kot hermenevtiko besedila, svoje zanimanje je omejevala na razmerje med normo in konkretnim dejanskim stanom in se znotraj tega razmerja neprimerno bolj ukvarjala z razlaganjem zakona kot z ustvarjanjem konkretnega dejanskega stanu⁹².

Ta omejitev za predmet ni primerna:

Pravno - tudi sodniško - ravnanje je čisto na koncu delo z besedili, v bistvu šele v sodniškem posvetu in sojenju. Pred tem pa je v bistvu komunikacija in interakcija med ljudmi, je proces, bežno in neponovljivo dogajanje v času, ravnanje tudi z izgovorjeno besedo in ne le z napisanim besedilom, delovanje v nizih dejanj in strategij. V tej scenični fazi sodniškega ravnanja se konkretizacija norme in oblikovanje konkretnega dejanskega stanu resnično dogajata, predhodna razumevanja imajo posledice.

Pravna hermenevtika je dobro opremljena za rodovitno teorijo sceničnega razumevanja. Njena pojmovna in metodična oprema za dojemanje ustrežanja in hkratnosti, njeno zanimanje za dinamizacijo polarnih razmerij, njeno proceduralno razumevanje uspešnega razumevanja in pravilnega razsojanja dajejo upanje, da bo pravna hermenevtika pomembno prispevala k moderni postopkovni teoriji.

Prevedla Vera Lamut

⁸⁹ Heidegger, *Sein und Zeit* (op. 73), str. 153.

⁹⁰ Izčrpnjeje v mojem delu *Tatbestand und Typus* (op. 44), str. 135 sl.

⁹¹ Prvi začetku v moji *Einführung* (op. 47), paragraf 16 II 3 ("Scenično razumevanje"), paragraf 16 III ("Načela kazenskega procesnega prava: vzorci sceničnega razumevanja").

⁹² Prim. npr. Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik*, v: *Gesammelte Schriften*, 1966 sl., zv. V, str. 317 sl.