

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA UPRAVO**

Diplomsko delo
visokošolskega programa

AMERIŠKI PRAVNI REALIZEM

Kandidatka : Mirjana Škof
Številka indeksa: 04028320

Mentorica: Dr. Alenka Kuhelj

Ljubljana, junij 2009

Povzetek

Pravo do neke mere vodi ljudi pri njihovem ravnanju in na ta način uravnava obnašanje ljudi, ki želijo ubogati pravna pravila. Za pravni realizem, kot eno izmed smeri v razvoju prava, morajo obstajati določena dejstva in razlogi. Če teh dejstev in razlogov ni potem pravni realisti zanikajo obstoj pravnih pravil. Realisti niso bili mnenja, da je zakon za sodnika napoved, kako se bo odločil, ampak so argumentirali zakon kot sodnikovo odločitev samo. Njihova razlaga je, da se sodniki primarno odločajo na osnovi dejstev in ne na osnovi pravnih pravil in motivov. V odločitvah sodnikov je potrebno razumevanje ekonomskih, socialnih in političnih problemov s katerimi se sodišča soočajo. V diplomskem delu obravnavam teorije realistov, ki so si vsak na svoj, pa vendar na podoben in zaokrožen način predstavljali pravna pravila, ter kaj za njih pomeni zakon in morala.

Ključne besede: pravna pravila, konceptualna doktrina, empirično pravilo, morala.

Summary

Law is guiding people through their thinking and that's why it can rebalance people's behavior, for those who want to comply with legal law. For legal realism, one of the chapter of the developing the law, certain rules and reasons, have to be present if these reasons and rules do not exist realist deny existing of legal rules. Realists were not of opinion that for judge's law is a prediction how to decided, but that the law itself reflects judge's decision. Their explanation is that judges' decisions are based on facts and not on legal rules and motives. In judge's decision it is necessary to understand economical, social and political problems with which courts are facing. In my thesis I deal with topic theories of realists, who each on their own, but still on similar way represent legal law. The meaning of law and moral from their point of view is also discussed.

Key words: legal rules, conceptual doctrine, empirical rule, moral.

KAZALO

POVZETEK	ii
SUMMARY	iii
1 UVOD	1
1.1 OBDELAVA TEME.....	1
1.2 NAMEN IN CILJ RAZISKAVE	2
1.3 STRUKTURA DIPLOMSKEGA DELA.....	2
2 TEORIJE PRAVA REALISTOV	4
2.1 PRAVNA PRAVILA.....	5
2.1.1 <i>Teorija napovedi prava</i>	6
3 KLJUČNI ZAHTEVKI AMERIŠKEGA PRAVNEGA REALIZMA	9
3.1 POMEMBNE TOČKE PRI RAZUMEVANJU KLJUČNIH ZAHTEVKOV.....	9
3.1.1 <i>Dve veji realizma</i>	10
3.1.2 <i>Naturalizem</i>	12
3.1.3 <i>Odločitve sodnikov</i>	13
4 ARGUMENTI REALISTOV PROTI PRAVNIM PRAVILOM	15
4.1 PRVI ARGUMENT PROTI PRAVNIM PRAVILOM.....	15
4.1.1 <i>Pravna pravila so kavzalno inertna</i>	16
4.1.2 <i>Prvi argument in zavrnitev pridobljenih pravic</i>	17
4.1.3 <i>Prvi argument in odločbena pravna teorija</i>	19
4.2 DRUGI ARGUMENT PROTI PRAVNIM PRAVILOM.....	19
4.2.1 <i>Pravna obveznost in moralna avtonomija</i>	20
4.3 DRUGI ARGUMENT IN REALISTIČNA TEORIJA OBSODBE.....	22
4.3.1 <i>Drugi argument in mehanično pravoznanstvo</i>	24
5 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA	25
5.1 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA 1.....	25
5.1.1 <i>Pravna vzgoja in izobraževanje v ZDA</i>	25
5.2 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA 2.....	26
5.2.1 <i>Pravna teorija</i>	26
5.2.2 <i>Hartova pravna teorija</i>	27
5.2.3 <i>Hartov napad na empirično pravilo skepticizma</i>	28
5.2.4 <i>Hart razloži normativnost zakona</i>	29
5.2.5 <i>Deljene kooperativne aktivnosti</i>	30
5.2.6 <i>Maščevanje privrženca teorije naravnega zakona</i>	30
5.2.7 <i>NE-Kognitivizem in interni vidik</i>	32
6 REALISTI NE MOREJO BITI PREDSTAVNIKI KONCEPTUALNEGA PRAVILA SKEPTICIZMA	34
6.1 RAZLAGA NAPOVEDNE IN ODLOČBENE PRAVNE TEORIJE.....	34
6.1.1 <i>Pregled odločbene teorije</i>	35

6.1.2	<i>Argument Bishop Hoardly</i>	36
6.1.3	<i>Pregled napovedne teorije</i>	37
6.2	NOVA TEORIJA REALISTOV	40
7	SKANDINAVSKI REALIZEM	42
7.1	ROSSOV TEORIJA V PRIMERJAVI Z HARTOVO	42
7.2	INDIKATIVEN IN DIREKTEN GOVOR	43
8	ZAKLJUČEK	47
	VIRI	49
	IZJAVA O AVTORSTVU IN NAVEDBA LEKTORJA	51

1 UVOD

Pravni realizem je družina teorij o naravi prava razvit v prvi polovici 20. stoletja v Ameriki (Ameriški pravni realizem) in Skandinaviji (Skandinavski pravni realizem). Ameriški pravni realizem je bil najpomembnejše domače pravno gibanje v ZDA v 20. stoletju, ki je imel močan vpliv ne samo na ameriško pravno poučevanje in izobraževanje, ampak tudi na reformo zakonov.¹

1.1 OBDELAVA TEME

Gibanje pravnega realizma je cvetelo v 1920-ih in 1930-ih, v glavnem na vseh fakultetah univerz Yale in Columbia, pa tudi na Johns Hopkins Institute of Law, ki pa je obstajal le kratek čas.²

Ameriški pravni realizem je bil prvenstveno razširitev prava na stvarno filozofsko doktrino iz semantike in epistemologije. Realisti so bili pravniki (plus nekaj socialnih znanstvenikov), ne filozofi in njihova motivacija je bila zato različna. Kot pravniki so nasprotovali dominantni mehanski pravni vedi ali formalizmu njihovega časa. Formalizem je določal, da sodniki odločajo na osnovi razlikovalnih pravnih pravil in motivov, kar je opravičevalo enoten rezultat v večini primerov. Realisti so argumentirali, da natančen empirični premislek o tem, kako sodišče v resnici odloča v posameznem primeru odkriva, da se primarno ne odloča na osnovi zakona, ampak (grobno rečeno) na osnovi občutka, kar bi bilo pošteno na osnovi dejstev primera. Ker realisti nikoli niso eksplicitno označili svoje filozofske pre-hipoteze o naravi zakona, ali svojega koncepta pravne teorije, je ena najpomembnejših pravnih nalog realista danes filozofska rekonstrukcija in obramba njihovih pogledov, posebno proti kritiki pravnih filozofov. Realizem nosi tudi oznako intelektualne kulture, ki jo deli s svojim skandinavskim bratrancem.

Realisti niso zavračali pravnih pravil v smislu predlogov, ki jih vsebuje. Kljub temu, da so mislili, da bistvena nedoločenost okužuje pravo, so priznali, da lahko pravo do neke mere vodi ljudi pri njihovem ravnanju in zato lahko uravnava obnašanje ljudi, ki želijo ubogati pravna pravila.³

Težko je govoriti o teoriji, ki so jo postavili realisti kot skupina, tudi če je ta skupina omejena na avtorje, za katere je splošno znano, da so realisti: Karl Llewellyn, Jerome Frank, Walter Wheeler Cook, Felix Cohen, Hessel Yntema, Herman Oliphant, Maw Radin, Leon Green in Joseph Hutcheson. Še težje je govoriti, da gre za filozofijo prava, če upoštevamo, da razen Cohena nobeden od zgoraj naštetih ni bil filozof. Kljub temu realizem ostaja tema z več kot zgodovinskim pomenom, ravno zato, ker povezuje različne teme. In nekatere izmed najpomembnejših so filozofske teme. Dejstvo, da realistični avtorji niso bili študirani filozofi, še ne pomeni, da niso imeli filozofskih mnenj. To samo pomeni, da svojih filozofskih idej morda niso znali brežhibno izraziti, zato jih bo potrebno nekoliko rekonstruirati.

¹ Brian Leiter, 1995, str. 481

² Laura Kalman, 1986, str.229

³ Brian Leiter, 1997, str.268

Vpliv pravnega realizma znotraj ameriškega zakona in pravnega izobraževanja je bil zelo izrazit. S poudarjanjem indeterminantnosti zakona in pravnih vzrokov, pomembnosti upoštevanja ne-pravnih dejstev v odločitvah, so realisti sprostili pot za sodnike in odvetnike, da so lahko odprto govorili o političnih in ekonomskih pomislekih, ki v resnici vplivajo na mnoge odločitve.

Realizem je imel tudi pomemben vpliv na reformo prava.

1.2 NAMEN IN CILJ RAZISKAVE

Kot del filozofske rekonstrukcije lahko argumentiram, da je šlo pravzaprav za kar nekaj pravnih teorij, ki so se med seboj razlikovale v stopnji verjetnosti. Tako realisti kot tudi njihovi kritiki so jih običajno obravnavali enotno, kot bi bile ekvivalentne. Hart, je, na primer, opisoval realistično teorijo kot vidik, da so pravila mit, ki zakrivajo resnico, da je pravo sestavljeno le iz sodnih odločb in predpostavk o njih. Vendar pa v tem opisu obstajata vsaj dve pravni teoriji.

Realisti niso zavračali pravnih pravil v smislu predlogov, ki jih vsebujejo. Čeprav so mislili da bistvena nedoločenost okužuje pravo, so priznavali, da lahko pravo do neke mere vodi ljudi pri njihovem ravnanju in zato lahko uravnava obnašanje ljudi, ki ga želijo ubogati. "Realisti niso menili, da je zakon za sodnika napoved, kako se bo odločil, ampak so zakon argumentirali, je sodnikova odločitev sama."⁴ Vsi realisti se strinjajo, da so pravo in pravni motivi racionalno nejasni, tako da so najboljše razlage, zakaj se sodniki odločijo tako, kot se odločijo, morajo poiskati mimo zakona samega. Stališče realistov je bolj teorija odločanja. Napovedi so pomembne vendar ne za sodnike, temveč za civilno prebivalstvo, še posebej za stranke v postopku. Mnogi realisti so smatrali, da mora osnovna znanost prava deliti isto stvar, mora odkriti, kateri dražljaji producirajo katere odgovore. Za večino realistov je bila predanost znanosti in znanstvenim metodam bolj stvar retorike in metafore kot prava šolska praksa. Glede racionalne nejasnosti so se realisti osredotočili na obstoj konfliktnih, toda zakonitih, načel interpretacije precedensov in statutov.

Pomemben premislek ameriškega realizma je tudi povezan predvsem v nujnem teoretičnem razmišljanju, ker vključuje normativni kvietizem, po katerem je brez pomena dati sodnikom normativne nasvete, kajti kako sodniki odločajo posamezne primere, je samo nenadomestljivo dejstvo o tem, kaj oni delajo.

1.3 STRUKTURA DIPLOMSKEGA DELA

Realisti so menili, sicer napačno, a kljub temu z razlogom, da so vse te teorije katere sem opisala v diplomskem delu nastale iz nesposobnosti zakona, da bi lahko podali razloge za neposlušnost.

Realistično zavračanje pravnih pravil je njihovo najbolj prepričljivo stališče, zato bo del diplome namenjen temu delu. Opisala sem realistično teorijo prava, vendar le v smislu, da sem lahko predstavila da je možna, ne pa, da je zvišana nad vsakršno kritiko. V diplomski sem hotela predstaviti, da ta teorija realistov ni tako absurdna, kot so jo predstavili pravni filozofi.

⁴ H.L.A.Hart, 1994, str. 136

Ker so bili ameriški pravni realisti podobni skandinavskim, sem v diplomi na koncu opisala še nekaj pogledov, ki so jih ameriški realisti delili s skandinavskimi. Predvsem gre za predanost empiricizmu, ki jih je motiviralo k zavračanju pravnih obligacij. Tako ameriški kot skandinavski realisti so verjeli, da napovedna pravna teorija sledi iz zavrnitve pravnih obligacij. Skandinavski realizem bom bolj predstavila v smislu, kako so posamezni pisci dali velik pomen na besede, govor, pravila. Realizem je spodoben tekmeč na pravosodnem tržišču in ne bavbav, v katerega so ga v preteklosti poskušali spremeniti nekateri filozofi.⁵

⁵ Michael Steven Green, 2005, str.1921

2 TEORIJE PRAVA REALISTOV

Pravna pravila in motive lahko preprosto označimo kot 'post-hoc' racionalizem za odločitve, ki so bile sprejete na osnovi ne-pravnih presojanj. Ker realisti nikoli niso eksplicitno označili svoje filozofske pre-hipoteze naravi zakona, ali svojega koncepta pravne teorije, je ena najpomembnejših pravnih nalog realista danes, filozofska rekonstrukcija in obramba njihovih pogledov, posebno proti kritiki pravnih filozofov, še posebno H.L.A. Harta. Pomembno je identificirati tipe pravnih pravil, ki so jih realisti zavračali, kajti obstajajo alternativna dojetanja pravnih pravil, v katerih njihovega obstoja ne moremo zanikati.

Realizem nosi tudi oznako intelektualne kulture, ki jo deli s svojim skandinavskim bratrancem. Ta kultura, dominantna v zahodnem svetu od sredine 90. stoletja do sredine prejšnjega stoletja, je bila globoko pozitivistična v smislu, da je obravnavala naravne znanosti kot paradigmo vsega izvirnega znanja, in ki je smatrala, da morajo vse ostale discipline (od socialnih znanosti do pravnih študij) posnemati metode naravnih znanosti. Glavna metoda med njimi je bila metoda empiričnega testiranja: hipoteze morajo biti testirane proti opažanju iz sveta. Realisti so pogosto navajali, da trenutna razlaga zakona v resnici ni bila potrjena z dejanskim opazovanjem, kaj sodišča dejansko delajo. Realisti niso zavračali pravnih pravil v smislu predlogov, ki jih vsebujejo. Čeprav so mislili da bistvena nedoločenost okužuje pravo (in ne samo njegove meje, kot je menil Hart), so priznavali, da lahko pravo do neke mere vodi ljudi pri njihovem ravnanju in zato lahko uravnava obnašanje ljudi, ki ga želijo ubogati. Na realiste je imel vpliv behaviorizem v psihologiji, verzija Johna Watsona, katere veja je povezana z B.F. Skinnerjem, ki je bil sam v primežu pozitivističnega koncepta, znanja in metode. Behavioristi ne potrebujejo govorjenja o tem, kaj človek verjame in si želi, človekovo obnašanje so razložili točno v smislu dražljaja vzroka. Če želim ubogati statut, ki pravi, da je najvišja dovoljena hitrost 50 km na uro, vemo, kaj moram storiti (namreč, voziti 50 km na uro ali manj). Podobno ve sodnik, ki želi razsoditi v skladu s statutom, kaj mora storiti (namreč kaznovati tiste, ki so vozili več kot 50 km na uro). Obstaja pa še drug pomen besede „pravilo“, v katerem se lahko vprašamo o obstoju pravnih pravil. To je ideja pravila, kot nečesa, kar vsebuje tudi razlog za ravnanje. Če nekdo prekrši pravilo v tem smislu, je naredil nekaj narobe, nekaj, česar naj ne bi storil. Naše povelje ni bilo pravilo v tem smislu, ker ne vsebuje ničesar, kar bi nam povedalo, zakaj bi se ga morali držati. Če bi bili razlogi za ravnanje, ki bi jih pravila vsebovala, če bi obstajali dominantni razlogi (to so razlogi, ki bi povzili vsak drugačen razlog za ravnanje, ključno z vsemi moralnimi normami) ali pa bi lahko šlo za prima facie razloge (t.j. razloge, ki jih lahko povzijo drugi razlogi z zadostno težo). Primer prima facie razloga za ravnanje je moralni razlog, da moram držati svoje obljube. »Če smo obljubili, da bomo posodili sekiro, imamo prima facie moralni razlog, da svojo obljubo držimo, če za nasprotno ravnanje ne obstajajo dovolj tehtni razlogi. Če pa predpostavimo, da ste v kratkem s sekiro pobili 14 ljudi in da ste svojo sekiro kmalu potem izgubili ter da nameravate z umori nadaljevati takoj, ko boste dobili novo sekiro, potem je naš moralni razlog, da moramo zavarovati življenje nedolžnih nadrejen našemu razlogu, da moramo držati svojo obljubo.« (Michael S. Green, 2005, str. 1922) Tako je naš razlog za izpolnitev obljube le prima facie razlog in ne dominanten razlog za ravnanje.

2.1 PРАВNA PRAVILA

Da bi pravna pravila, če bi obstajala, vsebovala dominantne razloge za ravnanje, je implicitno vključeno v zahtevo zakona po ultimativnosti v praktičnem razmišljanju.⁶ Dejansko je videti, da pravo ne le dominira druge razloge za ravnanje, ampak tudi izključuje razmišljanje o drugih razlogih. Po drugi strani pa se poraja misel, da pravna pravila predstavljajo le prima facie razloge za ravnanje, saj so takšni razlogi po vsej verjetnosti celo najmočnejši moralni razlogi, kot npr. moralni razlog proti pobijanju nedolžnih. Verjetnost, da bi bile pravne norme dominantne je majhna, če je celo tako močno moralno normo možno povoziti (npr. če bi smrt nedolžnega posameznika lahko preprečila smrt večih ljudi).

Če je res, da so pravni razlogi za ravnanje prima facie razlogi, potem bi lahko pravna pravila v relevantnem smislu obstajala, vendar pa bi po drugi strani obstajali tudi razlogi proti njim in bi bila tako javna nepokorščina dovoljena, včasih celo mandatna. Dejstvo, da bi nekdo moral ne-upoštevati zakon, pa bi preprosto pomenilo, da je bilo ravnatežje razlogov, vključno z moralnimi, v prid nepokorščini, in ne, da zakon sploh ni podal razlogov za ravnanje.

Dejstvo, da ima nekdo razlog, da stori kot zakon narekuje, ni dovolj za dokaz obstoja pravnih pravil. Predpostavimo statut, ki bi prepovedoval pobijanje nedolžnih. Čeprav imamo razlog, da ne pobijamo nedolžnih, statut morda k tem razlogom ne prispeva, ker bi morda imeli razloge (namreč moralne), da tega ne storimo tudi če statuta ne bi bilo.⁷ Če želimo, da pravna pravila obstajajo, potem morajo biti sami po sebi razlogi, zakaj nečesa ne storimo ali storimo, ker zakon tako pravi. Najpomembnejši relevantni razlogi za ravnanje morajo biti objektivni. Naj navedem primer subjektivnega razloga za ravnanje. „Moram storiti nekaj, česar direktno ne želim storiti, vendar je to pomembno za nekaj, kar pa direktno želim.“ Če želim posaditi vrtnico na travniku in verjamem, da bom uspela zadovoljiti to potrebo s rdečo vrtnico, potem imam subjektivni razlog, da posadim rdečo vrtnico. Vendar pa subjektivni razlogi za ravnanje niso nujno odvisni samo od osnovnih želja. Tudi bolj kompleksni odnosi – moralna stališča – lahko generirajo takšne razloge. Na primer, če (zmotno) mislimo, da je pustiti, da otroci utonejo, moralno pomembno, potem bi imeli razlog, zakaj ne rešimo utapljavajočega se otroka.

Če smo objektivni, so pravni razlogi zelo podobni moralnim razlogom za ravnanje. Imamo moralni razlog da držimo obljubo, čeprav to ni najboljše ravnanje v luči naših prepričanj. Moralni obveznosti, da držimo svoje obljube ne moremo uiti samo zato, ker si resnično želimo prelomiti obljubo ali ker (zmotno) mislimo, da je prelomiti obljubo moralno pomembno.⁸ Tretjič, če pravna pravila obstajajo, potem ima vsakdo, na katerega se veljavno pravo nanaša, razlog za ravnanje v skladu z njimi. Druga in tretja zahteva sta povezani, ker je videti, da je objektivnost pravnih razlogov za ravnanje edina razlaga, zakaj ti razlogi obstajajo za vsakogar na katerega se pravo nanaša. Kljub temu, da obstajajo subjektivni razlogi za večino ljudi, zakaj ubogati mnogo zakonov, pa ni verjetno, da bo imel vsakdo subjektivni razlog za uboganje vsakega veljavnega zakona.

⁶ H.L.A.Hart, 1979, str. 253-56

⁷ Smith, 951

⁸ Michael Steven Green, 2005, str.1924

Če razmislimo o dejstvu, da zakon pogosto podpirajo sankcije in če, kot večina ljudi, ne želimo izgubiti svoje lastnine ali svobode, potem nam bodo te sankcije dale subjektivni razlog za ravnanje v skladu z zakonom. Vendar sankcije ne moremo dati vsakomur za vsak zakon, kajti lahko si je izmisliti svoj pravni sistem, v katerim nekaj veljavnih zakonov ni čisto veljavnih.

S tem, ko rečemo, da so realisti zanikali obstoj pravnih pravil, smo jim pripisali naslednje stališče: Dejstvo, da je nekaj veljaven zakon, ne daje tistim, na katere se nanaša, objektivni razlog za uboganje.⁹ V tem smislu je skepticizem pravnih, kot so ga razvili realisti, podoben filozofski anarhiji. Filozofski anarhist zanika, da veljaven zakon vedno poda tistemu, na kogar se nanaša, moralni razlog (celo prima facie moralni razlog) za sledenje. Vendar pa gre pravni realizem dlje od filozofske anarhije kot to običajno razumemo. Filozofski anarhist je sposoben sprejeti, da zakon ustvarja objektivne razloge za ravnanje, ki niso moralni. Zanima ga samo zanikanje pozicije naravnega prava, v kateri je pravna obveza vrsta moralne obveze.

2.1.1 Teorija napovedi prava

Opisala sem, kaj pomeni zavrniti pravna pravila v relevantnem smislu. Sedaj moramo dokazati, kaj so realisti dejansko mislili. V luči teh argumentov se zdi realistično zanikanje pravnih pravil kot teorija prava, splošno veljavna filozofska razlaga zakona. Vendar pa ne gre za razumljivo teorijo, kajti ne pove nam, katere teme lahko identificiramo kot zakon, pove pa nam, da je zakon ne-normativen.

Kot nasprotje je njihova teorija napovedi prava povzetek stvari, ki jih je potrebno identificirati kot zakon. Kot bomo videli, je ta teorija v obeh pojavnih oblikah neustrezna, ker kot zakon označuje napačen set pravil. Pogosto ustav, statutov in podobnega ne obravnava kot zakon, čeprav gre za stvari, ki bi jasno morale spadati pod ta koncept. Posledično ne more razložiti nekaterih sodnih napak, na primer, odločbo sodišča, ki je v nasprotju z veljavnim statutom.

Tudi če teorijo napovedi na koncu zavržemo, pa moramo biti pošteni do realistov, ko označujemo teme, ki jih njihova teorija spoznava za zakon. Njihovi kritiki jim pogosto po krivici očitajo tezo, da je zakon za odločujočega se sodnika napoved, kako se bo ta isti sodnik na koncu odločil.¹⁰ Z namenom, da bi se lahko odločil v skladu z zakonom, bi sodnik moral spoštovati napoved o odločbi, kar je bizarno in kar je tudi vodilo k temu, da so to teorijo ožigosali kot bizarno. "Brian Leiter je Hartu prepisal kritiko te teorije, da sodnik, ki se nameni odkriti zakon o določeni temi o kateri se mora odločiti, dejansko le poskuša odkriti kaj bo storil, ker je zakon ekvivalenten napovedi kaj bo storil. Literev argument je zmoten, kajti realisti niso menili, da je zakon za sodnika napoved, kako se bo odločil. Zakon so argumentirali kot sodnikova odločitev sama." (Michael S. Green, 2005, str. 1927)

Stališče realistov je bolje opisano kot teorija odločanja sama. Napovedi so pomembne, vendar ne za sodnike, temveč za civilno prebivalstvo, zlasti stranke v postopku. Ker je zakon tisto, kar sodnik razsodi, moramo predvideti, kako se bo odločil, če želimo vedeti kaj je zakon. Napovedi so poskus odkrivanja zakona, ne pa zakon sam po sebi. Ker bo tisto, kar bo odločil sodnik postalo zakon, se sodnika

⁹ Michael Steven Green, 2005, str. 1925

¹⁰ John Dickinson, 1931, str. 833-844

napovedi o njegovem obnašanju, za razliko od civilnega državljana, ne zadevajo. Sodnika zadeva edino kaj naj bi zakon bil. Ker je vsaka odločitev do katere pride sodnik zakon, zakon ki naj bi ga odkril ne more obstajati.¹¹ Realistična obramba teorije odločitev je bila kratkoživa, zaradi ugovora, ki ga lahko najdemo tako pri Leitereju kot tudi pri Hartu. Ravno zato ker noben zakon ne omejuje sodnikove odločitve, ta teorija nasprotuje mnenju, da se sodišča odločajo na način, kot je predviden v zakonu. Kot se izrazi Leiter, ta teorija "onemogoča artikulacijo preproste ideje, da je zakon ena stvar, odločitev določenega sodišča pa druga" (Brian Leiter, 1995, str. 482). "Sodniki se ne obnašajo kot absolutni monarhi ampak delujejo v skladu s predhodnim pravom, z ozirom na katerega je njihova odločitev pravilna ali nepravilna." (Michael S. Green, 2005, str. 1928). Teorija odločitev ne more biti pravilna, kajti nekaj odločb še ni zakon. Sodnik lahko pride do ilegalne odločitve, do odločitve, ki je v nasprotju z zakonom. Ta kritika je pravična do pogledov realistov, ker so bili pogosto mnenja, da sodnik ne more narediti sodne napake.

Felix Cohen je poskrbel za še en primer. Obstoj pogodbe, argumentira Cohen, je funkcija pravnih odločitev. Vprašanje, kaj naj bi sodišča storila, je tukaj irelevantno. Kjer obstaja obljuba, ki bo pravno izvršena, obstaja pogodba. Ker pogodba obstaja vsakokrat, ko sodnik odloči, da obstaja pogodba, je sodnik kot absoluten monarh in kakršnikoli razlogi, da se je odločil, da pogodba obstaja, so veljavni razlogi.

Teorija odločitev ni verjetna ne le zato, ker nekaj odločb še ni zakon, ampak tudi zato ker je nekaj ne-odločb (statuti, ustave ipd.) zakon. "Hart argumentira, npr., da so realisti nezmožni identificirati odločbo, na katero želijo zreducirati zakon, ne da bi implicitno predpostavili, da so ne-odločbe zakon." (H.L.A.Hart, 1994, str. 163). Zdi se, da Hart verjame, da ta argument spodkoplje ne le teorijo odločitev, ampak tudi realistično zavračanje pravnih pravil. S tem, da realisti priznavajo ustavo, kjer gre za razlikovanje kaj je sodišče in kaj ne, priznavajo tudi ustavo samo kot pravno pravilo. Toda ravno v tem je napaka. Čeprav morajo realisti priznati, da je ustava „zakon“, še vedno lahko zavračajo idejo, da status zakona ustavi daje, vključno sodnikom, objektivni razlog zaradi katerega bi jo državljeni ubogali.¹² Če sodnik odloči v nasprotju z ustavo, je lahko s tem ustvaril odločbo, ki ni zakon. Vendar pa iz tega ne sledi, da je imel sodnik objektivni razlog, da bi razsodil v skladu z ustavo, morda le nima objektivnega razloga, da bi raje ustvaril zakon.

"Analogno si zamislimo skupino ljudi, ki igrajo igro „mučimo-mucka“. Igralci so se sporazumeli, da bodo v predloženem smislu sledili pravilu, da mora vsak igralec vsakič, ko je dobil točko, mučiti mucka." (Michael S. Green, 2005, str. 1931) To je enako veljavno pravilo v tej igri kot ustava predstavlja veljavno pravilo v našem pravnem sistemu. Vendar pa to, da gre za veljavno pravilo v igri, še ne pomeni, da imajo igralci objektivni razlog za mučenje mucka po vsaki doseženi točki. Še vedno lahko trdimo, da nimajo objektivnega razloga, niti prima facie razloga, da bi naredili, kot od njih zahteva pravilo. Se pravi, tudi če morajo realisti sprejeti, da je ustava zakon, lahko še vedno mislijo, da njen status zakona sodniku ne daje objektivnega razloga, zakaj razsoditi v skladu z njo.

Leiter, enako kot Hart, kritizira teorijo odločitev na podlagi dejstva, da so se realisti tiho sporazumeli, da so ne-odločbe zakon. "Argumentira, da realisti ne bi mogli artikulirati svoje teorije obsodbe, se pravi, da se sodniki primarno odločajo na podlagi

¹¹ Felix S. Cohen, 1933, str. 16

¹² Michael Steven Green, 2005, str. 1931

dejstev iz primerov in ne primarno na podlagi pravnih pravil in razlogov.“(Brian Leiter, 1997, str.281).

Leiter ima nedvomno prav, ko pravi, da so realisti nedosledni, ko po eni strani trdijo, da je zakon sestavljen le iz odločb, po drugi strani pa, da sodniki, ki jih izdajo, ne upoštevajo prava. Oblikovali so standardno pravno teorijo, v kateri so ne-odločbe (npr. statuti) lahko zakon, v kolikor so menili, da na sodnikove odločitve zakon nima nobenega vpliva. Toda Leiterer, podobno kot Hart, sugerira, da so realisti ne le priznavali, da so zakon ne-odločbe, ampak da so tudi pravna pravila v smislu da dajejo sodnikom objektivne razloge, da odločajo v skladu z njimi.

Čeprav v delih realističnih avtorjev prevladuje odločbena teorija prava, lahko v njih najdemo tudi napovedne teorije vseh vrst. Vendar ne gre za aspekt, da je zakon v skladu s katerim se bo sodnik odločil napoved, kako se bo odločil ta isti sodnik. Gre za vidik, da je zakon napoved, kako se bodo odločili sodniki v množini, in drugi uradniki, v splošnem, v nekem pravnem sistemu. “Kot pravi Walter Wheeler Cook, je izjava „da je določeno zakonsko pravilo v Angliji zakon le skrajšan način, če želimo povedati, da na podlagi opazovanj preteklega dogajanja predvidevamo, kako se bodo v prihodnje obnašali angleški uradniki.“ (Walter Wheeler Cook, 1924, str. 457,476). Trditvi, da obstajajo pravne pravice ni nič več kot konvencionalen način opisovanja preteklega in napovedovanja prihodnjega obnašanja ljudi. Takšni trditvi držijo, če natančno opisujejo preteklo obnašanje in napovedujejo obnašanje družbenih agentov v prihodnje.

Z ozirom na to teorijo napovedi, odločitev sodnika ni zakon samo zaradi tega, ker je do nje prišel, in niti ne bi bila zakon zato, ker se sklada s tem, kar so o njej napovedali. Zakon bi postala le če bi se skladala z napovedmi, kako se sodniki v takšnih primerih običajno odločijo. Odločitev, ki nima podobnega presedena, je lahko zakon le v primeru, če je verjeti, da se bodo drugi sodniki v tem sodnem sistemu v prihodnje enako odločali. Kot se je izrazil Cook, “odločba postane zakon le, če nam je povedala nekaj novega, na podlagi česar mislimo, da bomo lahko v prihodnje napovedali rešitev podobnih primerov.“ (Walter Wheeler Cook, str. 57). Če bi se torej uporniški sodnik odločil v skladu s Platonovo Republiko, njegova odločitev ne bi bila zakon, ker Republika ne bi bila koristna za napovedovanje odločitev drugih sodnikov in uradnikov.

Ne samo da v tej obliki napovedne teorije nekatere odločbe niso zakon, priznava tudi, da so nekatere ne-odločbe zakon (npr. ustava). Sodnik lahko trdi, da je ustava zakon v smislu, da bi lahko iz nje napovedali, kako se bodo odločali tudi drugi sodniki. Kljub temu pa ni verjetno, da bi napovedna teorija priznavala za zakon iste stvari kot standardna teorija prava. Če ima realistična teorija obsodbe prav, potem je večina stvari, ki jim običajno pravimo zakon brezpredmetna v napovedovanju obnašanja sodnikov. Zaradi tega po teoriji napovedi sploh ne bi bile zakon. Po isti logiki bi druge stvari, ki jim običajno ne rečemo zakon, lahko pomagale pri napovedovanju sodnih odločb, in bi tako po teoriji napovedi bile zakon.

Če bi „ustava je zakon“ pomenilo le to, kako se bodo sodniki običajno odločili, potem sodnik, ki bi priznaval ustavi status zakona ne bi imel razloga, da bi sam rzsodil v skladu z njo.

3 KLJUČNI ZAHTEVKI AMERIŠKEGA PRAVNEGA REALIZMA

Vsi realisti se strinjajo, da so pravo in pravni motivi racionalno nejasni (najmanj v primerih, ki pridejo pred prizivno sodišče), tako da se najboljša razlaga, zakaj se sodniki odločijo tako, kot se odločijo, mora poiskati mimo zakona samega. Vsi realisti se strinjajo s tem, čemur lahko rečemo 'Ključni zahtevek' realizma: sodniki se primarno odločajo na osnovi dejstev in ne na osnovi pravnih pravil in motivov. Posamezno obliko ključnih zahtevkov se lahko najde skoraj pri vsakem realistu.

Npr. Oliphant pravi, da sodišča odločajo na osnovi dejstev v konkretnih primerih, raje kot da bi uporabljali abstrakcije. To dikcijo je potrdil sodnik Joseph Hutcheson, ko je rekel, da je tisti impulz, ki vpliva na odločitev, intuitivni občutek za to, kaj je prav in kaj narobe v določenem primeru.¹³ Podobno Frank citira velikega ameriškega sodnika Chancellor Kenta, ki je trdil, da je bil on prvi magister dejstev. Tako je zapisal: "Videl sem, kje leži pravica, polovico časa moralni občutek diktira odločitev na sodišču, potem sem poskušal poiskati avtoritete ... toda skoraj vedno sem našel principe, ki so ustrezali mojemu pogledu." (Chancellor Kent, 1930, str. 104). Natančno isti pogled na to, kako se odločajo sodniki, je predstavljen tudi v Llewellyn-ovem nasvetu za pravnike, ki naj sodišču priskrbijo 'tehnično leste', ki naj opravičuje rezultat. Pravniki morajo na osnovi dejstev prepričati sodišče, da je njihov primer trden.¹⁴

3.1 POMEMBNE TOČKE PRI RAZUMEVANJU KLJUČNIH ZAHTEVKOV

Najprej je potrebno vedeti, da ni trivialno, da mora sodnik pri odločitvi upoštevati dejstva. Nasprotno, sodniki se celo upirajo predloženim dejstvom, ne glede, če so ta dejstva pravno signifikantna, kar pomeni, ne glede na to, ali so ta dejstva relevantna. Kot drugo, ključni zahtevek ne pomeni, da pravna pravila in motivi nikoli ne vplivajo na končno odločitev, ampak šibkejši zahtevek navadno ne vpliva ali ima le majhen vpliv, posebno pri primerih, ki so bili najbolj zanimivi za realiste. To so primeri, ki so prišli do stopnje priziva. Reprezentativen v tem je Llewellyn, ko pravi: "Ali predlagam, da ... sprejeta pravila, pravila, za katera sodniki trdijo, da jih upoštevajo, ne vplivajo na dejansko obnašanje?" in odgovarja: "Ne." (Karl Llewellyn, 1930, str. 444). Pristop Realistov, pravi Llewellyn, 'sprejmi nekatere povezave med katerimkoli sprejetim pravilom in pravnim obnašanjem', toda potem upoštevaj, da ta povezava zahteva empirično raziskavo, kajti povezava ni vedno predlagana s strani vsebine zakona (id). Kot je poudaril: "Realisti zanikajo, da so 'tradicionalna pravila, formulacije močan faktor pri oblikovanju odločitve sodišča.'" (Karl Llewellyn, 1931, str. 1237) Toda z zanikanjem tega zahtevka priznavajo, da pravila igrajo vzročno vlogo pri odločitvah. Tretje, mnogi realisti podpirajo ključne zahtevke v upanju, da se lahko pravna pravila reformulirajo v smeri dejstev: to, bolj kot vse ostalo, navaja na globok vpliv realizma na ameriško pravo in njegovo reformo. Tako je Oliphant navajal, doktrina, ki pravi, da pravila, ki so bila uporabljena v prejšnjih primerih, morajo imeti vpliv na naslednje podobne primere. Njegova kritika je bila, da so pravna pravila, kot jih razlaga sodišče

¹³ Joseph Hutcheson, 1928, str.75

¹⁴ Karl Llewellyn, 1930, str. 76

in učenjaki, postala preveč splošna in abstraktna s tem, da zanikajo določene ugotovitve, kontekste iz katerih je nastal spor. Rezultat je bil, da ta pravila za sodnike niso imela več nobene vrednosti v kasnejših sporih, ki so preprosto odgovarjali na impulz dejstev v konkretnem primeru namesto da bi upoštevali splošno in že uveljavljeno mišljenje iz prejšnjih primerov. Oliphant je argumentiral, da se veljavna doktrina lahko ponovno uvede tako, da so pravna pravila bolj specifična glede na dejstva. Oliphant predlaga, da se usmerimo na to, kar sodišča resnično delajo na svojih področjih. Namreč uveljavljajo enake vzpodbude kot jih uporablja prodajalec do kupca, toda ne uveljavljajo tistih vzpodbud, kot jih uporablja delojemalec do svojega delodajalca. V prvem primeru sodišča preprosto uporabljajo ekonomsko učinkovit način delovanja, kajti noben kupec ne bo kupil stvari, če bo prodajalec samo odprl trgovino, medtem ko v zadnjem primeru sodišča upoštevajo neformalna pravila, ki delujejo na področju dela.¹⁵

3.1.1 Dve veji realizma

Čeprav so vsi Realisti sprejeli ključne zahteve, so se razdelili pri vprašanju, kako razložiti odgovor sodnikov na predložena dejstva. Sociološka veja Realizma, ki jo predstavljajo pisci kot so Oliphant, Moore, Llewellyn in Felix Cohen, so smatrali, da se pravne odločitve uvrščajo med predvidljive vzorce. Seveda, te vzorce ne moremo vnaprej predvideti, ampak lahko upoštevamo že obstoječa pravila. Na osnovi teh dejstev so Realisti izpeljali tezo, da različne socialne sile delujejo na sodnike in jih prisilijo, da odgovarjajo na dejstva na podoben, vnaprej predvidljiv način.

Idiosinkralna veja Realizma, ki sta jo predstavljala Frank in sodnik Hutcheson, je trdila, da je sodnikov odgovor na dejstva določenega primera povezan s psihologijo in osebnostjo sodnika samega. "Tako je Frank odločno navajal, da je osebnost sodnika ključen faktor v pravni administraciji." (Jerome Frank, 1930, str. 111). Pri tem pa je potrebno upoštevati, da noben realist ni trdil, da je odločitev primera odvisna od tega, kar sodnik zaužije za zajtrk. "Ali kot je navajal Frank, da 'konvencionalna teorija' pravi, da 'Pravilo + Dejstva = Odločitve', medtem ko je bil njegov pogled 'Impulzi, ki imajo vpliv na sodnika + Osebnost sodnika = Odločitev'." (Jerome Frank, 1931, str. 242) Njegova teza z 'osebnostjo sodnika' v formulo ključnih zahtevkov je dala odločilen prispevek, če to zberemo, ostane ključni zahtevek sam.

Pod vtisom Freudih idej, da ključ do osebnosti leži zakopan v globinah podzavesti, je Frank smatral, da opazovalec sodnih dogodkov ne more odkriti ključnih dejstev o osebnosti sodnika, ki bi lahko vnaprej določile njegov odgovor na dejstva določenega primera. Tako je Frank zaključil, da je napoved sodne odločitve vnaprej skoraj nemogoča, čeprav si odvetniki in prebivalstvo želi drugače, kar je odraz njihove otroške želje po sigurnosti in varnosti.

Frankov skepticizem glede sposobnosti vnaprej napovedati odločitev sodnika predstavlja rokavico v obraz izkušnjam večini odvetnikov, ki lahko izid v večini primerov svoji strankam vnaprej napovedo. Če tega ne bi bili sposobni, potem bi izgubili svoj posel. Kljub dejstvu, da je Frankov skepticizem slabo pokrit s praktičnimi izkušnjami, se njegov pogled pogosto navaja kot bistvo realizma.

¹⁵ Herman Oliphant, 1928, str. 159

Vsi primeri, v katerih je bilo odločeno, da so obljube neveljavne, so obljube delojemalca, da ne bo tekmoval s svojim delodajalcem po preteku pogodbe o zaposlitve, primer delavska združenja. Vsi primeri, v katerih je bilo odločeno, da so obljube veljavne, se nanašajo na primere prodaje in na obljube dane kupcem.¹⁶

Torej v prvem primeru so sodišča uveljavila prevladujoče norme, v drugem primeru pa so sodišča odločila drugače, ker je bilo to ekonomsko opravičljivo. Llewellyn je podal podoben primer: V večjih primerih iz New Yorka je sodišče upoštevalo pravilo, da kupec, ki zavrne prodajalca s formalnimi ugovori, izgubi vse ostale možnosti ugovora. Llewellyn zapiše, da je bilo to pravilo kruto upoštevano v večjih primerih, kjer kupci v času zavrnitve niso vedeli o drugih napakah, ali kjer prodajalci niso mogli rešiti problema. Natančna analiza dejstev teh primerov je pokazala, da je v vsakem primeru, kjer je bilo pravilo kruto upoštevano, trg padel in da so kupci želeli prekiniti pogodbo. Sodišče je v vsakem primeru, ki se je nanašal na trgovanje, upoštevalo pravilo o zavrnitvi, z namenom, da se prepreči kupčev namen prekiniti pogodbo. Torej, sodišča redno izvršujejo trgovsko pravilo, kupci morajo spoštovati obljube tudi pod spremenjenimi pogoji. "To so dejstva ozadij, trgovska praksa, dejstva situacij," (Karl Llewellyn, 1960, str. 126), ki določajo potek odločitve.

Teza sociološkega krila realistov kot so Llewellyn, Oliphant in Moore – da sodniki upoštevajo norme trgovinske kulture ali poskušajo narediti to, kar je socio-ekonomsko najboljše na osnovi dejstev primera, se ne sme zamenjati z idejo, da se sodniki odločajo na osnovi tega, kaj oni čutijo o določenih strankah ali odvetnikih. Te domače pravice, kot jih je poimenoval Llewellyn, lahko včasih vplivajo na sodnike; toda navadno na odločitev sodnika vpliva 'situacija', to je splošen vzorec obnašanja, ki ga opisujejo določeni primeri in ki predstavljajo normalno oz socio-ekonomsko želeno obnašanje v relevantnem trgovskem konceptu. Tako npr. Leon Green osnovni učbenik o prekrških 1931, ni bil razdeljen po tradicionalnih doktrinarnih kategorijah (npr. malomarnost, namenski prekršek, striktna odgovornost), ampak po scenarijih dejstev, situacijski tipi, v katerih nastaja škoda, npr. kirurške operacije, promet in transport in podobno. Osnovno načelo tega vidika je bilo, da ni obstajal splošen zakon o prekrških ampak predvidljiv vzorec odločitev za prekrške tipov situacije. Če bi želeli sodniki z določeno normo pospeševati norme trgovske kulture mora obstajati lastnost sociološkega profila sodnika, ki naj bi razložila predvidljivost njegove odločitve. "Llewellyn je predlagal, da je profesionalna pravna funkcija najpomembnejši faktor, ki določa predvidljivost." (Karl Llewellyn, 1960, str. 45) "Funkcija čaka in nato se premakne z mistično močjo, da omaja človeka." (Karl Llewellyn, 1960, str. 46). Nato Llewellyn nadaljuje: Ljudje iz klopi so človeška bitja in eden od najbolj očitnih dejstev človeškega sveta je ta, deluje po tradiciji in odgovarja tradiciji. Tradicija jih oprijema, oblikuje, omejuje in jih vodi. Za človeka sociologije ali psihologije, to ne potrebuje dodatnega argumenta. "Felix Cohen je preprosto komentiral, da trenutno ne obstaja dokaz, da politično, ekonomsko ali profesionalno ozadje in aktivnosti sodnika vplivajo na njegovo odločitev," (Felix Cohen, 1935, str. 846) verjetno zato, ker bi taka objava identificirala socialne determinante odločitve. Cohen pravi, da prava realistična teorija sodne odločitve mora razumeti predhodne odločitve kot nekaj več od izraza posamezne osebnosti, kot, kar je bolj pomembno, produkt socialne determinante.

Če povzamemo, če ima Sociološka veja realistov (kot npr. Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin) prav, potem so sodne odločitve vzročno povezane z

¹⁶ Herman Oliphant, 1928, str. 159

relevantnimi psiho-socialnimi faktorji sodnikov in hkrati sodne odločitve padejo pod predvidljiv vzorec, potem ti psiho-socialni faktorji sodnikov (kot npr. profesionalne izkušnje, njihova izobrazba) niso njihova šibka točka ali posebnost, ampak pomemben del pravnega sistema. Raje kot da rečejo, da je sodna odločitev mistična, skušajo odvetniki pokazati, kako in zakaj bi lahko predvideli, kaj delajo sodišča.

Iz tega lahko vidimo, da samo Sociološka veja realistik lahko pripravi pravna pravila, ki lahko vodijo odločitve, ali vsaj natančno opišejo postopek, ki ga vodi sodišče do končne odločitve.

Sociološka veja Realistik, ki so predstavljali večino, so smatrali, da je naloga pravne teorije določanje in opisovanje vzorcev odločitve, socialne znanosti so bile orodja za prenos ne-normativne naloge. Medtem ko Realisti gledajo na behavioristično psihologijo in sociologijo, je lažje razumeti sodobno pravo in ekonomijo (vsaj v svojih opisnih ali pozitivnih pogledih), kot opravljanje iste naloge tako, da se nasloni na ekonomske razlage vzorcev odločitve.

3.1.2 Naturalizem

Kot rezultat teh pogledov realistik, lahko pomislimo na tip pravne vede, ki so jo realisti poimenovali naturalizirana pravna veda, to je veda, ki se ogiba konceptualne analize in daje prednost kontinuiteti. Tako Quine kot realisti se lahko smatrajo kot zagovorniki naturalizma za podobne razloge. Quine zagovarja naturalizem kot odgovor na napake tradicionalnih fundamentalistov, od Descarta do Carnapa. Kot je rekel nek komentator: Ko se enkrat soočimo s sterilnostjo fundamentalističnega programa, lahko vidimo, da so edina naravna vprašanja, ki jih postavljamo o relaciji med teorijo in dokazi in o prevzemu prepričanja, psihološka vprašanja. Ko enkrat spoznamo našo nezmožnost povedati normativno zgodbo o relaciji med dokazi in teorijo, zgodbo o tem, katere teorije so potrjene na osnovi dokazov, Quine daje normativni projekt: "Zakaj ne bi pogledali, kako konstrukcija teorije na osnovi dokazov v resnici poteka?" (Quine, 1969, str. 75)

Tudi realiste lahko štejemo med tiste, ki zagovarjajo empirično teorijo natančne rabsodbe, ker smatrajo, da so tradicionalni pravni projekti, ki poskušajo pokazati, da so odločitve osnovane na pravnih pravilih in razlogih, napačne. Za realiste je zakon racionalno indeterminanten, npr. razred legitimnih pravnih razlogov, ki jim lahko oporeka sodišče, da je odločitev napačna, kar v resnici določa enoten izid v mnogih primerih. Če bi bil zakon determinanten, potem bi lahko pričakovali, razen v primerih nesposobnosti ali korupcije, da so pravna pravila in razlogi zanesljiv pokazatelj pravnega izida. Toda zakon je v mnogih primerih nedeterminanten in zato v teh primerih ni osnovne zgodbe o določeni odločitvi sodišča: pravni razlogi bi opravičevali tudi nasprotni rezultat. Toda če pravna pravila in razlogi ne morejo racionalizirati odločitve, potem jih sigurno ne morejo razložiti.

Realisti zaključijo teorijo konceptov zakonitosti s predpostavko okvirjanja svojih argumentov v pravno indeterminanco; torej, čeprav mogoče verjamejo, da je edino koristno poročilo rabsodbe opisno in empirično in ne normativno in konceptualno, oni sami potrebujejo koncept zakona, ki sam po sebi ni empiričen ali naturaliziran. Z drugimi besedami, analogija z naturalizirano epistemologijo se mora osredotočiti na teorijo rabsodbe in ne na celoten pravni sistem. Trd oreh pozicije realistik (to velja vsaj za večino realistik) ni v tem, da ne-pravni razlogi (npr. sodbe o nepristranosti ali

ocenitev trgovinskih norm) razlagajo odločitve. Odločitve seveda razlagajo z zagovarjanjem, čeprav ne vedno z zagovarjanjem enotnega izida (npr. ne-pravni razlogi lahko tudi sami racionalizirajo druge odločitve). Jasno je, da opisna zgodba o ne-pravnih razlogih ni del ne-mentalističnega naturalizma teorije rabsodbe; vzročna razlaga odločitev v smislu razlogov (celo ne-pravnih razlogov) zahteva resno upoštevande normativnih sil razlogov. Behaviorizem Quina ali Underhill Moora tu ni razveljavljena, ampak sigurno ni prednostna: behaviorizem je padel kot osnova za empirično socialno znanost, kajti socialno-znanstvene teorije o mentalnih kategorijah so se okrepile. Celo več, če so ne-pravni razlogi sami po sebi nedeterminantni npr. ne opravičujejo enotnega izida, potem katerakoli vzročna razlaga odločitve mora preiti izven razlogov za določanje psiho-socialnih dejstev (npr. o osebnosti, razredu, spolu, socialnem statusu itd), ki povzročajo odločitev. Taka naturalizacija teorije rabsodbe bi bila lahko nezadosten pogled na ontologijo za Quine-ove pomisleke, toda še vedno je prepoznaven poskus predpostavke, kaj sodniki delajo znotraj (socialnega) znanstvenega okvirja.

3.1.3 Odločitve sodnikov

Naturalizem realistov, kot se kaže v ključnih zahtevkih in njihovi želji, da bi dosegli pomembno empirično razumevanje, kako se sodišča v resnici odločajo v posameznih primerih, pušča nenaslovljeno normativno vprašanje, ki je bilo pogosto zanimivo za pravne teoretike v zadnjih letih: kako bi morala sodišča odločati v posameznih primerih? Realisti ne govorijo enoznačno o tej situaciji, kajti dve dominantni temi se združita. Nekateri realisti (Holmes, Felix Cohen, Frank) smatrajo, da morajo sodniki preprosto sprejeti pravno vlogo in jo priznati, kajti zakon je nedoločen, tako da morajo sodišča sprejeti sodbe na osnovi socialnih in ekonomskih taktik. Ti realisti, kar označuje njihov prispevek, ki je prisoten še dandanes, bi preprosto od sodišč zahtevali odprte in iskrene sodbe. Raje kot njihovo vključitev v pravno razlaganje, bi se sodniki oprijeli direktno na politična in ekonomska razmišljanja, ki bi tehtala zakonodajo.¹⁷

Naslednji pomemben pomislek realizma, ki je povezan predvsem z Llewellyn-om in Frank-om v njunem teoretičnem razmišljanju, vključuje normativni kvietizem, po katerem je brez pomena dajati sodnikom normativne nasvete, kajti kako sodniki odločajo posamezne primere je samo nenadomestljivo dejstvo o tem, kaj oni delajo. Idealno bi bilo sodnikom povedati, da morajo delati drugače. Najmočnejšo obliko te doktrine je pokazal Frank, ki smatra upognjeno odločitev (Hunch-based decision) kot surovo dejstvo o človeški psihologiji. "Psihologi nam govorijo, da nobeno človeško bitje v svojem normalnem procesu razmišljanja ne pride do odločitve po poti katerekoli silogistične odločitve" (Jerome Frank, 1930, str. 108,109) pri čemer ne citira nobenega psihološkega dokaza. Podobno Frank govori o osebnostnem nagnjenju. Pravo vprašanje ni ali bi se morali nasloniti nanj ampak:

- a) ali ga zanemarimo
- b) ali gremo lahko mimo njega.

¹⁷ Richard Posner, 1999, str. 240

Frank ni imel pomembne empirične podpore za svoje močne predpostavke. V resnici je Sociološka veja realizma, kritizirala Franka na osnovi tega, da njegove predpostavke niso verodostojne in s tem, da je dajala prednost napovedim.

Bolj ohlapna verzija kvietizma je prisotna v Llewellyn-ovem delu. Tu realisti niso popolnoma tiho o normativnih vprašanjih, Llewellyn je preprosto dal ekspliciten nasvet, kaj naj bi naredili sodniki, kar je pa ravno to, kar že delajo večino svojega časa.

Ne smemo pa pozabiti na 'kvietizem' nekaterih realistov o normativnih pravilih za sodnike. Jasno je, da so kvietisti, kot Llewellyn, mislili, da je dobro, da se sodniki usmerjajo v trgovinskih sporih v smeri norm trgovinske kulture. To je seveda normativen pogled na to, kako bi sodniki morali odločiti primere; kvietizem se prikazuje v dejstvu, da ti realisti ne mislijo, da obstaja kakršnakoli točka v normativni teoriji, ki pove sodnikom, da se morajo odločiti na drug način. Llewellyn, podobno kot drugi realisti, ki ni ponudil nobene eksplicitne teoretične osnove za to normativno predpostavko.

4 ARGUMENTI REALISTOV PROTI PRAVNIM PRAVILOM

Realisti so argumentirali, da je pravo nejasno. S tem so imeli v mislih dve stvari:

- pravo je racionalno nejasno v smislu, da dostopni razredi pravnih motivov ne opravičujejo enotne odločitve (vsaj v tistih primerih, ki so prišli na prizivno odločitev)
- pravo je vzročno ali pojasnjevalno nejasno v smislu, da pravni razlogi ne pojasnjujejo dovolj natančno, zakaj se je sodnik odločil, kot se je. "Vzročna nejasnost ima za posledico racionalno nejasnost na predpostavki, da je sodnik odgovoren za aplikativne pravne razsodbe." (Jerome Frank, 1930, str.233). Seveda ta predpostavka ni trivialna in vsaj en realist, Jerome Frank, je opozoril na nejasnost, ki izvira iz pravne nesposobnosti ali korupcije. Iz stališča pravne vede, je seveda nejasnost trivialna, kajti noben pravni teoretik, ne glede na šolo, ne zanika, da pravo slabo napoveduje končno odločitev sodišča, če je le-to ignorantsko do zakona.

4.1 PRVI ARGUMENT PROTI PRAVNIM PRAVILOM

V mnogih pogledih je bila realistična teorija zelo podobna Hartovi. Kot Hart in ostali pozitivisti, so tudi realisti verjeli, da zakon obstaja zaradi socialnih danosti, zlasti uradnih praks. Niso pa razvili ideje tako podrobno kot je Hart razvil idejo pravila prepoznavanja. Llewellyn je bil skeptičen glede razlikovanja pravnih sistemov in podobnih kontrolnih sistemov. Toda kljub temu je sprejel dejstvo, da zakon obstaja zaradi socialnih danosti glede prepričanij in obnašanja uradnikov.

Argumenti realistov glede racionalne nejasnosti se osredotočajo na obstoj konfliktnih, toda enako zakonitih, načel interpretacije precedensov in statutov. Llewellyn je pokazal, da so npr. sodišča sprejela načelo zakonske zgradbe, da zakonski predpis = status, ne seže preko teksta in načelo da z namenom doseči namen zakonskega predpisa, se le-ta lahko interpretira čez obseg teksta. Toda če se lahko sodišče pritoži na načelo, ko se sooči z vprašanjem zakonske interpretacije, potem metode pravne razlage (vključno s principi zakonske zgradbe) opravičujejo vsaj dve različni interpretaciji pomena zakona. V tem primeru je vprašanje za realista naslednje: zakaj je sodnik dosegel odločitev pri tem, ko zakon in pravne razlage niso tega zahtevale od njega.

Llewellyn je ponudil podoben argument glede konfliktnih, toda enako legitimnih, načinov interpretacije precedensa. Po Llewellynovi močni podpori argumenta, se vsak precedens lahko bere striktno ali ohlapno in obe branji sta spoznani kot legitimni in častni. "Striktne interpretacije označuje pravilo primera kot specifično do dejstev primera; ohlapna interpretacija abstrahira (v različnih stopnjah) iz specifičnih dejstev z namenom, da se uporablja primer za neka splošna pravila." (Michael S.Green, 2005, str. 1957). Toda če precedens nima ene vrednosti (torej ne podpira eno pravilo) ampak dva in ... dva sta daleč narazen, in ... katerokoli vrednost kasneje določi sodišče, je taka dodelitev načeloma pravilna, potem precedens, kot vir zakona, ne daje samo enega rezultata, kajti več kot eno pravilo se lahko ekstrahira iz istega precedensa.

Težava s temi realističnimi argumenti je v tem, da ležijo na odobrenem konceptu legitimnega pravnega argumenta. Ta predpostavka pravi, da če pravniki in sodišča

upoštevajo neko obliko argumenta, striktna zgradba precedensa, določeno načelo zgradbe zakona, potem je ta oblika argumenta legitimna v vsakem in vseh primerih.¹⁸ Toda če pogledamo drugače, je ta predpostavka nepravilna. Vsak striktni konstrukcijski precedens ni praven v vsakem primeru. Celó Llewellyn je moral to priznati, kot je bilo predlagano s strani njegovih pomembnih primerov. Toda to je malo verjetna legitimna konstrukcija precedensa, ki bi vključevala scenarij, v katerem bi vsa ta dejstva postala pravno relevantna in Llewellyn se je tega zavedal. Torej ne moremo trditi, da je vsaka striktna ali ohlapna konstrukcija precedensa vedno veljavna. Pravniki in sodniki imajo tako interpretivno svobodo mišljenja, da omogoča določeno stopnjo nejasnosti v pravu.

Llewellyn je tudi jasno trdil, da uradne prakse vključujejo strinjanje s pravilom prepoznavanja v propozicionalnem smislu: "Izjava, to je pravilo' običajno pomeni: 'To besedno formulo najdem v avtoritativnih knjigah.'" (Karl Llewellyn, 1930, str. 431,432). Če je ameriška ustava avtoritativna, mora Llewellyn sprejeti, da so statuti in prejšnja sodna mnenja zakon. To je le še en primer trenja med realistično teorijo odločb in njihovo predanostjo standardni teoriji, v kateri so tudi ne-odločbe zakon. Llewellyn je, enako kot Hart, predpostavil, da zakoni, ki jih določa pravilo prepoznavanja, obstajajo kot pravna pravila v propozicionalnem smislu.

Kljub temu pa se realisti in Hart ne strinjajo ali so socialne danosti, ki stojijo za zakonom, normativne, to je, ali ustvarjajo objektivne razloge za uboganje zakona. Hart je trdil, da je zakon normativen. Realisti se s tem niso strinjali in svojo teorijo osnovali na zavračanju pravnih pravil. Za kontrast je bil realistični prvi argument proti pravnim pravilom, globalni napad na idejo objektivnih razlogov, ki so ga razvili iz svoje pripadnosti metodologičnemu empirizmu.

Ker niso mogli opaziti, da bi objektivni razlogi igrali kakšno vlogo v človeškem ravnanju (zlasti pri obsodbi), so zanikali njihov obstoj.

4.1.1 Pravna pravila so kavzalno inertna

Realistično razumevanje sodnega sledenja zakonu je bilo pluralistično. Nekateri sodniki sledijo zakonom iz previdnosti, ker so pod pritiskom kolegov, njihove odločbe se lahko ovržejo v pritožbenih postopkih, pa tudi sami so lahko obtoženi krivega sojenja.¹⁹ Vendar pa v večini primerov ne gre za previdnost, so trdili realisti. Sodniki ubogajo zakon ker to direktno sledi iz njihovih prepričanj. Nekatera najpomembnejša prepričanja, ki priporočajo sledenje zakonu, so moralna.²⁰ Mnogo sodnikov meni, da je sojenje po zakonu moralno pomembno zaradi posledic, ki jih prinaša, ker bo, na primer, ščitilo človeška pričakovanja osnovana na preteklih odločbah, stabilnost ekonomskih transakcij in vzdrževanje javnega reda in preprostost pravnega sistema. Toda tudi moralni pomisleki ne-konsekventalistov imajo svojo vlogo, npr. prepričanje, da je moralna dolžnost vzdrževati zakon nastala ob prisegi ob vstopu v sodniški poklic. Realisti so celo sprejeli, da nekateri sodniki spoštujejo zakon, ker se jim zdi, da so k temu vezani pravno in ne moralno.

Toda prepričanja o objektivnih razlogih za ravnanje (tako pravnih kot moralnih) empirično razložijo uboganje zakona, zakaj bi potem zanikali, da obstajajo tudi

¹⁸ Brian Leiter, 1995, str.491

¹⁹ Felix S. Cohen, supra note 38, str. 213

²⁰ Frank Jerome, 1931, str. 263

objektivni razlogi sami? Odgovor je v tem, da so prepričanja o razlogih zadostni za razložitev poslušnosti. Prepričanja bi motivirala pokorščino tudi če razlogi ne bi obstajali. Prepričanja, za razliko od razlogov, so nujno potrebna za razlago poslušnosti. Če bi razlogi obstajali, prepričanja pa ne, uboganja ne bi bilo. Točno zato, ker objektivni razlogi za ravnanje ne igrajo nobene vloge v empirični razlagi sodnega odločanja, so realisti obravnavali pravno pravilo kot bi bilo bizaren metafizičen postulat. Sodnikovo prepričanje lahko empirično opazujemo. Lahko opišemo, kako ga vodijo v uboganje ali kršenje zakona. Toda obvezanosti, da razsodi v skladu z zakonom, ki bi obstajala neodvisno od njegovega prepričanja, ne opazimo in tudi ne vstopi v igro, ko njegovo obnašanje opisujemo empirično.

Argument realistov je učinkovit, ne le proti pravnim pravilom za ravnanje, temveč tudi proti moralnim razlogom. Realisti niso poskušali zanikati, da imajo ljudje, vključno s sodniki, prepričanja glede moralnosti ali da so od teh prepričanj odvisne njihove odločitve. Taka prepričanja so stvar psihologije. Toda kar nekdo določi za svoje moralne razloge za ravnanje in kaj dejansko so njegovi moralni razlogi, sta dve različni stvari. In, z ozirom na prvi argument realistov, moramo priti do sklepa, da drugo ne obstaja. Razložiti empirično, zakaj je nekdo rešil utapljajočega se otroka, je lahko nemogoče ne da bi upoštevali njegovo razmišljanje, da ravna moralno korektno. Lahko pa razložimo njegovo obnašanje ne da uporabimo pojem moralne pravilnosti reševanja utapljajočega se otroka. Ker prvi argument spodkoplje tako moralne kot tudi pravne razloge za ravnanje, nas ne more presenetiti, da so bili mnogi realisti moralni skeptiki.

Srce prvega argumenta je, da noben razlog za ravnanje ne more obstajati, razen če nastopa tudi v empirični razlagi vzroka tega ravnanja. Toda celotna poanta napake je, da nekdo ni imel povoda narediti, za kar je imel vzrok.²¹ Do napak pride, kadar so vzroki kavzalno inertni. Torej se moramo vsakič ko pride do napake vprašati, ali obstaja razlog, v luči katerega je to bila napaka in s tem, ali je sploh prišlo do napake. Če prvi argument obravnavamo resno, se zdi, da ogroža celo subjektivne razloge za ravnanje. Lahko ne posadim rdečih vrtnic tudi če verjamem, da bi zadovoljile moje potrebe. Z ozirom na prvi argument so subjektivni razlogi za ravnanje enako oviti v meglo kot objektivni razlogi. Razložiti človeško obnašanje brez uporabe subjektivnih razlogov bi pomenilo odreči se ideji, da so ljudje racionalni agenti, zamenjati razlago, da delujemo na osnovi prepričanj s popolnoma behavioristično razlago s pogojnim refleksom.

4.1.2 Prvi argument in zavrnitev pridobljenih pravic

Prvi argument realistov najdemo v njihovem napadu na teorijo pridobljenih pravic. Po tej teoriji velja, da če država sprejme in uveljavi zakon o določeni aktivnosti na svojem področju, potem ima stranka, ki se ji dogaja krivica pridobljeno pravico do uporabe zakona te države, in tuja sodišča, ki morda obravnavajo ta primer, so pravno obvezana, da to pravico spoštujejo. Teoriji so pogosto rekli kar "obligatio" teorija. Pridobljene pravice so objektivni pravni razlogi za odločbe, v smislu da imajo tuja sodišča obveznost, da uporabijo pravo te države.

²¹ Michael Steven Green, 2005, str.1961

Walter Wheeler Cook je prvi argument uporabil za napad na idejo pridobljenih pravic. Tako imenovane pravne obveznosti, ki jih ustvarijo pridobljene pravice, preprosto ne igrajo nobene kavalne razlike v razsojanju. Poglejmo pravno pravilo, pri katerem so vztrajali teoretiki pridobljenih pravic, da sodišče nima moči uporabiti kazenskega prava svoje jurisdikcije proti nekemu, ki dejanja ni zakrivil na tem območju. "Kje, se je vprašal Cook, lahko opazujemo empirični efekt tega pravnega pravila? Kako lahko obvezuje sodišča, če pa je močno samo toliko kolikor so ga pripravljena spoštovati?" (Walter W. Cook, 1943 str. 462, 463). Saj ni, da sodišča niso sposobna razširiti kazenskega prava svoje jurisdikcije izven svojih meja. To počnejo ves čas.

Kot ekstremni primer se Cook vpraša, "kaj bi se zgodilo če bi Anglija uporabljala svoje kazensko pravo povsod po svetu." (Walter W. Cook, str. 465). Potem bi sklepali, da angleško pravo za Anglijo in angleške uradnike pomeni pravne posledice dejanj in rezultatov, storjenih v tujini. Angleško kazensko pravo bi veljalo za dogodke v tujini, pa če bi kršilo pridobljene pravice ali ne.

Cookov argument proti teoriji pridobljenih pravic je odvisen od empirične izbire sodnih odločb kot odgovor na interese foruma. Ker so interesi foruma zadostni za empirično razlago teh odločitev, zavrača idejo, da je forum lahko predmet pravnih obligacij, ki te interese zavira. Predpostaviti, da takšne obligacije obstajajo, bi pomenilo opredmetiti ali hipostatirati pravice in kršiti empiricizem realistov.

Lahko pa argumentiramo, da realistični napad na pridobljene pravice spodkoplje samo pravna pravila, ki povezujejo različne pravne sisteme. Tako je še vedno možno, da bi pravna pravila obstajala znotraj določenega pravnega sistema. Sodnik bi lahko, na primer, imel pravno obligacijo uporabiti tuje pravo, ko bi bilo to v interesu njegove jurisdikcije, ne glede na to, kakšno je njegovo osebno prepričanje. Cook je prvi argument razširil tudi na domače pravne pravice. Pravne pravice znotraj sodnikove pristojnosti se ne razlikujejo od pravnih pravic v tujem pravu. Ne opazimo, da bi omejevale sodnikove odločitve, ker so lahko le tako močne, kot je močna njegova pripravljenost, da jih upošteva. Če sodnik sledi prepričanju, ki ga vodi v neuboganje, potem ga pravne pravice ne bodo mogle ustaviti. "To pomeni, da pravnih pravil ni, nobenih obligacij, ki bi vezale sodnikove odločitve neodvisno od njegove motivacije." (Walter W. Cook, 1924, str. 303-308). Cookov napad na pridobljene pravice je poučen, ker razkriva razmerje, kot so ga dojemali realisti, med zavračanjem pravnih pravil in Holmesovo napovedno teorijo. Cook je privzel to teorijo, ker je želel empirično razumeti pravne pravice, ki v sebi niso nosile sugestije pravnih obligacij. Ne smemo misliti, je pisal, da so pravice in druga pravna razmerja kaj več kot konvencionalen način opisovanja preteklega obnašanja ljudi in napovedovanje bodočega obnašanja sodnikov in drugih uradnikov. Ker pravni "morati" ne obstaja, je trditev da je "določeno pravno pravilo angleški zakon", le krajši način, kako povedati, da je na osnovi opazovanj preteklih pojavov možno napovedati določeno bodoče obnašanje angleških uradnikov.

Točno to pa je motiviralo Holmesa, da je predstavil napovedno teorijo. Pravna pravica, če jo razumemo kot nekaj, kar lahko generira obveznost, je dejansko "hipostaza napovedi, predstava snovi, ki podpira dejstvo, da se bo z javno močjo ravnalo proti kršiteljem." (Oliver W. Holmes, 1918, str. 40-42).

Tudi Karl Llewellyn je podobno uporabil prvi argument, da bi podvomil v pravne pravice strank, ki se jim je zgodila krivica in ki obvezujejo sodišča, o se o primerih odločajo. Podobno Cooku, je tudi Llewellyn argumentiral, da so takšne pravice zavite v temo, ker jih ne moremo empirično opaziti. Zaznavna socialna dejstva so odločbe

sodišč in motivacija, ki vodi do teh odločb, toda pravice, ki so namen, ki se skriva za odločbami in z ozirom na katere so lahko odločbe pravilne ali napačne.²²

4.1.3 Prvi argument in odločbena pravna teorija

Realisti so tudi dojemali, ali narobe razumeli, da obstaja razmerje med njihovim zavračanjem pravnih pravil in odločbeno teorijo prava. Zaradi tega lahko nekaj najboljših dokazov, da so sprejeli prvi argument, najdemo v njihovih diskusijah odločbene teorije.

Frank pravi, da je edini način, da sodnih odločb ne bi razumeli kot zakon ta, da bi predpostavili, da obstaja neempirično „pravno pravilo“, skrivnostna stvar, ki daje sodniku razlog, da se odloči tako ali drugače, ne glede na svoja prepričanja.

Frank ne argumentira za odločbeno teorijo samo zato, ker misli, da je zakon nedorečen. Res je, da če bi bil zakon radikalno nedorečen, bi iz take situacije verjetno sledilo nekaj podobnega, kot je odločbena teorija. Če je statut nerazumljiv in sodniku ne pove, kaj mora storiti, potem bo karkoli sodnik razsodi, v skladu s tem statutom. S tem je vsaka sodnikova rzsodba pravilna. Če nadaljujemo v tej smeri, če bi bili torej vsi zakoni enako nedorečeni in nejasni, potem bi bile sodnikove rzsodbe vedno veljavne in pravno pravilne. Sodniki bi bili absolutni monarhi in njihova beseda bi bila zakon.²³

Toda Frank argumentira, da bi bilo potrebno pravo zreducirati na odločbe tudi kadar so pravna pravila, se pravi statuti in podobno, jasni: „Če sodnik v določenem primeru pride do „napačnega“ rezultata in izda odločbo, ki ni v skladu z njegovimi pravili ali pravili drugih sodnikov, potem je njegova odločba še vedno zakon.“ Odločba ne more biti neenotna s pravilom, razen če je pravilo jasno in dorečeno. Vendar Frank še vedno vztraja, da je sodnikova odločba zakon.

Frank zreducira zakon na sodne odločbe, ker niti dorečeni in jasni pravni statuti ne morejo pravno obvezati sodnikov. Sodnik je enako prost, da se odloči tako ali drugače, če je zakon jasen in dorečen. In iz tega opažanja je sledila odločbena teorija, sodnikova odločitev je zakon.

4.2 DRUGI ARGUMENT PROTI PRAVNIM PRAVILOM

Naslednja težava pri argumentih Realistov glede nejasnosti prava, nejasnost prava in pravnega motiva, je osnovana na različnih pogledih glede obsega razredov pravnih motivov: to pomeni, razredi vzrokov, ki jih uporabi sodnik, da opraviči svojo odločitev. Zgleda da realisti predpostavljajo, da so legitimni viri zakonov le zakonski predpisi in precedensi, ker se osredotočijo samo na konfliktne toda enako legitimne metode interpretacije zakonskih predpisov in precedensov. Na žalost tudi realisti sami niso nikoli dali argumentov za to predpostavko. Kasnejši poročevalci, kot Ronald Dworkin, so argumentirali, da se več nejasnosti v pravu pojavi, ko se razširijo možnosti legitimnih virov prava, ki ne vključujejo samo zakonskih predpisov in precedensov toda tudi širše moralne in politične principe. Realisti, v skladu s svojo pozitivno

²² Karl N.Llewellyn, 1930, str.437-438

²³ Michael Steven Green, 2005, str. 1967

intelektualno kulturo, široko predpostavljajo, da so moralni principi subjektivni in prilagodljivi.²⁴

Prvi argument realistov je proti obstoju pravnih pravil hkrati tudi argument proti moralnosti, ker moralnost tudi generira objektivne razloge za ravnanje, ki pa na videz na človeško obnašanje ne vplivajo. Čeprav je mnogo realistov dvomilo o pomenu morale, pa si jih je večina upala moralno ocenjevati, kakšen bi zakon moral biti. Realisti so bili moralno predani reformaciji zakona, ki so jo videli kot socialni instrument, ki ga je potrebno oceniti na podlagi njegovih posledic.

4.2.1 Pravna obveznost in moralna avtonomija

Razlog, zakaj realisti niso vključili pravnih obveznosti je, da so verjeli tudi v drugi argument proti pravnim pravilom in ta drugi argument je precej podoben Dworkinovi kritiki Hartove filozofije. Kot Dworkin so realisti mislili, da je edini objektivni razlog za sledenje tem praksam moralni. Dworkin kot odgovor predpostavi tip teorije naravnega prava, v kateri so pravne obveznosti uradnikov oblika moralnih obveznosti. Toda teorija naravnega zakona lahko uspe le, če obstaja moralna dolžnost ubogati vsak zakon, nekaj, čemur so realisti nasprotovali. "Realisti so zakon razumeli kot nekaj za doseganje socialnih ciljev in ne cilje same po sebi." (Karl Llewellyn, 1943 str. 449). Ne-uboganje se lahko moralno upraviči.

Realisti niso samo verjeli, da državljani nimajo moralnih dolžnosti ubogati vsakega zakona, verjeli so celo, da niti sodniki nimajo moralne obligacije uveljaviti vsakega veljavnega zakona.²⁵ To pomeni, da dejstva glede uradnih praks, zaradi katerih nekaj je veljaven zakon ni nujno intrinzično moralno vidno za sodnika. Ker je obljuba, da bo uveljavljal zakon ustvarila prima facie moralno dolžnost, so realisti mislili da dejstva o uradnih praksah ne vsebujejo nujno obljub s strani udeležencev. Možno je postati sodnik brez takšne obljube. Isto velja za prima facie moralno obljubo, ki jo sodnik morda ima zaradi skrbi za stabilnost zakona.

Realisti so tako morali verjeti, da takšne skrbi nima glede vsakega veljavnega zakona. Obstaja alternativna razlaga drugega argumenta proti pravnim pravilom. Morda so realisti verjeli samo, da ne obstaja prevladujoča moralna dolžnost za uveljavljanje vsakega veljavnega zakona. Če je to res, potem je njihov argument zgrešen. Realisti bi še vedno lahko argumentirali, kot je Dworkin, da pravna obveznost ne obstaja v Hartovem pomenu nemoralne dolžnosti uboganja zakona. Vendar pa realisti ne bi mogli ugovarjati tistim teoretikom naravnega prava (vključno z Dworkinom), ki so verjeli, da je pravna obveznost prima facie moralna dolžnost.

Drugi argument proti pravnim pravilom je bil popolnoma drugačen od prvega. Če je prvi zanikal obstoj vseh objektivnih razlogov za ravnanje, vključno z moralnostjo, je bil drugi po svojem bistvu moralni argument. Realisti so trdili, da bi sodniki prišli do moralno spornih odločitev, če bi verjeli v pravno obveznost.

Drugi argument realistov je razviden iz njihovega stalnega ponavljanja, da je obsodba moralna odločitev. Ko je zakon nedorečen in nejasen, se sodniki soočajo z moralnim vprašanjem, kako naj zapolnijo vrzeli. Obsodba pa ni nič manj moralna odločitev, kadar je zakon jasen in dorečen. V takšnem primeru zakon nedvoumno

²⁴ Michael Steven Green, 2005, str.1968

²⁵ Michael Steven Green, 2005, str.1968

napoti sodnika k obsodbi na določen način. Toda moralno vprašanje ostane: ali naj sledi zakonu?

Ker je obsodba v skladu z zakonom vedno moralna odločitev, se je sodnik, ki je sledil zakonu, odrekel svoji avtonomiji. Če sodnik slepo sledi zakonu, če smatra, da je dejstvo, da jo zakon napoti k temu, da razsodi na določen način, zadostno, da se bo tako odločil, ne da bi se sploh vprašal o moralnih razlogih za nepokorščino, potem ne more več delovati kot moralni agent.

Sodnik, ki je prepričan, da je spoštovanje ustaljenih pričakovanj pomembnejše od vseh ostalih moralnih pomislekov, ali sodnik, ki misli, da je s svojo prisego ustvaril nepremagljivo dolžnost, da razsodi v skladu z zakonom, lahko svoje delo nadaljuje s preprostim sledenjem zakona.²⁶

Toda pri sodnikih, pri katerih je konsistentnost motivirana s prepričanjem v pravno obligacijo, lahko in naj bi, sprejem realizma povečal sodniški aktivizem. Ideja, da je zakon obvezujoč sodniškim očem zakriva etični značaj vsakega sodnega vprašanja in tako služi nadaljevanju razrednih predsodkov in nekritičnih moralnih predpostavk. Zakon je potrebno obravnavati kot set ne-normativnih socialnih danosti, da bi prepričanja o pravnih obveznostih ne tekmovala z upravičenimi moralnimi zadevami.

Ker se privrženec naravnega prava in pravni realist strinjata, da lahko le moralnost sodniku da razloge za podpiranje zakona, sta s tega pogleda zaveznika. In dejansko je res, da so pogledi Dworkina in realistov glede tega, kako bi sodniki morali razsoditi primere, zelo podobni. Eden kot drugi vztrajajo, da sodnik ne more priti do normativnega sklepa iz družbenega dejstva, da obstaja pravna praksa, razen če interpretira prakso v luči moralnosti. Kot pravi Dworkin: "Če sodnik sprejema ustaljeno prakso svojega pravnega sistema, če sprejme avtonomijo pravil, potem mora v skladu z doktrino politične odgovornosti, sprejeti del splošne politične teorije, ki to prakso upravičuje." (Ronald Dworkin, str. 105). Realisti so, enako kot Dworkin, argumentirali, da ideja pravne obvezanosti, ki ni animirana z moralnimi pomisleki, spodkoplje sodnikov status moralnega agenta. Ker so obsodbo videli kot moralno odločitev, se od Dworkina niso razlikovali tudi v zahtevi, da naj sodniki tekmujejo z Dworkinovim modelom. Dworkin se od realistov razlikuje le v tem, kako opiše aktivnosti Herkuleanskega sodnika. Pri realisti razmišlja moralno, ali naj sledi zakonu, ki ga razume kot set ne-normativnih praks. Pri Dworkinu pa sodnik razmišlja o tem, kaj pravo kot moralna obveznost, ki jo ustvari praksa, je.

Eden izmed problemov je, da je drugi argument realistov nekonsistenten s prvim argumentom. Po drugem argumentu pravna obligacija ne more obstajati, ker je nekompatibilna z našimi moralnimi obligacijami. Toda, po prvem argumentu niti pravne niti moralne obligacije sploh ne obstajajo.

Druga težava je v predpostavki realistov, kot splošno med filozofskimi anarhisti, da je poslušnost avtoritetam nekompatibilna z moralno avtonomijo. To ignorira možnost, ki jo je sicer raziskal Joseph Raz, da je avtoriteta morda moralno upravičena, ker se bo agent verjetneje ravnal po moralnih načelih, če bo tej avtoriteti sledil, kot pa če bo sam poskušal pretehtati razloge. Kljub temu, da so se realisti motili, ko so mislili, da je sledenje zakonu vedno nekompatibilno z moralno avtonomijo, pa so imeli prav, ko so trdili, da je sledenje vsakemu veljavnemu zakonu nekompatibilno z moralno avtonomijo. Zlahka si predstavljamo okoliščine, v katerih se sodnik, ki bi se ravnal po zakonu, ne bi z večjo verjetnostjo odločal moralno (npr. nemški sodnik v poznih

²⁶ Michael Steven Green, 2005, str.1971

1930-tih, ki se je soočal z Nuernberškim dekretom). Ker vsi zakoni niso vedno upravičeni do tega, da bi jih ubogali, je argument, da uboganje vseh veljavnih zakonov uniči posameznikovo moralno avtonomijo, še vedno močan.

Namesto da bi drugi argument demonstrirali, da pravne obveznosti ne morejo obstajati, so realisti preprosto predpostavili, da je obsodba moralna odločitev in da so edini objektivni razlogi zaradi katerih bi imel sodnik razlog da sledi pravni praksi, moralni razlogi. To poraja vprašanje ali je pomembna tudi oblika nemoralne obligacije, ki jo ustvari pravno pravilo. Vendar je to majhen problem, saj je na plečih tistih, ki verjamejo v pravno obligacijo, da pokažejo, da obstajajo. To so poskusili nekateri Hartovi učenci, in se nenadoma znašli v vodah naravnega prava, kjer je pravna obligacija zvrst moralne obligacije.

Največji problem z drugim argumentom realistov pa je, da niso bili sposobni odgovoriti tistim privržencem naravnega prava, ki so trdili, da je pravna obligacija oblika prima facie moralne obligacije. Da uveljavljanje zakona ni vedno upravičena na tehničnici moralnih razlogov ne pomeni, da sodniki nimajo prima facie moralnih razlogov za uveljavljanje vseh veljavnih zakonov. Situacije, kjer to ni moralno upravičeno, kot v primeru nemškega sodnika zgoraj, so morda enostavno primeri, kjer moralno obligacijo uveljavljanja vseh veljavnih zakonov premagajo drugi pomisleki.

4.3 DRUGI ARGUMENT IN REALISTIČNA TEORIJA OBSODBE

Drugi razlog, zakaj pripisati realitom drugi argument je, da s tem postane mnogo sicer precej radikalnih trditev v njihovi teoriji obsodbe veliko bolj verjetnih. Kot pravi Leiter, gre pri teoriji obsodbe za to, da sodniki primarno reagirajo na osnovna dejstva, na katerih leži primer, in ne na pravne razloge in pravila.²⁷ To je zato, ker je zakon racionalno nedorečen in nejasen, razred legitimnih pravnih razlogov, na katere bi se sodišče lahko sklicevalo, s katerim pa ne moremo upravičiti edinstvenega rezultata v mnogih primerih.²⁸

Trditve realistov o nedoločnosti zakona so pogosto bolj razumljive kot bi pričakovali iz njihovih argumentov. Eden izmed razlogov, zakaj so trdili, da je nedoločen je, da so koncepti, ki jih uporabljamo v pravu preveč nejasni da bi določali vedno enak rezultat. O tem je Hart govoril kot o odprtosti teksta pravnega jezika. Čeprav se set možnih odločitev zaradi ohlapnega zakona zmanjša, bo moral sodnik uporabiti svojo moralno oceno, da bo iz tega seta izbral svojo odločitev. Vendar pa ta argument ne more upravičiti realističnih trditev glede nedoločnosti zakona. Nedoločnost zaradi nejasnosti obstaja samo na mejah pomena besed. Morda je nejasno ali se stavek „vozila v parku niso dovoljena“ nanaša tudi na kolesa, toda vemo, da se nanaša na avtomobile. Zaradi tega je Hart ožigosal realizem kot veliko pretiravanje.

Leiter trdi, da bi moral Hart preučiti tudi argument, ki je bil za realiste daleč bolj pomemben. "Realisti so menili, da je zakon nedoločen zaradi nekompatibilnih navodil, ki jih dobimo iz pravnih virov na podlagi alternativnih a enako legitimnih, kanonov interpretacije."(Karl Llewellyn, 1930, str. 1252) To ni problem, ki bi se pojavljal le na mejah zakona, ampak se pojavlja tudi v njegovem središču.

²⁷ Brian Leiter, 2001, str.281

²⁸ Brian Leiter, 2001, str.284

Leiter ima nedvomno prav, da je bil ta argument za realiste pomembnejši kot pa argument o nejasnosti. Realisti so imeli za nedorečenost tudi tretji argument, da nekaj pravnega jezika ne le, da ni jasen, ampak sploh nima pravega pomena. V nasprotju s kasnejšimi poročevalci kritičnih pravnih študij, realisti v večini primerov niso navedli obsega nejasnosti v pravu. Realisti so na splošno bili jasni, da je njihov cilj nejasnost prava na nivoju priziva, kjer vsak lahko pričakuje večjo stopnjo nedoločenosti prava.

“Korporacija je predmet jurisdikcije sodišča zvezne države.”(Felix Cohen,1932 str.809-810).To je argumentiral Cohen, po njegovem mnenju je to besedno žongliranje, saj to pravilo ničesar ne pove. Korporacija ni fizična enota, katere prisotnost ali odsotnost lahko opazimo v določeni državi. Sestavljena je iz fizičnih stvari, ljudi, zgradb, rudnikov, avtomobilov, premoga. Toda kaj in v kakšni količini mora biti v določeni državi, da je družba lahko v tej državi prisotna? Mora biti to rudnik in sedež družbe, ali je dovolj že en delojemalec in službeni avtomobil?

Da bi odgovorili na to vprašanje, potrebujemo drugačne kriterije, ki ne bodo le prazno govorili o prisotnosti družbe v državi. Ker na vprašanja ne more odgovoriti uradni pravni napotek, ga bo moral odgovoriti sodnik na podlagi nepravnih kriterijev, za katere meni, da so očitni z moralnega vidika. Ti, dodaja Cohen, morda vključujejo dejanski pomen razmerja med družbo in državo, v kateri se nahaja,....težave, ki jih oškodovani tožniki morda srečujejo, ko vlagajo tožbe proti korporacijam, in težave, ki jih imajo slednje, ko morajo svoja dejanja braniti v večjih državah.

Vsi trije realistični argumenti se nanašajo na motnost propozicionalne vsebine zakona, na lingvistično nesposobnost zakona, da bi sodnikom povedal, kaj morajo storiti. Primarna razlika med Leiterjevim argumentom na eni strani in drugim in tretjim argumentom po drugi strani je, da Leiter poudarja, da gre za nejasnost na višjem nivoju. Problem ni v primarnem pravnem materialu, ampak obstaja v zakonu, ki uravnava izbiro kanona za interpretacijo primarnega materiala.

Frank je vztrajal z drugimi realisti, da je obsodba vedno moralna odločitev. Sodnik ne more uiti moralnemu ocenjevanju. Drugi argument nam tudi pomaga razumeti Frankovo trditev, da so sodnikova osebnost in njegove slutnje gonilna sila njegovih odločitev. S tem je trdil, da so zlagane in nepredvidljive. Trdil je tudi, da je eden izmed razredov takšnih slutenj razred dražljajev, ki povzročijo, da sodnik čuti, da mora upravičiti določeno odločitev, ki jih sestavljajo pravila in pravni principi. Sodnik, ki se tako predvidljivo odloči, kot na podlagi enostavnega jezika statuta, se torej enako odzove slutnji kot nekdo, ki se odloča idiosinkratsko.

Frank razume slutnjo kot sodnikov odgovor na dejstva, njegove simpatije, antipatije in preference. Sodnikova odločitev, da bo razsodil predvidljivo po statutu, je prav tako slutnja, ker bo šele v luči svojih biasov, simpatij in antipatij motiviran, da bo sploh sledil statutu.

Odločanje pa ne pomeni nujno da so odločitve nepredvidljive, ampak pomeni samo, da zakon ne more avtoritativno vsiliti lastnega uveljavljanja. S tem lahko razložimo zakaj, po eni strani Frank radikalno trdi, da so vse odločitve slutnje, po drugi strani pa bolj zmerno priznava, da je vprašanje, do kolikšne mere je zakon nepredvidljiv, empirično vprašanje.

Tudi Frankovo uporabo psihoanalize, čemur Leiter pravi njegov “navaden foteljski Freudizem” je lažje razumeti v luči drugega argumenta proti pravnim pravilom. Leiter meni, da je Frank uporabil Freuda za razlago, zakaj sodnikova osebnost generira nepredvidljive sodne odločbe. To stališče pripisuje Franku kljub temu, da s tem zaide

v paradoks, če lahko Freud resnično razloži sodnikovo osebnost, potem odločbe ne bi bile nepredvidljive.

Frank uporabi Freuda za popolnoma drug namen. Da bi razložil, zakaj sodniki (in povprečni državljani) verjamejo, da zakon zapoveduje poslušnost, to je, zakaj nam daje povod, da ga ubogamo, kakršnakoli že so naša moralna načela. Frank upravičeno trdi, da je sodnikovo mišljenje da "samo uporabljajo zapovedi, ki jim jih je naložila zunanja avtoriteta" zmota. Dejanje osvoboditve je avtonomna moralna izbira. Sodniki se morajo osvoboditi odvisnosti od neobstojećih smernic, naučiti se morajo moči in praktične vrednosti samoavtorite.

4.3.1 Drugi argument in mehanično pravoznanstvo

Drugi argument realistov proti pravnim pravilom pojasni še eno problematično področje njihove teorije obsodbe, namreč njihovo nasprotovanje mehaničnemu pravoznanstvu ali pogledu, da je obsodba sestavljena iz logičnega sklepanja. Zdi se, da so realisti pretiravali z zavračanjem vloge logičnega sklepanja v obsodbi. "Predpostavimo, da obstaja statut, ki pravi, da mora vsak, ki bo vozil več kot 50 km na uro plačati globo 100 evrov. Poleg tega predpostavimo, da je sodnik prišel do zaključka, da je obsojeni vozil s hitrostjo 85 km na uro. Zakaj ob teh predpostavkah naslednji silogizem ne zadošča za zaključek, da bi obsojeni moral plačati 100 evrov kazni?" (Michael Steven Green, 2005, str.1982)

"Kategorično zavračanje mehaničnega pravoznanstva s strani realistov se sliši kot trditev, da je zakon v celoti nedorečen. Kajti samo ob tej razlagi je lahko logično sklepanje brez pomena v procesu obsodbe, kot so trdili." (Neil MacCormick, 1978, str. 19-52).

Realisti mehaničnemu pravoznanstvu niso zaupali tudi zato, ker so bili mišljenja, da je zakon nedoločen (pa čeprav samo lokalno in ne globalno). V področjih nedoločenosti bo silogistično sklepanje nezadostno, tudi če predpostavimo da je sodnik prišel do moralne odločitve, da bo razsodil v skladu z zakonom. Za zapolnitev vrzeli bo potrebno dodatno moralno sklepanje.

Vzporedno z že opisanim je obstajalo še eno razumevanje mehaničnega pravoznanstva, ki so ga pogosto zamenjali za skepticizem o logičnem sklepanju v pravu. To je koncept prava kot nečesa nespremenljivega, večnega, kar je bilo uporabljeno v *Swift v. Tyson* in zavrženo v *Erie*. Realisti so zavrnil Swiftovo razumevanje splošnega prava kot nečesa tuhtajočega na nebu in se zavzeli za Eriejev koncept artikuliranega glasu nekega določenega vladarja ali kvazivladarja.

5 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA

5.1 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA 1

5.1.1 Pravna vzgoja in izobraževanje v ZDA

Vpliv Pravnega realizma znotraj ameriškega zakona in pravnega izobraževanja je bil zelo izrazit. S poudarjanjem indeterminantnosti zakona in pravnih vzrokov in pomembnosti upoštevanja ne-pravnih dejstev v odločitvah, so realisti sprostili pot za sodnike in odvetnike, da so lahko odprto govorili o političnih in ekonomskih pomislekih, ki v resnici vplivajo na mnoge odločitve.²⁹ To se odraža v pogostih razpravah, na sodiščih, med odvetniki in pravnimi učitelji. Znanost zakona, kot si ga je predstavljal Christopher Langdell, dekan Harvard Law School v poznem 19. stoletju, je bila osnovana ekskluzivno na študiju mnenj sodišča. Iz teh je lahko študent formuliral pravila in principe zakona, ki so vplivale na odločitve. Realisti, ki so želeli, da postane študij prava znanstvena disciplina, se niso strinjali z Langdell-om, kakšno zapuščino ima lahko ta pristop. Za realiste, ki so se strinjali, da sodniki objavijo mnenja, hkrati pa prikrijejo ne-pravne osnove za svoje odločitve, potem študij samih primerov ne bo dal odvetnikom dovolj osnov, na osnovi katerih bi lahko svetovali svojim strankam, kako se bo odločilo sodišče. Realisti so smatrali, da je za učenje prava in vseh aspektov v odločitvah sodnikov, potrebno razumevanje ekonomskih, socialnih in političnih dimenzij problema, s katerim se sooča sodišče.

Realizem je imel tudi pomemben vpliv na reformo prava, vključno z delom American Law Institute. V začetku se to zdi presenetljivo, kajti znano je bilo, da so realisti gostili ALI v njegovi promociji. Tako je Leon Green označil, "da prevzeti spreminjanje pravil in principov, ki so jih razvila angleška in ameriška sodišča na področju deliktov je skoraj brezupna naloga." (Leon Green, 1928, str.1014). In tako je Ameriški pravni institut smatral, da lahko pomaga preprostim odvetnikom s tem, da jim da umetno sliko principov v pojmih katerih naj bi bili človeški spori zglajeni. Toda logične konsistentne doktrine, kot so jih formulirali strokovnjaki Ameriškega pravnega instituta, se očitno ne upoštevajo kot pomoč pri razumevanju pravne institucije take kot je. Če nekdo pogleda reformuliranje splošnega zakona, se spomni kako so teološki strokovnjaki prišli skupaj v primeru Council of Nicaea in odločili z glasovanjem naravo Trojice.

Kritika Realistov ALI na njihovo reformuliranje je bila v tem, da bi s tem kodirali preprosto "preveč generalne in zastarele abstrakcije" (Herman Oliphant, 1928, str.75), ki bi jih sodišča sicer upoštevala, ne bi pa s tem razjasnili, kaj sodišča delajo. V praksi se je to izkazalo kot vrniti stare odločitve.

Paradigma šolskega sistema po realistikah, nasprotje med tem, kar sodišča govorijo in tem, kar v resnici delajo, je v tem, da je pravilo tisto, ki ločuje med šolsko prakso celo brez občutka potrebe po njem. Upoštevajmo klasično moderno razkritje o tem, kar sodišča imenujejo 'pravilo nenadomestljive škode. Le-to pravi, da sodišča ne bodo določala prekrška, če denarna odškodnina lahko kompenzira prekršek.

²⁹ Brian Leiter, 2003, str.22

5.2 ZAPUŠČINA PRAVNEGA REALIZMA 2

5.2.1 Pravna teorija

Čeprav so realisti občutno vplivali na pravno izobraževanje in pravo v Ameriki, imajo manj vpliva na sodobno Anglo-ameriško pravno vedo. Zgodovina realizma v tem pogledu je zelo kompleksna. S prihodom 2. svetovne vojne, so mnoge izobraževalne ustanove (posebno katoliške univerze) kritizirale realiste, da njihov napad na idejo pravilo prava daje podporo fašistom in drugim sovražnikom demokracije. Hkrati je del učenjakov na Yale (posebno Harold Lasswell in Myres McDougal) verificiral novo smer realizma pod sloganom politika znanosti. Ti zagovorniki so poudarjali idejo realistov uporabe socialno znanstvenih ekspertiz, kot način omogočanja pravnim subjektom, da pridejo do učinkovitih in zelenih rezultatov.

V 50. letih je bilo ameriško pravno izobraževanje umaknjeno iz pravnega procesa v šolah s pravnim postopkom, ki je v precejšnji meri zadušilo posamezne lekcije realizma. Šole pravnega postopka, ki so bile povezane z delom Henry Hart-a in Albert Sack-s na Harvardu, so identificirale vzročno elaboracijo kot distinktivno institucionalno kompetenco sodnikov za njihove odločitve. To se lahko naredi dobro ali slabo in naloga pravnih učencev je bila, da spremljajo učinkovitost sodnikov v tem pogledu in s tem pomagajo zagotoviti, da pravna mnenja dajejo zadovoljiv vodič za potek bodočih odločitev.

Ključni udarec realizmu kot pravnemu gibanju je dal angleški pravni filozof H.L.A.Hart. V svojem delu iz leta 1961 *The Concept of law* (2nd ed. 1994) je poglavje posvetil napadu na skepticizem pravila, s čimer je mislil na realiste. Skepticizem pravila je karakteriziral kot "ugotovitev, ki govori o pravilih, je legenda, ki prekriva resnico, da je pravo preprosto sestavljeno iz odločitev sodišč in njihovih predpostavk" (H.L.A.Hart, 1994, str.133). V resnici je veliko odločitev posvečeno napadu na to verzijo skepticizma pravil. Toda Hart identificira še drug tip. "Pravilo skepticizma ima resno trditev na našo namero, toda samo kot teorija funkcije pravila v pravni odločitvi." (H.L.A.Hart, 1994, str.135). Ta druga ugotovitev posebno v delu da je napačna, brez smisla, da gleda sodnike kot subjekte do pravil ali jih zveže na odločitve kot take. Prvo doktrino lahko imenujemo konceptualno pravilo skepticizma, drugo pa Empirično pravilo skepticizma.

Konceptualno pravilo skepticizma ponuja skeptičen pogled na zakon. Mnenje je skeptično, dokler vključuje zanikanje tega, kar imenujemo preprost pogled na zakon.³⁰ To je mnenje, da določeni prejšnji uradni postopki predstavljajo zakon. To ponuja razlago koncepta zakona, ki zanika preprost pogled. Pravila iz prejšnjega veljavnega pravnega sistema ali odločitve sodišč niso zakon. To sledi iz lastnega mnenja zagovornikov skepticizma, po katerem je zakon samo predvidevanje, kaj bo naredilo sodišče ali zakon, je samo to, kar reče sodišče o trenutnem primeru. Nasprotno je pozitivizem ne-skeptično mnenje, kajti Pravni pozitivizem, pravila prepoznavanja, pravilo, ki je bilo pripravljeno na osnovi mnogih uradnih odločitvenih vprašanj o pravni veljavnosti z referenco na določene kriterije, je popolnoma

³⁰ Brian Leiter, 2003, str.26

kompatibilno z mnenjem v preprostem pogledu. Hartovo spodbujanje Konceptualnega pravila skepticizma je naglo in pogubno.

Empirično pravilo skepticizma daje empiričen zahtevek v vzročni vlogi pravil v odločitvenem procesu na sodišču. Po njihovem mnenju pravila zakona nimajo toliko vpliva na to, kako se odločajo sodišča. Po Hart-ovi razlagi tega tipa skepticizma, ti skeptiki to verjamejo, ker so pravna pravila splošno nedoločena.

Felix Cohen je bil eden od ameriških pravnih realistov, ki je bil predstavnik konceptualnega pravila skepticizma (nekateri predstavniki Skandinavskih Realistov so tudi spadali v to skupino, vendar je bila to posledica njihovega prepričanja v metafiziko in semantiko). Toda Cohen ni nikjer citiran v Hart-ovih delih. Hart-ov realizem je predvsem združitev Frank-a, Holmes-a in Llewellyn-a. Ne moremo zanikati, da so ti pisci, enako kot večina realistov, govorili o pomembnosti napovedovanja, kako bo odločilo sodišče. Vprašanje je, ali so pri takem govorjenju pripravljeni ponuditi analizo koncepta zakona. Samo Hart-ovo anahornistično branje ponuja pritrilni odgovor. Ideja, da filozofija vključuje konceptualno analizo skozi analizo jezika, je artifakt anglo-ameriške analitične filozofije 20. stoletja. V resnici, kot je trdil Hart, odraža vpliv modnih pogledov v filozofiji jezika v Oxfordu v letih 1940 in 1950. Ideja, ki zahteva razumevanje koncepta zakona kot manifest v navadnem jeziku, je smešna. Čeprav realisti veliko govorijo o razsodbah in kako pravna pravila delujejo v praksi, ne govorijo ničesar o konceptu zakona.

5.2.2 Hartova pravna teorija

Hart, kot večina pravnih pozitivistov³¹, je verjel, da je temelj pravnega sistema set socialnih dejstev, zlasti prepričanj, odnosov in obnašanja populacije.³² To je zanimivo stališče. Zlasti ker revolucije, v katerih se pravni sistemi spremenijo, predstavljajo spremembo socialnih danosti. Britanski pravni sistem je v poznem 18. stoletju nadomestil ameriški pravni sistem, ker je prišlo do spremembe v prepričanjih, obnašanju in odnosov do stare celine, med angleško govorečimi prebivalci Severne Amerike.

Hart pa je argumentiral, da mora primerna razlaga pravnega sistema s socialnimi danostmi razložiti tudi normativnost zakona, to je, zakaj je z njim podan tudi razlog za ravnanje.³³ Hart je zavrnil John Austinovo filozofijo zakona ravno zato, ker z njo ni mogel razložiti normativnosti zakona, pa čeprav je Austin, enako kot Hart, razložil obstoj pravnega sistema s socialnimi danostmi.

Po Austinu, "pravni sistem obstaja vsakokrat, ko obstaja človek (vladar) ali skupina ljudi, ki ji večina drugih ljudi sledi in uboga njihove zahteve." (John Austin, 1998, str.193). Hart je argumentiral, da Austin ne more razložiti možnosti, da bi bil vsakdo v pravnem sistemu pravno prisiljen. Kako lahko obstajajo zakoni o nasledstvu vladarjev, če pa vsi zakoni izvirajo iz vladarja? Ideja nasledstva vladarjev predpostavlja, da je tudi vsak vladar predmet zakona, ki ga ni ustvaril sam.

Toda Hart tudi kritizira Austinovo stališče, da lahko normativnost zakona razložimo s sankcijami za ne-uboganje. Preprosto uboganje zaradi strahu pred kaznijo, kot v primeru, ko človek preda svoj denar človeku, ki mu grozi s puško, ne more razložiti

³¹ Kennet Einar Himma, 2002, str. 1119,1152

³² H.L.A.Hart, 1994, str.292-293

³³ Coleman, Leiter,1996, str.241-242

razlogov za ravnanje, ki ga predpisuje zakon. Rekli bi, da je človek, ki je ubogal takšno povelje, bil k temu prisiljen. Enako gotovo je, da bi situacijo narobe opisali, če bi rekli, da je imel človek „dolžnost“ predati denar.

Tudi Austinovski koncept navade ubogati ne more razložiti pravne obveze. Navada ni dovolj, da bi ustvarila pravilo, ki zahteva takšno obnašanje. Če naj pravilo obstaja, morajo obstajati razlogi zakaj ga ubogati, in Austinovske navade ne morejo razjasniti, zakaj ti razlogi obstajajo.

Hartov alternativni temelj pravnega sistema je pravilo prepoznavanja, to je, sekundarno pravilo (ali pravilo o pravilih), ki identificira veljavne zakone znotraj sistema. Kot smo videli, je izraz pravilo ambivalenten. Včasih Hart govori o pravilu prepoznavanja kot o predlogu. Hartov pristop je zgrešen; in če bi temelj pravnega sistema tudi bilo pravilo prepoznavanja, potem bi obstajalo neskončno število takšnih pravil in tako tudi neskončno število pravnih sistemov. Hart je dodal še tretji pomen besede pravilo in uporabljal izraz pravilo prepoznavanja, ko je želel izraziti socialno dejstvo, da določeno pravilo prepoznavanja uporabljajo uradniki. Predlog se izvaja v smislu, da se uradniki strinjajo z uveljavljanjem tistega, kar zadovoljuje kriterije iz predloga. Na primer, Britansko pravilo prepoznavanja (v smislu socialnih danosti) je praksa britanskih uradnikov, da uveljavljajo le tisto, kar zadovoljuje kriterije v pravilu prepoznavanja (v predloženem smislu) in kar lahko izrazimo s tem stavkom: „Kar kraljica predpiše v parlamentu, je zakon“. Hart je verjel, da set socialnih danosti, ki opredeljuje pravilo prepoznavanja (za razliko od Austinovih socialnih danosti), lahko razloži normativnost zakona. Temelj Hartovega argumenta je, da je pravilo prepoznavanja družbeno pravilo. Socialno, družbeno pravilo obstaja, kadar se poleg konvergence obnašanja na deviacije v splošnem gleda kot na napake, ki jih lahko kritiziramo in se deviacije, ki se jih bojimo, lahko zatre s pritiskom.

5.2.3 Hartov napad na empirično pravilo skepticizma

Njegova verzija doktrine vključuje dve trditvi:

- (1) pravna pravila so nedoločena in kot rezultat
- (2) pravna pravila ne določajo ali ovirajo odločitve.

Njegov način uokvirjanja skeptičnega argumenta ga postavlja v odvisnost od filozofske trditve o zakonu, to je, da je nedoločen. Toda pravna pravila ne določajo ali ovirajo odločitve je lahko pravilno tudi, če je, pravna pravila so nedoločena in kot rezultat napačno (lahko rečemo, da je to čisto Empirično pravilo skepticizma). Hart je sigurno pravilno trdil, da večina realistov (mogoče je Moore glavna izjema) argumentira tako pravna pravila so nedoločena in kot rezultat kot pravna pravila ne določajo ali ovirajo odločitve. Toda se moti o argumentih realistov za pravna pravila so nedoločena in kot rezultat in torej podcenjuje količino nedoločenosti v zakonu.

Hartova centralna strateška usmeritev je na skeptično stran, torej da so pravna pravila nedoločena, hkrati pa je argumentiral, da je ta nedoločenost marginalni fenomen, ki je za avtorja članka precej daleč stran od skepticizma. “Skeptika si slikamo kot osebo, ki ima nerealistično visoka pričakovanja za določanje pravil in da je ta oseba razočaran absolutist.” (H.L.A.Hart; 1994, str.135) Strategija je odvisna od Hart-ove predpostavke o izvoru nedoločenosti, trditev, ki je v resnici popolnoma drugačna od argumentov, ki so jih dali realisti.

Po Hartu so pravna pravila nedoločena, ker obstoji meja, vključena v naravo jezika, do smernice, ki jo lahko daje splošen jezik. Jezik je, po Hartovi znani frazi 'odprto tkivo' v smislu, da imajo besede jedro, pogledi sveta, ki jasno padejo v okvir besednega pomena, in tudi pol-senčno stran, primeri, kjer ni jasno ali spadajo v svet, ki se obravnava (Mercedes-Benz je sigurno vozilo, ampak kam lahko uvrstimo motorni skuter?).

5.2.4 Hart razloži normativnost zakona

Hart pravi, da objektivni razlogi za ravnanje obstajajo, ker brez njih socialnih pravil ne bi mogli razlikovati od navad. Predpostavimo, da 96.7% moških odloži klobuk, ko vstopi v cerkev.³⁴ Nadalje predpostavimo, da nimajo nikakršnih objektivnih razlogov, zakaj to storijo. Lahko še vedno povemo, kaj se v cerkvi dogaja? Moramo odkritje klobukov obravnavati enako kot dejstvo, da ljudje pomežiknejo, ko jim veter zapiha v oči, se pravi le kot navado? Ali ne moremo razložiti zakaj ljudje kritizirajo tiste, ki se ne razkrijejo? Seveda ne. Razumemo lahko tiste, ki se razkrijejo, ker jih motivirajo določena prepričanja, ki jih tudi vodijo h kritiziranju nerazkritih. Tako ravnajo ne zaradi navade, ampak zaradi svojih subjektivnih razlogov. Po drugi strani pa kršitelji tudi ravnajo tako, ker imajo subjektivne razloge za uporništvu. Ker so prepričanja, ki vodijo do različnih subjektivnih razlogov za ravnanje psihološke in socialne danosti, lahko z njimi razložimo prakso, ne da bi hkrati trdili, da praksa podeli udeležencem objektivne razloge za uboganje.

Boljši pristop je, če rečemo, da bodo s tem, ko se ne bodo razkrili, kršitelji, vznemirili v gnezdena pričakovanja drugih vernikov in da so s tem, ko so vstopili v cerkev, implicitno obljubili, da bodo spoštovali prakso. To so razlogi za uboganje, ki bi obstajali ne glede na prepričanje posameznika. Toda težava s temi argumenti je, da so kljub temu da so objektivni, videti moralni, Hart pa poskuša ločiti moralne in pravne obveze.

Ker je očitno objektivni razlog za uboganje pravila prepoznavanja moralen, je s tem ogrožen Hartov pozitivizem. Pozitivisti namreč vztrajajo na ločitvi pravnih in moralnih obveznosti. Ronald Dworkin je zgodaj spoznal to težavo in okoli nje zgradil kritiko Hartove filozofije. Kot pravi Dworkin, je normativno stanje stvari moralna obveznost, da se vsi verniki, tudi zakrknjeni kršitelji, razkrijejo z ozirom na opisane socialne danosti.

Če so edini objektivni razlogi, zakaj ubogamo določeno socialno pravilo moralni, bi bilo potrebno z moralnimi termini razložiti tudi normativnost iger.³⁵ Zamislimo si set socialnih danosti, ki opredeljujejo igranje šaha. Praksa ne bi obstajala, če se udeleženci ne bi večinoma držali pravil igre. Toda nekateri igralci so nagnjeni k goljufanju. Lahko se jim zdi pomembno, da kraljico premikajo kot bi bila skakač. Zdi se, da je edini način, da bi pokazali, da imajo objektivne razloge za pravilen premik, da jih opredelimo kot moralne razloge (ker je na primer narobe vznemirjati druge igralce ali ker so s tem, ko so pristali na partijo šaha, pristali tudi na ustaljeno prakso). Normativnost šaha bi seveda lahko razložili tudi brez pomoči morale, če bi se odrekli ideji, da imajo igralci zaradi pravil hkrati tudi objektivne razloge za uboganje. Lahko bi

³⁴ Michael Steven Green, 2005, 1945

³⁵ Michael Steven Green, 2005, 1945

jih razumeli enostavno kot set predlogov, ki bi vodili dejanja tistih, ki želijo slediti pravilom. Zamislimo si tudi igro mučimo-mucka, ki poteka zaradi grožnje nadrejenega. Pravila igre bi obstajala, kljub odsotnosti objektivnih razlogov za ravnanje, kot set predlogov, ki vodijo dejanja prisiljenih udeležencev.

Hart takega razumevanja pravil ne more sprejeti. Država, v kateri uradniki ubogajo pravilo prepoznavanja samo zaradi strahu pred maščevanjem tirana, bi bila vodena v zmanjšanem pomenu besede, toda Hart pravi, da bi bil to sistem, v katerem bi bili uradniki le prisiljeni ne pa obvezani ravnati v skladu s pravili.

5.2.5 Deljene kooperativne aktivnosti

Pozitivisti, ki so sledili Hartu, so naleteli na mnogo težav pri razlaganju normativnosti zakona. Zamislimo si, da je zahtevek da je pravilo prepoznavanja pravilo, ki nalaga dolžnost, kar razložimo z deljeno skupno aktivnostjo. Tisti, ki nameravajo v takšnih aktivnostih sodelovati, si delijo predanost tej skupni aktivnosti in imajo zato razlog, da si odgovarjajo in se podpirajo v vlogah, ki so jih prevzeli.³⁶ Primer deljene skupne aktivnosti je skupinsko pleskanje hiše. Namen skupnega dela daje udeležencem razlog za ravnanje. Naš namen, da z nekom prepleskam hišo nam daje razlog, da z njim delimo svoj čopič, če bo naš umazan.

Edini nemoralni razlogi za uboganje, ki jih imamo zaradi deljene skupne aktivnosti, so subjektivni v smislu, da vežejo le kontinuirani namen posameznika. Zaradi tega Bratman sam dvomi v to, da lahko deljena skupna aktivnost razloži pravno obvezo. Pravilo prepoznavanja ne bi moglo obvezati nevoljnih udeležencev pravnega sistema, ne da bi hkrati vpeljali moralne zadržke.³⁷

Ta problem je očiten, ko začnemo razmišljati, ali bi razlogi za uboganje pri nevoljnih udeležencih obstajali, če bi bila deljena skupna aktivnost nemoralna. Predstavljajmo si, da smo se odločili mučiti mucka, ob uporabi instrumentov, ki jih moramo zgraditi s skupnimi močmi. Ravnokar mučim mucka z našo najnovejšo napravo, in ti se ravno ukvarjaš s konstrukcijo naslednje takšne naprave. Jasno je, da potrebuješ mojo pomoč. Nič čudnega ne bi bilo, če bi dejal, da imam kot voljan udeleženec v igri razlog, da z mučenjem mucka prekinem in ti pomagam. Bi pa zvenelo zelo čudno, če bi dejal, da imam razlog, da ti pomagam, če se mi igra gabi in zato poskušam prekiniti celoten projekt.

5.2.6 Maščevanje privrženca teorije naravnega zakona

Tiste, ki vztrajajo, da morajo prakse kot so igra šaha ali pravo hkrati dati posamezniku tudi razlog za uboganje, zelo mika, da bi takšne razloge razložili z moralnostjo. Po eni strani lahko z moralnostjo razložimo vzroke za kritiko zakrknjenih kršiteljev, hkrati pa so ti vzroki neodvisni od dejanskih prepričanj in namenov kršiteljev. Jeffrey Goldsworthy, vokalni kritik pozitivizma, je o igrah trdil: Čeprav imajo igralci različne razloge zakaj pričnejo s partijo, so se s tem, ko so jo pričeli, tiho

³⁶ Michael Steven Green, 2005, str. 1947

³⁷ Christiano, Sciaraffa, 2003,489-490

strinjali z njenimi pravili. Če jih ne ubogajo, bodo nepošteni do drugih in zato jim sledijo.³⁸

Goldsworthy razlikuje obveznosti udeležencev iger od pravnih obligacij. Pravni sistem zahteva pokorščino vseh, na katere se nanaša, če se z njim (tiho ali izrecno) strinjajo ali ne. Vendar na da to še več povoda za prepričanje, da je pravna obligacija zvrst moralne obligacije. Še bolj lahko dvomimo, da je v primeru igre ta vrsta avtoritete, ter zahteve in kritike, ki iz nje izhajajo, kakršnekoli drugačne narave kot moralne.

Nahajamo se na poti teorije naravnega prava, v kateri sta pravna in moralna obveznost izenačeni. Ker so imeli pozitivisti težavo pri razlaganju pravne normativnosti, so privrženci teorije naravnega prava ostali na področju jurisprudencene, glede na to, kako so se oklepali Dreda Scotta ali Nuernberškega dekreta, da bi pokazali, da je nekdo lahko pravno obvezan, da stori nekaj moralno nedopustnega. Teorija naravnega prava je privlačna ravno zato, ker se zaradi zavračanja prepričanja, da imajo pravne obligacije osnovo v moralnosti, zdi, da pravna obvezanost sploh ne obstaja.³⁹

Če pravna obveznost obstaja le če lahko najdemo moralni razlog za ravnanje, mora sodnik interpretirati pravno prakso v moralni luči, če hoče izpolniti svojo obveznost. Če pa praksi ne moremo dati moralnega smisla, če je takšna kot naša igra mučimo-mucka, potem sodnik nima nobenih pravnih obveznosti. Praksa bo normativno inertna. Zato ni presenetljivo, da je takšna interpretacija bistveni del Dworkinovega razmišljanja o tem, kako bi sodniki morali razsojati.

Dworkin zavzame enako stališče tudi glede iger kot je šah. Predstavljajte si uradnika pred težavno situacijo v šahu, ali je bila igra izgubljena, ker je eden od igralcev med igro nerazumno nadlegoval drugega igralca. "Uradnik, argumentira, Dworkin mora odgovoriti na to vprašanje s tem, da interpretira prakso igranja šaha v moralni luči" (Ronald Dworkin, 1986, str.102).

Čeprav Dworkin uporabi primer težke situacije, bi bilo enako tudi v blažji situaciji. Tudi če igralec poskuša premakniti kraljico kot bi bila skakač, mora uradnik pri svoji odločitvi upoštevati teorijo, zakaj, v primeru njegove pristojnosti, pravilo ustvari ali uniči pravice. Če uradnik ne bi dovolil takšnega premika, bi odločil konsistentno s prakso. Toda moralno vprašanje ostane, zakaj je konsistentnost pomembna?

Isto drži za sodnike. Kot pravi Dworkin: Če sodnik sprejme ustaljeno prakso svojega pravnega sistema, če sprejme avtonomijo pravil, potem mora, v skladu z doktrino politične odgovornosti, sprejeti tudi nekaj splošne politične teorije, ki upravičuje to prakso.⁴⁰ Sodnik je pravno obvezan razsoditi primer na določen način, v luči moralno-teoretične interpretacije pravne prakse. Ponovno, to velja tudi za lahke primere, čeprav Dworkin opisuje težak primer. V lahkem primeru je veliko bolj jasno, da je neka odločitev v skladu s prakso in druga ne. Toda moralno vprašanje spet ostane: Zakaj je konsistentnost pomembna?

Ker je obsodba v svojem bistvu moralno vprašanje, Dworkin kot idealnega razsodnika ponudi Herculesa, to je sodnika, ki odloči v primerih šele potem, ko je razvil teorijo zakaj imajo udeleženci v pravnih praksah moralno obveznost ubogati pravila. Herkules je, namesto da bi preprosto sledil ustavi, razvil obsežno politično

³⁸ Jeffrey D. Goldsworthy, 1990, str. 456

³⁹ Dred Scott, 1856, str.393

⁴⁰ Michael Steven Green, 2005, 1951

teorijo, ki upraviči obstoj ustave kot celote. Namesto da bi slepo sledil statutu, se mora Hercules najprej vprašati zakaj ima statut moč, da spremeni pravne pravice.

5.2.7 NE-Kognitivizem in interni vidik

Hart seveda ne more uporabiti Dworkinove razlage pravnih obligacij ne da odstopi od svojega pozitivizma. Če upoštevamo težave, s katerimi se je soočal Hart pri razlagi pravnih obligacij (ne da bi zatekel k moralnosti), moramo ponovno oceniti ali je res menil, da so socialna pravila sposobna generirati objektivne razloge.

A če Hart ni res menil, da lahko pravilo prepoznavanja generira objektivne razloge za ravnanje, zakaj je potem kritiziral Austinovo teorijo prava? Hartova pravila prepoznavanja niso nič boljša kot Austinove navade uboganja, če želimo razložiti zakaj so udeleženci obvezani ubogati zakon. Ena možnost je, da je Hart razumel trditev, da je nekdo pravno obvezan kot ne-normativno trditev, da večina udeležencev v pravilu prepoznavanja ne samo uboga, ampak tudi verjame, da imajo zato objektivni razlog (čeprav jih dejansko nimajo). S tem razlogom je Hart poudarjal notranjo perspektivo voljnih udeležencev.⁴¹

Čeprav bi s tem lahko pojasnili Hartovo nestrinjanje z Austinom, pa se z njim ne strinja le v nekaj nepomembnih točkah. Ker je Austin menil, da gre pri pokorščini zakonu za strah in navado, je ignoriral dejstvo, da večina udeležencev uboga, ker mislijo, da imajo za to objektivni razlog.

Michael Moore trdi, da je Hartova interpretacija pravilna, in da so se Hart in realisti sporazumeli, da pravila, v svojem razlogu za ravnanje v smislu, ne obstajajo. Socialne danosti, na podlagi katerih je nekaj veljaven zakon, ne generirajo objektivnih razlogov za ravnanje v skladu s pravili. Toda Hart kljub temu nasprotuje realistični teoriji napovedi, kajti ta teorija, enako kot Austin, govori o pravu kot o sodnem obnašanju, brez reference na notranjo perspektivo. Ker je ta pristop k pravni obveznosti ne-normativen, bi lahko zakrknjen kršitelj sprejel, da je pravno obvezan, in kljub temu zanikal, da iz tega sledi, kaj mora storiti. Celo voljan udeleženec bi lahko bil mnenja, da pravna obveznost ni povezana z njegovimi razlogi za ravnanje. Hart je bil zavezan tudi obliki nekognitivizma o vrednotah, v kateri trdilni stavki o objektivnih razlogih ne opisujejo obstoja takšnih razlogov, ampak le posameznikovo prepričanje da takšni razlogi obstajajo.

Privrženec notranje perspektive bi zato imel objektivni razlog za subjektivno sledenje zakonu, v kolikor bi imel prepričanje, ki bi ga vodilo k temu, da bi trdil, da ima za takšno ravnanje objektivne razloge. Njegove izjave o pravni obveznosti morda ne bi samo opisovale ne-normativno dejstvo, da pravilo prepoznavanja obstaja, ampak tudi izražale to prepričanje.

Vredno je omeniti dve točki:

a) Prvič, če je Hartov pristop nekognitivističen, je Dworkinova kritika še vedno veljavna, v kolikor drži teorija naravnega zakona, z vidika notranje perspektive. Pristaši notranje perspektive verjamejo, da imajo vsi udeleženci, tudi zakrknjeni kršitelji, v pravilu prepoznavanja hkrati tudi objektivni razlog za uboganje. Toda Dworkin v svoji kritiki pravi, da so edini objektivni razlogi, ki bi jih imeli vsi udeleženci, nujno moralni razlogi. Notranja perspektiva je torej moralna perspektiva. Toda tega

⁴¹ H.L.A.Hart, 1994, str.102

sklepa Hart ne more sprejeti. Če se je držal zahteve, da so pravne in moralne obveznosti popolnoma ločene, je moral vztrajati, da je za notranjo perspektivo bistvenega pomena, da ni nujno moralna perspektiva. Zakon lahko sprejemamo v potrebnem pomenu tudi če sami nimamo moralnih obveznosti, da bi ga ubogali. Težko pa je razumeti, zakaj bi uradnik, ko sprejme pravilo prepoznavanja, govoril o zakrknjenih kršiteljih kot o pravno obvezanih posameznikih. Kar se tiče uradnikovega prepričanja, je lahko zakrknjen kršitelj bolj hvalevreden kot dejansko je. To je razlog, da podvomimo v ne-kognitivistično interpretacijo Harta.

b) Druga točka: nekognitivna izjava o pravni obveznosti (ko je posledica notranje perspektive) je še vedno kompatibilna z realističnim pogledom, da pravna pravila ne obstajajo (v pomenu, da socialna dejstva, na podlagi katerih je nekaj veljaven zakon, še vedno ne dajejo razloga za uboganje tistim, ki jim prepričanje pravi, naj ne ubogajo). Realistično stališče se ne bi bistveno spremenilo, če bi priznali, da voljni udeleženci tudi izražajo svoje strinjanje s pravnimi obveznostmi. V kolikor so bili realisti skeptični glede obstoja objektivnih razlogov za ravnanje, bi se verjetno strinjali z nekognitivističnimi povzetki normativnega jezika, vključno s pravnim jezikom.⁴²

Zasluzeno ali ne, Hart-ova kritika je odvrnila pozornost profesionalnih filozofov stran od Pravnega realizma. Šele v 1970. letih in še v nadaljevanju 1980. so ne-filozofi, združeni z Kritičnimi Pravnimi Študijami prinesli nazaj misli realizma v ameriška pravna razglabljanja.

⁴² Michael Steven Green, 2005, 1957

6 REALISTI NE MOREJO BITI PREDSTAVNIKI KONCEPTUALNEGA PRAVILA SKEPTICIZMA

Za realiste argumenti nedoločenosti zakona, kot vsi argumenti za pravno nedoločenost predpostavljajo ne-skeptično razumevanje koncepta zakona.⁴³ V resnici predpostavljajo mnenje z različno afiniteto do te, ki so jo razvili Pravni pozitivisti. Osrednja trditev pravne nedoločenosti je trditev, da razredi pravnih razlogov ne opravičujejo enotnega izida v nekaterih ali vseh primerih. Razred pravnih razlogov je tisti razred, ki lahko pravilno opravičuje pravni zaključek (in ga izsili dokler so pravni akterji odgovorni za pravne razloge). Tako so na primer, priziv na statutarni ukrep ali veljavni precedens del pravnih razlogov, medtem ko priziv na avtoritativnost Plato-jeve Republike to ni: sodnik ni zavezan odločiti se na en ali drug način, ker to pravi Plato. Katerikoli argument za nedoločenost potem predpostavlja nekatere poglede o mejah razreda pravnih razlogov. Ko Oliphant argumentira, da obljuba ne tekmovali, primeri se ne odločajo na osnovi referenc zakona, toda z referencami nekodiranih norm, ki prevladujejo v trgovski kulturi, v kateri je tožba nastala, to samo kaže, da je zakon nedoločen na predpostavki, da normativni razlogi, na katere se upira sodišče, niso pravni razlogi. Ko Holmes uvrsti pravne odločitve ne med pravne razloge, ampak med prikrite, pol-zavedne bitke na osnovi vprašanja pravne strategije, odkrito predpostavlja, da te strategije same po sebi niso pravni razlogi.⁴⁴ Znan argument realistov za nedoločenost s fokusom na konfliktnosti v okviru pravne veljavne poti, kaže, da je zakon nedoločen na predpostavki, ali da statut ali prejšnji primeri predvsem izčrpavajo avtoritativni vir zakona ali da so v nasprotju z dodatnimi avtoritativnimi normami. Zgleda, da je prva predpostavka motivirala argumente realistov. Tako Llewellyn pravi, "da sodniki vzamejo pravilo v glavnem iz avtoritativnega vira" (Karl Llewellyn, 1930, str.13), (ki so v primeru zakona predvsem statuti in odločitve sodišč).

Kateri koncept zakona se predpostavlja v argumentih za pravno nedoločljivost, koncept v katerem so statuti in prejšnji primeri del zakona, toda nekodirane norme in argumenti strategije pa ne? To ni bila teorija Ronald-a Dworkin-a, ampak alternativa naravnega zakona. Realisti so raje predpostavljali nekaj podobnega kot je Pozitivistična ideja Zakona prepoznave, katerega kriteriji legalnosti so ekskluzivno del pedigreja: pravilo je del zakona z namenom imeti vir v pravni uzakonitvi ali v prejšnjih odločitvah sodišča. Na kratko, realisti niso predstavniki konceptualnega pravila skepticizma, kajti njihovi argumenti za nedoločenost zakona predpostavljajo ne-skeptično trditev kriterij legalnosti.

6.1 RAZLAGA NAPOVEDNE IN ODLOČBENE PRAVNE TEORIJE

Kljub temu, da se močno razlikujeta med seboj, oba argumenta realistov proti pravnim pravilom prikazujeta pravo kot set ne-normativnih družbenih dejstev glede

⁴³ Brian Leiter, 1995, str.481-491

⁴⁴ Holmes, 1897, str.467

uradnih praks. Nič o tem kako bi sodnik moral rzsoditi ne sledi iz dejstva, da te prakse nekaj identificirajo kot zakon.

Pod prvim argumentom je to preprosto iz razloga, da nič kar bi kdorkoli kadarkoli moral storiti ne sledi iz družbenih (ali empiričnih) danosti. Edini zaključki, ki jih lahko potegnemo, so opisne, ne normativne narave. Za nasprotje drugi argument odpre možnost, da določene družbene danosti lahko generirajo pravne obligacije. Na primer, če sodnik obljubi, da bo uveljavljal zakon, bo imel moralno obveznost, da bo to počel. Toda socialne danosti o uradnih praksah, ki nekaj identificirajo kot zakon, ne vključujejo nujno dejstev, ki bi moralno obvezovale sodnike, da bi uveljavljali identificirano. Pravna obligacija zato ne more biti zvrst moralne obligacije. Nadalje, drugih pomembnih obligacij, ki bi jih ustvarile te družbene danosti, razen moralnih, ni. Intrinzično pravna obligacija za uveljavljanje zakona ne more obstajati.

Realistično zavračanje pravnih pravil je plavzibilna pravna teorija. Vredna je naše pozornosti, ker nam omogoča razumevanje manj plavzibilnih teorij realistov.

6.1.1 Pregled odločbene teorije

Kot smo videli, so realisti zagovarjali odločbeno teorijo prava, po kateri naj bi bile samo konkretne odločbe zakon, čeprav je to nezdržljivo z mnogimi splošnimi prepričanji, npr. da je ustava ZDA zakon ali da sodnik, ki je rzsodil v skladu s Platonovo republiko ni izdal pravno veljavno odločbo. Celo sami so se včasih zmotili in trdili, da so statuti, ustave in podobno zakon. Zakaj so se torej čutili tako blizu teoriji, ki je tako malo verjetna?

Eden izmed razlogov je bil, da so (zmotno) verjeli, da to sledi iz zavračanja pravnih pravil. "Realisti so zamešali razumljivo odsotnost pravne obligacije, ki je sledila zavračanju pravnih pravil z lokalizirano odsotnostjo pravne obligacije, ki nastane tedaj, ko je zakon nedoločen in nejasen." (Michael Steven Green, 2005, str.1987) Ko je zakon nejasen, lahko sodniki zapolnijo vrzeli. Njihove odločitve postanejo zakon. Realisti, ki so spoznali, da sodnik nima pravne obligacije, da bi odločil tako ali drugače niti kdaj je zakon jasen, so sklepali, da to lahko storijo vedno in da je vsaka njihova odločitev zakonodajni akt.

Toda ravno v tem je napaka. Spomnimo se spet igre mučimo-mucka. Pod pravili igre, to je, predlogih, ki jih igralec sprejme in ki igro kontrolirajo, mora igralec mučiti mucka vsakič, ko dobi točko. Znotraj igre ne more ničesar spremeniti.

Toda predpostavimo, in to je verjetno, da so ta pravila ne-normativna na enak način kot je pravo ne-normativno za realiste. Socialne danosti o praksi, ki identificira te predloge kot pravila igre udeležencem ne dajejo objektivnih razlogov, da bi pravilom sledili. Igralec se lahko, pravzaprav naj bi tudi se, odloči da mucka ne bo mučil. Bi pa bilo narobe, če bi sklepali, da ima igralec moč, da to naredi v okviru pravil igre. Igralec, ki noče mučiti mucka ni naredil pravnega koraka znotraj igre.

Isti princip velja za pravo. Če so realistični argumenti proti pravnim pravilom uspešni, potem dejstvo, da je ustava ZDA zakon sodniku ne daje povoda, da bi rzsodil v skladu z njenimi zahtevami. To ne pomeni, da je vsaka njegova odločba zakon, pomeni samo, da nima boljšega razloga napisati odločbo, ki je zakon kot napisati odločbo, ki to ni. Na kratko: realisti so zamenjali dve sodni nalogi: kognitivno nalogo identificirati, kaj naj bo pravo in moralno nalogo določiti, ali naj temu sledijo.

Frank ima morda prav ko pravno obligacijo prispeti do določene odločitve obravnava kot nekaj skrivnostnega. Vendar to preprosto pomeni, da sodnik nima obveznosti, da bi namesto ne-zakona raje izbral zakon, in da je karkoli odloči, zakon.

Kljub temu, da je ta zamenjava eden izmed razlogov zakaj so realisti branili odločbeno teorijo, verjetno je ne bi branili tako strastno kot so jo, če ne bi bili tako globoko prepričani, da to sledi iz doktrine dokončnosti pravne interpretacije zakona. Drugi argument za odločbeno teorijo ni podoben njihovemu zavračanju pravnih pravil. Mnogo pravnih teoretikov, ki verjame v pravno obligacijo je bilo zaskrbljenih, ali morda princip pravne dokončnosti ne pomeni, da je zakon karkoli sodnik pravi, da zakon je.

6.1.2 Argument Bishop Hoardly

Drugemu argumentu lahko rečemo tudi argument Bishop Hoardlyja, kajti Hoardly je dejal: "Kdor ima absolutno avtoriteto za interpretacijo kateregakoli ustnega ali pisnega zakona, je dejanski zakonodajalec, in ne tisti, ki ga je prvi izgovoril ali ga napisal." (Benjamin Hoardly, 1921, str.1909) Po principu pravne dokončnosti, je pravna interpretacija zakona obvezujoča. Toda zaradi tega se zdi, da je pravi zakon interpretacija zakona in zakon, ki ga interpretiramo.

Hoardlyjev argument je več kot le preprosta pripomba, da imajo sodišča avtoriteto, da se vključijo v intersticijsko zakonodajstvo, to je, da zapolnijo pravne vrzeli, kadar je zakon nejasen. To bi le pokazalo, da imajo sodišča zakonodajno moč, kjer si s predhodno obstoječim pravom ne moremo pomagati dalje. Hoardly trdi, da so celo zmotne interpretacije zakona pravno obvezujoče. "Sodnik ustvarja zakon, ko si razlaga statut po svoje, in njegova interpretacija je veljaven zakon ne glede na to ali je pravilna ali ne." (John C.Gray, 1909, str.125) Statut ne more biti zakon, ker v pravnem sistemu nima učinka, sodnik ga mora le upoštevati (v večji ali manjši meri), ko ustvarja zakon.

Če želimo oceniti Hoardlyjev argument, moramo razlikovati med dvema načinoma, kako so lahko napačne interpretacije zakona obvezujoče. Po eni strani, je odločba, ki jo izda sodnik lahko obvezujoča, v pomenu, da jo morajo uradniki spoštovati in jo uveljaviti, tudi če je sodnik zakon narobe tolmačil. Po drugi strani, pa je lahko interpretacija zakona v pisnem mnenju sodišča obvezujoča v smislu, da jo bodo uradniki obvezani spoštovati v bodočih situacijah.⁴⁵

Nihče ne dvomi, da so interpretacije obvezujoče v prvem pomenu besede. Konkretno odločbo (ki na primer določi odškodnino za tožnika ali obsodi kriminalca) spoštujejo in uveljavljajo celo tisti, ki verjamejo, da je osnovana na napačni interpretaciji zakona. Po drugi strani pa se nekateri sprašujejo ali je interpretacija zveznega zakona v ZDA s strani zveznega sodišča, zlasti ustave ZDA, obvezujoča za vse druge veje zvezne vlade, ali celo za vse države v uniji. Obstoj teh kritik je sam po sebi dokaz, da te interpretacije smatrajo za obvezujoče v našem pravnem sistemu, pa če naj bi to bile ali ne.

John Chipman Gray, ki je pogosto citiral Hoardlyja in katerega dela so pomembno vplivala na realiste, je prav verjetno imel v mislih to obliko pravne premoči, ko je argumentiral, "da statuti niso zakon." (John C.Gray, 1909, str.102) Za Graya zakon

⁴⁵ Michael Steven Green, 2005, str.1989

obstaja iz pravnih interpretacij, ki obvezujejo druge pravne akterje, vključno z nižjimi sodišči. Odločba nižjega sodišča, ki nasprotuje odločbi višjega sodišča, je pravno neveljavna. In ravno zaradi tega Frank razlikuje med Grayem in med realisti.

Frank se vrača k prejšnjim argumentom v prid odločbeni teoriji, ki niso odvisni od pravne premoči, ampak od odsotnosti pravnih pravil. Vse odločbe nižjih sodišč so zakon, ker nižja sodišča niso obvezana odločati v skladu z interpretacijami višjih sodišč. Zdi pa se, da je na Franka in ostale realiste ideja pravne premoči kljub temu nekoliko vplivala, ko so predstavili odločbeno teorijo.

Filozofi Hoardlyjev argument redko jemljejo resno, kar je v veliki meri pogojno z vplivno Hartovo kritiko v delu *Concept of Law*. Hart nam predlaga, da premislimo o analogiji igre (recimo, da gre za baseball), kjer je igralčeva zmotna uporaba pravil vseeno obvezujoča za druge igralce. Na prvi pogled se zdi, da Hoardlyjev argument velja. Poglejmo pravilo (2.00 v uradnih pravilih basebala), ki definira „strike“ kot udarec, ki ga „ne udarimo, če katerikoli del žoge preide katerikoli del določene cone“. Hoardly bi argumentiral, da kršitev pravila 2.00 nima znotraj igre nikakršnega učinka. Razlog je v tem, da obstaja srugo pravilo – pravilo 9.02(a) – ki daje razsodnikovi odločitvi dokončnost. Ali jenek udarec „strike“ v pomenu pravila 2.00, je popolnoma brezpredmetno. Nekaj je „strike“ samo, če razsodnik v igri reče, da je to „strike“.

Toda Hart argumentira, da pravilo 2.00 ima učinek znotraj igre. Razlika med baseballom in teorijo pa je ta, da igralci basebala pridejo do svojih zaključkov in kritizirajo razsodnika, če se jim zdi, da je prekršil pravilo 2.00. V teoriji igre takšna kritika ne bi imeli smisla, ker je poanta ravno v tem, da se stori, kot razsodnik reče. V okviru pravil igre ne obstaja razlog za kritiziranje razsodnika.

Ker pridejo igralci do svojih zaključkov glede pravila 2.00, bo na določeni točki v resničnem svetu to pravilo omejilo dokončnost razsodnikove sodbe. Recimo, da razsodnik pravi, da je nastal „strike“, čeprav nihče sploh ni vrgel žogice. Njegovo odločitev bi posej verjetnosti obravnavali kot neveljavno, enako kot bi obravnavali razsodbo neuravnovešenega oboževalca, ki bi pritekkel na igrišče in pričel oponašati sodnika. Ko bi igralci zaključili, da je razsodnikova odločitev neveljavna, bi se oprli na pravilo 2.00.

Skratka, možno je najti vlogo za pravilo 2.00 v okviru igre, vlogo, ki je primerljiva z dokončnostjo razsodnikove odločitve.⁴⁶

Skratka, zakon ni (vedno) to, kar sodišča trdijo, da je. Realisti so bili v zmoti, ko so izpeljali odločbeno teorijo iz principa pravne dokončnosti. Statuti imajo prav tako pravico do tega, da jim rečemo zakon kot jo imajo sodne odločbe, ker znotraj pravnega sistema igrajo pomembno vlogo.

6.1.3 Pregled napovedne teorije

Kljub temu, da je odločbena teorija realistov zmotna, pa je njihova napovedna teorija precej bolj verjetna, kot so filozofi običajno pripravljene priznati. Kot smo videli, ta teorija ne trdi, da je zakon za sodnika napoved, kako se bo v določenem primeru odločil. Sodnik ne odkriva zakona z napovedovanjem svojega lastnega obnašanja.

⁴⁶ H.L.A.Hart, 1994, str.142-147

Nasprotno, zakon je napoved o tem, kako se bodo sodniki v določenem pravosodju običajno odločili.⁴⁷

Za razliko od odločbene teorije, napovedna teorija ne obravnava vseh odločb kot zakon. Če duševno moten sodnik odloči, da ustava ZDA od tega trenutka dalje več ne velja, njegova odločba ne bi bila zakon. Navsezadnje bi nasprotovala naši napovedi, kako sodniki običajno razsodijo. Nadalje po napovedni teoriji ne bi ustvarila novega zakona, ker, kot pravi Cook, "nam ne bi povedala nič novega, na podlagi česar verjamemo, da smo zmožni napovedi rezultat v podobnem primeru kot je primer, v katerem je bilo ravnokar razsojeno"(Felix S. Cook, 1942, str. 31). Po napovedni teoriji ne samo, da nekatere odločbe niso zakon, tudi nekatere ne-odločbe so zakon (ustave, statuti in podobno), v smislu da v skladu z njimi lahko napovemo, kako se bodo sodniki odločili.

Napovedno teorijo realistov je najbolje razumeti kot njihov poskus opisati (čeprav površno) uradno prakso. In ker so se realisti in Hart strinjali kaj te prakse so, se napovedna teorija niti ne razlikuje toliko od Hartove pravne teorije.

Razmislimo, kako bi Hart opisal dejstvo, da je ustava ZDA zakon. Ne zadošča, da je ustava set predlogov ali kos papirja. Obstajati mora pravilo prepoznavanja (če ga razumemo kot set družbenih danosti o uradnih praksah), pod katerim se ustavo sprejme kot veljaven zakon. Kot realisti je tudi Hart menil, da je dejstvo da je ustava pravo dejstvo o obnašanju uradnikov. V čem se napovedna teorija torej razlikuje od Hartove?

Ena od možnosti je, da Hart govori o obnašanju uradnikov na splošno (člani zakonodajnega odbora, administrativne agencije, šerifi) medtem ko realisti govorijo samo o sodnikih. Vendar pa so se v napovedni teoriji realisti pogosto tudi izrazili bolj s splošnimi pojmi. "Cook je upošteval obnašanje prebivalstva v celoti."⁴⁸ In ko so realisti govorili le o pravnem obnašanju, so včasih priznali, da izključevanje obnašanja ostalih uradnikov lahko izkrivlja celotno sliko.

Če napovedna teorija vzame v obzir obnašanje vseh uradnikov, so njeni zaključki o tem, čemu naj rečemo zakon, še bolj podobni Hartovim zaključkom, ker ne vključuje več ideje pravne premoči. Če bi sodniki predvidljivo razsojali, da statuti niso veljavni kot zakoni, drugi uradniki (ali civilno prebivalstvo kot celota) pa bi tej odločitvi ne sledili v praksi in statute kljub temu obravnavali kot zakone, bi realisti, enako kot Hart, sklepali da so zakon statuti in ne sodne odločbe.

Bolj pomembna razlika med Hartom in realisti je v tem, da realisti statutu še vedno ne bi rekli zakon, tudi če bi ga vsi uradniki predvidljivo imeli zanj, če ne bi bil sposoben napovedati nelingvističnega obnašanja teh uradnikov.⁴⁹ V kontekstu realistične teorije obsodbe gre za pomembno razliko. Če je kaj, čemur uradniki rečejo zakon preveč nedoločenega, da bi lahko povzročilo kavzalno razliko v obsodbi, potem gre za zakon v Hartovem pristopu, ne pa po napovedni teoriji. Če imajo nekateri kriteriji (kot na primer implicitna obligacija dobre vere pri sklepanju pogodb) vpliv na proces obsojanja na predvidljiv način in jim uradniki sicer ne rečejo pravo, potem sicer ne gre za zakon po Hartovem razumevanju, imajo pa status zakona po napovedni teoriji. Po napovedni teoriji zakon ni zakon, če nima vpliva na obsodbo. Napovedne teorije zato ne morem braniti kot splošne pravne teorije.

⁴⁷ Michael Steven Green, 2005, str.1993

⁴⁸ Felix S. Cook, 1942, str. 30

⁴⁹ Michael Steven Green, 2005, str.1995

Vendar pa napovedna teorija kljub temu ni tako iz trte izvita, kot bi to radi pokazali nekateri filozofi. Cook in Holmes sta mislila, da je ta teorija posledica ne-normativnega razumevanja zakona. V enem izmed pomenov so realisti videli pravo povezavo med zakonsko ne-normativnostjo in obnašanjem uradnikov. Zakonska ugnezdenost v družbenih danostih o uradniškem obnašanju in njegova sposobnost generiranja objektivnih razlogov sta zelo tesno povezani.

Toda realisti so zmotno dajali prednost koercivnemu obnašanju uradnikov pred njihovim lingvističnim obnašanjem. Statut, ki so mu uradniki predvidljivo rekli zakon, pa ni zakon po razumevanju realistov, ker ne razlikuje med njihovimi koercivnimi dejanji. Do tega zaključka so prišli, ker so mislili da uporabljajo pomemben ne-normativen koncept prava samo za izogibanje sankcijam, da bi to vplivalo le na pravo, kot ga razume kriminalec.

Čeprav so realisti trdili, da je zakon ne-normativen, so rabili širši koncept ravno za dokazovanje, da je veliko prava neuporabnega ko se želimo izogniti sankcijam. Če so realisti mislili, da je njihova teorija obsodbe pomembna, potem so morali misliti, da je to tudi njihov širši pravni koncept.

V tem širšem konceptu pa obstajajo tudi drugi zanimivi razlogi. Celo nekdo, ki zakon razume ne-normativno, lahko sprejme, da ima občasno razlog ubogati ga. Ti razlogi so lahko širši od izogibanja sankcij.

Zadnja in najpomembnejša razlika med Hartovo teorijo in napovedno pravno teorijo pa je Austiniansko osredotočanje realistov le na obnašanje uradnikov, ne da bi upoštevali notranjo perspektivo, dejstvo, da so uradniki tudi prepričani, da imajo razlog za svoje obnašanje. Kot smo že videli, Hartov argument, da lahko z notranjo perspektivo razložimo normativnost zakona, nima veliko možnosti za uspeh. Notranja perspektiva voljnih udeležencev ne more razložiti zakaj imajo tudi zakrknjeni kršitelji objektivne razloge za uboganje pravne prakse.

Toda Hart morda lahko ugovarja Austinu in realistom glede osredotočanja na obnašanje, in hkrati še vedno ostaja pri ne-normativnosti zakona. Napovedni teoriji še vedno lahko nasprotuje iz istega razloga kot je nasprotoval Austinovi pravni teoriji v Moorovi interpretaciji. S tem, ko so o pravu govorili kot o napovedih uradniškega obnašanja, realisti niso upoštevali dejstva, da imajo uradniki tudi razloge za uboganje (in da ne ubogajo le iz navade).

Hart ima nedvomno prav, da ustavi verjetno ne bi rekli zakon, če bi odkrili, da so vsi ameriški uradniki dejansko samo roboti. Preprost behaviorističen pristop k pravu verjetno ne zadošča.

Če je Hartov ugovor, da uradniki ubogajo ker mislijo, da imajo zato objektivne razloge, se realisti z njim strinjajo, ker tudi sami na enak način opisujejo obnašanje uradnikov. Nasprotje med Hartom in realisti je v tem, da realisti govorijo le o napovedih uradniškega obnašanja ne da bi omenili prepričanja teh uradnikov o objektivnih razlogih, zaradi česar je njihovo obnašanje napovedljivo in iz česar lahko sklepamo, da se jim obstoj teh prepričanj za zakon ne zdi potreben. Hart, kot ga interpretira Moor, pa misli, da je za zakon neobhodno potrebno, da mu uradniki sledijo zaradi svojega prepričanja, da imajo za to objektivne razloge. Ne zadošča mu, da bi ubogali le zato, da bi se izognili sankcijam.

Čeprav se zdi, da gre za pristno ne strinjanje med Hartom in realisti, pa se zdi, da imajo tokrat prav slednji. Zakaj bi praksi, v kateri uradniki namerno uveljavljajo nekatera povelja, a samo iz strahu pred tiranovim maščevanjem, ne mogli reči „pravni sistem“? Zakaj uveljavljena povelja niso zakon?

6.2 NOVA TEORIJA REALISTOV

Opisali smo tri pravne teorije, ki so jih zagovarjali realisti. Prva in najbolj verjetna je njihovo zanikanje pravnih pravil, t.j. njihov argument, da zakon ne daje objektivnih razlogov za sledenje njegovim zahtevam. Druga in hkrati najmanj verjetna je odločbena teorija prava, z ozirom na katero so samo sodne odločbe zakon in nič drugega. Tretja pa je napovedna teorija, v kateri so trditve o zakonu enake napovedim, kakšne bodo bodoče sodne odločbe.

Kot smo videli, sta tako Hart kot tudi Leiter argumentirala, da so realisti implicitno sprejeli standardno pravno teorijo (v kateri so npr. statuti, tudi zakon), s tem pa zašli v protislovje z odločbeno in napovedno teorijo. Čeprav je Hart to nedoslednost izkoristil za dokazovanje nekoherentnosti realističnih teorij, pa jih je Leiter uporabil, če so realisti potemtakem sploh razvili kakšno novo pravno teorijo? Realisti so o pravu govorili kot o konkretnih odločbah in napovedih o odločbah, ker so se ukvarjali le s praktičnim pomenom prava za pravnike in odvetnike,⁵⁰ pravi Leiter. Realisti po njegovem mnenju niso nameravali razviti splošno uporabno analizo koncepta prava.

Vendar pa je Leiterjev dokaz šibek. Osredotočil se je le na dve osebi: sodnika Holmesa, ki je bil predan gibanju pravnega realizma, in Jerome Franku, ne pa tudi na ostale avtorje, kot sta Cohen in Cook. Poleg tega je za dokazovanje uporabil le zelo omejeno izbrane citate Holmesa in Franka. Leiter tako na primer argumentira, da Holmesovega vidika napovedne teorije iz njegovega dela „The Path of the Law“ ne moremo uporabiti v splošnem, ker je Holmes svoj esej pričel s poudarkom, da bo govoril o pomenu prava za odvetnike, ki bodo nastopili pred sodniki. Vendar pa je Holmes dejansko napisal to: “Ko študiramo pravo ne študiramo nečesa misterioznega, ampak dobro znano stroko. Študiramo kar bomo zahtevali, da bomo lahko nastopili pred sodniki, ali svetovali ljudem na tak način, da jih bomo sodišča ubranili.”(Holmes Oliver Wendell, 1897, str. 457)

Holmes ne sugerira, da zaradi bolj ozke perspektive postavlja na stran splošen koncept zakona. O odvetnikovi perspektivi govori, ker verjame, da je pomembna za zakon nasploh.

Holmes na zakon gleda s perspektive odvetnika, ki svetuje svoji stranki iz istega razloga kot to počne iz perspektive pokvarjenca. Ker ti ljudje, osvobojeni kakršnihkoli občutkov obveznosti, vidijo zakon takšen, kot dejansko je.

Za Holmesa, kot tudi za realiste nasploh, je bila napovedna teorija splošno uporabna. In, kot realisti, se je tudi Holmes nagibal k tej teoriji, ker je menil, da to sledi, če na zakon pogledaš ne-normativno, to je, ko zavrneš idejo o pravni obvezi.

Leiter je isto strategijo nadaljeval tudi s Frankom in argumentiral, da odločbena teorija ni splošno uporabna, ker je Frank bralca že zgodaj opozoril, da se v prvi vrsti ukvarja z zakonom, kot ga vidi odvetnik. Če Frank ne bi vztrajal v tej perspektivi, vztraja Leiter, bi bil sprejel, da so statuti in podobno tudi zakon.

Frank prizna, da je reduciranje zakona le na odločbe sodišč umetno in da je posledica odvetnikovega pogleda na pravo. Toda problem ni v tem, da ta pristop statutov ne priznava za zakon, ampak da poudarjanje sodnega obnašanja izključuje obnašanje vseh vladnih uslužbencev in reakcije neuradnih oseb in vidi le obnašanje

⁵⁰ Brian Leiter, 1996, str.263

sodnikov. Pogled, ki bi stvari manj zmotil, ne bi govoril o statutih kot o zakonu, ampak bi govoril o zakonu, ki ga lahko zreduciramo na odločbe, ki jih izdajo sodniki in uradniki ne-sodniki. Frank brani svoj fokus na obtožbo kot opravičljiv, ker v grobem opisuje, kako stranka-laik dojema zakon, ko se posvetuje s svojim odvetnikom. Vendar pa Frank jasno da vedeti, da odločbena teorija ne velja le z odvetnikovega pogleda, ker opisuje, da je primerna tudi za sodnika, ki bo odločil o primeru. In tako pride Frank do zaključka, da zakon potemtakem sestavljajo odločitve, ne pravila. In če je tako, vsakič ko pride sodnik do odločitve, s tem ustvarja zakon. Sprejeti moramo, čeprav Leiter ni mogel, da so realisti stali za tem, kar so jasna in glasno ponavljali. Če želimo braniti realizem, moramo ugotoviti zakaj so se nagibali k napovedni in odločbeni teoriji.

7 SKANDINAVSKI REALIZEM

Predstavniki Skandinavskega realizma so zavračali razlago pravnega sistema ali pravnih pojmov, ki niso izražene z ugotovitvenimi pojmi ali če so že izražene z njimi, dajejo prekrite reference na ne-ugotovitvene pojme.⁵¹

Skandinavski predstavniki sami poskušajo opisati pravni sistem z besedami dejstev, ki so se kasneje v postopku preiskave izkazale, da sploh niso dejstva. Skandinavski predstavniki so dajali poseben pomen mentalnim in emocijskim stanjem tako, da so pravne pojme opisovali kot psihološke ideje.

Skandinavski realisti so z ameriškimi delili predanost empiricizmu, ki jih je motiviral k zavračanju pravnih obligacij.⁵² Sodnikovi edini razlogi za določeno odločitev so tisti, ki mu jih subjektivno predlagajo njegova prepričanja. Tudi skandinavski realisti so verjeli, da napovedna pravna teorija sledi iz zavrnitve pravnih obligacij.

V angleško govorečih deželah so bili najbolj znani predstavniki skandinavskih realistov Axel Hagerstrom, Vilhelm Lundstedt in Karl Olivecrona iz Švedske in Alf Ross iz Danske. Skupna značilnost njihovega dela je anti-metafično, katerega razlaga pravnega sistema leži na psiholoških pojmih in drugih dejstvih. Lahko jih opišemo kot šolo mišljenja.

Ross je sprejel, da "pravilo lahko obstaja in vodi tiste, ki mu želijo slediti" (Alf Ross, 1974, str.16-18). Enako kot Američani Ross priznava, da uradniki v splošnem sledijo zakonu, ker mislijo, da imajo za to objektivne razloge, čeprav opaža, da imajo za pravno sledenje zakonu različno motivacijo. Za razliko od Američanov ne vztraja, da so zakon lahko samo stvari, ki so uporabne za napovedovanje koercivnih dejanj uradnikov.

Enako kot Američani zavrača vsako razumevanje pravne obligacije kot nečesa objektivnega za neempirično. Veljavno pravo, ki ga razume kot zahtevo, ki absolutno veže delovanje in hotenje ljudi je zanj nekaj metafizičnega. Ker zavrača pravne obligacije, ponudi nekaj podobnega kot je napovedna teorija. Govoriti o pravni veljavnosti argumentira, je čisto diskriptivna trditev, da bomo vsebino pravila uporabili v bodočih pravnih odločbah.

Ross je priznaval, da obsodbe ne moremo razumeti, ne da bi se zatekli k sodnikovim prepričanjem in željam, kljub dejstvu, da ima ta pristop v sebi nekaj preostalega normativnega elementa. Razlaga na podlagi prepričanj in hotenj se mu zdi zadostna za razlago obsodbe, zato se ne rabi spuščati v metafiziko pravil in obligacij.

7.1 ROSSOV TEORIJA V PRIMERJAVI Z HARTOVO

Rossova diskusija o notranjih vidik pravila se lahko primerja z vidiki Harta. Ross definira notranji vidik pravila kot zavedanje zavezujočega in s tem misli na občutek, da je pravilo zavezujoče. Hart razlikuje med zunanjim in notranjem vidikom pravila, toda ne definira notranji vidik kot način zavedanja, ki bi se lahko opisal kot zavezujoč občutek. "Hart ga definira kot odobritev, da obnašanje, predpisano s pravilom,

⁵¹ Geoffrey MacCormack, 1970, str.33

⁵² Alf Ross 1974, str.16

predstavlja nek standard, ki ga je potrebno slediti in da je vsako odstopanje dobra osnova za kritiko.“(H.L.A.Hart, 1994, str.54)

Druga razlika med Rossovimi in Hartovimi obravnavanjem notranjega vidika pravil. Za Harta se notranji vidik sprejemanja mora razlikovati od veljavnosti pravila. Če pravilo ne pripada sistemu pravil, potem je primerneje govoriti o njegovi odobritvi od članov družbe. Če pravilo pripada sistemu, potem ni relevantno, ali je sprejeto, ampak ali je v skladu s kriteriji, po katerih so bila identificirana pravila sistema. Če je v skladu s kriteriji, potem je pravilo tisto, ki je ali pa ni sprejeto. Te besede označujejo skladnost ali neskladnost pravila s kriteriji določenimi v pravilu prepoznavanja.⁵³

Pozicija Rossa je ambivalentna. Po eni strani klasificira zakonodajne akte, da je zakonski predpis neveljaven, če nima učinka, ker se ne sklada s pogoji, določenimi pri nastanku novih pravil zakona. Po drugi strani razume pravila zakona, ki pripadajo sistemu pod pojmi izkušnje veljavnosti iz katerih izhajajo. V tem kontekstu navaja, da veljavnost ni nič drugega kot svojska lastnost teh izkušenj. Druga interpretacija zakona se zdi neveljavna. Izkušnja veljavnost je lahko relevantna če se nekdo mora odločiti ali je navedeno pravilo, ki ne pripada sistemu pravilo. Če je navedeno, da pravilo pripada sistemu, potem za določitev njegovega statusa niso relevantne izkušnje članov družbe, ampak njegova skladnost s kriteriji, po katerih je pravilo sistema bilo identificirano.

Ross je bolj konsistenten od Američanov v svoji predanosti empiricizmu. Ker se zanaša le na prvi argument proti pravni obligaciji, napada vse možne oblike objektivnih razlogov za ravnanje, vključno z moralnimi. Američani so ta argument prav tako uporabljali, a so pogosto zavračali le pravne obligacije, ker so interferirale s tistimi, kar smo moralno obvezani storiti.

7.2 INDIKATIVEN IN DIREKTEN GOVOR

Lundstedt pravi, da se lahko vsaka pravna situacija razloži s pojmi, kako se ljudje v resnici obnašajo in katera so njihova verovanja. Lastništvo lahko razložimo kot obnašanje lastnika v določenem primeru, kot obnašanje sodišča, in kot prepričanje ljudi, ki ga imajo povezavi z lastnikom. Nekdo lahko reče, da je lastnik oseba, ki je pridobila projekt, ki ga poseduje, na določen način, s prodajo, kot darilo, z dedovanjem in podobno. Drugi lahko opiše vedenje v povezavi s tem objektom, ko pravi, da lastnik obravnava objekt tako, kot želi on sam, v primeru da druga oseba deluje proti volji lastnika, bo nastopilo sodišče, ki bo preprečilo drugi osebi tako delovanje. To je pogled človekovega dejanskega obnašanja.

Na drugi strani je upoštevanje prepričanje, ki naredi obnašanje razumljivo. Tako lastnik sam kot drugi člani družbe verjamejo, da se lastnik, v povezavi z objektom, ki ga poseduje, lahko obnaša kot želi, ker ima pravico in ker je vsak drug pod dolžnostjo, da se ne vključuje v to. Prepričanje v pravico lastnine in dolžnostjo drugega pripelje do psihološkega obnašanja članov družbe, ki vključujejo v to, da pustijo lastniku objekta, da se obnaša kot želi. Kot posledica tega se čutijo sodniki zavezani, da ščitijo lastnika pri uživanju njegovega objekta. Za Lundsteda je prepričanje v obstoj pravic in dolžnosti pomembno zaradi psihološkega vpliva na

⁵³ H.L.A.Hart, 1994, str.105

ljudi, toda izjave o pravicah in dolžnostih in te besede so same po sebi brez pomena razen takrat, ko se uporabljajo za izražanje čustev.

Oliver razlikuje med jezikom, ki opisuje dejstva in jezikom, ki izvaja drugo funkcijo, kot je npr. spodbuda ljudi, da se obnašajo na določen način ali da izražajo ali skrivajo svoje emocije. Pravni jezik pripada drugi kategoriji. Uporablja se z namenom, da se ljudje obnašajo na določene načine, je usmerjevalen v nasprotju s poročevalnim jezikom. Beseda samostalnik, ne more opisovati kateregakoli objekta, čeprav je njegova uporaba lahko nepogrešljiva v mnogih kontekstih.

Dejavno izražanje je pomembno, ne takrat ko opisuje stanje dejavnosti, ampak ko opisuje učinek spremembe v pravnih povezavah. Besede izražajo v postopku zaobljube učinek kreiranja pravne povezave med obema partnerjema. Učinek dejavnosti je po Olivecronu razložen kot ostanek časa, ko so verjeli da imajo besede magično moč, da se udejanjijo.

Ross razlikuje med indikativnim in direktnim govorom. Indikativen govor izraža idejo ali opisuje neko temo. Uporablja se za opisovanje stanja dejavnosti in izraža informacije. Direktivni govor izraža direktive to je ideja zamišljena kot vzorec obnašanja. To je oblika govora, ko oseba želi, da druga oseba nekaj naredi, da se obnaša na določen način.

Direktive so lahko izražene v imperativnem načinu ali pa uporabljajo besede, ki same že imajo direktivo moč. V teh primerih nosijo viden znak svoje funkcije. Direktive so lahko tudi izražene kot indikativni govor in lahko zgledajo, kot da opisujejo dejstva.

“Poseben pravni jezik uporablja direktive, ki zgledajo kot indikativni govor“ (Alf Ross, 1974, str.36). Direktive se navadno izdajajo v pogojih, kjer je verjetnost, da bodo učinkovite in da se bo oseba, na katere so naslovljene, obnašala na način kot je bil naveden. Verjetnost upoštevanja je lahko odvisna od nekaterih zunanjih faktorjev, kot so lahko sankcije priložene k direktivi ali ima oseba, ki daje direktive avtoriteto nad osebo, ki jih prejema. Obstajajo pa tudi izražanja, ki niso niti indikativna niti direktna, ampak čisto emotivna, kot so lahko vzkliki ugodja ali bolečine. Indikativna ali direktna izražanja, posebno zadnja imajo lahko emocionalen aspekt. “Direktiva, ki uporablja emocionalno nabito besedo, kot je npr. pravica ali dolžnost, je močan instrument prepričevanja.“ (Alf Ross, 1974, str.74).

Olivecrona in Ross smatrata, da so pravna pravila izražena v jeziku, ki je oblikovan tako, da ljudi prisili, da se obnašajo na določen način. Z namenom da se izognemo vsaki možnosti nesporazuma glede navodil, ki jih daje ena oseba drugi, vsak uporablja terminologijo, ki daje neosebno naravo pravil. Olivecrona smatra pravila kot neodvisne imperitive⁵⁴, Ross pa kot kvazi-povelja.

Za opis jezika pravila, ki ljudem narekuje, da naredijo določene stvari in da se pravila imenujejo imperativni, se direktive in kvazi ukazi smatrajo kot primeren način postopka za eno vrsto pravnih pravil, toda ne tudi za drugo. Pravila kazenskega zakona se lahko predstavljajo kot fraze v jeziku, ki je bil oblikovan tako, da se ljudje izogibajo določenim oblikam obnašanja. Toda pravila, ki ponazarjajo pogoje, pod katerimi se opravi oporoča ali se zaključi pogodba, ne vplivajo na obnašanje ljudi. Eden izmed načinov kako preprečiti to težavo je, da priznamo, da obstaja razlika med pravili, ki povedo ljudem, kako se obnašajo in pravili, ki dajejo moč nad njimi. Zadnja vrsta pravil proučuje, kako ljudi pripraviti, da se obnašajo na določen način, toda njihovi objekti so izraženi indirektno. Kar pomeni, da se pravila okoli oporoče

⁵⁴ Olivecrona, 1959, str.43

lahko predstavljajo kot pravila, ki indirektno povedo ljudem kaj naj naredijo takrat, ko je oporoka narejena. Olivecrona in Ross smatrata "pravila, ki dajejo moč, kot indirektno izražena pravila, ki predpisujejo vedenje, je nasprotujoče in nepotrebno."⁵⁵

Še bolj pomembna točka, nekdo lahko razlikuje med vsebino in vplivom pravila. Samo za pravila, ki direktno predpisujejo vedenje, lahko rečemo, da imajo imperativno ali direktno vsebino. Vsa pravila ne glede na to, ali predpisujejo vedenje ali dajejo moč, vsebujejo imperativno silo. Pomeni, da morajo tisti, ki pridejo v obseg pravila upoštevati njegove predpise. Če pravilo določa, da mora imeti oporoka dve priči, potem ne predpisuje vedenja na enak način, kot pravilo glede kraje, toda ima imperativno silo v smislu, da mora vsak, kdor želi pripraviti oporoko, slediti predpisom o pričah. Nevarnost direktivne in imperativne terminologije je v tem, da se zakrije potrebna razlika med vsebino pravila in njegovim vplivom.

Pravila zakona so tisti neodvisni imperativi znotraj družbe, ki se povezujejo z uredbo uporabe sile. Le ti ustvarjajo stanja v okviru katerih se sankcije lahko izvedejo pri tistih, ki se ne obnašajo na predpisan način.⁵⁶ Nedvomno se mnoga pravila zakonov povezujejo z uporabo sile in težko si je predstavljati živ pravni sistem, ki ne deluje z neko stopnjo učinkovitosti.

Olivecrona in Ross sta razlagala veljavnost zakona glede na psihološka dejstva, toda v podrobnostih se obe kar precej razlikujeta. Izjave, ki vsebujejo besedo pravica in so okrajšava, s katero je označena povezava med pravili zakona in dejstvi, imajo lahko opisen ali predisovalen vidik. Lahko opisujejo v pomenu, na katerega se nanašajo ali pa pomenijo obstoj zadev, katerim je zakon pridal določen set posledic. Ključne teze Rossove razlage izjav, ki vključujejo besedo pravica so; razumeti jih moramo v luči pravnega sistema in dovoljujejo obstoj določene zadeve in določenih pravnih posledic na te zadeve.

Tako za Olivecrona kot za Rossa je pojasnjevanje izjav o pravicah odvisno od uporabe jezika. Za Olivecrona je ključen vpliv izjav na obnašanje ljudi. Tukaj prevladuje psihološki učinek jezika. Po drugi strani za Rossa take izjave funkcionirajo primarno kot sredstva, ki lahko izražajo komplicirane situacije, ki vključujejo povezavo med dejstvi in pravili zakona. Mnenje Olivecrona je odprto do istega pomisleka kot proti razlagam veljavnosti s pojmi psihološke reakcije proti direktivam. Izjave o pravicah imajo lahko določen psihološki učinek na osebe, na katere se naslavljaajo. Toda njihov pomen se ne more pojasniti skozi opis teh učinkov. Bolj relevantne so informativne in tehnične funkcije, ki jih Olivecrona obravnava kot podrejene znakovni funkciji. Rossovemu mnenju lahko oporekamo, da se izjave o pravicah lahko pojasnijo z uporabo pravil in dejstev, na katere se naslanja implicitna referenca. "Izjave o pravnih pravicah predpostavljajo obstoj pravnega sistema in se nanašajo na določena pravila tega sistema." (H.L.A.Hart, 1954, str.37).

Nekatere naključne težave, ki izhajajo iz pravnih pravil in veljavnosti sta označila Ross in Olivecrona. Osnovno vprašanje je, ali se lahko ideja o veljavnosti primerno razloži s pojmi občutkov ali psihološkimi reakcijami. Ali veljaven zakon pomeni direktivo, ki jo člani skupnosti čutijo kot zavezujočo ali ki izhaja iz impulza ubogljivosti. Odgovor na obe vprašanji mora bit negativen. Ko prvič obstaja očitna razlika med občutkom, ki je zavezujoč z zakonom, to ne pomeni, da se čuti zavezujočega celo v primeru, ko že ima izkušnjo, da je zavezujoče. Odgovor, ki ga je podal Olivecrona, pravi, da je izjava, da je pravilno zavezujoče, referenca na prepričanje, da obnašanje

⁵⁵ Olivecrona, 1959, str.130

⁵⁶ Olivecrona, 1959, str.134

predpisano z zakonom vključuje neko kvaliteto, to je biti obvezujoč. Odgovor Rossa pa je, da izjava lahko trdi, da pravilo vključuje moralno kvaliteto, kar je skladno s tem kar zahteva Bog ali razlog. Oba bi lahko dodala, da izjava sama tudi vključuje določene funkcije. Izjava dovoljuje sklepati na izvor direktive in posledice, ki sledijo, če se ne uboga predpisanega obnašanja. Ima lahko tudi vpliv na obnašanje ljudi. Celotna izjava, da je pravilo zavezujoče, ima lahko določene funkcije. Izjava, da je pravilo zavezujoče, določa da pravilo pripada sistemu pravil in da obstaja določen kriterij, po katerem so pravila, ki pripadajo določenemu sistemu, lahko identificirajo. Izjava pravi, da je pravilo pod vprašanjem pravilo sistema, kajti ustreza kriterijem, po katerih so bila ta pravila identificirana. Izjava, da je pravilo veljavno, ni izjava o prepričanju v obstoj ne-materialnih lastnosti, niti ni to navedba, da pravila vsebujejo moralne kvalitete.

Reči, da se veljavnost ne more razložiti z referenco na občutke, ne pomeni zanikanja pomembnosti občutkov ali drugih psiholoških reakcij v obstoju pravnega sistema. Lahko je celo primer, da je določeno psihološko stališče do pravila zakona pri enem delu članov družbe in še posebno pri tistem delu, ki so zadalženi za izvajanje zakona, potreben pogoj za obstoj pravnega sistema. Nespremenljivo s stališča realista je, da je veljavnost individualnega zakona sistema odvisna od občutkov, ki izhajajo iz predpostavk članov družbe. Olivecrona in Ross predpostavljata, da je proizvajanje zavezujočega čustva potreben dodatek direktivi, ki je pravilo zakona.

Ross in Olivecrona se še vedno lahko obrneta k razlagi prepričanja, da pravica stoji za ne-obstoječo močjo, ki je predstavljena kot realna entiteta. Ne obstaja noben dokaz za tako prepričanje. Ljudje lahko navedejo, da imajo pravico in da zato imajo določene moči. Če bi jih prosili, naj nam razložijo kaj to pomeni, bodo verjetno odgovorili, da jim zakon dovoljuje, da izvajajo določene stvari. V večini ne razumejo katera določena pravila so bila vključena v njihovo razlago, toda smisel njihove razlage je v tem, da jim pravila zakona dovoljujejo, da se obnašajo na določen način in da to izražajo z besedami, da imajo pravico in moč.

To ne pomeni, da si ne moremo zamisliti boljšega pristopa. Realisti si s Hartom in teoretikom naravnega prava delijo predanost razumevanju pravnih pravil kot nečesa, kar ljudem daje objektivne razloge za ravnanje. Zaradi tega realizem zavrača idejo o njihovem obstoju.

Dejstvo da se to zanikanje sliši tako kontraintuitivno bi nas moralo ustaviti. Morda je glavni pomen argumentov realistov, da bi nam pokazali, naj opustimo takšen koncept pravnih pravil in pravne obligacije. Če bi ta alternativa uspela, bi padla realistična kritika pravnih pravil, kajti imeli bi sprejemljivo teorijo pravnih pravil, ki bi lahko vodila tiste, ki si menijo, da imajo razloge za uboganje zakona in ta teorija bi bila kompatibilna s tem, da zakon sodnikom in civilnim državljanom ne daje objektivnih razlogov za ravnanje. Dejstvo, da nam pravna pravila v tem pomenu ne dajejo objektivnih razlogov za uboganje je gotovo zaradi teorije. Če lahko zakon razložimo brez uporabe dvomljivih zaključkov o svoji obligaciji ubogati zakon, ga tudi moramo.

In tudi če bo ta tekunica pravnemu realizmu uspešna, bo njen uspeh sam po sebi dokaz pomena pravnega realizma kot teorije prava. Kajti samo v luči realističnega podpornega napada na pravna pravila, razumljenega na tradicionalen način, bo postal netradicionalen pristop plavzibilen.

8 ZAKLJUČEK

Ko sem začela z pisanjem diplomske naloge, je bilo kar naenkrat pred mano toliko nepoznanih dejstev, ugotovitev, vendar bolj ko sem se poglobljala bolj so se stvari povezovali. Žal je moje znanje v primerjavi z ameriškimi in skandinavskimi realisti, Hartom, Rossom ter ostalimi avtorji, neutrjeno in tako malo, da jim ne morem oporekati, lahko pa napišem svoje mnenje brez kakršnega koli zadržka.

Ameriški pravni realisti so razvili tri pravne teorije. Prva in najbolj verjetna je njihovo zanikanje pravnih pravil, njihov argument, da zakon ne daje objektivnih razlogov za sledenje njihovim zahtevam. Večina svojih študij so posvetili pravnim pravilom in kako naj v resnici sodniki odločajo za posamezne primere. Ker je bilo kar nekaj avtorjev, ki so hoteli vsak na svoj način predstaviti reformo zakonov, so si bile določene teme med seboj čisto nasprotje. Čeprav so bili mnenja, da bistvena nedoločnost okužuje pravo, so vseeno priznali, da pravo dejansko do neke mere vodi ljudi pri njihovem obnašanju. V delih realistov nisem zasledila, da bi poudarjali, da so dejansko ta pravila za ljudi, ki so pripravljeni živeti po pravilih, ki jih narekuje zakon. Vzemimo primer Ustave RS, kjer je napisano: "Nihče ne sme biti podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu kaznovanju ali ravnanju." Če prekršimo to pravilo in mučimo človeka, bodo sledile sankcije. Tukaj lahko zapišem, da pravo ne le dominira druge razloge za ravnanje, kot npr. ali bomo samo delno mučili človeka, ampak izključuje kakršno koli razmišljanje o drugem razlogu. Mučenje je prepovedano tako po ustavi kot po zakonu in morali. Iz tega lahko sklepamo, da se pravni in moralni razlogi dejansko prepletajo. Če pogledamo še iz druge strani. Sama navada oziroma praksa ni dovolj, da bi se lahko ustvarilo pravilo, ki bi zahtevalo takšno obnašanje. Če pravila obstajajo, morajo obstajati tudi razlogi zakaj jih ubogati. Kot primer: Doma mi starši določijo uro do katere se moram vrniti, ko grem ven s prijatelji. To je zame pravilo, ki ga moram ubogati. Moj razlog zakaj ubogati to pravilo je enostaven, ker hočem tudi naslednjič ven s prijatelji. Torej, če spoštujem pravila ne bom v težavah.

Druga teorija, ki so jo realisti razvili je najmanj verjetna in to je odločbena teorija prava, ki pravi, samo konkretne odločbe so zakon in nič drugega. Na osnovi tega lahko sklepam, da po njihovem mnenju, ne-odločbe, kot je ustava, ni potrebno spoštovati. Po mojem mnenju gre tukaj predvsem za to, da so sodniki prišli v dvom kaj naj bo pravo in ali naj temu potem moralno sledijo. Že na samem začetku so se realisti spraševali, kako se sodniki odločajo, ali dejansko sledijo zakonu iz previdnosti, ker so pod pritiskom svojih kolegov ali pa ubogajo zakon, ker to direktno sledi iz njihovih moralnih prepričanj.

Zakon nikakor ne obstaja samo zaradi prepričanj in obnašanja uradnikov. Zakon obstaja, da se vsi po njem zgledujemo in ga ubogamo. Zakaj sodniki ubogajo zakon, čeprav so oni po eni strani na najvišjem položaju (kot so realisti zapisali je sodnikova odločitev zakon). Verjetno zato, ker je večina sodnikov prepričanih, da je sojenje po zakonu moralno pomembno, predvsem zaradi posledic, ki jih njihova sodba prinaša. Če si predstavljamo kakšna krivica se bi lahko zgodila človeku, ki je od nekdaj v konfliktu s sodnikom in mu ta zaradi starih zamer dosodi najhujšo kazen. Zato mora biti sodnik nepristranski, objektivni in mora slediti zakonu, pa če ga do tega pripelje njegova morala ali pa pravna pravila.

Napovedna teorija je tretja teorija, ki so jo razvili realisti. Zapisali so, da je zakon napoved o tem kako se bodo sodniki v določenem pravosodju običajno odločili. Zakon jih vodi v objektivno razmišljanje, na podlagi zakonov lahko pridejo do objektivne rešitve. Čeprav si ljudje želimo, da bi že na samem začetku vedeli, kakšna bo sodna odločitev, je to dejansko nemogoče. Če bi vse vedeli že preden se bi sojenje začelo, potem sploh ne bi potrebovali sodišč, ampak samo osebo, ki bi takoj podal razsodbo. Eden izmed razlogov je tudi ta, da so lahko določene odločbe izvršene proti zakonito. Primer, uslužbenka na Centru za socialno delo se odloči, da bo prosilki zavrnila otroške doklade, ker sta v konfliktu, čeprav le-ta izpolnjuje vse pogoje za pridobitev. Ta odločba ni zakon.

Realisti in Hart so si bili v marsičem v nasprotju. V nasprotju je že samo dejstvo, da so se realisti posvetili samo sodnikom, kako se odločajo in kaj vse vpliva na njihove odločitve. Hart pa je govoril tudi o obnašanju uradnikov na sploh, kar mu dam bolj za prav. Temelj pravnega sistema, da določen sistem lahko normalno funkcionira, je celota in delo vseh, torej sodnikov in uradnikov skupaj. Sistem v katerem bi bili samo sodniki, bi bil porazen, ker bi se vsi podrejali in upoštevali njihove odločitve, ne glede na to, koliko bi bile bizarne, ker jih ne bi noben kontroliral njihovega dela.

Kot največjega predstavnika skandinavskega realizma poznamo Rossa. Tako kot ameriški pravni realisti so bili tudi oni mnenja, da napovedna pravna teorija sledi iz zavrnitve pravnih obligacij. Zavračali so razlago pravnega sistema ali pravnih pojmov, ki niso bili izraženi z ugotovitvenimi pojmi. Strinjam se z realisti, ki so zahtevali, da se vsaka odločitev razloži in argumentira, tako vsaj vemo zakaj je do tega prišlo, kakšni so bili razlogi in zakaj so sledile napisane sankcije. Velik pomen so dali skandinavski realisti na indikativen in direktiven govor. Indikativen govor izraža idejo ali opisuje neko temo, direktiven govor pa so ideje zamišljene kot vzorec obnašanja. Pri tema dvema govoroma gre predvsem za določena pravna pravila izražena v jeziku, ki je oblikovan tako, da dejansko ljudi prisili k obnašanju na določen način (V cerkvi moramo biti bolj tiho. To pravilo ni nikjer napisano, pa vendar ljudje ubogajo in ko stopijo v cerkev nehajo govoriti.).

Moramo pa si priznati, da obstaja razlika med pravili, ki povedo ljudem kako se naj obnašajo in pravili, ki dajejo moč nad njimi. Če se vrnem na primer, da moramo biti v cerkvi bolj tihi. To je nenapisano pravilo, ki ga ljudje spoštujejo. Če ga ne spoštujejo ne morejo slediti hujše sankcije, ampak le ostrejši pogledi ostalih. Če pa v šoli velja pravilo, da se je potrebno preobuti v šolske copate in tega ne upoštevamo, pa daje pravilo moč in lahko sledijo sankcije.

Ameriški realisti s Hartom so se večinoma posvečali sodnikom in uradnikom, med tem, ko so skandinavski realisti z Rossom poudarjali moč pravil, veljavnosti zakona ter velik del pripisovali psihološkemu učinkom, pri čemer imam v mislih obnašanje ljudi in njihovo sprejemanje pravil.

Kako se torej sodniki dejansko odločajo? Ali subjektivno, objektivno ali res upoštevajo samo zakon ali ima morala, psihologija morda še večji vpliv? Ljudje največkrat živimo v prepričanju, da je sodnikova odločitev najbolj pravilna odločitev, saj na koncu vedno obstoji le-ta.

VIRI

ČLANEK V REVIJI

1. Austin John. The Province of Jurisprudence Determined. 1832, str.193-194.
2. Coleman Jules L. The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. 2001, str.75-77.
3. Frank Jerome. "Are Judges Human? Parts I&II,"University of Pennsylvania Law Review 80. 1931, str. 17-53, 233-267.
4. Hart H.L.A. The Concept of Law. Clarendon Press. Oxford, 1994, str.124-154
5. Cohen Felix. Ethical Systems and legal ideals. 1933, št.13, str.16.
6. Cohen Felix. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review. 1935, št.35, str.809-849.
7. Cook W.Walter. Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. 1942, št.8, str.29-30.
8. Cook W.Walter. Conflict of Laws. 1943, št.49, str.465
9. Dworkin Ronald. Taking Rights seriously. 1977, št.15.
10. Dickinson John. Legal Rules. Their Function in the Process of Decisions. 1931, št.79, str.833, 844.
11. Goldsworthy Jeffrey. The Self-Destruction of Legal Positivism. Oxford J.Legal Stud. 1990, št.10, str.449-452.
12. Gray John Chiplan. The Nature and Sources of the Law. 1909, št.172, str.102-125.
13. Green Leon. "The Duty Problem in Negligence Cases."Columbia Law Review. 1928, št.28, str. 1014-1045..
14. Holmes Oliver Wendell. The Pasts of the Law. Harvard Law Review. 1897, št.10, str.457-478.
15. Kalman Laura. Legal Realism at Yale. 1986, št.229, str.1927-1960.
16. Leiter Brian. Legal Indeterminacy. Legal Theory. 1995, št.1, str.481-491.
17. Leiter Brian. Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence. Texas Law Review. 1997, št.76, str.268-315.
18. Leiter Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. Ethics. 2001b, št.111, str.278-301.
19. Llewellyn Karl. A Realistic Jurisprudence. The Next Step. Columbia Law Review. 1930b, št.30, str.431-465.
20. Oliphant Herman. A return to Stare Decision. American Bar Association Journal. 1928, št.14, str.71-76, 107, 159-162.
21. Olivecrona. Skandinavian Studies in Law, 1959, št.125
22. Ross Alf. On Law and Justice. 1968, št.6 str.172
23. Ross Alf. On Law and Justice. 1974, št.67, str. 16-18, 33,

SAMOSTOJNE PUBLIKACIJE

24. Frank Jerome. Law and the Modern Mind. New York:Brentano's.1930.

25. Leiter Brian. Naturalism and Naturalized Jurisprudence, in B.Bix. Analyzing Law. New Essays in Legal Theory. Oxford University Press, 1998.
26. Leiter Brian. Objectivity, Morality and Adjudication in B.Leiter. Objectivity in Law and Morals. Cambridge University Press, 2001a.
27. Posner Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1999.
28. Quine W.V.O. Epistemology Naturalized, in Ontological Relativity and Other Essays. New York. Columbia University Press, 1969.

VIRI IZ INTERNETA

29. Brian Leiter – American Legal Realism in the Blackwell guide to philosophy of law and legal theory.
URL=»http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562
»2003.
30. Michael Steven Green-Legal Realism as theory of law, 46 William&Mary Law Review
URL=»http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=761007
»2005
31. Geoffrey MacCormick-Skandinavian Realism 11 Juridical Review
URL=»<http://auraserv.abdn.ac.uk:9080/avra/bitstream/2164/33/1/050218-001.pdf>
»1970

IZJAVA O AVTORSTVU IN NAVEDBA LEKTORJA

Spodaj podpisana Mirjana Škof izjavljam, da sem avtorica tega diplomskega dela z naslovom Ameriški pravni realizem.

Lektor diplomskega dela mag. Anton Škof.

Dovoljujem objavo diplomskega dela na spletni strani.