

Univerza v Ljubljani
Pravna fakulteta

Kodificiranje prava v sistem
Code Civil (1804) na prelomu med ars in scientia

Svit Komel

Ljubljana, 2018

Univerza v Ljubljani
Pravna fakulteta

Kodificiranje prava v sistem
Code Civil (1804) na prelomu med ars in scientia

Svit Komel

»Delo je pripravljeno v skladu s Pravilnikom o podeljevanju Prešernovih nagrad študentom, pod mentorstvomizr. prof. dr. Katje Škrubej.«

Ljubljana, 2018

Povzetek

Zgodovina pravnega mišljenja je zgodovina merjenja mej, definiranja pravih proporcev, tehtanja. Med 17. in 18. stoletjem, sovpadajoč z zahtevami po poenotenju mer, uteži in z načrti enciklopedij, slovarjev in popolnih jezikov, pride v evropski zgodovini reguliranja do edinstvenega premika: kodificiranja ali preoblikovanja prava v sistem. Proizvod tega procesa je moderni zakonik, ki povzroči obrat v samem merilu, *kaj* je pravo in *kako* je nekaj definirano kot pravni predmet. Jedro moje razprave je torej prikaz tega epistemološkega preloma, pri čemer sem se osredotočil predvsem na to, da se z nastankom civilnih kodifikacij oziroma *Code Napoléon* kot prvega primera modernega civilnega zakonika spremeni način, kako pravo kot oblika vednosti tvori svoje predmetno področje. Razvoj pravnega sistema sem zato obravnaval s stališča logike, epistemologije in na ta način kodifikacijska gibanja umestil v širši kontekst novoveške znanstvene revolucije, racionalizma in kasnejšega kroga enciklopedistov, iz katerih se na področje prava preneseta ideja *sistema* kot univerzalne znanstvene forme in *metoda definiranja* znanstvenih predmetov. Po vzoru Bacona in Descartesa tudi prvi zagovorniki poenotenja prava za celotno ozemlje francoskega kraljestva svojo zahtevo utemeljijo s kritiko prava *ancien régime* kot »blodnjaka« prepletajočih se pravnih virov, iz česar sledi neizogiben sklep: pravo se mora postaviti *ab ovo*, na novih, trdnejših principih kot popoln sistem *a priori*. S prevzemom sistematične oblike se preobrazi tudi status pravne vednosti iz *veščine* vsakomur odmeriti, kar mu pripada (*suum cuique*), v moderno *znanost*. V prelomu z antično tradicijo, ki je sovisno organiziranost snovi povezovala z *ars*, Condillac (1749) v svoji definiciji sistema izenači *ars* in *scientia* glede njunih zmožnosti, da tvorita sistem, kasneje pa Kant (1787) v svoji arhitektoniki sistematično enotnost razglasi za pogoj znanstvenosti slehernega spoznanja. Iz splošne refleksije o pravo-znanstvenem sistemu razpravo osredotočim na *Code civil* in vplive, ki so botrovali njegovemu nastanku, zlasti na francosko revolucijo in recepcijo rimskega prava. Na podlagi tako izpostavljenih povezav interpretiram *Discours préliminaire* J.E.M. Portalisa in druga programska besedila redaktorjev Napoleonove kodifikacije. V zadnjem delu prek primerjave s Prusko kodifikacijo (ALR) pokažem, da je kriza popolnih, zaprtih logičnih sistemov nastopila že med samim kodifikacijskim gibanjem, kar ustvarjalce *Code Napoléon* postavi pred nemogoče vprašanje: kako lahko pravo določa, kar še ni dostopno izkustvu? Ob zavedanju nujne odprtosti pravnega sistema, odgovor najdejo v organski enotnosti zakona in sodnika, splošnega in posebnega, v kateri je nepredvideno vključeno v sistem kot notranje gibalno razvoja njegovih pravnih pojmov.

Ključne besede: kodifikacije, sistem, definicija, mera, moderna znanost

Abstract

The history of legal thinking is a history of measuring boundaries, determining the right proportions, scaling. Between the 17th and 18th century, coinciding with proposals for universal units of measurement and designs of Encyclopaedias, Dictionaries and perfect languages, a unique shift occurs in the European history of regulation: codification or transformation of law into a system. The product of this process is the modern code, which precipitated a rupture in the very measure of *what* is law and *how* something is defined as a legal object. Thus, my dissertation is essentially an analysis of this epistemological break, focusing on the manner in which law as a form of knowledge conceives its subject field since the establishment of civil codes and *Code Napoléon* as the first example of a modern civil code. To achieve a satisfactory explanation, I have decided to interpret codes from a logical, epistemological standpoint and, subsequently, place the codification movement in a broader context of the Scientific Revolution, rationalism and later *Philosophes*; the sources from which law adopts the idea of *system* as a universal scientific form and the *method of defining* scientific objects. Drawing from the likes of Bacon and Descartes, the pioneer proponents of a unified law for the entire French territory, founded their claim on a critique of late feudal law as a “labyrinth” of overlapping legal sources. An inevitable conclusion follows: law must be built *ab ovo*, on new and inviolable principles as a perfect system *a priori*. As law assumes a systematic form, the status of legal knowledge itself is permuted from the *art* of measuring to each his own (*suum cuique*) into a modern *science*. Reneging the classical Greek and Roman tradition, which attributed systematic disposition to *techne* and *ars*, Condillac (1749) in his definition of system assigned the capacity of forming a system equally to both *ars* and *scientia*. Decades later, Kant (1787) in his architectonic of pure reason declared systematic unity as the precondition of turning any cognition into a science. Proceeding from the observation on law as a scientific system, I focus on *Code civil* and the influences that guided its creation, most significantly the French Revolution and the reception of Roman law. Having identified these correlations, I employ them in an interpretation of J.E.M. Portalis' *Discours préliminaire* and theoretical texts by other editors of the *Code*. The last part of the dissertation draws a comparison to the Prussian code (ALR) as an example of the deadlock, concerning the possibility of perfect, closed logical systems, which arose during the codification movement. Hence, the creators of *Code Napoléon* are confronted with an impossible question: how can law determine that which is not yet accessible to experience? Recognizing the necessary openness of every legal system, they find their response in the organic unity of statute and judge, the universal and particular, in which the unforeseen is incorporated as the system's immanent dialectic of its legal concepts.

Key words: code, system, definition, measure, modern science

Kazalo

Povzetek	1
Abstract	2
Kazalo	3
1 Uvod	4
1.1 Zastavitev vprašanja in oris z njim izpostavljene problematike	4
1.2 Metode, predpostavke in temeljni pojmi	5
2 Meja in mera	9
2.1 Zakonik kot zareza v merilu merjenja	9
2.2 Krajša genealogija prepleta prava, meje in mere	10
2.3 Kodifikacijsko razmejevanje in razmejitev kodifikacij	13
3 Dolgi srednji vek	16
3.1 Kritika starega kot uvertura v novo	16
3.2 Pravo starega režima	18
3.3 Iz blodnjaka k univerzalni metodi: Domat in Descartes	22
4 Pravo med <i>ars</i> (veščino, umetnostjo) in <i>scientia</i> (znanostjo)	28
4.1 Kompas in šestilo: mapiranje razsežnosti in položaja raznoterja	28
4.2 Spoj znanosti in veščine v sistemu - univerzalni formi	33
5 Onkraj-pravne revolucije in filozofska partija (<i>parti philosophique</i>)	36
5.1 Labirint izdelovalcev zemljevidov	36
5.2 Zakonik in javnost: kodificiranje kot politična zahteva	37
5.3 Ločitev javnega in zasebnega: teža francoske revolucije	40
6 Nastajanje <i>Code civil</i>	44
7 Predhodniki <i>Code civil</i>	47
7.1 Recepcija rimskega in sistematika <i>Code civil</i>	47
7.2 Aksiomi civilnopravnega sistema	51
8 Dialektika odprtega in zaprtega	54
8.1 Kriza popolnih zamejitev: primer pruske kodifikacije	54
8.2 Popolnost v izpopolnjevanju. Organska enotnost zakonske in sodniške mere	57
9 <i>Finis</i>	62
Literatura	65
Pravni viri	72
Slovarji in enciklopedije	73

1 Uvod

V tem času velikih in koristnih revizij in reformacij je filozofija prodrla v zakone in jih vključila v napredek človeškega duha. Bili smo priča nastopu metodičnega duha, ki je porodil pravno znanost. Kaj je kodifikacija drugega, če ne prav metodični duh, prenesen na zakone? In v katero znanost je ta duh nujneje vključiti kot v tisto, ki mora biti dostopna vsem umom, saj zabeleži (*enregistrer*) in določa dolžnosti vsakogar glede na njegove sodržavljanke in državo? Ko je ta smer ubrana v zakonodaji, se državljanom, ki skušajo spoznati določbe zakona, odpre jasna in preprosta pot – vsak gre lahko naravnost (*droit*) k tistim [določbam], ki ga zanimajo, in se sam pouči o stezi, ki ji mora slediti za ohranjanje svojih pravic (*droits*).¹

Frédéric Étienne Portalis,

vnuk redaktorja Code civil iz 1804 in urednik njegovih zbranih del².

Navedek, v katerem skuša vnuk idejnega očeta francoskega civilnega zakonika opisati čas, ki ga je pravno zgodovinopisje naknadno označilo za *dobo kodifikacij*³, je simptomatično ustrezen. Ne toliko zaradi tega, ker bi uspel zajeti celoten nabor sprememb, ki se v tem obdobju pojavijo, temveč ker pojmi, s katerimi skuša ta čas zaobseči, določajo sam okvir razumevanja prava v obdobju modernega zakonika. Paradoksalno je ta samoumevnost, vsakdanjost, dolgočasnost najboljši pokazatelj prelomnosti kodifikacij, saj se koncepti kot so 'pravica', 'dolžnost', 'zakon', 'država' v pravo zakoreninijo ravno z njihovim nastankom v zgodovinskem času in kontekstu, ki ga je Le Goff razglasil za ločnico med dolгим srednjim vekom in obdobjem moderne.⁴

1.1 Zastavitev vprašanja in oris z njim izpostavljene problematike

Med raziskovanjem sem ugotovil, da prikaz razsežnosti pojmovnega preloma, do katerega je prišlo s prevlado forme zakonika, ko se pravo prvič v evropski zgodovini oblikuje kot sistem, zahteva drugačen metodološki pristop od utečenega. Da bi bila ideja kodifikacije in z njo povezana filozofija, pod katero se v preglednih študijah navadno prištevata zlasti naravnopravni racionalizem in pravno razsvetljenstvo, več kot le prepričanje nekega časa, naivno snutje popolnih kompendijev, seznamov, slovarjev, zakonov in da bi namesto tega do izraza prišel vpliv projektov kodificiranja na same temelje modernega prava, sem se odločil pojem zakonika in, širše, prava kot sistema, interpretirati predvsem skozi spoznavno teorijo, logiko, epistemologijo in ne toliko

¹ Portalis, »Essai sur l'utilité de la codification,« IV (1844). Prevodi citiranih virov in literature, za katere ni navedenih slovenskih izdaj, so avtorjevi.

² Prav Frédéricov ded, Jean-Étienne-Marie Portalis, provansalski pravnik, rojen 1746, bo v nadaljevanju »referenčni Portalis« te razprave kot eden izmed štirih članov komisije, ki je pripravila osnutek francoske civilne kodifikacije.

³ Raztezala naj bi se od sprejetja Bavarskega civilnega zakonika (1756) do Občega državljanskega zakonika (ODZ) Avstrijskega cesarstva (1811). Canale, »The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe,« 135.

⁴ Le Goff, *Must We Divide History Into Periods*, 110.

skozi moralno, politično oziroma praktično filozofijo, ki se navadno šteje za pravo sorodnejšo.⁵ Če hočemo zagrabiti obrat, ki ga je organizacija prava v sistematično formo pustila na tem polju vednosti, menim, da je nujno pravo obravnavati z vidika pojmov, ki so bili razviti v okviru splošnejših teorij o tvorjenju vednosti ter skozi kodifikacijsko gibanje preneseni na področje prava.⁶ S tem nikakor ne mislim, da so pravne vsebine predmet čiste logike, ravno nasprotno – daljnoročno, izven okvirov pričujočega besedila, si obetam, da bi prav nadrobna proučitev logičnega vidika pokazala njegove meje in s tem odprla možnost za natančnejšo razčlenbo vpliva političnega, vrednostnega v pravu.

Svoj pristop lahko torej strnem v dve temeljni vprašanji: 1) *kako*, na kakšen način določiti mejo predmetov pravnega urejanja in opredeliti stanja, v katerih pravno sploh nastopi (predmet logike); 2) *kakšna* naj bo vsebina določitev teh meja, pravnih posledic, *kaj* naj sploh bo predmet prava in ali so tako postavljene meje upravičene (predmet moralne in politične filozofije). Cilj te razprave je prispevati odgovor na prvo in prav na ravni zamejevanja, merjenja, iskanja »pravih« proporcev kot temeljne pravne dejavnosti, ki povezuje različna obdobja evropske pravne zgodovine,⁷ prikazati obrat, ki so ga v 18. stoletju pognale kodifikacije, s tem ko so vzpostavile paradigmo *znanstvenega* in *sistematičnega* načina določanja razsežnosti pravnih predmetov, ki še danes vztraja v samih temeljih prava.

1.2 Metode, predpostavke in temeljni pojmi

V svojem prikazu se nisem želel omejiti na filozofski pristop, zato sem ga kombiniral predvsem s primerjalno zgodovinskim, kar naj bi bili tudi izhodiščno dve temeljni področji mojega proučevanja. Glede odnosa med filozofijo in zgodovino sem se na več mestih⁸ oprl na Canguilhemove razprave o razmerju med zgodovino in filozofijo *znanosti* ali *filiacije pojmov*.⁹ Izbiri je botroval predvsem razlog, da je osrednji predmet moje raziskave *pojem zakonika*, prava, kakor vznikne v določenem obdobju. Bistveno za ta prikaz je torej prepoznati točke preloma, neprevedljivosti v genezi pojma in s tem izpostaviti njegovo zgodovinskost.

Predpostavka, ki sem jo ob tem privzel v svoji razpravi, je, da tudi pravo obratuje s pojmi, za analizo delovanja katerih je mogoče ubrati enake oziroma podobne pristope kot za ostala področja

⁵ Sem prištevam tudi razne razprave o pravnih filozofijah kot je naravnopravni racionalizem.

⁶ Na primer sam pojem *sistema*, gl. str. 28 tega besedila.

⁷ Argumente v prid tej tezi navajam v podpoglavju *Genealogija prepleta prava, mere in meje* (str. 10 in nasl.).

⁸ Zlasti na str. 47.

⁹ »Epistemologija je poklicana v vlogo sodnika, da priskrbi zgodovini princip razsojanja, vtem ko jo poduči o poslednjem jeziku, ki ga je določena znanost ... uporabljala, in ji tako omogoči, da gre nazaj v preteklost do trenutka, ko ta jezik preneha biti razumljiv ali prevedeljav v kateri drugi, prej uporabljeni, ohlapnejši ali preprostejši jezik.« Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 47. »Predmet zgodovinskega diskurza [pa] je ... zgodovinskost znanstvenega diskurza.« (prav tam, 52)

vednosti.¹⁰ Pojem za potrebe svoje študije definiram kot osnovno miselno entiteto, ki raznovrstno izkustvo poveže v predmet na način, da lahko o njem in z njim postavlja splošne trditve. Iz neposrednega posameznega izoblikuje vrstno, tipsko tako, da v njem abstrahira naključno, akcidentalno, lastno zgolj posameznemu primerku, ohrani *bistveno* in tisto konkretno na ta način vpiše v red splošne veljave.¹¹

Še vedno pa ostaja nerešen odnos pojma do besede, označevalca, izraza, poimenovanja in splošnejše vprašanje usklajevanja filozofske metodologije z jezikoslovnimi. Ker iskanje odgovora nanj presega mojo razpravo, a hkrati nočem pristati na poenostavitev, da je izraz le poimenovanje za pojem, tu podajam zgolj krajšo izpeljavo odnosa med pojmom in izrazom. Medtem ko pojem *definira*, zajame *bistvo reči*, *opredeli*, kaj nekaj *je*, beseda *pomeni*. Vendar se takšno razlikovanje, kot opozarja Eco, poruši že na ravni tega, da ni mogoče ničesar definirati brez uporabe besed.¹² Črta ali meja, ki jo postavljamo predmetu z njegovo definicijo, ima vedno vzporedni zaris, grafično obeleženje v neki označbi, ki niti ni nujno beseda.¹³ Razmejitev med dvema zemljiščema je tako označena z mejnim kamnom, konfinom ali zemljiško knjigo in katastrom, obenem pa je (vsaj danes) določena na podlagi pravnega pojma lastninske pravice in načela zaupanja v zemljiško knjigo. Podobno prepletena – kot sprednja in hrbtna stran papirja – sta beseda in pojem, označevalec in označenec v Saussurovem znaku.¹⁴ Ta »misel-glas« ustvarja razdelitve v obeh elementih jezika, »vzporedni verigi konceptov in slušnih podob«, tako da je vsak jezikovni izrez člen, kjer se »ideja zasidra v glasu in kjer glas postane znak ideje«. ¹⁵ Po eni strani v tem odnosu pojem izrazu *vtisne* specifičen pomen, postavi poimenovanja v drugačne medsebojne odnose, ustvari predmet reference, na katerega se izraz prej ni nanašal – dobessedno *tega* ni pomenil. Po drugi strani se pojem vedno umešča v nek že obremenjen izraz,¹⁶ ki nosi enega ali več

¹⁰ Kar bi denimo kantovska in neokantovska tradicija ostro zavračali. Temu se zoperstavi že Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 1: »Filozofska pravna znanost ima za svoj predmet ... pojem pravice in njegovo udejanjenje.« »Pravna znanost je *del filozofije*. Ideja, ki je um nekega predmeta, mora zato razviti iz pojma.« (prav tam, § 2) Posledično svojo metodo pri obravnavi osrednjega pojma prava – svobode – prevzame iz logike: »Metoda, kako se v znanosti pojem razvije sam iz sebe in je le *immanentno* napredovanje in proizvajanje svojih določil ... je tukaj prav tako predpostavljena iz logike.« (prav tam, § 31) Razlika med pravom in drugimi vejami znanosti ni v logični funkciji pojma, temveč v njegovi vsebini: »Razlika med mišljenjem in voljo je le razlika med teoretičnim in praktičnim vedanjem, nista pa to nekakšni dve zmožnosti, temveč je volja le poseben način mišljenja.« (prav tam., dodatek k § 4)

¹¹ 'Ideji' in 'konceptu' ne pripisujem enako stroge definicije in ju uporabljam v njunem splošnem pomenu, razen v primeru, ko specifično rabo terja register avtorjev, na katere sem se oprl, zlasti pri Descartesu (vrojene ideje, str. 27), Kantu (ideja kot pojem uma, str. 31-32) in Heglu (ideja kot enotnost, popolno prežemanje obstoja in pojma, opomba zgoraj).

¹² Eco, *Kant and the Platypus*, 9.

¹³ Prav tam, 83.

¹⁴ Saussure, *Predavanja*, 30. 'Beseda' ne povsem ustreza konceptu označevalca, ki ga Saussure opredeli kot slušno podobo oziroma predstavo, ki nam jo o tej podobi da pričevanje čutil (Prav tam, 80).

¹⁵ Prav tam, 127.

¹⁶ Izjema bi bila morda lahko oblikovanje neologizma, ki pa navadno nastane kot sklop že poznanih besedotvornih elementov.

zgodovinskih ali ustaljenih pomenov in mora posledično pristati v ta pomenski nabor, znotraj njega razmejiti svojo pomensko razsežnost, »saj nič ni razločno, preden se ne prikaže jezik«. ¹⁷

Zanimiv primer prepleta med pojmom in izrazom za kontekst dane razprave je Heglov odlomek o zakoniku:

Če se primeri, da se običajne pravice (*Gewohnheitsrechte*, bolje: običajno pravo, op. avt.) zberejo in zapišejo ... tedaj je ta zbirka *zakonik*, ki se bo seveda, ker je gola zbirka, odlikoval po svoji *neurejenosti*, nedoločnosti in luknjičavosti. Od *zakonika v pravem pomenu* (poudaril S. K.) se bo razlikoval zlasti po tem, da zakonik svoje pravne principe zajame miselno in izgovori v njihovi *občosti* in s tem v njihovi določnosti. ¹⁸

Zakonik (kodifikacija) ¹⁹ tako v pravni teoriji kot v vsakdanjem jeziku izraža plejado različnih pomenov, vse od preproste zbirke do pravne vsebine, ki je postrojena po določenih principih. Vendar samo slednja ustreza Heglovemu zakoniku v pravem pomenu besede. Ali, kot pravi Grossi, samo eden izmed zakonikov, znanih pravni zgodovini, je *Zakonik (il Codice)*. ²⁰ Cilj mojega raziskovanja je torej pokazati, kaj je Kodifikacija – definirati in interpretirati pojem, ki do konca 18. stoletja izrazu zakonik (*code*) vtisne specifičen pomen; namreč tako specifičen, da se za njegovo razmejitev zahteva nova poimenovanja kot so: *moderni zakoniki*, *forma zakonika* ali *buržoazne kodifikacije 18. stoletja*.

Naj na tem mestu še dodam, da bom zakonik dojemal širše, torej ne le kot sistem zakonov, temveč kot sistematično obliko pravnih predstav. ²¹ Po formalni plati je kodifikacija v moderni hierarhiji pravnih aktov res le zakon in ne vključuje ustave ali podzakonskih aktov, v primeru tehnike specialnih kodifikacij ²² pa je zakonik nadalje omejen na točno določene pravne vsebine. Toda pojmovno gledano vpeljava modernega zakonika predpostavlja prav izoblikovanje hierarhičnega sistema aktov, pri čemer se zakon uveljavi le kot tista najbolj paradigmatična oblika, v kateri se pravo danes pojavlja, ²³ poleg ustave, na kateri temelji, in podzakonskih aktov, ki konkretizirajo

¹⁷ Saussure, op. cit., 126. V nadaljevanju naloge ne bom sledil Saussurovem pristopu, niti ne bom izraza *znak* uporabljal v pomenu, ki ga ima v kontekstu njegove teorije, zato zgoraj zanemarjam natančnejši prikaz njegovega koncepta diferenciacije in vloge, ki jo igra v jezikovnem sistemu. Na tem mestu ga navajam le kot možno in uveljavljeno interpretacijo odnosa med izrazom in pojmom. Gl. več o tem v Beaulac, *The Power of Language*, 13-23, kjer primerja možne izpeljave, zlasti Piercov in Ogden-Richardsov semiotični trikotnik, v katerega je na podlagi kritike Saussurove dvodelne sheme dodan še tretji element: referent ali (zaznana) stvar, na katero se pojem nanaša. Beaulac v svojem delu sledi pristopu Ogdena in Richardsa in s pomočjo semiotičnega trikotnika obravnava »zgodovino besede« *suverenost*.

¹⁸ Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 211 op.

¹⁹ Besedi *zakonik* in *kodifikacija* bom za potrebe svoje študije uporabljal kot sopomenki, čeprav je mogoče med njunima pomenoma razlikovati. Slednja denimo lahko označuje tudi zapis nepisanih pravil (Snoj, ur., *Slovenski etimološki slovar*, geslo 'kodifikacija').

²⁰ Grossi, *Mitologie giuridiche*, 85-87, kjer tudi poudari, da je redko kakšen pojem obremenjen s takšno polisemijo kot 'zakonik' in našteva nekaj primerov. Gl. str. 15 za podrobnejšo obravnavo možnih pomenov kodifikacije.

²¹ Zlasti v podpoglavju *Dialektika odprtega in zaprtega*, str. 54 in nasl.

²² Za razlago termina *specialne kodifikacije* gl. str. 57.

²³ Gl. spodaj opomba 27.

zakonske določbe.²⁴ Vsem trem pa je skupno, da so *postavljeni* s strani države in vsebinsko normirajo raven splošnega in abstraktnega. V nadaljevanju zato razlikovanja med naštetimi pravnimi akti ne bom več izpostavljaj, saj so vsi trije proizvod kodifikacijskega obrata. Za obravnavo tega preloma je namreč pomembnejši odnos med zakonom (*loi*) in pravom (*droit*)²⁵, ki jima Zakonik, s tem ko pravo združi s sistematično formo, določi nove razsežnosti.

²⁴ Zato so tudi zakonike nekateri upravičeno interpretirali kot »ustave pred ustavo«. Primer Lovro Tomana, ki je v tem slogu nazdravil ODZ ob njegovi 50-letnici, navaja Škrubej, »Le Code civil général de l'Empire, 7. Podobno naj bi J. Carbonnier razglasil *Code civil* za »resnično francosko ustavo«. Roux, »Permanences et mutations du Code civil,« 125. Gl. tudi Grossi, *Mitologie giuridiche*, 119, ki govori o Zakoniku-Ustavi (*Codice- Costituzione*) oziroma o Zakoniku kot utelešeni ustavi buržoazne države.

²⁵ Več o tem v povezavi z Bodinovim razločevanjem med *loi* in *droit*, str. 53 in opomba 340.

2 Meja in mera

2.1 Zakonik kot zarez v merilu merjenja

Izhodiščno lahko kodifikacije opredelim kot paradigmatški obrat²⁶ v pravu, tako v smislu vede kot normativnega reda, ki je kot izhod iz »srednjeveškega blodnjaka« pravnega partikularizma in njegovega nepreglednega mnoštva pravnih virov uvedel reorganizacijo prava v *sistem* zakonov – racionalno urejen, logično povezan in izčrpen nabor *pisnih* aktov, tvorba katerih postane izključna pristojnost državne oblasti.²⁷ Da bi bilo kodificiranje prava sploh možno, sta bili potrebni vsaj dve predpostavki: 1) pravu, tako kot vsakemu drugemu miselnemu področju, so lastni temeljni prvi principi, iz katerih je možno deducirati vse ostale določbe in jih organizirati v sistem; 2) nastanek politične oblasti, ki je sposobna na svojem ozemlju vsiliti in vzdrževati monopol normativne produkcije ter prek lastnih institucij izvajati in uveljaviti svoje akte kot edine vire prava.²⁸ »[Code Napoléon] predpostavlja dve revoluciji: kulturno revolucijo naravnega prava in razsvetljenstva, in politično v letih 1789 do 1795.«²⁹

Zavoljo izoblikovanja osnovne sheme lahko torej povzamem, da se z modernimi kodifikacijami 18. in 19. stoletja zgodijo tri vrste sprememb: kdo tvori³⁰ pravo, kako ga tvori³¹ in kaj šteje za pravno. Glede prvega vprašanja se nastanek kodifikacij tesno prepleta z razvojem moderne države, njenega administrativnega aparata, procesom depatrimonializacije, postopne širitve državne zakonodajne pristojnosti in profesionalizacije delovanja njenih novih organov, do katere

²⁶ Kuhnov pojem je primerljiv z Bachelardovim in Canguilhemovim epistemološkim rezom ali prelomom, ki ga prevzemam na strani 4, v kolikor oba poudarjata *diskontinuitete* v razvoju znanstvenih pojmov, ki imajo za posledico nesoizmerljivost paradigem (Kuhn) oziroma neprevedljivost jezikov znanosti, med katerima pride do znanstvene revolucije ali »dialektičnega skoka«, ki premosti epistemološko oviro (Bach.-Canguil.).

²⁷ Prim. Leclair, »Le Code civil des Français de 1804: une transaction entre révolution et réaction,« 8; Varga, *Codification as a socio-historical phenomenon*, 240. Canale, op. cit., 141 predstavi kodifikacijo kot premik iz pravnega pluralizma v pravni monizem. Škrubej, »Austrian General Civil Code (1812) and the Slovenes,« 1065 in nasl. poudarja redukcijo prava (*droit*) na *pisan* zakon (*loi*) in tudi sicer podrobneje naslavlja vpliv pisanosti na pravotvorno dejavnost. Zgodovinski razvoj zapisa pravnih virov na tem mestu izpostavljam kot splošno opombo pri branju predvsem v izogib samoumevnosti pisanosti prava, ki je po svoji zakoreninjenosti primerljiva s tu obravnavanim pojmovanjem prava. Postopen prehod iz pretežno ustnih v pisne pravne vire, ki se popolnoma dovrši s prevlado slednjih šele v 18. stoletju, v mojem besedilu sicer ni posebej obravnavan, ker ima tako v časovnem kot v vsebinskem, zgodovinskem in filozofskem smislu deloma lastno dinamiko, čeprav je rezultat tega razvoja bistveni pogoj same forme, v kateri kodifikacije nastajajo, torej kot obsežni korpusi pisnih določb. Le Clair (op. cit., 20) tako denimo popis ustnega običajnega prava v obliki uradnih redakcij za francosko kraljevino datira že v 15. stoletje. Poleg tega pa, kot izpostavi tudi Škrubej (*Pravo v zgodovini*, 99), sam zapis običajnega prava še ne pomeni odvzema veljave običajem kot pravnim virom, kar nastopi šele z modernimi kodifikacijami, niti tega, da bi od zapisa veljale le še uradne redakcije običajnega prava. Na dejstvo, da se je običajno pravo kljub zapisu še naprej razvijalo in uporabljalo kot samostojni vir prava, presenetljivo opozarja že Hegel, čeprav v dvournem izrazju: »S tem ko so zapisani in zbrani, veljavni zakoni neke nacije ne prenehajo biti njene navade.« (*Oris filozofije pravice*, § 211)

²⁸ Leclair, op. cit., 8.

²⁹ Grossi, *Pravna Evropa*, 123. *Code Napoléon* je sinonim za *Code civil* iz leta 1804. Drugi izraz je širši, saj poleg Napoleonove kodifikacije označuje tudi kasnejše redakcije, vključno s trenutno veljavnim francoskim civilnim zakonikom. V tem delu ju uporabljam izmenljivo.

³⁰ »Pravotvornost je sposobnost neke osebe ali skupine, da ustvarja pravo.« Vilfan, *Zgodovinska pravotvornost in Slovenci*, 18.

³¹ Grossi, *Mitologie giuridiche*, 88-89: Kodifikacija [*il Codice*] prelomi s preteklostjo s tem, ko uvede nov način pojmovanja in uresničevanja pravne produkcije [*produzione del diritto*].

pride z vključevanjem šolanih pravnikov v državne strukture. Ti premiki se odražajo na ravni pravne tehnike, s čimer mislim na epistemološko spremembo, do katere pride s tem, ko pravo kot oblika vednosti privzame formo sistema. Ali ima neka trditev pravno veljavo, postane tesno povezano s tem, ali ima status elementa pravnega sistema. Kodifikacija posledično povzroči zarezo na ravni kriterija, kaj sploh je pravo in kaj šteje za pravni vir, podobno kot znanstvena revolucija spremeni merilo znanstvenosti, legitimnih zastavitvev problemov in njihovih rešitev.³² Reformator bavarskega kazenskega zakonika Feuerbach tako leta 1808 v okviru razprav o uveljavitvi kodifikacije pravi: »Kamor pride Napoleonov zakonik, prinese [s seboj] nov čas, nov svet, novo državo.«³³

2.2 Krajša genealogija prepleta prava, meje in mere

Če paradigmo razumemo kot vzorec, zgled, merilo, je trditev, da kodifikacije predstavljajo paradigmatški obrat v pravu, do neke mere tautološka, saj pravo predstavlja ravno nabor pravil, meril človekovega ravnanja. Vendar nič ni bolj indikativno kot prav ta tautologija: kodifikacije so paradigmatški obrat v paradigmi; prelom v vzorcu, temeljnih postavkah, merilu družbene prakse, ki se ukvarja ravno z vzorčenjem, zamejevanjem in odmerjanjem. Povezava z merilom in mejo se kaže že na ravni osnovnega pravnega izrazja. Poimenovanje za temeljno enoto modernega prava – *pravilo* – se tako v določenih jezikih pomensko prekriva s paradigmo, bodisi kot starogrški *kanon*³⁴ bodisi kot latinska *regula*³⁵. Po drugi strani je paradigma sorodna normi,³⁶ ki se danes uporablja kot sopomenka za pravilo,³⁷ vendar za razliko od njega *norma* v enem izmed svojih

³² Kuhn, *Struktura znanstvenih revolucij*, 104 in 105.

³³ »Wohin Napoleons Gesetzbuch kommt, da entsteht eine neue Zeit, eine neue Welt, ein neuer Staat«. Navedeno po Halperin, »French Legal Science in the 17th and 18th Centuries«, 37. Fehrenbach, *Traditionale gesellschaft und revolutionäres recht*, 60. Napoleonov zakonik je namreč precej potoval. Onkraj evropskih ozemelj, na katera je bil prinesen z vojnimi pohodi prvega konzula, je bil v več državah Latinske Amerike prevzet kot model za oblikovanje njihovih lastnih kodifikacij. Gl. Mirow, »Borrowing Private Law in Latin America«, 292, kjer govori o vplivu *Code Napoléon* na čilenski civilni zakonik iz leta 1855, ki je bil uveljavljen še v El Salvadorju, Ekvadorju, Venezueli, Nikaragvi, Kolumbiji in Hondurasu. Podobno avtor ponovi v »The Power of Codification in Latin America«, 85 in nasl; Mirow, *Latin American Law*, 135 in nasl.

³⁴ Vzorec, ravnilo, merilna vrv, merilo, trst, pravilo, predpis, vodilo. Možno je, da je poimenovanje prevzeto iz akadskega *qanu*, ki je označeval trs, merilno palico. Black, Andrew, Postgate, ur., *A concise Dictionary of Akkadian*, 284; Dokler, *Grško-slovenski slovar*, 'kanón'.

³⁵ Raven kos lesa, ravnilo, pravilo, tudi model, primer, vzorec. Lewis, Short, *A Latin Dictionary*, <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=regula&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059> (citirano 16. 8. 2018). Po Snojevem etimološkem slovarju (geslo 'regeljc') naj bi *regula* v klasični latinščini označevala tudi vrvico ali letev za ravnanje žita v merniku, izpeljana pa naj bi bila iz glagola *regere*, ki je pomenil ravnati, upravljati, vladati.

³⁶ Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 94.

³⁷ Kot sopomenki ju obravnava denimo Pavčnik, *Teorija prava*, 92. Med normo in pravilom razlikujejo nekateri avtorji sodobne nemške pravne teorije, ki *Rechtsnorm* uporabljajo kot nadpomenko za pravna pravila in načela. Za opozorilo se zahvaljujem A. Novaku.

možnih zgodovinskih pomenov implicira pravi kot,³⁸ nekaj, kar se ne ukrivlja ne levo ne desno, temveč obstoji v *pravi sredini* (*juste milieu*) in je zato »takšno kot mora biti«.³⁹

Nakazan preplet prava z mero in mejo je v svojevrstnih podobah prisoten v različnih zgodovinskih koncepcijah prava. Prevôt de la Jannès denimo iz Justinijanovih *Institucij* prevzema definicijo prava kot večšine pravičnosti, ki predstavlja voljo »vsakomur dodeliti, kar mu pripada«,⁴⁰ s čimer očitno sledi koncepciji prava kot večšine postavljanja »eksaktne mere«.⁴¹ Primerljivo razumevanje lahko najdemo tudi v Aristotelovi *Politiki*, kjer je pravično (*to dikaion*) opredeljeno kot »iskanje srednjega«. Zakon predstavlja ravno to sredino,⁴² »iti k sodniku« pa je enako kot »iti k pravičnosti«, kajti lastnost sodnika je, da nastopa kot »utelešena pravičnost« (*dikaion émpsychon*), zato se ga išče kot sredino in mu ponekod pravijo po-srednik.⁴³

Podobno zvezo med pravom, mero in mejo lahko najdemo v grško-rimskem mitološkem pojmovanju meje. Izraz *herma* se je sprva nanašal na mejni (in tudi miljni) kamen ali kup kamenja,

³⁸ Fr. *équerre*, ki označuje bodisi pravi kot bodisi merilni instrument, ki so ga tesarji in zidarji uporabljali za odmero prav(iln)ih kotov. Gl. Gaffiot, *Dictionnaire*, geslo 'norma': <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?q=norma> (citirano 16. 8. 2018), podobno tudi Lewis, Short, *A Latin Dictionary*: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dnorma> (citirano 16. 8. 2018).

³⁹ Canguilhem, *Normalno in patološko*, 87, ki se sklicuje na Lalandov *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Ta v iztočnici 'normal' (str. 688) omeni zgoraj navedeni pomen: »Qui ne penche ni à droite ni à gauche; par suite, qui se tient dans un juste milieu.« Iz tega, pravi Lalande, izhajajo drugi pomeni *normal*, denimo: »Qui est tel qu'il doit être (ki je tako kot mora biti).«

⁴⁰ »[R]endre à chacun ce qui lui appartient«. Jannès, *Les principes de la jurisprudence françoise*, I. Formula »vsakomur svoje«, *suum cuique* (*tribuere*), ki jo prevede Jannès, je sicer starejša od Justinijanove kodifikacije. Pojavi se že denimo pri Ciceronu (*De natura deorum*, III, 38) v zvezi »pravica, ki vsakomur dodeli njegovo« (*iustitia, quae suum cuique distribuit*), verjetno pa je še starejša in izvira iz Aristotelove razlage *razdeljevalne* pravičnosti, *Nikomahova etika*, 1131a: »Vsi soglašajo, da je pravično, če se neka stvar *razdeli 'po zasluženju'* ... 'Pravično' obstoji torej v nekem sorazmerju.« (poudaril S. K.) Sporno je, ali je mogoče zasnovo ideje o delitvi »po zasluženju« najti že v Platonovi *Državi*, 433a in nasl.: »Gotovo smo od mnogih drugih slišali in sami večkrat rekli, da je pravičnost to, da se ukvarjamo s svojimi zadevami in ne z mnogimi deli ... in verjetno je pravičnost ... da se na neki način dogaja to: ukvarjanje s svojimi zadevami.« Podobno ponovi nekaj odsekov kasneje: »[P]ravičnost [je] v tem, da imamo in delamo, kar nam je svojsko in lastno.« (prav tam, 443a) Glede na to, da Platonov Sokrat opisano idejo pravičnosti predstavi kot nekaj, kar »smo od mnogih drugih slišali«, bi bilo mogoče sklepati, da je formulo »vsakomur svoje« prevzel tudi Platon od še starejšega vira. Prim. Petrak, »Plato and Ulpian's *praecepta iuris*,« 699, ki argumentira, da se je formula *suum cuique* z Ulpijanovimi *Regulam*i preobrazila iz filozofskega koncepta v pravno zapoved (*praeceptum*).

⁴¹ »[L]e juste comme l'exacte mesure.« Marie-Laure Duclos, »L'ordonnement juridique chez Michel Prévost de la Jannès,« 73.

⁴² Aristotel, *Politika*, 1287b, 2-4. Aristotelovega 'zakona' ne smemo mešati s pojmovanjem zakona, ki ga prinesejo kodifikacije. Pri njem namreč zakon obsega tudi pravo, vzpostavljeno z navado, in nikakor ne samo splošnega in abstraktnega pravila, ki ga uveljavi suverena oblast, kar izpostavi sam Aristotel (prav tam, 1287b, 5-10): »Poleg tega imajo tisti zakoni, ki temeljijo na navadah, več veljave in urejajo pomembnejše zadeve kot pisani zakoni« (poudaril S. K.) Prim. Škrubej, *Pravo v zgodovini*, 20, opomba 4, ki namesto *navade* kot ustrežnejši prevod za Aristotelov izraz *to ethos* predlaga običajnopravno ravnanje.

⁴³ Aristotel, *Nikomahova etika*, 1132a, 19-25. Gl. tudi 1131a: »[K]ar je pravično, [je] neka sredina in neko enako; kolikor je to sredina, mora biti med dvema skrajnostma (med 'preveč' in 'premalo').« Aristotelovo pojmovanje kreposti v Nikomahovi etiki kot »sredino med preveč in premalo« prevzame Hegel v *Orisu filozofije pravice*, (§ 150 op.), ki poudari pomen posredovanja v zvezi z vlogo stanov v zakonodajni veji oblasti: »K enemu od najpomembnejših logičnih uvidov spada, da določen moment, ki ima, kolikor je v nasprotju, položaj ekstrema, s tem preneha biti ekstrem in je organski moment, ko je hkrati sredina.« (prav tam., § 302 op.)

zloženega ob razpotjih in prehodih, na katerega naj bi postopoma postavili Hermesovo glavo. Zavedajoč se svojega prestopanja in z njim povezanega tveganja, so se mimoidoči ob prehodu obrnili na zaščitnika prestopnikov tako, da so na kup dodali svoj kamen. Hermes se je v starogrški mitologiji uveljavil prav kot bog mej, cest, potovanj in prehodov, od prenašanja sporočil med svetom bogov in smrtnikov, do prestopanja hišnih pragov,⁴⁴ poleg tega pa tudi kot bog zdravja in varuh popotnikov, tatov, beračev, prevarantov, prostitutk, torej tistih, ki živijo *na* meji, jo krivijo in prehajajo. V Hermesu je bila meja združena s *transgresijo* meja – bog zdravja je bil hkrati ekspert za zdravljenje raznih bolezni, za *patološko*. Da bi bilo mogoče opredeliti mejo, je torej treba onkraj nje in *normalno* določiti prek njegovega nasprotja.

Herme so v latinščini dobile ustreznico *termini*, Hermesa pa je kot varuha meja in doprsni kip na mejnih kamnih nadomestil Terminus.⁴⁵ Čeprav je bil slednji po svojih božanskih funkcijah bistveno bolj omejen na samo zaščito meja, je imel opaznejši vpliv na jezik prek raznih izpeljank. Latinski glagol *determinare* pomeni zamejiti, določiti meje, zakoličiti, samostalniki *termin* pa izhajajo iz latinskega *terminus*, ki označuje mejo, mejno črto, konec, končno točko. Ustaljeno se *determinirati* uporablja tudi v smislu določitve, zamejitve pomena, bistva reči, podobno kot *definirati*, pri čemer imata izraza podobno etimološko izpeljavo.⁴⁶ Po Plutarhu naj bi Numa Pompilij, legendarni drugi rimski kralj, prvi zgradil templje in vzpostavil čaščenje Terminusa:

Terminus pomeni *mejo* in temu bogu posvečajo javna in zasebna žrtvovanja, kjer so polja razdeljena z mejami ... Precej razvidno je, da je ta kralj [Numa Pompilij] postavil meje mestnega ozemlja, saj Romul ni bil pripravljen priznati, koliko je odvezel drugim, s tem ko bi izmeril svoje. Vedel je, da meja, če je upoštevana, vklene brezpravno moč; in če ni upoštevana, obsoja nepravico.⁴⁷

Plutarh poudari, da žrtvovanja ob njihovi uvedbi niso vključevala živih žrtev, saj je »Numa pojasnil, da je bog meja varuh miru in priča pravičnega poslovanja, pri katerem ne sme biti klanja«

⁴⁴ Gl. Ovid, *Filemon in Bavidia*. Herme naj bi se postavljale tudi ob vseh v templje, hiše in javne urade.

⁴⁵ V helenistični dobi in Ptolemajskem kraljestvu pa se je Hermes prek *interpretatio graeca* spojil z egipčanskim Totom – božanstvom vsega znanja, pisave, koledarja in tudi prava. V mitologiji se značilno pojavlja kot eden izmed sodelujočih v postopku tehtanja srca preminulega. Zanimivo pri tem je, da se tako tehtnica, eden izmed najstarejših simbolov pravičnosti, kot Tot povezujeta z boginjo Ma'at, poosebitvijo ravnotežja. Po enem izmed kasnejših virov naj bi egipčanski uradniki nosili obesek s kipcem Ma'at pri izrekanju sodb. Hart, *Dictionary of Egyptian Gods*, 90.

⁴⁶ *Finis* namreč prav tako kot *terminus* označuje mejo, konec (angl. *finish*, fr. *fin*), de-finirati pa od-mejiti, raz-mejiti. Kot poimenovanje za določitev mej pomena, se *definitio* in *definitio* pojavljata že pri Ciceronu. Gaffiot, *Dictionnaire*, 'definitio': <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=482>. Snoj, ur., *Slovenski etimološki slovar*, 'definirati', 'definicija'. J. P. Dupuy, *Prihodnost ekonomije*, 101 v opombi 82 navaja, da je v stari francoščini glagol *finer* in kasneje *finir* pomenil tudi poravnati, zaključiti s plačilom, plačati.

Škrubej, *Ritus gentis*, 125 v svoji rekonstrukciji pomena izraza *zakonik* pri Slovanih v Vzhodnih Alpah pred pokristjanjevanjem pokaže, da je *zakonik* najverjetneje označeval poznavalca *zakonov*, torej nekoga, ki je *končal* sporno zadevo tako, da jo je opredelil z »od nekdaj« veljavnim običajnopравnim pravilom. *Zakon* je namreč v tem obdobju pomenil *začetek*, počelo. *Zakoniki* so se torej pri uzakonjevanju kot hkratnemu postavljanju in ohranjanju pravil gibali med začetkom in zaključkom – dvema *koncema*.

⁴⁷ Plutarch, *Lives*, XVI, 1-3.

- smoter njegove reforme je bil namreč ravno v tem, da bi člane skupnosti potegnil iz stanja neopredeljenosti, ki jih spodbuja k prestopkom, in ustvaril pogoje za kmetovanje.⁴⁸

Povsem novo dimenzijo merjenja odpira Pothier, francoski pravnik druge polovice 18. stoletja, od katerega naj bi bila prepisana četrtna členov *Code Napoléon*,⁴⁹ ki kot prvo pravilo v svoji sistematiki Justinijanovih *Pandekt* postavi samo opredelitev pravila. »Pravilo,« pravi »je kratka ekspozicija tega, kaj je stvar.«⁵⁰ K temu doda, da je pravilo tisto, kar v vseh znanostih (*science*) ali veščinah (*art*) na kratko pove, kaj je »reč«, »zadeva«, »to, za kar gre« (*ce dont il s'agit*), oziroma, »to, kar lahko je« (*quel qu'il puisse être*).⁵¹ S tem pravzaprav pride do sklepa »*Regula est definitio*«. ⁵² Pravo je torej tisto, ki mora definirati, determinirati, dobesedno zamejiti, določiti, omejiti svoj predmet. Ta naloga je seveda tesno povezana s spornostjo nedoločenega predmeta oziroma zadeve, ki terja opredelitev, kar se odraža v več jezikovnih sistemih kot zveza med poimenovanji za reč in kraj, kjer se spornost reči pravno razrešuje.⁵³ Tudi to zvezo je mogoče najti pri Aristotelu, tokrat v osrednjem terminu njegove logike. 'Kategorija', ki naj bi zaobsegala nabor načinov, s katerimi lahko združimo subjekt in predikat, torej, vse kar lahko »nečemu drugemu prirečemo kot predmetu«⁵⁴, izvirno namreč pomeni govoriti proti, obtožiti, »povedati, kaj je«. Kategorizira pa se ne kjerkoli, saj naj bi izraz nastal prav pod vplivom tega, da se je postopek »obtoževanja« izvajal na agori, na javnem zborovališču.⁵⁵

2.3 Kodifikacijsko razmejevanje in razmejitev kodifikacij

Naloga natančnega odmerjanja in zamejevanja svojega predmeta je torej v temelju različnih zgodovinskih pojmovanj prava od antike do *Code civil*. Problem jasnosti in trdnosti meja, ki jih postavlja pravo, ter spornosti njihove nedoločenosti je nekaj, kar lahko najdemo tako v islandskem pravu⁵⁶ kot tisoč let pozneje pri Hartovem razlikovanju med paradigmatškimi in mejnimi

⁴⁸ Prav tam: »Ni je dejavnosti, ki bi ustvarila tako goreče in naglo navdušenje nad mirom kot je življenje kmeta.«

⁴⁹ Gojoso, »La genèse du Code civil,« 151. Po nekaterih štetjih naj bi 1408 od 2281 členov *Code civil* nastalo pod vplivom Pothierovih formulacij. Gl. tudi Friedrich, »The Ideological and Philosophical Background,« 6.

⁵⁰ »La règle est une courte exposition de ce qu'est la chose.« Pothier, *Pandectæ Justinianæ*, 3.

⁵¹ Prav tam, opomba 1.

⁵² Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, 167.

⁵³ V islandskem pravu je *thing* označeval tako predmet spora kot kraj njegovega razsojanja. Miller, »Drawing Lines in the Sand«, kjer avtor opozarja tudi na latinsko *causa*, ki je pomenila tožbo in se še vedno uporablja kot izraz za pravno podlago, iz (pozne) latinščine pa je prešla v francosko *chose*, italijansko *cosa* in angleški *case* oziroma *cause* (vzrok). Gl. npr. geslo 'chose' v *Dictionnaire Littré*: <https://www.littre.org/definition/chose> (citirano 16. 8. 2018).

⁵⁴ Aristotel, *Kategorije* 1b, 10-12: »Kada se nešto nečemu prireče kao prema predmetu.« Gl. tudi slovenski prevod, v katerem se *kategorētai* prevaja kot *pripisujemo*.

⁵⁵ Dokler, *Grško-slovenski slovar*, gesla *kat-agoreúo* (naznanjam, ovajam, (za)tožim), *kategoréo*, *katégoros* (govoriti proti komu, očitati komu kaj, dolžiti, tožiti koga), *kategórema* (tožba, ovadba, obdolžitev, očitek). Naj tu kot zanimivost omenim, da se drug ključni termin Aristotelove logike *hóros* ali *horismós*, ki se prevaja kot *pojém* oziroma *definicija* (glej opombo 63), v 11. oziroma 12. stoletju pojavi kot ime bizantinskega pravnega akta. Oba izraza sicer dobesedno pomenita omejitev, določitev (pojma), opredelitev, širše pa tudi mejo, mejnik, rob. Gl. ustrezni iztočnici v Doklerjevem slovarju.

⁵⁶ Miller, op. cit., omenja primer merila »shaft-high sun«, s katerim je bil v islandskem pravu med drugim določen konec dela ob sobotah: »Sonce je za ročaj sulice visoko (*shaft-high*), ko se lahko človek, ki stoji na meji med obalo

primeri.⁵⁷ Vendar pa se prav na ravni *metode zamejevanja* s kodifikacijami zgodi prelom. Shematično rečeno, pretežno kazuističnost rimskega prava in partikularne, na podlagi konkretnega primera izoblikovane dikcije srednjeveških pravnih virov, nadomesti sistem *tipskih* oziroma (1) splošnih in (2) abstraktnih norm, ki se (1) nanašajo na nedoločeno število formalno izenačenih subjektov in na (2) predvidljiva hipotetična dejanska stanja,⁵⁸ ki so opredeljena, prepoznana skozi konstitutivne elemente (tj. nujne prvine, ki morajo nastopiti, da sploh gre za to stanje). Tehniko nizanja detajlnih, posamičnih primerov, iz katerih je možno prek analogije zarisovati črte v novih zadevah, zamenja logična operacija subsumpcije v okviru silogizma, po katerem sodnik prepozna posamično dejanje kot primer vnaprej danega, zakonsko določenega občega. S tem ne mislim na to, da pred modernimi zakoniki ne bi obstajale splošne norme.⁵⁹ Obrat v pravnem definiranju se kaže zlasti v nastajanju in načinu medsebojne povezanosti norm, ki niso več zgolj sporadični, *ad hoc* odzivi na neposredno potrebo, da se uredi določeno področje družbenega, temveč se *pišejo* sistematično, *a priori*, *umno* in umeščajo v hierarhično razvrstitev.⁶⁰ Tako nastal sistem medsebojno povezanih tipskih norm naj bi bil po ambicijah kodifikatorjev popoln in jasen do te mere, da bi laiki lahko odločali enako dobro kot sodniki, saj bi bile z zakonikom meje tako določno začrtane, da bi bilo potrebno zgolj prebrati ustrezne določbe zakonika in že bi našli rešitev za svoj spor.⁶¹

Tesno povezano s tem je tudi načelo enakosti, ki se v civilnem pravu prvič dosledno uveljavi prav s *Code Napoléon* in zavezuje tako »ustvarjalca« kot »uporabnika« norm – zakonodajalca in sodnika – da v bistvenem enake primere obravnavata na enak način.⁶² V tem načelu je *pravilo* ponovno izenačeno z *definicijo*, ki po Aristotelu izreka prav bistvo reči, s tem ko jim zameji, odmeri ustrezen razpon: »Ko imamo posla z definicijami, večino časa razpravljamo, ali so stvari

in vodno gladino, kakršna je ob srednji višini bibavice, ozre proti točki oceana, kjer se sonce potaplja v vodo, in si pod soncem zamisli pokončno sulico takšne dolžine, da se tisti konec ročaja, na katerega je pritrjena konica (*socket*), dotika spodnjega dela sonca, medtem ko se drugi konec ročaja stika z gladino morja.«

⁵⁷ Hart, *Koncept prava*, 124 in nasl.

⁵⁸ Pavčnik, op. cit., 118 in nasl.

⁵⁹ Gl. Vergne, *La notion de constitution*, 29, opomba 32, ki citira shemo »konstitucij« po Joseph-Nicolas Guyotu. Med *consstitutions générales en matière de lois civiles* (splošne konstitucije na področju »civilnih zakonov«) so navedene tudi kraljeve ordonance, edikti in deklaracije. Ker so splošne, pravi Guyot, se jih objavlja in zapisuje v register (*enregistre*) pri sodiščih (*les cours*). O naštetih aktih in postopku *enregistrement* gl. str. 19 in 20 te razprave.

⁶⁰ Gl. tudi Vilfan, *Zgodovinska pravotvornost in Slovenci*, 18, ki govori o dveh predstavah o nastajanju prava: »Na eni strani naj bi šlo za ustvarjanje in z njim prepleteno izvajanje prava, ki kažeta precejšnja znamenja spontanosti, anonimnosti in izvirnosti v smislu tega, kar je veljalo in deloma še velja za 'ljudsko'. Na drugi strani ... nastajanje prava v organiziranih oblikah, značilnih za moderne države in njihovo načrtno zakonodajo.«

⁶¹ Höltl, *Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen*, 68.

⁶² Gl. podobno 14. in 22. člen ustave RS.

enake ali različne.«⁶³ Če je najosnovnejša dejavnost prava ravno kvalifikacija pojavov,⁶⁴ razmejevanje enega predmeta urejanja od drugega, je norma kot vir teh kvalifikacij, kot *merilo*, razpeta med opisovanjem in predpisovanjem,⁶⁵ zamejevanjem in uravnavanjem, izreke o biti in izreke o najstvu. Učinke pojmovnega reza, ki ga predstavlja kodifikacija, bom torej iskal na ravni predmetnega področja ali specifičnih razmejitev stvarnega sveta, ki jih mora pravo kot pojmovni sistem vzpostavljati, da bi sploh lahko urejalo.

Za takšno ugotovitev pa je naš pojem kodifikacije oziroma zakonika preobremenjen, daje se mu preveč pomena,⁶⁶ treba ga je zamejiti. Enak termin se namreč v splošni literaturi uporablja tudi za Hamurabijev zakonik, Justinijanovo kodifikacijo, še širši razpon pa imata francoski in angleški termin *code*, ki ju najdemo v naslovih celega kupa pravnih dokumentov, neodvisno od značilnosti časa njihovega nastanka. To sta opazila že Diderot in d'Alembert, ki sta v enciklopedičnem geslu '*code*' poskušala zajeti pomenske variacije tistega, kar v splošnem označuje 'pravno zbirko' (*recueil de droit*). Med pregledom različnih tipov pravnih zbirk tako navajata vse od rimskih kodeksov (Gregorijev, Teodozijev in Justinijanov) in kompilacij kanonskega, cerkvenega prava (*Corpus Canonium*) do posameznih ordonanc (*Code Criminel*, *Code Civil*⁶⁷, *Code Marchand*, itd.). Podobno splošno opredelitev kodifikacije kot »standardnega sredstva za zapis prava, s katerim to postane javno dostopno« najdemo v sodobni pravni enciklopediji.⁶⁸

Vendar avtor tega vnosa izpostavi tudi specifičen pomen, ki ga je kodifikacija dobila v kontinentalnem pravu, kjer je »[golo] kvantitativno zbiranje pravne materije preraslo v njeno kvalitativno prestrukturiranje«⁶⁹. V povezavi s tem se v literaturi⁷⁰ pojavlja razlikovanje med pravnimi zbirkami, kompilacijami ali konsolidacijami in kodifikacijami. Prve naj bi zgolj zlagale obstoječo pravno materijo, da bi jo naredile bolj dostopno (predvsem za stroko), medtem ko so

⁶³ Aristotel, *Topica*, 101b-102a, 1-10; Aristotel, *Posterior Analytics*, 96a, 30-38. Definicija je izbor atributov, ki imajo, obravnavani posamično, širši razpon od subjekta, ko jih subjektu »prirečemo« kolektivno, vse skupaj, pa obsegajo natanko bistvo (*ousía*) tega, kar je subjekt. Prim. v drugačnem kontekstu o bistvenem in nebistvenem kot nujnem razmerju v »strukturi realnega objekta« Althusser, »Od Kapitala do Marxove filozofije«, 38: »Spoznanje: njegova edina naloga je, da razloči pri objektu dva dela, ki sta v njem – bistveno in nebistveno – s posebnimi postopki, s katerimi odstrani nebistveno realno ... da pred spoznavajočim subjektom ostane le drugi del realnega, ki je njegovo bistvo.« Opredelitev bistvenega, vidnega, jedrnega, tako obenem vsebuje svojo negacijo ali izključeno – nevidno, nebistveno.

⁶⁴ Varga, *Law and Philosophy*, 214.

⁶⁵ Prim. Canguilhem, *Normalno in patološko*, 85 in 86, kjer avtor v povezavi s fiziologijo, patologijo in medicino razlikuje normalnost v statističnem, deskriptivnem smislu opisovanja povprečnih lastnosti pojavov in v *normativnem*, terapevtskem smislu, ki te pojave vrednoti in glede na to predpisuje, zdravi.

⁶⁶ Bachelard, *La philosophie du non*, 123-124.

⁶⁷ *Code civil* v tem primeru označuje ordonanco Ludvika XIV, s katero je vladar uredil nekatere elemente civilnega postopka in se za razliko *Code Napoléon* sploh ni nanašala na materialno pravo. O Ludvikovi ordonanci gl. str. 20.

⁶⁸ Gray, ur., *The Philosophy of Law, an Encyclopedia*, geslo 'codification', 120.

⁶⁹ Prav tam.

⁷⁰ Canale, op. cit., 136 in nasl; Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 35; Grossi, *Pravna Evropa*, 122.

kodifikacije razumljene kot korpus pravnih pravil, z uvedbo katerih državna oblast abrogira prej veljavno pravo. Ta kategorična razveljavitev predhodnega nastopi kot nujni predpogoj za vzpostavitev novega pravnega reda, ki je organiziran kot hierarhičen sistem pravil v smislu Benthamovega *pannomion*-a⁷¹. Varga na primer prav glede na kriterij organiziranosti ali stopnje racionalizacije kodifikacijo razločuje od ostalih, zgolj delno racionaliziranih »kvazi-kodifikacij«, med katere prišteva kolekcije formul, zbrane za didaktične namene, kompilacije regionalnih prav in običajev, privatne in neuveljavljene pravne zbirke, učbenike, zbirke precedenčnih sodnih odločb in znanstvene sistematike.⁷²

Razločevanje med kodifikacijami do neke mere sovпада s področjem bibliotekarstva in vprašanjem različnih nivojev klasifikacije dokumentov. Namesto preproste zloženke, v kateri si elementi sledijo po abecednem, kronološkem, številčnem redu, ali organizacije členov po »tematskih« indeksih oziroma naslovih, na katere pripnemo vsebinsko ustrezne elemente (kot npr. kronološke sekvence odlomkov glede na naslove Justinijanovih Digest ali Kodeksa), je kodifikacija neke vrste Knjižnica-knjižnic, svetovni zemljevid (*Mappemonde*)⁷³ – totalna, vseobsegajoča vednost, zunaj katere ni védenja.⁷⁴ Le ta tretja stopnja ustreza standardu modernega zakonika. Podobno zahtevo izrazita d'Alembert in Diderot v povezavi s pravnimi zbirkami pred *Code Frédéric*, osnutkom zakonika Friderika Velikega:

[N]obena od teh [drugih] kodifikacij (*code*) ni univerzalna in ne obsega vseh pravnih materij: niso zvedene (*réduits*) na sistem, ne vsebujejo nobenih splošnih principov za posamezne materije, povečini urejajo zgolj proceduro in nekaj dvoumnih primerov... zato se vztraja pri vračanju k rimskim zakonom. /.../ [v]saka provinca in skoraj vsako mesto [pa] zatrjuje partikularne statute, nepoznane večini prebivalstva.⁷⁵

3 Dolgi srednji vek

3.1 Kritika starega kot uvertura v novo

Za razumevanje zasnove kodifikacije kot »hierarhičnega, sekulariziranega, racionalistično-aksiomatskega pravnega sistema«, ki odbira in organizira svojo vsebino po strogo logičnih, metodičnih načelih, in v temelj katerega je postavljen avtonomen subjekt s svojimi pravicami in dolžnostmi,⁷⁶ se je treba najprej postaviti na stališče razsvetljenske kritike stanja prava v srednjem

⁷¹ Gray, ur., *The Philosophy of Law, an Encyclopedia*, geslo 'Bentham'. Gl. tudi Alfange, »Jeremy Bentham and the Codification of Law,« 63, kjer je navedeno, da si je Bentham svoj pravni *panopticon* zamislil kot produkt pravne znanosti, ki bi odrekal status prava vsemu, kar ne bi bilo vključeno v »vsezakon«.

⁷² Varga, *Law and Philosophy*, 238.

⁷³ Diderot, *Prospectus*; D'Alembert, *Uvod v enciklopedijo*, 78.

⁷⁴ »A postulate of a globality of knowledge«. Eco, *Kant and the Platypus*, 231; Eco, *From the Tree to the Labyrinth*, 24, kjer predstavi aleksandrijsko knjižnico kot helenistični ekvivalent kasnejše srednjeveške in novoveške enciklopedije. Prav tam, 47 tudi o Leibnizovi povezavi med knjižnico in enciklopedijo.

⁷⁵ Podobno kot d'Alembert in Diderot v 'code' tudi Jaucourt v geslu 'loi' (*Encyclopédie*).

⁷⁶ Arnaud, op. cit., 11 in 123.

veku. »Svetla luč *lex*«⁷⁷ je posijala prav kot antiteza ustvarjeni podobi mračnega, kaotičnega labirinta zlorab in *idola*. Pravo *ancien régime* je bilo torej najprej treba prikazati kot sod smodnika, v katerega je prenevarno svetiti, da bi kot edina možnost za zjasnitev pogleda lahko obveljala zrušitev obstoječega reda in izpeljava prava *ab ovo*, na novih in trdnejših principih.⁷⁸

Ko je govora o smodniku in rušenju v teoriji, je težko najti bolj primerno zgodovinsko osebnost kot je Jacques Pierre Brissot. Leta 1788 je kot vodilni zagovornik abolicionizma ustanovil Društvo prijateljev črncev (*Société des amis des Noirs*), v začetnih korakih francoske revolucije pa se je uveljavil v jakobinskem klubu kot eden izmed najbolj ognjevitih zagovornikov republike. Nato je zamenjal politično usmeritev in postal eden izmed prvih Žirondincev, svoj politični program pa je oklestil na neumorno spodbujanje k vojni s Habsburško monarhijo. Leta 1782 je začel enega izmed svojih osrednjih filozofskih projektov: Zakonodajalčevo filozofsko knjižnico (*Bibliothèque philosophique du législateur*), ki je bila zamišljena kot neke vrste serija temeljnih del. Pri tem je pomembno, da ne gre za kakršno koli knjižnico, temveč za *racionalno* knjižnico (*bibliothèque raisonnée*), saj je po Brissotu »biblioteka brez reda protislovje v izrazju«⁷⁹. Njena naloga je, da skrajša in razjasni pot, ki vodi do resnice, tako da v dobro povezan sistem razvrsti različna dela s področja kazenskega prava. Služila naj bi odpravi kaosa, ki vlada v kazenski zakonodaji in spodbudila sprejem prenovljenega kazenskega zakonika.⁸⁰ Tako prva izdaja *Bibliothèque* prinese nov francoski prevod Beccarijevega traktata *O zločinih in kaznih*, v njenem predgovoru pa Brissot obelodani program svoje knjižnice:

Postavil sem [v svojem prejšnjem delu *Théorie des loix criminelles*] nove principe: ker iskreno verjamem, da knjige, ki ne vsebuje novih idej, ni vredno objaviti⁸¹; bolj kot napredujem, bolj se otresem svojih starih predsodkov in jih nadomestim z idejami, ki bodo moje lastne. V jurisprudenci, tako kot v fiziki, tvegaš manj s padci pri porajanju nove poti, kot s sledenjem uhojeni stezi: to je bil Descartesov nazor in mu gre slediti še danes.⁸²

Brissotov poziv k utiranju nove poti je bil že precej uhojen. Dobro stoletje in pol pred njim se že Francis Bacon v svojem *Novum Organum* zavzame za uničenje *idola* - malikov ali zmotnih predstav. Ti naj bi se pojavljali v štirih različnih oblikah,⁸³ od katerih sta za nas relevantna

⁷⁷ Marcos, »Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe,« 81, kjer podrobneje razlaga antagonizem med lučjo in temo kot ključno metaforo novega veka v nasprotju do srednjega.

⁷⁸ Prisposodob s sodom smodnika, ki naj bi jo izoblikoval Simon Linguet, navaja Arnaud, op. cit., 116.

⁷⁹ »Une bibliothèque sans ordre est une contradiction dans les termes.« Brissot, *Bibliothèque philosophique du législateur*, tome premier, VII.

⁸⁰ Prav tam, X.

⁸¹ Prim. z Descartesovim tehtanjem glede objave svojega spisa v VI. delu *Razprave o metodi*, 85 in nasl. Prav novost njegovih spoznanj, ki bi lahko služila za pospeševanje občega človeškega blagra, na koncu pretehta nad razlogi zoper objavo.

⁸² Brissot, op. cit., VI.

⁸³ Bacon, *Novum Organum*, I, 39: maliki plemena, brloga, trga in teatra.

predvsem tretji in četrti tip. Slednjega tvorijo *idola theatri*, ki naj bi se naselili v človekovo mišljenje prek različnih dogmatičnih filozofskih sistemov in izkrivljenih pravil dokazovanja. Iz tega razloga Bacon razglasi »vse dotedanje sisteme filozofije za prevzete ali izmišljene, saj kot številne gledališke predstave ustvarjajo fiktivne in teatrične svetove«. ⁸⁴ Še pomembnejši in najtrdovratnejši pa so *idola fori*, ki se jih prevaja kot »*idols of the market-place*«. Če ostanemo zvesti angleškemu prevodu, so Bacona najbolj zmotile zmote s tržnice ⁸⁵, s čimer cilja na »besede (*verba*) [...], ki definirajo reči s temi širokimi mejami (*lineas*), ki so najbolj razvidne vulgarnemu razumu (*vulgari intellectui*); ko pa bolj izostren razum (*intellectus*) ali bolj pozorno opazovanje poskušata razlikovati med temi mejami in jih bolj natančno prilagoditi naravi, besede nasprotujejo«. ⁸⁶ *Idola fori* v najbolj splošnem smislu označujejo nedoslednosti, zmote v jeziku. »Ljudje si domišljajo, da njihov razum obvladuje besede, v resnici pa besede vplivajo na [njihovo] razumevanje«, »spori med učenimi možmi [pa] se končujejo s prepiri glede besed in imen«, ki jih zaman poskušajo odpraviti s postavljanjem opredelitev – tudi te se namreč oblikujejo z besedami. ⁸⁷ Zmote v jeziku so bodisi za imena stvari, ki ne obstajajo, bodisi za slabo opredeljene oznake sicer resničnih predmetov, ki so nastale kot posledica pre nagljenih in neobičajnih abstrakcij. ⁸⁸ *Forum*, iz katerega izvira ta vrsta malikov, pa ne pomeni zgolj trga, prostora sklepanja poslov, temveč tudi kraj izrekanja prava, sodišče. Prav nejasne meje med pojmi, ki porajajo zmote in onemogočajo, da bi sploh zares pristopili k reševanju sporov, naj bi bile glavni razlog za kaotičnost srednjeveške jurisprudence, ki jo še dodatno pesti odsotnost jasnih demarkacij med konkurirajočimi si jurisdikcijami različnih organov odločanja. ⁸⁹

3.2 Pravo starega režima

»Človek, ki po Franciji dostavlja pošto, pogosteje menja zakone kot konja,« ⁹⁰ pravi Voltaire o pravu v »stoletju Ludvika XV«. Njegova opazka se ne nanaša samo na čas konkretnega monarha,

⁸⁴ Prav tam, I, 44.

⁸⁵ Povezava med motivom tržnice in kritiko abstraktnosti »vulgarnega« uma je reciklirana v Heglovem spisu »Kdo misli abstraktno?«, 46: »Ti, stara, tvoja jajca so pokvarjena, reče kupovalka branjevki. Kaj, odvrne ta, moja jajca pokvarjena? Pokvarjena je mogoče kar ona! Ona mi bo to rekla o mojih jajcih? Ona? Mar niso njenega očeta uši na deželni cesti požrle, mar ni njena mati ušla s Francozi in njena stara mati umrla v hiralnici, - naj si za svojo candrasto rutko kupi celo srajco /.../ Skratka, lasu ne pusti dobrega na njej. Misli abstraktno in jo subsumira po rutki, čepici, srajci, itn. pa po prstih in drugih delih telesa, pa po očetu in vsej rodovini, povsem edinole pod hudodelstvo, da so se ji jajca zdela pokvarjena; vse na njej je skozinskoz pobarvano s temi pokvarjenimi jajci.«

⁸⁶ Bacon, op. cit., 59.

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Prav tam, 60. Gl. tudi Eco, *Iskanje popolnega jezika*, 198 in 199.

⁸⁹ Marcos, op. cit., 84.

⁹⁰ Voltaire, »Précis du siècle de Louis XV,« 427. Podobna partikularnost in pluralnost je v Franciji veljala tudi glede merskih enot za težo, dolžino, volumen, itn., ki naj bi jih bilo po nekaterih štetjih 700 različnih, do leta 1795, ko jih je uradno nadomestil decimalni oziroma metriski sistem. V *Cahiers de doléances* za mesto Angoulême lahko tako najdemo poziv k poenotenju merskih enot: »V kraljestvu ni potrebna več kot ena utež (*poids*) in ena sama mera (*mesure*).« Citirano po: <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-49517&I=21&M=tdm> (26. 8. 2018). Zahteva po poenotenju vseh mer v francoskem kraljestvu, ki je nastala predvsem kot odziv na problem lokalnih žitnih

temveč na splošno stanje v obdobju *ancien régime*⁹¹. Leta 1750 Prevôt de la Jannès pravne vire, ki urejajo *civilno* pravo⁹², še vedno deli na pisano in nepisano pravo (*droit non-écrit*). Med prve prišteva vladarjeve akte: *ordonance*⁹³, edikte⁹⁴, deklaracije⁹⁵ in *arrêts du Conseil* (odločbe kraljevega sveta), ki se nadalje delijo na *arrêts en commandement* splošne narave in *arrêts simples*, naslovljene na posamezne osebe.⁹⁶ Nezapisani pravni viri so »različni običaji kraljestva« in »maksime, ki so se oblikovali skozi prakso Palače, pristop Avtorjev (tj. dela stroke) in jurisprudence sodnih odločb«⁹⁷. K Jannèsovi shemi je treba dodati še recipirano rimsko in kanonsko pravo,⁹⁸ da je zaobsežen nabor virov, ki so tvorili krpanko⁹⁹ srednjeveških pravnih prostorov.

Z jurisprudence Jannès najverjetneje cilja na *interpretatio*¹⁰⁰ in *arrêts de reglement*, ki jih omenja tudi med pisnimi pravnimi viri. Označujejo odločbe sodišč najvišje stopnje (*cours supérieurs*), s čimer so mišljeni predvsem t.i. *parlements*. Gre za regionalne apelacijske organe, ki so poleg sodne opravljali tudi normodajno funkcijo. Vse prej naštete vladarjeve akte je namreč moral predhodno potrditi *parlement*, da so lahko stopili v veljavo. Institut je bil sprva zamišljen zgolj kot način zagotavljanja javne objave zakonodajnih aktov, z letom 1350 pa je postopek postal obvezen.¹⁰¹ Ščasoma se je procedura zapisovanja v register ali *enregistrement* uveljavila kot

mer, zaradi katerih je bilo močno oteževano trgovanje, naj bi bila v času pred volitvami v državne stanove leta 1789 strnjena v geslo »*Un roi, une loi; un poids et une mesure*«.

⁹¹ Izraz označuje le tisti del srednjega veka, ki se je odvijal na ozemlju francoske kraljevine od 15. oziroma 16. do konca 18. stoletja. Poleg same epohe se uporablja tudi kot termin za politično-ekonomsko strukturo tistega časa. Morda je še natančnejši izraz za del srednjega veka, ki je obravnavan v pričujočem delu, »čas treh Ludvikov«, torej doba od 1643 do 1789.

⁹² Enači ga z zasebnim pravom in ga definira kot pravo, ki med posamezniki ureja, kar je nujno, da se vsakemu dodeli, kar mu pripada. Jannès, op. cit., 4.

⁹³ Akti najbolj splošne narave, primerljivi patentom habsburških vladarjev.

⁹⁴ Bolj individualizirani akti glede na naslovljenca. Edikt *ancien régime*-a se v tem oziru bistveno razlikuje od edikta rimske cesarske dobe, v kateri so bili *edicta* oblika cesarskih konstitucij, ki se je nanašala na najširši krog ljudi. Gl. Kranjc, *Rimsko pravo*, 125-126; Škrubej, *Pravo v zgodovini*, 78.

⁹⁵ Interpretacije in obrazložitve že sprejetih vladarjevih aktov.

⁹⁶ Jannès, op. cit., 5. Dopolnjeno s Halpérin, *Five legal Revolutions*, 13.

⁹⁷ »*Les maximes qui se sont formées par l'usage du Palais, le sentiment des Auteurs, et la Jurisprudence des Arrêts.*« Jannès, Les), op. cit., 5.

⁹⁸ Le Clair, op. cit., 19; Gojosso, op. cit., 150. Gl. tudi str. 46 pričujočega besedila o aktih, ki jih je abrogiral zakon o razglasitvi *Code civil*. Arnaud, op. cit., 74, citira razdelitev, ki sta jo popisala Fleury in Argout v *institution au Droit français*: »[Francosko pravo je sestavljeno iz dveh delov]: pisanega prava (*droit écrit*) in rabe (*l'usage*). Navadno se s pisanim pravom poimenuje le rimsko pravo (*droit romain*); vendar sam izraz uporabljam v njegovem resničnem smislu, pod katerim razumem tudi *ordonance*, del kanonskega in rimskega prava (*partie du droit canon*), običaje (*coutumes*), partikularne statute (*statuts particuliers*).. Raba (*l'usage*) je vse, kar opazimo med nami, brez da bi bilo zapisano.« Gl. tudi Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Traité des lois, 13s. poglavje: »V Franciji imamo štiri različne vrste zakonov (*loix*): *ordonance*, običaje (*coutumes*), ki so nam lastni običaji (*nos loix propres*), in tisto, kar upoštevamo iz rimskega prava in kanonskega prava.«

⁹⁹ »A patchwork of ... jurisdictions.« Härter, »The Early Modern Holy Roman Empire,« 124.

¹⁰⁰ Korpus prava, ki je obsegal strokovna mnenja vplivnejših pravnikov in rešitve sodne prakse. Nanj se je organ odločanja v skladu z načelom »*in claris non fit interpretatio*« oprl predvsem v primeru odsotnosti drugega pravnega vira. Gl. Marcos, op. cit., 85.

¹⁰¹ Le Clair, op. cit., 36.

način, preko katerega so *parlements*, ki so lahko vpis kraljevega akta zavrnil (droit de remontrance), pridobili izrazit zakonodajni vpliv in se skozi pogajanja s kraljem vzpostavili kot ena izmed glavnih političnih teles *ancien régime*.¹⁰² Ludvik XIV je sicer med leti 1673 in 1715 omejil možnost *remontrance*, z ordonanco leta 1667 poenotil civilni postopek in v njenem 7. členu sodiščem prepovedal interpretacijo jasnih določb, njegov naslednik pa je ponovno obudil uporabo prisilne registracije prek *lit de justice*.¹⁰³ Kljub nihanjem v njihovi moči in poskusom finančnega ministra Maupeouja, da bi jih odpravil, so *parlements* vse do konca *ancien régime* ohranili pozicijo kraljevega dialoškega partnerja v vladanju. V letih 1788 in 1789 so nastopili kot ključna politična opozicija kraljevi oblasti in katalizator začetkov francoske revolucije¹⁰⁴ dokler jih ni Nacionalna skupščina dokončno ukinila leta 1790.¹⁰⁵

Ob tem je nujno opozoriti, da je pomen, ki ga navedeni avtorji pripisujejo vladarjevim aktom kot pravnim virom, treba jemati z določeno mero zadržanosti, saj pride do občutnejšega vpliva kraljeve normodajne dejavnosti šele z Ludvikom XIV. Z ediktom je predpisal pravno izobrazbo kot pogoj za opravljanje sodniške in odvetniške dejavnosti¹⁰⁶ ter pravnim fakultetam odredil obvezno izvajanje nekaterih predavanj v francoskem vernakularju,¹⁰⁷ s čimer je poglobil proces profesionalizacije in nacionalizacije jurisprudence. Poleg tega je med leti 1667 in 1685 sprejel pet ordonanc, ki so naredile prvi izrazitejši korak v smeri poenotenja in sistematizacije prava s *strani centralizirane politične oblasti*.¹⁰⁸ Z njimi je uredil civilni in kazenski postopek, trgovinsko pravo, mornarico in položaj črnih sužnjev v kolonijah (*»Code Noir«*). Na področjih, ki so jih normirale, so ordonance izrecno izključevale veljavnost drugih pravnih virov, ki bi nasprotovali njihovim določbam,¹⁰⁹ po obsegu in namenu pa predstavljajo zakonodajalčev poseg, usmerjen k temeljiti reorganizaciji določenih pravnih vprašanj.¹¹⁰ Kljub temu odločilnemu premiku v smeri pravnega

¹⁰² Poglobljeno o *remontrance* in *enregistrement* glej Marie Duclos, *L'idée de loi au XVIII^e siècle*, 452 in nasl. *Parlements* lahko do neke mere primerjamo z deželnimi zbori na ozemlju habsburških dednih dežel, *enregistrement* pa z »zakonodajnim postopkom«, ki je potekal med deželnimi stanovi in knezom. Ključna razlika je v tem, da deželni zbor ni opravljal funkcije sodnega organa, kar je v veliki meri posledica drugačnega razvoja v visokem in poznem srednjem veku, zlasti z ozirom na potek drobitve oblasti, patrimonializacije in razvojem plemiške avtonomije, ki je na območju srednje Evrope pustila bolj opazne učinke kot v Franciji. Gl. Škrubej, *Pravo v zgodovini*, 218 in nasl; Vilfan, *Uvod v pravno zgodovino*, 93 in nasl.

¹⁰³ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 28. *Lit de justice* ali »ležišče pravice« je bila posebna seja *parlement*, ki jo je sklical kralj in na njej enostransko uveljavil registracijo svojega akta, v primeru, da so člani *parlement* zavračali vpis.

¹⁰⁴ Lefebvre, *The French Revolution*, 95 in nasl; Kropotkin, *The Great French Revolution*, 5. poglavje.

¹⁰⁵ Lefebvre, op. cit, 134; Kropotkin, op. cit., 21. poglavje.

¹⁰⁶ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 8.

¹⁰⁷ Prav tam, 44.

¹⁰⁸ Prav tam, 14.

¹⁰⁹ Ordonnance pour les matières criminelles (1670): *»Abrogeons toutes ordonnances, coutumes, loix, status, reglemens, stils, et usages differens ou contraires aux dispositions y contenues.«* Gl. tudi 8. člen ordonnance o civilni proceduri iz 1667.

¹¹⁰ Ludvikove »sistematične ordonance« bi lahko primerjali s patentni Marije Terezije in Jožefa II za habsburške dedne dežele.

monizma, je projekt ostal nedokončan,¹¹¹ sploh kar zadeva kodificiranje civilnega materialnega prava, kamor akti Ludvika XIV niso posegli.

Na prelomu med 16. in 17. stoletjem naj bi se na francoskem ozemlju pojavila prva strokovna pravna dela v vernakularju, ki se niso nanašala zgolj na običajno pravo.¹¹² Glede na tradicijo posameznih krajev in zlasti glede na učni program univerz se teritorij predeli na dve območji – *droit coutumier* in *droit écrit*.¹¹³ Prvo, ki v veliki meri sovпада s severnim delom Francije, je dobilo ime zaradi poudarka na študiju običajnega ali »francoskega prava« (izraz, ki se prav tako pojavi šele v nekaterih delih 16. in 17. stoletja), medtem ko je bil v drugi, južni regiji občutnejši vpliv recepcije rimskega prava. Delitev je seveda shematična, saj je tudi na pariški fakulteti, ki se jo navaja kot paradigmatski primer *droit coutumier*, leta 1679 uveden kurz rimskega prava, prav tako pa bi lahko območja rimskega prava nadalje delili glede na to, kateri del Justinijanove kodifikacije so poučevali, koliko let je trajal študij rimskega prava, ali je vzporedno potekal tudi pouk običajnega prava, itd. Vseeno lahko za potrebe pričujočega pregleda prevzamemo Arnaudovo shemo treh glavnih pravnih šol, ki so se izoblikovale do prve polovice 17. stoletja¹¹⁴: 1) komentatorji (*commentateurs*) običajnega prava, ki so vzeli kot osnovo svojega proučevanja poljubno zbirko običajev in nato njeno vsebino primerjali z drugimi; 2) privrženci Antoina Loisela, avtorja *Institutes coutumières*, ki je bila uradna, torej s strani kralja potrjena zbirka običajnega prava, organizirana po vzoru Gajevih Institucij; 3) na območju *droit écrit* pa so bile v ospredju predvsem razne sistematike rimskopravnih virov, pisane z namenom, da bi olajšale njihovo uporabo v praksi.

Do konca 17. stoletja, ko se na francosko ozemlje prebije občutnejši vpliv racionalistične naravnopravne šole, rivalstvo med *droit écrit* in *droit coutumier* nadomesti popolnoma nov izziv: poenotenje prava za celotno kraljestvo. V povezavi s tem ciljem pride do ponovne razcepitve v pravni stroki.¹¹⁵ Na eno stran se postavijo t.i. *conférenciers*, ki zagovarjajo tradicionalni, empiristični pristop prek metode konferenc (*les conférences*); izhajali so iz obstoječega pluralizma pravnih virov in skušali prek primerjave njihovih določb izoblikovati skupna pravila.¹¹⁶ Njihovi nasprotniki, imenovani tudi »modernisti«, so po drugi strani edino možnost za preseganje pravnega partikularizma videli v tem, da se pravo postaviti na novo, na racionalen način, ki bo

¹¹¹ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 15; Grossi, *Pravna Evropa*, 112. Oba avtorja opozarjata, da ordonnance sicer predstavljajo koordinirane, a ne izključne norme, saj so se drugi pravni viri obdržali kot veljavna pravila vse do konca *ancien régime*.

¹¹² Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 44.

¹¹³ Arnaud, op. cit., 45 in nasl.

¹¹⁴ Prav tam, 62.

¹¹⁵ Prav tam, 63.

¹¹⁶ Prav tam, 78.

temeljlil na nekaj odbranih apriornih načelih, do katerih se lahko dokoplje samo razum. Boj med »Anciens« in »Modernes« se razteza vse do konca prvih desetletij 18. stoletja, ko dokončno prevlada načrt za poenotenje prava *a priori*.¹¹⁷

3.3 Iz blodnjaka k univerzalni metodi: Domat in Descartes

Med bolj relevantnimi primeri pravnega racionalizma 17. stoletja z vidika nastajanja *Code civil* je Jean Domat. Iz njegovih besedil, ki so brez izjeme prešla v osebne knjižnice redaktorjev *Code Napoléon*, naj bi bilo prevzetih med 300 in 600 členov,¹¹⁸ med drugim tudi dikcija slavnega 1134. člena, katerega določba o avtonomiji volje je eden izmed temeljev civilne kodifikacije.¹¹⁹ V Uvodu k svojemu glavnemu delu *Civilni zakoni v njihovem naravnem redu* kritizira razvrstitev materije v Justinijanovi kodifikaciji in ji očita umanjkanje kakršnega koli reda. Da bi ponovno omogočil študijo in uporabo njenih vsebin, mora zanje iznajti novo razvrstitev.

Načrt, ki je predlagan v tej knjigi je torej, da se civilne zakone¹²⁰ postavi v njihov red: [da se] razloči pravne materije in jih sestavi glede na red, ki ga imajo v telesu, ki ga naravo tvorijo; razdeli vsako materijo na njene dele; uredi v vsakem delu podrobnosti njegovih definicij, principov in pravil; ne privzame nič, kar ni bodisi jasno samo po sebi bodisi je vse, kar je nujno za pojasnjevanje [tega elementa], že pred njim. Zatorej to, kar je predlagano, ni izdelava povzetka ali preprostih *Institucij*, temveč je zadana naloga, da se razume vse podrobnosti vsebine, o kateri se bo pisalo.¹²¹

Postavljanje rimskih pravnih virov v njihov naravni red pri Domatu pomeni odbiranje zastarelega prava, ki je neprenosljivo iz svojih antičnih zgodovinskih razmer, od večnih rešitev starih Rimljanov, ki so uporabne tudi za Domatov čas. Kot sito za razločevanje med njimi predvidi načela naravnega prava: »Vsi zakoni (*loix*) imajo svojo moč *na podlagi prvih principov*, ki so temelj reda človeške družbe. Dobro razumevanje narave in uporabe različnih vrst zakonov ni

¹¹⁷ Prav tam, 95, kjer omeni, da pravni racionalizem v tem času preide tudi v učne program univerz. Natančneje o posameznih pripadnikih obeh smeri Arnaud piše na straneh 65 – 124 navedenega dela.

¹¹⁸ Gojso, op. cit., 152; Lobingier, »Napoleon and his Code,« 118; Arnaud, op. cit., 55.

¹¹⁹ 1. odstavek: »Zakonito sklenjeni sporazumi privzamejo mesta zakona za tiste, ki so jih sklenili.« (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.) Gl. str. 53-54 tega besedila za nadrobnejšo razlago. Za primerjavo z Domatovo izpeljavo gl. Herman, »Uses and Abuses of Roman Law Texts,« 680 in 681; Halpérin, »French Legal Science,« 57; Arnaud, op. cit., 204.

¹²⁰ Domat z izrazom *loix civiles* ne cilja izključno na materijo, ki jo danes prištevamo na področje civilnega prava, še bolj pa se oddalji od rimskega *ius civile*, torej prava rimskih državljanov (*Cives*). V 14. poglavju *Traité* (v *Loix civiles dans leur ordre naturel*) poda shemo svojega »*Droit civil*«: 1) splošna pravila o naravi in interpretaciji zakonov (*regles generales de la nature et de l'interpretation des loix*), osebe (*personnes*) in stvari (*choses*); 2) dvostranske, enostranske in neprostoVOLjne obveznosti (*engagemens*); 3) nasledstvo ali dedovanje (*successions*). Čeprav je na prvi pogled ta pregled vsebinsko podoben današnji delitvi civilnega prava na obligacijsko, stvarno in dedno pravo, Domat denimo med oblike obvez uvršča služnosti in doto, v isti knjigi pa razpravlja celo o poravnavi (*transaction*) kot vrsti sporazuma (*convention*), ki jo osebe sklenejo, da preprečijo ali končajo postopek (Livre 1^{ère}, Titre XIII, 433), in arbitraži (*compromis*, Livre 1^{ère}, Titre XIV, 441). Z današnjega vidika torej Domatovi »civilni zakoni« kvečjemu obsegajo področje zasebnega prava, znotraj katerega se še vedno prepletata materialno in formalno pravo. Poleg tega se njegovi »zakoni« nanašajo na rimske pravne vire in ne na normativne akte centralne oblasti.

¹²¹ Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Préface.

mogoče drugače kot po poti njihovega veriženja (*enchainement*) glede na te principe.«¹²² (poudaril S. K.)

Povezavo med redom in urejenostjo po prvih principih Domat v pravo prenese iz splošnih načel spoznavanja in znanosti. Podobno kot je pri stvareh »pravilna razporeditev delov, ki tvorijo celoto, nujna, da jih [sploh] lahko spoznamo«, je red še toliko bolj potreben pri resnicah neke znanosti. »Narava [teh resnic je namreč], da so med seboj v odnosih in povezavah, zaradi katerih v duh vstopajo samo ena po drugi (*les unes par autres*), pri čemer morajo tiste, ki se jih razume same po sebi in so [zato] vir drugih, [v duh] vstopiti pred njimi.«¹²³ Šele na podlagi spoznanja teh preprostih in evidentnih resnic lahko sestavimo, »tako kot v geometriji«, tiste bolj podrobne.¹²⁴ »Zato je potrebno v sistemu in načrtu tega univerzalnega reda *prepoznati položaj* (situation) in *razsežnost* (*étendue*) civilnih zakonov.«¹²⁵

V pravnem sistemu so na mesto prvih resnic postavljeni naravni zakoni ali »pravila, ki jih je vzpostavil sam Bog in ljudi poučil o njih prek luči razuma.«¹²⁶ Za razliko od arbitrarnih, s strani človeka postavljenih zakonov, ki so *pogojeni* z večnimi, nespremenljivimi pravili, imajo te *brezpogojne* danosti – aksiomi – status gotovosti (*certitude*).¹²⁷ Prav v povezavi z utemeljitvijo gotovosti naravnih zakonov Domat najizraziteje pokaže svojo razklanost med razodetjem in razumom: »O gotovosti teh principov presojamo skozi dvojni vtis, ki ga na našem duhu [po eni strani] pustijo resnice, naučene od Boga prek vere, in ki se jih [po drugi strani] zavedamo z našim razumom.«¹²⁸ Medtem ko resnice drugih znanosti, denimo geometrije, nastopajo zgolj kot predmet duha (in ne vstopajo v vse duhove), so prvi principi prava in njim pripadajoča pravila resnice, ki pripadajo tako duhu kot srcu in se jih posledično zavedamo vsi.¹²⁹

Pojmi, s katerimi Domat razloži svojo metodo sistematiziranja prava, in pravila za razmejevanje, analizo in sintezo elementov tega sistema, so več kot očitno navdahnjeni z Descartesovimi štirimi zakoni, s katerimi poenostavi »veliko število pravil, ki tvorijo logiko«¹³⁰. Principe oblikovanja »dolgi verig umovanj«, ki se jih »navadno poslužujejo geometri«, Descartes posploši kot splošno

¹²² Prav tam.

¹²³ Prav tam.

¹²⁴ Prav tam.

¹²⁵ Prav tam: »C'est donc dans le systeme et dans le plan de cet ordre universel qu'il faut *reconnoitre la situation et l'étendue des loix civiles*.« (V sl. in fr. različici poudaril S. K.)

¹²⁶ Prav tam, Livre Préliminaire, Titre I, Section I, paragraf III, 5.

¹²⁷ Prav tam, Traité des Loix, 1. poglavje.

¹²⁸ Prav tam.

¹²⁹ Prav tam, kjer kot primer v podporo svojemu razlikovanju navaja, da se vsi zadevamo, z duhom in srcem, prepovedi ubijanja, kraje in smo zato o tem bolj prepričani kot o resnicah geometrije.

¹³⁰ Descartes, *Razprava o metodi*, 46 in nasl. Gl. tudi fr. *Discours de la méthode*, 49 in nasl. Vplive na Domatovo metodo bi lahko iskali tudi v Arnauldovi Logiki, kjer je avtor oblikoval lasten nabor pravil za »veščino mišljenja« po Descartesovem vzoru.

vodilo razuma pri spoznavanju »vseh stvari, ki morejo biti predmet človekovega spoznavanja«¹³¹. Če bomo torej zdrav razum ali »zmožnost pravilne presoje« vodili *more geometrico*, nam posebne lastnosti danega predmeta ne morejo preprečiti, da bi naše spoznanje o njih doseglo enako gotovost kot v geometriji.¹³²

Descartes naravnopravnim racionalistom ni izoblikoval le metode, temveč je dal zgled za njihovo celotno kritično držo, ki na podlagi obsodbe obstoječega stanja zahteva gradnjo miselnih sistemov *ab ovo* in *a priori*. Kot obrazloži v *Razpravi o metodi*, njegov namen ni posnemati skeptike, »ki dvomijo samo zavoljo dvoma samega«, temveč dvomi, da bi prišel do nečesa gotovega – »odstranjuje sipko zemljo, da se dokoplje do gline«. ¹³³ K svoji kritiki sholastične filozofije in njene dialektične metode, ki se ne uspe prebiti do nobene gotove resnice, tako doda, da druge znanosti, denimo jurisprudenca in medicina, »kolikor si te izposojajo svoje principe od filozofije«, na tako slabih temeljih ne morejo zgraditi nič trdnega.¹³⁴ Da bi postavil boljše, Descartes svoje metode ne preprosto prevzame iz obstoječe geometrije ali načinov sklepanja. Izpelje jo prav na podlagi kritike logike, za katero pravi, da služi bolj posredovanju že poznanih stvari, kot odkrivanju novih,¹³⁵ ter aritmetike, geometrije in algebre, ki jo je treba izmotati iz »mnogoštevilnih načinov zaznamovanja in nerazložljivih figur«. ¹³⁶ Popravka geometrične analize in algebre se loti tako, da na pomanjkljiva mesta v eni vedi prenese, kar je dobrega v drugi, in s tem doseže *algebraizacijo geometrije*:

[N]avzlic različnosti predmetov, s katerimi se [veje matematike] ukvarjajo, [se] vse skladajo v tem, da proučujejo samo razne relacije (*rappports*) ali proporcije (*proportions*), ki jih je najti med predmeti, zato sem menil, da se moram omejiti samo na raziskovanje teh proporcij. Vendar pa bi teh proporcij nikakor ne vezal na predmete tako, da bi jih ne bil mogel kasneje prenesti na vse druge, za katere bi se dali uporabljati. Nadalje sem pomislil, da bo za spoznanje teh proporcij potrebno, da proučim včasih vsako posebej, včasih pa, da jih po več zajamem v eno skupino in si jih zapomnim. V prvem primeru bo najbolje, če bom predpostavljal proporcije samo med črtami (*lignes*¹³⁷), kajti razen teh nisem našel ničesar, kar bi bilo bolj enostavno. V

¹³¹ Prav tam.

¹³² Descartes, *Pravila, kako naravnati umske zmožnosti*, 105, Pravilo I: »Vse znanosti niso nič drugega kot človeška presodnost (*humana sapientia*), ki ostaja zmeraj ena in ista, pa naj jo uporabljamo na še tako različnih predmetih, in ne dobiva od njih na posodo večjega razlika nego sončna luč od mnogovrstnih predmetov, ki jih osvetljuje.« Gl. tudi Renault, »Présentation«, 22.

¹³³ Descartes, *Razprava o metodi*, 56.

¹³⁴ Prav tam, 37.

¹³⁵ Prav tam, 45. V povezavi z obratom v razvoju logike je poveden Cassirer, *Filozofija razsvetljenstva*, 234 in nasl.: »Če hočemo razumeti smer, ki jo je družboslovje ubralo v 17. in 18. stoletju, in če si hočemo v celoti pojasniti novo metodiko, ki se je tu razvila, jo je treba neposredno navezati na sočasni razvoj /.../ nove oblike logike, ki se noče več sprijazniti samo s tem, da bi klasificirala in urejala dano znanje, ampak hoče postati orodje (*organon*) znanja /.../ *logica inventionis*.«

¹³⁶ Descartes, *Pravila, kako naravnati umske zmožnosti*, 122, Pravilo IV.

¹³⁷ Renault v povezavi s tem izrazom pravi: »Descartes uporabi črto (*la ligne*) kot najbolj preprost simbol veličine, ki kot taka dopušča enako dobro razlago kontinuiranih veličin geometrije kot diskontinuiranih aritmetike.« Gl. *Discours de la méthode*, 52, opomba 2.

primeru združevanja proporcij pa bo najbolje, če jih označim z nekimi kar moč kratkimi številkami ali simboli (*chiffres*).¹³⁸

Podobno ponovi tudi v IV. pravilu za naravnanje umskih zmožnosti:

[V] matematiko sodi vse, v čemer raziskujemo red ali mero. Brez pomena [je], ali iščemo to mero v številih ali figurah, v zvezdah ali v zvokih ali v katerem koli drugem objektu. Potemtakem mora eksistirati neka obča znanost, ki razlaga vse, kar se da raziskovati glede reda in mere, brez uporabe na kateri koli posebni predmet. To znanost označujemo ne z izposojenko, marveč s starim in po rabi sprejetem imenu kot univerzalno *matematico* (dobesedno: univerzalna panoga; *mathesis universalis*): ona zajema vse tisto, zaradi česar nazivamo vse druge znanosti kot dele matematike.¹³⁹

Če je bilo na začetku postavljeno vprašanje, kakšno spremembo je obrat prava k sistemu povzročil na ravni definiranja predmetov, daje Descartes revolucionarni odgovor. Vsak predmet spoznanja je mogoče abstrahirati tako, da ostanejo le še proporci, črte, zamejitve, *mere*, ki jih nato lahko izrazimo s primerljivimi aritmetičnimi količinami ali še nadalje posplošimo v algebraične simbole. Ta postopek matematizacije predmeta vednosti je univerzalen in na vseh področjih človekovega spoznanja zagotavlja gotovost definicij. Tako tudi »narava« ne označuje zgolj predmetov naravoslovja, temveč se razteza v sfere družbenega, duševnega in na sploh vsega, česar resničnost lahko utemeljimo z gotovostjo.¹⁴⁰ V kolikor Descartes s tem prelomi s predpostavko nauka o kategorijah, po kateri zaradi različnosti predmetnega področja ne moremo v vseh panogah doseči enake stopnje natančnosti, njegova metoda ne predstavlja nič drugega kot rez na ravni *tehnike zamejevanja, definiranja*.¹⁴¹

Domat si od uporabe geometrične metode, s katero bo postavil nov sistem prava, poleg gotovosti (*certitude*) obeta predvsem dva učinka: jedrnatost (*brièveté*) in jasnost (*clarté*). Zakoni bodo postali preprosti, s tem pa bo olajšano tudi njihovo učenje.¹⁴² Ravno to je učinek matematizacije, saj *mathema* označuje tisto, kar se da in se je treba naučiti. Kasnejši kodifikatorji in analize njihovih projektov v literaturi so k tem lastnostim dodali še *koherentnost* oziroma *konsistentnost*, ki je opredeljena kot nekontradiktornost: pravni sistem ne sme dopuščati, da bi bila za dani primer

¹³⁸ Descartes, *Razprava o metodi*, 48.

¹³⁹ Descartes, *Pravila, kako naravnati umske zmožnosti*, 123, Pravilo IV. Gl. tudi Descartes, *Géométrie*, 2-3, kjer poveže geometrijske črte z elementi aritmetične enačbe, na strani 8 pa na podlagi tega demonstrira reševanje enačb z več neznankami.

¹⁴⁰ Cassirer, op. cit., 225 in 226, ki v povezavi s tem govori o »naravi 17. stoletja«.

¹⁴¹ Aristotel, *Nikomahova etika*, 1094b, 20-27: »Izobražen človek bo na nekem področju zahteval le tolikšno mero natančnosti, kolikor je dopušča narava obravnavanega predmeta: kakor bi bilo nesmiselno poslušati pri matematiku, kako zna lepo postavljati besede, prav tako bi bilo zgrešeno od govornika terjati neizpodbitnih dokazov.« Gl. tudi opomba 3 k Descartesovim *Pravilom*, 301.

¹⁴² Domat, *Les Loix civiles*, Préface. Podobne lastnosti jasnosti, gotovosti, preprostosti, ki izhajajo iz geometrične natančnosti, ugotavlja Grossi, *Pravna Evropa*, 99. Glede jasnosti in poenostavitve na ravni jezika Höltl, op. cit., 68.

veljavna tako neka trditev kot njena negacija.¹⁴³ Nadalje je bistvena značilnost kodifikacije *popolnost*,¹⁴⁴ ki se tesno povezuje z že omenjeno *izključnostjo* in *izčrpnostjo*.¹⁴⁵ Zakonik mora biti po ideji naravnopravnega racionalizma sposoben ponuditi odgovor za vsak primer, ki bi se pojavil pred sodiščem. S tem je odpravljena potreba po iskanju drugih virov prava, sodnik pa je prisiljen k odločanju na podlagi vnaprej določenega zakonskega okvira. Šele ko se kodifikacija uveljavi kot »samozadosten vir«, se od sodnika sploh lahko zahteva, naj vsak primer odloči po metodi silogizma; šele ko je podan vnaprej določen, zaprt sistem pravnih pravil, je subsumpcija, podrejanje danega predmeta pod pojem, sploh zamisljiva kot tehnika odločanja. Tesno povezani s tem so nekateri argumenti in predpostavke pravne razlage, ki jih je izoblikovala moderna pravna teorija, npr. *argumentum a completudine* in sistematična razlaga, s katero interpret vzame v zakup celoten korpus prava, ki ji pripada dvoumna določba, in ob predpostavki sistematičnosti in konsistentnosti določi njeno razsežnost, pomen.¹⁴⁶ Ideal vnaprejšnje določitve nabora rešitev za vsak možen primer nikakor ni posebnost racionalizma, temveč se ohrani tudi pri razsvetljenskih avtorjih. Njena najbolj navajana primera sta prav Montesquieujeva teza o sodniku kot ustih zakona (ki sicer ni nujno tako jasna kot domnevajo navajalci)¹⁴⁷ in Beccarijeva ideja sodnika, ki odloča po formi popolnega silogizma.¹⁴⁸ Koncept popolnega zakonika se ohrani v krogu enciklopedistov¹⁴⁹ kljub izraziti reakciji zoper Descartesa in racionalistično tradicijo. To prepričanje se spremeni šele z ureditvijo *Code civil* ob refleksiji predhodnih poskusov kodificiranja.¹⁵⁰ Vseeno pa je lastnost, ki moderni zakonik loči od ostalih zgodovinskih oblik tega izraza, prav to, da nastopi kot izključni pravni vir in možne odstopne od tega omeji na polemiko glede vloge sodnika – ali mu mora zakonik pustiti diskrecijski prostor za ustvarjanje prava ali pa je zakon popoln in je naloga sodnika, da zgolj »deklarira, ne interpretira«.¹⁵¹

S tem trčimo na zapleten odnos razsvetljencev 18. stoletja do filozofije 17. stoletja, zaradi katerega je opredelitev kodifikacije kot »racionalističnega« sistema nekoliko presplošna. Francoskim

¹⁴³ Canale, op. cit., 137. Iz tega izhaja tudi *argumentum a cohaerentia* kot razlagalni argument v pravu.

¹⁴⁴ Prav tam. Sereni, »The Code and the Case Law,« 58. Scattola, »«*Scientia iuris* and *Ius naturae*,« 32 govori o lastnostih, ki jih mora imeti temeljni princip naravnega prava: resničnost, razvidnost, edinstvenost, zadostnost.

¹⁴⁵ Grossi, *Mitologie giuridiche*, 99 kodifikacijo označi za enoten, popoln, izključni pravni vir, ki ga postavi državna oblast.

¹⁴⁶ Sereni, op. cit., 63. Za argumente glej ustrezna poglavja pri Pavčnik, *Teorija prava*.

¹⁴⁷ Novak, »*Imago iudicis*,« 72 in nasl. denimo prepričljivo dokazuje, da Montesquieu pri svojem opisu ni ciljnal na poklicnega kontinentalnega sodnika, temveč na vlogo, ki jo ima sodnik v *angleškem* ustavnem sistemu. V popolnem nasprotju s splošnim prepričanjem, po katerem naj bi imelo sodstvo ustvarjalno funkcijo ravno v *Common law* tradiciji, je Montesquieu »navdih za idealno podobno sodnika, ki naj pravo zgolj odkriva, ne da bi mu kar koli dodajal ... odkril v Angliji« in jo skušal prenesti v francoski kontekst kot rešitev za preširoke pristojnosti *parlements*.

¹⁴⁸ Marcos, op. cit., 91.

¹⁴⁹ Gl. več o *parti encyclopédique* na str. 39. Mednje se navadno prištevajo Diderot, D'Alembert, Voltaire, Montesquieu, Beccaria, Condillac, Jaucourt, Condorcet, Holbach, itd.

¹⁵⁰ Gl. str. 55 te razprave.

¹⁵¹ Marcos, op. cit., 90.

empiristom je sicer skupen obrat k Newtonovi fiziki, Lockovi kritiki Descartesovega koncepta vrojenih idej in poudarjanje, da splošni pojmi ne morejo biti spoznavni vnaprej, temveč se lahko izoblikujejo šele na podlagi čutne zaznave.¹⁵² Vendar po drugi strani na področju morale in prava nekateri izmed njih (npr. Voltaire in Diderot) vseeno zagovarjajo obstoj apriornih, univerzalnih in nespremenljivih naravnih zakonov ali temeljnih pravnih norm. Voltaire tako leta 1737 v pismu pruskemu prestolonasledniku Frideriku sicer zapiše, da ne obstajajo nikakršne vrojene ideje in da zato tudi v »naši duši ni vrojena nobena zahteva po morali«.

Toda če nismo rojeni z brado, to ne pomeni, da v določeni starosti ne postanemo bradati /.../ Enako kot se nihče ne rodi z vedenjem, da je treba biti pravičen; toda Bog je človekove organe tako uskladi, da v določeni starosti vsi soglašamo s to resnico.¹⁵³

V svojem *Traité metaphysique* ponovi tezo o obstoju naravnih zakonov, »v razmerju do katerih morajo biti ljudje po vsem svetu enotni«.¹⁵⁴ Poleg tega se pojavi neenotno, mešano stališče tudi do zavrnitve Descartesa. Čeprav so enciklopedisti kritični do njegovih metafizičnih in fizikalnih izpeljav, mu denimo d'Alembert v *Uvodu v Enciklopedijo* pripisuje zasluge, da si je upal »dovzetnim duhovom pokazati, kako naj se otresejo jarma sholastike« in »[postaviti] temelje pravičnejši in srečnejši vladavini, ki je sam ni mogel videti uresničene«.¹⁵⁵ Če ne drugače, Descartes v razsvetljenski misli vztraja prek svojega dvoma: »Orožje, ki ga uporabljamo, da bi ga z njim pobili, ostane njegova last, pa čeprav ga obračamo zoper njega.«¹⁵⁶

V izogib tej zmešnjavi predlagam bolj natančno opredelitev modernih kodifikacij kot pravnih sistemov *a priori*, v smislu, da so zamišljene vnaprej, neodvisno od vsakokratnega prava ali pravnega vira. Pravo vzpostavljajo od začetkov, *ab ovo*, iz novih, vnaprej določenih temeljev, ki jih privzemajo iz filozofije. Ta *ab ovo* pa ne pomeni iz nič, *ex nihilo*, temveč *ex principio*, saj kodifikacije kot popolni sistemi sploh ne bi bile možne brez stoletij študij različnih pravnih virov *ancien régime*.¹⁵⁷ Bolj gre za to, da je »staro pravo« brano in odbrano, preinterpretirano,

¹⁵² D'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 28 in nasl.: »Nič ni bolj neizpodbitno kot obstoj naših občutkov: za dokaz, da so izvor vseh naših spoznanj, zadošča že, če prikažemo, da bi to lahko bili; kajti prava filozofija bo bolj cenila sklepanje, ki temelji na dejstvih ali priznanih resnicah, od takega, ki se opira samo na domneve, pa čeprav še tako bistroumne. Čemu domnevati, da so v nas že *a priori* čisto intelektualni pojmi, če pa nam je treba, da bi jih izoblikovali, le razmišljati o naših čutnih zaznavah? Podrobna razlaga bo pokazala, da ti pojmi zares nimajo drugega izvora.« Gl. tudi Condillacovo kritiko abstraktnih sistemov, osnovanih na arbitrarnih, hipotetičnih prvih principih, *Traité des systèmes*, 14 in nasl. O njej Hayes, *Reading the French Enlightenment*, 122-138.

¹⁵³ Navedeno po Cassirer, op. cit., 227, prevod v opombi.

¹⁵⁴ Prav tam, 228.

¹⁵⁵ D'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 120.

¹⁵⁶ Prav tam, 121.

¹⁵⁷ »Ne more iti za to, da bi sestavili sistem po vsebini novih zakonov, temveč da bi obstoječo zakonsko vsebino spoznali v njeni določeni občosti, tj. jo zajeli miselno.« Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 211 op. Hegel na tem mestu kontrira Savignyju in njegovim argumentom proti sestavi zakonika za nemške dežele, ki jih je izrazil v polemiki s Thibautom.

recipirano skozi nova počela, ob čemer se izrazom vtisnejo novi pomeni. V tem smislu so kodifikacije podobne filozofskim jezikom *a priori*: cilj ni več iskanje prvotnega izginulega jezika, ampak »ustvarjanje novega, umetnega jezika, temelječega na filozofskih načelih, zmožnega, da bo z razumskimi sredstvi rešil to, česar vsakovrstni jeziki, ki so bili vedno iskani in nikoli popolnoma najdeni, niso zmogli zagotoviti«. ¹⁵⁸

4 Pravo med *ars* (veščino, umetnostjo) in *scientia* (znanostjo)

4.1 Kompas in šestilo: mapiranje razsežnosti in položaja raznoterja

V Descartesovi metodi najde pravni racionalizem način, kako različne elemente prava na novo organizirati v sistem, ki ga Domat definira kot univerzalni red, v katerem prepoznamo položaj oziroma mesto (*situation*) in razsežnost (*étendue*) ¹⁵⁹ zakonov. Condillac leta 1749 v svojem *Traité des systèmes* postavi podobno, a nadrobnejšo opredelitev:

Sistem ni nič drugega kot razporeditev različnih delov neke veščine (art) ali znanosti (science) v red, v katerem se medsebojno vzdržujejo in kjer se zadnji [deli] pojasnjujejo s prvimi. Tisti, ki pojasnjujejo (rendre raison) ostale, se imenujejo principi; in sistem je toliko bolj popoln, kolikor so principi maloštevilni. Upati gre, da bi jih oklestili na enega samega. ¹⁶⁰ (poudaril S. K.)

Mesto razlagalnega načela, aksioma, ki dobesedno »naredi razumne« (*rendre raison*), racionalizira ostale elemente v sistemu, imajo prav naravni zakoni. Če je za naravno pravo v vseh njegovih zgodovinskih variacijah od antike do moderne značilno, da stopa v polemično razmerje z vsakokratnim pozitivnim pravom, da zavzame kritično stališče do prava, ki ga postavljajo »zgolj« politične avtoritete, da torej deluje kot *mera mere*, je za naravnopravni racionalizem specifično, da veljavno pravo svojega časa podvrže *znanstveni* korekciji. ¹⁶¹ Večnost naravnih zakonov, pri kateri vztrajajo tudi moderne teorije naravnega prava, ¹⁶² se prevesi v ahistoričnost znanstvenih pojmov, ¹⁶³ katerih vir oziroma zakonodajalec je *ratio*. Tako Domat, ki naravne zakone predvidi kot kriterij selekcije, korekture rimskega prava, govori o *science du Droit naturel*.

¹⁵⁸ Eco, *Iskanje popolnega jezika*, 206.

¹⁵⁹ Razsežnost je osnovna geometrična lastnost, ki jo Descartes pripiše materiji, telesni substanci; oziroma, natančneje, ta substanca je razsežen prostor, *res extensa*, »telo, ki je kontinuum«. Descartes, *Razprava o metodi*, 63. Domatovo opredelitev lahko razumemo kot določanje »prave mere« zakonov.

¹⁶⁰ Condillac, op. cit., 8. Prim. s skoraj identično opredelitvijo na začetku gesla '*système*' v *Encyclopédie* (avtorji d'Alembert, Le Blond, Rousseau, Jaucourt). Čeprav Condillac v nadaljevanju kritizira abstraktne, racionalistične sisteme, navedeno definicijo, ki je postavljena na sam začetek njegovega traktata, označi za splošno opredelitev sistema, neodvisno torej od tega, ali je s tem mišljen abstraktni, hipotetični ali resnični sistem.

¹⁶¹ Marcos, op. cit., 97.

¹⁶² Jannès, op. cit. 2; Domat, *Les Loix civiles*, Livre préliminaire, Titre I, Section I, paragraf III, 5. Gl. mesto v geslu *loi* (*Encyclopédie*), kjer Jaucourt razpravlja o vrstah nespremenljivih zakonov (*loi immuable*), med katere prišteje naravno pravo (*droit naturel*), druge pa enači *loi immuable* z *droit naturel*.

¹⁶³ Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 51. Fichant, »Ideja zgodovine znanosti,« 144 in nasl.

Prežeti s tem filozofskim duhom naj bi se pravniki 18. stoletja v svojem prostem času namesto z leposlovjem začeli ukvarjati z matematičnimi problemi, objavljenimi v lokalnih časopisih.¹⁶⁴ Med najbolj vnetimi reševalci »razsvetljenskih sudokujev« je bil Jean-Étienne-Marie Portalis, že omenjeni urednik *Code Napoléon*, ki v svojem *Discours préliminaire* k prvemu osnutku civilne kodifikacije leta 1801 glede odnosa med naravnim in pozitivnim pravom pove sledeče:

Pravo (*droit*) je univerzalni razum (*raison universelle*),¹⁶⁵ vrhovni razum, osnovan na sami naravi stvari. Zakoni (*les lois*) so oziroma morajo biti zgolj pravo, zvedeno na pozitivna pravila, na partikularne predpise. Pravo je moralno zavezujoče, vendar samo po sebi ne prinaša nobene prisile; [zgolj] usmerja, [še] zakoni zapovedujejo. *Pravo služi kot kompas* (*boussole*) in *zakoni kot šestilo* (*compas*).¹⁶⁶ (poudaril S. K.)

Univerzalni razum igra torej vlogo kazalca smeri neba, sredstva za spoznavanje naravnih elementov, ki omogoča orientacijo postavljalcu konkretnih črt. Kompas sam po sebi ne more zarisati nobene meje, medtem ko šestilo »ne vidi širše slike« – še skupaj tvorita potreben komplet orodij za izdelavo zemljevidov, ki nas dvignejo nad blodnjak.¹⁶⁷

Vsebinsko bi lahko obrat k sistemu pripravno opisali kot prehod prava iz *veščine* (*ars*) dobrega in pravičnega, kakor je definirano v Justinijanovi kodifikaciji,¹⁶⁸ v *znanost* (*scientia*), vendar se Domatova fraza *science du Droit* ne pojavlja pri vseh avtorjih. Prevôt de la Jannès je denimo ujet med citiranje Justinijanovih *Institucij*, pod vplivom katerih ponovi, da je pravo veččina pravičnosti, takoj zatem pa jurisprudenco opredeli kot znanost prava.¹⁶⁹ Nerazločnost, ki na prvi pogled vzbuja zgolj videz mešanja starega in novega, ima odločilne epistemološke posledice, ki so pojasnljive ob ponovnem posvetovanju z zgoraj navedeno Condillacovo definicijo sistema. V njej avtor enači znanost in veščino z vidika zmožnosti sistematiziranja njenih elementov – lastnost, ki nikakor ni samoumevna. Kot je pokazal Manfred Riedel v svojem historiatu pojma, sistem v smislu sestoja, soobstoja delov v antiki sploh ni bil povezan z znanostjo. Nobena

¹⁶⁴ Arnaud, op. cit., 123.

¹⁶⁵ Primerjaj z Jaucourtovo definicijo v geslu '*loi*': »Zakon je na splošno človeški razum, v kolikor vlada vsem ljudem zemlje.«

¹⁶⁶ Portalis, »Discours préliminaire,« 15. Izraza '*boussole*' in '*compas*' načeloma oba označujeta kompas kot navigacijsko napravo. V kolikor sem zadevo uspel raziskati, v Portalisovem času ni bilo tehničnega razloga za razlikovanje med terminoma, torej da bi denimo busola označevala naprednejši kompas. Razliko sem zato ob predpostavki, da izjava ni nesmiselna, vzpostavil na podlagi tega, da '*boussole*' nima drugega pomena, medtem ko '*compas*' lahko označuje tudi šestilo. Na tem mestu naj še omenim, da izraz '*compas*' izvira iz vulgarno latinskega glagola '*compassare*', ki pomeni odmerjati s koraki (*passus*), obhoditi (Snoj, ur., *Slovenski etimološki slovar*, geslo '*kompas*'), kot poimenovanje za inštrument, namenjen merjenju dolžin in zarisovanju krožnic, pa naj bi se v stari francoščini pojavil šele v 12. stoletju. Littré kot možen pomen *compas* navaja tudi »*les sciences exactes*« in kot primer tega pomena daje besedno zvezo »veje nekega kompasa« (*les branches d'un compas*). Gl več o tem na: <http://www.cnrtl.fr/definition/compas>; <https://www.littre.org/definition/compas>.

¹⁶⁷ D'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 77 in 78. Prim. Kuhn, *Struktura znanstvenih revolucij*, 104: »[P]aradigme znanstvenikom ne zagotovijo le zemljevidov, temveč tudi nekatere napotke, ki so bistveni za izdelovanje le teh.«

¹⁶⁸ Ulp. D. 1, 1, 1 pr. Prim. odlomek iz Ulpijanovih Regul, nav. v D. 1, 1, 10, 2: »*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*«

¹⁶⁹ Jannès, op. cit., 1. Gl. Inst. 1, 1, 1.

helenistična šola ni znanosti ali filozofije imenovala sistem, niti se ni oznaka pojavljala v naslovih knjig tistega časa. Znanost kot *episteme* ni sistem pojmov ali stavkov, temveč označuje *habitus*, človekov odnos oziroma nekaj, kar človek ima.¹⁷⁰ Sistem naj bi bil že od Platona povezan izključno s *techne*, v smislu skupaj postavljajoče, urejajoče, proizvajajoče obrti. Slikar, arhitekt, ladjedelec in drugi tehniki namreč vse postavijo na svoje mesto, v najboljši položaj – sestavijo v sestoj.¹⁷¹ Ta povezava preide v stoiško-luciansko opredelitev *techne* kot sistema popolno urejenih pojmov (*systema ek katalepseon*), ki služi življenjskim ciljem. V latinščino se *techne* prek Quintilianove retorike prevede kot *ars*, grški izraz *systema* pa se polatini in uporablja vzporedno z latinsko *strukturo*.¹⁷² V poklasičnem času se izraz prvič ponovno pojavi v kontekstu glasbene teorije¹⁷³ in se začne, zlasti v novem veku, uveljavljati kot *način predstavljanja sovisnosti*, kot oblika razlaganja oziroma predstavitve, kar se odraža med drugim v tem, da se sistem pojavi kot naslovna beseda teoloških kompendijev.¹⁷⁴ Nasprotje med *habitusom* znanosti, ki je racionalna, in tehnično mislijo, ki potrebuje sistem prav zato, ker ji umanjka racionalnost, vztraja v teoriji vse do 17. stoletja, čeprav ne ustreza zgodovinski dejanskosti.¹⁷⁵ Katalizator preseganja te razlike je po Riedlovem mnenju Descartes, od katerega dalje je gotovost spoznanja možno doseči le z metodičnim postopanjem, ki zahteva razvrščanje teh spoznanj v sistematični red.¹⁷⁶

Descartes znanost in umetnost v metodi morda prvič poveže v noči med 10. in 11. novembrom 1619, ko se mu sanja o mizi, na kateri je slovar.¹⁷⁷ Naenkrat se v njegovi roki pojavi druga knjiga, ki mu ni bila tuja – *Corpus poetarum*. Descartes odpre to zbirko poezije in naleti na verz: »Kateri poti boš sledil v življenju (*Quod vitae sectabor iter*)?« V istem trenutku zagleda nepoznanega moškega. Ta mu predlaga drug stih, ki se začne z *Je in ni* (*Est et non*).¹⁷⁸ Descartes mu skuša kot lepšega pokazati svoj prvotni verz, a ga ob ponovnem iskanju ne uspe najti. Nato moški skupaj s knjigama izgine. Ko se zbudi, Descartes poskuša interpretirati svoje sanje in slovar razume kot »skupek vseh znanosti«. V drugi knjigi, *Corpus poetarum*, po drugi strani vidi združitev filozofije in modrosti (*sagesse*), ki presega znanstvene zloženke, saj »poeti premorejo polno bolj izraženih stavkov z več teže in smisla od tistih, ki se najdejo v delih filozofov«. ¹⁷⁹

¹⁷⁰ Riedel, »System, Struktur,« 288.

¹⁷¹ Prav tam.

¹⁷² Prav tam, 289.

¹⁷³ Hayes, op. cit., 22.

¹⁷⁴ Pri tem izrine sintagmo in enciklopedijo, ki sta prevladovali v naslovih antičnih del. Riedel, op. cit., 290.

¹⁷⁵ Prav tam, 300.

¹⁷⁶ Prav tam, 301.

¹⁷⁷ De Sacy, *Descartes par lui-même*, 60-65.

¹⁷⁸ Verz »Je in ni« se navadno razlaga kot prispodobno za pasivni dvom, od katerega Descartes preide k aktivnemu dvomu. Gl. na podoben način o razliki med skeptičnim in Descartesovim dvomom, str. 24.

¹⁷⁹ Prav tam, 65.

Čeprav se poslužuje sistematične metode, Descartes ne govori o »resničnem sistemu filozofije«. To naj bi po Riedlu prvi storil Malebranche, pri katerem se *habitus* preobrazi v *ingenium* ali zmožnost subjekta, da z enim pogledom poveže mnoge stvari in predstavo o predmetu dostavi (*Zustellung*) na najenostavnejši, a hkrati vseobsegajoč, sistematičen način.¹⁸⁰ S tem ko se kot človekov odnos (*habitus*) vzpostavi pravilna pot do spoznanj o predmetih, obenem pa se pomešata lastnosti racionalnosti in sistematičnosti, znanost in sistem postaneta izmenljiva pojma; oziroma, natančneje, prav racionalna sovisnost njenih elementov je tisto, kar neko znanje naredi za znanost.¹⁸¹ Sistem tako postane univerzalna forma organizacije predstav o stvarnosti, ki se s Hobbesom, Grotiusom in Pufendorfom prenese tudi na področje politike, prava in morale.

Kot kontrast sistemu Lambert v svoji *Sistematologiji*¹⁸² postavlja pojme kaosa, mešanice, zmede, zmešnjave, d'Alembert in Condillac pa labirint.¹⁸³ Kant različna pojmovanja za nesistematičnost združi v koncept agregata, tvorjenega na podlagi latinskega izraza *grex*, ki označuje zbir, čredo, torej elemente, ki v povezavi (tudi pravno gledano) ohranijo svojo samostojnost.¹⁸⁴ Za razliko od te naključne celote, golega soobstoja, mora neko znanje, da bi sploh postalo znanost, svoja spoznanja postaviti v odnose sovisnosti, jih torej po principih urediti v sistem.¹⁸⁵ Še več, ta celota ne sme biti zgolj *nakopičena*, zasnovana na naključni rabi spoznanja, ki premore le *tehnično enotnost*. Znanstvenost spoznanja zagotovi šele *arhitektonska enotnost*, v kateri um »zastavi smotre *a priori* in jih ne čaka empirično«. Pod arhitektoniko uma Kant razume

umetnost sistemov. Ker je šele sistematična enotnost tisto, kar spoznanje naredi za znanost, tj. kar iz *golega agregata spoznanja naredi sistem*, je *arhitektonika nauk o scientifičnem v našem spoznanju* nasploh in torej nujno spada k nauku o metodi. /.../ Pod sistemom pa razumem enotnost raznoterega izkustva pod neko idejo. Ta ideja je umski pojem o formi celote, kolikor sta skozenj *a priori* določena tako *obseg* raznoterja kot *mesto* delov drug do drugega. Scientifični umski pojem tako vsebuje smoter in formo celote, ki je kongruentna z njim. Zaradi enotnosti smotra, na katerega se nanašajo vsi deli, in v njegovi ideji tudi drug na drugega, noben del ne more manjkati, ne da bi se to opazilo pri poznavanju drugih, tako da tu tudi ne gre za naključno dodajanje ali za nedoločeno velikost popolnosti, ki nima svojih *a priori* določenih meja.¹⁸⁶ (poudaril S. K.)

¹⁸⁰ Riedel, op. cit., 301.

¹⁸¹ Prav tam, 302, kjer to izpelje na primeru filozofije Christiana Wolffa, in str. 306 do 310, kjer postopno izenačevanje znanosti in sistema, ki se dovrši s Heglom (310), prikaže skozi kanon nemškega idealizma.

¹⁸² Prav tam, 304 in 305.

¹⁸³ Condillac, op. cit., 20; d'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 76. Kaotičnost narave opisuje tudi Diderot v *Prospektu*. Gl. Hayes, op. cit., 140, ki interpretira Condillacov koncept sistema kot »branik pred neznanim«.

¹⁸⁴ Riedel, op. cit., 305. Gl. Kranjc, op. cit., 312: »Kadar ... je več stvari povezovalo le skupno ime, npr. dediščina, knjižnica, čreda, je bila predmet lastninske pravice posamezna stvar« - ni torej nastala sestavljena stvar, katere sestavine zgubijo status samostojnih stvari in nastopajo kot predmet enotne lastninske pravice. Izpeljava, ki izvira iz rimskih časov, se ohrani v modernem civilnem pravu kot pojem skupnosti ali zbirne stvari.

¹⁸⁵ Cassirer, op. cit., 27.

¹⁸⁶ Kant, *Kritika čistega uma*, A 832-833, B860-861.

V kolikor naj raznovrstni pojavi, ki se kažejo izkustvu, sploh dobijo enotno obliko in ne ostanejo zgolj na ravni empiričnega gradiva, spoznanje potrebuje apriorno določene čiste razumske pojme ali kategorije, ki *raznolikost* pojavov sintetizirajo v *enotno* predstavo in pojavom dodelijo *predmetno formo*.¹⁸⁷ Šele na podlagi tega se lahko izrekajo sodbe v smislu subsumpcije – podreditve pod pojem, določitve subjekta kot primera predikata. Tako oblikovane predstave pa so obenem dostavljene *sistematično*. Podobno kot pri Domatovih znanstvenih resnicah, ki v duh vstopajo »samo ena po drugi«, je tudi pri Kantu skozi formo celote, univerzalnega reda določen obseg, razsežnost *raznoterja*, ki mu je kot *delu* sistema dodeljen položaj v odnosu do drugih delov.¹⁸⁸

Kategorije same zase niso nič drugega kot logične funkcije /.../, [ki] potrebujejo za podlago čutno zrenje. /.../ Ta sistem kategorij pa s svoje strani spet omogoča, da je celotno obravnavanje vsakega *predmeta* čistega uma *sistematično*. /.../ Prav ta sistem, kakor vsak pravi sistem, osnovan na splošnem načelu, kaže svojo uporabnost /.../ tudi v tem, da je izločil vse tuje pojme, ki bi se utegnili vriniti med čiste razumske pojme, in da odreja vsakemu spoznanju svoje mesto.¹⁸⁹ (poudaril S. K.)

Konkreten primer odražanja opisane ideje sistematičnosti v modernem pravu je pojem *historičnega dogodka* – »kompleks dejstev, na katerem temelji sodba«. ¹⁹⁰ V eni izmed svojih odločb se je Ustavno sodišče ukvarjalo z vprašanjem objektivnih mej pravnomočnosti, torej na kateri predmet, del sodne odločbe se razteza zavezujoča moč sodbe. Pri tem je moralo opredeliti, o čem je v zadevi, ki naj postane pravno zavezujoča, sploh odločeno: kaj je *res* v *res iudicata*.

Pravnomočnost obsega vsa dejstva, ki pomenijo zaključen kompleks dejstev (historični dogodek), s katerim se utemljuje določen tožbeni zahtevek, tudi dejstva, ki v postopku pred izdajo sodbe niso bila navedena, če so sestavni del dejstvenega kompleksa, na katerega se sodba nanaša.¹⁹¹

Iz tega sledi, da na isti kompleks dejstev kot v pravnomočno končani zadevi ni mogoče opreti enakega tožbenega predloga.¹⁹² Še bolj dosledno transcendentalno pozicijo je zavzelo Evropsko

¹⁸⁷ Kant, *Prolegomena*, § 21, 23, 26. Kobe, *Automaton Transcendentale II*, 139 in 140: »Kategorije niso predstave objektov, temveč se nanašajo na samo *procesualnost* mišljenja v izvorni predelavi čutnega materiala, na podlagi katerega so šele možne objektne predstave. /.../ So »pojmi pred pojmi«, se pravi pravila izvirne sinteze.« Prim. Eco, *Kant and the Platypus*, 74-77 o razliki med (empiričnimi, generičnimi) pojmi in čistimi razumskimi pojmi (tj. kategorijami) pri Kantu. Prav z *generičnimi pojmi* um poenoti, očrta raznovrstnemu izkustvu enotno »figuro« in postavlja sodbe tipa »To je kamen.« Obema avtorjema je skupna interpretacija, da pojem v smislu predstave o objektu dobimo skozi sam akt sojenja. Gl. Eco, *Kant and the Platypus*, 76 in Kobe, *Automaton Transcendentale II*, 144-145. Pojem je namreč predikat za možno sodbo ali predstava, ki postane obča s tem, ko se pod njo subsumirajo druge predstave.

¹⁸⁸ Gl. str. 23 te razprave: »Zato je potrebno v sistemu in planu tega univerzalnega reda prepoznati položaj (*situation*) in razsežnost (*étendue*) civilnih zakonov.«

¹⁸⁹ Prav tam., §39. Kant si v istem paragrafu pripisuje zasluge, da je za razliko od Aristotela, ki je svoje kategorije nabral »rapsodično«, svoje čiste razumske pojme izpeljal oziroma deduciral sistematično.

¹⁹⁰ Odločba US, Up-1004/11-16 z dne 8. 11. 2012, 8. točka obrazložitve.

¹⁹¹ Prav tam.

¹⁹² Prav tam.

sodišče za človekove pravice v podobni odločbi glede razlage pojma »*same cause*« (enaka podlaga) ali »*même faits*« (enaka dejstva), o katerih je prepovedano ponovno soditi. Sodišče je 'enaka dejstva' definiralo kot »sklop konkretnih dejstvenih okoliščin ... nerazdružljivo povezanih med sabo v času in prostoru.«¹⁹³ Pri historičnem dogodku je odločilna prav razlika med agregatom in sistemom, ki je rezultat medsebojno pogojujoče razlage prava in ugotavljanja dejstev v konkretni zadevi. Na podlagi sistematično povezanih pravnih določil se tudi nabor spoznanj o primeru iz gruč, niza empiričnih zaznav organizira v sistematično obliko pravno relevantnih dejstev, ki tvorijo predmet sodbe (historični dogodek, konkretni dejanski stan). In obratno, raznoterje dogodka pogojuje, kateri pravni pojmi se prilegajo izkustvu konkretnega postopka. Irelevantna, nebistvena so ravno tista dejstva, ki nimajo mesta v tako oblikovanem sistemu, saj njihova vsebina ni pomembna z vidika subsumpcije pod ustrezen kompleks pravnih pojmov (abstraktni dejanski stan). Po drugi strani pa je v sistematiki historičnega dogodka predvideno mesto za morebitna neugotovljena dejstva, na katera je mogoče razširiti prepoved *ne bis in idem*¹⁹⁴ v primeru, ko bi se hotelo posebej soditi o tem neugotovljenem »preostanku«, ki ne more predstavljati samostojnega predmeta odločanja – *zadeve (causa)*¹⁹⁵ – ravno zato, ker pripada nekemu drugemu historičnemu dogodku, sistemu dejstev.

4.2 Spoj znanosti in veščine v sistemu - univerzalni formi

V 17. in 18. stoletju se odnos med znanostjo in veščino po eni strani spreminja na ravni reinterpretacije grškega *episteme*. Skozi tradicijo, katere začetki segajo k Baconu in Galileju, se uveljavi ideja, da morajo biti znanstvene trditve osnovane na izkustvu ali empiričnih podatkih, ki so pridobljeni po vnaprej določenih pravilih postopanja. Klasičnemu ali srednjeveškemu znanstveniku bi bil tak tip znanja nerazumljiv: *episteme* ali *scientia* namreč ni takšno spoznanje, ki bi moralo iskati dodatno potrditev v čutnih podatkih, zbranih z opazovanjem ali eksperimentom. Izkustveno znanje bi bilo bližje prednovoveški *historia* ali *prudentia*, torej kontingentnemu znanju.¹⁹⁶ Kontingentno je po stari interpretaciji ravno tisto, kar se ne godi v skladu z nujnostjo narave – človeško delovanje in proizvajanje predmetov – in zato potrebuje zakone. Pojem zakona, o katerem je do 17. stoletja povečini govora le na področju umetnosti, teologije in politike, prevzame naravoslovna empirična znanost¹⁹⁷ - v njej zakon predstavlja prav tisto *posplošitev*, ki ukine naključnost pojava s tem, ko mu pripiše vzrok in na podlagi te

¹⁹³ Zolotukhin v. Rusija, 14939/03 z dne 10. 2. 2009

¹⁹⁴ Čeprav odločba, drugače kot preostali del moje razprave, obravnava razlago pojma s področja kazenskega prava, jo vseeno navajam kot splošni demonstrativni primer povezave med konceptom pravnomočnosti in Kantovo spoznavno filozofijo.

¹⁹⁵ O besedi *causa* gl. opombo 53.

¹⁹⁶ Riedel, op. cit., 292.

¹⁹⁷ Prav tam, 293.

zakonitosti oblikuje univerzalne trditve o svojem predmetu. Naključje posledično označuje zgolj dejstvo, da vzrok nekega pojava (še) ni znan¹⁹⁸ in ga zato ni mogoče zvesti na zakon, ki bi ukinjal njegovo kontingentnost. Kot najbolj znan in obenem očiten primer tega preloma Riedel navaja Newtonovo *Philosophiae naturalis principia mathematica*, kjer so zakoni uporabljeni kot sopomenka za aksiome, prve stavke o pravilnem gibanju teles (»*Axiomata, sive Leges Motus*«) v sklenjenem sovisju narave.¹⁹⁹

Na drugi, prvotnejši ravni pa znanstvena revolucija svoje temelje dolguje zgodovinskemu pojavu novega tipa intelektualca v 15. in 16. stoletju: »umetnika-inženirja«.²⁰⁰ Na podlagi kritike mističnega, alkimističnega, hermetičnega izročila s strani mehanikov in inženirjev se razvije nova veja mehaničnih veščin. V nasprotju s prakso skrivnostnega prenašanja srednjeveškega znanja in magičnostjo njegovega jezika novi umetniki zagovarjajo javnost znanstvenega védenja, ki je izraženo jasno in podprto s preverljivimi dokazi.²⁰¹ Zahteve po natančnosti jezika, ponovljivosti poskusov, popisovanju postopkov, začetki prevajanja klasičnih besedil v vernakularje in sama ideja o rasti zmožni, napredujoči vednosti²⁰² izvirajo iz vrst nove vrste tehničnega znanja, ki se je ubadalo »s projektiranjem strojev, konstruiranjem bojnih pripomočkov za napad, obrambo z utrdбами, jarki, nasipi, pridobivanjem kovin iz rudnikov, /.../ mehaničnimi pripomočki, [gradnjo stavb], pripravljanjem odrov, procesij in praznovanj«.²⁰³ Zvezo med roko in umom, umetnikom in učenjakom, je omogočila prav matematika kot veda o proporcijah in sorazmerju. »Perspektivno gledanje, lastno slikarju, je znanost in slikanje je znanost.«²⁰⁴

S prevlado empirične znanosti se poruši antična razlika med umetnostjo in naravo. Umetnosti niso zgolj po-narejevalke narave. Med stroji, ki jih izdelujejo obrtniki, in telesi, ki jih sestavlja narava, ni razlike, saj narava ni drugega kot mehanizem, ki ga je v tek pognalo neskončno bitje, Urar.²⁰⁵ Človek kot končno umno bitje more zares spoznati samo tisto, kar je umetno, torej tisto, kar je ustvaril sam. Izdelovanje, proizvodnjanje, *techne* s tem postane istovetno znanju, *episteme*. Poznavanje vzrokov, konstitutivnih elementov nekega pojava pomeni zmožnost njegove

¹⁹⁸ Voltaire, *Philosophe ignorante*: »Le hasard n'est rien. Nous avons inventé ce mot pour exprimer l'effet connu de toute cause inconnue.«

¹⁹⁹ Riedel, op. cit., 293.

²⁰⁰ Paolo Rossi, *Rojstvo moderne znanosti v Evropi*, 57.

²⁰¹ Prav tam, 42.

²⁰² Prav tam, 65.

²⁰³ Prav tam, 57-58.

²⁰⁴ Prav tam, 46 in 57, kjer Rossi povzema trditve slikarja, kiparja in arhitekta Leona Battiste Albertija.

²⁰⁵ Prav tam, 200. Med privrženci t.i. mehanicizma je pravzaprav večina velikih imen novoveške znanstvene revolucije: Bacon, Newton, Harvey, Descartes, Boyle, Pascal, Hobbes, idr. »[Človeško] telo ni drugega kot kip ali stroj« pravi Descartes v *l'Homme*, II, 1-2. Prav tam tudi primerja človekov krvožilni sistem z ustrojem mlinov, umetnih vodometov in ur.

rekonstrukcije.²⁰⁶ Kako nekaj deluje, zares veš šele, ko to narediš. »Geometrija je dokazljiva, ker smo črte in like, s katerimi smo začeli razmišljati, zarisali in opisali mi sami. Tudi civilna filozofija je dokazljiva, ker smo mi sami konstruirali Državo.«²⁰⁷

Opisan razvoj povzroči dva ključna obrata: 1) sistem se ireverzibilno poveže s pojmom metode (Kantova arhitektonika denimo spada pod transcendentalni nauk o metodi); 2) meja med veščinami in znanostmi se zabriše, kar ima za posledico, da se sistem uveljavi kot univerzalna oblika racionalne organizacije predstav, ki je primerna za katerokoli področje védenja. Ravno zato, ker so znanosti in veščine enako dojemljive za sistematizacijo, Condillac med njimi ne razlikuje v svoji definiciji.²⁰⁸ Distinkcija med njima postane s koncem 17. stoletjem redundantna. D'Alembert se tako v *Uvodu* sicer sprva loti razločevanja med vrstami spoznanja, ki so značilna za veščine in znanosti, po kriteriju prevladujoče praktičnosti prvih in spekulativnosti slednjih:

Če zdaj pregledamo vsa naša spoznanja (*connoissances*) skupaj in poiščemo neke splošne vidike, po katerih bi jih lahko razlikovali, odkrijemo, da imajo nekatere, čisto praktične, za svoj smoter izvršitev te ali one reči; druge, zgolj spekulativne, samo proučujejo svoje predmete in razmišljajo o njihovih lastnostih; *in končno tretje, ki iz spekulativnega proučevanja svojega predmeta skušajo izvleči kakšno praktično korist.*²⁰⁹ (poudaril S. K.)

Prav z izumom te tretje kategorije, ki predstavlja spoj med znanostjo in veščino, se d'Alembert izogne klasifikatorski kapitulaciji: »Po šolah na primer dan za dnem razpravljajo o tem, ali je logika veščina ali znanost. Problem bi kaj kmalu rešili, če bi odgovorili, da je oboje hkrati.«²¹⁰ Veščino posledično opredeli kot izraz za vsak »sistem spoznanj (*connoissances*), ki ga lahko zreduciramo na pozitivna in nespremenljiva pravila, neodvisna od mnenj«, ²¹¹ pri čemer to velja tako za mehanične veščine, kjer se predvsem uporablja telo, kot za svobodne umetnosti duha. V kategorijo slednjih uvršča logiko, gramatiko in moralo.²¹² Po enciklopedičnem drevesu ali sistematiki človeških spoznanj vse tri spadajo med *znanosti* o človeku, kjer najdemo tudi jurisprudenco ali *science des loix* kot eno izmed vej morale.²¹³ Čeprav se zdi, da d'Alembert in Diderot zgolj ponovita zmešnjavo Prevôt de la Jannèsa, ki je služila kot izhodišče,²¹⁴ jo pravzaprav

²⁰⁶ Cassirer, op. cit., 18: »Metoda naravoslovnega oblikovanja pojmov je hkrati 'resolutna' in 'kompozitna'.«

²⁰⁷ Hobbes, citirano po Rossi, op. cit., 201. O medsebojni povezanosti genetične in kavzalne definicije pri Hobbesu – strogo filozofsko lahko spoznamo samo tisto, čigar nastajanje razumemo – gl. Cassirer, op. cit., 235.

²⁰⁸ Gl. celotno besedilo Condillacove opredelitve na str. 28.

²⁰⁹ D'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 69. Slovenski prevod *connoissances* kot *vednosti* sem spremenil v *spoznanja*, saj je načeloma vednost ustrezna za francoski *savoir*, *connaissance* pa se prevaja kot spoznanje.

²¹⁰ Prav tam. Gl. opomba 135 o Cassirerjevi interpretaciji *logica inventionis*.

²¹¹ Prav tam.

²¹² Prav tam, 73.

²¹³ Gl. Diderot, *Prospectus*, Explication détaillée du Système des connaissances humaines. Prim. z Diderot, *Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie*, poglavje Faculté des arts, razdelek Livres classiques de la première classe du second cours d'études.

²¹⁴ Gl. str. 29.

ponovno premislita. Ni toliko bistveno, ali je pravo znanost ali veščina, temveč to, da je znanost in veščina hkrati, spekulativna in praktična veda. S teoretsko refleksijo je mogoče pravna spoznanja urediti v sistem medsebojno pogojujočih se trditev, obenem pa je prav na njegovi podlagi mogoče uresničiti pravo lasten praktični namen.²¹⁵

5 Onkraj-pravne revolucije in filozofska partija (*parti philosophique*)

5.1 Labirint izdelovalcev zemljevidov

Kritika univerzitetnih učnih programov in odtujenosti predavateljev od prakse je v 17. in 18. stoletju prerasla v nastajanje novih struktur oziroma družb, v katerih se je razvijala znanstvena dejavnost. Leta 1666 Ludvik XIV in njegov finančni minister Colbert v Parizu ustanovita *Académie Royale des sciences*, raziskovalno institucijo, ki je bila financirana neposredno iz kraljevega proračuna,²¹⁶ v naslednjih desetletjih pa so po vsej Franciji ustanovljene še številne pokrajinske akademije.²¹⁷ Redni člani znanstvenih združb so bili načeloma dolžni vsako leto predložiti določeno število razprav, ki jih je akademija objavljala v svojih zbornikih in drugih publikacijah. Poleg tega so akademije izvajale raziskave, javna predavanja oziroma zборе, imele so lastne knjižnice, med posameznimi združbami so se izoblikovale stalne pisemske komunikacije in izmenjave, poseben izum pa so bili nagradni razpisi, s katerimi je skušala akademija v razpravo o dani temi pritegniti javnost.²¹⁸ Čeprav je šlo v začetku predvsem za združenja naravoslovcev, pride v 18. stoletju do razmaha raziskav s področja družboslovnih znanosti.²¹⁹

Morda še bolj pomemben pojav z vidika vplivov na pravno znanost je nastanek »neformalnih skupin pomenkujočih se ljudi« ali salonov. Že konec 17. stoletja začnejo ženske iz plemiških oziroma buržoaznih krogov v svojih salonih ali dnevnih prostorih ob rednih terminih prirejati zasebne dogodke za prijatelje in znance, ki so na srečanjih izmenjevali mnenja o raznih, po navadi aktualnih, temah.²²⁰ Na videz povsem običajen pojav je v 18. stoletju prerasel v modo vsakega spodobnega intelektualca, gostitelji pa so si prizadevali v svoje kroge privabiti čim več omikanih članov. Pri *mademoiselle* Lespinasse so se tako od 1764 shajali Condillac, d'Alembert, Turgot in

²¹⁵ Diferenciacijo posameznih področij vednosti upoštevata že urednika *Encyclopédie*: »Razvidno je, da so različni načini operiranja našega duha pri obravnavanju predmetov in raznotere rabnosti teh predmetov [z vidika naših potreb], prvo sredstvo, s katerim na splošno razločujemo naše vednosti drugo od druge.« d'Alembert, *Uvod v Enciklopedijo*, 73.

²¹⁶ Rossi, op. cit., 306.

²¹⁷ Im Hof, *Evropa v času razsvetljenstva*, 111.

²¹⁸ Prav tam., 107-112.

²¹⁹ Cassirer, op. cit., 49. Še bolj izrazito ekonomsko usmerjene so bile kmetijsko-gospodarske družbe, ki so se ukvarjale predvsem s študijami agrarne ekonomije, reformami kmetijstva in raznimi projekti »umnega gospodarjenja«. Im Hof, op. cit., 129 in nasl.

²²⁰ Im Hof, op. cit., 113 in nasl.

Condorcet, k neki drugi *madame* so sredi stoletja zahajali Montesquieu, Helvétius in Fontenelle,²²¹ morda še bolj znan pa je bil krožek *madame* Roland, del katerega je bil poleg Jérôme Pétiona in Robespiera tudi že omenjeni Brissot. Podobno kot on, se je tudi salon v razponu nekaj let preobrazil iz sestankovanj vidnejših jakobincev v osrednjo žirondinsko platformo. Neformalna oblika salona se je kmalu razširila na francosko podeželje in internacionalizirala. Po podobnem principu so se oblikovali tudi klubi in kavarne, iz katerih so izšla literarna društva.²²² V eni izmed tovrstnih kavarn, *café Amaury*, se je ob zasedanju državnih stanov leta 1789 začel sestajati tudi bretonski ali bodoči jakobinski klub.

Prav v tem ozračju pisem, salonov, kofetkanj in krožkov so se formirali tudi bodoči uredniki *Code civil*. Bigot de Premeneau in Portalis, dva od komisije štirih pravnikov, ki so leta 1801 pripravili osnutek Napoleonovega civilnega zakonika, sta že v prejšnjem stoletju med seboj vzpostavila pisemsko korespondenco.²²³ Portalis se je udeleževal raznih salonov v Provansi, med drugim sestankovanj pri materi svojega sošolca.²²⁴ Ko je leta 1794 emigriral iz Francije, je primerljive kroge našel tudi v Švici in Nemčiji.²²⁵ Razne oblike neformalnih združenj, ki so ključna za razumevanje prepletov v razsvetljenski misli, a obenem popolnoma nepregledna in mestoma nedokumentirana, tvorijo neke vrste labirint izdelovalcev zemljevidov. Sploh kar se tiče pravnikov, pri katerih večkrat pride do svojevrstnih sintez in povzetkov raznih filozofskih spoznanj, je poskus izčrpnega pregleda možnih teoretskih vplivov in srečanj nemogoč, zgodovinarji samo pa je tako prisiljeno privzeti salonsko formo izmenjav vpogledov in interpretacij.

5.2 Zakonik in javnost: kodificiranje kot politična zahteva

»Obdobje razsvetljenstva«, ki ga je Kant strnil v geslo *sapere aude*, drzni si vedeti, »poslušaj se lastnega razuma«,²²⁶ se je morda najbolj jasno odražalo v porastu števila časopisov in drugih publikacij (ki so bile recenzirane v časopisih)²²⁷ ter reformah šolstva. Do konca stoletja so v učne načrte uvedeni novi predmeti kot so prirodopis, geologija, botanika, zoologija, zgodovina, vedno več poučevanja poteka v vernakularjih, ki preraščajo v »nacionalne jezike«, istočasno pa se ustanavljajo tudi nove fakultete s tehnično usmerjenimi programi.²²⁸ V najširšem smislu bi lahko

²²¹ Prav tam, 115.

²²² Prav tam, 117.

²²³ Arnaud, op. cit., 54.

²²⁴ Prav tam. Na isti strani kot redna udeleženca salonskih srečanj omenja tudi bodočega Napoleonovega drugega konzula Cambacérès in Merlin de Douai-ja, enega izmed kritikov osnutka *Code Napoléon*.

²²⁵ Prav tam, 55.

²²⁶ Kant, »Odgovor na vprašanje: Kaj je razsvetljenstvo?«, 9.

²²⁷ Im Hof, op. cit., 148 in 152; Rossi, op. cit., 313.

²²⁸ Dokončno se poklic inženirja uveljavi s politehničnimi šolami (npr. pariška Ecole polytechnique leta 1794). Im Hof, op. cit., 202-204; Le Goff, op. cit., 25-27.

govorili o projektu, ki hoče znanost otresti »jarma pedanterije«²²⁹, jo pretvoriti v dostopno, uporabno obliko in jo na ta način razširiti med ljudstvo. V ta namen se v 18. stoletju pojavi posebna *narativna forma* kmečkih koledarjev ali pratik, ki so v poljudni obliki podajali aktualna ekonomska in naravoslovna spoznanja, njim sorodne prakse pa so tudi pridige župnikov, v katerih so razlagali najnovejše izume s področja hortikulture, kmečke razprave in knjige medicinskih nasvetov.²³⁰

Projekt opismenjevanja, izobraževanja in vzgoje ljudstva, ki je bilo prav skozi ta postopek izhajanja iz svoje nedoletnosti sploh izumljeno kot družbeni subjekt, je bil v samem jedru programa (pravnega) razsvetljenstva. Po mnenju *philosophes* zakonodajalec ni več zgolj vladar, temveč je obenem tudi pedagog.²³¹ Kodifikacija kot projekt razjasnitve in poenostavitve zakonov namreč sploh ne more zaživeti brez predhodnega izoblikovanja pismenega in umnega subjekta, ki bo šele kot tak usposobljen, da iz določb zakonika samostojno razbira pravila svojega delovanja. Hkrati pa je kodifikacija kot popoln racionalni načrt zamišljena tudi v vlogi sredstva izboljšave, vzgoje človeške narave.²³²

Za posameznika je težko, da bi se sam izkopal iz nedoletnosti, ki mu je postala skoraj njegova natura /.../ Da pa bi se kaka množica ljudi sama od sebe razsvetlila, je vsekakor bolj možno /.../ če ji je le puščena svoboda /.../ in to najbolj neškodljiva od vsega, kar se lahko imenuje svoboda: uveljavitev vsestranske javne uporabe lastnega uma.²³³

Svobodo javnega umovanja Kant naveže tudi na področje sprejemanja zakonov:

Zediniti se o neki, četudi samo za dobo enega človeškega življenja trajajoči in za nikogar javno dvomu podvrženi verski ustavi /.../ ni dovoljeno. /.../ Česar pa ljudstvo ne sme skleniti zase, to je še manj dovoljeno monarhu skleniti zanj. /.../ Sicer pa, če gleda [monarh] zgolj na to, da se vse resnično ali domnevno izboljšanje ljudstva sklada s civilno ureditvijo (*bürgerliche Ordnung*), tedaj lahko pusti, da se podložniki ravnaajo po svoje /.../ ko po svojih močeh uresničujejo in pospešujejo ta blagor.²³⁴

Zakonodajalec-pedagog torej po Kantu ne sme ovirati svobode tiska in ostalih kanalov javne kritike – na njihovi osnovi bo njegova zakonodaja sploh lahko postala ugledna. Pruska vlada je tako leta 1787 objavila osnutek kodifikacije, povabila javnost h komentiranju in ponudila nagrado

²²⁹ D'Alembert, *Uvod v enciklopedijo*, 139.

²³⁰ Im Hof, op. cit., 207; Guido Bee, *Aufklärung und narrative Form*, 288 in nasl.

²³¹ Le Clair, op. cit., 33.

²³² C. J. Friedrich, op. cit., 8; Canale, op. cit., 155.

²³³ Kant, »Odgovor na vprašanje: Kaj je razsvetljenstvo?«, 9 in 10.

²³⁴ Prav tam, 12.

za najboljši odgovor.²³⁵ »V tem pogledu je ta era [obdobje razsvetljenstva] čas razsvetljenstva, stoletje Friderika.«²³⁶

Če naj bi bilo za pravno razsvetljenstvo značilno, da je abstraktne predloge pravnih reform preneslo na raven konkretnih političnih zahtev,²³⁷ lahko skupino, ki je te zahteve izrazila, najdemo v fronti razsvetljencev, zbranih okoli nastajanja *Encyclopédie*. Zgodovino pisje mestoma uporablja poimenovanje *philosophes*, še konkretnjša oznaka pa je *parti philosophique* ali *parti encyclopédique*. »Filozofska partija« je izvirno nastala kot frakcija znotraj francoske *Académie Royale* v opoziciji s *parti dévot*, sestavljene povečini iz pripadnikov duhovščine.²³⁸ Pridevnik »enciklopedična« ji je pripisala prav njena nasprotnica, saj so skoraj vsi »filozofi« bodisi neposredno sodelovali pri nastanku *Encyclopédie* bodisi izhajali iz družbenih krogov njenih ustvarjalcev. Ni šlo za tesno organizirano strukturo, temveč neformalno, ponekod tudi zgolj pisemsko povezavo, zato vsi člani sploh niso bili v medsebojnem stiku, poleg tega pa so bile med sodelavci *Encyclopédie* tudi »ponosne in svobodne duše, kot npr. g. de Buffon, ki so zaničevale obe stranki«.²³⁹ *Parti philosophique* omenjam kot pripraven zgodovinski orientacijski pripomoček. Predvsem zato, ker je miselne tokove, v katere skušam v tem besedilu vpeti kodifikacijsko gibanje, združila na ravni političnega delovanja in konkretnih zahtev po reformah. Poleg uveljavitve enotne civilne kodifikacije za celotno kraljestvo so tako njeni različni člani in simpatizerji zagovarjali tudi poenotenje mer in uteži,²⁴⁰ vpeljavo tehničnih standardov, liberalizacijo trga, odpravo notranjih meja, cehov in drugih partikularnih interesnih združb, ločitev politične oblasti od države, reformo izobraževanja – medsebojno povezane cilje, ki se eden za drugim postopoma uresničujejo med francosko revolucijo in Napoleonovo vladavino.

Zahteva po odpravi cehov, notranjih meja, carin in davkov, ki naj bi bremenili prosto trgovanje in posledično francosko ekonomijo, izvira iz vrst fiziokratov, ki so se v drugi polovici 18. stoletja prebili na nekatere ključne politične in univerzitetne položaje.²⁴¹ Vpliv njihove *laissez-faire* doktrine je možno zaznati še v *Discours préliminaire* k osnutku *Code Napoléon*:

²³⁵ C. J., Friedrich, op. cit., 12.

²³⁶ Kant, »Odgovor na vprašanje: Kaj je razsvetljenstvo?«, 12. Z drugimi besedami: začetek procesa izhajanja iz nedoletnosti sovpada s časom 18. stoletja. Razlikovanje med 'obdobjem razsvetljenstva' in 'razsvetljenim obdobjem' torej namiguje na odnos med določeno razsvetljensko držo in razsvetljenstvom kot zgodovinskim obdobjem. Gl. Foucault, »Kaj je razsvetljenstvo«, 42.

²³⁷ Grossi, *Pravna Evropa*, 98-99.

²³⁸ Grimm in Diderot, *Memoires Historiques, Litteraires et Anecdotes*, 163.

²³⁹ Prav tam, 164.

²⁴⁰ Gl. opombo 90 o zahtevi po poenotenju uteži v *cahiers de doléances*.

²⁴¹ Najbolj znan primer je Turgot, finančni minister Ludvika XVI. Arnaud, op. cit., 176 in 177; Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 23.

Odnosi, ki določajo ceno denarja so neodvisni od avtoritete; vlade si ne morejo prizadevati, da bi jo fiksirale z urgentnimi zakoni (*lois impérieuses*). /.../ Obrestna mera je utrip države – odraža vse bolezni političnega telesa. /.../ Najboljša za ta utrip je zmernost, ki prinese resnično bogastvo in javno dobrobit (*bonheur public*). /.../ Denar uravnava ceno vseh ostalih stvari, tako premičnih kot nepremičnih. Ta cena je osnovana na primerjavi med relativnim izobiljem predmetov ali blaga, ki se kupuje. Ne more se je določiti z uredbami (*reglements*). Poglavitno načelo pri teh zadevah je, da se [jih] prepusti konkurenci in svobodi. /.../ vlada se slabo, ko se vlada preveč.²⁴²

5.3 Ločitev javnega in zasebnega: teža francoske revolucije

Vplivi prelomov, ki so bili omenjeni do tega trenutka, so bolj ali manj opazni pri vseh modelih zakonikov, ki so nastali v 18. in 19. stoletju. Zgodovinska okoliščina, zaradi katere je *Code civil* edinstven in, kot bom skušal utemeljiti, tudi najbolj dovršen kodifikacijski projekt, je francoska revolucija.²⁴³ S tem nikakor ne mislim, tako kot denimo Grossi, zgolj na obdobje do leta 1795,²⁴⁴ temveč na celoten čas do nastanka civilnega zakonika leta 1804.

Prvi dogodek, ki obenem oznanja začetek tega razvoja, je že skoraj mitična noč 4. avgusta 1789, ko so poslanci Nacionalne skupščine z dekretom razglasili kategorično »uničenje vseh fevdalnih pravic«. S tem naj bi bila zaobsežena ukinitve privilegijev, plačljivosti (*venalité*) uradnih služb, desetine, tlake, itn. Streznitev nastopi že ob dejstvu, da se je prelomna noč razpotegnila v cel teden priprav točnih določb, s katerimi so poslanci omilili svojo izhodiščno napoved in nato dokončane predloge poslali kralju v potrditev. Kar je bilo na koncu doseženo, je bila le delna odprava *ancien régime*, ob čemer je bil izbris marsikaterih pravic saniran z odškodninami in možnostmi njihovega »odkupa«. ²⁴⁵ Vseeno pa so bili v nadaljnjih štirih letih preostanki starega režima ponovno načeti, dokler ni bil ta 17. julija 1793 dokončno in neodpravljivo odpravljen.²⁴⁶ Kljub odklonilnemu odnosu urednikov *Code Napoléon* do »prizorišča izgrediv«, ki je bil po njihovem mnenju značilen zlasti za prva leta revolucije,²⁴⁷ je popolna odprava fevdalizma omogočila oziroma naravnost zahtevala večjo »radikalnost« francoske kodifikacije. Ravno nasprotno avstrijskemu Občemu državljskemu zakoniku, ki je med drugim obdržal institut deljene lastnine,²⁴⁸ in Pruski

²⁴² Portalis, »Discours préliminaire,« 50 in 53.

²⁴³ Že na tem mestu naj opozorim, da bi izčrpna raziskava te teme terjala samostojno študijo. V tem delu se omejujem zgolj na nekatere poglavitne vidike.

²⁴⁴ Gl. Grossijev citat na str. 9.

²⁴⁵ Lefebvre, op. cit., 125 in 126; Kropotkin, op. cit., 18. poglavje; Le Clair, op. cit., 63.

²⁴⁶ Kropotkin, op. cit., 50. poglavje. V 26., 27. in 28. poglavju našteva nekatere vmesne korake v letih 1790-1792. Le Clair, op. cit., 63, opomba 263. Podrobno o noči 4. avgusta, tednu po njej in valovih odzivov ter reform v letih po njej Kessel, *La Nuit du 4 août 1789*, 197 in nasl.

²⁴⁷ Gasparini, »Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire,« 122 in nasl. Revolucionarne izgrede Portalis obsodi na začetku svojega *Discours Préliminaire*, gl. npr. str. 3 in 20. V povezavi s tem na strani 5 pravi: »Zakonodajalec nikoli ne sme pozabiti, da so zakoni narejeni za ljudi, in ne ljudje za zakone.« Podobno stališče zavzame tudi Pavčnik, op. cit., 87: »Pravo in država sta zaradi ljudi, ki v državi živijo..«

²⁴⁸ § 357 ODZ iz leta 1812. Grossi, *Pravna Evropa*, 131: »Tu sta preteklost in sedanjost živeli v antinomiji in novi zakonik je njen zvesti odsev.«

kodifikaciji (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* ali ALR), ki je ohranila stanove nedotaknjene,²⁴⁹ *Code civil* na temeljno mesto v svojem sistemu postavi formalno izenačenega pravnega subjekta in absolutno, enotno lastninsko pravico.²⁵⁰

Leta 1790 je bila dokončno odpravljena stara upravna in sodna struktura, skupaj s trinajstimi *parlements*. Ozemlje je bil prerazdeljeno v departmaje z novimi upravnimi organi in hierarhičnim, večstopenjskim sistemom sodstva,²⁵¹ pri čemer so bili vsi funkcionarji v nove strukture voljeni.²⁵² Istočasno je bila sprejeta prepoved sodnih precedensov ali *arrêts de règlement*, z njo pa je bil uveden tudi t.i. *referée legislatif*, ki je sodnike zavezoval, da v situaciji dvoumnega primera ali zakonskega molka na zakonodajni organ naslovijo vprašanje glede pravilne razlage.²⁵³ Čeprav naj bi bil *referée* le malokrat dejansko uporabljen in še takrat onemogočen z neodzivnostjo skupščine,²⁵⁴ simbolno odraža že iz kritike srednjeveškega prava znano ambicijo po zamejitvi arbitrarnosti sodniškega odločanja z vnaprej določenimi, jasnimi zakoni.²⁵⁵ Stopnjevanje te zaverovanosti v vsemogočnost Zakona na neformalni ravni kaže tudi ustanovitev kluba *nomofilov* v stari pariški kapeli,²⁵⁶ ki se pojavi kot nekakšen pravni ekvivalent istočasnega in bolj znanega »kulta razuma«.²⁵⁷ Kljub strahu pred pretirano vlogo ali diskrecijo sodnikov, se je pravzaprav sočasno uveljavila praksa tiskanja odločitev vrhovnega sodišča (*Cour de cassation*), ki so bile sprva zgolj poslane sodnikom prve stopnje, leta 1796 pa prvič zbrane in izdane v publikaciji. Do leta 1799 so bile te objave preoblikovane v uradni list, vzporedno s katerim je svoje izbore odločb začelo izdajati več zasebnih založb.²⁵⁸ Ena izmed njih, Dalloz (1814), je še danes ena izmed poglavitnih francoskih založb za pravno literaturo.

Eden pomembnejših dogodkov francoske revolucije nastopi s sprejetjem d'Allardovega dekreta oziroma njegovega doslednejšega in bolj znanega naslednika, Le Chapelierovega zakona. Slednji 14. junija 1791 razglasi »odpravo vseh oblik korporacij«²⁵⁹ za enega izmed francoskih ustavnih

²⁴⁹ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 42; Grossi, *Pravna Evropa*, 126.

²⁵⁰ Grossi, *Mitologie giuridiche*, 102 odločilno razliko med avstrijsko civilno kodifikacijo in *Code civil* vidi v odsotnosti revolucije in nastanka nacionalne države. Gl. stran 56 te razprave za podobno primerjavo *Code* in ALR.

²⁵¹ Vovelle, *La Révolution française*, 66-67; Le Clair, op. cit., 24; Lefebvre, op. cit., 134.

²⁵² Od leta 1800 je sodnike imenoval šef države. Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 62.

²⁵³ Institut je bil odpravljen 28. marca 1800, vendar se je v novi obliki ponovno pojavil z zakonom leta 1807. Le Clair, op. cit., 36; Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 51; Elliott, »Techniques of interpretation,« 81.

²⁵⁴ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 52.

²⁵⁵ Gl. več o tej kritiki na str. 26.

²⁵⁶ Le Clair, op. cit., 33; Marcos, op. cit., 81, kjer avtor vznik tega fenomena povezuje z istočasno genezo mitov o velikih antičnih zakonodajalcih kot so Solon, Drakon, Likurg, itd.

²⁵⁷ O kultu razuma obširno Vovelle, *La Révolution contre l'Eglise*, zlasti 7. poglavje.

²⁵⁸ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 52.

²⁵⁹ Z izrazom korporacija so tu mišljena različna združenja, kakršna so obstajala v Franciji do leta 1791, zlasti cehovski redovi, trgovske, rokodelske, obrtniška združenja, delavske bratovščine, t. i. kabale, itn. Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 23; Vovelle, *La Révolution française*, 70-71, 116. Na podlagi Le Chapelierovega zakona so bili

temeljev in bodoče poskuse združevanja kvalificira kot *délit de coalition*. Zakon za »ustvarjalce, vodje in netilce« teh dejanj v svojem 4. členu predpisuje sankcije v oblikah odškodnine, enoletnega suspenza aktivnih državljskih pravic in prepovedi vstopa na vsa primarna zborovanja (*assemblées primaires*).²⁶⁰ Čeprav je akt ukinil iz srednjega veka izvirajoče korporacije, je v prihodnjih letih učinkoval zlasti zoper delavska združenja in organizacijo stavk, predvsem pa je pri svojem mešanju političnega in pravnega prelomen, ker je s prepovedjo kakršnih koli vmesnih združb uvajal predstavo o razdeljenosti družbe na dve kvalitativno ločeni sferi – interesa države in interesa posameznika (*particulier*). V njem lahko torej opazimo enega izmed prvih primerov modernega dualizma med javnim in zasebnim, pravom in pravico, ločitve političnega od ekonomskega, države (*status, état*) od civilne družbe (*civitas*), pri čemer posameznik v prvi sferi nastopa kot državljan, v odnosu do oblasti, medtem ko v drugi svoj pravno zavarovani interes sooča s pravicami sebi prirejenih posameznikov. Opisane delitve so nepoznane do konca 18. stoletja. Ločnica med civilno družbo in državo se pojavi šele z nastankom moderne države, obenem pa je konstitutivna za sistem buržoaznega prava,²⁶¹ saj dobesedno predstavlja odtis meščanske družbe v civilnem pravu. Do tedaj namreč *civitas* nastopa kot splošen termin za politično skupnost, *koinonia politike*, civilno stanje.²⁶² Pojemovna prepletenost države in civilne družbe ostane tudi po njunem razpletu zabeležena v raznih poimenovanjih za državljana – *citoyen, građan, Bürger, citizen* – ki obenem označujejo meščana.²⁶³ Ta izmenljivost civila in državljana se prenese v naslove raznih civilnih kodifikacij kot so srbski *građanski zakonik*, obči državljanski zakonik, *Bürgerliche Gesetzbuch*. Pomeni izrazov *Bürger, građan* in *citoyen* odražajo pojmovno prepletenost meščana in državljana, ki je hkrati pripadnik meščanske civilne družbe (*Bürgerliche Gesellschaft*) in države, kar je rimskemu *civisu* tuje. S tem ko se ta dva pomena ločita, je tudi materija civilne kodifikacije kot *ius civile* zamejena na urejanje odnosov v zasebni sferi, med pripadniki civilne družbe. Portalis v *Discours préliminaire* tako že ločuje med partikularnim

sprejeti nadaljnji akti, s katerimi sta bila med drugim ukinjena tudi stara pariška univerza in *Société de Sorbonne*. Leta 1794 je bil sedež Sorbone preoblikovan v svetišče Razuma. O ukinitvi univerz gl. opombo 292.

²⁶⁰ Marx, *Kapital I*, 675.

²⁶¹ Pašukanis v Predgovoru k drugi izdaji *Splošne teorije prava in marksizma*, XV. Gl. tudi Kelsen, *Čista teorija prava*, 46 in nasl.

²⁶² Canale, op. cit., 146. Na strani 148 navaja citat Carla Gottlieba Svareza, urednika ALR, kot enega izmed rudimentarnih, še ne povsem dovršenih primerov distinkcije med državo in civilno družbo: »Zveze med skupaj živečimi človeškimi bitji so lahko različnih vrst /.../. Če se ta bitja združijo z namenom, da zaščitijo svojo notranjo in zunanjo varnost, potem je ime takega ljudstva civilna družba. Če ta družba prenese uporabo svojih poenotnih sil na regenta ali nadrejenega, da bi dosegla svoje skupne cilje, potem se imenuje država. Vsa ljudstva ne zgradijo države, obstajajo pa tudi ljudstva, ki ne živijo v civilni družbi in nimajo poglavarja.« V navedku je treba izpostaviti dva momenta: 1) opredeljevanje države na podlagi obstoja javnega interesa ('skupni cilji') in 2) razumevanje civilnega kot civiliziranega oziroma stopnje civiliziranosti, ki se ji bodisi sočasno bodisi v nekem zgodovinskem trenutku nujno zoperstavlja ideja manj civiliziranega, neciviliziranega, divjega, naravnega.

²⁶³ Še najbolj ustrezen slovenski izraz bi bil *občan*, ki vseeno ne povsem zajame pomenskih razsežnosti navedenih tujih različic.

razumom posameznika in javnim razumom zakona,²⁶⁴ na drugem mestu pa pojasni razliko med *političnimi* in *civilnimi* zakoni:

Politični zakon se nikoli ne ustavlja pri partikularnih primerih, ko predvideva bolj splošen pogled in se ravna bolj po *raison d'État* kot po principu pravičnosti (*principe d'équité*). Nasprotno se civilni zakon, katerega primarna vloga je urejati pravice in razmerja med posamezniki (*particuliers*), nagiba bolj k pravičnosti kot k *raison d'État*.²⁶⁵

S tem ko se civilna kodifikacija zameji na določanje zasebnih pravic in molči o sferi političnega, je omogočen tudi soobstoj ekonomskega liberalizma, ki naj bi ga oznanjali moderni zakoniki, in političnega absolutizma oziroma konservativizma, v okviru katerega so uvedeni. Čeprav se to dejstvo navadno poudarja v povezavi z ODZ, ki je proizvod Avstrijskega cesarstva,²⁶⁶ ali ALR pruske monarhije, pravzaprav enako velja za povezavo med Napoleonovo vladavino in njegovim civilnim zakonikom, ki brez večjih težav ostane v veljavi tudi med burbonsko restavracijo.²⁶⁷

Delitev na javno in zasebno je že od svojih začetkov shizofrena, saj poraja mnoge sive cone prepletanja javnega in zasebnega interesa ter posledično prava. Tipičen primer je vprašanje, ali je družinsko pravo, kjer je nadpovprečno prisoten javni interes, del civilnega prava. Po mnenju urediteljev *Code Napoléon* je odgovor pritrdilen: »civilni zakoni [morajo] svojo avtoriteto postaviti med zakonca, med očete in otroke – urejati morajo družinsko vladavo (*le gouvernement de la famille*)«. ²⁶⁸ Vendar nato nadaljujejo z nerodno dolgim razpravljanjem o ljubezni med moškim in žensko, nujni vzajemnosti njunega odnosa in nadzoru nad lastnimi nagoni. ²⁶⁹ Opredelijo se do ekscesov, ki jih je v to temeljno institucijo vnesla revolucija, zlasti z močno olajšanim postopkom ločitve, ²⁷⁰ s katero naj bi ogrozila poroko kot takšno, in v njen bran napovejo uvedbo strožjih pogojev za razvezo. ²⁷¹ »Pri poroki,« namreč, za razliko od ostalih družb, »ne stipuliraš samo zase /.../ stipulira se tudi za državo, za splošno družbo človeške vrste. Javnost je torej vedno stranka v

²⁶⁴ Portalis, »Discours préliminaire,« 18.

²⁶⁵ Prav tam, 58. Podobno ponovi tudi na strani 16 in v zavrtni *Livre préliminaire*, ki naj bi služila kot nabor temeljnih določb k zakonika, Titre II, art. 1^{er}: »Obstajajo različne vrste zakonov. Eni urejajo odnose med tistimi, ki vladajo, s tistimi, ki jim je vladano, ter odnose vsakega člana občestva (*cité*) do vseh ostalih: to so ustavni in politični zakoni. Drugi urejajo odnose med državljani (*citoyens*): to so civilni zakoni.« O *Livre préliminaire* gl. Gautier, »Pour le rétablissement du livre préliminaire du Code civil,« 37 in nasl.

²⁶⁶ Škrubej, »Le Code civil général de l'Empire d'Autriche et le pluralisme juridique,« 7.

²⁶⁷ Da je struktura političnega v Avstrijskem cesarstvu, pruski monarhiji, Napoleonovem cesarstvu in v času burbonske restavracije svojevrstna je seveda očitno, a v vseh pride do soobstoja z načelno liberalno ureditvijo civilno-oziroma zasebnopravnega področja.

²⁶⁸ Portalis, »Discours préliminaire,« 24.

²⁶⁹ Prav tam, 20-23.

²⁷⁰ Med revolucijo je zakonska zveza sekularizirana in koncipirana kot civilna pogodba, na podlagi česar je omogočena ločitev, ki je bila po navedbah urediteljev možna že na podlagi zatrditve nekompatibilnosti med zakonoma. Rheinsteins, »The Code and the Family,« 142. O razvojenosti revolucionarnih pridobitev na področju zakonske zveze Le Clair, op. cit., 55. Gl. tudi d'Onorio, »L'esprit du Code civil selon Portalis,« 83 in nasl.

²⁷¹ Portalis, »Discours préliminaire,« 31 in 33.

vprašanjih poroke»,²⁷² saj so »družina jasli, drevesnica države (*la pépinière de l'état*)«. ²⁷³ Ne le, da na področju gospodinjstva obstaja državni, demografski interes, temveč je družina pravzaprav država v malem, očetje pa kot »neke vrste uradniki«. ²⁷⁴

Naš cilj je bil povezati običaje z zakoni in razširjati družinski duh, ki je tako pozitiven za duh občestva (*esprit de cité*). /.../ Samo zasebne vrednote lahko zagotovijo javne; in ravno prek male očevine (*petite patrie*), ki je družina, se navežemo na veliko (*que l'on s'attache a la grande*). Dobri očetje, dobri možje, dobri sinovi so tisti, ki delajo dobre državljane (*citoyens*).²⁷⁵ (poudaril S. K.)

Prav v povezavi s položajem žensk se najbolj izrazito pokaže pomen ločevanja med javnim in zasebnim:

Žena (*femme*) ne more imeti drugega prebivališča (*domicile*) kot moževega. /.../ Civilno prebivališče [pa] nima nič skupnega s političnim. Eno lahko obstaja brez drugega; žene (*femmes*) in mladoletniki imajo civilno prebivališče, ne da bi imeli političnega. Ta druga vrsta prebivališča je odvisnost (*dépendance*) od prava občestva (*cité*), saj označuje kraj (*lieu*), na katerem si, če izpolnjuješ pogoje, predpisane z ustavnimi zakoni (*lois constitutionnelles*), pooblaščen za izvrševanje političnih pravic, povezanih s kvaliteto državljana (*la qualité de citoyen*). /.../ [medtem ko je] civilno prebivališče kraj, kamor se prenese sedež svojih poslov, premoženja in običajnega bivanja.²⁷⁶

6 Nastajanje *Code civil*

»Proces kodificiranja je bil zrel proizvod številnih eksperimentiranj, ki odsevajo številne valove, politična nagnjenja in stopnje revolucije.«²⁷⁷

S prvimi leti revolucionarnega vrenja je bila imenovana tudi komisija za projekt kodificiranja civilnega prava, na čelo katere je bil postavljen Jean Jacques Régis de Cambacérès. Leta 1793 Nacionalnemu konventu predstavi prvi osnutek novega civilnega zakonika, ki je bil zavrnjen kot preobsežen, pretirano kompleksen in preveč pravniški.²⁷⁸ Leto kasneje, 23 fruktidorja, mesec po termidorski reakciji, Cambacérès pred poslance prinese drugi, poenostavljen, skrajšan osnutek, ki

²⁷² Prav tam, 34.

²⁷³ Prav tam, 37. Poudarek S. K.

²⁷⁴ Prav tam, 25.

²⁷⁵ Prav tam, 63.

²⁷⁶ Prav tam, 43 in 45.

²⁷⁷ Varga, *Law and Philosophy*, 240. Gojosso, op. cit., 144: »Revolucija je bila nujen predpogoj kodifikacije.«

²⁷⁸ Esmein, *L'originalité du Code Civil*, 7; Roermund, »Code Civil Between Enlightenment and Restoration,« 150, opomba 3.

je obsegal zgolj 297 členov.²⁷⁹ Tudi ta je bil, seveda, zaradi izrazitega obrata v političnem ozračju, zavržen, podobna usoda pa je doletela Cambacérèsov izdelek iz leta 1796.²⁸⁰

Z bruimairskim državnim udarom leta 1799 se spremeni tudi potek projekta kodificiranja. 24. termidorja leta VIII, torej 12. avgusta 1800, Napoleon imenuje novo komisijo štirih pravnikov, ki prevzamejo Cambacérèsov projekt. Poleg tega, da so povečini izhajali iz starih pravniških rodbin, so bili vsi štirje uredniki pristaši sredinskih, zmernih, kontrarevolucionarnih in celo konservativnih političnih opcij. François Tronchet, predsednik komisije, ki je bil ob imenovanju star 74 let, je nastopal kot zagovornik Ludvika XVI in ustavne monarhije. Med jakobinskim terorjem je zato izginil iz javnosti, po njegovem propadu pa se je vrnil in bil v času Konzulata imenovan za predsednika vrhovnega sodišča.²⁸¹ Najmlajši med uredniki, Bigot de Premeneau, je imel ob začetku projekta 53 let. V obdobju vladavine konventa je bil pridržan in zaprt, dokler ga ni osvobodila termidorska reakcija, kar je izkoristil za beg iz Francije, v katero se je vrnil šele leta 1797.²⁸² Poleg Premeneauja in Troncheta, ki sta nastopala kot predstavnika tradicije *droit coutumier*, sta bila člana komisije še Maleville in Portalis iz regije *droit écrit*.²⁸³ Slednji naj bi ob tem igral še vlogo »filozofa komisije«, torej najbolj artikuliranega izmed urednikov, kateremu je bila načeloma prepuščena formulacija splošnejših določb in obrazložitev. Tako je ob predstavitvi projekta izoblikoval tudi reprezentativen odgovor na vprašanje o ciljih, ki so jih uredniki zasledovali s svojim zakonikom: ».. duh zmernosti je resnični duh zakonodajalca ... politično dobro, tako kot moralno dobro, se vedno nahaja med dvema skrajnostma (*limites*)«. ²⁸⁴ Pri tem ni zanemarljivo, da je bil v času priprave projekta zaradi bolezni skoraj povsem slep.²⁸⁵ Po pripravi načrta za obrambo Ludvika XVI in zagovoru preganjanih duhovnikov, ki so se uprli civilni zaprisegi, ga je doletela podobna usoda kot Premeneauja. Ko je leta 1794 spuščen na prostost, mu Termidorci ponudijo mesto vrhovnega sodnika, ki ga zavrne in emigrira iz Francije.²⁸⁶

Komisija teh štirih uglednih mož je v roku petih oziroma šestih mesecev pripravila osnutek zakonika. Ob njegovem dokončanju je 21. januarja 1801 Portalis skupaj z ostalimi uredniki predstavil *Discours préliminaire*, v katerem so orisali in utemeljili miselno zasnovo svoje

²⁷⁹ Esmein, op. cit., 7.: »To je bil bolj priročnik za praktično moralo kot kodifikacija civilnega prava.«

²⁸⁰ O Cambacérèsovih osnutkih civilne kodifikacije, ločeni redakciji Jacqueminota in zasebnem projektu Oliviera, Bernardija in Targeta gl. Bouineau, »Âge d'or du Code civil,« 40-43.

²⁸¹ Arnaud, op. cit., 30; Lobingier, op. cit., 117.

²⁸² Arnaud, op. cit., 33.

²⁸³ Leclair, op. cit., 54; Roermund, op. cit., 151, opomba 4.

²⁸⁴ Portalis, »Discours de présentation du Code civil,« 99. Prim. podpoglavje *Meja in mera*, zlasti str. 11.

²⁸⁵ Arnaud, op. cit., 28 in 32; Leclair, op. cit., 53.

²⁸⁶ Arnaud, op. cit., 32; Leclair, op. cit., 54. O štirih urednikih tudi Bouineau, op. cit., 47-53.

kodifikacije. Predlog je bil poslan v komentar višjim in vrhovnemu sodišču, skupaj z njihovimi mnenji pa je julija 1801 prišel pred zakonodajno sekcijo *Conseil d'État*.²⁸⁷ V naslednjih treh letih je potekalo 107 sej, katerim so poleg redaktorjev prisostvovali še mnogi drugi komentatorji in kritiki osnutka, denimo Cambacérès, Merlin de Douai, Berlier, Treilhard, Jacqueminot in konec koncev sam Napoleon, ki naj bi bil prisoten na 57 seansah.²⁸⁸ Prvi konzul naj bi imel tudi opazen vsebinski prispevek, vendar interpretacije variirajo glede na naklonjenost posamičnega interpreta. Po eni strani v literaturi kroži mit o tem, da se je Napoleon naučil prava med priporom, kjer si je celico delil z izdajo Justinijanovih Digest, ki naj bi jih tudi preučil in nato poznavanje odlomkov klasičnih pravnikov večkrat dokazal z bistroumnimi pripombami glede perečih pravnih problemov, o katerih se je razpravljalo na sejah.²⁸⁹ Rahlo bolj podprta je nasprotna interpretacija, po kateri je Napoleon nastopal kot »laik«, povprečen državljani, za katerega je bil zakonik navsezadnje pisan, s čimer je snovalcem členov postavil merilo potrebne jasnosti, preprostosti in razumljivosti.²⁹⁰

Code Napoléon je razglašen 21. marca 1804 s posebnim zakonom, ki je v svojem 7. členu abrogiral vse druge pravne vire z istega področja: »[R]imski zakoni, ordonnance, splošno in lokalno običajno pravo, statuti, odločbe prenehajo imeti zavezujočo moč splošnega ali posebnega zakona v zadevah, ki so predmet zakonov te kodifikacije.«²⁹¹ Istega leta je vlada odtisnila in distribuirala 80 000 kopij zakonika ter za nadaljnjo izdajanje *Code* pooblastila še nekatere zasebnike. Sočasno je s posebnim zakonom ustanovljenih 12 pravnih šol, ki prvič po letu 1793, ko so bile pravne fakultete ukinjene, obnovijo pravni študij, v katerega je s prenovo učnega programa vključen tudi kurz iz *Code civil*.²⁹² Portalis se je seveda ob vseh teh spremembah moral ustaviti pri vprašanju legitimnosti tako korenitega preloma s preteklostjo: »Od kje nam zaletavost, s katero smo zavrnili bogato dediščino naših očetov?«²⁹³ Opravičljivost posegov Napoleonove kodifikacijske komisije utemelji že v svojem *Discours*:

Spreminjati je treba, kadar bi bila najbolj usodna od vseh prenov (*innovations*), tako rečeno, ne prenavljati (*innover*). /.../ Naredili smo, če se je dovoljeno tako izraziti, transakcijo med *droit écrit* in običaji, vsakič, ko nam je bilo omogočeno pobotati njihove določbe ali pa jih medsebojno prilagoditi, ne da bi pretrgali

²⁸⁷ Gojosso, op. cit., 143; Leclair, op. cit., 50; Lobingier, op. cit., 122.

²⁸⁸ Arnaud, op. cit., 26 in 25, opomba 82; Leclair, op. cit., 49; Gojosso, op. cit., 144.

²⁸⁹ Lobingier, op. cit., 124.

²⁹⁰ Leclair, op. cit., 52.

²⁹¹ »À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code.« Gl. tudi Leclair, op. cit., 6.

²⁹² Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 62. Glede ukinitve pravnih fakultet tudi Škrubej, »Austrian General Civil Code,« 1066. Ukinitve pravnih fakultet je nastopila v okviru širšega zapiranja obstoječih univerz (gl. opombo 259 v povezavi z Le Chapelierovim zakonom) in načrtovane zasnove novega sistema (univerzitetnega) šolstva.

²⁹³ Portalis, »Discours de présentation du Code civil,« 96.

enotnost sistema in ne da bi prizadeli [njegov] splošni duh (*l'esprit général*). Koristno je ohraniti vse, česar ni nujno uničiti: zakoni morajo prizanesti (*ménager*) navadam, ko navade niso nepravilnosti (*vices*). Prepogosto se razume (*raisonne*), kot da bi se človeška vrsta [znova] končala in začela v vsakem trenutku, brez vsakega sporazumevanja med staro generacijo in tisto, ki jo nadomešča. Generacije se pri svojem menjanju mešajo, prepletajo in stapljajo. Zakonodajalec bi svoje institucije izoliral od vsega, kar jih lahko na zemlji *naturalizira*, če ne bi skrbno upošteval naravnih odnosov, ki bolj ali manj *vedno povezujejo sedanost s preteklostjo in prihodnost s sedanjostjo*, kar povzroča, da neko ljudstvo, v kolikor ni iztrebljeno ali ne pade v degradacijo, hujšo od uničenja, nikoli ne preneha biti, vsaj do določene mere, podobno samemu sebi. V naših modernih časih smo preveč ljubili spremembe in reforme: če so, kar se tiče zadev institucij in zakonov, stoletja ignorance prizorišče zlorab, so stoletja filozofije in razsvetljenstva (*lumières*) zelo velikokrat prizorišče izgrediv.²⁹⁴ (poudaril S. K.)

7 Predhodniki *Code civil*

Portalisov citat s svojim mešanjem prihodnjega, preteklega in sedanjega napeljuje na ključno vprašanje: do kam seže »aktualna preteklost« *Code civil*.²⁹⁵ Da bi bila zgodovina nekaj več kot zgolj zbirka življenjepisov ali preglednica na način prirodopisa, mora nastopiti kot zgodovina filiacije pojmov – pokazati mora torej, do katerega zgodovinskega trenutka so pojmi neke znanosti še razumljivi in s tem do kam se razteza preteklost v danem trenutku veljavne znanosti.²⁹⁶ Če je bila ambicija pravnih racionalistov, ki jo deli tudi Portalis, *naturalizirati* svoje institucije, jim dati pridih večnosti, od-vednosti, ahistoričnosti, je naloga pravnozgodovinskega proučevanja, da izpostavi prav zgodovinskost modernega naravnopravnega znanstvenega diskurza.²⁹⁷ V teleološko zgodovino, ki predhodno zvaža na kasnejše, išče predhodnike in starodavne zametke idej, mora uvesti pojem preloma, diskontinuitete v genezi znanstvenih pojmov.²⁹⁸

7.1 Recepcija rimskega in sistematika *Code civil*

»Vse, kar je staro, je bilo [enkrat] novo. Bistveno je, da se novim institucijam vtisne značaj obstojnosti in trdnosti, ki jim lahko zagotovi upravičenje, da postanejo starodavne.«²⁹⁹ Pridih starodavnosti si je *Code civil* nadel predvsem skozi rimsko pravo, na katerega se sklicujejo že

²⁹⁴ Portalis, »Discours préliminaire,« 20. Gl. Canale, op. cit., 150 o *Code civil* kot kodifikaciji kompromisov med francoskim severom in jugom ter principi revolucije in dediščino *ancien régime*.

²⁹⁵ Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 18: »Treba je skratka neprestano formirati in reformirati dialektiko zapadle zgodovine in dialektiko zgodovine, ki jo je potrdila [v določenem trenutku] delujoča znanost.«

²⁹⁶ Prav tam, 20.

²⁹⁷ Parafrazirano po prav tam, 52.

²⁹⁸ Fichant, op. cit., 146. Rossi, op. cit., 22, kjer govori o epistemološkem prelomu znanstvene revolucije. Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 58 o predhodnikih: »dokler ... ni ... potrdila, da obstaja pri enem in drugem raziskovalcu istovetnost vprašanja in ... istovetnost pomena vodilnih pojmov ... je umeščanje dveh znanstvenih avtorjev v logično sosledje od začetka do dovršitve ali od anticipacije do realizacije umetno, arbitrarno in neustrezno avtentičnemu projektu zgodovine znanosti.«

²⁹⁹ Portalis, »Discours préliminaire,« 20.

sami ustvarjalci. Kasnejša literatura je sledila njihovemu zgledu in rimskim vplivom na civilne kodifikacije pripisala skoraj mitične razsežnosti.³⁰⁰ Čeprav je marsikatera zastavitev pravnih situacij v *Code Napoléon* res prevzeta iz »dediščine njenih prednikov«, so uredniki pogostokrat znotraj okvira svojih predhodnikov izpeljali svojevrstne kombinacije rešitev. Določba o najdbi zaklada (716. člen), ki dragocenosti deli med najditelja in lastnika zemljišča, kljub nekaterim odstopanjem izrazito spominja na dikcijo rimskih besedil.³⁰¹ Podobno bi lahko trdili glede znanega 1138. člena, ki je obveljal za francosko posebnost, saj določa, da je »dolžnost dajatve stvari izpolnjena z golim soglasjem pogodbenih strank. Upnik postane lastnik ... od trenutka, ko bi morala [stvar] biti izročena, četudi izročitev (*tradition*) še ni bila opravljena.« V skladu z njo se lastninska pravica prenese že z zavezovalnim (npr. kupoprodajo) in ne šele z razpolagalnim poslom (izročitvijo) na podlagi predhodno sklenjenega zavezovalnega posla oziroma neke *iusta causa* (tj. na podlagi pravne okoliščine, ki utemeljuje prenos lastninske pravice).³⁰²

Čeprav naj bi določba izvirala iz običajnega prava, je v njej obenem implicitno prevzeto rimskopravno razlikovanje med sklenitvijo pogodbe in izročitvijo stvari kot ločenima pravnima dejanjema. Sama zastavitev pravne situacije, ki zamejuje nabor možnosti, med katerimi so se kodifikatorji odločili za »običajnopravno« izpeljavo, je namreč zasnovana na podlagi rimskih pravnih virov, iz katerih so abstrahirani distinkcija med učinkovanjem *in personam* ter *in rem*, pojmovanje tradicije, kavze in posledično razlikovanje med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom.

Zdi se, da Portalisova trditev o prevzemanju in spajanju rimskega ter običajnega prava do določene mere lahko velja. Vendar problematiziranje rimskosti civilne kodifikacije ne more ostati samo na primerjavi dikcij posameznih določb, temveč se mora, prav zato ker je predmet obravnave kodifikacija ali pravni sistem, premakniti na raven sistematike in analize umeščenosti posameznih določb v organizirano celoto.

Po splošnem načrtu je materija *Code civil* razdeljena na tri knjige: 1) osebe (*des personnes*), 2) stvari in različne modifikacije lastninske pravice (*des biens, et des différentes modifications de la propriété*) ter 3) različne načine pridobitve lastninske pravice (*des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Ta razporeditev naj bi bila po ustaljeni interpretaciji prevzeta po vzoru Gajevih (in Justinijanovih) *Institucij*, ki vse pravo delijo na osebe, stvari in *actiones*.³⁰³ Na

³⁰⁰ Gl. denimo Stanković, »The Influence of Roman Law on Napoleon's Code Civil,« 311.

³⁰¹ Paul. D. 41, 1, 31, 1 in Inst. 2, 1, 39.

³⁰² Kranjc, op. cit., 387, opomba 911.

³⁰³ Gaius, *Institucije*, I, 8: »*Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*«. Stanković, op. cit., 312. Škrubej, *Pravo v zgodovini*, 273 o prevzemu te delitve v ODZ in BGB.

potencialno odstopanje že na prvi pogled namiguje tretji razdelek o akcijah ali tožbah. V 17. in 18. stoletju namreč pride do temeljite preobrazbe Gajeve sheme.³⁰⁴ Knjiga o stvareh, ki je pri rimskem juristu strukturirana predvsem kot *klasifikacija* različnih skupin (pravnih) reči, se v okviru 17. stoletja preoblikuje v poglavje o *stvarnih pravicah (jura in rem)*,³⁰⁵ ki ključa svoje razdelitve ne utemljuje na lastnostih stvari, temveč na različnih tipih odnosov reči do pravnega subjekta. Ideja pravice, ki bi jo lahko pri Gaju kvečjemu našli pod oznako »netelesnih stvari«, obstoječih le pravno (*res incorporales*), se z novim vekom uveljavi kot osrednje merilo, po katerem se deli pravna stvarnost. Zgodi se torej podobno kot pri Descartesovem prelomu z Aristotelom in naukom o kategorijah, ki spoznanje namesto v odvisnosti do posebnih in naključnih lastnosti predmetov pojmuje kot univerzalen način subjektovega dostopanja do predmetov. Tudi pravo se osredotoči na načine, preko katerih so predmeti dostavljeni subjektu. Če mi zavoljo nazornosti pozoren bralec dopusti anahronizem, gre za neke vrste pravniški kopernikanski obrat: če se je do tedaj privzemalo, da se mora vse pravo ravnati po predmetih, se tokrat, da bi v nalogah pravne znanosti napredovali bolje, poizkusi, da se morajo vsi predmeti ravnati po *a priori* določenih pravicah.³⁰⁶

Ta obrat pa ima, tako kot pri Kantu, dva koraka. Če je bil prvi dosežen s premikom poudarka iz reči k temu, kar subjekti »sami položimo vanje«³⁰⁷, dobesečno v stvar (*in rem*), je bil drugi izveden v povezavi z razdelkom *actiones*. Te pri Gaju obsegajo tako tožbene zahteve glede stvari (*in rem*) kot zoper osebe (*in personam*)³⁰⁸ in se torej v tem drugem delu do določene mere prekrivajo z vsebino tretje knjige *Code Napoléon*. Bistveno bolj pa je pomembna točka različnosti med njima. Medtem ko rimsko pravo ni poznalo pravice v materialnopravnem pomenu ali pravice izven pravnega postopka,³⁰⁹ nastanek tega koncepta v 17. stoletju pravni znanosti omogoči razlikovanje med materialnim pravom in postopkom, vsebino in formo. Eden izmed prvih, ki jasno naredi to distinkcijo, je *avocat* pariškega *parlement* Gabriel Argou leta 1692 v *Institutions au droit françois*:

³⁰⁴ Arnaud, op. cit., 130 in nasl.

³⁰⁵ Prav tam, 135 kot prvi primer tega obrata navaja Vinniusovo shemo iz leta 1665. Po njej so stvarne pravice podzvrst *jura in rebus*, med katere spadajo še *jus ad rem*, pravice glede na stvar ali obligacijske (relativne) pravice.

³⁰⁶ Kant, *Kritika čistega uma*, BXVI: »Doslej se je privzemalo, da se mora vse naše spoznanje ravnati po predmetih; vendar so se ob tej predpostavki izjalovili vsi poskusi, da bi o njih izvedeli kaj *a priori* skozi pojme, ki bi razširili naše spoznanje. Zato poskusimo enkrat, ali ne bi v nalogah metafizike napredovali bolje, če privzamemo, da se morajo predmeti ravnati po našem spoznanju ... S tem je ravno tako kot s prvimi mislimi Kopernika ... [ki] je poskusil, ali bi bilo nemara kaj bolje, če bi privzel, da se vrti opazovalec, zvezde pa pustil stati pri miru.«

³⁰⁷ Prav tam, BXVIII: »...o rečeh spoznamo *a priori* samo to, kar sami položimo vanje.«

³⁰⁸ Kranjc, op. cit., 167.

³⁰⁹ Prav tam, 166; Arnaud, op. cit., 131.

Vse pravo, ki se nanaša na posameznike, je sestavljeno iz dveh delov: *pravic (droits)*, ki pripadajo vsakemu posamezniku, in načina, kako dodeliti (*rendre*) vsakemu to, kar mu pripada; *to [je tisto], kar praktiki imenujejo vsebina (le fonds) in forma (la forme)*.³¹⁰ (poudaril S. K.)

Tožbe torej postanejo procedura, sredstvo za uveljavljanje pravic, medtem ko se obligacije vzpostavijo kot posebna zvrst materialnih pravic.³¹¹ Naslov Argoujevega dela – *Institutions* – pravzaprav ne bi mogel bolj ustrezati prelomnemu navedku, ki ob ločitvi forme in vsebine v staro formo vtiska novo vsebino.

[V tem delu] ne bomo govorili o drugem kot vsebini; *najprej bomo proučili, kdo so osebe, saj je celotno pravo postavljeno le zanje*; nato bomo pojasnili, kaj so stvari, in na koncu razpravljali o sredstvih, ki so nujna za njihovo pridobivanje in ohranjanje.³¹² (poudaril S. K.)

Upoštevajoč ta dva premika se postopoma razvijejo tri mase, na katere je razdeljen *Code Civil*. Proces še zdaleč ni premočrten, dodatno težavo pa predstavlja dejstvo, da ni opazen pri skoraj nobenem od omenjenih avtorjev, ki bi lahko vplivali na *Code Civil*. Tako Domat kot denimo Pufendorf, Grotius, Leibniz, Prevôt de la Jannès in Pothier razvijajo načrte svojih preureditev prava v docela drugačno smer.³¹³ Po mnenju nekaterih³¹⁴ naj bi bila razdelitev snovi v *Code* neposredno prevzeta iz Bourjonovega projekta reorganizacije *Coutume de Paris*, izdanega leta 1747. V uvodni razpravi k svojemu delu si Bourjon postavi osem načel, ki ga bodo »pripeljala do jasnih, natančnih in celovitih idej« in mu omogočila, da na področju preučevanja običajnega prava naredi takšen premik, kakršnega je v geografiji povzročila prva svetovna karta (*Mappemonde*).³¹⁵ Zanimivo je, da si v šestem načelu zada za cilj »narediti za običajno pravo to, kar je Domat za rimsko«. ³¹⁶ Zemljevid, ki ga zariše po teh principih, popisano materijo razdeli podobno kot *Code* na osebe, stvari in načine pridobivanja stvari, vseeno pa med obema shemama obstajajo določena odstopanja pri nadaljnji razvejitvi.³¹⁷

Bolj pomembno kot to, kdo od številnih modernih pravnih teoretikov je bil neposredni predhodnik delitve materije v kodifikaciji, je ugotovitev, da to ni mogel biti rimski jurist. Če bi tak predhodnik,

³¹⁰ »Tout le droit des particuliers consiste en deux points, aux droits qui appartiennent à chaque particulier et en la maniere de rendre à chacun ce qui lui appartient, ce que les praticiens appellent le fonds et la forme.« Argou, *Institution au droit françois*, 2. Gl. tudi Arnaud, op. cit., 157-159.

³¹¹ Gl. opombo 305.

³¹² »Nous ne parlerons ici que du fonds ; nous examinerons d'abord quelles sont les personnes, puisque tout le droit n'est établi que pour elles; nous expliquerons ensuite quelles sont les choses et nous traiterons enfin des moyens nécessaires pour les acquérir et pour les conserver.« Argou, op. cit., 2.

³¹³ Arnaud, op. cit., navaja sheme za naštete na avtorje na straneh: 133, 139, 145, 151, 166.

³¹⁴ Gojoso, op. cit., 152; Arnaud, op. cit., 162.

³¹⁵ Bourjon, *Le Droit Commun de la France*, Dissertation.

³¹⁶ Prav tam, 7 in 8.

³¹⁷ Arnaud, op. cit., 161 in 163. Prim. prav tam, 168-170, kjer kot boljši približek masam *Code civil* navaja delo Oliviera.

mislec več obdobj obstajal, bi, prosto po Canguilhemu, sama obdobja izgubila smisel, pravo pa bi imelo zgodovino le na videz.³¹⁸ Rimski pravni besednjak je v novem zgodovinskem kontekstu recipiran, a na določen način razumevanja recepcije kot hkratnosti prevzema in prepomenjenja. Nova paradigma prevzame pojmovni aparat stare, vendar ti stari pojmi stopijo v nove medsebojne odnose, poimenovanjem so dodeljeni novi pomeni,³¹⁹ saj je »vsako prevladovanje in obvladovanje zopet novo interpretiranje, prirejanje, pri katerem se morata dotakratni 'smisel' in 'smoter' nujno zasenčiti ali popolnoma izbrisati«. ³²⁰ Neka nova sila se lahko pojavi in zavzame predmet le tako, da se »sprva zamaskira v predhodne sile, ki že zasedajo ta predmet«³²¹ - ravno s tem skuša povzpetnica zakriti lastno zgodovinskost.

7.2 Aksiomi civilnopravnega sistema

Dejstvo, da se ideji pravnega subjekta in pravice vtisneta v rimskopravne izraze in prerazporedita odnose med njimi, obenem pomeni nujno tudi to, da jima je dodeljeno mesto aksioma ali razlagalnega principa v novih sistemih. Če namreč dosledno sledimo Condillacovi opredelitvi sistema,³²² Bourjon, Domat in ostali, ki si prizadevajo racionalizirati obstoječe pravo, na začetek tako pridobljenega reda elementov ne morejo postaviti nič drugega kot prav tisto pravilo, ki vsa ostala naredi razumna. *Code Civil* pri tem ni nobena izjema. Svoj sistem civilnega prava gradi na dveh »temeljnih stavkih«. ³²³ Prvi je ideja avtonomnega pravnega subjekta, »enakega med enakimi«, izražena posredno skozi določbo o avtonomiji volje (1134. člen).³²⁴ V njej je predpostavljen suvereni individuum s svojo »lastno neodvisno vztrajno voljo«, ki sme in zmore obljubljeni, se spominjati, izrekati svoje hotenja, vnaprej razpolagati s prihodnjim, to prihodnje zvajati na sedanji preračun bodočega, skratka posameznik, ki zna gospodariti s svojo voljo in je za svoja dejanja tudi sposoben odgovarjati.³²⁵ Drugi aksiom je ideja pravice, ki temu subjektu pripada, oziroma, natančneje, ideja absolutne in enotne lastninske pravice (544. člen)³²⁶ kot

³¹⁸ Canguilhem, *Epistemologija in zgodovina znanosti*, 56-57.

³¹⁹ Kuhn, op. cit., 134-135. Prim. Feyerabend, *Proti metodi*, 20: »[B]rez stalne zlorabe jezika ni nobenega odkritja in napredka.«

³²⁰ Nietzsche, *H genealogiji morale*, 263.

³²¹ Deleuze, *Nietzsche in filozofija*, 17.

³²² Gl. str. 28 za celotno ubeseditev.

³²³ Podobni predpostavki naravnopravnega racionalizma o obstoju pravnega subjekta, ki je neodvisen od pravnega reda, in pravice, ki je logično in časovno pred objektivnim pravnim redom, kritizira Kelsen, op. cit., 46 in 47. Gl. tudi Pašukanis, op. cit., 57 in nasl.

³²⁴ Gl. celotno besedilo relevantnega odstavka 1134. člena v opombi 119.

³²⁵ Nietzsche, op. cit., 244-246. Nietzsche dobesedno govori o prevzgoji pozabljive živali v žival, sposobno pomnjenja in obljubljanja. Prav tam, 250: »Prav v teh pogodbenih [upniško-dolžniških] razmerjih se obljublja; prav tu gre za to, da se tistemu, ki obljubi, ustvari spomin.«

³²⁶ Lastninska pravica je pravica uživati in razpolagati s stvarmi na najbolj absoluten možen način, ob predvidevanju, da se s tem ne izvršuje rabe, prepovedane z zakoni ali uredbami. (»La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens.«) Vprašanje, ali je legitimno, da podzakonski pravni akti omejujejo lastninsko pravico, je naslovil Maleville, *Analyse Raisonnée Tome II^{ème}*, 25: »Izvrševanje lastninske pravice ni podrejeno samo zakonom, temveč tudi uredbam vlade (*police*); ustava daje šefu države pooblastilo, da izdaja uredbе.«

najpomembnejše izmed subjektivih pravic, kar je razvidno že iz naslovov zgoraj obravnavane druge in tretje knjige *Code*. Lastnina je osnovna, *paradigmatska* povezava med subjektom in stvarjo,³²⁷ v odnosu do katere so načeloma opredeljene vse druge. Nadalje pa se njen poseben status kaže tudi v utemeljitvah redaktorjev: »Človek se rodi s potrebami; mora mu biti omogočeno, da se prehranjuje in obleče – ima torej pravico do nujnih stvari za svoje preživetje in za svoje vzdrževanje. *Voilà*, izvor lastninske pravice.«³²⁸ Maleville pritrdi zapisu svojega kolega kot »najboljši možni prolegomeni«, ki je »proti Rousseauju in njegovim privržencem pokazala, da lastninska pravica /.../ ustvarja red v družbi in je najboljši garant za stabilnost Imperijev«.³²⁹ »Brez lastnine ni kmetijstva in brez kmetijstva ne bi videli drugega kot divjake, ki tavajo po površini planeta.«³³⁰

Prav v argumentih za upravičenje instituta lastninske pravice kot *naravne pravice* lahko zasledimo enega izmed jasnejših primerov naturalizacije pojmov na način dokazovanja njihove nadzgodovinskosti. Seveda se spodobi tako pomemben in večer institut podpreti tudi z določbo rimskega prava: »Ta [544.] člen je prevod (*traduction*) lastninske pravice. *Dominium*, pravi zakon 21, Cod. mandati, *est jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*.«³³¹ Zanimivo je, da odlomek iz Justinijanovega kodeksa, ki ga navaja Maleville, sploh ne vsebuje navedene dikcije.³³² Besedilo se ne nanaša na lastninsko pravico, ampak na mandat, niti ne govori o *dominiumu*, temveč o tem, da vsakdo upravlja in odloča o svoji stvari. Fraza »*dominium est jus*« zapisuje besedo za pravico v srednjeveški latinščini, saj se takšna definicija v klasični ne pojavi in najverjetneje izvira šele iz 16. stoletja.³³³ Formulacija naj bi se prenesla v *Code* pod vplivom

³²⁷ Gl. Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 41, 42, po katerem si skozi lastninsko pravico oseba šele poda »neko zunanjo sfero svoje svobode, da bi bila kot ideja«, da bi bila torej obstoječ in posledično resnični pojem. Učinek lastninske pravice, ki se vzpostavi s to določitvijo, je, da se »svobodni duh« in tisto neposredno različno od njega, »tisto zunanje nasploh – neka stvar, nekaj nesvobodnega, neosebnega, brezpravnega« – določita kot neposredno različno in ločljivo.

³²⁸ Portalis, »Discours préliminaire«, 57. Gl. Le Clair, op. cit., 62 o Portalisovih skoraj liričnih zagovorih naravnega izvora lastninske pravice, ki zato po njegovem nazoru ne more biti prepuščena samovolji političnih zakonov.

³²⁹ Maleville, *Analyse raisonnée II^{ème}*, 23.

³³⁰ Prav tam, 24.

³³¹ Prav tam, 25. Maleville referira na C. 4, 35, 21: »*Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit.*«

³³² Arnaud, op. cit., 181.

³³³ Korošec, *Rimsko pravo*, 128. Kranjc, *Rimsko pravo*, 347 kot prvi primer opredelitve lastninske pravice za »pravico stvar uporabljati in jo porabiti, kolikor to dopušča smisel prava« predlaga Franciscusa Hotomanusa, »francoskega« pravnika iz 16. stoletja. Arnaud, op. cit., 182 navaja Bartola, a obenem sprejema pomisleke M. Vileya zoper to tezo. Na straneh 183-184 tudi on omenja Hotomana, poleg njega pa Grotiusa. Zanimivo je, da Grotius v podporo svoji definiciji navaja isti odlomek iz Justinijanovega *Codexa* kot kasneje Maleville. Herman, op. cit., 679, Malevillovo zmoto pripisuje temu, da je citiral gloso in ne originalnega besedila Justinijanovega *Codexa*. V podporo temu izpostavlja dejstvo, da Maleville navedek zapiše kot »Arg. L. 21 Cod. Mandati«, saj naj bi pripis »arg.« indiciral, da se sklicuje na gloso. Drugače Stanković, op. cit., 313, ki argumentira, da je lastninska pravica prevzeta iz Ulp. D. 39, 2, 26.

Domata in zlasti Pothiera.³³⁴ Čeprav so rimski viri v razpršeni obliki lahko ponudili pojme in izraze, ki so bili kasneje skozi recepcijo združeni v opredelitev lastninske pravice, je sami niso podali, niti je niso narekovali kot nujen sklep. Odprto puščam vprašanje, ali je nabor tožb, ki jih je rimsko pravo v svojih različnih obdobjih ponujalo za zasledovanje in mirno uživanje stvari, *de facto* zagotavljal varstvo, primerljivo moderni lastninski pravici. Predvsem pa ta institut ni imel niti enake ekonomske oziroma proizvodne funkcije³³⁵ niti epistemološkega statusa razlagalnega principa, ki ga dobi z umestitvijo v moderni civilnopravni sistem.

Na podoben način se Maleville loti obrazložitve tretje mase *Code civil* o pogodbah. »Vse dispozicije naše kodifikacije glede kontraktov bi bile slabo razumljene, če bi si jih zamišljali drugače kot osnovna pravila pravičnosti, katerih razvejitve se v celoti najdejo v rimski /.../ znanosti pravičnega in nepravičnega.«³³⁶ Konkretno za podkrepitev 1134. člena navede Ulpijanovo zvezo *contractus legem dedit*.³³⁷ Čeprav se sprva zdi, da se je Maleville s tem dokopal do nesporne rimske legitimacije za svoj zakonik, širše sobesedilo odlomka³³⁸ pokaže, da ima rimski *lex* drugačen pomenski razpon kot francoski *loi*, saj je v svoji prvotni različici označeval karkoli je bilo pravno opredeljeno in na koga naslovljeno.³³⁹ Malevillova zmota je torej posledica predruženja mesta, ki naj ga v pravu po določbi o avtonomiji volje zavzamejo »zakonito sklenjeni sporazumi«. Recepcija *lex* v *loi* je že dovršena z Domatom,³⁴⁰ pri katerem najdemo skoraj enako definicijo kot v določbi *Code*: »Ko so sporazumi enkrat sklenjeni, privzame vse, kar

³³⁴ Halpérin, »French Legal Science,« 57; Arnaud, op. cit., 185 in 187. Opozoriti je treba, da Domatova in Pothierova dikcija ne vsebujeta dodatka »na najbolj absoluten možen način«, ki ga uvede *Code civil* kot podlago za zakonsko oziroma uredbeno omejevanje lastniških upravičenj. Gl. opombo 326 za celotno besedilo 544. člena.

³³⁵ Finley, *The Ancient Economy*, 21-23. Avtor prepričljivo prevprašuje prepričanje, da so trg, tržni mehanizmi in zasebna lastnina v obliki kapitala obstajali že v antiki.

³³⁶ Maleville, *Analyse raisonnée Tome III^{ème}*, 2.

³³⁷ Prav tam, 25.

³³⁸ Ulp. Dig. 50, 17, 23. Odlomek sicer govori o oblikah krivde, za katere se odgovarja pri posameznih oblikah kontraktov, formula, ki jo navaja Maleville pa je izpeljana iz naslednjega dela: »Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (*legem enim contractus dedit*), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, si convenerit, ne dolus praestetur.« Kranjc, op. cit., 507 navedeni odlomek prevaja kot: »Pri družbeni pogodbi in naključni premoženjski skupnosti se upoštevata naklep in malomarnost. Vendar velja to le takrat, kadar ni bilo pri posamezni pogodbi izrecno dogovorjeno kaj drugega (več ali manj). Kar je bilo na začetku dogovorjeno, se namreč upošteva (*kajti postalo je pogodbeno določilo*), razen tistega, kar meni Celz, da ne velja, če je bilo dogovorjeno, da se za naklep ne odgovarja.« Gl. Prav tam, 639, opomba 1671, kjer Kranjc omenja možnost, da je bil odlomek deloma interpoliran.

³³⁹ Kranjc, op. cit., 72; Arnaud, op. cit., 199; Herman, op. cit., 681. O tem, kako so redaktorji *Code* razumeli *loi*, Serrand, »La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil,« 33 in nasl.

³⁴⁰ Druga, s prepomenjenjem *lex* povezana ločitev med pravom (*droit*) in zakonom (*loi*), se pripisuje Bodinu. Grossi, *Pravna Evropa*, 74: »[Zakon] izraža monarhovo oblastveno voljo in se materializira v avtoritarnem ukazu, [pravo] pa izraža temeljna pravila običajev, porojena iz dogajanja in prežeta s pravičnostjo, ki je v stvareh.« Gl. podobno Grossi v *Mitologie giuridiche*, 96.

je bilo dogovorjeno, mesto zakona za tiste, ki so jih sklenili.«³⁴¹ Poleg tega poudari, da sporazumi lahko nastanejo le svobodno oziroma s soglasjem, torej s skladanjem dveh svobodnih volj.³⁴² K temu doda tudi tri pogoje, ki zamejujejo polje svobode: oseba mora biti sposobna kontrahirati, sporazum pa ne sme vsebovati ničesar, kar bi nasprotovalo zakonom ali dobrim navadam (*bonnes moeurs*).³⁴³ Ta meja omogoči redaktorjem *Code*, da se izognejo aporiji, ki jo poraja trditev »zakoniti sporazumi imajo mesto zakona«, in uvedejo željen institut dispozitivnosti: samo tiste pogodbe, ki ne nasprotujejo zakonom, javnemu redu in morali,³⁴⁴ lahko zavezujejo na-mesto zakona. Ključen vpliv pri zasnovi temeljev obligacijskega dela *Code* je bilo tudi Pothierovo delo *Traité des Obligations*, v katerem naj bi avtor presegel rimske delitve na toge (*stricti iuris*) in gibke (*bonae fidei*) obveznosti ter brezimna in imenska pogodbeni razmerja.³⁴⁵ Namesto tega kot osnovo pogodbe poudarja subjektovo voljo in s tem razširi konsenzualni kontrakt v univerzalno formo pogodbenega prava.³⁴⁶

8 Dialektika odprtega in zaprtega

8.1 Kriza popolnih zamejitev: primer pruske kodifikacije

Za zaključek se vračam k osnovnemu vprašanju: zakaj za predmet obravnave izbrati ravno *Code Napoléon* in ne katerega izmed alternativnih modelov zakonikov, ki se pojavijo v kodifikacijski dobi? Čemu sploh študija *civilne* in ne kazenske kodifikacije?

Odgovor na drugo vprašanje je dokaj preprost. Medtem ko je kazenski sistem sklenjen s tem ko je vzpostavljeno načelo zakonitosti, je uspeh civilnega zakonika odvisen od tega, ali je sposoben svoj sistem vedno znova aktualizirati, iz njega izpeljati rešitev za vedno nove primere, ki se pojavljajo z »napredkom družbe in gospodarstva«.

³⁴¹ »Les conventions estant formées, tout ce qui a esté convenu tient lieu de loy a ceux qui les ont faites.« Domat, *Les Loix civiles*, Livre 1^{ère}, Titre I, Section II, paragraf VII, 72. Gl. o tem členu Halpérin, »French Legal Science,« 57; Arnaud, op. cit., 203-206; Herman, op. cit., 680-681.

³⁴² Domat, *Les Loix civiles*, I, I, II, paragraf II in III, 70-71.

³⁴³ Prav tam., paragraf I, 70.

³⁴⁴ Gl. 6. člen *Code civil*: »S partikularnimi sporazumi ni mogoče derogirati zakonov, ki zasledujejo javni red in dobre navade.« (On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.)

³⁴⁵ Znana tudi kot »nominatni in inominatni kontrakti«. Maleville, *Analyse raisonnée Tome III^{ème}*, 7 in 10 o nepraktičnosti navedenih rimskih razlikovanj. Gl. tudi Arnaud, op. cit., 207, navaja mesto pri Pothieru, iz katerega je prevzeta ubeseditve 1101. člena *Code civil*, ki vsebuje definicijo pogodbe (*contrat*). Prav tam, 208 in 209 z njegovim delom poveže še kopico drugih določb.

³⁴⁶ Halpérin, »French Legal Science,« 66.

»Kazenske zadeve ... so omejene, civilne niso. Obsegajo, neomejeno (*indéfiniment*), vse tožbe in kompleksne interese, ki lahko postanejo predmet spora (*un objet de litige*) med ljudmi v družbi. Posledično lahko kazenske vsebine postanejo predmet predvidevanja, ki mu civilne ne morejo biti podvržene.«³⁴⁷

V civilnih zadevah razprava vedno poteka med dvema ali več državljani, zato ne more ostati neodločena, dobesedno prisili k odločanju (*on est forcé de prononcer*).³⁴⁸ V kazenskem pravu po drugi strani poteka »debata med državljanom in javnostjo, volja katere ne more biti podana drugače kot z zakonom«. ³⁴⁹ Če tega izraza volje ni, ne samo, da ni potrebe po sojenju, temveč predmet sojenja sploh ne obstaja.³⁵⁰

Ob strani puščam analizo posebnega razvoja kazenskega prava, ki je bil potreben, da je pravna znanost prišla do predpostavke o *ius punendi* kot pristojnosti centralne oblasti, kogentnosti določb kazenskega prava in prepovedi sojenja po analogiji. Portalis poda koncizen odgovor na izhodiščni pomislek: civilno pravo predstavlja neko popolnoma drugačno, ambicioznejšo raven postavljanja apriornih trditev. »Ni je zakonodaje v svetu, ki bi lahko določila število in fiksirala mnogoterost sporazumov, ki so jim lahko podvržene človeške zadeve.«³⁵¹ Portalis s tem ne misli, da je Napoleonu sestavil luknjičav zakonik ali da civilna kodifikacija sploh ni možna, temveč govori o nujnosti iznajdbe nekega drugačnega načina kodificiranja, s katerim bi bilo sistematiziranje civilnega prava šele izvedljivo. Njegova refleksija odraža krizo in premik, ki se zgodi že znotraj same dobe zakonikov, glede tega, kaj pomeni »popolno predvidevati«. Na podlagi izkušnje različnih projektov kodificiranja se je namreč pokazalo, da se zaprtost in obstojnost civilnega sistema izključujeta.³⁵²

Kot prvi uspel poizkus postavljanja prava v logično sovisnost se pogostokrat navaja že omenjeni pruski ALR,³⁵³ ki ga ne gre mešati s *Code Frédéric* ali *Codex Fredericanus*. Slednji namreč označuje zavržen osnutek racionalizacije pruskega prava, pripravljen in objavljen med leti 1747

³⁴⁷ Portalis, »Discours préliminaire,« 11.

³⁴⁸ Prav tam.

³⁴⁹ Prav tam, 12.

³⁵⁰ Prav tam.

³⁵¹ Prav tam, 59.

³⁵² Podobno iz zgodovinske distance izpostavlja Hegel kot nasprotje med *enostavnostjo* in *dokončnostjo* zakonika: »Za javni zakonik je po eni strani treba zahtevati enostavna, obča določila, po drugi strani narava *končne snovi* privede do brezkončnega nadaljnega določanja. Obseg zakonov bi po eni strani moral biti *dokončana*, sklenjena celota, po drugi strani obstaja vedno večja potreba po novih zakonskih določilih.« *Oris filozofije pravice*, § 216 in nato v opombi k istemu paragrafu: »[O]d zakonika zahtevati ... da bi moral biti absolutno dokončan, tako da ne bi dopuščal nobene nadaljnje določitve ... sloni na nepoznavanju narave končnih predmetov, pri katerem je domnevna popolnost *vztrajno približevanje*, in na nepoznavanju razlike med umsko občim in razumsko občim in *aplikacije* razumsko občega na snov končnosti in posameznosti, ki gre v neskončno.«

³⁵³ Varga, *Codification as a socio-historical phenomenon*, 78; Canale, op. cit., 46; Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 41; Esmein, op. cit., 14.

in 1751.³⁵⁴ Leta 1780 Friderik Veliki ponovno zažene svoj paradni projekt in za vodjo nove komisije izbere Carla Gottlieba Svareza,³⁵⁵ vendar jim do vladarjeve smrti 1786 uspe uveljaviti le nov sistem civilnega postopka. Ko pride na oblast Friderik-Viljem III, zakonodajni projekt dobi povsem drugačno, konservativnejšo, zmernejšo usmeritev, kar se odraža že v naslovu leta 1794 sprejetega »deželnega prava«, ki se izogiba kakršnikoli omembi izraza *kodifikacija*.³⁵⁶ Vsebinsko gledano je zakonik sestavljalo več kot 19.000 členov, v katerih je bil sistematično zaobsežen celoten pravni red – od kazenskega in fevdalnega (*feudal*) do civilnega in trgovskega prava.³⁵⁷ Pisan je bil v nemščini in pod vplivom ideje, da mora zakon urediti vsa vprašanja, ki bi se utegnili primeriti pred sodiščem. V tem duhu je sodnikom prepovedoval interpretacijo in uvajal nekaj podobnega *referée legislatif*, saj je sodišče v primeru dvoma napotoval na zakonodajalca.³⁵⁸ Zaradi njegovih prizadevanj po izčrpnosti je stroka zakonik od razglasitve dalje kritizirala kot pretirano kazuističen, zapleten, nepregleden in preobsežno podroben,³⁵⁹ po napoleonskih vojnah, ko je Prusija pridobila Porenje, pa so se (pravne) elite na tem ozemlju uprle uveljavitvi ALR in zahtevale ohranitev *Code Napoléon*.³⁶⁰ Še bolj usodna je bila morda okoliščina, da pruski zakonik ni odvzel veljave ostalim pravnim virom in je obveljal zgolj subsidiarno (torej šele v primeru, ko ni obstajala druga norma), kar je praktikom omogočalo, da so ga pri odločanju zaobšli.³⁶¹ Zakonik je bil s tem pahnjen v postopno *dekodifikacijo*, dokončno pa je bil ALR nadomeščen s sprejetjem nemškega BGB.³⁶²

Mnoge radikalnejše poteze *Code civil*, ki jih je terjala francoska revolucija, so bile izpeljane prav s pomočjo opisane zgodovinske izkušnje ALR. Na njegove pomanjkljivosti so se na več mestih sklicevali tudi francoski redaktorji: »Pruski splošni zakonik ... ni bil drugega kot moder in zvest varuh vseh prevzetih vodil; spoštoval je še lokalno običajno pravo.«³⁶³ *Code Napoléon* je v nasprotju z ALR sprejet kot izključni pravni vir, nova norma, ki vse prejšnje izpodrine s svojega področja urejanja. Izogiba se pretirani podrobnosti, omejuje se le na splošne določbe in obsega zgolj 2281 členov, ki so oštevilčeni kontinuirano.³⁶⁴ Vsebinsko gledano, za razliko od pruskega

³⁵⁴ Halperin, *Five Legal Revolutions*, 40. Preveden je bil tudi v francoščino, kar ga je naredilo dostopnega odobravanju francoskih intelektualcev. Diderot ga denimo hvali v geslu 'code' (gl. str. 16).

³⁵⁵ O Svarezovem razlikovanju med civilno družbo in državo v opombi 262.

³⁵⁶ Halperin, *Five Legal Revolutions*, 40.

³⁵⁷ Prav tam, 41.

³⁵⁸ Prav tam, 42; Varga, *Codification as a socio-historical phenomenon*, 78. V zvezi z *referée legislatif* gl. str. 41 in 59 te razprave.

³⁵⁹ Varga, *Codification as a socio-historical phenomenon*, 77; Varga, *Law and Philosophy*, 237; Canale, op. cit., 146. Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 43 omenja tudi, da ni bil uveden v kurikulum pruskih pravnih fakultet.

³⁶⁰ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 41.

³⁶¹ Grossi, *Pravna Evropa*, 126.

³⁶² Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 42.

³⁶³ Portalis, »Discours de présentation du Code civil«, 96: »Izprašajmo zgodovino, ona je eksperimentalna fizika zakonodaje.«

³⁶⁴ ALR je namreč vsako sekcijo začel s 1. členom. Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 44.

zakonika ne ohrani stanov, temveč postane prva od kodifikacij, ki temelji na načelu enakosti pred zakonom, kar dodatno prispeva k njeni poenostavitvi. Ključna sprememba je bila tudi v tem, da *Code* ni bil več zamišljen kot splošen zakonik, v katerega so vključena vsa pravna področja, temveč so se v Franciji, tako kot kasneje tudi v Avstriji, odločili za tehniko »specialnih kodifikacij«, po kateri je za vsako glavno vejo prava sprejet ločen zakonik. V šestih letih po razglasitvi civilnega zakonika so tako posebej uveljavljeni še sistemi civilnega postopka (1806), trgovskega prava (1807), kazenskega postopka (1808) in nov kazenski zakonik (1810). Prednost te tehnike je zlasti v tem, da omogoča spreminjanje in razvijanje posameznega pravnega področja. Civilni zakonik je posledično lahko preživel brez večjih reform do 1880-ih, medtem ko sta bila kazenski in trgovski v tem času že občutno spremenjena.³⁶⁵

8.2 Popolnost v izpopolnjevanju. Organska enotnost zakonske in sodniške mere

Kljub temu pa se *Code* ni mogel izogniti propadu svojega pruskega predhodnika zgolj s krajšanjem in poenostavljanjem. Kodifikatorji so se morali soočiti z veliko bolj temeljnim problemom, ki jim, kot opisuje Portalis, ni dal mirovati:

Vse poenostaviti je operacija, glede katere je potrebno strinjanje. Vse predvideti je smoter, ki ga je nemogoče doseči. /.../ Kako torej prikleniti delovanje časa? /.../ Zakonik, popoln kot je le lahko, ni še niti dokončan, ko se uradnikom³⁶⁶ (*magistrats*) že ponuja tisoč nepričakovanih vprašanj. Ko so zakoni enkrat zasnovani, ostanejo takšni kot so bili zapisani: ljudje, nasprotno, nikoli ne mirujejo; vedno delujejo. In to gibanje, ki se nikoli ne ustavi ... v vsakem trenutku ustvari kakšno novo kombinacijo, novo dejstvo, nov rezultat.³⁶⁷

Redaktorji *Code civil* trčijo na krizo ideje popolnosti, ki je ni več mogoče doseči na način, ki so ga zagovarjali racionalisti. Po drugi strani se pravo tudi ne more preprosto vrniti h konferencam in empiričnemu sintetiziranju raznolikosti. Portalis si torej zastavi vprašanje, ki je v njegovem času bremenilo spoznavno filozofijo: »Kako spoznati in računati vnaprej tisto, kar nam lahko razodene le izkustvo (*expérience*)? Ali se lahko predvidevanje razširi na predmete, ki niso dostopni mišljenju (*que la pensée ne peut atteindre*)?«³⁶⁸ Gre pravzaprav za vprašanje, do kam sežejo meje našega spoznanja? Ali so možne sintetične sodbe *a priori* oziroma ali je možna kodifikacija kot nabor vnaprejšnjih določitev vseh stvari, o katerih lahko sodimo?

Odgovor redaktorjev *Code civil* je podoben Kantovemu. Zakone lahko postavljamo samo znotraj področja možnega izkustva, »toda zakonitosti v povezavi pojavov ... ne moremo spoznati z

³⁶⁵ Halpérin, *Five Legal Revolutions*, 45 in 46.

³⁶⁶ Prevod uradnik uporabljam zaradi ekonomičnosti izrazja. *Magistrat* sicer pomensko obsega sodnike in upravne organe.

³⁶⁷ Portalis, »Discours préliminaire,« 6-8.

³⁶⁸ Prav tam, 7 in 8.

nobenim izkustvom, ker izkustvo samo potrebuje takšne zakone, ki so apriorna osnova njegove možnosti«. ³⁶⁹

Um mora pristopiti k naravi tako, da ima v eni roki svoje principe, po katerih lahko skladni pojavi edino veljajo za zakone, in v drugi eksperiment, ki si ga je zamislil po tistih principih, zato da bi ga narava poučila, vendar ne kot šolarja, ki si pusti narekovati vse, kar hoče učitelj, temveč kot poklicanega sodnika, ki prisili priče, da odgovorijo na predložena vprašanja. ³⁷⁰

Po vzoru analize prispevkov različnih spoznavnih zmožnosti k oblikovanju spoznavnih sodb, Portalis izpelje rešitev na področju prava tako, da zavrne odklonilno držo do sodniškega ustvarjanja prava in na podlagi tega na novo zameji vlogi zakonodajalca in sodnika: »Naloga zakona je, da določi /.../ splošne maksime prava, da vzpostavi principe s plodnimi posledicami,« ³⁷¹ praksi – uradnikom in pravnikom – pa mora prepustiti, da jih »prepojeni z duhom zakonov«, uporabijo na konkretnih primerih, ki se bodo porodili.

Ko nas ne more usmerjati nič, kar je vzpostavljeno ali poznano, ko gre za popolnoma novo dejstvo, se vrnemo k naravnim zakonom. Če je pogled zakonodajalca omejen, je [namreč] narava neskončna; nanaša se na vse, kar lahko pritegne interes ljudi. ³⁷²

Na podlagi ločitve vlog zakonodajalca in sodnika Portalis izpelje tudi dve različni vrsti interpretacije – po poti doktrine in po poti avtoritete. ³⁷³ Prva ne obsega drugega kot poznavanje »resničnega smisla zakonov« in dopolnjevanje zakonov z običaji ali naravnim pravom v primerih, ki niso urejeni s splošnimi akti. Drugi postopek pomeni reševanje vprašanj ali dvoumnosti s splošnimi določbami, kar je sodniku prepovedano. ³⁷⁴ V skladu s tem pri Portalisu obstajata tudi posebni, ločeni znanosti za zakonodajalce in uradnike (*magistrats*). ³⁷⁵ V civilnih zadevah tako uredniki *Code Napoléon* priznajo nujnost vloge zakonodajalca in sodnika. Vendar je za to, da bi

³⁶⁹ Kant, *Prolegomena*, § 36.

³⁷⁰ Kant, *Kritika čistega uma*, B XIII.

³⁷¹ Portalis, »Discours préliminaire,« 8.

³⁷² Prav tam, 9. Portalis sledeč tej ideji v »Livre préliminaire,« titre V, art. 11, 310, zapiše: »V civilnih zadevah je sodnik, v odsotnosti natančnega zakona, pomočnik pravičnosti. Pravičnost je vrnitev k naravnim zakonom ali prevzetim običajem (*usages reçus*) v primeru molka pozitivnega zakona.« Svojo rešitev je Portalis priložil k osnutku iz leta 1801, iz končnega zakonika pa je bila presenetljivo umaknjena zaradi kritike sodnikov, da jim je s tem členom pretirano omejena svoboda odločanja. V 4. členu *Code Napoléon* tako najdemo ohranjen le člen *Livre préliminaire*, ki prej navedenemu (12.) sledi: »Sodnik, ki odklanja ali se upira sojenju pod pretvezo, da zakon molči ali da je nejasen, nezadosten, je odgovoren za zlorabo moči ali zanikanje pravice.« Prim. z rešitvijo zapolnjevanja pravnih praznin v 7. členu ODZ, ki kot način reševanja dvomljivih primerov med drugim navaja odločanje po načelih naravnega prava.

³⁷³ Portalis, »Discours préliminaire,« 12.

³⁷⁴ Prav tam, 13. Z današnjega vidika bi temu rekli prepoved precedensa.

³⁷⁵ Prav tam, 14: »Znanost zakonodajalca se ukvarja z iskanjem najspodbudnejših načel za skupno dobro v vsaki snovi; znanost uradnika (*magistrat*) [obsega] modro in razumno uresničevanje teh načel, njihovo nadaljnjo razvejanje, njihovo razširitev (*les étendre*) na posamezne primere (*hypothèses privées*) [in] proučevanje duha zakona, ko črka molči.«

bil ta soobstoj sploh možen kot tvoren odnos, potrebna jasna zamejitev dometa njunih interpretacij oziroma njunih različnih prispevkov k pravnemu spoznanju.

Zakonodajalec mora paziti na jurisprudenco: ona ga lahko razjasni in on jo lahko popravi /.../ V civilnih zadevah /.../ se jurisprudenci ne moremo izogniti nič bolj kot zakonom. Njej torej prepuščamo redke in izjemne primere (*cas rares et extraordinaires*), /.../ podrobnosti /.../ in vse predmete /.../, kjer prenačljeno predvidevanje ne bi moglo definirati brez nevarnosti. Na izkušnji (*expérience*) je torej, da eno za drugo premosti praznine, ki jih puščamo. Zakoniki ljudstev *se delajo s časom, vendar se jih*, pravilneje rečeno, *ne naredi*.³⁷⁶

Portalisova odklonilna drža do *referée legislatif* in kakršnih koli pobud za eliminacijo stroke in prakse iz ustvarjanja prava³⁷⁷ je prav v medsebojnem dopolnjevanju pravnih akterjev našla rešitev za dejstvo, da kodifikacija ne more biti narejena kot zaprt sistem. *Oblikuje se lahko le s-časoma, vendar ni nikoli narejena*. Zahteva po popolnosti namreč kot svoje nasprotje poraja pojav pravne praznine. Slednja ne obstaja v pravu sama po sebi, temveč je kot anomalija lahko prepoznana samo v kontrastu s predstavo o sistemu, ki nima lukenj oziroma ureja vse, kar je potrebno urediti. Ta »kar bi moralo biti urejeno, pa ni« izpostavlja prav manjkajoč element ali prazno mesto v sistemu. Na robu kodifikacije kot narejenega, zaprtega sistema vedno vztraja odprtost kot možnost odstopanj ali pojavov, ki niso pravno opredeljeni, pa bi morali biti. Protislovje odprtega in zaprtega – sistema in praznine – ki nastopi na mejah določenosti pravnega sistema, je, če se zopet oprem na Kanta, hkrati antinomija dveh rab »sodnikove« *razsodne moči*. Dokler je obči pojem določen s splošnim zakonom, *določujoča razsodna moč* zgolj subsumira predmet pod ta dani pojem. V primeru pravne praznine pa mora »*reflektirajoča razsodna moč* subsumirati zakonu, ki še ni dan«,³⁷⁸ pred njo je postavljena zgolj partikularnost, naključnost za katero mora pravno spoznanje šele oblikovati pojem, zakonitost.³⁷⁹

³⁷⁶ Prav tam, 14 in 15: »Les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler, on ne les fait pas.« O nujnosti pravnih praznin po Portalisu gl. Broekman, »Beyond Legal Gaps,« 236 in nasl.

³⁷⁷ Portalis, »Discours préliminaire,« 12; Höltl, op. cit., 75-76; Tunc, »Grand Outlines of the Code,« 26-31.

³⁷⁸ Kant, Kritika razsodne moči, § 69.

³⁷⁹ Upoštevanje teh dveh momentov razsojanja je najbolj razviden prav iz tistih členov različnih modelov zakonikov, ki naslavlja vprašanje pravnih praznin. Gl. opombo 372 o predlogu Portalisa za takšen člen v *Code Napoléon* in besedilu končnega 4. člena. Še bolj nazoren je ODZ, ki za dvomljive primere predvideva povratek k principom naravnega prava. Prim. 3. člen v Sloveniji veljavnega Zakona o sodiščih: »Če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na temelju veljavnih predpisov, upošteva sodnik predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči v skladu s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem ravna v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede. Sodnik ravna vselej tako, kot bi imel pred seboj nedoločeno število primerov iste vrste.« Določba Zakona o sodiščih močno spominja na 1. člen Švicarske civilne kodifikacije iz leta 1907 (začetek veljave 1912): »Kadar ni mogoče najti nobenega predpisa v zakonu, mora sodišče odločiti po običajnem pravu, in kadar tudi tega ni, mora odločiti sodišče po pravilu, ki ga postavi, kot da bi bilo zakonodajalec. Ravna se po najbolj verodostojni doktrini in jurisprudenci.« (Obakrat poudaril S. K. Za prevod se zahvaljujem K. Škrubej.) Če sodnik torej ustvari novo, splošno normo, za nedoločeno število primerov, »sodi kot zakonodajalec«.

Da bi bil civilni zakonik sploh možen, mora upoštevati lastno dialektiko odprtosti in zaprtosti na mejah svoje določenosti. Natančneje, dialektiki sistema in praznine se ne sme upirati, saj zaprtost brez odprtosti ni možna, temveč mora ravno na podlagi pripoznanja njune komplementarnosti izoblikovati mehanizme, ki to dialektiko vključijo kot notranji moment samega zakonika in njegovega napredovanja. Kar je bilo prej za kodifikacijo uničujoče, postane s tem gibalo razvoja njenih pojmov, ki se odvija v izmenjavi med abstraktnim in konkretnim, splošnim in posebnim. Redaktorji *Code civil* tako zakon zamejijo na splošne in abstraktne opredelitve, medtem ko individualizacijo in konkretizacijo teh tipskih norm pripišejo vlogi sodnika in upravnega organa – magistrata. Če abstraktnost ne pomeni nič drugega kot odmik od partikularnega, naključnega,³⁸⁰ nujno vsebuje stopnjo nedoločenosti. Posledično tudi v zakoniku in njegovih pojmi, kolikor se ne konkretizirajo in ostanejo na tej abstraktni ravni, vztraja neka mera neopredeljenosti. Ali kot to ubesedi Hegel: »Pojmovna določenost podaja le občo mejo, znotraj katere je dopustno nihanje sem ter tja.«³⁸¹ »Spoznanje in udejanjenje pravice (*Recht*)³⁸² v posebnem primeru« do končne določenosti, ki jo zahteva dejanskost, »subsumpcija posebnih sfer in posameznih primerov pod obče« pa pripada sodišču in upravi.³⁸³ Šele skozi vzajemno *posredovanje* posebnega in občega lahko pravni pojem nastopi kot enotnost teh dveh momentov. Obče deluje kot predpostavljen okvir, v katerem se posebno sploh lahko udejanji oziroma v katerem je neko dejanje sploh prepoznano kot pravno dejanje, hkrati pa to obče ne more obstajati in se ne more ohraniti, ne da

³⁸⁰ Hegel, »Kdo misli abstraktno,« 45: »Tole pomeni abstraktno mišljeno: v morilcu ne videti nič razen tega abstraktnega, da je morilec, in po tej enostavni kvaliteti brisati na njem vse ostalo človeško bitje.«

³⁸¹ Prav tam, § 214 in op. Prim. razmislek o nasprotovanju med razumljivostjo, kratkostjo in popolnostjo zakonika, ki ga v svojem komentarju k avstrijskemu Občemu državljskemu zakoniku leta 1811 poda Franz von Zeiller, Portalis avstrijske kodifikacije: »Popolnosti zakonika tako ne moremo doseči s še tako obsežno in bojazljivo kazuistiko, znotraj katere naj bi našli vsak primer že razčiščen že od črke do črke, pač pa z iskanjem splošnega v posamičnem in s poenostavitvijo pravnih pravil, katerih uporabo moramo prepustiti poučeni presoji sodnika.« (nav. po Škrubej, *Pravo v zgodovini*, 271)

³⁸² Nemški izraz izpostavljam, saj nakazuje neko drugo raven dialektike, namreč med subjektivnim in objektivnim pravom, pravom in pravico, ki sta združena v pomenu *Recht* (glej opombo prevajalca v *Orisu filozofije pravice*, 351). Čeprav se je Heglu očitalo utemeljevanje pravice države na račun posameznika (gl. v povezavi s tem Kobe, »Heglova pravica«, 357 in nasl.; Ellmers, *Svoboda in ekonomija*, 202-203), je njegovo filozofijo prava treba prej razumeti kot poskus odprave konflikta med posameznikom in državo, pravico in pravom ter vzpostavitev njune enotnosti. Zdi se, da prežetost prava in pravice v nemški besedi *Recht* že sama napotuje na Heglovo misel: »Umnost je ... nasploh v prežemajoči se enotnosti občosti in posameznosti ... v enotnosti objektivne svobode, tj. obče substancialne volje, in subjektivne svobode kot individualne vednosti in volje.« (*Oris filozofije pravice*, § 258) »Bistvo nove države je, da mora biti obče povezano s polno svobodo posebnosti in blagostanjem individuov.« (Prav tam, dodatek k § 260, str. 340) »Država kot tisto nravno, kot prežemanje substancialnega in posebnega, vsebuje, da je moja zavezanost do substancialnega hkrati obstoj moje posebne svobode, tj. da sta v njem dolžnost in pravica *združeni v enem in istem odnosu*.« (Prav tam, § 261) Pravico in dolžnost lahko v skladu z modernejšimi pojmovanji (npr. Pavčnik, op. cit., 166 in nasl.) tu razumemo bodisi kot abstraktni del prava, ki pripada posamezniku, bodisi kot konkretizacijo pravnih pravil v določenem pravnem razmerju, s čimer se ponovno vrnemo k dualizmu med abstraktnim in konkretnim, izpostavljenem v besedilu zgoraj.

³⁸³ Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 219 in § 273, tudi § 287. »V [predmet obče zakonodaje] spada le tisto, kar je po vsebini povsem obče, zakonska določila, v določitev [administrativnih teles] pa tisto posebno in način *eksekucije*.« (Prav tam, § 299). Hegel opravilo subsumpcije prepozna kot bistveno lastnost *vladne oblasti*, znotraj katere združuje sodno in policijsko oblast. Sledeč Portalisu (in današnjemu pravnemu redu), ki govori o uradnikih oziroma magistratih, bi lahko znotraj funkcije subsumiranja združili sodne in upravne organe.

bi delovalo skozi posebno, tisto nemirujoče, neprestano gibajoče - brez tega se izmika vsaki vsebini v smislu neke končne zamejitve.

Kodifikacija nastaja na meji med pravnim sistemom in kar temu sistemu še ostaja zunanje. Njen namen torej ni opredelitev vseh primerov, temveč vzpostaviti okvir, v katerem se bo o pravno nepredvidenem sklepalo samo prek pravno predvidenega; oziroma, bolje: določiti, kako se bo predvidevalo, ko ne bo predvideno. Po eni strani bo sodnik preciziral pravne pojme pri reševanju mejnih primerov, kjer je težava v razmejevanju med dvema opredelitvama. Po drugi strani pa bo za anomalije, odstopa, za katere sploh ni pravila in pri katerih torej pride do pravne praznine, moral oblikovati novo normo. To je bistvo 4. člena *Code*,³⁸⁴ ki sodniku pod grožnjo sankcije prepoveduje, da bi zavrnil sojenje s sklicevanjem na nezadostnost zakonika. Določba sodnika ne sili k izpeljavi rešitve za vsak primer izhajajoč iz idealistične predpostavke, da je zakonik popoln ali da vsebuje vsa sredstva, temveč na podlagi dejstva, da so to *edina* sredstva, ki so sodniku na voljo.³⁸⁵ Zakonik tako ne vsebuje vsega prava, a postavi sistem, v okviru katerega se bo mislilo, odvijalo, udejanjalo in razvijalo vse nadaljnjo pravo. Strogo vzeto nepredvideni primeri s tem niso več nekaj temu sistemu zunanjega, temveč se porajajo in integrirajo kot njegovi notranji dejavniki. Ne dojemajo se kot nekaj sistemu nasprotujočega, temveč vključitev nepredvidenega povzroči preseganje lastnih omejitev in na ta način imanentno razvitje, napredovanje, dialektiko določil pravnih pojmov. Forma zakonika tako preide iz *mehaničnega* sistema v *organskega*, ki svoje pojmovne zamejitve razvija znotraj samega sistema, kot dejavnost lastnega uma.³⁸⁶ Ravno v tem smislu se Kodifikacija uveljavi *le* kot izključni pravni vir: zunaj nje ni prava.

³⁸⁴ Gl. opombo 372.

³⁸⁵ Prim. Troper, »Sur le 'dogme' de la complétude«, 254 o dveh interpretacijah 4. člena, ki lahko bodisi izraža dejansko razumevanje zakonika kot popolnega bodisi je določba postavljena ravno zato, ker se vznik pravnih praznin pričakuje. Troper zavrne oba vidika.

³⁸⁶ Hegel, *Oris filozofije pravice*, § 31. Riedel, op. cit., 310. Na podlagi enake razlike med mehanično, zunanjo organiziranostjo *agregata* in organskostjo *sistema* Hegel ločuje *filozofsko enciklopedijo* od *običajne*, ki je zgolj agregat naključno, empirično vzetih znanosti - zbirka znanj (*Enciklopedija filozofijskih znanosti*, § 16).

9 *Finis*

Z modernimi kodifikacijami in *Code civil* kot prvo Kodifikacijo privzame pravo kot vednost in kot normativni red formo sodobne znanosti oziroma znanstvene veščine. Kot sem pokazal v svoji razpravi, je bil v jedru tega obrata razvoj dveh temeljnih pojmov: *sistem* in *metoda definiranja*. Ostane le še, da ju povežem.

Z Zakonikom se kot osnovni način opredeljevanja pravnih predmetov uveljavi določitev predmeta kot tipa, vrste. Predmet pravnega mišljenja je v pravilu-definiciji zamejen kot abstraktna enotnost nujnih, *bistvenih* lastnosti, ki jih mora izkazati posamezen dogodek, da je lahko prepoznan kot primer tega tipa predmeta. Na podoben način kot biologija govori o levu kot vrsti, o levu *nasploh*, v katerem odmisli akcidentalno in v tem predmetu združi le bistvene znake vsakega leva, ki hkrati pri nobenem levu ne prejmejo obstoja brez nekaterih naključnih lastnosti, tudi pravo ni več zraščeno s konkretnim primerom, v katerem nastaja in ki se ga primerja z drugim dejstveno-pravnim kompleksom: *pravni predmet velja kot nekaj nadindividualnega*. Nekaj je stvar, listina, ponudba ali nekdo je tat, če temu ali nekomu lahko prisodimo *tipske* kvalitete, ki morajo biti lastne vsakemu (pravnemu) dogodku, da ga lahko prepoznamo in *subsumiramo* kot primer občega, vrste, pri čemer zanemarimo vse *nebistvene*, naključne lastnosti konkretnega zadeve (*case*). Šele na podlagi spoznanja »To je stvar«, »To je ponudba«, »To je listina«, »To je tat« se lahko »Temu« pripiše pravna posledica, ki je predvidena ob udejanjenju ustreznega pravnega predmeta.

Entitete mišljenja, s katerimi zamejimo, odmerimo tako tipsko določene *predmete*, so pojmi, ki poenotijo raznotero izkustvo v objekt (gl. definicijo v Uvodu) in v njem združijo kvalitete, opredeljene z definicijami ali pravili.³⁸⁷ Pravo s tem prevzame način tvorjenja lastnega specifičnega predmetnega področja, ki je značilen za znanost na sploh. Čeprav pravna in denimo naravoslovna znanost svoje sodbe oblikujeta na drugačen način in o različnih predmetih, jima je skupna prav konstitucija predmeta, na podlagi katere je sojenje sploh šele možno.³⁸⁸ Razlika se pojavi šele na ravni kopule, s katero ena in druga znanost tako vzpostavljene predmete postavljata v nadaljnje zveze.³⁸⁹ Predpostavka, da pravo lahko kaj predpiše, ukaže kakšen *naj*, je, da najprej določi, *čemu* ga predpisuje. To je bistvo preloma na ravni metode zamejevanja, iskanja »prave mere«, dobesedno zakoličenja nekega področja realnega na način, da ni več zgolj *nekaj*, temveč

³⁸⁷ Gl. opredelitev pojma v *Uvodu*, Pothierovo opredelitev »*regula est definitio*« na str. 13 in opombo 63.

³⁸⁸ Prim. z opombo 187.

³⁸⁹ Najznačilneje pravo s svojimi predmeti oblikuje trditve o najstvu (kopula 'naj', 'ought'), medtem ko po najsplošnejši predstavi naravoslovna znanost temelji na trditvah o biti (kopula 'je', 'is'). Hume, *Treatise on Human Nature*, knjiga III o morali, I, I.

postane *predmet* - bistveno enakemu, enotnemu, istovrstnemu določi proporce in ga predeli od v bistvenem različnega, nepripadajočega.

Še bolj odločilna in nerazvezljiva z znanstvenostjo prava, je njegova sistematičnost. Na metodičen način dostavljeni predmeti³⁹⁰ so v pravnem sistemu organizirani hierarhično, taksonomsko, kot vrste, rodovi, družine, debela oziroma po starem ključu *species-genus*. V modernem pravu temu odnosu med pojmi ustreza hierarhija pravnih aktov. Ustava tako določa najsplošnejši predmet, ki ga nadalje razčlenjuje zakon, še bolj *specificirajo* podzakonski akti, itn., odvisno od vsakokratnega pravnega sistema. Sistematična oblika organiziranja predstav pravnega mišljenja preplete različne splošne in abstraktne predmete v koherentne medsebojne odnose nad- in podrejenosti, konsekvencnosti, večje in manjše stopnje vsebinske določenosti. V sistemu je vsakemu spoznanju dodeljeno njegovo mesto, izločeni so vsi tuji pojmi, ki bi se utegnili vriniti in noben del ne more manjkati, ne da bi se to opazilo pri poznavanju drugih.³⁹¹ Posamezni elementi so razvrščeni v red od prvih principov do tistih podrobnejših členov, ki iz prvih izvirajo in se pojasnjujejo z njimi, s čimer je opredeljen *položaj* in odmerjena *razsežnost* vsakega pravila. Z modernimi kodifikacijami je na področje prava prenesena večšina sistemov, ki po Kantu spoznanje šele naredi za znanost s tem, ko omogoči *sistematično* merjenje in definiranje vsakega *predmeta*.

Samo po sebi to ne pomeni, da so pravni sistemi tudi popolni, kot so pomen te besede razumeli pred *Code civil*,³⁹² ali da je že zaradi njihove sistematične oblike pravilna, »upravičena« tudi vsebina njihovih določb. Ta forma je le izčrpnější, natančnejši način določanja proporcev in razmerij med predmeti, s katero je mogoče urediti relativno poljubno materijo.³⁹³ Kar se je od modernih kodifikacij ohranilo in kar sploh dopušča, da od njihove uveljavitve govorim o »modernem pravu«, je ideja o pravu kot sistemu, ki pogojuje pravotvorno dejavnost te dobe. Tudi očitno pomanjkljiv zakon se bo tako skušalo razlagati z ozirom na celoto, v katero je umeščen. Če to ni mogoče, sistematičnost kot ideja omogoči pozicijo, iz katere je nesistematičen zakon

³⁹⁰ Gl. str. 31.

³⁹¹ Gl. str. 32.

³⁹² gl. str. 25, 26 v povezavi z Descartesom in Domatom ter str. 56 v sklopu primerjave med ALR in *Code*.

³⁹³ Noben logični kriterij ni zavezoval snovalcev *Code Napoléon* pri oblikovanju 7. člena, v katerem so določili, da je izvrševanje civilnih pravic neodvisno od statusa državljana, ki se pridobiva in ohranja po ustavnem zakonu (»L'exercice des droits civil est indépendant de la qualité de Citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle«), in na ta način ločili sfero javnega in zasebnega (stran 40). Iz te premise pa zaradi sistematične enotnosti načeloma sledi, da ženskam in tujcem ni mogoče denimo odreči lastninske pravice, ker jim niso bile priznane državljanske pravice. Čeprav je torej v tem primeru splošno načelo poljubno in odvisno od političnih in ekonomskih dejavnikov, sama oblika sistema terja, da so podrobnejše določbe, izpeljane iz pravila 7. člena, z njim v koherentni logični zvezi. V nasprotnem primeru bi tudi ta določba izgubila mesto temeljne prvine, ki pojasnjuje (*rendre raison*) ostale. Prav zato je vsaka splošna zamejitev – *omnis definitio* – »tvegana«.

izenačen s »slabim« zakonom. Takšno stališče predpostavlja, da mora pravo nujno privzeti formo sistema, kar se med drugim odraža v poskusih opredelitev pojma prava v liberalni pravni teoriji.³⁹⁴

Istovetnost sistematičnosti s popolnostjo v njenem »racionalističnem« pomenu se prekine z obratom glede pogleda na vlogo sodnika v »mehanizmu definiranja«, ki nastopi kot odziv na uvid, da ne moremo soditi o tistem, česar nam še ni razodelo izkustvo. Šele sodnik naredi pravni sistem za nekaj organskega, s tem ko omogoči vključitev zunanjega na notranji način – kot gibalno razvoja pravnih pojmov. Sodstvu in upravi je prepuščeno, da razmejuje med prekrivajočimi se pojmi, predmeti in precizira definicije; da glede na posamezno izkustvo subsumira, torej prepozna posebno kot obče; da izpelje nove zveze in pojme, kjer so ti odsotni (v primeru pravnih praznin); skratka: praksa dodeljuje ali izoblikuje mesto v sistemu za vsakokratni primer, s čimer ga umesti v obči red. Premostitev antagonističnega razmerja med zakonom in sodnikom je pogoj za razvoj drugačnega razumevanja pravnih pojmov. Če so bili ti v prvih kodifikacijskih projektih, denimo ALR, zamišljeni kot nekaj statičnega, nekaj, kar se enkrat za vselej popolnoma določi v zakonu, s *Code civil* postanejo dinamični: kodifikacija ni tvorjena, temveč *se tvori* skozi proces preseganja lastnih določil. Napoleonov zakonik obstojnosti, »večnosti« svojih pojmov ni odkril v definicijah, merah za vse veke, temveč v večnem gibanju, ki zahteva lastno dobo, v kateri je prevladalo kot paradigma pravnega mišljenja.

³⁹⁴ Pavčnik denimo naniza kar štiri variacije definicije »Pravo je sistem pravil in načel« (Teorija prava, 27 in 44). »Pravo ... je sistem pravnih norm.« (Kelsen, *Čista teorija prava*, 60) Radbruch, *Filozofija prava*, 68 v svoji definiciji »Pravo lahko ... opredelimo kot skupek splošnih predpisov« sicer ne omenja sistema, izenači pa pravilo s pojmom predpisa, ki predstavlja *splošno* in *abstraktno* pravilo, kar predpostavlja »kodifikacijski obrat« na ravni metode zamejevanja. Hart (*Koncept prava*) ustrezno omeji »svojo pozornost na pravno teorijo zadnjih stopetdesetih let« (str. 9) in v nadaljevanju precej jasno izenači pravo s sistemom v zvezah kot so »pravni sistemi modernih držav« (str. 11), »sistem primarnih pravil« (str. 94) in »temelji pravnega sistema« (str. 99). Kritiko te samoumevnosti načne Dworkin, *Izbrane razprave*, 136, vendar jo dojema (preozko) kot pojav pravnega pozitivizma: »[Pozitivistična] podoba prava kot sistema pravil je trdovratno zaposlovala našo domišljijo ... Če se osvobodimo tega modela pravil, bomo morda sposobni zgraditi model, ki bo bolj v skladu z zapletenostjo in sofisticiranostjo naše prakse.«

Literatura

KNJIGE (MONOGRAFIJE)

Aristotel. *Kategorije* (prev. F. Grgić). Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada, 1992.

Aristotel. *Nikomahova etika* (prev. K. Gantar). Ljubljana: Slovenska matica, 1994.

Aristotel. *Kategorije* (prev. F. Zore). Ljubljana: Založba ZRC, 2004.

Aristoteles. *Politika* (prev. M. Hriberšek). Ljubljana: GV Založba, 2010.

Aristotle. *Nicomachean Ethics* (prev. H. Rackham). London & Cambridge: Harvard University Press, 1947.

Aristotle. *Politics* (prev. H. Rackham). London & Cambridge: Harvard University Press, 1959.

Aristotle. *Posterior Analytics* (prev. E. S. Forster). London & Cambridge: Harvard University Press, 1960.

Aristotle. *Topica* (prev. E. S. Forster). London & Cambridge: Harvard University Press, 1960.

Aristotle. *The Categories* (prev. H. P. Cook). Cambridge: Harvard University Press, 1962.

Arnaud, André-Jean. 1969. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Pariz: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Bachelard, Gaston. *La philosophie du non : essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*. Pariz: Presses universitaires de France, 1994.

Bacon, Francis. »Novum Organum (latinska izdaja)«. 1620. Dostopno na: <http://www.thelatinlibrary.com/bacon.html> (citirano 29. 3. 2018).

Bacon, Francis. »Novum Organum« (prev. in ur. J. Spedding et al.). London: Longmans, 1858. Dostopno na: [https://en.wikisource.org/wiki/Novum_Organum/Book_I_\(Spedding\)](https://en.wikisource.org/wiki/Novum_Organum/Book_I_(Spedding)) (citirano 29. 3. 2018).

Beaulac, Stéphane. *The Power of Language in the Making of International Law*. Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Bee, Guido. *Aufklärung und narrative Form*. Berlin: Waxmann, 1997.

Bourjon, François. *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes, tome premier*. Pariz: Grangé, Cellot, 1770. Dostopno na: <https://books.google.si/books?id=rfgxC1oztlwC&printsec=frontcover&hl=sl#v=onepage&q&f=false>

Brissot, Jacques Pierre. *Bibliothèque philosophique du législateur, tome premier*. Berlin & Pariz: Desauges, Libraire, 1782.

Canguilhem, Georges. *Normalno in patološko* (prev. V. Likar). Ljubljana: ŠKUC, 1987.

Canguilhem, Georges. *Epistemologija in zgodovina znanosti. Izbrani spisi*. Ljubljana: Studia humanitatis, 2017.

Cassirer, Ernst. *Filozofija razsvetljenstva* (prev. A. Učakar). Ljubljana: ŠOU, Študentska založba, 1998.

Cicero. *De Natura Deorum* (prev. H. Rackham). Cambridge: Harvard University Press; London: W. Heinemann, 1967.

Condillac, Étienne Bonnot de. *Traité des systèmes*. Pariz: Ch. Houel, imprimeur, 1798.

D'Alembert, Jean le Rond. »Discours préliminaire (1^{re} édition)«. 1751. Besedilo dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/Discours_pr%C3%A9liminaire (citirano 29. 3. 2018).

D'Alembert, Jean le Rond. *Uvod v Enciklopedijo* (prev. T. Kermauner). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1960.

Deleuze, Gilles. *Nietzsche in filozofija* (prev. A. Kravanja). Ljubljana: Krtina, 2011.

De Sacy, Samuel S. *Descartes par lui-même*. Pariz: Éditions du seuil, 1956.

Descartes, René. *l'Homme*. Pariz: Charles Angot, Libraire Iuré, 1664. Dostopno na: <https://books.google.si/books?id=Un1pY1QGFrC&printsec=frontcover&hl=sl#v=onepage&q&f=false> (citirano 28. 8. 2018).

Descartes, René. *La Géométrie/The Geometry* (prev. D. E. Smith in M. L. Latham). New York: Dover Publications, Inc, 1954.

Descartes, René. *Pravila kako naravnati umske zmožnosti* (prev. B. Furlan). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1957.

Descartes, René. *Razprava o metodi* (prev. B. Furlan). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1957.

Descartes, René. *Discours de la méthode* (ur. L. Renault). Pariz: Flammarion, 2016.

Diderot, Denis. »Plan d'une Université pour le gouvernement de la Russie«. 1776. Besedilo dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/Plan_d%E2%80%99une_Universit%C3%A9_pour_le_gouvernement_de_Russie/Plan_d%E2%80%99une_Universit%C3%A9 (citirano 29. 3. 2018).

Domat, Jean. 1689. *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*. Pariz: Jean Baptiste Coignard, imprimeur & Libraire ordinaire du Roi.

Duclos-Grécourt, Marie-Laure. *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*. Poitiers: Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 2014.

Dupuy, Jean-Pierre. *Prihodnost ekonomije : kako se otresti ekonomistifikacije* (prev. K. Zakrajšek). Ljubljana : Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2016.

Dwornik, Ronald. *Izbrane razprave* (prev. V. Lamut). Ljubljana: GV Založba, 2011.

Eco, Umberto. *Kant and the Platypus: essays on language and cognition* (prev. A. McEwen). New York: Harvest Book, 1999.

Eco, Umberto. *Iskanje popolnega jezika v evropski kulturi* (prev. V. Troha). Ljubljana: Založba /*cf, 2003.

Eco, Umberto. *From the Tree to the Labyrinth* (prev. A. Oldcorn). London & Cambridge: Harvard University Press, 2014.

Ellmers, Sven. *Svoboda in ekonomija: teorija civilne družbe po Heglu* (prev. A. Leskovec). Ljubljana: Sophia, 2017.

Esmein, Adhèmar. *L'originalité du Code civil* (extrait du Livre du centenaire du Code civil). Pariz: La société d'études législatives, 1904.

Fehrenbach, Elisabeth. *Traditionale gesellschaft und revolutionäres recht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983.

Feyerabend, Paul. *Proti metodi* (prev. S. Hozjan). Ljubljana: Studia Humanitatis, 1999.

Finley, Moses I. *The Ancient Economy*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1973.

Gabriel, Argou. *Institution au droit françois* (3^e édition). Pariz: Jean Mariette, 1730.

Gaius. *Institucije*. Beograd: Nolit, 1982.

Grimm, Friedrich Melchior; Diderot, Denis. *Mémoires historiques, littéraires et anecdotiques, tirés de la correspondance philosophique et critique, adressée au Dux de Saxe Gotha, tome I*. London: Colburn, libraire, 1814.

Grossi, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano : Giuffrè, 2005

Grossi, Paolo. *Pravna Evropa* (prev. V. Troha). Ljubljana: Založba /*cf, 2009.

Halpérin, Jean-Louis. *Five legal revolutions since the 17th century*. Heidelberg: Springer, 2014.

Hayes, Julie Candler. *Reading the French Enlightenment: System and Subversion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Hegel, G. W. F. *Enciklopedija filozofijskih znanosti* (prev. V. D. Sonnenfeld). Sarajevo: Veselin Masleša, 1987.

Hegel, G. W. F. *Oris filozofije pravice* (prev. Z. Kobe). Ljubljana: Krtina, 2013.

Hörtl, Johanna. *Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen : zur Analogie im ALR, Code Civil und ABGB*. Dunaj: LIT, cop, 2005.

Hume, David. *Treatise on Human Nature*. London: Oxford University Press, 1888.

Im Hof, Ulrich. *Evropa v času razsvetljenstva* (prev. E. Fičor). Ljubljana: Založba /*cf, 2005.

Kant, Immanuel. *Prolegomena* (prev. J. Lavrič). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1963.

Kant, Immanuel. *Kritika razsodne moči* (prev. R. Riha). Ljubljana: Založba ZRC, 1999.

Kant, Immanuel. *Kritika čistega uma (4/4)* (prev. Z. Kobe). Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2012.

Kelsen, Hans. *Čista teorija prava: uvod v problematiko pravne znanosti (1. izdaja)* (prev. A. Maček). Ljubljana: Cankarjeva založba, 2005.

Kessel, Patrick. *La Nuit du 4 août 1789*. Pariz: Arthaud, 1969.

Kobe, Zdravko. *Automaton transcendental II: Kritika čistega uma*. Ljubljana: Analecta, 2001.

Korošec, Viktor. *Rimsko pravo. Del 1, Splošni del, osebno stvarno in obligacijsko pravo* (2. izdaja, 8. ponatis). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2005.

Kranjc, Janez. *Rimsko pravo (2. pregledana in dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: GV Založba, 2013.

Kropotkin, Peter. »The Great French Revolution (1789 – 1793)«. New York: Vanguard Printings, 1927. Dostopno na: <https://theanarchistlibrary.org/library/petr-kropotkin-the-great-french-revolution-1789-1793> (citirano 29. 3. 2018).

Kuhn, Thomas. *Struktura znanstvenih revolucij* (prev. G. Jurman in S. Krek). Ljubljana: Krtina, 1998.

Lefebvre, Georges. *The French Revolution* (prev. E. M. Evanson). London & New York: Columbia University Press, 1962.

Le Goff, Jacques. *Must We Divide History Into Periods?* (prev. M. B. DeBevoise). New York: Columbia University Press, 2015.

Maleville, Jacques. *Analyse Raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, tome deuxième*. Paris: Nève, Libraire de la Cour de cassation, 1822.

Maleville, Jacques. *Analyse Raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, tome troisième*. Paris: Nève, Libraire de la Cour de cassation, 1822.

Marx, Karl. *Kapital I: kritika politične ekonomije* (prev. S. Krašovec et al.). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1986.

Mirow, M. C. *Latin American Law: a history of private law and institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press, 2004.

Nietzsche, Friedrich. *H genealogiji morale* (prev. T. Bizjak). Ljubljana: Slovenska matica, 1988.

Pašukanis, Evgenij. *Splošna teorija prava in marksizem* (prev. M. Kržan). Ljubljana: Sophia, 2014.

Pavčnik, Marijan. *Teorija prava (5. dopolnjena in pregledana izdaja)*. Ljubljana: GV Založba, 2015.

Plutarch. *Lives I: Theseus and Romulus, Lycurgus and Numa, Solon and Publicola* (prev. B. Perrin). Cambridge: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd, 1967.

Pothier, Robert Joseph. *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ* (prev. Bréard-Neuville), tome XXII. Pariz: Imprimerie Dondey-Dupré, 1823.

Prevôst de la Jannès, Michel. *Les Principes de la jurisprudence françoise*, tome premier. Pariz: Briasson, 1750.

Rabdruch, Gustav. *Filozofija prava* (prev. A. Maček Mrgole). Ljubljana: Cankarjeva založba, 2001.

Rossi, Paolo. *Rojstvo moderne znanosti v Evropi* (prev. M. Bajt). Ljubljana: Založba /*cf, 2004.

Saussure, Ferdinand de. *Predavanja iz splošnega jezikoslovja* (prev. B. Turk). Ljubljana: Studia Humanitatis, 1997.

Škrubej, Katja. *Ritus gentis Slovanov v vzhodnih Alpah*. Ljubljana: Založba ZRC, 2002.

Škrubej, Katja. *Pravo v zgodovini*. Ljubljana: GV založba, 2010.

Varga, Csaba. *Codification as a socio-historical phenomenon*. Budimpešta: Szent István Társulat, 2011.

Varga, Csaba. *Law and Philosophy: selected papers in legal theory*. Budimpešta: Faculty of Law of Loránd Eötvös University, 1994.

Vergne, Arnaud. *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'ancien régime (1750-1789)*. Pariz: Éditions de Boccard, 2006.

Vilfan, Sergej. *Zgodovinska pravotvornost in Slovenci*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1996.

Vilfan, Sergej. *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1998.

Vovelle, Michel. *La Révolution contre l'Église, de la Raison à l'être suprême*. Bruselj: Complexe, 1988.

Vovelle, Michel. *La Révolution française 1789-1799*. Pariz: Armand Colin, 1998.

ZBORNICI IN DRUGA DELA, SESTAVLJENA IZ SAMOSTOJNIH ENOT

Bouineau, Jacques. »Le XIXe siècle, âge d'or du Code civil.« V: *200 ans de Code civil*, ur. J. Bouineau, J. Roux (Paris : Association pour la diffusion de la pensée française, 2004), 17-121.

Canale, Damiano. »The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe«. V: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, ur. D. Canale, P. Grossi in H. Hofmann (Dordrecht & New York: Springer, 2009), 135-183

D'Alembert, Jean le Rond; Diderot, Denis. »Code.« V: *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, ur. d'Alembert in Diderot (1751). Dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/CODE (citirano 29. 3. 2018).

D'Alembert, Jean le Rond; Le Blond, Guillaume; Jaucourt, Louis de; Rousseau, Jean-Jacques. »Système.« V: *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, ur. d'Alembert in Diderot (1751). Dostopno na: [https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/SYST](https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/SYST%C3%A9ME) EME (citirano 29. 3. 2018).

Diderot, Denis. »Prospectus«. 1750. Besedilo dostopno na: [https://fr.wikisource.org/wiki/Prospectus_\(Diderot\)#cite_note-1](https://fr.wikisource.org/wiki/Prospectus_(Diderot)#cite_note-1) (citirano 29. 3. 2018).

Eliott, Sheldon D. »Techniques of Interpretation.« V: *The Code Napoleon and the common-law world : the sesquicentennial lectures delivered at the Law Center of New York University*, ur. B. Schwartz (New York: New York University Press, 1956), 80-92.

Friedrich, Carl Joachim. »The Ideological and Philosophical background.« V: *The Code Napoleon and the common-law world : the sesquicentennial lectures delivered at the Law Center of New York University*, ur. B. Schwartz (New York: New York University Press, 1956), 1-18.

Halpérin, Jean-Louis. »French Legal Science in the 17th and 18th Centuries: to the limits of the theory of law«. V: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, ur. D. Canale, P. Grossi in H. Hofmann (Dordrecht & New York: Springer, 2009), 42-67.

Härter, Karel. »The Early Modern Holy Roman Empire of the German Nation (1495-1806) : A multi-layered system«. V: *Law and Empire*, ur. J. Duindam, J. Harries, C. Humfress, N. Hurwitz (Leiden, Boston: Brill, 2013), 111-131.

Jaucourt, Boucher d'Argis. »Loi.« V: *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, ur. d'Alembert in Diderot (1751). Dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/LOI (citirano 29. 3. 2018).

Kobe, Zdravko. »Heglova pravica. O teoriji filozofske prakse«. V: *Oris filozofije pravice*, ur. Z. Kobe (Ljubljana: Krtina, 2013), 355-387.

Marcos, Maximiliano Hernández. »Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe«. V: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, ur. D. Canale, P. Grossi in H. Hofmann (Dordrecht & New York: Springer, 2009), 68-134.

Platon. »Država.« V: *Zbrana dela (zv. 1)*, prev. G. Kocijančič, (Celje: Mohorjeva družba, 2004), 989-1252.

Portalis, Frédéric Étienne. »Essai sur l'utilité de la codification.« V: *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, ur. F. E. Portalis (Pariz: Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844), I-XLIX..

Portalis, Jean-Étienne-Marie. »Discours préliminaire sur le projet de Code civil.« V: *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, ur. F. E. Portalis, (Pariz: Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844), 1-62.

Portalis, Jean-Étienne-Marie. »Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X.« V: *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, ur. F. E. Portalis, (Pariz: Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844), 90-109.

Portalis, Jean-Étienne-Marie. »Livre préliminaire du Code civil. Du droit et des lois.« V: *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, ur. F. E. Portalis, (Pariz: Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844), 306-311.

Renault, Laurence. »Presentation«. V: *Discours de la méthode*, ur. L. Renault (Pariz: Flammarion, 2016), 7-23.

Rheinstein, Max. »The Code and the Family.« V: *The Code Napoleon and the common-law world : the sesquicentennial lectures delivered at the Law Center of New York University*, ur. B. Schwartz (New York: New York University Press, 1956), 139-161.

Riedel, Manfred. »System, Struktur«. V: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, ur. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Stuttgart: Klett-Cotta, 1990), 285-322.

Roux, Jean. »Permanences et mutations du Code civil au XX^e siècle.« V: *200 ans de Code civil*, ur. J. Bouineau, J. Roux (Paris : Association pour la diffusion de la pensée française, 2004), 125-210.

Scattola, Merio. »*Scientia iuris* and *Ius naturae*: The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the 17th and 18th Centuries.« V: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, ur. D. Canale, P. Grossi in H. Hofmann (Dordrecht & New York: Springer, 2009), 1-41.

Sereni, Angelo Piero. »The Code and the Case Law.« V: *The Code Napoleon and the common-law world : the sesquicentennial lectures delivered at the Law Center of New York University*, ur. B. Schwartz (New York: New York University Press, 1956), 55-80.

Škrubej, Katja. »Le Code civil général de l'Empire d'Autriche et le pluralisme juridique«. V postopku objave, dostop omogočen v rokopisu.

Tunc, André. »The Grand Outlines of the Code.« V: *The Code Napoleon and the common-law world : the sesquicentennial lectures delivered at the Law Center of New York University*, ur. B. Schwartz (New York: New York University Press, 1956), 19-45.

Voltaire. »Précis du siècle de Louis XV.« V: *Œvres complètes*, tome 15. Pariz: Garnier, 1877.

Dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/Livre:Voltaire_-_%C5%92uvres_compl%C3%A8tes_Garnier_tome15.djvu

Voltaire. »Le Philosophe ignorant«. V: *Œvres complètes*, tome 26. Pariz: Garnier, 1877.

Dostopno na: https://fr.wikisource.org/wiki/Le_philosophe_ignorant (citirano 26. 3. 2018)

ČLANKI

Alfrange, Dean Jr. 1969. »Jeremy Bentham and the Codification of Law«. *Cornell Law Review* 55 (1): 58-77.

Althusser, Louis. »Od *Kapitala* do Marxove filozofije« (prev. G. Moder). *Problemi* 45, št. 2 (2007): 7-81.

Broekman, Jan. »Beyond Legal Gaps.« *Law and philosophy* 4, št. 2 (1985): 217-237.

D'Onorio, Joël-Benoît. »L'esprit du Code civil selon Portalis. D'un siècle à l'autre...« *Droits, revue française de philosophie et de culture juridiques* 42 (»Esprit du Code civil 2«, 2005): 75-91.

Duclos, Marie-Laure. »L'ordonnancement juridique chez Michel Prévost de la Jannès.« *Slovenian Law Review* 4, št. 1-2 (2007): 69-86.

Fichant, Michel. »Ideja zgodovine znanosti« (prev. J. Šumič-Riha). *Problemi* 19, št. 6-8 (1981): 143-162.

Foucault, Michel. »Kaj je razsvetljenstvo?« (prev. T. Erzar). *Vestnik* 8, št. 1 (1987): 38-49.

Gojosso, Eric. »La genèse du Code civil.« *Slovenian Law Review* 3, št. 1-2 (2006): 143-153.

Gasparini, Eric. »Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milieu.« *Annales historiques de la Révolution française* 328, št. 2 (2002): 121-133.

Gautier, Pierre-Yves. »Pour le rétablissement du livre préliminaire du Code civil.« *Droits, revue française de philosophie et de culture juridiques* 41 (»Esprit du Code civil 1«, 2005): 37-52.

Hegel, G. W. F. »Kdo misli abstraktno?« (prev. B. Debenjak). *Problemi* 36, št. 7-8 (1998): 43-47.

Herman, Shael. »The Uses and Abuses of Roman Law Texts.« *The American Journal of Comparative Law* 29, št. 4 (1981): 671-690.

Kant, Immanuel. »Odgovor na vprašanje: Kaj je razsvetljenstvo?« (prev. M. H.). *Vestnik* 8, št. 1 (1987): 9-13.

Kant, Immanuel. »Kritika čistega uma (1/4)« (prev. Z. Kobe). *Problemi* 39, št. 1-2 (2001): 9-170.

Leclair, Jean. »Le Code civil des Français de 1804: une transaction entre révolution et réaction.« *Revue juridique Thémis* 36, št. 1 (2002): 1-82.

Lobingier, Charles Summer. »Napoleon and his Code.« *Harvard Law Review* 32, št. 2 (1918): 114-134.

Miller, William Ian. »Drawing Lines in the Sand: Of Outlaws, Cod, Strangers, Barking Dogs, Babies, and Sanctuary.« Neobjavljeno, dostop omogočen v rokopisu.

Mirow, M. C. »The Power of Codification in Latin America: Simón Bolívar and the Code Napoléon.« *Tulane Journal of International and Comparative Law* 8 (2000): 83-116.

Mirow, M. C. »Borrowing Private Law in Latin America: Andrés Bello's Use of the Code Napoléon in Drafting the Chilean Civil Code.« *Louisiana Law Review* 61, št. 2 (2001): 291-329.

Novak, Aleš. »*Imago iudicis*, štiri podobe iz idejne zgodovine sojenja.« *Zbornik znanstvenih razprav* 75 (2015): 67-101.

Petrak, Marko. »Plato and Ulpian's *praecepta iuris*.« *Fundamina* 20, št. 2 (2014): 694-701.

Serrand, Pierre. »La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil.« *Droits, revue française de philosophie et de culture juridiques* 42 (»Esprit du Code civil 2, 2005): 31-47.

Stanković, Emilija. »The Influence of Roman Law on Napoleon's Code Civil.« *Fundamina* 11, št. 1 (2005): 310-315.

Škrubej, Katja. »Austrian General Civil Code (1812) and the Slovenes: The Blinding Legacy of Legal Monism. *Zbornik PFZ* 63, št. 5-6 (2013): 1063-1080.

Troper, Michel. »Sur le 'dogme' de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive.« *Droits, revue française de philosophie et de culture juridiques* 47 (»La pensée juridique et le destin du Code civil«, 2008): 249-258.

Van Roermund, Bert. »The Code civil Between Enlightenment and Restoration. The Heritage of Portalis.« *Diametros* 40 (2014): 149-175.

Pravni viri

PRAVNI AKTI

Code civil des Français: édition originale et seule officielle. Pariz: L'imprimerie de la république, 1804.

Codex of Justinian, volume II (prev. J. F. H. Blume). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

C. 4, 35, 21.

The Digest of Justinian (prev. A. Watson). Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

D. 1, 1, 1.

D. 1, 1, 10, 1.

D. 39, 2, 26.

D. 41, 1, 31, 1

Justinijanove Institucije (prev. J. Kranjc). Ljubljana: GV Založba, 2012.

Inst. 2, 1, 39.

Inst. 1, 1, 1.

Ordonnance de Louis XIV 1670 pour les matières criminelles. Dostopno na:
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9602565z.texteImage> (citirano 26. 8. 2018).

SODBE

Odločba Evropskega sodišča za človekove pravice, *Zolotukhin v. Rusija*, št. 14939/03 z dne 10. 2. 2009

Odločba Ustavnega sodišča RS, Up-1004/11-16 z dne 8. 11. 2012.

Slovarji in enciklopedije

Black, Jeremy; Andrew, George; Postgate, Nicholas (ur.). *A concise Dictionary of Akkadian*. Wiesbaden: Harrasowitz Verlag, 2000.

Dokler, Anton. *Grško-slovenski slovar*. Ljubljana: Založba ZRC, 1915.

Gaffiot, F. *Dictionnaire latin-français*. Pariz: Hachette, 1934. Dostopno na:
<https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>

Gray, Christopher Berry (ur.). *The Philosophy of Law, an Encyclopedia*. New York: Routledge, 2012.

Hart, George. *The Routledge Dictionary of Egyptian Gods and Goddesses*. ZDA & Kanada: Routledge, 2005.

Lalande, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, volume 2 (N-Z)*. Pariz: Presses Universitaires de France, 1926.

Smith, William (ur.). *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: Longmans, 1890. Dostopno na:
<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0063:entry=hermae-cn>.

Snoj, Marko (ur.). *Slovenski etimološki slovar (3. izdaja)*. Ljubljana: Založba ZRC, 2016. Dostopno na: <http://www.fran.si/193/marko-snoj-slovenski-etimoloski-slovar> (citirano 30. 3. 2018).