

Dr. phil. habil. Ivan Glaser, dipl. iur.,

Pristup obradi slučajeva u okviru studija prava u Njemačkoj Njegov kontekst i njegovo porijeklo

Sažetak:

Studij prava u Njemačkoj razlikuje se od studija prava u gotovo svim ostalim zemljama kontinentalne Evrope po eksplicitnom upoznavanju studenata s tehnikom obrade i rješavanja slučajeva te po svojoj orijentaciji na slučajeve, kako unutar studija tako i u od njega odvojenim završnim ispitima, Model obrade slučajeva u njemačkoj pravnoj poduci karakteriziraju ove tri točke: tokom rada na slučajevima eksplicitno se uvode u igru pravila za obradu i rješavanje slučajeva; neposredni cilj uvježbavanja jest izrada pisanih rješenja slučajeva; ti radovi imaju oblik pravnih mišljenja. Predavač tematizira kontekst akademskog pravnog mišljenja u okviru cjelokupnog školovanja njemačkih pravnika te komparativnu i povijesnu dimenziju tehnike izrade pravnih mišljenja kao jednog od ključnih elemenata tog školovanja.

Ključne riječi:

Studij prava u Njemačkoj – Školovanje njemačkih pravnika – Obrada i rješavanje slučajeva – Pravna mišljenja – Klauzurni i domaći radovi – Stil presuda i stil pravnih mišljenja – Analiza slučaja odnosno njegovog stvarnog stanja – Mogući zahtjevi aktera slučaja – Pronalaženje pravnih osnova – Prigovori i njihove pravne osnove – Supsumcija – Pisana izrada pravnih mišljenja – Memnotehničke formule njemačke pravne didaktike – Pravne norme i njihovi sastavni dijelovi - Državni ispiti – Vježbeništvo (referendarijat) – Izvještaj (relacija) sastavljena na temelju sudskog spisa – Relacija u povijesti njemačkog sudskog odlučivanja – Relacija u povijesti francuskog sudskog odlučivanja – Metoda separacije - Artikuliranost i pozicionalnost sudskog postupka – Pravna argumentacija – Rationes dubitandi – Rationes decidendi

Slijedeće izlaganje raščlanit ću ovako:

1. Uvod: obrada slučajeva kao element pravnog studija u Njemačkoj
2. Sustavna eksplikacija tehnike obrade u nastavi (prvo obilježje)
3. Pisani radovi. Pravno mišljenje kao oblik pisanih radova (drugo i treće obilježje)
4. Kontekst akademskog pravnog mišljenja unutar školovanja njemačkih pravnika
5. Povijesna i komparativna perspektiva kao nužni okvir za razmišljanja o tehnici izrade pravnih mišljenja (u osloncu na Filippa Ranieri-a s osvrtom na dizertaciju H. L. Bergera)

1. Uvod: obrada slučajeva kao element pravnog studija u Njemačkoj

Ukoliko bi neki sasvim neupućeni inozemni pravnik ili student prava zavirio u kolegije i vježbe na nekom od njemačkih pravnih fakulteta upalo bi mu neminovno u oči održavanje brojnih vježbi, u kojima se na temelju ekspliciranih pravila obrađuju slučajevi i u čijem se okviru pišu radovi kao

- radovi pisani pod nadzorom (ili klauzurni radovi¹) ili
- domaći radovi.

Obrada slučajeva ne dominira samo na vježbama i ispitima, već se njeno prisustvo osjeća u sve većoj mjeri na predavanjima i u priručnicima namijenjenima studentima pravne struke. Tako je iz eksplicitnog učenja metode obrade i rješavanja slučaja pomalo nastalo učenje prava na temelju izlaganja slučajeva.² Taj element doduše nije potisnuo uvriježenu sistematiku raznih grana pravne nauke niti njene klasične sadržaje. Medjutim, osvrnemo li se posebno na građansko pravo, što ćemo u ovom izlaganju i kasnije u pravilu činiti, gdje god bude trebalo dati neki primjer: gledanje iz kuta pojedinih „zahtjeva“ i za njih prikladnih pravnih osnova, a zatim primjedbi i prigovora i za njih prikladnih pravnih osnova, karakteristično za obradu slučajeva, iznjedrilo je i alternativnu sistematiku³ u odnosu na onu uobičajenu koja polazi od pravnih instituta.

Istovremeno s njihovim nastankom i širenjem unutar nastave pisanje klauzurnih radova u kojima se obrađuju slučajevi postalo je dominantni oblik konrole rezultata (uspjeha) studenata i to kako u toku studija tako i u okviru u Njemačkoj iz studija izdvojenih završnih ispita⁴. Ta dominacija gotovo da isključuje sve druge oblike:

- uz izuzetak usmenog dijela završnih ispita gotovo je potpuno potisnut usmeni oblik;
- u okviru završnih ispita u sve je većoj mjeri potisnut i oblik domaćih radova.

Kako je predmet domaćih radova bio dobrim dijelom također obrada i rješavanje slučajeva, moglo bi se iz perspektive naših razmatranja kazati, da se tu ne radi o nekoj promjeni od većeg značaja. Mi pritom zanemarujemo ovu razliku između domaćih i klauzurnih radova: Samo kod domaćih radova studentu koji ih izrađuje stoji na raspolaganju naučna literatura. Student je čak i dužan koristiti je. U potiskivanju domaćih radova vide stoga neki kritičari potiskivanje naučnog elementa u akademskoj izobrazbi pravnika.⁵

Ukoliko je umjesno govoriti o posebnoj njemačkoj didaktici prvi počeci njenog razvoja u zemljama koje su 1871. god. postale dio Njemačkog carstva, sežu u vrijeme prelaska iz 18. u 19. st. Njeno tek novije širenje na druge zemlje njemačkog jezičnog područja (uključujući tu i Švicarsku) objašnjava, zašto toj didaktici, koliko sam dosada uspio ustanoviti, nema traga u nastavi prava u Hrvatskoj, koja se nekada toliko oslanjala na Austriju⁶.

¹ Riječ „klauzura“ (*Klausur*) u Njemačkoj ne označava više samo okvir u kojem se radovi pišu već i same radove, pa se može reći da je netko napisao sjajnu ili vrlo lošu „klauzuru“. Najopipljiviji izraz specifičnog oblika pravnog studija u Njemačkoj upravo su klauzurni radovi.

² Kako to vrlo naglašeno konstatira Johann Braun u uvodnom dijelu svog priručnika „Der Zivilrechtsfall. Klausurenlehre fuer Anfaenger und Fortgeschrittene“, Muenchen 2000., str. 3

³ Na njoj se temelje i neki udžbenici. „Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung“ podnaslov je udžbenika građanskog prava, koji je tu odigrao pionirsku ulogu: D. Medicus, Bürgerliches Recht, 1. izd. 1968. god.

⁴ Što se izdvojenosti tiče, u odnosu na novi dio prvog ispita, ispita tzv. težišnih predmeta, novela njem. zakona o sucima (Deutsches Richtergesetz/DriG) iz 2002. god. dovela je do izvjesnih promjena. Taj se dio ispita odvija na sveučilištima. Ova bi promjena mogla postati nukleusom većih pomaka: to više, što više se u Njemačkoj bude afirmirala ideja potpunog razgraničenja akademskog studija prava od ostalih oblika pravnčkog školovanja (na pr. vježbeništva).

⁵ Tu je poziciju zauzeo Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde, Juristenausbildung - auf dem Weg ins Abseits? JZ 1997. god., str. 317-326, ovdje citirano prema zbirci članaka: Dieter Stempel (Hrsg.), Juristenausbildung zwischen Internationalitaet und Individualitaet, Baden-Baden 1998. str. 63-88. Po Boeckenfoerde-u studij se prava u Njemačkoj svodi na «gomilanje pravnog znanja, utuvljeno i mehanički ponavljano poznavanje slučajeva i judikature povezano s klauzurnom tehnikom, koja se uvježbava mehaničkom obukom bez istinske metodeke svijesti», citirano djelo, str. 70.

⁶ Predavač je imao priliku upozoriti hrvatsku pravničku javnost na postojanje i korisnost njemačke metodike na Hrvatsko-njemačkom pravničkom simpoziju u Splitu 2001. god. a od siječnja 2002. god. dalje i priliku predstaviti

Da zaključimo: Studij prava u Njemačkoj upravo se po ovom: po eksplicitnom upoznavanju studenata s metodama obrade i rješavanja slučajeva te po svojoj orijentaciji na slučajeve kako unutar studija tako i u završnim ispitima, snažno razlikuje od studija prava gotovo u svim ostalim zemljama kontinentalne Evrope.⁷

U slijedećem bih želio točnije izložiti u čemu se sastoje posebnosti (a možda i prednosti) modela obrade slučajeva u njemačkoj pravnoj nastavi u odnosu na pravnu nastavu u drugim evropskim zemljama. Mislim da se posebnosti mogu svesti na ove tri točke: tokom rada na slučajevima eksplicitno se uvode u igru pravila za obradu i rješavanje slučajeva; neposredni cilj uvježbavanja jest izrada pisanih rješenja slučajeva; ti radovi imaju oblik pravnih mišljenja.

2. Sustavna eksplikacija tehnike obrade slučaja u nastavi (prvo obilježje)

(Pet koraka)

Njemački priručnici o rješavanju slučajeva ističu važnost pažljivog proučavanja pojedinačnog slučaja, njegovo razmatranje sa stanovišta interesa itd. na samom početku obrade slučaja. Ovdje se studentima preporuča, da po potrebi naprave zornu skicu odnosa, vremensku tabelu i sl.

Pođemo li od starih retoričkih zasada, koje su nekada bile usko povezane (pa čak i identične) s pravnom naukom, oslonimo li se na pr. na redosljed: inventio, dispositio, elocutio, memoria, actio, tada ovu fazu rada na slučaju nesumnjivo možemo povezati s kategorijom invencije.

Daljnje paralele s retoričkim zasadama moći ćete povući, ako se pozabavite uputama o tome kako strukturirati rješenje, poput ove:

1. korak: analiza stvarnog stanja;
2. korak: pronalaženje pravnih osnova;
3. korak: prigovori;
4. korak: pravno ispitivanje (supsumcija);
5. korak; izrada rješenja (kao mišljenja, o čemu kasnije)⁸.

I u ovoj shemi invencija iz klasične sheme odgovara svakako prvom koraku. No i daljnji koraci pri kojima se u razmatranje uvode stručno-pravni aspekti: pravne norme kao osnove zahtjeva, prigovora etc. (koraci 2. i 3.) nastavak su inventivnog istraživanja slučaja. Tako bi zapravo mjesto dispozicije bilo na kraju trećeg a prije četvrtog koraka. Dispozicija mora biti završena svakako prije nego što će se preći na pravno ispitivanje slučaja u užem smislu i na jezično formuliranje mišljenja.

istu metodu u suradnji s drugim docentima u redovnim vježbama na dvije katedre Pravnog fakulteta u Zagrebu te u jednom posebnom seminaru namijenjenom znanstvenim novacima. Pritom su predmetom bili slučajevi iz njemačkog prava (u okviru nastave njemačkog jezika) i iz hrvatskog prava (u okviru nastave građanskog prava). Dosada se radilo o predstavljanju na pokaznim slučajevima, dok još nije bilo prilike za pokušaj da studenti u okviru nastave uvježbaju samostalnu primjenu njemačke metodike.

Napokon u zimskom semestru 2005./06. godine Predavač je i na Pravnom fakultetu u Osijeku sudjelovao u nastavi njemačkog jezika pa je i tamo svoj udio u nastavi usredotočio na prikaz obrade slučajeva unutar studija prava u Njemačkoj.

Predavačev je utisak, da školovani hrvatski pravnik s iskustvom u praksi rješava građansko-pravne slučajeve po istom postupku kao i njegov njemački kolega. No u nastavi ne eksplicira se izričito pristup slučaju odnosno način njegove obrade i rješavanja. „Mi slučajeve obrađujemo i rješavamo intuitivno“, objasnio je razliku u odnosu na Njemačku jedan mlađi suradnik Pravnog fakulteta u Zagrebu. No pretjerano je i neadekvatno u tom i u bilo kojem drugom kontekstu govoriti o nekoj „intuitivnoj metodi“.

⁷ Izuzetak čine Austrija i Švicarska, na koje se nakon 2. svjetskog rata proširilo pisanje klauzurnih radova.

⁸ Mi se ovdje bavimo najrasprostranjenijom shemom obrade slučajeva, tzv. *Anspruchsaufbau*, dakle strukturom koja polazi od mogućnosti, da akteri slučaja jedan u odnosu na drugog postavljaju određene pravne zahtjeve.

Na ovo zadnje, na jezično formuliranje odnosi se u klasičnoj retorici naziv „elocutio“. O njemu se unutar aktualnih njemačkih naputaka za izradu pravnih mišljenja također (i to itekako) vodi računa kad se govori o izradi rješenja kao sastavljanja pisanih pravnih mišljenja (korak 5.)⁹.

O nepostojanju zadnjih dviju etapa unutar procesa kojemu je cilj pisana izrada pravnih mišljenja, memorije i akcije, koje se odnose na sam govor govornika i na memoriranje govora prije nego što će ga govornik održati, ne treba gubiti riječi.

(Pet *qu*-a, četiri *W*-a)

U stare pravničko-retoričke zasade idu prije svega pet *qu*-a, koje je morala sadržavati svaka dobro sastavljena tužba u kognicijskom postupku iz postklasičnog doba rimskog građanskog prava: „*Quis, quod, coram quo, quo iure petatur a quo, quisquis libellus recte compositus habet*“¹⁰.

„*Quis, quod, coram quo, quo iure petit a quo*“ gotovo se u potpunosti ponavljaju u formuli 4 *W*-a, polazištu za obradu slučajeva u današnjoj njemačkoj metodici: „*Wer könnte von wem was woraus verlangen?*“. Studentu se dakle daje uputa, da se kao prvo zapita: „tko bi od koga mogao što i po kojoj osnovi zahtijevati?“

Da je bilo pet *qu*-a, a da je broj *W*-a u današnjoj elementarnoj njemačkoj civilističkoj didaktici četiri, to proističe iz njenog strogog usmjerenja na materijalno-pravna pitanja: *coram quo*, pred kim, pred kojim sucem, tu je ispao iz igre.

Rješavanje slučaja po svojoj je strukturi najslojevitije, ako se provodi analiza, koja nije vezana ni za ulogu suca ni za ulogu odvjetnika - ili bar ne bi bila tipična niti za ovog posljednjeg. Neka u slučaj budu involvirane četiri osobe. I neka zadatak glasi: „Kakovo je pravno stanje?“ (na njemačkom: *Wie ist die Rechtslage?*)

U svom se koncipiranju svaka obrada raščlanjuje u širinu¹¹. U našem primjeru ima više odnosa „*quis a quo*“, koje valja istražiti. Kod svakog će se od njih po potrebi istražiti redom razni zahtjevi (aspekt „*quod*“) a unutar pojedinih zahtjeva jedna po jedna pravna osnova (*quo iure*). Dakle: unutar dispozicije na prvoj se stepenici uporedo redaju razni odnosi, zatim svi zahtjevi potencijalnih tužitelja, pa zatim u odnosu na svaki zahtjev sve pravne osnove, koje dolaze u obzir. Ovu bih dimenziju obrade nazvao horizontalnom.

(Odvjetnički i sudački tip zadatka)

Klasične upute o tome, kako riješiti neki građansko-pravni slučaj na akademskoj razini, uzimaju u obzir i tu, najkompleksniju vrstu zadatka.

Tipično „odvjetnički“ tip zadatka reducira pitanje na: „Što bi A mogao od B-a (i po kojoj osnovi) zahtijevati?“¹². To se pitanje može čak postaviti i u obliku: „Što biste (kao odvjetnik) savjetovali A-u?“ Ako je pitanje postavljeno u jednom od ovih oblika, student ne će moći analizu započeti neposredno pravnim razlaganjima, već predočavanjem A-ovih interesa odnosno ekonomskim ili zdravo razumskim razmatranjima.

Sudačku zadaću odražava akademsko mišljenje u kojem se pred studenta postavlja zadatak, da ispita opravdanost i aktualnost određenog zahtjeva jednog od aktera slučaja upućenog

⁹ Svi priručnici sadrže upute o tome. Up. i priručnik Rolanda Schimmel-a, *Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren*, 2. izd., Neuwied/Kriftel 2000.

¹⁰ Vesna Radovčić „Građanski proces u režimu oćeg (recipiranog rimskog) prava“ u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, 37, 1987, br. 5-6, pretiskan u V. Radovčić, *Pravni aspekti u učenjima antičke retorike*, Zagreb 2004, str. 257-287, napose str. 273. Predavač ovdje citira svoj izvor doslovno, a kasnije sebi dopušta preinaku jednog gramatičkog oblika.

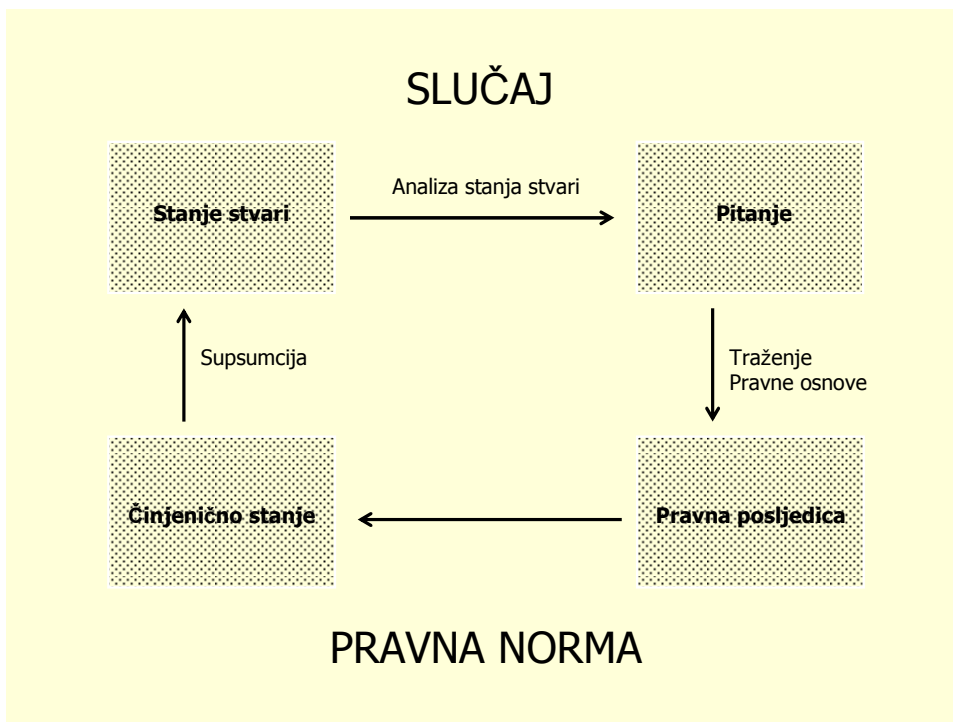
¹¹ To «u širinu» može se neposredno prikazati tabelarno. No u govornoj ili prema njoj oblikovanoj pisanoj prezentaciji «širina» kao druga dimenzija nestaje i stvari treba poredati jednu za drugom.

¹² Pri tome bi se pitanje osim na B-a moglo odnositi i na C-a itd., čime se taj tip zadatka približava onom prvom.

drugome. Tu će se u analizu krenuti traženjem pravnih osnova, koje dolaze u obzir u odnosu na nastanak prava, da se nešto zahtijeva.

(Kretanje u okviru kvadrata)

Shematski je moguće obradu nekog slučaja prikazati kao višestruko kretanje u okviru kvadrata, u gornjem dijelu kojeg stoje slučaj odnosno stvarno stanje slučaja i pitanje na koje treba naći odgovor. Kako to pitanje u jednom dijelu tipičnih zadataka treba precizirati, onda prvi korak (od stvarnog stanja do pitanja) sadrži početnu, intuitivnu analizu slučaja i po potrebi preciziranje pitanja (vidi shema 1).



Shema 1

Bilo da je pitanje postavljeno izričito u obliku: „Može li A od B-a zahtijevati činidbu x?“, bilo da se do tog oblika došlo analizom slučaja i preciziranjem pitanja, slijedeći korak vodi i u jednom i u drugom slučaju u donji dio kvadrata, koji simbolizira normu. Metoda obrade slučajeva dijeli normu na dva dijela. Na „zakonsko činjenično stanje“ (na njemačkom: *gesetzlicher Tatbestand*, što bi se također moglo nazvati zakonskim opisom stanja stvari) i pravnu posljedicu.

Normu, koju će primjeniti na slučaj, obrađivač pronalazi na temelju njene kvalitete, da ona po sadržaju svoje pravne posljedice u načelu daje odgovor na postavljeno ili na iz postavljenog analizom stvarnog stanja isfiltrirano pitanje.

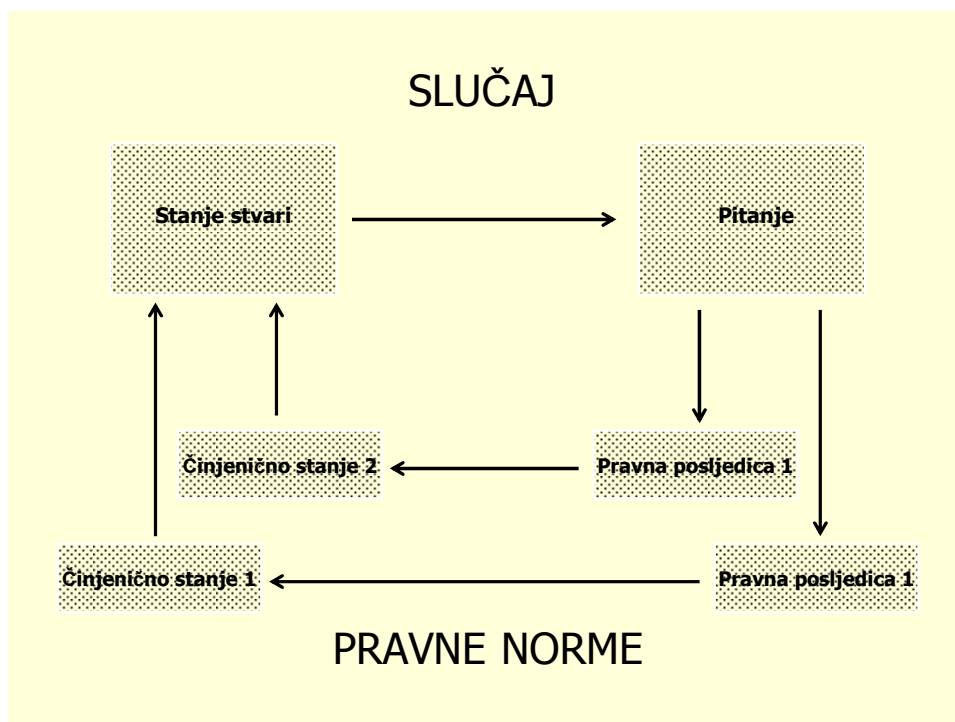
Slučaj i norma dovode se u vezu jedno s drugim prema tome na liniji: pitanje – pravna posljedica. Ovakovo povezivanje slučaja i norme objašnjava, zašto priručnici za obradu građansko-pravnih slučajeva sadrže tabele, u kojima su norme razvrstane prema tome, što je sadržaj njihovih pravnih posljedica. Ima priručnika koje u tabelama te vrste održavaju vezu s institutima, ali ima ih i sasvim radikalnih koji norme razvrstavaju samo prema pravnoj posljedici, pa će se u istoj skupini naći norme iz različitih područja građanskog prava: obveznog, stvarnog itd. (npr. sve norme čija pravna posljedica jest ili može biti vraćanje neke stvari: reivindikacija, kondikcija itd.).

Do rezultata dolazi se u dva daljnja koraka. Prvi je korak najjednostavniji u čitavoj shemi: od pravne posljedice do zakonskog činjeničnog stanja. On zahtijeva logičku analizu norme, odvajanje njenog deskriptivnog od njenog preskriptivnog dijela i raščlanjenje njenog deskriptivnog dijela na pojedina obilježja. Usto ovdje je mjesto na kojem se uzimaju u obzir svi oni propisi koji upotpunjuju normu, bilo da su locirani u neposrednoj blizini norme (kao npr. § 310. Građanskog Zakonika koji omeđuje područje primjene §§ 305.-309., propisa koji se odnose na opće uvjete poslovanja) bilo da ne. Tu dakle dolazi do izražaja znalac structure pojedinih zakona odnosno pravnog poretka u cjelini.

Slijedećim se korakom – supsumcijom ili uporedbom činjeničnog stanja norme i stanja stvari, to jest opisa slučaja (na njemačkom: *Sachverhalt*) – kretanje vraća u sferu zadanog slučaja. Uporedba se vrši na osnovi upravo izvedenog raščlanjenja zakonskog činjeničnog stanja u pojedina obilježja i izvodi se redom od jednog obilježja zakonskog činjeničnog stanja do slijedećeg obilježja.

Da ponovimo:

Kada je nabrojio moguće zahtjeve, obrađivač mora za svaki od njih naći prikladnu pravnu osnovu. Ili i više njih. Tu već dakle dolazi do prvog i drugog račvanja. Shema 2 prikazuje drugo račvanje. Za shemu je karakteristično da u donjem dijelu simbolizira dvije pravne norme, koje omogućuju odgovor na isto pitanje. One dakle sadrže istu pravnu posljedicu, ali se razlikuju prema svojem činjeničnom stanju. Ograničenje na dvije norme samo je egzemplarne naravi.

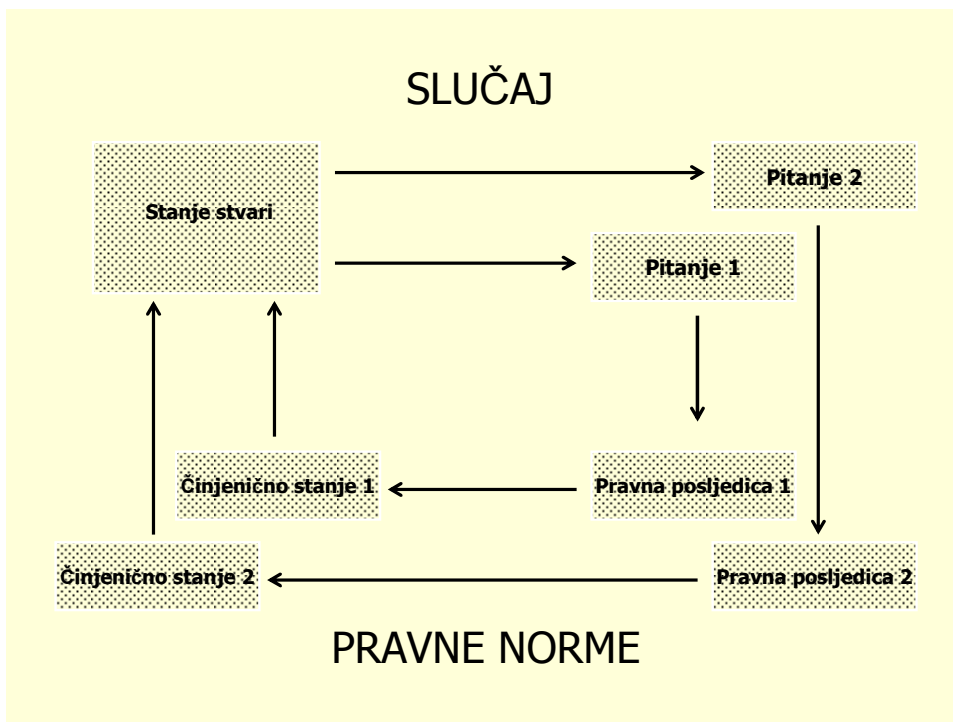


Shema 2

(Horizontalna i vertikalna dimenzija)

Analiza ide dalje u smjeru: koji se zahtjev može biti već ugasio i iz kojeg pravnog osnova itd. Njemačka je memnotehnika stavila uz bok „4 W-a“ još i „4 E-a“: „*Anspruch entstanden, erloschen, Einwände und Einreden, Ergebnis*“. Prevedeno na hrvatski: Zahtjev nastao, ugasio se, primjedbe i prigovori, rezultat. Ovu bih dimenziju obrade nazvao vertikalnom.

Slučaj stavlja obrađivača pred različita pitanja i to ili u okviru horizontalnog kretanja od jednog do drugog zahtjeva ili u okviru vertikalnog kretanja: od pitanja da li je neki zahtjev nastao do pitanja, da li se ugasio i mogu li se protiv njega istaći primjedbe i prigovori. Shema 3 može se čitati kao isto tako i kao prelaz s horizontalne na vertikalnu liniju ili kao nizanje različitih pitanja na vertikalnoj liniji. Kako su neovisno o tome norme u donjem dijelu sheme norme, koje omogućuju davanje odgovora na različita pitanja, te se norme međusobno ne razlikuju samo po svojim činjeničnim stanjima već i po različitim pravnim posljedicama koje donose sa sobom.



Shema 3

Slijedeća shema (shema 4) objedinjuje dvije ranije i prikazuje načelno sva moguća račvanja. Na svakom mjestu gdje se obrada račva shema konkretno obuhvaća račvanja na dvije alternativne mogućnosti (pitanje 1/pitanje 2 odnosno pravna posljedica 1/pravna posljedica 2) ali načelno račvanja mogu obuhvatiti veći pa i daleko veći broj mogućih varijanti.

Dat ćemo primjer za shemu 4, pri čemu će se pitanja 1 i 2 odnositi na horizontalnu razinu, dakle na različite zahtjeve koje je moguće postaviti.

A i B sklopili su kupoprodajni ugovor, koji bi mogao biti bez pravnog učinka¹³.

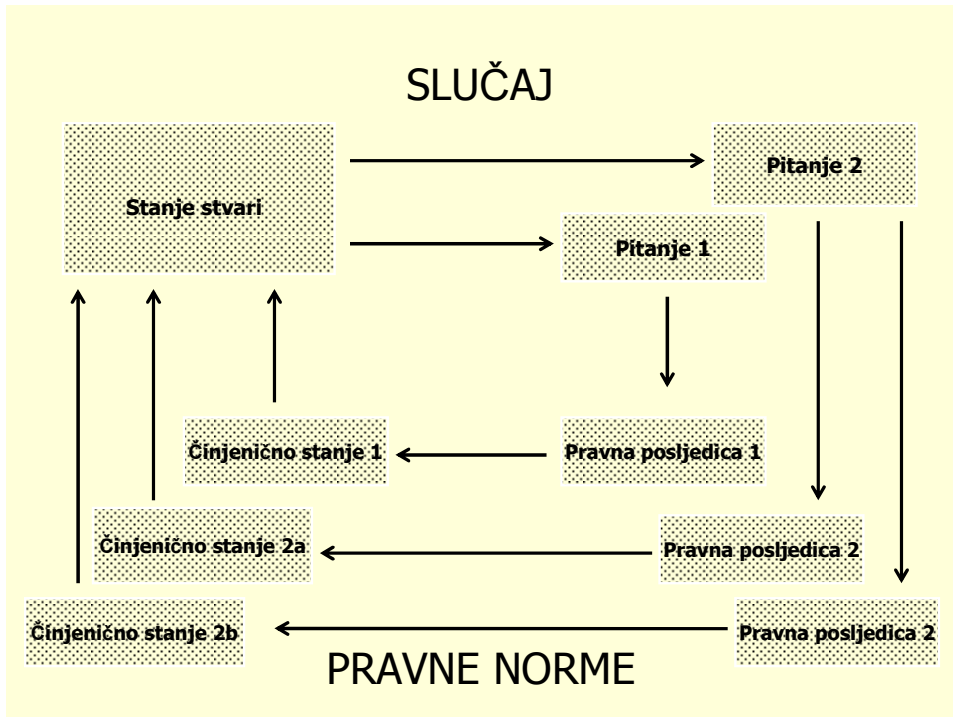
Pitanje 1: Ima li prodavatelj A pravo zahtijevati od kupca B plaćanje kupovne cijene? Tu će pravna osnova u pojedinačnim nacionalnim sustavima civilnog prava biti osnovna zakonska odredba koja regulira obveze prodavatelja i kupca.

Pitanje 2: Ima li prodavatelj A uz to pravo, zahtijevati podredno od kupca B i vraćanje prodane stvari. Za ovaj zahtjev dolaze u obzir dvije zakonske osnove, ona koja u pojedinačnom nacionalnom sustavu civilnog prava regulira reivindikaciju i ona koja regulira kondikciju. Pravna posljedica obaju tih normi ista je, što u shemi simbolizira jedinstvena

¹³ Npr. zbog toga, što je poslovna sposobnost jedne od ugovornih stranaka, ovdje kupca, ograničena. Ugovor je dakle u hrvatskom pravu pobojan, u njemačkom „*schwebend unwirksam*“ (prevedeno doslovno: potencijalno bez učinka).

oznaka 2. Istovjetnost je i uvjet da korištenjem tih normi dođemo do odgovora na isto pitanje. Odgovori se ne moraju poklapati.

Činjenična se stanja obaju normi međusobno razlikuju, što simboliziraju različite oznake (2a i 2b).



Shema 4

3. Pisani radovi. Pravno mišljenje kao oblik pisanih radova (drugo obilježje)

Pisani uradak njemačke akademske obrade slučajeva nema oblik tužbe, odgovora na tužbu ili nekog trećeg podneska, a niti sudske presude, već pravnog mišljenja danog u obliku hipotetičko-deliberativnog razmišljanja, na čijem se kraju saopćava rezultat. Njemačka pravna didaktika striktno razlikuje stil pravnih mišljenja od stila presuda, točnije: njihovog obrazloženja, koje kategorički izlažu pravne razloge tenora presude. "U svim se uputama jako naglašava, da se presuda ima sastaviti u sasvim drugačijem stilu od pravnog mišljenja. U izradi pravnog mišljenja mora se uvijek krenuti od pitanja i izraditi od tog polazišta odgovor. Tome nasuprot mora se kod presude krenuti od rezultata, koji se iznosi na početku; tek nakon toga iznosi se obrazloženje. Na tom se načelu temelji čitav snop stilskih pravila, koja sežu od ustroja teksta do uporabe sintaktičkih i semantičkih konstrukcija oko čega se, kako je poznato, stvorila opsežna pedagoška literatura."¹⁴

U pravno mišljenje, u tekstualni prikaz rješenja slučaja, nije moguće neposredno prenijeti konceptualni raspored koji sadrži i horizontalnu i vertikalnu dimenziju. Moglo bi se reći, da će taj raspored biti potisnut "vertikalnim". Dakle: svaki će se zahtjev za sebe raščlaniti na razmatranje pojedinih pravnih osnova, a ove će se neposredno ispitati svaka za sebe (jedna za drugom) i to redom prema kriterijima: zahtjev nastao, ugasio se, primjedbe i prigovori. Tradicionalni oblik pravnih mišljenja pretpostavljao je ovu shemu ali je nije eksplicitno sadržavao. Suvremeni oblik njemačke provenijencije prikazuje shemu eksplicitno i stoga u

¹⁴ Filippo Ranieri, *Stilus Curiae*. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik, u: *Rechtshistorisches Journal*, 4. godište (1985), str. 75-88, ovdje str. 76

njemu vrlo često prevladavaju rutinski obrađene partije. A ovo uvjetuje da se u njemu naoko smanjuje značaj pravnih argumenata.

No to ne bi smjelo postati više od samog privida. Jer kao i u ranijim vremenima pravo živi od diskusije argumenata *contra* i *pro*, za ovakovu ili onakovu, u odnosu na neku zamisao suprotnu ali možda i neku treću, posredničku primjenu neke pravne norme. Stoga je bitan sastavni dio kvalitete pojedinog akademskog mišljenja, da su u njemu obrađena pravna pitanja, pred koja zadani slučaj (odnosno pravne norme, koje se na njega primjenjuju) stavljaju obrađivača. I to tako, da se odgovor na ta pitanja daje suprotstavljanjem argumenata *pro* i *contra*. O uspjehu studenata pri pisanju klauzurnih radova odlučuje postojanje i dostatnost argumentacije uvijek tamo, gdje je ona potrebna. Valja reći: dobri naputci o pisanju klauzurnih radova ističu da je za taj uspjeh dovoljna jednostavna ali dobro strukturirana argumentacija, za koju nije neophodno sveobuhvatno poznavanje naučnih pozicija i judikature.

Hipotetičko-deliberativni stil kojim se pišu pravna mišljenja pokazuje izrazite didaktičke prednosti. U čemu se te prednosti sastoje? Značenje pravnih mišljenja leži po mom sudu u prvom redu u tome, da ona u svom konačnom obliku čuvaju preciznu sliku o tome, kako se slučajevi u okviru pravnog umijeća obrađuju. Ona naime odražavaju korake obrade nekog slučaja u njihovom redosljedu. Utoliko se u njima zrcali metoda, koju pravnik primjenjuje da bi slučaj rješio. I utoliko su ona već po sebi samima, za razliku od ostalih pisanih dokumenata pravničkog umijeća kao što su npr. tužbe ili presude, izričita prezentacija metodskih sredstava, na kojima to umijeće počiva. Uz to ona sadrže potpun prikaz tih koraka, pa sadrže i one korake, koji su iz određene perspektive zanemarivi. Na pr. u odnosu na neki zahtjev ispitivanje neke pravne osnove, koju je moguće zanijekati, pa ona ne će ući u obrazloženje tužbenog zahtjeva. Doduše to može stvoriti utisak nepotrebne opširnosti i viška sistematičnosti. Međutim, eksplicitna pravila obrade slučajeva daju studentu i vježbeniku sigurnost, da će njihovom primjenom obuhvatiti sve pravne aspekte nekog slučaja, pa tako i one, koja se ne mogu na rutinski način rasvijetliti. Ona i početniku omogućuju samostalni rad.

4. Kontekst akademskog pravnog mišljenja unutar školovanja njemačkih pravnika

No otkud pravna mišljenja unutar akademskog pravnog školovanja u Njemačkoj?

Tu treba uzeti u obzir dvodjelnost njemačkog pravnog školovanja ali i jedinstvo koje oba dijela školovanja čine.

Njemački se pravnik školuje kao „jedinstveni pravnik“. Prolazi prvo kroz sveučilišni studij prava, koji traje najmanje 8 semestara. Unutar studija mora upisivati određena predavanja. polaziti određene vježbe i postići izvjesne uspjehe¹⁵. To su uvjeti pristupa donedavna prvom državnom ispitu, koji od 2002. kao „ispit“ ima dvije komponente: jedna je akademska, druga je još uvijek „državna“. Akademska komponenta nadovezuje se na izbor težišta, koje student bira u drugoj polovici studija. Ispit obaveznih predmeta polaže se pred komisijama koje formiraju pravosudni ispitni uredi. U komisije ulaze praktičari, a sveučilišni docenti, koji u njihovom radu sudjeluju, u pravilu ne dolaze sa sveučilišta na kojem je kandidat studirao.

Drugi, još uvijek „drugi državni“ ispit stoji na kraju dvogodišnjeg vježbeništva, koje je okvirno jedinstveno. Organizira ga pravosudna uprava i otvoreno je za sve one koji su položili prvi ispit. Za našu temu je od važnosti da vježbenici unutar svog rada na civilnim sudovima

¹⁵ Pri tom postoji veliki manevarski prostor. Unutar većih blokova studija fakulteti samo preporučuju a ne propisuju redosljed kojim će student pohađati predavanja i vježbe.

obavezni da izrađuju pravna mišljenja i to u okviru tzv. *Aktenrelation* (kraće: „*Relation*“), dakle izvještaja izrađenih na osnovi spisa nekog sudskog predmeta.¹⁶

U čemu se votum unutar „relacija“ razlikuje od akademskog vještva?

Akademsko pravno mišljenje polazi od zadanog slučaja. Činjenice, koje su u nekom sporu pred sud iznijele stranke, same za sebe još nisu „slučaj“. „Slučajem“ one postaju tek u pravničkoj analizi, koja se rukovodi pitanjem, koje pravne osnove dolaze u obzir u rješavanju spora. Na temelju pravnih osnova vrši se odabir pravno relevantnih činjenica. Pravno relevantne činjenice sačinjavaju „slučaj“. Samo one će biti predmetom dokaznog postupka, naravno ukoliko su sporne.

Sučev odabir pravnih normi, na kojima bi mogao biti zasnovan neki tužbeni zahtjev, odredit će zbir činjenica relevantnih za rješenje spora¹⁷. Zatim odabir onih pravnih normi, na kojima bi moglo biti zasnovano gašenje zahtjeva. Pa normi, na kojima bi mogli biti zasnovani prigovori ili protuprigovori. Konstitucija slučaja odredit će sadržaj i tok dokaznog postupka, pa je pravna analiza nekog spora korak koji otvara put njegovog rješavanja¹⁸.

Tu leži i prvenstvena funkcija „relacije“, koja u krajnjim slučajevima može već sama po sebi iznjedrati rješenje. Na pr. prijedlogom za odbacivanje tužbenog zahtjeva, ako on nije suvislo obrazložen: činjenice što ih tužitelj iznosi, nisu kadre ni po kojoj pravnoj osnovi, koja bi dolazila u obzir, ponijeti presudu, kojom bi se udovoljilo tužbenom zahtjevu. Slično će biti na štetu tuženog, ako ovaj npr. ne osporava činjenice, na kojima tužitelj zasniva svoj tužbeni zahtjev, ali se ovom suprotstavlja tvrdeći da nije više aktualan. No činjenice što ih iznosi ne odgovaraju opisu činjenica sadržanom ni u jednoj od normi, na temelju koje bi se tužbeni zahtjev bio mogao ugasi, zastarjeti ili sl. Prije nego što će stići do tzv. dokazne postaje, „relacija“ u tužiteljevoj i tuženikovog „postaji“ isključuje ovakove konstelacije iz daljnjeg postupka odnosno nastavka obrade.

U akademskom studiju budući pravnik još nije suočen s tvrdnjama stranaka, koje mogu ali ne moraju biti relevantne. Naprotiv njemu pred njim je slučaj u gore korištenom, strogom

¹⁶ Standardni priručnik Paula Sattelmachera: Bericht, Gutachten und Urteil. Eine Einführung in die Rechtspraxis, 32. Aufl. v. Winfried Schuschke, München 1994., str. 1 opisuje vježbenikovu situaciju ovako: I sudac i odvjetnik dat će vježbeniku u građansko- pravnom dijelu izobrazbe nalog da sastavi *mišljenje* o slučaju, čiji spis upravo mora obraditi (*Aktenfall*). Ako je spis opsežniji, mentor će ga zamoliti da iz spisa isfiltrira *stvarni izvještaj* (*Sachbericht*). Na taj je način moguća kratka i suvisla informacija o dosadašnjem stanju stvari (*Sachstand*). Oba zadatka u funkciji su pripreme praktične odluke. Sudac izvlači iz mišljenja zaključak o tome, da li je predmet dozrio da se donese odluka, dakle da li on može donijeti presudu, ili slučaj traži da ga se dodatno rasvijetli pa treba donijeti rješenje o izvođenju dokaza. Priprema praktične odluke, koja se sastoji od izvještaja, mišljenja i prijedloga odluke tradicionalno se naziva „relacijom“. Pri sastavljanju relacije vježbenik dakle obavlja samo pismeno i nešto opsežnije duhovne zadaće, koje sudac ili odvjetnik moraju obaviti pri obradi svakog praktičnog slučaja. Tko se u tome nije izvježbao, i to prvo polako, korak po korak, ne će kasnije biti u stanju donijeti svoje odluke misaono čisto i bez okolišanja, čim je slučaj dozrio da se o njemu donese odluka. „Zbog toga još uvijek ima svoj smisao, da pravilnici ... obavezno zahtijevaju, da vježbenici ne sastavljaju samo nacрте odluka, već i da prvo pripreme te odluke kroz pismene stvarne izvještaje i mišljenja.“

¹⁷ Ova, pravna konstitucija slučaja lijep je primjer „izdiferenciranog“ postupka, jednog od njih mnogih, u kojima se prema gledanju sistematske teorije društva konstituira moderno društvo.

¹⁸ Na ovom se mjestu uzrečica „*lus ex facto oritur*“ može preokrenuti u „*Factum ex iure oritur*“. No postoji opasnost pre nagljenog reduciranja slučaja na samo neki ili samo neke pravne aspekte, koje slučaj sadrži, i zanemarivanja njegove cjelokupne problematike. Svi priručnici upozoravaju na tu opasnost – oni koji se odnose na rad vježbenika pa čak već i oni koji se odnose na rad studenata. Već se i student nalazi u opasnosti, da odveć brzo „prepozna“ pravne probleme, pred koje ga slučaj prema njegovom utisku stavlja. Važno ja dakle prije svake analize dopustiti činjenicama da „govore za sebe“. Pitanje je invencije i iskustva pravnika i određuje kvalitetu njegova rada, koje će sve pravne norme odabrati, da one sa svoje strane utječu na odabir činjenica. No upravo je i sama opasnost preuranjene redukcije jasan znak načelne nadmoći norme nad činjenicama u pravničkoj obradi slučaja.

smislu riječi, dakle kao zbir potvrđeno relevantnih činjenica, i on primjenjuje norme na taj odabir. Na njemu je naravno da pronađe te norme. Utoliko je ono što on mora uraditi neka vrsta rješenja zagonetke. „Činjenice“, kojima se on bavi, ušle su u „slučaj“, budući da su se pokazale relevantnima na osnovu nekih pravnih normi, a sada student mora kao prvo „pogoditi“, koje su to norme bile. Kod slučajeva koji su plod pravničke mašte, i ova je pozadina zadatka dakako fiktivna.

Ovdje se vidi, po čemu se pravna mišljenja, koja se izrađuju unutar akademskog studija, razlikuju od onih, koji se izrađuju kao dio vježbeničkih relacija.

Praksa izrade akademskih pravnih mišljenja svjedoči o utjecaju prakse na studij, koji je ponovno osnažio tokom 19. i 20. st. Ovo osnaženje odvijalo se uprkos tome što je poznata njemačka reforma sveučilišta na početku 19. st., ona Humboldtova, na sebi svojstven način prezirala školovanje za određenu profesiju i stavljala opće humanističko obrazovanje na prvo mjesto u hijerarhiji ciljeva studija.

U razdoblju krize akademskih ustanova (17. i 18. st.), koja je prethodila reformi, u Prusiji se, a kasnije i u čitavoj Njemačkoj, kvalificiranje za pravnička zvanja odvojilo od akademskog studija. On u staleškom društvu nije ni bio *conditio sine qua non* za sticanje položaja suca čak ni na višim sudovima. Otkako je reforma provedena, kvalifikacija npr. za sudački poziv stiče se tzv. državnim ispitima.

Doduše isključiva dominacija izrade pravnih mišljenja kao oblika ispita novija je pojava. Zbog toga se ne može jednostavno pretpostaviti, da su pravna mišljenja zadobila svoj značaj unutar studija zbog toga, što su pravni fakulteti nastojali prilagoditi oblike svoje nastave onom što se na državnim ispitima od kandidata tražilo. Uostalom, daleko više na tom području učinili su tzv. repetitori, pa još i danas njemački studenti prava smatraju posjet izvansveučilišnih, privatnih repetitorija najumjesnijim oblikom pripreme na državne ispite¹⁹.

Pretpostavimo li, da se stara, tradicionalna „relacija“ po svojoj strukturi kretala potpuno u okvirima konzilijarne literature, postavlja se pitanje, u čemu je ležala njena posebnost. Moguće ju je odrediti pomoću njenog položaja unutar različitih tipova pravničke djelatnosti i to kao dio sudačke djelatnosti. A поблиže u okvirima ove djelatnosti po funkciji „relacije“ unutar postupka rješavanja sudskih sporova.

Kratko rečeno „relacija“ je bila sudačko pravno mišljenje dano zajedno sa tzv. stvarnim izvještajem i napose prijedlogom odluke o nekom sporu u okviru pripreme za donošenje odluke u kolegijalnom sudačkom tijelu.²⁰ Nema u tome samom ništa novog za svakog onog, tko zna kako i danas odlučuju sudački kolegiji. Jedan član kolegija - izvjestitelj - priprema odluku preuzimajući na sebe proučavanje spisa, izvještavanje kolegija i izradu prijedloga odluke.

Ukazujemo na ovom mjestu još jednom na to, da se akademska pravna mišljenja u Njemačkoj daju u pisanom obliku. Isto je tako pisani oblik obavezan kod vježbeničkih „relacija“. I ovo ima povijesnu pozadinu. Da su i suci izvjestitelji svoje relacije nekada podnosili pisano (najčešće nakon usmenog podnošenja izvještaja), bilo je povezano s načelom pisanosti postupka. Tu čitatelj treba uzeti u obzir i to, da nekad ono što danas za nas sasvim prirodno ima pisani oblik, kako kod nas tako i u Njemačkoj, naime obrazloženje presuda, nekad taj oblik nije imalo - odnosno nije se uopće ni davalo.

¹⁹ Ma koliko da se to u Njemačkoj želi potisnuti kako u svijesti tako i kao činjenica: bitan udio u školovanju njemačkih pravnikâ imaju uz sveučilišta i pravosudnu upravu i privatne ustanove, repetitori.

²⁰ U njemačkoj pravničkoj terminologiji riječ „relacija“ u odnosu na aktualno stanje označava cjelokupni vježbenički pismeni rad, koji se sastoji od tri dijela: stvarni izvještaj (*Sachbericht*), mišljenje (*Gutachten*) i prijedlog odluke (*Entscheidungsvorschlag*). Zanimljivo je i to, da se vježbenik u Njemačkoj i danas naziva referandarom, dakle onim koji ima izvještavati.

Da se presude javno i pisano obrazlažu, bilo je čak i zabranjivano (na pr. u Italiji i Njemačkoj) i običaj da se to ipak radi probio se uprkos takovim zabranama tokom 17. i 18. st.

Međutim, strane u sporu i stručna javnost zainteresirane su znati, na kojim se argumetnima sudske odluke temelje. Potpuno neovisno o tome, da li su ih saopćili strankama i javnosti ili ne, i sami sudovi imali su oduvijek potrebu da memoriraju razloge svojih odluka. Budući da se presude nisu pisano obrazlagale, u Njemačkoj su sudovi stali arhivirati „relacije“, na kojima su se presude temeljile.

Otkako su njemački sudovi silom zakona obavezni obrazložiti svoje presude i to učiniti čak i pisano, „relacije“ su načelno kao dokument postale suvišne i otuda je lako razumjeti, da ih danas u pisanom obliku daju još samo vježbenici. No argument za izradu relacija i nadalje glasi, da su u njima sadržana pravila, koja svaki pravnik u obradi slučajeve mora slijediti i to u svrsishodnom redoslijedu. A pisana izrada relacija opravdava se time, da je ona primjeren okvir za usvajanje tih pravila²¹.

Pitanjima kojih smo se ovdje dotakli posvetit ćemo se u točki 5. ponovno slijedeći pritom radove u ovom kontekstu nezaobilaznog Filippa Ranieria. No osvnut ćemo se na kraju i na jedan rad, koji Ranieri začudo nije uzeo u obzir na način koji bi taj rad zaslužio.

5. Povijesna i komparativna perspektiva kao nužni okvir za razmišljanja o tehnici izrade pravnih mišljenja (u osloncu na Filippa Ranieri-a s osvrtom na dizertaciju H. L. Berger-a)

Tzv. relacionalna tehnika u Njemačkoj nipošto nije nesporna. Povremeno kritika se iznosi s izrazitom žestinom. Ranieri smatra da argumenti, koji se pritom koriste, zahvataju samo površinu problema. Poseban deficit diskusije vidi u tome, što se ovu „stilsku tradiciju nije analiziralo ni iz povijesne ni iz funkcionalno-pravnoporedbene perspektive“. „Na pitanje, zašto zapravo u njemačkom pravnom sustavu postoji ovakova stilaska tradicija, dan je do danas samo paušalni odgovor. ... Pritom se nije napustilo iskustveni horizont njemačkih pravnika. Napose, nitko se nije zapitao, da li se u drugim evropskim pravnim sistemima poštuju funkcionalno usporediva stilaska pravila i da li se takovi ‘stilovi presuda’ mogu uvrstiti u povijesno-razvojnu tradiciju.“²²

Obraćajući pažnju prvo funkcionalno-pravnoporedbenom nalazu Ranieri piše: „Odist se danas mogu u pojedinim kontinentalno-evropskim pravnim i pravosudnim sustavima zapaziti prilične razlike u načinu, na koji civilni sudac logički, sintaktički, pa i jezično gradi i formulira svoju odluku. ... Podsjetimo na neke oznake: dužina odluke; citati prejudicija i znanstvenih autora; pojava obiter dicta; bavljenje ili nebavljenje pravnim pozicijama stranaka ili donje instance. Nadalje se može utvrditi, da su ovi stilovi odluka dio čvrste, pedagoški obavezne tradicije nauke.“

Upoređujući tri kontinentalno-evropska sudačka stilaska modela: francuski, talijanski i njemački Ranieri podsjeća na tradicionalni francuski stilski model, onaj do reformi, koje su započele 1958. god. „Čisto izvanjski gledano sastoji se svaka francuska sudska odluka od samo jedne rečenice. ... Poštivanje ove sudačko-stilске tradicije – bar sve do reforme iz god. 1977. ... – garantirala je stroga pravno-pedagoška tradicija, koja se zrcalila u bogatoj priručničkoj literaturi, na pr. u proslavljenim djelima Mimin-a i Leboulanger-a. Tome se

²¹ Up. Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil. Eine Einführung in die Rechtspraxis, 32. izd., München 1994., str. 1 sl.; vidi gore nap. 9

²² Filippo Ranieri, Stilus Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik, u: Rechtshistorisches Journal, 4. godište (1985), str. 75-88, ovdje str. 77.

pridružuje fino tkana kontrola ministerijalne birokracije, koja u svojim okružnicama do u pojedinosti određuje *'vocabulaire'*, koji se ima koristiti u presudama."²³

"Sasvim drugačije izgleda talijanska presuda. ... Ovdje nema pedagoške tradicije upućivanja niti odgovorajuće literature. Ovaj se stil u školovanju mlađih pravosudnih auditora tradira takoreći *'usmeno'*."²⁴

"Kao treće spominjem njemački model presude. ... Rigorozno razlikovanje činjeničnih podataka i pravnih razmatranja; rigorozno razlikovanje stila mišljenja i stila presude; stroga i jedinstvena pravila strukture; stroge sintaktičke osobitosti; postojanje priručničke literature (Sattelmacher i. o.) i pedagoška tradicija u školovanju pravika. Povijesno i funkcionalno radi se o jedinstvenom fenomenu."²⁵

Obraćajući pažnju povijesnoj dimenziji, postavljajući pitanje, koje je stilske modele poznavala evropska pravna povijest, Ranieri već na samom početku anticipira odgovor: "Naša će analiza pokazati dvoje: prvo, da povijesna poredba otkriva genetičku i strukturalnu povezanost između naizgled tako različitih evropskih stilova presude; drugo, da su ove razliku u sudačkim stilovima u kontinentalnim pravnim i pravosudnim sustavima nastupile tek početkom 19. st."²⁶

Ranieri razlikuje nekoliko modela sudskog odlučivanja. Najstariji model je po Ranieriu onaj postupka pred papinskim sudom, rimskom *Rotom*. Drugi je model nastao je kod centralnih nacionalnih sudova prije svega u Francuskoj i u starom njemačkom Carstvu. "Pisanost postupka i kolektivna struktura sudova odredili su tehniku i stil odlučivanja. U središtu sudačke zadaće stoji sastavljanje relacije na temelju sudskog spisa. Nužnost, da se kolegijalno sudsko vijeće informira o procesu, stvorila je potrebu, da jedan sudac kao takozvani relator izradi referat, tzv. *relatio* o sadržaju pisanog procesnog *dossier*-a i iznese pred kolege. Već je 16. st. za to razvilo stroga pravila strukture. ... Ovakav kompleks pravila, kojeg valja sagledati u kontekstu metode tradicije konsilijatora *mos-a italicus*-a, uskoro se odrazio na djela procesualne i praktične literature vremena. U prvom su planu ovdje očito stajali pedagoški ciljevi."²⁷

"Svjedočanstva ove literarno-pedagoške tradicije možemo naći u njemačkoj pravnoj literaturi već iz druge polovice 16. st. Kasnije postaje broj ovakvih djela nepregledan. ... U biti su se tu iznosila stroga pravila logičke i sintaktičke strukture i formulacije takovih na spisima utemeljenim relacijama (njemački: *Aktenrelation*). Pogledamo li strukturu jedne relacije, kako je predlaže ova opće-pravna tradicija – a ta su pravila uostalom ušla u pruska Opća sudska pravila²⁸ iz god. 1781. – prepoznaju se bitna pravila, koja još i danas uče mladi njemački suci."

Njemačka se relacija u to vrijeme prema Ranieriu strukturirala ovako:

- *Species facti*
- *Historia processus*
- *Extractus actorum* (sažimanje pismena stranaka)
- *Votum* (*substantia actionis, quae sit actio, an probata, an elisa*²⁹)

²³ Isto djelo, str. 78 sl. U ovom kao i u svim slijedećim citatima pojedini izrazi preuzeti iz stranih jezika (latinskog i francuskog) pisani su kurzivom neovisno o tome da li ih i Ranieri isto tako piše. Usto ne preuzimamo podatke o izvorima, koje Ranieri navodi u ovom ili u nekom od slijedećih citata.

²⁴ Isto djelo, str. 79.

²⁵ Isto djelo str. 79 sl.

²⁶ Isto djelo, str. 80.

²⁷ Isto djelo, str. 81 sl.

²⁸ Allgemeine Gerichtsordnung. Op.I.G.

²⁹ Od *elido*, *elidere*, *elisi*, *elisum* uništiti, odbaciti.

- Prijedlog odluke.

I praksa francuskih parlamenata od 16. – 17. st. drži se istih radnih pravila. Nju njeguje i priručnička literatura slična njemačkoj. “Čak još i prvo izdanje Pigeau-ovog klasičnog prikaza civilnog postupka iz god. 1787. posvećuje više opsežnih odsjeka pravilima koje treba poštovati kod strukturiranja i formuliranja *rapport*-a, kojeg je kod pisanog postupka uvijek trebalo sastaviti. Poredba s istovremenom njemačkom priručničkom literaturom pokazuje, da su tu sadržana strukturna pravila bila u biti gotovo identična.”³⁰

Rapport suca francuskih parlamenata morao je prema Ranieri-u naime biti strukturiran otprilike ovako:

- *Fait (en ordre chronologique)* ...
- *Extrait de la procédure* ...
- *Extrait des moyens*, u kojem su bile sažete pravne pozicije stranaka uz uzimanje u obzir svih iznesenih argumenata
- *Votum*

„Ovo pokazuje da je kontinentalno-evropski sudac 16.-18. st. kod sudskih sporova u svom radu i odlučivanju bio naučen postupati prema određenim tehničko-stilskim pravilima. Jezgro ovih pravila sačinjavala je tehnika sastavljanja učenog *votum*-a, dakle pravnog mišljenja, u kojem se raspravljaju sve činjenične i pravne sporne točke u urednom i racionalnom redosljedu i iz njih izvodi odluka. Važno je znati, da su takova tehnička pravila bila u velikoj mjeri jedinstvena u evropskoj tradiciji *lus-a commune*. Svijest o zajedništvu ovakove sudačke tehnike danas je gotovo potpuno nestala.”³¹

Do prijeloma u zajedničkoj kontinentalno-evropskoj tradiciji dolazi početkom 19. st. napose zbog uvođenja načela objavljivanja razloga presude. „Što biva od relacije, *votum*-a, *rapport*-a?“ Linije razvoja u tri navedene kontinentalno-evropske pravne tradicije bile su različite.

„U Francuskoj je obveza obrazlaganja uvedena 1790. god. zajedno sa zabranom interpretacije upućenom na adresu sudaca. ... Revolucionarnim zakonodavstvom još je sasvim vladala nenaklonost prema *iuris interpretatio* koju poduzimaju *doctores*. Prema modelu tadašnjeg zakonodavstva pojedina *question de droit* predstavljala je uvijek i slučaj za *référé législatif*”³².“³³

“Code de procédure civile iz god. 1806 nije više predviđao da se prije donošenja odluke redovno sastavlja relacija na temelju spisa (*rapport*³⁴). Usmena rasprava ju je prividno učinila suvišnom. U stvarnosti ostali su i nadalje uobičajeni kako relacija sastavljena na temelju spisa tako i *votum*. Već i u najstarijim arhivskim procesnim dosijejima Cour-a de Cassation nalaze se takovi *rapports*. I danas još igraju kod Cour-a de Cassation sastavljanje *rapport*-a i *note* važnu ulogu u rutini pripreme odluka. Jedan francuski sudac je nedavno izvijestio o tome u jednoj Dalloz-ovoj svaštici; pritom upada u oči da ondje opisana struktura *rapport*-a zrcali još uvijek pravila stare tradicije. *Rapport* i *note* ne ostaju tajnim. U francuskim zbirkama sudskih odluka redovito se uz odluke objavljuju napomene; nerijetko radi se pritom o *note*, koju je sastavio *juge rapporteur*. Takav običaj koji potiče već iz prvih godišta francuskih *Recueils*³⁵

³⁰ Isto djelo, str. 82.

³¹ Isto djelo, str. 83.

³² *Référé* je kako molba za hitnu (privremenu) odluku tako i ta odluka sama; *référé législatif* obraćao se zakonodavcu. Op.I.G.

³³ Isto djelo, str. 83.

³⁴ *Rapport* prihod, dohodak, izvještaj, odnos; izvorno iz lat. *reportare* prenijeti, izvijestiti. Op.I.G.

³⁵ *Recueil* zbirka, zbornik. Op.I.G.

predstavlja utoliko funkcionalni ekvivalent za nepostojanje diskurzivnog obrazloženja francuskih odluka.”³⁶

U njemačkoj pravosudnoj praksi - prije svega u Pruskoj - uvođenje obaveze obrazloženja u još se manjoj mjeri odrazilo na poziciju, koju je stilska tradicija relacionalne tehnike zauzela u postupku sudačkog odlučivanja i školovanja pravnika. “Odlučan utjecaj imao je ovdje, kako se čini, pruski dualni sustav pravničkog školovanja. Uvođenje referendarijata³⁷ rezultiralo je već u 18. st. minucioznoj reglementaciji sudačke tehnike. Tradicionalna opće-pravna pravila za probne relacije i votume tada su ušle u propise pruskih Općih sudskih pravila i u okružnice ministerijalne birokracije. U godinama 1833. i 1836. objavilo je prusko Pravosudno povjerenstvo za ispite³⁸ upute za sastavljanje pravnih mišljenja i presuda, koji su do danas bitno odredile njemačku tradiciju pravničkog školovanja. Razlikovanje između stila pravnog mišljenja i stila presuda uvriježeno u njemačkoj pravnoj pedagogiji tamo je po prvi puta određeno kao obavezno.”³⁹

Ranieri izvodi iz ovog zaključak, da kritika tzv. relacionalne tehnike, kao i argumenti, koji se pritom koriste, zahvataju samo površinu problema. “Pokazalo se naime, da ova pravila, koja određuju praktični rad njemačkog suca, ... potiču iz jedne mnogo starije i danas u velikoj mjeri zaboravljene povijesne tradicije. Usto je postalo jasno i to, da se ovakova praktična radna pravila, koja određuju na karakterističan način školovanje, stil rada i razmišljanje njemačkog praktičara, očigledno ne mogu samo tako ‘reformirati’. Pravno-komparativna analiza podučila nas je nečim drugom: suci u drugim kontinentalno-evropskim pravosudnim i pravnim sustavima ne drže se ‘tehnike relacije’ ali su njima poznata druga praktična radna pravila koja isto tako kondicioniraju njegovo školovanje i određuju stil njegovih presuda. Takova različita radna i stilska pravila, koja uostalom treba uvrstiti u isti kontekst, ispunjavaju očito sličnu funkciju – da upravljaju rutinom praktičara i da ovu podvrgnu racionalnoj kontroli.

Na kraju treba postaviti još jedno pitanje: Sudski se stilovi doduše ne mogu ‘reformirati’, ali očigledno podliježu povijesnim promjenama. Mogu li se danas utvrditi u kontinentalnoj Evropi neke zajedničke razvojne tendencije? Vjerujem da mogu formulirati tezu, da će se opisane osebujne razlike sudačkih stilova u kontinentalno-evropskim pravnim sustavima u budućnosti tendencijalno smanjiti.”⁴⁰

”Simptomatično je da je najbolji poznavalac talijanske pravosudne tradicije Gino Gorla postulirao početkom sedamdesetih ‘talijanskog Sattelmacher-a’, u doba dakle, kada u Njemačkoj stilska tradicija, koju ovo djelo konkretizira, nipošto nije bila nesporna.”⁴¹

No da li Ranieri nešto ipak ne uzima u obzir, kada se poziva na zajedničke zasade?

U istraživanju povijesnog razvoja relacije važno mjesto zauzima doktorska dizertacija H. L. Bergera⁴². Osvrćući se na tu doktorsku dizertaciju Ranieri izvještava samo, kako je Berger došao do zaključka, da se danas prakticirana tehnika relacije po obliku i sistematici razvila

³⁶ Isto djelo, str. 84.

³⁷ Naime vježbeništva. Op.I.G.

³⁸ Immediat-Justiz-Examinationskommission. Op.I.G.

³⁹ Isto djelo, str. 85 sl.

⁴⁰ Isto djelo, str. 86.

⁴¹ Isto djelo, str. 87 sl.

⁴² H. L. Berger, Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relationen und ihrer denktechnisch-methodischen Argumentationsformen, Frankfurt na Majni 1975.

sredinom 19. st. "Veza s pravom civilnog postupka iz CPO-a iz god. 1877. – na koju upućuje još i danas većina priručnika – ne može se dakle povijesno dokazati."⁴³

Ni u svojim kasnijim publikacijama Ranieri ne uzima na supstancijalniji način u obzir Bergerovu dizertaciju⁴⁴.

Berger je međutim ukazao na razlike između tradicionalnog oblika pravnog mišljenja i oblika, kojeg danas slijede njemački pravници. On je istražio proces, u kojem su u prvoj polovici 19. st. te razlike nastale.

Tako su dvije činjenice odredile aktualni oblik pisanja mišljenja unutar studija u Njemačkoj: prva je da je u 19. st. u Njemačkoj došlo do specifičnog razvoja sudske „relacije“ a druga je, da je taj specifičan razvoj očigledno u kratkom roku utjecao na oblike akademskog studija, što odista ukazuje na mogućnost, da su državni ispiti i dominantno sudjelovanje praktičara u njima (na strani ispitivača naravno) djelovali u smjeru objedinjavanja studija i prakse.

Gore smo kazali da se „relacije“ izvorno po svojoj strukturi nisu razlikovale od mišljenja, pravnih stručnih mišljenja, koja su pisali pravници od doba glosatora nadalje. U čemu se sastojao pomak, kojeg su „relacije“ doživjele u Njemačkoj u 19. st.?

Prvo da ustanovimo dvije činjenice: 1. do pomaka je došlo u predvečerje ukidanja pisanog postupka, dakle i pisanog izvještavanja sudske kolegije, dakle u vrijeme, dok su pisane „relacije“ još bile bitan sastojak sudske postupka; i 2. pomak je kasnije sadržan u službenim uputama koje su donosili sami sudovi. One su ubrzo izgubile svoj neposredni utjecaj. Transfer na kasnije pravničke generacije omogućila je priručnička literatura, čiji se nastanak i razvoj uostalom također može pratiti nekoliko stoljeća unatrag. Za prenošenje novina nastalih u 19. st. osobit je značaj imao priručnik, koji je, povezan s imenom Paula Sattelmachera, tokom čitavog 20. st. bio jedan od stupova pravničkog školovanja, a objavljuje se u novim nakladama do danas⁴⁵.

Novinu, koje je donijelo 19. st., moglo bi se nazvati metodom separacije, mada je Berger taj naziv rezervirao za jednu varijantu izmijenjenog pristupa, koja se na kraju nije uvriježila u svom izvornom obliku, ali je odigrala važnu ulogu u nastanku još i danas prakticiranog oblika relacije.⁴⁶ Metoda se zasniva s jedne strane na mogućnostima i imperativima, koje je otvorila odnosno sa sobom donijela kodifikacija prava. Pravni poredak, koji se usko, gotovo isključivo, zasniva na zakonskim odredbama omogućava i traži da *pravne* osnove budu

⁴³ Filippo Ranieri, *Stilus Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik*, u: *Rechtshistorisches Journal* 4. godište (1985), str. 75-88., ovdje str. 87. CPO je izvorna kratica za današnji ZPO, Zivilprozessordnung.

⁴⁴ Tako to on npr. ne čini u članku «Juristen fuer Europa. Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung», *JZ* 1997. god., str. 801-813; članak je pretiskan u: Dieter Stempel (Hrsg.), *Juristenausbildung zwischen Internationalitaet und Individualitaet*, Baden-Baden 1998. str. 275-322.

⁴⁵ Priručnik je zasnovao 1884. god. H. Daubenspeck. Sattelmacher je preuzeo obradu od 12. do 18. izdanja, nastavio ju je Sirp. 32. novoobrađeno izdanje iz god. 1994., koje obradio W. Schuschke, nosilo je još uvijek isključivo imena Sattelmachera i Sirpa na vanjskim koricama. Vidi i napomenu 16.

⁴⁶ H. L. Berger, *Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relationen und ihrer denktechnisch-methodischen Argumentationsformen*, Frankfurt na Majni 1975. Prema Bergerovom prikazu metodu separacije zasnovao je početkom 19. st. Christian Martins, a njegovo je djelo nastavio njegov sin Adolf. Bitno pojednostavljena ta je metoda ušla u Uputu o sastavljanju relacija pruskog kraljevskog suda u Naumburgu: „Über die Anfertigung der Referate, Vota und Erkenntnisse“ od 14. studenog 1852. god. Koristeći izraz „separacija“ šire od Bergera, predavač dopušta sebi, da i ovu uputu kao izraz modificirane metode separacije svrstava pod taj termin. Bergerov prikaz, koji kao postaje jedne dalekosežne promjene navodi samo dva priručnika (onaj Martinsov i onaj Daubenspeck-Sattelmacherov) te jednu sudske uputu (onu Apelacionog suda u Naumburgu) ostavlja utisak da u njemu postoje praznine. No nema sumnje, da je votum unutar relacija tokom 19. st. izmijenio svoj stil i oblik. Te da refleksi te promjene možemo u punom opsegu studirati i na obliku i stilu akademskih stručnih mišljenja, kako ih danas možemo registrirati u svakodnevnicima njemačke pravne nastave.

zakonske osnove. Takova usmjerenost pravničkog rada ogleda se i u mišljenjima, u kojima jasno omeđeni odsječci polaze prvenstveno od zakonskih odredbi – pravnih temelja zahtjeva, primjedbi, prigovora – a po potrebi se nadopunjuju institutima koje, prije svakog drugog izvora, razvija sudska praksa.

Na mjestima, na kojima se zasebno istražuju još i mogućnosti, da se zahtjev ugasio, pa da se protiv njega mogu istaknuti primjedbe i prigovori, separacija se zasniva na artikuliranosti i pozicionalnosti procesa⁴⁷. Supstancijalno tu se ne radi o novini. Pozicionalnost obilježava proces od samih početaka njegovih opće-pravnih i znanstveno-pravnih oblika. To je ona odlika procesa, po kojoj na tužiteljev tužbeni zahtjev tuženi može osporiti činjenice, na kojima se zahtjev zasniva. No on može u istom sporu na slijedećoj stepenici tvrditi i to, da se zahtjev ugasio, pa da je zastario, pa da on, tuženik, ima i sam dospijelu tražbinu u odnosu na tužitelja, koju prebija s tužiteljevim zahtjevom.

Pozadina dakle ni sveukupno nije nova. Što se promijenilo jest struktura mišljenja u svom definitivnom, pisanom obliku. Da bi čitalac ovo razumio, treba sada reći da su tradicionalna mišljenja sadržavala kao bitni element *diskusiju sveukupne pravne problematike na jednom mjestu*. Na jednom su mjestu bili poredani argumenti u odnosu na *sva* sporna pravna pitanja, koja je slučaj nabacio.

Gleda li se na karakter argumenata, da li su oni argumenti *pro* ili *contra*, njihov načelni redoslijed nije uvijek bio isti. Katkada su se, i to na okupu, navodili prvo argumetni, koji su se suprotstavljali rješenju predloženom u mišljenju: *rationes dubitandi*, t.j. razlozi sumnje. Nakon toga slijedilo je pobijanje *svih* tih razloga na jednom mjestu, odnosno na okupu se našlo sve ono, što je, razlog po razlog, išlo u prilog predloženom rješenju: *rationes decidendi*, t.j. razlozi odluke. No neovisno o pitanju načelnog redoslijeda u odnosu na *pro* i *contra* pravna je argumentacija u klasičnom pravnom mišljenju u svakom slučaju bila koncentrirana na jednom mjestu.

Nakon uvođenja načela separacije svako pravno pitanje dobiva svoje odvojeno mjesto u shemi koju određuju zajedno s jedne strane struktura usredotočena na pojedine zahtjeve i na zakonske osnove tih zahtjeva a s druge strane „pozicionalna“ struktura, koja se također temelji na zakonskim osnovama. Tek unutar kroz te strukture određenog pojedinog mjesta poredani su argumenti *contra* i *pro* (ili obratno), no naravno sada samo oni, koji se odnose na to *pojedino* pravno pitanje.

Blizinu prakse i akademskog studija u Njemačkoj posebno pokazuje činjenica, da akademska mišljenja u 19. st. uza sve načelne razlike u odnosu na sudačka slijede novi pristup, koji se razvio u domeni sudskih mišljenja u toku 19. st. u Njemačkoj.

Zusammenfassung:

Das Studium der Rechtswissenschaft in Deutschland unterscheidet sich vom Studium der Rechtswissenschaft in fast allen kontinentaleuropaeischen Laendern durch die explizite Einfuehrung der Studierenden in die Technik der Fallbearbeitung und –loesung, sowie durch seine Fallorientierung, sowohl innerhalb des Studiums selbst wie auch in den Abschlusspruefungen. Das in Deutschland verwendete Modell der Fallbearbeitung wird durch diese drei Punkte charakterisiert: die Regeln fuer die Fallbearbeitung und –loesung warden explizit eingefuehrt und erlaeutert; die unmittelbare Zielsetzung ist dabei, Studierende zur schriftlichen Ausarbeitung der Falloesungen zu befahigen; die schriftlichen Arbeiten haben die Form von Rechtsgutachten. Der Vortragende thematisiert ausserdem den Kontext der

⁴⁷ Up. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Beruecksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. izd. 1967. str. 185 sl.

akademischen Rechtsgutachten im Rahmen der gesamten juristischen Ausbildung sowie die komparatistische und historische Dimension der Technik ihrer Anfertigung.