

SLOVENSKA AKADEMIJA ZNANOSTI IN UMETNOSTI  
ACADEMIA SCIENTIARUM ET ARTIUM SLOVENICA

RAZRED ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE  
CLASSIS I: HISTORIA ET SOCIOLOGIA

RAZPRAVE  
DISSERTATIONES

34

# ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA



LJUBLJANA  
2018

ISBN 978-961-268-054-1  
RAZRED ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE  
CLASSIS I: HISTORIA ET SOCIOLOGIA  
RAZPRAVE DISSERTATIONES 34



SLOVENSKA AKADEMIJA ZNANOSTI IN UMETNOSTI  
ACADEMIA SCIENTIARUM ET ARTIUM SLOVENICA

RAZRED ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE  
CLASSIS I: HISTORIA ET SOCIOLOGIA

RAZPRAVE  
DISSERTATIONES

34

# ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA



LJUBLJANA  
2018

SPREJETO NA SEJI RAZREDA ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE  
SLOVENSKE AKADEMIJE ZNANOSTI IN UMETNOSTI

DNE 5. DECEMBRA 2017

IN

NA SEJI PREDSEDSTVA  
DNE 13. FEBRUARJA 2018

UREDNIKA

MARIJAN PAVČNIK, TILLEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ

RAZPRAVE I. RAZREDA  
DISSERTATIONES CLASSIS I

34

ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA

*Uredila:* Marijan Pavčnik in Tilen Štajnpihler Božič

*Recenzenta:* prof. dr. Matej Accetto, LL.M, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani  
prof. dr. Benjamin Flander, Fakulteta za varnostne vede Univerze v Mariboru

*Izdala:* Slovenska akademija znanosti in umetnosti

*Grafična priprava in tisk:* Designpro d.o.o.

*Naklada:* 300 izvodov

Ljubljana 2018

CIP - Kataložni zapis o publikaciji  
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

340.132.3(082)

ČASOVNOST razlage zakona / Marijan Pavčnik, Tilen Štajnpihler Božič (ur.). - Ljubljana : Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2018. - (Razprave / Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Razred za zgodovinske in družbene vede = Dissertationes / Academia scientiarum et artium Slovenica, Classis I: Historia et sociologia ; 34)

ISBN 978-961-268-054-1

I. Pavčnik, Marijan  
294453248

## VSEBINA

Avtorji in avtorice .....	7
Uvodno pojasnilo (Marijan Pavčnik) .....	8
Nagovor predsednika Slovenske akademije znanosti in umetnosti .....	9

### I. DEL

MARIJAN PAVČNIK <i>Časovnost razlage zakona</i> .....	11
ALEŠ NOVAK <i>Pravo v času, čas v pravu</i> .....	33
MATJAZ AMBROŽ <i>Časovne dimenzije v kazenskem pravu: o problemu retroaktivne veljavnosti podaljšanih zastaralnih rokov</i> .....	59
ALBIN IGLIČAR <i>Razlage začetka veljavnosti, obvezne moči in uporabe zakona</i> .....	69

### II. DEL

TOMAŽ PAVČNIK <i>Predvidljivost v civilni pravdi</i> .....	78
ROK ČEFERIN <i>Spremembe sodne prakse v civilnopravnih sporih in njihov vpliv na pravice strank v postopku</i> .....	91
DRAGICA WEDAM LUKIĆ <i>Časovno vprašanje v prehodnih določbah v civilnem procesnem pravu</i> .....	100

### III. DEL

TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ

*Sklicevanje na tradicijo kot argument v pravnem razlogovanju* ..... 109

ERIK KERŠEVAN

*Učinkovitost sodnega varstva zoper nosilce oblasti v (prostoru) in času* .... 131

JADRANKA SOVDAT

*Časovni vidiki v ustavnosodni presoji* ..... 147

Povzetki ..... 163

Abstracts ..... 169

Imensko kazalo (Mojca Zadavec) ..... 176

Stvarno kazalo (Mojca Zadavec) ..... 181

## AVTORJI IN AVTORICE

**Matjaž Ambrož,**

*doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

**Rok Čeferin,**

*doktor pravnih znanosti, odvetnik*

**Albin Igličar,**

*doktor pravnih znanosti, zaslužni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

**Erik Kerševan,**

*doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, vrhovni sodnik na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

**Aleš Novak,**

*doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

**Marijan Pavčnik,**

*doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, sodnik Ustavnega sodišča RS, redni član Slovenske akademije znanosti in umetnosti*

**Tomaž Pavčnik,**

*vrhovni sodnik na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

**Jadranka Sovdat,**

*doktorica pravnih znanosti, docentka na Pravni Fakulteti Univerze v Ljubljani, predsednica Ustavnega sodišča Republike Slovenije*

**Tilen Štajnpihler Božič,**

*doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

**Dragica Wedam Lukić,**

*doktorica pravnih znanosti, zaslužna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*



## UVODNO POJASNILO

Razprave, ki jih prinaša ta monografija, temeljijo na referatih z znanstvene konference, ki je bila 9. januarja 2018 v prostorih Slovenske akademije znanosti in umetnosti. Skupni imenovalec razprav je vprašanje časovnosti razlage zakona. Za to kratko besedno zvezo je niz vozlišč, ki so razpeta med Scilo stalnega (nesprejemljivega) pomena zakona in Karibdo novih pomenov v času, ko zakon uporabljamo.

V enem od prispevkov beremo, da bi popolno zaupanje v pravo zagotavljali zakoni, ki bi bili sposobni vse vnaprej predvideti tako na normativni kot na dejanski ravni. Tovrstnih zakonov ni, tovrstni zakoni so utopija. Življenjska resničnost je drugačna. Zakoni so pravni usmerjevalci življenja in ga lahko le bolj ali manj določno predvidevajo, dopustiti pa tudi morajo, da je njihova vsebina predmet razlage, ki jih v mejah izražene normativno konkretizira in, če je to dovoljeno in potrebno, nadalje razvija.

O vsem tem govorijo posamezne razprave, ki imajo isti vrstni red, kot so ga imele na konferenci. V prvem sklopu so prispevki (M. Pavčnik, Novak, Ambrož, Igljučar), ki so splošne narave. Drugi sveženj (T. Pavčnik, Čeferin, Wedam Lukić) zajema razprave s področja civilnega prava, v tretjem pa so tiste (Štajnpihler Božič, Kerševan, Sovdat), ki so, pogojno rečeno, konferenco zaokrožile.

Konferenca se je začela z uvodnim nagovorom predsednika, akademika Tadeja Bajda, ki je udeležence opomnil na pomen etike. V njegovem primeru je šlo za to, da »se v humanoidne robote vcepijo tudi etična pravila«. Na področju prava se je, na drugi strani, treba vrniti tudi h Kantu, ki v Metafiziki npravstva opozarja, da se pravo nanaša na človekovo zunanje vedenje in ravnanje (to je tako imenovana zunanja zakonodaja), medtem ko je morala ponotranjena in temelji na človekovi npravni avtonomiji. Kant izrecno poudarja, da si lahko zamislimo zunanjo zakonodajo, ki bi vsebovala samo pozitivne zakone, a tudi v tem primeru bi »moral biti pred njo neki naravni zakon, ki bi utemeljeval zakonodajalčevo avtoriteto (to je pooblastilo, da le s svobodno voljo obveže druge)«. Nesporno je, da ima tudi časovnost razlage zakona nemalo etičnih primesi, ki jih nikakor ne smemo spregledati.

*Marijan Pavčnik*

## NAGOVOR PREDSEDNIKA SLOVENSKE AKADEMIJE ZNANOSTI IN UMETNOSTI

Spoštovane udeleženke in udeleženci konference, kadar sem naprošen za uvodni nagovor na konferenci, katere tema je daleč stran od mojega področja, tedaj spregovorim o delu, ki poteka na Slovenski akademiji znanosti in umetnosti. Ko pa sem to povedal akademiku Pavčniku, mi je predlagal, naj poslušalstvo prese- netim in na *Konferenci o časovnosti razlage zakona* spregovorim o svoji temi, to je o robotiki. Ubogal sem ga in pripravil kratek nagovor o treh primerih časov- nosti v robotiki.

V današnjem času so najkoristnejši industrijski robotski manipulatorji. Ti na- domestijo človeka pri težkih, monotonih in nevarnih opravilih, ki pogosto po- tekajo v nezdravem okolju, in zaradi varnosti ti roboti opravljajo svoje naloge za žičnimi ograjami. Roboti, ki pa jih razvijamo danes, znajo zaznavati najne- znatnejše dotike med robotom in človeškim operaterjem, kar omogoča takojšnjo ustavitev robota in s tem popolno varnost. Biološko zasnovani pristopi h gradnji robotov omogočajo tako imenovano *mehko robotiko*. Tako prehajamo v novo ob- dobje, v katerem bosta človek in robot skupaj opravljala mnoge operacije, ki jih doslej ni bilo mogoče robotizirati. Hkrati pa postaja odvečna tudi zaskrbljenost, da roboti izrinjajo človeka iz proizvodnih procesov.

Slovenski arhitekt Maks Fabiani, avtor znamenitih hiš v Ljubljani, na Dunaju in v Trstu, je že leta 1912 prijavil *patent za pripomoček za lažji vzpon na gore*. Pripomoček, ki so ga sestavljali teleskopski sklepi in pnevmatski motorji, naj bi se pritrdil na noge vojakov. Fabianijev robotski mehanizem ni bil nikoli realizi- ran. Današnje eksoskelete uporabljamo predvsem v rehabilitacijski robotiki. To so aktivni mehanizmi, ki jih pripnemo na človekove zgornje ali spodnje ekstre- mitete in jih v kliničnem okolju uporabljamo za urjenje ohromelih udov. Urjenje poteka tako, da bolnik poskuša posnemati gibe, prikazane v navideznem okolju, ki ga opazuje na zaslonu računalnika. Pomembno pri tem pa je, da robot pomaga samo toliko, kolikor je potrebno, da bolnik izvede želeni gib. V bližnji prihodno- sti pričakujemo, da bodo robotski eksoskeleti omogočili hojo povsem hromih bolnikov tudi v njihovem vsakdanjem okolju.

Beseda *robot* ni bila prvič uporabljena v znanstveni ali strokovni literaturi. Pr- vič jo najdemo v znanstvenofantastični drami Karla Čapka. Slovenci smo prevod te drame dobili istega leta kot Čehi original, to je leta 1921. V drami najprej ljudje ustvarijo človeku podobne, to je humanoidne robote, potem pa ti roboti v za- dnjem dejanju uničijo ljudi. Danes humanoidni roboti že skoraj prihajajo v naše domove in bodo kmalu postali naši sodelavci. Njihova najbolj opazna lastnost je sposobnost dvonožne hoje, vendar najboljši med njimi lahko tečejo ali celo

smučajo. Problemi sodobne humanoidne robotike so povezani z računalniškim vidom, zaznavanjem in analizo okolja, razumevanjem naravnega govora, kognitivnimi sistemi in umetno inteligenco. Na ta način humanoidni roboti pridobivajo določeno stopnjo avtonomnosti, kar pomeni, da se v nekaterih situacijah obnašajo na način, ki ga njihovi človeški stvaritelji niso predvideli.

Tako postaja vse bolj pomembno, da se v humanoidne robote vcepijo tudi etična pravila. To novo, porajajočo se etiko imenujemo *roboetika*. Slavní pisec znanstvenofantastičnih del Isaac Asimov je postavil znan, tako imenovan ničti zakon, ki pravi: *Noben robot ne sme škoditi človeštvu ali skozi nedejavnost dovoliti, da se človeštvu zgodi škoda*. Humanoidni roboti nove generacije bodo živeli skupaj s človekom in bodo prispevali k uresničenju varne in miroljubne družbe. Prav lahko se zgodi, da bodo celo bolj etični kot ljudje.

Zdaj pa vas prosim, da brž pozabite na robotiko in vso pozornost posvetite konferenci. Želim vam uspešno in učinkovito delo.

*akad. prof. dr. Tadej Bajd,*  
predsednik Slovenske akademije znanosti in umetnosti

# ČASOVNOST RAZLAGA ZAKONA\*

Marijan Pavčnik

## 1. (NEKATERA) SPLOŠNA VPRAŠANJA

1. O času in pravu je bilo že veliko napisanega in izrečeno je bilo veliko lepih misli<sup>1</sup>. Vsi smo del izročila, odločitve sprejemamo tu in zdaj, njihova veljavnost pa se lahko razteza daleč v prihodnost. Odločitve morajo biti v mejah veljavnih normativnih pravnih aktov in v mejah vodil, ki zaznamujejo nadaljnje razvijanje prava.<sup>2</sup> Od veljavnih aktov lahko odstopimo, če uporabimo argument neprava,<sup>3</sup> lahko pa tudi sprožimo ustrezen postopek pred ustavnim sodiščem, če mislimo, da akti kršijo načeli ustavnosti in zakonitosti.<sup>4</sup> Svojevrsten odstop je tudi *exceptio illegalis*; ta ustanova sodniku omogoča, da v konkretnem primeru odloči, kot da podzakonskega akta ni, če meni, da je v nasprotju z ustavo ali zakonom.<sup>5</sup>

2. Temeljna dilema, ki se ji posveča ta razprava, je, *ali in kako potek časa vpliva na razumevanje normativnih možnosti*. Bomo, denimo, zakon (ki je hkrati prototip za splošne pravne akte) uporabili v pomenu, kot ga je imel v času, ko je bil sprejet (*statična razlaga*), ali v pomenu, ki mu ga pripisujemo v času, ko ga uporabljamo (*dinamična razlaga*). Ob tem moramo pretehtati tudi to, ali zakon razlagamo *subjektivistično*<sup>6</sup> ali *objektivistično*<sup>7</sup>.

---

\* Med zbiranjem gradiva za to razpravo sem pregledal kopico sodnih odločb. Na več od njih so me na mojo prošnjo ljubeznivo opozorili mag. Tamara Igličar, okrožna sodnica, dodeljena na Vrhovno sodišče RS; Tomaž Pavčnik, vrhovni sodnik, in mag. Tjaša Šorli, namestnica generalnega sekretarja na Ustavnem sodišču RS. Vsem trem se za pomoč iskreno zahvaljujem. Prva objava besedila (v rahlo spremenjeni obliki): Pravniki, 72 (2017) 7-8, str. 471–494.

<sup>1</sup> Glej npr. G. Kušej, nav. delo (1944); G. Winkler, nav. delo; S. Kirste, nav. delo; P. Roubier, nav. delo; S. Perović, nav. delo; A. Novak, nav. delo in G. Postema nav. delo.

<sup>2</sup> Glej npr. K. Larenz, nav. delo, str. 351 in nasl.; F. Bydlinski, nav. delo, str. 393 in nasl.; K. Larenz in C.-W. Canaris, nav. delo, str. 187 in nasl.; P. Koller, nav. delo, str. 221 in nasl.; K. Engisch, nav. delo, str. 134 in nasl.; A. Kaufmann, nav. delo (1999), str. 69 in nasl.; M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 123 in nasl.; B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, nav. delo, str. 558 in nasl., in E. Kramer, nav. delo, str. 249 in nasl.

<sup>3</sup> Glej M. Pavčnik, nav. delo (2013a) in tam navedeno literaturo.

<sup>4</sup> Glej J. Sovdat, nav. delo.

<sup>5</sup> Glej S. Nerad, nav. delo, str. 200, 246 in 291, ter E. Kerševan in V. Androjna, nav. delo, str. 408.

<sup>6</sup> Uporablja se tudi pojem subjektivna razlaga. Pisec te razprave sledi izrazju profesorja Kušēja, glej G. Kušej, nav. delo (1976), str. 235 in nasl.

<sup>7</sup> Uporablja se tudi pojem objektivna razlaga. Pisec te razprave sledi izrazju profesorja Kušēja, prav tam.

Subjektivistična razlaga izhaja iz volje t. i. zakonodajalca, kakor jo je izrazil v zakonskem besedilu. Ta razlaga je načeloma statična; pomen izraženega opredeljuje glede na čas, ko je bil zakon sprejet. Če bi bila subjektivistična razlaga dinamična, bi pomenilo, da se sprašujemo, kakšna naj bi bila volja aktualnega zakonodajalca.<sup>8</sup>

Z drugačnega zornega kota osvetljuje razlago objektivistični pristop. Gre za pristop, ki zakonskega besedila ne razlaga glede na »voljo zakonodajalca«, ampak glede na *ratio legis*, kakor je razpoznaven prek zakonskega besedila. Ta razlaga je praviloma dinamična, ker jo zanima pomen besedila v času, ko se razlaga izvaja. Objektivistična razlaga je lahko tudi statična, če je usmerjena k *ratio legis* v času, ko je bil zakon sprejet.<sup>9</sup>

3. Če hočemo zakon razumeti *statično*, pomeni, da bi morali razpolagati s pristopom, ki rekonstruira njegov pomen v času, ko je nastal. Vprašanja, ob katera trčimo, so npr. naslednja: gre za osamljen pomen zakonskega besedila, gre za pomen glede na t. i. voljo zakonodajalca, gre za pomen, ki ga odkrivajo klasične razlagalne metode, ali pa gre za ustrezno kombinacijo naštetih pristopov?

Najbolj čisto statično razumevanje zakona bi bilo, če bi lahko iz zakonskega besedila izluščili to, kar je vanj položil zakonodajalec. Njegova misel naj bi bila v tolikšni meri določna, da se lahko vživimo v položeno. Vživetje naj bi omogočale *von Savignyjeve prvine razlage*. Te prvine so, kot je znano, jezikovna, logična, zgodovinska in sistematična.<sup>10</sup>

Vživetje olajšujejo točni opisi zakonskih dejanskih stanov skupaj s pravnimi posledicami. Razlagalčevo trdnost utrjujejo konkretni primeri (*occasio legis*), ki so izzvali zakonsko urejanje. Trdnost je manjša, če gre za primere, ki jih zakonodajalec le – zdaj bolj in zdaj manj ohlapno – predvideva. Trdnost je še manjša, če gre za nove primere, ki jih zakonodajalec ni niti predvideval, a jih poskušamo rešiti znotraj možnosti in rešitev, ki jih zakon vključuje.

Statična razlaga ni in ne more biti samozadostna. Med opisom primera (zakonskega dejanskega stanu s pravno posledico) in konkretnim primerom (konkretni dejanski stan, ki ga izluščimo iz življenjskega primera) ni popolne identitete. Ta nastane šele takrat, ko sprejmemo odločitev, da je konkretni dejanski stan primer zakonskega na konkretni ravni. Dokler identiteta ni vzpostavljena, je med

---

<sup>8</sup> Glej dela v opombi, ki sledi.

<sup>9</sup> V literaturi so dileme, ki jih odpirajo navedeni pristopi, najpogosteje obravnavane v povezavi z zgodovinsko razlago. Glej npr. G. Kušej, nav. delo (1976), str. 235–237; K. Larenz, nav. delo, str. 313 in nasl.; F. Bydlinski, nav. delo, str. 449 in nasl.; N. McCormick (ur.) in R. Summers (ur.), nav. delo, geslo »historical arguments«, str. 561; K. Larenz in C.-W. Canaris, nav. delo, str. 149 in nasl.; F. Müller in R. Christensen, nav. delo, str. 369 in nasl.; M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 91 in nasl., str. 119–120; B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, nav. delo, str. 475 in nasl., in E. Kramer, nav. delo, str. 125 in nasl.

<sup>10</sup> F. C. von Savigny, nav. delo, str. 213.

konkretnim in zakonskim dejanskim stanom le večja ali manjša *analognost*.<sup>11</sup> Če je ta zakonitost točna, je nujno, da razlago vselej spremlja tudi *namenska (teleološka) razlaga*.<sup>12</sup>

4. Idealno je, če *namen* razkriva že pomen zakonskega besedila ter je logičen, usklajen s sistemom zakona (tudi pravnim sistemom) in ima oporo v utemeljitvi predloga zakona. Če je tako, je namen očiten in se nam, rečeno s prisposodbo, vsiljuje *a prima vista*.

Namenska razlaga je olajšana, če ima zakonsko pravilo *relativno določno pomensko jedro*, ki se nanaša na relativno določno opisan(e) primer(e). Kolikor bolj je tako, toliko lažje je ugotoviti, do kod se razteza *pomensko polje* in kateri primeri so še tisti, ki vanj sodijo. Pravico do silobrana ima načeloma napadeni, a to ima tudi napadalec, če se napadeni očitno nesorazmerno brani.<sup>13</sup> V tem in podobnih primerih je še posebej pomembno, da smo *zvesti* pomenskemu jedru; le-to se nikakor ne sme spremeniti v cilj, ki posvečuje nedovoljena sredstva.<sup>14</sup>

Previdnost zahteva, da pretehtamo, ali je razlaga prepričljiva. Pogosta težava je, da je pred nami primer, ki se v posameznih odtenkih razlikuje od utečenih in že razrešenih. Načeloma ni ovire, da sodeči sodnik (senat) eno od strank izloči in zadevo obravnava v samostojnem postopku. Problem nastane, če je izločena zadeva v tako tesni povezavi s temeljno (nerazdruženo zadevo), da je okrnjen videz sodnikove nepristranskosti, češ da ima »predsednik senata vnaprej ustvarjeno mnenje o predmetu odločanja«. <sup>15</sup> Če gre za zadevo te vrste, jo mora obravnavati novi senat.

<sup>11</sup> Glej H. Kantorowicz, nav. delo, str. 19; B. Furlan, nav. delo, str. 46, in A. Kaufmann, nav. delo (1982), str. 37.

<sup>12</sup> To vrsto razlage je moral dopustiti tudi von Savigny, če je šlo za razumevanje nedoločnih in netočnih izrazov. Glej F. C. von Savigny, nav. delo, str. 213–215, 218, 220, 222–225 in 228–230. Glej tudi M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 58–59, in B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, nav. delo, str. 423 in nasl. Prim. P. Holländer, nav. delo, str. 79 in nasl.

<sup>13</sup> Vrhovno sodišče Slovenije, Kž 1169/74, v: Kazensko materialno pravo. Kazenski zakon SFRJ: Pregled sodne prakse in literature. Ljubljana 1983, str. 30.

<sup>14</sup> Glej L. Philipps, nav. delo, str. 108: »Mag ein Rechtsbegriff auch nicht grenzenlos sein, so kann es doch nicht gut sein, wenn die Grenze unter dem zerrenden Zugriff von Rechtssprechung und Rechtswissenschaft ihre übersichtlichen Konturen verliert. Darunter leiden die Verständlichkeit und die Lernbarkeit der Normen und damit auch die Plausibilität der Rechtsanwendung. Das sollte vermieden werden, und vermieden lässt es sich dadurch, dass man bei den Fortbildungen eines Rechtsinstituts darauf achtet, dass es selbständig ist, und das heißt: sich selber treu bleibt.«

<sup>15</sup> V konkretnem primeru je sodišče odločilo, da je »o pritožnikovi krivdi odločal sodnik, ki je odločal že o krivdi soobdolženih, sodba zoper soobdolžene pa je vsebovala tudi presojo pritožnikovih konkretnih ravnanj, o katerih je sodišče odločalo v kasnejši sodbi, izdani zoper pritožnika v izločenem postopku«. Stališče Ustavnega sodišča je, da je bil s tem »videz nepristranskosti sodišča v poznejšem izločenem kazenskem postopku zoper pritožnika okrnjen do te mere, da ni več mogoče govoriti o nepristranskem sojenju v smislu prvega odstavka 23. člena Ustave« (Up-57/14).

Namensko razlago spremlja več dilem. Ena od poglobitnih je, da je namen zakonskega pravila člen v *namenski verigi* v hierarhično zgrajenem pravnem sistemu. Hierarhično višji nameni pomensko sodoločajo nižje, ki so predmet razumevanja. Vpliv višjih namenov, zlasti ustavnih načel in temeljnih pravic s človekovim dostojanstvom kot njihovim izhodiščem in skupnim imenovalcem, je pomemben, a je nujno omejen; vpliv ne sme prebijati pomenskih možnosti zakonskega besedila, lahko pa jih pomensko dopolnjuje in ostri.

Zakonska pravila je treba razlagati *ustavnoskladno*.<sup>16</sup> Če opredelitev zakonskega pravila tega ne dopušča, mora sodnik (lahko tudi na predlog stranke) sprožiti postopek, v katerem se ugotovi njegova neustavnost. Spodbudno je, da raste število zadev, v katerih sodniki podajajo zahteve za varstvo ustavnosti.<sup>17</sup> Podatek je spodbuden zato, ker mora biti razlaga zakona vedno osvetljena tudi v luči ustavnih načel, pravic in vrednot. Zakonsko in ustavno razumevanje pravnih aktov sta nerazdružno povezana. V naravi stvari je, da so pravnometodološka vprašanja tudi *ustavna vprašanja*.

5. Iz že povedanega je razvidno, da je *moč subjektivistično-statične razlage omejena*. Nesporno je, da moramo izhajati iz besedila zakona, kakršno je bilo sprejeto. Zakonodajalčev cilj (namen) je zavezujoč znotraj jezikovno navzven izraženega (napisanega), nima pa moči, da besedilo prebija in ga samovoljno spreminja. Če bi ravnali tako, bi prestopili polje razlage in že vstopili na področje, ki je v domeni zakonodajalca.

Moč subjektivistično-statične razlage je posebej *pomembna tedaj*, ko gre za opredelitev protipravnih ravnanj, ki so *kazniva dejanja*. V pravni državi ni dovoljeno, da bi z objektivistično-dinamično razlago širili polje kaznivih dejanj (in tudi drugih kaznivih ravnanj: npr. prekrškov).<sup>18</sup> Razlagalec ne sme odstopiti od možnosti, ki so dane znotraj izrecno povedanega (*lex certa*), polje kaznivosti pa lahko za naprej (*lex praevia*) spreminja in dopolnjuje le zakonodajalec.<sup>19</sup>

Subjektivistična razlaga ima posebno težo tudi pri razlagi zasebnih posamičnih aktov. Šolski primeri so *razlage pogodb in oporok*. Pri razlagi pogodb je odmik od klasične jezikovne razlage že v tem, da »se ni treba držati dobesednega pomena uporabljenih izrazov«, ker je treba poiskati »skupen namen pogodbenikov«, ki mora ustrezati načelom Obligacijskega zakonika (glej 82. člen). Če ima pogodba nejasna določila, moramo ta določila pri neodplačni pogodbi razlagati

---

<sup>16</sup> Glej tudi M. Pavčnik, nav. delo (2013b), str. 73 in nasl., in B. Rütters, nav. delo, str. 29 in nasl.

<sup>17</sup> V letih 2000–2005 je bilo vloženi šest zahtev, v letih 2006–2016 pa jih je bilo 224 – od tega 38 leta 2015 in 23 leta 2016.

<sup>18</sup> Glej tehtno Schrothovo (1983) monografijo, ki proučuje teorijo in prakso subjektivistične razlage v kazenskem pravu.

<sup>19</sup> S temi vprašanji se spoprijema tudi t. i. »Domovinska zadeva« (odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi Up-879/14).



»v pomen[u], ki je manj težak za dolžnika«, pri odplačni pa tako, da »so vzajemne dajatve v pravičnem razmerju« (84. člen). *Mutatis mutandis* je predvideno tudi za razlago oporok. Železno pravilo je, da je pravi oporočitelj namen osrednje vodilo za razlago oporoke (prvi odstavek 84. člena Zakona o dedovanju). Dodatna zahteva je, da se je treba v primeru dvoma »držati tistega, kar je ugodnejše za zakonitega dediča ali za tistega, ki mu je z oporoko naložena kakšna obveznost« (drugi odstavek 84. člena).<sup>20</sup>

Moč subjektivistično-statične razlage ima posebno težo tudi za *razumevanje pravic* (pravno zavarovanih upravičenj) in *pravnih dolžnosti*. V naravi načela vladavine prava je, da razlaga ne sme ožiti pravic ali stopnjevati obveznosti, ki so ustavno in zakonsko opredeljene. Če bi se to zgodilo, bi bila bistveno okrnjena *predvidljivost vedenja in ravnanja*, ki je osrednja za pravno varnost in z njo tudi za vladavino prava. To velja v celoti tudi za razmerje med zakoni in uredbami, ki morajo opredeljevati način izvrševanja pravic in pravnih dolžnosti, ne smejo pa v imenu izvrševanja posegati v njihovo pomensko jedro (podstat).

6. Do teh spoznanj ne vodi le osamljeno razumevanje subjektivistično-statične razlage. Razlagalna pot vodi *prek objektivistično-dinamične razlage zakona*, to je po poti, ki se ji nikoli ne moremo izogniti. Pred razlagalcem je besedilo zakona *v času, ko ga razlaga in uporablja*. Če je to točno, je subjektivistično-statična razlaga *v senci* objektivistično-dinamičnega pristopa, ki mora povedati, v katero smer naj krenemo. V primerih, ki so bili obravnavani v prejšnjem razdelku, imata subjektivistična in statična razlaga prednost pred objektivistično, ki je načeloma dinamična.<sup>21</sup>

V naravi stvari je, da poskušamo iz zakona izluščiti to, kar naj bi v njem in prek njega sporočil zakonodajalec. Določnost je večja tedaj, ko vemo, kateri primeri so nastanek zakona izzvali, in ko so hkrati ti primeri v zakonu kot *tipi vedenj in ravnanj* kolikor toliko določno opisani. Življenje nujno teče naprej in z njim nastajajo tudi primeri, ki se lahko bližajo meji zakonodajalčevega pomenskega polja ali pa so celo na točki, ki polje presega, če je pretrgana vsebinska povezava s pomenskim jedrom. Če te povezave ni, nastane vprašanje, ali nismo že na področju pravnih praznin ali pa na področju, ki je predmet človekovega svobodnega ravnanja.

Domet tega, kar je v zakonu povedano, je v veliki meri samostojen in avtonomen. Brž ko je zakonsko besedilo veljavno sprejeto in dobi zakon obvezno moč, shodi in *zaživi samostojno življenje*.<sup>22</sup> To nikakor ne pomeni, da ni pomembno, kaj je v zakonu povedal t. i. zakonodajalec. To je vsekakor zelo pomembno, a je

<sup>20</sup> Glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 145–147.

<sup>21</sup> Glej dela, ki so navedena v opombi 9.

<sup>22</sup> Prim. z mislijo, ki jo izreka Goethe: »Ein ausgesprochenes Wort tritt in den Kreis der übrigen notwendig wirkenden Naturkräfte mit ein.« Navedeno po J. Esser, nav. delo, str. 258.



vse prej kot zadostno, če hočemo, da zakon živi in da je v sozvočju z razvijajočim se življenjem. Kolikor bolj je zakon sad tehtnega razmisleka in kolikor bolj različno opredeljuje pomenska jedra pravnih pravil, toliko bolj trdna in vsebinsko bogata je njegova popotnica. Ta je *conditio sine qua non* za razumevanje zakona in za razreševanje novih in novih primerov, ki jih prinaša čas.

## 2. ČASOVNOST SODNE PRAKSE

7. Izhodiščno vozlišče, ki ga je treba rešiti, se nanaša na *primer iz preteklosti*, ki ga presojava *danes* na temelju zdaj bolj in zdaj manj *starega zakona* in upoštevajoč *razvijajočo se sodno prakso*. O primeru sodimo *ex post facto*; med nastankom primera in trenutkom presoje je nujno časovna razdalja. Če je presoja danes drugačna, kot bi bila v času, ko je primer nastal, je presoja, gledano vsebinsko, in ne le časovno, retroaktivna.<sup>23</sup> Dodatna težava je, da se ne spreminjajo samo pogledi na razumevanje zakona, življenjskih primerov in prvin (premis) odločanja, spreminja se tudi sodna praksa. Dilema je, kako naj se v tem vozlišču znajdemo in kako naj najdemo mero, ki je v sozvočju z vladavino prava.

V naravi prava je, da je *prospektivno*; smisel zakona je, da pove, kaj naj se zgodi, če se znajdemo v takšnem ali drugačnem konkretnem dejanskem stanju, ki je primer abstraktnega (zakonskega) na konkretni ravni. Predvidljivost (prospektivnost) je omajana, če je opis abstraktnega dejanskega stanju (skupaj s pravno posledico) v tolikšni meri ohlapen, da ga moramo šele povratno (retroaktivno) podrobneje opredeliti. Je ta opredelitev še v mejah pravne predvidljivosti ali pa je že pod tem, da mora biti zakon vsaj relativno določljiv?

O tem, ali je kakovost predvidljivosti (prospektivnosti) zakonov ustavnoskladna, presojava sodišča, ustavno sodišče pa je tisto, ki ima v primeru spora zadnjo besedo. Paradoks je, da se o predvidljivosti zakona odloča *ex post facto*, medtem ko o predvidljivosti ustave naposled oblastno spregovori le ustavno sodišče, ne da bi bil znotraj države še kakšen drug organ, ki bi ga lahko nadziral. Smo, skratka, na krhkem terenu, kjer moramo še posebej paziti na to, da retroaktivna presoja ne preglasi pravne predvidljivosti.

8. Povratna (retroaktivna) veljavnost zakonov, drugih predpisov in splošnih aktov je načeloma prepovedana.<sup>24</sup> O tem problemu in o tem, da imajo posamezne določbe zakona lahko učinek za nazaj,<sup>25</sup> tu neposredno ne bo beseda. Osrednja pozornost je namenjena temu, ali ima sodna praksa moč, da vnaprejšnjo veljav-

---

<sup>23</sup> Tega problema se zaveda tudi T. Štajnpihler, nav. delo (2012), str. 235: »Pravni standard, ki ga sodišče postavi šele pri odločanju v konkretnem primeru, se namreč hkrati uporabi tudi že pri reševanju tega primera.« Glej tudi str. 236 in nasl.

<sup>24</sup> Glej prvi odstavek 155. člena Ustave RS.

<sup>25</sup> Glej drugi odstavek 155. člena Ustave RS.

nost in z njo predvidljivost (prospektivnost) predpisov utrjuje. To, da so sodniki in sodišča vezani na ustavo in zakon,<sup>26</sup> pomeni tudi to, da so vezani na ustavna načela in pravila o časovni veljavnosti predpisov.

Ključno vprašanje je prav to, kako je mogoče utrjevati *predvidljivost zakonov* ob odločanju *o primerih, ki so nastali v preteklosti*. Sodniku ni dovoljeno, da retroaktivno spreminja vsebino zakona, neizogibno pa je, da iz zakona izlušči splošno in abstraktno pravno pravilo, ki je v tolikšni meri določeno, da mu je mogoče podrediti konkretni dejanski stan. Idealno je, da se vsebina pravila kar najbolj ujema z vsebino, ki je bila uveljavljena že v času, ko je primer, o katerem odločamo, nastal.

Idealu se je mogoče približevati, ni pa ga mogoče v celoti doseči že zato, ker je analognost (v širšem pomenu besede) med konkretnim in abstraktno predvidnim neizogibna lastnost prava. Sodnik, ki se tega zaveda, se bo najprej vprašal, iz katerega zornega kota naj razume predvidljivost zakona v času, na katerega se primer nanaša. Pred sodnikom so, kot je bilo že pojasnjeno, štirje možni pristopi, ki so znani kot subjektivistično-statična, subjektivistično-dinamična, objektivistično-statična in objektivistično-dinamična razlaga.

9. Predvidljivost razlage zakona mora vselej ustrezno upoštevati tudi naravo pravnih področij, na katera konkretni primeri sodijo. Temeljno vprašanje je, ali gre za področje dispozitivnega ali kogentnega prava, prav tako pomembno pa je tudi to, kako dispozitivnost in kogentnost zaznamujeta posamezne pravne panoge in kako se ti dve lastnosti pravnega urejanja v nekaterih pravnih panogah medsebojno prepletata.

Posebnost *dispozitivnega* (npr. *pogodbenega*) prava je, da opredeljuje okvir dispozitivnosti in rešitve, ki veljajo tedaj, ko se stranke deloma ali v celoti ne dogovorijo o medsebojnih pravicah in dolžnostih. Okvir dispozitivnosti je izjemoma lahko omejen z nekaterimi kogentnimi pravili (npr. s tem, da je določena višina obrestne mere), za pravila popustljivega prava pa je občutljivo zlasti to, da kolikor toliko razločno povedo, v čem sta razsežnost in smisel popustljivosti. Razlaga dispozitivnega prava *naj gradi na empatiji*, ki poskuša razumeti stranke dispozitivnega razmerja. Načelo empatije (vživetja) izhaja iz volje pogodbenih strank, zato išče v tem, kar je bilo navzven izraženo, »skupen namen pogodbenikov«.<sup>27</sup> Predvidljivost, ki jo odkriva in »rekonstruira«, sega v čas, ko je pogodbeno razmerje nastalo (statična razlaga). Če pride do spora, je to tudi časovni zorni kot, ki ga mora sodnik upoštevati, če stranki pri njem vztrajata in nista pripravljeni, da v mejah načela dispozitivnosti dosežeta kakšno drugo rešitev.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Glej 125. člen Ustave RS.

<sup>27</sup> Glej 82. člen Obligacijskega zakonika (Ur. l. RS, št. 97/07 – UPB in 64/16 – odl. US).

<sup>28</sup> O več odprtih vprašanjih glej M. Dolenc, nav. delo.

Na področju *kogentnega prava* je problem predvidljivosti še bolj občutljiv, ker smo povečini na torišču, ki ga, gledano postopkovno, zaznamujeta oficialna maksima v upravnem pravu ali pa legalitetno načelo v kazenskem postopku. Temeljno načelo je, da pravni subjekti ne smejo biti obravnavani strožje, kot je normativno predvideno že v času, ko je pravno razmerje nastalo. Posebej pomembno je, da so relativno določno opredeljene kazenskopravne kršitve. Gre, kot je bilo že rečeno, za načelo *lex certa*, da mora opis kaznivega dejanja vsebovati merila, ki samo dejanje in njegove sestavine pomensko dovolj razločno zaznamujejo. *Mutatis mutandis* velja to tudi za kazenske sankcije, ki ne smejo preseči nesorazmernega razpona med spodnjo in zgornjo mejo kazni.<sup>29</sup>

10.1. O predvidljivosti prava (še posebej kogentnega) je težko govoriti splošeno in neodvisno od posameznih pravnih panog. Če je le mogoče, je treba upoštevati tudi maksime, ki dajejo zven posameznim pravnim področjem. Najširši vidik imajo načela, ki jih utrjuje *ustavno pravo*. Za časovno (prospektivno) razumevanje so najbolj pomembna načela o pravni državi in o časovni veljavnosti predpisov.

Načelo pravne države (vladavine prava) je obsežno in razvejano.<sup>30</sup> Za vsebinsko predvidljivost zakonov sta posebej pomembni podnačeli *varstva zaupanja v pravo* ter *jasnosti in določnosti predpisov*, ki ju je v svoji praksi razvilo Ustavno sodišče RS.<sup>31</sup> Zaupanja v pravo ni, če zakonodaja ni relativno stabilna. »Pravo lahko uveljavlja svojo funkcijo urejanja družbenega življenja«, beremo v ustavnosodni odločbi, »če je v čim večji meri *stalno* in *trajno*« (na obeh mestih poudaril M. P.).<sup>32</sup> Sunkovito spreminjanje zakonodaje načeloma ni dopustno; v normalnih družbenih razmerah se mora zakonodaja postopoma prilagajati (beri: spreminjati in dopolnjevati) in odzivati na nove družbene razmere.<sup>33</sup> Če so zakonodajne spremembe zelo velike (npr. na področju pokojninske zakonodaje), je treba omogočiti ustrezen prehod iz stare ureditve v novo (načelo postopnega uvajanja nove ureditve).

Pravna predvidljivost je zelo okrnjena, če so zakonska pravila v tolikšni meri ohlapna, da jih ni mogoče kolikor toliko predvidljivo operacionalizirati. Pravna pravila naj bodo vsebinsko tako oblikovana, da »ne omogočajo arbitrarnega rav-

<sup>29</sup> Glej B. Schünemann, nav. delo, ki razpravlja tudi o vprašanju določnosti (beri: relativne določnosti) kazni. Glej tudi A. Šelih, nav. delo.

<sup>30</sup> Prim. s prispevki v kolektivnem delu: M. Pavčnik (ur.), nav. delo. Avtorji prispevkov so Vladimir Simič, Marijan Pavčnik, Miro Cerar, Albin Igličar, Erik Kerševan, Franc Testen, Dragica Wedam Lukić in Mirjam Škrk.

<sup>31</sup> Glej L. Šturm, v: KURS (2002), str. 52 in nasl.; L. Šturm, v: KURS – A (2011), str. 16 in nasl., in M. Pavčnik, v: M. Pavčnik (ur.), nav. delo (2009), str. 47 in nasl.

<sup>32</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-266/95 (OdlUS IV, 116).

<sup>33</sup> Načelo prilagajanja prava družbenim razmeram je eno izmed načel pravne države, glej npr. odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-69/03 (OdlUS XIV/2, 75).

nanja izvršilne oblasti in da nedvoumno ter dovolj določno opredeljujejo pravni položaj subjektov, na katere se nanašajo (načelo določnosti)«. <sup>34</sup> V neki drugi odločbi beremo, da morajo biti »norme opredeljene tako, da jih je mogoče izvajati; da je mogoče z razlago ugotoviti vsebino predpisa in je tako ravnanje državnih organov s tem determinirano«. <sup>35</sup> Še bolj »radikalno« je tole stališče: »Predpis, iz katerega *povprečen, tudi prava nevešč občan, ne more sam zanesljivo razbrati svojega pravnega položaja*, temveč bi ga bilo tudi po mnenju zakonodajalca mogoče – v nasprotju z njegovim izrecnim besedilom – prav uporabljati šele z razlago zakonskih določb pri njihovem izvajanju, torej v pristojnih upravnih organih, *povzroča pravno negotovost* in s tem nezaupanje v pravo in *krši načela pravne države*« (na vseh mestih poudaril M. P.). <sup>36</sup>

To, da morajo biti »zakonske norme jasne, razumljive in nedvoumne« in da morajo biti oblikovane tako, da jih lahko razume »povprečen, tudi prava nevešč občan«, se samo deloma ujema s spoznanji pravne hermenevtike. Pravna pravila, pa naj bodo še tako dognano in izklesano zapisana, so šele sad razumevanja zakona. Argument pravne države *ne more zahtevati tega, kar ne ustreza naravi prava* in naravi pravnega razumevanja, lahko pa zahteva, da ima pravno sporočilo dovolj prvin, ki omogočajo, da doženemo vsebino sporočila in da to sporočilo lahko tudi normativno konkretiziramo. Pravno sporočilo je arbitrarno, če naslovljenca (npr. državni organ, ki odloča o pravicah in pravnih dolžnostih pravnih subjektov) vsebinsko ne usmerja in če ga vsebinsko tudi ne omejuje. Neživljenjsko bi bilo pričakovati, da so pravna besedila lahko pomensko popolnoma jasna in nedvoumna. Bolj realno je, da od zakonodajalca zahtevamo *tolikšno stopnjo določnosti*, ki vsaj na ravni pravnega razumevanja in odločanja omogoča racionalno in predvidljivo pravno argumentiranje. Zakoni, ki tudi teh meril ne izpolnjujejo, ne ustrezajo vladavini prava (načelo zaupanja v pravo!). <sup>37</sup>

Zorni kot povprečnega, tudi prava neveščega občana nikakor ne sme biti zanemarljiv. Zakoni so namenjeni urejanju vsakodnevnih razmerij med pravnimi subjekti, to urejanje pa mora imeti tolikšno stopnjo razvidnosti (transparentnosti), da subjekti sproti spoznajo, kakšne pravice in dolžnosti jih uokvirjajo. Kopica področij (npr. najrazličnejše vrste prometa) bi bila ukočenih in (ali) v celoti onemogočenih, če subjektom ne bi bilo dano, da glede na spreminjajoče se življenjske okoliščine (npr. v cestnem prometu) ugotavljajo, kako naj se vedejo in ravnaajo.

V postopku razumevanja zakonov in njihovega uporabljanja v konkretnih primerih je vselej zelo občutljivo, kdaj in v kolikšni meri je dovoljeno, da zakone

<sup>34</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-312/97 (OdlUS XI/1, 1).

<sup>35</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-101/97 (OdlUS VIII/1, 105).

<sup>36</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-64/97 (OdlUS VII/1, 78, str. 494).

<sup>37</sup> Prim. z ustavnosodno prakso, ki jo navaja L. Šturm, v: KURS (2002), str. 69 in nasl., in v: KURS – A (2011), str. 23 in nasl.

razlagamo v *duhu časa* (vprašanje objektivistično-dinamičnega načina razlage). Načeloma ni dobro, če sodnik okostenelo in brezdušno prestopa na istem mestu; načeloma je dobro, če sodnik v mejah ustavnih in zakonskih možnosti išče nove odtenke in nove izpeljave, ki jih zahtevajo novi in novi življenjski primeri. *Sodnik mora biti še posebej pozoren na to, da spoštuje načelo dispozitivnosti in da ne stopnjuje prisilnosti kogentnega prava. Osrednja omejitev je, da z objektivistično-dinamično razlago ne smemo, kot je bilo v drugi povezavi že poudarjeno, zoževati pravic, ki jih imajo pravni subjekti, in da tudi ne smemo stopnjevati dolžnosti, ki so jim naložene. Prepoved povratne veljavnosti pravnih predpisov bi obšli, če bi z retroaktivno razlago zakonov vanje vnašali rešitve, ki bi imele retroaktivne posledice.*

Ta vidik je težko strniti in zanj najti skupni imenovalac, ki ga poobči. Sodnik ne sme *ex post facto* odstopiti od predvidljivosti, na katero so se stranke utemeljeno zanesle. Sodna praksa se seveda spreminja in se jo lahko spreminja, ne sme pa iti za spremembo, ki bi stranko prizadela pri varstvu pravice. Lep primer ponuja fikcija vročitve po četrtem odstavku 142. člena Zakona o pravdnem postopku (ZPP). Vrhovno sodišče RS je najprej menilo, da tudi za fikcijo vročitve velja četrti odstavek 111. člena ZPP, to je določilo, da se tedaj, ko je zadnji dan roka sobota, nedelja ali drug dela prost dan, rok izteče s pretekom prvega prihodnjega delavnika.<sup>38</sup> To stališče je Vrhovno sodišče čez dve leti z načelnim pravnim mnenjem (z dne 14. 1. 2015) spremenilo in pri fikciji vročitve izključilo, da se tudi za njo uporablja navedeno določilo 111. člena ZPP. Po novem stališču je fiktivna vročitev opravljena, brž ko se izteče rok 15 dni (četrti odstavek 142. člena ZPP).

S fikcijo vročitve se je spoprijelo tudi Ustavno sodišče, ki je problem osvetlilo s stališča enakega varstva pravic (22. člen Ustave RS). V konkretnem primeru je šlo za to, da tedaj, ko je pritožnik vložil pritožbo, v sodni praksi še ni bila sprejeta nova razlaga fiktivnega roka. Če se praksa spremeni, mora sodišče najti pravo mero in ravnovesje med zaupanjem v pravo in prilagajanjem prava spremenjenim družbenim razmeram. Bistveno je, tako Ustavno sodišče, da mora redno sodišče »obrazložiti, zakaj je pri odločitvi v konkretni zadevi odločilo po stari sodni praksi oziroma zakaj po novi sodni praksi, saj je to eno izmed ustavnoprocenih jamstev iz 22. člena Ustave«.<sup>39</sup>

Težišče problema je, da nadaljnje razvijanje prava (nem. *Rechtsfortbildung*), ki ga navdihuje duh časa, *ne sme odvzeti ali otežiti pravnega varstva*, ki je bilo

<sup>38</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS št. II Ips 38/13.

<sup>39</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi Up-164/15. Končni *facit* je, da je redno sodišče v obravnavanem primeru »kršilo pritožnikovo pravico iz 22. člena Ustave, ne le zato ker uporaba spremenjene razlage za pritožnika ni bila razumno predvidljiva, temveč tudi zato, ker se pri uporabi spremenjene razlage s položajem pritožnika in razumno predvidljivostjo uporabe navedene razlage za njegov položaj sploh ni ukvarjalo«.

dano tedaj, ko je »sporno« pravno razmerje nastalo. Če se kaj takega zgodi, gre za nedovoljeno povratno razumevanje zakona. Razlaga zakona (skupaj z njeno spremembo) je stalna spremljevalka prava, a iti mora za spremembo, ki je v sozvočju s pravno enakostjo in pravno varnostjo.

10.2. Fizično nemogoče je, da bi se spoprijel z maksimami, značilnimi za posamezna področja, ki so nato še notranje strukturirana. Edino, kar je mogoče narediti, je to, da se samo primeroma ustavim pri nekaterih vidikih, ki so tipični za kazensko in upravno pravo.<sup>40</sup> Samo po sebi se razume, da je podrobno obravnavanje teh vidikov v domeni posameznih pravnih znanosti.

Najbolj občutljivo je, bi rekel, *kazensko (materialno) pravo*. Svojevrstnost ni samo v tem, da morajo biti prvine zakonskega dejanskega stanu in kazen vnaprej relativno določno opredeljene z zakonom,<sup>41</sup> svojevrstnost je tudi v tem, da se uporablja novi (kasnejši) zakon, če je ta za storilca milejši.<sup>42</sup>

Stvar presoje v konkretnem primeru je, kateri zakon je v resnici milejši. Pri tej presoji je treba izhajati iz razlage kazenskopravne ureditve kot celote; med dvema ali več ureditvami mora biti izbrana tista, ki je za storilca ugodnejša. Nedopustno bi bilo, če bi celoto sestavili iz razlage starega in novega zakona.<sup>43</sup> Nadaljnja omejitev je tudi v tem, da se ne sme uporabiti rešitve, ki bi bila v nasprotju z veljavno ustavno ureditvijo.<sup>44</sup>

*Načelo milejšega zakona* se ne nanaša samo na razmerje med več zakoni, ampak se nanaša *tudi na naknadne milejše razlage istega zakona*. V praksi se dogaja, da državno tožilstvo in sodišča spremenijo razlago posameznih kazenskopravnih prepovedi in zapovedi. Ob izteku socializma je bil, recimo, omiljen

<sup>40</sup> Civilno pravo je bilo, vsaj do neke mere, omenjeno v 5. razdelku (vprašanje subjektivistično-statične razlage) in 6. razdelku (vprašanje dispozitivnega, npr. pogodbenega prava).

<sup>41</sup> Glej prvi odstavek 28. člena Ustave RS. Glej B. M. Zupančič, v: KURS (2002), str. 306 in nasl.; I. Bele, v: KURS – A (2011), str. 415 in nasl., in L. Bavcon, v: L. Bavcon, A. Šelih s sodelavci (2014), str. 132 ter 189 in nasl.

<sup>42</sup> Glej drugi odstavek 28. člena Ustave RS. Glej B. M. Zupančič, v: KURS (2002), str. 306 in nasl.; I. Bele, v: KURS – A (2011), str. 415 in nasl., in L. Bavcon, v: L. Bavcon, A. Šelih s sodelavci (2014), str. 114 in nasl. – O nekaterih današnjih problemih *lex certa* in *lex praevia* pri razlagi pojma »zloraba položaja« pri gospodarski dejavnosti glej L. Bavcon, nav. delo (2017), str. 167: »Zdaj se je v kazenskem pravosodju uveljavilo pravilo civilnega prava o »vestnosti dobrega gospodarja« kot merilo za presojo zlorabe položaja ali pravic. Kazenska sodišča pred desetimi in več leti tega merila niso uporabljala, če pa ga zdaj uporabljajo za dejanja, ki so bila storjena pred desetimi in več leti, torej za nazaj, potem močno dvomim o zakonitosti takega ravnanja, ker krši dve maksimi tega načela, in sicer: zakon mora biti znan ob izvršitvi kaznivega dejanja (*lex praevia*) in zakon mora biti nedvoumno določen (*lex certa*).« Glej tudi članek Jenulla, na katerega se Bavcon sklicuje: H. Jenull, nav. delo, str. 3–5.

<sup>43</sup> Glej I. Bele, v: KURS – A (2011), str. 419.

<sup>44</sup> Prim. s primeri, ki so sprejeti v Zbirko odločb Vrhovnega sodišča RS, kazenski oddelek. GV Založba: Ljubljana 2010, odločbe št. 5 (sodba I Ips 117/09), št. 6 (sodba I Ips 196/09), št. 7 (sodba I Ips 157/09) in št. 8 (sodba I Ips 209/08).



pogled na prepoved nakupa in prodaje deviz na črnem trgu; predmet pregona so bila samo tista dejanja, ki so se ukvarjala s pridobivanjem dobička, ne pa tudi tista, s katerimi (z nakupom deviz) so se posamezniki izognili negativnim posledicam visoke inflacije. Za naš problem je bistveno, da je treba *milejšo razlago* upoštevati pri vseh tistih primerih, ki *še niso postali pravnomočni*.

Posebno občutljivost za časovnost razlage kazenskega zakona izpričuje, kot ga poimenujem sam, *času ustrezen argument*. V odločbi s tem argumentom je Ustavno sodišče ugotovilo, da določbe »Zakona o kaznivih dejanjih zoper narod in državo (Uradni list DFJ, št. 66/45, in Uradni list FLRJ, št. 59/46) niso bile v neskladju s splošnimi pravnimi načeli, ki so jih v času njihove uveljavitve priznavali civilizirani narodi«. Ključen razlog za to stališče je, da je bila prvina teh kaznivih dejanj tudi »element sile« (glej 2. člen navedenega zakona: »Kot kaznivo dejanje zoper narod in državo se smatra vsako takšno delovanje, kateremu je namen, da bi se z nasiljem ...«); sodišče utemeljuje, da je to tista sestavina, ki pomensko dovolj določno opredeljuje sicer ohlapno teleološko prvino (»vsako takšno delovanje, kateremu je namen«) kaznivih dejanj zoper narod in državo [U-I-247/96 (OdIUS VII/2, 195)].<sup>45</sup>

10.3. Zelo svojevrstno je tudi *upravno pravo*. Kazenskemu materialnemu pravu daje zven načelo milejšega zakona in milejše razlage zakona, v upravnem pravu pa imajo posebne lastnosti zlasti varstvo javnega interesa, institut prostega preudarka in posebnosti pri pravnomočnosti upravnih odločb. Temeljna značilnost upravnega prava je, da so upravne zadeve vselej (tudi) v *javnem interesu*. Pomen in teža javnega interesa ugotavljajo organi, ki izvajajo zakonske in podzakonske akte. Posebej pomembni so zakoni, ki opredeljujejo pravice in dolžnosti pravnih subjektov v upravnih zadevah. Kerševan in Androjna ugotavljata, da je »odločitev zakonodajalca nastopila v določenem času« in da je zato »opredelitev javnega interesa prav tako definirana s trenutkom sprejema ustrezne zakonske norme in od tega trenutka naprej deli usodo s to pravno normo. Dokler je ta pravna norma v veljavi, je javni interes opredeljen tako, kot izhaja iz te norme.«<sup>46</sup>

Nesporno je, da je vsako razumevanje zakona umeščeno v ustrezen interesni in vrednostni kontekst, ki obdaja razumevanje in nanj tudi vpliva. Ta vpliv je dopusten v omejenem obsegu. Dopusten je tedaj, ko je že samo zakonsko besedilo pomensko soodvisno od vsakokratnih družbenih razmer, na katere se pravo odzi-

---

<sup>45</sup> Kot zanimivost naj dodam, da je bilo kaznivo dejanje veleizdaje v 114. členu nekdanjega Kazenskega zakona SFRJ iz leta 1976 zasnovano pod ravno Zakona o kaznivih dejanjih zoper narod in državo, ker ni vsebovalo prvine sile. Glej M. Pavčnik, nav. delo (1987), str. 325 in nasl., ter L. Bavcon, nav. delo (2006), str. 178 in nasl.

<sup>46</sup> E. Kerševan in V. Androjna, nav. delo, str. 80. – O interesnem ozadju zakona v slovenski teoriji najbolj poglobljeno razpravlja Igličar v monografiji o zakonodajni dejavnosti in v Pogledih sociologije prava, glej A. Igličar, nav. delo (2011) in nav. delo (2009).

va in skupaj z njimi diha in deli usodo časa. Vpliv je nedopusten vselej tedaj, ko prebija pomenske možnosti zakonskega besedila ali te možnosti celo rahlja *praeter* in *contra legem*. Nedovoljen vpliv je najbolj očiten tedaj, ko državni organ zaradi javnih interesov, ki niso prešli v zakon, oži pravice pravnih subjektov ali pa stopnjuje njihove dolžnosti. Za tovrstno oženje pravic bi, denimo, šlo tedaj, ko bi neki zakon začeli zožujoče razlagati in bi s tem v novih ali novejših primerih subjektom priznali manj pravic, kot so jih imeli v starejših primerih. Če so stari in novi primeri v bistvenih prvinah podobni, je treba tudi nove obravnavati tako kot starejše (načelo enakosti pred zakonom!).<sup>47</sup>

Časovni vidik je zelo občutljiv tudi pri *pravici do prostega preudarka*. K tej pravici se na področju upravnega prava zakonodajalec zateka tedaj, ko ni mogoče vnaprej predvideti vseh dejanskih okoliščin, ki so pomembne za odločitev v konkretnem primeru. V obsegu, ki je nepredvidljiv, je pristojnemu državnemu organu prepuščeno, da sam presodi, katera je tista rešitev, ki najbolj ustreza pravno zavarovanemu javnemu interesu (npr. državnemu, nacionalnemu, gospodarskemu, kulturnemu interesu). Javni interes kot merilo odločanja mora biti že v zakonu, kolikor je le mogoče, določljivo opredeljen. Zakon o splošnem upravnem postopku posebej poudarja, da mora biti »odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano« (drugi odstavek 6. člena). Drugače bi šlo za pravno nevezano delovanje uprave, ki bi bilo v nasprotju z načeli pravne države.

O naravi pravice do prostega preudarka se je že na samem začetku v več zadevah izreklo tudi Ustavno sodišče RS. Ustavno sodišče je zagovarjalo stališče, da mora zakon določati vse *bistvene sestavine*, ki opredeljujejo posameznikov pravni položaj. V skladu »s tem legalitetnim načelom za delovanje uprave mora biti namen pooblastila za odločanje upravnega organa po prostem preudarku določen že v zakonu ali iz njega jasno razviden.«<sup>48</sup> Določba zakona, ki pooblašča

<sup>47</sup> Prim. odločitvi Ustavnega sodišča RS v zadevah Up-395/06 in U-I-64/07, tč. 17: »Tako je Ustavno sodišče pri odločanju o vseh denacionalizacijskih zadevah vedno izhajalo s stališča, po katerem pravica do denacionalizacije pomeni upravičenje, ki ima svoj temelj v pravici do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave. Kot poseg v pravico do denacionalizacije je štelo spremembo ureditve denacionalizacije, s katero se je položaj denacionalizacijskih upravičencev poslabšal v primerjavi z ureditvijo ob uveljavitvi ZDen. Upravičenja, varovana po 33. členu Ustave, so namreč upravičenci do denacionalizacije pridobili z uveljavitvijo ZDen [...].« Glej tudi tč. 36 te odločbe.

<sup>48</sup> Neustavno je, če diskrecijska pravica upravnega organa posega v sodno varstvo temeljnih pravic. Glej odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-271/08: »Določba Zakona o policiji, po kateri je razkritje nekaterih podatkov, ki so nujni za obrambo v kazenskem postopku, odvisno od diskrecijske odločitve ministra za notranje zadeve, je v neskladju z obdolženčevo pravico do sodnega varstva iz prvega odstavka 23. člena Ustave, ki zagotavlja vsakemu, da o obtožbah proti njemu odloča neodvisno in nepristransko sodišče, ne pa izvršilna oblast.«



upravni organ, da odloča po prostem preudarku, pa iz nje ni jasno razviden namen takega pooblastila, ni v skladu z ustavo« [U-I-69/92 (OdlUS I, 102, str. 243) – na vseh mestih poudaril M. P].<sup>49</sup> V naravi pravne države je tudi zahteva, da mora upravni organ utemeljiti odločitev in v obrazložitvi navesti razloge, iz katerih je razvidno, da je ravnal v mejah in v skladu z namenom danega mu pooblastila [U-I-98/91 (OdlUS I, 101, str. 238)].<sup>50</sup> Iz obrazložitve mora biti nedvoumno razpoznavno, da gre za pooblastilo izbirati med dvema ali več pravno možnimi rešitvami, in ne za nedoločno opredelitev, ki jo je treba vsebinsko napolniti z razlago. Kadar nastane dvom in torej samo *pooblastilo* v zakonu *ni dovolj določno izraženo*, velja, da upravni organ *ni upravičen odločati po prostem preudarku*.<sup>51</sup>

Poglavitni prvini pravice do prostega preudarka sta omejena predvidljivost dejanskih okoliščin, na podlagi katerih je treba odločiti, in pooblastilo skupaj z namenom, zaradi katerega je pooblastilo dano (glej drugi odstavek 6. člena Zakona o splošnem upravnem postopku). Dejanske okoliščine se v času spreminjajo, z njimi pa se v mejah namena pooblastila *spreminja tudi pravno odločanje*. Železno pravilo je, da je treba ostati zvest ustaljeni sodni praksi, če so dejanske okoliščine v bistvenem primerljive in če ni novih, tehtnih razlogov, da se dosedanja praksa spremeni. Na svoj način je še bolj pomembna druga prvina, to je namen pooblastila. Namen pooblastila ima toliko večjo vlogo in težo, kolikor bolj se dejanske okoliščine spreminjajo in kolikor bolj je rob pomenskega polja porozen. Za razumevanje namena prav tako velja, da moramo biti *zvesti* ustaljeni sodni praksi. To je mogoče *nadalje razvijati*, če to namen pooblastila dopušča in če ostajamo v mejah pomenskega polja, kakor ga opredeljuje zakon.

Posebnost upravnega prava je tudi *pravnomočnost upravnih odločb*, ki se v nekaterih razsežnostih razlikuje od pravnomočnosti na drugih pravnih področjih. Posebnost se nanaša na objektivno pravnomočnost, ki za upravne odločbe ni sprejemljiva. V upravnih zadevah ne bi bilo utemeljeno, če pristojni državni organ ne bi smel kasneje ugodneje odločiti o stvari, ki je bila že odločena, ali če ne bi smel pravno odločati o zadevi, ki je bila poprej zavrnjena. Objektivna pravnomočnost bi bila za upravo »skrajni formalizem«, ki bi onemogočal, da *sledi potrebam časa*.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> To stališče je splošno sprejeto in je že sestavina enotne sodne prakse. Nesporno je, da mora zakon dovolj določno opredeljevati namen in meje pooblastila za odločanje po prostem preudarku. Glej odločitvi Ustavnega sodišča RS v zadevah U-I-111/97 (OdlUS IX/1, 100) in U-I-65/08 (OdlUS XVII/2, 49).

<sup>50</sup> Glej tudi odločitve Ustavnega sodišča RS v zadevah Up-84/94 (OdlUS V/2, 184); Up-2/94 (OdlUS VI/1, 78); Up-25/95 (OdlUS VII/2, 245), Up-187/97 (OdlUS VIII/2, 299), U-I-92/99 (OdlUS X/2, 158) in sodbo I U 1345/14 Upravnega sodišča RS.

<sup>51</sup> O tem, da nedoločni pojmi niso temelj, ki upravnemu organu nalaga, da odloča po prostem preudarku, glej prepričljivi ločeni mnenji sodnika dr. Lojzeta Udeta (mnenju se pridružuje sodnik dr. Janez Šinkovec) in sodnika mag. Matevža Krivica v zadevi Up-84/94 (OdlUS V/2, 184).

<sup>52</sup> Glej I. Krbek, nav. delo, str. 216 in nasl.

Zakon o splošnem upravnem postopku sprejema subjektivno zasnovano pravnomočnosti (glej prvi odstavek 225. člena: »Odločba, ki se ne more več izpodbijati v upravnem sporu ali v drugem sodnem postopku, pa je stranka z njo pridobila določene pravice oziroma so ji bile z njo naložene kakšne obveznosti, postane pravnomočna.«). Kopica izrednih pravnih sredstev (glej 260. člen in nasl.) in razlogi, zaradi katerih je upravne odločbe mogoče odpravljati, razveljavljati ali spreminjati, slabijo pravno ustanovo pravnomočnosti. Teorija navaja, da med pravnomočnostjo kot temeljnim vodilom upravnega postopka in dejanskimi možnostmi, ki jih zakon dopušča za poseganje v pravnomočno odločbo, ni pravega vsebinsko utemeljenega ravnovesja.<sup>53</sup> Spremenjeni Zakon o splošnem upravnem postopku (iz leta 1999) ustanove pravnomočnosti ne navaja več med temeljnimi načeli zakona. Ne glede na to je subjektivna pravnomočnost pomembna pravna dragotina, ki je vgrajena v upravni postopek.

Še bolj razločno: ustanova pravnomočnosti v upravnem pravu zagotavlja pravno varnost. Njen smisel je prav v tem, da ni mogoče posegati v že pridobljene pravice in pravne položaje in da seveda tudi ni mogoče stopnjevati obveznosti, ki so bile stranki v isti zadevi že naložene (subjektivna pravnomočnost). Druga plat ustanove pravnomočnosti v upravnem pravu pa je, da koraka s časom in da je tako povsem naravno, da se že sprejeta odločitev spremeni na bolje, če to dopuščajo nove okoliščine in razmere.<sup>54</sup>

### 3. MED SCILO STALNOSTI (USTALJENOSTI) IN KARIBDO SPREMENLJIVOSTI (PRILAGODLJIVOSTI)

11. Vprašanja, ki so bila doslej zastavljena, in dileme, ki se ob njih odpirajo, potrebujejo kolikor toliko *trdna oporna mesta*, ko plujemo *med Scilo stalnosti* (ustaljenosti) in *Karibdo spremenljivosti* (prilagodljivosti).<sup>55</sup> V dosedanjih izvajanjih smo že opozorili na dileme subjektivistične in objektivistične razlage, ki sta lahko statični in dinamični. Opozorjeno je bilo tudi na to, da je razlagalni pristop soodvisen od tega, ali smo na področju dispozitivnega ali pa kogentnega prava. Razlagalno vprašanje je, se razume, še bolj izostreno s tem, da ga povežemo s

<sup>53</sup> Glej T. Jerovšek, nav. delo, str. 121 in nasl., ter E. Kerševan in V. Androjna, nav. delo, str. 347 in nasl.

<sup>54</sup> O naravi pravnomočnosti v upravnem pravu glej že navedeni deli T. Jerovška, nav. delo, ter E. Kerševana in V. Androjne, nav. delo, ter komentar k 158. členu Ustave RS: T. Jerovšek, v: KURS (2002), str. 1071 in nasl., in T. Jerovšek, P. Kovač, v: KURS – A (2011), str. 1405 in nasl.

<sup>55</sup> Prisposobo s Scilo in Karibdo uporablja v drugi povezavi tudi T. Štajnpihler, nav. delo (2012), str. 241: »Gre pravzaprav za iskanje poti med Scilo in Karibdo, tj. za iskanje občutljivega ravnotežja med različnimi vrednotami, ki obvladujejo pravno odločanje, med konservativno držo tradicije in izzivi prihodnosti, med omejevanjem oblastne samovolje in zagotavljanjem prožnosti pravnega reda, med uradno in dejansko podobo odločanja sodišč in tako naprej.«

posameznimi pravnimi panogami (in njihovimi še ožjimi sestavinami) in s konkretnimi primeri v (ustavno)sodni praksi. Obseg in zahtevnost vprašanj sta preširoka, da bi ju lahko izčrpali, vsekakor pa kaže orisati vsaj nekatera, ki so kolikor toliko tipična in nakazujejo pot, po kateri kaže hoditi.

12. Popolno *zaupanje v pravo* bi lahko zagotavljali zakoni, ki bi bili sposobni vse vnaprej predvideti tako na normativni kot na dejanski ravni. Tovrstnih zakonov ni, tovrstni zakoni so utopija. Življenjska resničnost je drugačna. Zakoni so pravni usmerjevalci življenja in ga lahko le bolj ali manj določno predvidevajo, dopustiti pa tudi morajo, da je njihova vsebina predmet razlage, ki jih v mejah izraženelega normativno konkretizira in, če je to dovoljeno in potrebno, nadalje razvija.

Argument *časovnosti* razlage je neizogibno stalen spremljevalec razlage, to je spremljevalec, ki nam zastavlja vprašanje, kaj smemo spreminjati in do kod smemo iti. Če pride do spora in naj o zadevi odloča sodišče, je eno prvih vprašanj, da preverimo, ali imamo pravno sredstvo, s katerim uveljavljamo svoje pravice in s katerim odgovarjamo na zahtevke nasprotne stranke. V praksi se pogledi na pravna sredstva lahko spreminjajo. Načelo pravne predvidljivosti zahteva, da razlagalne spremembe ne smejo biti tako sunkovite, da nas prizadenejo pri pravnem varstvu, na katerega smo se utemeljeno zanesli. Če pride do spremembe, ta ne sme zajeti odprtih zadev, o katerih se še odloča. Vrhovno sodišče RS je v neki zadevi utemeljeno zapisalo, da zaradi spremembe sodne prakse stranka »ne sme biti prizadeta v pravici do poštenega sodnega varstva. [...] Ta je okrnjena, če tožnik oblikuje tožbeni zahtevek v skladu s prevladujočo prakso, zaradi naknadne spremembe stališča pa je njegov tožbeni zahtevek zavržen zaradi nesklepčnosti, ne da bi mu bila dana možnost, da ga prilagodi spremenjenemu stališču.«<sup>56</sup>

Podobno stališče najdemo tudi v odločbi II Ips 288/14 Vrhovnega sodišča RS: »Zato Vrhovno sodišče RS ponavlja že večkrat izraženo stališče, da bi bila v primeru, ko je bila tako ob postavitvi zahtevka kot ob izdaji sodbe sodišča prve stopnje izbrana vrsta pravnega sredstva skladna z uveljavljeno sodno prakso, nesprejemljiva zavrnitev zahtevka na drugi stopnji.« S tem problemom se je, kot že vemo, v zadevi »Fiktivni rok« spoprijelo tudi Ustavno sodišče RS.<sup>57</sup>

13. Vprašanje zase so vse tiste zadeve, pri katerih mora biti sodna praksa *zvesta subjektivističnemu in statičnemu razlagalnemu pristopu*.<sup>58</sup> Na ta vidik razpra-

<sup>56</sup> Sklep II Ips 261/14 Vrhovnega sodišča RS. Glej tudi sodbo II Ips 774/09 Vrhovnega sodišča RS. Prim. Up-43/04, tč. 10: »Vendar pritožnik hkrati meni, da te odločbe niso odločilnega pomena za presojo predmetne zadeve, saj so bile nekatere sprejete tudi več kot dve leti po vložitvi njegove revizije. V tem delu mu Ustavno sodišče ne pritrjuje, saj je za odločitev pomembna sodna praksa, ki velja v času odločanja, in ne sodna praksa, ki je veljala v času vložitve pravnega sredstva.«

<sup>57</sup> O tem glej proti koncu razdelka 10.1. te razprave.

<sup>58</sup> O tem je beseda v razdelkih 3 in 5 te razprave.

ve je še posebej pazljiv Rüthers, ki, opirajoč se na komentar von Zeillerja<sup>59</sup>, odločno zavrača, da bi smel sodnik kakorkoli pačiti zakone. Za popačenje zakonov gre, denimo, tedaj, ko razlagalec »zakona razloge in pojasnjevanje zakonov razpreda zgolj iz svoje glave«. Za popačenje je bistveno zlasti to, da ne odkriva tega, kar zakon sporoča, ampak ga pomensko oži, razširja in spreminja glede na lastna filozofska pojmovanja ali celo glede na globoko zakoreninjene predsodke.<sup>60</sup>

14. Če so spoštovane varovalke pravne varnosti in predvidljivosti (še posebej na področju dispozitivnega in kazenskega prava), je naravno, da se z življenjem spreminja tudi sodna praksa. V že navedenem sklepu II Ips 261/14 Vrhovnega sodišča RS je zapisano stališče, da se »praksa postopoma spreminja in dopolnjuje glede na dolgoročno spreminjanje pravnega sistema, pravnega vrednotenja in družbe, ki ji je pravo namenjeno«.<sup>61</sup> Temu кредu je zavezano tudi Ustavno sodišče RS, ki v kopici odločb utemeljuje načelo prilagajanja prava družbenim razmeram.<sup>62</sup>

15. Spreminjanje sodne prakse mora spremljati kakovostna utemeljitev spremembe. O tem v slovenskem prostoru že obstaja več teoretičnih odzivov, ki jih tukaj ni treba ponavljati.<sup>63</sup> Bistveno je, da je spreminjanje sodne prakse v času dovoljeno, če s tem z razlago zakona ne odstopimo od vrednot pravne varnosti in temeljnih (človekovih) pravic. Prav tako bistveno je, da odstop *ne sme biti samovoljen* (arbitraren) in da je *breme utemeljevanja* pri tistem (sodišču), ki od prakse odstopa. Predmet utemeljevanja so vsi odstopi<sup>64</sup> – tako tisti, ki spreminjajo nosilna stališča, kakor tisti, ki nosilno stališče nadalje izpeljujejo, ga le deloma spreminjajo ali pa ga nadalje razčlenjujejo in mu s tem dodajajo nove odtenke in poudarke.<sup>65</sup>

16. Nosilci sprememb so vsa tista sodišča, ki o posameznih zadevah odločajo. Zmotno je, če kot nosilce sprememb obravnavamo samo višja (instančna), vrhovno in ustavno sodišče. Pomembni nosilci sprememb so lahko tudi sodišča, ki od-

<sup>59</sup> F. E. von Zeiller, nav. delo, str. X.

<sup>60</sup> B. Rüthers, nav. delo, str. 169.

<sup>61</sup> Sklep II Ips 261/14 Vrhovnega sodišča RS.

<sup>62</sup> Glej npr. odločbi U-I-69/03 (OdiUS XIV/2, 75) in Up-164/15. Glej tudi M. Pavčnik, nav. delo (2009), str. 42 in nasl., str. 49 in nasl.

<sup>63</sup> Glej npr. D. Wedam Lukič, nav. delo, Pomen sodne prakse – delovna sekcija 2004 (Marijan Pavčnik, Marko Novak, Franc Testen, Marko Šorli, Nina Betetto, Aleš Galič, Dragica Wedam Lukič), A. Galič, nav. delo, T. Štajnpihler, nav. delo (2012), T. Štajnpihler, nav. delo (2013), M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 208 in nasl., in M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 282 in nasl. – Raziskave potrjujejo, da se tudi sodna praksa vrhovnih in ustavnih sodišč v evropskem kontinentalnem prostoru približuje pomenu, ki ga ima precedenčno pravo: glej N. MacCormick (ur.) in R. Summers (ur.), nav. delo.

<sup>64</sup> O tančinah spreminjanja sodne prakse glej poglobljeno delo L. Kählerja, nav. delo.

<sup>65</sup> Prim. s postopnim spreminjanjem odškodninskega prava: glej S. Cigoj, nav. delo, str. 22 in nasl., str. 25 in nasl., ter A. Berger Škrk, nav. delo, str. 17 in nasl., str. 22 in nasl.

ločajo na prvi stopnji, in stranke (skupaj z odvetniki), ki vlagajo prvostopenjske pravne zahteve. Če so ti zahtevki inovativni, so seme, iz katerega lahko vzklijejo novi pogledi na pravo in na spremembe v sodni praksi.

Ob priložnosti se mi je že zapisalo, da je zavezujočnost stališč, ki jih sprejemajo nižja sodišča, odvisna od tega, ali o zadevi odločajo dokončno in bo odločitev postala pravnomočna. Pravna stališča nižjih sodišč imajo lahko *močan naboj strokovne prepričljivosti* in *močan vpliv na višja sodišča* v vseh tistih zadevah, kjer je o zadevi še mogoče razpravljati na višji ravni. V vseh teh primerih imajo nižja sodišča možnost, da soustvarjalno oblikujejo sodno prakso in vplivajo na njen razvoj.

Sodnikova *iščoča vloga* nikakor ni v nasprotju s tem, da mora biti zaradi pravne varnosti sodna praksa ustaljena, ker ta varnost temelji tudi na vsebinski predpostavki, da je treba zastarelo prakso opustiti, če imamo za to dobre (nove, boljše, drugačne) razloge. Iskati nove in ustrežnejše rešitve ne pomeni, da nižja sodišča delujejo zaviralno. Če je to iskanje strokovno utemeljeno in če upošteva tisto, kar je za neko družbo v mejah pravno možnega tipično, so v njem novi vidiki in odtenki, ki jih višja (vrhovna) sodišča še niso zaznala. Ustvarjalen pristop je pomemben tudi zato, ker se edino po tej poti lahko preverja, ali in koliko je treba uveljavljeno sodno prakso spremeniti, dopolniti ali pa jo na novo oblikovati.<sup>66</sup>

17. Časovni argument razlage zakona se samo deloma spoprijema s časovnostjo biti, v katero je vsajeno in iz katere poganja tudi pravo. Prav je, da se te biti zavedamo, da jo poskušamo razumeti in da se do nje tudi opredeljujemo. Bit vpliva na zakonodajalca, ki jo zdaj tako in zdaj drugače dojema in jo nato prelije v zakonsko besedilo, ki je predmet razlage.<sup>67</sup>

Sad razlage ni niti čista rekonstrukcija pravnega pravila, ki ga zakon vsebuje in sporoča, niti ni neomejeno nadaljnje razvijanje zakonodajalčeve misli. Časovni argument zahteva, da se znotraj jezikovno možnih pomenov opremo na tistega, ki se najbolj približuje naravi področja in vprašanja, na katerega iščemo odgovor. Kakor smo videli, je pred nami pogosto paleta možnosti. Prav je, da se te palete zavedamo in da se nato odločimo za tisto izpeljavo, ki ustreza namenu (telosu) pravnega pravila in njegovemu pomenskemu jedru.

Odločitev vselej *sprejemamo tu in zdaj*, a to še ne sme pomeniti, da je objektivistično-dinamični vidik *a priori* dominanten. Vodilen je toliko, da nam pomaga najti smer, v kateri naj iščemo odgovore. Smer ni in ne sme biti poljubna. Prava izpeljava je tista, ki zavrača kakršnokoli prepovedano retroaktivno rahljanje zakona, in hkrati tista, ki se je sposobna vprašati, katera rešitev je kar najbolj blizu

---

<sup>66</sup> M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 215.

<sup>67</sup> O pravu in biti tehtno razpravlja Sprenger. Glej npr. naslednja dela: G. Sprenger, nav. dela (1996, 1997, 1998, 1998a in 2003). O Sprengerjevi teoriji glej tudi M. Pavčnik, nav. delo (2016), str. 27 in nasl.

temeljnim (človekovim) pravicam in pravnim načelom na posameznih pravnih področjih.

Vem, dobro vem. Vselej ostaja nekaj, česar ni mogoče opredeliti vnaprej. Naposled smo, hočeš nočeš, sami in se lahko opremo samo še na argument, ki utemeljuje našo izbiro. Dokler se tega zavedamo in ta argument ali te argumente iščemo, smo na dobri poti.<sup>68</sup> S te poti skrenemo, če zavračamo igro argumentov in protiargumentov in si apodiktično rečemo, da bo »tako, in nič drugače«.

## LITERATURA

- Aharon Barak: *Purposive Interpretation in Law*. Princeton University Press, Princeton, Oxford 2005.
- Ljubo Bavcon: Izzivi in odzivi. Uradni list RS, Ljubljana 2006.
- Ljubo Bavcon in Alenka Šelih s sodelavci (Damijan Korošec; Matjaž Ambrož; Katja Filipčič): *Kazensko pravo*. Splošni del. 6. izdaja. Uradni list RS, Ljubljana 2014.
- Ljubo Bavcon: Nekaj kritičnih misli o kriminalitetni politiki na področju gospodarstva, v: *Pravnik*, 72 (2017) 3-4, str. 165–169.
- Alenka Berger Škrk: *Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo*. GV Založba, Ljubljana 2010.
- Franz Bydlinksi: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. izdaja. Springer Verlag, Wien, New York 1991.
- Stojan Cigoj: *Odškodninsko pravo Jugoslavije*. Uradni list SRS, Ljubljana 1972.
- Mile Dolenc: Objektivna ali subjektivna razlaga pogodb v obligacijskem pravu, v: *Pravna praksa*, 24 (2005) 27 – Priloga, str. VII–X.
- Karl Engisch: *Einführung in das juristische Denken*. 9. izdaja. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln 1997.
- Josef Esser: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 2. izdaja. Mohr Siebeck, Tübingen 1964.
- Boris Furlan: *Teorija pravnega sklepanja*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 10 (1933–1934), str. 29–53. Ponatis v: Boris Furlan: *Problem realnosti prava*. Marijan Pavčnik (ur.), Pravna fakulteta UL, Cankarjeva založba, Ljubljana 2002, str. 145–166.
- Aleš Galič: *Ustavno civilno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Frank Saliger (ur.): *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 9. izdaja. C. F. Müller, Heidelberg 2016.
- Pavel Holländer: *Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre als Folge des Legitimitätskonzepts*. Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- Albin Igličar: *Pogledi sociologije prava*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Albin Igličar: *Zakonodajna dejavnost*. GV Založba, Ljubljana 2011.
- Hinko Jenull: *Čas tožilcev*, v: *Odvetnik*, 16 (2014) 1, str. 1–5.
- Tone Jerovšek: *Pravnomočnost konkretnih upravnih aktov*. Uradni list RS, Ljubljana 1992.

<sup>68</sup> Glej (prim.) U. Neumann, nav. delo (2011), str. 341: »Denn rechtliche Regeln haben, anders als etwa mathematische Gesetze, keine ideale sondern nur eine soziale Existenz. Das bedeutet: 'Richtig' ist die Entscheidung (wie die sie tragende Rechtsregel), die sich anhand der anerkannten Argumentationsregel als 'richtig' begründen lässt.«



- Lorenz Kähler: *Strukturen und Methoden der Rechtssprechungsänderung*. 2. izdaja. Nomos, Baden-Baden 2011.
- Hermann Kantorowicz: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ponatis 2002.
- Arthur Kaufmann: *Analogie und »Natur der Sache«*. 2. izdaja. R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg 1982.
- Arthur Kaufmann: *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*. C. H. Beck, München 1999.
- Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann (ur.): *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. izdaja. C. F. Müller, Heidelberg 2011.
- Erik Kerševan in Vilko Androjna: *Upravno procesno pravo. Upravni postopek in upravni spor*. 2. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2017.
- Stephan Kirste: *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*. Duncker & Humblot, Berlin 1998.
- Peter Koller: *Theorie des Rechts*. 2. izdaja. Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar 1997.
- Ernst. A. Kramer: *Juristische Methodenlehre*. 5. izdaja. Verlag C. H. Beck etc., Bern 2016.
- Ivo Krbek: *Upravno pravo FNRJ. II. Birotehnički izdavački zavod, Zagreb 1957*.
- KURS: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ur. Lovro Šturm. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- KURS – A: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ur. Lovro Šturm. Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011.
- Gorazd Kušej: *Časovna veljavnost pravnih pravil in »vacatio legis«*, v: *Slovenski pravnik*, 58 (1944) 7-12, str. 113–125.
- Gorazd Kušej: *Uvod v pravoznanstvo*. 5. izdaja, Ljubljana 1976.
- Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. izdaja. Springer Verlag, Berlin etc. 1983.
- Karl Larenz in Claus-Wilhelm Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. izdaja. Springer Verlag, Berlin etc. 1995.
- Neil MacCormick, Robert S. Summers (ur.): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth, Aldershot etc. 1991.
- Friedrich Müller in Ralph Christensen: *Juristische Methodik. Band I*. 11. izdaja. Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- Sebastian Nerad: *Interpretativne odločbe ustavnega sodišča*. Uradni list RS, Ljubljana 2007.
- Ulfrid Neumann: *Theorie der juristischen Argumentation*. V: A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (ur., 2011), str. 333–347, in v: W. Hassemer, U. Neumann, F. Saliger (ur., 2016), str. 303–315.
- Aleš Novak: *Retroaktivnost in narava prava*, v: *Pravnik*, 70 (2015) 3-4, str. 171–192.
- Marijan Pavčnik: *Neustavnost »dejanja, ki meri na to«* (čl. 114 Kazenskega zakona SFRJ), v: *Pravnik*, 42 (1987) 5–7, str. 325–332. Ponatis v: Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1991, str. 245–256.
- Marijan Pavčnik: *Narava pravne države in njene prvine*, v: Pavčnik (ur.) 2009, str. 29–55.
- Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve*. 3. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Marijan Pavčnik: *Zakonsko (ne)pravo*, v: Matjaž Ambrož, Katja Filipčič, Aleš Završnik (ur.): *Zbornik za Alenko Šelih. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2013a*, str. 43–58.
- Marijan Pavčnik: *Ustavnoskladna razlaga (zakona)*. V: Marijan Pavčnik, Aleš Novak (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. GV Založba, Ljubljana 2013b, str. 65–101.

- Marijan Pavčnik: Časovnost pravne igre, v: *Pravnik*, 69 (2014) 1-2, str. 5–18. Ponatis v: Pavčnik 2017, str. 77–95.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava*. 5. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2015.
- Marijan Pavčnik: Smisel pravne misli (Sprengerjeva reinterpretacija Radbruchove formule. V: Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan, Boštjan Koritnik (ur.): *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava*. Liber amicorum Lojze Ude. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2016, str. 27–41. Ponatis v: Pavčnik 2017, str. 13–31.
- Marijan Pavčnik: *Iskanje opornih mest*. GV Založba, Ljubljana 2017.
- Marijan Pavčnik: Razlaga kot vrednotna (re)konstrukcija pravnega pravila. V: Damjan Možina (ur.): *Razsežnosti zasebnega prava*. Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2017a, str. 349–358.
- Marijan Pavčnik (ur.): *Pravna država*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Marijan Pavčnik, Aleš Novak (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. GV Založba, Ljubljana 2013b.
- Slobodan Perović: *Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*. Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd 2009.
- Lothar Philipps: *Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen*. Rechtslogische Aufsätze. Web-law, Bern 2012.
- Pomen sodne prakse – delovna sekcija (Marijan Pavčnik, Marko Novak, Franc Testen, Marko Šorli, Nina Betetto, Aleš Galič, Dragica Wedam Lukić), v: *Podjetje in delo*, 30 (2004) 6-7, str. 1032–1102.
- Gerald J. Postema: *Time in Law's Empire/ Czas w imperium prawa*. Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015.
- Paul Roubier: *Le droit transitoire*. Ponatis izdaje iz leta 1960. Dalloz, Paris 2008.
- Bernd Rüthers: *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Verfassung und Methoden. Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Bernd Rüthers; Christian Fischer; Axel Birk: *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 8. izdaja. C. H. Beck, München 2015.
- Friedrich Carl von Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*. Band I. Veit und Comp., Berlin 1840.
- Antonin Scalia: *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton 1997.
- Ulrich Schroth: *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Duncker & Humblot, Berlin 1983.
- Bernd Schünemann: *Nulla poena sine lege? Walter de Gruyter*, Berlin, New York 1978.
- Jadranka Sovdat: *Ustavno procesno pravo*. Praktikum. 2. izdaja. Pravna fakulteta, Ljubljana 2016.
- Gerhard Sprenger: *Vom Wert der Wahrheit und der »Wahrheit« des Wertes im Recht*, v: *Recht und Ideologie*. Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag. Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, Berlin 1996, str. 190–222.
- Gerhard Sprenger: *50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen*, v: *Neue Justiz*, št. 1/1997, str. 3–7.
- Gerhard Sprenger: *Crainquebille – oder: die verweigerte Gegenseitigkeit*. Zur Ontologie des Rechtsgefühls, v: *Teoria prava. Filozofia prava. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, 1998, str. 291–314.
- Gerhard Sprenger: *Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov*, v: *Pravnik*, 53 (1998a) 11-12, str. 633–644.
- Gerhard Sprenger: *Rechtsgefühl ohne Recht*, v: *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin 2003.



- Alenka Šelih: Načelo sorazmernosti in kazenske sankcije, v: *Podjetje in delo*, 35 (2009) 6-7, str. 1357–1368.
- Tilen Štajnpihler: Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Tilen Štajnpihler: Sodna praksa kot dejavnik pri sodnem odločanju, v: M. Pavčnik, A. Novak (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 183–223.
- Dragica Wedam Lukić: Kršitve ustavnih pravic v civilnih sodnih postopkih (Praksa slovenskega Ustavnega sodišča), v: *Podjetje in delo*, 26 (2000) 6-7, str. 1139–1147.
- Günther Winkler: *Zeit und Recht*. Springer Verlag, Wien, New York 1995.
- Franz von Edler Zeiller: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*. I. Geistinger Verlagshandlung, Wien, Trieste 1811.
- Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedno pravo*. 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. Uradni list RS, Ljubljana 2009.

# PRAVO V ČASU, ČAS V PRAVU

*Aleš Novak*

## 1. PRAVO PROTI ČASU?

Ali ima pravo oblast nad preteklostjo? Ob strmoglavljenju tridesetih tiranov, katerih kratka, a krvava vladavina spada med mračnejša obdobja atenske zgodovine, je bila – morda celo prvič – razglašena amnestija. A razglašena je bila na nenavaden način: v odloku, ki ga je sprejela atenska skupščina in je bil potrjen še s prisego vseh državljanov, je pravni akt prepovedal *spomin* na pretekle dogodke: »Ne bomo se več spominjali preteklih zločinov.«<sup>1</sup> Pravo je na ta način izbrisalo del zgodovine, izničilo košček preteklosti, spremenilo tek časa.

Vajeni smo, da na razmerje med pravom in časom gledamo na drugačen način: pravo razumemo kot še eno izmed tistih človeških stvaritev, ki je podvrženo vladavini časa, tega otroka na prestolu, kot ga hudomušno poimenuje Heraklit.<sup>2</sup>

## 2. PRAVO V ČASU

### 2.1. Čas, ki vlada pravu

Pravo je v času spremenljivo.

V času se spreminja naše razumevanje *pojma prava*. Pojem prava se v našem razumevanju navadno spreminja počasi in neopazno, zato konceptualne spremembe opazimo le skozi daljše časovno obdobje, a kljub temu so spremembe nesporne. Ključni problemi, s katerimi se ukvarja teoretično premišljevanje o pravu, se zato spreminjajo. Ne le zato, ker se spreminjajo vprašanja, ki nas v različnih časovnih obdobjih vznemirjajo. Spreminjajo se tudi zato, ker se spreminja predmet našega proučevanja, pravo. Zadošča že primerjava tipičnega ali paradigmatičnega primera pravnega sistema, ki so ga teoretiki preteklih obdobj poskušali teoretično pojasniti. Njihovi odgovori se vsekakor razlikujejo, a razlikujejo se tudi zato, ker so pred očmi imeli drugačen paradigmatičen model prava, tistega, ki je prevladoval v času njihovega delovanja. Za ponazoritev bodo zadoščali trije kratki postanki v zgodovini ideje prava. Prvi nas popelje v zgodnji srednji vek, ko je Izidor Seviljski poskušal pojasniti razliko med božjim in človeškim za-

<sup>1</sup> Ksenofont, nav. delo, 4, 43.

<sup>2</sup> Predsokratiki, nav. delo, str. 79, frg. 93. Zoretov prevod je nekoliko drugačen: »Čas trajanja je otrok, ki se igra s kamenčki; kraljestvo otroka.« Heraklitos Efeški, nav. delo, str. 31, fragment (po Diels-Kranzevi numeraciji) 22 B 52; in H. Diels in W. Kranz, nav. delo, frg. 22 B 52, str. 385.

konom. Njegov razmislek je poveden: zapisal je namreč, da božji zakon vzpostavlja narava, človeški zakon pa *običaji*.<sup>3</sup> Še dobrega pol tisočletja pozneje je bilo enačenje prava z običaji tako samoumevno, da je Gracijan pravo opredelil kot »v pravni obliki zapisane in prevzete običaje« (*mores iure conscripti et traditi*).<sup>4</sup> Paradigmatičen primer (človeškega) prava je bil v tistem času običaj, ne pa predpis, ki bi ga postavil nosilec državne oblasti. Drug postanek nas popelje v pozno 19. in zgodnje 20. stoletje, kjer naletimo na bistveno drugačno razumevanje prava. Avtorji tistega časa razumejo pravo kot zapoved suverena.<sup>5</sup> Imperativno teorijo prava opredeljujeta dva ključna vidika razumevanja prava. Prvi se nanaša na *vsebino* prava, drugi na njegov *izvor*. Pravo po eni strani določa njegova vsebina: značilen primer pravnega pravila izraža zapoved ali prepoved.<sup>6</sup> Jedro prava je imperativ. Po drugi strani pa imperativ svojo vsebino in zavezujočo moč črpa iz dejstva, da ga na člane politične skupnosti naslavlja oseba, ki »ima moč«<sup>7</sup> nad njimi in ki jo lahko opišemo kot suverena.<sup>8</sup> Prav ta položaj daje njenim izjavam posebno kakovost, ki pravo razlikuje od, denimo, nasvetov ali dogovorov.<sup>9</sup> Paradigmatičen model prava je bil v tistem času bistveno drugačen: razumeli so ga kot enostransko zapoved državnega suverena, celotno teoretično premišljevanje o naravi prava pa se vrti okoli takega razumevanja prava. Hart, ki se je s pojmom prava ukvarjal kakšnih 130 let za Austinom, prepozna znova nekoliko drugačno jedro pravnega pojava. V času po »revoluciji človekovih pravic« je potreba po drugačni konceptualizaciji prava očitna. Razumevanje prava, ki bi gradilo zgolj na pojmu zapovedi in prepovedi, prezrlo pa pojem pravice, se zdi preseženo.<sup>10</sup> Pojem prava je treba na novo zasnovati tako, da bo sposobno zaobseči tudi pojem pravice. Hartov trajen prispevek je oblikovanje pojasnjevalnega modela, ki temelji na prepletu primarnih in sekundarnih pravil, pri čemer primarna pravila obsegajo dolžnosti, sekundarna pravila pa pravice in pravila o pristojnosti.<sup>11</sup> Čas

<sup>3</sup> Izidor: *Etymologiae* V, 2.

<sup>4</sup> *Decretum Gratiani D. I, c. 1* (prev. Sonja Capuder).

<sup>5</sup> Gre seveda za teorijo, ki jo najpogosteje povezujemo z Johnom Austinom (klasično mesto je npr. *The Province of Jurisprudence Determined*, str. 9–33). Vendar pa ne kaže pozabiti, da je pravo na zelo podoben način razumel že Jeremy Bentham (glej npr. njegovo delo *On Laws in General*, str. 1 *et passim*), pa tudi vrsta nemških avtorjev, npr. E. R. Bierling, nav. delo, str. 30 in nasl.

<sup>6</sup> Npr. J. Austin, nav. delo, str. 13–14, E. R. Bierling, nav. delo, str. 71–76, T. E. Holland, nav. delo, str. 22, ali, konec koncev, L. Petražitski, nav. delo, str. 46–49.

<sup>7</sup> J. Austin, nav. delo, str. 10.

<sup>8</sup> J. Bentham, nav. delo, str. 14.

<sup>9</sup> Pri racionalističnih naravnopravnih zato najdemo zanimive razprave o tem, kako se pravo razlikuje od nasveta ali obljube; npr. T. Hobbes, nav. delo: *Leviathan II*, 15, ali Thomas Hobbes: *The Elements of Law Natural and Politic*, I, 13, 5, Samuel Pufendorf: *De iure naturae et gentium* I, 6, 1-2, Samuel Pufendorf: *Elementorum iurisprudentiae universalis* I, Def. XI, 4.

<sup>10</sup> H. L. A. Hart, nav. delo, str. 27–33.

<sup>11</sup> Prav tam, str. 81. Prim. še M. D. Bayles, nav. delo, str. 58–64, in N. McCormick, nav. delo, str. 31–33.

torej spreminja in določa prevladujoče razumevanje prava, ki ga skuša pravna teorija nato osmisлити in teoretično razdelati.

Vpliv časa na vsebino prava se zdi samoumeven. Pravo je kljub svoji relativni avtonomnosti pojav, ki je podvržen družbenim dejavnikom. To je morda še najbolj očitno v točki njegovega nastajanja, kjer je vpliv empiričnih dejavnikov povsem očitno. Materialni pravni viri – celota kulturno-civilizacijskih, zgodovinskih, družbenih, ekonomskih, političnih in drugih dejavnikov – odločilno vplivajo na vsebino prava.<sup>12</sup> V točki porajanja prava je stik z empiričnim svetom, ki vključuje tudi časovno dimenzijo te resničnosti, povsem nesporen in nujen. Celo tiste pravne teorije, ki vztrajajo pri strogi ločenosti normativnega sveta prava od empiričnega sveta dejanskosti, priznavajo, da je ustvarjanje prava dejavnost, ki na neki način stoji zunaj sveta prava in je podvrženo drugačni logiki kot odločanje na podlagi tako nastalega prava. V resnici se pravna teorija s postopkom nastajanja prava, to uporabo »pred-pravnega razlogovanja«, kot ga je nekoč opisal Raz,<sup>13</sup> skorajda ne ukvarja. Jeremy Waldron je šel tako daleč, da je to odsotnost zanimanja pravne teorije za medigro družbenih interesov in zakonodajnega postopka, ki v moderni državi ustvarjajo pravo, pripisal prevladujočemu občutku o »nedostojanstvenosti zakonodaje«.<sup>14</sup> Pravo torej ohranja relativno ločenost od empiričnega sveta, a le tako dolgo, dokler v družbenih odnosih, ki naj bi jih pravo urejalo, ne pride do tako pomembnih sprememb, da te zahtevajo odziv v spremembi pravnega urejanja družbenih odnosov. Pravo je vsaj v tej točki tesno povezano z empiričnim svetom in potekom časa, ki vsak zase pomembno zaznamujeta to razsežnost človekovega obstoja. V tem lahko prepoznamo vsaj en vidik znane »normativne moči dejanskega«.<sup>15</sup> Težnja, da »dejansko povzdignemo v normalno«,<sup>16</sup> pa ni značilna le za postopek nastajanja prava. Dejansko ima moč, da se pravu vsili tudi po tem, ko je pravna norma že oblikovana in ima zavezujočo moč. Jellinekovo opažanje o normativni moči dejanskega se torej nanaša tudi na številne primere, ko empirična resničnost vpliva na pravna pravila in jih spreminja, ko so že sprejeta.<sup>17</sup>

In končno, v času se spreminja *razlaga* prava. Morda je ta vidik tisti, ki je za nepravnike najtežje razumljiv. Kako je mogoče, da se vsebina, ki ga istemu pravnemu pravilu daje sodišče, v času spremeni? Kako je npr. mogoče pojasniti, da je bila identična določba ameriške ustave, ki naj bi leta 1986 dopuščala inkri-

<sup>12</sup> M. Pavčnik, nav. delo, str. 231. Prim. še A. Ross, nav. delo (1929), str. 291.

<sup>13</sup> J. Waldron, nav. delo, str. 25.

<sup>14</sup> Prav tam, str. 7.

<sup>15</sup> G. Jellinek, nav. delo, str. 307 in nasl.

<sup>16</sup> Prav tam, str. 307.

<sup>17</sup> Prav tam, str. 309–310.

minacijo spolnih odnosov med osebami istega spola,<sup>18</sup> sedemnajst let pozneje razumljena kot podlaga za prepoved tovrstne inkriminacije?<sup>19</sup> Za fasado iste pravne določbe prihaja skozi čas do sprememb, ki so zdaj bolj, zdaj manj usodne ali daljnosežne. A pomembno je, da do spreminjanja pomena pravnih določb prihaja tako rekoč neprestano. Soglasje o obstoju tega pojava je skorajda vsesplošno, četudi je lahko njegovo vrednotenje povsem različno. Nekateri pravniki bodo v tem videli dokaz nenehnega odstopanja od (edine primerne) razlage, ki bi ohranjala pravilen pomen pravne določbe nespremenjen skozi čas. Scalia, denimo, v »prilagodljivosti«<sup>20</sup> ustavne razlage, ki naj bi jo zahtevala spreminjajoča se družba,<sup>20</sup> prepozna simptom povsem napačnega razumevanja sodniškega poslanstva. Cardozo, ki prav tako opaža spreminjajočo se razlago istih pravnih določb, v tem prepozna neizogibno nujnost, ki pravo uglašuje z duhom časa.<sup>21</sup> Najsi v tem prepoznamo preprosto dejstvo, ki je vredno pozornosti,<sup>22</sup> poslanstvo, ki bi ga moral sodnik zavzeto in predano izvrševati,<sup>23</sup> ali nastavke za diktaturo sodnikov,<sup>24</sup> v vsakem primeru gre za nesporno opažen in prepoznan pojav.

*Pojem prava, njegova vsebina in razlaga.* Trije vidiki, ki naj bi kazali, da je pravo v celoti podrejeno času.

## 2.2. Upiranje sponam časa: stremljenje k nadčasnosti prava

A na vsaki od teh ravni: na ravni *pojma* prava, njegove *vsebine* in *razlage*, je medigra prava s časom bolj zapletena in pomenljiva.

Pomislimo na idejo, pojem prava. Kljub njegovemu spreminjanju je ideja prava povezana s predstavo o nadčasovnosti, nespremenljivosti. Ideal prava je pravo, ki je immuno na vplive časa in je potemtakem večno in nespremenljivo. V psevdoplatoničnem dialogu Minos, ki je morda prvo sistematično spraševanje o pojmu prava, Sokrat zakon opredeli kot »odkritje bivajočega«.<sup>25</sup> Če se nam uspe dokopati do spoznanja tega, kar v resnici je, se človeški zakoni ne bodo spreminjali v prostoru in – kar je tu pomembneje – v času. »[L]judje, ki ne uporabljajo

<sup>18</sup> Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>19</sup> Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>20</sup> A. Scalia, nav. delo, str. 41.

<sup>21</sup> B. N. Cardozo, nav. delo, str. 83–86.

<sup>22</sup> V slovenskem prostoru je na ta pojav nemara prvi opozoril Pitamic; prim. njegovo razpravo Pravo in revolucija. Tiskovna zadruga, Ljubljana 1920, str. 12–14. Prim. še A. Stone Sweet, nav. delo, str. 915–918 in 926–927, ter J. Waldron, nav. delo, str. 12.

<sup>23</sup> Gre za t. i. sodniški aktivizem. Opredelitev tega pojma je izrazito težavna (za poglobljen poskus glej K. D. Kmiec, nav. delo, str. 1463–1476), očitno pa je, da ima poimenovanje navadno slabšalen podton.

<sup>24</sup> Prim. npr. še B. Rüthers, nav. delo, str. 76, kjer avtor opisuje možnost, da bi sodniki postali »Herren der Rechtsordnung«.

<sup>25</sup> Platon, Minos 315a.

vedno istih zakonov,« odgovori Sokrat svojemu sogovorniku, ki ne more razumeti, kako lahko naletimo na različne zakonodajne ureditve istih vprašanj, »[...] niso vedno sposobni odkriti, kaj hoče zakon.«<sup>26</sup> Ta človeška nezmožnost, da bi odkrili resnično pravo, nas vodi v nikoli zaključeno sosledje približkov, ki so le nepopolni odsevi pravnega prava. Oba vidika – večnost zakona kot poroštvo njegove pravilnosti in spremenljivost kot dokaz njegove nepopolnosti – sta v antiki pogosta. Sofoklejeva Antigona se v svojem zagovoru zakonov »spodnjih bogov«, ki ji nalagajo pokop padlega brata, sklicuje prav na njihovo večnost, privzdignjenost nad časnostjo, značilno za manj vredne zakone človeka: »Vem, da razglasim živlega človeka / nima moči, da omaje neomajne / in nenapisane bogov zakone. / Njih zakon ni od danes ne od včeraj, /na vek velja, nihče ne ve, od kdaj.«<sup>27</sup> Tesna povezava ideje prava z večnostjo se v poznejših obdobjih le še okrepi. Za Hrizipa, enega najpomembnejših stoiških filozofov, je izhodišče in merilo vseh človeških zakonov naravni zakon, merilo (*regula*) »*quae saeculis omnibus ante nata est*«. <sup>28</sup> *Logos*, kakor so stoiki poimenovali ta vseprežemajoči zakon, je večni,<sup>29</sup> kar so razumeli kot logično posledico njegove božanske narave. Stoiška ideja nespremenljivega zakona je pustila pomemben pečat tudi v Ciceronovi pravni misli. Njegova slavna opredelitev naravnega zakona, ki jo najdemo v spisu *Država*, poudarja prav nespremenljivost zakona v prostoru in času: »V Rimu ne bo drugačnega zakona kakor v Atenah, in prav tako tudi ne bo obstajal en zakon zdaj in drugi kasneje, temveč bo med vsemi narodi in v vsakem času veljal en zakon, ki je večni in nespremenljiv.«<sup>30</sup>

Stoiška filozofija je imela močan vpliv na nastajajočo krščansko razumevanje prava.<sup>31</sup> A tudi sicer je zasnova krščanskega razumevanja sveta že sama po sebi spodbujala predstavo, da je Bog, ki je večni<sup>32</sup> in nezmotljiv, postavil zakone, ki so prav tako večni in nespremenljivi, kot je on sam. Avguštin zakon, ki ga postavi Bog, opiše kot večni zakon,<sup>33</sup> temu pa sledi tudi Tomaž Akvinski<sup>34</sup> in za njim domala vsi krščanski avtorji, ki so premišljevali o naravi zakona in prava. Čeprav se motiv večnosti kot dokaza o pravilnosti v času racionalizma umakne v ozadje, pa je prepričanje, da je trajnost porok pravilnosti, ostalo v pravni misli globoko zakoreninjeno. Tako lahko v zgodovini vedno znova naletimo na poskuse, da bi pravu skušali vsiliti idejo večnosti ali pa vsaj ustvariti privid nespremenljivo-

<sup>26</sup> Platon, *Minos* 315a-b.

<sup>27</sup> Sofokles, *Antigona* 454–458.

<sup>28</sup> Hrizip, *Stoicorum veterum fragmenta* III, 315.

<sup>29</sup> Arhedem iz Tarza, *Stoicorum veterum fragmenta* III, 12.

<sup>30</sup> Cicero, *De re publica* III, 22.

<sup>31</sup> E. Spektorski, nav. delo, str. 82 in nasl.

<sup>32</sup> Npr. Iz. 40, 29 in DanD 3,42.

<sup>33</sup> *De libero arbitrio* I. 15.

<sup>34</sup> *Summa theologiae Ia IIae, qu. 91, 1.*

sti. Demosten tako denimo poroča o navadi med Lokrijci, dorski skupnosti na jugu Italije, da je moral predlagatelj zakonske spremembe nastopiti z zanko okoli vratu.<sup>35</sup> Če je bil njegov predlog sprejet, je ostal živ, če ni bil sprejet, so zanko zadržali, predlagatelj pa je zapustil ta svet. Iluzijo o nespremenljivosti prava ali boljše, privid take nespremenljivosti, so gojili tudi v klasični kitajski kulturi, kjer so zaporedne cesarske dinastije skoraj brez sprememb prevzemale zakonike prejšnjih dinastij, celo tedaj, ko niso imele želje ali možnosti, da bi jih dejansko udejanjale.<sup>36</sup> Danes smo se morda nekoliko otresli predstave o tem, da je resnično pravo večno in nespremenljivo, a še vedno smo prepričani, da je vsaj *pretirano hitro* spreminjanje prava nezaželeno.<sup>37</sup>

Čeprav je predstava o absolutni nespremenljivosti ideje prava nepovratno zapisana zgodovini, pa se skušnjava, da bi pravo ohranjali kar se da nespremenjeno, kaže na bistveno bolj diskretni ravni *razlage prava*. Sodniškega odločanja seveda nikoli ni mogoče zvesti le na ponavljanje besed zakona. Nesporen ustvarjalni vložek sodnika – ki pa je kdaj lahko res zanemarljivo majhen – opravičuje oceno, da sodniki pravo v zdaj večji, zdaj manjši meri tudi ustvarjajo. A kljub temu je dovršen del zgodovine moderne pravne misli prevladovala predstava, da mora biti sodniško odločanje strogo vezano na zakon in da je v sodnikovi ustvarjalnosti mogoče prepoznati zametke samovolje, ki spodkopava pravno varnost in predvidljivost.<sup>38</sup> Tako razumevanje ni značilno le za kontinentalne pravne rede. Bistveno daljšo tradicijo ima tako gledanje v angleškem pravnem redu. Deklaratorna teorija *precedensa* uči, da je sodnikova odločitev, ki navidez ustvari novo pravno pravilo – pravzaprav le razkritje pravila *common law*, ki je obstajalo že ves čas in ga sodnik le odkrije.<sup>39</sup> Gre za miselno tradicijo, ki ji lahko sledimo vsaj v 17. stoletje<sup>40</sup> in ki je tako za dobro stoletje prehitela razvpito Montesquieujevo misel, da bi sodnik moral le »izgovarjati besede zakona«. <sup>41</sup> Še bolj zanimivo pa je nemara to, da sodniki sami svoje dejavnosti ne *predstavljajo* kot ustvarjanje

---

<sup>35</sup> Demosten, Proti Timokratu 139.

<sup>36</sup> G. MacCormack, nav. delo, str. 45–48.

<sup>37</sup> Fuller, denimo, prepoved pretirano pogostega spreminjanja prava uvršča med zahteve notranje moralnosti prava; prim. nav. delo (2015), str. 154–155. Sledi hrepenenja po večnosti prava se še vedno kažejo v tem, da je vsaj načeloma veljavnost predpisov časovno neomejena; prim. G. Winkler, nav. delo, str. 241. Pravne določbe o sebi govorijo, kot da so večne; prim. G. Husserl, nav. delo, str. 20.

<sup>38</sup> Prim. npr. R. Ogorek, nav. delo, str. 39–49.

<sup>39</sup> R. Cross in J. W. Harris, nav. delo, str. 27–34, in N. Duxbury, nav. delo, str. 39–45.

<sup>40</sup> V mislih imam uglednega sodnika lorda Cokea, ki je v svojih *Institutes of the Lawes of England* iz leta 1628 zagovarjal tako razumevanje sodnikove vloge; prim. L. J. Strang, nav. delo, str. 449. Nekateri avtorji prve sledi takega razumevanja iščejo že nekaj stoletij pred tem, prim. S. Lobinger, nav. delo, str. 967–969.

<sup>41</sup> C.-L. Montesquieu, nav. delo, II, 11, 6, str. 163.

novega prava. V sodbah navadno ne beremo, da se je sodišče odločilo zakonski določbi dati določen pomen, ki ga prej ni imela. Svojo odločitev predstavijo kot *odkrivanje* pravega pomena, ki bi ga določba morala imeti že ves čas. Ta pronicljiv uvid dolgujemo Dworkinu,<sup>42</sup> ki ga je uporabil kot eno od opornih točk svoje teorije, s katero je to sodniško samorazumevanje želel potrditi. Dworkin v svojem prizadevanju, da bi teorijo in prakso sodniškega odločanja pripravil do tega, da bi uvideli resnično naravo sodniškega odločanja v odkrivanju prava, ni bil osamljen. V ameriškem prostoru je nepričakovanega zaveznika našel v teoriji izvornega pomena (*originalism*), ki z njim deli ideal sodnika, ki prava ne ustvarja, temveč odkriva.<sup>43</sup> Danes je preprosto pokazati na napačnost takega razumevanja sodniškega odločanja. Še preprosteje je ponavljanje krilatic, da tak odnos sloni na »praznovrnem odporu do sprememb«<sup>44</sup> ali »otroški fikciji«,<sup>45</sup> s katero skušamo prikriti resnično naravo sodniškega dela. Vendar nas to odvrta od tega, da bi za teorijami in razlagami prepoznali temeljno človeško težnjo po nespremenljivem pravu – če že ne gre na ravni ideje prava, pa vsaj na ravni postavljenega prava.

### 2.3. Čas, ki spreminja pravo

Kolikor skušamo na ravni ideje prava ubežati vplivu časa, se na ravni vsebine pokaže, da to ni mogoče. Ob tem ne mislim le na neizbežnost postopnega prilagajanja vsebine prava družbenim spremembam, dejstvu, ki ga je naše Ustavno sodišče privzdignilo na raven podnačela pravne države.<sup>46</sup> *Zavestno* odzivanje pravodajnih organov na družbeno resničnost ni nič novega. Bolj zanimivi so tisti primeri, kjer se vpliv časa pravu vsili sam in premakne tisto ločnico, ki loči pravo od neprava. Potek časa ima kdaj moč, da pravo spremeni v nepravo in nepravo v pravo.

Institut zastaranja ponuja nazorno ilustracijo, kako lahko potek časa spreminja ločnico med pravno dopustnim in pravno nedopustnim. Zakonita možnost, da po

<sup>42</sup> R. Dworkin, nav. delo (1978), str. 81; nav. delo (1986), str. 90. V obeh primerih sooča pravni pozitivizem, ki o tej sodniški samopodobi dvomi, in svojo teorijo, ki potrjuje prepričanje sodnikov, izraženo s takim načinom opisovanja svojega dela. Deklaratorna teorija prava ostaja vsaj za nekatere avtorje še danes prepričljiva; prim. B. Zamulinski, nav. delo, str. 175–182, in A. Beever, nav. delo, str. 425–430 ter 439–441.

<sup>43</sup> Na tej povsem načelni ravni se podobnost med tema dvema teorijama o razlagi prava seveda konča.

<sup>44</sup> H. Sumner Maine, nav. delo, str. 26.

<sup>45</sup> J. Austin, nav. delo, str. 634. Za še nekoliko strožje ocene te človeške potrebe glej J. Frank, nav. delo, str. 35–45.

<sup>46</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-69/03 z dne 20. 10. 2005, točka 7: »Zakonodajalec namreč nima samo pravice, temveč tudi dolžnost, da zakonodajo spreminja, če to narekujejo spremenjena družbena razmerja.«



sodni poti uveljavljam pravico, s potekom časa ugasne.<sup>47</sup> Tisto, kar je še danes pravno dopustno in pravno varovano, ostane jutri zunaj prava. V civilnem pravu je uresničitev take obveznosti prepuščena dobri volji dolžnika, ki lahko svojo naturalno (ne pa pravno) obveznost izpolni, če želi. Pravo v teh primerih časovno omeji pravno uveljavljanje določene za stranko pravnega razmerja neugodne pravne možnosti. V ozadju torej ni toliko prizadevanje za »pravni mir«,<sup>48</sup> temveč želja po omejevanju pravne negotovosti, v kateri se oseba nujno znajde, in spodbuda imetniku zahtevka, da ga razmeroma hitro uveljavi. Podoben vpliv časa je značilen tudi za prekluzijo, institut civilnega prava, kjer pa ne ugasne le možnost, da pravico uveljavljam, temveč pravica sama.<sup>49</sup> Potek časa torej lahko sam po sebi spremeni pravni položaj oseb v pravnih razmerjih in odvzame tiste pravne možnosti, ki jih pravni red daje.<sup>50</sup> Pravo s potekom časa preneha biti pravo.

Potek časa pa lahko doseže tudi, da se nepravdo spremeni v pravo. Zgovorno ponazoritev tega procesa nam ponuja institut priposestovanja. Sprva protipravno posedovanje določene stvari bo – ob izpolnjevanju določenih pogojev<sup>51</sup> – postalo pravno dopustno. Nezakonita posest določene premičnine ali nepremičnine se bo s potekom časa spremenila v zakonito lastninsko pravico. Tudi tu lahko opazimo enako težnjo po zagotavljanju preglednih in predvidljivih pravnih položajev. Razlika je le v tem, da v primeru zastaranja in prekluzije nosilec določene pravne možnosti opusti dejanja, ki bi vodila k oblikovanju novega – zanj ugodnega – pravnega položaja, v primeru priposestovanja pa opusti dejanje, ki bi doseglo ohranitev zanj ugodnega stanja. Opuščanje možnosti pravnega uveljavljanja posestnega varstva vodi k izgubi lastninske pravice. Tudi tu je ključen potek časa.<sup>52</sup> Če določeno protipravno stanje traja dovolj dolgo, pravo pripozna dejansko stanje kot pravno.

Podobna zakonitost – *si licet parva componere magnis* – velja tudi na ravni celotnega pravnega sistema. Uspešna revolucija, ki je že po naravi stvari proti-

<sup>47</sup> V slovenski civilnopravni teoriji glej npr. J. Štempihar, nav. delo, str. 270 in nasl. (ki še vedno obravnava kot odprto vprašanje, ali s tem izgubimo pravico ali zahtevke), S. Cigoj, nav. delo, str. 406 in nasl., M. Juhart, nav. delo (2016), str. 225, in M. Damjan, nav. delo, str. 171. Za kazenskopravne vidike zastaranja, ki obsegajo zastaranje kazenskega pregona in zastaranje izvršitve kazni, glej L. Bavcon, A. Šelih et al., nav. delo, str. 514 in nasl.

<sup>48</sup> M. Brus, nav. delo, str. 343.

<sup>49</sup> M. Juhart, nav. delo (2016), str. 232.

<sup>50</sup> Morda le drobna opomba: to je seveda mogoče le, če pravo tako možnost predvidi samo. Prav tako je mogoče, da možnost zastaranja odreče (prim. npr. člen KZ-1).

<sup>51</sup> Člena 43 in 44 Stvarnopravnega zakonika (Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13). Glej tudi A. Vlahek, nav. delo, str. 310–315, in M. Juhart, nav. delo (2011), str. 7–12.

<sup>52</sup> Ana Vlahek (nav. delo, str. 309) ugotavlja, da je institut namenjen »spremembi dovolj časa obstoječega dejanskega stanja v pravnega«.

pravna, se bo s potekom časa uveljavila kot legitimen vir novega pravnega reda.<sup>53</sup> Če bo revolucija uspešna, če torej »dejansko vedenje ljudi ne ustreza več staremu [pravnemu redu]«,<sup>54</sup> nastane nov pravni red, ki nadomesti starega. Kelsen je pravno utemeljitev tega procesa poiskal v načelu učinkovitosti mednarodnega prava, ki kot dejansko obstoječe države priznava tiste, ki učinkovito izvajajo oblast na določenem ozemlju, ne glede na način njihovega nastanka.<sup>55</sup> Povedano v drugačnem jeziku: učinkovitost pravnega reda poraja njegovo veljavnost (v smislu njegove zavezujoče moči). A vse prepogosto je pozornost pravne filozofije usmerjena na medigro moči in prava. Revolucija vsekakor pomeni uveljavljanje gole moči nasproti pravu<sup>56</sup> (ki je lahko kdaj tudi krivično, revolucija pa moralno upravičena). Vendar pojem učinkovitosti v sebi skriva nesporno časovno razsežnost. Novopostavljena oblast ter pravo, ki ga ustvarja, morata prestati preizkus časa. Če se revolucionarjem ne bo uspelo vzpostaviti kot dejanska pravodajna oblast, bo njihova oblast mrtvorojena, pravna utemeljenost spodnesenega pravnega reda pa ohranjena. Če se bo – po drugi strani – izkazalo, da je revolucionarna oblast novi red sposobna ne le vzpostaviti, temveč tudi ohranjati, smo priča vzniku novega pravnega reda.<sup>57</sup> »Normativna moč dejanskega« znova prevlada nad pravnim.<sup>58</sup>

V vseh teh primerih se čas vsili pravu in ga izrine: čas torej premaga pravo in na neki način potrdi prevlado dejanskega nad pravnim.

## 2.4. Časovne razsežnosti sodniškega odločanja

Nič manj zanimiv ni preplet časovnih dimenzij pri razlaga prava. Grossfeld ne nekem mestu pravi, da ima klasična delitev oblasti hkrati tudi idealnotipsko časovno razsežnost: zakonodaja naj bi se posvečala prihodnosti, izvršilna veja sedanjosti, sodna veja oblasti pa preteklosti.<sup>59</sup> Čeprav ima tako pripisovanje časovnih dimenzij trem vejam oblasti vrlini elegantnosti in simetrije, pa ni povsem prepričljivo. Sodna veja oblasti se v resnici ukvarja s primeri, ki so nepovra-

<sup>53</sup> Prim. H. Kelsen, nav. delo (2005), str. 64; nav. delo (1945), str. 117; in nav. delo (1960), str. 213. Za poglobljeno razpravo o vplivu revolucije na (dis)kontinuiteto pravnega reda glej H. Dreier, nav. delo, zlasti str. 807–831 (kjer opisuje zanimivo razpravo o tem pravnem problemu v nemškem prostoru po prvi svetovni vojni).

<sup>54</sup> H. Kelsen, nav. delo (2005), str. 64.

<sup>55</sup> H. Kelsen, nav. delo (2005), str. 66–67; nav. delo (1945), str. 121; nav. delo (1960), str. 221–222. Za mednarodnopravni vidik glej J. Crawford, nav. delo, str. 37–89, in D. Türk, nav. delo, str. 88.

<sup>56</sup> Npr. G. Radbruch, nav. delo, str. 117–118.

<sup>57</sup> Enako spoznanje lahko ubesedimo tudi na nekoliko bolj (po mojem razumevanju) pesimističen način: »Pravo je in ostaja plod (*Kreatur*) vsake na določen način vzpostavljene moči. Niso paragrafi tisti, ki vzpostavljajo moč, temveč je moč tista, ki vzpostavlja paragrafe.« F. Somló, nav. delo, str. 119.

<sup>58</sup> Prim. zgoraj, op. 15.

<sup>59</sup> B. Grossfeld, nav. delo, str. 213.

tno zapisani preteklosti.<sup>60</sup> A njena dejavnost poteka ob upoštevanju sedanjosti in prihodnosti. Sodno odločanje je vedno znova uglaševanje včerajšnjega prava s potrebami današnjega dne. Umeščeno je v sedanji trenutek in od sodnika zahteva, da besedilo splošnega pravnega akta razume danes, in ne da rekonstruira razumevanje zgodovinskega zakonodajalca.<sup>61</sup> Vendar se mora hkrati zavedati tudi razsežnosti prihodnosti, saj vsaka sodna odločitev kot del sodne prakse vpliva tudi na prihodnost. Sodniško odločanje je tu podobno seizmografski igli, ki lahko z drobnimi premiki naznanja morebitne bližajoče se tektonske premike.

Odzivnost prava na čas se zato morda najintenzivneje – a tudi najmanj očitno – kaže prav pri sodniškem odločanju. Najbolj intenzivno zato, ker se v točki sodniške odločitve združujejo perspektive preteklosti, sedanjosti in prihodnosti. Sodnik mora pri reševanju konkretnega primera, ki je nepovratno zapisan preteklosti, odločati na podlagi zakona, ki ga je ustvaril zakonodajalec, zazrt v prihodnost, vendar je pri tem sam vedno umeščen v sedanjost, ki daje ton njegovemu razumevanju zakona, in zavezan prihodnosti, ki jo sooblikuje.

Paradoks se skriva v tem, da se to intenzivno soočanje različnih časovnih perspektiv – in s tem povezane različne vrste pravnih pravil, ki nastajajo<sup>62</sup> – skriva za fasado nespremenjenega abstraktnega pravila, na katerega se sodba navadno opira. Še tako ustvarjalna razlaga se vedno skuša predstaviti kot *razlaga*, torej kot drugačno, a pravilnejše razumevanje predmeta razlage, ki ostaja nespremenjen. Ponovno smo soočeni s poskusom, da bi podvrženost prava času prikrili in pravo predstavili kot (relativno) večno in nespremenljivo.

---

<sup>60</sup> Tudi sicer ločnice niso postavljene povsem prepričljivo. Zakonodajalec prihodnost vedno ureja v senci preteklih izkušenj, izvršilna veja oblasti pa je vedno razpeta med prihodnostjo, ki jo ureja s splošnimi predpisi, in preteklostjo, o kateri odloča na podobno večrazsežnosten način, kot opisujem pri sodni veji oblasti. Prim. še H. Kelsen (1945), str. 255–256 in 269 in nasl. (ki dejavnost izvršilne veje oblasti izenačuje delno z zakonodajno dejavnostjo in delno s sodno).

<sup>61</sup> Ob strani puščam stališča sodobne ameriške smeri razlage prava – *originalism* (v obeh inačicah: teoriji izvirnega namena (*original intent*) in teoriji izvirnega pomena (*original meaning*)) – ki od sodnika zahteva prav to. Teorija se na splošno ne zdi povsem prepričljiva. Za splošno predstavitev tega pristopa k razlagi prava glej npr. S. A. Barber in J. E. Fleming, nav. delo, poglavji VI in VII.

<sup>62</sup> Eugenio Bulygin trdi, da se v sodbi skriva tako (zametek) ene ali več splošnih norm (umeščenih v obrazložitev) kot tudi posamična norma, zaobsežena v izreku (na tej točki avtor sicer predstavi bolj razčlenjeno razumevanje, ki ga morda tu ni treba v celoti povzeti); E. Bulygin, nav. delo (2010), str. 124–125. Da sodnik ustvarja pravo, je (med drugimi) sicer prepričljivo pojasnil Kelsen v svoji Čisti teoriji prava (2005), str. 73–74 in 82–83.

### 3. ČAS V PRAVU

#### 3.1. Pravo, ki vlada času?

Zdi se torej, da je pravo igrača časa, ki ga zaznamuje in oblikuje tudi proti njegovi volji. Pa je torej vpliv res vedno le enosmeren? Ali pa skuša tudi pravo, tako kot nakazuje odlok atenske skupščine, ki prepoveduje že sam spomin na preteklost, vladati času? Je to sploh možno? To je po eni strani odvisno od našega razumevanja prava in po drugi strani od našega razumevanja časa.

#### 3.2. Razumevanje prava

##### 3.2.1. Ustvarjanje resničnosti s pravom

Merkel-Kelsnova teorija o stopnjovitosti prava nas uči, da pravo samo določa način svojega ustvarjanja.<sup>63</sup> A zdi se, da pravo določa še mnogo več od tega. Ne ustavi se pri tem, da bi določalo *postopek*, v katerem nastajajo nova pravna pravila. Določa tudi vsebino razmerij, ki se jih odloči opredeliti kot pravna. A pri tem pravo ni podobno zrcalu, ki le posname naravna dejstva iz empiričnega sveta okoli sebe. Empiričnim, »grobim« dejstvom, kot bi jih opisal Searle,<sup>64</sup> pripiše določen *pomen*. In prav mogoče je, da se bo – iz tega ali onega razloga – pomen, ki ga koščku resničnosti pripiše pravo, razlikoval od tistega, ki ga temu istemu koščku resničnosti pripišemo običajni ljudje, znanost ali zdrava pamet.

Mikavnost tega, da lahko z avtoriteto prava podpremo »znanstveno« ugotovitev, je tako leta 1897 predstavniški organ ameriške zvezne države Alabama pripeljala na rob tega, da bi se zapisal v zgodovino (vsaj zgodovino matematike in prava). Na prigovarjanje učenjaka dvomljive kakovosti je član tega organa v postopek vložil predlog zakona, ki bi matematični konstanti  $\pi$  pripisal vrednost 4 oziroma vrednost 3,2.<sup>65</sup> Spodnji dom je predlog zakona sprejel, senat pa je po razpravi njegovo obravnavanje preložil za »nedoločen čas«. Damoklejev meč prava v Indiani tako morda še vedno visi nad konstanto  $\pi$ . Del prava pa je postala ugotovitev, ki jo je sprejelo predstavniško telo ameriške zvezne države Wyoming. Pravno zavezujoče dejstvo je leta 1927 postala ugotovitev, da je vzpon Williama O. Owena, Franklina S. Spauldinga in Franka L. Petersona »prvi vzpon, ki je bil

<sup>63</sup> Prim. M. Pavčnik, nav. delo, str. 229.

<sup>64</sup> J. R. Searle, nav. delo (1984), str. 50–52.

<sup>65</sup> Vrednost te konstante je, kot vemo, 3,14159265358979323846 ... Celotno zgodbo opisujeta W. E. Edington v razpravi House Bill no. 246, Indiana State Legislature, 1897, nav. delo, str. 206–210, in A. E. Hallerburg v razpravi House Bill No. 246 Revisited, nav. delo, str. 390–394.

kadarkoli opravljen na to slavno goro«. <sup>66</sup> Včasih pa je tako prikrojevanje »empirične resničnosti« bolj razumljivo. Tako lahko razumemo, zakaj je – vsaj za ameriško zvezno državo New York in za nekaj časa – kit postal riba. V zadevi *Maurice v. Judd* <sup>67</sup> je namreč porota ugotovila, da je treba tudi kitovo olje umestiti v kategorijo ribjega olja in ga zato podvreči inšpekcijskemu nadzoru. Kit za potrebe prava torej ni bil več sesalec, temveč je postal riba. <sup>68</sup>

Vendar pa bi se bilo preveč preprosto osredotočiti le na tiste primere, kjer ta zmožnost prava ustvarja rahlo komične učinke. Gre pravzaprav za temeljno lastnost prava, ki ji kaže nameniti več pozornosti. Pravo s pripisovanjem pomena ustvarja ločeno razsežnost, ki se razlikuje od empirične resničnosti. <sup>69</sup> Dogovor med dvema osebama postane pogodba, udarec lahko postane kaznivo dejanje, človek postane fizična oseba, skupina oseb ali določeno premoženje pa pravna oseba. Pravo na tak način vzpostavlja ločeno dimenzijo resničnosti, v kateri zakonitosti obstoja in delovanja določa pravo samo. Pri tem ne gre za osamljene in nenavadne primere, temveč za mehanizem, s katerim se vzpostavljajo temeljni obrisi pravnega sistema. Pravo tako samo določa, kdo bo pravni subjekt. Pravna subjektiviteta je lahko priznana človeškim bitjem, lahko pa so nekatera med njimi samovoljno izključena iz te kategorije. <sup>70</sup> V različnih časovnih obdobjih je bila pravna subjektiviteta priznana živalim (sicer pretežno zaradi uveljavljanja kazenske odgovornosti). <sup>71</sup> Prav tako danes ni več nepredstavljivo, da bi pravno subjektiviteto podelili neživi naravi. V zadnjem času se pozivi k takemu reševanju naravovarstvenih zadreg množijo. Leta 2014 je novozelandski parlament s posebnim zakonom podelil pravno subjektiviteto območju *Te Urewera*, ki je bilo dotlej naravni park, <sup>72</sup> marca 2017 pa še reki *Whanganui*. <sup>73</sup> Na podoben način lahko pravo doseže, da določena pravna dejanja niso pravno upoštevana. Dejansko sklenjena

<sup>66</sup> Cit. po W. R. Rutledge, nav. delo, str. 343.

<sup>67</sup> 3 American State Trials 603 (1818).

<sup>68</sup> Pri tem ne kaže prezreti, da je oznaka kita kot »sesalca« prav tako umetna kot pravna kvalifikacija kita za »ribo«. Druga skupina oseb bi isto »grobco« dejstvo opisala kot *pisces* ali kot *Fisch* ali kot *pesce*.

<sup>69</sup> Podobno gl. H. Kelsen, nav. delo (2010), str. 995, in H. Kelsen (2005), str. 20–22. Gre seveda za tisti čas, ki ga »izraža« pravo, za »pravni čas«; prim. E. Opocher, nav. delo, str. 130.

<sup>70</sup> V mislih imam seveda institut suženjstva, vendar so tudi druge osebe (npr. ženske, tujci) kdaj uživale zelo okrnjeno pravno subjektiviteto.

<sup>71</sup> Za opis konkretnega primera sojenja podganam glej H. L. Carson, nav. delo, str. 410–411. Za celovitejši pregled glej E. P. Evans, nav. delo, zlasti I. poglavje.

<sup>72</sup> Glej 11. člen Zakona o *Te Ureweri* (*Te Urewera Act 2014*). Prim. še G. J. Gordon, nav. delo, str. 51–52.

<sup>73</sup> Prvi odstavek 14. člena Zakona o *Te Awa Tupui* (*Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*). Prim. še E. C. Hsiao, nav. delo, str. 373–374. Kot kaže, bo novozelandski parlament pravno sposobnost kmalu priznal še gori Taranaki.

nična pogodba denimo pravno ne obstaja.<sup>74</sup> Protiustavni podzakonski predpisi se lahko odpravijo, kar povzroči »ničnost predpisa«. <sup>75</sup> Protipravna dejanja tudi sicer načeloma ne morejo porajati pravnih učinkov. *Ex inuria ius non oritur*. Pravo lahko prezre tudi obstoj določenih dejstev. Npr. protipravno pridobljenih dokazov, ki se iz spisa izločijo in obravnavajo kot neobstoječi.<sup>76</sup> Pravo je torej sposobno na več mestih prikrojivati resničnost svojim potrebam, prezreti dejstva, ki v resnici obstajajo, pozabiti na pravne posle, ki so bili v resnici sklenjeni, izbrisati dokaze, ki so bili zbrani, ali zamižati pred pravnimi akti, ki so svoj čas ne le zavezovali, temveč tudi ustvarjali pravne učinke.

Nič drugače ni s časom. Ko čas vstopi v svet prava, običajno, zdravorazumsko razumevanje časa ne drži več popolnoma. Čas denimo teče drugače. Roki – časovno obdobje, v katerem moramo nekaj storiti ali ki mora preteči, da nastopi določena pravna posledica – v svetu prava ne *začnejo teči* s trenutkom, ko nastopi pravno relevantna okoliščina, temveč dan za tem.<sup>77</sup> Pravo določi, da se je dogodek zgodil z začetkom prihodnjega dne. Prav tako pravna pravila določajo *drugačno štetje časa*. To navadno ne poteka po običajnih časovnih enotah, kot so sekunde, minute ali ure – štetje, ki ga pravna teorija opisuje kot *computatio naturalis*, temveč po dnevih, kar opišemo kot *computatio civilis*.<sup>78</sup> A dan ni enak dnevju. Določeni dnevi ne štejejo. V starem Rimu so bili to *dies nefasti*, na katere sodni in zakonodajni organi niso smeli opravljati svojega dela. Danes so to dela prosti dnevi in prazniki, ki jih lahko – čeprav se to redko zgodi – izključimo iz štetja časa (*utile tempus*, ne pa *tempus continuum*). Izjema so zadnji dnevi rokov.<sup>79</sup> Če ti padejo na enega izmed prostih dni, se rok avtomatično podaljša. Tudi tu pravo določi, kako naj teče (pravno relevanten) čas. Ob drugih priložnostih

<sup>74</sup> A. Polajnar Pavčnik, nav. delo, str. 179–182. Avtorica navaja mnenje teoretikov, da je ničnost »negacij[a] pravne eksistence« (str. 179). Slovensko pravo, podobno kot drugi pravni sistemi, seveda pozna vrsto izjem od tega načela.

<sup>75</sup> F. Grad, I. Kaučič, S. Zagorc, nav. delo, str. 596. Ali, povedano drugače, odpre se možnost, da se odpravijo škodljive posledice, ki so nastale z izvrševanjem predpisa v času njegove veljavnosti; prim. J. Sovdat, nav. delo, str. 155.

<sup>76</sup> Za izločitev dokazov v pravnem sistemu ZDA Katja Šugman Stubbs nazorno navaja, da taki dokazi za poroto, ki vsebinsko odloča o krivdi storilca, »ne obstajajo«. Smisel izločitve dokazov, nadaljuje, je v tem, da »se z njimi ne seznanjajo tisti, ki vsebinsko odloča o zadevi« (glej nav. delo, str. 251; več o namenu in smislu tega instituta glej prav tam, str. 251–263).

<sup>77</sup> Npr. prvi odstavek 62. člena Obligacijskega zakonika: »Rok, določen v dnevih, začne teči prvi dan po dogodku, od katerega se računa, konča pa se z iztekom zadnjega njegovega dneva.«

<sup>78</sup> Prim. npr. V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 246–7, in J. Juhart, nav. delo, str. 213 (torej štetje *a die ad diem*, in ne *a momento ad momentum*). Vendar, kot opozarja Winkler, gre za »pravne dneve«; prim. G. Winkler, nav. delo, str. 51–52.

<sup>79</sup> Npr. drugi odstavek 101. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (Ur. l. RS, št. 24/06, s spremembami in dopolnitvami), četrti odstavek 111. člena Zakona o pravnem postopku (Ur. l. RS, št. 73/07, s spremembami in dopolnitvami) ali četrti odstavek 88. člena Zakona o kazenskem postopku (Ur. l. RS, št. 32/12, s spremembami in dopolnitvami).

pravo določa, da se čas šteje dvojno, kot npr. v Zakonu o žrtvah vojnega nasilja, ki določa, da se čas, prebit v koncentracijskem taborišču ali zaporu, taboriščnikom »prizna kot posebna doba v dvojnem štetju«. <sup>80</sup> Ali pa, da se leto šteje za leto in pol pokojninske dobe, če delo poteka v posebej težavnih pogojih. <sup>81</sup> Včasih se v pravu že 16 dni šteje za cel mesec, kot to določa že omenjeni Zakon o žrtvah vojnega nasilja. <sup>82</sup> Pravo spreminja tudi *potek časa*, ne samo njegovo štetje. V določenih primerih pravni čas preneha teči. Če nastopijo določene okoliščine, lahko pride do *zadržanja zastaranja*. V tem primeru se čas v svetu prava ustavi in ne teče tako dolgo, dokler razlog za zadržanje ne izgine, <sup>83</sup> nato pa znova teče od časovnega trenutka, ki ga je že doseglo. Posledica pretrganja zastaranja je, da začne rok teči znova. Pravo nas vrne na časovno točko, kjer smo bili, še preden je rok začel teči. <sup>84</sup> Retroaktivna pravila v svetu prava povzročijo spremembo zgodovine – štejemo namreč, da je določen pravni akt imel pravne učinke v času, ko dejansko še ni obstajal. Pravo torej lahko kolo časa obrne nazaj.

### 3.2.2. Pravno pravilo kot shema za razumevanje resničnosti

Kako je mogoče, da si pravo lasti tako oblast nad časom? Če na pravo gledamo samo kot na *vedenjska pravila*, je razlaga tega pojava težavna. Zakon, ki retroaktivno opredeli določeno ravnanje za prepovedano, zagotovo ne želi vplivati na vedenje storilcev takih ravnanj. Nanj lahko gledamo kot na neljub odklon (kar brez dvoma je), lahko pa mu priznamo tudi določeno ekspresivno, izrazno vlogo. <sup>85</sup> Zakonodajalec želi poudariti, da je bilo določeno dejanje pravno nedopustno že v času, ko je bilo storjeno, čeprav zakon morda tega ni izrecno določal. <sup>86</sup> To doseže tako, da v svetu prava fingira obstoj zakona v času, ko ga dejansko še ni bilo. Vendar je ta primer dokaj izjemen. Kako naj torej razumemo druga pravna pravila, ki določajo svojski potek časa? So to vedenjska pravila? Ali so pravila o teku rokov ali o tem, da se delovna doba šteje drugače, res napotki, kako naj se posamezniki vedejo?

---

<sup>80</sup> Prvi odstavek 13. člena Zakona o žrtvah vojnega nasilja (Ur. l. RS, št. 18/03, s spremembami in dopolnitvami).

<sup>81</sup> Prvi odstavek 2. člena Zakona o delovnih mestih, na katerih se zavarovalna doba šteje s povečanjem (Ur. l. SFRJ, št. 17/68, 20/69 in 29/71).

<sup>82</sup> Določba šestega odstavka 13. člena se glasi: »Za polni mesec šteje, če je [vojno] nasilje trajalo več kot 15 dni.«

<sup>83</sup> Npr. B. Strohsack, nav. delo, str. 229–230.

<sup>84</sup> B. Strohsack, nav. delo, str. 136–140, in M. Juhart, nav. delo (2016), str. 230–232.

<sup>85</sup> Bolj razčlenjeno glej C. Sunstein, nav. delo, str. 2024–2028.

<sup>86</sup> Avtentična razlaga je – gledano teoretično – v pomembni meri izraz natančno takega zakonodajalčevega prepričanja, ki v morebitni drugačni sodni razlagi vidi izkrivljanje svojega izvirnega namena.



Na neki način bi bilo zelo nenaravno, če bi o teh pravnih pravilih premišljevali na tak način. Zagotovo pravna pravila te vrste posredno vplivajo na vedenje posameznikov. Pravila o zadržanju zastaranja lahko vplivajo na to, kdaj se bo *posameznik* odločil uveljavljati svojo pravico. Prav tako kot lahko določbo, da se že večji del meseca, prebitega v koncentracijskem taborišču, pri določanju pokojninske dobe šteje za cel mesec, razumemo kot napotek *uradniku*, ki bo izračun opravil. Vendar o teh pravilih običajno ne premišljujemo na tak način. Razumemo jih kot pravila, ki določajo, kako štejemo in razumemo čas v pravu. Tako so – pa čeprav ta argument ne more biti odločilen – oblikovana tudi nomotehnično.<sup>87</sup> Način, kako o teh pravnih institutih govorijo zakonodajalec, sodnik, odvetnik in običajen pravnik, izraža in s tem spodbuja predstavo, da ne govorimo o vedenjskih napotkih.

Bolj prepričljiva se mi zdi razlaga, da nam pravna pravila te vrste ne nalagajo, kako naj ravnamo, temveč nam določajo, *kako moramo o pravu misliti*. Ko se odvetnik odloča, kdaj bo vložil tožbo, ko sodnik presoja, ali naj določen dan všteje v rok ali ne, in ko uradnik tehta, kako naj izračuna pokojninsko dobo upravičenca, vstopajo v miselni sistem, ki ga ustvarja pravo. V njem veljajo določena pravila, ki zunaj njega ne veljajo. In del teh pravil se nanaša tudi na čas.

### 3.2.3. Pravno urejanje časa med konstitutivnimi pravili in fikcijami

Za kakšna pravila torej gre? Prva možnost so *konstitutivna pravila*. V svoji razpravi *How to Derive »Ought« From »Is«* je John Searle prvič opozoril na vrsto pravil, ki se pomembno razlikujejo od vedenjskih pravil. Ob pravilih, ki urejajo že obstoječe oblike vedenja, obstajajo še pravila, ki »ustvarjajo ali opredeljujejo nove oblike vedenja«. <sup>88</sup> Drugače kot običajna pravila, ki nam povedo, kako naj ravnamo, če na semaforju gori rdeča luč, ki določajo, da moram kot trgovec stranki izdati račun, da drugega ne smem fizično napasti ali ga ogoljufati, pa konstitutivna pravila »vzpostavljajo dejavnost, katere obstoj je odvisen od teh pravil«. <sup>89</sup> Klasičen primer takih pravil so šahovska pravila. Brez šahovskih pravil igra ne obstaja. Premikanje lepo oblikovanih lesenih figuric po plošči je samo po sebi brez pomena. Svoj smisel pa dobi s pravili, ki premikanje figuric spre-

<sup>87</sup> »Vsakih 12 mesecev dela na delovnih mestih pod 1) in 2) se šteje za 18 mesecev zavarovanja,« prvi odstavek 2. člena Zakona o delovnih mestih, na katerih se zavarovalna doba šteje s povečanjem, Ur. l. SFRJ, št. 17/68, 20/69 in 29/71). Ne pa: »Pri ugotavljanju pokojninske dobe naj pristojni organ za vsakih 12 mesecev prišteje dodatnih 6 mesecev zaradi težavnosti dela,« ali pa »Zastaranje ne teče [...] med zakoncema [...]« (1. točka 358. člena Obligacijskega zakonika, Ur. l. RS, št. 97/07), ne pa »Zastaralni roki pričnejo med nekdanjima zakoncema teči po prenehanju zakonske zveze.«

<sup>88</sup> J. Searle, nav. delo (1964), str. 55.

<sup>89</sup> Prav tam, str. 55, in J. Searle, nav. delo (1984), str. 34.



menijo v poteze, celotno početje pa v igro z jasno določenim ciljem. Šahovska pravila torej opredelijo »logično nujne pogoje za to, da lahko vlečemo šahovske poteze«. <sup>90</sup> Konstitutivno pravilo »podeli potezam določen pomen«, <sup>91</sup> ki ga pred tem niso mogle imeti.

Podobna pravila obstajajo tudi v pravu. Vzemimo za primer opredelitev določene skupnosti dveh oseb za zakonsko zvezo. Pravno pravilo, ki definira zakonsko zvezo, ni napotek za ravnanje *bodočih zakoncev*, prav tako ni napotek za *ravnanje* sodnika. Podobno velja za vrsto drugih pravnih pravil: določba, ki opredeli univerzo za pravno osebo, ki opredeli določeno osebo za zakonitega zastopnika druge osebe, ki opredeli pojem pritikline, ali določba, ki razveljavi določen zakon, imajo podoben pravni učinek. Živahna razprava, ki se je razvila okoli te vrste pravil, pa je opazila še eno pomembno značilnost tovrstnih določb: oblikovane so kot opisujoče (deskriptivne), in ne kot predpisujoče (preskriptivne) izjave. V tem pogledu so izrazito podobne najrazličnejšim določbam, s katerimi pravo ureja pravnorelevantne razsežnosti časa.

Pa je stavke te vrste sploh še mogoče šteti za del prava, ki naj bi ga zaznamovala njegova najstvena narava? V teoriji so se izoblikovali različni odgovori. Prva skupina avtorjev trdi, da so taka pravna pravila v najboljšem primeru *leges imperfectae*, ki jih je treba razumeti kot nesamozadostne dele popolnega pravnega pravila. Nepopolna pravna pravila vsebinsko dopolnjujejo ali natančneje določajo prvine, ki so vsebovane v popolnem pravnem pravilu, tako da pomen najstva – in s tem pravno naravo – pridobijo šele z navezovanjem na popolna pravna pravila. <sup>92</sup> Druga skupina avtorjev – značilen predstavnik tega razumevanja normativnosti konstitutivnih pravnih pravil je denimo Alf Ross – najde vir zavezujoče narave takih pravil v zunajpravnem kontekstu. Zavezujočo naravo ji bo podelil kontekst, v katerega bo umeščena določba, ki je oblikovana opisno. <sup>93</sup> Tretja skupina avtorjev normativnost teh pravil izpeljuje iz dejstva, da so pravila te vrste vedno del (ožjih) normativnih sistemov, institucij, kot so zakonska zveza, obljuba, šahovska igra in podobno. Konstitutivno pravilo morda res opredeli, kaj

<sup>90</sup> A. Ross, nav. delo (1968), str. 53. Ross trdi, da je ta del knjige napisal, še preden se je seznanil s Searlovo razpravo (prav tam, op. 1). Primer šahovskih potez uporablja tudi Searle, nav. deli (1964), str. 55, in (1984), str. 33.

<sup>91</sup> A. Ross, nav. delo (1968), str. 54.

<sup>92</sup> Prim. npr. H. Kelsen, nav. delo (1960), str. 58–59. Podobno stališče pri nas zastopa M. Pavčnik, nav. delo, str. 126–129. Temu razumevanju se približuje tudi Joseph Raz, prim. nav. delo (1999), str. 117. Bulygin in Guastini konstitutivna pravna pravila razumeta le kot stipulativne definicije; prim. E. Bulygin, nav. delo (1992), str. 213, in R. Guastini, nav. delo, str. 263.

<sup>93</sup> A. Ross, nav. delo (1968), str. 36–37. Nastavke za tako razumevanje lahko najdemo že pri Olivecroni; prim. K. Olivecrona, nav. delo, str. 126–128. Ross zavezujočo moč (vsaj delno) pripisuje tudi okoliščini, da posameznik npr. šahovska pravila kot zavezujoča sprejme sam, ko se odloči igrati šah (prav tam, str. 54 in 55).

pomeni »dati šah« ali »matirati«, smisel in pomen pa ti dve dejanji dobita šele znotraj širšega pojma »šahovske igre«. <sup>94</sup> Kakorkoli že, v nasprotju s prepričanjem nekaterih zgodnejših avtorjev, ki so trdili, da takih pravil ni mogoče prekršiti (s čimer so dvomili v njihovo preskriptivno razsežnost), <sup>95</sup> danes prevladuje stališče, da so tudi taka pravila (na tak ali drugačen način) predpisujoča.

Vendar pa se pravno urejanje časa od načina urejanja, ki poteka s konstitutivnimi pravili, pomembno razlikuje. Konstitutivna pravila določene oblike vedenja ustvarjajo na novo. Pri tem kaže biti previden: konstitutivni učinek takih pravil se kaže v tem, da določenemu izseku (vsaj hipotetično) že obstoječe empirične resničnosti podelimo pomen, ki ga pred tem ni imel. Če gledamo iz tega zornega kota, lahko rečemo, da šah ni obstajal, dokler niso obstajala pravila, ki so ga vzpostavila. Enako velja za druge (družabne) igre, pa tudi za pravo. Istospolne skupnosti, denimo, so obstajale, še preden so postale predmet pravnega urejanja, a so bile pravno nepripoznanane in kot take zunaj sveta prava. Pravno urejanje časa poteka na drugačen način. Pravna pravila, ki določajo, katere dneve naj upoštevamo pri računanju rokov ali kdaj se štetje časa ustavi, ne podeljujejo pravnega pomena empiričnim dejstvom, ki so do tedaj ostajala na ravni »grobih« dejstev. Naše razumevanje časa je obstajalo že pred tem. Pravo ga (za potrebe svetâ prava) le spremeni. Poscherjeva sicer domiselna metafora o Midasovem dotiku prava, s katero je skušal povedati, da se vse, česar se pravo dotakne, spremeni v pravo, <sup>96</sup> morda zato ni najbolj posrečena. Dotik prava že obstoječega pojma ne spremeni, temveč ustvari nov, vzporedni pojem, ki obstaja poleg prejšnjega. Poscher svoj poudarek ponazori z znanim primerom *Maurice v. Judd*, <sup>97</sup> v katerem je moralo newyorško sodišče odločiti, ali je *kitovo* olje mogoče šteti za *ribje* olje, za katero je veljala dolžnost inšpekcijskega pregleda. Odločitev porote, da je treba tudi *kitovo* olje enako kot *ribje* olje podvreči inšpekcijskemu nadzoru, je bila (ne povsem neutemeljeno) razumljena kot odločitev, da se kiti v pravu štejejo za ribe (in ne za sesalce).

<sup>94</sup> J. Searle, nav. delo (1984), str. 36–37. Podobno tudi C. Rovarsi, nav. delo, str. 236–238. Del teh pravil lahko – kot je to storil Andrei Marmor – opišemo tudi kot »globoko konvencijo« (*deep convention*), ki osmišlja druga, na njej temelječa pravila (prim. A. Marmor, nav. delo (2006), str. 363–371, in nav. delo (2009), zlasti str. 58–61).

<sup>95</sup> Če konstitutivna pravila prekršimo, so trdili privrženci tega razumevanja, če denimo pri šahovski igri povlečemo potezo, ki je ne bi smeli, pravzaprav ne igramo več šaha. Npr. A. Ross, nav. delo (1968), str. 54, in G. H. von Wright, nav. delo, str. 5–7 in 107.

<sup>96</sup> R. Poscher, nav. delo, str. 103: »*Just as whatever Midas touched turned into gold, any concept taken up by the law turns into a legal concept [...].*« Poscher korektno opozori, da je metaforo (sicer nekoliko drugače) pred njim uporabil že Kelsen; H. Kelsen (1925), str. 44 (kjer zapiše, da se vse, česar se dotakne *država*, spremeni v pravo).

<sup>97</sup> 3 American State Trials 603 (1818).

Mikavna je misel, da pravila, s katerimi pravo ureja čas, niso pravzaprav nič drugega kot primer zavestnega in hotenega potvarjanja resničnosti. Da torej nimamo opraviti z ničemer drugim kot s posebno vrsto pravne fikcije. Pojem fikcije ima pogosto razmeroma ozek pomen procesnega instituta, ki olajša dokazno pot, tako da obstoj pravno pomembnega dejstva, na katerega pravno vodilo<sup>98</sup> navezuje določeno pravno posledico, predpostavimo (in se tako izognemo dokazovanju). Tako razumevanje vsekakor prevladuje v slovenskem prostoru.<sup>99</sup> Vendar bi bilo preveč omejujoče, če bi pravnim fikcijam odkazali mesto le v domeni dokaznega prava. Fikcije kdaj zakonodajalec ali sodišče uporabita z drugačnim namenom. Fikcija *nasciturus pro iam nato habetur* olajšuje pravni položaj prihajajočega otroka, ne da bi se ob tem odpovedali splošnemu pravilu, koga šteti za fizično osebo. Fikcija o neobsojenosti<sup>100</sup> želi odstraniti vsak dvom o pravnem položaju osebe, ki je prestala glavno kazen. Zgodovina angleškega prava nas uči, da je bila fikcija kdaj le pripomoček, s katerim so sodišča razširila svojo pristojnost. Sodišče *Common Pleas* je tako štelo, da je balearski otok Menorka (ali, denimo, Hamburg ali krov ladje v južnih morjih) del župnije Mary-le-Bow okrožja Cheap v Londonu.<sup>101</sup> Nič drugačen ni bil namen druge fikcije, na kateri je temeljil tožbeni obrazec (*writ ac etiam*). Ker so tožniki pred sodiščem *Common Pleas*, pristojnim za civilne zadeve, zelo težko dosegli navzočnost dolžnika, ki se je postopku izogibal, so pristojnost sodišča *King's Bench*, ki je bilo nekdanje pristojno za kazenske zadeve in imelo za zagotavljanje navzočnosti na voljo učinkovitejša sredstva, vzpostavili tako, da so kot razlog sprožitve postopka navedli toženčevo nezakonito motenje posesti<sup>102</sup> ter tej navedbi dodali (»in tudi«, lat. *ac etiam*) še pravi razlog za tožbo, torej neplačilo dolga.<sup>103</sup> V številnih drugih primerih so fikcije služile kot tančica, za katero so sodišča skrila odstopanja od veljavnega prava.<sup>104</sup> Nazorno lahko to vidimo v institutu *constructive trust*, ki izhaja iz očitno neresničnega dejstva, da je protipravno pridobljeno premoženje zaupano trustu,

<sup>98</sup> Pojem uporabljam kot nadpomenko pojmov pravno pravilo in pravno načelo.

<sup>99</sup> Prim. npr. M. Pavčnik, nav. delo, str. 334, G. Kušej, M. Pavčnik in A. Perenič, nav. delo, str. 159–161, A. Perenič, nav. delo (2010), str. 221–222, J. Štampihar, nav. delo, str. 37–38. Gre za t. i. postopkovne pravne fikcije; prim. L. Harmon, nav. delo, str. 2.

<sup>100</sup> Prvi odstavek 82. člena Kazenskega zakonika (Ur. l. RS, št. 50/12, s spremembami in dopolnitvami) določa: »Z zakonsko rehabilitacijo se izbriše obsodba iz kazenske evidence in prenehajo vse njene pravne posledice, obsojenec pa velja za neobsojenega.« Poudarek sem dodal.

<sup>101</sup> S. T. Miller, nav. delo, str. 629.

<sup>102</sup> Tožbeni obrazec je moral navajati, da je do motenja posesti prišlo v okrožju Middlesex, saj je *King's Bench* v času, ko se je fikcija vzpostavila, ohranil pristojnost le še nad okrožjem, v katerem je sodišče stalo.

<sup>103</sup> E. Jenks, nav. delo, str. 169–170.

<sup>104</sup> Glej npr. J. C. Gray, nav. delo, str. 34–35,

katerega upravičenec je oškodovana oseba.<sup>105</sup> Vloge različnih fikcij so torej lahko raznolike,<sup>106</sup> skupno pa jim je predpostavljano obstoja bolj ali manj očitno neresničnih dejstev.

#### 4. RAZUMEVANJE ČASA

Predstava, da je čas objektivno dejstvo, torej nekaj, od česar lahko pravno razumevanje časa odstopi, je v nas trdno zasidrana. Čas smo vajeni razumeti kot danost, na katero ne moremo vplivati in ki obstaja neodvisno od nas. Aristotel je čas, denimo, opisal kot (šteto) število.<sup>107</sup> Po tem razumevanju je čas nesporno in zlasti objektivno merljivo dejstvo, ki nam omogoča, da presojamo, kako in koliko čas, ki ga določa pravo, odstopa od tega merila.

Vendar pa je ta »zdravorazumska« predstava čedalje bolj dvomljiva. Pri tem ne mislim le na spoznanja naravoslovne znanosti, zlasti Einsteinove teorije relativnosti, ki je predstavi o objektivnosti časa v fiziki zadala smrtni udarec,<sup>108</sup> temveč zlasti na spoznanja kulturnih znanosti. Te so že mnogo pred Einsteinom poudarjale pomembnost subjektivnega dojetja časa.<sup>109</sup> Posameznikovo dojetje časa pa je močno določeno z dojetjem časa v zgodovinskem obdobju, prostoru in kulturi, katere del je. Štetje časovnih enot dneva je bilo drugačno v času starega Rima, ko je bil pojem ure kot časovne enote neznan.<sup>110</sup> Razumevanje časa se od kulture do kulture pomembno razlikuje. V nekaterih kulturah prevladuje linearno razumevanje časa, ki nam čas ponazarja kot premico, po kateri se premikamo na način, da se nikoli več ne vrnemo na točko, ki smo jo prešli. Čas beži, pretekli trenutek pa se nikoli ne vrne. V drugih kulturah, denimo v grški ali starozavezni, naletimo na ostanke drugačnega, krožnega razumevanja časa, po katerem se vedno znova vračamo na isto točko.<sup>111</sup> V spet drugih kulturah je zavedanje prihodnosti razmeroma šibko. Če gre verjeti nekaterim antropološkim in filozofskim raziskavam, za vsaj nekatera afriška plemena čas obsega razmeroma dolgo obdobje preteklosti in sedanjost, medtem ko je zavedanje prihodnosti sko-

<sup>105</sup> Npr. N. J. Knauer, nav. delo, str. 13–15. Institut so ameriška sodišča pogosto uporabila v primerih, ko zakoni niso predvidevali dedne ne vrednosti za moralce, ki so bili hkrati dediči (prav tam, str. 14).

<sup>106</sup> Za celovitejši pregled glej npr. M. Del Mar, nav. delo, str. xvi–xx.

<sup>107</sup> Aristotel, *Fizika* 219b: »[Č]as je torej neke vrste število. Ker pa je število tu na dva načina (saj imenujemo število tako šteto kakor tudi števeno, pa tudi tisto, s čimer štejemo), je tedaj čas šteto število [...]«. Prevod Valentin Kalan.

<sup>108</sup> Pri tem se zanašam na oceno R. R. French, nav. delo, str. 720–723.

<sup>109</sup> D. M. Engel, nav. delo, str. 607.

<sup>110</sup> R. R. French, nav. delo, str. 678–680.

<sup>111</sup> Starozavezna shema cikličnega prerazdeljevanja zemlje vsako jubilejno leto je nazorna ilustracija krožnega razumevanja časa: družba se vsako petdeseto leto vrne v izhodiščni položaj. Več o tem glej M. Zadavec, nav. delo, str. 223–224.

raj v celoti odsotno.<sup>112</sup> Kako pomembno odnos do časa, konkretno do štetja časa, vpliva na kulturno identiteto, zgovorno ponazarjajo različna štetja časa.<sup>113</sup> Štetje časa loči evropsko (zahodno) civilizacijo, ki čas šteje od trenutka domnevnega Kristusovega rojstva, od muslimanske, ki čas šteje od dneva hidžre, Mohamedove selitve iz Meke v Medino. Rimska civilizacija je čas štela *ab urbe condita*, Italija pa je v času fašizma pod običajne letnice našega štetja začela podpisovati nova leta, zapisana z rimskimi številkami, ki so se štela od Mussolinijevega pohoda na Rim. In nenazadnje, s posebnim štetjem časa poskuša kdaj celo ožja skupnost, ki živi znotraj iste kulture, opozoriti na svojo »drugačnost«. Akademska skupnost ne upošteva koledarskega leta, temveč šteje čas v akademskih letih, slovenski sodniki pa v novo sodno leto vstopijo šele februarja.

Čas je vsaj v običajni človeški izkušnji torej vse prej kot objektivno in empirično ugotovljivo dejstvo – v resnici je družbeno zasnovana in pogojena kategorija našega mišljenja.<sup>114</sup>

## 5. PRAVNO UREJANJE MED USTVARJANJEM *EX NIHILO* IN POTVARJANJEM (EMPIRIČNE) RESNIČNOSTI

Prav to spoznanje pa kaže na pomembno razliko med pravnimi pravili, ki se nanašajo na čas, in fikcijo. Značilni primeri pravnih fikcij odstopajo od »grobih« dejstev. Vemo, da otrok, ki naj deduje po zapustniku, še ni rojen. Noben razumen človek ne bo trdil, da bomo otok Menorka res našli v Londonu, stranke, ki so vlagale tožbeni obrazec *ac etiam*, so vedele, da tožena stranka ni stopila na njihovo zemljišče. Pravna pravila, s katerimi urejamo pravnemu svetu lasten potek časa, niso vodila te vrste.<sup>115</sup>

Ko pravo ureja čas, ne vzpostavlja novega pomena, ki ga empirična dejstva pred tem niso imela. Pravila torej niso *konstitutivna*, saj ne ustvarijo nečesa, kar pred tem ni obstajalo, denimo kot šahovska pravila ustvarijo šah. Naše razumevanje časa – torej pomen, ki ga pripisujemo objektivno morda res obstoječi pojavnosti – že obstaja. Pravo ga tudi ne spremeni, saj ostane prevladujoče razumevanje časa enako, kot je bilo pred nastankom pravnega pravila, ki času pripiše drugačno lastnost ali njegov potek uredi drugače, kot smo vajeni. Pravna pravila,

---

<sup>112</sup> S. Fumilola Babalola in O. Ayodeji Alokun, nav. delo, str. 144. Za nekaj ilustracij drugačnega razumevanja pojma prava v neevropskih skupnostih glej D. M. Engel, nav. delo, str. 608–610.

<sup>113</sup> Prim. B. Grossfeld, nav. delo, str. 213 in 216.

<sup>114</sup> Prim. npr. R. R. French, nav. delo, str. 673 in 694–695, D. M. Engel, nav. delo, str. 607–610, in G. Winkler, nav. delo, 425 in nasl.

<sup>115</sup> Trditev bi nemara moral zapisati nekoliko bolj previdno. Vseh pravnih pravil, ki se nanašajo na čas, gotovo ni mogoče pojasniti na ta način; nekatera, denimo retroaktivna pravna pravila, bi morda lahko pojasnili s pomočjo fikcije.

ki se nanašajo na čas, ne »potvarjajo« empirične resničnosti, zato jih ni mogoče šteti za posebno vrsto pravnih fikcij.

Ostane nam torej tretja pot, ki ni nič manj zanimiva. Pravna pravila, ki se nanašajo na čas, delujejo v sferi pomena, ki ga pripišemo določenim »grobim« dejstvom. A v tej sferi ne ustvarjajo nečesa povsem na novo (kot to počno konstitutivna pravila), temveč ustvarijo še eno, dodatno razumevanje, ki tekmuje s pomeni, ki so že vzpostavljeni. Novo, pravno razumevanje se od prej obstoječih razumevanj ne razlikuje povsem. Z njimi je v številnih pogledih povsem identično. Zato pravni pojem otroka ne odstopa povsem od običajnega razumevanja ali pravni pojem zakonske zveze v celoti od, denimo, razumevanja te ali one verske skupnosti, pravni pojem časa pa ne povsem od tistega razumevanja časa, ki prevladuje v družbi določenega časa in prostora. Vendar se z njim tudi ne ujema v celoti. Gre torej za spremenjeno kopijo, ki jo pravo priredi svojim potrebam.

## 6. SKLEPNO: VZPOREDNI SVET PRAVA

Razmislek o medigri prava in časa nam torej razkriva bistveno bolj pomembno lastnost prava. Pravo je – s svojimi pravili – sposobno ustvariti *vzporedni svet*, v katerem imamo opraviti s pravu prilagojenim odsevom družbene resničnosti. Performativna moč prava se kaže v tem, da s poimenovanjem ustvarja svojim potrebam prilagojeno odslikavo resničnosti. Ko nekaj opiše kot pogodbo, jo s tem loči od vrste drugih dogovorov, ki jih prav tako spoštujemo, in vzpostavi novo resničnost, ki jo moramo potlej upoštevati. Ko določi, da rok na določene dni ne teče, odstopi od našega običajnega razumevanja časa in vzpostavi vzporedno pravno razumevanje časa. S tem pravo ustvarja novo plast – pravne – resničnosti, ki je za njegove naslovnike podobno resnična ali vsaj upoštevna kot empiričen svet.

Pravna pravila ustvarjajo pojmovni svet, ki ne učinkuje samo na naše vedenje. Pravzaprav je vpliv na vedenje pogosto le posreden. Pogodbe navadno ne spoštujemo zato, ker bi nas bilo strah posledic kršitve, temveč zato, ker vemo, da je dogovor pogodba, ki je zavezujoča. Pravo torej določa, kako naj mislimo o družbenih odnosih, in šele posredno, kako naj se v njih vedemo. Vendar pravno razumevanje družbenih odnosov in drugih pomembnih vidikov, ki določajo naše vedenje, na srečo ni edini. Med podobo sveta, ki ga ustvarja pravo, in drugimi že obstoječimi razumevanji je vedno položena možnost neke napetosti.<sup>116</sup> Če pravo

<sup>116</sup> Druga razumevanja sveta – ljudsko, versko, znanstveno, filozofsko itd. – obstajajo poleg pravnega razumevanja in ponujajo referenčne točke za preverjanje smiselnosti in utemeljenosti pravnega pomena pojma ali pojava. Svet prava se ne more že zaradi svoje tesne povezanosti z družbeno resničnostjo povsem dosledno ali vsaj za zelo dolgo spremeniti v slonokoščeni stolp. Uživa pa določeno stopnjo imunosti pred drugimi pogledi.

privzame splošno razumevanje, potrdi določeno razlago »grobih« dejstev. Ko v pravu odvzem tuje premične stvari opišemo kot tatvino, se močno opremo na splošno razumevanje, če ga že ne prevzamemo v celoti. V drugih primerih se mu lahko odločimo nasprotovati in skozi pravna vodila ponudimo svojo razlago resničnosti. Dalj časa trajajoča življenjska skupnost dveh oseb postane izenačena z zakonsko zvezo. Včasih bo pravu uspelo spremeniti prevladujoče razumevanje, včasih mu bo podleglo samo. Pomembno pa je, da pravo tako – kdaj bolj, kdaj manj uspešno – *oblikuje* naše *razumevanje* sveta. V naravo prava je položeno, da nas skuša »prepričati in spreobrniti«. <sup>117</sup> Pravo nam tako ne le nalaga določeno ravnanje, pove nam tudi, kako naj *mislimo* o svetu okoli nas. S tem ustvarja vzporedni svet prava, v katerem zakonitosti, ki smo jih vajeni sicer, delujejo nekoliko drugače.

Sposobnost prava, da ustvari svojo lastno resničnost, pomeni določeno tveganje, a tudi obet. Pravo je sposobno zapovedati pozabo bolečega dogodka, kot so to poskušali vrli atenski meščani storiti pred skoraj dvema tisočletjema in pol, da bi pretrgali krvavi krog maščevanja, a sposobno je tudi potegniti umetno (in bolečo) ločnico med polnopravnimi državljani in sužnji ali med »zakonskimi« in »nezakonskimi« otroki. V rokah prava je, da svet spreminja na boljše ali na slabše. Vzporedni svet, ki ga ustvarja pravo, je tako smiseln, ko služi človeku in humanosti, svoj smisel pa hitro izgubi, če se temu poslanstvu odpove. Ko posegamo po stvarniški moči prava, je zato modro upoštevati, da je pravo *hominum causa constitutum*.

## LITERATURA

- Vilko Androjna in Erik Kerševan: Upravno procesno pravo (predelana in dopolnjena izdaja). GV Založba, Ljubljana 2006.
- St. Thomas Aquinas: Summa Theologiae, tomus XXVIII. Blackfriars in conjunction with McGraw-Hill Book Company, New York, in Eyre & Spottiswood, London 1966.
- Aristotel: Fizika, knjige 1, 2, 3, 4. Prevedel Valentin Kalan, Slovenska matica, Ljubljana 2004.
- John Austin: The Province of Jurisprudence Determined. Noonday Press, New York 1954.
- Avrelii Avgustini: Contra Academicos, De beata vita, De magistro, De libero arbitrio, Typographi Brepols Editores Pontifici, Tvrholci 1970.
- Sotirios A. Barber in James E. Fleming: Constitutional Interpretation. Oxford University Press, New York 2007.
- Ljubo Bavcon; Alenka Šelih *et al.*: Kazensko pravo. Uradni list RS, Ljubljana 2003.
- Michael D. Bayles: Hart's Legal Philosophy. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992.
- Allan Beever: The Declaratory Theory of Law, v: Oxford Journal of Legal Studies, 33 (2013) 3, str. 421–444.
- Jeremy Bentham: Of Laws in General. Ur. H. L. A. Hart. The Athlone Press, London 1970.

---

<sup>117</sup> L. L. Fuller, nav. delo (1930–1931), str. 380.



- Ernst Rudolf Bierling: *Juristische Prinzipienlehre I. Akademische Buchhandlung von J. C. Mohr, Freiburg in Leipzig 1894.*
- Marko Brus: *Uvod v zasebno pravo. GV Založba, Ljubljana 2011.*
- Eugenio Bulygin: *On Norms of Competence, v: Law and Philosophy, 11 (1992) 3, str. 201–216.*
- Eugenio Bulygin: *Sodba in ustvarjanje prava, v: Revus, 12 (2010), str. 123–136.*
- Benjamin N. Cardozo: *The Nature of the Judicial Process. Yale University Press. New Haven in London 1949.*
- Marcus Tullius Cicero: *De re publica – De legibus. Prevod C. W. Keyes, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge 1994.*
- Stojan Cigoj: *Teorija obligacij. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1989.*
- James Crawford: *The Creation of States in International Law. Clarendon Press, Oxford 2011.*
- Rupert Cross in James W. Harris: *Precedent in English Law. Clarendon Press, Oxford 1991.*
- Matija Damjan: *Pretrganje in zadržanje zastaranja terjatev, v: Pravni letopis (2015), str. 171–212.*
- Maksymilian Del Mar: *Introducing Fictions: Examples, Functions, Definitions and Evaluations. V: M. Del Mar (ur.) in W. Twining (ur.): Legal Fictions in Theory and Practice. Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2015, str. ix–xxix.*
- Hermann Diels in Walther Kranz: *Fragmenti predsokratikov, I. zvezek (ur. G. Kocijančič). Študentska založba, Ljubljana 2012.*
- Horst Dreier: *Revolution und Recht, v: Zeitschrift für öffentliches Recht, 69 (2014), str. 805–853.*
- Neil Duxbury: *The Nature and Authority of Precedent. Cambridge University Press, Cambridge 2008.*
- Ronald Dworkin: *Law's Empire. Hart Publishing, Oxford 1986.*
- Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously. Harvard University Press, Cambridge 1978.*
- Will E. Edington: *House Bill no. 246, Indiana State Legislature, 1897, v: Proceedings of the Indiana Academy of Science (1935), str. 206–210.*
- David M. Engel: *Law: Time, and Community, v: Law and Society Review, 21 (1987), str. 605–637.*
- Edward P. Evans: *The Criminal Prosecution and Capital Punishments of Animals. Dutton and Company, New York 1906.*
- Jerome Frank: *Law and the Modern Mind. Transaction Publishers, New Brunswick in London 2009.*
- Rebecca R. French: *Time in the Law, v: University of Colorado Law Review, 72 (2001), str. 663–748.*
- Lon L. Fuller: *Legal Fictions, v: Illinois Law Review, 25 (1930–1931) 4, str. 363–399.*
- Lon. L. Fuller: *Moralnost prava. Prevod Vera Lamut, GV Založba, Ljubljana 2015.*
- Sunday Fumilola Babalola in Olusegun Ayodeji Alokun: *African Concept of Time, a Socio-Cultural Reality in the Process of Change, v: Journal of Education and Practice, 4 (2013) 7, str. 143–147.*
- Gwendolyn J. Gordon: *Environmental Personhood, v: Columbia Journal of Environmental Law, 43 (2018), str. 49–91.*
- Franc Grad; Igor Kaučič in Saša Zagorc: *Ustavno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.*
- John Chipman Gray: *The Nature and Sources of Law. The Columbia University Press, New York 1905.*
- Bernhard Grossfeld: *Core Questions of Comparative Law. Carolina Academic Press, Durham 2005.*
- Riccardo Guastini: *Six Concepts of »constitutive rule«, v: Rechtstheorie, Beiheft, 10 (1983), str. 261–269.*
- Arthur E. Hallerburg: *House Bill No. 246 Revisited, v: Proceedings of the Indiana Academy of Science 84 (1974), str. 374–399.*
- Carson L. Hampton: *The Trial of Animals and Insects. A Little Known Chapter of Medieval Jurisprudence, v: Proceedings of the American Philosophical Society, 56 (1917) 5, str. 410–415.*



- Louise Harmon: *Falling Off the Vine: Legal Fictions and the Doctrine of Substituted Judgment*, v: *Yale Law Journal*, 100 (1990-1991) 1, str. 1–71.
- Herbert L. A. Hart: *The Concept of Law*. Druga izdaja, Clarendon Press, Oxford 1994.
- Heraklitos Efeški: *Fragmenti*. Prevod Franci Zore, Obzorja, Maribor 1993.
- Thomas Hobbes: *Human Nature and De corpore politico*. Oxford University Press, Oxford, New York 1994a.
- Thomas Hobbes: *Leviatan* (with selected variants from the Latin edition of 1668). Hackett Publishing Company, Indianapolis, Cambridge 1994.
- Thomas Erskine Holland: *The Elements of Jurisprudence*. Clarendon Press, London 1924.
- Elaine C. Hsiao: *Whanganui River Agreement*, v: *Environmental Policy and Law*, 42 (2012) 6, str. 317–375.
- Gerhart Husserl: *Diritto e tempo – Saggi di filosofia di diritto*. Giuffrè, Milano 1998.
- Georg Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*. Verlag von O. Häring, Berlin 1900.
- Edward Jenks: *A Short History of English Law*. Little, Brown, and Company, Boston 1913.
- Jože Juhart: *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*. Univerzitetna založba, Ljubljana 1961.
- Miha Juhart: *Čas v civilnem pravu*, v: Miha Juhart, Damjan Možina *et al.*: *Uvod v civilno pravo*. Uradni list RS, Ljubljana 2016.
- Miha Juhart: *Priposestvanje lastninske pravice na nepremičninah*, v: 3. dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava, str. 7–12. GV Založba, Ljubljana 2011.
- Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*. Verlag von Julius Springer, Berlin 1925.
- Hans Kelsen: *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge 1945.
- Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Druga izdaja, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960.
- Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Prva izdaja, Scientia Verlag, Aalen 1994.
- Hans Kelsen: *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, v: H. R. Klecatsky (ur.), R. Marcic (ur.) in H. Schambeck (ur.): *Die Wienerrechtstheoretischer Schule*, str. 993–1014. Franz Steiner Verlag, Verlag Österreich, Wien in Stuttgart 2010.
- Keenan D Kmiec: *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, v: *California Law Review*, 92 (2004), str. 1441–1477.
- Nancy J. Knauer: *Legal Fictions and Juristic Truth*, v: *St. Thomas Law Review*, 23 (2010) 1, str. 1–49.
- Gorazd Kušej: *Marijan Pavčnik in Anton Perenič: Uvod v pravoznanstvo*. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1996.
- Sumner Lobingier: *Precedent in Past and Present Legal Systems*, v: *Michigan Law Review*, 44 (1946), str. 955–996.
- Geoffrey MacCormack: *The Spirit of Traditional Chinese Law*. University of Georgia, Athens in London 1996.
- Neil MacCormick: *H. L. A. Hart*. Druga izdaja, Stanford University Press, Stanford 2008.
- Henry Sumner Maine: *Ancient Law*. Petnajsta izdaja, John Murray, London 1994.
- Andrei Marmor: *How Law is Like Chess*, v: *Legal Theory*, 12 (2006), str. 347–371.
- Andrei Marmor: *Social Conventions*. Princeton University Press, Princeton in Oxford 2009.
- Sidney T. Miller: *The Reasons for Some Legal Fictions*, v: *Michigan Law Review*, 8 (1910) 8, str. 623–636.
- Charles-Louis de Secondat Montesquieu: *The Spirit of the Laws*. Prevod Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, Harold Samuel Stone, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- Regina Ogorek: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1986.
- Karl Olivecrona: *Law as Fact*. Stevens & Sons, London 1971.
- Enrico Opocher: *Diritto e tempo*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 58 (1981) 1, str. 129–136.

- Marijan Pavčnik: Teorija prava. Peta, pregledana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Anton Perenič: Uvod v razumevanje prava in države. Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2010.
- Leon Petražický: Law and Morality. Ur. N. Timasheff, Harvard University Press, Cambridge 1955, str. 46–49.
- Leonid Pitamic: Pravo in revolucija. Tiskovna zadruga, Ljubljana 1920.
- Platon – zbrana dela. Prevod Gorazd Kocijančič, Mohorjeva družba, Celje 2004.
- Ada Polajnar Pavčnik: Pravni posel, v: Miha Juhart, Damjan Možina *et al.*: Uvod v civilno pravo. Uradni list RS, Ljubljana 2016.
- Ralph Poscher: The Hand of Midas, v: J. C. Haage (ur.), D. von der Pfordten (ur.): The Concepts in Law, str. 99–115. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2009.
- Predsokratiki. Prevod Anton Sovrè, Slovenska matica, Ljubljana 1988.
- Samuel Pufendorf: *De iure naturae et gentium*. Prevod W. A. Oldfather, Clarendon Press, Oxford 1934.
- Samuel Pufendorf: *Elementorum iurisprudentiae universalis libri duo*. Ur. J. B. Scott, Clarendon Press, Oxford 1931.
- Gustav Radbruch: Filozofija prava. Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Joseph Raz: Practical Reason and Norms. Druga izdaja, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Alf Ross: Directives and Norms. Routledge & Kegan Paul, London 1968.
- Alf Ross: Theorie der Rechtsquellen. Franz Deuticke, Leipzig in Wien 1929.
- Corrado Rovorsi: Constitutive Rules in Context, v: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 96 (2010) 2, str. 223–238.
- Bernd Rüthers: Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Wiley R. Rutledge: Legal Personality – Legislative or Judicial Prerogative?, v: St. Louis Law Review, 14 (1929) 4, str. 343–374.
- Antonin Scalia: A Matter of Interpretation. Princeton University Press, Princeton 1998.
- John R. Searle: Speech Acts. Cambridge University Press, Cambridge 1984.
- John R. Searle: How to Derive »Ought« From »Is«, The Philosophical Review, 73 (1964) 1, str. 43–58.
- Fritz Somló: Juristische Grundlehre. Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1917.
- Jadranka Sovdat: Ustavno procesno pravo – Praktikum. Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.
- Evgen Spektorskij: Zgodovina socialne filozofije, zvezek I. Slovenska matica, Ljubljana 1932.
- Stoici Antichi – Tutti i frammenti. Prevod Roberto Radice, Rusconi, Milano 1998.
- Alec Stone Sweet: The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority, v: German Law Journal, 8 (2007), str. 915–927.
- Lee J. Strang: An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good, v: New Mexico Law Review, 36 (2006), str. 419–486 in 1729–1794.
- Boris Strohšack: Obligacijska razmerja III. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1993.
- Cass Sunstein: The Expressive Function of Law, v: University of Pennsylvania Law Review, 144 (1996), str. 2021–2053.
- Juri Štampihar: Zasebno pravo. Tiskarna Merkur, d. d., Ljubljana 1944.
- Katja Šugman G.: Dokazne prepovedi v kazenskem postopku. Bonex, Ljubljana 2000.
- The Etymologies of Isidore of Seville. Prevod Stephen A. Barney, W. J. Lewis, J. A. Beach in Oliver Berghof, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo 2006.

Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava. GV Založba, Ljubljana 2007.

Ana Vlahek: Priposestvovanje lastninske pravice na nepremičninah, v: ZZR, 66 (2006), str. 329–331.

Georg Henrik von Wright: Norm and Action. Routledge and Kegan Press, London in Henley 1977.

Jeremy Waldron: The Dignity of Legislation. Cambridge University Press, Cambridge 1999.

Günther Winkler: Zeit und Recht. Springer Verlag, Wien, New York 1995.

Xenophon: Hellenica, Books 1–5. Heinemann, London in Harvard University Press, Cambridge 1947.

Mojca Zadavec: Pravičnost v Stari zavezi, v: Pravniki, 69 (2014) 3–4, str. 211–241.

Brian Zamulinski: Rehabilitating the Declaratory Theory of the Common Law, v: Journal of Law and Courts, 2 (2014), str. 171–186.

# ČASOVNE DIMENZIJE V KAZENSKEM PRAVU: O PROBLEMU RETROAKTIVNE VELJAVNOSTI PODALJŠANIH ZASTARALNIH ROKOV

*Matjaž Ambrož*

## 1. UVOD

Med vprašanji, ki so v kazenskem pravu povezana s časovno razsežnostjo, izstopata časovna veljavnost kazenskega zakona in zastaranje. Pri obeh gre v osnovi za razmeroma preprosto vprašanje učinkov, ki naj jih ima okoliščina, da je od storitve kaznivega dejanja minilo že nekaj časa (in da se je morebiti v tem času spremenil kazenski zakon). Vendar pa že kratek razmislek pokaže, da vprašnji časovne veljavnosti kazenskega zakona in zastaranja nista le »tehnični vprašanji«, temveč imata svoje družbene, kriminalitetnopolitične in ustavnopravne razsežnosti.

Zastaranje je, kot je znano, izjemno občutljivo družbeno vprašanje: novice o kazenskih zadevah, ki jih zaradi zastaranja ni bilo mogoče pripeljati do konca, v glavnem naletijo na negativne odzive širše javnosti. Tako se kot zakonodajni trend zadnjih dveh desetletij (ne samo pri nas) kaže podaljševanje zastaralnih rokov in drugi ukrepi, ki naj zastaranje odložijo ali preprečijo. Na voljo je kopica ilustrativnega gradiva, že pregled novel Kazenskega zakonika pokaže, da so skoraj vse posegle v ureditev zastaranja.<sup>1</sup> Vendar pa zakonodajni posegi niso bili omejeni le na novele kazenskega zakonika, temveč jih najdemo tudi na drugih, manj pričakovanih mestih. Tako Zakon o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (ZUKSB)<sup>2</sup> za nekatera kazniva dejanja, izvršena v bankah, določa, da zastarajo v zastaralnem roku, ki je štirikratnik zastaralnih rokov, »kot jih določa zakon, ki ureja kazniva dejanja«. <sup>3</sup> To je krepko podaljšanje: če je »splošni« zastaralni rok za tipično zlorabo položaja po drugem odstavku 240. člena KZ-1 20 let,

<sup>1</sup> Novele Kazenskega zakonika, ki so posegle v zastaranje: KZ-A (1999), KZ-B (2004), KZ-1 (2008), KZ-1B (2012), KZ-1C (2015), KZ-1E (2017).

<sup>2</sup> Ur. l. RS, št. 105/12 in nasl.

<sup>3</sup> V celoti se tretji odstavek 33. člena ZUKSB, ki je jezikovno precej zapleten, glasi: »Ne glede na določbe zakona, ki ureja kazniva dejanja in zakona, ki ureja obligacijska razmerja, kazniva dejanja in odškodninska odgovornost članov organov vodenja bank in organov nadzora bank ter organov nadziranja bank, ki so deležne ukrepov po tem zakonu, ki nastanejo zaradi ali v povezavi z opravljanjem funkcije člana organa vodenja ali organa nadzora ter organa nadziranja bank ali namenski družbi, ki je deležna ukrepov po tem zakonu, zastarajo v zastaralnem roku, ki je štirikratnik splošnih zastaralnih rokov, kot jih določata zakon, ki ureja kazniva dejanja ter zakon, ki ureja obligacijska razmerja.«

znaša »podaljšani« zastaralni rok fenomenalnih 80 let, kar pomeni ob normalni življenjski dobi storilca in ob domnevi, da na vodilnem položaju v banki ni bil pred dvajsetim letom starosti – praktično nezastarljivost. Kaj je avtorje te rešitve napeljalo k tako drastičnemu ukrepanju? Domnevati je mogoče, da gre za odziv na problematiko t. i. bančne luknje in slabih posojil, ki je vzbudila veliko medijske pozornosti. Odločno podaljšanje – že prej ne posebno kratkih zastaralnih rokov – je torej mogoče brati kot neke vrste *statement*, da država bančno kriminaliteto jemlje resno in da kani z njo energično obračunati (za kar pa potrebuje nekoliko več časa). Očitna ambicija predlagatelja rešitve je, da bi podaljšani zastaralni roki veljali retroaktivno – toda ali je takšno pričakovanje utemeljeno?

## 2. PROBLEMATIKA ČASOVNE VELJAVNOSTI PODALJŠANIH ZASTARALNIH ROKOV

Uvodoma je v zvezi s problematiko časovne veljavnosti spremenjenih zastaralnih rokov treba omeniti, da se ti lahko spremenijo posredno ali neposredno. O posredni spremembi govorimo, če same določbe o zastaranju niso spremenjene, pač pa se zastaralni roki spremenijo zaradi spremembe posebnega maksimuma kazni, ki je predpisan pri določenem kaznivem dejanju. V takšnem primeru ni sporno, da je treba uporabiti zakon, pri katerem je zastaralni rok v efektu krajši: ta zakon je že zaradi nižje zagrožene kazni za storilca milejši, uporabiti pa ga je treba kot celoto, torej skupaj z zastaralnimi roki, ki izhajajo iz posebnega maksimuma pri ustreznem kaznivem dejanju. Pač pa je močno sporno vprašanje retroaktivne uporabe neposredno podaljšanih zastaralnih rokov.

### 2.1. Vprašanje »narave« zastaranja

Znan pristop k reševanju vprašanja dopustnosti retroaktivne uporabe podaljšanih zastaralnih rokov je sklicevanje na »naravo« zastaranja. Po enem gledanju, ki poudarja procesno naravo zastaranja, je tudi podaljšane zastaralne roke treba uporabljati retroaktivno. S »procesno naravo« zastaranja je mišljeno, da zastaranja ne vpliva na obstoj kaznivega dejanja, temveč je zgolj procesna ovira: v primeru, da nastopi, sodišče ne izreče obsodilne sodbe, temveč zavrnilno, sporočilo katere je, da ni bilo predpostavk za meritorno odločitev. S poudarjanjem »procesne narave« zastaranja tako del teorije zagovarja retroaktivno uporabo podaljšanih zastaralnih rokov v škodo obdolženca: tako kot velja, da je treba uporabiti vsakokrat veljavne postopkovne določbe,<sup>4</sup> naj bi sodišča uporabila tudi vsakokrat

---

<sup>4</sup> Gre za poenostavitev, tudi v procesni teoriji velja, da je procesne predpostavke treba obravnavati diferencirano in za vsako posebej presoditi, ali je njena retroaktivna uporaba ustavno sprejemljiva. P. Novoselec, nav. delo (2015), str. 441.

veljavne zastaralne roke, ne glede na to, da so ti morebiti daljši od tistih, ki so veljali v času izvršitve kaznivega dejanja. Temu se običajno dodaja, da je vendarle treba razlikovati položaje, ko je zastaranje že nastopilo, od tistih, ko je še v teku. Zastaranje, ki je že nastopilo, ne sme začeti teči znova, saj se od tega trenutka naprej domnevni storilec lahko zanese na to, da ne bo več preganjan (lahko denimo zavrže dokazni material, ki mu je v prid, ipd.).<sup>5</sup> Če pa je zastaranje še v teku, naj bi za domnevnega storilca začeli veljati novi zastaralni roki, četudi so zanj manj ugodni, saj naj smisel načela zakonitosti ne bi bil, da bi storilcu omogočil zanašanje na to, da po poteku določenega časa pregon ne bo več mogoč.<sup>6</sup> Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) takšno interpretacijo dopušča (je ne šteje za kršitev 7. člena Konvencije o človekovih pravicah, sodba Coëme proti Belgiji z dne 22. 6. 2000), prav tako pa je v nekaterih državah postala zakonsko pravo (četrti odstavek 97. člena švicarskega KZ, 86. člen hrvaškega KZ/117).

Po drugem gledanju, ki opozarja na materialnopravne prvine instituta zastaranja, je retroaktivna uporaba podaljšanih zastaralnih rokov nedopustna.<sup>8</sup> Materialnopravne prvine zastaranja so predvsem tele: s potekom časa naj bi »ugasnili« potreba in pravica države do kaznovanja, nadalje je institut zastaranja urejen v materialnem zakonu, materialno naravo pa mu pripisuje tudi Zakon o kazenskem postopku (ZKP),<sup>9</sup> ki napačne uporabe določb o zastaranju ne šteje za bistveno kršitev določb kazenskega postopka, temveč za kršitev kazenskega zakona (3. točka 372. člena ZKP).<sup>10</sup>

Opisana polemika je zanimiva zato, ker si obeta rešitev vsebinskega vprašanja (retroaktivna uporaba podaljšanih zastaralnih rokov – da ali ne?) s pomočjo pojmovnega razvrščanja (je zastaranje institut materialne ali procesne narave?). Ne glede na to, kaj si mislimo o tem, da bi se vsebinska vprašanja reševala zgolj s

<sup>5</sup> Kot zanimivost velja omeniti, da so na Hrvaškem zaradi problematike zastaranja v kazenskem pravu spreminjali celo Ustavo, ki po novem v četrtem odstavku 31. člena določa nezastarljivost kaznivih dejanj, povezanih z vojnim dobičkarstvom, in kaznivih dejanj, povezanih s tranzicijo in privatizacijo. Ker številna izmed teh kaznivih dejanj segajo v prvo polovico devetdesetih let minulega stoletja, se je zastavilo vprašanje, ali nova ustavna določba velja tudi za kazniva dejanja, ki so sicer že zastarala. O tem je odločalo Ustavno sodišče Republike Hrvaške z odločbo U-III-4149/2015 z dne 24. julija 2015. Za polemiko z omenjeno odločbo glej P. Novoselec, nav. delo (2015).

<sup>6</sup> C. Roxin, nav. delo, str. 167–168.

<sup>7</sup> O historiatu te zakonske rešitve P. Novoselec, nav. delo (2014), str. 182–184.

<sup>8</sup> To je stališče naše sodne prakse (sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 137/2001 in I Ips 331/2001). Tako v sodbi I Ips 331/200 sodišče ugotavlja, da ima institut zastaranja »materialno in procesno pravne značilnosti, vendar pa prve odločno prevladujejo«, zato »vprašanje zastaranja zadeva [tudi] uporabo materialnega prava in je eno od meril pri presoji, kateri zakon je milejši«.

<sup>9</sup> Ur. l. RS, št. št. 63/94 in nasl.

<sup>10</sup> Podrobneje M. Ambrož, nav. delo (2008), str. 131–132. O problematiki z vidika mednarodnega kazenskega prava S. Zgaga, nav. delo, str. 41.

pomočjo pojmovne eksegeze, pa je problem tale: po danes absolutno prevladujočem prepričanju je pravna narava zastaranja mešana, torej materialno-procesna.<sup>11</sup> To pa omogoča, da argumente za svoj prav lahko najdeta obe strani, s tem da bo ena pač nekoliko bolj poudarila procesni moment, druga pa materialnega.<sup>12</sup>

## **2.2. Teoretično legitimiranje zastaranja**

Glede na to, da nas razprava o »naravi« zastaranja ni pripeljala do dokončnega odgovora o dopustnosti retroaktivne uporabe podaljšanih zastaralnih rokov, si lahko zastavimo vsebinsko vprašanje: čemu zastaranje sploh obstaja oziroma kako obstoj tega instituta sploh upravičiti. Morda bo odgovor na to vprašanje lahko pripomogel k razjasnitvi dileme.

Kot je znano, ima vprašanje »Čemu sploh zastaranje?« dolgo brado<sup>13</sup> in še zdaleč ne en sam odgovor. K njemu se pristopa po več različnih poteh, tudi tu je mogoče v grobem razlikovati procesno in materialno obarvane pristope.

Med procesno obarvane pristope lahko štejemo najprej tezo, da je zastaranje nujno zaradi postopnega bledenja dokazov (zlasti vse manjše zanesljivosti spomina prič, a tudi občutljivosti nekaterih materialnih dokazov za zob časa), s čimer je povezana tudi nevarnost sodnih zmot. Nadalje med procesne pristope spada tudi pragmatično zaznamovano poudarjanje procesne ekonomije: pravosodje potrebuje instrument, ki iz miz in predalov počisti spise, ki se tam nadležno valjajo že leta, številni brez resnejših možnosti, da bodo v doglednem času rešeni; tak čistilni mehanizem naj bi navsezadnje omogočal normalno funkcioniranje pravosodja, saj bi se v nasprotnem primeru to hitro lahko začelo dušiti pod težo nerešenih spisov. Varianta tega pogleda v zastaranju ne vidi instrumenta, ki pravosodju prinaša olajšanje, temveč instrument discipliniranja pravosodja: latentna grožnja zastaranja naj bi pravosodne delavce motivirala za zavzeto, ažurno delo. Pomembna procesno obarvana utemeljitev zastaranja je naposled ideja, da je zastaranje instrument zagotavljanja pravne varnosti. Na pravno varnost je mogoče gledati iz več zornih kotov, toda v glavnem je z njo v tej zvezi mišljen interes obdolženca, da negotovosti, sitnosti in stigme, ki jih prinaša kazenski postopek, ne nosi vse življenje kot mlinski kamen okrog vratu, temveč ima po določenem času pravico »imeti mir«.

---

<sup>11</sup> Tako tudi Vrhovno sodišče v že citiranih sodbah I Ips 137/2001 in I Ips 331/2001.

<sup>12</sup> Tako denimo F. Bačić, nav. delo, str. 481, sprejema mešano naravo zastaranja in nasprotuje retroaktivni uporabi podaljšanih zastaralnih rokov: »Najvažnejša pravna posledica sprejemanja mešane teorije [zastaranja] je, da so določbe o zastaranju predpostavke kaznivosti [...]. To pa pomeni, da ne morejo imeti povratnega učinka v škodo posameznika (prepoved retroaktivne uporabe strožjega zakona).«

<sup>13</sup> Zares izčrpen pregled teoretičnih utemeljitev zastaranja je na voljo v M. Asholt, nav. delo, str. 90–173.



Za materialne pristope je značilno, da upravičevanje zastaranja povezujejo s funkcijami kazni in poskušajo pokazati, da po poteku določenega časovnega obdobja kaznovanje ni več smiselno oziroma potrebno. Ker v kazenskopравни literaturi obstaja bogata paleta funkcij, ki jih kazni domnevno opravlja, je tudi sklop materialnih utemeljitev zastaranja pisan.

Najprej velja omeniti pristope, ki stavijo na generalno preventivno funkcijo kazni. Ni naključje, da se zastaranje praviloma utemeljuje s pozitivno generalno prevencijo. Če bi namreč funkcijo kazni videli izključno v zastraševanju z nevšečnostmi, ki čakajo nekonformnega posameznika (negativna generalna prevencija), bi vsaka možnost, da se nevšečnostim izogne, lahko delovala kontraproduktivno. Po drugi strani pa pozitivna generalna prevencija, katere bistvo je pomiritev javnosti in utrjevanje zaupanja v pravni red,<sup>14</sup> ponuja več opornih točk za utemeljitev zastaranja. Ključni besedi v tej zvezi sta »pravni mir« in »pozaba«, ki naj bi ju prinesel sam potek časa ter z njim povezano izzvenevanje potreb javnosti, da pravosodje konflikt vsebinsko razreši. V skladu s tem pogledom postanejo pretekla kazniva dejanja – zlasti če so blažje narave – v očeh javnega mnenja manj pomembna in zanimiva, z eno besedo »lanski sneg«, njihovo pozno kaznovanje pa bi lahko celo nasprotovalo občutkom ljudi za pravičnost. Pri tem pogledu je vendarle sporno, ali so trditve o pozabi in ponovno vzpostavljenem pravnem miru mišljene empirično (torej kot nekaj, kar se praviloma zgodi) ali normativno (kot nekaj, kar moramo šteti, da velja). Empirična podstat teh trditev je krhka zlasti pri težkih kaznivih dejanjih, za katera je znano, da lahko obremenjujejo še generacije potomcev.

Nadalje so znani pristopi, ki razloge za institut zastaranja izpeljujejo iz specialno preventivnih teorij kazni. Ena možnost v tej zvezi je sklicevanje na ugašitev potreb negativne specialne prevencije: strah pred pregonom in obsodbo, ki mu je bil posameznik skozi leta izpostavljen, naj bi nadomestil svarilno delovanje prave kazni, ali drugače povedano, namesto kazni, ki jo izreče sodišče, naj bi delo opravila *poena naturalis*. Druga možnost je navezava na pozitivno specialno prevencijo: potek časa naj bi sam zase deloval resocializacijsko, zlasti če upoštevamo statistično značilen upad »kriminalne energije«, ki ga prinašata posameznikovo zorenje in staranje.

Z ekspresivnimi teorijami kaznovanja, ki bistveno funkcijo kazni vidijo v komunikaciji, je naposled mogoče povezati idejo, ki razlog za zastaranje vidi v

<sup>14</sup> Ideja o pozitivni generalni prevenciji smisla kazni ne išče ne v zastraševanju ne v poboljševanju ne v povračilnosti, temveč – rečeno najbolj splošno – v krepitvi zaupanja v pravni red, utrjevanju pravne zavesti ljudi in izpolnitvi njihovih pričakovanj, da bodo storilci kaznivih dejanj kaznovani. Podrobneje o empiričnih in normativnih vidikih pozitivne generalne prevencije M. Ambrož, nav. delo (2016).



nestalnosti človeške identitete.<sup>15</sup> Če krivdorek izrekamo mnogo let po dejanju, naj bi lahko imeli upravičen pomislek, ali še govorimo z »istim človekom«. Gre pravzaprav za nekoliko omiljeno varianto že omenjene ideje, da naj bi čas sam zase deloval resocializacijsko. Ta omiljena varianta namreč ne trdi, da mnogo let po dejanju pred nami nujno stoji »boljši človek«, vsekakor pa je to »drug človek«.

Ta bežen pregled teoretičnih utemeljitev zastaranja omogoča več ugotovitev. Očitno je, da so utemeljitve izrazito heterogene in da nekatere med njimi delujejo bolj, druge pa manj prepričljivo. Ni pa med njimi take, ki bi bila brez šibkega mesta oziroma ki bi bila sposobna zadovoljivo utemeljiti zastaranja (oziroma nezastarljivost) v vseh možnih življenjskih položajih. Jasno je, da so ti lahko zelo različni: ne samo da se kazniva dejanja razlikujejo po teži, temveč se razlikujejo tudi storilci in okoliščine, v katerih so bila dejanja izvršena, nenazadnje pa se razlikujejo tudi interesi morebitnih oškodovancev. Zato ni presenečenje, da nobena od navedenih teoretičnih utemeljitev zastaranja danes ne uživa enotne podpore, neredko imamo opraviti celo z različnimi poskusi njihovega relativiranja, npr. s pogledom, da je zastaranja pač del pozitivnega prava, o bistvu katerega ne kaže pretirano filozofirati, ali pa z različnimi oblikami eklekticizma (spajanja in povezovanja posameznih teorij, ki naj utemeljijo zastaranja), kar je oblika resignacije nad idejo, da obstaja teoretično čista utemeljitev zastaranja. To pa hkrati pomeni, da tudi razprava o teoretični utemeljitvi zastaranja ne daje čvrste oporne točke, s katere bi bilo mogoče prepričati dvomljivce z obeh strani o tem, ali je podaljšane zastaralne roke dopustno uporabiti retroaktivno.

### **2.3. Bistvo prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu**

Ker niti razprava o »naravi« zastaranja niti razprava o njegovi vsebinski utemeljitvi nista dali enoznačnega odgovora o dopustnosti retroaktivnega podaljševanja zastaralnih rokov, so se v novejšem času pojavili poskusi, da se k problemu pristopi z drugega konca – z razmišljanjem o »bistvu« prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu. V tej zvezi je znanih nekaj jedrnatih izpeljav, ki poskušajo pokazati, da je retroaktivna uporaba podaljšanih zastaralnih rokov sprejemljiva. Taka je npr. trditev, da smisel načela zakonitosti ni državljanom dajati informacije o tem, koliko časa po dejanju morajo ostati skriti, da se bodo izognili kaznivosti.<sup>16</sup> Podobna, le nekoliko bolj splošna je trditev, da načelo zakonitosti jamči le »od kdaj naprej« bo neko ravnanje kaznivo, ne daje pa jamstev o tem »kako dolgo« bo kaznivo.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> T. Hörnle, nav. delo, str. 122.

<sup>16</sup> C. Roxin, nav. delo, str. 168.

<sup>17</sup> Argument po nemški sodni praksi povzema M. Asholt, nav. delo, str. 362.

Moč teh argumentov je predvsem v njuni retorični udarnosti – z nekaj kratki-mi, skrbno izbranimi besedami, ki spominjajo na gesla, naj bi pokazala, da je s podaljševanjem zastaralnih rokov za nazaj vse v redu. Če pa si vzamemo nekaj časa za premislek, so stvari videti manj elegantne.

Prvič, zavajajoče je institut zastaranja povezovati le s storilci, ki »želijo vedeti, koliko časa morajo ostati skriti«. Zadeve, v katerih imamo opraviti s skrivajočimi se storilci, so le del pripada zadev, v katerih se potencialno odpira vprašanje zastaranja. Sicer je slika zadev, v katerih lahko pride do zastaranja, bistveno pestrejša: lahko gre za pozno ovadbo, lahko gre za procesne zaplete, pomanjkljivo zbrane dokaze oziroma ponavljajoče se razveljavitve sodnih odločb (v sistemih, kakršen je naš, kjer zastaranje teče tudi po izdaji prvostopenjske sodne odločbe), lahko gre preprosto za premajhno aktivnost »države« ali pa celo za leta trajajočo tiho toleranco države do posameznih kaznivih dejanj, ki po spremembi političnega sistema naleti na ogorčenje (primer združitve obeh Nemčij). Skratka, storilec, ki se skriva, je le del v kompleksnem mozaiku fenomenologije zastaranja, zato ni primerno, da se kopja argumentacije brusijo le na njegovem primeru.

In drugič, dihotomija od kdaj/do kdaj (pri čemer naj načelo zakonitosti ne bi dajalo jamstev, do kdaj bo neko ravnanje kaznivo) preveč poenostavlja pomen načela zakonitosti v kazenskem pravu. To načelo namreč v sistemih, kjer je dosledno izpeljano, ne varuje storilca le pred pregonom za dejanja, ki v času izvršitve še niso bila inkriminirana, temveč tudi pred *ex post* postrožitvami kazenskega zakona (podrobneje o tem v razdelku 2.4. v nadaljevanju). Nadalje je kot protiargument tako skrčenemu razumevanju načela zakonitosti mogoče navesti, da pravna varnost, ki naj bi jo načelo zakonitosti zagotavljalo, ni le v informaciji storilcu, ali je neko ravnanje inkriminiramo, temveč se nanaša na celoto dejavnikov, od katerih je v končni fazi odvisno, ali in kako bo storilec kaznovan.

## 2.4. Kriminalitetna politika in pomen besed

V ozadju predstavljenih problemskih torišč (narava zastaranja, razlogi za obstoj zastaranja, bistvo prepovedi retroaktivnosti) je prikrita kriminalitetnopolitična debata, ki jo je mogoče strniti v vprašanje: ali boj zoper kriminaliteto in pričakovanja oškodovancev ter javnosti zahtevajo tudi ukrepe, kakršen je retroaktivno podaljševanje zastaralnih rokov? Ker razprava o kriminalitetnopolitičnih ciljih velja za ohlapno oziroma »neznanstveno«, obstaja tendenca to debato zakrinkavati oziroma jo »dogmatizirati«. <sup>18</sup> Najbrž najbolj očitno pride to do izraza pri razpravi o »naravi« zastaranja, kjer naj bi bilo vse odvisno od tega, pod kateri pol v binarizmu materialno-procesno zastaranje razvrstimo. Pretvarjanje kriminali-

<sup>18</sup> M. Ambrož, nav. delo (2017), str. 7–12.

tetropolitičnih vprašanj v domnevno vrednostno neobremenjene dileme pravne dogmatike je v kazenskem pravu razmeroma pogost pojav. Pojav je škodljiv, saj praviloma zamegljuje bistvo problemov.<sup>19</sup> Tako bi bilo ustrežnejše oziroma, če si dovolim uporabo modnega izraza, veliko bolj »transparentno« odprto govoriti o različnih razsežnostih kriminalitetnopolitične potrebe po podaljšanju zastaralnih rokov z retroaktivnim učinkom. V tej zvezi bi bilo treba raziskati interese oškodovancev, državni interes »zatiranja« kriminalitete, pa tudi interes, da javno mnenje ohranja zaupanje v pravosodni sistem (pozitivna generalna prewencija). Seveda so vse naštetu ohlapna in vrednostno zaznamovana vprašanja, zato je razumljivo, da je bistveno lažje razpravo preusmeriti v abstraktno polemiko o »naravi« zastaranja. Toda s tem se pravi problemi ne rešujejo, temveč pometajo pod preprogo.

Vzemimo, da bi se lotili nehvaležnega opravila in se resno posvetili vprašanju, ali obstaja utemeljena kriminalitetnopolitična potreba po podaljšanju zastaralnih rokov z retroaktivnim učinkom. Zelo verjetno je, da bi bila naša stališča precej odvisna od podobe izhodiščnega primera, ki bi ga vzeli za podlago, da si problematiko lahko nazorneje predstavljamo. Prav gotovo bi bilo mogoče v pestrosti zadev, ki jih prinaša pravosodna stvarnost, najti zadeve, v katerih bi se tudi najbolj zadržtemu nasprotniku retroaktivnega podaljšanja zastaralnih rokov zdelo pravično uporabiti podaljšane zastaralne roke in tako zadevo »rešiti« pred zastaranjem. To nas postavlja pred skušnjava, da bi retroaktivno podaljšanje dopustili vsaj v nekaterih »izjemnih« primerih. Ta skušnjava je človeška in če jo poplošimo, spada med temeljne napetosti pravnega urejanja (vprašanje dopuščanja upravičenih izjem od načelnih rešitev). Po drugi strani vemo, da si stvari, ki so najprej mišljene kot redka izjema, prej ko slej utrejo pot v normalnost.

Da bi se bilo mogoče upreti skušnjavam dopuščanja »redkih izjem« in človeških nihanj v percepciji, kaj je kriminalitetnopolitično potrebno oziroma oportuno, je pomembno, da se v kazenskem pravu igra po vnaprej določenih pravilih in da se, ko ta pravila beremo, v škodo obdolženca ne oddaljujemo od običajnega pomena besed. S tem v zvezi si zasluži pozornost 7. člen našega Kazenskega zakonika (KZ-1), ki pravi takole: »(1) Za storilca kaznivega dejanja se uporablja zakon, ki velja ob storitvi kaznivega dejanja. (2) Če se po storitvi kaznivega dejanja zakon spremeni (enkrat ali večkrat), se uporablja zakon, ki je milejši za storilca.«

Opozoriti velja, da je ta izpeljava načela zakonitosti do potencialnega storilca širokogrudnejša od one, ki jo zagotavlja 28. člen Ustave, ko pravi: »Nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo storjeno. Dejanja, ki so kazniva, se ugotavljajo in kazni zanje izrekajo po zakonu, ki je veljal ob storitvi dejanja, razen če je novi

---

<sup>19</sup> Prav tam.

zakon za storilca milejši.« Medtem ko se ustavno jamstvo omejuje na »dejanje« in na »kazen«, ki morata biti znana vnaprej in za katera velja načelo *lex mitior*, določba 7. člena KZ-1 svoje jamstvo razteza na celotno »uporabo zakona«, kamor brez dvoma spadajo tudi določbe o zastaranju, vključno z zastaralnimi roki.

Če imamo pred očmi jamstva, ki jih daje 7. člen KZ-1, postane očitno, da je pri nas maneverski prostor za teoretiziranje o dopustnosti retroaktivne uporabe podaljšanih zastaralnih rokov *de lege lata* zelo omejen. Seveda se je o pomenu besed vselej mogoče prepirati in denimo trditi, »uporaba zakona«, o kateri govori 7. člen, ne pokriva uporabe določb o zastaranju. Toda takšna trditev bi pomenila preboj običajnih besednih pomenov v škodo storilca. Medtem ko v kazenskem pravu teleološko zoževanje polja kaznivosti dopuščamo (t. i. teleološka redukcija<sup>20</sup>), z dobrimi razlogi zavračamo njegovo nasprotje (teleološko širjenje polja kaznivosti), saj bi od načela zakonitosti ostalo bore malo, če bi se v imenu iskanja domnevno pravih namenov »zakonodajalca« lahko oddaljili od običajnega pomena besed.

### 3. SKLEP

Vse povedano je mogoče strniti v nekaj ugotovitev in sklepov. Podaljševanje zastaralnih rokov je zakonodajni trend zadnjih dveh desetletij, ne samo pri nas, temveč tudi v večini primerljivih pravnih sistemov. Ob tem se neizogibno odpira vprašanje režima zastaranja v »prehodnih obdobjih«: ali naj novi (daljši) zastaralni roki veljajo tudi za kazniva dejanja, ki so bila izvršena še v času, ko ti še niso veljali? Polemika ob tem vprašanju se naslanja zlasti na tri argumentacijske sklope: (1) na »naravo« zastaranja, (2) na razloge za obstoj zastaranja in (3) na bistvo prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu.

Zlasti spor o »naravi« zastaranja zamegljuje pravo naravo problema: resnične dileme zastaranja so kriminalitetnopolitične, pojmovno razvrščanje je tu drugotnega pomena. Seveda pa dileme o dopustnosti retroaktivne uporabe podaljšanih zastaralnih rokov ni mogoče rešiti zgolj s kriminalitetnopolitičnim vrednotenjem, saj so takšnemu vrednotenju v kazenskem pravu postavljene meje v obliki načela zakonitosti. Podrobnosti izpeljave tega načela so v posameznih pravnih sistemih različne. Glede na izpeljavo, ki jo je to načelo dobilo v našem Kazenskem zakoniku, retroaktivno podaljševanje zastaralnih rokov ne pride v poštev.

Povedano sicer ne pomeni, da se je nujno odpovedati vsakršni nadaljnji razpravi o podaljševanju zastaralnih rokov z retroaktivnim učinkom. Pomeni pa, da ideja o retroaktivni uporabi podaljšanih zastaralnih rokov pri nas ni uresničljiva ob veljavnem 7. členu Kazenskega zakonika. Njenim potencialnim zagovorni-

<sup>20</sup> M. Pavčnik, nav. delo, str. 141–142.

kom torej ne more uspeti, dokler stavijo zgolj na interpretacijo, temveč si bodo morali prizadevati za spremembo zakona. Skoraj odveč je dodati, da tudi morebitna taka sprememba ne bi mogla imeti učinkov za nazaj.

## **LITERATURA**

- Matjaž Ambrož: Časovna veljavnost kazenskega zakona in ugotavljanje, kateri od zakonov je milejši, v: 1. konferenca kazenskega prava in kriminologije – zbornik, GV Založba, Ljubljana 2008.
- Matjaž Ambrož: Namen kaznovanja – pozitivna generalna prevencija?, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 67 (2016) 1, str. 5–15.
- Matjaž Ambrož: O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 68 (2017) 1, str. 5–14.
- Martin Asholt: Verjährung im Strafrecht. Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Franjo Bačić: Krivično pravo – opći dio. 5. izdaja, Informator, Zagreb 1998.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož in Katja Filipčič: Kazensko pravo: splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Tatjana Hörnle: Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit, v: Christian Fahl, Eckhard Müller, Helmut Satzger in Sabine Swoboda (ur.): Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2015, str. 115–126.
- Petar Novoselec: Nezastarijevanje kaznenih djela vezanih zu ratno profiterstvo i proces pretvorbe i privatizacije: Osvrt na odluku Ustavnog suda u »slučaju Hypo«, v: Hrvatski ljetopis za kazeno pravo i praksu, 22 (2015) 2, str. 437–451.
- Petar Novoselec: Prijepori o zastari u hrvatskom i slovenskom kaznenom pravu, v: Dragan Petrovec in Matjaž Ambrož (ur.): Skoraj stoletje profesorja Ljuba Bavcona, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2014, str. 172–189.
- Marijan Pavčnik: Argumentacija v pravu. 2. izdaja, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Claus Roxin: Strafrecht – Allgemeiner Teil I. C. H. Beck, München 2006.
- Sabina Zgaga: Pregon mednarodnih hudodelstev in načelo zakonitosti, v: Zbornik znanstvenih razprav, LXXVII (2017), 1. zvezek, str. 25–52.

# RAZLAGE ZAČETKA VELJAVNOSTI, OBVEZNE MOČI IN UPORABE ZAKONA

*Albin Igličar*

## 1. UVOD

V problem časovnosti razlage zakona je mogoče vključiti tudi pojme začetek veljavnosti zakona, začetek njegove obvezne moči in začetek njegove uporabe. Pri pravnih frazah »zakon začne veljati«, »zakon dobi obvezno moč« in »zakon se začne uporabljati« se v povezavi z razglasitvijo in objavo zakona namreč pojavljajo nekateri problemi in vprašanja. Hipotetično je mogoče trditi, da je v slovenskem oziroma jugoslovanskem ustavnopravnem razvoju zamenjava besednega niza »zakon dobi moč« z »zakon dobi veljavo« (tudi »stopi v veljavo«, »začne veljati«) povzročila nejasnosti v teoriji in nomotehnične težave v praksi. Temu se je pridružilo še odlaganje začetka uporabe veljavnega zakona.

Sedanja slovenska Ustava določa, da morajo biti predpisi objavljeni, preden začnejo veljati, veljati pa začnejo petnajsti dan po objavi, če ni v njih samih določeno drugače.<sup>1</sup> Izjema velja za Ustavo in ustavne zakone, ki začnejo veljati z razglasitvijo (v Državnem zboru Republike Slovenije).<sup>2</sup> Zakon torej dobi svojo eksistenco oziroma začne pravno obstajati, po sedanji pozitivnopravni ureditvi, ko je razglašen in objavljen v ustavno predvidenem uradnem glasilu. Z objavo zakona je končan zakonodajni postopek. V razglašenem in objavljenem zakonu ni mogoče več ničesar spreminjati, pravni predpis je nastal. Zakon je postal del pravnega reda, tako da od te točke naprej prevladujoča klasična teorija uporablja pojem »začetek veljavnosti«.<sup>3</sup> Po razlaganju tradicionalne oziroma starejše teorije torej z razglasitvijo in objavo zakon dobi tudi veljavnost, ne pa še obvezujoče pravne moči.<sup>4</sup> Ta nastopi s potekom vakacijske dobe. Po poteku te dobe dobi zakon obvezno pravno moč, začne vezati pravne subjekte in se začne uporabljati v praksi. Med veljavnostjo oziroma obvezno močjo zakona in njegovo uporabo v praksi torej ni nikakršne časovne razlike.

<sup>1</sup> Glej prvi odstavek 154. člena Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 33/91, s spremembami in dopolnitvami).

<sup>2</sup> Po določbi 172. člena Ustave Republike Slovenije začne Ustava torej veljati, še preden je objavljena.

<sup>3</sup> Nem. *Geltungsbeginn*; prim. A. Vonkilch, nav. delo, str. 36.

<sup>4</sup> Prim. G. Kušej, nav. delo, str. 123: »Zakon kot izraz državne volje torej velja, čim je pravilno razglašen, in od te veljave je treba strogo ločiti njegovo učinkovanje, njegovo obvezno moč, tj. uporabljanje državne oblasti po njegovih predpisih.«

Sedanja slovenska Ustava (1991) pozna kategorijo »začetek veljavnosti zakona« kot sestavino ustavne materije, ki opredeljuje način nastajanja splošnih pravnih aktov oziroma postopek za sprejem zakona.<sup>5</sup> Pri opredeljevanju načel ustavnosti in zakonitosti ta Ustava tudi ne vzpostavlja razlike med veljavo in uporabo predpisa.

V moderni državi in po ustaljenem pojmovanju pravne teorije je predviden še čas, ki mora preteči od objave predpisa do trenutka, ko predpis dobi obvezno pravno moč, tj. vakacijski rok (lat. *vacatio legis*). To obdobje je namenjeno seznanitvi pravnih naslovljencev z vsebino novega predpisa in upravnim organom, da v tem obdobju sprejmejo morebitne podzakonske splošne akte, ki so potrebni za izvajanje predpisa v praksi, ter izpeljejo druge organizacijske priprave v zvezi z novo pravno ureditvijo.<sup>6</sup>

Objavljanje zakonov (publikacija) je izvedeno iz načela zakonitosti in pripomore k pravni varnosti, zaupanju v pravo ter predvidljivosti pravnega sistema. V uradnem glasilu je objavljeno avtentično besedilo zakona, z objavo pa je vzpostavljena tudi domneva, da državljani poznajo njegovo vsebino. Po preteku vakacijskega roka začne zakon veljati, državljani in državni organi ga morajo uporabljati (angl. »law in books« se udejanja v »law in life«). V časovnem obdobju med objavo in – po sedanji slovenski ustavni terminologiji – »začetkom veljavnosti« zakon eksistira zgolj v pravnem sistemu. Zakon je zavezujoč za zakonodajalca, za državno oblast.<sup>7</sup> Ne obvezuje pa še drugih naslovljencev pri njihovem praktičnem uresničevanju pravic in dolžnosti po zakonskih določbah.

Začetek veljavnosti in začetek uporabe morata torej sovpadati. Veljavne zakone je pač treba uporabljati pri ravnanju pravnih subjektov. Od tedaj naprej velja tudi domneva,<sup>8</sup> da se je vsakdo lahko seznanil s sprejetimi zakoni, tako da se na njihovo nepoznavanje nihče ne more sklicevati oziroma nepoznavanje zakona nikogar ne opravičuje v primeru kršitev zakona,<sup>9</sup> saj se veljavni zakoni morajo uporabljati pri urejanju družbenih odnosov.

---

<sup>5</sup> Prim. M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 239.

<sup>6</sup> Enako opredeljuje smisel in namen vakacijskega roka npr. M. Pavčnik: »V tem roku [...], dolžnost pristojnih upravnih organov pa je izdati ustrezne izvedbene predpise in opraviti druga organizacijska dela in priprave, ki so potrebni za to, da je splošni pravni akt mogoče udejanjati.« M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 206.

<sup>7</sup> Po mnenju tradicionalne teorije bi v tem obdobju v zakon lahko poseglo Ustavno sodišče, glej npr. A. Vonkilch, nav. delo, str. 38.

<sup>8</sup> Dejansko gre pravzaprav za fikcijo.

<sup>9</sup> Izrek rimskega prava *Ignorantia iuris nocet* ali tudi *Ignorantia legis nominem exusat*, z dopustno izjemo pravne zmote v kazenskem pravu, kot je določena npr. v prvem odstavku 31. člena Kazenskega zakonika RS (KZ-1, UPB2, Ur. l. RS, št. 50/12, 54/15, 6/16, 38/16, 27/17): »Storilec kaznivega dejanja, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje v nasprotju s pravom, ni kriv.«



## 2. VELJAVNOST, OBVEZNA MOČ IN UPORABA ZAKONA V SLOVENSKI UREDITVI

V zadnjem obdobju v slovenski zakonodajni praksi srečamo slab in vprašljiv pristop, ko npr. v končnih določbah beremo: »Ta zakon začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se začne šest mesecev po njegovi uveljavitvi,« in z njo povezano določbo: »Z dnem uveljavitve tega zakona preneha veljati Zakon o državnem pravobranilstvu [...] uporablja pa se do začetka uporabe tega zakona [...].«<sup>10</sup> V navedenem – in številnih podobnih primerih – se po nepotrebnem vzpostavlja razlika med veljavnostjo pravnega predpisa in začetkom njegove uporabe, kar vnaša v pravni sistem nejasnost in nepreglednost. Na tako »nedopustno stanje« opozarjajo tudi nekateri drugi teoretiki iz primerljivih pravnih sistemov,<sup>11</sup> saj pri določanju obveznosti zakona tudi tam srečamo razlikovanje med veljavnostjo (začetek obvezne moči) in uporabljanjem.

V omenjenih primerih, katerih število v zadnjih letih vztrajno narašča, je okrnjena družbena funkcija pravnega sistema. Pravni sistem naj nastopa kot homeostatični družbeni mehanizem, ki zagotavlja jasnost in nedvoumnost pri vzpostavljanju družbenih odnosov ter predvidljivost in preglednost v delovanju državnih institucij. Zakonodajno delovanje naj bi bilo pri dopolnjevanju pravnega sistema utemeljeno z racionalnostjo, legitimnostjo in koherentnostjo.<sup>12</sup> Koherentnost narekuje notranjo skladnost splošnega pravnega akta in tudi skladnost pravnih aktov med seboj. Zakonodajalec mora upoštevati pravni sistem kot celoto in slediti načelom skladnosti ter zagotavljati jasen pomen ter smisel pravnih institutov.<sup>13</sup>

V družbenem življenju naslovljenci (adresati) zakon uporabljajo v pravnih razmerjih pri sklepanju pravnih poslov in v številnih drugih oblikah svojega vedenja in ravnanja ter prav tako sodišča in drugi državni organi pri svojem delovanju. Seveda lahko navedeni subjekti uporabljajo le veljavne zakone. Po drugi strani pa ni prav, da pravni subjekti veljavnih zakonov ne bi uporabljali. Neuporabljanje veljavnih zakonov je v nasprotju s predvidljivostjo družbenega življenja in pravno varnostjo kot izpeljankama pravne vrednote, ki jo prepoznamo v načelu pravne države. Zato je zakonska zapoved neuporabe veljavnega zakona v nasprotju z načeli ustavnosti in zakonitosti ter zagotavljanjem resnosti pravnega sistema. Zakonodajalec je vezan na pravne standarde, ki jih zajema ustava.<sup>14</sup> Njihovo

<sup>10</sup> Glej 112. in 111. člen Zakona o državnem odvetništvu (ZDOdv), Ur. l. RS 23/17.

<sup>11</sup> Tako npr. Miličič ugotavlja: »Moguće je a nedopustivo stanje obvezatnost korištenjem nepostojeće razlike između izraza – stupanje na snagu – i izraza – primenljivat će se!« V. Miličič, nav. delo, str. 168.

<sup>12</sup> Prim. T. Štajnpihler, nav. delo, str. 92.

<sup>13</sup> Več o načelu skladnosti pri zakonodajnem odločanju L. Wintgens, nav. delo, str. 37.

<sup>14</sup> T. Štajnpihler, nav. delo, str. 81.



neupoštevanje privede do nekonsistentnosti, do nasprotij in protislovnosti. To se dogaja, ko npr. zakon x razveljavi zakon y, istočasno pa ta zakon x odloži svoje izvajanje oziroma uporabo ter določi uporabo zakona y.

V vsakdanji praksi v vseh pravnih sistemih prihaja do določenega neskladja med veljavnim pravnim pravilom in njegovo uporabo v praksi. To neskladje med normativnim (veljavnost) in stvarnim (uporaba) je posledica številnih objektivnih in subjektivnih okoliščin, ki se jim ni mogoče povsem izogniti oziroma jih ni mogoče nikdar v celoti predvideti. Nikakor pa ni treba, da bi ga hote vzpostavljali sam zakonodajalec. Le-ta mora težiti k čim višji stopnji učinkovitosti (efektivnosti) zakona. Življenje bo potem že samo navrglo bolj ali manj velike ovire pri izvajanju oziroma uporabljanju zakona v praksi. Slabše uporabljanje predpisa v fizično otipljivi stvarnosti povzročajo ekonomske, socialne, interesne in kulturne razmere v nekem družbenem okolju. To so objektivna dejstva, ki jih mora zakonodajalec čim bolj upoštevati, vendar cilj zakonodajalca nikakor ne sme biti časovno zamikanje uporabljanja predpisa, ki že velja.

Veljavnost splošnih pravnih aktov je izrazito pravni pojem, ki zagotavlja pravno varnost, ko določa, kdaj imajo splošni pravni akti naravo pozitivnega (postavljenega, veljavnega) prava. Uporaba pravnih aktov je pojem, ki pojasnjuje, koliko se neki predpis izvaja v dejanskih družbenih odnosih, v kolikšnem delu pa ostaja zgolj t. i. mrtva črka na papirju. Slednje ugotavljamo s preprostim življenjskim izkustvom in tudi z empiričnimi sociološkopravnimi raziskavami. Zakonska določba, ki za začetek veljavnosti in začetek uporabljanja predpisa postavlja različna datuma, negira smisel in namen vakacijskega roka.

Zato tudi v primeru, ko je treba za izvajanje zakona sprejeti še kakšne podzakonske akte, npr. pravilnike, ni treba razlikovati med začetkom veljavnosti in začetkom uporabe tega zakona, temveč je treba ustrezno podaljšati njegov vakacijski rok. Zakonodajalec naj torej uporabi ustavno pooblastilo – ki je v Ustavi predvideno prav s tem namenom – da predpis lahko začne veljati kasneje kot po izteku splošnega štirinajstdnevnega vakacijskega roka.<sup>15</sup> Če odmislimo zaželeno oziroma idealno situacijo, v kateri se podzakonski akti pripravljajo vzporedno s pripravljanjem zakonskega besedila, je potem, ko je zakon v predstavniškem telesu že sprejet in objavljen v uradnem glasilu, te podzakonske predpise mogoče izdati prav v času vakacijskega roka ter določiti začetek njihove veljavnosti na isti datum, kot je določen za začetek veljavnosti ustreznega zakona. S tem, ko je bil zakon razglašen in objavljen, je pridobil svojo pravno eksistenco, zakon je nastal.<sup>16</sup> V zakonu, ki je bil v zakonodajnem telesu sprejet (in tudi objavljen v ura-

---

<sup>15</sup> Glej drugi odstavek 154. člena Ustave Republike Slovenije: »Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno.«

<sup>16</sup> Tako tudi Maunz-Dürig (izd.), nav. delo, str. 5; C. Starch (izd.), nav. delo, str. 261; Friauf/Höfling (izd.), nav. delo, str. 58.

dnem listu), se ne more nič več spreminjati, zakonsko besedilo je bilo avtoritativno sprejeto in zakonodajni postopek končan.<sup>17</sup> Seveda pa bodo zakonske norme za naslovljence (adresate) postale pravno zavezujoče z dnem, ki je v zakonu (ali ustavi) določen, da s tem dnem dobi zakon obvezno moč, oziroma – po dikciji slovenske ustave – z dnem, ko zakon začne veljati.

Ob tem dejstvu ne pride v poštev pogost ugovor pripravjalca podzakonskega akta, da je podzakonski predpis (npr. pravilnik) nesmiselno pripravljati v času sprejemanja zakona v predstavnem telesu, češ da poslanci zakon s svojimi amandmaji v drugi in tretji obravnavi večkrat še temeljito spremenijo, kar je seveda včasih tudi res. Vendar se po sprejemu predloga zakona v parlamentu in po koncu zakonodajnega postopka ter po objavi zakona v uradnem listu z zakonom ne more nič več zgoditi. Zakonska vsebina je določena in »postavljena izdana«. Parlament je opravil svojo funkcijo.<sup>18</sup> Upravni organi pa naj – kadar je to v zakonu zahtevano ali to zahteva narava zakonske vsebine – za izvedbo zakona, ki je bil sprejet in objavljen, izdajo zahtevane podzakonske akte (pravilnike) ter določijo začetek njihove veljavnosti na datum začetka veljavnosti zakona.<sup>19</sup>

Razlikovanje med veljavnostjo in uporabnostjo zakonov je bilo morda do neke mere utemeljeno v procesu približevanja države Slovenije članstvu v Evropski uniji. Zaradi potrebne kompatibilnosti nacionalnega in evropskega pravnega sistema in načela o primatu evropskega prava nad nacionalnim je (bilo!) včasih treba sprejeti novo oziroma spremenjeno zakonodajo, razglasiti njeno veljavnost in s tem prikazati potrebno usklajenost obeh pravnih sistemov. Ko polnopravno članstvo Slovenije v Evropski uniji še ni bilo udeleženo, določenih zakonov ni bilo treba ali jih še ni bilo mogoče uporabljati v praksi. S polnopravnim članstvom Slovenije v Uniji<sup>20</sup> pa je odpadel prikazani razlog za razlikovanje med začetkom veljavnosti in začetkom uporabe splošnega pravnega akta.

<sup>17</sup> Zato npr. za nastanek Občega državljskega zakonika (ODZ oziroma ABGB) splošna pravna literatura navaja letnico 1811 (prim. M. Pavčnik, nav. delo (2003), geslo *Pravo*). Natančnejši vpogled pa pokaže, da je bil tega leta, in sicer 1. 6. 1811, ta zakonik razglašen (nem. *das Kundmachungspatent*), konec junija 1811 natisnjen, obvezno moč (nem. *in Kraft treten*) pa je dobil 1. 1. 1812. Prim: B. Mertens, nav. delo, str. 225.

<sup>18</sup> V smislu (lat.) *Roma locuta causa finita*.

<sup>19</sup> Drugačno stališče zavzemajo Nomotehnične smernice (Služba Vlade RS za zakonodajo, nav. delo, str. 50 in 51), ker vežejo nastanek zakona na njegovo veljavnost in pojasnjujejo, da je mogoče podzakonske predpise sprejeti šele takrat, ko postane zakon veljaven. Ker pa po dikciji sedanje slovenske Ustave postane zakon veljaven šele s potekom vakacijskega roka (ne pa že z njegovo razglasitvijo oziroma objavo), je dodatno vzpostavljeno še eno dodatno časovno obdobje, namreč od začetka veljave do začetka uporabe predpisa.

<sup>20</sup> Npr. 27. člen Zakona o splošni varnosti proizvodov (Ur. l. RS 101/03): »Ta zakon začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se začne z dnem pristopa Republike Slovenije k Evropski uniji.«

Kadar predpis zaradi organizacijskih razlogov za začetek veljavnosti potrebuje daljši čas, kot je ustavno določen vakacijski rok, je torej treba ta rok ustrezno podaljšati in določiti veljavnost zakona ne že na petnajsti dan po njegovi objavi, ampak kasneje, čez pol leta, čez eno leto<sup>21</sup> ali še bolje, z določitvijo točnega datuma začetka veljavnosti zakona (in ustreznih podzakonskih predpisov).<sup>22</sup> Praviloma se v pravnem sistemu ne sme prepogosto pojavljati, da zakona, ki velja, ne uporabljamo, uporabljamo pa zakon, ki ne velja več, ker ga je prejšnji zakon razveljavil. Zakon, ki velja, je pač treba uporabljati, zakon, ki je bil razveljavljen, pa se ne sme (več) uporabljati. V tej smeri naj bi šla tudi opozorila pravne stroke, naslovljena na političnega zakonodajalca.<sup>23</sup>

Seveda v pravnem sistemu obstajajo življenjski primeri, ko je izjemoma treba uporabiti zakon, ki ne velja več. To so situacije na področju kazenskega prava<sup>24</sup> in v pravnih postopkih, ki se – na temelju prehodnih določb veljavnega zakona – dokončajo po starih predpisih. Posebne so tudi družbene okoliščine vzpostavitve novega pravnega (in političnega) sistema, ko je treba začasno uporabljati predpise starega pravnega sistema.<sup>25</sup> Slednje je seveda izrazita izjema od rednih oziroma ustaljenih družbenih razmer, ko se pojavijo vprašanja hitrega, revolucionarnega kvalitativnega prehoda iz ene v drugo družbeno-ekonomsko in družbeno-politično ureditev.

### 3. POGLED V ZGODOVINO

Pogled v polpreteklo zgodovino lahko še dodatno osvetli pomen in smisel vakacijskega roka ter vprašanja začetka veljavnosti, obvezne moči in začetka uporabe pravnih predpisov. Pri tem je, tako v novejši<sup>26</sup> kot v starejši<sup>27</sup> teoriji, nesporno, da začne zakon pravno eksistirati z razglasitvijo oziroma objavo, vendar

<sup>21</sup> Za nemški civilni zakonik (BGB) je bila vakacijska doba tri leta in pol; glej B. Mertens, nav. delo, str. 226.

<sup>22</sup> Podobno G. Kušej, nav. delo, str. 121 in 122: »Krajšo ali daljšo vakacijsko dobo pa zahtevajo zakoni, za katere je treba najprej temeljitega dolgotrajnega preučevanja, ali novih tehničnih priprav, ali temeljne preusmeritve in mogoče celo preustrojitve že obstoječih organov, katerim bo poverjeno izvajanje novega zakona.«

<sup>23</sup> Več v A. Iglīčar, nav. delo, str. 14 in 15.

<sup>24</sup> Izjema velja v kazenskem pravu, kot določa drugi odstavek 7. člena KZ-1: »Če se po storitvi kaznivega dejanja zakon spremeni (enkrat ali večkrat), se uporablja zakon, ki je milejši za storilca.« Podobno drugi odstavek 28. člena Ustave RS.

<sup>25</sup> Npr. 4. člen Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije: »Do izdaje ustreznih predpisov Republike Slovenije se v Republiki Sloveniji smiselno uporabljajo kot republiški predpisi tisti zvezni predpisi, ki so veljali v Republiki Sloveniji ob uveljavitvi tega zakona, kolikor ne nasprotujejo pravnemu redu.«

<sup>26</sup> Prim. L. Šturm, nav. delo, str. 1025.

<sup>27</sup> Prim. G. Kušej, nav. delo, str. 123.

s trenutkom objave – po naši sedanji ustavni ureditvi – še ni veljaven. Obstaja (eksistira) pravzaprav le za zakonodajni organ, ki ga v času teka vakacijske dobe veže v tem smislu, da ga ne more nič več spreminjati oziroma da ga zakonodajalec lahko spremeni ali odpravi samo z novim zakonom.

Ta vprašanja je mogoče pojasnjevati tudi s terminološkega oziroma jezikovno-prevajalskega vidika. Pravnozgodovinski pogled pove, da sta tako Vidovdanska ustava (1921)<sup>28</sup> kot Ustava Kraljevine Jugoslavije (1931)<sup>29</sup> uporabljali formulacijo »zakon dobija obaveznu snagu«, kar se sklada z nemško sintagmo »in Kraft treten (*Das Gesetz tritt in Kraft*)«<sup>30</sup> in kar je bilo v slovenski različici zapisano kot »[...] zakon dobi obvezno moč«. Strogo sledeč vsebini pojma »snaga« oziroma »Kraft« je zato tudi starejša pravna teorija govorila o »obvezni moči zakona«, ki nastopi po preteku vakacijske dobe,<sup>31</sup> in o »veljavnosti zakona«,<sup>32</sup> ki da nastopi že, ko je končan zakonodajni postopek, ko se tek vakacijskega roka šele začne (ko se ta rok izteče, pa torej po tej terminologiji »zakon dobi obvezno moč«). V tem smislu je prof. dr. Kušej zapisal, da »[...] je treba ločiti pojem veljave eksistence pravnega pravila od pojma njegove učinkovitosti, obvezne moči. Veljava se računa po dnevu razglasitve pravnega pravila, obvezna moč po posebno določenem dnevu [...], ki pa v primeru vakacijske dobe nastopi šele z dnem njenega poteka.«<sup>33</sup>

Po drugi svetovni vojni pa v slovenski različici Ustave Federativne ljudske republike Jugoslavije (1946) za srbohrvaški izraz »zakon stupa na snagu«<sup>34</sup> bremo »zakon dobi veljavo«. <sup>35</sup> Tudi v nadaljnjih jugoslovanskih ustavah iz leta 1963 in leta 1974 je v srbohrvaškem besedilu vedno uporabljena sintagma »stupaju na snagu«, slovensko besedilo pa za to vsebino uporabi izraz »začnejo veljati«. Ta slovenska formulacija je bila nato uporabljena tudi v vseh ustavah Slovenije kot

<sup>28</sup> Drugi odstavek 80. člena Vidovdanske ustave.

<sup>29</sup> Glej 66. člen Ustave Kraljevine Jugoslavije: »Zakon dobi obvezno moč 15 dni po razglasitvi v Službenih novinah [...]«.

<sup>30</sup> Npr. drugi odstavek 82. člena t. i. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949): »Jedes Gesetz und jede Rechtsverordnung soll den Tag des Inkrafttretens bestimmen.«

<sup>31</sup> »Tisti rok, ki poteče med dnevom razglasitve in dnevom, ko dobi pravno pravilo obvezno moč, imenujemo s strokovnim izrazom *vacatio legis*.« G. Kušej, nav. delo, str. 121.

<sup>32</sup> »Razglasitev torej dokončno dovrši zakon v tem smislu, da ga napravi obče veljavnega, kar je eden bistvenih znakov zakona.« G. Kušej, nav. delo, str. 120; podobno Pitamic: »Z dokončanim zakonodavnim postopkom perfekten in kot tak posvedočen (promulgiran) zakon je veljaven.« L. Pitamic, nav. delo, str. 252. Pri tem je mogoče opaziti, da je s pojmom razglasitev (promulgacija) večkrat že zaobsežen tudi pojem objava (publikacija).

<sup>33</sup> Prim. G. Kušej, nav. delo, str. 125.

<sup>34</sup> Ustava FNRJ (1946) je v 66. členu določala: »Zakon stupa na snagu osmog dana po objavljanju i Službenom listu FNRJ, ako samim zakonom nije drukčije određeno.«

<sup>35</sup> Ustava FLRJ (1946) je v 66. členu določala: »Zakon dobi veljavo osmi dan po objavi v Uradnem listu FLRJ, če v samem zakonu ni drugače določeno.«

federalne enote Jugoslavije<sup>36</sup> in je zdaj uporabljena tudi v veljavni Ustavi samostojne Slovenije.<sup>37</sup>

#### 4. SKLEP

Na vprašanje, ali so navedeni zamenjavi srbohrvaške formulacije »zakon stupa na snagu« (oziroma nemškega izraza »das Gesetz tritt in Kraft« ali angleškega »to come into force«), ki se je pred drugo svetovno vojno v slovenščini glasila »zakon dobi obvezno moč«, po drugi svetovni vojni pa se je ta vsebina začela izražati kot »zakon začne veljati«, botrovali kakšni resni strokovni razlogi, ali pa je šlo zgolj za okus in presojo prevajalcev, bi bilo morda mogoče odgovoriti z nadaljnjo pravnozgodovinsko in primerjalnopravno raziskavo.<sup>38</sup> Upati je samo, da ta zamenjava ni bila rezultat površnosti, naglice in statusne drugorazrednosti pravnih besedil v tistem času. Vsekakor pa v sedanjem času povzroča težave in nekatere nejasnosti, saj slovenski pravni red pozna primere, ko že nastali zakon še ne velja, po poteku vakacijskega roka pa se uporabo veljavnega zakona še odloži za določen čas.

Druga možnost seveda je, da bi Ustava uvedla frazo »zakon dobi obvezno moč«, <sup>39</sup> namesto sedanje formulacije »zakon začne veljati«. To pomeni, da bi – tako kot je to razlagalo slovensko »izročilo pravne znanosti« (Pavčnik) – zakon začel veljati in bi postal del pravnega sistema s končanjem zakonodajnega postopka oziroma z dnem objave. Nato bi nastopilo vakacijsko obdobje. Po izteku tega obdobja bi zakon »dobil obvezno moč«, postal bi splošno pravno obvezen, torej bi začel učinkovati za vse pravne subjekte in se seveda tudi uporabljati. V

---

<sup>36</sup> Npr. Ustava LR Slovenije (1947) je v 62. členu določala: »Zakon dobi veljavo osmi dan po objavi v Uradnem listu LRS, če v samem zakonu ni drugače določeno.« To pa se v nemškem prevodu tega člena glasi: »Ein Gesetz tritt am achten Tag nach Kundmachung in Amtsblatt der LRS in Kraft, falls durch das Gesetz selbst nicht anders bestimmt wird.«

<sup>37</sup> Prevod prvega odstavka 154. člena Ustave RS v angleščino: »Regulations must be published prior to entering into force. A regulation enters into force on the fifteenth day after its publication unless otherwise determined in the regulation itself.«

<sup>38</sup> Po drugi svetovni vojni teorija ni več izrecno izpostavila razlike med trenutkom začetka veljavnosti, obvezne moči in uporabljanja zakona. Kljub temu pa je bilo jasno, da se pri predpisih »[...] mora trenutek njihove obvezne moči, torej trenutek, od katerega naprej jih je treba uporabljati, opirati edinole na njihovo objavo«. Npr. G. Kušej, M. Pavčnik, A. Perenič, nav. delo, str. 212. To pomeni, da je doktrina izhajala iz identičnosti oziroma prekrivanja trenutka začetka obvezne moči in začetka uporabe predpisa. Podobno tudi sedanja teorija ugotavlja, da je od trenutka objave splošnega pravnega akta »[...] odvisev potek roka, ko postane pravni akt pravno obvezen«. Glej npr. M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 207.

<sup>39</sup> Npr. besedilo 49. člena avstrijske ustave (Bundes-Verfassungsgesetz): »Die Bundesgesetze [...] sind vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Ihre verbindende Kraft beginnt, wenn [...]«. Angl. entry into force.

tem primeru ne bi bil potreben nikakršen časovni odlog med veljavnostjo in začetkom uporabe zakona.

## LITERATURA IN VIRI

- Friauf/Höfling (izd.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art 82, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013.
- Albin Igličar: Nosilna vprašanja zakonodajne dejavnosti. V: Tilen Štajnpihler (ur.), Albin Igličar (ur.), Marijan Pavčnik (ur.): Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2016, str. 9–20.
- Gorazd Kušej: Časovna veljavnost pravnih pravil in »vacatio legis«, Slovenski pravnik, 58 (1944) 7–12, str. 113–125.
- Gorazd Kušej, Marijan Pavčnik, Anton Perenič: Uvod v pravoznanstvo. Uradni list SRS, Ljubljana 1984.
- Maunz-Dürig (izd.): Grundgesetz Kommentar, Art. 82, Band 3. C. H. Beck, München 1994.
- Bernd Mertens: Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- Vjekoslav Miličić: Teorija prava i države. Samozaložba, Zagreb 2008.
- Služba Vlade RS za zakonodajo: Nomotehnične smernice. Ljubljana 2008.
- Österreichische Bundesverfassungsgesetze, Herausgeben vom Bundespressdienst, Wien 1995.
- Marijan Pavčnik: Pravo. V: Marijan Pavčnik (ur.): Leksikon Cankarjeve založbe. Cankarjeva založba, Ljubljana 2003.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava. GV Založba, Ljubljana 2015.
- Leonid Pitamic: Država (Ponatis knjige iz leta 1927). GV Založba, Ljubljana 2009.
- Christian Starch (izd.): Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Band 3. Verlag Fram Vahlen, München 2001.
- Tilen Štajnpihler: Vloga koherentnosti v zakonodajni dejavnosti. V: Tilen Štajnpihler (ur.), Albin Igličar (ur.), Marijan Pavčnik (ur.): Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2016, str. 81–95.
- Lovro Šturm (ur.): Komentar ustave Republike Slovenije. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Andreas Vonkilch: Das Intertemporale Privatrecht: Übergangsfragen bei Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht. Springer, Wien, New York 1999.
- Luc Wintgens: Zakonoslovje, v: Revus, 15 (2011), str. 15–41.

# PREDVIDLJIVOST V CIVILNI PRAVDI

*Tomaž Pavčnik*

## 1. UVOD

Ena od dilem, ki jo odpira razprava voditelja tega posveta,<sup>1</sup> se nanaša na razmerje med precedenčnim učinkom sodnih odločb in ustavno prepovedjo retroaktivnosti. Če je sodno pravo, ki temelji na ustavi in zakonu, formalni pravni vir, ima lastnost *predpisa* in mora torej tudi zanj veljati, da ne more imeti učinka za nazaj (prvi odstavek 155. člena Ustave).

Vendar je na drugi strani spet res, da je sodba najprej konkreten pravni akt, s katerim se vselej odloča o preteklih življenjskih primerih. Sodba pravo navezuje na pretekla dejstva, pri čemer je vsebina konkretnega pravnega pravila, ki ga prinaša izrek sodbe, konkretizacija abstraktne pravne posledice, vsebovane v predhodnem splošnem pravnem aktu. Poleg tega jo, kolikor ne gre za ugotovitvene sodbe, izrekamo za naprej (oblikovalne in dajatvene sodbe).

A normativno ogrodje, na katerem temelji, vendarle vzpostavljamo za nazaj. Ko npr. v odškodninski pravdi presojava, ali je bilo ravnanje tožene stranke protipravno, sporočamo, kako bi moral toženec v preteklosti ravnati.

Če zavrnemo staro tezo, da sodnik zakon zgolj uporablja, se torej znajdemo v navidez nerešljivi zagati. Sleherna sodna odločitev, in ne le tista, ki predstavlja odstop od ustaljene sodne prakse, bo do določene mere učinkovala retroaktivno. Kolikor je pri normativni konkretizaciji na ravni sojenja ustvarjalnosti, toliko je tudi retroaktivnosti. Kakor hitro je tako, je treba to pravno dejstvo najprej sprejeti (priznati) kot nujno realnost, nato pa se vprašati, kje je še dopustna mera retroaktivnosti.

Sojenju je imanentno, da splošne pravne akte konkretizira. Bolj ko so splošni pravni akti abstraktni, večja je ustvarjalnost sodstva in s tem pravodajnost sodnega prava.

Ko se z nekim pozitivnopravnim gradivom sodstvo sreča prvič, se znajde na relativni čistini. Je v podobnem položaju kot smučar, ko mora na novozapadli snežni dan z vrha gore zasnovati prvo smučino. To je pač civilno sodišče dolžno storiti (23. člen Ustave) ali še drugače: tega civilno sodišče ne sme odreči (2. člen Zakona o pravnem postopku). Sporočilo sodnega prava bo v takšnem primeru vselej še dodatno retroaktivno.

---

<sup>1</sup> M. Pavčnik, nav. delo.



Najprej je treba torej ločiti položaj, ko sodne prakse glede posameznih, za odločitev relevantnih vprašanj še ni, od položaja, ko sodna praksa, ki se navezuje na določeno pozitivnopravno gradivo, že obstaja.

V drugem od obeh položajev bo predvidljivost večja ali morda boljše: oprijemljivejša. A tudi v prvem položaju mora sodišče stremeti k temu, da bo odločitev predvidljiva. Ta cilj bo dosežen, če bo sodišče pri odločanju upoštevalo načelo notranje povezanosti in celovitosti pravnega reda.

## 2. IGNORANTIA IURIS NOCET

*Retroaktivnost splošnih predpisov* je prepovedana najprej zato, ker je v nasprotju z bistvom prava. Splošni predpisi za naprej določajo, kako mora posameznik v pravno zavezujočih segmentih življenja ravnati. To je lahko smiselno (in tudi mogoče) le, če se nanaša na prihodnost, saj za nazaj ravnanja pač ni mogoče usmerjati. Četudi ravnanja ni mogoče usmerjati za nazaj, pa lahko zakonodajalec tak položaj fingira. S tem, ko v splošnem pravnem aktu na pretekla, že končana dejstva naveže neko pravno posledico, v resnici fingira prvini pravnega pravila, znani kot primarna hipoteza (s primarno dispozicijo) in sekundarna hipoteza (s sankcijo). Ko je tako, se soočimo z retroaktivnostjo.

Ko se vprašamo, zakaj je posameznik s takšnim ravnanjem zakonodajalca prizadet, odgovor ni pretežak. Prizadet je zato, ker ni mogel vedeti (predvideti), kakšno ravnanje pravo od njega pričakuje in zahteva. Velja, da je predvidljivosti zadoščeno tedaj, če predpisi veljajo za naprej (155. člen Ustave) in če so tudi javno objavljeni (154. člen Ustave). Na teh dveh ustavnih pravilih temelji tudi načelo, da nepoznavanje prava škoduje oziroma *Ignorantia iuris nocet*. Lahko pa rečemo tudi obratno: zahteva po predvidljivosti, ki jo izraža latinski rek, je ustavno bistvo pravil o prepovedi retroaktivnosti ter o veljavnosti in objavljanju predpisov.

Ko se torej sprašujemo o dopustni meri retroaktivnosti sodnega prava, se moramo spraševati predvsem o varovanju predvidljivosti. Sredstvi za zagotavljanje te temeljne pravne vrednote naj bi bili pravili iz 154. in 155. člena Ustave. Po naravi stvari sta ti dve sredstvi lahko učinkoviti le, ko je govor o retroaktivnosti abstraktnih predpisov, ne pa tudi tedaj, ko gre za problem retroaktivnosti konkretne sodbe.

Ker sta obe navedeni pravili ustavni vrednoti, morata biti seveda spoštovani. To pa še ne pomeni, da se ni dopustno vprašati, ali sta obe pravili tudi zadostni in/ali nujni sredstvi, ki lahko zagotovita oziroma morata zagotoviti predvidljivost prava. Seveda je res, da je nujna predpostavka tega načela, če ne želi biti cinično, ta, da je pravo realno sploh mogoče spoznati. Vendar: predpostavka, da smo državljani seznanjeni s pravnim redom, ko so njegove prvine enkrat objavljene v uradnem listu, je v resnici – če smo zares iskreni – fikcija. Količina zakonov in drugih predpisov je preobsežna, da bi jo poznal strokovnjak, kaj šele laik. Če je



torej predpostavka, da smo državljani seznanjeni s pravnim redom, ko so njegove prvine enkrat objavljene v uradnem listu, v resnici fikcija, bi morala biti pravna varnost (se pravi: seznanjenost s pozitivnim pravom, predvsem pa predvidljivost posameznikovega ravnanja) vzpostavljena drugače.

To je mogoče, le pravila morajo biti takšna, da jih je posameznik zmožen doumeti, ne da bi jih sploh prebral.<sup>2</sup> To pomeni, da so odraz temeljnih načel v družbeni skupnosti. To so pravila, ki so zakoreninjena v družbeni zavesti in obnem v sebi nosijo naravnopravno izročilo. Takšna pravila so abstraktna, jedrnata in omogočajo, da jih je posameznik sposoben ustrezno konkretizirati glede na zahteve, ki jih predenj postavljajo okoliščine konkretnega primera.

*Nekaj podobnega, kot velja za predvidljivost splošnih in abstraktnih predpisov, mora torej veljati tudi za sodne odločbe oziroma za sodno prakso.* Tako kot bodo splošni pravni akti predvidljivi, če bodo odraz temeljnih načel v družbeni skupnosti, bodo tudi sodne odločitve predvidljive, če bodo uresničevale (konkretizirale) ta ista načela. Ob odsotnosti neposredne uporabe sredstev iz 154. in 155. člena Ustave je to edino, kar nam pri sodni praksi kot pravnem viru sploh ostane. Sodišče je zato zavezano, da zakonsko besedilo razlaga v luči temeljnih načel v družbeni skupnosti, ustavnoskladno ter da pri konkretizaciji navedenih načel skrbno pazi na takšno izgrajevanje pravnega reda, da bo ta notranje povezana in logično zaokrožena celota.

### **3. RAZLIKOVANJE MED RAZLIČNIMI VRSTAMI PRAVNIH NORM IN MED RAZLIČNIMI PRVINAMI ZNOTRAJ POSAMEZNE PRAVNE NORME**

K prej navedenim izhodiščem, ki nalagajo takšno razlago, da bo (a) skladna s temeljnimi načeli in (b) z ustavo ter (c) da se bo v pravni red umeščala kot v notranje povezano in logično zaokroženo celoto, pa je mogoče dodati še eno: spreminjanje sodne prakse ali njen razvoj ne smeta biti pretirano sunkovita, marveč previdna in zadržana.

A previdnost in zadržanost, drugače kot preostala tri prej navedena izhodišča, nista vrednoti sami po sebi. Sta predvsem sredstvo, ki naj zmanjšuje kali nepredvidljivosti v ustvarjalni gradnji sodnega prava. Zato, ker sta predvsem sredstvo, ne pa vrednoti sami po sebi, potreba po uporabi tega izhodišča (sredstva) ni v vseh primerih enaka.

---

<sup>2</sup> Glej tudi B. M. Zupančič, nav. delo, str. 1175: »Vemo, da je pravni red, ki je sicer objavljen v raznih uradnih listih, le epifenomen, medtem ko morda devetdeset odstotkov delovanja pravnega reda na vseh ravneh pravnega dogajanja izhaja iz moralne logike stvari same in iz občutka pravičnosti (faktor x), zaradi česar so potem tudi in med drugim odločbe sodišč predvidljive, ne pa popolnoma in hazardno nepredvidljive.«

Konkretno: narava materialnega in procesnega prava je bistveno različna. Zato običajno tudi ni zadržkov, da se novela procesnega predpisa ne bi mogla začeti uporabljati tudi v postopkih, ki so se začeli že pred novelo. Enako velja za razlago procesnih pravil. Če je treba te zaradi varstva kakšnega temeljnega procesnega načela (npr. načela hitrosti in ekonomičnosti) zaostriti, je to mogoče storiti tudi v konkretni pravdi (saj drugačna zaostritev kot takšna niti ni mogoča). Sredstvo za varstvo predvidljivosti tu pač ne bosta previdnost in zadržanost, marveč formalno procesno vodstvo, ki strankam omogoči, da se novi razlagi procesnih pravil lahko prilagodijo; tudi tako, da pod grožnjo sankcije popravijo ali dopolnijo svoje doslejšnje procesno gradivo.

Z vidika pravno nevzdržnih učinkov retroaktivnosti pa je mogoče razlikovati tudi prvine znotraj relevantne materialnopravne norme. Kot najbolj očiten primer se ponuja odškodninski abstraktni dejanski stan. Iz teorije prava vemo, da so prvine pravne norme: primarna hipoteza, dispozicija pravnega ravnanja, sekundarna hipoteza in sankcija. Vse te prvine so plod razlage.

Najbolj usodna z vidika predvidljivosti pravnega ravnanja je seveda tista, ki naslovnikom pove, kako se morajo vesti, torej dispozicija. Najbolj usodna je zato, ker za nazaj te naloge norma ne more opraviti. V odškodninskem dejanskem stanu tvori dispozicijo načelo prepovedi povzročanja škode (*neminem laedere*). Konkretizacija tega načela, se pravi določitev prepovedanih opustitev in storitev, je skoraj v celoti pridržana sodnemu pravu. Spreminjanje sodne prakse pri razlagalnem poustvarjanju dispozicije mora biti zato zadržano. Ne sme se zgoditi, da bi sodna praksa kar mahoma, torej povsem nanovo zasnovala neko doktrino o prepovedanem škodnem ravnanju, o kateri doslej ni bilo ne duha ne sluha ter je odgovorna oseba ni mogla predvideti. Da bi npr. lastniku gozda pripisalo odškodninsko odgovornost, ker ni odstranil strupenih gob ali spolzkih debel, kar je pri sprehajalcih (npr. otrocih) privedlo do škodnega dogodka.

Precej drugače pa je, na drugi strani, pri razlagalnem poustvarjanju sankcije. Če npr. sodišče neko škodno posledico subsumira pod eno izmed oblik pravno priznane škode, čeprav doslej praksa ni bila takšna, takšna sprememba najbrž ne more biti pravno nedopustna – če se le s tem ne posega tudi v razlagalno poustvarjanje dispozicije. Tak primer je denimo razširitev kroga oseb, ki jim pripada odškodnina zaradi smrti ali posebno hude telesne invalidnosti bližnjega. Ali pa priznanje odškodnine za uničen dopust, za predolgo sojenje in podobno. V vseh teh primerih sodišče ni spreminjalo vsebine dispozicije pravne norme, ni torej odgovorni osebi za nazaj pripisalo, kako bi morala ravnati. Ne, povsem jasno je bilo, da je ravnala tako, kot ne bi smela, namreč v nasprotju s pravom. V nasprotju z načelom vestnosti in poštenja bi bilo, če bi se takšna odgovorna oseba branila, češ, saj sem vedela, da je moje ravnanje protipravno, vendar se nisem nadejala, da bom morala zato povrniti tolikšen obseg škode, marveč sem računala

na manjši, drugačen znesek. Tak izgovor bi bil najbrž zaradi stroge izpeljave načela zakonitosti dopusten v kazenskem pravu, ne pa tudi v civilnem, kjer je treba vselej uravnotežiti položaja dveh nasprotnih prirejenih subjektov.

#### **4. PREDVIDLJIVOST V ZVEZI Z ZBIRANJEM PROCESNEGA GRADIVA IN NASTOPANJEM V PRAVDI**

Problem retroaktivnosti sodnih odločb se nanaša na vprašanje (ne)dopustnosti vnazajšnjega normiranja pravnih razmerij (zapovedovanja ravnanja pravnih naslovnikov). Naslednje pomembno vprašanje v luči predvidljivosti v pravu je, kako naj pravdne stranke ravnajo v sodnem postopku. To vprašanje je neposredno odvisno od tega, kakšna sta materialnopravni in procesnopravni pogled sodišča. Ker je ta pogled za stranke relativno negotov (neznan), zanje lahko ostaja uganka, na kakšen način naj uresničujejo svoje procesne pravice in katero je tisto procesno gradivo, ki je v očeh sodišča relevantno za rešitev spora.

Dvomi in negotovost so lahko povezani s tremi vsebinskimi sklopi:

- katera so pravno relevantna dejstva, na katerih naj stranka utemeljuje tožbeni zahtevek ali obrambo zoper njega;
- kako naj zasnuje (predvsem oblikuje) svoj pravovarstveni zahtevek;
- kako naj uresničuje svoje procesne pravice v pravdi, torej pravico do izjave.

Bistven poudarek pri vseh treh vsebinskih sklopih mora biti ta, da stranka svoje pravice ne sme izgubiti zaradi presenetljivih (najprej) pravnih diagnoz sodišča in (kasneje) samih sodnih odločitev. V nadaljevanju se osredotočam na prva dva sklopa.

##### **4.1. Materialno pravno vodstvo**

Nasprotje predvidljivosti v civilni pravdi predstavlja položaj, ko so stranke soočene s t. i. sodbo presenečenja. Do nje pride, ko sodišče svojo odločitev opre na pravno podlago, ki je stranki nista mogli pričakovati. Presenetljivost pravne podlage je lahko (ali celo največkrat tudi je) posledica novih pravnih pogledov. (Tudi) temu, da do takšnih sodb ne bi prihajalo, je namenjeno materialno pravno vodstvo.

Zakon o pravdnem postopku (ZPP)<sup>3</sup> v 285. členu določa: »Predsednik senata postavlja vprašanja in skrbi na drug primeren način, da se med obravnavo navedejo vsa odločilna dejstva, da se dopolnijo nepopolne navedbe strank o pomembnih dejstvih, da se ponudijo ali dopolnijo dokazila, ki se nanašajo na navedbe strank, in sploh da se dajo vsa potrebna pojasnila, da se ugotovita sporno dejansko stanje in sporno pravno razmerje, ki sta pomembni za odločbo.«

---

<sup>3</sup> Zakon o pravdnem postopku (ZPP), Ur. l. RS, št. 73/07 in nasl.

Gre za osrednjo (ne pa tudi edino<sup>4</sup>) določbo, s katero je uzakonjeno t. i. materialno pravdno vodstvo. Navedeno pravilo ni samostojno in temeljno procesno načelo. Materialno pravdno vodstvo, sodna razjasnjevalna oblast<sup>5</sup> ali odprto sojenje<sup>6</sup> je metoda sojenja (vodenja postopka), ki omogoča, da se preostala procesna (tudi ustavnoprocena) načela znajdejo v ustreznem medsebojnem sorazmerju.

Osrednje in izvorno teoretično delo s tega področja za naš pravdni postopek je *Esej o odprtem pravosuđenju*.<sup>7</sup> Materialno pravdno vodstvo je procesna aktivnost sodišča pri povezovanju zgornje in spodnje premise sodniškega silogizma. Njegovo izhodišče je v tem, da je sodišče tisto, ki pravo pozna (*iura novit curia*). Ni bistveno le to, da ga pozna, marveč je sodišče tisto, ki bo pravo uporabilo in z njim zavezalo stranki. Ker je pravo vrednoten pojav, je na eni strani pomensko odprto in na drugi strani tudi razmeroma kompleksno. Iz tega razloga je realno pričakovanje, da se bo strankam v primeru kompleksnejšega vrednotnega in normativnega sveta, ki utegne priti ob reševanju spora v poštev, kakšna prvina normativnega sveta izmaknila. Tako se utegne zgoditi (in se pogosto tudi dejansko zgodi), da sploh ne bodo uvidele celotne vrednotne normativne zgradbe, ki jo ima ob reševanju spora pred očmi sodišče. To se lahko zgodi tožniku, tožencu ali pa tudi obema. V vsakem primeru je takšno stanje za zagotovitev ustavne pravice do poštenega sojenja lahko usodno. Če namreč stranka ne ve, kakšen je za pravdo relevanten vidik normativnega sveta, tudi ne more vedeti, kakšno procesno gradivo naj sodišču ponudi. Čisto razpravno načelo temelji na iluziji, da sta zgornja in spodnja premisa sodniškega silogizma dani vnaprej ter da njuno oblikovanje ni v medsebojni zvezi. Vztrajanje pri takšni iluziji lahko povzroči, da je sodba za stranki presenečenje. Temu, da se to ne bi zgodilo, je namenjena metoda odprtega sojenja.

Izhodišče in namen materialnega pravdnega vodstva torej nista v takšni modifikaciji razpravnega načela, ki bi stranke kakorkoli razbremenjevala skrbnosti pri ponudbi procesnega gradiva, marveč v tem, da jim omogoči iz kompleksnega življenjskega primera izluščiti tista dejstva, ki so z vidika normativnega kompleksa pravno relevantna.

Iz ustavnosodne prakse<sup>8</sup> izhaja, da je metoda materialnega pravdnega vodstva nujna za uresničitev načela enakega varstva pravic oziroma pravice do poštenega sojenja iz 22. člena Ustave. »Določbi 285. člena ZPP je [Ustavno sodišče; dodal T. P.] zaradi njene pomembnosti za varstvo pravic strank dalo ustavno pravno

<sup>4</sup> Prim. tudi drugi odstavek 286. člena ZPP, tretji odstavek 318. člena ZPP, drugi odstavek 298. člena ZPP.

<sup>5</sup> J. Juhart, nav. delo, str. 63.

<sup>6</sup> S. Triva, nav. delo.

<sup>7</sup> Prav tam.

<sup>8</sup> Podrobneje glej: M. Dolenc, nav. delo (2007).

varstvo.«<sup>9</sup> »Iz prakse Ustavnega sodišča izhaja, da ta ustavna določba vsebuje več človekovih pravic.«<sup>10</sup> »To sta predvsem dve pravici (ki ju sicer ni vedno mogoče ločiti): pravica do kontradiktornega postopka (pravica do izjavljanja) in pravica do enakopravnosti strank.«<sup>11</sup> Bistveno je, da je pravica do izjavljanja zagotovljena učinkovito. To pomeni ne le to, da ima stranka procesno možnost podati trditve in ponuditi dokaze, za katere sama šteje, da so relevantni, marveč da tudi spozna, katero procesno gradivo je glede na obravnavan življenjski primer in postavljen tožbeni zahtevek relevantno z vidika materialnega prava, ki ga bo uporabilo sodišče. Gre naj torej za pošten postopek, ki naj stranki omogoča, da dopolnjuje dejstva v smeri pravne koncepcije spora, kakršno ima (ob razpoložljivem in procesno upoštevnem procesnem gradivu) pred očmi sodišče.

Galič<sup>12</sup> ustavnosodno prakso tega obdobja kritizira. Meni, da presoja kršitve pravice do izjave, ki vključuje zgolj ravnanje sodišča po 285. členu ZPP, ne pa tudi krivde same stranke (njene skrbnosti pri zbiranju procesnega gradiva), vzpostavlja nevarno ravnovesje med bremenom sodišča na eni ter bremenom in odgovornostjo stranke na drugi strani. Zavzema se za takšno ravnovesje, ko stranka kljub potrebni skrbnosti ne more predvideti, da se bo sodišče oprlo na določeno pravno normo.<sup>13</sup> Ob tem navaja, da je »iz nekaterih odločb ustavnega sodišča v novjšem času (nekatero se nanašajo na druge institute) mogoče sklepati, da je ustavno sodišče opustilo kategoričen (zaradi zanemarjanja lastne odgovornosti strank in zaradi poudarjanja skrbstvene vloge sodišča nekoliko paternalističen) ter enostranski (v smislu, da v svojo presojo vključuje le napake sodišča, ne pa tudi neskrbnosti strank) koncept, da *pasivnost sodišča ne sme iti v breme strank*«. <sup>14</sup>

Če pa vprašanja materialnega pravnega vodstva povežemo s problemom spreminjajoče se sodne prakse skozi čas, najbrž ne more biti pretirano resnih ugovorov zoper trditve, da je metoda materialnega pravnega vodstva nujna za zagotovitev poštenega postopka, če namerava sodišče odstopiti od uveljavljene sodne prakse.

## 4.2. Problem sodnih zahtev po pravilnem oblikovanju zahtevkov

Drugi zelo resen problem se nanaša na zahteve sodišč, kako, torej v kakšni obliki, naj stranke uveljavljajo pravico do sodnega varstva.

---

<sup>9</sup> M. Dolenc, nav. delo (2007), sklepni odstavek.

<sup>10</sup> Povzeto po A. Galič, nav. delo (2004), str. 219.

<sup>11</sup> Prav tam.

<sup>12</sup> A. Galič, nav. delo (2011), str. 294.

<sup>13</sup> Prav tam, str. 295.

<sup>14</sup> Najbolj značilna od odločb, ki jih citira, je odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi Up-688/05 z dne 7. 6. 2007.

Te zahteve so lahko sporne že same po sebi; še bolj pa to postanejo, če se obenem skozi čas spreminjajo. Ni težava, če se sodno pravo spreminja tako, da so bremena strank lažja, ker novo stališče zmanjšuje nepotrebne in kdaj tudi konceptualno zgrešene obličnostne (formalne) zahteve. Tak primer je odločitev v zadevi Vrhovnega sodišča II Ips 261/2015 z dne 14. 1. 2016, v kateri je sodišče presodilo, da zakonec, ki je tožen v pravdi za določitev deležev na skupnem premoženju, lahko svoj nadpolovični delež uveljavlja zgolj z ugovorom in mu ni treba vložiti nasprotne tožbe. Težava je, če se zahteve sodnega prava spreminjajo v breme strank ali če eno formalno zahtevo nenadoma nadomesti druga.

Formalna zahteva, ki je v zvezi s prej navedenim primerom veljala dotlej (izjema so bili primeri, ko je bil toženec vpisan v zemljiški knjigi kot izključni lastnik), je bila primer nerazumne (pa tudi napačne), predvsem pa nepotrebne formalne zahteve, kako naj stranka uveljavlja sodno varstvo, ker bo sicer ob svojo materialnopravno pravico.

Primer stroge obličnostne zahteve predstavlja tudi stališče, da mora kupec zahtevke za znižanje kupnine zaradi stvarne napake, ki jo ima prodana stvar, uveljavljati z oblikovalno tožbo, ne pa zgolj z denarnim zahtevkom za vračilo preveč plačane kupnine, in, na drugi strani, da mora tudi tedaj, ko se znajde v vlogi toženca, jamčevalno pravico uveljavljati z nasprotno oblikovalno tožbo za znižanje kupnine ter da ugovor ne zadošča. Navedena stališča so sporna, mnenja pa različna.<sup>15</sup>

Niz primerov, v katerih sodno pravo od strank zahteva, naj tožbene zahtevke oblikujejo na posebej zahtevan način (pogosto že kar kot nekakšno tožbeno formulo), obravnava Mateja Končina Peternel.<sup>16</sup> Tovrstne zahteve običajno koreninijo v sami naravi posameznega materialnopravnega instituta. Tak primer je denimo vrnitev daril zaradi prikrajšanja nujnega deleža ali pa odstranitev zemljiškoknjižnih ovir (z izbrisno tožbo), ki (protipravno) onemogočajo pridobitev pravice ali pa vanjo posegajo. Marsikdaj je torej nujno, da se določena razmerja preoblikujejo, kar terjajo vložitve oblikovalne tožbe. Marsikdaj je nadalje nujno, da se omogoči zemljiškoknjižna izvedba, kar vnovič terjajo zemljiškoknjižnemu pravu prilagojeno uveljavljanje sodnega varstva, itd.

Če je tako, je na mestu vprašanje, zakaj se potem zahteve sodnega prava spreminjajo. Če je nekaj nujnost, potem je bilo to nujnost že prej in ni postalo šele v nekem novem sodnem postopku. In obratno: če nekaj ni bilo nujnost v predhodnih zadevah, zakaj potem postane nujnost v neki kasnejši zadevi?

Odgovori so za različne vrste primerov različni. Prvi je, da so se spremenile obličnostne strukture (npr. zemljiškoknjižnega postopka) in je treba temu prilagoditi način sodnovarstvene zahteve. Drugi možen odgovor je, da se je v nekem

<sup>15</sup> Strogo stališče zastopa A. Galič, nav. delo (2014). Nasprotno stališče pa D. Možina, nav. delo.

<sup>16</sup> Glej npr. M. Končina Peternel, nav. delo (2011), str. 67–80; M. Končina Peternel, nav. delo (2008), str. 1548–1559.

delu spremenilo materialno pravo, kar spet lahko zahteva predrugačeno konceptualnost tožbenih zahtevkov. Tretji odgovor je ta, da poskuša biti sodno pravo konceptualno bolj dosledno in ne tolerira več bližnjic (npr. zahtevka za izstavitev zemljiškoknjižne listine, čeprav toženec ni v poslovnem razmerju s tožnikom in bi bilo zato treba uveljavljati drugo vrsto varstva – npr. z izbrisno tožbo po 243. členu Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)<sup>17</sup> ali pa s tožbo za ugotovitev lastninske pravice). Četrty odgovor pa je, da sodno pravo (morda tudi sledeč teoriji) po nepotrebnem zapleta stvari. Tak primer je bila v praksi in teoriji vkoreninjena zahteva, da je treba zahtevku po paulijanski tožbi (260. člen Obligacijskega zakonika)<sup>18</sup> uveljavljati s t. i. dvočlenskim izrekom, od katerih se drugi glasi, da je toženec »dolžan dopustiti izvršbo«, ter s pristavkom, da slednje ustreza dajatvenemu zahtevku. Vrhovno sodišče je v sodbi II Ips 84/2015 z dne 12. 10. 2015 (sicer res le *obiter dictum*) pojasnilo, da za kaj takšnega ni nobene potrebe. To z drugimi besedami pomeni, da so doslej sodišča stranke po nepotrebnem obremenjevala z zahtevo po neki točno določeni obliki zahtevka (kot izhaja iz prej citirane sodbe, je šlo celo za zahtevo po postavitvi vsebinsko povsem praznega zahtevka) ter, kar pa je že usodno, zavrnila učinkovito sodno varstvo (beri: tožbene zahtevke zavrnila kot nesklepčne), če stranke teh niso formulirale po t. i. dvočlenski strukturi.

Vendar namen tega dela prispevka ni analizirati, kje vse sodno pravo z zahtevami po točno določeni obliki uveljavljanja sodnega varstva nedopustno duši pravico do sodnega varstva (23. člen Ustave). Prav tako ne, kje to počne že zakonodajalec (npr. v z novelo ZZK-1C spremenjeni, nerazumno dolgi ter zato nevarno prepodrobni določbi 243. člena ZZK-1). Namen tega dela prispevka se skriva v vprašanju, kako naj sodišča zagotovijo, da tudi tiste obličnostne zahteve, ki so res nujne, običajno skrbnih strank ne bodo neprijetno presenetile in jih na ta način prikrajšale za učinkovito sodno varstvo.

Teorija in praksa sta zdaj bolj, zdaj manj zadržani, ko gre za priznavanje materialnega pravnega vodstva glede pravnega oblikovanja zahtevkov.<sup>19</sup> Vendar: ravno materialno pravno vodstvo je tisti instrument, ki sodišču omogoča, da stranke opozori, da njihova pravovarstvena zahteva ni ustrezna. Sam menim, da je takšno ravnanje sodišča nujno, če bi bila brez posredovanja sodišča stranka pri-

---

<sup>17</sup> Ur. l. RS, št. 58/03 in nasl.

<sup>18</sup> Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.

<sup>19</sup> Najbolj odklonilen je A. Galič, nav. delo (2005). Zastopa trdno stališče, da niti pravilo o pomoči prava neuki stranki (12. člen ZPP) niti materialno pravno vodstvo sodišča ne upravičujeta, da bi stranki predlagalo, naj spremeni tožbeni zahtevku. Bolj prožna se zdi N. Betetto, nav. delo, ko se zavzema za merilo, povzeto po nemški teoriji, da se zaradi pobude sodišča ne sme spremeniti cilj pravde. Bistveno bolj naklonjena sta M. Ovčak Kos in Ž. Razdrih, nav. delo, str. 712 in 713. Sklicujeta se tudi na novejšo sodno prakso, v skladu s katero se materialno pravno vodstvo lahko nanaša tudi na področje tožbenih zahtevkov. Ob spremembah sodne prakse ali njeni dotlejšnji neenotnosti pa se za aktivno vlogo sodišča zavzema tudi M. Končina Peternel, nav. delo (2011), str. 73.



krajšana v učinkoviti pravici do sodnega varstva.<sup>20</sup> Kot argument zoper ravnanje sodišča, ki stranko pozove, naj zahtevek oblikuje drugače, se običajno navaja, da bi to porušilo načelo nepristranskosti.

Takšno stališče je posledica pogleda, ki v jeziku vidi neposredno sporočilo, in ne, kot je po mojem prepričanju pravilno, zgolj komunikacijskega sredstva, prek katerega šele spoznavamo sporočilo. Na tem izhodišču sloni že črkobralstvo, enako tudi dobesedna razlaga pogodb in končno, ta pogled povzroča tudi tretjo škodljivo posledico, ki sodišču narekuje samoomejevanje pri pravdnem vodstvu, čeravno je povsem jasno, kakšnemu cilju stranka sledi, in sodišče tudi jasno vidi, da stranki ni spodrsnilo pri sporočanju tega cilja, marveč pri takšnem oblikovanju pravovarstvene zahteve, da bo skladna s kompleksno zasnovo pravnega reda.

Tak pogled na jezik le-tega siromaši, saj ga zvede na raven računalniškega programskega jezika, in se mu na neki način odreka.<sup>21</sup>

## **5. NAMESTO SKLEPA: INSTITUT DOPUŠČENE REVIZIJE IN PRECEDENČNA VLOGA VRHOVNEGA SODIŠČA**

Očitno torej je, da so zahteve po predvidljivosti v civilni pravdi tesno povezane z razlagalnimi pristopi, ki koreninijo v temeljnih načelih pravnega reda in s tem sodno prakso povezujejo v notranje povezano in logično izgrajeno celoto. Nazadnje se torej spet sprašujemo o dveh trajnih pravnih vrednotah: pravilnosti pravne razlage in enotni uporabi prava.

Z novelo ZPP-D je bil vpeljan institut dopuščene revizije. Z letošnjo novelo ZPP-E pa je bila dokončno ukinjena dovoljena revizija.

Institut dopuščene revizije je namenjen zagotovitvi precedenčne vloge Vrhovnega sodišča.<sup>22</sup> Do takšnega položaja je pripeljal razvoj ustavnosodnega prava, ki

<sup>20</sup> T. Pavčnik, nav. delo, str. 30. Glej tudi pregled sodne prakse v zvezi s tem vprašanjem na str. 29 in 30 navedenega dela.

<sup>21</sup> Tako zožen pogled celo zaostaja za pasivno jezikovno sposobnostjo umetne inteligence, kakršna je inkorporirana v spletnih iskalnikih. Kot je splošno znano, Google prepozna tudi napačne iskalne zapise in v njih prek instrumentarija umetne inteligence prepozna pravo sporočilo, ki ga prinaša popačen zapis.

<sup>22</sup> J. Zobec, nav. delo, poudarja, da normativna vpeljava dopuščene revizije predstavlja premik k apelacijskemu modelu Vrhovnega sodišča, kjer je v ospredju javni interes. Njegovo bistvo je ustvarjanje precedensov. Ti so pravni vir ter morajo biti kot takšni številčno obvladljivi. Uvodoma poudari, da je to, na kakšen način bo Vrhovno sodišče uresničilo svojo ustavno vlogo iz 127. člena Ustave RS, stvar pravne tradicije, kulture in politično-zgodovinskih okoliščin. A ko je bil enkrat uveden sistem dopuščene revizije, je ta temeljito predruožil vlogo Vrhovnega sodišča. S tem je postala ta vloga precedenčna. Tak pomen je Ustavno sodišče v odločbi U-I-302/09 zato dalo tudi določbi 127. člena Ustave RS. Podobno tudi A. Galič, nav. delo (2015), str. 952: »Z uveljavitvijo sistema (v terminologiji slovenskega ZPP) dopuščene revizije se poudarja javni namen vrhovnega sodišča, usmerjen predvsem k njegovim učinkom za prihodnost.« Glej tudi R. Štravs, nav. delo, str. 229–230 ter 242–243.



je prek 22. člena Ustave enotni sodni praksi *de facto* priznal naravo zavezujočega pravnega vira.<sup>23</sup> Gre za sodoben pogled, ki se uveljavlja tudi v kontinentalnem pravu<sup>24</sup> in ki, na eni strani, priznava potrebo po razvoju prava ter vidi v dinamičnosti sodnega prava njeno naravno prvino, po drugi strani pa terja, naj bo sodna praksa enotna in naj se precedensi spoštujejo. Ta namen je jasno razviden iz besedila 367.a člena ZPP. To nalogo Vrhovno sodišče opravlja na tri načine: a) z razvijanjem prava prek sodne prakse; b) s poenotenjem neenotne sodne prakse ter c) s preprečevanjem ustavnopravno nedovoljenih odstopov<sup>25</sup> od precedensov, oblikovanih na prej opisan način.<sup>26</sup>

V sistemu dopuščene revizije je vloga strank velikega pomena. Zakon jim nalaga stroge oblične zahteve, kako naj sodišču ponudijo izluščeno pravno vprašanje, ki naj bi bilo tako pomembno, da mora o njem odločati precedenčno sodišče. Če tega ne storijo, potem predloga za dopustitev revizije vsebinsko ni mogoče obravnavati ter ga je treba zavreči.<sup>27</sup> Povsem jasno tudi mora biti, ali stranka Vrhovnemu sodišču ponuja vprašanje, ki bo podlaga za precedenčno odločbo, ali pa vprašanje, ki bo podlaga za varstvo že obstoječih precedensov.

Iz tega izhaja, da ima precedenčno sodišče dve različni nalogi. Prva je sprejemanje precedensov – tu naj gre za butično proizvodnjo.<sup>28</sup> Odločbe, ki so precedenčne narave, predstavljajo s svojo dodano (ustvarjalno) vrednostjo pomemben pravni vir. Če teh odločb ni veliko, potem je tudi sodna praksa kot pravni vir bolj pregledna in predvidljiva.<sup>29</sup> Idealno z vidika predvidljivosti je, če precedensi nastanejo kot plod zlagoma razvijajoče se sodne prakse na nižjih stopnjah. Na ta način je tudi nevarnost za negativne učinke retroaktivnosti zmanjšana.

<sup>23</sup> Glej npr. odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi Up-797/04 z dne 25. 5. 2006: »Iz te ustavne določbe (22. člena Ustave; opomba Vrhovnega sodišča) namreč izhaja zahteva, da sodišče strank ne sme obravnavati neenakopravno, tako da bi v posamezni zadevi samovoljno in arbitrarno odločilo drugače, kot sicer redno odloča v vsebinsko podobnih primerih. Pravica do enakega varstva pravic v postopku namreč presega zgolj zahtevo po enakopravnem obravnavanju strank v enem postopku, zato morajo sodišča v različnih postopkih v enakih zadevah pravo načeloma uporabiti enako. Vendar Ustava ne prepoveduje kakršnegakoli odstopa od sodne prakse, pač pa le samovoljen oziroma arbitraren odstop. Gre za zahtevo, da sodišče, če se odloči, da bo od uveljavljene sodne prakse odstopilo, razloge za to posebej obrazloži (kar predvsem predpostavlja, da sodno prakso tudi pozna).«

<sup>24</sup> Glej Mnenje Posvetovalnega sveta evropskih sodnikov št. 20, The role of courts with the respect to the uniform application of the law, dostopno na: <<https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>> (28. 11. 2017).

<sup>25</sup> O odstopanju od predhodnih sodnih odločb glej podrobneje v: T. Štajnpihler, nav. delo, str. 176–198.

<sup>26</sup> Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS v zadevi II Ips 259/2017 z dne 19. 10. 2017.

<sup>27</sup> Prim. npr. naslednje sklepe Vrhovnega sodišča RS: II DoR 189/2017 z dne 19. 10. 2017, II DoR 336/2017 z dne 13. 12. 2017 in II DoR 203/2017 z dne 13. 12. 2017.

<sup>28</sup> Glej J. Zobec, nav. delo, str. 924.

<sup>29</sup> Tako na več mestih tudi A. Galič, nav. delo (2015), in J. Zobec, nav. delo.

Druga naloga Vrhovnega sodišča pa je sankcioniranje ustavnopravno nedovoljenih odstopov od sodne prakse.<sup>30</sup> Tu bo naloga Vrhovnega sodišča razmeroma rutinska.<sup>31</sup> Že stranka sama bo morala izkazati, da gre za *neobrazložen* odstop od sodne prakse Vrhovnega sodišča, in naloga Vrhovnega sodišča bo le to, da preizkusi, ali je trditev točna ali ne. V takšno smer bi se morala razvijati sodna praksa, če naj Vrhovno sodišče postane resnično precedenčno sodišče. Ali se bo to res zgodilo, je najprej odvisno od strank oziroma od njihovih kvalificiranih pooblaščenecv, torej odvetnikov.

## LITERATURA

Mile Dolenc: Od pasivne k aktivni vlogi sodnika v pravdnem postopku, v: *Pravna praksa*, 26 (2007) 13-14, str. II–VII.

Mile Dolenc: Dobre in slabe izkušnje z dopuščeno revizijo po ZPP, v: *Podjetje in delo*, 41 (2015) 6-7, str. 638–649.

Aleš Galič: *Civilno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana 2004.

Aleš Galič: *Komentar. V: Lojze Ude (ur.): Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2005.

Aleš Galič: *Komentar. V: Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitve – A. Fakulteta za državne in evropske študije*, Ljubljana 2011.

Aleš Galič: Znižanje pogodbene cene – z nasprotno tožbo ali z ugovorom?, v: *Pravna praksa*, 33 (2014) 8, str. 9–11.

Aleš Galič: Ali mora biti sklep Vrhovnega sodišča o nedopustitvi revizije obrazložen, v: *Podjetje in delo*, 41 (2015) 6-7, str. 950–969.

Jože Juhart: *Civilno procesno pravo FLRJ*, Univerzitetna založba, Ljubljana 1961.

Nina Betetto: *Materialno procesno vodstvo in načelo nepristranskega sojenja*, v: *Podjetje in delo*, 34 (2008) 6-7, str. 1576–1585.

Mnenje Posvetovalnega sveta evropskih sodnikov št. 20: The role of courts with the respect to the uniform application of the law, dostopno na: <<https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>> (28. 11. 2017).

Damjan Možina: Problem uveljavljanja znižanja pogodbene cene, v: *Pravna praksa*, 43 (2016), str. 16–20.

Maja Ovčak Kos in Žiga Razdrih: Nekatera vprašanja v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja, v: *Pravnik*, 131 (2014) 11-12, str. 703–732.

Mateja Končina Peternel: Oblikovanje tožbenih zahtevkov za vrnitev darila zaradi prikrajšanja nujnega deleža, v: *Podjetje in delo*, 34 (2008) 6-7, str. 1548–1559.

Mateja Končina Peternel: Oblikovanje tožbenih zahtevkov – stvarno pravo, v: *Pravosodni bilten*, XXXII (2011) 2, str. 67–80.

Marijan Pavčnik: Časovnost razlage zakona, v: *Pravnik*, 134 (2017) 7-8, str. 471–496.

<sup>30</sup> M. Dolenc, nav. delo (2015), izhajajoč iz zahteve po enakem varstvu pravic govori o tem, da je v določenem obsegu potrebna tudi »sanitarna« vloga Vrhovnega sodišča. S tem soglašam. Takšna je navsezadnje tudi zakonska konkretizacija ustavne vloge Vrhovnega sodišča (127. člen Ustave RS), ko Zakon o sodiščih v 109. členu določa: »Vrhovno sodišče skrbi za enotno sodno prakso.«

<sup>31</sup> Izčiščen primer tovrstnega pristopa odraža zadeva II Ips 259/2017 z dne 19. 10. 2017.

Tomaž Pavčnik: Vprašanja materialnega pravnega vodstva v teoriji in praksi. V: Gradivo za odvetniško šolo 2012, Portorož, 20. april 2012, dostopno na: <<http://www.odv-zb.si/upload/Odvetnik/2012/Gradivo%20Finale%20Konec.pdf>> (29. 11. 2017).

Tilen Štajnpihler: Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju. GV Založba, Ljubljana 2012.

Rudi Štravs: Novela ZPP-E 2017 s komentarjem. Poslovna založba MB, Maribor 2017.

Siniša Triva: Esej o otvorenem pravosuđenju. V: Siniša Triva (ur.), Velimir Belajec (ur.), Mihajlo Dika (ur.): Novo parnično procesno pravo: zbirka radova, Informator, Zagreb 1977, str. 209–225.

Jan Zobec: Od individualnega do javnega (precedenčnega) namena Vrhovnega sodišča: ustavnopravni vidik, v: Podjetje in delo, 41 (2015) 6-7, str. 919–937.

Boštjan M. Zupančič: Kravji bal, v: Sodobnost, 76 (2012) 10, str. 1171–1188.

# SPREMEMBE SODNE PRAKSE V CIVILNOPRAVNIH SPORIH IN NJIHOV VPLIV NA PRAVICE STRANK V POSTOPKU

*Rok Čeferin*

## 1. UVOD

Načelo enakosti pred zakonom je ena od temeljnih ustavnih norm,<sup>1</sup> ki zavezuje tako zakonodajno kot sodno vejo oblasti. Zakonodajalcu nalaga, naj sprejme zakonsko ureditev, ki bo podobne položaje uredila enako, sodiščem pa, naj v svoji sodni praksi zagotovijo enako uporabo zakona v istovrstnih zadevah.<sup>2</sup> Kot ugotavlja pravna teorija, namreč od enakosti pred zakonom ne ostane dosti, če je zakon sicer enak na območju vse države, vendar pa si ga različna sodišča razlagajo na različen način.<sup>3</sup> Čeprav morajo sodišča v enakih primerih odločati enako, pa to ne pomeni, da svoje sodne prakse ne smejo spreminjati. Nasprotno, načelo enakosti pred zakonom ne sme ovirati razvoja prava,<sup>4</sup> zato so dolžna sodišča svojo sodno prakso prilagajati družbenim razmeram. Če sodišča spremenijo svojo sodno prakso med potekom sodnega postopka, lahko taka sprememba sodne prakse pripelje do kršitve pravice pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave Republike Slovenije (Ustava). V skladu z navedeno ustavno določbo se imajo namreč pravne stranke pravico zanesti na to, da bo določena pravna ureditev veljala do konca sodnega postopka. Če se pravna ureditev (pravna norma ali tolmačenje te pravne norme, torej sodna praksa) med postopkom spremeni in če stranke te spremembe ne morejo vnaprej predvideti, lahko pride do kršenja načela pravne varnosti in v njegovem okviru ustavne pravice strank do enakega varstva pravic.

V nadaljevanju prispevka bom ta problem podrobneje predstavil. Uvodoma bom analiziral dva med seboj povezana sodna postopka, ki sta potekala pred slovenskimi sodišči in v katerih so eno od pravnih strank zaradi spremembe sodne prakse med postopkom doletele tragične posledice. Na podlagi tega primera bom nato poskusil odgovoriti na naslednje vprašanje: kako bi morale ravnati sodišče, če se med sodnim postopkom spremeni sodna praksa glede tolmačenja vsebine pravne norme, ki jo mora sodišče v tem postopku uporabiti, oziroma ali bi morale

---

<sup>1</sup> L. Šturm, nav. delo (2002), str. 172.

<sup>2</sup> A. Galič, nav. delo (2004), str. 315.

<sup>3</sup> Prav tam.

<sup>4</sup> L. Šturm, nav. delo (1995) str. 288.

sodišče zaradi varstva pravice pravnih strank do enakega varstva pravic v takem primeru tolmačiti vsebino pravne norme v skladu s sodno prakso, ki je veljala ob začetku sodnega postopka, ali pa v skladu s spremenjeno sodno prakso, ki velja v času izdaje sodbe?

## **2. ZADEVNA MLAKAR PROTI ZAVAROVALNICI<sup>5</sup>**

Tožeča stranka je bila v prometni nezgodi, ki jo je povzročila tretja oseba, poškodovana in je postala tetraplegik. Po končanem zdravljenju je vložila tožbo za plačilo odškodnine zoper zavarovalnico, pri kateri je imel povzročitelj nezgode zavarovano svojo odgovornost. Prvostopenjsko sodišče je zavarovalnici naložilo plačilo odškodnine v višini 32.180.201 SIT.<sup>6</sup> Zoper to sodbo sta se obe stranki pritožili, Višje sodišče v Ljubljani pa je obe pritožbi zavrnilo,<sup>7</sup> s čimer je prvostopenjska sodba postala pravnomočna. Tožeča stranka je na podlagi te sodbe v izvršilnem postopku od zavarovalnice izterjala celoten navedeni znesek. Ta denar je porabila za plačilo kakovostne zasebne zdravstvene nege na svojem domu in za izgradnjo hiše, ki je bila posebej prirejena za bivanje tetraplegika. Na ta način si je zagotovila pogoje za sorazmerno kakovostno življenje, kljub svoji hudi invalidnosti.

Zavarovalnica pa je zoper navedeno sodbo višjega sodišča vložila revizijo na Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Vrhovno sodišče). To je reviziji ugodilo<sup>8</sup> in je odškodnino, ki sta jo prisodili prvostopenjsko in drugostopenjsko sodišče, znižalo na znesek 24.789.940 SIT, z zakonskimi zamudnimi obrestmi. Po mnenju Vrhovnega sodišča je prvostopenjsko sodišče tožeči strani prisodilo odškodnino, ki je presegla najvišjo zavarovalno vsoto, do katere bi lahko zavarovalnica odškodninsko odgovarjala, poleg tega je bila odškodnina, ki jo je prisodilo prvostopenjsko sodišče, previsoka tudi glede na merila iz sodne prakse v podobnih primerih.

Glede na navedeno sodbo Vrhovnega sodišča je zavarovalnica od tožnika zahtevala, naj preveč plačani del odškodnine vrne. Tega tožnik ni mogel storiti, saj je denar od odškodnine porabil za izgradnjo svoje hiše. Poleg tega je bil prepričan, da denarja tudi ni dolžan vrniti. V skladu s takrat veljavnim 216. členom Zakona

---

<sup>5</sup> V sodnem postopku, ki ga analiziram v tem razdelku, sta kot stranki nastopali fizična oseba s priimkom Mlakar in ena od slovenskih zavarovalnic. Od tod naslov tega razdelka. Gospoda Mlakarja bom v nadaljevanju glede na vlogo, ki jo je imel v obeh tukaj predstavljenih postopkih, imenoval »tožeča stranka« oziroma »tožnik«, »tožena stranka« oziroma »toženec« ali pa »oškodovanec«. Pri opisu tega kompleksnega in dolgotrajnega sodnega postopka se bom osredotočil le na tiste okoliščine, ki se nanašajo na temo iz tega prispevka.

<sup>6</sup> Sodba Okrožnega sodišča v Krškem opr. št. P 178/96 z dne 10. 7. 1997.

<sup>7</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1079/97 z dne 21. 5. 1998.

<sup>8</sup> Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. II Ips 366/98 z dne 10. 6. 1999.

o obligacijskih razmerjih (ZOR) namreč ni bilo mogoče zahtevati nazaj neutemeljeno plačanih zneskov odškodnine zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, če so bili plačani poštenemu prejemniku. Ker je tožnik odškodnino izterjal na podlagi pravnomočne sodbe, je bil po lastnem prepričanju dobroveren oziroma pošten prejemnik.

Da je bilo tako stališče pravilno, je izhajalo tudi iz v tistem času uveljavljenega stališča v pravni teoriji, po katerem se je takrat, ko je oškodovanec dobil odškodnino izplačano na podlagi pravnomočne sodbe, štelo, da *»je bil gotovo pošten pridobitelj, pa čeprav je bila ta sodba kasneje razveljavljena v postopku na podlagi izrednega pravnega sredstva«*.<sup>9</sup> Pri tem stališču se je pravna teorija opirala tudi na hrvaško sodno prakso, ki je zavzela stališče, da zavarovalnica ne more zahtevati vrnitve zneskov, ki so bili plačani kot odškodnina zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, in to na podlagi pravnomočne sodbe, ker je treba šteti, da je bilo plačano poštenemu prejemniku, pri čemer ni odločilno, da je bil v revizijskem postopku oškodovanec zavrnjen s tem delom tožbenega zahtevka.

Slovenska sodna praksa glede navedenega vprašanja je bila v tistem času neenotna oziroma se je spreminjala. Najprej je zavzela stališče, da bi se oškodovanec v zgoraj opisanem položaju lahko uspešno skliceval na 216. člen ZOR, nato je sprejela drugačno stališče, nazadnje, dobro leto pred izdajo prvostopenjske sodbe v zadevi, ki jo analiziram v tem razdelku, pa je spet zavzela stališče, da bi se oškodovanec na 216. člen lahko uspešno skliceval.<sup>10</sup>

Glede na navedena stališča pravne teorije in takrat najnovejšo sodno prakso je prvostopenjsko sodišče tožbeni zahtevek zavrnilo.<sup>11</sup>

Zavarovalnica je zoper navedeno sodbo vložila pritožbo. Medtem ko je Višje sodišče v Ljubljani to pritožbo obravnavalo (dobra dva meseca po izdaji sodbe prvostopenjskega sodišča), pa je Vrhovno sodišče na občni seji dne 19. 12. 2000 sprejelo pravno mnenje,<sup>12</sup> v skladu s katerim lahko *»zavarovalnica, ki je na podlagi pravnomočne sodbe, proti kateri je vložila revizijo, plačala odškodnino zaradi telesnih poškodb in prizadetega zdravja, od oškodovanca, ki mu je bil del tožbenega zahtevka v revizijskem postopku zavrnjen, utemeljeno zahteva vrnitev preveč plačanega zneska«*.

Tudi na podlagi tako spremenjene sodne prakse je Višje sodišče v Ljubljani ugodilo pritožbi zavarovalnice in prvostopenjsko sodbo spremenilo tako, da je

<sup>9</sup> B. Strohsack, nav. delo, str. 281.

<sup>10</sup> Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cp 107/93 z dne 16. 3. 1993, sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. II Ips 545/96 z dne 13. 5. 1998, in najpozneje izdano sodbo Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 824/1999 z dne 6. 10. 1999.

<sup>11</sup> Sodba Okrožnega sodišča v Krškem, opr. št. P 216/99 z dne 5. 10. 2000.

<sup>12</sup> Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 19. 12. 2000.

tožencu naložilo, naj zavarovalnici vrne znesek 20.932.225 SIT, z zamudnimi obrestmi od dne, ko je zavarovalnica vložila tožbo.<sup>13</sup> Vrhovno sodišče je to sodbo višjega sodišča potrdilo.<sup>14</sup>

Oškodovanec takrat ni več imel likvidnih sredstev, s katerimi bi lahko plačal svoj dolg do zavarovalnice. Zato je ta sprožila izvršilni postopek, v katerem je bila oškodovančeva hiša, ki si jo je zgradil s sredstvi, pridobljenimi iz naslova zavarovalnine, prodana na dražbi za sorazmerno nizko ceno. Oškodovanec se je preselil v dom starejših občanov, kjer v skromnih življenjskih razmerah živi še danes.

Navedeno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča z dne 19. 12. 2000 sta kritizirala in izrazila nestrinjanje z njim tako pravna teorija<sup>15</sup> kot Ustavno sodišče Republike Slovenije (Ustavno sodišče), ki je v več svojih odločbah<sup>16</sup> opozorilo na neskladnost tega mnenja z Ustavo. Zato je Vrhovno sodišče na občni seji dne 30. 6. 2004<sup>17</sup> svoje mnenje spremenilo. Tudi v tem novem mnenju je sicer vztrajalo pri tem, da lahko zavarovalnica, ki je plačala odškodnino zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti, na podlagi pravnomočne sodbe, proti kateri je vložila revizijo, zahteva vrnitev preveč plačanega zneska od oškodovanca, ki mu je bil del tožbenega zahtevka v revizijskem postopku zavrjen. Dolžnost vrnitve pa je po tem (novem) mnenju veljala le v primeru, če prejemnik sredstev ni bil pošten. Po mnenju Vrhovnega sodišča prejemniku tudi ni treba vrniti celotnega zneska, ki ga je zavarovalnica preplačala, temveč le tisti del sredstev, ki jih »še ima, bodisi tisto, kar mu je bilo plačano, bodisi kakšno drugo nadomestno korist, ki ne pomeni varstva njegove poškodbe ali restitucije v zvezi z njegovo poškodbo«.<sup>18</sup> Pri odločanju o vračilu odškodnine v takem primeru je treba upoštevati tudi to, za kaj je prejemnik sredstev ta porabil. Razlikovati je npr. treba med luksuznimi dobrinami in ortopedskimi pripomočki. Iz tega je mogoče sklepati, da bi po mnenju Vrhovnega sodišča dolžnost vrnitve veljala predvsem za tista denarna sredstva, s katerimi si je oškodovanec kupil luksuzne dobrine, ne pa tudi za tista, s katerimi si je kupil stvari, ki jih potrebuje za zdravljenje oziroma za lajšanje duševnih bolečin zaradi invalidnosti, ki je posledica škodnega dogodka.

Sodna praksa se je torej med sodnim postopkom spremenila v oškodovančevo škodo (mnenje Vrhovnega sodišča z dne 19. 12. 2000), po končanem sodnem

---

<sup>13</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 754/2001 z dne 27. 6. 2001.

<sup>14</sup> Sodba Vrhovnega sodišča, opr. št. II Ips 235/2002 z dne 5. 9. 2002.

<sup>15</sup> A. Galič, nav. delo (2003a), str. 6–9.

<sup>16</sup> Glej npr. odločbi Ustavnega sodišča Up-270/01 z dne 19. 2. 2004 in Up-404/01 z dne 19. 2. 2004.

<sup>17</sup> Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 30. 6. 2004.

<sup>18</sup> Vrhovno sodišče je s takim tolmačenjem vsebine 216. člena ZOR pravzaprav povzelo stališče, ki ga je v svojem Komentarju obligacijskih razmerij natanko 20 let pred tem zavzel profesor Cigoj (S. Cigoj, nav. delo, str. 842).



postopku pa v njegovo korist (mnenje Vrhovnega sodišča z dne 30. 6. 2004). Iz navedenega izhaja, da sta sodna postopka, v katerih je bil oškodovanec udeležen, tekla v zanj najbolj neugodnem času.

Če bi bil sodni postopek po tožbi zavarovalnice končan še pred sprejetjem prvega od zgoraj navedenih mnenj Vrhovnega sodišča (z dne 19. 12. 2000), oškodovancu zavarovalnici najverjetneje ne bi bilo treba vrniti ničesar, ker bi se po takratnem tolmačenju 216. člena ZOR štelo, da preplačanega zneska odškodnine ni dolžan vrniti.

Če bi do sprejema drugega od obeh navedenih mnenj (z dne 30. 6. 2004) prišlo še pred izdajo sodbe višjega sodišča v zadevi, v kateri je zavarovalnica oškodovanca tožila za vračilo preplačanega zneska, oškodovancu ne bi bilo treba vrniti vsaj tistega dela sredstev, ki jih je porabil za nego na domu, za ortopedske pripomočke in za tista gradbena dela na svoji hiši, s katerimi je hišo uredil za življenje tetraplegika. Po sodbi višjega sodišča, ki jo je potrdilo tudi Vrhovno sodišče, pa je moral vrniti celoten znesek preplačila z zakonskimi zamudnimi obrestmi.

In končno, če bi bilo v času, ko je oškodovanec tožil zavarovalnico, in še preden je zoper njo sprožil izvršilni postopek, že sprejeto prvo mnenje (z dne 19. 12. 2000), oškodovanec gotovo ne bi sprožil izvršilnega postopka zoper zavarovalnico, ampak bi počakal na odločitev Vrhovnega sodišča o reviziji, saj bi se zavedal možnosti, da lahko Vrhovno sodišče odškodnino zniža. V tem primeru bi pač sorazmerno nižji znesek odškodnine porabil za izgradnjo ali nakup skromnejše nepremičnine, ki mu je kasneje ne bi bilo treba prodajati na dražbi za nizko ceno, ki je značilna za prodajo nepremičnin v izvršbi, prav tako mu ne bi bilo treba plačati zamudnih obresti. Skratka, v tem primeru bi mu ostalo dovolj sredstev, da bi lahko živel sicer nekoliko bolj skromno, vendar pa še vedno bistveno bolj kakovostno življenje, kot ga je prisiljen živeti zdaj.

Iz navedenega tako izhaja, da so večkratne in težko predvidljive spremembe sodne prakse v konkretnem primeru povzročile bistveno poslabšanje oškodovančevega pravnega in ekonomskega položaja. V zvezi s tem pa se postavi vprašanje, ali so sodišča, ki so sodila v zgoraj navedenih postopkih, v katerih je bil udeležen oškodovanec, s sledenjem med postopkom spremenjeni sodni praksi nedopustno prekršila njegove z Ustavo zajamčene človekove pravice.

### **3. VPLIV SPREMEMBE SODNE PRAKSE NA VARSTVO ČLOKOVIIH PRAVIC IN TEMELJNIH SVOBOŠČIN PRAVDNIH STRANK**

V pravni državi morajo državni organi ravnati v skladu z načelom zaupanja v pravo, pravno varnost in druga načela pravne države, ki izvirajo iz 2. člena Usta-



ve.<sup>19</sup> Načelo zaupanja v pravo državnim organom nalaga, da sprejemajo stabilne odločitve. Njihovo ravnanje mora biti predvidljivo. To velja tudi za delo sodišč, torej za sodno prakso.

Načelo zaupanja v pravo se, čeprav neposredno ne ureja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, zrcali tudi v posameznih človekovih pravicah.<sup>20</sup> Med te pravice spada tudi pravica do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave, ki sodiščem med drugim nalaga, da strank ne smejo obravnavati neenakopravno, s tem, da bi v njihovih zadevah odločila drugače, kot sicer odločajo v istovrstnih primerih.

Sodna praksa mora biti torej stabilna in predvidljiva, vendar pa to ne pomeni, da je sodišča ne smejo spreminjati. Ko se družbene okoliščine spremenijo, morajo sodišča tem spremenjenim okoliščinam primerno na spremenjen način tolmačiti pravne norme. Vztrajanje pri nespremenjeni sodni praksi bi v takih primerih onemogočilo razvoj prava in otežilo razvoj družbe v celoti.<sup>21, 22</sup> Svoj odstop od sodne prakse pa morajo sodišča ustrezno obrazložiti z razumnimi in pravnimi argumenti. Čim bolj je o določenem vprašanju sodna praksa enotna in ustaljena uveljavljena, tem večje je breme izčrpane in prepričljive obrazložitve sodišča, ki od te prakse odstopa.<sup>23</sup>

Če višje ali vrhovno sodišče spremeni svojo sodno prakso glede tolmačenja vsebine pravne norme, ki je pravna podlaga v nekem drugem postopku, hkrati potekajočem pred nižjim (prvostopenjskim ali drugostopenjskim) sodiščem, se postavi vprašanje, ali naj nižje sodišče to na novo opredeljeno vsebino pravne norme oziroma na novo opredeljen »obseg (razsežnost) zgornje premise«<sup>24</sup> v tekočem postopku upošteva ali ne. Po eni strani se zdi sicer prav, da bi nižje sodišče nemudoma, torej med tekočim sodnim postopkom, sledilo na višjem sodišču spremenjenemu tolmačenju pravne norme. Težko bi namreč sprejeli stališče, po katerem naj nižje sodišče vztraja pri razumevanju vsebine pravne norme, ki je

---

<sup>19</sup> Odločba Ustavnega sodišča Up-164/15 z dne 18. 2. 2016.

<sup>20</sup> Prav tam.

<sup>21</sup> A. Galič, nav. delo (2003), str. 49.

<sup>22</sup> Sprememb sodne prakse pa ne narekujejo vedno le spremenjene družbene okoliščine. Sodišče lahko spremeni svojo sodno prakso tudi ob nespremenjenih družbenih okoliščinah, če spozna, da je bila dotlej uveljavljena razlaga zakona napačna oziroma v nasprotju z v sodni praksi uveljavljenimi metodami razlage (o razlagi normativnih pravnih aktov glej širše M. Pavčnik, nav. delo, str. 475–564). Za tak primer je šlo tudi v sodnem postopku, ki ga analiziram v tem prispevku in v katerem sta sodbi višjega in Vrhovnega sodišča temeljili na v materialnopravnem smislu napačnem mnenju občne seje Vrhovnega sodišča z dne 19. 12. 2000. Na napačno razumevanje vsebine 216. člena ZOR je Vrhovno sodišče najprej opozoril Galič v svojem prispevku Kdaj je mogoče prejeti obdržati – Neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (A. Galič, 2003a), nato pa še Ustavno sodišče v že navedenih odločbah Up-270/01 z dne 19. 2. 2004 in Up-404/01 z dne 19. 2. 2004.

<sup>23</sup> Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča Up-1631/08 z dne 11. 9. 2008.

<sup>24</sup> M. Pavčnik, nav. delo, str. 354.

bilo sicer uveljavljeno in je veljalo za pravilno ob začetku sodnega postopka, pred koncem tega postopka in izdajo sodbe pa se je spremenilo in po mnenju višjega sodišča ni bilo več pravilno. V takem primeru bi namreč sodišče razsodilo na podlagi tolmačenja pravne norme, ki je v času izdaje sodbe veljalo za napačno, in bi posledično svojo odločbo oprlo na napačno pravno podlago. Taka sodba bi bila torej nezakonita.

Po drugi strani pa bi sprememba tolmačenja oziroma razumevanja pomena in vsebine pravne norme med postopkom lahko pripeljala do nedopustnega posega v pravico strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Pravnice stranke namreč procesna dejanja opravljajo ob upoštevanju pravne ureditve, ki velja v času, ko dejanja opravljajo. Pri tem se upravičeno zanašajo na to, da bo ta pravna ureditev v skladu z načelom zaupanja v pravo stabilna, kar pomeni, da bo veljala do konca sodnega postopka. To velja tako za normativno ureditev kot tudi za sodno prakso. Če pa se sodna praksa glede materialnopравnih ali procesnih vprašanj, ki so v konkretnem postopku pomembna, med tem postopkom spremeni in če stranke te spremembe ne morejo razumno predvideti, pride do kršenja načela pravne varnosti, ki se lahko pokaže tudi v kršenju ustavne pravice do enakega varstva pravic ene od pravnih strank, to je tiste, v katere škodo se je sodna praksa spremenila.

V takem primeru, torej če se spremeni sodna praksa glede pravnih vprašanj, od katerih je odvisen rezultat sodnega postopka, pride v ustavnopравnem smislu do kolizije med z Ustavo zajamčeno človekovo pravico in javnim interesom. Na eni strani te kolizije je pravica pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave, na drugi strani pa je javni interes, ki se kaže v interesu pravnih subjektov in družbe v celoti, da sodišča sodijo na podlagi pravilnega, aktualnim družbenim razmeram ustreznega razumevanja vsebine pravne norme.

Po mnenju Ustavnega sodišča<sup>25</sup> mora pri odločitvi o tem, ali naj upošteva dotedanjo ali novo, spremenjeno sodno prakso, sodišče med drugim upoštevati zakon in sodno prakso pred njeno spremembo, pa tudi druge pomembne okoliščine, npr. *»ali je bila (sodna) praksa problematizirana, kritizirana v pravni literaturi, posledice uporabe novega pravila za stranko, zlasti pozitivni ali negativni učinek na njen pravni položaj [...]«*.<sup>26</sup> Po mnenju Ustavnega sodišča se zahteva toliko višja stopnja predvidljivosti, kolikor bolj je sodna praksa ustaljena in enotna. Uporaba nove oziroma spremenjene sodne prakse v posameznem primeru tako po mnenju Ustavnega sodišča zahteva, da se poišče ravnovesje med stalnostjo in predvidljivostjo in s tem zaupanjem v pravo na eni strani ter potrebo po razvoju prava oziroma prilagajanju prava spremenjenim družbenim razmeram prek sodne prakse na drugi strani. Iz pravice do enakega varstva pravic pa ob tem izhaja obveznost sodišča, da vselej obrazloži, zakaj je pri odločitvi v konkretni zadevi

<sup>25</sup> Odločba Ustavnega sodišča Up-164/15 z dne 18. 2. 2016.

<sup>26</sup> Prav tam.

odločilo po stari sodni praksi oziroma zakaj po novi, saj to zahteva ustavnoproceno jamstvo obrazloženosti, varovano z 22. členom Ustave.<sup>27</sup>

Iz navedenega stališča Ustavnega sodišča tako izhaja, da je odgovor na vprašanje, ali naj sodišče v opisanem primeru uporabi staro ali novo sodno prakso, torej ali naj da prednost »stalnosti in predvidljivosti ali pa potrebi po razvoju prava«, odvisen predvsem od naslednjih okoliščin: (1) od učinka spremembe sodne prakse na strankin pravni položaj in od (2) predvidljivosti te spremembe. Tako bi se pravnice lahko sklicevale na kršitev pravice iz 22. člena Ustave zaradi spremenjene sodne prakse le v primeru, če bi ta sprememba poslabšala njihov pravni položaj in če je niso mogle razumno predvideti. Pravni standard »razumne predvidljivosti« pa ne bi bil izpolnjen, če bi bila dotedanja (stara) sodna praksa neprepričljivo argumentirana, še posebej če bi jo zato pravna teorija kritizirala oziroma če bi bili v pravni literaturi objavljeni predlogi, naj se ta sodna praksa kot neustrezna spremeni. V takem primeru bi namreč stranke morale računati z možnostjo, da se lahko ob začetku sodnega postopka uveljavljena sodna praksa kasneje, med postopkom, spremeni.

Glede na navedeno prepričljivo stališče Ustavnega sodišča bi torej sodišče po začetku sodnega postopka moralo uporabiti spremenjeno sodno prakso kot na novo opredeljeno vsebino zgornje premise le v primeru, če tako spremenjena sodna praksa ne bi negativno vplivala na položaj strank, oziroma tudi v takem primeru, vendar pa pod dodatnim pogojem, da bi stranke ob ustrezni stopnji skrbnosti spremembo sodne prakse, ki je poslabšala njihov pravni položaj, lahko razumno predvidele. Če bi sodišče kot pravno podlago za izdajo sodbe uporabilo med postopkom spremenjeno, nepredvidljivo in za strankin položaj škodljivo sodno prakso, pa bi s takim ravnanjem prekršilo pravico pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.

#### 4. SKLEP

Učinkovit pravni red, ki temelji na načelu pravne države in varstvu človekovih pravic ter temeljnih svoboščin, mora biti po eni strani stabilen, po drugi strani pa mora biti sposoben prilagajanja spremenjenim družbenim okoliščinam. To velja tudi za sodno prakso, ki postaja v slovenskem pravnem sistemu vse bolj pomemben pravni vir.<sup>28</sup> Razlaga vsebine pravnih norm v sodnih odločbah mora biti tako stabilna in predvidljiva, hkrati pa mora ohraniti stik z nenehno spreminjajočimi se družbenimi okoliščinami. Nestabilna, pretirano spremenljiva sodna praksa bi kršila načelo pravne varnosti in v njegovem okviru tudi ustavno pravico do enakega varstva pravic pravnih strank, pretirano toga in nespremenljiva sodna praksa pa bi ogrozila pravni in na splošno družbeni razvoj.

---

<sup>27</sup> Prav tam.

<sup>28</sup> A. Galič, nav. delo (2003), str. 44.

Sodišča morajo torej pri svojem delu harmonizirati dve nasprotujoči si vrednoti: na eni strani interes pravnih subjektov in družbe v celoti, da sodišča sodijo na podlagi pravnega, aktualnim družbenim razmeram ustreznega razumevanja vsebine pravne norme, in na drugi strani pravico pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Pri tem nedvomno zahtevnem usklajevanju nespremenljivih, statičnih in spremenljivih, dinamičnih družbenih vrednot so sodiščem lahko v pomoč zgoraj predstavljena merila, ki so nastala v sodni praksi Ustavnega sodišča.

## LITERATURA IN VIRI

- Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, II. knjiga. Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984.
- Aleš Galič: Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse, v: Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), 1 (2003), str. 44–56.
- Aleš Galič: Kdaj je mogoče prejeti obdržati – Nepravilna obogatitev in 195. člen OZ, v: Odvetnik, (2003) 21, str. 6–9 (citirano kot A. Galič, 2003a).
- Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Boris Strohsack: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti (Obligacijska razmerja II). Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1990.
- Lovro Šturm: Ustavno načelo enakosti, v: Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani, (1995), str. 269–302.
- Lovro Šturm, v: Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-164/15 z dne 18. 2. 2016.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-1631/08 z dne 11. 9. 2008.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-270/01 z dne 19. 2. 2004.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-404/01 z dne 19. 2. 2004.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. U-I-12/12 z dne 11. 12. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-270/01 z dne 19. 2. 2004.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-404/01 z dne 19. 2. 2004.
- Sodba Okrožnega sodišča v Krškem, opr. št. P 178/96 z dne 10. 7. 1997.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. II Ips 235/2002 z dne 5. 9. 2002.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. II Ips 366/98 z dne 10. 6. 1999.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. II Ips 545/96 z dne 13. 5. 1998.
- Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 19. 12. 2000.
- Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 30. 6. 2004.
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1079/97 z dne 21. 5. 1998.
- Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cp 107/93 z dne 16. 3. 1993.
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 824/1999 z dne 6. 10. 1999.
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 754/2001 z dne 27. 6. 2001.
- Sodba Okrožnega sodišča v Krškem, opr. št. P 216/99 z dne 5. 10. 2000.

# ČASOVNO VPRAŠANJE V PREHODNIH DOLOČBAH V CIVILNEM PROCESNEM PRAVU

*Dragica Wedam Lukić*

## 1. UVOD

Na področju procesnega prava na splošno velja, da sodišče uporablja procesna pravila, ki veljajo v času odločanja.<sup>1</sup> To ne pomeni retroaktivne uporabe zakona, saj ostanejo procesna dejanja, opravljena po prej veljavnem zakonu, v veljavi, po novem zakonu pa se po načelu *tempus regit actum* praviloma presoajo vsa procesna dejanja, opravljena po njegovi uveljavitvi. Ustavno sodišče je s tem v zvezi poudarilo, da ni ustavne zahteve, da bi se sodni postopek moral končati po procesnih pravilih, po katerih se je začel, in da pri tem ne gre za vprašanje pridobljenih pravic, saj pravila o teku pravnega postopka niso pravica stranke.<sup>2</sup> Ker je postopek sestavljen iz vrste medsebojno povezanih dejanj, lahko dosledna uporaba pravila o takojšnji uporabi novega zakona povzroči težave, če zaradi tega stranka, ki se je upravičeno zanesla na to, da bo v skladu s prej veljavno ureditvijo neko procesno dejanje lahko opravila v kateri od poznejših faz postopka, tega dejanja ne more več opraviti, ker veljajo po spremenjenem zakonu glede tega drugačna (strožja) pravila. To bi pomenilo kršitev načela zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države, zagotovljenih z 2. členom Ustave, lahko pa bi bili tudi prekršeni strankina pravica do izjave in pravica do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.<sup>3</sup> Naloga zakonodajalca je, da v primeru zakonskih sprememb v prehodnih določbah uredi vprašanje časovne veljavnosti posameznih spremenjenih zakonskih določb.

Na področju Republike Slovenije je pred osamosvojitvijo veljal bivši jugoslovanski Zakon o pravnem postopku iz leta 1977 (ZPP77)<sup>4</sup>, ki se je uporabljal do uveljavitve novega Zakona o pravnem postopku (ZPP)<sup>5</sup> iz leta 1999.<sup>6</sup> V prispev-

<sup>1</sup> L. Ude, nav. delo (2002), str. 84; A. Galič, nav. delo (2009), str. 749; S. Triva in M. Dika, nav. delo, str. 64.

<sup>2</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-21/02 z dne 12. 9. 2002.

<sup>3</sup> Prav tam.

<sup>4</sup> Ur. l. SFRJ, št. 4/77.

<sup>5</sup> Ur. l. RS, št. 26/99.

<sup>6</sup> Na podlagi prvega odstavka 4. člena Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 1/91) so se do izdaje ustreznih predpisov v Republiki Sloveniji smiselno uporabljali prej veljavni zvezni predpisi, kolikor s tem zakonom ni bilo drugače določeno in kolikor niso nasprotovali pravnemu redu Republike Slovenije.

ku bodo predstavljene spremembe obeh navedenih zakonov ter prehodne določbe, vsebovane v zakonih o njihovih spremembah in dopolnitvah.

## **2. PREHODNE DOLOČBE V ZPP77 IN V NJEGOVIH NOVELAH**

ZPP77 je nasledil prej veljavni Zakon o pravnem postopku iz leta 1957. Po prvem odstavku 508. člena se je v primeru, če sta bila na prvi stopnji že izdana sodba ali sklep, s katerima se je postopek na prvi stopnji končal, postopek nadaljeval po prej veljavnem zakonu. Po drugem odstavku tega člena pa se je postopek nadaljeval po novem zakonu, če je bila odločba iz prvega odstavka tega člena razveljavljena po njegovi uveljavitvi. V tretjem odstavku tega člena je zakon vseboval posebno pravilo glede zahteve za varstvo zakonitosti, s tem ko je določil, da bo v primeru, če je bila vložena pred uveljavitvijo novega zakona, o njej odločeno po prej veljavnem zakonu.

ZPP77 je bil sedemkrat noveliran<sup>7</sup>, v njegovo materijo pa sta posegla tudi Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR)<sup>8</sup> in Zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih (ZUKZ)<sup>9</sup>. Z ZTLR so bile iz ZPP77 izločene materialnopravne določbe o varstvu posesti, z ZUKZ pa določbe o mednarodni pristojnosti jugoslovanskih sodišč v sporih s tujim elementom in o položaju tujcev v postopku. Po osamosvojitvi so bile z Zakonom o sodiščih<sup>10</sup> spremenjene določbe o sestavi sodišča, z Zakonom o delovnih in socialnih sodiščih<sup>11</sup> pa so se prenehale uporabljati nekatere določbe ZPP77 v sporih iz delovnih razmerij.

Po vsebini sta bili pomembni zlasti novela iz leta 1982 in druga novela iz leta 1990. Z novelo iz leta 1982 je bil v sporih majhne vrednosti uveden obvezen poskus poravnave pred poravnalnim svetom: če sta imeli obe stranki prebivališče na območju istega sodišča ali sta bili zaposleni v isti organizaciji, v kateri je bil poravnalni svet, se je moral tožnik pred vložitvijo tožbe obrniti s predlogom poravnave na poravnalni svet. Z drugo novelo iz leta 1990 pa je bilo poleg nekaterih redakcijskih popravkov spremenjenih in dopolnjenih nekaj določb, ki se nanašajo na postopek na prvi stopnji. Med drugim je bila določba, da lahko so-

<sup>7</sup> Zakon o dopolnitvi zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 36/80), Zakon o spremembah in dopolnitvi zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 69/82), Zakon o dopolnitvi zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 58/84), Zakon o spremembah zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 74/87), Zakon o spremembah zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 57/89), Zakon o spremembah zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 20/90) in Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o pravnem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 27/90).

<sup>8</sup> Ur. l. SFRJ, št. 6/80.

<sup>9</sup> Ur. l. SFRJ, št. 43/82.

<sup>10</sup> Ur. l. RS, št. 19/94.

<sup>11</sup> Ur. l. RS, št. 19/94.

dišče izjemoma ugotavlja dejstva po uradni dolžnosti, dopolnjena s pravilom, da sodišče v tem primeru svoje odločbe ne sme opreti na dejstva, o katerih se stranke niso imele možnosti izjaviti, v poglavju o dokazovanju je bilo dodano pravilo, da sodišče v primeru, če po izvedenih dokazih ne more zanesljivo ugotoviti kakega dejstva, odloči po pravilih o dokaznem bremenu, na novo pa je bila uvedena sodba na podlagi odpovedi. Z novelo je bil črtan obvezen poskus poravnave pred poravnalnim svetom in v teoriji kritizirana določba, da je pritožba zoper sodbo na podlagi pripoznave ali sodbo zaradi izostanka, ki je vložena iz razlogov, iz katerih je po zakonu ni dovoljeno vložiti, nedovoljena<sup>12</sup>. Postrožena so bila pravila o mirovanju postopka, tako da je po novem lahko prišlo do mirovanja v postopku samo enkrat, skrajšan pa je bil tudi rok, v katerem je bilo mogoče zahtevati nadaljevanje postopka. V postopku v gospodarskih sporih je bila omejena pravica do navajanja novot v pritožbi, v postopku za izdajo plačilnega naloga pa je bilo predvideno zavrnjenje tožbe, če bi tožnik v konkretnem primeru lahko zahteval izvršbo na podlagi verodostojne listine, razen če je verjetno izkazal pravni interes za izdajo plačilnega naloga.<sup>13</sup> Z novelo iz leta 1982 so bile tudi prvič zvišane denarne vrednosti, odločilne za uporabo nekaterih procesnih institutov, do zvišanja denarnih zneskov pa je nato prišlo še z novelama iz leta 1987 in 1989, s prvo novelo iz leta 1990 ter leta 1992 z Zakonom o valorizaciji denarnih kazni za kazniva dejanja in gospodarske prestopke ter drugih denarnih zneskov.<sup>14</sup>

Časovna veljavnost sprememb je bila v novelah urejena s »standardno«<sup>15</sup> prehodno določbo, po kateri se je v primeru, če sta bila na prvi stopnji že izdana sodba ali sklep, s katerima se je postopek na prvi stopnji končal, postopek nadaljeval po prej veljavnem zakonu, če je bila navedena odločba razveljavljena po njegovi uveljavitvi, pa se je postopek nadaljeval po novem zakonu. Ko je bil z novelo leta 1982 povišan znesek, ki je bil pogoj za dopustnost revizije, je bilo dodano pravilo, da bo o reviziji, vloženi zoper pravnomočno odločbo sodišča druge stopnje, izdano pred uveljavitvijo novele, odločeno po prej veljavnem zakonu. V poznejših novelah, s katerimi se je povišal znesek za dopustnost revizije, pa je bila ta določba spremenjena, tako da so pravila prej veljavnega zakona veljala za odločanje o reviziji, vloženi zoper pravnomočno odločbo sodišča druge stopnje v postopku, ki se je začel pred uveljavitvijo novele.

---

<sup>12</sup> Po Udetovem mnenju je bila ta določba v bistvu neuporabna, saj lahko pritožbeno sodišče odkloni odločanje o nedovoljenih razlogih, še vedno pa mora presoditi, ali niso podani razlogi, na katere mora paziti po uradni dolžnosti (L. Ude, nav. delo (1988), str. 261).

<sup>13</sup> Tudi to določbo je del teorije kritiziral, ker je tožnika silila k vložitvi predloga za izvršbo, čeprav bi želel samo zavarovati svoje interese s pravnomočno sodno odločbo (L. Ude, nav. delo (2002), str. 377).

<sup>14</sup> Ur. l. RS, št. 55/92.



### **3. PREHODNE DOLOČBE V ZPP IZ LETA 1999 IN V NJEGOVIH NOVELAH**

ZPP iz leta 1999 je poleg redakcijskih sprememb, ki so bile potrebne zaradi osamosvojitve Republike Slovenije, uveljavil številne nove in drugačne rešitve. Med drugim so bile spremenjene nekatere določbe o pristojnosti in sestavi sodišča, uvedena je bila možnost vročanja sodnih pisanj po osebi, ki opravlja vročanje kot registrirano dejavnost, pojem materialnih sospornikov je bil razširjen na solidarne upnike in solidarne dolžnike, črtan je bil pripravljalni narok, pravilo o materialnem procesnem vodstvu je bilo dopolnjeno z dolžnostjo sodišča, da skrbi za to, da se razčistijo tudi pravni vidiki spora, uvedena je bila posebna absolutna bistvena kršitev, če je sodišče na ugovor stranke, da gre za spor, glede katerega je bil sklenjen arbitražni dogovor, v odločbi, ki je bila vzeta v sodbo, nepravilno odločilo, da je pristojno, omejeno je bilo število absolutnih bistvenih kršitev postopka, na katere pazi pritožbeno sodišče po uradni dolžnosti, v ZPP je bil na novo vključen postopek v zakonskih sporih in sporih iz razmerij med starši in otroki, v postopku za izdajo plačilnega naloga je bila črtana določba ZPP77 o zavrženju tožbe, če bi tožnik v konkretnem primeru lahko zahteval izvršbo na podlagi verodostojne listine, spremenjen je bil postopek pred arbitražami (po ZPP77 postopek pred razsodišči), na novo je bil opredeljen pojem gospodarskega spora, v postopku v gospodarskih sporih pa so bili na novo določeni nekateri roki. Za stranke so bile najpomembnejše novosti postrožena pravila o zastopanju po pooblaščenju in fikcija vročitve za primer, če naslovnik, ki mu je bilo puščeno obvestilo o tem, kje se nahaja pisanje, tega ni dvignil v petnajstih dneh, odgovor na tožbo pa je postal obvezna faza postopka. Uveljavljeno je bilo pravilo, da lahko stranka navaja nova dejstva in predlaga nove dokaze praviloma samo na prvem naroku za glavno obravnavo, v skladu s tem pa je bila omejena tudi pravica strank do navajanja novot v pritožbenem postopku. Namesto sodbe zaradi izostanka, ki jo je sodišče, če so bili drugi pogoji izpolnjeni, izdalo, če je toženec izostal s pripravljalnega naroka oziroma s prvega naroka za glavno obravnavo, je bila uvedena zamudna sodba, ki jo sodišče izda v primeru, če toženec ne odgovori na tožbo. Zvišan je bil znesek za dopustnost revizije v premoženjskih sporih, kot posebno izredno pravno sredstvo je bila uvedena tožba za izpodbijanje sodne poravnave in dodan je bil nov obnovitveni razlog v primeru fiktivne vročitve. V postopku v sporih majhne vrednosti je bilo uvedeno pravilo, da mora tožnik navesti vsa dejstva in predlagati vse dokaze v tožbi, tožena stranka pa v odgovoru na tožbo, in pravilo, da lahko vsaka stranka vloži samo eno pripravljalno vlogo, postrožene so bile tudi sankcije za izostanek strank z naroka.

Tako kot ZPP77 je tudi ZPP za postopke, ki so bili v času njegove uveljavitve v teku, določil, da se v primeru, če sta bila na prvi stopnji že izdana sodba ali



sklep, s katerima se je postopek na prvi stopnji končal, postopek nadaljuje po prej veljavnem zakonu, če je bila navedena odločba razveljavljena po njegovi uveljavitvi, pa se postopek nadaljuje po novem zakonu. Od tega pravila so bile predvidene tri izjeme: če je bila tožba vložena pred njegovo uveljavitvijo, se niso uporabljala postrožena pravila o zastopanju, če je bila tožba pred njegovo uveljavitvijo vročena tožencu, so se pogoji za izdajo zamudne sodbe presojali po prejšnjem zakonu, če je bil pred njegovo uveljavitvijo že opravljen prvi narok za glavno obravnavo, pa so smele stranke navajati nova dejstva in predlagati dokaze ter se izjaviti o navedbah in ponujenih dokazih nasprotne stranke najkasneje na prvem naroku po njegovi uveljavitvi. Drugače kot v prehodnih določbah, ki so jih vsebovale novele ZPP77, ZPP ni predvidel posebne ureditve glede revizije, tako da se je vprašanje dopustnosti revizije tudi v primerih, ko je bila tožba vložena pred njegovo uveljavitvijo, postopek na prvi stopnji pa se je končal po njegovi uveljavitvi, presojalo po novem zakonu. Ustavno sodišče glede tega ni imelo pomislekov. Zavzelo je stališče, da »ni v nasprotju s prepovedjo retroaktivnosti zakonov in s prepovedjo posega v pridobljene pravice (153. člen Ustave) ter pravico do enakega varstva pravic v postopku (22. člen Ustave), če se novi zakon o pravnem postopku glede vprašanja dopustnosti revizije uporablja takoj, tudi za postopke, v katerih je bila tožba vložena še v času veljavnosti starega ZPP«. <sup>15</sup>

ZPP je bil petkrat noveliran, <sup>16</sup> z Zakonom o arbitraži (ZArbit) <sup>17</sup> pa je bilo iz njega izločeno poglavje o postopku pred arbitražo. Z ZPP-A iz leta 2002 so bile nekoliko spremenjene določbe o vročanju, dopolnjena so bila pravila o povračilu stroškov postopka ter pravila o odločanju pritožbenega sodišča. Poleg tega je bil na novo uveden poravnalni narok in s tem v zvezi nekoliko dopolnjene določbe o sodni poravnavi. Za stranke sta bili pomembni dve spremembi: določba, da se v členu o zamudni sodbi črta besedilo, po katerem je moralo sodišče dati tožniku nesklepčne tožbe pred zavrnitvijo zahtevka možnost, da tožbo popravi, ter določba, da mora biti ugovor zoper plačilni nalog obrazložen. V skladu s prehodno določbo se v postopkih, v katerih je bila tožba vložena pred uveljavitvijo novele, ni uporabljala določba o črtanju možnosti poprave nesklepčne tožbe, določbe o poravnalnem naroku pa so se uporabljale samo, če do njene uveljavitve še ni bil razpisan prvi narok za glavno obravnavo. Z ZPP-B iz leta 2004 so bile odpravljene nekatere neustavnosti, ki jih je v zvezi s posameznimi določbami zakona ugotovilo Ustavno sodišče, poleg tega so bile spremenjene nekatere določbe o postopku v sporih iz razmerij med starši in otroki. Novela iz leta 2007 (ZPP-C) je bila namenjena informatizaciji pravnega postopka z uvedbo elektronskega

<sup>15</sup> Evidenčni stavek sklepa U-I-21/02 z dne 12. 9. 2002.

<sup>16</sup> ZPP-A (Ur. l. RS, št. 96/02; ZPP-B (Ur. l. RS, št. 2/04), ZPP-C (Ur. l. RS, št. 52/07), ZPP-D (Ur. l. RS, št. 45/08) in ZPP-E (Ur. l. RS, št. 10/17).

<sup>17</sup> Ur. l. RS, št. 45/08.

poslovanja, vzpostavila je bila tudi možnost zvočnega in slikovnega snemanja naroka.

Obsežne vsebinske spremembe so bile uveljavljene z novelama ZPP-D iz leta 2008 in ZPP-E iz leta 2017. ZPP-D je med drugim uveljavil nekaj sprememb v zvezi s stvarno pristojnostjo in sestavo sodišča, postrožil je pogoje za izločitev sodnika in določil, da se nepopolna vloga, ki jo vloži odvetnik, kot tudi vloga, ki ji odvetnik ne priloži pooblastila, zavrže, ne da bi jo bilo treba vračati v dopolnitev.<sup>18</sup> Poleg tega je uvedel vzorčni postopek, prenovil je sistem vročanja, določil obveznost plačila sodne takse ob prvem procesnem dejanju za stranko, ki nastopa na aktivni strani, ter uveljavil nekatere spremembe v dokaznem postopku in vrsto ukrepov za koncentracijo in pospešitev postopka. Med drugim je uvedel možnost, da se stranki odpovesta glavni obravnavi, sodnika pa je pooblastil, da pred ali med glavno obravnavo od strank zahteva, da se pod sankcijo prekluzije pisno izjavijo o pomembnih dejstvih in predlagajo dokaze za svoje navedbe ter podajo svoja pravna naziranja. Postrožil je tudi sankcije za izostanek z naroka: kot sankcijo za toženčev izostanek s prvega naroka je predvidel izdajo sodbe zaradi izostanka, kot sankcijo za tožnikov izostanek s prvega naroka izdajo sodbe na podlagi odpovedi, v primeru tožnikovega izostanka s kakšnega poznejšega naroka pa je pod določenimi pogoji uveljavil fikcijo umika tožbe.<sup>19</sup> Poleg tega je uvedel dve novi sodni odločbi: sodbo na podlagi spisa in vmesno sodbo na podlagi sporazuma strank. Vrsto sprememb je uvedel tudi v pritožbenem postopku in na novo uredil dopustnost revizije, tako da je poleg primerov, ko je revizija dovoljena po zakonu, uvedel možnost, da Vrhovno sodišče dopusti revizijo, če je od njegove odločitve mogoče pričakovati odločitev o pomembnem pravnem vprašanju. Spremenjene so bile tudi nekatere določbe o postopku v sporih majhne vrednosti.

Glede časovne uporabe novele vsebuje ZPP-D izrecno določbo, da se postopki, ki so se začeli pred njegovo uveljavitvijo, praviloma nadaljujejo po novem zakonu. Izjema so bili postopki, v katerih je bila pred njegovo uveljavitvijo izdana odločba, s katero se je postopek na prvi stopnji končal, v primeru razveljavitve navedene odločbe pa so se ti postopki nadaljevali po novem zakonu. Prehod na

<sup>18</sup> Ustavno sodišče je določbo o takojšnjem zavrženju nepopolne vloge razveljavilo z odločbo U-I-200/09 z dne 20. 5. 2010, določbo o takojšnjem zavrženju tožbe, ki ji odvetnik ni priložil pooblastila, z odločbo U-I-74/12 z dne 13. 9. 2012, določbo o takojšnjem zavrženju pravnega sredstva, ki mu odvetnik ne priloži pooblastila, pa, kolikor se nanaša na pravno sredstvo ugovora, z določbo U-I-48/11 z dne 16. 1. 2014, kolikor se nanaša na pritožbo, pa z odločbo U-I-74/14 z dne 17. 6. 2015.

<sup>19</sup> Ustavno sodišče je zamudno sodbo zaradi izostanka toženca s prvega naroka razveljavilo z odločbo U-I-164/09 z dne 4. 2. 2010, sodbo zaradi odpovedi zaradi izostanka s prvega naroka pa z odločbo U-I-161/10 z dne 9. 12. 2010. Z odločbo U-I-290/12 z dne 25. 4. 2013 pa je Ustavno sodišče razveljavilo tudi fikcijo umila tožbe.

novo ureditev stvarne pristojnosti sodišč je zakon olajšal z določbo, da se postopki, ki so se začeli pred njegovo uveljavitvijo pred okrožnim sodiščem, pred okrožnim sodiščem dokončajo, posebej pa je uredil uporabo spremenjenih določb v postopku v sporih majhne vrednosti.

Druga obsežna reforma pravnega postopka je bila uveljavljena z novelo ZPP-E iz leta 2017. Tudi s to novelo je želel zakonodajalec povečati učinkovitost postopka, med drugim tudi s tem, da je na načelni ravni poudaril dolžnost strank, da s svojim ravnanjem prispevajo k čim hitrejšemu poteku postopka. Z njo so bile med drugim spremenjene nekatere določbe o pristojnosti, posodobljene so bile določbe o načinu vodenja zapisnika in vročanju, uvedena je bila tako imenovana stopničasta tožba, ponovno je bil uveden pripravljalni narok, na katerem mora sodnik izdelati program vodenja postopka, število pripravljalnih vlog, ki jih lahko stranka vloži brez poziva sodišča, pa je bilo omejeno na največ dve vlogi. Nekoliko so bile prenovljene tudi določbe o dokazovanju, med katerimi je najpomembnejša ureditev dokazovanja s tajnimi podatki, s čimer je zakonodajalec uresničil odločbo Ustavnega sodišča iz leta 2013.<sup>20</sup> Z določbo, po kateri mora o kaznovanju odvetnika ali stranke za žaljivo vlogo ali za žaljivo izjavo na naroku, če se žalitev nanaša neposredno na sodnika, ki vodi postopek, odločati drug sodnik, pa je zakonodajalec sledil stališču Evropskega sodišča za človekove pravice v sodbi *Pečnik proti Sloveniji*. Z novelo je bil rok za pritožbo in za odgovor na pritožbo podaljšan na trideset dni, ponovno so bila razširjena pooblastila pritožbenega sodišča pri odločanju o pritožbi, pritožbenemu sodišču pa je bila naložena obveznost, da pri odločanju o tem, ali naj izpodbijano sodbo razveljavi ali spremeni, tehta med pritožnikovo pravico do pritožbe in pravico nasprotne stranke do sojenja v razumnem roku. Pomembne spremembe je novela uveljavila tudi v poglavju o izrednih sredstvih. Najpomembnejša je nedvomno ukinitve revizije po kriteriju vrednosti spornega predmeta, tako da ostaja samo še dopuščena revizija, ki jo lahko Vrhovno sodišče zaradi reševanja pomembnega pravnega vprašanja dopusti v vseh zadevah, v katerih ni z zakonom izrecno izključena. Po novem lahko tudi Vrhovno sodišče razpiše obravnavo, sodniki pa lahko k večinski odločitvi podajo ločena mnenja. V postopku z zahtevo za varstvo zakonitosti je bila uveljavljena sprememba, po kateri ima v nekaterih primerih sodba Vrhovnega sodišča samo deklaratorni učinek, dopolnjene so bile tudi določbe o tožbi za izpodbijanje sodne poravnave in obnovi postopka. Nova je tudi določba, ki nižjemu sodišču omogoča, da prekine postopek in Vrhovnemu sodišču predlaga sprejem svetovalnega mnenja, če ugotovi, da bi moralo uporabiti pravno pravilo, glede katerega sodna praksa višjih sodišč ni enotna, sodne prakse Vrhovnega sodišča pa ni.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-134/10 z dne 24. 10. 2013.

<sup>21</sup> Ta novost je po mnenju nekaterih v nasprotju z načelom delitve oblasti in zato protiustavna. Glej A. Galič, nav. delo (2017), str. 58.

Drugače kot njegovi predhodniki je ZPP-E določil, da se postopki, ki so se začeli pred začetkom njegove uporabe,<sup>22</sup> dokončajo po določbah prej veljavnega zakona. To velja tudi za postopek s pravnimi sredstvi, če je bila odločba, s katero se je postopek na prvi stopnji končal, izdana pred začetkom njegove uporabe. Če je bila odločba, s katero se je postopek na prvi stopnji končal, izdana po začetku njegove uporabe, pa je zakon določil, da se postopki pred sodiščem druge stopnje in pred Vrhovnim sodiščem nadaljujejo po novih pravilih.<sup>23</sup> Zakon je določil tudi nekaj izjem, ko se nekatere njegove spremenjene in nove določbe uporabljajo v postopkih, začelih pred začetkom njegove uporabe. To so spremenjena pravila o kaznovanju za žaljive vloge in za žalitve na naroku, določbe, ki se nanašajo na zapisnike, vročanje in pregledovanje spisov, ter določbe, ki se nanašajo na pogoje za vložitev tožbe za izpodbijanje sodne poravnave in na razloge za obnovo postopka.

#### **4. SKLEP**

Za stranke je na prvi pogled večinoma najbolj ugodno, da se postopek nadaljuje in konča po procesnih pravilih, ki so veljala v času, ko se je začel. Ko se tožnik odloča za vložitev tožbe, upošteva tudi procesne pogoje za njeno obravnavanje, zato ni zaželeno, da se pravila igre med postopkom spreminjajo. Ta rešitev žal ni izvedljiva, kadar se z novim zakonom uveljavljajo pomembne strukturne spremembe v organizaciji sodišč ali procesnih stopenj, tako da stranka ne more več uporabiti pravnih možnosti, predvidenih s prej veljavnim zakonom. Poleg tega se lahko v tem primeru zaradi dolgotrajnosti sodnih postopkov za daljši čas zavleče uveljavitev prav tistih sprememb, ki naj bi prispevale k njihovemu skrajšanju. Teorija zato vidi kompromisno rešitev v tem, da se postopek razdeli na posamezne stadije in se nova pravila uporabljajo za stadij, ki se začne po uveljavitvi zakona, vendar hkrati opozarja, da tudi to lahko povzroči težave, če se procesni stadiji, na katere se deli ista procesna materija, v starem in novem sistemu ne ujemajo.<sup>24</sup> Takojšnja uporaba spremenjenih procesnih pravil ni sporna, če gre za spremembe, ki položaj strank v postopku izboljšujejo, če gre za redakcijske popravke prej nejasnih določb, če gre za spremembe, ki so za položaj strank nevtralne, ali če gre za spremembe organizacijske ali tehnične narave, ki v položaj strank ne posegajo.

<sup>22</sup> ZPP-E je začel veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se je začel šest mesecev po njegovi uveljavitvi, razen določb o kaznovanju za žaljive vloge in žaljive izjave na naroku, ki so se začele uporabljati z dnem njegove uveljavitve.

<sup>23</sup> V zvezi z uporabo te določbe je v praksi prišlo do neenotne razlage, ali se novi zakon uporablja tudi za podaljšan rok za pritožbo in odgovor na pritožbo. Na to sta v Pravni praksi opozorila Ivanka Demšar, nav. delo, str. 14, in Jure Levovnik, nav. delo, str. 16.

<sup>24</sup> S. Triva in M. Dika, nav. delo, str. 64.

Problematične so spremembe, ki položaj strank otežujejo, s tem da omejujejo njihove procesne pravice ali jim nalagajo dodatne obveznosti. Ustavno sodišče je poudarilo, da mora v tem primeru zakonodajalec pri določitvi prehodnega režima upoštevati omejitve, ki izhajajo iz načela zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave, ter iz pravice do izjavljanja, ki izhaja iz pravice do enakega varstva pravic v postopku iz 22. člena Ustave.<sup>25</sup>

Iz analize zakonskih sprememb in njihove časovne uveljavitve izhaja, da je zakonodajalcu v glavnem uspelo uravnotežiti zahtevo po čimprejšnji uveljavitvi novih rešitev in hkrati zavarovanju pravic strank, ki so se v postopkih, začelih pred uveljavitvijo sprememb, upravičeno zanesle na prej veljavno ureditev. Kljub načelnemu stališču, da se spremenjena procesna pravila praviloma uporabljajo tudi v postopkih, ki so v času njihove uveljavitve v teku, pa se je v noveli ZPP-E odločil za drugačen pristop. Namesto da bi navedel, katera nova pravila se v teh postopkih ne uporabljajo, je določil, da se prej začeti postopki nadaljujejo po prej veljavnem zakonu, navedel pa je določbe, ki se začnejo uporabljati takoj po začetku njegove uporabe. Očitno so ga pri tem zaradi obsežnih sprememb v postopku na prvi in drugi stopnji vodili pragmatični razlogi, izognil pa se je tudi nevarnosti, da bi se v prej začelih postopkih uporabljale določbe, ki bi se lahko izkazale za ustavno sporne. Pri tem pa je ostalo nerešeno vprašanje, katera procesna pravila se uporabljajo v postopkih, v katerih je bila odločba, s katero se je postopek na prvi stopnji končal, v postopku s pravnimi sredstvi razveljavljena. Upajmo, da bo to vprašanje, kot tudi vprašanje uporabe novega roka za pritožbo, uspelo na ustrezen način rešiti sodni praksi.

## LITERATURA

- Ivanka Demšar Potočnik: Rok za pritožbo zoper sodbo po ZPP-E: petnajst ali trideset dni, v: *Pravna praksa* 37 (2018) 2, str. 14–15.
- Aleš Galič, v: Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 3. knjiga. GV Založba in Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Aleš Galič: *Zakon o pravnem postopku (ZPP)*. 6., dopolnjena izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017.
- Jure Levovnik: Rok za pritožbo zoper sodbo po noveli ZPP-E, v: *Pravna praksa* 37 (2018) 2, str. 16.
- Siniša Triva in Mihajlo Dika: *Gradjansko parnično procesno pravo*. 7., spremenjena in dopolnjena izdaja, Narodne novine, Zagreb 2004.
- Lojze Ude: *Civilni pravdni postopek*. Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1988.
- Lojze Ude: *Civilno procesno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.

---

<sup>25</sup> Sklep Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-21/02.

# SKLICEVANJE NA TRADICIJO KOT ARGUMENT V PRAVNEM RAZLOGOVANJU

*Tilen Štajnpihler Božič*

## 1. UVOD

Pravu v družbi pripisujemo različne funkcije in med njimi običajno najprej omenimo ohranjanje družbenega reda, ki je povezano z vrednotami, kot so pravna predvidljivost in varnost ali stabilnost pravnega odločanja.<sup>1</sup> S temi pravnimi dragotinami je neposredno povezana tudi časovna razsežnost pravne pojavnosti. Kot so ugotavljali nekateri pravni filozofi, je okoliščina, da nas pretekle pravne odločitve, ko so enkrat veljavno sprejete, vežejo, vse dokler jih v ustreznem postopku ne spremenimo, tako temeljni postulat pravnega mišljenja, da ga redko sploh izrecno omenjamo.<sup>2</sup> V tej luči pridobi preteklost v pravnem razlogovanju samostojno moč in je včasih razumljena kot vrednota, ki lahko tudi neodvisno od drugih argumentov prispeva k utemeljitvi pravnih odločitev. Odmev te pietete do preteklosti pa lahko zaznamo tudi v pojmu *tradicija* oziroma *izročilo*.

Pri tem gre za kompleksen pojem na presečišču humanistike in družboslovja, ki se izmika enoznačni opredelitvi. V nadaljevanju bom pojem tradicije ali izročila uporabljal kot referenčno točko za pojav, ki ga lahko opredelimo z naslednjimi prvini.<sup>3</sup> Tradicija je neločljivo povezana s *preteklostjo*. O tradiciji lahko govorimo le, če ima določena ideja, družbena praksa ali institucija in tako dalje nekakšen »zgodovinski pedigre«. Vendar pa golo dejstvo, da imajo določene ideje ali družbene prakse korenine v preteklosti, samo po sebi (še) ne zadoštuje za ugotovitev, da imamo opravka s tradicijo. Preteklost, iz katere se napaja izročilo, mora imeti namreč tudi v sedanjosti vsaj določeno stopnjo *avtoritativne prisotnosti* oziroma *normativne moči*.<sup>4</sup> Bistvenega pomena je torej, da so ideje ali družbene prakse, ki so se oblikovale nekoč v preteklosti, prisotne še danes, pri čemer so (še vedno) tudi dejavnik, ki ima določen vpliv na ureditev naše družbe oziroma na potek naših življenj. S tem pa je tesno povezana tudi naslednja prvina, ki se odraža v samem korenu besed *tradicija* in *izročilo*,<sup>5</sup> in sicer da gre za nekaj,

<sup>1</sup> A. Igličar, nav. delo, str. 382–383.

<sup>2</sup> J. Finnis, nav. delo, str. 268–269.

<sup>3</sup> Pri tem se opiram zlasti na E. Shils, nav. delo; P. Sztompka, nav. delo; M. Krygier, nav. delo; J. Alexander, nav. delo.

<sup>4</sup> Glej npr. E. Shills, nav. delo, str. 24 in nasl.; M. Krygier, nav. delo, str. 245–250.

<sup>5</sup> Pojem izvira iz latinskega glagola *trādere*, ki pomeni (nekomu nekaj) *predati*, *izročiti*. Glej geslo »tradicija« v Slovenskem etimološkem slovarju, M. Snoj, nav. delo.

kar se *prenaša* skozi čas. Ključnega pomena pri opredeljevanju tradicije je torej *kontinuiteta* med idejami ali praksami preteklosti, iz katerih črpamo moč ali veljavo tudi v sedanosti.<sup>6</sup> To tudi pomeni, da je tradicija nujno *družbene (socialne) narave*, saj se konstituira prav s *predajanjem* iz rok v roke, iz ene generacije v drugo.<sup>7</sup> Čeprav je lahko predmet ali vsebina izročila marsikaj,<sup>8</sup> je mogoče v zvezi s tem iz doslej omenjenih prvin tradicije izpeljati tudi naslednje: z izročilom se prenaša nekaj, kar je *vredno*, torej *vrednota* (v takšni ali drugačni obliki), resnica ali spoznanje, iz katerega je vredno črpati, saj se je uspešno ohranilo vse do danes. Kot se je izrazil Blackstone,<sup>9</sup> je akumulirana »modrost stoletij«, ki odseva v (pravni) kulturi in tradiciji neke skupnosti, v tem kontekstu temelj, na katerem moramo graditi tudi v svetu prava.

V tem prispevku ne morem celovito ovrednotiti pomena oziroma vloge, ki jo ima tradicija v pravu *nasploh*, ampak se bom osredotočil le na eno razsežnost izročila v pravu. Tradicija me zanima kot koncept, ki je v jedru ene od t. i. *argumentativnih shem*, ki se uporabljajo tudi v okviru pravnega razlogovanja, tradicija kot eno od opornih mest (*topi*), s sklicevanjem na katerega si (lahko) pomagamo pri utemeljevanju naših stališč v pravnem diskurzu. V tem okviru bom v nadaljevanju izpostavil zlasti teoretično izhodišče, ki tradicijo razume kot nedotakljivo dragotino, ki (naj) ima v pravnem razlogovanju odločilno vlogo, in ga poskušal *kritično* ovrednotiti.

## 2. PRAVNO RAZLOGOVANJE ALI ARGUMENTIRANJE<sup>10</sup>

V nadaljevanju izhajam iz podmene, da je *razlogovanje* oziroma *argumentiranje* pomemben del prava kot družbene prakse.<sup>11</sup> Na splošno lahko razlogovanje opredelimo kot zavedno, jezikovno dejavnost, ki je usmerjena k iskanju oziroma navajanju razlogov za ali proti določeni izbiri oziroma odločitvi.<sup>12</sup> *Pravno razlo-*

<sup>6</sup> Prim. J. Alexander, nav. delo, str. 10 in nasl.

<sup>7</sup> Glej ponovno M. Krygier, nav. delo, str. 240.

<sup>8</sup> Glej npr. E. Shils, nav. delo, str. 16–19.

<sup>9</sup> W. Blackstone, nav. delo, Vol 4, 435.

<sup>10</sup> Razprava v tem delu v precejšnji meri temelji na mojih predhodnih zapisih v T. Štajnpihler, nav. delo (2012), str. 24–29 in 202–207.

<sup>11</sup> Pri tem se opiram na temelje sociologije prava Rogerja Cotterrella, ki pravo izhodiščno opredeli kot *institucionalizirano doktrino*. V tem kontekstu *pravo* ne vključuje le pravil, načel, vrednot in pojmov, ampak zajema tudi vse specializirane procese in načine mišljenja, prek katerih ti normativi nastajajo, se razlagajo oziroma uveljavljajo, in sicer na določene, družbeno uveljavljene načine. Glej R. Cotterrell, nav. delo (2006).

<sup>12</sup> Prim. npr. M. Atienza, nav. delo, str. 104: »Argumentiranje ali razlogovanje je dejavnost, ki jo tvori dajanje razlogov v prid ali proti neki določeni trditvi, ki naj bi se utrdila ali zavmila. Ta dejavnost je lahko zelo zapletena in sestavljena iz številnih argumentov (delnih razlogov), ki so med seboj povezani na zelo različne načine.« Glej npr. tudi L. Alexander in E. Sherwin, nav. delo, str. 10.



govanje v osnovi označuje odnos tega postopka do veljavnega prava.<sup>13</sup> S sklicevanjem na razloge oziroma z navajanjem argumentov poskušamo torej *podpreti* stališče glede določenega pravnega vprašanja/problema in ga tako *utrditi* kot del pravnega okvira. V tem smislu se dejavnost argumentiranja razlikuje od preiskovanja, pri katerem se poskušamo dokopati do pravilne rešitve nekega problema. Argumentiranje, kot *zastopanje* zavzetega stališča, je del procesa reševanja določenega problema oziroma sprejemanja odločitve v konkretnem primeru.<sup>14</sup> V okviru tega procesa je pogosto smiselno ločiti vsaj dve razsežnosti, in sicer: (i) sprejemanje odločitve kot kognitivno-psihološki proces (angl. *context of discovery*) ter (ii) utemeljevanje sprejete odločitve, kar je povezano zlasti z obveznostjo njene obrazložitve (angl. *context of justification*).<sup>15</sup> Glede na to, da sem kot integralni del prava izpostavil zlasti argumentiranje, se bom v nadaljevanju pridružil tistim, ki jedro pravnega odločanja vidijo predvsem v slednji razsežnosti.<sup>16</sup> V tem kontekstu je torej, kot ugotavlja Atienza, »vzorna« tista (pravna) izbira oziroma odločitev, pri kateri gre za »postavitev *dobrih* razlogov v *ustrezno obliko*, zato, da se izkažejo kot izid nekega *razumnega pogovora* [oziroma *diskurza*] in učinkujejo *prepričevalno*«. <sup>17</sup>

O pravnem razlogovanju sicer najpogosteje govorimo v kontekstu sodnega odločanja, tj. v procesu odločanja sodišč v konkretnih primerih (angl. *judicial decision-making*), kar včasih označujemo tudi kot uporabljanje prava na ravni konkretnega primera (nem. *Rechtsanwendung*).<sup>18</sup> A pri tem velja opozoriti, da pravno razlogovanje nikakor ni izključno del sodnega odločanja, temveč je dejavnost, ki poteka tudi v (vseh) drugih kontekstih, kjer pravo nastaja, se uporablja ali spreminja v procesu z razlogi podprte izmenjave stališč. Tako o pravnem razlogovanju govorimo npr. tudi v okviru *zakonodajnega postopka*, kjer je »utemeljevanje [...] izraz uravnotežanja in tehtanja moralnih (tj. osebnih) in političnih (tj. zunanjih)

<sup>13</sup> R. Alexy, nav. delo (1991), str. 262. Gre za razlogovanje o pravu oziroma razlogovanje o pravnih zadevah. Glej J. Raz, nav. delo (1994), str. 326.

<sup>14</sup> S. Toulmin, R. Rieke in A. Janik, nav. delo, str. 7.

<sup>15</sup> Pregledno o tej delitvi npr. B. Anderson, nav. delo. Glej npr. tudi E. Feteris, nav. delo, str. 10; R. Alexy, nav. delo, str. 282; N. McCormick, nav. delo, str. 15; A. Peczenik, nav. delo, str. 44–46. Posebej o razsežnosti odkrivanja izčrpno B. Anderson, nav. delo (1996), zlasti str. 143 in nasl.

<sup>16</sup> V tem smislu se razprava opira zlasti na izročilo različnih naukov o pravnem argumentiranju. Tako npr. McCormick ugotavlja, da je osrednjega pomena pri pravnem odločanju prav navajanje »dobrih utemeljitvenih razlogov za trditev, obrambo ali odločitev. Proces, ki ga je vredno preučevati, je proces argumentiranja kot utemeljevanja.« N. McCormick, nav. delo, str. 14–15.

<sup>17</sup> M. Atienza, nav. delo, str. 106. Poudarke dodal T. Š. B.

<sup>18</sup> V zvezi s tem se uporabljajo različni pojmi: *Rechtsanwendung*, *Rechtsfindung*, *Rechtsgewinnung*. Za razmejitve glej npr. A. Kaufmann, nav. delo, str. 12–13.

omejitev svobode«, kar je pogoj za legitimnost zakonodajnega delovanja,<sup>19</sup> ali v okviru *pravne znanosti*, kjer postane »delo proučevalcev prava [...] relevantno prav takrat, ko zapustijo raven [golega] opisovanja« in poskušajo predlagati tudi »rešitve težkih primerov, za katere pravo ne daje enega samega pravilnega odgovora«.<sup>20</sup>

Za razpravo o vlogi tradicije v tem procesu pa je pomembno tudi vprašanje, ali imamo pri pravnem razlogovanju opraviti s *sui generis* obliko razlogovanja, ali pa gre za običajno, tj. vsakdanje, praktično ali moralno razlogovanje, ki ga preslikamo v domeno prava.<sup>21</sup> Glede tega vprašanja se bom v nadaljevanju oprl na t. i. *tezo o posebnem primeru* (nem. *Sonderfallthese*), ki jo je v okviru svoje teorije pravnega argumentiranja predstavil nemški pravni filozof Robert Alexy.<sup>22</sup> V skladu z njegovo tezo je pravno razlogovanje *poseben primer splošnega praktičnega razpravljanja*,<sup>23</sup> kar Alexy utemelji na treh izhodiščih: pri pravnem razlogovanju gre za (i) reševanje praktičnih vprašanj, pri čemer si (ii) prizadevamo za njihovo pravilno (pravično) rešitev in smo (iii) podvrženi nekaterim posebnim omejitvam, ki sicer niso prisotne pri splošnem praktičnem razpravljanju.<sup>24</sup> Glede na to se lahko v osnovi pridružimo Allenu, ki v podobnem kontekstu slikovito ugotavlja:

»[P]ravnega argumentiranja ne obvladuje nobena posebna magija, ki bi bila lastna le njemu. Pravniki nimajo monopola nad veččino dialektike in tega tudi ne zatrjujejo. Z argumentiranjem se morajo ukvarjati pogosteje kot drugi ljudje in naravno je, da pri tem razvijajo posebno spretnost, vendar so načela razuma in logike, na katerih so osnovani njihovi argumenti, v skupni lasti človeštva.«<sup>25</sup>

Pravno razlogovanje torej ni *svojevrstna* oblika sklepanja, saj se njegova pravila in vzorci strukturno navezujejo na splošno praktično razlogovanje.<sup>26</sup> Kljub temu pa lahko v zvezi s tem utemeljeno govorimo o *posebnem primeru* običajnega praktičnega diskurza, saj je le-ta omejen z zahtevami, s katerimi nas veže

---

<sup>19</sup> L. Wintgens, nav. delo (2011), tč. 62. Več tudi v T. Štajnpihler Božič, nav. delo (2016), str. 81–85.

<sup>20</sup> A. Núñez Vaquero, nav. delo, str. 36.

<sup>21</sup> Prav tam.

<sup>22</sup> R. Alexy, nav. delo (1991), zlasti str. 263–272. Tudi R. Alexy, nav. delo (1999), str. 374 in nasl. V domači pravni teoriji Alexyjevo tezo obravnava M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 305–312.

<sup>23</sup> O splošnem racionalnem praktičnem razpravljanju R. Alexy, nav. delo (1991), str. 219 in nasl.

<sup>24</sup> Prav tam, str. 263. Glej tudi G. Pavlakos, nav. delo, str. 127–133.

<sup>25</sup> C. K. Allen, nav. delo, str. 271. Prevedel T. Š. B.

<sup>26</sup> R. Alexy, nav. delo (1991), str. 352–354.

pravni sistem.<sup>27</sup> Pravno razlogovanje torej vedno poteka ob nanašanju na normativne standarde (tj. pravni sistem), kar postavlja določene omejitve, ki jih splošna racionalna razprava ne pozna (v tej obliki). Posledično se pri pravnem razlogovanju ne ukvarjamo z »absolutno racionalnostjo predmetne normativne izjave«, kot pravi Alexy, »temveč le s tem, da pokažemo, da jo je mogoče racionalno utemeljiti v okviru veljavnega pravnega reda«.<sup>28</sup>

Pravno odločanje z vsemi prvinami,<sup>29</sup> med katerimi je tudi argumentiranje, ne more biti *samodejna*, *mehanska dejavnost*, saj pravila sama zase ne morejo rešiti različnih vrst problemov, do katerih prihaja pri nastajanju in uporabljanju prava; prav tako pa v odločanju težko vidimo izključno *izraz volje* odločevalca, ki nastopa bodisi z intuicijo in modrostjo kralja Salomona bodisi z avtoriteto organa oblasti, za katerim stoji aparat državne prisile.<sup>30</sup> To je tudi izhodišče t. i. argumentacijskega vzora pravne dogmatike,<sup>31</sup> ki se opira na *teorijo argumentacije* in jo poskuša uporabiti v pravu.<sup>32</sup>

### 3. ARGUMENT TRADICIJE

Argumentacijo lahko torej opredelimo kot medosebno (in v tem smislu *družbeno*), jezikovno in razumsko dejavnost, katere cilj je razumno osebo prepričati o sprejemljivosti določenega stališča, in sicer s tem, da ponudimo konstelacijo izjav oziroma trditev, ki skupaj podpirajo oziroma utemeljujejo zavzeto stališče (in na katere je ta oseba v nadaljnji izmenjavi vezana).<sup>33</sup>

Teorija argumentacije je v izhodišču zbirni pojem za različne pojavne oblike raziskav, ki jemljejo argumentacijo kot predmet svojega proučevanja, in sicer ne glede na njihove raznolike pristope k proučevanju argumentacije, njihov spoznavni interes, zorni kot zanimanja ali filozofsko ozadje, iz katerega se napaja-

<sup>27</sup> V tem kontekstu sta pomembni že okoliščini, da je npr. sodno odločanje časovno omejeno in da *mora* pripeljati do končne odločitve bodisi za eno bodisi za drugo stran. Sicer se te omejitve nanašajo predvsem na *procesne zahteve*, ki uokvirjajo postopek pred sodiščem.

<sup>28</sup> R. Alexy, nav. delo (1991), str. 351. Prevedel T. Š. B.

<sup>29</sup> Pri pravnem odločanju uporabljamo različne metode, ki se medsebojno prepletajo in dopolnjujejo; strnjeno jih lahko omenimo kot hermenevtično (pred)razumevanje, logično sklepanje, analiziranje oziroma razčlenjevanje ter argumentiranje. Tako J. Stelmach in B. Brožek, nav. delo, str. 12 in nasl.

<sup>30</sup> V tem smislu glej npr. M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 37–38: »[P]ravno odločanje ni več mehanično dejanje ali pa čisti voljni akt, ki je predmet spoznanja šele *ex post facto*, ampak je odgovorno intelektualno opravilo, ki ga je treba prepričljivo utemeljiti v obrazložitvi pravne odločitve in ga kot takega tudi teoretično osmišljati.«

<sup>31</sup> Prim. A. Núñez Vaquero, nav. delo, str. 36–38.

<sup>32</sup> Izhodiščno o teoriji argumentacije v pravu glej npr. E. Feteris, nav. delo. Pri nas o aplikaciji teorije argumentacije v pravu zlasti M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 289 in nasl.

<sup>33</sup> Tako npr. F. H. van Eemeren in R. Grootendorst, nav. delo, str. 1.

jo.<sup>34</sup>

Eno od ključnih pojmovnih orodij v okviru teorije argumentacije, s katerim si pomagamo pri analiziranju in vrednotenju procesa argumentiranja, je tudi *argumentativna shema*. Ta pojem označuje enega od možnih načinov, kako iz določenih premis (podlage) izpeljati sklep.<sup>35</sup> Različne argumentativne sheme ponazarjajo *oblike* pravilnega sklepanja oziroma izpeljevanja; predstavljajo osnovno zgradbo posameznih razlagalnih pravil in argumentov, ki se uporabljajo v vsakdanjem življenju ter v posebnih kontekstih, kot je npr. pravno utemeljevanje.<sup>36</sup> Posamezna argumentativna shema torej prikazuje, kako so posamezni razlogi in stališče, ki ga poskušamo z njimi utemeljiti, medsebojno povezani na enega od ustreznih (pravilnih) načinov.<sup>37</sup> Pri argumentiranju se namreč zanašamo na vnaprej pripravljene vzorce razlogovanja: gre za bolj ali manj družbeno sprejete in ustaljene načine, kako veljavno vzpostaviti oziroma prikazati zvezo med razlogi (argumenti) in stališčem, ki ga zastopamo.<sup>38</sup> Smisel tovrstnih argumentativnih vzorcev pa je, da z njimi »prenesemo« prepričljivost (veljavnost) iz že sprejetih in nespornih premis tudi na stališče, ki ga želimo utemeljiti.<sup>39</sup>

Tako pri splošnem kot pri *pravnem* argumentiranju pa pridejo seveda v poštev tudi vzorci sklepanja in izpeljevanja, ki presegajo (toge) oblike formalne logike.<sup>40</sup> Torej, tudi ko govorimo o pravnem razlogovanju, ni dvoma,

»da ljudje izpeljujejo sklepe [tudi] na načine, ki ne padejo pod vzorec dedukcije. Uporabljajo indukcijo, analogijo, statistiko, prepričevanje, retoriko in tako naprej, kar so vse primeri zmotljivih oblik argumentiranja. Te strategije pa nemudoma pripeljejo do problema, ali so takšne oblike razlogovanja pravilne in v kakšnih okoliščinah. Čeprav je jasno, da zmotljive oblike argumentiranja niso vedno pravilne, ostaja vprašanje, kako opredeliti njihovo pravilnost, če je to sploh mogoče.«<sup>41</sup>

---

<sup>34</sup> F. H. van Eemeren et al., nav. delo (2014), str. 7–39.

<sup>35</sup> Izhodiščno o pojmu argumentativne sheme glej Grassen, v: F. H. van Eemeren (ur.), nav. delo (2001), str. 81–101.

<sup>36</sup> D. Walton in C. A. Reed, nav. delo, str. 1.

<sup>37</sup> F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, A. F. Snoeck Henkemans, nav. delo, str. 95–96.

<sup>38</sup> F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, nav. delo (1992), str. 96.

<sup>39</sup> B. Garssen, v: F. H. van Eemeren (ur.), nav. delo (2001), str. 81.

<sup>40</sup> Tako npr. Kaufmann v obliki (argumentativnih) shem na kratko predstavi deduktivno, induktivno in abduktivno sklepanje ter analogijo, glej A. Kaufmann, nav. delo, str. 51–52; E. Schneider, nav. delo, str. 95 in nasl.

<sup>41</sup> J. Woleński, v: D. M. Gabbay [et al.] (ur.), nav. delo, str. 76. Prevedel T. Š. B.

V tem kontekstu bi lahko govorili tudi o področju *neformalne logike*,<sup>42</sup> v domeni katere so veljavne (tj. racionalne ali razumne) tudi posamezne izpeljave, ki ne vežejo nujno z logično gotovostjo deduktivnega sklepa oziroma (večjo ali manjšo statistično) verjetnostjo induktivnega sklepa. Gre za pomemben *pragmatičen zasuk*, pri katerem stopijo v ospredje tudi »pozabljeni« jezиковni (govorni), družbeni in argumentativni dejavniki pravnega odločanja.<sup>43</sup>

Podobno kot druge argumente, ki jih uporabljamo v vsakdanjem (in pravnem) diskurzu, je tudi *sklicevanje na tradicijo* mogoče prikazati v obliki posebne argumentativne sheme, ki predstavlja enega od uveljavljenih načinov ali vzorcev (pravnega) sklepanja oziroma izpeljevanja. V okviru teorije argumentacije ta specifični način opiranja na preteklost v »formalizirani« obliki običajno srečamo pod oznako *argument tradicije* (lat. *argumentum ad antiquitatem*).<sup>44</sup> To argumentativno shemo bi lahko ponazorili na naslednji način:

---

PREMISA 1:	Obstaja tradicija: ustaljen način ravnanja ali razumevanja določene- ga vprašanja, ki se je razvil v preteklosti in se je ohranil do danes, kar mu daje določeno kakovost oziroma (pozitivno) vrednost.
PREMISA 2:	Stališče <i>X</i> izhaja iz te tradicije oziroma je del te tradicije.
SKLEP:	Stališče <i>X</i> je (zato) utemeljeno.

---

Pri sklicevanju na tradicijo v vsakdanjem diskurzu so prvine te argumentativne sheme redko izrecno izražene, ampak so v pretežnem delu prisotne zgolj implicitno. Posamezne fragmente te sheme lahko pogosto vendarle prepoznamo v nekaterih frazah ali retoričnih figurah, ki so uveljavljene v vsakdanjem jeziku. Tako slišimo npr., da je nekaj utemeljeno, ker je tako »od nekdanj«, ker je »tradicionalno«, ker je »v skladu z ustaljenim redom«, ker je del naše »kulture« ali »(kulturne) dediščine« ali ker se je »izkazalo v preteklosti« oziroma je »prestalo preizkus časa« in podobno. Te fraze nakazujejo različne pomenske odtenke tega argumenta, v jedru katerega je pojem tradicije, kot je bil uvodoma opredeljen za namen tega prispevka – *normativna prisotnost preteklosti*, ki je bila tako ali drugače *prenesena* v sedanost in nam *izročena* (v varstvo).<sup>45</sup> Čeprav je torej pri sklicevanju na tradicijo bistvena prav *časovna* prvina (tj. preteklost), tega argumenta ne moremo (v celoti) zajeti zgolj s to prvino, kot bi morda lahko sklepali npr. na podlagi njegovega latinskega poimenovanja *argumentum ad antiquitatem*. Sklicevanje na tradicijo pomeni namreč (tudi) opiranje na *avtoriteto*. Prav

<sup>42</sup> L. Groarke, nav. delo.

<sup>43</sup> R. Christensen in H. Kudlich, nav. delo, str. 127 in nasl.

<sup>44</sup> K. W. Saunders, nav. delo, str. 365.

<sup>45</sup> Glej zgoraj, 1. poglavje, *Uvod*.

tako pa (lahko) apel k spoštovanju tradicije v kontekstu argumentiranja nakazuje na vrednost tega, kar je *splošno* ali *večinsko sprejeto*, ne glede na to, ali temelji na izročilu preteklosti. V tem primeru bi bilo bolj ustrezno govoriti o shemi, ki jo srečamo pod oznako *argumentum ad populum*.<sup>46</sup>

Ilustrativen primer (pravnega) razlogovanja s sklicevanjem na tradicijo, kjer je mogoče prepoznati vse omenjene prvine te argumentativne sheme, so naslednji odlomki iz razprave ob sprejemanju novele Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih:

»Iz slovenske zgodovine in običajev izhajajo, da je po običajih države v tem kulturnem prostoru zakonska zveza skupnost moža in žene. [...] Namen te spremembe, ki zanika večstoletno tradicijo zakonske zveze v slovenskem kulturnem prostoru, je omogočiti istospolnim parom, da živijo v isti skupnosti kot mož in žena [...] ter posvojitev otrok v istospolne skupnosti [...]. S tega vidika je bilo kršeno načelo pravne države [...] in sicer bi bilo pravice istospolnih skupnosti mogoče urediti na drugačen način, in ne [...] s predpisovanjem lastnosti zakonski zvezi, ki jih v slovenskem kulturnem prostoru ni nikoli imela.«<sup>47</sup>

Navedeni primer je tudi dobra ponazoritev naslednje ugotovitve, ki je ključnega pomena za nadaljnjo razpravo: ne glede na (pretežno) pozitivno konotacijo pojma tradicija ali izročilo (v pravu) je ta argument v okviru teorije argumentacije pogosto obravnavan kot primer *zmote* oziroma *napake* (angl. *fallacy*) v argumentiranju.<sup>48</sup> Čeprav v literaturi ni soglasja o tem, ali res lahko upravičeno govorimo o zmotnem oziroma napačnem načinu razlogovanja,<sup>49</sup> lahko v marsikaterem primeru sklicevanja na tradicijo v praksi brez težav zaznamo kršitve nekaterih temeljnih kriterijev argumentiranja, ki se med sabo tudi delno prekrivajo (ali dopolnjujejo). V tem kontekstu je mogoče sklicevanje na tradicijo umestiti zlasti v skupino vprašljivih načinov razlogovanja, ki jih označujemo kot t. i. *zmote relevance*: izpeljevanje temelji na premisah, ki za ovrednotenje sklepa niso relevantne (niso nujno povezane z veljavnostjo sklepa, ki naj bi ga podpirale).<sup>50</sup> Na podobnem izhodišču temelji očitek, da sklicevanje na tradicijo v precejšnji meri deluje podobno kot opiranje na (nerelevantno) *avtoriteto*, saj s sklicevanjem na tradicijo suspendiramo lastni (razumski) premislek o predmetnem vprašanju in ga nadomestimo z rešitva-

<sup>46</sup> Glej npr. D. Walton, C. A. Reed in F. Macagno, nav. delo, str. 123 in nasl.

<sup>47</sup> Obrazložitev predloga odločilnega veta v Državnem svetu RS na Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-D) z dne 9. 5. 2015.

<sup>48</sup> Glej npr. J. Rudinow in V. E. Barry, nav. delo, str. 336; T. E. Damer, nav. delo, str. 108–110; P. Tittle, nav. delo, str. 127–130. Pri nas B. Vežjak in J. Bergant, nav. delo, 112–116.

<sup>49</sup> W. Ulrich, nav. delo, str. 346–347.

<sup>50</sup> T. E. Damer, nav. delo, str. 108.

mi, do katerih so prišli drugi (že davno pred nami). Podobno je mogoče argument tradicije razumeti tudi kot sklepanje, pri katerem premise (in sklep) temeljijo na *neustrezni (neutemeljeni) predpostavki*. Tako npr. pri sklicevanju na tradicijo domnevamo, da so razlogi, na podlagi katerih se je izoblikovala rešitev, ki se prenaša s tradicijo, še vedno na mestu, pa to v resnici ne drži (več).<sup>51</sup> V tem smislu je argument tradicije npr. soroden t. i. *normativni zmoti* (včasih imenovani tudi Humova giljotina), v jedru katere je sklepanje, pri katerem iz tega, »kar je«, samodejno miselno preskočimo na to, »kar naj bo«. <sup>52</sup> Mestoma lahko naletimo tudi na misel, da je argument tradicije pravzaprav oblika (logične) zmote *non sequitur*.<sup>53</sup> Navsezadnje pa je sklicevanje na tradicijo lahko zmoten način razlogovanja tudi zato, ker (vsaj posredno) pomeni apel na *čustva*.<sup>54</sup> Kot pravi npr. Damer, so lahko prav »prijetni ali topli občutki«, ki jih imamo v zvezi z neko tradicijo, eden od razlogov, da jo spoštujemo.<sup>55</sup> Kot je bilo nakazano že zgoraj, nas k temu napeljuje tudi to, da o tradiciji včasih govorimo npr. kot o *kulturni dediščini*.<sup>56</sup>

Kljub tem skeptičnim mislim o vlogi tradicije kot argumenta v splošnem racionalnem diskurzu pa so lahko stvari v pravnem kontekstu zaradi zgoraj nakazanih posebnosti argumentiranja na tem področju<sup>57</sup> nekoliko drugačne. Navsezadnje je že Weber v okviru svoje razprave o temeljnih legitimnosti oblasti pomembno mesto namenil tudi tradiciji.<sup>58</sup>

## 4. TRADICIJA V PRAVNEM RAZLOGOVANJU

### 4.1. Podoba argumenta tradicije v pravnem kontekstu

»Pravo je globoko tradicionalna družbena praksa,« ugotavlja npr. Krygier in sklene, da tako tudi »mora biti«. <sup>59</sup> Ker, kot je bilo omenjeno že v uvodu, v tem prispevku ne morem celovito razčleniti vseh razsežnosti, v katerih se tradicija odraža v pravu nasploh, bom tukaj zaključil z ugotovitvijo, da ta Krygierjev sklep gotovo drži za domeno pravnega *razlogovanja* oziroma *argumentiranja*. Skrat-

<sup>51</sup> Prim. npr. P. Tittle, nav. delo, str. 127.

<sup>52</sup> T. E. Damer, nav. delo, str. 145.

<sup>53</sup> J. Risen in T. Gilovich, nav. delo, str. 116.

<sup>54</sup> Tako npr. J. Gough, nav. delo. O možnosti čustvenih prvin pri opiranju na tradicijo npr. tudi pri P. Tittle, nav. delo, str. 128. Več o sklicevanju na čustva (angl. *appeals to emotion*) kot obliki zmote oziroma napake pri argumentiranju glej npr. D. Walton, C. A. Reed in F. Macagno, nav. delo, str. 104 in nasl.

<sup>55</sup> T. E. Damer, nav. delo, str. 108.

<sup>56</sup> Prim. W. D. Harpine, nav. delo, 212.

<sup>57</sup> Glej zgoraj, 2. poglavje, *Pravno razlogovanje ali argumentiranje*.

<sup>58</sup> M. Weber, nav. delo, str. 130 in nasl.

<sup>59</sup> M. Krygier, nav. delo, str. 239.



ka, ne le vsebina prava ali posameznih pravnih institutov, temveč tudi »pravila igre«,<sup>60</sup> po katerih s pravom v praksi »upravljamo«, v pretežnem delu temeljijo na izročilu (pravne znanosti).<sup>61</sup>

Glede na to (lahko) ima torej tudi sklicevanje na tradicijo kot argument v *pravnem* razlogovanju, pri katerem se opiramo na določeno obliko avtoritete, nekoliko drugačno vlogo kot v splošnem diskurzu.<sup>62</sup> Čeprav pojem »avtoriteta« na področju argumentacije na splošno velja za anatemo,<sup>63</sup> pa igra pri *pravnem* utemeljevanju eno od osrednjih vlog. Kot je bilo že opozorjeno, je pravno utemeljevanje poseben tip splošnega pravnega razpravljanja, ki je podvrženo določenim omejitvam.<sup>64</sup> Te omejitve pa same po sebi ne pomenijo, da pravno razlogovanje ni racionalno. Eden od bistvenih poudarkov različnih teorij argumentacije je prav ta, da opozorijo na raznolike tipe diskurzov, pri katerih so veljavni oziroma dovoljeni določeni načini razlogovanja. Tako je v nekaterih argumentativnih kontekstih, kot je npr. *pravno* utemeljevanje, tudi sklicevanje na avtoriteto lahko razumljeno kot povsem racionalen način razpravljanja.<sup>65</sup> Perelman je kot primer razlogovanja, pri katerem se sklicevanju na avtoriteto ne moremo izogniti, izpostavil prav reševanje pravnih problemov.<sup>66</sup> Ko je »enako ubranljivih več tez in se nobena od njih ne vsiljuje z dokazi,« je ugotavljal Perelman, je »[o]d te točke naprej [...] torej nepogrešljiva neka avtoriteta, da posamezne odločitve določi kot obvezne.«<sup>67</sup>

V vlogi opore tradicijo občasno srečamo tudi v obrazložitvah slovenskih sodišč. Primeroma navajam kratek odlomek iz odločbe Ustavnega sodišča, kjer je tradicija uporabljena pri primerjalnem argumentu, kar je eden od bolj pogostih kontekstov, v katerih se pojavlja.

»Pritrditi je treba pobudniku, da gre za države z bogato demokratično *tradicijo*. Zato pa se je *toliko bolj mogoče zanesti* na njihovo občutljivost za varstvo osebnih podatkov. V teh državah imajo z

<sup>60</sup> V tem kontekstu gre npr. za ustaljene metode pravnega razlaganja ali v terminologiji Ustavnega sodišča RS: t. i. »ustaljene metode razlage« ali »ustaljeno metodologijo pravnega vrednotenja«, odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-92/15 z dne 14. 9. 2017.

<sup>61</sup> Prim.: »Pri tem ravna v skladu s *pravnim izročilom* in z utrjenimi spoznanji pravne vede.« Drugi odstavek 3. člena Zakona o sodiščih (Uradni list RS, št. 94/07 – UPB, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJ-NepS, 33/11, 75/12 – ZSPDSLS-A, 63/13, 17/15 in 23/17 – ZSSve).

<sup>62</sup> Seveda pa je treba pri tem upoštevati, da je vloga tradicije v pravnem razlogovanju odvisna tudi od tega, ali gre za sodno odločanje, razpravo v zakonodajnem postopku itd.; glej npr. K. Tuori, nav. delo, str. 497–500.

<sup>63</sup> V teorijah argumentacije argument avtoritete pogosto označuje nekaj drugega, pogosto avtoriteto strokovnjaka, prim. D. Walton, nav. delo, str. 209 in nasl.

<sup>64</sup> Glej zgoraj, 2. poglavje, *Pravno razlogovanje ali argumentiranje*.

<sup>65</sup> Tako npr. D. Walton, nav. delo, str. 172 in nasl.

<sup>66</sup> C. Perelman in L. Olbrechts-Tyteca, nav. delo, str. 306.

<sup>67</sup> C. Perelman, nav. delo, str. 11. Prevedel T. Š. B.

uporabo enake enotne matične številke občana že daljšo izkušnjo, a je ne opuščajo in tudi ne problematizirajo.«<sup>68</sup>

Pogosto ima tradicija, na katero se opiramo v pravnem argumentiranju, tudi bolj konkretno vsebinsko povezavo z vprašanji, ki so predmet razpravljanja in odločanja. Tako je npr. Ustavno sodišče RS v eni od nedavnih odločitev sprejelo argumentacijo Državnega zbora RS in Vlade RS glede vprašanja narave oziroma pomena praznikov oziroma dela prostih dni:

»Trenutna ureditev praznikov in dela prostih dni naj bi temeljila na tradiciji in podpori večine državljanov in naj bi bila primerljiva z ureditvijo praznikov v drugih državah članicah Evropske unije. [...] Datumi izbranih dela prostih dni, ki niso prazniki, izražajo *tradicionalno sprejete vrednote, zgodovinsko povezane z življenjem na območju sedanje Republike Slovenije*. Namenjeni so praznovanju posameznikov, kar poudarja tudi Državni zbor. [...] Dela proste dneve je zakonodajalec izbral zato, ker pomenijo obeleževanje pomembnih zgodovinskih dogodkov ali *tradicionalno uveljavljeno* obhajanje nekaterih verskih praznikov. Dela prosti dnevi, ki niso prazniki, so torej izbrani *zaradi njihovega izročila na območju Republike Slovenije*, in ne zaradi njihove verske vsebine.«<sup>69</sup>

Čeprav ima tradicija tudi mesto pri razumevanju prava in se torej v pravnem diskurzu občasno (bolj ali manj izrecno) pojavlja tudi kot oporno mesto za določeno pravno odločitev, pa njene vloge ne smemo fetišizirati. Do problematičnega vidika sklicevanja na tradicijo pridemo, če pri opiranju na izročilo privzamemo tudi nekakšno *tradicionalistično držo* pri razlaganju prava oziroma na splošno v pravnem argumentiranju. V nadaljevanju bom na kratko izpostavil ključne prvine takšnega pristopa, ki zanašanje na tradicijo sprejme kot svoje osrednje vodilo v pravnem razlogovanju, in pokazal, zakaj je tak pristop neustrezen.

## 4.2. Pravni tradicionalizem

Na temelju ugotovitve, da igrajo sklepi preteklosti v pravu osrednjo vlogo, so nekateri oblikovali tudi specifično držo v okviru pravnega razlogovanja, ki daje pomembno mesto tradiciji oziroma izročilu kot utelešenju preteklosti. Čeprav ne gre za homogeno skupino, imajo njihova razmišljanja nekaj skupnih presečišč, na katera se bom tukaj navezal in jih obravnaval pod oznako *pravni tradicio-*

<sup>68</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-69/99 z dne 23. 5. 2002, tč. 22.

<sup>69</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-67/14 z dne 19. 1. 2017.

nalizem.<sup>70</sup> Ključne prvine tega pristopa, ki jih bom v nadaljevanju nekoliko podrobneje razčlenil in *kritično* ovrednotil, odlično ponazarja ta primer iz (ustavno) sodne prakse Vrhovnega sodišča ZDA:

»Kadar neko prakso, ki v besedilu Listine pravic ni izrecno prepo-vedana, podpira dolga tradicija odkrite, močno razširjene rabe, ki sega vse do začetkov republike in ni bila nikoli izpodbijana, torej nimamo ustrezne podlage, da jo razveljavimo. Takšne častitljive in sprejete tradicije ne smemo položiti na preiskovalno mizo in preizkušati njene skladnosti z določenim abstraktnim načelom, ki izhaja iz sodne prakse tega sodišča [...]. Nasprotno, takšne tradicije so tvarina, iz katere mora sodišče črpati, ko oblikuje načela, [v skladu s katerimi odloča].«<sup>71</sup>

Prvo opozorilo se nanaša na nejasno pojmovno opredelitev tradicije in pravzaprav ni upoštevno le v kontekstu pravnega tradicionalizma, temveč je pogosto na mestu pri sklicevanju na tradicijo na splošno. Že pri izhodiščni opredelitvi tradicije v uvodu prispevka sem nakazal, da ta pojem zajema več kot le splošno opiranje na preteklost. Pri obravnavanju argumentativne sheme, ki jo povezujemo s tradicijo, pa sem opozoril tudi na to, da se pri sklicevanju na tradicijo v *praksi* kompleksnost tega pojma pogosto zamegli, v ospredje pa stopijo le posamezne prvine ali sorodni koncepti. Tako gre pri sklicevanju na tradicijo npr. (le) za iskanje opore v golem dejstvu preteklosti,<sup>72</sup> za povezovanje tradicije z običajem,<sup>73</sup> za poskus enačenja tradicije z ustaljeno prakso ali pojmom precedensa<sup>74</sup> ali za iskanje izročila v splošno sprejetem naziranju (javnosti), kjer je »zgodovinski pedigre«, kot element izročila, zgolj predpostavljen s (trenutno) široko podporo stališča, ki ga želimo utemeljiti.

Bolj problematične kot pomenska nejasnost samega *pojma* tradicija pa so pogosto nejasnosti glede *vsebine* specifične tradicije, na katero se sklicujemo v

---

<sup>70</sup> Prim. D. Luban, nav. delo (1994) str. 93 in nasl.

<sup>71</sup> Odklonilno ločeno mnenje A. Scalie v zadevi *Rutan v. Republican Party*, 497 U.S. 62 (1990). Prevedel T.Š.B.

<sup>72</sup> Prim. odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-416/98 z dne 22. 3. 2001, kjer poskuša sodišče – ob opiranju na teorijo – opredeliti pojem »narodna manjšina«, pri čemer ugotavlja, da gre za skupnost, »ki je 'od nekdanj' naseljena na nekem območju in je bila od svojega večinskega naroda ločena zaradi sprememb(e) državne meje«.

<sup>73</sup> Prim. odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-111/04 z dne 8. 7. 2004, tč. 34: »Cilj referenduma je torej preprečiti, da bi pripadniki Islamske verske skupnosti individualno ali skupinsko izpovedovali vero v objektu, ki je običajen in splošno sprejet (*tradicionalen*) za njihovo izpovedovanje vere in opravljanje verskih obredov.«

<sup>74</sup> Glej npr. A. Kronman, nav. delo, str. 1044–1047.

konkretnem primeru. Kaj bomo razumeli npr. kot »skupne ustavne tradicije držav članic«, ki jih omenja Listina EU o temeljnih pravicah in v skladu s katerimi je namreč treba *razlagati* temeljne pravice, ki so priznane v Listini?<sup>75</sup> Na problem sklicevanja na tradicijo, kjer ostane nejasno, kaj je vsebina izročila, na katerega se sklicujemo, mestoma naletimo tudi v naši sodni praksi. Tako je npr. Upravno sodišče RS razveljavilo odločitev upravnega organa, v kateri je ta tožniku zavrnil izdajo kulturnovarstvenega soglasja z opiranjem na eno od varovanih vrednot kulturne krajine, tj. (ustrezen) način povezave s »stavbno in naselbinsko dediščino«. <sup>76</sup> Upravno sodišče je namreč ugotovilo, da »upravni organ prve stopnje sicer navaja, da so sive strehe hiš odraz *tradicionalnega* stavbarstva, vendar pri tem ne pojasni niti, *kakšna je stavbna in naselbinska dediščina*, niti ali je *barva kritine sploh element varovanja te dediščine*«. <sup>77</sup>

Ko govorimo o ustrezni rabi pojma tradicija, je vredno omeniti tudi pojav, ki so ga nekateri sociologi poimenovali *izumljene tradicije*.<sup>78</sup> S tem pojmom označujejo različne družbene prakse, s katerimi poskušamo uveljaviti določene norme ali vrednote, in sicer tako, da – zlasti s formalizacijo in ritualizacijo – posredno ali neposredno vzpostavimo vez oziroma kontinuiteto z neko »ustrezno« preteklostjo (in pripadajočim vrednotnim okvirom), pri čemer je ta vez v pretežni meri načrtno, umetno ustvarjena.<sup>79</sup> Pogosto so primeri takšnih praks povezani z državnostjo – pomislimo npr. na simbolni pomen, ki smo ga za oblikovanje in legitimiranje naše državnosti pripisali knežjemu kamnu.<sup>80</sup> Pri tem problem torej ni toliko v nedorečenosti vsebine določene tradicije, na katero se sklicujemo, temveč se nanaša na njeno »družbeno kontingentnost«, <sup>81</sup> na vprašanje, v kolikšni meri vsebina izročila, na katerega se opiramo, zares temelji na »modrosti stoletij«, ki naj bi ga legitimirala.

V kontekstu nedomišljenega razumevanja tradicije pa lahko omenimo še en problematičen vidik. V optiki pravnega tradicionalizma se pogosto predpostavlja, da je izročilo *enotna, notranje skladna* celota, iz katere neizogibno izhaja določen sklep. V pravnem razlogovanju pa smo v resnici pogosto soočeni z različnimi, konkurirajočimi si (pravnimi) tradicijami.<sup>82</sup> To npr. Dworkin ponazori na vprašanje ustavne (ne)dopustnosti umetne prekinitve nosečnosti v ZDA, kjer v središče

<sup>75</sup> Glej 52. člen Listine EU o temeljnih pravicah, Ur. l. Evropske unije C 83/389 z dne 30. 3. 2010.

<sup>76</sup> Sodba Upravnega sodišča RS št. I U 1987/2011 z dne 29. 3. 2012. Poudarke dodal T. Š. B.

<sup>77</sup> Prav tam.

<sup>78</sup> E. Hobsbawm in T. Ranger, nav. delo.

<sup>79</sup> Prav tam, str. 1–4. V tem delu so podrobno opisani in razčlenjeni številni primeri takšnih tradicij.

<sup>80</sup> Tako lahko npr. pri opisu velike dvorane Državnega zbora na uradni spletni strani preberemo tudi, da se »[k]amniti centralni krog [...] povezuje s simboliko knežjega kamna, ki se plete skozi vso slovensko zgodovino«. Glej Državni zbor RS, nav. delo.

<sup>81</sup> D. Mandelc, nav. delo, str. 72.

<sup>82</sup> Prim. W. Huhn, nav. delo, str. 132–133.

razlogovanja postavi konflikt dveh »ustavnih tradicij«, ki sta zanj obe del ameriške »politične dediščine«: prva se nanaša na pomen zagotavljanja posameznikove osebne svobode, druga pa na dolžnost države, da varuje javno moralo.<sup>83</sup>

Sicer je v središču omenjene tradicionalistične drže ugotovitev, da je preteklost oziroma tradicija razumljena kot *samostojna* vrednota.<sup>84</sup> Pri tem ne gre le za Blackstonovo krilatico o »modrosti stoletij«, ki lahko dobi tudi povsem utilitaristično interpretacijo: smiselno se je ozirati v preteklost in opirati na tradicijo, ker gre za zakladnico dragocenih spoznanj, ki nam bodo olajšale življenje. Jedro pravnega tradicionalizma je v naziranju, da preteklost sama zase poseduje določeno (moralno in pa tudi pravno) težo oziroma avtoriteto, in sicer neodvisno od drugih družbenih in pravnih vrednot ter morebitnih pragmatičnih pomislekov.<sup>85</sup> Če parafraziram Dworkinovo trditev, da je bistvo prava v »interpretativnem odnosu«,<sup>86</sup> lahko v povezavi s pravnim tradicionalizmom v ospredje postavimo »odnos pietete« do preteklosti. Pri tem ne gre toliko za izkazovanje spoštovanja prednikom, temveč je v ospredju polno priznavanje pomena oziroma vloge, ki jo imata skupnost in kultura za funkcioniranje posameznika. Prav kolektivni spomin, ki odseva v (pravni) kulturi in tradiciji neke skupnosti, nam omogoča družbeni in pravni razvoj ter napredovanje namesto vrtenja v začaranem krogu. Skupna preteklost oziroma tradicija nas veže nase – ter drugega z drugim<sup>87</sup> – in sicer z dolžnostjo, da se moramo obračati k njenim sklepom. V tem kontekstu bomo pri teh avtorjih našli tudi metaforično svarilo Edmunda Burka, v skladu s katerim bi bilo življenje človeka brez zgodovinskega spomina, ki se prenaša z izročilom, bolj podobno življenju muhe enodnevnice.<sup>88</sup>

V tradicionalistični izpeljavi pravne misli se nadalje zrcali tudi ugotovitev, da tradicija kot vir argumentov v pravnem razlogovanju *ne potrebuje (nadaljnje) utemeljitve*; še več, kot je razvidno iz uvodoma navedenega (paradigmatičnega) primera Vrhovnega sodišča ZDA, izročilo vzamemo kot – skoraj aksiomatski – vir, ki ga ni dovoljeno preizpraševati, preverjati ali izzvati. Če ima preteklost res inherentno vrednost in je spoštovanje tradicije samo sebi zadostno (kot npr. človekovo dostojanstvo), potem je razumljivo, da se s sklicem na tradicijo veriga utemeljevanja zaključi. S tem pa je tesno povezano vprašanje »uklonljivosti« normativnega sporočila, ki ga izpeljemo neposredno iz tradicije, v korist morebitnim drugim načelom ali okoliščinam. Če vidimo izročilo onkraj dvoma ali kritike, potem ni naključje, da začnemo iskati tudi vzporednice med domeno

---

<sup>83</sup> R. Dworkin, nav. delo (1993), str. 150.

<sup>84</sup> Glej npr. D. Luban, nav. delo (1991), str. 1050 in nasl.

<sup>85</sup> A. Kronman, nav. delo, str. 1046.

<sup>86</sup> R. Dworkin, nav. delo (1986).

<sup>87</sup> G. Postema, nav. delo.

<sup>88</sup> Glej npr. A. Kronman, nav. delo, str. 1048.

pravnega razlogovanja – zlasti ko gre za razlaganje ustave – ter domeno religije in razlaganjem svetih besedil.<sup>89</sup> V zvezi s tem nekateri avtorji prepoznavajo celo odsev t. i. politične ali državljanske religije (angl. *civil religion*).<sup>90</sup>

Takšno razumevanje vloge tradicije v pravnem argumentiranju je problematično tudi zato, ker predpostavlja *nespremenljivost* tradicije. V optiki pravnega tradicionalizma je izročilo pogosto dojeto kot *statičen* element v pravu (in posledično pravnem razlogovanju), tj. kot prvina, ki se v času *ne spreminja* in ima zato jasno pomensko jedro. V tem kontekstu jo pogosto srečamo v dihotomiji *tradicionalno* in *moderno*, kjer predstavlja tisti pol, ki pomeni trajnost, nepretrganost in stanovitnost – vzpostavlja se torej kot nasprotje (družbenih) sprememb. To pa je napačna predstava o tem, kaj je tradicija in kako se kot družbena praksa *vzdržuje*. Izročilo se pravzaprav mora spreminjati, dopolnjevati in prilagajati, saj se le tako lahko *prenaša* in ohranja svojo relevantnost oziroma težo – *avtoritativno* prisotnost preteklosti v sedanjosti. »Tradicije so nepogrešljive,« ugotavlja Shils in dodaja, »a zelo redko tudi povsem zadostne.«<sup>91</sup> Zato, da ohranimo veljavo izročila kot relevantnega vodila tudi danes in v prihodnje – navkljub včasih povsem drugačnemu družbenemu kontekstu od tistega, v katerem se je izoblikovalo – ga je treba mestoma prilagoditi. Obstoje dolge in »bogate demokratične tradicije«, na katero se mestoma sklicujemo tudi pri nas,<sup>92</sup> ne bi bil mogoč, če v okviru tega izročila ne bi dopustili npr. sprememb glede vprašanja, kdo naj bo upravičen sodelovati v demokratičnih procesih – od odprave premoženjskega cenzusa do volilne pravice žensk itd. Nujnost spreminjanja izročila je povezana še z eno okoliščino. *Prenašanje* oziroma *posredovanje* (iz enega obdobja v drugo), ki je bistvena pojmovna prvina tradicije, ni samodejno, temveč pomeni njeno razumevanje in razlaganje, kar je »vedno proces stapljanja [...] domnevno za sebe obstajajočih horizontov.«<sup>93</sup> Kot pravi Gadamer, se »[p]ri delovanju tradicije [...] vedno dogaja takšno stapljanje, [...] kajti staro in novo se s tem vedno znova zraščata v živo veljavnost, ne da bi se eno ali drugo izrecno sploh razločevalo drugo od drugega.«<sup>94</sup> Torej, tudi v domeni prava je sklicevanje na tradicijo neločljivo povezano z *razlaganjem*, ki pomeni (*po*)*ustvarjanje*<sup>95</sup> vsebine sporočila, ki nam je bilo posredovano s tradicijo, in s tem nujnost njenega spreminjanja.

Togo razumevanje zvestobe preteklosti, kot ga predpostavlja tradicionalistična logika, v kateri ni prostora za spremembe, je torej problematično tudi zato,

<sup>89</sup> Glej npr. M. J. Perry, nav. delo, str. 561 in nasl.

<sup>90</sup> Izhodiščno o takšnih pogledih glej npr. R. L. Brown, nav. delo, str. 205–209.

<sup>91</sup> E. Shils, nav. delo, str. 2013.

<sup>92</sup> Glej že omenjeno odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-69/99 z dne 23. 5. 2002, tč. 22.

<sup>93</sup> H. Gadamer, nav. delo, str. 254.

<sup>94</sup> Prav tam.

<sup>95</sup> Prim. M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 424–437.



ker kaže *zavajajočo podobo narave pravnega razlaganja*. Če sprejmemo izhodišče, da pri razlaganju opiranje na tradicijo, ki je vsebinsko bolj ali manj fiksna in nespremenljiva ter se šteje za privilegiran vir razlogov, s katerimi je mogoče utemeljiti naše razlagalne izbire, ni le dopustno, temveč se nanjo tudi moramo sklicevati, nas to (lahko) pripelje do sklepa, da je vloga razlagalca v pravu precej bolj *pasivna* oziroma *netvorna*, kot je to danes povečini sprejeto. Pri tem ne gre za to, da je izročilo vselej tako pomensko jasno, da sploh ne potrebuje razlage, kar glede na zgoraj nakazana odprta vprašanja pri vsebini tradicij ni presenetljivo. Netvorna vloga v tem kontekstu se nanaša na samo naravo razlaganja, kjer je vloga razlagalca (le) *iskanje* oziroma *odkrivanje* že obstoječe rešitve za konkreten pravni problem, ki je tako rekoč že od nekdaj del izročila, iz katerega jo je treba le še izpeljati. V okviru nekaterih pristopov k pravnemu razlaganju, kot so npr. različne izpeljave pravnega originalizma, bi tako v tradiciji iskali t. i. *izvirni namen*, ki so ga imeli pred očmi snovalci ustave in je odločilnega pomena za njeno razumevanje.<sup>96</sup> A danes v pravni teoriji težko prepričljivo oporekamo stališču, da je »pravna odločitev vedno (tudi) *produktivno dejanje* – dejanje, ki ne temelji na vnaprej izoblikovanem pravu, temveč dejanje, ki pravo vselej tudi soustvarja, opirajoč se na formalne pravne vire, ki mu to možnost nudijo, in izhajajoč iz življenjskega primera, ki ima pravno relevantne sestavine«. <sup>97</sup> Ključnega pomena je torej, da pravno razlaganje razumemo tudi kot (delno) ustvarjalno dejavnost, pri kateri ne gre le za prepoznavanje in »oznanjanje« imperativov, ki samodejno izhajajo iz različnih virov, tudi tradicije.

Nazadnje bi rad nakazal še najbolj globoko in morda vsebinsko problematično implikacijo opiranja na izročilo, kot ga je mogoče izpeljati iz postavk pravnega tradicionalizma. Če tradiciji pripišemo inherentno vrednost, jo načeloma postavimo onkraj dvoma in jo dojemamo kot vsebinsko bolj ali manj nespremenljivo, je to pravzaprav *odraz* dejstva, da tradicijo oziroma izročilo dojemamo kot dragoceno družbeno vrednoto. In zares ima pojem tradicije oziroma izročila tudi v vsakdanjem diskurzu praviloma izrazito *pozitivno* konotacijo, saj ga povezujemo npr. s predvidljivostjo in stabilnostjo naših pričakovanj v času, z modrostjo in izkušnjami preteklosti, na katere se lahko zanesemo, kar vse omejuje *kontingentnost* družbenega reda.<sup>98</sup> Ob tem pa ne smemo spregledati, da se v izročilu pogosto odražajo tudi nepravilne družbene prakse, ki utrjujejo (zgodovinsko vzpostavljene) strukturne *družbene neenakosti*. Tradicija je (lahko) torej tudi dejavnik družbenega *zatiranja*.<sup>99</sup> Na ta vidik opozarjajo različne smeri kritične teorije prava. Tako

<sup>96</sup> Pregledno o t. i. pravnem originalizmu glej npr. L. B. Solum, nav. delo.

<sup>97</sup> M. Pavčnik, nav. delo (2013), str. 37. Glej tudi npr. V. Villa, nav. delo, str. 74 in nasl. Prim. tudi J. Raz, nav. delo (2009), zlasti str. 262–264.

<sup>98</sup> O vlogi družbene »kontingentnosti« in vlogi prava glej npr. N. Luhmann, nav. delo.

<sup>99</sup> Glej npr. A. Cudd, nav. delo, str. 167 in nasl., ki pri analiziranju pojma (družbeno) zatiranje (angl. *oppression*) izrecno obravnava tudi tradicijo.



npr. v okviru kritične rasne teorije (angl. *critical race theory*) avtorji razčlenjujejo, kaj pravzaprav pomeni, da je tradicija, kot se pojavlja v pravnem diskurzu v ZDA, »slepa« za barvo kože: »[p]rizadevanje sodišča, da bi [pri razlaganju ustave] opredelilo enotne tradicije, je pripeljalo do sistematičnega izključevanja glasov in pogledov ter nasprotnih tradicij kulturnih manjšin in jih prepustilo na milost in nemilost preteklim [družbenim] praksam in navadam večinskih sil«. <sup>100</sup> Podobno bi lahko rekli, da v pravnem diskurzu sklicevanje na tradicijo kot standard na področju partnerskih in družinskih skupnosti nujno pomeni izključevanje nekaterih oblik takšnih skupnosti iz pravnega varstva ali pa pripelje do utrjevanja neutemeljenih stereotipov glede spolnih vlog, kot je razvidno npr. iz naslednjega odlomka iz (ustavno)sodne prakse:

»Kršitev načela enakosti pred zakonom (14. člen Ustave) pritožnik utemeljuje s tem, da je Višje sodišče svojo odločitev oprlo na stališče, da je *že po naravi stvari* v interesu še ne enoletnega otroka, da zanj *skrbi in ga vzgaja mati*. To stališče bi bilo samo po sebi lahko ustavno sporno, vendar je Višje sodišče svojo odločitev utemeljilo še z drugimi, za obravnavano zadevo odločilnimi argumenti.« <sup>101</sup>

Feministična kritika prava preizprašuje tudi samo *pravno* izročilo. Osnovna misel feminističnega pravoznanstva gre namreč precej dlje od kritike posameznih (vsebinskih) rešitev v nekaterih zakonih – usmerjena je bolj splošno, v samo »strukturo ali metodo sodobnega prava«, ki odraža prevladujočo spolno *hierarhično* družbeno realnost. <sup>102</sup> V tem okviru lahko gre za specifična vprašanja, npr. o tem, kako (lahko) togo zanašanje na tradicionalne kategorije kaznovalnega prava hromi ustrezno razumevanje in odziv prava na specifične oblike nasilja, kot sta družinsko nasilje in nasilje nad ženskami. <sup>103</sup> Feministična kritika pa naslavlja tudi bolj splošne prvine pravne misli, kot je npr. dihotomija med *javnim* in *zasebnim*, <sup>104</sup> ki je zakoreninjena globoko v pravnem izročilu in je v jedru razumevanja prava, a je obenem tudi dejavnik, ki vzdržuje neenako razmerje moči med spoloma na številnih področjih (družinsko življenje in partnerstvo, trg dela, spolno in reproduktivno zdravje itd.), saj pomembno vpliva na vprašanje, kje in v kakšnem obsegu je intervencija prava (ne)legitimna.

Način opiranja na tradicijo, kot jo je mogoče izpeljati iz postulatov pravnega tradicionalizma, torej ovira bolj *samorefektivno* držo pri pravnem razlogovanju.

<sup>100</sup> R. L. Hayman, nav. delo, str. 72.

<sup>101</sup> Odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi Up-97/04 z dne 12. 3. 2004, tč. 6.

<sup>102</sup> N. Lacey, nav. delo, str. 2.

<sup>103</sup> H. Barnett, nav. delo, str. 251 in nasl.

<sup>104</sup> Glej npr. H. Barnett, nav. delo, str. 64 in nasl., ter posebej S. Boyd, nav. delo; T. E. Higgins, nav. delo.

Kot sem poskušal nakazati, bi bila ta mestoma potrebna, da bi v pravo videli tudi tisto, česar – morda zlasti pravniki in pravnice – ne (z)moremo ali nočemo videti, tj. da je (lahko) tudi sredstvo ohranjanja družbene moči in zapostavljanja, polje obstoječe družbene hierarhije, in ne izključno stvar objektivne in nevtralne sodbe. Če je pravo »*proizvod skupine profesionalcev*«, kot pravi Bourdieu,<sup>105</sup> potem moramo v tem kontekstu navsezadnje razmisliti tudi o vlogi tistih, ki s(m)o bili izrecno pooblaščen za ustvarjanje koherentnega korpusa pravnih norm in za zagotavljanje njegovega uporabljanja. Ali kot je to povezavo slikovito nakazal Bodenheimer:

»[č]e gledamo na pravo v tej luči, če vidimo v njem poskus zaustaviti nenehno in kaotično spreminjanje in obdati nekatere človeške odnose in institucije z jamstvom stalnosti in trajanja, potem se zdi običajna, *nazaj obrnjena* in *konservativna drža*, značilna za *pravniške poklice*, ne le logična, temveč tudi skoraj neizogibna. Sodniki in odvetniki v prvi vrsti *niso pionirji in inženirji prihodnosti*. Njihova naloga je ohranjati določene vrednote preteklosti, ki so se izkazale za vredne ohranitve; in morda največji izziv tega je pametno vplesti te vrednote v *teksturo sedanjosti*.«<sup>106</sup>

## 5. SKLEP

Kot ugotavljajo nekateri avtorji, v pravo priznavamo preteklosti moč oziroma avtoriteto, ki je filozofskemu oziroma splošnemu racionalnemu diskurzu povsem tuja; gre za avtoriteto, ki je pravzaprav »nezdružljiva s svobodnim, nevezanim duhom filozofske refleksije«. <sup>107</sup> Čeprav to drži, kar sem poskušal pokazati tudi v tem prispevku, ko sem govoril o posebnostih in omejitvah pravnega razlogovanja, pa moramo biti pri izpeljevanju sklepov iz te ugotovitve previdni.

Tradicija oziroma izročilo je gotovo lahko legitimna navezna okoliščina v pravnem argumentiranju, tj. ko navajamo razloge za takšno ali drugačno odločitev v domeni prava. Glede na to, da sem se pri opredelitvi prava v tem prispevku oprl (zlasti) na sociološki uvid, se dobro zavedam, da prava in pravnega razlogovanja ne moremo *dekontekstualizirati*: pravo je vedno in nujno vpeto v določen družbeni kontekst, pomemben del katerega so brez dvoma tudi mnogotere tradicije, ki so se ohranile do danes. To pomeni, da se vseh »spon« izročila *ne moremo* enostavno otresti, tudi če bi to zares hoteli. Namen tega prispevka torej ni vdanje utopijam o zmožnosti prava, da pomete s tradicijo in z eno potezo udejanji družbeno spremembo (v obliki pravnega *idealizma*), niti sanjam ali môram o vlo-

---

<sup>105</sup> P. Bourdieu, nav. delo, str. 21.

<sup>106</sup> E. Bodenheimer, nav. delo, str. 234. Prevedel in poudarke dodal T. Š. B.

<sup>107</sup> Tako A. Kronman, nav. delo, str. 1034.

gi prava kot orodja pri gradnji družbe v okviru poljubnega projekta t. i. socialnega inženiringa (kjer bi lahko kdo prepoznal prvine pravnega *voluntarizma*).

A dejstvo, da ima tradicija oziroma izročilo mesto v pravnem diskurzu, še ne pomeni, da smo pri soočanju z izročilom zgolj pasivni opazovalci oziroma prejemniki sporočila, ki nam je bilo predano. Kritična ost prispevka je usmerjena v specifično držo oziroma razumevanje vloge tradicije pri utemeljevanju odločitev v domeni prava, kar sem označil kot pravni tradicionalizem. V tem okviru naj bi bila tradicija samostojna vrednota, »utelešenje nekega višjega reda, ki stoji za avtoriteto prava«, <sup>108</sup> zato naj bi bili pri oblikovanju, spreminjanju in razlaganju prava tesno vezani na njeno sporočilo, ki ni dovzetno za spremembe in ne trpi ugovorov. V tej luči se mi zdi na koncu smiselno ponoviti naslednje Nietzschejevo svarilo:

»Zgodovinski čut, če vlada *nebrzdano* in vleče vse svoje konsekvence, izkoreninja prihodnost, ker uničuje iluzije, obstoječim stvarjem pa jemlje njihovo atmosfero, v kateri edino morejo živeti. Historična pravičnost, celo tedaj, kadar se izvaja dejansko in s čistim prepričanjem, je zaradi tega grozna vrlina, ker vedno živo spodkopava in pokopava: njeno sojenje je vedno uničenje.«<sup>109</sup>

Glede vloge tradicije kot argumenta v pravnem razlogovanju sem se v prispevku torej zavzel za drugačno »ideološko držo«, ki dopušča bolj skeptičen in analitski odnos do tradicije, pri katerem iščemo ravnotežje med njenimi številnimi funkcijami in disfunkcijami, in sicer v vsakem konkretnem primeru, pri čemer jemljemo v ozir tako vsebino določene tradicije kot zgodovinski kontekst, v katerem se je izoblikovala.<sup>110</sup>

## LITERATURA

- James Alexander: A systematic theory of tradition, v: *Journal of the philosophy of history*, 10 (2016), str. 1–28.
- Larry Alexander in Emily Sherwin: *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. izdaja. Suhrkamp: Frankfurt na Majni 1991.
- Robert Alexy: The Special Case Thesis, v: *Ratio Juris*, 12 (1999) 4, str. 374–384.
- Carleton Kemp Allen: *Law in the Making*. Oxford University Press, London 1958.
- Bruce Anderson: »Discovery« in Legal Decision-Making. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London 1996.

<sup>108</sup> F. Pirie, nav. delo, str. 126.

<sup>109</sup> F. W. Nietzsche, nav. delo, str. 115.

<sup>110</sup> Glej P. Sztompka, nav. delo, str. 66–68.

- Bruce Anderson: Context of discovery, context of decision, context of justification in law, dostopno na: [http://ivr-enc.info/index.php?title=Context\\_of\\_Discovery,\\_Context\\_of\\_Decision\\_and\\_Context\\_of\\_Justification\\_in\\_the\\_Law](http://ivr-enc.info/index.php?title=Context_of_Discovery,_Context_of_Decision_and_Context_of_Justification_in_the_Law).
- Manuel Atienza: Ustava in argumentiranje, prevedel A. Kristan, v: *Revus*, 9 (2009), str. 91–128.
- Hilaire A. Barnett: *Introduction to Feminist Jurisprudence*. Cavendish Publishing Limited, London 1998.
- Katharine Bartlett: Tradition, Change, and the Idea of Progress in Feminist Legal Thought, v: *Wisconsin Law Review* (1995), str. 303–343.
- William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England*. 4 Vols (Faksimile prve izdaje 1765–69, University of Chicago Press, Chicago 1979).
- Edgar Bodenheimer: The Inherent Conservatism of the Legal Profession, v: *Indiana Law Journal*, 23 (1948) 3, str. 221–235.
- Pierre Bourdieu: *Outline of a Theory of Practice*. Prevedel R. Nice, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne 1977.
- Susan B. Boyd (ur.): *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, Law, and Public Policy*. University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London 1997.
- Rebecca L. Brown: Tradition and Insight, v: *Yale Law Journal*, 103 (1993), str. 177–222.
- Roger Cotterrell: *Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory*. Ashgate, Aldershot in Burlington 2006.
- Ralph Christensen in Hans Kudlich: *Theorie richterlichen Begründes*. Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Ann E. Cudd: *Analyzing Oppression*. Oxford University Press, Oxford 2006.
- T. Edward Damer: *Attacking Faulty Reasoning: A Practical Guide to Fallacy-Free Arguments*. Šesta izdaja, Wadsworth Cengage Learning, Belmont (California) 2009.
- Državni zbor RS: Velika dvorana in preddverje. Dostopno na: [https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/ODrzavnemZboru/ParlamentarnoPoslopje/VelikaDvoranaInPreddverje!/ut/p/z1/04\\_Sj9CPyks-sy0xPLMnMz0vMAfIjo8zinfyCTD293Q0N\\_P0CXQwcDUyDLL2MjQ3dLY30wwkpiAJKG-AAjgb6BbmhigBRssVa/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/ODrzavnemZboru/ParlamentarnoPoslopje/VelikaDvoranaInPreddverje!/ut/p/z1/04_Sj9CPyks-sy0xPLMnMz0vMAfIjo8zinfyCTD293Q0N_P0CXQwcDUyDLL2MjQ3dLY30wwkpiAJKG-AAjgb6BbmhigBRssVa/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/) (11. 3. 2018).
- Ronald Dworkin: *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Alfred A. Knopf, New York 1993.
- Ronald Dworkin: *Law's Empire*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1986.
- Frans H. van Eemeren (ur.): *Crucial Concepts in Argumentation Theory*. Amsterdam University Press, Amsterdam 2001.
- Frans H. van Eemeren in Rob Grootendorst: *Argumentation, Communication and Fallacies: A Pragma-Dialectical Perspective*. Lawrence Erlbaum and Associates, Hillsdale, New Jersey 1992.
- Frans van Eemeren, Bart Garssen in Bert Meuffels: *University of Fallacies and Judgments of Reasonableness: Empirical Research Concerning the Pragma-Dialectical Discussion Rules*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2009.
- Frans H. van Eemeren, Rob Grootendorst, A. Francisca Snoeck Henkemans: *Argumentation: Analysis, Evaluation, Presentation*. Routledge, New York, London 2002.
- Frans H. van Eemeren, Bart Garssen, Erik C. W. Krabbe, A. Francisca Snoeck Henkemans, Bart Verheij, Jean H. M. Wagemans: *Handbook of Argumentation Theory*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, New York, London 2014.
- Eveline T. Feteris: *Fundamentals of Legal Argumentation; A Survey of Theories on the Legal Justification of Judicial Decisions*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London 1999.
- John Finnis: *Natural law and natural rights*. Druga izdaja, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Dov M. Gabbay, Patrice Canivez, Shahid Rahman, Alexandre Thiercelin (ur.): *Approaches to Legal Rationality*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2010.

- Hans-Georg Gadamer: Resnica in metoda. Prevedel Tomo Virk, LUD Literatura, Ljubljana 2001.
- Leo Groarke: Informal logic, v: Stanford Encyclopedia of Philosophy, dostopno na: <<http://plato.stanford.edu/entries/logic-informal/#Com>> (11. 3. 2018).
- Jim Gough: Does an appeal to tradition rest on mistaken reasoning? V: OSSA Conference Archive, 22 (1999), dostopno na: <http://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA3/papersandcommentaries/22>.
- William D. Harpine: The Appeal to Tradition: Cultural Evolution and Logical Soundness, v: Informal Logic, 15 (1993) 3, str. 209–219.
- Robert L. Hayman: The Color of Tradition: Critical Race Theory and Postmodern Constitutional Traditionalism, v: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 30 (1995), str. 57–108.
- Tracy E. Higgins: Riviving the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing, v: Chicago-Kent Law Review, (2000), str. 847–868.
- Eric Hobsbawm in Terence Ranger (ur.): The Invention of Tradition. Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Wilson Huhn: The Five Types of Legal Argument. Carolina Academic Press, Durham 2008.
- Albin Igličar: Pogledi sociologije prava. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Arthur Kaufmann: Das Verfahren der Rechtsgewinnung: Eine rationale Analyse: Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht. Beck, München 1999.
- Anthony T. Kronman: Precedent and tradition, v: Yale Law Journal, 99 (1990), str. 1029–1068.
- Martin Krygier: Law as tradition, v: Law and Philosophy, 5 (1986), str. 237–2262.
- Nicola Lacey: Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory. Hart Publishing, Oxford 1998.
- David Luban: Legal traditionalism, v: Stanford Law Review, 43 (1991), str. 1035–1060.
- David Luban: Legal Modernism. The University of Michigan Press, Michigan 1994.
- Niklas Luhmann: Rechtssoziologie. 3. izdaja, Westdeutscher Verlag, Opladen 1987.
- Neil MacCormick: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, New York 1978.
- Damjan Mandelc: Tekmujoči koncepti nacionalizma: Dihotomije, banalni nacionalizem, diskurz nacionalizma, izumljene tradicije in zamišljene skupnosti, v: Teorija in praksa, 48 (2011) 1, str. 70–86.
- Friedrich Wilhelm Nietzsche: O koristi in škodi zgodovine za življenje, prevedel V. Kalan, v: Času neprimerna premišljevanja. Slovenska matica, Ljubljana 2007.
- Álvaro Núñez Vaquero: Pet vzorov pravoznanstva, prevedel M. Žgur, v: Revus, 19 (2013), str. 21–51.
- Marijan Pavčnik: Argumentacija v pravu: od življenjskega primera do pravne odločitve. 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava. 5. izdaja. GV Založba, Ljubljana 2015.
- Georgios Pavlakos: The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law, v: Ratio Juris, 11 (1998) 2, str. 126–154.
- Alexander Peczenik: On Law and Reason. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London 1989.
- Cahim Perelman: What the philosopher may learn from the study of law, v: Natural Law Forum, 11 (1966), str. 1–12.
- Cahim Perelman in Lucie Olbrechts-Tyteca: The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation. University of Notre Dame Press, Notre Dame (Indiana) 2008.
- Michael J. Perry: The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional »Interpretation«, v: Southern California Law Review, 58 (1985), str. 551–602.
- Fernanda Pirie: The Anthropology of Law. Oxford University Press, Oxford 2013.

- Gerald J. Postema: *On the Moral Presence of Our Past*, v: *MacGuill Law Journal*, 36 (1991) 4, str. 1153–1180.
- Joseph Raz: *Ethics in the Public Domain: Essays in Morality of Law and Politics*. Clarendon Press, Oxford 1994.
- Joseph Raz: *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press, Oxford, New York 2009.
- Jane Risen in Thomas Gilovich: *Informal Logical Fallacies*, v: Robert J. Sternberg (ur.), Henry L. Roediger III (ur.) in Diane F. Halpern (ur.): *Critical Thinking in Psychology*. Cambridge University Press, Cambridge 2007, str. 110–130.
- Joel Rudinow in Vincent E. Barry: *Invitation to Critical Thinking*. Šesta izdaja, Thomson Wadsworth, Belmont (California) 2008.
- Kevin W. Saunders: *Informal Fallacies in Legal Argumentation*, v: *South Carolina Law Review*, 44 (1993), str. 343–382.
- Egon Schneider: *Logika za pravnike: Temelji nauka o mišljenju in njegovi uporabi v pravu*. Prevedel F. Jerman, Cankarjeva založba, Ljubljana 1995.
- Edward Shils: *Tradition*. University of Chicago Press, Chicago 1981.
- Marko Snoj: *Slovenski etimološki slovar*. Mladinska knjiga, Ljubljana 1997.
- Lawrence B. Solum: *What is Originalism?, The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, v: Grant Huscroft in Bradley W. Miller (ur.): *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Jerzy Stelmach in Bartosz Brożek: *Methods of Legal Reasoning*. Springer, Dordrecht 2006.
- Piotr Sztompka: *The Sociology of Social Change*. Wiley-Blackwell, Oxford, Cambridge 1993.
- Tilen Štajnpihler: *Precedenčni učinek sodnih odločb v pravnem utemeljevanju*. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Tilen Štajnpihler Božič: *Vloga koherentnosti v zakonodajni dejavnosti*, v: Tilen Štajnpihler Božič (ur.), Albin Igličar (ur.), Marijan Pavčnik (ur.): *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. *Razprave* 32, SAZU, Ljubljana 2016, str. 81–95.
- Peg Tittle: *Critical Thinking: An Appeal to Reason*. Routledge, New York, London 2011.
- Stephen Toulmin, Richard Rieke in Allan Janik: *An Introduction to Reasoning*. 2. izdaja, Macmillan Publishing Company, New York, London 1984.
- Kaarlo Tuori: *The Law and its Traditions*, v: *Stockholm Institute for Scandinavian Law, Scandinavian Studies in Law* 2010, str. 490–504.
- Walter Ulrich: *In defence of the fallacy*, V: William L. Benoit (ur.), Dale Hample (ur.) in Pamela J. Benoit: *Readings in Argumentation*. De Gruyter, 1992, str. 337–357.
- Boris Vezjak in Janez Bergant: *Zmote in napake v argumentaciji: vodič po slabi argumentaciji v družbenem vsakdanu*. Subkulturni azil, Maribor 2007.
- Vittorio Villa: *Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju*, prevedel T. Štajnpihler, v: *Revus*, 12 (2010), str. 57–88.
- Douglas Walton: *Informal Logic: A Handbook for Critical Argumentation*. Cambridge University Press, New York 1989.
- Douglas Walton in Christopher A. Reed: *Argumentation Schemes and Defeasible Inferences*. *Workshop on Computational Models of Natural Argument, 15th European Conference on Artificial Intelligence* 2002, str. 1–5.
- Douglas Walton, Christopher A. Reed in Fabrizio Macagno: *Argumentation Schemes*. Cambridge University Press, Cambridge [etc.] 2008.
- Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Mohr, Tübingen 1980.
- Luc Wintgens: *Zakonoslovje*. *Nov nauk za zakonodajno delovanje*. Prevedel Andrej Kristan, v: *Revus*, 15 (2011), str. 13–41.

# UČINKOVITOST SODNEGA VARSTVA ZOPER NOSILCE OBLASTI V (PROSTORU IN) ČASU

*Erik Kerševan*

## 1. UVOD

Razlaga zakonov je končna in temeljna pristojnost sodišč, ki v okviru upravnega sodstva vzpostavlja ravnotežje med zakonodajno in izvršilno vejo oblasti. V tem okviru sodišče v upravnem sporu presodi o pravnih vprašanih priznanja zakonsko določenih pravic ter naložitve zakonsko opredeljenih obveznosti, s tem pa tudi o razmerju med zasebnimi interesi ter zakonsko opredeljenimi javnimi interesi, ki jih s svojim delovanjem želi varovati uprava. S tem pa se pojavlja tudi določena sistemska napetost med nosilci sodne in izvršne veje oblasti glede končne besede o mejah zakonitosti upravnega odločanja, ki mora biti v pravni državi vselej razrešena v korist pristojnosti sodstva.

Problem opredelitve in ustalitve avtoritativne sodne razlage zakonov je morda najbolj prisoten prav na področju upravnega prava in na njem temelječega delovanja izvršilne funkcije državne oblasti, saj se najhitreje od vseh pravnih področij prilagaja spremembam in potrebam sodobnega življenja ter s tem povezanim potrebam po varstvu javnega interesa. Navedeno pomeni dvojnost vloge sodišča v upravnem sporu pri zagotavljanju učinkovitosti sodnega varstva zoper nosilce oblasti v (prostoru in) času. Po eni strani je treba vzpostaviti predvidljivost odločanja upravnih organov in sodišč z ustalitvijo razlage zakona in zagotovitvijo ustrezno enake uporabe take razlage – v okviru procesnih možnosti – za vse primere odločanja o pravicah ali obveznostih posameznikov in pravnih oseb. Že navedeno je lahko v določenem notranjem konfliktu, saj se razlaga upravnih organov in sodišč, kako naj se zakoni in drugi predpisi pravilno uporabljajo, že zaradi časovnega vidika razlikuje in tudi različno učinkuje v (ne)pravnomočno rešenih zadevah. Po drugi strani pa potreba po učinkovitem sodnem varstvu terja tudi vzpostavitev obveznosti določene razlage prava kot odgovor na pravično odločitev v konkretnem primeru, torej ne le zaradi splošnih načel – in ne v konfliktu z njimi – temveč tudi zaradi ugotovitve, da bi ob danih pravnih in dejanskih okoliščinah konkretnega primera drugačna določitev časovne uporabe predpisa vodila do neučinkovitosti zaščite pravic upravičenih oseb pred sodiščem, katerega funkcija je prav v tem, da jim to varstvo zagotavlja v zadostni meri.

Namen tega prispevka je zato prav v tem, da se prikažeta tako razlaga kot uporaba prava v upravnem sodstvu, predvsem njune značilnosti, ki presegajo zgolj mehaničen prenos pravne norme v presojo konkretnega primera – če je o takem



načinu odločanja sploh mogoče govoriti pri katerikoli sodni presoji.<sup>1</sup> Po drugi strani gre tudi za odgovor na občasne – a žal še vedno prisotne – poskuse odklona nosilcev upravne funkcije od vezanosti na odločitve upravnega sodstva zaradi njihove (politične) neustreznosti, pod pretvezo varstva »objektivne zakonitosti« v pravno neustreznem razumevanju in uporabi navedenega pojma. S tem se navedena razprava o učinkovitosti sodnega varstva postavlja tudi v določen (naš) prostor, in ne zgolj v časovni trenutek, ki je predmet znanstvene analize.

## 2. ČASOVNA RAZLIKA PRI SODNEM NADZORU NAD NOSILCI OBLASTI

Sodni nadzor nad nosilci oblasti se izvršuje prek upravnega sodstva v okviru njegovih ustavnih in zakonskih pristojnosti.<sup>2</sup> Glede na ureditve različnih sistemov se izraža kot sodni nadzor nad spoštovanjem pravnih norm pri upravnem odločanju oziroma izvrševanju oblastvenih nalog (objektivni vidik zakonitosti), kot sodno varstvo javnopravnih upravičenj fizičnih in pravnih oseb, določenih z zakonom, ki zavezujejo upravo pri izvrševanju navedenih funkcij (subjektivni vidik zakonitosti), ali kot kombinacija obeh vidikov z bolj ali manj izraženim posameznim aspektom. Pri tem pa je komplementarnost obeh vidikov zahtevno sistemsko vprašanje: varstvo zakonsko varovanih interesov se sicer izrazi tudi v posledici varstva objektivne zakonitosti z vzpostavljanjem skladnosti posamičnega pravnega akta s splošnimi in abstraktnimi pravnimi normami, vendar pa obratno velja zgolj naključno, saj na področju delovanja uprave vzpostavitev objektivne zakonitosti nima vselej odraza v zagotavljanju varstva subjektivnih pravic ali pravnih interesov posameznika.

Ne glede na sistemski koncept sodnega nadzora nad upravo pa je vsem sistemom skupna značilnost, da naknadni (*ex post*) sodni nadzor nad delovanjem

---

<sup>1</sup> O razlikovanju med določnostjo pravnih norm in potrebo po njihovi razlagi zelo jasno Pavčnik: »Pravna pravila, pa naj bodo še tako dognano in izklesano zapisana, so šele sad razumevanja zakona.« Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 42. in nasl.

<sup>2</sup> Razlika med sodnim in ustavnosodnim nadzorom pri varstvu posameznika v razmerju do uprave je primarno v tem, da se sodno varstvo pred upravnim sodstvom vselej izraža kot primarno, saj je omogočeno vselej, ko se konkretizira abstraktna pravna norma v razmerju do posameznika z upravnim aktom, ki posega v njegov pravno varovan položaj (presoja zakonitosti v širšem smislu), poleg tega pa je pred upravnim sodstvom zagotovljeno tudi varstvo ustavnih pravic kot subsidiarno sodno varstvo zoper vse akte in dejanja nosilcev oblasti, kadar ni zagotovljeno drugo sodno varstvo (prvi in drugi odstavek 157. člena Ustave). Morebitno nadaljnje ustavnosodno varstvo (postopek z ustavno pritožbo) pa ni namenjeno varstvu zakonitosti, temveč zgolj kršitvam ustavnih pravic ali temeljnih svoboščin oseb, katerih varstvo v upravnosodnem postopku po presoji Ustavnega sodišča ni bilo ustrezno zagotovljeno. Poseben primer nastane tedaj, kadar zakon učinkuje neposredno – saj je posledično izključeno upravnosodno varstvo ter prizadetemu subjektu ostane zgolj ustavnosodno varstvo, kar pa je posebno in zahtevno pravno vprašanje.

uprave, kot izhaja tudi že iz samega poimenovanja, šele sledi predhodnemu izvrševanju pristojnosti uprave. Uprava je torej najprej tista, ki v okviru svoje zakonsko opredeljene pristojnosti z upravnim aktom odloči o pravici ali obveznosti določene pravne in fizične osebe. V določenem trenutku torej ustvari konkretno pravno normo, ki zavezuje tako oblasti podrejeno stranko kot nosilca oblasti. Gre za pravno odločanje, ki se izrazi v *upravnem aktu*, kot tovrstni javnopravni, oblastveni in posamični akt opredeljujeta tako teorija kot sodna praksa. Sodišče s svojo sodbo, torej z izvrševanjem svoje pristojnosti v upravnem sporu, v katerem se z upravnim aktom prizadeta oseba ter nosilec oblasti srečata kot enakopravni stranki sodnega postopka, vselej sledi upravnemu pravnemu odločanju, in to z določenim časovnim odmikom, ki je lahko glede na različne vidike zahtevnosti sodnega postopka in obremenjenosti sodišč tudi relativno velik, morda gre celo za nekaj let.

Navedeno dejstvo je sistemsko imanentno, vzpostavlja pa pomembna vprašanja, povezana s časovnim učinkovanjem razlage in uporabe prava, torej z vprašanjem razumevanja načela zakonitosti. Nedvomno je načelo zakonitosti temeljno ustavno in sistemsko pravno načelo, ki zavezuje tako upravo kot sodišče pri izvrševanju njunih pristojnosti. S tem je to načelo tudi ključen gradnik sistema zavor in ravnovesij v okviru načela delitve oblasti (3. člen Ustave). Vendar pa se v sodobni pravni državi ob razreševanju upravnih sporov kot iluzorno kaže stališče, da je odgovor na pravo razumevanje in uporabo načela zakonitosti mogoče najti že ob uporabi (sicer že od antike nespornih) pravnotehničnih pravil, npr. pravil glede uporabe specialnejšega predpisa pred splošnim (*lex specialis derogat legi generali*) ali kasnejšega pravila pred predhodnim (pravilo *lex posterior*). Navedena pravila lahko samostojno razrešijo le posamezne vidike pravilne uporabe načela zakonitosti – npr. vprašanje uporabe *pravilnega* zakona, ne pravilne uporabe zakona. Če pa se je pravna ureditev spremenila v času med odločanjem uprave ter odločanjem sodišča oziroma v času med sodbo sodišča in njeno izvršitvijo s strani uprave (s ponovno odločitvijo uprave), je na vprašanje pravilnega razumevanja in uporabe načela zakonitosti mogoče odgovoriti le na podlagi kompleksne sodne presoje.

Takšno spreminjanje pravne ureditve v času, dokler o posamezni upravni zadevi ni dokončno vsebinsko odločeno, pomeni, da ima časovni vidik pomemben vpliv na končni pravni položaj določene osebe in zato ne more biti zanemarljiv kot faktor, ki vpliva tudi na odločanje sodišča v upravnem sporu in upravnih organov v upravnem postopku. Pri tem pa kot upoštevne spremembe pravnega reda ne kaže šteti le spremembe splošnih in abstraktnih pravnih aktov, ki so podlaga za odločanje uprave in sodstva, temveč tudi vse druge spremembe, ki zavezujoče vplivajo na odločanje v konkretni upravni zadevi: nove precedenčne odločitve Ustavnega sodišča, Vrhovnega sodišča, Sodišča Evropske unije, nova ustaljena

razlaga vsebine človekovih pravic, varovanih z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, s strani Evropskega sodišča za človekove pravice itd.

Glede na značilnosti sodobne pravne države pa je tudi empirično nesporno, da se že ob zmernem časovnem razkoraku med (z vidika načela zakonitosti merodajnim) trenutkom odločanja uprave ter odločanjem sodišč pojavi veliko število primerov, v katerih pravo ni ostalo statično, temveč se je spreminjalo z višjimi in nižjimi stopnjami dinamike. Že z vidika števila (sprememb) zakonov, ki jih v posameznem letu sprejme zakonodajalec in ki pretežno urejajo izvrševanje upravnih nalog in pristojnosti, je očitno, da bosta uprava in sodstvo soočena z iskanjem odgovora na vprašanje, *kako oblikovati pravila časovne uporabe prava pri svojem odločanju*. Če temu dodamo še spremembe predpisov na ravni Evropske unije ter pravno upoštevne spremembe sodne prakse, je to dejstvo še toliko bolj izrazito. Prav navedeno bo predmet nadaljnje analize v različnih vsebinskih sklopih: katero je pravo merilo upravnosodne presoje, kako odločitev sodišča vpliva na časovno uporabo zakona s strani uprave in kako se navedeno združuje v okvir zagotavljanja učinkovitega sodnega varstva.

### **3. VPRAŠANJE ČASOVNEGA RAZUMEVANJA NAČELA ZAKONITOSTI KOT MERILA UPRAVNOSODNE PRESOJE**

Pri običajnem časovnem sosledju izvrševanja upravne funkcije je časovno ustrezna uporaba načela zakonitosti toliko bolj kompleksna, kolikor bolj je odmaknjena od svoje prve faze, torej od odločanja pred upravnim organom. Vendar pa je že v tej prvi fazi, torej pri odločanju v upravnem postopku, neredko in vselej znova odprto vprašanje, kateri je za odločanje uprave časovno merodajen trenutek, ki definira uporabo pravne norme: ali je to trenutek začetka postopka (npr. vložitev vloge stranke), trenutek izdaje upravne odločbe na prvi stopnji, trenutek odločitve o pritožbi ali kaj tretjega? Navedeno je sicer lahko predmet samostojnega pravnega prispevka in je v marsičem povezano z različnimi značilnostmi pozitivnopravne ureditve upravnega odločanja, vendar pa je mogoče podati nekaj sistemsko ustreznih izhodišč, ki so pomembna tudi za tokratno razpravo.

Prvič, dejanska podlaga za odločanje se z vidika trenutka upoštevnosti ne more razlikovati od pravne – dejstva ki obstajajo v določenem časovnem trenutku, se lahko subsumirajo samo pod tedaj veljavno pravno normo. To pomeni, da je lahko časovno merodajen praviloma le tisti trenutek, v katerem je upravni organ pristojen na določeno dejansko stanje uporabiti pravo, torej sprejeti odločitev o pravnem položaju določene osebe v konkretni upravni zadevi. Merodajen bo torej praviloma trenutek, ko bo upravni organ na prvi stopnji odločanja izdal upravno odločbo in s tem oblikoval oblastveno voljo organa v okviru in

na podlagi *tedaj* veljavnega pravnega in *tedaj* obstoječega dejanskega stanja. Če pa ima upravni organ ob uporabi pravnih sredstev v okviru upravnega postopka zakonsko pooblastilo ugotavljati nova dejstva, nastala po izdaji prvostopenjske odločbe, in nanje uporabiti novo, kasneje spremenjeno pravno normo, bo postal časovno merodajen tudi trenutek odločanja tega upravnega organa. Slednje pa je odvisno od pozitivnopravne zakonske ureditve – veljavni Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP)<sup>3</sup> te možnosti upravnim organom tako ne podeljuje. Zakonodajalec ima sicer tudi možnosti različnih specialnih rešitev za določena upravna področja, saj lahko npr. predpiše tudi izdajo ugotovitvenih upravnih odločb, ki narekujejo uporabo prava na (*ex tunc*, npr. ob vložitvi vloge, uveljavitvi zakona, ob določenem časovnem trenutku) obstoječa dejstva, vendar pa navedeno – razen v primeru ustavno dopustne prave retroaktivnosti – ne pomeni odstopa od temeljnega izhodišča, saj se bo tudi v navedenih primerih lahko uporabljalo zgolj tiste pravne norme, ki so (že) veljale v zakonsko opredeljenem časovnem trenutku.

In drugič, upravno sodstvo je v okviru izvrševanja svoje funkcije sodnega nadzora nad upravo v vsakem konkretnem primeru presoje soočeno s *pravno razlago*, katero je za presojo časovno upošteveno pravo. Sodišče je torej tisto, ki mora v okviru svoje funkcije sojenja odgovoriti (tudi) na vprašanje, katero pravo je časovno upošteveno v danem primeru ter kako naj se tako opravljena presoja izrazi v izvršitvi izdane sodbe, če taka sodba potrebuje nadaljnjo izvršitev s strani uprave. Gre torej za pristojnost sodišča, ki sodi v samo jedro sojenja v upravnem sporu in – kar je bilo že obravnavano – ne pomeni zgolj njegove »mehanične« predpostavke. To pa tudi pomeni, da je sodišče soočeno z več različnimi pravnimi vidiki načela zakonitosti, ki ga pri tem vodijo oziroma omejujejo, hkrati pa tudi z drugimi pravnimi načeli, ki vplivajo na izvrševanje sodne funkcije, kot so načelo sorazmernosti, pravičnosti in druga. Pri tem je sodišče sicer vselej v prostoru lastne presoje, ki pa kljub morebitnemu obstoju diskrecije v širšem pomenu besede ne pomeni, da se sodišče poda onkraj meja pravnega odločanja oziroma da mu je upravičeno očitati preseganje njegove pristojnosti. Nasprotno, prav avtoritativni odgovor na to vprašanje je del bistva njegove funkcije, zaradi katerega mu je bila pristojnost sojenja tudi podeljena.

V tem smislu pa bo sodišče v upravnem sporu svojo presojo zakonitosti odločanja in delovanja nosilcev upravne funkcije povezovalo z različnimi vidiki, med katerimi so tako časovno ujemanje z za sodno presojo upoštevnimi dejstvi kot tudi časovno ujemanje z veljavnostjo predpisa (zakona) in druga pravno pomembna vodila. Vendar je na tej točki treba poudariti, da primerjalnopravno ni mogoče najti splošno sprejetih sistemskih pravil glede navedenih vidikov uprav-

<sup>3</sup> Ur. l. RS, št. 24/06 – UPB, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10 in 82/13.

nosodne presoje, pa tudi ne enotne razlage človekove pravice do učinkovitega sodnega varstva, ki bi podala zelene odgovore. Zato kaže razpravo nekoliko relativizirati in usmeriti v povezavo s funkcijo upravnega sodstva, ki je kot taka sprejeta v določeni državni ureditvi, torej v določenem prostoru in času.

#### **4. FUNKCIJA UPRAVNEGA SODSTVA V POVEZAVI S ČASOVNOSTJO UPORABE ZAKONA**

Funkcija upravnega sodstva je (tudi) v našem prostoru razpeta med zgodovinsko izhodiščnim, a funkcionalno omejenim nadzorom nad zakonitostjo aktov uprave ter med odločanjem o javnopravnih pravicah ali obveznostih strank upravnega spora. Navedeno se morda zdi izmenjevanje enakega vsebinskega pomena v različnih besednih zvezah, a ni tako.

Upravnosodni nadzor nad zakonitostjo aktov uprave pomeni, da je sodišče omejeno zgolj na svojo primarno kasatorično vlogo, torej da je končni uspeh z upravnim aktom prizadetega tožnika prav v tem, da je nezakoniti akt odpravljen in da je odločanje o pravnem položaju posameznika vrnjeno v ponovni postopek pred upravnimi organi.<sup>4</sup> V tem postopku torej upravno sodišče ne razreši sodnega spora na način, kot je to bistveno za izvrševanje sodne funkcije: da s svojo sodbo uredi pravno razmerje med tožečo in toženo stranko, ki ob pravnomočnosti preraste v zaključek tega spora. To pa ima tudi za posledico, da se v postopku ponovnega odločanja upravnega organa, ki sodbi sledi, ponovno zastavi vprašanje uporabe časovno (in sicer) ustrezne pravne ter dejanske podlage. Navedeno odločanje je lahko časovno ponovno relativno oddaljeno od sprejete sodne odločitve, še toliko bolj pa od trenutka izdaje tistega upravnega akta, ki je bil z izdano sodbo odpravljen.

Spor o javnopravnih pravicah ali obveznostih strank pa pred sodišče postavi drugačno zahtevo, saj se mora s sodbo odločiti prav o vsebini spornega razmerja v smislu klasičnega sojenja, torej s tako imenovano sodbo v sporu polne jurisdikcije. Zaradi značilne naknadnosti postopka upravnosodne presoje predhodno izdanih aktov (ali izvršenih oblastvenih dejanj) uprave, ki upravni spor približuje institutu pravnega sredstva, in ne prvostopenjskega odločanja, je izvedba navedene sodne pristojnosti v različnih zakonskih ureditvah modificirana na različne načine, npr. tako, da lahko sodišče obsodi upravo na izdajo določenega akta ali priznanje določene pravice, vendar to v bistvu ne spreminja dejstva, da se vsebinsko odločanje v bistvenem konča pred pristojnim upravnim sodiščem.

Pri izraženem konceptu upravnosodnega varstva v smeri nadzorstvene funkcije nad akti uprave (torej nadzora nad odločanjem pristojnih upravnih organov) se

<sup>4</sup> Tudi v slovenski praksi statistika temu pritrjuje, saj je v primeru ugoditve tožbi odločba v pretežnem številu primerov odpravljena in vrnjena upravi v ponovno odločanje.

ob načelni kasatoričnosti sodnega odločanja pojavi tudi nekaj izhodišč, ki narekujejo primerno časovnost uporabe prava. Pri nadzoru sodišč nad upravo je tako za presojo pravne pravilnosti merodajen trenutek odločitve pristojnega upravnega organa, torej trenutek izdaje upravnega akta. Pri nadzorstveni funkciji je po vsebini ključen obstoj »očitka« upravi, da je kršila pravo – to pa pomeni, da gre za pravo, ki ga je pristojni upravni organ lahko uporabil in bi ga moral uporabiti; gre torej za v trenutku upravne odločitve veljavno pravo, ki ga je upravni organ uporabil za subsumpcijo tedaj obstoječih dejstev (ne kasnejše pravo, ne kasnejša dejstva ...). Če je taka kršitev ugotovljena, je bil upravni akt, ki je predmet presoje v upravnem sporu, *ab initio* nezakonit in nezdržljiv s pravnim redom ter ga je posledično treba *ex tunc* odpraviti. S tem je klasična upravnosodna funkcija zaključena.

Iz tega pa v sodobni ustavni ureditvi izvira tudi vrsta težav in sistemskih pomislekov. Časovna odmaknjenost nekaj mesecev ali let, ki potečejo med izdajo izpodbijanega akta ter pravnomočno sodbo sodišča, je namreč v dinamiki sodobnega zasebnega ali gospodarskega življenja izjemnega pomena in lahko pogosto glede na okoliščine primera pomeni nezadostno, neučinkovito sodno varstvo. Sodišče v upravnem sporu tedaj zaradi dinamičnosti pravnega okolja presoja zakonitost upravnega akta na podlagi prava, ki v trenutku sodnega odločanja ne velja več, ter na podlagi dejstev, ki so se v vmesnem času že spremenila – s tem pa je predmet sodne presoje le časovno zaključen in od sedanjosti odmaknjen historični dogodek. Slabotnost takega sodnega varstva postane vprašljiva z vidika učinkovitosti, če tudi v posledicah svoje kasatorične sodbe upravno sodišče v ničemer ne vpliva na vsebino novega, kasnejšega odločanja uprave na podlagi navedene sodbe, ki bo prav tako lahko izhajalo iz po izdaji sodbe ponovno spremenjenega prava in ponovno spremenjenih dejstev. Avtoritativna razlaga (upravnega) prava s strani sodišča je tedaj vezana na zaključen historični moment in je lahko že v trenutku izdaje sodbe časovno in vsebinsko tudi že povsem presežena s predpisi, ki so bili izdani po merodajnem trenutku sodne presoje, torej po trenutku izdaje upravne odločbe.

Navedena oblika sodnega varstva se glede na svoje značilnosti sicer morda lahko še kaže kot učinkovita v primerih, ko je bila določeni osebi z izpodbijanem ter v upravnem sporu odpravljenim upravnim aktom naložena določena obveznost (npr. odmera davka), saj je z *ex tunc* prenehanjem navedene obveznosti pravni položaj te osebe vseeno v veliki meri učinkovito zavarovan – še posebej tedaj, ko po odločitvi upravnega sodišča uprava postopka ni upravičena nadaljevati. Problematičnost učinkovitosti omenjene možnosti sodnega varstva – tudi z vidika njenih časovnih dimenzij – pa je izrazita v primerih odločanja o pravicah, ki jih določena oseba uveljavlja v razmerju do uprave (npr. gradbeno dovoljenje kot izraz javnopravne pravice graditi), saj zgolj opisana odprava izpodbijane-



ga akta ne pomeni tudi zanesljive pridobitve ali vsaj povečanja možnosti, da bo oseba navedeno pravico po uspehu v upravnem sporu (lahko ali lažje) pridobila.

V ureditvi upravnosodnega nadzora nad delom uprave, ki pa je usmerjen v vsebinsko dokončno razreševanje javnopravnega spora, se značilnosti lahko oblikujejo drugače. Če je sodišče tisto, ki s sodbo razreši (upravni) spor med strankama, potem za sodno presojo ni več odločilen očitok upravi, da je v trenutku izvrševanja svoje pristojnosti kršila pravo, temveč je – ob spremenjenem pravnem (oziroma dejanskem) stanju – načeloma odločilno tisto, kar pravno velja oziroma dejansko obstaja v trenutku odločanja sodišča. S tem se sicer izdaja upravnega akta v razmerju do upravnega spora pojavlja bolj kot procesna predpostavka, in ne kot osrednji predmet sodnega odločanja, kar lahko tudi odpre vrsto različnih vprašanj, ki sistemsko niso zanemarljiva (npr. obremenjenost sodišča v funkciji prvostopenjskega sojenja, vpliv pendentnosti spora na možnost začetka novega upravnega postopka), zato v primerjavi konceptov ne moremo *a priori* izhajati iz absolutne prednosti tovrstne ureditve pred poudarjeno nadzorstvenim konceptom upravnosodnega odločanja. Vendar pa se z vidika časovnosti kažejo tudi pomembne prednosti: sodišče lahko pri svoji presoji uporabi veljavne, aktualne pravne podlage (in tedaj obstoječa dejstva) ne glede na časovno odmaknjenost izdanega upravnega akta, hkrati pa s svojo sodbo, ki vsebinsko pomeni zaključek odločanja o pravicah ali obveznostih z odločitvijo uprave prizadete osebe, tudi konča celoten upravni proces, saj se pred upravnimi organi postopek ne bo nadaljeval in odpiral novih vprašanj časovno ustrezne uporabe prava.

Navedeno zveni lepo, a vendar ni brez izzivov, saj bo tudi v tovrstnem sistemu prišlo do pomembnih odstopanj od navedenega pravila: če gre za naložitev obveznosti določeni osebi (npr. davčne obveznosti plačila dohodnine za določeno koledarsko leto), bo tako treba presoditi, ali je bila navedena obveznost zakonito odmerjena glede na časovni trenutek, ko je pristojen upravni organ izdal upravno odločbo, saj je taka obveznost tesno časovno pogojena; drugače je (morda) v primeru, ko je bila posamezniku naložena odstranitev nezakonito izgrajenega objekta, če je v trenutku odločanja sodišča pravni red že tako spremenjen, da je navedeni objekt ob novi presoji zakonit ali njegova odstranitev po pravnem redu nedopustna.<sup>5</sup> Koristno je, da navedena vprašanja zaradi pravne varnosti jasno razreši že zakonodajalec, lahko seveda tudi specifično za posamezne vrste upravnih zadev, sicer pa mora na njih odgovoriti sodna praksa sama.

V našem prostoru je – podobno kot v mnogih drugih ureditvah – koncept upravnosodne presoje razpet med obe opisani ureditvi, s tem pa tudi vprašanje časovne uporabe prava. S tem seveda lahko nastopi pragmatična kombinacija

---

<sup>5</sup> To je zahtevno vprašanje sodne presoje v takem sistemu, če seveda ne gre za zakonodajalčev izrecen poseg v tekoče sodne postopke, ki to vprašanje razreši *erga omnes* (npr. prehodne določbe zakona, ki legalizira določene objekte).



obeh sistemov, posledično pa se (še posebej ob pomanjkanju izrecnih zakonskih določb glede upoštevnosti pravnih podlag) tudi odpre dolžnost sodišča, da to razreši kot temeljni vsebinski del presoje ob reševanju posameznega primera. Ureditev Zakona o upravnem sporu (ZUS-1)<sup>6</sup> se v svojem bistvu sicer približuje bolj klasičnemu nadzorstvenemu konceptu, kar pomeni, da sodišče v upravnem sporu pri svoji presoji izhaja iz prava, ki je veljalo v trenutku izdaje upravnega akta, ki je predmet presoje v upravnem sporu. To je torej merodajen trenutek za časovno upoštevnost prava (in dejstev) pri odločanju sodišča, ki s seboj nosi vse oziroma večino opisanih vprašanj ter pomanjkljivosti. Mnoge od teh se lahko izrazijo predvsem v nadaljevanju postopka po odpravi upravnega akta, ko se tožnik ob uspehu v upravnem sporu morebiti sooči z vprašanjem učinkovitosti takega sodnega varstva, a o tem v nadaljevanju razprave.

Na tej točki pa se kaže posvetiti še enemu od pomembnih vprašanj, in sicer varstvu zaupanja v pravo, ki je prisotno tudi v slovenski upravnosodni praksi. Časovnost uporabe prava na dejstva v upoštevnem trenutku izdaje upravnega akta temelji tudi na zaupanju tako stranke kot tudi oblastvenega organa v določeno ustaljenost razumevanja oziroma razlage uporabljenih pravnih podlag. Navedeno ščiti tudi naša ustavna ureditev, saj daje ustaljeni upravni ter sodni praksi varstvo v okviru pravice do poštenega postopka (22. člen Ustave). Vendar pa je prav navedeni temelj pogosto del vprašanja, in ne zgolj del odgovora: ali je treba varovati prakso, ki je bila kot ustaljena veljavna v času odločanja upravnega organa, čeprav se je kasneje spremenila, ali je glede na časovno odmaknjenost treba izhajati iz zakonitosti akta, ki temelji na ustaljeni sodni praksi v času odločanja sodišča v upravnem sporu, čeprav je bila le-ta v času izdaje upravnega akta temu nasprotna, itd. Na navedeno je težko dati enoten in absoluten odgovor, še posebej zato, ker kaže razlikovanje utemeljiti na posameznih okoliščinah konkretne zadeve, še posebej na v naravi naloženih obveznostih oziroma podeljenih (ali zavrnjenih) pravicah, zato to ostaja del sodne presoje v konkretnem primeru, ob vseh navedenih načelih pravičnega sojenja. Vendar pa je vseeno treba poudariti, da mora sodišče pri svojem odločanju praviloma izhajati iz svojega, v trenutku presoje obstoječega prepričanja v pravilno razumevanje upoštevnega prava, saj je odstop od navedenega treba posebej utemeljevati z okoliščinami, ki izjemoma terjajo drugačen pristop sodišča. To velja zlasti za Vrhovno sodišče, ki je kot precedenčno sodišče še posebej poklicano k razvoju prava.

<sup>6</sup> Ur. l. RS, št. 105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US, 109/12 in 10/17 – ZPP-E.

## 5. UČINKOVITO UPRAVNOSODNO VARSTVO IN ZAUPANJE V PRAVO

Ob navedenem ostaja odprto še vprašanje posledic sodne presoje v upravnem sporu, ki se v obravnavani razpravi osredotoča na vprašanje časovno upoštevnosti uporabe prava pri ponovnem odločanju upravnega organa po pravnomočni odpravi izpodbijanega upravnega akta, torej v primeru, ko je tožniku ob uspehu v upravnem sporu treba zagotoviti tudi učinkovitost tega sodnega varstva. Pri tem gre predvsem za vprašanje uporabe materialnega prava, čeprav se procesno pravo (zakonska ureditev upravnega postopka) od tega bistveno ne razlikuje.

Na prvem mestu se pojavi vprašanje vsebine sodne pristojnosti oziroma pooblastil sodišča v upravnem sporu, ki se – poenostavljeno povedano – kristalizira v vprašanju, ali je določitev (obvezne) uporaba prava v ponovnem postopku upravnega odločanja po sodbi upravnega sodišča v pristojnosti upravnega sodstva in kakšne so njene morebitne omejitve. Zastavi se torej vprašanje, na podlagi katerih meril presoje bo sodišče v upravnem sporu določilo pravilno uporabo prava v ponovnem postopku upravnega odločanja, nadalje pa tudi, ali je odločitev sodišča o tem, kakšna je pravilna uporaba prava v konkretnem primeru, za upravne organe zavezujoča in kakšen je domet navedene pravne vezanosti, če ta obstaja.

Najprej je treba glede na zgornjo razpravo poudariti, da mora sodišče pri svoji presoji v upravnem sporu zagotoviti učinkovito sodno varstvo, kar velja tudi za naš prostor in čas, saj to terja 23. člen Ustave, ki je podprt z obsežno ustavnosodno presojo in sodno prakso. Ta obveznost ni naložena zgolj zakonodajalcu, temveč terja tudi razlago procesnih predpisov in pooblastil s strani samih sodišč v upravnem sporu, na način, ki to učinkovito sodno varstvo zagotavlja.<sup>7</sup> Navedeno velja seveda smiselno enako tudi za varstvo drugih ustavnih pravic in načel (npr. načel pravne države, enakega varstva pravic v postopkih, enakosti pred zakonom). Kolikor je torej ob ustaljenih metodah razlage prava mogoča širša razlaga določb ZUS-1 in Zakona o pravdnem postopku (ZPP)<sup>8</sup>, ki kot veljavna zakona urejata upravni spor, toliko pomembnejša je naloga sodišč, da iščejo njuno pravo vsebino, ki zagotavlja tudi varstvo ustavnopravno varovanega položaja strank.

Navedeno je zelo široko vprašanje, ki ga je zaradi namena tokratne razprave treba zožiti na vprašanje učinkovitega sodnega varstva z vidika pravilne časovne uporabe prava. Za to pa je pomembna ureditev upravnega spora, ki – kot je bilo navedeno že zgoraj – v naši pravni ureditvi poskuša klasični način odločanja o zakonitosti aktov uprave združevati s kombinacijo pooblastil, po katerih lahko

<sup>7</sup> Glej L. Šturm, nav. delo, str. 57, in M. Sachs, nav. delo, Rn. 37.

<sup>8</sup> Ur. l. RS, št. 73/07 – UPB, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US in 10/17.

sodišče samo učinkovito zavaruje pravni položaj strank v postopku tudi v razmerju do ponovnega odločanja upravnih organov.

Za nadaljnjo razpravo je navedeno vprašanje najprej treba osvetliti z vidika uporabe pooblastila za odločanje v sporu polne jurisdikcije s strani sodišča v upravnem sporu, torej z vidika primera, v katerem sodišče za zagotovitev učinkovitega sodnega varstva zadeve ne vrne v ponovno odločanje upravi, temveč ob izpolnjevanju zakonsko predpisanih pogojev samo spremeni izpodbijani upravni akt in odloči o pravici ali obveznosti fizične ali pravne osebe.<sup>9</sup> V takem sporu je po naši pravni ureditvi najprej treba poudariti, da bo upravno sodišče presojalo zakonitost akta z vidika pravilne uporabe materialnega in procesnega prava, ki je veljalo v trenutku izdaje izpodbijanega upravnega akta.<sup>10</sup> Navedeno pa ima tudi z vidika uporabe materialnega prava s strani sodišča pri uporabi pooblastila polne jurisdikcije (spremembe izpodbijanega upravnega akta) za posledico to, da bo tudi samo svojo sodno presojo lahko oprlo le na tisto materialno pravo (in dejstva), ki je veljalo v trenutku izdaje izpodbijanega akta. Upravno sodišče v zakonu nima nobenega pooblastila, da bi pri svojem odločanju o tožbi lahko uporabilo več različnih pravnih pravil (npr. enega za presojo zakonitosti izpodbijanega upravnega akta ter drugega za presojo utemeljenosti zahteve stranke, o kateri je treba vsebinsko odločiti v upravnem sporu), prav tako nima pooblastila, da bi samo ugotovilo na podlagi novih dejstev kasneje spremenjeno dejansko stanje. To je načeloma sicer pravilno, saj gre po vsebini za povsem isto zadevo, kot je o njej odločila uprava, vendar pa se zaradi časovne odmaknjenosti sodnega odločanja lahko pojavi tudi vprašanje, ali je ob spremembi prava med trenutkom izdaje upravnega akta in sodnim odločanjem to vselej ustrezno. Če namreč vmesna sprememba zakona ob pomembnih rešitvah glede varstva pravic strank ali javnega interesa vodi do bistveno drugačnih rezultatov, se lahko sodišču resno zastavi vprašanje, ali je npr. primerna uporaba navedenega zakonskega pooblastila, ki bi stranki ob podelitvi pravice s sodbo v upravnem sporu le-to z učinkom materialne pravnomočnosti (in prepovedjo ponovnega odločanja v isti zadevi) priznalo v obsegu, ki izhaja iz prej veljavne zakonske ureditve, čeprav nova zakonska ureditev določa bistveno večji obseg navedene pravice, itd.? *Mutatis mutandis* veljajo podobne dileme tudi za primere, ko se strankam nalagajo obveznosti, in varstvo javnega interesa.

<sup>9</sup> Glej tudi strokovno dobro utemeljen sklep Ustavnega sodišča št. U-I-38/17 z dne 1. 2. 2018.

<sup>10</sup> ZUS-1 v 27. členu med drugim določa, da se upravni akt sme izpodbijati: »če v postopku za izdajo upravnega akta zakon, na zakon oprt predpis ali drug zakonito izdan predpis ali splošni akt, izdan za izvrševanje javnih pooblastil, ni bil uporabljen ali ni bil pravilno uporabljen«; pa tudi »če se v postopku pred izdajo upravnega akta ni ravnalo po pravilih postopka, pa je to vplivalo ali moglo vplivati na zakonitost oziroma pravilnost odločitve (bistvena kršitev določb postopka)«. Iz navedenega jasno izhaja, da gre za uporabo materialnega in procesnega prava, ki bi ga moral (pravilno) uporabiti upravni organ pri izdaji izpodbijanega upravnega akta, torej tisto pravo, ki je veljalo takrat, ko je bil izpodbijani upravni akt izdan.

Odgovor seveda ni enostaven, kar kaže na potrebo po kompleksni razlagi pooblastil sodišča v upravnem sporu. Ta pa je torej odvisna tako od narave posamezne zadeve kot od ustavnih pravic in načel, ki jih mora zagotoviti sodišče. V vseh primerih pa je sistemsko nesporno, da lahko sodišče uporabi kot merilo svoje presoje in podlago za svojo odločitev tudi predpis, ki v času odločanja sodišča sicer več ne velja. Tako je npr. ob *ex tunc* priznanju pravice v upravnem sporu polne jurisdikcije (od časa izdaje v upravnem sporu odpravljenega in s strani sodišča spremenjenega upravnega akta) nujno, da se kot podlaga za odločitev sodišča uporabi prej, v času izdaje spornega upravnega akta veljaven materialni predpis, saj kasnejši materialni predpis tedaj ni mogel dati podlage za priznanje navedene pravice. Drugače je takrat, ko se pravica glede na svojo pravno naravo lahko podeli le *ex nunc* (torej po nastopu pravnih učinkov sodbe v upravnem sporu), saj v takih primerih časovno pravilo uporabe prava ni tako jasno zamejeno. V primerih odločanja upravnega sodstva o pravicah in obveznostih strank bi bilo sicer prav zaradi navedenih dilem treba dopolniti veljavno zakonodajo z dodatnimi rešitvami, npr. z možnostjo izdaje zavezovalne sodbe po vzoru ureditve Zvezne republike Nemčije,<sup>11</sup> s katero se upravo obsodi na izdajo upravnega akta z določeno vsebino, kar bi lahko razrešilo tudi mnoge od navedenih dilem.

Glede na sedanje stanje pozitivnopravne ureditve pa je navedeno vprašanje uporabe prava in pooblastil s strani sodišča lahko zelo kompleksno: ob uspehu tožnika v upravnem sporu je namreč v vsaki konkretni zadevi treba presoditi, ali je z vidika varstva upravičenih pravnih pričakovanj (2. člen Ustave) ter učinkovitega sodnega varstva (23. in 25. člen Ustave) ta uspeh tožnika dobil ustrezen odraz v sodni odločitvi. Povedano drugače, sodba sodišča mora zagotoviti, da tožnik, ki je v upravnem sporu izkazal nezakonit poseg upravnega organa v njegov pravno varovan položaj, pridobi tudi temu ustrezno upravičenje, ki tak poseg odpravlja v polni meri (zadoščenje, vzpostavitev določenega pravnega stanja itd.). To ob veljavni zakonski ureditvi ZUS-1 hkrati pomeni, da mora sodišče presoditi, ali je z vidika učinkovitega varstva interesov uspešnega tožnika sploh dopustno opustiti uporabo pooblastila za spremembo upravnega akta in uporabiti druga zakonska pooblastila, npr. odpravo akta in vrnitev zadeve v odločanje upravi. Slednje je tako dopustno le tedaj, če bi upravni organ na podlagi ustreznih vezanosti na sodbo sodišča lahko v ponovnem upravnem postopku z novim upravnim aktom zagotovil najmanj tako učinkovito varstvo pravic strank, prizadetih z odpravljenim nezakonitim upravnim aktom, kot bi to lahko storilo samo sodišče v upravnem sporu polne jurisdikcije.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> O tem več v E. Kerševan, nav. delo.

<sup>12</sup> Da se mora uspeh tožnika v upravnem sporu učinkovito odraziti tudi v nadaljnjem upravnem postopku, poudarjajo tudi v drugih evropskih ureditvah, npr. F. G. Scoca, nav. delo, str. 18–35, in E. Follieri, nav. delo, str. 182 in nasl.

Na tej točki se kaže navezati na značilnost mnogih zakonskih ureditev upravnega spora, tudi ureditve v ZUS-1, ki s ciljem večje učinkovitosti sodnega varstva ob odpravi akta in vrnitvi zadeve v odločanje upravnim organom določa vezanost upravnih organov na pravna stališča, ki jih je v svoji sodbi zavzelo sodišče v upravnem sporu.<sup>13</sup> Zakonodajalec je sicer s tem vzpostavil približevanje učinkom sodbe upravnega sodstva kot obsodbe upravnega organa na določeno ravnanje (zgoraj), za zagotovitev učinkovitosti tega sodnega varstva pa je to značilnost nadalje poudarila sodna praksa. Ponovni postopek pred upravnimi organi, ki sledi sodbi v upravnem sporu, pa je (kot je bilo že poudarjeno zgoraj) časovno odmaknjen tako od izpodbijanega in s sodbo odpravljenega upravnega akta kot tudi od navedene sodbe, zato je tudi sprememba pravnih podlag in dejanskih okoliščin pogosta in procesno lahko tudi pomembna. Tu se pojavi v sodni praksi poznan konflikt časovno različno veljavnih norm, ki ga ni mogoče spregledati.

Upravna in sodna praksa namreč pretežno izhajata iz stališča, da je načelo zakonitosti treba razlagati tako, da velja v ponovnem postopku pred upravnimi organi kot upoštevana tista pravna podlaga (in da kot upoštevana veljajo tista dejstva), ki je v veljavi v času izdaje *novega* upravnega akta. Taka razlaga sicer daje velik pomen upoštevnosti spremembe volje zakonodajalca in pravilu *lex posterior*, kar samo po sebi ne bi bilo nič sporno, če tako stališče ne bi v celoti jemalo pravne moči sodbi upravnega sodišča, ki je vzpostavila konkretno pravno obveznost upravnega organa, da v ponovljenem postopku sledi pravnim stališčem sodišča iz te sodbe. Še več, iz pozitivnopravne ureditve ZUS-1 izhaja, da je v ponovljenem postopku upravni organ vezan na pravno mnenje sodišča glede uporabe materialnega prava in na njegova stališča, ki se tičejo postopka (64. člen ZUS-1), to pa je seveda mogoče le tedaj, če je dolžan tudi sam upravni organ ravnati po zakonu, ki ga je za svojo presojo uporabilo sodišče v upravnem sporu.

Po tukaj zastopanem stališču torej priznanje splošnega izhodišča, da vsaka po izdaji (prvega, izpodbijanega) upravnega akta sprejeta sprememba predpisov (*ius superveniens*) že sama po sebi pomeni prevlado teh novih splošnih in abstraktnih pravnih norm nad konkretno obveznostjo uporabe prava v posamični zadevi, ki izhaja iz sodbe upravnega sodišča, pomeni poseg tako v ustavno načelo pravne države kot v pravico strank do učinkovitega sodnega varstva. Tak poseg pa mora biti v vsakem primeru izrecen ter je ustavnopravno le izjemoma lahko ustavno dopusten (15. člen Ustave). Z vidika sistemskega učinka upravnega spora in po-

<sup>13</sup> ZUS-1 v 64. členu določa, da mora ob odpravi izpodbijanega upravnega akta ter vrnitvi zadeve v ponovno odločanje pristojni organ izdati nov upravni akt v 30 dneh od dneva, ko je dobil sodbo, oziroma v roku, ki ga določi sodišče; pri tem je vezan na pravno mnenje sodišča glede uporabe materialnega prava in na njegova stališča, ki se tičejo postopka. Na navedeno pravno mnenje in stališča sodišča je skladno z zakonom vezan tudi vsak drug upravni organ, ki odloča o rednih ali izrednih pravnih sredstvih zoper nov upravni akt, izdan na podlagi sodbe sodišča.

mena sodnega varstva kot takega je namreč treba sodbi sodišča v upravnem sporu priznati moč, ki ga na primerih civilnega prava priznavajo že antična izhodišča »*res iudicata ius fecit inter partes*«. To velja tudi za sodbo upravnega sodstva, ki izpodbijani upravni akt odpravlja in nalaga ponovno odločanje v zadevi upravnim organom, pri čemer je vezanost na stališča sodišča iz take sodbe podprta ne le z razlago učinkov materialne pravnomočnosti te sodbe, temveč tudi z izrecno zakonsko določbo.<sup>14</sup> V sodbi je torej izražena posebna, s strani sodišča vzpostavljena pravna norma za konkreten primer upravnega odločanja, temelječa tudi na *lex specialis* ZUS-1, ki je kasnejši, novi zakon brez izrecne določbe o tem, da se mora njegove določbe ne glede na izdano pravnomočno sodbo uporabiti tudi v tovrstnih primerih (ob ustavni vprašljivosti take določitve), ne more razveljaviti.<sup>15</sup> Upravni organ je torej v ponovnem postopku dolžan ravnati po sodbi sodišča, ki mu daje zavezujočo podlago in razlago za uporabo materialnih predpisov (in pravil postopka), in ne na podlagi lastne odločitve o tem, katero pravo je zanj – ob vseh vmesnih in morebitnih spremembah – zavezujoče.

Zato tukaj zastopano stališče temelji na tem, da je v pristojnosti in dolžnosti sodišča, da glede na ustavna načela in pravice strank presodi, katera uporaba prava v ponovljenem postopku pred upravnimi organi zagotavlja uresničevanje navedenih načel in pravic v največji (oziroma vsaj v zadostni) meri. Gre torej za ponovni poudarek, da je določitev pravilne uporabe prava tudi za nadaljnje in dokončno razreševanje spora o javnopravnem oziroma upravnopravnem razmerju med osebami in nosilci pred upravnimi organi v pristojnosti sodišča, ki odloči v upravnem sporu,<sup>16</sup> in ga ni mogoče avtomatično izvesti iz poenostavljenega razumevanja načela zakonitosti (in s poudarkom na *lex posterior*). Sodišče pa se mora s tem vprašanjem tudi vsebinsko soočiti in ga vključiti v del sodne presoje, tako da je iz same sodbe razvidno, na podlagi katerega prava je dolžna odločiti uprava, npr. na podlagi prej veljavnih predpisov ali pa kasnejših sprememb predpisov (novega prava), če to ob upoštevanju navedenih ustavnih vidikov utemeljuje narava zadeve.

To seveda pomeni, da upravni organ od izvršitve navedene sodbe ne sme odstopiti, razen v primerih, ki so pravno posebej utemeljeni, kar poudarja tudi usta-

---

<sup>14</sup> To, da obveznost spoštovanja prava ni zapisana v izreku, ne spreminja pravnih učinkov sodbe; zakaj sodna praksa izrekov ne oblikuje na tak način, pa ostaja odprto vprašanje, saj zakonska ureditev to dopušča, morda celo narekuje.

<sup>15</sup> W. Schenke, nav. delo, str. 523 in 524.

<sup>16</sup> O temeljni funkciji sodišč tudi predsednik Vrhovnega sodišča ZDA Marshall v zgodovinski odločitvi *Marbury v. Madison*, ki je vzpostavila temelje ustavnosodne presoje v sodobnih demokracijah: »*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule.*« Glej *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, Supreme Court of the United States, 5 U.S. 137 February, 1803 Term.



ljena sodna praksa. Vrhovno sodišče izrecno poudarja, da vezanost upravnega organa na tako sodbo ni absolutna,<sup>17</sup> vendar pa to ne pomeni, da lahko kadarkoli odstopi od obveznosti upoštevati pravna stališča, ki izhajajo iz pravnomočne sodbe sodišča v upravnem sporu, saj bi bila taka razlaga ne le v nasprotju z zakonom (64. člen ZUS-1), temveč tudi v nasprotju z načelom pravne države (2. člen Ustave), zato lahko od navedene vezanosti odstopi le izjemoma, in sicer tedaj, ko se za to pojavijo utemeljene pravne okoliščine.<sup>18</sup>

Ob tem se odstop od navedene vezanosti na sodbo sodišča v upravnem sporu ne kaže zgolj kot vidik pravne kulture v našem prostoru in času, temveč tudi kot vprašanje protipravnosti ravnanja upravnih organov. Navedeno velja tudi v primeru vezanosti na precedenčne odločitve Ustavnega sodišča o določeni razlagi določb Ustave ter Vrhovnega sodišča o vprašanih razlage zakonskega prava in prava Evropske unije. Njuna vloga se namreč ne izčrpa v rešitvi konkretnih primerov, temveč je prav v tem, da se ob manjšem številu odločitev začrta in postavi pravno zavezujoča smer odločanja v bodoči sodni in upravni praksi.<sup>19</sup> To toliko bolj velja za zavezanost uprave, ki je podvržena strogemu načelu zakonitosti in ji kot nosilcu oblasti ne pripadata niti svoboda ravnanja niti avtonomija volje, ki zaznamuje odločanje in delovanje zasebnopravnih subjektov. Odstop od navedene precedenčne vezanosti pa je upravnim organom kot strankam upravnega spora seveda bolj omejen, kot velja za (nižja) sodišča, ki jim je zaradi njihovega položaja mogoče priznati širšo možnost razvoja pravne prakse in stališč o uporabi prava.<sup>20</sup>

## 6. SKLEP

Značilnost časovne uporabe prava na področju odločanja uprave je specifična glede na posebnosti tega področja, hkrati pa je spoštovanje pravnih zahtev tudi

<sup>17</sup> Glej npr. sklep Vrhovnega sodišča X Ips 169/2010 z dne 25. 5. 2011.

<sup>18</sup> Glej npr. sodbo Vrhovnega sodišča I Up 183/2016 z dne 29. 6. 2016. Naknadna sprememba zakona je, kot je bilo navedeno, upoštevna zgolj tedaj, če je zakonodajalec izrecno določil, da je treba uporabiti kasneje spremenjen materialni zakon tudi v postopkih, ki po pravnomočni odločitvi v upravnem sporu še niso bili zaključeni.

<sup>19</sup> Ustavno sodišče tako izrecno poudarja, da: »Le če so njegove odločbe obvezne in kot take tudi dejansko učinkujejo, se lahko Ustavno sodišče odzove na ustavne pritožbe in pobude za presojo ustavnosti in zakonitosti ter zagotovi posameznikom in pravnim osebam učinkovito varstvo njihovega ustavnopravnega položaja. Zanikanje obveznosti odločitev Ustavnega sodišča zato pomeni tudi zanikanje pravnega varstva prizadetih pritožnikov oziroma pobudnikov. Spoštovanje sodnih odločb, tudi odločb Ustavnega sodišča, je eden temeljnih postulatov pravne države in srž ustavne demokracije (tako Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-248/08 z dne 11. 11. 2009, Uradni list RS, št. 95/09).« Glej 13. točko obrazložitve odločbe št. U-I-114/11 z dne 9. 6. 2011 (Ur. l. RS, št. 47/11).

<sup>20</sup> Glej J. Zobec, nav. delo.



pomemben pokazatelj pravnosti prostora, v katerem v tem času živimo. Sodiščem v upravnem sporu je treba z vidika zagotavljanja učinkovitega sodnega varstva državljanek in državljanov ter drugih oseb priznati polno sodno avtoriteto tako za opredelitev pravilne uporabe prava pri presoji zakonitosti upravnih aktov kot tudi za določanje obveznosti delovanja upravnih organov, ki tej sodbi sledijo. Ob tem je treba poseben poudarek dati temu, da se sodišče do časovne uporabe prava tako pri svojem odločanju kot tudi pri bodočih usmeritvah upravnega organa v svoji sodbi jasno opredeli, saj s tem daje temelj pravno pravilnemu razreševanju javnopravnih razmerij na upravnem področju.

## **LITERATURA**

- Enrico Follieri: *Le azioni costitutive*, v: Franco Gaetano Scoca et al.: *Giustizia Amministrativa*. G. Giappichelli Editore, Torino 2013.
- Erik Kerševan: *Novi tožbeni zahtevki za povečanje učinkovitosti upravnega spora*, v: *Javna uprava*, 48 (2012) 3/4, str. 69–92.
- Marijan Pavčnik: *Narava pravne države in njene prvine*, v: Marijan Pavčnik (ur.): *Pravna država*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Wolf-Ruediger Schenke: *Die Bedeutung einer nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eintretenden Veränderung der Rechts- oder Sachlage für die Anfechtung des Verwaltungsakts*, v: *NVwZ*, (1986) 7, str. 522–533.
- Michael Sachs: *Komentar k 48. členu*, v: Paul Stelkens; Hans Joachim Bonk; Michael Sachs: *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*. 6. izdaja, C. H. Beck, München 2001.
- Franco Gaetano Scoca: *L'impatto costituzionale and Verso il sistema attuale*, v: Franco Gaetano Scoca et al.: *Giustizia Amministrativa*. G. Giappichelli Editore, Torino 2013.
- Lovro Šturm: *Komentar k 2. členu*, v: Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Jan Zobec: *Vprašanje enotne sodne prakse*, v: *Podjetje in delo*, (2011) 7, str. 1308–1320.

# ČASOVNI VIDIKI V USTAVNOSODNI PRESOJI

Jadranka Sovdat

## 1. ČAS IN USTAVNOSODNA PRESOJA

Na časovne vidike v pravu je mogoče gledati na več načinov. Eno od vprašanj, ki si jih lahko zastavimo, je, ali je čas glede vpliva na izvrševanje poslanstva ustavnega sodišča pri varovanju ustavnih vrednot upošteven dejavnik. Odgovorov, kako in zakaj je časovni vidik ne le upošteven, temveč pomemben ali celo odločilen, je več.

Ustavno sodišče je pri izvrševanju svojih pristojnosti razlagalec ustave, mednarodnih pogodb, zakonov, izvršilnih predpisov, predpisov lokalnih skupnosti in splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil.<sup>1</sup> Kot razlagalec določb, vsebovanih v teh aktih, se srečuje s časovnostjo njihove razlage, kot bi rekel akademik Pavčnik, ki je o tem vidiku razlage zakonov že podrobno razpravljal.<sup>2</sup> Ko gre za razlago ustavnih načel in pravil, ni v temelju nič drugače. Pomembno je, ali ustavni sodnik gleda na ustavne vrednote kot na nekaj, kar je enkrat za vselej ujeto v besedilo ustave glede na čas njene razglasitve, ali gleda na ustavo kot na živ pravni instrument, ki omogoča njegovo prilagajanje družbenim razmeram,<sup>3</sup> te pa se v daljšem času nujno spreminjajo.<sup>4</sup> Prav tako je na eni strani izjemnega pomena ustaljenost ustavnosodne presoje, ki zagotavlja spoštovanje enakosti (v zakonu in pred njim) in pravno varnost ter omogoča zaupanje v (ustavno) pravo. Na drugi strani je pri razlagi ustave enako pomembno spreminjanje stališč, ko je to potrebno. Prvo bi moralo biti pravilo, drugo izjema, ki je potrebna zaradi razvoja (ustavnega) prava, če za to obstajajo resni ustavnopravni razlogi.

Časovnost v navedenih pogledih je gotovo izjemnega pomena za odločanje ustavnega sodišča.<sup>5</sup> Vendar lahko vstop časa v ustavnosodno presojo orišemo še z

<sup>1</sup> V nadaljevanju se zaradi preglednosti besedila govori o predpisih.

<sup>2</sup> Glej M. Pavčnik, nav. delo (2017).

<sup>3</sup> Primerjaj: »The judge may give a statute a new meaning, a dynamic meaning, that seeks to bridge the gap between law and life's changing reality without changing the statute itself. [...] The court [...] realizes the judicial role by bridging the gap between law and life.« A. Barak, nav. delo, str. 5.

<sup>4</sup> O subjektivistično-statični in objektivistično-dinamični razlagi zakona glej M. Pavčnik, nav. delo (2017), str. 472–476. O originalizmu in tekstualizmu pri ugotavljanju pomena ustave glej npr. D. A. Strauss, nav. delo, in J. Zobec, nav. delo.

<sup>5</sup> O časovnih vidikih v francoski ustavnosodni presoji glej Disant, nav. delo. *Conseil constitutionnel* lahko v *a posteriori* kontroli ocenjuje ustavnost zakonov na zahtevo obeh najvišjih jurisdikcij le, če poprej ni opravilo njihove kontrole že *a priori*; pri oceni, ali je bila slednja že opravljena, pa lahko pridejo navedeni vidiki do izraza.

drugih vidikov; strnjeno jih lahko pogledamo materialno ustavnopravno ali procesno ustavnopravno. V materialnem pogledu gre predvsem za nekatera ustavna načela in pravila, katerih udejanjanje je samo po sebi povezano s časovno dimenzijo. Procesni pogled je povezan zlasti s pristojnostmi in pooblastili zadnjega razlagalca ustave v državi ter s pravnimi učinki njegovih odločitev. Ustava Republike Slovenije<sup>6</sup> v obeh pogledih vzpostavlja ustavnopravni okvir, ki ga dopolnjuje zakonodaja.<sup>7</sup> V ustavnosodni presoji pa najdemo številne odločitve, ki napolnjujejo njegovo vsebino.<sup>8</sup> Če analiziramo oboje, že z delnim odstiranjem vsebine tega ustavnega okvira dobimo nekaj pomembnih odgovorov na zastavljeno vprašanje.

## 2. ČASOVNOST V MATERIALNEM USTAVNEM POGLEDU

Nekatera ustavna načela in ustavna pravila nosijo v sebi immanentno časovno komponento. Tako je z zahtevo po obvezni objavi zakonov in drugih predpisov pred njihovo uveljavitvijo, s prepovedjo retroaktivnosti zakonov in drugih predpisov ter z načelom zaupanja v pravo. Našteto ne odraža izčrpno niti tako opredeljenega materialnega ustavnega okvira,<sup>9</sup> še manj mnogo širšega, v katerem glede na okoliščine primera (opredeljene glede na vsebino spodnje in zgornje premise ustavnosodne presoje) čas morebiti ni pomemben dejavnik, v drugačnih okoliščinah pa lahko igra pomembno vlogo.<sup>10</sup>

### 2.1. Veljavnost predpisov in njihova objava

Predpisi obvezujejo. Da bi se ljudje lahko po njih ravnali, jih morajo poznati. Da bi jih lahko spoznali, morajo biti predpisi, preden začno veljati, objavljeni.<sup>11</sup> Šele po tem lahko pride do njihove uveljavitve.<sup>12</sup> Na časovni premici morata biti torej najprej objava predpisa, ki omogoča seznanitev, nato njegova uveljavitev, ki

---

<sup>6</sup> Ur. l. RS, št. 33/91-I in nasl. (v nadaljevanju Ustava).

<sup>7</sup> Zlasti Zakon o Ustavnem sodišču, Ur. l. RS, št. 64/07 – UPB in 109/12 (v nadaljevanju ZUstS).

<sup>8</sup> S čimer soustvarjajo pravo; glej A. Barak, nav. delo, str. 112.

<sup>9</sup> O načelu milejšega zakona iz drugega odstavka 28. člena Ustave, ki je sestavni del načela zakonitosti, zagotovljenega kot človekova pravica, glej npr. M. Pavčnik, nav. delo (2017), str. 482.

<sup>10</sup> Časovnost z vidika zakonske ureditve in časovni vidik v razlogih o dopustnosti posega v človekovo pravico sta lepo vidna v odločbi U-I-85/10 z dne 13. 10. 2011 (Ur. l. RS, št. 90/11), s katero je Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju Ustavno sodišče) odločalo o ustavnosti prekluzivnega objektivnega roka, ki ga ima na voljo otrok za izpodbijanje očetovstva.

<sup>11</sup> O objavi splošnih pravnih aktov, z vidika te razprave predpisov, M. Pavčnik, nav. delo 2015, str. 206–208.

<sup>12</sup> Ustava in njene spremembe začno veljati z razglasitvijo v Državnem zboru (171. in 172. člen Ustave). Tudi javna razglasitev je namenjena seznanitvi ljudi z aktom, ki določa temeljna načela in pravila družbenega sožitja, po razglasitvi pa pride do uradne objave.

prinese obvezujočnost. Le takó lahko ljudje zaupajo v pravo in se ravnaajo v skladu z njim. Zato je Ustavno sodišče to ustavno pravilo povežalo z udejanjanjem načela pravne varnosti.<sup>13</sup>

Pri ugotavljanju narave akta je z vidika, ali gre za predpis, po ustaljeni ustavnosodni presoji formalni kriterij odločil le za zakon, za vse akte nižje ravni, izdane v obliki predpisa, pa je odločil materialni kriterij. Če so v takem aktu vsebovane splošne in abstraktne pravne norme, s katerimi se urejajo pravice ali obveznosti, če te norme navzven povzročajo pravne učinke, gre za (podzakonski) predpis, drugače ne.<sup>14</sup> Zgodilo se je že, da so bili udejanjeni akti, ki bi po svoji naravi morali biti predpisi, vendar niso bili sprejeti kot takšni, niti pred svojo uveljavitvijo niso bili objavljeni. Ustavno sodišče se je znašlo pred dilemo: ali naj se glede na formo akta razglasi za nepristojno za odločanje, ali naj uvidi, da sta vsebina in namen akta pravzaprav doseči učinkovanje kot predpis oziroma da je razlagalec predpisa prekoračil meje njegove razlage in dal »navodilo« uradnim osebam za odločanje, ki v resnici ni pomenilo razlage predpisov, pač pa normiranje. Odločilo se je za drugo pot in vzpostavilo hudo sankcijo, ki je ustavnoprocena pravila izrecno niti ne urejajo. Zahtevata pa jo učinkovitost Ustave in spoštovanje načela pravne varnosti, ki je eno izmed načel pravne države (2. člen Ustave).<sup>15</sup> Ustavno sodišče je v takih primerih odločilo, da izpodbijani akt ni začel veljati in se zato ne sme uporabljati, ker ni bil objavljen v uradnem glasilu.<sup>16</sup> Akt je bil torej pravno neobstoječ.<sup>17</sup> Še posebno skrb vzbujajoči so primeri, kadar take akte sprejemajo ministrstva v obliki navodil, pojasnil ali sklepov, namenjenih uradnim osebam, ki odločajo o pravicah ali obveznostih.<sup>18</sup>

## 2.2. Prepoved retroaktivnosti zakonov in zaupanje v pravo

### 2.2.1. Prepoved retroaktivnosti

Če hoče človek svobodno stopati po poti, ki si jo sam izbere, morajo biti omejitve na tej poti, ki jih pravo postavlja zaradi vpetosti posameznika v družbeno

<sup>13</sup> Glej odločbo U-I-78/00 z dne 6. 6. 2002 (Ur. l. RS, št. 54/02, popr., 58/02, in OdlUS XI, 131). Več o tej ustavni zahtevi L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2002), str. 1024–1039, in L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2011), str. 1363–1370.

<sup>14</sup> Npr. odločba U-I-126/05 z dne 19. 10. 2006 (Ur. l. RS, št. 112/06, in OdlUS XV, 73).

<sup>15</sup> O načelih pravne države glej tudi L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2002), str. 53–90, in L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2011), str. 16–43.

<sup>16</sup> Odločba U-I-283/96 z dne 29. 10. 1997 (Ur. l. RS, št. 70/97, in OdlUS VI, 136).

<sup>17</sup> O tem, da ima taka odločba učinek odprave akta oziroma ugotovitve, da je ta dejansko ničn, ker sploh ne bi smel učinkovati, glej F. Testen, v: M. Pavčnik, A. Mavčič (ur.), nav. delo, str. 237, in S. Nerad, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2011), str. 1491.

<sup>18</sup> Npr. odločbi U-I-126/05 in U-I-463/06 z dne 18. 1. 2007 (Ur. l. RS, št. 8/07, in OdlUS XVI, 5).

skupnost, določene vnaprej. Takó bo lahko zaupal v pravo, takó ga bo pravo varovalo, saj bo lahko svoja ravnanja prilagodil temu, kar pravo od njega zahteva. Logična posledica tega je ustavna zahteva, naj predpisi ne učinkujejo za nazaj (prvi odstavek 155. člena Ustave),<sup>19</sup> četudi naj bi bilo kdaj pa kdaj kaj takega zaželeno<sup>20</sup> ali celo ustavno zahtevano.<sup>21</sup> Ustavno sodišče ponavlja, da ima predpis povratne učinke tedaj, ko je za začetek njegove uporabe določen trenutek pred njegovo uveljavitvijo,<sup>22</sup> ali tedaj, ko je za začetek njegove uporabe sicer določen trenutek po njegovi uveljavitvi, vendar njegove posamezne določbe učinkujejo tako, da za nazaj posežejo v pravne položaje ali dejstva, ki so bili zaključeni v času veljavnosti prejšnje norme.<sup>23</sup>

Ustava pozna izjemo od prepovedi retroaktivnosti, po kateri imajo lahko posamezne zakonske določbe povraten učinek, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice (drugi odstavek 155. člena). Že iz ustavnega besedila je razvidno, da lahko povratno učinkuje le zakonska določba, medtem ko tako učinkovanje predpisov, nižje ravni od zakona, ni dovoljeno. Ustavno sodišče je zato razveljavilo določbo zakona, ki je predvidevala povratno uporabo podzakonskega predpisa.<sup>24</sup> Dela ustavne določbe, ki govori o dopustnem povratnem učinku »posameznih določb zakona« (torej *a contrario*: ne zakona v celoti?), Ustavno sodišče doslej še ni razlagalo; v odločbi U-I-158/11 se je temu lahko izognilo.

Za dopustnost povratnega učinka morata biti kumulativno izpolnjena še dva pogoja: obstoj javne koristi in da ne gre za poseg v pridobljene pravice. Javna korist mora biti po svoji naravi takšna, da upraviči prav povratno učinkovanje zakonske določbe, brez katerega ne bi bilo mogoče doseči zelenega cilja ureditve.<sup>25</sup> Ustavno zahtevo po hkratni prepovedi posega v pridobljene pravice pa je

<sup>19</sup> O ustavni prepovedi retroaktivnosti glej tudi L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2002), str. 1039–1049, L. Šturm, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2011), str. 1370–1383. O pojmu retroaktivnosti, vključno z analizo v slovenskem pravnem redu, glej A. Novak, nav. delo.

<sup>20</sup> Prav tam, str. 171.

<sup>21</sup> Glej odločbo U-I-246/02 z dne 3. 4. 2003 (Ur. l. RS, št. 36/03, in OdlUS XII, 24), s katero je Ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost ureditve statusa državljanov drugih držav, naslednic nekdanje SFRJ, ker tem osebam ni priznavala stalnega prebivanja od dne izbrisa iz registra stalnega prebivalstva – zakon je bil torej protiustaven, ker ni retroaktivno priznal protiustavno vzete pravice.

<sup>22</sup> V tem pogledu tudi Novak govori o pravi retroaktivnosti v ožjem pomenu besede; glej A. Novak, nav. delo, str. 187–188.

<sup>23</sup> Praviloma gre za tako retroaktivnost. Glej npr. odločbo U-I-158/11 z dne 28. 11. 2013 (Ur. l. RS, št. 107/13, in OdlUS XX, 11). Novak jo poimenuje prava retroaktivnost v širšem pomenu; A. Novak, nav. delo, str. 188.

<sup>24</sup> Glej odločbo U-I-185/10, Up-1409/10 z dne 2. 2. 2012 (Ur. l. RS, št. 23/12, in OdlUS XIX, 33).

<sup>25</sup> Glej odločbo U-I-158/11, s katero je Ustavno sodišče razveljavilo zakonsko določbo, ker za retroaktivno uveljavitev dodatnega davka ni bila izkazana javna korist.

Ustavno sodišče s svojo razlago postopoma zmeščalo<sup>26</sup> in pri tem tudi vztraja.<sup>27</sup> V skladu s to razlago pridobljene pravice, ne glede na to, ali gre za človekove pravice ali za pravice, ki nimajo take narave, po drugem odstavku 155. člena Ustave ne uživajo absolutnega varstva. Poseg vanje je dopusten pod pogoji, pod katerimi so splošno dopustni posegi v človekove pravice ali temeljne svoboščine, tj. ob obstoju ustavno dopustnega cilja in če prestandejo t. i. strogi test sorazmernosti.<sup>28</sup>

### 2.2.2. Načelo zaupanja v pravo

Ustava dopušča, da zakon spreminja zakonsko že določene pravice ali pogoje za njihovo uveljavljanje z učinkom za naprej; tu gre za t. i. nepravo retroaktivnost.<sup>29</sup> Spremembe so s časovnega vidika ustavne, če spoštujejo načelo zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave. Kot poudarja Ustavno sodišče, to načelo posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega pravnega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, tj. brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu. Ker gre za ustavno načelo, je bolj dostopno za mogoče omejitve, tako da je treba v vsakem primeru s tehtanjem ustavnih vrednot presoditi, kateri izmed njih dati prednost.<sup>30</sup> Pogosto je Ustavno sodišče štelo zakonsko ureditev za skladno s tem načelom, če je zakonodajalec za uveljavitev nove ureditve predvidel ustrezno prehodno obdobje, v katerem so imele prizadete osebe čas, da se ji prilagodijo.<sup>31</sup>

Spreminjanje zakonske ureditve z veljavnostjo za naprej je sicer temeljna naloga zakonodajalca, s katero sledi ustavnemu načelu prilagajanja prava družbenim razmeram, ki je prav tako eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave. To hkrati pomeni, da lahko zakonodajalec že v izhodišču enake položaje pravnih subjektov na časovni premici zaporednih obdobj različno ureja, ker je to v sami naravi zakonodajnega normiranja. Ustavno sodišče je dvakrat odstopilo od te te-

<sup>26</sup> Glej odločbi U-I-60/98 z dne 16. 7. 1998 (Ur. l. RS, št. 56/98, in OdlUS VII, 150) in U-I-60/99 z dne 4. 10. 2001 (Ur. l. RS, št. 91/01, in OdlUS X, 168). O razlogih proti glej M. Pavčnik, nav. delo (2014), str. 13–16.

<sup>27</sup> Glej odločbo U-I-196/14 z dne 5. 11. 2015 (Ur. l. RS, št. 90/15).

<sup>28</sup> Torej pod pogoji iz odločbe U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003 (Ur. l. RS, št. 108/03, in OdlUS XII, 86), s katero je Ustavno sodišče izoblikovalo navedena testa in na katero se poslej ustaljeno sklicuje.

<sup>29</sup> Glej tudi A. Novak, nav. delo, str. 188–190.

<sup>30</sup> Glej npr. odločbi U-I-187/05 z dne 18. 10. 2007 (Ur. l. RS, št. 101/07, in OdlUS XVI, 77) in U-I-246/13 z dne 21. 4. 2016 (Ur. l. RS, št. 35/16). Glej tudi odločbo U-I-295/13 z dne 19. 10. 2016 (Ur. l. RS, št. 71/16, in OdlUS XXI, 28), v kateri je Ustavno sodišče najprej ugotovilo, da to načelo ustreza načelu varstva legitimnih pričakovanj, ki je splošno načelo prava Evropske unije, ureditev pa je presojalo, čeprav je šlo za področje, urejeno s pravom Evropske unije, z vidika skladnosti z ustavnim načelom.

<sup>31</sup> Tako tudi v odločbi U-I-137/97 z dne 15. 3. 2001 (Ur. l. RS, št. 28/01, in OdlUS X, 43).

meljne usmeritve; najprej v primeru, ko je zakonodajalec v relativno kratkem časovnem obdobju spremenjeno zakonsko ureditev ponovno spremenil tako, da je uveljavil prejšnjo ureditev. Posledica takega normiranja je bila, da so bili posamezniki najprej upravičenci do zakonske pravice, v vmesnem obdobju, ki je upošteveno, ne, po zadnji zakonski ureditvi pa spet da. Ustavno sodišče je zakonodajalcu v teh izjemnih primerih za vmesno obdobje postavilo ustavne meje prav z vidika zahtev načela enakosti v zakonu.<sup>32</sup>

### *2.2.3. Avtentična razlaga*

Poseben problem povratnega učinkovanja prinaša avtentična razlaga zakona, in sicer z dveh vidikov: z vidika samega instituta in z vidika tega, da ga zakonodajalec in drugi normodajalci (zlasti lokalne oblasti) občasno zlorabijo za dosego učinka normativne spremembe, ne da bi spoštovali pravila normodajnega postopka, po katerem se lahko predpis novelira.

Po ustaljeni ustavnosodni presoji se šteje avtentična razlaga, ne glede na njen kasnejši sprejem, za sestavni del predpisa od njegove uveljavitve, pri čemer sama zase ne more biti predmet ustavnosodne presoje, ker naj bi le ugotavljala pravni pomen določbe, na katero se nanaša.<sup>33</sup> Torej povratno učinkuje. Take učinke ji pripiše tudi pravna teorija, ki pravi, da ima enako moč kot predpis (zakon), ki ga razlaga, in z njim tvori pomensko celoto.<sup>34</sup> Ustavno sodišče doslej ni izrabilo priložnosti, da bi se izrecno opredelilo do ustavnosti instituta avtentične razlage zakona, kakršna je uveljavljena v slovenski ureditvi, čeprav so nekateri ustavni sodniki že navedli razloge za njegovo protiustavnost, zlasti z vidika načela ločitve oblasti.<sup>35</sup> Tudi nekateri pravni teoretiki so se že izrekli v tej smeri.<sup>36</sup> Vendar avtentična razlaga, kot je urejena, ni le v neskladju z načelom ločitve oblasti, temveč je problematičen tudi njen retroaktiven učinek. Pred njim naj bi bila varna le pravnomočno zaključena razmerja.<sup>37</sup> Avtentična razlaga torej naj ne bi učinkovala v razmerjih, glede katerih ni na razpolago več nobenih pravnih sredstev v pravnem redu države. Vendar to pomeni le, da avtentična razlaga ni obnovitveni razlog, njena retroaktivnost pa je še vedno lahko skrb vzbujajoča, še posebno ta-

---

<sup>32</sup> Glej odločbo U-I-69/03 z dne 20. 10. 2005 (Ur. l. RS, št. 100/05, in OdlUS XIV,75). Podobno, čeprav tokrat izhajajoč predvsem iz posebne narave pravice do pokojnine, tudi v odločbi U-I-239/14, Up-1169/12 z dne 26. 3. 2015 (Ur. l. RS, št. 30/15, in OdlUS XXI, 2).

<sup>33</sup> Glej npr. odločbo U-I-64/08 z dne 6. 11. 2008 (Ur. l. RS, št. 109/08, in OdlUS XVII, 57).

<sup>34</sup> M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 378.

<sup>35</sup> Glej pritrdilni ločeni mnenji sodnice Sovdatove k sklepu U-I-103/11 z dne 4. 7. 2011 in v isti zadevi k odločbi z dne 8. 12. 2011 ter odklonilno ločeno mnenje sodnice Sovdatove k odločbi U-I-128/11 z dne 14. 2. 2013.

<sup>36</sup> Glej A. Galič, nav. delo, str. 11, in S. Zagorc, nav. delo, str. 293.

<sup>37</sup> Glej M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 378.



krat, ko glede na prejšnjo razlago Vrhovnega sodišča bodisi jemlje pravico bodisi razširja obveznost.

Treba je namreč spomniti na drugi položaj, po katerem Ustavno sodišče opredeljuje retroaktivno učinkovanje zakonske določbe: ko je za začetek njene uporabe sicer določen trenutek po njeni uveljavitvi, vendar učinkuje tako, da za nazaj poseže v pravne položaje ali dejstva, ki so bili zaključeni v času veljavnosti prejšnje norme. Te zaključenosti položaja pa Ustavno sodišče ne razume tako, da gre nujno za pravnomočno zaključeno razmerje, pri čemer v zvezi z njim niso mogoča več nobena, niti izredna pravna sredstva. Zaključenost položaja nastopi že zdavnaj prej.<sup>38</sup> Če vzamemo to v razmislek, se ob izhodišču, da je avtentična razlaga sestavni del zakona vse od njegove uveljavitve, očitno pokaže retroaktivnost njenega učinkovanja. Ta je ob njeni zlorabi še očitnejša.

Državni zbor sprejme avtentično razlago največkrat tedaj, ko se ne strinja s tem, kako je zakonsko določbo razlagalo najvišje sodišče v državi, ki ima zadnjo besedo o razlagi zakona. Sprejme jo z namenom, da z njo obveže Vrhovno sodišče in mu izrecno določi, kako – drugače kot pred uveljavitvijo avtentične razlage (!) – naj zakon razlaga. Vrhovno sodišče je sicer sprejelo stališče,<sup>39</sup> da avtentična razlaga zakona za sodišča sploh ni obvezujoča, ker naj ne bi bila zakon. Omenjal naj bi jo Poslovnik Državnega zbora. Njena neobvezujočnost naj bi izhajala tudi iz načela ločitve oblasti. Sodišča naj bi jo lahko upoštevala, lahko pa tudi ne.<sup>40</sup> Vendar je tu treba opozoriti na dvoje. Najprej na že poudarjeno stališče pravne teorije, da ima avtentična razlaga enako moč kot zakon, ki ga razlaga, in z njim tvori pomensko celoto<sup>41</sup> – torej je iz njega ni mogoče iztrgati in obravnavati drugače. Prav zato tudi iz številnih odločb Ustavnega sodišča jasno izhaja, da je avtentična razlaga predpisa njegov sestavni del, in to vse od njegove uveljavitve. Poleg tega je treba opozoriti še na stališče Ustavnega sodišča o pravni naravi Poslovnika Državnega zbora. Gre za svojevrsten pravni akt. Ker na abstrakten in izviren način ureja razmerja v postopku sprejemanja aktov Državnega zbora, ima v delu, ki ureja ta postopek, hierarhični položaj zakona. Kot takšnega ga je Ustavno sodišče tudi pristojno presojati prav na podlagi pristojnosti za oceno ustavnosti zakona.<sup>42</sup> Postopek za sprejem avtentične razlage zakona je sestavni del 2. poglavja Po-

<sup>38</sup> Kaj je npr. Ustavno sodišče štelo za zaključeno razmerje, glej v odločbi U-I-185/10, Up-1409/10; zadoščalo je, da so stečajni upravitelji opravila, za katera se jim je odmerjala nagrada, dejansko že izvršili pred začetkom uveljavitve norme; ob uveljavitvi zakona o njihovi pravici seveda še ni bilo pravnomočno odločeno.

<sup>39</sup> Glej sklep Cpg 2/2014 z dne 17. 6. 2014.

<sup>40</sup> Tu se sklicuje na ločena mnenja, iz katerih to ne izhaja, in članek A. Galiča, naveden v opombi 36.

<sup>41</sup> M. Pavčnik, nav. delo (2015), str. 378.

<sup>42</sup> Glej odločbi U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997 (Ur. l. RS, št. 24/97, in OdlUS VI, 46) in U-I-84/96 z dne 21. 10. 1999 (Ur. l. RS, št. 95/99, in OdlUS VIII, 224).

slovnika Državnega zbora,<sup>43</sup> ki ureja zakonodajni postopek, torej postopek, po katerem zakonodajalec sprejema svoje (poleg Ustave) najpomembnejše akte. V tretjem odstavku njegovega 152. člena je določeno, da sprejete avtentične razlage ni mogoče spreminjati. Če bi pritrdili stališču Vrhovnega sodišča, bi med drugim prišli do absurdne razlage, da je avtentična razlaga zakona tako rekoč brezpredmetna, ker tistega, ki z avtoritativno močjo razlaga zakone, tako ali tako ne obvezuje. Dejansko pa sta ne le besedilo navedene pravne norme Poslovnika, temveč tudi njen namen prav nasprotna temu, kar pravi Vrhovno sodišče. Na predpise, ki imajo hierarhični položaj zakona, je sodišče vezano (125. člen Ustave), ker jih ima moč izločiti iz pravnega reda le Ustavno sodišče (156. člen in prvi odstavek 160. člena Ustave). Za sodišče sta takó obvezujoča vsebina zakona, katerega sestavni del je avtentična razlaga oziroma s katerim sestavlja pomensko celoto, kot pravi akademik Pavčnik, in tretji odstavek 152. člena Poslovnika Državnega zbora, ki določa nespremenljivost avtentične razlage.

Glede na navedeno bi moralo Vrhovno sodišče zakon, katerega sestavni del je avtentična razlaga, razlagati v vseh še odprtih postopkih pred tem sodiščem tako, kot ukazuje avtentična razlaga, pri čemer ima to sodišče seveda moč s svojo odločitvijo vzeti učinek pravnomočnosti vsaki sodni odločbi, ki je pred njim izpodbijana. Avtentična razlaga takó obvezuje tudi glede vseh dejansko sicer že zdavnaj zaključenih razmerij pred »njeno uveljavitvijo«, dokler v sistemu obstaja kakšno izredno pravno sredstvo, s katerim je mogoče priti do živega pravnomočnim sodnim odločitvam. To poraja vprašanje, ali ne gre v takih primerih že zato za »nedovoljeno povratno razumevanje zakona«, <sup>44</sup> do katerega ne pride zaradi spremembe sodne prakse, temveč je ukazano z zakonodajalčevo avtentično razlago. Ali bi potemtakem Vrhovno sodišče v teh primerih že zaradi povratnega učinka ne smelo soditi po zakonu, katerega sestavni del je avtentična razlaga? Vsekakor pa gre za njeno nedovoljeno povratno učinkovanje, kadar po vsebini spreminja zakon. Zato z avtentično razlago zakonodajalec ne trči le ob 89. člen Ustave, kot pravi Ustavno sodišče, temveč tudi ob prvi odstavek 155. člena Ustave.

Nekaj čisto drugega bi bilo, če bi zakonodajalec avtentično razlago zakonske določbe sprejel v obliki zakona, četudi v skrajšanem zakonodajnem postopku. Tedaj bi bila vzpostavljena kot sestavni del sistema zavor in ravnovesij (ki opredeljuje sólo bistvo načela ločitve oblasti) med zakonodajno in sodno oblastjo.<sup>45</sup> Potem bi ji lahko utemeljeno pripisali enako moč, kot jo ima zakon. Najpomembnejše pa bi bilo prav to, da bi zakonodajalca pri njeni uveljavitvi zavezovala prepoved retroaktivnosti, torej bi lahko avtentična razlaga učinkovala le za naprej in

---

<sup>43</sup> Ur. l. RS, št. 92/07 – UPB in nasl.).

<sup>44</sup> Primerjaj M. Pavčnik, nav. delo (2017), str. 481.

<sup>45</sup> O *overriding statutory interpretation decisions* glej npr. M. R. Christiansen, W. N. Eskridge, Jr., nav. delo.

v odprtih sodnih postopkih (vse do ustavne pritožbe) le na tak način, na kakršnega sicer lahko učinkujejo zakonske spremembe.

#### 2.2.4. Ustavnosodna presoja predustavnih zakonov

S časovnega vidika je zanimivo tudi vprašanje, ali je Ustavno sodišče pristojno presojati predpise, ki so veljali v času obstoja pravne prednice naše države, če bi ti lahko še danes povzročali pravne učinke. Če jih ne povzročajo, vprašanje ni pomembno, ker tedaj sploh ni pravovarstvene potrebe po ustavnosodni presoji. Pristojnost sicer spada v procesni vidik te obravnave. Vendar se hkrati zastavi temeljno vprašanje, kaj je lahko zgornja premisa take ustavnosodne presoje oziroma ali je Ustava za take predpise lahko sploh uporabljiva. V času njihovega sprejema in uveljavitve tedanjega zakonodajalca niso mogle zavezovati bistveno kasneje uveljavljene ustavne zahteve samostojne države, ki je nastala z razpadom pravne prednice. Zato se zdi obravnava tega vprašanja most med materialnimi in procesnimi vidiki časovnosti.

Kdaj gre za predustaven predpis? Ob osamosvojitvi smo bili soočeni z dvema vrstama zakonov in drugih predpisov, ki so bili uveljavljeni pred nastankom samostojne suverene države. V prvo vrsto so spadali vsi tedanji »republiški« predpisi, kot taki pa so se smiselno uporabljali tudi vsi zvezni predpisi, ki so veljali ob uveljavitvi Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije<sup>46</sup> (prvi odstavek 4. člena UZITUL). Vsi navedeni predpisi so v bistvu z osamosvojitvijo postali predpisi samostojne države, ki so kot taki veljali oziroma so se uporabljali, zato o njih ni mogoče govoriti kot o predustavnih predpisih v pravem pomenu besede. Z Ustavnim zakonom za izvedbo Ustave<sup>47</sup> je bil določen dveletni rok za njihovo uskladitev z Ustavo, pri čemer je bila v tem času prepovedana ustavnosodna presoja, razen če so njihove določbe posegale v človekove pravice ali temeljne svoboščine (1. člen UZIU). Po izteku tega roka je bila dovoljena ocena ustavnosti teh predpisov v celoti. V drugo vrsto predpisov, uveljavljenih pred nastankom samostojne države, pa so spadali predpisi, za katere je mogoče nedvomno ugotoviti, da ob uveljavitvi UZITUL niso postali sestavni del pravnega reda novonastale države. Tem je mogoče nadeti oznako predustavni predpisi. Prav za nekatere izmed njih se je zastavilo vprašanje, ali je Ustava lahko merilo njihove ustavnosti, če bi se morali uporabljati v novih postopkih, vodenih v času veljavnosti Ustave.

S takimi primeri se je Ustavno sodišče srečalo nekajkrat. Najprej je šlo za kazensko zakonodajo, uveljavljeno proti koncu druge svetovne vojne in v prvih letih po njej, potem pa še za zakon, ki je leta 1948 retroaktivno vzel jugoslovansko državljanstvo osebam nemške narodnosti.

<sup>46</sup> Ur. l. RS/I, št. 1-6/91 (v nadaljevanju UZITUL).

<sup>47</sup> Ur. l. RS/I, št. 33/91 (v nadaljevanju UZIU).

Glede kazenske zakonodaje je Ustavno sodišče najprej našlo pravovarstveno potrebo za ustavnosodno presojo v časovnih pravilih uporabe zakonov, ki določajo kazniva dejanja.<sup>48</sup> Na njihovi podlagi se lahko tudi neveljaven predpis še vedno uporablja. V primerih, ki so sledili, se je oprlo na posebno določbo, ki omogoča obnovo postopka na kazenskem področju.<sup>49</sup> Ustavno sodišče je vzpostavilo dvojno zgornjo premiso presoje: 1. splošna, od civiliziranih narodov priznana pravna načela,<sup>50</sup> ki so obstajala že v času nastanka in uporabe predpisa, in 2. Ustava. V po tem sprejetih odločbah pa je jasno povedalo, kako je treba razumeti uporabo obeh zgornjih premis: na eni strani se presoja skladnost s splošnimi pravnimi načeli, ki so jih priznavali civilizirani narodi že v času nastanka predpisa, na drugi strani pa mora biti njihova morebitna uporaba v sojenjih v današnjih časih skladna z Ustavo. Skladnost mora biti podana z vidika obeh zgornjih premis. Pri kazenskih zakonih je bila ugotovljena delna neskladnost s prvega vidika – šlo je za uporabo načela *lex certa*.

Zahteva po skladnosti z Ustavo ne pomeni, da je Ustavno sodišče njeno uporabo retroaktivno potegnilo v preteklost. Vzpostavljena je bila kot merilo ustavnosti v »sedanjih« sodnih postopkih. Torej je Ustavno sodišče v morebitnih novih sojenjih vzpostavilo primarnost Ustave, kot ji po sami Ustavi gre, in s tem zahtevo po ustavnoskladni razlagi zakonov<sup>51</sup> – tudi predustavnih; zadošča, da se ti lahko uporabljajo v odprtih postopkih v času veljavnosti Ustave.

Pri oceni ustavnosti povojnega jugoslovanskega zakona o državljanstvu<sup>52</sup> je bilo pomembno to, da je bilo treba za ugotovitev državljanstva osebe uporabiti vse predpise od njenega rojstva do dne, ko je bilo treba ugotoviti državljanstvo – to pa je bil čas podržavljenja premoženja v prvih letih po drugi svetovni vojni. Uporabiti je bilo torej treba tudi predustavni zakon. Tu je Ustavno sodišče pri utemeljevanju pravovarstvene potrebe izrecno poudarilo, da ne gre za oceno ustavnosti predpisa kot takega, pač pa za oceno, ali bi bila njegova uporaba v tekočih pravnih postopkih ustavno dopustna. Pri tem je štelo, da je bilo glede na posebne mednarodnopravne razmere v času druge svetovne vojne in po njej dopustno

<sup>48</sup> Odločba U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994 (Ur. l. RS, 23/94, in OdlUS III, 33).

<sup>49</sup> Po uveljavitvi ZUstS in Zakona o kazenskem postopku (Ur. l. RS, št. 63/94) se je Ustavno sodišče sklicevalo na 416. člen Zakona o kazenskem postopku, ki na podlagi ugotovljene protiustavnosti kazenskega zakona dovoljuje obnovo kazenskega postopka, s tem pa tudi vzpostavlja pravovarstveno potrebo za ustavnosodno presojo. Ustavno sodišče je to določbo v razmerju do 44. člena ZUstS razglasilo za *lex specialis*. Glej npr. odločbe U-I-67/94 z dne 21. 3. 1996 (Ur. l. RS, št. 24/96, in OdlUS V, 31), U-I-249/96 z dne 12. 3. 1998 (Ur. l. RS, št. 29/98, in OdlUS VII, 47), U-I-248/96 z dne 30. 9. 1998 (Ur. l. RS, št. 76/98, in OdlUS VII, 176) in U-I-247/96 z dne 22. 10. 1998 (Ur. l. RS, št. 76/98, in OdlUS VII, 195).

<sup>50</sup> Gre za načela mednarodnega prava; glej M. Škrk, nav. delo, str. 282–283.

<sup>51</sup> O ustavnoskladni razlagi zakonov glej M. Pavčnik, v: M. Pavčnik, A. Novak (ur.), nav. delo (2013), str. 65–101.

<sup>52</sup> Odločba U-I-23/93 z dne 20. 3. 1997 (Ur. l. RS, št. 23/97, in OdlUS VI, 43).

retroaktivno vzeti državljanstvo osebam nemške narodnosti, ki so bile v času okupacije lojalne nemškemu rajhu. Vendar je odločilo, da bi bila uporaba takega predpisa na način, ki bi vzpostavljajal fikcijo nelojalnosti, v neskladju z Ustavo, ker bi danes pomenila nedopustno diskriminacijo oseb na podlagi narodnosti.

### 3. ČASOVNOST V PROCESNEM USTAVNEM POGLEDU

Tudi pri nekaterih procesnih ustavnopravnih institutih igra časovni vidik pomembno vlogo. Do izraza pride še posebno pri pristojnosti Ustavnega sodišča za presojo aktov, ki v času njegove odločitve ne veljajo (več), pa tudi pri pooblastilih in z njimi povezanih pravnih učinkih odločitev varuha Ustave.

Za vsak zakon ali drug predpis, ki ga je slovenski parlament sprejel v času veljavnosti Ustave, nedvomno velja zahteva o skladnosti z Ustavo, tako v času njegovega nastanka (vključno s postopkom sprejemanja<sup>53</sup>) kot v času njegove uporabe; tudi če ob presoji Ustavnega sodišča ne velja več. V tem primeru ga bo Ustavno sodišče ocenjevalo, če bo obstajala pravovarstvena potreba.<sup>54</sup> Ko gre za presojo posamičnih pravnih aktov v postopku z ustavno pritožbo, ko se torej presoja, ali se pri sojenju spoštujejo človekove pravice ali temeljne svoboščine, pa Ustavno sodišče praviloma šteje, da za presojo neveljavnih (neučinjujočih) sodnih odločb pritožnik ne izkazuje pravnega interesa.<sup>55</sup> Vendar je pripravljeno od tega odstopiti v nekaterih izjemnih primerih, še posebno če gre za oceno ustavnosti posegov v tako pomembne človekove pravice, kot je pravica do osebne svobode.<sup>56</sup> Seveda lahko v tem primeru izda le ugotovitveno odločbo o kršitvi.

Časovnost je pomembna tudi pri različnih pooblastilih, ki jih ima Ustavno sodišče, saj lahko zakone in druge predpise razveljavi ali razveljavi z odložnim rokom (do enega leta). Razveljavitev učinkuje za naprej, pri čemer ZUstS pove, kaj naj bi učinkovanje *ex nunc* pomenilo. Razveljavitev predpisa z odložnim rokom prenese odločitev v prihodnost, s tem da lahko nastop tega učinka s svojim normiranjem preseka normodajalec.<sup>57</sup> Podzakonske predpise pa lahko Ustavno sodišče tudi odpravi, kar učinkuje *ex tunc* za ves čas od uveljavitve akta. O ugotovitvi, da je akt, ki ni bil objavljen, pravno neobstoječ, je že bil govor. Že na prvi pogled je torej razvidno, da gre za različne vrste odločitev Ustavnega sodišča, ki v času različno učinkujejo. Če k ustavnemu okviru, vzpostavljenemu z ustavnimi in zakonskimi procesnimi pravili, dodamo še njegovo razlago v odločitvah Ustavnega

<sup>53</sup> Tretji odstavek 21. člena ZUstS.

<sup>54</sup> Člen 47 ZUstS in številne odločitve Ustavnega sodišča, npr. odločba U-I-312/11 z dne 13. 2. 2014 (Ur. l. RS, št. 15/14, in OdlUS XX, 20).

<sup>55</sup> Npr. sklepa št. Up-417/02 z dne 5. 7. 2004, Up-594/05 z dne 8. 9. 2005.

<sup>56</sup> Npr. odločba U-I-50/09, Up-260/09 z dne 18. 3. 2010 (Ur. l. RS, št. 29/10, in OdlUS XIX, 2).

<sup>57</sup> Glej o tem S. Nerad, v: L. Šturm (ur.), nav. delo (2011), str. 1474.

sodišča, se kaj hitro pokaže, da stvari niso tako enostavne, kot so videti na prvi pogled. Vendar vsega navedenega že zaradi omejenosti obsega prispevka ni mogoče izčrпно obravnavati. Zato poskusimo poiskati odgovore le na dve vprašanji, in sicer kako učinkujeta na sodne postopke (takojšnja) razveljavitev zakonske določbe in t. i. način izvršitve odločbe, s katerim Ustavno sodišče začasno stopi na zakonodajno polje.

### 3.1. Časovno učinkovanje razveljavitve zakona na sodne postopke

Ni treba posebej poudarjati, da so v pravni državi odločitve Ustavnega sodišča obvezujoče.<sup>58</sup> Z dnem njihovega učinkovanja zato nastopijo pravni učinki, ki so posledica odločitve. Ustava je za določitev teh pravnih posledic pooblastila zakon (tretji odstavek 161. člena Ustave). V skladu z njim zakonska določba, ki jo Ustavno sodišče razveljavi, naslednji dan po objavi njegove odločbe ne velja več (43. člen ZUstS). Ta pravni učinek nastopi *ex lege*. Vendar to ne velja za t. i. sprožilni primer, ko Ustavno sodišče hkrati razveljavi zakon ter ugotovi ustavni pritožbi in razveljavi z njo izpodbijane sodne odločbe.<sup>59</sup> V tem primeru razveljavitev zakona učinkuje že v hkratnem postopku odločanja o ustavni pritožbi in torej celo pred objavo odločbe Ustavnega sodišča.

Z dnem, ko začne učinkovati razveljavitev zakonske določbe, je lahko odprtih veliko sodnih postopkov, v katerih morajo sodniki sprejeti odločitev prav na podlagi te zakonske določbe, pri čemer je v nekaterih lahko že bila sprejeta pravnomočna sodna odločba, sodni postopki pa tečejo na podlagi izrednih pravnih sredstev oziroma je za njihovo vložitev še odprt zakonski rok. ZUstS v 44. členu določa, da se zakon ali del zakona, ki ga je Ustavno sodišče razveljavilo, ne uporablja za razmerja, nastala pred dnem, ko je razveljavitev začela učinkovati, če do tega dne o njih ni bilo pravnomočno odločeno. Če bi sledili zgolj besedni razlagi navedene določbe, bi razveljavitev zakona učinkovala le na sodne postopke, ki še ne bi bili pravnomočno končani, ne pa npr. na postopke pred Vrhovnim sodiščem, ki praviloma odloča o izrednih pravnih sredstvih zoper že pravnomočne sodne odločitve. Vendar je Ustavno sodišče 44. člen ZUstS razložilo drugače.<sup>60</sup> Bistveno sporočilo njegove odločitve bi lahko zapisali tudi takó: ker je narava vseh izrednih pravnih sredstev, vključno z ustavno pritožbo, takšna, da lahko sodišče, ki o njih odloča, razveljavi pravnomočno sodno odločitev, razveljavitev zakona učinkuje tudi v vseh sodnih postopkih, sproženih na podlagi izrednih pravnih sredstev.

---

<sup>58</sup> Tretji odstavek 1. člena ZUstS. Kot je poudarilo Ustavno sodišče, to izhaja že iz temeljnih ustavnih načel in bi veljalo celo, če ZUstS o tem ne bi imel nobenih določb; odločba U-I-248/08 z dne 11. 11. 2009 (Ur. l. RS, št. 95/09, in OdlUS XVIII, 51).

<sup>59</sup> Glej odločbo U-I-55/04, Up-90/04 z dne 6. 4. 2006 (Ur. l. RS, št. 43/06, in OdlUS XV, 25).

<sup>60</sup> Glej odločbo Up-44/98 z dne 13. 10. 1999 (OdlUS VIII, 297).



Le na prvi pogled torej lahko govorimo o tem, da takojšnja razveljavitev zakona vselej učinkuje naslednji dan po objavi odločbe in *ex nunc*. V resnici v sodnih postopkih, vključno s postopkom z ustavno pritožbo oziroma vse dokler je odprta možnost pravnih sredstev, s katerimi je mogoče sodni odločbi odvzeti učinek pravnomočnosti, učinkuje *ex tunc*. Tako razlago zakona potrjuje ustavnopravni razlog. Sodišča sodijo na podlagi Ustave in zakona (125. člen Ustave). Zakone morajo razlagati ustavnoskladno. Zakona, za katerega Ustavno sodišče ugotovi, da je protiustaven, ni mogoče razlagati ustavnoskladno. Če bi ga bilo mogoče, namreč Ustavno sodišče ne bi smelo ugotoviti njegove protiustavnosti. Zato pa sodišča pri svojem odločanju ne smejo uporabiti zakonske določbe, ki jo je Ustavno sodišče kot protiustavno izločilo iz pravnega reda, sicer bi sodila protiustavno. To velja tudi za Vrhovno sodišče. Seveda pa tudi samo Ustavno sodišče ne sme odločati na podlagi protiustavnega zakona.

### 3.2. Časovni vidiki začasnega stopanja na zakonodajno polje

Slovensko Ustavno sodišče spada med najbolj aktivistična ustavna sodišča, če v okviru tega pojma obravnavamo odločitve, ko ustavna sodišča po opravljeni ustavnosodni presoji za čas, dokler se zakonodajalec ne odzove na njihovo odločitev, določijo t. i. prehodno normo.<sup>61</sup> V domači ustavnosodni presoji ji glede na zakonsko ubeseditev pooblastila (drugi odstavek 40. člena ZUstS) rečemo način izvršitve odločbe. Z njim Ustavno sodišče največkrat začasno uredi vprašanje, ki bi po njegovi odločitvi sicer ostalo neurejeno, da bi zavarovalo pomembne ustavne vrednote, še posebno če bi lahko bile prizadete človekove pravice ali temeljne svoboščine.<sup>62</sup>

Če se Ustavno sodišče tako rekoč prelevi v zakonodajalca in s svojo odločitvijo uveljavi normo z močjo zakona,<sup>63</sup> lahko vzpostavimo pravilo, da ga pri tem Ustava zavezuje na enak način kot zakonodajalca.<sup>64</sup> Ker je zakonodajalcu prepovedano uveljaviti zakonske določbe z retroaktivnim učinkovanjem, mora ta prepoved veljati tudi za Ustavno sodišče. Zato je ob tem, ko je s svojo odločbo razveljavilo obdavčitev nepremičnin,<sup>65</sup> v načinu njene izvršitve, s katero je vzpostavilo prejšnjo ureditev, določilo, da se za leto 2014 odmerja nadomestilo za uporabo stavbnih zemljišč od 1. 4. 2014 naprej, torej po učinkovanju njegove odločitve.

<sup>61</sup> O tem v nemški ustavnosodni presoji M. Klatt, nav. delo.

<sup>62</sup> Več o tem glej J. Sovdat, nav. delo (2016), str. 397–401.

<sup>63</sup> Sklep U-II-3/03 z dne 22. 12. 2003 (OdlUS XII, 101).

<sup>64</sup> Več o tem glej J. Sovdat, nav. delo (2015), str. 1385.

<sup>65</sup> Odločba U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014 (Ur. l. RS, št. 22/14, in OdlUS XX, 22).



Učinkovanje načina izvršitve odločbe, s katero je bila ugotovljena protiustavnost zakona, je zanimivo še z dveh vidikov. Eden je ta, kako način izvršitve odločbe učinkuje na odprte sodne postopke, drugi pa ta, da lahko z njim Ustavno sodišče drugače določi siceršnje učinke svoje odločbe za prihodnje sodno odločanje.

Po ustaljeni ustavnosodni presoji odločba Ustavnega sodišča, s katero je v skladu s prvim odstavkom 48. člena ZUstS le ugotovljena protiustavnost zakona, na prihodnja sojenja učinkuje tako, da sodišče obvezuje *ratio decidendi*, zaradi katerih je Ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost zakona.<sup>66</sup> S tem se zagotavlja enako učinkovanje teh odločb na sojenje, kot ga imajo razveljavitvene odločbe.<sup>67</sup> Predvsem pa se zagotavlja ustavnost sojenja. Lep primer je učinkovanje odločbe, s katero je bila ugotovljena protiustavnost zakonske ureditve, ki ni zagotavljala spoštovanja videza nepristranskosti pri personalni sestavi volilnih odborov na lokalnih volitvah.<sup>68</sup> Upravno sodišče je v celoti sledilo razlogom ustavne odločbe in v volilnem sporu ob tesnem volilnem izidu razveljavilo občinske volitve na nekaterih voliščih, ker sestava volilnih odborov ni zagotavljala videza nepristranskosti. Pritožnik, katerega izvolitev je bila s tem razveljavljena, tako z ustavno pritožbo ni mogel uspeti.<sup>69</sup>

Kako pa je, ko Ustavno sodišče ugotovi protiustavnost zakona in hkrati določi način izvršitve odločbe, s katerim uveljavi (začasno) ureditev z močjo zakona? Zastavi se vprašanje, ali lahko sodišče ta način izvršitve odločbe uporabi pri sojenju, če bi to povzročilo retroaktivnost. Ustavno sodišče je nanj odgovorilo. Najprej je poudarilo, da v temelju ne gre za »problem, ali je bilo določeno ravnanje zakonito v času, ko je bilo storjeno [...], temveč gre za vprašanje, ali je bilo to ravnanje v skladu z Ustavo«. Zato so za sodišče obvezujoči razlogi, ki so narekovali ugotovitev protiustavnosti zakona. Če je Ustavno sodišče hkrati določilo način izvršitve svoje odločbe, ga morajo sodišča razlagati enako kot zakon, vendar pa so obvezna soditi na njegovi podlagi, če bi drugače s svojo odločitvijo kršila človekove pravice.<sup>70</sup> V teh primerih ga morajo uporabiti tudi retroaktivno, da se odpravijo posledice kršitev človekovih pravic (četrti odstavek 15. člena Ustave).

Ustavno sodišče je način izvršitve svoje odločbe uporabilo tudi za to, da je preprečilo prav dosego omenjenih pravnih učinkov ugotovitvene odločbe v prihodnjih sodnih postopkih. Ukazalo je, naj se zakonska določba, za katero je ugotovilo protiustavnost, do njene odprave še naprej uporablja. Tako je npr. ravnalo,

---

<sup>66</sup> Odločba Up-2597/07 z dne 4. 10. 2007 (Ur. l. RS, št. 94/07, in OdlUS XVI, 108).

<sup>67</sup> Odločba Up-624/11 z dne 3. 7. 2014 (Ur. l. RS, št. 55/14, in OdlUS XX, 36).

<sup>68</sup> Odločba U-I-468/06 z dne 17. 5. 2007 (Ur. l. RS, št. 46/07, in OdlUS XVI, 27).

<sup>69</sup> Odločba Up-2597/07.

<sup>70</sup> Glej odločbo Up-624/11. Glej tudi J. Sovdat, nav. delo (2015), str. 1386.

ko je ugotovilo protiuustavnost preiskovanja poslovnih prostorov pravnih oseb brez sodne odredbe,<sup>71</sup> in takrat, ko je ugotovilo protiuustavnost pretiranega omejevanja pravice do pritožbe oškodovanca v kazenskem postopku.<sup>72</sup> Obakrat je obrazložilo, da je potrebna nova kompleksna ureditev, za katero mora poskrbeti zakonodajalec. Učinek je tak, kot bi bil ob razveljavitvi zakona z odložnim rokom, le da v tem primeru protiuustavna ureditev lahko učinkuje dlje od enega leta.<sup>73</sup>

#### 4. SKLEPNO

Čas na številne in različne načine dokaj intenzivno vstopa v ustavnosodno presojo. Med drugim tudi prek ustavnih načel in pravil, katerih udejanjanje je glede na njihovo vsebino povezano s časom. Tako je npr. pri zahtevi po vnaprejšnji objavi predpisov in pravilih o dopustnosti retroaktivnega učinkovanja predpisov, pa najsi gre za pravo ali nepravo retroaktivnost oziroma za spoštovanje načela zaupanja v pravo. Poseben problem povzročajo avtentične razlage zakona (ali drugega predpisa). Način, kako so urejene, ne spoštuje načela ločitve oblasti. Normodajalci jih občasno zlorablajo za dosego noveliranja predpisa. V teh primerih nedvomno učinkuje retroaktivno.

Časovni vidiki igrajo pomembno vlogo tudi na procesnem ustavnopravnem področju. Medtem ko je ocena ustavnosti neveljavnih predpisov pravilo, če jo narekuje pravovarstvena potreba, in to celo, če gre za predustavne predpise, je presoja neučinkujočih posamičnih pravnih aktov izjema v ustavnosodni presoji. Kot takšna lahko prinese zgolj ugotovitev kršitve, če je treba pritožniku ugoditi.

Tehnike odločanja Ustavnega sodišča prinašajo različne časovne učinke. Ustavno sodišče naj bi zakon razveljavilo le z učinkom za naprej, zaradi česar naj razveljavitvena odločba ne bi učinkovala na pravnomočno zaključena razmerja. Vendar to drži le, če ni na razpolago izrednih pravnih sredstev – vključno z ustavno pritožbo – ki lahko izničijo učinke pravnomočnosti. Če so ta na razpolago ali o njih še ni odločeno, razveljavitev učinkuje za nazaj, ker nobeno sodišče ne sme soditi na podlagi protiuustavnega zakona.

Kadar Ustavno sodišče z določitvijo načina izvršitve svoje odločbe začasno stopi na zakonodajno polje, ga zavezujejo enake ustavne zahteve kot zakonodajalca. Vendar lahko s to odločitvijo vzpostavi tudi pravilo, ki naj prepreči kršitev človekovih pravic, četudi je bilo pravno razmerje zaključeno pred njegovo odločitvijo. V takih primerih lahko način izvršitve odločbe učinkuje retroaktivno zaradi odprave posledic kršitve človekovih pravic. Z njim lahko Ustavno sodišče

<sup>71</sup> Odločba U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013 (Ur. l. RS, št. 39/13, in OdIUS XX, 5).

<sup>72</sup> Odločba Up-320/14, U-I-5/17 z dne 14. 9. 2017 (Ur. l. RS, št. 59/17).

<sup>73</sup> Pri določitvi roka po drugem odstavku 48. člena ZUstS ni enoletne omejitve kot pri razveljavitvi z odložnim rokom.

tudi drugače uredi pravne učinke svojih odločitev. Eno in drugo je pomembno za prihodnje sodno odločanje.

Že delno odstiranje časovnih vidikov kaže na njihovo pestrost in hkrati na velik pomen, ki ga imajo v ustavnosodni presoji. Gotovo jih bo treba še raziskovati.

## LITERATURA IN VIRI

- Aharon Barak: *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press, Princeton, Woodstock 2006.
- Matthew R. Christiansen, William N. Eskridge, Jr.: *Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967–2011*, v: *Texas Law Review*, 2014, str. 1318–1514.
- Mathieu Disant, *L'appréhension du temps par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, À propos du changement de circonstances*, v: *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier La Constitutions et le temps*, Lextenso 2017, str. 19–29.
- Aleš Galič: *Arbitrarnost sporov iz koncesijske pogodbe*, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 41–42, str. 11–13.
- Matthias Klatt: *Positive Rights: Who decides? Judicial Review in Balance*, v: *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2015) 2, str. 354–382.
- Aleš Novak: *Retroaktivnost in narava prava*, v: *Pravnik*, 70 (2015) 3–4, str. 171–192.
- Marijan Pavčnik, Arne Mavčič (ur.): *Ustavno sodstvo*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2000.
- Marijan Pavčnik, Aleš Novak (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Marijan Pavčnik: *Časovnost pravne igre, Ob odločbi Ustavnega sodišča RS o dodatnem davku*, v: *Pravnik*, 69 (2014) 1–2, str. 5–18.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava, prispevek k razumevanju prava*. 5., pregledana in dopolnjena izdaja, IUS Software, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Marijan Pavčnik: *Časovnost razlage zakona*, v: *Pravnik*, 72 (2017) 7–8, str. 471–494.
- Mirjam Škrk: *Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča*, v: *Pravnik*, 62 (2007) 6–8, str. 275–311.
- Jadranka Sovdat: *Zavezujoča narava odločb Ustavnega sodišča*, v: *Podjetje in delo*, 41 (2015) 6–7, str. 1374–1387.
- Jadranka Sovdat: *Judicial Activism as an Objective Necessity, from the Perspective of the Slovene Constitutional Court*, v: *Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State, Papers of the international conference organised by the Constitutional Court of Latvia in cooperation with European Commission for Democracy through Law, 26–27 May, Riga 2016, Latvijas Republikas Satversmes tiesa*, 2016, str. 393–404.
- David A. Strauss: *Does the Constitution Mean What It Says?*, v: *Harvard Law Review*, 129 (2015) 1, str. 2–61.
- Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev – A*, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011.
- Saša Zagorc: *Avtentična razlaga zakona*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 72 (2012), str. 273–298.
- Jan Zobec: *O življenju in delu Antonina Scalie (1936–2016)*, v: *Pravnik*, 71 (2016) 3–4, str. 171–189.

# ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA

## *Povzetki*

*Marijan Pavčnik*

### ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA

V naravi prava je, da je prospektivno. Ključno vprašanje je, kako je mogoče utrjevati predvidljivost zakonov ob odločanju o primerih, ki so nastali v preteklosti. Pred sodnikom so štirje temeljni pristopi (skupaj z ustreznimi preoblikovanji), ki so znani kot subjektivistično-statična, subjektivistično-dinamična, objektivistično-statična in objektivistično-dinamična razlaga.

Odločitev vselej sprejemamo tu in zdaj, a to še ne sme pomeniti, da je objektivistično-dinamični vidik *a priori* dominanten. Vodilen je toliko, da nam pomaga najti smer, v kateri naj iščemo odgovore. Smer ni in ne sme biti poljubna. Prava izpeljava je tista, ki zavrača kakršnokoli prepovedano retroaktivno rahljanje zakona, in hkrati tista, ki se je sposobna vprašati, katera rešitev je kar najbolj blizu temeljnim (človekovim) pravicam in pravnim načelom na posameznih pravnih področjih.

**Ključne besede:** prospektivnost prava, subjektivistično-statična razlaga, subjektivistično-dinamična razlaga, objektivistično-statična razlaga, objektivistično-dinamična razlaga, času ustrezna razlaga zakona, prepoved retroaktivne razlage zakona, razlagalna predvidljivost zakona

*Aleš Novak*

### PRAVO V ČASU, ČAS V PRAVU

Razmerje med pravom in časom je zmuzljivo in večplastno. Nedvomno je, da čas (so)določa naše razumevanje pojma prava, njegovo vsebino in razlago. Čas lahko spremeni pravo v nepravo in nepravo v pravo. Bolj zanimiv je drugi vidik tega razmerja. Pravo je zmožno določati in vplivati na naše razumevanje časa. Določa drugačen potek časa, njegovo računanje, retroaktivni predpisi se predstavljajo kot sprejeti v času, ko še niso obstajali, leta, meseci in dnevi pa lahko trajajo več ali manj kot običajno. Prispevek se posveti naravi takšnih pravnih pravil, za katera ugotovi, da niso ne konstitutivna pravila ne pravne fikcije, temveč posebna vrsta pravnih vodil, ki vzpostavljajo novo institucionalno dejstvo. To se razlikuje od drugih (zdravorazumskih, znanstvenih itd.) razumevanj, vendar jih ne odpravlja ali

spreminja. V tem je mogoče prepoznati sposobnost prava, da »grobim« dejstvom pripisuje poseben družben pomen, s tem pa vzpostavlja vzporedni svet prava.

**Ključne besede:** pravo, čas, vedenjsko pravilo, konstitutivno pravilo, fikcija

*Matjaž Ambrož*

### **ČASOVNE DIMENZIJE V KAZENSKEM PRAVU: O PROBLEMU RETROAKTIVNE VELJAVNOSTI PODALJŠANIH ZASTARALNIH ROKOV**

Zastaranje v kazenskem pravu je občutljivo družbeno vprašanje: novice o kazenskih zadevah, ki jih zaradi zastaranja ni bilo mogoče pripeljati do konca, v glavnem naletijo na negativne odzive širše javnosti. Zato je podaljševanje zastaralnih rokov v kazenskem pravu postalo zakonodajni trend zadnjih dveh desetletij v številnih evropskih pravnih sistemih. Ob tem se neizogibno odpira vprašanje režima zastaranja v »prehodnih obdobjih«: ali naj novi (daljši) zastaralni roki veljajo tudi retroaktivno? Ob reševanju te dileme avtor obravnava tri tipične argumentacijske sklope: »naravo« zastaranja, razloge za obstoj zastaranja in bistvo prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu. Avtor pokaže, da gre za vprašanje, ki je v prvi vrsti kriminalitetnopolitično, razprava o njem pa je omejena z načelom zakonitosti, kot je to izpeljano v vsakem posameznem pravnem sistemu. V sklepnem delu prispevka se avtor podrobneje posveti slovenski ureditvi in zagovarja stališče, da bi retroaktivna uporaba podaljšanih zastaralnih rokov nasprotovala jezikovnemu pomenu določbe 7. člena slovenskega Kazenskega zakonika.

**Ključne besede:** čas, zastaranje, podaljšani zastaralni roki, retroaktivnost, načelo zakonitosti, kriminalitetna politika.

*Albin Igličar*

### **RAZLAGE ZAČETKA VELJAVNOSTI, OBVEZNE MOČI IN UPORABE ZAKONA**

Slovenska Ustava (1991) določa, da morajo biti predpisi objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem določeno drugače. Ustava ne pozna razlike med začetkom veljavnosti in začetkom uporabe zakona. Zato za pravni sistem ni dobro, da se odloži uporaba zakona, ki je že postal veljaven. Po besedilu sedanje slovenske Ustave se morata začetek veljavnosti in začetek uporabe zakona prekrivati.

**Ključne besede:** veljavnost zakona, uporaba zakona, moč zakona, objava zakona, *vacatio legis*, pravni sistem

*Tomaž Pavčnik*

## **PREDVIDLJIVOST V CIVILNI PRAVDI**

Retroaktivnost je neločljiva lastnost sodniškega prava. Treba je torej preprečiti njene ustavno nevzdržne posledice. Tej zahtevi bo zadoščeno, če bo pravo, na katerega se opira civilna sodba, takšno, da bi ga povprečen posameznik mogel vnaprej predvideti. Razlaga mora biti zato skladna s temeljnimi načeli, z ustavo ter argumentoma notranje povezanosti in celovitosti pravnega reda. Drug pomemben vidik predvidljivosti se nanaša na ravnanje strank v sami pravdi. Po avtorjevem stališču se problem ne nanaša le na podajanje trditev v luči sodnikove pravne diagnoze, marveč tudi na oblikovanje pravovarstvenih zahtevkov. Sklepni del prispevka opozarja na pomen precedenčne vloge Vrhovnega sodišča za zagotavljanje predvidljivosti v civilni pravdi.

**Ključne besede:** sodniško pravo, precedenčni učinek, retroaktivnost, *Ignorantia iuris nocet*, temeljna načela, materialno pravno vodstvo, vrhovno sodišče

*Rok Čeferin*

## **SPREMEMBE SODNE PRAKSE V CIVILNOPRAVNIH SPORIH IN NJIHOV VPLIV NA PRAVICE STRANK V POSTOPKU**

V prispevku avtor obravnava vpliv spreminjanja sodne prakse med civilnim sodnim postopkom na pravice pravnih strank v tem postopku. Po ustaljeni sodni praksi Ustavnega sodišča Republike Slovenije so sodišča dolžna svojo sodno prakso prilagajati družbenim razmeram. Če sodišča spremenijo svojo sodno prakso med potekom sodnega postopka, lahko taka sprememba sodne prakse pripelje do kršitve pravice pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave Republike Slovenije (Ustava). V skladu z navedeno ustavno določbo se imajo namreč pravne stranke pravico zanesti na to, da bo določena pravna ureditev veljala do konca sodnega postopka. Če se pravna ureditev (pravna norma ali tolmačenje te pravne norme, torej sodna praksa) med postopkom spremeni in če stranke te spremembe ne morejo vnaprej predvideti, lahko pride do kršenja načela pravne varnosti in v njegovem okviru ustavne pravice strank do enakega varstva pravic. Spreminjanje sodne prakse med postopkom tako lahko pripelje do kolizije med pravico pravnih strank do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave in javnim

interesom, ki se kaže v interesu pravnih subjektov in družbe v celoti, da sodišča sodijo na podlagi pravilnega, aktualnim družbenim razmeram ustreznega razumevanja vsebine pravne norme. Avtor v prispevku išče odgovor na vprašanje, kako bi morala sodišča v opisanem primeru ravnati, da bi zagotovila ravnotežje med človekovo pravico in javnim interesom, ki sta v koliziji.

**Ključne besede:** sodna praksa, spremembe sodne prakse, pravica do enakega varstva pravic, 22. člen Ustave, načelo enakosti pred zakonom

*Dragica Wedam Lukić*

### **ČASOVNO VPRAŠANJE V PREHODNIH DOLOČBAH V CIVILNEM PROCESNEM PRAVU**

Na področju procesnega prava na splošno velja, da sodišče uporablja procesna pravila, ki veljajo v času postopka. Glede na to se začnejo zakonske spremembe tudi v postopkih, ki so v teku, uporabljati takoj, ko začnejo veljati. To samo po sebi ni v nasprotju z Ustavo, saj uporaba določenih procesnih pravil ni pridobljena pravica strank. Ne sme pa se zgoditi, da stranka, ki se je zanesla na prej veljavna pravila, nekega procesnega dejanja ne bi mogla več opraviti, ker bi po novem za opravo tega dejanja veljali drugačni (praviloma strožji) pogoji. To bi pomenilo kršitev načela zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države, ogrožena pa bi bila tudi strankina pravica do izjave in do enakega varstva pravic v postopku. Temu se je mogoče izogniti z ustreznimi prehodnimi določbami, s katerimi zakonodajalec določi posebna pravila za časovno veljavnost nekaterih zakonskih sprememb.

**Ključne besede:** civilno procesno pravo, zakon o pravnem postopku, spremembe in dopolnitve zakona, prehodne določbe

*Tilen Štajnpihler Božič*

### **SKLICEVANJE NA TRADICIJO KOT ARGUMENT V PRAVNEM RAZLOGOVANJU**

Pravu v družbi pripisujemo različne funkcije in med njimi običajno najprej omenimo ohranjanje družbenega reda, ki je povezano z vrednotami, kot so pravna predvidljivost in varnost ali stabilnost pravnega odločanja. S temi pravnimi vrednotami je neposredno povezana tudi časovna razsežnost pravne pojavnosti. Kot ugotavljajo nekateri pravni filozofi, je okoliščina, da nas pretekle pravne od-



ločitve, ko so enkrat veljavno sprejete, vežejo, vse dokler jih v ustreznem postopku ne spremenimo, tako temeljni postulat pravnega mišljenja, da ga redko sploh izrecno omenjamo. V tej luči pridobi preteklost v pravnem razlogovanju samostojno moč in je včasih razumljena kot vrednota, ki lahko tudi neodvisno od drugih argumentov prispeva k utemeljitvi pravnih odločitev. Odmev te pietete do preteklosti pa lahko zaznamo tudi v pojmu *tradicija* oziroma *izročilo*. V tem kontekstu je akumulirana »modrost stoletij«, kot se je izrazil Blackstone, ki odseva v (pravni) kulturi in tradiciji neke skupnosti in ki je temelj, na katerem gradimo tudi v svetu prava.

Prispevek ni namenjen celoviti analizi pomena tradicije v pravu nasploh, ampak se osredotoča le na eno razsežnost izročila v pravu. Tradicija je obravnavana kot eno od opornih mest, s sklicevanjem na katerega si (lahko) pomagamo pri utemeljevanju stališč v pravnem argumentiranju. V jedru prispevka je kritično ovrednotenje teoretičnega izhodišča, včasih imenovanega tudi pravni tradicionalizem, ki tradicijo razume kot nedotakljivo dragotino, ki naj ima v pravnem razlogovanju odločilno vlogo.

**Ključne besede:** tradicija, izročilo, pravo, pravno razlogovanje, pravno razlaganje, argumentacija, filozofija prava, sociologija prava

*Erik Kerševan*

## UČINKOVITOST SODNEGA VARSTVA ZOPER NOSILCE OBLASTI V (PROSTORU IN) ČASU

Problem opredelitve in ustalitve avtoritativne sodne razlage zakonov je morda najbolj prisoten prav na področju upravnega prava in na njem temelječega delovanja izvršilne funkcije državne oblasti, saj se najhitreje od vseh pravnih področij prilagaja spremembam in potrebam sodobnega življenja ter s tem povezanim potrebam po varstvu javnega interesa. Navedeno pomeni dvojnost vloge sodišča v upravnem sporu pri zagotavljanju učinkovitosti sodnega varstva zoper nosilce oblasti v (prostoru in) času. Po eni strani je treba vzpostaviti predvidljivost odločanja upravnih organov in sodišč z ustalitvijo razlage zakona in zagotovitvijo ustrezno enake uporabe take razlage – v okviru procesnih možnosti – za vse primere odločanja o pravicah ali obveznostih posameznikov in pravnih oseb. Navedeno je lahko v notranjem konfliktu, saj se razlaga pravilne uporabe zakonov in drugih predpisov s strani upravnih organov in sodišč že zaradi časovnega vidika razlikuje in tudi različno učinkuje v (ne)pravnomočno rešenih zadevah. Po drugi strani pa potreba po učinkovitem sodnem varstvu terja tudi vzpostavitev obveznosti določene razlage prava kot odgovora na pravično odločitev v konkretnem

primeru, torej ne le zaradi splošnih načel – in ne v konfliktu z njimi – temveč zaradi ugotovitve, da bi ob danih pravnih in dejanskih okoliščinah nekega primera drugačna določitev časovne uporabe predpisa vodila do neučinkovitosti zaščite pravic upravičenih oseb pred sodiščem, katerega funkcija je prav v tem, da jim to varstvo v zadostni meri zagotavlja.

**Ključne besede:** upravno pravo, upravni spor, upravno sodstvo, razlaga zakona

*Jadranka Sovdat*

## ČASOVNI VIDIKI V USTAVNOSODNI PRESOJI

Čas je upošteven dejavnik v ustavnosodni presoji. Nekatera ustavna načela in pravila vsebujejo časovne vidike, npr. ustavna zahteva po objavi zakona in drugega predpisa pred njegovo uveljavitvijo, prepoved retroaktivnosti predpisa, spoštovanje načela zaupanja v pravo. Slovensko Ustavno sodišče je s svojimi odločitvami opredelilo njihovo vsebino. Ni pa si zastavilo vprašanja, ali avtentična razlaga zakona protiustavno posega v načelo ločitve oblasti in ali povzroča nedovoljene retroaktivne učinke.

Razveljavitev zakona naj ne bi učinkovala na pravnomočno zaključena razmerja. Vendar sodišča ne smejo soditi na podlagi zakona, ki ga je Ustavno sodišče kot protiustavnega izločilo iz pravnega reda. Zato razveljavitev zakona učinkuje tudi pri odločanju Vrhovnega in Ustavnega sodišča, ki imata pooblastilo za razveljavitev pravnomočne sodne odločbe.

Pri določitvi načina izvršitve odločbe vežejo Ustavno sodišče enake ustavne zahteve kot zakonodajalca, vključno s prepovedjo retroaktivnosti. Redna sodišča morajo način izvršitve odločbe Ustavnega sodišča razlagati enako, kot razlagajo zakone. Vendar ga morajo vselej upoštevati pri sojenju – tudi retroaktivno – če bi sicer s svojo odločitvijo kršila človekove pravice ali temeljne svoboščine.

**Ključne besede:** ustavnosodna presoja, časovni vidiki razlage prava, objava zakona, prepoved retroaktivnosti, zaupanje v pravo, avtentična razlaga zakona, razveljavitev zakona, način izvršitve odločbe Ustavnega sodišča

# TIME-DEPENDENCE OF THE INTERPRETATION OF LAW

## *Abstracts*

*Marijan Pavčnik*

### TIME-DEPENDENCE OF THE INTERPRETATION OF LAW

It is in the nature of law that it is prospective. The key issue is how to reinforce the predictability of statutes when deciding cases that took place in the past. There are four basic approaches (with their corresponding transformations) at the judge's disposal, which are known as subjectivist-static, subjectivist-dynamic, objectivist-static and objectivist-dynamic interpretations.

The decision is always made here and now, yet this must not mean that the objectivist-dynamic aspect is *a priori* the dominant one. It is the leading one in that it helps to find the direction of where to look for answers. This direction is not and must not be an arbitrary one. The correct derivation is the one rejecting any forbidden retroactive loosening of the law and at the same time being capable of enquiring which solution is closest to the basic human rights and legal principles in the individual field of law.

**Key words:** prospectiveness of law, subjectivist-static interpretation, subjectivist-dynamic interpretation, objectivist-static interpretation, objectivist-dynamic interpretation, interpretation in keeping with the times, prohibition of retroactive interpretation of law, interpretative predictability of statutes

*Aleš Novak*

### LAW IN TIME, TIME IN LAW

The precise nature of interplay between law and time is elusive and multifaceted. Undoubtedly, time shapes our understanding of the concept of law, law's content and its interpretation. Time has the power to change law into something unlawful (e.g. statutes of limitations provide that any lawsuit arising from a wrong must be filed within a certain time limit otherwise they will be barred) and something unlawful into law (e.g. by adverse possession). Nonetheless, it is the other aspect of this relationship that is worthy of special attention. Law can and does determine and influence our understanding of time. The law can mandate

the course of time, how the time should be calculated, that the retroactive laws are deemed to have existed prior to their actual adoption or that years, months or days be longer or shorter than we usually take them to be. The article focuses on the nature of such laws and argues that can be explained neither as constitutive rules nor as legal fictions but as a special variety of legal norms who establish a different institutional fact. The legal understanding of time differs but does not abolish or alter other understandings of time (e.g. conventional, scientific etc.). This property of law highlights its ability to ascribe a special sort of social meaning to “brute” facts, thereby establishing a parallel legal world.

**Key words:** law, time, rule of conduct, regulative rule, constitutive rule, fiction

*Matjaž Ambrož*

### **DIMENSIONS OF TIME IN CRIMINAL LAW: ON THE PROBLEM OF THE RETROACTIVE APPLICABILITY OF EXTENDED LIMITATION PERIODS**

The limitation in criminal law is a delicate social issue: news on criminal matters, which have not been brought to an end due to the statute of limitations, are mainly encountered by the negative reactions of the public. Therefore, extending the limitation periods in criminal law has become a legislative trend in last few decades in several European legal systems. This inevitably addresses the question of limitation periods in »times of transition«: should the new (extended) limitation periods be applicable retroactively? While discussing this dilemma the author analyses three typical argumentative approaches: the “nature” of limitation in criminal law, reasons for the existence of this legal institution, as well as the core idea of *nullum crimen, nulla poena* principle. The author argues that the discussed question belongs to considerations of criminal policy, which are, nevertheless bound to the legality principle, as stipulated in each legal system. In the concluding part of the paper, the author devotes attention to the Slovenian legislation and argues that the retroactive application of extended limitation periods would oppose the common meaning of the words in Article 7 of the Slovenian Criminal Code.

**Key words:** time, limitation, extended limitation periods, retroactivity, legality principle, criminal policy.

*Albin Igličar*

## **INTERPRETATION OF THE VALIDITY, MANDATORY POWER AND THE APPLICATION OF THE LAW**

The Slovenian constitution (1991) stipulates that the regulations must be published prior to entering into force. A regulation enters into force on the fifteenth day after its publication unless otherwise determined by the regulation itself. The constitution does not make a distinction between the beginning of the validity of a law and the beginning of a law's application. In fact, postponing the application of an already valid law can have negative consequences for the normal functioning of the legal system. As stipulated by the constitution, the beginning of the validity of a statute and its application must overlap.

**Key words:** validity of a statute, application of a statute, force of a statute, publication of a statute, *vacatio legis*, legal system

*Tomaž Pavčnik*

## **PREDICTABILITY OF THE CIVIL PROCEDURE**

Retroactivity is an inevitable element of judicial lawmaking. Therefore, it is necessary to prevent those effects, which are constitutionally unsustainable. This goal can be achieved, if the normative basis of the judgment can be predicted by an average individual. Therefore the legal interpretation should follow basic principles of the human society, the constitutional values, observing *argumentum a cohaerentia* and *argumentum a completudine*. From the perspective of predictability it is also important that the parties of the civil procedure are aware how to conduct. Hence, the judge's legal diagnoses should be transparent. Such substantive conduct of proceedings is not instant only for the plaintiff to present the relevant facts to the court, but also to form an appropriate claim. The final part of the paper draws attention to the importance of the precedent role of the Supreme Court. This constitutional role is essential to ensure predictability as part of the rule of law.

**Key words:** judicial lawmaking, binding precedent, retroactivity, *Ignorantia iuris nocet*, basic principles, substantive conduct of proceedings, Supreme Court

*Rok Čeferin*

## **CASE LAW CHANGES IN CIVIL LAW DISPUTES AND THEIR IMPACT ON PARTIES' RIGHTS IN THE PROCEEDINGS**

In his article, the author discusses the impact of changing the case-law in the course of civil litigation on the rights of litigants in such proceedings. According to the established case-law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, courts are obliged to adapt their respective case-law to the social situation. If courts change their case-law in the course of judicial proceedings, such a change may lead to a violation of the right of the parties to equal protection of rights under Article 22 of the Constitution of the Republic of Slovenia (hereinafter: the Constitution). In the meaning of the above-mentioned constitutional provision, the legal parties have the right to rely on the fact that certain regulative framework will be in force until the conclusion of the court proceedings. If the legal system (the legal norm or its interpretation, i.e., the case-law) changes during the concrete proceedings and if the parties cannot anticipate such changes in advance, a breach of the principle of legal certainty may occur and, within its framework, the constitutional right of the parties to equal protection could be breached. Changing the case-law in the course of the proceedings can thus lead to a conflict between the right of the parties to equal protection of rights as provided by Article 22 of the Constitution and the public interest exhibited in the interest of the legal entities and society at large for the courts to adjudicate on the basis of the proper understanding of the content of the legal norm aligned with the current social situation. In his article, the author explores responses to the question on how the courts should react to the described case to ensure a balance in the conflict between human right and the public interest.

**Key words:** case-law, changes in case law, the right to equal protection of rights, Article 22 of the Constitution, the principle of equality before the law

*Dragica Wedam Lukić*

## **THE TIME ISSUE IN TRANSITIONAL PROVISIONS OF CIVIL PROCEDURAL LAW**

In the field of procedural law it is a general rule, that courts should apply procedural rules, which are in force at the time of the procedure. According to that, legal changes begin to apply also in proceedings which are in progress, as soon as they come into force. It is not in itself inconsistent with the constitution as the use of certain procedural rules is not an acquired right of the parties. However, it

must not occur that a party, who has relied on the earlier rules, could no longer perform a procedural act due to the fact that for the performance of this act different (usually more rigorous) conditions came into force. That could mean a violation of the principle of protection of legitimate expectations, which is one of the principles of the rule of law and threaten the parties' right to be heard and their right to equal protection of rights in procedure. This can be avoided by means of appropriate transitional provisions by which the legislature provides specific rules for the time validity of certain legislative changes.

**Key words:** civil procedural law, civil procedure act, changes and amendments of the act, transitional provisions

*Tilen Štajnpihler Božič*  
**APPEAL TO TRADITION**  
**AS AN ARGUMENT IN LEGAL REASONING**

One of the principal functions that we ascribe to law is also the preservation of the social order. This function is reflected in certain fundamental legal values, such as legal predictability, legal certainty and the stability of legal decision-making, which are closely connected to the temporal dimension of law. Once a (legal) rule has been validly created, it remains in force until it is changed or repealed in the appropriate procedure. As some legal philosophers have noted this is such a fundamental feature of legal thought that we hardly ever explicitly mention it. In light of this, the past is sometimes understood as a value in itself that has the power or authority to justify legal decisions independently of other considerations. This reverence for the past is usually also reflected in the concept of tradition. In this context, the “wisdom of the ages”, as reflected in (legal) culture and traditions of a community, should therefore be the foundation on which we build also in the world of law.

The paper does not attempt to provide a comprehensive answer to the question of what the place of tradition in law is or should be, but focuses on a more specific issue, namely how tradition can be legitimately invoked in the context of justifying legal decisions. Proceeding from a discussion of the concept of tradition and its place in the theory of argumentation, the paper critically addresses the theoretical position, sometimes referred to as legal traditionalism, which accords tradition a primary role in legal reasoning and understands it as an unchallengeable authority in the legal domain.

**Key words:** tradition, to tradition, law, legal reasoning, legal interpretation, argumentation, philosophy of law, sociology of law



*Erik Kerševan*

## **THE EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION AGAINST STATE AUTHORITIES IN (SPACE AND) TIME**

The problem of defining and stabilizing authoritative judicial interpretation of laws is perhaps most present in the field of administrative law and consequent exercise of the executive function of the State, since it is the fastest of all legal areas to adapt to the changes and needs of modern life and the related demands for the protection of public interest. This implies the duality of the court's role in an administrative dispute in ensuring the effectiveness of judicial protection against the holders of power in (space and) time. On the one hand, it is necessary to establish the predictability of decision-making by the administrative authorities and the courts by stabilizing the interpretation of the law and ensuring that it is applied equally – in the scope of procedural powers – for all cases of decision-making on the rights or obligations of individuals and legal entities. This can lead to a certain incoherence, since the interpretation of the correct application of laws and regulations by the administrative authorities and the courts necessarily differs because of the temporal difference of the decision-making and also differently affects cases which are (not) finally resolved. On the other hand, the need for effective judicial protection also requires a binding determination of a certain interpretation of law to ensure a just and fair decision in a specific case, not only because of general principles – and not in conflict with them – but because a different determination of the temporal application of the law would in legal and factual the circumstances of a given case lead to the ineffectiveness of judicial protection of the rights of the entitled persons – and the function of the courts is precisely to prevent this from happening.

**Key words:** administrative law, administrative dispute, administrative judiciary, interpretation of the law

*Jadranka Sovdat*

## **TEMPORAL ASPECTS OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW**

Time is a relevant factor in the constitutional review. Some constitutional principles and rules contain temporal aspects, such as the constitutional requirement that laws and other regulations be published prior to their enactment, the prohibition of the retroactive effect of regulations, and respect for the principle of trust in the law. The Slovene Constitutional Court has defined the substance of the mentioned principles in its decisions. However, it has not yet addressed

the issues of whether the authentic interpretation of a law violates the principle of the separation of powers or whether such interpretation can lead to prohibited retroactive effects.

The effects of the abrogation of a law should not apply to relations that have been finally decided. However, courts are not allowed to decide on the basis of a law that has been struck from the legal order by a decision of the Constitutional Court. Therefore, the abrogation of a law has effects also in the decision-making of the Supreme Court and the Constitutional Court, which are empowered to abrogate final decisions of the lower courts.

In determining the manner of the execution of its decisions, the Constitutional Court is obliged to observe the same constitutional requirements as the legislature, including the prohibition of retroactivity. The regular courts should interpret the manner of the execution of Constitutional Court decisions in the same manner as they interpret laws. However, in their decision-making the regular courts must apply the manner of the execution of Constitutional Court decisions – even retroactively – so as to avoid violations of human rights and fundamental freedoms.

**Key words:** constitutional review, temporal aspects of the interpretation of law, publication of law, prohibition of retroactivity, trust in the law, authentic interpretation of a law, abrogation of a law, manner of execution of Constitutional Court decisions

## ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA (Imensko kazalo)

### A

Akvinski 37, 54  
Alexander, J. 109, 110, 127  
Alexander, L. 110, 127  
Alexy 111, 112, 113, 127, 129  
Allen 112, 127  
Ambrož 8, 29, 30, 59, 61, 63, 65, 68  
Anderson 111, 127, 128  
Androjna 11, 22, 25, 30, 45, 54  
Antigona 37  
Arhedem 37  
Aristotel 51, 54  
Asholt 62, 64, 68  
Asimov 10  
Atienza 110, 111, 128  
Austin 34, 39, 54  
Avguštin 37, 54  
Ayodeji Alokun 52, 55

### B

Bačić 62, 68  
Bajd 8, 10  
Barak 29, 147, 148, 162  
Barber 42, 54  
Barnett 125, 128  
Barney 57  
Barry 116, 130  
Bartlett 128  
Bavcon 21, 22, 29, 40, 54, 68  
Bayles 34, 54  
Beach 57  
Beever 39, 54  
Belajec 90  
Bele 21  
Benoit, P. J. 130  
Benoit, W. L. 130  
Bentham 34, 54  
Bergant 116, 130  
Berger Škrk 27, 29  
Berghof 57  
Betetto 27, 31, 86, 89

Beulke 68  
Bierling 34, 55  
Birk 11, 12, 13, 31  
Blackstone 110, 122, 128  
Bodenheimer 126, 128  
Bonk 146  
Bourdieu 126, 128  
Bowers 36  
Boyd 125, 128  
Brown 123, 128  
Brožek 113, 130  
Brus 40, 55  
Bulygin 42, 48, 55  
Burk 122  
Bydlinski 11, 12, 29

### C

Canaris 11, 12, 30  
Canivez 128  
Capuder 34  
Cardozo 36, 55  
Cerar 18  
Christensen 12, 30, 115, 128  
Christiansen 154, 162  
Cicero 37, 55  
Cigoj 27, 29, 40, 55, 94, 99  
Coëme 61  
Cohler 56  
Coke 38  
Cotterrell 110, 128  
Crawford 41, 55  
Cross 38, 55  
Cudd 124, 128

### Č

Čapek 9  
Čeferin 8, 91

### D

Damer 116, 117, 128  
Damjan 31, 40, 55

Del Mar 51, 55  
Demosten 38  
Demšar Potočnik 107, 108  
Diels 33, 55  
Dika 90, 100, 107, 108  
Disant 147, 162  
Dolenc 17, 29, 83, 84, 89  
Dreier 41, 55  
Duxbury 38, 55  
Dworkin 39, 55, 121, 122, 128

## E

Edington 43, 55  
Eemeren, van 113, 114, 128  
Einstein 51  
Engel 51, 52, 55  
Engisch 11, 29  
Eskridge 154, 162  
Esser 15, 29  
Evans 44, 55

## F

Fabiani 9  
Fahl 68  
Feteris 111, 113, 128  
Filipčič 29, 30, 68  
Finnis 109, 128  
Fischer 11, 12, 13, 31  
Fleming 42, 54  
Follieri 142, 146  
Frank 39, 55  
French 51, 52, 55  
Friauf 72, 77  
Fuller 38, 54, 55  
Fumilola Babalola 52, 55  
Furlan 13, 29

## G

Gabbay 114, 128  
Gadamer 123, 129  
Galič 27, 29, 31, 84, 85, 86, 87, 88, 89,  
91, 94, 96, 98, 99, 100, 106, 108,  
152, 153, 162  
Gilovich 117, 130

Goethe 15  
Gordon 44, 55  
Gough 117, 129  
Gracijan 34  
Grad 45, 55  
Garssen 114, 128  
Gray 50, 55  
Groarke 115, 129  
Grootendorst 113, 114, 128  
Grossfeld 41, 52, 55  
Guastini 48, 55

## H

Haage 57  
Hallerburg 43, 55  
Halpern 130  
Hample 130  
Hampton 44  
Hampton 55  
Harmon 50, 56  
Harpine 117, 129  
Harris 38, 55  
Hart 34, 54, 56  
Hassemer 29, 30  
Hayman 125, 129  
Heraklit 33, 56  
Higgins 125, 129  
Hobbes 34, 56  
Hobsbawm 121, 129  
Höfling 72, 77  
Holland 34, 56  
Holländer 13, 29  
Hörnle 64, 68  
Hrizep 37  
Hsiao 44, 56  
Huhn 121, 129  
Hum 117  
Huscroft 130  
Husserl 38, 56

## I

Igličar, A. 8, 18, 22, 29, 69, 74, 77, 109,  
129, 130  
Igličar, T. 11

Izidor 34  
Izidor seviljski 33

## J

Janik 111, 130  
Jellinek 35, 56  
Jenks 50, 56  
Jenull 21, 29  
Jerman 130  
Jerovšek 25, 29  
Judd 44, 49  
Juhart, J. 45, 56, 83, 89  
Juhart, M. 40, 46, 56, 57

## K

Kähler 27, 30  
Kalan 51, 54, 129  
Kant 8  
Kantorowicz 13, 30  
Kaučič 45, 55  
Kaufmann 11, 13, 30, 111, 114, 129  
Kelsen 41, 42, 43, 44, 48, 49, 56  
Kerševan 8, 11, 18, 22, 25, 30, 45, 54,  
131, 142, 146  
Keyes 55  
Kirste 11, 30  
Klatt 159, 162  
Klecatsky 56  
Klenner 31  
Kmiec 36, 56  
Knauer 51, 56  
Kocijančič 55, 57  
Koller 11, 30  
Končina Peternel 85, 86, 89  
Koritnik 31  
Korošec 29, 68  
Kovač 25  
Krabbe 128  
Kramer 11, 12, 30  
Kranz 33, 55  
Krbek 24, 30  
Kristan 128, 130  
Kristus 52  
Krivic 24

Kronman 120, 122, 126, 129  
Krygier 109, 110, 117, 129  
Ksenofont 33  
Kudlich 115, 128  
Kušej 11, 12, 30, 50, 56, 69, 74, 75, 76,  
77

## L

Lacey 125, 129  
Lampe 31  
Lamut 55  
Larenz 11, 12, 30  
Lawrence 36  
Levovnik 107, 108  
Lewis 57  
Lobingier 38, 56  
Luban 120, 122, 129  
Luhmann 124, 129

## M

Macagno 116, 117, 130  
MacCormack 38, 56  
MacCormick 12, 27, 30, 34, 56, 111,  
129  
Madison 144  
Mandele 121, 129  
Marbury 144  
Marcic 56  
Marmor 49, 56  
Marshall 144  
Maunz-Dürig 72, 77  
Maurice 44, 49  
Mavčič 149, 162  
Merkl 43  
Mertens 73, 74, 77  
Meuffels 128  
Midas 49, 57  
Miličić 71, 77  
Miller, B. C. 56  
Miller, B. W. 130  
Miller, S. T. 50, 56  
Mlakar 92  
Mohamed 52  
Montesquieu 38, 56

Možina 31, 56, 57, 85, 89

Müller, E. 68

Müller, F. 12, 30

Mussolini 52

## N

Nerad 11, 30, 149, 157

Neumann 29, 30

Nietzsche 127, 129

Novak, A. 8, 11, 30, 31, 32, 33, 150,  
151, 156, 162,

Novak, M. 27, 31

Novoselec 60, 61, 68

Núñez Vaquero 112, 113, 129

## O

Ogorek 38, 56

Olbrechts-Tyteca 118, 129

Oldfather 57

Olivecrona 48, 56

Opocher 44, 56

Ovčak Kos 86, 89

Owen 43

## P

Pavčnik, M. 8, 9, 11, 12, 13, 14, 18, 22,  
27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 43, 48, 50,  
56, 57, 67, 68, 70, 73, 76, 77, 78, 89,  
96, 99, 112, 113, 123, 124, 129, 130,  
132, 146, 147, 148, 149, 151, 152,  
153, 154, 156, 162

Pavčnik, T. 8, 11, 78, 87, 90

Pavlakos 112, 129

Peczenik 111, 129

Pečnik 106

Perelman 118, 129

Perenič 50, 56, 57, 76, 77

Perović 11, 31

Perry 123, 129

Peterson 43

Petražicky 34, 57

Petrovec 68

Pfordten, von der 57

Philipps 13, 31

Pirie 127, 129

Pitamic 36, 57, 75, 77

Platon 36, 37, 57

Polajnar Pavčnik 31, 45, 57

Poscher 49, 57

Postema 11, 31, 122, 130

Pufendorf 34, 57

## R

Radbruch 31, 41, 57

Radice 57

Ranger 121, 129

Raz 35, 48, 57, 111, 124, 130

Razdrih 86, 89

Reed 114, 116, 117, 130

Rieke 111, 130

Risen 117, 130

Roediger 130

Ross 35, 48, 49, 57

Roubier 11, 31

Roversi 49, 57

Roxin 61, 64, 68

Rudinow 116, 130

Rutan 120

Rüthers 11, 12, 13, 14, 27, 31, 36, 57

Rutledge 44, 57

## S

Sachs 140, 146

Saliger 29, 30

Salomon 113

Satzger 68

Saunders 115, 130

Savigny, von 12, 13, 31

Scalia 31, 36, 57, 120, 162

Schambeck 56

Schenke 144, 146

Schneider 114, 130

Schroth 14, 31

Schünemann 18, 31

Scoca 142, 146

Scott 57

Searle 43, 47, 48, 49, 57

Sherwin 110, 127

Shils 109, 110, 123, 130  
Simič 18  
Snoeck Henkemans 114, 128  
Snoj 109, 130  
Sofoklej 37  
Sokrat 36, 37  
Solum 124, 130  
Somló 41, 57  
Sovdat 8, 11, 31, 45, 57, 147, 152, 159,  
160, 162  
Sovrè 57  
Spaulding 43  
Spektorskij 37, 57  
Sprenger 28, 31  
Starch 72, 77  
Stelkens 146  
Stelmach 113, 130  
Sternberg 130  
Stone H. S. 56  
Stone Sweet 36, 57  
Strang 38, 57  
Strauss 147, 162  
Strohsack 46, 57, 93, 99  
Summers 12, 27, 30  
Sumner Maine 39, 56  
Sunstein 46, 57  
Swoboda 68  
Sztompka 109, 127, 130

## Š

Šelih 18, 21, 29, 30, 32, 40, 54, 68  
Šinkovec 24  
Škrk 18, 156, 162  
Šorli, M. 27, 31  
Šorli, T. 11  
Štajnpihler Božič 8, 16, 25, 27, 32, 71,  
77, 88, 90, 109, 110, 112, 130  
Štempihar 40, 50, 57  
Štravs 87, 90  
Šturm 18, 19, 30, 74, 77, 89, 91, 99,  
140, 146, 149, 150, 157, 162  
Šugman Stubbs 45, 57

## T

Testen 18, 27, 31, 149  
Thiercelin 128  
Timokrat 38  
Tittle 116, 117, 130  
Toulmin 111, 130  
Triva 83, 90, 100, 107, 108  
Tuori 118, 130  
Türk 41, 58  
Twinning 55  
Ude 24, 31, 89, 100, 102, 108  
Ulrich 116, 130  
Verheij 128  
Vežjak 116, 130  
Villa 124, 130  
Virk 129  
Vlahek 40, 58  
Vonkilch 69, 70, 77  
Wagemans 128  
Waldron 35, 36, 58  
Walton 114, 116, 117, 118, 130  
Weber 117, 130  
Wedam Lukić 8, 18, 27, 31, 32, 100  
Winkler 11, 32, 38, 45, 52, 58  
Wintgens 71, 77, 112, 130  
Woleński 114  
Wright, von 49, 58  
Xenophon 58  
Zadravec 51, 58  
Zagorc 45, 55, 152, 162  
Zamulinski 39, 58  
Završnik 30  
Zeiller, von 27, 32  
Zgaga 61, 68  
Zobec 87, 88, 90, 145, 146, 147, 162  
Zore 33, 56  
Zupančič, B. M. 21, 80, 90  
Zupančič, K. 15, 32  
Žgur 129  
Žnidaršič Skubic 15, 31, 32



# ČASOVNOST RAZLAGE ZAKONA (Stvarno kazalo)

## A

- a posteriori* kontrola 147
- a priori* kontrola 147
- ab urbe condita* 52
- abdukcija 114
- abstraktni dejanski stan 16, 81
- akademsko leto 52
- amnestija 33
- analogija 114
- analognost 13, 17
- argument
  - avtoritete 118
  - neprava 11
  - pravne države 19
  - tradicije (*argumentum ad antiquitatem*) 113, 115, 117
  - *argumentum ad populum* 116
- argumentativna shema 110, 114, 115, 116, 120
- avtentična razlaga 46, 152, 153, 154, 161
- avtentično besedilo 70
- avtoritativna razlaga 131, 137
- avtoriteta 8, 115, 116, 118, 122, 126, 146
  - prava 43, 127

## B

- božji zakon 33, 34

## C

- civilna pravda 78, 82, 87
- civilno
  - pravo 8, 21, 40, 82, 144
  - procesno pravo 100
  - sodišče 78
- common law* 38
- computatio civilis* 45
- computatio naturalis* 45

## Č

- časovna uporaba prava 105, 131, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 145, 146
- časovna uveljavitev 108
- časovna veljavnost 17, 18, 59, 60, 100, 102
- časovni argument razlage 26, 28
- časovnost razlage 8, 9, 11, 22, 69, 147
- času ustrezen argument 22
- človekovo dostojanstvo 14, 122
- človeški zakon 33, 34, 36, 37
- čustva 117

## D

- dedukcija 114
- deduktivno sklepanje 114, 115
- deklaratorna teorija prava 39
- deklaratorna teorija precedensa 38
- dela prosti dan 20, 45, 119
- demokratska tradicija 118, 123
- denacionalizacija 23
- dialektika 112
- dies nefasti* 45
- dinamična razlaga 11, 12, 15, 25
- diskriminacija 157
- dispozitivno pravo 17, 20, 21, 25, 27
- družbena neenakosti 124
- družinska skupnost 125
- družinsko nasilje 125
- državljska religija (*civil religion*) 123
- državljanstvo 155, 156, 157
- Državno svet RS 116
- Državni zbor RS 69, 119, 121, 148, 153
- duh časa 20, 36

## E

- eksoskelet 9
- ekspresivna teorija kaznovanja 63
- empatija 17

empirična resničnost, svet 35, 43, 44,  
49, 52, 53  
enotna uporaba prava 87  
etična pravila 10  
etika 8, 10  
evropska civilizacija 52  
Evropska konvencija o varstvu  
človekovih pravic in temeljnih  
svoboščin 61, 134  
Evropska unija 73, 119, 134, 145, 151  
Evropsko sodišče za človekove pravice  
61, 106, 134  
*exceptio illegalis* 11

## F

Feministična kritika prava 125  
formalni pravni vir 78, 124  
funkcija kazni 63

## G

gospodarski spori 102, 103  
gradbeno dovoljenje 137

## H

hermenevtično (pred)razumevanje 113  
Hidžra 52  
homeostatični družbeni mehanizem 71  
Hrvaška 61  
humanoidni roboti 8  
humanost 54

## I

*ignorantia iuris nocet* 70, 79  
imperativna teorija prava 34  
indukcija 114  
induktivno sklepanje 114, 115  
invalidnost 92, 94  
islamska verska skupnost 120  
istospolna skupnost 49  
istospolni par 116  
*iura novit curia* 83  
*ius superveniens* 143  
izločitev  
– dokazov 45

– sodnika 105  
izredno pravno sredstvo 25, 93, 103,  
106, 143, 153, 154, 158, 161  
izročilo (*glej tradicija*)  
izvorni namen 124  
izvršba na podlagi verodostojne listine  
102, 103  
izvršilni postopek 92, 94, 95

## J

javni interes 22, 23, 87, 97, 131, 141,  
151  
jezikovna razlaga 12, 14

## K

kazenski postopek 18, 161  
kazenski zakonik 22, 50, 59, 66, 67, 70  
kazensko pravo 21, 27, 59, 64, 65, 66,  
70, 74, 82  
kaznivo dejanje 14, 18, 22, 44, 59, 60,  
61, 63, 66, 67, 74, 156  
kit 44, 49  
klasične razlagalne metode 12  
Kneži kamen 121  
kogentno pravo 17, 18, 20, 25  
kognitivno-psihološki proces 111  
koherentnost 71  
koncentracijsko taborišče 46, 47  
konkretni dejanski stan 12, 13, 17  
konstitutivno pravilo 47, 48, 49, 52, 53  
kriminaliteta 65, 66  
kriminalitetna politika 65, 66, 67  
kritična rasna teorija 125  
kritična teorija prava 124  
kulturna dediščina 117

## L

lastninska pravica 40  
legalitetno načelo 18, 23  
*lex certa* 14, 18, 21  
*lex mitior* 67  
*lex posterior* 144  
*lex praevia* 14, 21  
*lex specialis* 133, 144, 156

- Listina EU 121  
 ločeno mnenje 24, 106, 153  
     – odklonilno 152  
     – pritrdilno 152  
 logična razlaga 12  
 logično sklepanje 113  
 logika 112  
     – formalna logika 114  
     – neformalna logika 115  
 Logos 37
- M**  
 manjšina 125  
     – narodna manjšina 120  
 maščevanje 54  
 matematična konstanta  $\pi$  43  
 materialni pravni vir 35  
 materialni zakon 61  
 materialno pravno vodstvo 82, 83, 84, 86  
 materialno pravo 61, 81, 84, 86, 140, 141, 143  
 materialno-procesno zastaranje 65  
 mednarodno kazensko pravo 61  
 mednarodno pravo 41  
 Meka in Medina 52  
 Menorka 50, 52  
 Merkl-Kelsnova teorija o stopnjevitosti prava 43  
 metoda odrtega sojenja 83  
 Midasov dotik 49  
 milejši zakon 60, 61, 66, 67, 74, 148  
 Ministrstvo za notranje zadeve 23  
 mirovanje postopka 102  
 modrost stoletij 122
- N**  
 načelo  
     – določnosti 18, 19  
     – enakega varstva pravic 20, 83, 89, 140  
     – enakosti pred zakonom 23, 91, 125, 140  
     – enakosti v zakonu 152, 147  
     – hitrosti in ekonomičnosti 81  
     – *lex certa* 156  
     – ločitve oblasti 133, 152, 153, 154, 161  
     – milejšega zakona 21, 22, 148  
     – nepristranskosti 87  
     – notranje povezanosti in celovitosti pravnega reda 79  
     – postopnega uvajanja nove ureditve 18  
     – pravičnosti 135  
     – pravne države 18, 19, 71, 98, 143, 145, 149, 151  
     – pravne varnosti 91, 97, 98, 149  
     – predvidljivosti 26  
     – prepovedi povzročanja škode (*neminem laedere*) 81  
     – prilagajanja prava družbenim razmeram 18, 27, 151  
     – skladnosti 71  
     – sorazmernosti 135  
     – ustavnosti in zakonitosti 11, 70, 71  
     – vestnosti in poštenja 81  
     – zakonitosti 61, 64, 65, 66, 67, 70, 82, 133, 134, 135, 143, 144, 145, 148  
     – zaupanja v pravo 19, 95, 96, 97, 100, 108, 148, 151, 161  
 način izvršitve odločbe 158, 159, 160, 161  
 nadčasnost prava 36  
 namenska (teleološka) razlaga 13, 14  
 namenska veriga 14  
 napaka v argumentaciji 116, 117  
 narava zastaranja 60, 62, 65, 66, 67  
     – materialno pravna narava zastaranja 61  
     – materialno-procesna (mešana) narava zastaranja 62  
     – procesna narava zastaranja 60  
 naravni park 44  
 naravni zakon 8, 37  
 narodnost 157

nasilje nad ženskami 125  
naturalna obveznost 40  
neodvisno in nepristransko sodišče 23  
nepopolna pravna pravila (*leges imperfectae*) 48  
nepoznavanje prava škoduje (*ignorantia iuris nocet*) 79  
nepristransko sojenje 13  
nesklepčnost tožbe 104  
nespremenljiv zakon 37  
nespremenljivo pravo 37, 38, 42  
nespremenljivost 36, 37  
nespremenljivost tradicije 123  
nestalnost človeške identitete 64  
nezastarljivost 60, 61, 64  
ničnost 45  
ničti zakon 10  
Nomotehnične smernice 73  
normativna moč 109  
normativna moč dejanskega 35, 41  
normativna zmota 117  
normativni svet 35, 83  
nujni delež 85

## O

Obči državljski zakonik 73  
običaj 34, 120  
*obiter dictum* 86  
objava (publikacija) 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 148, 149, 158, 159, 161  
objektivistična razlaga 11, 12, 15, 25  
– objektivistično-dinamična razlaga 14, 15, 17, 20, 28, 147  
– objektivistično-statična razlaga 17  
objektivna pravnomočnost 24  
objektivna razlaga 11  
obligacijska razmerja 59  
Obligacijski zakonik 14, 17, 45, 47, 86  
obnova postopka 106, 107, 156  
obsodba 63  
obvezen poskus poravnave 101, 102  
obvezna moč 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76

*occasio legis* 12  
ocena ustavnosti 153, 155, 161  
odložni rok 157, 161  
odmera davka 137  
odprto sojenje 83  
odškodnina 81, 92, 93, 94, 95  
– zaradi telesne poškodbe, prizadetega zdravja ali smrti 93, 94  
oficialna maksima 18  
okrožno sodišče 106  
– Okrožno sodišče v Krškem 92, 93  
opisujoča (deskriptivna) izjava 48  
oporna mesta (topi) 110  
oporoka 14, 15  
originalizem (*originalism*) 42, 147  
ovadba 65

## P

paradigmatičen model prava 33, 34  
partnerska skupnost 125  
plačilni nalog 102, 103, 104  
plačilo dohodnine 138  
podgana 44  
*poena naturalis* 63  
pogodba 14, 44, 45, 53  
pogodbeno pravo 17, 21  
pojem  
– prava 33, 34, 36  
– pravice 34  
pojmovni svet 53  
pokojninska doba 46, 47  
pomensko  
– jedro 13, 15, 16, 28, 123  
– polje 13, 15, 24  
pomoč prava neuki stranki 86  
poravnalni narok 104  
Poravnalni svet 101, 102  
Poslovnik državnega zbora 153, 154  
postopno prilagajanje vsebine prava 39  
pozitivno pravo 64, 72  
praktični diskurz 112  
pravdni postopek 83, 100, 104

- pravica
- »imeti mir« 62
  - do enakega varstva pravic 88, 91, 92, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 108
  - do enakopravnosti 84
  - do izjave 82, 84, 100, 108
  - do kontradiktornega postopka 84
  - do osebne svobode 157
  - do poštenega postopka 139
  - do poštenega sojenja 83
  - do prostega preudarka 23, 24
  - do silobrana 13
  - do sodnega varstva 23, 26, 84, 86, 87, 136, 143
  - države do kaznovanja 61
- pravičnost 63, 80
- pravilno pravo 37
- pravilo
- *lex posterior* 133, 143
  - o dokaznem bremenu 102
  - o pristojnosti 34
- pravna
- dogmatika 113
  - dolžnost 15
  - država 18, 23, 24, 39, 95, 100, 108, 116, 133, 134, 140, 149, 151
  - enakost 21
- pravna fikcija 46, 47, 50, 51, 52, 53, 70, 79, 80
- nelojalnosti 157
  - o neobsojenosti 50
  - umika tožbe 105
  - vročitve 20, 103
- pravna
- hermenevtika 19
  - kultura 145
  - moč 143
  - negotovost 40
  - praznina 15
  - predvidljivost 16, 109
  - resničnost 53
  - subjektiviteta 44
  - varnost 15, 21, 25, 27, 28, 38, 62, 65, 70, 71, 72, 80, 95, 109, 147
- zmota 70
  - znanost 112
- pravni
- idealizem 126
  - interes 102, 157
  - mir 40, 63
  - originalizem 124
  - red 41, 63
  - tradicionalizem 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127
  - vir 80, 87, 88, 98
  - voluntarizem 127
- pravno
- argumentiranje (tudi pravno razlogovanje) 19, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127
  - izročilo 118, 125
  - mnenje obče seje 93, 94, 95, 96
  - nezvezano delovanje 23
  - utemeljevanje 114, 118
- pravno zavarovano upravičenje 15
- pravnomočnost 22, 24, 25, 28
- materialna 141, 144
  - subjektivna 25
- pravosodje 62
- pravovarstvena zahteva 86, 87
- pravovarstveni zahtevke 82
- praznik 45, 119
- precedenčna
- odločitev 145
  - vezanost 145
- precedenčni učinek 78
- precedenčno
- pravo 27
  - sodišče 88, 89, 139
- precedens 87, 88, 120, 133
- predpisujoča (preskriptivna) izjava 48, 49
- pred-pravno razlogovanje 35
- predustavni predpis 155, 156, 161
- predvidljivost (prospektivnost) 15, 16, 17, 18, 20, 24, 27, 38, 70, 71, 78, 79, 80, 81, 82, 87, 88, 97, 98, 124, 131

prehodna  
– določba 100, 101, 102, 103, 104  
– norma 159  
prehodno obdobje 151  
prekluzija 40  
prekluzivni objektivni rok 148  
prepričevanje 114  
preteklost 109, 119, 120, 122, 123, 124, 126  
pridobljene pravice 104, 150, 151  
prihodnost 127  
prilagajanje prava spremenjenim družbenim razmeram 20  
prilagodljivost 25, 36  
primarna  
– dispozicija 79, 81  
– hipoteza 79, 81  
primarno pravilo 34  
primerjalni argument 118  
priposestvanje 40  
pripravljalni narok 103, 106  
procesno  
– gradivo 82, 83, 84  
– pravo 61, 81, 140, 141  
procesno vodstvo  
– formalno 81  
– materialno 82, 103  
programski jezik 87  
promulgacija (glej razglasitev)  
prosti preudarek 22, 23, 24  
publikacija (glej objava)

**R**  
*ratio decidendi* 160  
*ratio legis* 12  
razglasitev 69, 73, 74, 75, 148  
razlaga  
– oporoke 14, 15  
– pogodbe 14  
– prava 35, 36, 38, 39, 41, 42  
– ustave 147  
– zakona 153, 154  
razpravno načelo 83  
razveljavitev predpisa 157, 158, 159, 161

redno pravno sredstvo 143  
*res iudicata* 144  
resocializacija 63, 64  
retorika 114  
retroaktivnost, povratna veljavnost, povratno učinkovanje (retroaktivnost) 16, 17, 20, 28, 46, 52, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 78, 79, 81, 82, 88, 100, 104, 150, 152, 153, 155, 156, 157, 159, 160, 161  
– neprava retroaktivnost 151, 161  
– prava retroaktivnost 135, 150, 161  
– prepoved 148, 149, 150, 154  
revizija 26, 92, 93, 94, 95, 106  
– dopustnost revizije 102, 103, 104, 105  
– dopuščena revizija 87, 88, 106  
– dovoljena revizija 87, 105  
revolucija 40, 41  
Rim 37, 45, 51, 52  
roboetika 10  
robot 9, 10  
rok 45, 49, 53, 161

**S**  
sankcija 18, 79, 81, 103, 105, 149  
sekundarna hipoteza 79, 81  
sekundarno pravilo 34  
sistem zavor in ravnovesij 133, 154  
sistematična razlaga 12  
sklicevanje na tradicijo 109, 115, 116, 121, 122, 125  
Slovenska akademija znanosti in umetnosti 8, 9, 10  
socialni inženiring 127  
sodba  
– dajatvena sodba 78  
– na podlagi odpovedi 102, 105  
– na podlagi pripoznave 102  
– na podlagi spisa 105  
– oblikovalna sodba 78  
– obsodilna sodba 60  
– sodba presenečenja 82

- ugotovitvena sodba 78
- vmesna sodba 105
- zamudna sodba 103, 104, 105
- zaradi izostanka 102, 103, 105
- zaradi odpovedi 105
- zavezovalna sodba 142
- zavrnilna sodba 60
- sodišče
  - *Common Pleas* 50
  - Evropske unije 133
  - *King's Bench* 50
- sodna poravnava 103, 104, 106, 107
- sodna praksa
  - enotna sodna praksa 24, 88, 89, 93, 96, 97, 106
  - odstop od sodne prakse 27, 78, 84, 88, 89, 96
  - sprememba sodne prakse 20, 26, 27, 28, 91, 95, 96, 97, 98, 134, 154
  - ustaljena praksa 24, 28, 78, 97, 120, 139,
- sodna razjasnjevalna oblast 83
- sodna taksa 105
- sodna zmota 62
- sodni nadzor 132, 135
- sodniški aktivizem 36
- sodniški silogizem 83
- sodno leto 52
- sodno pravo 78, 79, 80, 81, 85, 86, 88
- sodno varstvo 85, 86, 131, 132, 137, 139, 144
  - neučinkovito sodno varstvo 137
  - subsidiarno sodno varstvo 132
  - učinkovito sodno varstvo 86, 131, 132, 134, 140, 141, 142, 143, 146
- sojenje v razumnem roku 106
- splošna racionalna razprava 113
- splošna, od civiliziranih narodov priznana pravna načela 156
- splošni racionalni diskurz 117, 126
- splošno praktično razlogovanje, razpravljanje 112
- spodnja premisa 148
- spolna vloga 125
- spomin 33, 43
- spor
  - iz razmerij med starši in otroki 103, 104
  - majhne vrednosti 101, 103, 105, 106
  - polne jurisdikcije 136, 141, 142
- spoštovanje tradicije 116
- spremenljivost prava 37
- starozavezna kultura 51
- statična razlaga 11, 12, 15, 17, 25, 26
- statistika 114
- stipulativna definicija 48
- strogi test sorazmernosti 151
- Stvarnopravni zakonik 40
- subjektivistična razlaga 11, 12, 14, 15, 25, 26
  - subjektivistično-dinamična razlaga 17
  - subjektivistično-statična razlaga 14, 15, 17, 21, 147,
- subjektivna razlaga 11
- Š**
- šah 48, 49
- šahovska pravila 47, 48, 52
- šteto število 51
- T**
- tekstualizem 147
- teleološka redukcija 67
- tempus continuum* 45
- tempus regit actum* 100
- teorija
  - argumentacija 113, 114, 115, 116, 118
  - izvornega namena (*original intent*) 42
  - izvornega pomena (*original meaning, originalism*) 39, 42
  - relativnosti 51
- tetraplegik 92, 95



teza o posebnem primeru 112

tožba

- izbrisna tožba 85, 86
- nasprotna tožba 85
- oblikovalna tožba 85
- paulijanska tožba 86
- stopničasta tožba 106
- za ugotovitev lastninske pravice 86

tožbeni zahtevk 82, 84, 85, 86, 93,

tradicija, izročilo 109, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127

- izumljena tradicija 121

tradicionalistična logika 123

tradicionalno stavbarstvo 121

## U

učinkovitost 41, 72, 75, 106, 137, 139, 141, 149

ugotovitvena odločba 135, 157

umetna inteligenca 87

umetna prekinitvev nosečnosti 121

uporaba predpisa 67, 70, 71, 72, 134

uporabljanje prava 78, 111, 113

upravna odločba 134, 137, 138

upravni

- akt 132, 133, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 146
- organ 73, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146
- postopek 133, 134, 135, 138, 140, 142
- spor 131, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146

upravno

- odločanje 131
- pravo 18, 21, 22, 23, 24, 25, 131
- sodišče 24, 121, 136, 137, 140, 141, 143
- sodstvo 131, 132, 135, 136

upravnosodna

- praksa 139
- presoja 134, 136, 138

upravnosodni nadzor 136, 138

upravnosodno odločanje 138

upravnosodno varstvo 132, 136, 140

Uradni list RS 71, 73, 79, 80

uradno glasilo 69, 70, 72, 149

ustalitev razlage 131

ustaljene metode razlage 118, 140

ustavna pritožba 132, 155, 157, 158, 159, 160, 161

ustavna tradicija 122

ustavni sodnik 147, 152

ustavni zakon 69, 74, 100, 155

ustavno dopusten cilj 151

ustavno pravo 18

ustavnoskladna razlaga 14

ustavnosodna

- praksa 83, 84
- presoja 140, 144, 147, 148, 152, 155, 156, 159, 160, 161, 162

ustavnosodni nadzor 132

ustavnosodno varstvo 132

ustvarjanje prava 38, 39, 42, 43, 123

utemeljevanje 111

*Utile tempus* 45

uveljavitev predpisa 104, 105, 106, 107, 135, 148, 150

## V

vakacijski rok (tudi vakacijska doba, *vacatio legis*) 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76,

varstvo

- osebnih podatkov 118
- zakonitosti 132
- zaupanja v pravo 18, 139

večni zakon, pravo 37, 42

vedenjsko pravilo 46, 47

veleizdaja 22

veljavnost 69, 72, 79

veljavnost predpisa 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 148

- verski praznik 119  
vezanost 144, 145  
– na odločitev 132  
– upravnega organa 143, 145  
videz nepristranskosti 13, 160  
Vidovdanska ustava 75  
višje sodišče 27, 28, 92, 94, 95, 96, 97, 125  
– Višje sodišče v Ljubljani 92, 93, 94  
vladavina prava 15, 16, 18, 19  
volilni spor 160  
volja zakonodajalca 12  
vračilo preplačanega zneska 93, 95  
vrhovno sodišče 26, 27, 62, 85, 86, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 95, 96, 105, 106, 107, 133, 139, 145, 153, 154, 158, 159  
– Vrhovno sodišče RS 11, 13, 20, 21, 61, 88, 92, 93,  
– Vrhovno sodišče ZDA 120, 144  
vsebina prava 35, 36, 39  
vzorčni postopek 105
- Z**  
začetek  
– uporabe 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 107, 108  
– veljavnosti 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 107  
zahteva za varstvo zakonitosti 101, 106  
zahteve notranje moralnosti prava 38  
Zakon o arbitraži 104  
Zakon o dedovanju 15  
Zakon o delovnih in socialnih sodiščih 101  
Zakon o delovnih mestih, na katerih se zavarovalna doba šteje s povečanjem 46, 47  
Zakon o denacionalizaciji 23  
Zakon o dopolnitvah zakona o pravnem postopku 101  
Zakon o državnem odvetništvu 71  
Zakon o državnem pravobranilstvu 71  
Zakon o kazenskem postopku 156  
Zakon o kazenskem postopku 45, 61  
Zakon o kaznivih dejanjih zoper narod in državo 22  
Zakon o obligacijskih razmerjih 93, 94, 95, 96  
Zakon o policiji 23  
Zakon o pravnem postopku 20, 45, 78, 82, 83, 84, 87, 88, 100, 101, 103, 104, 140  
Zakon o sodiščih 89, 101, 118  
Zakon o splošnem upravnem postopku 23, 24, 25, 45, 135  
Zakon o splošni varnosti proizvodov 73  
Zakon o Te awa tupui 44  
Zakon o Te Ureweri 44  
Zakon o temeljnih lastnonskoprnih razmerjih 101  
Zakon o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank 59  
Zakon o upravnem sporu 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145  
Zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav 101  
Zakon o Ustavnem sodišču 148, 156, 158, 159, 160, 161  
Zakon o valorizaciji denarnih kazni za kazniva dejanja in gospodarske prestopke ter drugih denarnih zneskov 102  
Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih 116  
Zakon o zemljiški knjigi 86  
Zakon o žrtvah vojnega nasilja 46  
zakonodajni postopek 69, 73, 75, 76, 111, 154  
zakonska zveza 48, 53, 54, 116  
zakonski dejanski stan 12, 13, 21  
zapor 46  
zapoved suverena 34  
zasebni interes 131  
zastaralni rok 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67  
zastaranje 39, 40, 46, 47, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67

- izvršitve kazni 40
  - kazenskega pregona 40
  - pretrganje zastaranja 46
  - zadržanje zastaranja 46, 47
- zastraševanje 63
- zaupanje v pravo 20, 26, 63, 66, 70,  
140, 147, 149,
- zavarovalnica 92, 93, 94, 95
- zavezujoča narava, moč prava, pravil  
41,48
- zemljiška knjiga 85
- zemljiškknjižni postopek 85
- zgodovinska razlaga 12
- zgornja premisa 96, 148, 155, 156
- zloraba položaja 21, 59
- zmota
- *non sequitur* 117
  - relevance 116
- zunanja zakonodaja 8
- žaljiva vloga 106, 107

## VSEBINA

MARIJAN PAVČNIK

*Časovnost razlage zakona*

ALEŠ NOVAK

*Pravo v času, čas v pravu*

MATJAŽ AMBROŽ

*Časovne dimenzije v kazenskem pravu: o problemu retroaktivne veljavnosti podaljšanih zastaralnih rokov*

ALBIN IGLIČAR

*Razlage začetka veljavnosti, obvezne moči in uporabe zakona*

TOMAŽ PAVČNIK

*Predvidljivost v civilni pravdi*

ROK ČEFERIN

*Spremembe sodne prakse v civilnopравnih sporih in njihov vpliv na pravice strank v postopku*

DRAGICA WEDAM LUKIĆ

*Časovno vprašanje v prehodnih določbah v civilnem procesnem pravu*

TILEN ŠTAJNPIHLER BOŽIČ

*Sklicevanje na tradicijo kot argument v pravnem razlogovanju*

ERIK KERŠEVAN

*Učinkovitost sodnega varstva zoper nosilce oblasti v (prostoru) in času*

JADRANKA SOVDAT

*Časovni vidiki v ustavnosodni presoji*

14,00 EUR



9789612680541