

Marijan Pavčnik

Argumentacija v pravu

Od življenjskega primera
do pravne odločitve

4., pregledana in dopolnjena izdaja

LEXPERA®

GV
ZALOŽBA

Ljubljana 2022

Avtorjevo pojasnilo

Druga izdaja je kot celota pregledana, na več mestih dopolnjena in usklajena s sedanjim stanjem. Od prve se bistveno razlikuje po tem, da je dodano novo poglavje o nadaljnjem razvijanju zakona in prava ter da je v celoti opuščen dodatek k splošnemu delu. Dodatek je vseboval dva primera: civilnopravnega o zlorabi pravice (str. 195–227) in kazenskopravnega o načelu *nullum crimen sine lege certa* (str. 228–260).

V drugi izdaji dodatek nadomešča posebni del. Vanj je vključenih pet prispevkov, ki jih je avtor napisal ob različnih priložnostih, vsem pa je skupno, da so tesno povezani s teorijo argumentacije v pravu. Gre za razprave: Jezik in pravo (2002), Pravičnost in uporabljanje prava (2002), Sprejemanje in utemeljevanje pravnih odločitev (1999), Razlaga (razumevanje) ustave (2003) in Onkraj pravnega pozitivizma (1998). Posamezne od njih se podrobneje ukvarjajo z nekaterimi vprašanji, ki so sicer obravnavana v splošnem delu. Posebno mesto imata zlasti tretja in zadnja razprava. Tretja (Sprejemanje in utemeljevanje pravnih odločitev) je sad več predavanj, ki jih je avtor imel za sodnice in sodnike, in je po svoji naravi, vsaj v določenem in omejenem obsegu, sinteza celotnega dela. Zadnja (Onkraj pravnega pozitivizma) se od drugih razlikuje po tem, da razgrinja teoretična in pravnofilozofska izhodišča, ki se jim odločanje v konkretnih primerih ne more izogniti. Vse razprave so zasnovane tako, da jih je mogoče brati ali kot dopolnitev splošnega dela ali pa kot samostojne prispevke. Intelktualna poštenost terja tudi pojasnilo, da so nekatera stališča in krajši

odlomki iz posebnega dela prevzeti v splošni del, ki želi biti sklenjena celota.

Večina nemških virov, na katere se monografija opira, mi je bila na voljo v času enoletnega študijskega bivanja (1986, 1990) na Inštitutu za filozofijo prava in pravno informatiko Univerze v Münchnu. Novejšo literaturo za drugo izdajo sem deloma zbral na omenjenem inštitutu in v Centru za interdisciplinarno raziskovanje Univerze v Bielefeldu. Obe ustanovi sem večkrat za krajši čas obiskal kot štipendist *Ustanove Alexandra von Humboldta*. Moji gostitelji in diskusijski družabniki so bili zasl. prof. dr. dr. h. c. mult. *Arthur Kaufmann* (1923–2001), zasl. prof. dr. *Lothar Philipps*, prof. dr. dr. h. c. mult. *Bernd Schöne-mann* in prof. dr. *Gerhard Sprenger* (1933–2012). Humboldtovi ustanovi, imenovanim profesorjem in kolegom na inštitutu se iskreno zahvaljujem za prijazno pomoč, ki so mi jo nudili.

Besedilo druge izdaje je jezikovno pregledala prof. dr. *Monika Kalin Golob*, ki ima izostren posluš za pravno izrazje. Spoštovani kolegici se prav tako iskreno zahvaljujem za pomoč in nasvete.

Moji diskusijski družabniki so, upam, korektno in pošteno navedeni v seznamu uporabljene literature, v samem besedilu in v opombah pod črto. Med viri ni sodnic in sodnikov, katerih sodbe sem pregledoval, in razgovorov z družinskimi člani, ki so pogosto vedeli, kaj sem počel.

Marijan Pavčnik

Ribčev Laz, julija 2004

* * *

Nova (tretja) izdaja je kot celota pregledana, rahlo spremenjena in dopolnjena.

Obseg literature je čedalje obsežnejši in je težko pregleden. Avtor sledi miselni zasnovi dela in ga zato dopolnjuje z novejšo

literaturo zlasti na tistih mestih, kjer opozarja na nove vidike. Novejša literatura je še posebej pomembna povsod tam, kjer gre za novejše in nove izdaje del avtorjev, ki so bili že upoštevani v prvi in drugi izdaji te monografije.

Nova izdaja navaja kopico sodnih (zlasti ustavnosodnih) odločb. Pregled sodne prakse je vse prej kot popoln. Avtorjeva težnja je bila, da posamezne argumente problemsko strukturira in jih, kjer je to le mogoče, osvetli s praktičnimi primeri. Težišče je pri naravi argumenta in pri povezavah med njimi. Če to naravo dobro poznamo, najdemo tudi smer, bi rekel Aarnio, v katero je treba kreniti.

Posebni del knjige je bistveno spremenjen in dopolnjen. Iz njega sem izločil prispevka Sprejemanje in utemeljevanje pravnih odločitev in Onkraj pozitivnega prava, dodal pa sem razpravi Krhkost človekovega dostojanstva in (Ne)etičnost prava, pravnikov in pravoznanstva. Na koncu posebnega dela so teze (Odziv na Antigoin izziv), ki so še ostale od sicer izločene razprave Onkraj pravnega pozitivizma.

V posebni del bi sodile tudi razprave Narava pravne države in njene prvine, Ustavnoskladna razlaga (zakona) in Zakonsko (ne)pravo. Te tri razprave so za zdaj našle mesto v drugih knjigah in zbornikih.* V posebni del bi sodila tudi razprava Pravni in ustavni temelji prava,** ki je bila objavljena v kolektivnem delu Ustavno sodstvo (2000). To delo je že pošlo in čaka na morebitno novo izdajo, ki bo morala biti kot celota posodobljena.

* Narava pravne države in njene prvine, v: *Marijan Pavčnik* (ur.): *Pravna država*. Ljubljana 2009, str. 29–55, *Ustavnoskladna razlaga (zakona)*, v: *Marijan Pavčnik, Aleš Novak* (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana 2013, str. 65–101, in *Zakonsko (ne)pravo*, v: *Zbornik za Alenko Šelih*. Ljubljana 2013 (v tisku).

** *Pravni in ustavni temelji prava*, v: *Marijan Pavčnik, Arne Mavčič* (ur.): *Ustavno sodstvo*, Ljubljana 2000, str. 391–431.

Med splošnim in posebnim delom so na nekaterih mestih prekrivanja. V naravi stvari je, da so prispevki v posebnem delu namenjeni tudi samostojnemu branju.

Način navajanja literature in drugih virov sledi vzorcu iz prve izdaje. Izjema sta novi razpravi, ki sta vključeni v posebni del; ti ohranjata način navajanja (iz prve objave).

Ta izdaja je za Josipa, Vena, Zarjo in Pavla.

Marijan Pavčnik

Ribčev Laz, julija 2013

* * *

Četrta izdaja ohranja delitev na splošni in posebni del.

Splošni del je kot celota pregledan in malenkostno dopolnjen oziroma spremenjen.

Razprave, ki so v posebnem delu, ohranjajo prvotno obliko in vsebino. Z izjemo več napotitev na druga avtorjeva dela vanje nisem posegal. Razprave so pisane problemsko in jih je mogoče brati tudi kot samostojne prispevke.

V posebni del bi spadalo še več drugih razprav, ki so večinoma že našle mesto v avtorjevih knjigah *Iskanje opornih mest* (2017) in *Razumevanje prava. Nova oporna mesta iz zadnjih let* (2021). Tema se pridružuje še kolektivno delo *Pravne panoge in metodologija razlage prava*, ki sva ga zasnovala in uredila Aleš Novak in podpisani. To delo je prav tako uvrščeno v knjižno zbirko *Pravna obzorja* in bo izšlo domala sočasno z novo (četrto) izdajo *Argumentacije v pravu*.

Stvarno kazalo je pripravil univerzitetni kolega Aleš Novak. Spoštovanemu kolegu se za dragoceno pomoč prijateljsko zahvaljujem.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, maja 2022

Vsebina

Avtorjevo pojasnilo	5
Inhaltsverzeichnis	17

A. SPLOŠNI DEL

I. Normativna konkretizacija namesto »uporabljanja prava«	27
1. Ideologija »uporabljanja prava«	27
2. Pravno odločanje kot sestavina stopnjevitosti prava	33
3. Normativna konkretizacija namesto uporabljanja prava	36
II. Prvine normativne konkretizacije zakona	39
1. Od življenjskega primera do pravne odločitve	39
2. Konkretni dejanski stan	42
3. Abstraktni (zakonski) dejanski stan	48
4. Pravna odločitev kot vrednotna sinteza	52
III. Razlaga kot (re)konstrukcija pravnega pravila	57
1. Savignyjeva teorija razlage zakona	57
2. Pojem razlage zakona	62
3. Pomen splošne hermenevtike za razlago zakonskega besedila	67
4. Metode razlage	70
4.1. Jezikovna razlaga	70

4.1.1.	Narava jezikovne razlage	70
4.1.2.	Zakonski jezik	75
4.2.	Logična razlaga	83
4.3.	Sistematična razlaga	88
4.4.	Zgodovinska razlaga	92
4.5.	Namenska (teleološka) razlaga	99
5.	(Besedni) rezultat razlage	104
6.	Razmerje med metodami razlage	108
7.	Odziv v slovenski in nekdanji jugoslovanski teoriji	112
8.	Pomen pravnih načel	115
9.	Odrpta vprašanja	116
9.1.	Vprašanje »naravnega reda« med sestavinami razlage	116
9.2.	Vloga teleološke razlage	120
9.3.	Pomen objektivistično-dinamičnega načina razlage	121
9.4.	Prispevek teorije argumentacije	122

IV. Nadaljnje razvijanje zakona in prava

	(Poroznost zakona in nad njim, a v mejah pravnih načel)	125
1.	Poroznost in nepopolnost zakonskega besedila	125
2.	Pomen pravnih načel	129
2.1.	Narava pravnih načel	129
2.2.	Relativnost razločevanja med pravnimi pravili in pravnimi načeli	138
2.3.	Razsežnost pravnih načel	143
3.	<i>Argumentum a cohaerentia</i> (Povezanost in medsebojna usklajenost formalnih pravnih virov)	145
4.	(Ne)popolnost zakonov in drugih formalnih pravnih virov	150
4.1.	(Ne)popolnost objektivnega prava	150
4.2.	Pravne praznine	152

4.2.1.	Načrtovane (notranje) praznine v zakonih ..	152
4.2.2.	Klasične pravne praznine ali praznine v zakonih	155
4.2.2.1.	Načelna opredelitev	155
4.2.2.2.	Načini zapolnjevanja	158
4.2.3.	Pravne praznine v širšem pomenu besede ..	161
4.2.4.	Pravne praznine v prenesenem pomenu besede	166
4.3.	Argumenti za zapolnjevanje nepopolnosti v zakonih in drugih formalnih pravnih virih	167
4.3.1.	<i>Argumentum a simili ad simile</i>	167
4.3.1.1.	Pojem	167
4.3.1.2.	Analogija <i>intra legem</i>	168
4.3.1.3.	Zakonska analogija	170
4.3.1.4.	Pravna analogija	171
4.3.1.5.	Pomen zakonske in pravne analogije	172
4.3.1.6.	Posebnosti v kazenskem pravu	173
4.3.2.	Argument teleološke redukcije	177
4.3.3.	<i>Argumentum a contrario</i>	179
4.3.4.	<i>Argumentum a fortiori (argumentum a maiori ad minus, argumentum a minori ad maius)</i> ..	183
5.	Še nekateri drugi argumenti	186
5.1.	Uvod	186
5.2.	Argument pravne države	187
5.2.1.	Splošna vprašanja	187
5.2.2.	(Ne)političnost pravnega odločanja in pravna država	195
5.3.	Načelo sorazmernosti	201
5.4.	Argument neprava	208
5.5.	Argument precedensa	212
6.	Še ekskurz: narava avtentične razlage zakona	221

V. Med normativnim in dejanskim, dejanskim in normativnim	227
1. Uvod	227
2. »Potovanje pogleda sem in tja«	228
3. Dvostopenjsko »potovanje pogleda sem in tja«	231
4. Sestavljenost »gibanja« med normativnim in dejanskim	234
5. Tipična norma in tipični primer kot vezna člena	238
6. Prepoznavanje in (tako imenovani) pravni občutek kot »temelj« pravne odločitve	241
7. »Narava stvari« kot <i>tertium comparationis</i>	247
8. Sklep	251
9. Še ekskurz: temeljne oblike pravne argumentacije	253
VI. Okrog »pravnega silogizma«	259
1. »Pravni silogizem« kot problemsko ogrodje	259
2. Odprta vprašanja	261
2.1. Razlaga zakona: zakonski dejanski stan	263
2.2. Razlaga življenjskega primera: konkretni dejanski stan	265
2.3. Povezava med obema ravnema: med dejanskim in normativnim	267
3. »Pravni silogizem« kot racionalni okvir odločanja ..	268
VII. Utemeljitev pravne odločitve	271
1. Formalna in vsebinska utemeljenost pravne odločitve	271
2. Argumenti v pravu	273
3. Zbiranje procesnega gradiva (priprava za pravno odločitev)	277
4. Pravovarstvena odločba	282
5. Glose k utemeljitvam sodnih odločitev	284
6. Od tu dalje: ena ali več možnih rešitev?	294

VIII. Smeri teorije argumentacije	301
1. Uvod	301
2. Od pojmovne prek interesne do vrednotne jurisprudence	302
3. Viehwegova topična jurisprudence	311
4. Perelmanova nova retorika	314
5. Alexyjeva teorija racionalnega pravnega razpravljanja	318
6. Aarnijev pravnocivilizacijski racionalizem	325
7. Dworkinovo cesarstvo prava kot razlagalna celota ..	332
8. Namesto sklepa	338

B. POSEBNI DEL

I. Jezik in pravo

(Čemu razprava o jeziku in pravu?)	343
1. Misel in beseda	343
2. Jezikovnost prava	344
3. Nekatera odprta vprašanja	348
3.1. Predmet pravnega urejanja	348
3.2. Pomenska določljivost	349
3.3. Dvodimenzionalnost jezika	349
3.4. Hierarhičnost pravnega jezika	352
3.5. Kontekst razumevanja	352
3.6. Pomensko jedro in rob dvoma (Hart)	353
3.7. Objektivistični način razlage	353
4. Jezik pravne znanosti in jezik pravne obrazložitve ..	356
Literatura	359

II. Krhkost človekovega dostojanstva

(Ob odločbi U-I-109/10-11 Ustavnega sodišča RS)	363
---	-----

III. Pravičnost in uporabljanje prava	375
Literatura.....	382
IV. Razlaga (razumevanje) ustave	385
1. Primeri iz ustavnosodne prakse	385
2. Metodološka (ne)soglasja.....	387
3. Odprtost razlagalnih argumentov	389
4. Klasični razlagalni argumenti	391
4.1. Uvod	391
4.2. Jezikovna razlaga	391
4.3. Logična razlaga	393
4.4. Sistematična razlaga	395
4.5. Zgodovinska razlaga.....	398
4.6. Namenska (teleološka) razlaga.....	400
5. Še nekateri drugi argumenti in vidiki razumevanja ustave	403
5.1. Uvodno pojasnilo	403
5.2. Jezik in narava ustave	403
5.3. Pravna načela	405
5.4. Pomen temeljnih (človekovih) pravic	409
5.4.1. Sporočilna moč ustave	409
5.4.2. Osrednjost človekovega dostojanstva.....	409
5.4.3. Človeška mera je sočloveška mera	412
5.4.4. Vse, kar ni prepovedano in zapovedano, je dovoljeno.....	414
5.4.5. Temeljne pravice kot pravna načela.....	415
5.5. Prispevek ustavnosodne prakse in (kritične) pravne teorije	416
Literatura.....	420
V. (Ne)etičnost prava, pravnikov in pravoznanstva	427
1. Uvod.....	427

2.	Pravna dogmatika, njen predmet in njene omejitve ..	429
3.	Apologetski in znanstveni pravni pozitivizem	430
4.	Zasnova pozitivnopravne znanosti.	432
5.	»Nevrednost« pravoznanstva	434
6.	Argumenti neprava, pravnih načel in razumevanja pravnih pravil.	436
6.1.	Ugovor neprava.	436
6.2.	Ugovor pravnih načel.	442
6.3.	Ugovor razumevanja pravnih pravil	443
7.	Nesporazumi in netočnosti pri razumevanju pravnega pozitivizma	445
8.	Konflikt vrednot.	447
9.	Moralna kritika prava	449

VI. Odziv na Antigonin izziv

(Teze o naravi prava)	453
-----------------------------	-----

Argumentation im Recht

Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung

(Zusammenfassung)	457
-------------------------	-----

Literatura	493
------------------	-----

Imensko kazalo	539
----------------------	-----

Stvarno kazalo (Aleš Novak)	549
-----------------------------------	-----