

Aleš Novak,
Marijan Pavčnik (ur.)

Sodniško pravo

M. Accetto, S. Bardutzky, N. Betetto, M. Brkan, M. Cerar,
A. Galič, P. Gorkič, J. Kranjc, A. Novak, M. Pavčnik,
T. Pavčnik, T. Štajnpihler Božič, P. Štih

LEXPERA®

GV

ZALOŽBA

Ljubljana 2023

Avtorji

dr. Matej Accetto

*izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
predsednik Ustavnega sodišča RS*

dr. Samo Bardutzky

izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

mag. Nina Betetto

sodnica Vrhovnega sodišča RS

dr. Maja Brkan

sodnica na Splošnem sodišču Evropske unije

dr. Miro Cerar

redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

dr. Aleš Galič

redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

dr. Primož Gorkič

*izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
sodnik Vrhovnega sodišča RS*

dr. dres. h. c. Janez Kranjc

*zaslužni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
izredni član SAZU*

dr. Aleš Novak

docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

dr. Marijan Pavčnik

redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, redni član SAZU

Tomaž Pavčnik

sodnik Vrhovnega sodišča RS

dr. Tilen Štajnpihler Božič

docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

dr. Peter Štih

*redni profesor na Filozofski fakulteti Univerze v Ljubljani,
redni član in predsednik SAZU*

Predgovor

Živimo v času sodniškega prava.

Ko je pred dobrima dvema stoletjema francoska revolucija pometla z vsem starim, je kot temeljno organizacijsko počelo pravnega ustroja države ustoličila tudi idejo *delitve oblasti*. V tedanjem razumevanju je to pomenilo dosledno ločevanje različnih vidikov pravne dejavnosti: zakonodajna veja pravo ustvarja, izvršilna ga izvršuje, sodna pa *razlaga*. Načelo delitve oblasti je danes vogelni kamen prevladujoče večine sodobnih ustavnih ureditev in vodilo, ki mu sledijo druge oblike povezovanja, kot so mednarodne organizacije ali naddržavne skupnosti.

Ideal, zasnovan v dobi razsvetljenstva, ohranja svojo privlačnost. Strah pred kopičenjem oblastnih pristojnosti v rokah ene osebe ali organa bi moral biti danes prav tako živ kot v času Montesquieuja ali Locka. Kot vsak ideal pa se pri svojem udejanjanju sooča z neizprosno resničnostjo.

Razsvetljsko razumevanje delitve oblasti odmerja sodniku zamejeno vlogo. Sodnik je poklican k temu, da poskrbi za prevod zakonodajalčevih napotkov v resnično življenje. Da – v tem omejenem obsegu – pravo *razlaga*. Kaj kmalu je postalo jasno, da je ta na videz preprosta naloga bistveno zahtevnejša. Pomenska odprtost jezika od sodnika zahteva ustvarjalno zapolnjevanje vrzeli med abstraktnostjo zakona in konkretnostjo spornih primerov. Če je bila pomenska odprtost sprva dokaz za zakonodajalčevo nepozornost, je sčasoma postala zakonodajalčevo zatočišče. Ob soočanju s čedalje bolj zapleteno družbeno

resničnostjo so za zakonodajalca generalne klavzule in raztegljivi (elastični) pojmi postali način, da se izogne težavnemu iskanju ravnovesja in to vse prej kot lahko nalogo preloži na sodnika. Taka rešitev je bila v sozvočju z duhom časa, vse bolj nestrpnim do stare maksime *dura lex, sed lex* in vse bolj odprtim za iskanje pravičnosti v vsakem konkretnem primeru.

Ko danes v stoletje starih pisanjih nemških svobodnopравnikov prvič zasledimo zamisel, da bi sodnik moral stopiti iz sence zakonodajalca in iz njegovega služabnika postati njegov sodelavec, gre pri tem manj za opis težko dosegljivega cilja in bolj za opis resničnosti, ki je obstajala že tedaj.

Sodniško pravo je danes vsenavzoča pojavnost. Pravni red oblikuje celo pomembneje kot marsikateri vidik kodificiranega prava, saj pomensko izrazito odprti temeljni pravni viri – kot so ustava ali mednarodne pogodbe – s svojo nedoločnostjo taktirko nadaljnega razvijanja prava prepuščajo v roke sodnikom. Prav sodnik – zato tudi govorimo o sodniškem in ne sodnem pravu – postaja *spiritus agens* sodobnega prava.

Pričujoče delo nikakor ni pionirsko, poskuša pa ponuditi morda najbolj celovito, poglobljeno in kritično oceno tega pomembnega pojava v sodobni slovenski pravni misli. Kolektivno delo avtorjev iz akademskih vrst in prakse, med katerimi so predstavniki domačih in tujih najvišjih sodišč, obravnava številna pomembna vprašanja. Namen tega dela ni ponuditi dokončne odgovore – kaj takega je za akademska dela napačen cilj –, temveč soočiti različne poglede, ugotoviti točke soglasja in opredeliti pomembna vprašanja, o katerih se pogovor nadaljuje. Urednika upava, da sva ta cilj dosegla in da smo avtorji slovenski strokovni in morda tudi splošni javnosti ponudili izhodišča za boljše razumevanje prava v vseh njegovih pomembnih razsežnostih.

Aleš Novak in Marijan Pavčnik

Ljubljana, maja 2023

Kazalo

Predgovor	5
Uvodna beseda predsednika SAZU, akademika dr. Petra Štiha	15
I. Glose ob sodniškem pravu	
<i>(Marijan Pavčnik)</i>	19
1. Uvod	19
2. Pomoč metodologije pravnega vrednotenja	21
3. Sodelovanje med teorijo in prakso, prakso in teorijo	23
4. Kritični pogledi profesorja Rùthersa	24
5. Povezava z zasnovo prava	26
6. Evidenčni stavki	27
7. Iskanje tipične pravne rešitve	28
8. Zavezujočnost in obveznost sodniškega prava	30
Literatura	33
II. Sodišče EU kot (so)ustvarjalec prava EU	
<i>(Maja Brkan)</i>	37
1. Uvod	37
2. Razlogi za sodni aktivizem Sodišča EU	38
3. Vrste sodniškega ustvarjanja prava v EU	40
3.1. Ustvarjanje prava kot zapolnjevanje sistemskih pravnih praznin	40

3.2. Ustvarjanje prava kot zapolnjevanje nesistemskih pravnih praznin	45
3.3. Ustvarjanje prava kot vodilo zakonodajalcu in problem meja sodne pristojnosti	53
4. Namesto sklepa: pogled v prihodnost	59
Literatura	64

III. Sodniški kozmopolitizem? Sklicevanje na tuje sodniško pravo v slovenski ustavnosodni presoji

<i>(Tilen Štajnpihler Božič, Samo Bardutzky)</i>	69
1. Uvod	69
2. Pojemovni in metodološki okvir raziskave	71
3. Razsežnost uporabe tujega sodniškega prava	76
4. Od sodišča k sodnikom in sodnicam: odločbe in ločena mnenja	78
5. Centri moči in smeri vpliva: na koga se sklicuje Ustavno sodišče	82
6. Kako je videti sklicevanje na tuje sodno pravo	86
6.1. Izvorno in izvedeno sklicevanje	87
6.2. Splošno in individualizirano sklicevanje	89
6.3. Neposredno in posredno sklicevanje	90
6.4. Golo in razčlenjeno sklicevanje	92
7. Tuje sodniško pravo v kontekstu: človekove pravice in institucionalna vprašanja	94
8. Vloga tujega sodniškega prava v razlogovanju Ustavnega sodišča	97
9. Sklep	102
Literatura	103

IV. Strateško pravljanje in strateško razsojanje?

<i>(Matej Accetto)</i>	109
1. Uvod	109
2. Sodniki kot strateški akterji	114
3. Sodne strategije	118
3.1. Metode razlage zakona kot sodne strategije ...	118
3.2. Sodni strategiji utemeljitve in pomiritve	119
3.3. Sodne strategije izogibanja in izmikanja	121
3.4. Sodni strategiji preudarnosti in postopnosti. ...	123
4. Sodne strategije in čezmejno pravo	126
4.1. Sodišča in globalno pravo	126
4.2. (Čezmejni) sodniški dialog	128
Literatura	131

V. Jamstva glede enotne sodne prakse kot del pravice do poštenega sojenja

<i>(Aleš Galič)</i>	137
1. Uvod	137
2. Doktrina Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od uveljavljene sodne prakse	138
3. Jamstva glede enotnosti sodne prakse v praksi ESČP	144
3.1. Temeljna izhodišča	144
3.2. Neenotna praksa, pravna varnost in zaupanje javnosti v delovanje pravosodja	145
3.3. Zahteva po obrazložitvi odstopa od enotne sodne prakse	148
4. Komentar in dodatne opombe	150
4.1. Odstop od enotne sodne prakse	150
4.2. Ko enotne sodne prakse še ni – rešitev ni v »hitenju k enotnosti«	152
4.3. Rešitev niso »odprta vrata« na Vrhovno sodišče	154

4.4. Enotnost sodne prakse in javna funkcija vrhovnih sodišč.	156
4.5. Nevarnost nekritičnega sklicevanja na »precedense« in pomanjkanje večšine razlikovanja	159
5. Sklep.	166
Literatura	167

VI. Sodnikova (ne)vezanost na podzakonske splošne akte in *exceptio illegalis*

(<i>Miro Cerar</i>)	169
1. Uvod	169
2. Sodnikova vezanost na pravo	171
3. Sodnikova vezanost na ustavo in zakon	175
4. Sodnikova vezanost na druge formalne pravne vire..	179
5. Sodnikova vezanost na podzakonske splošne akte...	181
6. <i>Exceptio illegalis</i>	187
7. Vezanost na podzakonske splošne akte z vidika načela pravne enakosti	190
8. Sklep	195
Literatura	196

VII. Pretorjevo ustvarjanje novega prava v postopku

(<i>Janez Kranjc</i>)	199
1. Uvod	199
2. Pretor	201
3. Postopek pred pretorjem	205
4. Pretorjev edikt	208
5. Mehanizem ustvarjanja novega prava	212
6. Sklep.	219
Literatura	220

VIII. Civilnopravni instituti in ustava kot vir sodniškega prava

(Tomaž Pavčnik)	223
1. (Ne)utemeljena skepsa do sodniškega prava	223
1.1. Vprašanje splošne veljavnosti sodniškega prava	223
1.2. Argument delitve (ločitve) oblasti	224
1.3. Načelo zakonitosti in prepoved retroaktivnosti	226
1.4. Strah pred sodniško samovoljo in pravna predvidljivost	226
2. Kaj nam pove pogled v zgodovino	227
3. Točka <i>binding de facto</i>	230
4. Meje sodniškega in meje zakonskega prava	233
4.1. Štiri vprašanja delitve med sodno in zakonodajno vejo	233
4.2. Glede razlagalne svobode sodišč	234
4.3. Omejitve zakonodajalčeve svobodne volje – načelo ustavne demokracije	235
4.4. Zakonodajalčeva pristojnost, da korigira sodno prakso	236
5. Zahteve ustavne demokracije	239
6. Vrhovno sodišče in dopuščena revizija	242
7. Sodniškopravni zgledi iz preteklosti in sedanjosti	245
7.1. Primer pravične denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo	245
7.2. Zakoreninjenost nepremičninskega prava	250
7.3. Še: primer deljene odgovornosti	255
8. Namesto sklepa: o strokovnosti sodniškega dela?	256
Literatura	258

IX. Sodišče kot (so)oblikovalec pravil kazenskega procesnega prava

<i>(Primož Gorkič)</i>	261
1. Uvodno	261
2. Načelo zakonitosti v kazenskem procesnem pravu? ..	263
3. Polje sodnikove ustvarjalnosti pri oblikovanju pravil kazenskega procesnega prava	270
3.1. Razlaga določb kazenskega postopka se ne sme sprevreči v zanikanje vezanosti sodnika na zakon	273
3.2. Ustavnopravni pomen kršitve zakonskega določila utrjuje vezanost sodišča na določbe kazenskega postopka.	274
3.3. Polje sodnikove ustvarjalnosti širi uporaba nedoločnih pravnih pojmov v kazenskem procesnem pravu: primer presoje koristi navzočnosti strank.	277
3.4. Zoževanje jezikovnega pomena zakonskega besedila z argumentom teleološke redukcije ...	280
3.5. Oblikovanje pravil kazenskega procesnega prava neposredno na podlagi Ustave	285
4. Namesto sklepa	289
Literatura	291

X. Mehko sodniško pravo

<i>(Nina Betetto)</i>	293
1. Mehko pravo: pravo, nepravo ali nekaj vmes	293
1.1. Mehko pravo človekovih pravic	295
2. Opredelitev mehkega sodniškega prava	296
2.1. Dejavniki, ki vplivajo na (ne)zavezujočo moč določb mehkega sodniškega prava	299
3. Poskus sistematizacije mehkega sodniškega prava glede na njegovo funkcionalnost in cilje.	303

3.1. Mehko sodniško pravo v jurisprudenci ESČP – izhodišča za nadaljnjo analizo	308
3.2. Študija primerov in ugotovitve	311
3.3. Analiza	313
4. Sklep	319
Literatura	320

XI. Pojem in pojavnosti sodniškega prava

<i>(Aleš Novak)</i>	323
1. Uvod	323
2. Pojem sodniškega prava	323
2.1. »Ustvariti ...«	324
2.2. »... pravo.«	325
3. Med Scilo in Karibdo	326
3.1. Dve (skrajni) razumevanji pojma prava	326
3.2. ... in iskanje srednje poti: teorija o stopnjevitosti prava	331
4. Znova o »ustvarjanju prava«	332
4.1. Izostritev: kdaj sodnik ustvarja pravo	332
4.2. Materialni pomen besedne zveze »ustvarjati pravo«	335
4.3. Kdaj posamično pravno vodilo ustvarja pravo .	339
5. Pojavnosti sodniškega prava	340
5.1. Od ustvarjanja prava do sodniškega prava.	340
5.2. Predpostavke za nastanek ideje (in prakse) sodniškega prava	341
5.2.1. Idejne predpostavke	342
5.2.2. Institucionalne predpostavke	347
5.2.3. Dejanske predpostavke	350
6. Nekaj opažanj o naravi sodniškega prava (v zahodni pravni kulturi)	351
6.1. Splošna opažanja	351

6.2. Subsidiarnost sodniškega prava	352
6.3. Namensko vezano odločanje in organski razvoj prava.	355
6.4. Ni kanonične formulacije pravnega vodila	356
6.5. Dejanska normativna moč	358
7. Za sklep: posebna narava sodniškega prava	360
Literatura	360
Slovenski povzetki	369
Angleški povzetki.	379
Imensko kazalo	389
Stvarno kazalo	399
Kazalo pomembnejših sodnih odločb	415

Uvodna beseda predsednika SAZU, akademika dr. Petra Štiha

Sodniško pravo nekoč in danes

Letošnji posvet o sodniškem pravu spominja na lanskega o metodologiji razlage prava, čeprav sta si po vsebini povsem različna. Oba imata namreč v svojem središču sodnika in sodišče. Če ste se lani spraševali o tem, kako zagotoviti čim večjo objektivnost pri razlagah prava, še bolj pa pri njegovi implementaciji na sodišču, je tokrat v središču nič manj pomembno vprašanje o sodiščih oziroma njihovih razsodbah kot pravnem viru, torej o pravotvornosti sodne prakse.

Vemo, da ima sodna praksa v precedenčno zasnovanem anglo-ameriškem pravnem sistemu bistveno večjo vlogo kot v evropskem kontinentalnem in s tem tudi našem pravnem sistemu, ki temelji na kodificiranem pravu. A kot lahko sklepam na podlagi povzetkov referatov današnjega posveta, vendarle ugotavljate, da ima sodniško pravo tudi v našem sistemu pomembnejšo vlogo, kot se morda zdi na prvi pogled.

Kot zgodovinar bi k temu dodal, da ima na Slovenskem tudi svojo zgodovinsko tradicijo, vendar je ta slabo poznana. Še največ je v tej smeri, če prav vidim, raziskoval Sergij Vilfan, ki je rezultate povzel v magistralnem delu Zgodovinska pravotvornost in Slovenci. Eno njegovih metodoloških izhodišč je ugotovitev, da pravotvornost, še zlasti ko govorimo o srednjem veku, ni bila izključna dejavnost državnih organov, še posebej ne vrhovnih. Da je bilo nastajanje prava razpršeno in da je na

tak način nastajalo partikularno pravo, ki se je lahko precej razlikovalo med seboj.

Ob tem je treba upoštevati, da je zaradi vsesplošne, skoraj absolutne nepismenosti v tistem času pravo obstajalo večinoma v obliki običajev, ti pa so zaradi svoje oralnosti že po naravi stvari podvrženi večjim spremembam kot zapisana beseda. S tem stanjem je mogoče povezati pojav, ki ga je Eric Hobsbawn poimenoval *invention of tradition*. Z njim so mišljene različne prakse, ki so predstavljene ali razumljene kot tradicionalne in naj bi do nas prišle kot del starega izročila, v resnici pa so relativno nedavne in so lahko tudi zavestno ustvarjene.

Naj s tem v zvezi spomnim na vsem dobro znano ustoličenje koroških vojvod. V tem obredu na knežjem kamnu naj bi se v pozni srednji vek ohranilo izročilo iz zgodnj srednjeveške slovanske Karantanije. To statično dojemanje pa ne upošteva, da se je obred skozi čas spreminjal, dobival nove elemente in verjetno nekatere starejše tudi izgubljal, kar je bilo vezano na splošno zgodovinske dejavnike, na primer uvedbo krščanstva in fevdalnega reda, ali dinastične razloge pri Habsburžanih. Janez Vetrinjski je okrog leta 1340 ob opisu ustoličenja prvega Habsburžana za koroškega vojvodo leta 1335 zapisal, da se je od zadnjega ustoličenja, ki se je zgodilo okrog pol stoletja pred tem, že zelo veliko pozabilo. To pomeni, da so morali biti »stari« običaji dežele, po katerih je bila novemu vojvodi na simbolni način predana oblast, večinoma vzpostavljeni na novo.

Isto lahko postuliramo za pravo, ki je prav tako obstajalo predvsem v obliki običajnega prava in ki se je tudi s sodno prakso, torej s sodniškim pravom, moralo kar naprej vzpostavljati na novo. Pomislimo le na patrimonialno sodstvo; zemljiški gospodje so imeli v civilnih zadevah pravico soditi nepriviligiranemu kmečkemu prebivalstvu pod svojo zemljiškogospodsko oblastjo. Za to svojo sodno funkcijo niso imeli nobenega pravnega znanja in so se lahko opirali le na pravne običaje, ki so bili verjetno lokalno precej omejeni, pri tem pa je ostajalo

veliko prostora za nove sodne prakse in s tem za nastajanje sodniškega prava.

Težava je seveda v tem, da pred uveljavitvijo pismenstva v novem veku te prakse v virih niso pustile skoraj nobenih sledi v smislu sodniških protokolov in rzsodb. Zato je o sodniškem pravu pri nas v zgodovinski perspektivi starejših obdobj komaj mogoče reči kaj določnega. Prisiljeni smo ostajati na ravni predpostavk in splošnega, pri čemer se velja spet opreti na Vilfanovo misel v že omenjeni knjigi o pravotvornosti, da norme običajnega prava nastajajo spontano s ponavljajočo se rabo, z izreki laiških sodišč (kot so bila prav patrimonialna).

Tema letošnjega posveta torej ni pomembna samo za pravno stroko, ampak je izziv tudi za zgodovinopisje, kamor spada tudi pravna zgodovina.

Peter Štih

Ljubljana 3. januarja 2023