

Marijan Pavčnik

TEORIJA PRAVA

Prispevek k razumevanju prava

5., pregledana in dopolnjena izdaja

(z novim poglavjem Aleša Novaka)

LEXPERA®

GV
ZALOŽBA

Ljubljana 2019

Kazalo

Theorie des Rechts (Inhaltsverzeichnis)	15
Pojasnilo	25
I. Uvod	27
Literatura	42
II. Vrste in metode pravnih znanosti	43
1. Uvod	44
2. Metode pravnih znanosti	45
2.1. Uvod	45
2.2. Metode pravnih znanosti	46
2.2.1. Dogmatična metoda	46
2.2.2. Aksiološka metoda	47
2.2.3. Sociološka metoda	49
2.2.4. Zgodovinskopravna metoda	52
2.2.5. Primerjalnopravna metoda	53
3. Delitev pravnih znanosti	55
4. Pozitivnopravne znanosti	55
5. Teorija prava	57
6. Filozofija prava	61
7. Odnos do preučevanja države	64
8. Teorija prava in države kot pedagoški predmet	67
Literatura	69
III. Pravo in država	73
1. Povezanost prava in države	74
2. Vpliv države na pravo	75
3. Vpliv prava na državo	76
4. Pravna država	78
4.1. Pojem in narava pravne države	78
4.2. Vsebinska in postopkovna merila pravne države	80

4.3. Pravna država kot pravno načelo	83
5. Pravu in državi na rob	87
Literatura	87
IV. Pravno pravilo	91
1. Uvod	92
2. Pojem pravnega pravila	92
2.1. Pojem pravnega pravila	92
2.2. Sestavine pravnega pravila	96
2.3. Jezikovno in pravnotehnično sporočanje pravnih pravil	99
3. Sestavine pravnega pravila	100
3.1. Primarna hipoteza	100
3.2. Primarna dispozicija	102
3.2.1. Pojem primarne dispozicije	102
3.2.2. Narava primarne dispozicije	103
3.2.3. Določljivost primarne dispozicije	106
3.3. Sekundarna hipoteza ali pravna kršitev	112
3.4. Pravna sankcija	114
4. Tipsko (splošno in abstraktno) pravno pravilo	118
5. Od tipskega k posamičnemu in h konkretnemu pravnemu pravilu	121
6. Primarna in sekundarna pravna pravila	124
7. Pravilo o pristojnosti	125
8. »Nepopolna« (»nesamostojna«) pravna pravila	126
9. Pravno načelo	129
10. Sklep	135
Literatura	135
V. Pravno razmerje	139
1. Pravno razmerje. Pravno vedenje in ravnanje v pravnih razmerjih	140
2. Pravni subjekt	142
2.1. Pravni subjekt	142
2.2. Fizična oseba	144
2.2.1. Posameznik kot pravni subjekt	144
2.2.2. Pravna sposobnost	145
2.2.3. Sposobnost za dejanja	147
2.2.3.1. Pojemovno pojasnilo	147
2.2.3.2. Poslovna sposobnost	147
2.2.3.3. Odgovornost za pravne kršitve	148
2.3. Pravna oseba	151
2.3.1. Pojem pravne osebe	151
2.3.2. Vrste pravnih oseb	154

2.3.3.	Sposobnost pravnih oseb	158
2.3.4.	Nekatera odprta vprašanja	160
2.4.	Od tod naprej	163
3.	Pravica	163
3.1.	Pravica	163
3.2.	Abstraktna pravica	165
3.3.	Konkretna pravica	166
3.4.	Teorije o naravi pravice	167
4.	Dolžnostno upravičenje	169
5.	Pravna dolžnost	171
5.1.	Pravna dolžnost	171
5.2.	Abstraktna in konkretna pravna dolžnost	172
5.3.	Korelativnost (soodvisnost) pravic in pravnih dolžnosti	173
6.	Zloraba pravice	174
7.	Predmet pravnega razmerja	181
	Literatura	183
VI.	Normativni pravni akt	187
1.	Pojmovno pojasnilo: normativni pravni akt kot pravno dejstvo	188
2.	Normativni pravni akt	189
3.	Sestavine normativnega pravnega akta	192
3.1.	Uvod	192
3.2.	Vsebina normativnega pravnega akta. Splošni in posamični pravni akt	193
3.3.	Oblika normativnega pravnega akta	195
3.3.1.	Pristojnost za sprejemanje normativnih pravnih aktov	195
3.3.2.	Postopek za sprejemanje normativnih pravnih aktov	197
3.3.3.	Zunanje izrazno sredstvo normativnega pravnega akta	199
3.4.	Materialno in formalno pojmovanje normativnega pravnega akta	200
4.	Veljavnost splošnih pravnih aktov	201
4.1.	Uvod	201
4.2.	Krajevna veljavnost splošnih pravnih aktov	203
4.3.	Osebna (personalna) veljavnost splošnih pravnih aktov	205
4.4.	Časovna veljavnost splošnih pravnih aktov	206
4.4.1.	Začetek veljavnosti splošnih pravnih aktov	206
4.4.2.	Konec veljavnosti splošnih pravnih aktov	208
4.4.3.	Retroaktivna veljavnost splošnih pravnih aktov	212
5.	Hierarhija normativnih pravnih aktov	217

5.1. Narava hierarhije in njena zgradba	217
5.2. Odnos do pravnega reda Evropske unije.	220
Literatura.	223
VII. Pravni viri.	227
1. Pojem pravnih virov	229
2. Predmet pravnega urejanja	232
3. Vrste formalnih pravnih virov. »Spontano« in organizirano nastajanje formalnih pravnih virov	235
4. Organizirano nastajanje formalnih pravnih virov	236
4.1. Ustava in zakon kot pravna vira	236
4.1.1. Pojem ustave in zakona	236
4.1.2. Predmet pravnega urejanja kot merilo razločevanja med ustavo in zakonom	241
4.1.3. Ustavno urejanje družbenih razmerij.	244
4.1.4. Zakonsko urejanje družbenih razmerij.	248
4.2. Uredba kot osrednji podzakonski akt	253
4.2.1. Pojem uredbe	253
4.2.2. Uredbodajno urejanje družbenih razmerij	255
4.2.3. Drugi podzakonski akti	258
4.3. Avtonomno pravno urejanje	259
4.3.1. Avtonomno in heteronomno pravno urejanje	259
4.3.2. Merila razločevanja	260
4.3.3. Avtonomno pravno urejanje.	264
5. »Spontano« nastajanje formalnih pravnih virov	267
5.1. Morala kot pravni vir	267
5.1.1. Morala in pravo	267
5.1.2. Morala kot pravni vir	271
5.2. Običaj kot pravni vir.	275
5.2.1. Običaj in pravo	275
5.2.2. Običaj kot pravni vir	276
6. Sodba in enotna (enaka) uporaba formalnih pravnih virov	279
6.1. Sodba kot formalni pravni vir.	281
6.2. Ustaljena sodna praksa	282
7. Pravni viri posameznih pravnih panog in pravnih področij	289
7.1. Uvod	289
7.2. Pravni viri Evropske unije	289
7.2.1. Temeljna razčlenitev pravnih virov	289
7.2.2. Nekaterne temeljne značilnosti pravnega reda Evropske unije	294

8. Spoznavni pravni viri	296
Literatura	298
VIII. Pravne praznine	303
1. Narava pravnih praznin	304
2. Pravnost pravnih praznin	307
3. Klasične pravne praznine	309
4. Pravne praznine v širšem pomenu besede	314
5. Pravni praznini na rob	317
Literatura	318
IX. Uporabljanje (splošnih) pravnih aktov	321
1. Pojem uporabljanja normativnih pravnih aktov	322
2. Potek uporabljanja (splošnih) pravnih aktov	324
3. Pomen pravnih dejstev	331
4. Posamični pravni akti	335
4.1. Uvod	335
4.2. Upravni akt	336
4.3. Sodni akt	338
4.4. Pravni posel	341
5. Konkretno pravno razmerje	343
6. Zastaranje in priposestvanje	345
7. Varstvo pravnega razmerja	347
7.1. Uvod	347
7.2. Samozaščita	349
7.3. Državno varstvo	351
7.3.1. Vrste državnega varstva	351
7.3.2. Upravno, kazensko in civilnopravno pravno varstvo	352
7.3.3. Zbiranje procesnega gradiva (priprave za pravno odločitev)	354
7.3.4. Pravovarstvena odločba	357
7.3.5. Pritožbena (instančna) pot	359
7.3.6. Pravnomočnost sodnih in upravnih odločb	359
7.3.7. Izvršba	364
7.4. Ustavnosodno pravno varstvo	366
Literatura	370
X. Razlaga (razumevanje) normativnih pravnih aktov	373
1. Pojem razlage (splošnih) normativnih pravnih aktov	375
2. Vrste razlage normativnih pravnih aktov	378

3.	Razlagalni argumenti	379
3.1.	Uvod	379
3.2.	Jezikovna razlaga	381
3.2.1.	Narava jezikovne razlage	381
3.2.2.	Zakonski jezik	384
3.3.	Logična razlaga	389
3.4.	Sistematična razlaga	392
3.5.	Zgodovinska razlaga	395
3.6.	Argumentum a simili ad simile	398
3.6.1.	Pojem	398
3.6.2.	Analogija intra legem	399
3.6.3.	Zakonska analogija	400
3.6.4.	Pravna analogija	401
3.6.5.	Pomen zakonske in pravne analogije	401
3.6.6.	Posebnosti v kazenskem pravu	402
3.7.	Argument teleološke redukcije	403
3.8.	Argumentum a contrario	404
3.9.	Argumentum a fortiori (argumentum a maiori ad minus, argumentum a minori ad maius)	406
3.10.	Argumentum a cohaerentia	407
3.11.	Argumentum a completudine	408
3.12.	Namenska (teleološka) razlaga	409
4.	(Besedni) rezultat razlage	413
5.	Razlaga ustave kot hierarhično najvišjega splošnega pravnega akta	415
6.	Razlaga posamičnih pravnih aktov	420
7.	Utemeljitev razlagalne odločitve	422
8.	(Nekateri) teoretični pogledi na razlago normativnih pravnih aktov	424
8.1.	Od Montesquieujevega sodnika do vrednostne jurisprudence	424
8.2.	Dworkinovo carstvo prava kot razlagalna celota	432
8.3.	Prispevek teorije argumentacije v pravu	436
	Literatura	437
XI.	Sistemizacija prava	443
1.	Pojem in prvine sistemizacije prava	445
2.	Klasične pravne panoge	447
2.1.	Ustavno pravo	447
2.2.	Civilno pravo	447
2.3.	Družinsko pravo	449

2.4.	Gospodarsko pravo	450
2.5.	Delovno in socialno pravo	451
2.6.	Upravno pravo	452
2.7.	Finančno pravo	454
2.8.	Kazensko pravo.	454
2.9.	Postopkovno pravo	455
2.10.	Mednarodno (javno) pravo	455
2.11.	Mednarodno zasebno pravo	457
3.	Temeljne skupine prava	459
3.1.	Notranje (državno) in mednarodno pravo.	459
3.2.	Materialno in formalno pravo.	459
3.3.	Javno in zasebno pravo.	461
4.	Vprašanje novih pravnih panog.	462
5.	Velike pravne kulture (<i>Aleš Novak</i>).	463
5.1.	Uvodno: pravna kultura	463
5.2.	Merila razločevanja	465
5.3.	Velike pravne kulture	467
5.3.1.	Kontinentalna pravna kultura	467
5.3.1.1.	Skupne značilnosti.	467
5.3.1.2.	Zahodnoevropska pravna kultura	469
5.3.1.3.	Srednjeevropska pravna kultura.	471
5.3.1.4.	Skandinavski pravna kultura	476
5.3.2.	Pravna kultura <i>common law</i>	477
5.4.	Islamska pravna kultura	481
5.5.	Kitajska pravna kultura.	484
5.6.	Japonska pravna kultura.	488
5.7.	Indijska pravna kultura	490
5.8.	Afriška pravna kultura	493
	Literatura	495

XII. Pravo in vrednote	501
1. Uvod	502
2. Vrste pravnih vrednot	503
3. Pomen svobode, demokracije in pravne države	505
4. Klasične pravne vrednote	507
4.1. Mir in red kot pravni vrednoti	507
4.2. Pravičnost in pravo	508
4.2.1. Pojem pravičnosti	508
4.2.2. Temeljna merila pravičnosti	511
4.2.2.1. Vsakomur svoje (<i>suum cuique</i>)	511
4.2.2.2. Vsakomur enako	512

4.2.2.3. Vsakomur »po zasluženju«	512
4.2.2.4. Vsakomur po načelu enakovrednosti	513
4.2.2.5. Vsakomur po njegovem delu	514
4.2.2.6. Vsakomur po njegovih potrebah	514
4.2.2.7. Vsakomur glede na zlo (nepravo)	515
4.2.2.8. Vsakomur glede na zakon	516
4.2.3. Pravičnost in pozitivno pravo	517
4.2.4. Socialna pravičnost	520
4.3. Pravna varnost	524
5. Konflikt vrednot	526
Literatura	528

XIII. Pogledi na naravo prava	533
1. Naravno pravo	534
1.1. Uvod	534
1.2. Antično (Aristotelovo) naravnopravno pojmovanje	535
1.3. Sholastično (Tomaževo) naravnopravno pojmovanje	538
1.4. Racionalistično naravno pravo	540
1.5. Sklepno pojasnilo	546
2. Pravni pozitivizem	548
2.1. Uvod	548
2.2. Zakonski pozitivizem	549
2.3. Čista teorija prava	552
2.4. Hartova analitična teorija	557
2.5. Pravni realizem	562
2.6. Še nekaj splošnih opomb	564
2.6.1. Vprašanje zornega kota	564
2.6.2. Vprašanje zasnove	565
2.6.2.1. Argument neprava	565
2.6.2.2. Argument načel	567
2.6.2.3. Argument razumevanja pravnih pravil	568
3. Zgodovinska šola prava	568
4. Sociološko pravoznanstvo	571
5. Marksistična teorija prava	575
5.1. Nekateri nastavki marksistične teorije prava	575
5.2. Nekateri odzivi v teoriji prava	577
5.3. Glosa (ob rob marksistični teoriji prava)	581
6. Kritična teorija prava	581
7. Sintetično pojmovanje prava	585
Literatura	591

Literatura	597
1. Okrajšave.....	597
2. Splošni pregled literature	598
3. Pojasnilo	605
 Theorie des Rechts. Beitrag zum Verstehen des Rechts (Zusammenfassung)	 607
 Imensko kazalo	 627
 Stvarno kazalo	 641

Theorie des Rechts

Beitrag zum Verstehen des Rechts
(Inhaltsverzeichnis)

Vorwort	25
I. Einleitung	27
Literatur	42
II. Arten und Methoden der Rechtswissenschaften	43
1. Einleitung	44
2. Methoden der Rechtswissenschaften	45
2.1. Einleitung	45
2.2. Methoden der Rechtswissenschaften	46
2.2.1. Dogmatische Methode	46
2.2.2. Axiologische Methode	47
2.2.3. Soziologische Methode	49
2.2.4. Rechtsgeschichtliche Methode	52
2.2.5. Rechtsvergleichende Methode	53
3. Arten der Rechtswissenschaften	55
4. Positivrechtliche Wissenschaften	55
5. Theorie des Rechts	57
6. Philosophie des Rechts	61
7. Verhältnis zur Erörterung des Staates	64
8. Theorie des Staates und des Rechts als pädagogische Gegenstände	67
Literatur	69
III. Recht und Staat	73
1. Verbundenheit von Recht und Staat	74
2. Einfluss des Staates auf das Recht	75
3. Einfluss des Rechtes auf den Staat	76
4. Rechtsstaat	78
4.1. Begriff und Natur des Rechtsstaates	78
4.2. Inhaltliche und verfahrensmäßige Elemente des Rechtsstaates	80

4.3. Rechtsstaat als Rechtsprinzip	83
5. Am Rande von Recht und Staat	87
Literatur	87
IV. Die Rechtsnorm	91
1. Einleitung	92
2. Der Begriff der Rechtsnorm	92
2.1. Der Begriff der Rechtsnorm	92
2.2. Elemente der Rechtsnorm	96
2.3. Sprachliche und rechtstechnische Ausdrucksweise der Rechtsnorm	99
3. Elemente der Rechtsnorm	100
3.1. Die primäre Hypothese	100
3.2. Die primäre Disposition	102
3.2.1. Der Begriff der primären Disposition	102
3.2.2. Die Natur der primären Disposition	103
3.2.3. Die Bestimmbarkeit der primären Disposition	106
3.3. Die sekundäre Hypothese oder Rechtsverletzung	112
3.4. Die Rechtssanktion	114
4. Die allgemeine und abstrakte Rechtsnorm	118
5. Die individuelle und konkrete Rechtsnorm	121
6. Primäre und sekundäre Rechtsnormen	124
7. Die Rechtsnorm über Zuständigkeit	125
8. Die »unvollständige« Rechtsnorm	126
9. Das Rechtsprinzip	129
10. Schlussfolgerung	135
Literatur	135
V. Das Rechtsverhältnis	139
1. Das Rechtsverhältnis. Rechtliches Tun und Verhalten in Rechtsverhältnissen	140
2. Das Rechtssubjekt	142
2.1. Das Rechtssubjekt	142
2.2. Die natürliche Person	144
2.2.1. Der Mensch als Rechtssubjekt	144
2.2.2. Die Rechtsfähigkeit	145
2.2.3. Die Handlungsfähigkeit	147
2.2.3.1. Bemerkung	147
2.2.3.2. Die Geschäftsfähigkeit	147
2.2.3.3. Die Deliktsfähigkeit	148
2.3. Die juristische Person	151

2.3.1.	Der Begriff der juristischen Person	151
2.3.2.	Die Arten der juristischen Personen	154
2.3.3.	Die Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit juristischer Personen	158
2.3.4.	Einige offene Fragen	160
2.4.	Von hier weiter	163
3.	Das subjektive Recht	163
3.1.	Das subjektive Recht	163
3.2.	Das abstrakte Recht	165
3.3.	Das konkrete Recht	166
3.4.	Theorien über die Natur der subjektiven Rechte	167
4.	Die verpflichtende Berechtigung	169
5.	Die Rechtspflicht	171
5.1.	Die Rechtspflicht	171
5.2.	Die abstrakte und die konkrete Rechtspflicht	172
5.3.	Die Korrelativität der subjektiven Rechte und der Rechtspflichten	173
6.	Der Missbrauch des subjektiven Rechts	174
7.	Der Gegenstand des Rechtsverhältnisses	181
	Literatur	183
VI.	Der normative Rechtsakt	187
1.	Terminologische Bemerkung. Der normative Rechtsakt als Rechtstatsache	188
2.	Der normative Rechtsakt	189
3.	Die Elemente des normativen Rechtsaktes	192
3.1.	Einleitung	192
3.2.	Der Inhalt des normativen Rechtsaktes. Der allgemeine und der individuelle Rechtsakt	193
3.3.	Die Form des normativen Rechtsaktes	195
3.3.1.	Die Zuständigkeit für Erzeugung normativer Rechtsakte	195
3.3.2.	Das Verfahren zur Erzeugung normativer Rechtsakte	197
3.3.3.	Die Äußerungsform des normativen Rechtsaktes	199
3.4.	Materieller und formeller Begriff des normativen Rechtsaktes	200
4.	Die Geltung der allgemeinen Rechtsakte	201
4.1.	Einleitung	201
4.2.	Die territoriale Geltung der allgemeinen Rechtsakte	203
4.3.	Die personale Geltung der allgemeinen Rechtsakte	205

4.4.	Die zeitliche Geltung der allgemeinen Rechtsakte	206
4.4.1.	Der Beginn der Geltung der allgemeinen Rechtsakte	206
4.4.2.	Das Ende der Geltung der allgemeinen Rechtsakte	208
4.4.3.	Die retroaktive Geltung der allgemeinen Rechtsakte	212
5.	Die Hierarchie der normativen Rechtsakte	217
5.1.	Natur der Hierarchie und Ihr Aufbau	217
5.2.	Verhältnis zur Rechtsordnung der Europäischen Union . . .	220
	Literatur	223
VII.	Die Rechtsquellen	227
1.	Der Begriff der Rechtsquellen	229
2.	Der Gegenstand der rechtlichen Normierung	232
3.	Die Arten der formellen Rechtsquellen. »Spontane« und organisierte Erzeugung der formellen Rechtsquellen	235
4.	Organisierte Erzeugung der formellen Rechtsquellen	236
4.1.	Die Verfassung und das Gesetz als Rechtsquellen	236
4.1.1.	Der Begriff der Verfassung und des Gesetzes	236
4.1.2.	Der Gegenstand der Normierung als das Kriterium der Unterscheidung zwischen der Verfassung und dem Gesetz	241
4.1.3.	Der Gegenstand der Verfassung	244
4.1.4.	Der Gegenstand des Gesetzes	248
4.2.	Die Verordnung als Hauptrechtsakt unter dem Gesetz	253
4.2.1.	Der Begriff der Verordnung	253
4.2.2.	Der Gegenstand der Verordnung	255
4.2.3.	Andere unter dem Gesetz stehende Rechtsakte . . .	258
4.3.	Die autonome rechtliche Normierung	259
4.3.1.	Die autonome und die heteronome rechtliche Normierung	259
4.3.2.	Kriterien der Unterscheidung	260
4.3.3.	Autonome Rechtsakte	264
5.	»Spontane« Erzeugung der formellen Rechtsquellen	267
5.1.	Moral als Rechtsquelle	267
5.1.1.	Moral und Recht	267
5.1.2.	Moral als Rechtsquelle	271
5.2.	Gewohnheit als Rechtsquelle	275
5.2.1.	Gewohnheit und Recht	275
5.2.2.	Gewohnheit als Rechtsquelle.	276

6.	Das Urteil und einheitliche (gleiche) Anwendung der formellen Rechtsquellen	279
6.1.	Das Urteil als formelle Rechtsquelle	281
6.2.	Die ständige Gerichts- und Rechtspraxis	282
7.	Die Rechtsquellen der einzelnen Rechtszweige und der Rechtsgebiete	289
7.1.	Einleitung	289
7.2.	Die Rechtsquellen der Europäischen Union	289
7.2.1.	Die Grundgliederung der Rechtsquellen	289
7.2.2.	Einige Grundeigenschaften der Rechtsordnung der Europäischen Union	294
8.	Erkennungsquellen des Rechts	296
	Literatur	298
VIII.	Die Rechtslücken	303
1.	Die Natur der Rechtslücke	304
2.	Die Rechtlichkeit der Rechtslücke	307
3.	Klassische Rechtslücken	309
4.	Rechtslücken im weiteren Sinne des Wortes	314
5.	Am Rand der Rechtslücke	317
	Literatur	318
IX.	Die Anwendung der (allgemeinen) normativen Rechtsakte	321
1.	Der Begriff der Anwendung der normativen Rechtsakte	322
2.	Der Verlauf der Anwendung der (allgemeinen) Rechtsakte	324
3.	Die Bedeutung der Rechtstatsachen	331
4.	Individuelle Rechtsakte	335
4.1.	Einleitung	335
4.2.	Der Verwaltungsakt	336
4.3.	Der Gerichtsakt	338
4.4.	Das Rechtsgeschäft	341
5.	Das konkrete Rechtsverhältnis	343
6.	Verjährung und Ersitzung	345
7.	Der Rechtsschutz	347
7.1.	Einleitung	347
7.2.	Der erlaubte Selbstschutz	349
7.3.	Der staatsrechtliche Schutz	351
7.3.1.	Die Arten des staatsrechtlichen Schutzes	352
7.3.2.	Der verwaltungsrechtliche, der strafrechtliche und der zivilprozessrechtliche Rechtsschutz	352

7.3.3.	Sammlung von Prozessmaterial (die Vorbereitung für die Rechtsentscheidung)	354
7.3.4.	Die Entscheidung des Rechtsschutzorgans	357
7.3.5.	Die Beschwerde	359
7.3.6.	Die Rechtskraft des gerichtlichen Urteils und des entsprechenden Verwaltungsaktes	359
7.3.7.	Die Vollstreckung	364
7.4.	Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz	366
	Literatur	370
X.	Die Auslegung (das Verstehen) der normativen Rechtsakte	373
1.	Der Begriff der Auslegung der (allgemeinen) normativen Rechtsakte	375
2.	Die Arten der Auslegung der normativen Rechtsakte	378
3.	Auslegungsargumente	379
3.1.	Einleitung	379
3.2.	Die sprachliche Auslegung	381
3.2.1.	Die Natur der sprachlichen Auslegung	381
3.2.2.	Die Gesetzessprache	384
3.3.	Die logische Auslegung	389
3.4.	Die systematische Auslegung	392
3.5.	Die historische Auslegung	395
3.6.	Das argumentum a simili ad simile	398
3.6.1.	Der Begriff	398
3.6.2.	Die Analogie intra legem	399
3.6.3.	Die Gesetzesanalogie	400
3.6.4.	Die Rechtsanalogie	401
3.6.5.	Die Bedeutung der Gesetzes- und der Rechtsanalogie	401
3.6.6.	Besonderheiten im Strafrecht	402
3.7.	Das Argument der teleologischen Reduktion	403
3.8.	Das argumentum a contrario	404
3.9.	Das argumentum a fortiori (das argumentum a maiori ad minus und das argumentum a minori ad maius)	406
3.10.	Das argumentum a cohaerentia	407
3.11.	Das argumentum a completudine	408
3.12.	Die teleologische Auslegung	409
4.	Das Ergebnis der Auslegung	413
5.	Die Auslegung der Verfassung als des hierarchisch höchsten allgemeinen Rechtsaktes	415
6.	Die Auslegung der individuellen Rechtsakte	420

7.	Die Begründung der Auslegungsentscheidung	422
8.	(Einige) theoretische Auffassungen über die Auslegung der normativen Rechtsakte	424
8.1.	Von Montesquieu's Richter zur Wertungsjurisprudenz	424
8.2.	Dworkin's Reich des Rechts als interpretative Ganzheit	432
8.3.	Beitrag der Theorie der Argumentation im Recht	436
	Literatur	437
XI.	Die Systematisierung des Rechts	443
1.	Der Begriff und die Elemente der Systematisierung des Rechts	445
2.	Die klassischen Rechtszweige	447
2.1.	Verfassungsrecht	447
2.2.	Zivilrecht	447
2.3.	Familienrecht	449
2.4.	Handlungsrecht	450
2.5.	Arbeits- und Sozialrecht	451
2.6.	Verwaltungsrecht	452
2.7.	Finanzrecht	454
2.8.	Strafrecht	454
2.9.	Verfahrensrecht.	455
2.10.	Völkerrecht (das internationale Recht).	455
2.11.	Internationales Privatrecht	457
3.	Die Hauptrechtsgebiete	459
3.1.	Das Recht des Staates (das innere Recht) und das internationale Recht	459
3.2.	Das materielle und das formelle Recht	459
3.3.	Das öffentliche Recht und das Privatrecht	461
4.	Die Frage der neuen Rechtszweige	462
5.	Die großen Rechtskulturen (<i>Aleš Novak</i>)	463
5.1.	Einleitung: Rechtskreise (Rechtsfamilien) – Rechtskulturen	463
5.2.	Maßstäbe der Unterscheidung	465
5.3.	Die großen Rechtskulturen	467
5.3.1.	Die kontinentale Rechtskultur	467
5.3.1.1.	Allgemeine Eigenschaften	467
5.3.1.2.	Die westeuropäische Rechtskultur	469
5.3.1.3.	Die mitteleuropäische Rechtskultur	471
5.3.1.4.	Die skandinavische Rechtskultur	476
5.3.2.	Die <i>Common Law</i> Rechtskultur	477
5.4.	Die islamische Rechtskultur	481
5.5.	Die chinesische Rechtskultur	484
5.6.	Die japanische Rechtskultur	488

5.7. Die indische Rechtskultur	490
5.8. Die afrikanische Rechtskultur	493
Literatur	495
XII. Recht und Werte	501
1. Einleitung	502
2. Arten der Rechtswerte	503
3. Bedeutung der Freiheit, der Demokratie und des Rechtsstaates ..	505
4. Klassische Rechtswerte	507
4.1. Frieden und Ordnung als Rechtswerte	507
4.2. Gerechtigkeit und Recht	508
4.2.1. Begriff der Gerechtigkeit	508
4.2.2. Grundsätzliche Gerechtigkeitsmaßstäbe	511
4.2.2.1. Jedem das Seine (suum cuique)	511
4.2.2.2. Jedem das Gleiche	512
4.2.2.3. Jedem »nach Angemessenheit«	512
4.2.2.4. Jedem nach dem Prinzip der Gleichwertigkeit	513
4.2.2.5. Jedem gemäß seiner Arbeit	514
4.2.2.6. Jedem nach seinem Bedürfnis	514
4.2.2.7. Jedem gemäß des begangenen Übels (Unrecht) ...	515
4.2.2.8. Jedem gemäß des ihm vom Gesetz Zugeteilten ...	516
4.2.3. Gerechtigkeit und positives Recht	517
4.2.4. Soziale Gerechtigkeit	520
4.3. Rechtssicherheit	524
5. Konflikt der Werte	526
Literatur	528
XIII. Die Auffassungen über die Natur des Rechts	533
1. Das Naturrecht	534
1.1. Einleitung	534
1.2. Die antike Naturrechtsauffassung (besonders bei Aristoteles)	535
1.3. Die scholastische Naturrechtsauffassung (besonders bei Thomas von Aquin)	538
1.4. Das rationalistische Naturrecht	540
1.5. Schlussbemerkung	546
2. Rechtspositivismus	548
2.1. Einleitung	548
2.2. Der gesetzliche Positivismus	549
2.3. Reine Rechtslehre	552
2.4. Harts analytische Rechtstheorie	557

2.5. Rechtsrealismus	562
2.6. Noch einige allgemeinen Bemerkungen	564
2.6.1. Die Frage des Gesichtspunkts	564
2.6.2. Die Frage des Konzepts	565
2.6.2.1. Das Argument des Unrechts	565
2.6.2.2. Das Prinzipienargument	567
2.6.2.3. Das Argument des Verstehens der Rechtsnormen ..	568
3. Historische Rechtsschule	568
4. Soziologische Jurisprudenz	571
5. Marxistische Theorie des Rechts	575
5.1. Einige Ansätze der marxistischen Theorie des Rechts	575
5.2. Einige Echos in der Theorie des Rechts	577
5.3. Eine Randbemerkung zur marxistischen Theorie des Rechts	581
6. Kritische Theorie des Rechts	581
7. Synthetische Rechtsauffassung	585
Literatur	591
Literatur	597
1. Abkürzungen	597
2. Allgemeines Literaturverzeichnis	598
3. Bemerkung	605
Zusammenfassung	607
Personenverzeichnis	627
Sachverzeichnis	641

Pojasnilo

Rokopis za prvo izdajo tega dela sta pregledala kolega prof. dr. Albin Igličar in kolegica prof. dr. Ada Polajnar. Nekatere razdelke sem napisal v Centru za interdisciplinarna raziskovanja Univerze v Bielefeldu, kjer sem bil v letu 1996 tri mesece kot štipendist Ustanove Alexander von Humboldt; gostitelj je bil prof. dr. Gerhard Sprenger, s katerim sva razpravljala o vrsti odprtih vprašanj. Vsem trem kolegom se za kopico nasvetov in dragocenih opozoril prijateljsko zahvaljujem. Napake in spodrsaljaji, ki so ostali, gredo, se razume, na moj rovaš.

Druga izdaja je kot celota pregledana in dopolnjena glede na sedanje pravno stanje in glede na literaturo, ki mi je bila dostopna. V celoti na novo je napisano poglavje o pravičnosti in pravu. Literaturo za to poglavje sem deloma zbral na Inštitutu za filozofijo prava in pravno informatiko Univerze v Münchnu, kjer sem bil marca 2000 ponovno kot štipendist Ustanove Alexander von Humboldt. Gostitelj je bil zasl. prof. dr. Lothar Philipps; razgovori z njim so vselej dragoceno intelektualno doživetje.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, julija 2001

Tako kot druga izdaja je tudi tretja usklajena z novo zakonodajo, novejšo literaturo in (ustavno)sodno prakso. V besedilu je kopica izostritev, sprememb in dopolnitev. V celoti sta novi poglavji o vrstah in metodah pravnih znanosti (drugo poglavje) ter o pravu in vrednotah (enajsto poglavje). Poglavje o pravičnosti, ki je bilo dodano drugi izdaji, je ustrezno upoštevano v poglavju o vrednotah in pravu.

Teorija prava sodi med dela, ki skušajo biti kolikor toliko zaokrožena. V delih te vrste je naravno, da se nekaterim manjšim ponovitvam (beri: povezavam) ni mogoče izogniti. Povezovanja in navezovanja so toliko bolj pomembna, če je knjiga hkrati študijska tvarina. Didaktični razlogi zahtevajo, da se posamezna poglavja smiselno povezujejo in si smiselno sledijo, pisana pa naj bodo tako, da jih je mogoče brati tudi kot relativno samostojne celote.

Avtor je zagovornik pisanja, ki se sprti opira in sklicuje na ustrezne vire. Trditev, da sta znanstveni in strokovni aparat moteča, je iz trte izvita. Opombe, vsaj v prvi vrsti, niso namenjene tistim, ki šele vstopajo v študijski svet prava (razen zelo maloštevilnih navedkov, ki navajajo zakonsko besedilo, o katerem teče beseda). Namenjene so zlasti poznavalcem, raziskovalcem in podiplomskim študentom, so pa tudi avtorjevi diskusijski družabniki, ki morajo biti javno razpoznavni.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, julija 2007

Četrta izdaja je pregledana in usklajena s sedanjim pravnim stanjem. V obsegu, ki ga narava dela dopušča, sta bili upoštevani tudi novejša sodna (še posebej ustavnosodna) praksa in literatura. Knjigi je dodano novo poglavje o pravu in državi.

Ta izdaja je za Tomaža in Martina.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, julija 2011

Tako kot četrta izdaja je tudi peta pregledana, na več mestih dopolnjena in usklajena s sedanjim pravnim stanjem. V skladu z naravo dela sta upoštevani tudi novejša sodna (še posebej ustavnosodna) praksa in literatura.

V poglavju o sistemizaciji prava je dodan nov razdelek o velikih pravnih kulturah. Avtor tega besedila je doc. dr. Aleš Novak.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, julija 2015

I. Uvod

1. Če bi moral podati kolikor toliko kratko opredelitev prava, bi rekel, da je *pravo* sistem kot celota učinkovitih pravnih načel in pravnih pravil, ki urejajo zunanje vedenje in ravnanje posameznikov in njihovih združenj v življenjsko pomembnih družbenih razmerjih. Pravna pravila, vsaj naposled, sankcionira država s svojim aparatom za fizično prisiljevanje ljudi. Vsebina pravnih načel in pravnih pravil mora biti v mejah pravne pravilnosti. Če je vsebina očitno človeško neznosna in je neznosnost v nasprotju s splošno sprejetimi merili človečnosti – danes so ta merila uveljavljena kot temeljne (človekove) pravice in dolžnosti –, ne gre za pravno urejanje družbenih razmerij. Zakonsko, podzakonsko ali kakšno drugo nepravo ni veljavno pravo, ki povzroča pravne posledice (glej pogl. XIII.2.6.2.1.; v nadaljevanju opuščam okrajšavo za poglavje).

Vem: ti stavki so prej opis kakor zgoščena opredelitev pojma pravo. Če poskusim še enkrat, bi dejal, da je *pravo* sistem kot celota učinkovitih pravnih načel in pravnih pravil, ki jih sankcionira država in s katerimi se v življenjsko pomembnih družbenih razmerjih ureja zunanje vedenje in ravnanje ljudi na vsebinsko pravičen način, katerega spodnja meja so očitno človeško neznosne možnosti ravnanja. No, to je že bolj podobno običajni opredelitvi, a je še vedno nekoliko predolgo in premalo zgoščeno. Če bi hotel biti še krajši, bi zapisal, da je *pravo* sistem kot celota učinkovitih pravnih načel in pravnih pravil, ki v mejah pravne pravilnosti urejajo življenjsko pomembno zunanje vedenje in ravnanje ljudi v državnopravno organizirani družbi. Itd. Itd. Račun se ne izide tako, kakor bi si – vsaj prvi hip – marsikdo želel. Vselej ostaja kaj, kar se izmika opredeljevalcu. V tem, da, tudi v tem je eden od čarov prava in tudi odgovornosti teorije, ki se s pravom spoprijema.

2. *Kant* je imel po svoje prav, ko se je ponorčeval iz pravnikov, češ da še vedno iščejo svoj pojem prava. Težava je v tem, da je vselej več rešitev, kako je mogoče oblikovati ustavna, zakonska in druga pravna pravila, ki vnaprej povedo, kako naj se vedejo in ravnaajo pravni subjekti, ki sodijo v isto skupino. Težava je, da je treba ustavna, zakonska in druga pravna besedila prej razumeti in jih razložiti, preden jih je mogoče uporabiti. In težava je, ne nazadnje, da se ustavna, zakonska in druga pravna pravila nanašajo na življenjske primere, ki jih vnaprej ni mogoče v celoti predvideti. Življenje je vselej bolj pestro, kakor ga zmore načrtovati postavodajalčeva (človekova) domišljija.

Zgodovinska izkušnja ve povedati, da vsebina pravnih pravil ni niti večna (nespremenljiva) niti za vse državne skupnosti enaka. Pravo je kulturnozgodovinski in pravnocivilizacijski pojav, kot moderno pravo je zavezano vrednotam, ki so del našega življenjskega sveta (temeljne pravice, pravna država, ustanove demokracije), kot pozitivno pravo je dejavno v določenem času in prostoru, ki ju mora ustrezno izražati, in pravo je tudi državno (nacionalno) pravo, ki je vpeto v ožjo ali širšo mednarodno skupnost.

In še bi lahko dodajal in našteval prvine, ki utemeljujejo, da opredelitev prava ni matematična formula, ki se je je treba naučiti in jo nato določno uporabljati. V vseh treh opredelitvah prava, ki so bile primeroma navedene, je domala toliko vrzeli, kolikor je prvin, ki so bile omenjene. V tem ni nič slabega, to je spoznana zakonitost, ki jo je treba upoštevati, z njo živeti in se nanjo odzivati.

3. V tem delu je beseda o prvinah in o pogledih na pravo, ki so *pravnometodološko izhodišče*, kako je pravo mogoče razumeti in ustvarjati, ga razlagati in uporabljati.¹ Metodološki pristop je odvisen tako od predmeta, ki ga preučujemo, kot tudi od cilja, h kateremu posamezna znanost teži. Cilj znanosti je tesno povezan s *splošnim filozofskim izhodiščem* o pravu, njegovi naravi in mestu, ki ga ima pravo v družbi in svetu. Večinsko stališče je, da se je izoblikovalo zlasti *pet metod*, s katerimi je pravo mogoče raziskovati. To so *dogmatična, aksiološka, sociološka, zgodovinskopravna* in *primerjalnopravna metoda*. Domala nobena znanost ne uporablja samo ene metode, ampak jih ustrezno povezuje in se hkrati naslanja na tisto, ki se najbolj prilega predmetu in naravi raziskovanja. Izjema naj bi bila čista teorija prava, ki se je hotela ukvarjati zgolj z normativno naravo prava. Raziskovalni rezultat je pokazal, da je morala tudi čista teorija prava upoštevati dejstva biti, iz katerih pravo (kot normativni pojav) izhaja (postavitev prava) in se v njih uresničuje (učinkovitost prava).

Temeljni merili za razločevanje pravnih znanosti sta vprašanje, ali je predmet preučevanja zdaj ali nekoč veljavno pozitivno pravo, drugo merilo pa sta metodološko izhodišče in metodološki cilj, ki ga znanost zasleduje. Ustaljena razčlenitev je delitev na *zgodovinskopravne, pozitivnopravne* in *primerjalnopravne znanosti* ter na *teorijo* (skupaj s *filozofijo*) *prava*. Prvo merilo je v ospredju pri razločevanju med zgodovinskopravnimi in pozitivnopravnimi znanostmi, drugo merilo spremlja vse znanosti. Od tega, kako ga uporabljajo, sta odvisni njihova usmeritev (npr. bolj dogmatično, bolj sociološkopravno ali integralno preučevanje prava) in razsežnost (vidik, ozir), ki se mu znanost po-

¹ Uvod narekujejo didaktični razlogi. Če bi bilo delo namenjeno samo ali predvsem že izoblikovanim pravnikom, si dopovedujem, potem ne bi bilo potrebno, bilo bi celo neokusno, da avtor pojasnjuje in svetuje, kako je delo mogoče brati. Če bodo bralci, ki šele vstopajo v svet prava, menili, da jih uvod le moti, bega ali celo utruja, jim bo pisec tega dela rad prisluhnil in v morebitni novi izdaji popravil to »neljubo vsiljivost«.

sveča. Naloga *pozitivnopravne znanosti* je, da spozna veljavno, to je pozitivno pravo; *primerjalnopravna znanost* išče podobnosti in razlike med veljavnimi (lahko pa tudi nekoč veljavnimi, zgodovinskimi) pravnimi redi, *teorija* (in *filozofija*) *prava* pa zajemata pravo kot celoto in skušata ugotoviti njegova izhodišča, njegove temeljne in splošne značilnosti (zakovitosti).

Obseg in doseg teorije prava (glej II.5.) sta odvisna tudi od raziskovalnega izhodišča. Temeljno vprašanje je, ali smo v vlogi pravnega opazovalca, ki hoče pravni pojav spoznati in se do njega opredeliti, ali pa nas kot opazovalce zanima tudi to, kako se s pravom ukvarjajo pravni igralci (to je pravni udeleženci, kot so npr. državni tožilci, odvetniki, sodniki, pravniki v upravi in gospodarstvu). Če smo v vlogi *čistega opazovalca*, ki se mu ni treba ozirati na pravne igralce, je odgovor odvisen od temeljnega pogleda na pravo, ki ga sprejmemo kot raziskovalno hipotezo. Če smo v vlogi *opazovalca, ki ga zanima tudi pravni igralec*, moramo – vsaj z zornega kota, s katerega usmerjamo pogled na pravo – raziskati *tudi vprašanja ustvarjanja, razumevanja in uporabljanja normativnih pravnih aktov* (npr. zakonov). Če je raziskovalec povrh tudi *pedagog*, mora biti njegovo izhodišče še širše. Pedagogova naloga je, da prisluhne tako pravnim opazovalcem kot pravnim igralcem, njegova naloga pa je najbrž tudi ta, da pred avditorij razgrne paleto pogledov, ki so značilni za pravni pojav, s katerim se ukvarja.

4. Večinsko stališče je, da sta *pravo in država* (glej III.) tesno povezana pojava, ki vplivata drug na drugega. Medsebojno povezanost priznavajo vse tiste teorije, ki v pravu ne vidijo zgolj čistega normativnega pojava, kot tudi teorije, ki v državni organizaciji vidijo tudi pravno organizacijo ljudi na določenem ozemlju. Če bi pravo opredeljevali kot sistem načel in pravil, ki je pred državo, bi sprejemali tezo o obstoju samostojnega naravnega prava, ki mu je država podrejena in ga uresničuje. Če bi na drugi strani sprejeli tezo, da je država pred pravom, bi težko utemeljili, da je država tudi pravna organizacija in da je torej »v svojem pravnem obstoju proizvod državnega prava« (*Radbruch*).

Pravo in država sta drug od drugega *eksistenčno odvisna*. Ljudje, ki ju ustvarjajo, potrebujejo oboje. Če bi se opirali samo na organizacijo prisile, ki ni pravno uokvirjena, bi bila uporaba prisile *arbitrarna* (*nelegalna*). Če bi se na drugi strani opirali na pravila, za katerimi ni državne prisile, bi bila pravila kot celota neučinkovita in ne bi mogla biti *pozitivno* pravo. Eksistenčna povezanost prava in države pove, da vselej obstajajo tudi *pravila*, ki jih vsaj naposled *sankcionira državna organizacija*. Podobno velja za *pojem države*, ki je vselej tudi *vrhovna pravna organizacija* (oblast) na prostorsko omejenem ozemlju in glede na prebivalstvo na njem.

Contradictio in adiecto je, če rečemo, da država ni pravna organizacija. *Pravnost* je bistvena prvina vsake državne organizacije. Od tako razumljene države (*kot pravne organizacije*) moramo razločevati *pravno državo*, ki nasta-

ne šele kot moderna država v obdobju razsvetljenstva in meščanskih revolucij (glej tudi XIII.1.4.). V moderni državi ima pravnost posebej poudarjeno kakovost. Ta je tolikšna, da je pravna organizacija tudi sopomenka za vladavino prava.

V sodobni teoriji je splošno sprejeto, da med evropsko kontinentalno pravno državo in anglo-ameriško vladavino prava (*rule of law*) ni bistvenih razločkov. Vladavina prava je rezultat in cilj, ki ga oba sistema vsebinsko podobno pojmujeta, približujeta pa se mu po toliko različni poti, kolikor se obe pravni družini razlikujeta.

5.1. Temeljna prvina (lahko tudi atom, enota) prava je *pravno pravilo* (glej IV.). Pravno pravilo je kot logična zgradba sestavina vnaprejšnjega razumevanja, s katerim vstopamo v pravno življenjsko igro: če nastopi dejanski stan D, naj sledi posledica P. Pravni subjekti sporočajo (izdajajo, oblikujejo, sooblikujejo ipd.) pravna pravila, jih sprejemajo (spoznavajo) in glede na njih tako ali drugače ravnajo.

V opisu pravnega pravila je bila posebej poudarjena vez (kopula) »naj« (angl. *ought*, nem. *soll*). Vez »naj« omogoča, da določenemu dejanskemu stanu *pripišemo* določeno pravno posledico. Nastanek pravne posledice ni samodejen; odvisen je od človekove volje in od njegove odločitve. V tem pogledu se pravna pravila ostro razločujejo od *tehničnih pravil*, ki ugotavljajo ali vsaj skušajo ugotoviti, kakšne so vzročne (kavzalne) povezave med naravnimi pojavi. Tehnična pravila spoznavajo in opisujejo, kako delujejo naravne sile in kakšna so njihova vzajemna razmerja. Naloga tehničnega pravila torej ni opredeljevati, kaj naj se zgodi v takšnih ali drugačnih življenjskih okoliščinah, njegova naloga je »samo« ta, da pove (pojasni), kakšno *je* razmerje med vzrokom in njegovo posledico.

Razlika med tehničnimi in pravnimi pravili je vse prej kakor nepomembna. S tehničnimi pravili se ukvarjajo naravoslovne znanosti, ki preučujejo zakonitosti v naravnih dogajanjih. Predmet pravne znanosti so *normativne zakonitosti*, ki se osredotočajo okrog pravnega pravila. Iz narave pravnega pravila je lepo razvidno, da je odločitev (dovolitev, zapoved ali prepoved vedenja in ravnanja) o tem, kaj naj se zgodi, vrednostna in sad presoje, kako naj ravnamo v takšnih ali drugačnih življenjskih okoliščinah, da bi uresničili določene zavestno izbrane cilje in vrednote. Neutemeljeno bi bilo, če bi normativni svet (svet najstva) osamili in ga preučevali samega zase. Tisti, ki osmišlja veljavno pravo in hkrati preučuje tudi »delujoče pravo«, se ne more izogniti družbenim zakonitostim in vrednotenju, ki pravno urejanje družbenih razmerij nenehno spremljajo.

Pravna pravila so prisilna družbena pravila, ki jih – vsaj naposled – sankcionira država. Okoliščina, da je *državna sankcija differentia specifica*, po kateri se pravna pravila razločujejo od drugih družbenih pravil (npr. od običajev in