

Marijan Pavčnik

# TEORIJA PRAVA

Prispevek k razumevanju prava

*6., pregledana in dopolnjena izdaja*

(s poglavjem Aleša Novaka)

**LEXPERA®**

**GV**  
ZALOŽBA

Ljubljana 2020

# Kazalo

|  |    |
|--|----|
| Theorie des Rechts (Inhaltsverzeichnis) .....          | 15 |
| Pojasnilo .....  | 25 |
| <b>I. Uvod</b> .....                                   | 27 |
| Literatura .....                                       | 42 |
| <b>II. Vrste in metode pravnih znanosti</b> .....      | 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 .....                         | 48 |
| 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 .....                      | 56 |
| 5. Teorija prava .....                                 | 58 |
| 6. Filozofija prava .....                              | 61 |
| 7. Odnos do preučevanja države .....                   | 64 |
| 8. Teorija prava in države kot pedagoški predmet ..... | 67 |
| Literatura .....                                       | 70 |
| <b>III. Pravo in država</b> .....                      | 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 . . . . .  | 88         |
| Literatura . . . . .   | 88         |
| <b>IV. Pravno pravilo . . . . .</b>  | <b>91</b>  |
| 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 . . . . .   | 115        |
| 4. Tipsko (splošno in abstraktno) pravno pravilo . . . . .                   | 119        |
| 5. Od tipskega k posamičnemu in h konkretnemu pravnemu pravilu . . . . .     | 122        |
| 6. Primarna in sekundarna pravna pravila . . . . .                           | 125        |
| 7. Pravilo o pristojnosti . . . . .  | 126        |
| 8. »Nepopolna« (»nesamostojna«) pravna pravila . . . . .                     | 127        |
| 9. Pravno načelo . . . . .   | 130        |
| 10. Sklep . . . . .  | 136        |
| Literatura . . . . .   | 137        |
| <b>V. Pravno razmerje . . . . .</b>  | <b>141</b> |
| 1. Pravno razmerje. Pravno vedenje in ravnanje v pravnih razmerjih . . . . . | 142        |
| 2. Pravni subjekt . . . . .  | 144        |
| 2.1. Pravni subjekt . . . . .  | 144        |
| 2.2. Fizična oseba . . . . .   | 146        |
| 2.2.1. Posameznik kot pravni subjekt . . . . .                               | 146        |
| 2.2.2. Pravna sposobnost . . . . .   | 147        |
| 2.2.3. Sposobnost za dejanja . . . . .                                       | 149        |
| 2.2.3.1. Pojemovno pojasnilo . . . . .                                       | 149        |
| 2.2.3.2. Poslovna sposobnost . . . . .                                       | 149        |
| 2.2.3.3. Odgovornost za pravne kršitve . . . . .                             | 150        |
| 2.3. Pravna oseba . . . . .  | 153        |
| 2.3.1. Pojem pravne osebe . . . . .  | 153        |

|            |   |            |
|------------|---|------------|
| 2.3.2.     | Vrste pravnih oseb . . . . .  | 156        |
| 2.3.3.     | Sposobnost pravnih oseb . . . . .   | 160        |
| 2.3.4.     | Nekatera odprta vprašanja . . . . .   | 163        |
| 2.4.       | Od tod naprej . . . . .   | 165        |
| 3.         | Pravica . . . . .   | 166        |
| 3.1.       | Pravica . . . . .   | 166        |
| 3.2.       | Abstraktna pravica . . . . .  | 167        |
| 3.3.       | Konkretna pravica. . . . .  | 168        |
| 3.4.       | Teorije o naravi pravice . . . . .  | 169        |
| 4.         | Dolžnostno upravičenje. . . . .   | 171        |
| 5.         | Pravna dolžnost . . . . .   | 174        |
| 5.1.       | Pravna dolžnost . . . . .   | 174        |
| 5.2.       | Abstraktna in konkretna pravna dolžnost . . . . .                             | 175        |
| 5.3.       | Korelativnost (soodvisnost) pravic in pravnih dolžnosti . . . . .             | 176        |
| 6.         | Zloraba pravice . . . . .   | 177        |
| 7.         | Predmet pravnega razmerja. . . . .  | 184        |
|            | Literatura . . . . .  | 187        |
| <b>VI.</b> | <b>Normativni pravni akt . . . . .</b>  | <b>191</b> |
| 1.         | Pojmovno pojasnilo: normativni pravni akt kot pravno dejstvo . . . . .        | 192        |
| 2.         | Normativni pravni akt. . . . .  | 193        |
| 3.         | Sestavine normativnega pravnega akta . . . . .                                | 196        |
| 3.1.       | Uvod. . . . .   | 196        |
| 3.2.       | Vsebina normativnega pravnega akta. Splošni in posamični pravni akt . . . . . | 197        |
| 3.3.       | Oblika normativnega pravnega akta. . . . .                                    | 199        |
| 3.3.1.     | Pristojnost za sprejemanje normativnih pravnih aktov . . . . .                | 199        |
| 3.3.2.     | Postopek za sprejemanje normativnih pravnih aktov . . . . .                   | 201        |
| 3.3.3.     | Zunanje izrazno sredstvo normativnega pravnega akta . . . . .                 | 204        |
| 3.4.       | Materialno in formalno pojmovanje normativnega pravnega akta . . . . .        | 205        |
| 4.         | Veljavnost splošnih pravnih aktov. . . . .                                    | 206        |
| 4.1.       | Uvod. . . . .   | 206        |
| 4.2.       | Krajevna veljavnost splošnih pravnih aktov . . . . .                          | 208        |
| 4.3.       | Osebna (personalna) veljavnost splošnih pravnih aktov . . . . .               | 209        |
| 4.4.       | Časovna veljavnost splošnih pravnih aktov . . . . .                           | 210        |
| 4.4.1.     | Začetek veljavnosti splošnih pravnih aktov . . . . .                          | 210        |
| 4.4.2.     | Konec veljavnosti splošnih pravnih aktov . . . . .                            | 212        |
| 4.4.3.     | Retroaktivna veljavnost splošnih pravnih aktov. . . . .                       | 216        |

|             |  |            |
|-------------|--|------------|
| 5.          | Hierarhija normativnih pravnih aktov . . . . .   | 221        |
| 5.1.        | Narava hierarhije in njena zgradba . . . . .   | 221        |
| 5.2.        | Odnos do pravnega reda Evropske unije . . . . .  | 224        |
|             | Literatura . . . . .   | 227        |
| <b>VII.</b> | <b>Pravni viri . . . . .</b>   | <b>231</b> |
| 1.          | Pojem pravnih virov . . . . .  | 233        |
| 2.          | Predmet pravnega urejanja . . . . .  | 236        |
| 3.          | Vrste formalnih pravnih virov. »Spontano« in organizirano nastajanje formalnih pravnih virov . . . . . | 239        |
| 4.          | Organizirano nastajanje formalnih pravnih virov . . . . .  | 240        |
| 4.1.        | Ustava in zakon kot pravna vira . . . . .  | 240        |
| 4.1.1.      | Pojem ustave in zakona . . . . .   | 240        |
| 4.1.2.      | Predmet pravnega urejanja kot merilo razločevanja med ustavo in zakonom . . . . .                      | 245        |
| 4.1.3.      | Ustavno urejanje družbenih razmerij . . . . .  | 248        |
| 4.1.4.      | Zakonsko urejanje družbenih razmerij . . . . .   | 252        |
| 4.2.        | Uredba kot osrednji podzakonski akt . . . . .  | 257        |
| 4.2.1.      | Pojem uredbe . . . . .   | 257        |
| 4.2.2.      | Uredbodajno urejanje družbenih razmerij . . . . .  | 260        |
| 4.2.3.      | Drugi podzakonski akti . . . . .   | 263        |
| 4.3.        | Avtonomno pravno urejanje . . . . .  | 264        |
| 4.3.1.      | Avtonomno in heteronomno pravno urejanje . . . . .   | 264        |
| 4.3.2.      | Merila razločevanja . . . . .  | 265        |
| 4.3.3.      | Avtonomno pravno urejanje . . . . .  | 269        |
| 5.          | »Spontano« nastajanje formalnih pravnih virov . . . . .  | 272        |
| 5.1.        | Moralna kot pravni vir . . . . .   | 272        |
| 5.1.1.      | Moralna in pravo . . . . .   | 272        |
| 5.1.2.      | Moralna kot pravni vir . . . . .   | 277        |
| 5.2.        | Običaj kot pravni vir . . . . .  | 280        |
| 5.2.1.      | Običaj in pravo . . . . .  | 280        |
| 5.2.2.      | Običaj kot pravni vir . . . . .  | 282        |
| 6.          | Sodba in enotna (enaka) uporaba formalnih pravnih virov . . . . .                                      | 285        |
| 6.1.        | Sodba kot formalni pravni vir . . . . .  | 287        |
| 6.2.        | Ustaljena sodna praksa . . . . .   | 288        |
| 7.          | Pravni viri posameznih pravnih panog in pravnih področij . . . . .                                     | 295        |
| 7.1.        | Uvod . . . . .   | 295        |
| 7.2.        | Pravni viri Evropske unije . . . . .   | 296        |
| 7.2.1.      | Temeljna razčlenitev pravnih virov . . . . .   | 296        |

|  |     |
|--|-----|
| 7.2.2. Nekatere temeljne značilnosti pravnega reda<br>Evropske unije ..... | 301 |
| 8. Spoznavni pravni viri .....   | 302 |
| Literatura .....   | 305 |
| <b>VIII. Pravne praznine</b> .....   | 311 |
| 1. Narava pravnih praznin .....  | 312 |
| 2. Pravnost pravnih praznin .....  | 316 |
| 3. Klasične pravne praznine .....  | 317 |
| 4. Pravne praznine v širšem pomenu besede .....                            | 322 |
| 5. Pravni praznini na rob .....  | 326 |
| Literatura .....   | 326 |
| <b>IX. Uporabljanje (splošnih) pravnih aktov</b> .....                     | 329 |
| 1. Pojem uporabljanja normativnih pravnih aktov .....                      | 330 |
| 2. Potek uporabljanja (splošnih) pravnih aktov .....                       | 332 |
| 3. Pomen pravnih dejstev .....   | 339 |
| 4. Posamični pravni akti .....   | 343 |
| 4.1. Uvod .....  | 343 |
| 4.2. Upravni akt .....   | 344 |
| 4.3. Sodni akt .....   | 346 |
| 4.4. Pravni posel .....  | 349 |
| 5. Konkretno pravno razmerje .....   | 351 |
| 6. Zastaranje in priposestevovanje .....                                   | 353 |
| 7. Varstvo pravnega razmerja .....   | 355 |
| 7.1. Uvod .....  | 355 |
| 7.2. Samozaščita .....   | 357 |
| 7.3. Državno varstvo .....   | 359 |
| 7.3.1. Vrste državnega varstva .....                                       | 359 |
| 7.3.2. Upravno, kazensko in civilnopravno pravno<br>varstvo .....          | 361 |
| 7.3.3. Zbiranje procesnega gradiva (priprave za pravno<br>odločitev) ..... | 362 |
| 7.3.4. Pravovarstvena odločba .....  | 365 |
| 7.3.5. Pritožbena (instančna) pot .....                                    | 367 |
| 7.3.6. Pravnomočnost sodnih in upravnih odločb .....                       | 368 |
| 7.3.7. Izvršba .....   | 373 |
| 7.4. Ustavnosodno pravno varstvo .....                                     | 375 |
| Literatura .....   | 379 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>X. Razlaga (razumevanje) normativnih pravnih aktov</b> .....                                  | 383 |
| 1. Pojem razlage (splošnih) normativnih pravnih aktov .....                                      | 385 |
| 2. Vrste razlage normativnih pravnih aktov .....   | 388 |
| 3. Razlagalni argumenti .....  | 389 |
| 3.1. Uvod .....  | 389 |
| 3.2. Jezikovna razlaga .....   | 391 |
| 3.2.1. Narava jezikovne razlage .....  | 391 |
| 3.2.2. Zakonski jezik .....  | 395 |
| 3.3. Logična razlaga .....   | 399 |
| 3.4. Sistematična razlaga .....  | 402 |
| 3.5. Zgodovinska razlaga .....   | 405 |
| 3.6. Argumentum a simili ad simile .....   | 408 |
| 3.6.1. Pojem .....   | 408 |
| 3.6.2. Analogija intra legem .....   | 409 |
| 3.6.3. Zakonska analogija .....  | 410 |
| 3.6.4. Pravna analogija .....  | 411 |
| 3.6.5. Pomen zakonske in pravne analogije .....  | 411 |
| 3.6.6. Posebnosti v kazenskem pravu .....  | 412 |
| 3.7. Argument teleološke redukcije .....   | 413 |
| 3.8. Argumentum a contrario .....  | 414 |
| 3.9. Argumentum a fortiori (argumentum a maiori ad minus,<br>argumentum a minori ad maius) ..... | 416 |
| 3.10. Argumentum a cohaerentia .....   | 417 |
| 3.11. Argumentum a completudine .....  | 418 |
| 3.12. Namenska (teleološka) razlaga .....  | 419 |
| 4. (Besedni) rezultat razlage .....  | 423 |
| 5. Razlaga ustave kot hierarhično najvišjega splošnega<br>pravnega akta .....                    | 425 |
| 6. Razlaga posamičnih pravnih aktov .....  | 430 |
| 7. Utemeljitev razlagalne odločitve .....  | 432 |
| 8. (Nekateri) teoretični pogledi na razlago normativnih<br>pravnih aktov .....                   | 435 |
| 8.1. Od Montesquieujevega sodnika do vrednotne<br>jurisprudence .....                            | 435 |
| 8.2. Dworkinovo carstvo prava kot razlagalna celota .....  | 442 |
| 8.3. Prispevek teorije argumentacije v pravu .....   | 446 |
| Literatura .....   | 448 |
| <b>XI. Sistemizacija prava</b> .....   | 455 |
| 1. Pojem in prvine sistemizacije prava .....   | 457 |
| 2. Klasične pravne panoge .....  | 459 |

|  |            |
|--|------------|
| 2.1. Ustavno pravo . . . . .                             | 459        |
| 2.2. Civilno pravo . . . . .                             | 459        |
| 2.3. Družinsko pravo . . . . .                           | 461        |
| 2.4. Gospodarsko pravo . . . . .                         | 462        |
| 2.5. Delovno in socialno pravo . . . . .                 | 463        |
| 2.6. Upravno pravo . . . . .                             | 464        |
| 2.7. Finančno pravo . . . . .                            | 466        |
| 2.8. Kazensko pravo . . . . .                            | 466        |
| 2.9. Postopkovno pravo . . . . .                         | 467        |
| 2.10. Mednarodno (javno) pravo . . . . .                 | 468        |
| 2.11. Mednarodno zasebno pravo . . . . .                 | 470        |
| 3. Temeljne skupine prava . . . . .                      | 471        |
| 3.1. Notranje (državno) in mednarodno pravo . . . . .    | 471        |
| 3.2. Materialno in formalno pravo . . . . .              | 472        |
| 3.3. Javno in zasebno pravo . . . . .                    | 473        |
| 4. Vprašanje novih pravnih panog . . . . .               | 474        |
| 5. Velike pravne kulture ( <i>Aleš Novak</i> ) . . . . . | 476        |
| 5.1. Uvodno: pravna kultura . . . . .                    | 476        |
| 5.2. Merila razločevanja . . . . .                       | 478        |
| 5.3. Velike pravne kulture . . . . .                     | 480        |
| 5.3.1. Kontinentalna pravna kultura . . . . .            | 480        |
| 5.3.1.1. Skupne značilnosti . . . . .                    | 480        |
| 5.3.1.2. Zahodnoevropska pravna kultura . . . . .        | 482        |
| 5.3.1.3. Srednjeevropska pravna kultura . . . . .        | 484        |
| 5.3.1.4. Skandinavska pravna kultura . . . . .           | 488        |
| 5.3.2. Pravna kultura <i>common law</i> . . . . .        | 490        |
| 5.3.3. Islamska pravna kultura . . . . .                 | 493        |
| 5.3.4. Kitajska pravna kultura . . . . .                 | 497        |
| 5.3.5. Japonska pravna kultura . . . . .                 | 500        |
| 5.3.6. Indijska pravna kultura . . . . .                 | 503        |
| 5.3.7. Afriška pravna kultura . . . . .                  | 506        |
| Literatura . . . . .                                     | 508        |
| A. Splošno . . . . .                                     | 508        |
| B. Velike pravne kulture . . . . .                       | 511        |
| <b>XII. Pravo in vrednote . . . . .</b>                  | <b>515</b> |
| 1. Uvod . . . . .  | 516        |
| 2. Vrste pravnih vrednot . . . . .                       | 517        |
| 3. Pomen svobode, demokracije in pravne države . . . . . | 519        |
| 4. Klasične pravne vrednote . . . . .                    | 521        |
| 4.1. Mir in red kot pravni vrednoti . . . . .            | 521        |



|              |   |            |
|--------------|---|------------|
| 4.2.         | Pravičnost in pravo . . . . .                             | 522        |
| 4.2.1.       | Pojem pravičnosti . . . . .                               | 522        |
| 4.2.2.       | Temeljna merila pravičnosti . . . . .                     | 526        |
| 4.2.2.1.     | Vsakomur svoje ( <i>suum cuique</i> ) . . . . .           | 526        |
| 4.2.2.2.     | Vsakomur enako . . . . .                                  | 526        |
| 4.2.2.3.     | Vsakomur »po zasluženju«. . . . .                         | 527        |
| 4.2.2.4.     | Vsakomur po načelu enakovrednosti . . . . .               | 527        |
| 4.2.2.5.     | Vsakomur po njegovem delu . . . . .                       | 528        |
| 4.2.2.6.     | Vsakomur po njegovih potrebah. . . . .                    | 529        |
| 4.2.2.7.     | Vsakomur glede na zlo (nepravo). . . . .                  | 529        |
| 4.2.2.8.     | Vsakomur glede na zakon . . . . .                         | 530        |
| 4.2.3.       | Pravičnost in pozitivno pravo . . . . .                   | 531        |
| 4.2.4.       | Socialna pravičnost. . . . .                              | 534        |
| 4.3.         | Pravna varnost . . . . .                                  | 538        |
| 5.           | Konflikt vrednot . . . . .                                | 540        |
|              | Literatura . . . . .                                      | 543        |
| <b>XIII.</b> | <b>Pogledi na naravo prava . . . . .</b>                  | <b>547</b> |
| 1.           | Naravno pravo . . . . .                                   | 548        |
| 1.1.         | Uvod . . . . .  | 548        |
| 1.2.         | Antično (Aristotelovo) naravnopravno pojmovanje . . . . . | 549        |
| 1.3.         | Sholastično (Tomaževo) naravnopravno pojmovanje . . . . . | 552        |
| 1.4.         | Racionalistično naravno pravo . . . . .                   | 554        |
| 1.5.         | Sklepno pojasnilo . . . . .                               | 560        |
| 2.           | Pravni pozitivizem . . . . .                              | 562        |
| 2.1.         | Uvod . . . . .  | 562        |
| 2.2.         | Zakonski pozitivizem . . . . .                            | 564        |
| 2.3.         | Čista teorija prava . . . . .                             | 566        |
| 2.4.         | Hartova analitična teorija . . . . .                      | 572        |
| 2.5.         | Pravni realizem. . . . .                                  | 577        |
| 2.6.         | Še nekaj splošnih opomb . . . . .                         | 579        |
| 2.6.1.       | Vprašanje zornega kota. . . . .                           | 579        |
| 2.6.2.       | Vprašanje zasnove . . . . .                               | 580        |
| 2.6.2.1.     | Argument neprava . . . . .                                | 580        |
| 2.6.2.2.     | Argument načel . . . . .                                  | 582        |
| 2.6.2.3.     | Argument razumevanja pravnih pravil . . . . .             | 583        |
| 3.           | Zgodovinska šola prava. . . . .                           | 584        |
| 4.           | Sociološko pravoznanstvo . . . . .                        | 586        |
| 5.           | Marksistična teorija prava . . . . .                      | 590        |
| 5.1.         | Nekateri nastavki marksistične teorije prava . . . . .    | 590        |

|  |     |
|--|-----|
| 5.2. Nekateri odzivi v teoriji prava . . . . .                                     | 593 |
| 5.3. Glosa (ob rob marksistični teoriji prava) . . . . .                           | 596 |
| 6. Kritična teorija prava . . . . .  | 596 |
| 7. Sintetično pojmovanje prava . . . . .   | 600 |
| Literatura . . . . .   | 608 |
| Literatura . . . . .   | 613 |
| 1. Okrajšave . . . . .   | 613 |
| 2. Splošni pregled literature . . . . .  | 614 |
| 3. Pojasnilo . . . . .   | 622 |
| Theorie des Rechts: Beitrag zum Verstehen des Rechts<br>(Zusammenfassung). . . . . | 623 |
| Imensko kazalo . . . . .   | 645 |
| Stvarno kazalo . . . . .   | 659 |

# 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, grede, 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 sproti 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

Šesta izdaja je pregledana in na že ustaljen način dopolnjena in usklajena s sedanjim pravnim stanjem.

Avtor poglavja o velikih pravnih kulturah – to poglavje je bilo vključeno že v peto izdajo – je doc. dr. Aleš Novak.

Marijan Pavčnik

Ljubljana, junija 2020

# 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 pravilen 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 državnoopravno 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.<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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«.

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 posveča. 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 (zakonitosti).

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 nastane 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, vrednotna 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