

Na rob novemu ZZZDR

Ultra posse, nemo tenetur¹

✍ Borut Holman



Fikentscher v Metodologiji prava pravičnost nasloni na pravo in pravi, da "pravo predpostavlja pravičnost". Svojo misel izpelje iz ugotovitve, da je pravo rezultat dveh danosti: ideje pravičnosti (cilj) in pravne misli (sredstvo za približevanje cilju) (1977: 6). Tako je to več ali manj v teoriji. Na drugi strani pa v predgovoru zbornika Pravo in politika (2001) Šumič - Riha, avtorica predgovora, ugotavlja, da kljub "pravcati promociji prava tako v teoriji kot v praksi" v pojmi, kot so "pravičnost, človekove pravice, kontraktualizem ...", razmerje med politiko in pravom poteka na dveh polih, med "konstruktivnim dialogom" in "pogovorom glubih".

Družbeni prostor, tako Šumič - Riha (prim. n. d.: 7), pretresajo tri temeljne krize sodobne demokratične družbe, in sicer (1) kriza politike oziroma politične legitimnosti, (2) kriza demokracije in (3) kriza prava. Z navedenim bi bilo mogoče soglašati pod pogojem, da pravo ni vrednota. Ob izhodišču, da je pravo vrednota in da je posledica prava, tako Fikentscher, pravičnost, pa pravo ni v krizi, v krizi je tisti, ki bi moral pravo misliti (gedachtes Recht - Gerechtigkeit). In posledica nerazumevanja prava kot vrednote, kar je Šumič - Riha zapisala, je v "vedno večjem krčenju javnega prostora, /.../ politična oblast se vedno bolj izmi-

ka nadzoru državljanov" in na drugi strani pravo postaja zlorabljen in "privilegirano orodje za urejanje sporov in regulacijo najrazličnejših oblik človeške interakcije". Zloraba prava je v (Šumič - Rihova navaja Webra) "izgubi smisla in svobode, kar se še posebej manifestira v naših sodobnih družbah in ima za posledico krizo samega prava" (prim. n. d.: 8).

Gre res za krizo prava?

S trditvijo - "kriza samega prava" (kakor pravi Šumič - Riha) - ni mogoče soglašati. Pravo je pravo, in če velja rimsko pravilo *ius est ars boni et aequi*², je pri tem ključna ars - umetnost, ki je sposobnost človeka, po Fikentscherju, misliti pravičnost, se pravi uporabiti sredstvo za približevanje k cilju - k tistemu, kar je dobro in primerno.

Spremembe in dopolnitve ZZZDR

Predlagatelji so v Državni zbor Republike Slovenije vložili predlog sprememb in dopolnitev Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR) ter za utemeljitev svojega predloga uporabili 14. člen Ustave Republike Slovenije³. To je ena izmed temeljnih ustavnih norm, ki vsebuje načelo pravičnosti.

Vendar, ali je res tako, ali so res z dopolnitvami, ki so bile medtem sprejete v Državnem zboru, izpolnjeni vsi razlogi iz 14. člena in ali je v tem primeru sploh dopustno uporabiti ta člen?

Predlog obsega vsega skupaj 8 členov s predpostavko, da je spolna usmerjenost osebna okoliščina, ki omogoča zagotavljanje družbene in socialne vključenosti in se "udejani dejanska enakopravnost vseh".⁴ Utemeljitev ni dosledna, saj iz predlaganega

besedila 4. člena sledi, da so iz dejanske enakopravnosti izključeni "sorodniki v ravni črti". Ob predpostavki, da za imenovane prav tako velja 14. člen Ustave, je vsaj v tem delu zavze-manje predlagateljev sporno ali pa se postavlja vprašanje, kaj je predlagatelj vodilo k oblikovanju takšne definicije.

Postavlja se vprašanje, zakaj so sorodniki v ravni vrsti izključeni, saj gre v tem primeru lahko prav tako za "dve osebi".

Morda, morda pravim, pa stvar le ni tako odlično pravniško domišljena, še toliko bolj ob predpostavki določenim osebam lastnih danosti.

Morda pa so predlagatelji v tem delu računali z neko "danostjo vnaprej", se z njo niso želeli konfrontirati. V pravu to "danost vnaprej" imenujemo "narava stvari".

Narava stvari

V rimskem pravu je veljalo več pravnih pravil, vezanih na naravo stvari. Vsem je skupno dejstvo naravnega reda in moči narave ter pravic iz naslova dedovanja kot ene izmed poslovnih sposobnosti človeka.

“Celoten pravni red temelji na rimski pravni tradiciji. Tako velja pravno pravilo, da je moč narave največja⁵ in naravi ni mogoče biti kos.”

S pojmom "narava stvari" so se v prejšnjem stoletju intenzivno ukvarjali Bobbio, Larenz, Maihofer, Radbruch, Schambeck in Stratenwerth.

V študiji, posvečeni pojmu "narava stvari", Schambeck ugotavlja, da je pojem "narava stvari" določujoč temelj določene danosti. Pri tem loči med naravo dejanskih danosti in naravo človeka. Za našo razpravo je pomemb-

na ugotovitev v zvezi s človekom, z njegovo bivanjsko vključenostjo v pravna razmerja in iz njih izhajajoče pravne posledice. K "naravi stvari" človeka, k njegovim danostim trajno spadajo naslednje vnaprejšnje danosti: poslovna in deliktna sposobnost, dvospolnost in dostojanstvo (prim. Schambeck, 1964: 141). Sama diskusija izhaja iz polemike med Sein und Sollen (med

(1) narava ne dela skokov in (tako jih ne dela) tudi zakon⁶, kar pomeni, da se naravni red razvija organsko; (2) zakon upošteva naravni red⁷ – zakonodajalec naj bi pri svojem delu upošteval socialne danosti in naj se ne bi preveč oddaljil od dejansko obstoječega; (3) tega, kar je prepovedano po sami naravi stvari, ne potrjuje noben zakon (tj. ne more potrditi noben zakon) – zakon

skladno z omenjenima dokumentoma nedotakljivost dostojanstva, ki ga je treba varovati in spoštovati (1. člen). Preambula Listine zgovorno napotuje na to, da je pravice mogoče pridobiti samo pod pogojem zavedanja odgovornosti in dolžnosti. 7. člen Listine moremo zaradi tega obrniti in zahtevati, da smo dolžni spoštovati zasebno in družinsko življenje sočloveka, človeške skupnosti in prihodnjih generacij.



Foto: Benedikt Lavrih

socialno resničnostjo in normo). Za Radbrucha predstavljajo naravne danosti, kot so rojstvo in smrt, povezava med spoloma in spočetje, starševstvo in otroštvo, naravno izhodišče za uresničitev ideje prava (prim. Diesselhorst, 1968: 3).

Narava stvari in vnaprejšnja danost

Velja načelo, da se pri naravi stvari srečujemo z neko znano, vnaprejšnjo danostjo – stvarjo in odnosom – in poskušamo na drugi strani iz značaja in bistva narave sklepati na stvari, ki se nam kažejo skozi objektivnost, prepričljivost in brezpogojnost. V pravu, tako npr. Dernburg, velja prepričanje, da življenjske okoliščine nosijo v sebi lastno mero in lasten red (prim. Mayer - Maly, 1984: stolpec 917). Celoten pravni red temelji na rimski pravni tradiciji. Tako velja pravno pravilo, da je moč narave največja⁵ in naravi ni mogoče biti kos. Skladno s tem moramo omeniti še naslednja pravna pravila:

ne more spremeniti naravnega reda oziroma tistega, kar je dano po naravi.⁸ Zadnje pravilo potrjujeta pravili, ki obravnavata posvojitev, in sicer: (1) mlajši ne more posvojiti starejšega⁹ in (2) posvojitev posnema naravo¹⁰.

Splošna deklaracija človekovih pravic in Listina Evropske unije o temeljnih pravicah

Omenjena dokumenta temeljita na zavedanju duhovne in moralne dediščine, posameznika postavljata v središče ter mu omogočata svobodo, varnost in pravice. V Preambuli Listine Evropske unije je posebej izpostavljen pogoj pravic, in sicer je ta v odgovornosti in dolžnosti do sočloveka, človeške skupnosti in prihodnjih generacij.

V študiji, ki jo je naredil Schambeck, je ena izmed danosti človekovo dostojanstvo. Kaj pa je človek, kaj je značilno za klasični humanizem? Človek je bitje v moškem in ženskem principu in samo kot takemu mu gre

14. člen Ustave RS ter 20., 21., 22., 23. in 24. člen Listine

Zdi se, kot da je Evropska unija prepisala 14. člen Ustave RS, vendar z eno razliko: izhajajoč iz 24. člena Listine. V ospredju so dobrobit, svoboda izražanja, pravica do upoštevanja otrokovega mnenja in koristi ter, kar je najvažnejše, pravica "do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema staršema". Samo to, da se z nečim škoduje osebi otroka, more zadržati izvrševanje 3. odstavka 24. člena. S to danostjo se je v zadnjem času zelo konkretno ukvarjala Agencija za človekove pravice Evropske unije.¹¹

Iz tega sledi pravno, ekonomsko in socialno varstvo družine (33. člen Listine). Že v zgodovini so se zakonodajalci zavedali vrednote družine, saj Občni državljanski zakonik iz leta 1811 namenja celo poglavje roditeljskim dolžnostim in otrokovim pravicam. Če so očetje zlorabili svojo oblast ali so bili krivi nečastnega ali nenavnega vedenja, je lahko otrok sam poklical sodišče na pomoč (1811, § 178).

Ne resnica, temveč avtoriteta tvori zakon

V Hobbsovem času je začel veljati rek *non veritas sed auctoritas facit legem*; naravno pravičnost je zamenjal zakon kot edino merilo pravičnosti. Pozabljeno je bilo pravilo srednjeveškega človeka – smisel zakona je duša zakona¹²: tako kot ne more živeti človek, ki nima duše, tako ne more živeti zakon, ki nima smisla (prim. Kranjc, 1998: 216).

Ob sprejemanju sprememb in dopolnitev ZZZDR je spontano prišlo do

upora med ljudmi. Naravne danosti ni bilo treba spreminjati in redefinirati. Pravno pravilo je tukaj jasno – razmerja, ki nastane z otrokovim rojstvom med otroki in starši, ne more nadomestiti nekdo, ki bi glede na svojo starost in pravni položaj sam ne mogel imeti otroka oziroma biti eden od staršev posvojenca. Moč narave je pri tem večja od avtoritete zakona (prim. n. d.: 157).

Pravo je produkt oblasti

Skladno z izpričano krizo človeka v odnosu do vrednot in krizo v odnosu do prava se zdi, da je zakonodajni organ izgubil občutek za dobro in primerno. Če bi moral biti zakonodajni postopek odsev prvin družbenega sistema in zlasti kulture, potem bi morale biti vrednote del sistema vrednot, ki se ne bi, kakor pravi Kant, ravnal po trenutni modi in okusu, razlogih za negotovost, temveč bi spodbujeni z vrednotami in normami kot usmerjevalci delovanja posameznikov v družbi poskrbeli za integracijo vseh.

Igličar ugotavlja, skladno z rimsko tradicijo, da more zakonodajalec svoje akte v praksi uveljaviti samo toliko, kolikor upošteva družbeno stvarnost in utečene družbene odnose. Družbene odnose je zavestno mogoče le malo spreminjati, še manj pa z zakonskim vsiljevanjem vrednot. Te se morajo najprej spontano uveljaviti v družbi, tako da postanejo izhodišče za zakonsko urejanje in institucionalizacijo, ki je potrebna za utrditev in natančnejšo opredelitev teh vrednot. Dobri zakoni bi morali biti (tako Trontelj, citirano po Igličarju) blizu skupnemu etičnemu maksimumu (Igličar, 2011: 15). Če tega ni, nikakor ne moremo govoriti o manjku človekovih pravic, govorimo lahko samo o tiraniji na račun človekovih pravic.

Je ob uporabi, ki se je zgodil v času sprejemanja dopolnil in sprememb ZZZDR, ta etični maksimum dosežen? Je, vendar ne po volji zakonodajalca, pa četudi se sklicuje na človekove pravice. Morda pa le v tem primeru velja rimsko pravilo *lex non intendit impossibile*¹³ ali drugače – poiskati bo treba tisto "rešitev, ki bo uresničljiva in mogoča" (prim. Kranjc, 1998: 140). Sicer bo ob-

veljalo pravno pravilo z začetka tega besedila – *ultra posse, nemo tenetur* in se bo začel spoštljiv dialog. ■

Viri in literatura

Diesselhorst, Malte (1968): *Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtssprechung zur Saldotheorie*. Tübingen: Mohr.



Foto: Peter Prebil

Fikentscher, Wolfgang (1977): *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 4. zv. Tübingen: J. C. B. Mohr.

Igličar, Albin (2011): *Zakonodajna dejavnost: viri, nomotehnika in zakonodajni postopek*. Ljubljana: GV založba.

Kranjc, Janez (1998): *Latinski pravni reki*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2. izd.

Mayer - Maly, Theodor (1984): *Natur der Sache*. V: HRG, 3. zv.. Berlin, stolpec 917–920.

Občni državljanski zakonik za vse nemške dedne dežele avstrijskega cesarstva (1811). Na Dunaji: C. K. dvorne in državne tiskarnice.

Šumič - Riha, Jelica (ured.) (2001): *Pravo in politika*. Ljubljana: Liberalna akademija.

Schambeck, Herbert (1964): *Der Begriff der "Natur der Sache": Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*. Wien: Springer.

Opombe

1. *Ultra posse, nemo tenetur* (oz. obligatur). Nihče ni zavezan preko (tistega, kar) zmore. Cels. D. 50, 17, 185 ali Paul. D. 49, 8, 3 ali Ulp. D. 50, 17, 3. Kranjc (1998: 251) k citiranemu reku izpostavlja: (1) ničnost pogodbe v primeru, "če je predmet obveznosti nemogoč, nedopusten, nedoločen ali nedoločljiv", in citira Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR 47), ker zaradi tega ni mogoče opredeliti obveznosti dolžnika; (2) skladno s formalno logiko, kjer se pojma

- obveznost in nemožnost izključujeta; (3) načelo pravičnosti ne dopušča, "če bi nekoga branili za tisto, kar sploh ni mogoče".
2. Pravo je spretnost (kako v konkretnem primeru) najti (tisto, kar je) dobro in primerno (tj. pravično) (Kranjc, 1998: 132).
3. V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje.

4. Prim. Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uvod, 1. Ocena stanja in razlogi za sprejem predloga zakona, drugi odstavek, str. 2.
5. *Natura vis maxima* (prim. Kranjc, 1998: 157).
6. *Natura non facit saltum, ita nec lex* (prim. Kranjc, n. d.). Nagle in velike spremembe so bile značilne za t. i. revolucionarne zakone, ki pa so bili neredko le pravno ozadje, ki naj bi upravičilo dejansko prakso. Tak zakon ostaja mrtva črka na papirju in povečuje zmedo v pravnem sistemu.
7. *Lex spectat naturae ordinem* (prim. Kranjc, n. d.: 142).
8. *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (Cels. D. 50, 17, 188, 1.) (prim. Kranjc, n. d.: 198).
9. *Adoptare minor maiorem non potest* (prim. Kranjc, n. d.: 25).
10. *Adoptio naturam imitatur* (inst. 1, 11, 4.) (prim. Kranjc, n. d.).
11. Prim. <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/child-friendly-justice-professionals>.
12. *Ratio legis est anima legis* (prim. Kranjc, 1998: 216).
13. Zakon ne namerava nemogočega, kar po eni strani pomeni, da se zakonodajalec pri svojem delu ne sme oddaljiti od realno mogočega, po drugi strani pa to pomeni, da je treba iskati takšno rešitev, ki je uresničljiva in mogoča.