

## ŽIVIMO V ČASU SODNIŠKEGA PRAVA

**Aleš Novak in Marijan Pavčnik (ur.): Sodniško pravo. Lexpera (GV Založba), Ljubljana 2023, 417 strani.**

### 1. UVOD

Ko sem se pred približno petintridesetimi leti intenzivno pripravljaj na podiplomski študij primerjalnega prava onkraj Atlantika, mi je prijatelj odvetnik mag. Josip Rugelj dobrohotno priporočil, naj si za ogrevanje preberem izvrstno knjigo Glanvilleja Williamsa *Learning the Law* (Učenje prava), ki je bila tedaj na voljo v enajsti izdaji (Stevens and Sons, London 1982), zdaj pa se bohota že v štirinajsti. Kolega je kakšno leto poprej pridobil magistririj na ugledni valižanski Univerzi v Cardiffu, zato je dobro vedel, kakšne začetne težave čakajo kontinentalno izobraženega pravnika pri dojemanju tako imenovanega anglosaškega prava (angl. *common law*) in njegovih tipičnih značilnostih, denimo doktrine *stare decisis* (prevlada sodne prakse), *ratio decidendi* (razlog za odločitev), *obiter dictum* (mnenje sodnika, ki ne zavezuje, vendar ima težo) in *estoppel* (prepoved zanikanja danih izjav ali izvršenih dejanj).

V domačem okolju nas v tistih časih niso dosti naučili o precedenčnem pravu, čeprav so nekateri profesorji – na primer akademik dr. Stojan Cigoj – pogosto navajali sodno prakso in jo komentirali. Bili pa smo poučeni, da so naši sodniki načeloma vezani le na ustavo in zakone, ne pa tudi na sodbe višjih sodišč, ki so jih vendarle bolj ali manj upoštevali zaradi najmanj dveh razlogov. Prvi je bil pragmatičen, kajti zgledovanje po instanci je povečevalo možnosti za sodnikovo napredovanje, h kateremu je pripomoglo tudi število potrjenih odločb. Druga je v eni od svojih knjig ali člankov nazorno pojasnil vrhovni sodnik prof. dr. Boris Strohsack, da višja sodišča vplivajo na nižja s prepričljivostjo svojih sodb, kar ustvarja razmeroma poenoteno sodno prakso *alias* sodniško pravo (angl. *case law*).

Že tistikrat me je zanimala ta problematika, zato sem bil toliko bolj vesel, ko me je akad. prof. dr. Marijan Pavčnik povabil, da za revijo Pravniki napišem oceno monografije Sodniško pravo, ki je plod simpozija na Slovenski akade-

miji znanosti in umetnosti (SAZU) in Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani v začetku leta 2023. Knjigo sta v okviru zbirke Pravna obzorja uredila dr. Pavčnik in dr. Aleš Novak, poleg njiju pa je sodelovalo še osem uglednih avtorjev in dve avtorici, katerih prispevke bom strnjeno povzel v nadaljevanju.

## 2. KRATEK PRIKAZ MONOGRAFIJE

Kot je značilno za vsa dela iz omenjene impresivne zbirke, ima tudi pričujoča knjiga bogat znanstveni instrumentarij: predgovor urednikov, uvodno besedo predsednika SAZU, enajst poglavij, slovenske in angleške povzetke, imensko in stvarno kazalo ter kazalo pomembnejših sodnih odločb. Vsako poglavje vsebuje izčrpne opombe pod črto s citati virov in na koncu bogat seznam literature.

V **predgovoru** nas urednika spomnita na stoletje stara pisanja nemških naprednih pravnikov, da bi »sodnik moral stopiti iz sence zakonodajalca in iz njegovega služabnika postati njegov sodelavec« (str. 6), kajti pomenska odprtost zakonskega jezika zahteva od sodnikov ustvarjalno zapolnjevanje vrzeli med abstraktnostjo predpisa in konkretnostjo primerov. Ker je tudi tu zgodovina nujna učiteljica, je več kot upravičena **uvodna misel** akademika dr. Petra Štiha, da sodniško pravo ni pomembno le za pravno stroko, ampak je takisto izziv za zgodovino pisje, kamor spada tudi pravna zgodovina (str. 17).

Prvo poglavje je prispeval urednik profesor Pavčnik z naslovom **Glose ob sodniškem pravu**. Če bi želel celotno knjigo opisati z enim odstavkom, bi izbral prav njegovo naslednje slikovito priporočilo (str. 26):

»Za sodnika naj bo osrednje, da potrebuje pravo mero in umirjeno roko; vedeti mora, kje mu zakonsko besedilo ne daje manevrskega prostora, da išče najbolj ustrezno rešitev, in kje je spet zakon tisti, ki mu omogoča polje ustvarjalnosti. Sodnik s pravo mero ni tisti, ki se okostenelo in brezdušno prestopa na istem mestu, ampak tisti, ki v mejah ustavnih in zakonskih možnosti išče nove odtenke in nove izpeljave, ki jih zahtevajo novi in novi življenjski primeri.«

Drugo poglavje o **Sodišču EU kot (so)ustvarjalcu prava EU** je napisala dr. Maja Brkan, sodnica na Splošnem sodišču Evropske unije. Sodišče ustvarja pravo z zapolnjevanjem sistemskih in nesistemskih pravnih praznin, tu in tam pa pri razlagi evropskega prava »stopa po robu svojih pristojnosti in se včasih celo postavi v položaj zakonodajalca« (str. 53), kar še dodatno poudarja njegov tradicionalni aktivistični pristop. Sodbe Sodišča EU uvrščamo v primarno pravo EU, zato je ta institucija ena poglobitvenih pri ustvarjanju in razvijanju tega prava.

**O sodniškem kozmopolitizmu oziroma sklicevanju na tuje sodniško pravo v slovenski ustavnosodni presoji** pišeta doc. dr. Tilen Štajnpihler Božič in

izr. prof. dr. Samo Bardutzky s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Analizirala sta odločanje Ustavnega sodišča RS v obdobju 2011–2021 in ugotovila, da se sklici na tujo ustavnosodno prakso pojavijo v nekaj manj kot desetini vseh zadev (9,2 odstotka), ki so bile rešene z odločbo (str. 76). Izognila sta se skušnjavi, da bi poiskala poglobitve razloge za tako relativno zadržanost do tuje sodne prakse, omenjata pa težnjo naših in tujih (ustavnih) sodnikov, da se raje gibljejo znotraj regionalne sfere kot globalne in bistveno pogosteje uporabljajo tradicionalni namesto svetovljanski pristop (str. 103).

Predsednik Ustavnega sodišča RS izr. prof. dr. Matej Accetto razmišlja o **strateškem pravljanju in strateškem razsojanju**. Pri prvem prizadeti posamezniki in njihovi zagovorniki uporabljajo sodne postopke za doseg širših družbenih ali političnih sprememb, pri drugem pa sodniki strateško izbirajo različne metode razlage zakona, utemeljitev in pomiritev, izogibanje in izmikanje, preudarnost in postopnost (str. 118–125). Po ovrednotenju sodnikov kot strateških akterjev se avtor posveti poudarjeni vlogi sodišč v luči naraščajoče soodvisnosti pravnih redov in oblikam čezmejnega sodniškega dialoga.

Prof. dr. Aleš Galič s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani analizira **jamstva glede enotne sodne prakse kot del pravice do poštenega sojenja**. Opozarja, da je pri opredeljevanju obsega jamstev poštenega postopka treba upoštevati tudi zahtevo po neodvisnosti sodnika in zagotoviti, da jamstva ne bodo preprečila razvoja prava, vključno s sodno prakso. Ne nacionalno ustavno sodišče ne Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) ne sme postati nekakšna četrta instanca ali »super vrhovno sodišče«, ki bi odločalo o tem, katera od dopustnih razlag zakona je pravilna in ali se ustaljena sodna praksa lahko spremeni (str. 166).

Prof. dr. Mira Cerarja s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani zanima **sodnikova (ne)vezanost na podzakonske splošne akte in *exceptio illegalis***. Prepričljivo zagovarja stališče, da je sodnikova uporaba podzakonskih splošnih aktov načeloma obvezna, saj podrobneje razčlenjujejo in dopolnjujejo ustavo in zakon, toda od tega lahko izjemoma odstopi z uporabo instituta *exceptio illegalis*. To lahko stori tedaj, ko ugotovi, da je podzakonski akt v celoti ali delno v neskladju ali v nasprotju z ustavo ali zakonom, zato mora odločiti neposredno na podlagi ustave in zakona, ne da bi upošteval pomanjkljiv podzakonski predpis (str. 170).

Izjemno zanimivo in poučno je sedmo poglavje o **pretorjevem ustvarjanju novega prava v postopku**, ki ga je pripravil akad. zasl. prof. dr. dr. h.c. mult. Janez Kranjc ter nam tako osvežil in nadgradil temelje rimskega prava, ki se jih nemara še spominjamo iz študentskih dni. V sklepu med drugim zapiše misel, ki bi morala osmišljati tudi sodobne pravnike (str. 219):

»Idejno bogastvo rimskega prava je treba iskati prav v tesnem sodelovanju med pretorjem in učenimi pravniki, ki so sodelovali z nasveti, ne da bi bili

udeleženi v konkretnem sporu kot odvetniki ali sodniki. Pravniki so v svoje odgovore vlagali osebni in strokovni ugled. Vodila in motivirala jih je želja po kakovosti, pravičnosti in eleganci predlaganih rešitev.«

Vrhovni sodnik Tomaž Pavčnik obravnava **civilnopravne institute in ustavo kot vir sodniškega prava**. Pogled v zgodovino nam pove (str. 227–230), da že sama vsebina civilnega prava, ki se razvija od starega rimskega prava naprej prek njegove recepcije, sodniškega prava in pravne znanosti, ovrže tezo, da je lahko le zakonodajalec resnični pravodajalec. Kodifikacije so zgolj vmesna stopnja pravnega razvoja, osrednji vir sodniškega prava pa so instituti in načela civilnega prava, ki v povezavi z ustavo postavljajo meje zakonskemu in sodniškemu pravu.

Vrhovni sodnik izr. prof. dr. Primož Gorkič se ukvarja s **sodiščem kot (so) oblikovalcem pravil kazenskega procesnega prava**. Drugače kot kazensko materialno pravo, ki med temeljna načela uvršča tudi načelo zakonitosti, je slednje v kazenskem procesnem pravu poudarjeno zgolj selektivno, odvisno od predmeta urejanja, kar širi razlagalno polje kazenskih sodišč. Pri oblikovanju postopkovnih pravil imajo namreč ta na voljo pestro paletto razlagalnih metod – od zakonske analogije do argumenta teleološke redukcije, pri čemer jim pomaga sodniško pravo, ki ga hkrati ustvarjajo (str. 289).

Kaj je **mehko sodniško pravo** in kakšno težo ima, nam pojasni vrhovna sodnica mag. Nina Betetto. Nezavezujoče norme (denimo Bangalorska načela sodniške etike in mnenja Beneške komisije) pomembno pripomorejo k razvoju standardov o neodvisnosti sodstva, strokovnosti sodnikov in kakovosti sodnih sistemov. Praksa ESČP kaže, da sodišče uporabi mehko sodniško pravo v podkrepitev in osvetlitev svojih stališč, včasih pa je celo ključno za utemeljitev sodbe, kar pripelje do obrnjene situacije, in sicer da trdo pravo sledi mehskemu (str. 320). Odnos med konvencijskim in mehkim sodniškim pravom je torej soodvisen in vzajemno koristen.

Zadnje, enajsto poglavje je namenjeno **pojmu in pojavnosti sodniškega prava**, s čimer se poglobljeno ukvarja doc. dr. Aleš Novak s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, ki ni zgolj urednik monografije in eden od soavtorjev, marveč je skrbno pripravil tudi imensko in stvarno kazalo. V svoji razpravi med drugim predlaga dvostopenjski test za presojo, ali sodniška odločitev ustvari pravo. Prvič, v normativni položaj mora vnesti nekaj bistveno novega, kar ni že zajeto v obstoječih tipskih pravilih. Drugič, sodniška odločitev ni sprejeta zgolj kot vodilo ravnanja strank v konkretnem sporu, temveč postane splošno merilo za presojo takega in podobnega ravnanja. Sodniško pravo vedno popravlja ali dopolnjuje kodificirano pravo, ki ostaja primarni vir pravnega urejanja (str. 360).

### 3. SKLEP

Za vse avtorje in avtorici izvrstne monografije o sodniškem pravu je značilno, da mojstrsko ostrijo svoja in tuja širša izhodišča, ugotovitve, teze in stališča v ožja, toda ne prenagljeno z vihtečim intelektualnim mečem, marveč s prefinjenim miselnim tesanjem, oblanjem, brušenjem in piljenjem na trdni delovni mizi, zgrajeni iz žlahtne teorije in dinamične prakse. Ob zavedanju časovnih in prostorskih omejitev naj mi bo oproščena dobrohotna pripomba, da pogrešam kakšno kolegico ali kolega s preostalimi slovenskimi univerzami in pravnimi fakultetami, pa morda še predstavnika odvetništva in drugih pravnih poklicev, da bi knjiga še celoviteje žarčila bogato znanje naše domače pravne stroke, ki se lahko primerja s katerokoli drugo v Evropi in po svetu.

Knjigo toplo priporočam sodnicam in sodnikom na domačih in evropskih sodiščih, študentkam, študentom ter učiteljem prava, odvetnicam, odvetnikom, tožilkam in tožilcem ter vsem pravnici in pravnikom, kajti kot sta v svojem predgovoru kleno zapisala urednika, »živimo v času sodniškega prava«.

**Marko Pavliha**

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,  
častni doktor mednarodnega pomorskega prava,  
redni profesor na Fakulteti za pomorstvo in promet  
Univerze v Ljubljani, gostujoči profesor in guverner  
na IMO IMLI, Malta*