

Negativne posledice pravnega pozitivizma danes

Lara Kraljević

POVZETEK

V tem prispevku je opravljena podrobna analiza pravnega pozitivizma, pri čemer so v prvem delu opisana tri najbolj značilna stališča pravnega pozitivizma in njegovi zorni koti, kot jih je razčlenil Bobbio in sicer pozitivizem kot splošni pristop k učenju prava (pravnopozitivistična metodologija), pozitivizem kot nauk o pravu (pravnopozitivistična teorija) in pozitivizem kot pravna ideologija. Nadalje so predstavljena najbolj značilna pojmovanja pravnega pozitivizma: zakonski pozitivizem, čista teorija prava, Hartovo analitično pojmovanje prava in pravni realizem. Na koncu prvega dela prispevka, ki je teoretične narave, sledita še poglavji s predstavniki in kritiki pravnega pozitivizma. V drugem delu tega prispevka, ki je nekoliko bolj praktično usmerjen, je prikazano kako se pravni pozitivizem odraža danes, pri čemer je največja pozornost usmerjena v pravni formalizem. V zadnjem delu prispevka so predstavljeni še nekateri praktični primeri pravnega formalizma v okviru ukrepov za zajezitev širjenja virusa SARS-CoV-2 v Republiki Sloveniji. Osrednje vprašanje tega prispevka je: kakšne so negativne posledice pravnega pozitivizma danes?

Ključne besede: pravni pozitivizem, pravni formalizem, filozofija prava, zakonski jezik, COVID-19 in pravni formalizem

Negative consequences of legal positivism today

ABSTRACT

This paper analyzes legal positivism. The first part describes the three most characteristic positions of legal positivism and its

perspectives, as analyzed by Bobbio, which are: positivism as a general approach to learning law (legal positivism methodology), positivism as a doctrine on law (legal positivist theory) and positivism as a legal ideology. Next, the most characteristic conceptions of legal positivism are presented: legal positivism, pure theory of law, Hart's analytical conception of law and legal realism. At the end of the first part of the paper, which is more of a theoretical nature, there are two chapters about representatives and critics of legal positivism. In the second part of this paper, which is somewhat more practically oriented, it is shown how legal positivism is reflected today, with the greatest attention being directed to legal formalism. The last part of the article presents some practical examples of legal formalism in the context of measures to contain the spread of the SARS-CoV-2 virus in Slovenia. The main question of this paper is: what are the negative consequences of legal positivism today?

Keywords: legal positivism, legal formalism, philosophy of law, legal language, COVID-19 and legal formalism

1. Pravni pozitivizem

Pravni pozitivizem je v Pravnem terminološkem slovarju opredeljen kot teorija o naravi prava, ki pravo enači z določenimi empirično preverljivimi družbenimi dejstvi, na primer s sprejetimi predpisi, sodnimi odločitvami, dejanskim ravnanjem v skupnosti.¹ Gre za izrazit pojav modernega sveta ter izhaja iz začetkov pozitivističnega razmišljanja, katerega razvoj sega v sedemnajsto stoletje v okvir filozofije in nevtralnno-materialistične znanstvene metode. V vse bolj razviti družbi je ravno (pozitivni) zakon bil tisti, ki je družbi zagotavljal potrebno pravno predvidljivost in varnost. Iz pozitivizma izhaja, da je človeško znanje omejeno na to, kar je moč opaziti in zapisati. Cilj pozitivistov pa je izključiti vsakršno sled metafizične spekulativnosti iz raziskovanja naravnih pojavov oz. fenomenov. Pravo so pravni pozitivisti obravnavali kot dejstvo, ki ga je mogoče empirično preveriti in ga nato kot takšno tudi opisati, razčleniti ter ugotavljati povezave med njegovimi sestavnimi deli. Zaradi zavračanja metafizičnega pristopa k obravnavanju prava, so pravo ločili od naravnega pra-

¹ Pravni pozitivizem, v: Pravni terminološki slovar, 2018, str. 275.

va, morale ali kakršnegakoli drugega vrednotenja, ki naj bi bilo vsebinsko merilo pravnosti.²

2. Stališča pravnega pozitivizma

Pravni pozitivizem ima lahko kljub enoznačni definiciji, ki izhaja iz slovarja, več pomenov. Pri tem velja izpostaviti tri značilna pozitivistična stališča.

Prvo stališče zajema trditev o ločljivosti prava in morale, ki določa, da je moralno nepravilno pravo še vedno pravo, ter da so povezovanja prava in morale zgolj priložnostna, slučajna ne pa tudi nujna. Trditev o ločljivosti je konec petdesetih let dvajsetega stoletja ubesedil Hart na podlagi trditev Johna Austina iz devetnajstega stoletja. Ta trditev se predstavlja kot nasprotje vseh oblik naravnopravniške trditve o nujni povezavi morale in prava in tako tudi zanika njuno nujno opredeljitveno zvezanost. Pri tem torej pravo in morala opredeljitveno dejansko nista povezana, iz česar sledi, da se moralno nepravilno pravo še vedno imenuje pravo in da drug izraz za njegovo pojmovanje sploh ne obstaja. Ta trditev nadalje zanika tudi nujno prepoznavnostno zvezanost, saj od uzakonjevanja dalje uporabno pravo prepoznavamo na podlagi pravnih virov in ne na podlagi pravičnosti. Trditev hkrati zanika še nujno utemeljitveno zvezanost, saj so zakoni in sodne odločitve utemeljeni na podlagi samega prava ne pa na podlagi morale. Navsezadnje pa zanika tudi razlagalno zvezanost, iz česar sledi da se pravo razlaga po tem, kar samo predpisuje in ne po morali. Pri tem velja vseeno poudariti, da Hart sicer ni zanimal vsakršne povezanosti morale in prava, temveč je zanimal le njuno nujno zvezanost. Tako torej številni pravni pozitivisti, kot tudi Hart, priznavajo mnoge priložnostne povezave med pravom in moralo, ne pa tudi nujne povezave.³

Pravni pozitivisti zagovarjajo tri različne načine ločljivosti morale in prava, in sicer: (1) odprti pravni pozitivizem, (2) zaprti pravni pozitivizem in (3) normativni pravni pozitivizem. Skladno z odprtim pravnim pozitivizmom je pravo priložnostno mogoče prepoznati na podlagi morale, pri čemer je povezava zgolj naključna ne pa tudi nujna, saj je mogoče tudi, da je pravo moralno nepravilno.⁴ Zapr-

² Novak, 2008, str. 16-18.

³ Barberis, 2011, e-vir.

⁴ Hart, 1994, str. 321-324.

ti pravni pozitivizem razlaga, da se prava nikakor ne da prepoznati na podlagi morale, kar pomeni, da popolnoma odreka povezanost morale in prava.⁵ Normativni pravni pozitivizem, kot tretji način ločljivosti morale in prava, zagovarja, da se pravo ne sme prepoznavati na podlagi morale. V tem načinu je mogoče prepoznati normativno tolmačenje, saj normativni pozitivisti zagovarjajo, da sta pravo in morala morda povezana, vendar njuno povezovanje ni dovoljeno.⁶

Drugo stališče, etični objektivizem, trdi, da so vrednostne sodbe resnične ali neresnične oz. so vsaj objektivno pravične ali nepravične.⁷ Sruk je etični objektivizem opredelil kot praktično-filozofsko pozicijo, ki si prizadeva za oblikovanje objektivnih kriterijev opredeljevanja in vrednotenja moralno relevantnih dejanj, razmerij in situacij.⁸ V tem delu velja opozoriti, da je etični objektivizem tudi naravno pravo ponujalo v vsaj treh različicah. Naravno pravo starega (in srednjega) veka, ki opredeljuje pravičnost, kot odvisno od narave stvari, izraža pretežno nepoznavanje razlikovanja med sodbami o dejstvih in vrednostnimi sodbami ali bolj splošno, med opisnimi trditvami in normami. Tako torej ni bilo razlike med sodbo o dejstvu, da je npr. Zemlja okrogla ali vrednostno sodbo, da je npr. splav nekaj slabega. Šlo je torej za na nek način opisne, na izkustvih temelječe trditve, ki so izražale resnično ali neresnično kakovost samih stvari, takšnih kot so po naravi. Kasneje, v novem veku, je naravno pravo ali pravni racionalizem trdil, da je pravičnost odvisna od človeškega razuma in ne več od narave stvari. Še vedno torej velja, da je razum skupen vsem in tako lahko proizvajajo objektivne resnice, saj kdorkoli je obdarjen z razumom, mora etične resnice in pravna načela dojemati kor samoumevne. Gre torej še vedno za neko obliko etičnega objektivizma, ki pa že utira pot subjektivizmu, ki razum opredeljuje kot osebni (mnenj je toliko, kot je ljudi, lat. *tot capita, tot sententiae*). V 18. stoletju bi lahko dva ključna dogodka spravila etični objektivizem v senco dvoma. Sprva je David Hume ločil vrednostne sodbe in sodbe o dejstvih ter norme in opisne trditve. Kasneje je prišlo še do uzakonitve prava. Filozofi etike so se kasneje posvetili razpravljanju ali so vrednostne sodbe objektivne ali pa subjektivne, ki se spreminjajo od posameznika do posameznika. Z Rawlsovo teorijo pravičnosti pa

⁵ Barberis, 2011, e-vir.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Sruk, 1986, str. 323-325.

se je spet prebudila objektivna oz. medosebna normativna etika, skladno s katero vrednot ne postavljata narava in razum, ampak jih z določenimi postopki opravljanja izbir proizvaja človek.⁹

Tretje pozitivistično stališče opredeljuje mešano teorijo razlaganja, iz katere sledi, da obstajajo lahki in težki primeri, v lahkih primerih izražajo zakonske določbe samo eno normo, v drugih pa izražajo več kot eno normo. To teorijo je prvi utrdil Hart in to stališče danes sprejema večina pravnih pozitivistov. V 19. stoletju po uzakonjevanju pa so bili pravni pozitivisti usmerjeni bolj formalistično, saj so bili mnenja, da imajo zakonske določbe zgolj en pomen. V dvajsetem stoletju je mnogo pozitivistov zagovarjalo celo nekatere zmerne oblike razlagalnega skepticizma¹⁰. Tako je na primer Kelsen, znan kot pravni pozitivist, zagovarjal, da postavlja vsaka določba le en pomenski okvir, iz tega pa razlagalec izbere tisto normo, ki naj se uporabi. Iz tega sledi, da je diskrecijska moč proste presoje tako večja za zakonodajalca, ki uporablja ustavo in manjša za sodnika, ki uporablja zakon.¹¹

3. Zorni koti pravnega pozitivizma

Bobbio zagovarja, da je na pravni pozitivizem mogoče gledati iz treh zornih kotov, in sicer: (1) pozitivizem kot splošni pristop k učenju prava (pravnopozitivistična metodologija), (2) pozitivizem kot nauk o pravu (pravnopozitivistična teorija) in (3) pozitivizem kot pravna ideologija. Če pozitivizem razumemo kot pristop k učenju prava, ta vzpostavlja jasno razliko med pravom, kakršno je in pravom, kakršno bi moralo biti ter hkrati zavzema prepričanje, da se mora pravnik ukvarjati s pravom, kakršnim je in ne kakršnim bi moralo biti. Če govorimo o pravnem pozitivizmu kot posebnem nauku o pravu, gre za zaznamovanje pozitivizma kot nauka o prisilnosti prava, imperativizem, vrhovnost zakona in razumevanje, da je pravni red zapolnjen (brez pravnih praznin) in notranje skladen (brez antinomij). Če pa pravni pozitivizem opredelimo kot pravno ideologijo pa ta pravu pripisuje pozitivno vrednost že samo zaradi dejstva, ker obstaja, v skrajni obliki pa je pravo smatra kot pravično že samo zato, ker postavljeno pravo obstaja.¹²

⁹ Barberis, 2011, e-vir.

¹⁰ Vsi primeri se lahko sprevržejo v težke, vsaka zakonska določba lahko vedno izraža več norm.

¹¹ Barberis, 2011, e-vir.

¹² Manero, 2015, e-vir.

Pravnopozitivistična metodologija zagovarja, da je pravo treba preučevati znanstveno in vrednostno neopredeljeno in s tem posledično oblikovati le spoznavne teorije in ne hkrati tudi normativnih filozofij. Ta metodologija danes daje najširšo razlago trditve o ločljivosti, ki izhaja iz velike ločitve med normativnim in spoznavnim, kar je zagovarjalk že Hume, sprejemala pa sta jo tudi Bentham in Austin še pred njeno ubeseditvijo s strani Harta. Pozitivistična metodologija se strinja tudi s trditvijo o vrednostni neopredeljenosti vseh znanosti, ki je bila oblikovana s strani Webra v prvi polovici dvajsetega stoletja. Skladno s to trditvijo e mora namreč znanstvenik, če naj to ostane, vzdržati izražanja vrednostnih sodb. Ta zapoved se nanaša v pravu na dve različni obliki spoznavne dejavnosti, in sicer: na doktrino in na pravoslovje. Pravna doktrina v popolnosti ne izpolnjuje vrednostne neopredeljenosti, kljub temu, da jo pravniki imenujejo pravna znanost. V njenem primeru morajo namreč pravniki, da bi ugotovili *quid iuris*, kaj torej velja, razlagati pravna določila, razlaganje pa lahko uvrščamo med normativno dejavnost. Vrednostno neopredeljenost pa spoštuje pravoslovje, saj preučuje le *quid ius*, kaj torej pravo je v splošnem smislu besede.¹³

Teoretični vidik pravnega pozitivizma, ki ga kritiki poimenujejo pravni formalizem, zagovarja številne teorije in filozofije, sprejete v devetnajstem stoletju s strani šol nemških, francoskih in angleških avtorjev (npr. nemška zgodovinska šola, angleški utilitarizem itd. Pozitivistična teorija je torej sestavljena iz različno imenovanih nauk, in sicer general jurisprudence v Angliji, katerega predstavnik je Hart, splošna teorija prava v Nemčiji (*Allgemeine Rechtslehre*), katere predstavnik je Kelsen. Trditve zagovornikov so si zelo podobne, čeprav izhajajo po eni strani iz *common law*, po drugi strani pa iz *civil law* sistema, pri čemer pa se vse nanašajo na pozitivno pravo in ne na pravičnost ter razmerje med moralo in pravom. Pozitivistično teorijo je mogoče predstaviti s predstavitvijo trditvenih podlag, ki so: (1) trditev o pozitivnosti – pravo je le pozitivno, postavljeno pravo, (2) trditev o normativnosti – pravo so norme kot pomeni določil, ki so zmožni usmerjati ravnanja, (3) trditev o prisilnosti – pravne norme se razlikujejo od moralnih po tem, da so sankcionirane in takšne, da so naslovníku vsiljene ne glede na njegovo voljo, (4) trditev o državnosti – pravne norme

¹³ Barberis, 2011, e-vir.

proizvaja le država, (5) trditev o sistemskosti – pravne norme tvorijo urejene množice, (6) trditev o skladnosti – pravni sistemi niso protislovni, (7) trditev o popolnosti – pravni sistemi nimajo pravnih praznin, (8) razlagalni formalizem – pravne določbe imajo le en pomen in zagotavljajo rešitve vseh primerov, (9) trditev o znanstvenosti – pravna doktrina je ena od znanosti. Naštete trditve naj bi splošno veljale za vsako pravo, v vsakem obdobju in katerikoli kulturi. Temeljni vir prava je torej zakon. Norme so obvezne za državljane in uporabne za sodnike le, če so sankcionirane, določa pa jih lahko le država.¹⁴

Po Auschwitzu so ideologijo pravnega pozitivizma povezovali z normativno trditvijo, skladno s katero je pravo obvezno in ima zavezujočo moč in naj ga državljani spoštujejo, sodniki pa uporabljajo. V tem delu velja izpostaviti Hobbsovo trditev iz sedemnajstega stoletja, v obliki etičnega legalizma, ki določa, da ker ni bolj objektivnega kazalca pravičnosti od državnega zakona, naj bi bilo pravo vedno pravično prav takšno kot je, in zato bi moralo biti tudi vedno spoštovano. Hobbes je sicer pisal o naravnem pravu in etični legalizem se strogo vzeto sicer vpisuje v naravnopravništvo, saj vzpostavlja nujno vezanost morale in prava. Vendar pa etični legalizem gre v drugi smeri od naravnega prava, saj se v primeru etičnega legalizma ne prilagaja pravo morali ampak nasprotno, da se celo morala prilagaja pravu. Etični legalizem se v pozitivistični teoriji pogosto sprevrže v čisto zakonodrstvo, torej prepričanje, da spoštovanje prava državljanov in uporaba prava sodnikov, ureničuje zakonitost, pravno varnost in družbeni ter navsezadnje mednarodni mir.¹⁵

Opisana delitev Norberta Bobbia na metodologijo, teorijo in ideologijo je upravičeno vzbujala tudi številne kritike. V okviru razumevanja pravnega pozitivizma kot splošnega pristopa k učenju prava, je mogoče ob znani delitvi zaprtega in odprtega pozitivizma izpostaviti obstoj dvopomenskosti izraza pravni pozitivizem, ki se mu je želel Bobbio izogniti. Enačitvi pravnega pozitivizma z naukom o pravu, so nekateri očitali, da takšna izenačitev pozitivizma s skrajno različico pravnega formalizma deluje arbitrarno, saj naj bi pomenilo, da so izvzeti normativistični nauki o pravu, ki se samoopredeljujejo kot pozitivistični a se jih ne more opredeliti kot formalistične, niti kot nenormativistične nauke o pravu, ki jih

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

gre šteti za pozitivistične. Ko je govora o pravnem pozitivizmu kot ideologiji, se kot arbitraren kaže poudarek na skrajnem stališču, ki ga je zasledoval Hobbes, da torej obstaja vedno odločujoča moralna dolžnost spoštovati pravo. Takšno stališče je namreč zelo redko zagovarjal kakšen pravnik.¹⁶

Pavčnik je v knjigi *Teorija prava* Bobbijeve razloge označil za strokovno prepričljive in se strinjal, da je razprava o pravnem pozitivizmu jalova, če posameznih zornih kotov ne ločimo in če hkrati ne upoštevamo, v kakšnem pomenu jih avtorji uporabljajo. Pavčnik je v tem delu poudaril, da pozitivistični pristop ne pomeni, da nadpozitivno pravo obstaja, temveč pomeni le, da je predmet preučevanja pozitivista le dejavno pravo v določenem prostoru in času. Kot navaja Pavčnik, bi bilo seveda neproduktivno, če bi tak pristop odklanjali in ga označili kot neznanstven, ker ga zanima vsakršno pravo, vključno z nepravničnim pozitivnim pravom. Na to je opozarjal tudi Bobbio, ki je primeroma izpostavil, da bi se jezikoslovci ukvarjali le s kultiviranim jezikom. Tako je tudi pozitivistični teoriji mogoče sicer očitati, da spregleduje dejstva ali da nima izostrenih meril ali da dejstva nesistematično razgrajuje, jih povezuje, ni pa ji mogoče očitati odgovornosti za vsebino pozitivnega prava. Glede pravnopozitivistične ideologije Pavčnik izpostavlja, da je njeno prvotno sporočilo, da je pozitivna vrednota že sam obstoj pozitivnega prava, ki zagotavlja pravno varnost, mir, zakonitost red itd. Pozitivistična ideologija je namreč nastala v času absolutnih monarhij in policijskih držav, proti katerim je sledil upor in posledično nastanek pravnih držav. Sledeči pravni pozitivizem pa je preučeval legitimno ureditev pozitivnega prava. To je izpostavil tudi Wieacker, ki je trdil, da je legitimni pravni pozitivizem (tj. znanstveni pravni pozitivizem) potrebno ločevati od zakonskega pozitivizma z poljubno vsebino. Tako znanstveni pravni pozitivizem predpostavlja, da je vsebina pozitivnega prava legitimna. Pavčnik še poudarja, da je vloga ideologije pozitivnega prava drugačna, če se spremenijo predpostavke, na katere se ideologija opira.¹⁷

4. Pojmovanje pravnega pozitivizma

Kljub številnim pojmovanjem, bodo v tem poglavju predstavljena najbolj značilna pojmovanja pravnega pozitivizma, in sicer

¹⁶ Manero, 2011, e-vir.

¹⁷ Pavčnik, 2013, str. 511-512.

zakonski pozitivizem, čista teorija prava, Hartovo analitično pojmovanje prava in pravni realizem.

Zakonski pozitivizem je mogoče označiti kot najbolj razširjeno, kot tudi najstarejše pojmovanje prava. Že Ulpijanov rek¹⁸ na nek način ponazarja zakonski pozitivizem, ki določa, da ima moč vse tisto, kar sklene vladar. Zakonski pozitivizem torej opredeljuje pravo kot skupek pravnih pravil, ki jih z zakonu ali drugimi splošnimi akti izdajajo oblastni državni organi. Seveda velja, da je praktični pravni pozitivizem nujni spremljevalec postavljenega prava, vendar je njegov obseg odvisen od kakovosti pravnopolitične ureditve, pravne kulture, civilizacije, pravnega izobraževanja in številnih drugih dejavnikov. Praktični pravni pozitivizem se torej loči od zakonskega pozitivizma, saj se ta v polnem obsegu uveljavi šele z nastankom moderne države.¹⁹

Čista pravna teorija po Kelsnu kot smiselno in razumljivo priznava le tisto, kar je mogoče logično spoznati in utemeljiti. Gre torej za spoznavno teorijo pozitivnega prava, ki sledi tradiciji pravnega pozitivizma iz devetnajstega stoletja, vendar v nasprotju z njim, je pri novem Kelsnovem pozitivizmu mogoče pripisati kritičnost, saj se zavzema, da se znanost popolnoma distancira od politike, morale in ideologije. Kelsnov pravni pozitivizem ne vključuje več vrednot, dejtev in vsebine pravnih pravil, temveč zgolj pozitivno pravo, njegovo formalnologično zgradbo in povezave med njegovimi sestavinami. Gre torej za čisto znanost, saj se nanaša le na pravo in izloča vse, kar ne sodi k predmetu, ki je določno opredeljen kot pravo. Čista teorija prava tako odgovarja le na vprašanja kaj in kakšno je pravo, ne pa tudi kakšno naj bo in kako naj bo ustvarjeno.²⁰ Čista teorija želi pravo torej prikazati takšno kot je in se ne ukvarja, če je to pravo pravično. Ta teorija išče odgovore na vprašanje kakšno je aktualno pravo in ne kakšno je pravilno pravo. Edini namen, ki ga čista teorija prava vidi je spoznavanje bistva pozitivnega prava in z analizo razumevanje strukture pozitivnega prava, iz česar izhaja, da čista pravna teorija prava ne vrednoti.²¹

Osrednji sodobni utemeljitelj analitične teorije prava Hart je izhajal iz Austinovega in Kelsnovega izročila. Hart svojo teorijo označuje kot splošno in deskriptivno. Splošnost (normativna teo-

¹⁸ Quod principi placuit, legis habet vigorem.

¹⁹ Pavčnik, 2013, str. 497-498.

²⁰ Ibid, str. 499-504.

²¹ Kelsen, 2005, str. 30-32.

rija) teorije se kaže v tem, da ta pojasnjuje in razjansjuje pravo kot celovito družbeno in politično institucijo, ki jo obvladujejo pravila. Deskriptivnost (opisna teorija) pa se kaže v moralni nevtralnosti teorije in dejstvu, da prava noče vsebinsko opravičevati. Hart pravo označuje kot splet primarnih in sekundarnih pravnih pravil ter ga opisuje kot srce pravnega sistema.²² Z ločitvijo primarnih in sekundarnih pravnih pravil, Hart primarna označi kot pravila, ki od ljudi nekaj zahtevajo, torej dolžnosti, ter sekundarna, ki ustvarjajo in spreminjajo primarna ter dajejo zasebna in javna pooblastila. Hart loči tudi med zunanjim in notranjim vidikom pravnih pravil, pri čemer notranje sprejemanje pravila pomeni sprejemanje in uporabo pravila po tem, ko ji prizna veljavnost, pri zunanjem sprejemanju pa gre za situacijo, ko zunanji opazovalec ugotavlja, da pravilo sprejemajo drugi.²³

Pravni realizem pa ni mogoče opisati kot enovito teoretično gibanje s strogim skupnim imenovalcem, temveč izraža posluh za stvarnost, ki je usmerjen proti vsakršnemu neživljenjskemu formalizmu in osamosvajanju zakonskega prava, ki bi ga naj bilo mogoče mehanično uporabljati. Tipična pri tem sta ameriški in skandinavski pravni realizem, ki sta skeptična glede zakonskega prava in hkrati prepričana, da resnično pravo nastaja šele s pravno prakso. V tem smislu je torej naloga pravne teorije, da se ukvarja s pravom kot dejstvom in ga tako tudi ustrezno pojmovno pojasnjuje.²⁴

5. Predstavniki pravnega pozitivizma

Eden pomembnejših pozitivistov zgodnjega modernističnega obdobja je zagotovo Jeremy Bentham, ki je idejo pravičnosti utemeljil po načelu utilitarizma, ki je opredeljeno na samem začetku prvega poglavja knjige *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*^{25, 26} Bentham je kritiziral predvsem prakso sodniških

²² Pavčnik, 2013, str. 504-508.

²³ Hart, 1994, 89-102.

²⁴ Pavčnik, 2013, str. 509-511.

²⁵ *Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to question it, deal in sounds instead of sense, in caprice instead of reason, in darkness instead of light.*

²⁶ Bentham, 2000, str. 14.

precedensov, ki je tipična lastnost common law sistema, pri čemer je izpostavil, da v takšnem pravnem sistemu, ni poznanega avtorja »prava«, ni zbirke besed, ki tvorijo vsebino »prava«, navsezadnje pa je izpostavil, da tisti, ki bi za kakršenkoli namen želel uporabiti pravo in poiskati celotno vsebino prava, mora najprej začeti s sestavljanjem oz. ustvarjanjem le tega.²⁷ Bentham je bil izredno kritičen do sodniškega odločanja, v okviru katerega je sodniške odločitve opredelil kot kapriciozne izbire tistih precedensov, ki so ustrezali njihovi svobodni presoji. Kot krivca, ki omogoča tovrstno odločanje, je izpostavil dejstvo, da sistema ne nadzoruje neka splošna racionalna zakonodaja. Bentham se je zato zavzemal za reformo, s katero bi se zagotovila višja stopnja preglednosti sodniškega odločanja, katerega jasnost in preglednost je po njegovem mnenju mogoče doseči le pod pogojem ločitve prava od morale, torej z ločitveno tezo.²⁸ Bentham je ločil tudi med razlagalnim in ocenjevalnim pravoslovjem. Razlagalno pravoznanstvo (expository jurisprudence), pravo opisuje takšno, kakršno je, ocenjevalno pravoznanstvo (censory jurisprudence) pa predpisuje, kakšno bi pravo naj bilo. Literatura razlagalnega pravoznanstva je lahko avtoritarna ali neavtoritarna. O avtoritarni literaturi govorimo, če jo izdajajo tisti, ki predstavljajo pravno državo (tj. zakonodajalec), neavtoritarno pa kreirajo druge osebe.²⁹

John Stuart Mill se je pri svoji teoriji prava zgledoval po Benthamu in očetu Jamesu Millu. Mill se ukvarja z razumevanjem pravičnosti pri čemer se želi izogniti občutkom, ki bi bili vodilo pri prepoznavanju dobrega in slabega, to bi namreč po mnenju Milla morali razločevati po načelih objektivnosti. Mill zagovarja stališče, da je logično, da je pravično tisto, ki ne krši nečesa (zakonskih pravic), ki po njegovem mnenju temeljijo na svobodi in lastnini posameznika. Mill poudarja, da so zakoni lahko nepravični in kljub temu veljavni in zato ne morejo biti vsi v skladu z dobrim. Mill ločuje tudi zakon in moralno presojanje, pri čemer pravičen zakon varuje posameznika, moralno presojanje pa lahko vzbudi različne občutke o pravičnosti zakona. Pravično ravnanje je po mnenju Milla takšno, ki vse obravnava enako, z enakimi pravicami in dolžnostmi, pri čemer pa vsak posameznik lahko išče svojo korist. Pri konceptu pravičnosti gre vselej za posameznikovo delo-

²⁷ Ibid.

²⁸ Novak, 2008, str. 16-18.

²⁹ Bentham, 2000, str. 234-238.

vanje, saj če ne škoduje sebi, ne škoduje družbi.³⁰ Mill v svoji teoriji torej izpostavi posameznika, ki stoji nasproti avtoriteti, ki postavlja zakone iz česar sledi, da zakonska prisila ne sme delovati kot določena oblast družbe, temveč le kot krepitev posameznika.³¹

John Austin je na filozofskih temeljih, postavljenih s strani Benthama, izoblikoval svojo različico pravnega pozitivizma, ki je v anglo-ameriškem svetu znana kot analitično pravoznanstvo (analytic jurisprudence). Austin je zagovarjal, da je obstoj prava eno, njegova vrednost ali nevrednost pa nekaj drugega. Ločil je tudi preučevanje tega ali pravo obstaja ali ne in preučevanje ali se sklada s privzetim merilom. Austin je to misel zaključil z dejstvom, da pravo, ki dejansko obstaja, je pravo, četudi nam morda ni všeč. S tem Austin jasno loči pravo, ki velja od prava, h kateremu stremimo. S tem se bistveno loči od Benthamovega prepričanja, da obsega pravna teorija opisovanje in vrednotenje veljavnega prava. Austin je tudi prepričan, da je grožnja s sankcijo tista, ki zapoved pretvori v dolžnost, pri čemer vsaka grožnja z zlom ni sposobna ustvarjati pravo, saj bi ga tako lahko ustvarjal vsak nasilnik. Zato Austin v svojo opredelitev prava opredeli tudi »suverena«. Pravo je tako le tista zapoved, ki izvira iz suverenega organa. Suverena Austin opredeli kot tisto določeno osebo ali organ, ki se jima pretežni del skupnosti navadno pokorava, hkrati pa se domnevno suverena oseba ali organ navadno ne pokoravata kakšni drugi osebi ali organu. Povzeti je mogoče, da so torej zapoved sankcija in suveren različne plati istega pojava, pri čemer suveren opisuje določeno osebo ali organ, sankcija zunanjo pojavnost suverena, navsezadnje pa še zapoved, ki opisuje vsebino, ki jo oseba (suveren) ustvarja. Kritika Austinove teorije je zagotovo, da dokaz pravne veljavnosti ni vsebina prava, ampak oblikovne prvine, torej pristojnost osebe, ki pravila sprejema in postopek sprejemanja. Izpostaviti velja tudi Austinovo stališče glede sodniškega prava, za katerega je menil, da je koristna oblika spreminjanja in dopolnjevanja obstoječega prava, iz česar izhaja presenetljivo realističen pogled.³²

Hans Kelsen, eden najpomembnejših pravnih filozofov 20. stoletja, utemeljitelj čiste teorije prava, je prišel do sklepa, da normativna pravna dogmatika ni znanost, temveč pravna politika. Kelsen je čisto teorijo prava označil kot pravo teorijo pravnega

³⁰ Mill, 1994, str. 93-95.

³¹ Mill, 1994, str. 37-38.

³² Kaufmann, 2013, str. 232-238.

pozitivizma, pri čemer psihološkega in sociološkega pozitivizma sploh ni priznaval kot pravno znanost, ker naj bi se ukvarjala samo z dejstvi. Kelsen je strogo razlikoval med bitjo in najstvom in posledično med deksriptivnim in preskriptivnim načinom gledanja. Kelsen je zagovarjal, da so lahko predmet čiste teorije prava le formalne strukture pravnih norm in ne tudi njihove vsebine, ker te naj ne bi bile dostopne znanstvenemu spoznanju.³³ Kelsen zagovarja, da za veljavnost neke norme ni bistven »Sein« (bit), torej psihični akt ukaza, temveč »sollen« (najstvo), torej pooblastilo. Pri tem se Kelsen zaveda neveljavnosti sklepanja z biti na najstvo, kot tudi obratno. Najstvo lahko utemelji le drugo najstvo, kar se v pravu kaže, da ima lahko pravna norma temelj le v drugi pravni normi. Te pravne norme imajo sicer svojo vsebino, vendar za veljavnost prava ni bistvena vsebina, ampak nastanek norme. Iz tega izhaja, da je za veljavnost prava bistveno dejstvo, ali je neka norma uprta na drugo normo, ki daje pooblastilo za nastanek prve, iz česar je mogoče zaključiti, da Kelsen pravo raume kot hierarhični sistem pooblastil. Pri tem Kelsen določi temeljno normo, ki je tista norma, do katere pridemo po sinhronem vzpenjanju znotraj hierarhije, ki ga nadaljujemo z napredovanjem do diahrono najbolj oddaljene točke. Tako je sinhroni vrh piramide ustava, diahrona skrajna točka pa je zgodovinsko najstarejša ustava.³⁴

H. L. A. Hart na začetku svojega dela Koncept prava omeni vprašanje, ki si ga je zastavil že sv. Avguštin o pojmovanju časa »Kaj je torej čas? Če me nihče ne vpraša vem, kakor hitro pa skušam to razložiti nekomu, ki me vpraša, ne vem več.«. To vprašanje je povezal z vprašanjem kaj je pravo in poudaril, da se tako počutijo tudi izurjeni pravniki, ki sicer poznajo pravo, a v zvezi s pravom in njegovimi razmerji do drugih pojavov obstaja toliko stvari, ki jih pravniki ne razumejo in jih ne znajo razložiti.³⁵ Hart ne zanika povezanost oziroma vpliv morale na pravo in poudarja, da med njima obstaja povezava, ki pa ni nujna ampak naključna. Morala lahko služi kot dragocen vodnik prava, ki mu pri uresničevanju končnega cilja slehernega pravnega urejanja velja slediti. Hartovo prepričanje o ne nujni povezanosti prava in morale torej ne pomeni, da sta pravo in morala ločena po vsebinski plati. Hart tako glede ločevanja prava in morale postavlja dve jasno omejeni

³³ Ibid, str. 181-185.

³⁴ Svetlič, 2008, str. 35-36.

³⁵ Hart, 1994, str. 20.

deskriptivni trditvi. Prva se nanaša na sistemsko ločenost, druga pa se nanaša na statusno ločenost. Sistemska ločenost pomeni razumevanje prava in morale kot dveh normativnih sistemov, o katerih je mogoče razmišljati in govoriti kot o dveh ločenih sistemih. Med njima je torej mogoče potegniti mejo in skladno s tem razpravljati ali neko vodilo spada v sfero morale ali sfero prava, ali morda v obe ali v nobeno. V tem kontekstu pravo in morala torej nista ločena ampak ločljiva. V statusni ločenosti prava in morale pa gre za odgovor na vprašanje, kako umeščenost vodila v en sistem (pravo ali morala) vpliva na položaj tega istega vodila v drugem sistemu. Hart v tem delu trdi, da golo dejstvo pripadnosti vodila enemu sistemu ne vpliva na položaj v drugem sistemu, zato je mogoče zaključiti, da v tem primeru govorimo o ločenosti in ne ločljivosti prava in morale, saj je pravna narava neodvisna od moralne narave vodila in obratno.³⁶ Moralo je Hart opredelil kot primarna pravila obveznosti, ki jih od drugih pravil loči po precejšnji družbeni prisili, ki jih podpira in žrtvovanjem na ravni osebnih interesov in želja, saj so le na ta način spoštovana. Takšna pravila naj bi torej bila sprejeta na človekovi notranji ravni želja in osebnih interesov.³⁷ Hart je pri razvijanju svoje teorije prvi ločil med sekundarnimi in primarnimi pravnimi pravili. Hart je pravila opredelil kot nekaj, kar nalaga obveznosti, ko nastopi splošna zahteva po skladnem ravnanju in kadar nastopijo močni družbeni pritiski na tiste, ki od pravil odstopajo ali kažejo nagnjenje k temu.³⁸ Hart izpostavlja, da so ravno primarna pravila o vedenju in ravnanju v »predpravnem« svetu tista, ki so nedoločna in neučinkovita, te pomanjkljivosti pa bi bilo po Hartovem mnenju mogoče odpraviti s priključitvijo sekundarnih pravil. Primarna pravila tako Hart opredeljuje kot pravila, ki od ljudi nekaj zahtevajo, da nekaj storijo ali ne storijo, ne glede na njihovo voljo. Sekundarna pravila pa, kot navaja Hart, parazitirajo na primarnih sli so sekundarna v primeri z njimi. Sekundarna bi naj torej omogočala, da lahko ljudje s tem, ko nekaj storijo ali izrečejo, uvedejo nova pravila prvega tipa (primarna) in tako ukinejo ali spremenijo predhodna pravila ali na drugačne načine določajo njihovo pojavljanje, ali pa navsezadnje tudi nadzirajo njihovo udejanjanje.³⁹ Hart si je v svojem delu *The*

³⁶ Hart, 2018, str.18-20.

³⁷ Hart, 1994, str. 160-163.

³⁸ Ibid, str. 87.

³⁹ Ibid, str. 80-83.

Concept of law postavljal vprašanje kaj razumemo pod pravnim pozitivizmom ali pozitivizmom v pravni filozofiji. Z namenom vprašanja ni postavil na način kaj je pravni pozitivizem, saj poudarja, da pozitivizem, ki ga razlagajo pravni filozofi, nima ustaljenega in enoznačnega pomena, kar je razvidno že iz prejšnjih odstavkov tega eseja. Hart torej ni želel podati splošne definicije pozitivizma ali določiti njegovega bistva, ampak je postavil tri teze o naravi prava, ki se jim je Dworkin kasneje postavljaj po robu v svojem delu *Taking rights seriously*. Prvo tezo je Hart poimenoval pojmovno ločevanja prava in morale, pri čemer je zagovarjal stališče, da kljub številnim in pomembnim povezavam med pravom in moralo, ki pogosto pomenijo sovpadanje in prekrivanje prava in morale, te povezave niso ne logično in ne pojmovno nujne. Druga teza se imenuje teza o družbenih vidikih prava, v okviru katere Hart trdi, da obstoj prava zahteva neko obliko družbene prakse, ki vključuje sodnike ter navadne državljane in da ta družbena praksa v posameznem pravnem sistemu določa končne vire prava ali končna merila ali končne preizkuse pravne veljavnosti. Tretja teza se imenuje teza o sodniški diskreciji, ki pravi, da bodo v vsakem pravnem sistemu vselej določeni nepredvideni primeri, ki niso pravno urejeni. V teh primerih nobeno jasno ustaljeno pravilo ne narekuje odločitve v nobeno smer, iz česar sledi, da je pravo delno nedoločno ali nepopolno. Dworkin te primere poimenuje *hard case* oz. težek primer. Hart v okviru tretje teze navaja, da imajo sodniki pooblastila za ustvarjanje prava, ki pa se vsekakor razlikujejo od pooblastil zakonodajalca, saj sodniki ta pooblastila uporabijo le za urejanje »težkih primerov« ne pa tudi, da bi uvedli zakone ali reforme. Hart tudi poudarja, da sodnik ne sme uporabiti pooblastila za ustvarjanje prava samovoljno, ampak mora imeti za to splošne razloge, ki upravičujejo njegovo odločitev pri čemer mora tudi delovati kot vesten zakonodajalec in odločati v skladu z lastnimi prepričanji in vrednotami.⁴⁰

6. Kritiki pravnega pozitivizma

Najprej izpostavljam Ronalda Dworkina, ki ga je glede na njegova prepričanja težko umestiti v določeno v določeno tradicionalno šolo prava. Dworkin je svoji pravni teoriji enačil sodniško

⁴⁰ Hart, 2018, str. 113-124.

diskrecijo s samovoljo iz česar izhaja, da je glavna tarča njegove kritike bilo prepričanje, da je naloga sodnikov poleg odkrivanja tudi ustvarjanje prava. Za namene dokazovanja, da sodnik nima diskrecije, je moral Dworkin dokazati dvoje, in sicer predstaviti vodila, na katera se lahko opre sodnik v primerih, ko mu sama pravna pravila ne nudijo primerne rešitve primera (hard cases). Samo to pa ne bi zadoščalo za dokaz o neobstoju diskrecije, zato je moral Dworkin dokazati tudi, da so takšna vodila pravna. Dworkin je to rešitev našel v sklicevanju na pravno-politične cilje in zahteve pravičnosti, s katerimi sodišča utemeljijo svoje odločitve v težavnih primerih. Dworkin je tako opisal dve merili, in sicer pravno-politične usmeritve, ki postavijo cilj, ki ga je treba doseči, na splošno izboljšanje gospodarske, politične ali družbene značilnosti skupnosti, drugo merilo pa je opisal kot načela, ki jih je treba spoštovati ne le zato, ker bi spoštovanje izboljšalo ali zavarovalo neko gospodarsko, politično ali družbeno situacijo, ki se zdi žaljena, temveč zato, ker to zahteva pravičnost, poštenost ali druga moralna razsežnost. Dworkin tako pravna načela opiše kot zrcalno podobo pravnih pravil, pri čemer uporaba pravnega pravila vodi k natančno določeni pravni posledici, pravna načela pa podajajo razlog za razmišljanje v določeni smeri, ampak ne zahtevajo določene odločitve. Pri tem Dworkin poudarja, da če odločitev temelji na pravnih pravilih, zahteva uporabo enega ali več pravil, če pa odločitev temelji na načelih, ta nujno vodi k tehtanju njihove relativne teže.⁴¹ Dworkin tako zagovarja stališče, da je poleg gole črke zakona upoštevati tudi načela, ki so vodila pri razumevanju prava. Načela so torej nekaj, kar usmerja interpretacijo prava z uporabo abstraktnejšega vodila. Ta vodila lahko razumemo kot etična načela, ki se uporabljajo v primerih, ko zakon ni jasen ali pa je morda celo v nasprotju z drugimi možnimi rešitvami.⁴² Dworkin izpostavlja, da pravo torej presega predvidljivo in uporabljivo črko zakona, uveljavljeno s strani zakonodajalcev ali sodišč, saj ta obsega tudi notranje moralne pravne standarde, načela pravičnosti, pravice ter cilje socialne pravne politike, ki so kot taki sicer podrejeni načelom in pravicam. Takšno pravo, ki ga sestavljajo pravila, načela in pravno-politični cilji, bi po mnenju Dworkina moralo delovati kot celota v težkih primerih, saj idelani sodnik, kot ga Dworkin poimenuje, Herkules, lahko v takšnem sistemu

⁴¹ Dworkin, 2011, str. 20-25.

⁴² Dworkin, 1997, str. 105-125.

najde eno samo moralno in pravno pravilno rešitev katerega koli težkega primera. Najvišje načelo in vodilo sodnika pri odločanju bi moralo po mnenju Dworkina biti koherentnost. Iz tega je mogoče zaključiti, da Dworkin ni ločeval prava in morale, in je tako tudi zavračal ločitveno tezo, ki so jo zagovarjali pozitivisti.⁴³

V tem delu izpostavljam tudi Pitamica, ki je v teorijo in filozofijo prava vstopil kot Kelsnov učenec, ki pa ga delitev med bitjo (Sein) in najstvom (Sollen) ni v celoti zaznamovala, saj je na pravo gledal tudi sociološko in vrednostno. Iz njegovih del je mogoče razbrati kritiko do samozadostnosti prava kot najstvenega sistema.⁴⁴ Pitamic je na ravni temeljne norme povezal esenco in eksistenco prava, pri čemer esenca ni več zunaj eksistence prava, ki razpada na naravno in pozitivno. Po mnenju Pitamica je tako esenca preprosto sestavina vsakega prava, ki je dejavno tu in zdaj. Pitamic zavzame stališče, da je pravo eno samo in ga ni mogoče umetno deliti na pozitivno in naravno. Pitamic tudi poudarja, da je v naravi prava, da vsebuje vprašanja vsebinske pravilnosti in pozitivne učinkovitosti pravnih odločitev. Če bi se namreč ukvarjali le s pravilnim pravom, bi bili lahko utopični in bi zgrešili realnost. Če bi se ukvarjali le s pozitivnim pravom, bi bili v središču realnosti, ampak bi lahko zgrešili vrednote, ki utemeljujejo in osmišljajo naše početje. Pitamic opredeli pravo kot vrednostni pojav, ki je sestavljen iz vrednostnih odločitev, ki pa ne smejo zdrsniti pod ustrezen etični minimum, če želijo ohraniti naravo prava. Iz Pitamičevih raziskovanj se tako kaže, da se še tako čista ali očiščena teorija prava, ne more ukvarjati zgolj s pravo kot normativno zgradbo. Da bi ta zgradba bila dejavna in pravno veljavna, mora biti namreč oprta na dejstva biti in biti po vsebini takšna, da omogoča posameznikovo eksistenco in človeško sožitje. Iz Pitamičevih stališč je mogoče zaključiti, da morajo vsi pravni pojavi, abstraktni ali konkretni, norme in njihova uporaba, v vseh hierarhičnih oblikah in ne glede na njihovo hierarhično ujemanje, ustrezat naravi prava, da bi jih lahko označili kot pravo. To je poudaril tudi Pavčnik.⁴⁵

Navsezadnje izpostavljam tudi Fullerja, ki je bil predstavnik naravnega prava, ki se je prebujalo po drugi svetovni vojni. Fullerjevo stališče je bilo, da je skrajni pravni pozitivizem vsaj deloma odgovoren za vzpon nacizma in za pervertiranost njegovega prav-

⁴³ Novak, 2008, str. 19-20.

⁴⁴ Kaufmann, 2013, str. 344-346.

⁴⁵ Pitamic, 2005, str. 28-32.

nega sistema. Naravno pravo, kot ga je zagovarjal Fuller, je bilo izrazito sekularno in racionalistično, pri čemer je pravo razumel kot izrazito človeški fenomen. Fuller je notranjo moralo prava iskal v načelih postopka, pri čemer je menil, da so moralne vrednote v idejo prava zapisane. Prisegal je na načelo splošnosti, učinkovitosti, jasnosti ter na načelo razumljivosti, objavljanja in prepovedi notranje neskladnosti, retroaktivnosti ter nezmožnosti uporabe pravnih pravi. Vladavino prava je razumel kot izvrševanje pravnih pristojnosti, ki jih omejujejo zahteve glede postopkovne pravilnosti. Fuller je zavračal tudi ločitveno tezo in trdil, da nujna povezanost med pravom in moralo pomeni, da morajo pravni sistemi v celoti, vključno z zakoni, prestati test minimalne moralnosti. Kršitve in neupoštevanje temeljnih načel postopka, zahtevanih s strani sekulariziranega naravnega prava, tako zmanjšuje veljavnost pravnega sistema sorazmerno obsegu kršitev.⁴⁶

7. Pravni pozitivizem danes

Povezanost prava in morale se danes kaže bolj polarno oz. prepletajoče. To si je mogoče predstavljati kot dva kroga morale in prava, ki se delno prekrivata in imata tako torej skupni presek. Kar je v preseku je stik morale in prava. Vse kar je moralno, ni pravo normirano (npr. prijateljstvo, ljubezen, vsebinska enakost), na drugi strani pa obstajajo pravna področja, ki nimajo moralne vsebine (npr. »tehnični« prekrški ali tehnične pravne norme). Skupni presek torej ne pomeni, da sta pravo in morala identična. Pravna norma je v tem pogledu vedno konkretnejša in bolj izmerljive obveznosti razlaga natančneje kot to izhaja iz moralne norme. Pravni pozitivisti sicer ne vidijo dejstva, da so v preseku, v katerem imajo nekatere pravne norme poleg pravne normativnosti tudi moralno vsebino, pogosto zelo pomembne pravne norme in so kot take tudi zelo visoko na družbeni lestvici pravnih norm, morda celo najvišje. Novak v tem delu izrecno izpostavlja ustavni načeli pravne države in enakosti, ki imata visoko stopnjo moralne vsebine in sta v Sloveniji zelo pogosto predmet ustavnosodnega razsojanja. Iz tega pa izhaja, da na njuni podlagi pravne odločitve pomembno sooblikujejo slovensko pravno realnost. Novak tudi poudarja, da glede na globalno ločevanje treh področij pravnega zanimanja,

⁴⁶ Novak, 2008, str. 17-19.

ki so v visoki meri moralno zaznamovana, je nemogoče trditi, da ima morala v pravu (pravnih normah) obrobno vlogo. Kot naivno pa Novak izpostavi tudi moralno idealiziranje obstoječih pravnih redov. Zaradi pomembnosti pravnih določb, ki jih najdemo v preseku morale in prava, je zaradi njihovega hierarhičnega pravnega položaja, kot tudi zaradi njihovega učinkovanja na druge določbe, težko reči, da bi povezava med moralo in pravom bila lahko le naključna, slučajna ali minimalna, kar izhaja iz pozitivističnega prepričanja. Novak zaključuje, da velja, da vsega prava oz. prava kot takega ne moremo preprosto enačiti z minimumom morale oz. etike, na drugi strani pa hkrati velja, da povezava med moralo in pravom ne more biti zgolj minimalna.⁴⁷

Avbelj zatrjuje, da živimo v svetu dveh koncentričnih krogov prava. Nacionalno pravo je pozitivno pravo, ki ga postavljajo pristojni državni organi in kot tako predstavlja enega izmed koncentričnih krogov. Pod njim in onkraj njega pa obstajajo tudi drugi avtonomni viri pravnega urejanja. Pri tem Avbelj primeroma navede kanonsko pravo in pravo trgovcev, ki zgodovinsko obstajata že iz obdobja pred nastankom modernih držav, o katerih govorimo od Westfalskega miru dalje. Pri tem poudarja, da gre za dva avtonomna pravna reda, neodvisna od državnega prava, ki imata svoje organe in postopke nastajanja pravnih pravil, kot tudi kriterije in organe za presojanje veljavnosti sprejetih pravil. Iz tega izhaja, da državno pravo (pozitivno) ne more vplivati na njun način nastajanja ali na njuno veljavnost, lahko pa prepreči njuno uveljavitev na državnem ozemlju, pri čemer pa ne posega v samo dejstvo, da sta kanonsko pravo in pravo trgovcev samostojna koncentrična kroga prava. Avbelj izpostavlja tudi druge pretendente s statusom avtonomnega nedežavnega pravnega reda znotraj države, kot na primer pravo znotraj delovnih kolektivov, nevladnih organizacij itd. Zagovorniki klasičnega pravnega pluralizma, ki želijo omajati pozitivistični monopol države nad pravom, tudi naštetim virom priznavajo pravni značaj, kar Avbelj označuje kot sporno in dodaja, da sicer soglaša, da država ni edini vir prava, ampak meni, da se pri priznavanju pravnosti normativnim sistemom ne sme iti predaleč, da bi se ohranila ločnica med pravnimi in drugimi družbenimi normami. Avbelj v istem članku omenja tudi druge, novejšje koncentrične kroge prava, in sicer mednarodno pravo in suprana-

⁴⁷ Novak, 2008, str. 30-31.

cionalno pravo Evropske unije. Supranacionalno pravo označuje kot izjemno močan koncentrični krog prava onkraj države, ki se še krepi po vsebini in formi. Avbelj zaključuje, da živimo v pravno bistveno bolj pisanem svetu, kot se zavedamo in si priznavamo ter dodaja, da nas, posameznike in države, (pre)številni pravni sistemi uokvirjajo od spodaj in od zgoraj.⁴⁸

Pavčnik je o pravnem pozitivizmu napisal številna dela, v Moralnem razumevanju prava navaja, da to mora pozitivno pravo imeti naravne temelje za svojo uveljavitev in učinkovitost v daljšem obdobju, ne izključuje pravnega pozitivizma. Ta sicer res loči pravo od morale, ampak ne zaradi ne zavedanja, da mora imeti pravo moralne temelje, temveč zato, ker je predmet preučevanja pravnega pozitivizma zgolj pozitivno pravo. Pavčnik označi pravni pozitivizem za izprijen, če opravičuje kakršnokoli pozitivno pravo, ki je lahko tudi nemoralno. To naj ne bi bil pravni pozitivizem kot znanost, temveč apologetski pravni pozitivizem, ki ga Pavčnik označi za deklo politike. Ambicijo pravnega pozitivizma Pavčnik vidi drugje, in sicer v tem da razgali veljavno pravo in ga skuša prikazati takšnega, kot je. Tako pokaže čisto pravo, kjer je natanko razvidno kdo so igralci in kakšne možnosti imajo pri sprejemanju odločitev. Pavčnik navaja, da ga tovrsten pozitivizem ne moti oziroma ga označuje celo kot združljivega s tistimi pogledi na pravo, ki se ukvarjajo z vsebinskimi vprašanji. Pogoj za vsebinsko razpravljanje je namreč ravno dobro poznavanje veljavnega prava, njegove zgradbe in pomenske možnosti. Pavčnik tudi izpostavlja pomembnost moralne kritike prava, ki je nujna še posebej takrat, ko pozitivno pravo in njegove rešitve niso skladne s splošno sprejetimi moralnimi vrednotami, z moralno strpnostjo in moralno svobodo, ki jo naj varuje pravo. Moralna kritika morda sicer za oblast ni prijetna, a je neizogibna za zasledovanje odgovornosti do narave, družbe in prihodnjih rodov. Pavčnik dodaja, da pravnik, ki ga ne zanima moralna kritika in se oklepa le črke zakona, deluje okostenelo in ne pogati življenja, ki mu je pravo namenjeno.⁴⁹ Glede zakonodajnega postopka Pavčnik navaja, da se med dežurnimi krivci za slabo zakonodajo večkrat omenja pravni pozitivizem, pri čemer pa poudarja, da pravni pozitivizem ni problematičen, če gre za pozitivistični pristop, ki ga zanima, kakšno je pozitivno pravo in dodaja, da se zakonodajnopravno razpra-

⁴⁸ Avbelj, 2011, e-vir.

⁴⁹ Pavčnik, 2014, str. 985-988.

vljanje ne more izogniti pozitivističnemu pristopu. Če se namreč razpravlja de lege ferenda, ne da bi bilo skrbno osvetljeno, kakšne možnosti so že na ravni de lege lata, se kaže za izjemno slabo razpravljanje. Pavčnik opozarja, da je pravni pozitivizem vprašljiv le, če zavrača vrednostno razpravljanje, ki se ne more izogniti pravnim načelom, vrednotnemu razumevanju pravnih besedil in morebitnemu ugovoru neprava. Pravni pozitivizem Pavčnik označi kot nevaren, če gre za pozitivistično teorijo, ki opravičuje vsakršno postavodajalčevo domislico, če je le ta sprejeta na formalno-pravno korekten način.⁵⁰

Tomaž Pavčnik je v enem izmed svojih člankov izražal strah, da časi vulgarnega (oblastnega) pozitivizma niso preteklost. Poudaril je, da oblastniki, ki povečini niso pravniki ali pa so bolj slabi pravniki menijo, da papir prenese vse. Pri tem je sicer izpostavil, da je razvoj privedel do univerzalnega priznanja temeljnih načel pravne države, zaradi česar imajo pravne institucije, zlasti ustavno sodišče, moč, da opozarjajo oblast na temeljne pravne zakonitosti in jo s tem omejujejo. Pavčnik je zavzel stališče, da ljudstvo ni porok zoper vulgarni pozitivizem, ampak prej nasprotno, da je ravno vulgarni pozitivizem otrok človekove duševne lenobe na eni in človekove oblastiželnosti na drugi strani, navsezadnje pa se celo idealno ujema z globalnim potrošništvom, o katerem je pisal v tem članku.⁵¹ V enem izmed kasnejših člankov pisal o problemih formalizma, kjer je opisoval vsakodnevno srečevanje s formalizmom, črkobralstvom, vulgarnim pozitivizmom, mehansko uporabo prava, pravnim tehnicizmom itd. Rešitev je Pavčnik videl v ločnici med formalizmom, ki je bolj ali manj nujen in tistim, ki ni nujen. Nujen formalizem tako izhaja iz notranjih zakonitosti pravnega sistema, pri čemer mora, da se ne bi zrušil, ščititi katero od formalističnih vrednot. Pri tem kot primer navede pravnomočnost in učinkovitost. Na drugi strani ločnice pa se torej nahaja ne nujni formalizem, za katerega je Pavčnik dejal, da ga bo laik opazil prej, zadrt ali duševno len pravnik pa nikoli. Pavčnik je zaključil, da se je vselej tudi pri formalizmu treba vprašati po njegovem namenu, in če ga ta nima, formalizem ni utemeljen.⁵²

Ude je v enem izmed svojih del opozoril, da se ravno pri uporabi prava (pravnem odločanju), še posebej pri sodniškem odlo-

⁵⁰ Pavčnik, 2008, str. 13-14.

⁵¹ Pavčnik, 2005, str. 29.

⁵² Pavčnik, 2016, str. 17.

čanju, najbolj izrazito izostri vprašanje, kakšen je odnos pravnega pozitivizma in vrednostnega odločanja ter ali sploh obstaja nasprotje teh dveh pojmov in ali ni morda to nasprotje posledica nepravilno pojmovanega pravnega pozitivizma. Po mnenju Ude, mora pravni pozitivizem v modernem življenju upoštevati moderen pojem prava, ki vključuje tudi vrednote. Ude je poudaril, da se v naši pravni teoriji in publicistiki čedalje pogosteje v različnih variantah in miselnih zvezah zazna očitek sodstvu in pravni misli, da pri obravnavanju bistva, okvirov in vsebine pravnega odločanja vztraja pri pravnem pozitivizmu. Pri tem naj bi bila premisa, da sodnik pri odločanju le z metodo silogizma ugotavlja, če je konkretno dogajanje skladno z abstraktno hipotezo pravne norme, in da kasneje izreče s pravno normo predpisano posledico, bistvo tega pozitivizma. V takšnem sistemu sodnik ne ustvarja prava, temveč bi v konkretnih primerih zgolj uporabljal pravne norme in z logičnim sklepanjem deduciral zakonsko normo na konkreten primer. Ude je izpostavil razprave pravnikov o razmerju pravnega pozitivizma in vrednotenja, pri čemer ugotavlja, da pravniki pogosto nekritično vzpostavljajo to nasprotje in »obračunavajo« s pravnim pozitivizmom in se zavzemajo za vrednostno odločanje. Po Ude tovem mnenju pravniki ne upoštevajo, da tovrstna stališča pripeljejo do relativiziranja legalizma in pravne države, še posebej, če ne ponujajo vrednot, ki naj bi bile relevantne pri sodniškem odločanju, če se ustavijo v trenutku, ko bi morali opredeliti njihovo vsebino. S tem naj bi podpirali težnje po neupoštevanju pravnih norm in omogočali uveljavljanje ideoloških vrednot ter političnih interesov. Ude je primeroma izpostavil nekaj kritičnih opredelitev o razmerju med pravnim pozitivizmom in vrednostnim odločanjem, in sicer: (1) pozitivistično odločanje temelji na pojmovni jurisprudenci, ki predvideva pojmovno danost in ne izpodbojnost, ki je v dejanskem življenju ni, (2) pozitivizem obravnava pravo kot kategorijo, ki računa na neponovljive dogodke, (3) Evropska pravna misel je potrebovala precej časa, da je v svoje obravnavanje bistva pravnega odločanja vključila kreativnost sodnikov. Vendar pa ta misel odprtost prava (pravnih pojmov), ko pride ustvarjalnost sodnikov najbolj do izraza, omejuje na manjše število primerov, za druge pa trdi, da ne zahtevajo ustvarjanja prava s strani sodnikov, (4) Prepričanje v moč logičnega (pravnega, sodniškega) silogizma je dediščina pozitivističnega pravnega formalizma, ki prisega na metodo dedukcije. Ker je pravni sistem odvisen od družbenega,

odraža tudi vse njegove slabosti. V takem sistemu pa mora sodnik odločati ne le na podlagi pravnega znanja in izkušenj, temveč tudi na podlagi svojega vrednostnega sistema. Ude si je glede na navedene trditve zastavil vprašanje, ali sploh obstajajo predpostavke dialoga in polemike ter ali tisti, ki kritizirajo pozitivističen sistem odločanja, sploh upoštevajo njegovo sedanjo vsebino ali pa morda pod tem pojmom razumejo le sodnikovo vztrajanje pri gramatikalni razlagi zakona, ki relativno pogosto ne spoštuje splošnih pravnih načel in je nebogljen zlasti pri vsebinsko »odprtih« pojmi, ali pa morda mislijo na sodoben pojem pravnega pozitivizma s temeljem v hierarhiji pravnih norm, v katerih pridejo do izraza vrednote neke družbe, in na sodnikovi interpretaciji pravnih predpisov ter s tem tudi njegovi kreativni funkciji v primeru zapolnjevanja pravnih praznin, v primeru analogne uporabe zakona, pri uporabi generalnih klavzul in pri postopnem oblikovanju pravnih standardov. Ude je tako zavzel stališče, da v primeru pojmovanja pozitivizma, kot so ga razumeli pravni teoretiki prejšnjih stoletij, katerega bistvo je v izrekih »zakon je zakon« in podobno, potem v takšnem pozitivizmu zagotovo ni prostora za vrednotenje in posledično pripelje do kritike pozitivizma in zavzemanja za vrednostno odločanje. Tisti, ki pa se za vrednostno odločanje sodnika pri zapolnjevanju pravnih praznin, analogije in pri uporabi pravnih načel ter opredeljevanju vsebine nedoločenih pravnih pojmov, zavzema že pri samem opredeljevanju vsebine prava in pri obravnavanju pojma zakonitost, tisti ne vidi nasprotja med pravnim pozitivizmom in vrednostnim sistemom odločanja.⁵³

Penko se je v svojem delu spraševal, ali je pozitivno pravo orožje ali ovira v boju proti korupciji. Zavzel je stališče, da pravni pozitivizem s prepričanjem »zakon je zakon« in posledično izpeljavo, da je dovoljeno vse, kar z zakonom ni izrecno prepovedano, ne more in ne sme prevladati v Sloveniji, čeprav bi si nekateri po njegovem mnenju to želeli. Penko se je strinjal z nekaterimi teorijami pravnih filozofov, ki zagovarjajo, da pravni pozitivizem, ki meni, da je veljavnost zakona izpričana že zgolj z dejstvom, da je ta posedoval moč, da se je uveljavil, sam po sebi ne more utemeljevati veljavnosti zakonov. V tem delu Penko poudarja, da je zakon lahko utemeljen le na vrednoti in z vrednoto, ki jo vsebuje. Penko se strinja, da ima vsak zakon določeno vrednost, ki izhaja iz prav-

⁵³ Ude, 2001, str. 1091-1102.

ne varnosti, ki jo prinaša načelo zakonitosti, temveč opozarja, da pravna varnost ni edina in niti odločujoča vrednota, ki bi jo moralo uresničevati pravo. Tako Penko opozarja še na dve vrednoti, po njegovem mnenju celo pomembnejši, in sicer pravičnost ter smotrnost. Pri tem opozori na Radbruchov rek, da pravo nikakor ni vse, kar koristi narodu, temveč narodu konec koncev koristi le tisto pravo, ki zagotavlja pravno varnost in si prizadeva za pravičnost. Penko v tem delu opozarja, da bi za učinkovito borbo proti korupciji bila ključna ustrezna opredelitev korupcije, ki mora biti dovolj natančna, da omogoča učinkovito ukrepanje, ter hkrati dovolj široka, splošna in odprta, da bo kot koruptivna določala vsa ravnanja, ki bodo v nasprotju z etičnimi in moralnimi dolžnostmi posameznikov in organizacij, ki nosijo negativen prizvok in jih je mogoče opredeliti kot pokvarjena, neetična, pohlepna ali storjena z napako zakona.⁵⁴

8. Pravni formalizem

Novak pravni formalizem definira kot pretiravanje s pravno formalnostjo, s katero po njegovem mnenju ni nič narobe, saj kot »oblikovnost« pomeni izjemno pomembno lastnost prava. Z obliko v pravu se pretirava takrat, ko bi moral govoriti ratio legis, smisel in namen zakona. Oblika prava je sicer njegovo izhodišče, ker drugače pravnih norm niti ne bi mogli zaznati pa jo je treba korigirati z njihovo vsebino. Novak navaja, da pravni formalizem, navadno s strani raznih uradnikov, večkrat povzroča eksistencialne stiske, saj človeka vodi v absurd, za katerega je značilna ravno odsotnost smisla v pravu. Novak je kot eno najboljših kritik pravnega formalizma izpostavil Kafkov Proces, pri čemer se sicer zaveda, da tedanje razmere (Avstro-Ogrska monarhija ob koncu 19. in začetku 20. stoletja) sicer niso identične sedanjim, vendar izpostavil, da se človek tudi danes občasno znajde v primežu absurdne pravnoformalistične mašinerije in tako doživi nekaj tistega »duha iz steklenice« iz Kafkovega romana. Novak je tudi poudaril, da je za absurd in nesmisel najboljšo zdravilo smisel, za pravni formalizem pa prav tako obstaja zdravilo, in sicer smisel, namen, ratio legis, pravna načela, pravne vrednote, torej pravna vsebina.⁵⁵

Novak je v enem izmed svojih člankov obravnaval tudi dobes-

⁵⁴ Penko, 2004, str. 8-9.

⁵⁵ Novak, 2016, e-vir.

dno razlago v pravu kot trdno izhodišče in opozoril, da je mogoče v širši javnosti opaziti nekakšen svoboden pristop do pravne razlage in hkrati kritiko takšnega pristopa. Na eni strani stališče, da pravno besedilo prenese vse, kar je mogoče potrditi s prakso sodišč in drugih organov, ki odločajo po svojem občutku, na drugi strani pa splošno zaskrbljenost zaradi pomanjkanja objektivnosti in pravne varnosti zaradi pomanjkanja trdnih pomenov pravnih besedil. Novak v tem delu navaja, da je mogoče govoriti o nekakšnem pravnorazlagalnem nihilizmu ali vsaj decizionizmu. Novak takšne poglede sicer označi kot kritiko pravnemu formalizmu in poudari, da so dobrodošli in jih šteje kot ustvarjalno osvežitev, vendar opozarja, da se s takšnimi skrajnimi pogledi ne sme pretiravati. Glede teorije pravne razlage Novak loči dva pristopa k razlagi, in sicer objektivni ter subjektivni. Prevladuje objektivni, ki se nanaša na pravno besedilo, kot ga razume njegov razumni razlagalec, pri čemer je predmet razlage osamosvojeno besedilo (tj. ratio legis), ki po njegovem sprejemu zaživi svoje življenje. Novak navaja, da pravni formalizem v pravni teoriji pomeni pravnopozitivistično gibanje, katerega namen je omejitev sodstva pri njegovem svobodnem odločanju o vsebinskih vprašanjih, ki zadevajo normativno in politično odločanje in o katerih naj, če je to le mogoče, odloča zakonodajalec (ali ustavodajalec). Kot nasprotje pravnega formalizma Novak navaja pravni instrumentalizem ali funkcionalizem, ki obsega ustvarjalnost sodišč pri razlaganju pravnih besedil, ki naj bi jo upravičevalo dejstvo, da sodnik sledi dobri javni politiki in družbenim interesom, prizadevanje za pravičnost ter varstvo človekovih pravic. Dobesedno razlago Novak v povezavi z 2. členom Ustave Republike Slovenije sprejema kot splošno izhodišče razlage v vseh pravnih postopkih in glede vseh pravnih aktov. Zavezanost k temu se po njegovem mnenju kaže ž v podnačelih 2. člena, in sicer podnačelo jasnosti, določnosti in razumljivosti pravnih aktov, ter pravne varnosti in zaupanja v pravo. Načelo jasnosti, določnosti in razumljivosti zahteva od pravnih aktov, da so zapisani jasno, določno ter razumljivo in se na tak način tudi uporabljajo. Načelo varnosti in zaupanja v pravo pa pomenita, da mora biti razumevanje in uporaba pravnega akta takšno, kot je zapisano v pravnem aktu, ker se namreč naslovljenci zanašajo na tak pomen. Novak meni, da se dobesedna razlaga uporablja v lahkih primerih, ki jih opisuje kot takšne, v katerih so na razpolago vse bistvene informacije za razumevanje besedila. Pravni

formalizem torej pomeni bolj ali manj strogo sledenje pravnemu besedilu, kar je normalno in legitimno, če je besedilo jasno in ga lahko kot takšnega tudi uporabimo. Problem, ki ga Novak navaja torej nastane takrat, ko besedilo v razlagalnem procesu postane nejasno. V teh primerih nam nekaj možnosti za odpravo nejasnosti sicer daje formalizem sam, vendar v bistveno ožjem obsegu, kot nam to nudi pravni instrumentalizem. Ta namreč poleg besedila samega uporablja v razlagalnem procesu tudi pravna načela, vrednote in tudi pravni sistem kot celoto. Po mnenju Novaka bi od dobesedne razlage torej veljalo odstopiti takrat, ko takšna razlaga ne daje rezultatov. To je takrat, ko pravnega besedila ne moremo razumeti glede na konkretni življenjski primer, ki zahteva njegovo uporabo. V takšnih primerih ni primerna dobesedna razlaga, saj ta ne bo ustrezna, saj bi dobesedno razumevanje vodilo k absurdnim rezultatom. V teh primerih se torej dobesedna razlaga korigira z dodatnimi možnostmi, ki so korektivne razlage. Kot rezultat razlage je tukaj mogoča razširjujoča, zožujoča, namenska redukcija, pojasnjevalna razlaga.⁵⁶

Teršek je v enem izmed svojih zapisov poudaril, da tudi če nekaj »po črki zakona« ali »po črki ustave« v formalnem aktu ni izrecno zapisano, je z vidika obstoječega pravnega reda, vrednotnih temeljev ustave in ustave kot celote vseeno lahko povsem logično, da »je«. Teršek poudarja, da je takšno logiko mogoče zaslediti v odločbah češkega ustavnega sodišča, še posebej pa je izpostavil nemško ustavno sodišče, ki takšno logiko zavzema že od začetka delovanja. Nemško ustavno sodišče naj bi v tem kontekstu šlo celo dlje, saj je uveljavilo doktrino suprapozitivnega prava, ki izrecno ločuje med pravom in pisanimi zakoni. Tako je nemško ustavno sodišče dopolnilo obstoječe pozitivno pravo s suprapozitivnim pravom in ga tako povezalo s kriterijem razumne argumentacije, ki naj izključi očitke arbitrarnosti pri odločanju. Teršek kritično pojasnjuje, da slovenska pravna praksa pri tem nasprotuje nemški, saj ta prepogosto vzbuja vtis nerazumevanja ustave kot celote pravil, načel in vrednot. Teršek izpostavlja, da je potrebno določbe ustave interpretirati v skladu z njeno celoto, s celovitim duhom ustave in navsezadnje njenim vrednostnim temeljen. Ustave tako ni mogoče interpretirati s samo uporabo interpretativnih orodij, s katerimi iščemo pomen zakonskih besedil. Teršek zaključuje, da

⁵⁶ Novak, 2011, str. 11.

je stališče pravnikov, ki odločbi ustavnega sodišča ne priznavajo značaja zakona ali zakonitega predpisa, po njegovem mnenju pretirano pozitivistično (črkobralsko) in tako ustave ne vrednoti kot celote.⁵⁷

Kumer je v enem izmed svojih člankov izpostavil primer, ki dokazuje mogočo prilagodljivost brez pretiranega formalizma, kar je glede na do sedaj napisano v tem poglavju prijetno presenečenje. Opisan primer se nanaša na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP). V obravnavanem primeru je ESČP namreč zavzelo stališče, da je treba določbo prvega odstavka 35. člena Evropske konvencije za človekove pravice (v nadaljevanju: EKČP) razlagati s prilagodljivostjo in brez pretiranega pravnega formalizma. S tem je pritožnici odpustilo nepoznavanje prakse Ustavnega sodišča, kot tudi pogoje za sprejemljivost pritožbe razlagalo blago in v njeno korist. Kumer je sicer izpostavil tudi drug primer ESČP, v katerem je sodišče odločilo nasprotno, torej strožje in v škodo pritožnika. Ob primerjavi obeh primerov se Kumer sprašuje, zakaj je bolj upravičeno pričakovanje, ki temelji na nepoznavanju prakse nacionalnega ustavnega sodišča, kot pričakovanje, ki temelji na nepoznavanju prakse ESČP.⁵⁸

9. Zakonski jezik

Ker sem v prejšnjem poglavju obravnavala pravni formalizem, ki se ga pogosto opisuje tudi kot pretirano črkobralstvo, velja v tem delu poudariti tudi kakšen naj bi bil zakonski jezik. V tem delu ne ciljам na pravni jezik, ki je poseben in lasten pravu in kot tak tudi značilen za pravo, ter se loči od pogovornega jezika in drugih strokovnih jezikov raznih znanstvenih področij, temveč ciljам na jezik, ki se uporablja pri pozitivnem, torej postavljenem pravu. V tem delu bo torej opisan del pravnega jezika, zakonski jezik, ki se uporablja pri izražanju v pravnih predpisih, in se posledično delno in smiselno uporablja tudi na področju celotnega avtonomnega prava v najširšem pomenu. Redaktorji ali sestavljalci pravnih predpisov se morajo ves čas zavedati in upoštevati, da pri svojem delu pravni jezik uporabljajo kot zakonski jezik, torej kot jezik predpisov, ki zahteva izredno specifičen način uporabe. Redaktorji so tako pri svojem delu zavezani k

⁵⁷ Teršek, 2004, str. 35.

⁵⁸ Kumer, 2014, str. 33.

čim večji jasnosti in razumljivosti predpisov v celoti kot tudi vsake posamezne določbe, besede in stavka posebej. Pravni jezik se uporablja in je namenjen sporazumevanju v pravni stroki, zato je tak jezik bistveno drugačen od zakonskega jezika, saj so predpisi namenjeni vsem in načelno veljajo za vsakogar, zato tudi ta jezik ne more in ne sme biti takšen, da bi ga razumeli le pravniki. To navsezadnje zahteva tudi Ustava Republike Slovenije, natančneje 2. člen, v okviru katerega je mogoče razbrati načelo jasnosti in določnosti predpisov. Če predpisi niso jasni in določeni, je seveda nemogoče pričakovati spoštovanje teh. Samo predpise, ki so dovolj jasni in nedvoumni v tem, kar določajo, je mogoče pravilno uporabljati in izvrševati.⁵⁹

Zakonski jezik, paradoksalno ne sme nikoli biti predvsem pravni jezik kot jezik pravne stroke. Seveda to ne pomeni, da predpisi niso namenjeni pravnikom, ki ga morajo pri svojem delu neposredno upoštevati in izvrševati. Vseeno pa kot osrednjo nalogo predpisa mogoče izpostaviti sporočanje vsebovanega obveznega prava z vso mogočo jasnostjo in vsakomur dostopno razumljivostjo. To ne bi bilo mogoče doseči z uporabo pravnega jezika, ki ga uporabljajo strokovnjaki v svojih pravniških poklicih.⁶⁰

Zahteva po čim večji jasnosti in uporabi »nestrokovnega« pravnega jezika pa seveda ne omogoča popolne nerabe strokovnih izrazov pri ustvarjanju predpisov, saj imajo ti v pravu ali v kakšni drugi stroki poseben pomen, in se brez njihove rabe v pravu niti ni mogoče izražati ali prava urejati (npr. lastnina, posest itd.). V zakonskih besedilih se je torej treba izogibati rabe posebnih strokovnih izrazov in tujk, razen v določenih primerih, ko to zahteva sam namen zakonodaje.⁶¹

Na zakonski jezik, kot jezik pravnih predpisov, je potrebno gledati na pravo kot na celoto pravnih pravil, ki ga tvorijo in s tem urejajo in določajo vedenje ter ravnanje pravnih subjektov, posameznikov, raznih njihovih združenj, organizacijo in pristojnosti državnih organov itd. Pravni red, ki ga sestavljajo kakovostni predpisi, bo tudi sam bolj kakovosten. Kakovost pravnega reda sicer seveda ni odvisna le od kakovosti pravnih predpisov, temveč tudi od njihove splošne sprejetosti, splošne in pravne kulture, strokovnosti in učinkovitosti dela državnih organov itd. Vseeno pa je mo-

⁵⁹ Šinkovec, 2002, str. 1065.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

goče kot zelo pomemben vidik »uspešne« pravne države izpostaviti raven kakovosti pravnih predpisov, torej kako in v kakšni meri ustrezno ali neustrezno sporočajo vsebino predpisov. Tako lahko tudi kot spričevalo pravne države zagotovo med drugim štejemo tudi vsebinsko urejenost elementov pravne države, pomembnih družbenih razmerij ter ustroja in delovanja državne oblasti, kot je določeno in urejeno s predpisi. Pri tem pa lahko predpise same izpostavimo kot ključ, ki nam šele omogočajo pravi vpogled v navedene vsebine.⁶²

Šinkovec omenja tri temeljne sestavne dele, ki se morajo hkrati in v celoti ter ob medsebojni usklajenosti upoštevati pri redigiranju pravnih predpisov. Prvi sestavni del Šinkovec opisuje kot tisti, ki sporoča vsebino, zaradi katere je izdan oziroma sprejet predpis. Vsebina bi se naj torej upoštevala in izvrševala kot taka v pravnih oziroma družbenih razmerjih, ki jih določa in ureja pravo. Sredstvi za določanje in izražanje vsebine v besedilu in obliki obveznih abstraktnih pravnih predpisov je torej zakonski jezik. Drug sestavni del, ki ga navaja Šinkovec, je forma oziroma oblika, ki predpisu daje določeno zunanjo podobo in zahtevano preglednost, uporabnost, celovitost. Forma obsega pravilno notranjo zgradbo ter urejenost predpisa v celoti, kot tudi urejenost in obliko vsake posamezne določbe znotraj predpisa. Za tretji sestavni del Šinkovec pojasnjuje, da ga velja brez dvoma šteti v sklop nomotehnike, pri čemer pa je za razliko od prvega in drugega sklopa, tretji delno predpisan že s samo ustavo, bolj podrobno pa z zakoni. Šinkovec v okviru tretjega sestavnega dela primeroma izpostavlja na primer pogoj objave predpisov, pred začetkom njihove veljavnosti ter ustavno ureditev dopustne oz. nedopustne retroaktivne veljavnosti predpisov.⁶³

Šinkovec še izpostavlja, da v okviru redakcije pravnih predpisov ni nikoli mogoče dovolj poudariti pomembnosti preproste in uporabne resnice oziroma dejstva, ki je v tem, da je nedvoumno razumevanje predpisa odvisna od jasnosti, točnosti in preciznosti v izražanju. V besedilu predpisa, ne glede na njegovo hierarhično raven, ne sme biti ničesar preveč in ničesar premalo, kar je skupaj z zahtevo po preprostosti, nedvoumnosti, jasnosti, točnosti in preciznosti, bistvo načina izražanja v zakonskem jeziku.⁶⁴

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

10. Pravni formalizem pri ukrepih za zajezitev širjenja epidemije

V tem poglavju bom predstavila nekaj primerov, s katerimi sem se v zadnjih dveh letih tudi sama soočala v praksi. Primeri se navezujejo na ukrepe za zajezitev širjenja epidemije COVID-19. Da na kratko predstavim ozadje sprejemanja ukrepov. Epidemija nalezljive bolezni COVID-19 je bila v Republiki Sloveniji prvič razglašena 12. marca 2020 ob 18. uri. Po razglasitvi epidemije so sledili številni ukrepi za zajezitev epidemije in drugi ukrepi v povezavi z odpravo posledic epidemije, ki so se prejemali v obliki zakonov, odlokov, odredb in pravilnikov. Ukrepi so se vselej sprejemali glede na epidemiološko sliko v državi, kar pomeni, da slabša kot je bila epidemiološka slika, ostrejši so bili ukrepi in obratno. Ustavno sodišče je s sklepom U-I-83/20 Vladi Republike Slovenije naložilo, da mora vsaj vsakih sedem dni na temelju stroke preverjati, ali so uvedeni ukrepi še potrebni za doseganje ciljev, in jih ob upoštevanju strokovnih razlogov podaljšati, spremeniti ali odpraviti. Vlada Republike Slovenije je temu sledila in vsakotedensko objavljala oziroma podaljševala ukrepe, ki jih je sprejemala za zajezitev epidemije. Ti ukrepi so se relativno hitro sprejemali, kot tudi hitro spreminjali, zato je v povezavi s prejšnjim poglavjem, ki obravnava kvaliteto in pravilnost pisanja predpisov, mogoče razumno sklepati, da so predpisi, ki se sprejemajo na hitro, »jezikovno« manj kvalitetni od tistih, ki se sprejemajo v dolgih postopkih in obravnavah. Pri sprejemanju ukrepov za zajezitev epidemije je seveda mogoče razumeti, da oblikovalci predpisov niso imeli na razpolago veliko časa, da bi ti predpisi bili »izjemni« z vidika njihove jasnosti, točnosti, nedovumnosti in preprostosti. Navsezadnje se je Republika Slovenija prvič znašla v epidemiološki situaciji zato je bilo sprejemanje tovrstnih ukrepov novost tudi za tiste, ki so predpise oblikovali. Nepoznavanje »novega« epidemiološkega področja se je očitno kazalo tudi znotraj samih predpisov, ki so večkrat vsebovali razne izraze, ki do tistega trenutka niso bili znani niti področnim strokovnjakom, kaj šele vsem ostalim, ki so jih predpisi prav tako zadevali, državljani. Presejalno testiranje, samotestiranje, visokorizični stik, izolacija, samoizolacija, karantena, PCR, HAG, PCT in drugi sorodni izrazi so danes že skoraj splošno poznani vsem državljanom, enim bolj, drugim manj, zagotovo pa lahko trdimo, da se so se s temi izrazi pred epidemijo redki že srečali, ali pa vsaj ne

v današnjem pomenu. V tem poglavju zato ne bom razpravljala o uporabi tujk in ne uporabi preprostih, vsem znanih izrazov pri oblikovanju predpisov, saj menim, da v konkretni situacijo, torej pri sprejemanju epidemioloških ukrepov, ni razumno pričakovati, da bi te bilo mogoče oblikovati brez uporabe novih, nepoznanih izrazov, ko pa je celotna epidemiološka situacija nova. V tem delu prav tako ne trdim, da je bil zakonski jezik, uporabljen v predpisih za zajezitev epidemije dober in kvaliteten, saj bo iz v nadaljevanju predstavljenih primerov jasno razvidno, da se s tem ne morem strinjati. V predstavljenih primerih želim izpostaviti kako je lahko dobesedno razumevanje predpisov vodilo k absurdnim rezultatom, kot je v prej omenjenem delu izpostavil Novak. Izpostaviti želim tudi misel Novaka iz nekega drugega članka, kjer je v uvodu navajal Bučarjevo misel⁶⁵, da je vse več pravnikov tehnikov, ki pravo dojemajo preveč tehnično, formalistično, dobesedno. Novak je tako zagovarjal, da družba potrebuje tako pravnika tehnika, kot pravnika razumnika. Pri tem bi se pravnik tehnik pojavljal v manj zahtevnih pravnih poklicih, ki zahtevajo bolj tehnična opravila in ne tako poglobljenega znanja (npr. nižji uradniki v državni upravi).⁶⁶ Iz predstavljenih primerov v nadaljevanju, bo razvidno, da se od pravnikov »tehnikov« vseeno včasih zahteva vsaj dotik razuma, ker zgolj »tehnična« opravila ne zadoščajo ali pa sploh niso primerna za reševanje posameznih primerov, s katerim pa žal vsi ne razpolagajo. Pri sprejemanju ukrepov, predvsem pa pri tolmačenju teh ukrepov, sem si sama večkrat želela, da bi »pristojni«⁶⁷ za tolmačenje bili pravniki »razumniki« in ne zgolj pravniki »tehniki«. No, včasih (redko) sem na kakšnega celo naletela.

Prvi primer, ki ga želim izpostaviti, je PCT pogoj pri delu od doma. Odlok o načinu izpolnjevanja pogoja prebolewnosti, cepljenja in testiranja za zajezitev širjenja okužb z virusom SARS-CoV-2, ki je bil sprejet 14.9.2021, je v 5. členu določal, da morajo pogoj PCT za čas opravljanja dela izpolnjevati vsi delavci in osebe, ki na kakršnikoli drugi pravni podlagi opravljajo delo pri delodajalcu, ali samostojno opravljajo dejavnost.⁶⁸ Določba se mi zdi jasna, vsi, ki v Republiki Sloveniji delajo, ne glede na pravno podlago za

⁶⁵ Bučar, 2004, str. 1994.

⁶⁶ Novak, 2008, str. 14

⁶⁷ Pristojni dajem v narekovaje, ker se, kot bo razvidno iz primerov v nadaljevanju, vsi otepajo pristojnosti tolmačenja, čeprav tolmačenje na koncu vseeno podajo.

⁶⁸ Odlok o načinu izpolnjevanja pogoja prebolewnosti, cepljenja in testiranja za zajezitev širjenja okužb z virusom SARS-CoV-2, 5. člen.

opravljanje dela, morajo izpolnjevati PCT pogoj. Spomnimo, da je ta odlok bil sprejet v času, ko se je epidemiološka slika v državi z začetkom jeseni spet slabšala in da je stoka v tem obdobju, vselej priporočala tudi opravljanje dela na domu za tista delovna mesta, kjer je to mogoče. Tisti, ki so spremljali sprejemanje ukrepov za zajezitev širjenja epidemije vedo, da je po vsaki spremembi ukrepov in odlokov sledila novinarska konferenca, na kateri so sodelovali različni govorniki, ki so med drugim pojasnjevali ter tolmačili ukrepe. Na teh novinarskih konferencah so različni novinarji lahko zastavljali razna vprašanja, pogosto takšna, ki se navezujejo na spremembe ukrepov. Eden izmed novinarjev je na novinarski konferenci po sprejetju omenjenega odloka vprašal takratnega govorca, ministra za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, Janeza Ciglerja Kralja, ali je PCT pogoj obvezen tudi za opravljanje dela na domu. Minister je odgovoril, da je. Naslednji dan, 16.9.2021 je ministrstvo objavilo še dodatna pojasnila glede upoštevanja PCT pogoja za opravljanje dela, kjer je še izrecno poudarilo, da odlok med izjemami ali dodatnimi opredelitvami ne navaja, da bi pogoj PCT morale izpolnjevati osebe, ki pri opravljanju dela prihajajo v neposreden stik z drugimi osebami v okoljih ali dejavnostih v RS, kar pomeni, da morajo pogoj PCT izpolnjevati tudi delavci, ki opravljajo delo na domu. Menim, da je v tem odgovoru oz. pojasnilu ministrstvo natančno pojasnilo, zakaj je PCT pogoj za opravljanje dela na domu nesmiselno, ker namreč pri delu na domu osebe ne prihajajo v neposreden stik z drugimi osebami v okoljih ali dejavnostih v RS⁶⁹ (razen seveda z osebami iz istega gospodinjstva). Menim, da je to razumevanje in tolmačenje odloka pretirano formalistično in nesmiselno. Nesmiselnost takšnega tolmačenja se je (do)kazala tudi nekaj dni kasneje, ko je sledila sprememba odloka, ki je kot izjemo od obveznega PCT pogoja za opravljanje dela izrecno navedla osebe, ki delo opravljajo na domu. Ali je bila ta sprememba res nujna in potrebna, ali je res potrebno izrecno zapisati nekaj, kar je mogoče razumeti in tolmačiti že s samim logičnim sklepanjem, razumevanjem namena in vsebine predpisa kot celote. Menim, da ne. Menim, da bi zadoščala že ustrezna razlaga.

Drugi primer se prav tako nanaša na ukrepe za zajezitev širjenja epidemije, tokrat na preverjanje PCT pogoja. Inšpektor je

⁶⁹ Pojasnila glede upoštevanja PCT pogoja za opravljanje dela, 2021, e-vir.

v inšpekcijskem nadzoru ugotovil, da se na vstopnih točkah ne preverja izpolnjevanje PCT pogoja in pozval delodajalca (v nadaljevanju: podjetje ali delodajalec) na izjasnitev ugotovitev v nadzoru. Obveznosti preverjanja PCT pogoja na vstopnih točkah izhaja iz Odloka o začasnih ukrepih za preprečevanje in obvladovanje okužb z nalezljivo boleznijo COVID-19 (Uradni list RS, št. 174/21, 177/21, 185/21, 190/21, 197/21, 200/21, 201/21, 4/22 in 8/22, v nadaljevanju: Odlok), ki v 1. odstavku 5. člena določa, da preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT organizirajo odgovorne osebe, ki izvajajo ali organizirajo opravljanje dela. V trgovskih centrih je odgovorna oseba za preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT upravnik oziroma lastniki, solastniki in najemniki poslovnih prostorov, ki poslujejo v sklopu trgovskega centra. Preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT se opravlja z dokazili iz 2. in 4. člena tega Odloka. Nadalje isti člen v 2. odstavku določa, da morajo te odgovorne osebe na vidnem mestu objaviti obvestilo o obveznosti izpolnjevanja pogoja PCT za osebe, ki opravljajo delo ali so udeležene v okoljih ali dejavnostih v Republiki Sloveniji, in na vstopnih točkah preverjati njegovo izpolnjevanje. V avtobusnem in železniškem javnem potniškem prometu se izpolnjevanje pogojev lahko izjemoma preverja tudi v notranjosti vozil, kadar zaradi operativnih ali varnostnih razlogov ni mogoče zagotoviti preverjanje ob samem vstopu v vozilo.

V odloku je torej v istem členu urejeno preverjanje PCT pogoja tako za uporabnike storitev, kot tudi za delavce. Pri tem je potrebno najprej izpostaviti, da je PCT pogoj pri enih izpolnjen na drugačen način, kot PCT pogoj pri drugih. Pogoj T (testiranja) za opravljanje dela je namreč izpolnjen tudi na način samotestiranja, za razliko od uporabnikov storitev, ki pogoj T (testiranja) izpolnjujejo le s testiranjem HAG ali PCR (ne pa tudi samotestiranjem). Iz tega sledi, da tudi preverjanje izpolnjenosti pogoja ne more biti enako urejeno za uporabnike storitev in zaposlene (za opravljanje dela), saj je dokazovanje izpolnjenosti pogoja drugačno pri enih in pri drugih.

Podjetje je v svojem odgovoru oz. izjasnitvi glede ugotovitev iz inšpekcijskega nadzora pojasnilo, da meni, da se obveznost preverjanja PCT pogoja na vstopnih točkah nanaša zgolj na objekte, v katere vstopajo uporabniki storitev, ki morajo skladno z odlokom za uporabo teh storitev izpolnjevati PCT. Ta obveznost pa se po mnenju podjetja ne nanaša tudi na objekte, v katere vstopajo zgolj zaposleni v določenem podjetju. Preverjanje izpolnjevanja

PCT pogoja zaposlenih na vstopnih točkah pravzaprav sploh ni mogoče, saj ti ob vstopu PCT pogoja sploh še NE izpolnjujejo. To bo pojasnjeno v nadaljevanju.

Inšpektor v konkretnem primeru se s tolmačenjem podjetja ni strinjal, zato je podjetje nasloвило poziv za dodatno tolmačenje na dvema ministrstvom ter inšpektoratu.

Poziv se glasi:

»Pozdravljeni,

Prosim vas za dodatno tolmačenje Odloka o začasnih ukrepih za preprečevanje in obvladovanje okužb z nalezljivo boleznijo COVID-19 (Uradni list RS, št. 174/21, 177/21, 185/21, 190/21, 197/21, 200/21, 201/21, 4/22 in 8/22, v nadaljevanju: Odlok), saj se nam v praksi pojavljajo določene nejasnosti.

Iz 1. odstavka 5. člena Odloka izhaja, da preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT organizirajo odgovorne osebe, ki izvajajo ali organizirajo opravljanje dela. V trgovskih centrih je odgovorna oseba za preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT upravnik oziroma lastniki, solastniki in najemniki poslovnih prostorov, ki poslujejo v sklopu trgovskega centra. Preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT se opravlja z dokazili iz 2. in 4. člena tega Odloka. Nadalje isti člen v 2. odstavku določa, da morajo te odgovorne osebe na vidnem mestu objaviti obvestilo o obveznosti izpolnjevanja pogoja PCT za osebe, ki opravljajo delo ali so udeležene v okoljih ali dejavnostih v Republiki Sloveniji, in na vstopnih točkah preverjati njegovo izpolnjevanje. V avtobusnem in železniškem javnem potniškem prometu se izpolnjevanje pogojev lahko izjemoma preverja tudi v notranjosti vozil, kadar zaradi operativnih ali varnostnih razlogov ni mogoče zagotoviti preverjanje ob samem vstopu v vozilo.

V okviru našega razumevanja 5. člena Odloka menimo, da se predmetne obveznosti (obvestilo o obveznem PCT pogoju, predvsem pa preverjanje na vstopnih točkah) nanašajo na objekte, v katere vstopajo uporabniki storitev, ki morajo skladno s 1. alinejo 2. odstavka 3. člena Odloka izpolnjevati PCT pogoj za uporabo storitev. Menimo, da se te obveznosti (predvsem preverjanje na vstopnih točkah) ne nanašajo na poslovne prostore, v katere vstopajo le naši

zaposleni, ki PCT pogoj izpolnjujejo tudi na način samotestiranja, ne pa tudi uporabniki storitev, katerih PCT pogoj na način samotestiranja ni izpolnjen.

V okviru našega razumevanja predmetnih določb, kot izhaja iz prejšnjega odstavka, nadalje izpostavljamo dejstvo, da osebe, ki ne izpolnjujejo PC pogoja, morajo za opravljanje dela skladno s 1. odstavkom 3. člena Odloka, v povezavi s 4. členom Odloka izpolnjevati T pogoj, ki je izpolnjen tudi na način samotestiranja s testi HAG za samotestiranje. Samotestiranje se skladno s 1. odstavkom 4. člena Odloka mora izvajati na delovnem mestu, kar v praksi pomeni, da se samotestirajo v samih objektih (po vstopu) in ne zunaj objektov (pred vstopom). Preverjanje PCT pogoja na vstopnih točkah torej ne bi bilo smiselno, ker osebe ob vstopu PCT pogoja (oz. T pogoja) še NE izpolnjujejo (če se samotestirajo šele po vstopu, na svojih delovnih mestih). Preverjanje PCT pogoja se izvaja skladno z Odlokom na način, da zaposleni, kot tudi za njih pooblaščen osebe vodijo evidenčne liste, iz katerih izhaja evidenca vseh opravljenih testov za samotestiranje, datum in ura opravljanja, lokacija opravljanja ter rezultat testa. Preverjanje izpolnjevanja PCT pogoja se tako opravlja ob dejanskem izvajanju samotestiranja, ne pa ob vstopu v objekte. Druge osebe ne vstopajo v predmetne objekte (npr. uporabniki storitev), zato preverjanje PCT pogoja na vstopnih točkah ni potrebno.

Nadalje pojasnjujemo, da smo zaposlene o obveznem PCT pogoj obvestili po e-mailu in z drugimi načini sporočanja (npr. po telefonu, z dopisi) takoj po začetku veljavnosti predmetnega ukrepa. Zaposlene o spremembah predmetnih ukrepov redno obveščamo tudi na intranetni strani in jim pošiljamo obvestila o objavah. Menimo, da je z navedenimi načini sporočanja in objave obvestil o obveznem izpolnjevanju PCT pogoja, kot tudi drugih ukrepov za zajezitev širjenja virusa SARS-CoV-2, izpolnjena obveznost delodajalca, da na vidnem mestu objavi obvestilo o izpolnjevanju pogoja PCT za osebe, ki opravljajo delo.

Prosimo torej za potrditev ustreznosti našega tolmačenja, da se obveznost preverjanja PCT pogoja na vstopu naša na objekte, v katere vstopajo tudi zunanji uporabniki

storitev, ne pa tudi na objekte, v katere vstopajo izključno zaposleni v posameznem podjetju.

Lep pozdrav.

Podjetje«

Eno ministrstvo na poziv ni odgovorilo, drugo ministrstvo je v odgovoru navedlo, da kot upravni organ podaja pojasnila v zvezi z zakonsko ureditvijo ter oblikuje neobvezujoča pravna mnenja oziroma strokovna stališča o posameznih vprašanih iz svoje pristojnosti ter dodalo, da pri oblikovanju določb iz odloka ni sodelovalo in zato ne more podati pojasnila oz. tolmačenja. Podjetje pa je prejelo odgovor od inšpektorata, v katerem so zapisali:

»Inšpektorat Vam v zvezi z vprašanjem, ki ste ga posredovali po e-pošti, posreduje neobvezno mnenje v zvezi s preverjanjem pogoja PCT. Pojasnjujemo tudi, da lahko avtentično razlago posameznih določb zakonov s tega področja daje le Državni zbor, neobvezno pa predlagatelj zakonov, v konkretnem primeru Ministrstvo za zdravje.

Kot ste omenili v vašem vprašanju Odlok o začasnih ukrepih za preprečevanje in obvladovanje okužb z nalezljivo boleznijo COVID-19 v 5. členu opredeljuje preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT, namestitvev obvestila o obveznosti izpolnjevanja pogoja PCT, itd. Izpolnjevanja pogoja PCT je potrebno za osebe, ki opravljajo delo ali so udeležene v okoljih ali dejavnostih v Republiki Sloveniji, kar pa se izvaja na vstopnih točkah. Omenjeni člen odloka ne loči vstopov v katere vstopajo izključno zaposleni in vstopov, ki so namenjeni vsem. Tako je potrebno izvajati preverjanje PCT pogoja na vstopnih točkah v objekte.

Lep pozdrav!«

Iz zapisanega je razvidno, da se inšpektorat pri svojem odgovoru pravzaprav sploh ni trudil razumeti konkretne situacije, saj če bi jo, njihov odgovor nikakor ne bi bil ustrezen. Iz zapisanega poziva je razvidno, da takšno tolmačenje (kot ga priznava inšpektor in inšpektorat) sploh nista mogoča, saj bi v primeru izvajanja nadzora izpolnjevanja PCT pogoja na vstopnih točkah za zaposlene pomenilo, da se mora vsem zaposlenim, ki ne izpolnjujejo PC pogoja, zavrniti vstop v stavbo. Osebe, ki PCT pogoj izpolnjujejo

na način samotestiranja se morajo namreč testirati na delovnem mestu (v objektu, torej po vstopu v objekt) in do opravljenega samotestiranja (v objektu!) PCT pogoja še ne izpolnjujejo. Iz konkretnega primera je torej jasno razvidno kako lahko dobesedno razumevanje in razlaganje neke določbe in popolna neprilagodljivost posamezne določbe k celotni vsebini in namenu predpisa, morda celo ignoriranje, privede do popolnega absurda. Posledica tega primera je, da podjetje vsak teden prejme vsaj en inšpekcijski zapisnik z enako vsebino. Podjetje na ta zapisnik vselej odgovori enako (vsebinsko podobno pozivu ministrstvom in inšpektoratu), saj drugače niti ne more, izvajanje ukrepa, kot ga tolmači inšpektor v praksi sploh ni mogoče. No razen v primeru, ko vsem, ki izpolnjujejo PCT pogoj na način samotestiranja zavrne vstop v objekt, ker pač ob vstopu ne izpolnjuje PCT pogoja. Je to namen predpisa? Dvomim.

Naj izpostavim še primer, ki vliva kanček upanja. V enem izmed inšpekcijskih pregledov je inšpektor ugotovil, da ob vstopu v javne sanitarije podjetje ne izvaja preverjanja PCT pogoja, čeprav bi to moralo, ker je po mnenju inšpektorja uporaba javnih sanitarij tudi uporaba storitev iz česar sledi, da je po že prej omenjenem odloku obvezno preverjanje izpolnjenosti PCT pogoja. Podjetje je tudi v tem primeru naslovilo vprašanje, če smem izpostaviti morda že malo smešno, in sicer, ali je uporaba javnih sanitarij tudi uporaba storitev. Podjetje je seveda zavzelo stališče, da to ni uporaba storitev (vsaj ne v smislu odloka) in se trudilo, da za uporabo javnih sanitarij ne bi bilo potrebno obvezno izpolnjevanje PCT pogoja. Vladni klicni center, ki že od začetka epidemije nudi informacije v zvezi s koronavirusom, kot tudi nudi tolmačenje raznih ukrepov za zaježitev širjenja epidemije, ki sicer nikoli ne daje pisnih tolmačenj in odgovorov, je v konkretnem primeru naredil izjemo, in posredoval pisni odgovor, iz katerega izhaja, da PCT pogoj za javne sanitarije ni obvezen.

Vladni klicni center je zapisal:

»Ne glede na določbe odloka o obveznem izpolnjevanju PCT pogoja za uporabnike storitev menimo, da uporaba javnega stranišča, če ni izpolnjen pogoj PCT, ne nasprotuje navedenemu odloku, saj gre za zadovoljevanje bistvenih fizioloških potreb (katerih pomanjkanje bi lahko okvarilo osebno zdravje), kar odlok ni izključil, ampak celo izrecno upošteval izjemo od izpolnjevanja pogoja PCT v primerih fizioloških potreb oskrbe s hrano in

pijačo, vključno izven prodajalen, in gibanje na odprtih javnih prostorih, odlok pa tudi ni izključil zadovoljevanja potrebe po varnosti in vključenosti (otroci do 12 let in osebe s posebnimi potrebami, skupaj s spremljevalci, osebna asistenca). Poleg tega se javna stranišča nanašajo tudi na javnozdravstvene razmere, povezane s čisto pitno vodo ter čiščenjem in odstranjevanjem človeških iztrebkov, saj je to del higiene, njihovo pomanjkanje pa vpliva tudi na človekovo dostojanstvo in osebno varnost, pomanjkanja javnih stranišč za ženske pa odraža izključenost žensk iz javne sfere. Preprečevanje širjenja nalezljive bolezni COVID-19 je še posebej pokazalo na pomembnost dostopa do sanitarij, higiene in pogostega umivanja rok s čisto vodo. Pri vzdrževanju in uporabi javnih stranišč je treba upoštevati navodilo Nacionalnega inštituta za javno zdravje, glej: https://www.nijz.si/sites/www.nijz.si/files/uploaded/higienska_navodila_za_uporabo_in_ciscenje_javnih_sanitarij.pdf. Uporaba javnega stranišča še zlasti ni omejena, če gre za prostor z lastnim dostopom, ki je namenjen zgolj za javna stranišča, uporaba je omejena npr. v trgovskih centrih, če ni mogoče izvajati preverjanja namenskega vstopa v trgovski center.

Generalna skupščina Združenih narodov je z Resolucijo št. A/RES/64/292 z dne 28. 7. 2010 (in kasnejše revizije) ob podpori Sveta za človekove pravice razglasila dostop do vode in sanitarij kot človekovo pravico, saj gre za izvedbo primernega življenjskega standarda, pri čemer so vključena tudi javna stranišča ter razglasila svetovni dan »World Toilet Day«. Svetovna zdravstvena organizacija pa je v priporočilih za pravičen dostop do javnih stranišč še posebej opozorila na dostop in dostopnost za osebe, ki morajo javna stranišča uporabljati zaradi svojega fizičnega stanja (npr. osebe z omejitvami ali bolne osebe), osebe, ki so odvisne od javnih sanitarij (popotniki, brezdomci) in osebe, ki javne sanitarije uporabljajo zaradi neustreznih domačih sanitarij.«

Iz opisanega primera pa je, nasprotno od prejšnjih, razvidno po mojem mnenju ustrezno razlaganje posameznega predpisa. Razvidno je, da se v tem primeru predpis razlaga celostno in pri razlagi ne zapre v posamezno določbo, stavek ali celo besedo, temveč želi razumeti namen, pri čemer pa ne izključi tudi drugih pogledov na posamezno dejstvo, pravico, pravilo itd. Ravno zaradi razumne razlage, sem pred predstavitvijo tega primera izpostavila, da mi vpliva upanje.

11. Zaključek

Ko sem se odločila, da bom v tem znanstvenem eseju pisala o pravnem pozitivizmu, si nisem dobro predstavljala v kaj se podajam. Moje predznanje o pravnem pozitivizmu je bilo še iz diplomskega in magistrskega študija zgolj osnovno, po obiskanih predavanjih na doktorskem študiju morda malo bolj poglobljeno, še vedno pa izjemno skopo proti temu kaj sem tekom pisanja tega znanstvenega eseja ugotavljala in se učila. Zadovoljna sem z izbiro tematike, čeprav se mi je tekom pisanja večkrat pojavilo vprašanje, ali sem izbrala pravilno. Zdelo se mi je zahtevno in filozofsko-pravni svet mi je bil v nekaterih delih izjemno težek za razumevanje.

Ta zapis želim zaključiti z rekom Cicera »Summum ius summa iniuria«, ki po prevodu pomeni več prava, več krivice kar je mogoče razumeti, da slepo, brezpogojno, popolno razumevanje in izvrševanje prava lahko vodi do največjih krivic.⁷⁰ Pri izpostavljanju tega reka ne želim niti približno pozivati k odstopanju od izvrševanja ali upoštevanja prava, menim pa, da pravo niso le besede, ki se nizajo v odstavke, člene in na koncu v celotne predpise. Menim, da je to le tisti »vidni« del prava, ki je dostopen vsem. »Nevidni« del prava pa je tisti, ki pravu daje njegovo pravo vrednost. Kot nevidni del ne mislim morale, ta je seveda (še dobro) del nevidnega dela, ki pa je sestavljen še iz mnogih drugih sestavnih delov. Menim da »nevidni« del ni vsem ljudem skupen, temveč ga vsak razume in sestavlja po svoje. Iz tega torej izhaja logična posledica, da prava, kot tudi zakonov ne razumemo vsi enako, zato jih tudi ne izvajamo in upoštevamo vsi enako. Spet drugi jih razumejo, a jih ne upoštevajo, a v tem delu se z njimi ne ukvarjam. Ne glede na to kako zakone in druge predpise razume vsak posameznik pa je izjemno pomembno kako jih razumejo tisti, ki so svoje razumevanje dolžni deliti z drugimi in jih tako tudi usmerjati. Tukaj mislim na tiste, ki jih razlagajo in tolmačijo v prvi vrsti. Kot je že Novak govoril o pravnikih »tehnikih« in pravniki »razumniki« menim, da je potrebno stremeti, da bo razumnikov vseeno več, kot tehnikov. Pravo kljub svoji pričakovani jasnosti, natančnosti, nedvoumnosti vedno zahteva tudi določeno stopnjo razuma. »Skrajni tehniki« lahko namreč z namerno ignoranco razuma vodijo razumevanje prava v smer, ki ni prava. V neživljenjsko in absurdno smer. Menim, da je iz znanstvenega eseja, še posebej iz zadnjega dela, kjer

⁷⁰ Notari, 2004, str. 301-322.

jasno ponazarjam nekaj praktičnih primerov, razvidno, da je pravni formalizem v takšni obliki (skrajni) ena izmed najbolj negativnih posledic pravnega pozitivizma danes, ki intenzivno zmanjšuje kakovost prava in pravnega sistema.

VIRI IN LITERATURA

Samostojne publikacije

- Bentham, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
- Bučar, F. (2004). *Pravnik v današnjem času*. Podjetje in delo, št. 8, 2004, str. 1994.
- Dworkin, R. (2011). *Izbrane razprave*. Ljubljana: GV Založba.
- Dworkin, R. (2013). *Taking rights seriously*. Bloomsbury Revelations.
- Hart, H. L. A. (1994). *Koncept prava*. Ljubljana: Študentska organizacija Univerze v Ljubljani.
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law*, Second edition. New York: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2018). *Dve razpravi o pravu in morali*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba.
- Kaufmann, A. (2013). *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Kelsen, H. (2005). *Čista teorija prava: uvod v problematiko pravne znanosti*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Mill, J. S. (1994). *O svobodi*. Ljubljana: Študentska organizacija Univerze.
- Notari, T. (2005). *Summum Ius Summa Iniuria – Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation*. Budimpešta: Akademiai Kiado.
- Novak, M. (2008). *Poglavja iz filozofije in teorije prava*. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta.
- Pavčnik, M. (2013). *Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Pitamic, L. (2005). *Na robovih čiste teorije prava = An den Grenzen der Reinen Rechtslehre*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti: Pravna fakulteta
- Pojasnila glede upoštevanja PCT pogoja za opravljanje dela (2021). Ljubljana: Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti.
- Pravni pozitivizem. (2018). V: *Pravni terminološki slovar / Dugar, G., et al. (ur.)* Ljubljana: ZRC SAZU, str. 275.
- Sruk, V. (1986). *Morala in etika*. Ljubljana: Cankarjeva založba.

Članki v revijah

- Kumer, M. (2014). *Prilagodljivost brez pretiranega formalizma*. Pravna praksa, št. 24-25, 2014, str. 33.
- Manero, J. R. (2015). *Bobbio in pravni pozitivizem*. Revus, 26, str. 7-12.
- Novak, M. (2008). *Pravnik med tehnikom in razumnikom*. Odvetnik, št. 42, 2008, str. 14.
- Novak, M. (2011). *Dobesedna razlaga v pravu kot trdno izhodišče*. Odvetnik, št. 54, 2011, str. 11.
- Pavčnik, M. (2008). *O poklicanosti časa*. Pravna praksa, št. 2, 2008, str. 13-14.
- Pavčnik, T. (2005). *Z obrobja postave: Izvirni greh*. Pravna praksa, št. 4, 2005, str. 29.
- Pavčnik, T. (2016). *Problemi formalizma*. Pravna praksa, št. 18, 2016, str. 17.
- Pavčnik, M. (2014). *Moralno razumevanje prava*. Podjetje in delo, št. 6-7, 2014, str. 985-988.
- Penko, B. (2004). *Pozitivno pravo – orožje ali ovira v boju proti korupciji*. Pravna praksa, št. 8-9, 2004, str. 3-4.
- Svetlič, R. (2008). *Filozofija prava Ronalda Dworkina*. Ljubljana: Nova revija.
- Šinkovec, B. (2002). *Zakonski jezik*. Podjetje in delo, št. 6-7, 2002, str. 1065.
- Teršek, A. (2004). *Ustava ne prenese črkobralskega formalizma*. Pravna praksa, št. 8-9, 2004, str. 35.
- Ude, L. (2001). *Pravo in vrednote: Uporabljanje pravnih pravil in vrednotenje v sodnih postopkih*. Podjetje in delo, št. 6-7, 2001, str. 1091-1102.
- Barberis, M. (2011). *Pravo in morala danes*. Revus, št. 16, 10.12.2013, str. 13-54.

Pravni viri

Odlok o načinu izpolnjevanja pogoja prebolevnosti, cepljenja in testiranja za zaježitev širjenja okužb z virusom SARS-CoV-2. Uradni list RS, št. 147/21.

Odlok o začasnih ukrepih za preprečevanje in obvladovanje okužb z nalezljivo boleznijo COVID-19. Uradni list RS, št. 174/21, 177/21, 185/21, 190/21, 197/21, 200/21, 201/21, 4/22 in 8/22.

Spletni viri

Avbelj, M. Koncentrični krogi prava. Lexpera, 14.10.2011. URL: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/kolumne/73495>, 15.2.2022.

Novak, M. Teater črkobralskega absurda. Lexpera, 11.4.2016. URL: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/kolumne/166863>, 16.2.2022.